НАУКА-КУЛЬТУРА-ЖИЗНЬ

Проф. К. А. КУЗНЕЦОВЪ.

60Тс
К-891
10482

ТЕОРІЯ ПРАВА

110171

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ

БИБЛИОТЕКА
ЛЕНИНГРАДСКОГО ОТДЕЛЕНИЯ
КОММУНИСТИЧЕСКОЙ АКАДЕМИИ
ПРИ ЦИК СССР

Книгоиздательство А. А. Ивасенко Одесса, Дерибасовская, 20.

ОДЕССА.
Типографія „Техникъ". Екатерининская, 58.
1918.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Если бы я не хотѣлъ подвергнуться упреку въ неблагозвучіи, а также въ претенціозномъ подражаніи Вл. Соловьеву, то свою „Теорію права“ я назвалъ бы „Оправданіемъ права“. Дѣйствительно, ея центральная идея заключается въ томъ, чтобы отстоять этическій характеръ права во всемъ его своеобразномъ выраженіи. Это не значитъ, что подобное отстаиванье лишено объективности, но элементъ подчеркнутости — на лицо. Подобная подчеркнутость исторически вполнѣ у мѣста, ибо грѣхъ русскаго общества и русской науки—неумѣнье оцѣнить, а заодно и правильно понять идею права. Несмотря на видимое изобиліе *соціальныхъ* мотивовъ, преобладанье *соціальныхъ* лозунговъ, право, этотъ основной рычагъ всякой культуры, понятой соціально, лишь поверхностно коснулось дѣвственной русской почвы. Утонченный индивидуализмъ—наверху, безудержный анархизмъ —внизу, вотъ—основныя черты, опредѣлившія подлинный ликъ русскаго быта. Безнадежное отсутствіе правовой скрѣпы сказалось самымъ гибельнымъ образомъ. И именно здѣсь главнѣйшая причина краха великихъ замысловъ, выдвинутыхъ революціей. Эти замыслы предъявили огромный счетъ къ правовому инстинкту страны. И счетъ оказался неоплаченнымъ.

Выяснилось, что люди разнообразнѣйшихъ и взаимно исключающихъ программъ, удивительно сходились и сходятся въ отсутствіи уваженія къ правовой нормѣ какъ таковой, въ отсутствіи соотвѣтствующей дисциплинировки. Это уваженье, эту дисциплинировку приходится теперь, въ нечеловѣчески трудныхъ условіяхъ, вырабатывать. И одна изъ необходимыхъ предпосылокъ для выполненія подобной задачи—рѣшительный отказъ *научно* недооцѣнивать право, обращать его въ какой-то суррогатъ или низшій разрядъ нравственности, иными словами отказъ отъ укоренившейся

вредоносной привычки все нравственное разсматривать исключительно съ личнаго, индивидуалистическаго угла зрѣнія. Въ этомъ смыслѣ моя работа есть опытъ „Оправданія права", оправданія этики общежитія въ ея самодовлѣющемъ, самоцѣнномъ значеніи.

Всякое оправданіе, всякая защита невольно настраиваетъ на полемическій ладъ. Но именно такого настроенія я всячески старался избѣжать. Почти всюду, гдѣ критическія замѣчанія дѣлаются, имъ намѣренно приданъ внѣ-личный характеръ: споръ ведется не съ этимъ или инымъ авторомъ, а съ опредѣленной суммой аргументовъ. Это—внутренняя діалектика. Она тѣмъ болѣе удобна, что избавляетъ отъ необходимости утонуть въ „литературѣ предмета". Отсюда, конечно, всего менѣе слѣдуетъ, что я литературу игнорирую, что я недооцѣниваю вліяніе чужихъ работъ на мои построенія. Наоборотъ, со всей ясностью я вижу фигуры, живыхъ или ушедшихъ, кому я безконечно многимъ здѣсь обязанъ. Назову тѣ работы, которыя послужили особенно энергичнымъ толчкомъ для меня и могутъ послужить для тѣхъ моихъ читателей, кто пожелалъ бы вступить на путь самостоятельнаго изученія трактуемыхъ вопросовъ.

Eug. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913. (Готовится переводъ въ книгоиздательствѣ „Гносисъ", Одесса).

Георгъ Еллинекъ. Право современнаго государства. 1908.

— Измѣненіе и преобразованіе конституцій. 1907.

Б. А. Кистяковскій. Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права. 1916.

П. И. Новгородцевъ. Историческая школа юристовъ. 1896.

— Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ. 1901.

— Нравственный идеализмъ въ философіи права (Сборникъ „Проблемы идеализма").

— Государство и право. Вопросы философіи и психологіи, №№ 74 и 75.

— Кризисъ современнаго правосознанія. 1909.

— Соціальный идеалъ. (Вопросы философіи и психологіи, № 109 и слѣд., а также отдѣльно, 1917).

Л. І. Петражицкій. Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. 2-ое изд. I. II. 1909—1910.

Черезъ названныя работы читатель не только ознакомится съ основными направленіями (нормативнымъ, соціологическимъ и психологическимъ), имѣющимися въ теоріи права, но и расширитъ библіографическія свѣдѣнія. Не слѣдуетъ также упускать изъ виду журнальную литературу. Особенно важенъ „Юридическій Вѣстникъ“. Среди статей, здѣсь помѣщавшихся, нужно указать на рядъ прекрасныхъ этюдовъ Е. В. Спекторскаго. — Заканчивая подобный, краткій обзоръ, я не могу не назвать имени еще одного изслѣдователя, кто не писалъ по чистой теоріи права, но чьи тончайшія историко-юридическія изслѣдованія заключаютъ въ себѣ массу поучительнаго и для занимающагося данной наукой. Я разумѣю Фр. Мэтлэнда (Maitland). Тотъ, кто не нашелъ бы вкуса къ его толстымъ изслѣдованіямъ, пусть заглянетъ хотя въ собраніе его блестящихъ этюдовъ, „Collected papers“.

Говоря о моей симпатіи къ Мэтлэнду, я тѣмъ самымъ выдаю свою склонность въ сторону историческаго трактованія вопросовъ. Не приходится оправдываться въ этихъ симпатіяхъ: соціальный, а въ томъ числѣ и правовой процессъ есть процессъ, протекающій во времени, и чутье исторической перспективы способно предостеречь противъ многаго неяснаго и прямо ошибочнаго въ современныхъ теоретическихъ воззрѣніяхъ на право. Что это такъ, надѣюсь, сумѣетъ убѣдить непосредственное содержаніе моей книги, которая возникла въ тѣсномъ содружествѣ съ моими историко-философскими работами: Основные моменты въ исторіи д. греческой философіи права (1918); Очерки по исторіи философіи права новаго времени. I. Отъ Реформаціи до Реставраціи. Изъ нихъ вторая въ процессѣ подготовки къ печати.

Послѣднее время въ большой модѣ толковать о методѣ, задачахъ теоріи права. И что особенно характерно: выставляются задачи, которыя затѣмъ совершенно не разрѣшаются. Особенно не повезло здѣсь пресловутой „теоріи

юридическаго познанія", къ которой хотѣли, въ согласіи съ обще-философскимъ теоретико-познавательнымъ уклономъ, свести содержаніе теоріи права. Обѣщаютъ въ предисловіяхъ давать теорію познанія, а на дѣлѣ даютъ самыя трафаретныя разсужденія о правѣ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, о лицахъ физическихъ и юридическихъ, о законѣ и обычаѣ и т. д.! Пріемъ—во всякомъ случаѣ мало педагогическій. Впрочемъ, его педагогическая вредоносность значительно уменьшается въ силу того обстоятельства, что методологія, въ которую хотятъ ввести человѣка, незнакомаго съ самымъ предметомъ изслѣдованія, оказывается просто напросто неусвоенной или усвоенной самымъ механическимъ образомъ. Поэтому отчасти изъ страха, что впаду въ обычный грѣхъ неоплаты методологическихъ векселей, отчасти изъ сознанія малой цѣнности отвлеченныхъ методологическихъ соображеній въ работѣ, предназначенной служить студенческимъ пособіемъ, я предпочелъ непосредственно приступить къ анализу правового авленія. Пусть читатель изъ самого содержанія моей „Теоріи права" сдѣлаетъ соотвѣтствующій выводъ о задачахъ и пріемахъ этой науки.

Одесса. Осень. 1918.

P. S. Это предисловіе уже было набрано, когда, по причинамъ чисто личнымъ, выяснилась для меня невозможность дать теперь же „Теорію права" въ законченномъ видѣ. Ограничиваюсь пока 1-мъ выпускомъ, посвященнымъ анализу „Идеи права". Во 2-ой выпускъ войдутъ слѣдующіе отдѣлы: Источники права; Примѣненье права; Элементы правового отношенія. Надѣюсь, что къ началу 1919 г. этотъ выпускъ увидитъ свѣтъ.

Отдѣлъ первый. Идея права.

Глава 1.

Духовная природа права. Какъ дана духовная величина? Смыслъ рѣчи. Смыслъ музыкальнаго произведенія. Смыслъ правовыхъ отношеній. Право—„фикція“. Правовая „пауза“. Неправильность словоупотребленія: лица физическія, матеріальные объекты права.

Первое, что̀ надлежитъ констатировать при анализѣ правового явленія, это его духовная природа. Оно выступаетъ какъ опредѣленная идея, опредѣленный смыслъ въ нашемъ внутреннемъ мірѣ. Существованіе права, его бытіе заключается въ томъ, что мы переживаемъ эту идею, усваиваемъ этотъ смыслъ. Нѣтъ переживанія, и нѣтъ правового явленія, нѣтъ права. Право это—мы, будучи взяты подъ опредѣленнымъ угломъ зрѣнія. И происхожденіе права есть поэтому утвержденіе насъ самихъ, нашей личности.

Попытаемся на нѣсколькихъ примѣрахъ, взятыхъ изъ различныхъ областей духовной жизни, вникнуть глубже въ то, какъ духовность, въ томъ числѣ и духовность правовая, намъ дана. Представимъ себѣ, что мы переѣхали границу государства, языкомъ котораго мы не владѣемъ. Въ вагонѣ, гдѣ мы находимся, именно на этомъ языкѣ ведется разговоръ. Тщетно пытаемся мы проникнуть въ его смыслъ: жестикуляція, мимика даютъ слишкомъ мало указаній, и, быть можетъ, эти указанія наводятъ насъ на ложный путь въ нашихъ предположеніяхъ. Въ результатѣ мы „не понимаемъ“ разговора, но, на основаніи всего опыта жизни, мы знаемъ, что для его участниковъ развертывается нѣкоторый смыслъ, нѣкоторое значеніе. Намъ этотъ разговоръ данъ какъ сумма вибрацій воздушныхъ и свѣтовыхъ волнъ; данъ какъ предметъ внѣшняго міра. Мы знаемъ, что онъ таитъ въ себѣ и предметность внутреннюю, духовную, таитъ въ себѣ смыслъ, значеніе. Но мы объ этомъ лишь догадываемся. Для насъ духовное содержаніе не дано, оно для насъ не

существуетъ, хотя бы оно и существовало для участниковъ разговора. Духовность есть и ея нѣтъ: все зависитъ отъ того, прониклись ли мы опредѣленнымъ смысломъ, разгадали ли мы опредѣленное значеніе

Представимъ себѣ другую картину—двухъ лицъ, присутствующихъ при исполненіи какой либо симфоніи. Одно лицо—совершенно немузыкально. Другое—напротивъ, глубоко музыкально. Для обоихъ симфонія дана какъ сумма воздушныхъ колебаній, опредѣленной высоты, длительности, опредѣленнаго тембра. Эти колебанія могли бы, однако, для перваго изъ слушателей быть внѣ опредѣленной пропорціи, внѣ подчиненности опредѣленному плану, эстетическому заданію, ибо музыкальный смыслъ имъ не улавливается: онъ музыкально глухъ, музыка не есть часть его духовнаго бытія. Наоборотъ, для второго изъ слушателей въ звуковой пропорціи, въ эстетически должномъ колебаніи звуковыхъ волнъ—центръ тяжести, ибо для музыкальнаго содержанія широко раскрытъ его духовный слухъ. И въ этомъ отношеніи, если для перваго слушателя „пауза“, отсутствіе звуковъ, есть просто пустое мѣсто, отсутствіе колебательныхъ движеній воздуха, то для второго здѣсь, какъ и въ звучаніи, сокрыта опредѣленная эстетическая закономѣрность. Своеобразнымъ образомъ отсутствіе внѣшней предметности порождаетъ здѣсь предметность внутреннюю! Такъ точно и восточный аскетъ, наложившій на себя обѣтъ молчанія, и современный узникъ, кому, какъ въ нѣкоторыхъ американскихъ тюрьмахъ, запрещенъ разговоръ, опредѣленнымъ воздержаніемъ отъ звуковъ утверждаютъ фактъ духовнаго порядка. Итакъ, звуки суть звуки въ ихъ недуховной сущности: въ эстетическій, духовный міръ ихъ перебрасываетъ идея пропорціи, должнаго ихъ располаганія. Тѣмъ самымъ они какъ бы вновь рождаются, ибо несутъ опредѣленный духовный смыслъ, значеніе. Не то ли и въ области правовыхъ явленій?

Если мы говоримъ о духовности права и всего съ нимъ сопряженнаго, этимъ вовсе не должно вызываться представленія, будто праву нѣтъ никакого дѣла до предметовъ внѣшняго міра: если бы въ обладаніи и въ пользованіи этими послѣдними ничьихъ интересовъ не приходилось разграни-

чивать, то весьма многое въ правѣ, какъ оно есть, было бы безъ надобности. Конечно, право охватываетъ своими щупальцами и клочекъ земли, и домъ, который на немъ красуется, и посуду, въ которой совершаетъ свою трапезу владѣлецъ усадьбы. Но существованіе въ правовомъ смыслѣ всѣ перечисленные предметы начинаютъ имѣть лишь съ того момента, когда ихъ начинаютъ разсматривать какъ нѣчто, имѣющее свой опредѣленный смыслъ и значеніе, какъ нѣчто укрѣпленное опредѣленнымъ образомъ за даннымъ владѣльцемъ, въ опредѣленномъ порядкѣ отъ сторонних вторженій защищаемое, опредѣленнымъ образомъ въ пользу общины, государства облагаемое и т. д., и т. д. Англійскій юристъ Мэтлэндъ шутливо замѣтилъ, что у его коллегъ по спеціальности въ большомъ ходу словечко „quasi“, „какъ будто“. Мэтлэндъ разумѣетъ здѣсь, особенно въ англійскомъ юридическомъ мірѣ столь распространенныя, „фикціи“. Такъ напр. корабль считается какъ бы плавающей территоріей того государства, подъ флагомъ котораго онъ плаваетъ и къ одному изъ портовъ котораго онъ приписанъ. Возникающія на кораблѣ правоотношенія обсуждаются на основаніи законовъ государства сообразно принадлежности. Но если вдуматься поглубже въ сущность правопорядка, то станетъ очевиднымъ, что въ основѣ его лежитъ нѣкоторая грандіозная фикція, что правопорядокъ есть дѣйствительно нѣкоторый „вымыселъ“, нѣкоторое искусственное построеніе. Такъ, останавливаясь на затронутомъ выше примѣрѣ, развѣ мы не видимъ, что понятіе „укрѣпленности“ имущества за владѣльцемъ, „защищенности“, „обложенности“ вводятъ насъ въ своеобразный міръ, который покоится на нѣкоторомъ условномъ осмысливаніи жизненныхъ фактовъ, на вкладываніи въ нихъ своеобразнаго значенія.

Все равно какъ звуковыя волны, поставленныя творческимъ порывомъ въ опредѣленную пропорцію, опредѣленный строй, рождаются сызнова въ мірѣ духовныхъ музыкальныхъ величинъ, такъ точно и здѣсь всѣ эти клочки земли, находящіяся на нихъ постройки отнынѣ уже не предметы внѣшняго міра, а нѣчто имѣющее опредѣленный духовный, идеальный смыслъ и значеніе: это—объекты права, связанные съ тѣми или иными субъектами, отягощенные

тѣми или иными правотребованіями. Міръ правовыхъ величинъ есть особый міръ, и основаніе его бытія есть совокупность опредѣленныхъ идей и представленій, каково бы ни было воздѣйствіе этихъ послѣднихъ на міръ внѣшнихъ предметностей. Духовность міра правовыхъ величинъ становится особенно выразительной, если мы отыщемъ здѣсь своеобразное подобіе „паузъ“, пустотъ, имѣющихъ, однако, опредѣленный правовой смыслъ. Если въ музыкѣ отдѣленность двухъ аккордовъ пустымъ промежуткомъ, паузой, имѣетъ законное и своеобразное значеніе, то не то ли же наблюдается и въ правѣ? Авторъ, передавая книгоиздателю авторское право, обязываетъ себя въ теченіе опредѣленнаго времени воздерживаться отъ перепечатыванія своей книги. Фактъ „не-появленія“ новаго изданія, фактъ „не-дѣйствія“ имѣетъ здѣсь весь свой смыслъ и значеніе. Въ аккордѣ звуки отдѣлены опредѣленными „интервалами“. Въ городѣ дома могутъ быть тоже отдѣлены извѣстной межой въ цѣляхъ гигіены. Если эта отдѣленность обязательна, то она есть правовая величина, Фактъ, что дома „не строятъ“ ближе какъ на извѣстной дистанціи, получаетъ правовой смыслъ, рождается для права. Такъ въ недѣйствіяхъ, въ воздержаніяхъ отъ дѣйствія лишній разъ обнаруживается духовная природа правового міра. Но, разумѣется, и тамъ, гдѣ дѣйствія совершаются, и тамъ, гдѣ внѣшніе предметы во имя права такъ или иначе затрогиваются, право не теряетъ своей природы: только она здѣсь менѣе замѣтна.

Именно непродуманностью этого основного положенья объясняется тотъ фактъ, что говорятъ напр. о физическомъ лицѣ какъ субъектѣ права, противопоставляютъ это лицо лицу юридическому. На самомъ дѣлѣ „физичность“ какъ нѣкоторое свойство внѣшней предметности не можетъ служить признакомъ для опредѣленія какого бы то ни было субъекта права. Если между отдѣльной личностью и личностью коллективной, собирательной въ смыслѣ правовой субъективности и есть различіе, то во всякомъ случаѣ это различіе не можетъ быть построено на противопоставленіи свойствъ физическихъ и не-физическихъ. Та же непродуманность исходныхъ точекъ зрѣнія сказывается, чтобы ука-

зать еще на одинъ примѣръ, и въ томъ, что объектамъ права матеріальнымъ противополагаютъ объекты идеальные. Получается, что матеріальность клочка земли заставляетъ въ правовомъ отношеніи признать его за нѣчто отличное отъ литературной или музыкальной собственности, блага „идеальнаго“. Ясно, однако, что всякая собственность, всякій объектъ права именно какъ объектъ права, какъ величина правовая, есть нѣчто „идеальное“, есть тотъ опредѣленный смыслъ, значеніе, которое мы съ нимъ связываемъ.

Глава 2.

Право—начало должнаго. Должное и сущее. Должное въ человѣческихъ отношеніяхъ. Право—нравственно должное Недифференцированность отдѣльныхъ видовъ должнаго Платонъ. Коперникъ. Добро, истина, красота. Психологическая пестрота въ обладаніи ими. Подмѣна истины добромъ: прагматизмъ. Какой долгъ „должнѣе“? Опредѣлять—придавать опредѣленность живому знанію. Нравственно мертвые субъекты не могутъ „знать“ нравственно должное.

Право въ его природѣ — духовно. Его бытіе есть утвержденіе нѣкотораго смысла, значенія. Наша задача—проанализировать, въ чемъ существо смысла, значенія, утверждаемыхъ въ правѣ.

Первое, что̀ бросается въ глаза знакомящемуся съ правовымъ явленіемъ, это—начало долженствованія, нормативности. Право есть нѣчто должное. Правовой порядокъ есть порядокъ должный. Праву противополагается нѣчто недолжное. Правовому порядку противополагается порядокъ не-должный. Нельзя говорить, что праву, началу долженствованія, противополагается нѣчто сущее. Нельзя говорить, что правовому порядку, какъ порядку должному, противополагается порядокъ существующій. Иначе получилось бы, что сущее не можетъ быть взято какъ должное, что существующій порядокъ не можетъ быть взятъ какъ должный порядокъ.

Въ этомъ смыслѣ закономѣрность, нормативность правовая не есть нѣчто противоположное закономѣрности, нормативности природной или естественной. Вѣдь никто и

ничто не можетъ помѣшать разсматривать порядокъ въ природѣ, мѣрность явленій природы какъ нѣчто должное. Примѣръ тому—не только „наивныя" воззрѣнія примитивнаго человѣка, видящаго въ ежедневномъ восходѣ и заходѣ солнца выполненіе должнаго порядка. Примѣръ тому и углубленныя философскія размышленія о таинственномъ смыслѣ процессовъ, творящихся въ мірозданіи: не можетъ быть, чтобы эти процессы были безцѣльны, бездушны. Если мы не видимъ конечной цѣли, то кто намъ далъ право отвергать ея скрытое присутствіе? А если такъ, то и порядокъ, по которому міровые процессы протекаютъ, можетъ быть взятъ какъ порядокъ должный. „Веліи дѣла твои, Господи. Вся премудростію сотворилъ еси". Въ такомъ умонастроеніи „сущее" начинаетъ выступать какъ нѣчто „должное". Порядокъ природный перестаетъ быть просто необходимымъ, автоматически осуществляющимся: онъ получаетъ внутреннее оправданіе, расцѣнивается какъ порядокъ должный.—Сущее не есть должное, но оно имъ можетъ быть, въ то время какъ не-должное не можетъ быть заодно должнымъ.

Подобныя соображенія получаютъ свой смыслъ и по отношенію къ долженствованію правовому. Противополагая порядокъ правовой порядку существующему, игнорируютъ не только призваніе правовой нормы сростаться съ дѣйствительностью, входить въ качествѣ чего то неотъемлемаго въ гущу жизни, привычнаго быта, но и обратно способность бытовыхъ формъ, существующаго жизненнаго уклада претендовать на правовое признаніе, возведеніе на степень должнаго. Фактическія отношенія стремятся стать правовыми, но и въ свою очередь правовыя отношенія, подъ вліяніемъ долгаго примѣненія, переживаются какъ фактъ дѣйствительности. Такъ должное и сущее находятся въ состояніи тѣсной переплетенности.

Право есть должное въ человѣческихъ отношеніяхъ. Таковъ—самъ собою напрашивающійся отвѣтъ. Какъ, однако, быть съ „красивыми манерами", костюмомъ? Никто не станетъ отрицать ихъ роли въ человѣческихъ отношеніяхъ, но и никто не станетъ утверждать, что ихъ законы суть законы правовые. Доминируетъ здѣсь долженствованіе

эстетическое, нормы прекраснаго. Не все т. о. должное въ человѣческихъ отношеніяхъ непремѣннымъ образомъ есть правовое должное. А кромѣ того: почему право господствуетъ лишь въ человѣческихъ отношеніяхъ? Далеко не примитивные уклады мысли хотятъ считаться и съ животными, и съ неодушевленными предметами какъ съ тѣмъ, что, наряду съ людьми, подчинено дѣйствію правовыхъ нормъ. Наконецъ, не забудемъ, что, если не настоящее, то прошлое знало институтъ рабства, т. е. институтъ человѣческаго безправія. Получается, что право есть должное въ отношеніяхъ между „свободными“ человѣческими личностями.

Мы поступимъ правильно, если существо правовой идеи станемъ искать не въ томъ, гдѣ она гнѣздится, а въ томъ, каковъ характеръ ея велѣній. Призваніе права—въ осуществленіи справедливости, нравственнаго начала. Правовой порядокъ есть справедливый, нравственный порядокъ. Это—порядокъ, на которомъ наше нравственное чутье ставитъ свою печать, признаетъ его, соглашается съ нимъ.

Выявить особенность, специфичность, нравственнаго долженствованія особенно трудно тамъ, гдѣ оно слишкомъ тѣсно, въ жизненномъ быту, сплетено съ иными формами закономѣрности, законосообразія. Попробуемъ поставить себя на точку зрѣнія древняго грека—вовсе не ранней эпохи: попробуемъ мыслить такъ, какъ мыслитъ Платонъ, и мы убѣдимся, въ какой степени у него сроссся долгъ этическій, нравственный, и долгъ эстетическій, мѣра прекраснаго. Въ своемъ трактатѣ „Государство“ Платонъ говоритъ намъ о томъ, какъ съ помощью музыки дѣти должны воспринимать начало „доброзаконія“ и тѣмъ самымъ становиться добрыми гражданами, способными побѣдить государственную разруху (425A). Музыка для Платона, чей духовный взоръ охотно обращается въ сторону патріархальнаго прошлаго, тѣсно связана съ государственнымъ строемъ, государственнымъ культомъ, государственными празднествами, поэтому начало должнаго, свойственнаго ей „доброзаконія“, не отдѣляется опредѣленной гранью отъ иного, нравственнаго „доброзаконія“. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, что по существу греческая музыка, какъ проявленіе эстетиче-

скаго начала, не знаетъ своихъ собственныхъ, внутреннихъ законовъ, независимо отъ того, получаютъ ли или не получаютъ эти законы моральнаго признанія. Музыкальный строй въ греческой наукѣ, особенно въ пиѳагорейскихъ кругахъ, подвергается углубленному анализу. Но и тѣ же пиѳагорейцы склонны скорѣе подчеркивать сродство разныхъ проявленій начала „должнаго", нежели отстаивать ихъ специфичность.—Возьмемъ еще одинъ примѣръ, изъ иной исторической эпохи. Передъ нами—Николай Коперникъ. Онъ открываетъ движенье земли, въ числѣ иныхъ планетъ, вокругъ солнца. Тѣмъ самымъ онъ утверждаетъ опредѣленный научный тезисъ, именно это, а не иное пониманіе вещей. Въ согласіи съ велѣніями истины „должно" отнынѣ перестать въ землѣ видѣть центръ мірового цѣлаго. Таковъ научный, познавательный долгъ. Но Коперникъ живетъ въ эпоху (XV—XVI вв.), когда высказывать подобныя „богопротивныя" теоріи значитъ навлекать на себя гнѣвъ духовной цензуры. Тѣмъ самымъ долженствованье научное оказывается окрашеннымъ въ тонъ долженствованія этическаго· высказывать сомнѣнія въ центральномъ положеніи земли значитъ итти противъ церковнаго авторитета, колебать незыблемость установившихся въ церкви догматовъ. Нужно имѣть достаточно нравственной силы, чтобы рѣшиться тѣмъ не менѣе повѣдать міру новую научную правду. Коперникъ говоритъ намъ о своихъ колебаніяхъ. Они—долги, эти колебанія. „Не девять лѣтъ, а четырежды девять лѣтъ держалъ я свою рукопись, пока выдающіеся ученые настояли на томъ, чтобы я покинулъ страхъ и опубликовалъ ее". При такихъ условіяхъ увидѣли свѣтъ „Движенья небесныхъ окружностей". Эти условія существенно отличаются отъ условій современныхъ: научная истина, научное долженствованіе, по крайней мѣрѣ, въ наукахъ естественныхъ, не боится колебать своими утвержденіями общественный строй, ибо этотъ послѣдній живетъ своей обособленной жизнью, не связываетъ себя именно съ этой или иной научной теоріей. То же самое и въ области искусства. Вмѣстѣ съ Платономъ мы скажемъ, что воспитанье художественное, эстетическое вырабатываетъ въ насъ чувство ритма, мѣры, пропорціи, какое пригодится въ самыхъ раз-

нообразныхъ сферахъ дѣятельности, такъ или иначе связанныхъ съ началомъ „должнаго“, но мы не согласимся съ Платономъ въ его разсужденіяхъ о томъ, что опредѣленный художественный матеріалъ, и только онъ, долженъ быть дозволенъ, допущенъ въ предѣлахъ даннаго общественнаго строя. Художественное творчество въ нашихъ глазахъ свободно отъ подобныхъ ограниченій. Но и тѣмъ самымъ оно съ бо́льшей отчетливостью, нежели для древняго грека, выступаетъ для насъ со своимъ специфическимъ строемъ, специфическимъ „доброзаконіемъ“, отличнымъ отъ доброзаконія нравственнаго.

Когда мы говоримъ, что разныя формы долга, долженствованія выступаютъ передъ нами съ достаточной дифференцированностью, то это не значитъ, что подобное различіе въ настоящемъ предполагаетъ основное единство въ прошломъ. Неправильно было бы представлять себѣ нѣкоторый единый долгъ, единое долженствованіе, изъ котораго со временемъ произошелъ цѣлый рядъ подвидовъ долженствованія. Музыка всегда была музыкой, хотя бы она и была связана съ культомъ въ его общественно-моральномъ значеніи. Дифференцированіе заключается въ томъ, что прежняя бытовая слитность, жизненное единство, уступаетъ мѣсто бытовой, жизненной раздѣльности. И въ виду этой раздѣльности мы съ отчетливостью уясняемъ себѣ оттѣнки въ формахъ долженствованія.

Такъ долгъ нравственный рельефно выступаетъ наряду съ долгомъ истинности и долгомъ художественности, долженствованіемъ познавательнымъ и эстетическимъ. Добру, истинѣ, красотѣ мы противопоставляемъ зло, ошибку и уродство. Можно носить въ себѣ подлинное добро и въ то же время быть во власти ошибочныхъ воззрѣній. Христосъ училъ: „истинно говорю вамъ, если не обратитесь и не будете какъ дѣти, не войдете въ царство небесное“ (Матѳ. 18, 3). Чистота сердечная вполнѣ уживается съ дѣтскостью, простотой въ пониманіи окружающихъ явленій. Зрѣлость и утонченность этого пониманія можетъ соединяться съ культурой нравственной, далекой отъ соотвѣтствующаго совершенства. Тонкій знатокъ человѣческой природы, греческій трагикъ Эврипидъ устами своей героини, Федры, говоритъ:

„не въ сообразіи съ разумомъ люди творятъ зло; вѣдь многіе изъ нихъ умѣютъ прекрасно соображать. Не въ этомъ дѣло, а въ томъ, что мы, учась и зная доброе, не радѣемъ о добрѣ, одни по безпечію, другіе по предпочтенію, которое они оказываютъ наслажденію передъ возвышеннымъ“ (Ипполитъ, 375). Такъ „знающій“ человѣкъ далеко не всегда „добронравный“ человѣкъ—выводъ въ которомъ чувствуется критика по адресу Сократа, любившаго сближать знаніе и добро. Мѣткость эстетическихъ сужденій можетъ соединяться съ примитивизмомъ познавательнымъ. Существуетъ разсказъ про одного японскаго художника, который спросилъ своего ученика, какъ высока гора Фудзи-яма. Тотъ далъ точную мѣру. „А по моему—былъ отвѣтъ учителя—она не выше окна моей комнаты“. Для художественной перспективы именно такая мѣра имѣетъ значимость, а не иная, установленная съ помощью точныхъ измѣрительныхъ аппаратовъ.

Еще недавно въ качествѣ моднаго лозунга было выброшено утвержденіе, что нѣтъ „чистой истины“, что за теоретической значимостью въ дѣйствительности скрывается лозунгъ дѣйствованія. Мы утверждаемъ правильность извѣстнаго положенія потому, что оно соотвѣтствуетъ практическимъ потребностямъ нашего бытія. Дѣйствіе, практика по гречески—„прагма“: отсюда подобная точка зрѣнія получаетъ названіе „прагматизма“. Аксіомы, научные тезисы въ этомъ случаѣ выступаютъ какъ постулаты, практическіе лозунги. Истина сливается до неразличимости съ добромъ.—Острота увлеченья прагматизмомъ уже прошла, и его грѣхи достаточно ясны. Вмѣстѣ съ тѣмъ и ясны положительныя заслуги. Прагматизмъ выросъ изъ интереса къ тому живому процессу, въ какомъ выступаютъ духовныя цѣнности. И недаромъ главный вдохновитель прагматистовъ, американецъ Вильямъ Джэмсъ, былъ психологъ, въ первую очередь: какъ психолога его занимаетъ не столько „что“, сколько „какъ“ нашихъ переживаній. Съ психологической точки зрѣнія совершенно правильно подмѣченъ тотъ фактъ, что, утверждая ту или иную истину, борясь за нее, мы переживаемъ эту истину не „чисто“, какъ бы со стороны ее наблюдая, какъ бы внѣ насъ ее полагая, а, наоборотъ, дѣлаемъ ее частью своего

существа, сростаемся съ нею незримыми, но тѣмъ не менѣе крѣпкими узами. Утверждая истину, мы утверждаемъ себя какъ активное начало. Прагматисты правильно напомнили, что мы не абстрактно познающія существа, а живые люди. Недаромъ англійскій послѣдователь Джэмса—Шиллеръ любитъ говорить о прагматизмѣ какъ о философіи „гуманизма". не станемъ забывать о нашей „человѣческой" природѣ, о жизненно-органическомъ началѣ, въ насъ пребывающемъ. И въ этомъ смыслѣ можно вмѣстѣ съ прагматистами сказать, что „въ началѣ—жизнь, дѣйствіе". Но отсюда далеко до вывода, что *по содержанію* мы всегда утверждаемъ дѣйственные идеалы, что цѣнности, которыми мы живемъ всегда суть лозунги дѣйствія, поведенія. Иными словами прагматизмъ вырождается въ фактически невѣрное утвержденіе о засиліи „этизма", о доминированіи цѣнностей моральнаго порядка надъ иными цѣнностями. Фактическая невѣрность этого утвержденья чтобы не гнаться за болѣе отдаленнымъ примѣромъ, иллюстрируется самими же прагматистами. вѣдь, въ концѣ концовъ, они пишутъ трактаты, чтобы кого то, въ чемъ то убѣдить, доказать правильность своего ученья. Намъ предлагаютъ брать въ качествѣ *истины* утвержденье, что *истины нѣтъ*, а на ея мѣстѣ скрытый лозунгъ дѣйствованія. Въ подобномъ самопротиворѣчіи — лучшее самоопроверженіе прагматизма, въ тѣхъ его пунктахъ, гдѣ онъ, покидая правильный психологическій анализъ, хочетъ выступать въ качествѣ ученья философскаго.

Но столь же неосновательно поступали и поступаютъ тѣ люди, кто, не отрицая разновидностей „долга", пытаются въ отвлеченной формѣ рѣшить, какой долгъ, такъ сказать „должнѣе", какой долгъ мы обязаны удовлетворять предпочтительно передъ инымъ какимъ либо долгомъ. Такъ очень распространенны пониженныя расцѣнки эстетики по сравненію съ этикой Цицеронъ, слѣдуя указаніямъ стоической мудрости, говоритъ, что „линіи души красивѣе линій тѣла" (de fin. III, 75), правда моральная красивѣе правды художественной. Тотъ же Цицеронъ готовъ въ сущности совсѣмъ отрицать правду художественную, начало прекраснаго „Одни мудрые красивы—хотя бы они и были уродливы" (pro Mur. 61). Внимательный читатель писемъ Цицерона

подчеркиваетъ то обстоятельство, что въ нихъ нѣтъ „ни слова о красотѣ природы, ни слова объ искусствѣ“ (Mahaffy, Silver age of the Greek world, 1911, p. 155). А Цицеронъ исколесилъ не мало странъ—въ ихъ числѣ Грецію! Передъ нами т. о. *психологическій* типъ, для кого художественное начало отходитъ далеко на второй планъ по сравненію съ началомъ моральнымъ. Но кто далъ Цицерону право особенность своей личной организаціи возводить на степень общезначимаго, теоретическаго положенія? Разумѣется, такое право просто отсутствуетъ: нѣтъ и не можетъ быть объективнаго критерія, съ помощью котораго можно производить расцѣнку различныхъ формъ долженствованія. То, что намъ способно показаться объективнымъ взвѣшиваніемъ, взвѣшиваніемъ аргументовъ, есть на самомъ дѣлѣ психологическая борьба, противоборство различныхъ сторонъ нашей *личной* организаціи, и результатъ подобнаго противоборства, не можетъ претендовать на общезначимость Насъ „тянетъ“ къ искусству, но насъ „тянетъ“ и къ служенію ближнему Побѣждаетъ тяга къ искусству. Всего менѣе слѣдуетъ отсюда, что тѣмъ самымъ мы доказали „превосходство“ искусства передъ моралью. Въ этомъ смыслѣ споры, которые время отъ времени ведутся на данную тему съ особенной обостренностью, при всей ихъ психологической и культурно-исторической показательности, лишены теоретической плодотворности, ибо пытаются рѣшить вопросъ, незакономѣрный въ самой его постановкѣ.

Мы расчленяемъ, сопоставляемъ различныя формы долженствованія. Тѣмъ самымъ расчищаемъ путь къ тому непосредственному живому обладанью ими, внѣ котораго всякое опредѣленіе лишено смысла, значенія. Именно—всякое опредѣленіе. Не иначе вѣдь обстоитъ дѣло и съ опредѣленіями естественно-научными. Если мы говоримъ напр., что разстояніе между пунктами А. и В. равно 200 верстамъ, то это опредѣленіе наполняется смысломъ, поскольку въ насъ живо переживаніе протяженности. Къ тому же протяженность, измѣряемая 200 верстами, пріобрѣтаетъ для насъ опредѣленность, поскольку тѣми или иными способами, тѣми или иными наводящими пріемами мы сумѣли связать данную величину съ нѣкоторымъ живымъ образомъ. Дать

опредѣленіе значитъ, въ конечномъ итогѣ, придать опредѣленность нашимъ непосредственнымъ впечатлѣніямъ, переживаніямъ. Поэтому, возвращаясь къ предмету нашихъ разсужденій, къ долженствованію и именно къ долженствованію нравственному, мы должны и здѣсь апеллировать къ нѣкоторому живому знанію того, кто носитъ въ себѣ нравственное начало. Если такого знанія нѣтъ, если мы имѣемъ дѣло съ субъектомъ, подверженнымъ тому, что англичане называютъ „moral insanity“, нравственной деффективности, мертвенности нравственнаго чутья, то всѣ наши старанья опредѣлить нравственность будутъ безконечной и вмѣстѣ съ тѣмъ безплодной замѣной одного неизвѣстнаго другимъ неизвѣстнымъ, повтореніемъ прибаутки о слѣпцѣ, которому разъясняютъ признаки бѣлизны.

Глава 3.

Право и нравственность Примитивныя воззрѣнія на справедливость. Общественная норма и общественный законъ. Нарожденіе „личности“. Крушеніе старой моральной недѣлимости. Идея личнаго суда, идея особыхъ „естественныхъ“ нормъ. Двѣ формы этики Какъ рождается представленіе о нормѣ общественной какъ о нормѣ „внѣшней“? Примѣръ І. Греціи Стоицизмъ и эпикурейство. Разрывъ живой связи личности и цѣлаго Примѣръ европейскаго абсолютизма. „Моральное“ и „легальное“.

Утвержденіе о нравственномъ характерѣ правового долженствованія наталкивается на вполнѣ вѣроятное сомнѣніе: не значитъ ли это смѣшивать право и нравственность? Прежде чѣмъ устранить подобное сомнѣніе, посмотримъ, что̀ исторически скрывается за различеніемъ права и нравственности. Тѣмъ самымъ данная проблема станетъ намъ яснѣе въ ея внутреннемъ содержаніи.

Съ большой отчетливостью историческіе этапы въ дифференцированіи права и нравственности можно прослѣдить, оставаясь въ предѣлахъ д. грѣческаго мышленія. Если мы изберемъ въ качествѣ отправного пункта древнѣйшіе литературные памятники: „Иліаду“ и „Одиссею“ Гомера (около IX в. до Р. Х.), а также „Труды и Дни“ Гесіода (около VII в. до Р. Х.), то нашего вниманія не можетъ не остана-

вливать фактъ *отсутствія* различенія здѣсь права и нравственности. Вояки и авантюристы у Гомера, кропотливые землеробы у Гесіода—всѣ они твердо увѣрены, что есть единый, для всѣхъ обязательный порядокъ долженствованія, есть единая справедливость, дарованная и хранимая небожителями при посредствѣ земныхъ властителей, басилевсовъ, вождей. Этой справедливости противопоставляется несправедливость, беззаконіе. Несправедливости, беззаконія на землѣ—не мало. Устранить несправедливость значитъ возстановить дѣйствіе общеобязательнаго закона. Убійца, уплатившій пеню, спокойно живетъ среди сосѣдей. онъ снова—правъ передъ людьми и передъ небожителями, а слѣдовательно и передъ собою, ибо его долгъ, его справедливость исчерпывается общепринятой справедливостью. Исчерпывается, ибо онъ чувствуетъ себя *не отдѣльной единицей*. а нѣкоторой *частью* нѣкотораго общественнаго *цѣлаго* Если онъ не совершаетъ несправедливости, то не потому, что *личное осужденіе* его удерживаетъ, а потому, что онъ боится *суда общественнаго*, суда тѣхъ, „кто живетъ вокругъ". Итакъ, передъ нами система нормъ, сверхъ-личныхъ въ ихъ источникѣ, сверхъ-личныхъ въ смыслѣ той защиты, санкціи, которая ихъ охраняетъ. Къ этому можно было бы еще прибавить то ихъ свойство, что они мало приспособлены къ особенностямъ отдѣльныхъ ситуацій, мало заинтересованы въ установленіи конкретныхъ оттѣнковъ въ жизненныхъ казусахъ—однимъ словомъ, эта ихъ справедливость есть серединная, не-эластичная справедливость. Суть ли указанныя нормы право или нравственность? Для Гомера или Гесіода такой вопросъ непонятенъ: они бы отвѣтили, что это—нормы, правила, мѣры справедливости. Моментъ этическаго долженствованія—на лицо. Когда мы въ этомъ долженствованіи усматриваемъ опредѣленную форму, когда мы говоримъ, что Гомерова справедливость есть право, а не нравственность, то тѣмъ самымъ мы переносимъ эту справедливость въ иную историческую обстановку, примѣняемъ къ ней иные, болѣе осложненные масштабы.

Прослѣживая исторію д. греческой мысли, мы можемъ наблюдать, какъ постепенно нарушается цѣлостный этическій идеалъ стараго времени. Откуда идетъ духъ нарушенья?

Источникъ его—постепенно нарождающаяся *отдѣльная* человѣческая личность. Когда на переломѣ VI и V столѣтій философъ Гераклитъ заявляетъ, что „одинъ, если это—лучшій, то же, что и десять тысячъ", въ этомъ афоризмѣ можно подмѣтить достаточную зрѣлость идеи личной выдѣленности: одинъ не боится противопоставить себя группѣ, массѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣльная личность у Гераклита все еще отстаиваетъ старый законъ общежитія, зоветъ на поддержку этой „каменной стѣны" государства. Личный долгъ—отстаивать норму общежитія. Въ этомъ отношеніи очень показательна позиція философа V столѣтія, Демокрита. Вотъ его слова. „Выше самихъ себя не подобаетъ людямъ ничего стыдиться и не подобаетъ имъ творить зло въ большей степени тогда, когда никто о томъ не вѣдаетъ, нежели тогда, когда вѣдаютъ всѣ; человѣку слѣдуетъ въ своей душѣ водрузить въ качествѣ закона: не творить ничего неприличествующаго". Гдѣ, однако, критерій этого неприличествующаго? Въ законѣ, какъ общеобязательномъ началѣ. „Законъ хочетъ принести людямъ благо. Онъ въ состояніи это сдѣлать, когда ему идутъ навстрѣчу: повинующимся онъ вскрываетъ присущія ему добрыя качества". Итакъ, повинуясь закону общежитія, мы повинуемся нѣкоторому доброму началу Но вмѣстѣ съ тѣмъ, подобнымъ повиновеніемъ мы слѣдуемъ нѣкоторому личному долгу и, наоборотъ, неповиновеніемъ этотъ долгъ нарушаемъ: такъ законъ общежитія оказывается поставленнымъ *подъ защиту отдѣльной личности.* Она судитъ свои поступки по этому закону, не по собственному, но судитъ сама. И этотъ ея личный судъ не есть ли болѣе жестокій, длительно-мучительный нежели судъ Гомеровскихъ сосѣдей, окрестъ живущихъ? Трагикъ V столѣтія, Эврипидъ, въ своемъ „Орестѣ" говоритъ объ этомъ судѣ, о судѣ личной *совѣсти*, какъ о наказаніи, что̀ свыше всего остального способно крушить

Но отъ зарожденья идеи личной совѣсти недалеко ужъ и до идеи тѣхъ личныхъ нормъ, по какимъ совѣсть хочетъ творить свой судъ, производить моральную расцѣнку. И мы дѣйствительно видимъ, что V-ое столѣтіе приноситъ не только совѣсть, личный судъ, но и нормы, которыя хотятъ опираться на отдѣльную человѣческую личность, на ея при-

роду, на ея естество, въ противоположность нормамъ, опирающимся на „городъ“, государство—однимъ словомъ на санкцію общественную. Такъ рождается „естественный законъ“, законъ „по естеству“, въ противоположность закону „по установленію“. Если мы всмотримся, какое естество здѣсь имѣется въ виду, а это—естество отдѣльной личности, то, очевидно, что противоположность закона установленнаго и закона естественнаго есть, помимо всего прочаго, противоположность источниковъ: норма, исходящая отъ государства противопоставляется нормѣ, опирающейся на отдѣльную личность. Вмѣстѣ съ тѣмъ судъ общественный противопоставляется суду личному. Не безъ основанья этотъ судъ софистъ Антифонъ называетъ судомъ, котораго никакъ нельзя избѣжать.

Гомеръ жилъ одной нравственностью, одной справедливостью. И эта справедливость есть общественное начало. Родилась отдѣльная личность, и появилась новая, личная нравственность. Отсюда — самая возможность вопроса о „различіи“ между правомъ и нравственностью. Исторія учитъ насъ подлинному смыслу даннаго различія. Право и нравственность не означаетъ, что не-этическому началу противополагается начало этическое, а что этикѣ общественной противополагается этика личная. *Различіе права и нравственности есть т. о. различіе двухъ формъ этическаго долженствованія: въ одномъ случаѣ въ основаніе положено общество, въ другомъ случаѣ—отдѣльная личность.* Вся трудность въ пониманіи этого, на первый взглядъ, простого факта заключается въ томъ, что мы испытываемъ на себѣ все давленіе опредѣленныхъ этическихъ воззрѣній, какими мы, какъ участники историческаго процесса, живемъ. Если Гомеру не такъ легко было бы понять этическій характеръ личнаго долженствованія, то современному человѣку, пропитанному до мозга костей индивидуалистической культурой ряда послѣднихъ столѣтій, столь же нелегко быстро оріентироваться въ мысли, что возможна форма этики, не опирающаяся на отдѣльную человѣческую единицу. Развѣ есть этика внѣ отдѣльной личности? Развѣ этика не индивидуалистична по ея природѣ? Таковы — естественныя сомнѣнія сознанія нашихъ дней.

Отсюда напрашивается отвѣтъ: право опирается на внѣшній авторитетъ. Въ виду того, что нравственныя велѣнія, какъ и всякія иныя формы долженствованія,—внутри насъ, получается т. о., что въ противоположности права и нравственности скрыта противоположность не-должнаго и должнаго, внѣ нравственнаго и нравственнаго. Чтобы не стать на этотъ путь, на который становятся слишкомъ часто, мы обязаны уяснить себѣ, что̀ изъ себя представляетъ тотъ „внѣшній авторитетъ“, на который хотятъ опереть право и на который не хотятъ опирать нравственность, ибо эта послѣдняя въ качествѣ фундамента имѣетъ „авторитетъ внутренній“, личную совѣсть индивида.

Никакихъ внѣшнихъ авторитетовъ въ области этическихъ построеній быть не можетъ. И если мы говоримъ о правѣ какъ объ этикѣ, опирающейся на общественное цѣлое, изъ этого не слѣдуетъ, что подъ видомъ общественнаго цѣлаго мы выдвигаемъ нѣчто *внѣшнее* по отношенію къ человѣческой личности. Отдѣльной человѣческой личности не дешево далась исторически ея отдѣльность, ея свобода: она должна была бороться долго и энергично противъ сковывающихъ ея иниціативу групповыхъ связей (община, цехъ), должна была упорно защищаться противъ претензій королевскаго абсолютизма, готоваго обратить ее въ объектъ властвованія, порабощенія или же, въ лучшемъ случаѣ, утомительныхъ, докучливыхъ въ ихъ мелочности попеченій. Отсюда исторически создавшійся и исторически оправдываемый предразсудокъ, что общественное начало непремѣннымъ образомъ лежитъ внѣ человѣческой личности. Цѣлое рисуется какъ нѣкоторая внѣшняя сила, которой—хочешь, не хочешь—нужно подчиняться, приносить жертвы потомъ и кровью. Это—необходимо, неизбѣжно, какъ необходимо, неизбѣжно подчиненіе инымъ внѣшнимъ силамъ, передъ которыми невольно склоняется слабая человѣческая былинка. Велѣнія, отъ общественныхъ силъ исходящія, принимаются; они опредѣляютъ образъ дѣйствій человѣческихъ единицъ, но вѣдь и передъ велѣніями рока склоняются, какъ передъ велѣніями внѣшней, посторонней силы. Тамъ, гдѣ общественное начало оказывается сосредоточеннымъ въ рукахъ абсолютнаго повелителя, отдѣленнаго непроходимой гранью

отъ безконечной массы передъ нимъ во прахѣ копошащихся *подданныхъ*, тамъ особенно прочно укореняется мысль о раздѣльности правового и нравственнаго порядковъ.

Античность, въ частности Д. Грецiя, и здѣсь позволитъ намъ сдѣлать нѣкоторыя поучительныя наблюденiя. Мы видѣли какъ къ V-му вѣку съ полной опредѣленностью вырисовались въ сознанiи греческаго общества два нравственныхъ порядка: одинъ, опирающiйся на цѣлое, городъ, государство; другой, опирающiйся на часть, отдѣльную личность. Между этими порядками могутъ быть существенныя расхожденiя, но отсюда еще далеко, чтобы признать „внѣ-нравственность, внѣ-этичность" государственнаго, градскаго закона: вѣдь это—продуктъ той коллективной величины, государства, „полиса", частью котораго грекъ V-го столѣтiя полностью себя ощущалъ. Поэтому, если у Платона, живущаго на переломѣ V и IV столѣтiй, мы можетъ подмѣтить ноты „ухода внутрь себя", ноты отчужденности отъ государства, то это все же—моменты, нѣчто преходящее: Платонъ болѣетъ душой за „свое" государство, пытается спасти отъ развала „свое" государство, для него пишетъ реформацiонные проэкты. Но исторiя умерщвляетъ это „свое" государство: раздираемая внутренними разногласiями Грецiя дѣлается легкой добычей сильныхъ сосѣдей, сначала Македонiи, потомъ Рима. Свободный гражданинъ, нравственными узами связанный со „своимъ" государствомъ, обращается въ песчинку, въ подданнаго огромнаго коллектива, имперiи, во главѣ котораго стоитъ абсолютный властитель, этотъ земной богъ. Можетъ ли „мудрый" заниматься „политикой"? Не есть ли „политика" вообще противоположность „мудрости"? Таковы проблемы, которыя начинаетъ ставить отнынѣ греческая мысль, стоицизмъ, эпикурейство. Пусть не всегда отрицателенъ отвѣтъ, который здѣсь дается, но самая возможность проблемы, самая возможность сомнѣнiй, что въ политикѣ заключается нѣчто, чѣмъ и мудрецу пренебрегать не годится, безконечно показательна. Очевидно, политика, дѣло государственное со всѣми его принадлежностями, съ закономъ правовымъ—въ первую очередь, начинаетъ ощущаться какъ начало, внѣ личности находящееся, ея нравственному сознанiю чуждое. Мудрецъ занимается „долж-

ными" вещами; если онъ перестаетъ заниматься тѣмъ, что̀ относится къ государству, къ общественному цѣлому, то, очевидно, что государство, общественное цѣлое, берется какъ нѣчто „не-должное". Такъ совершается разрывъ живой, нравственной связи личности съ цѣлымъ; личность уходитъ внутрь себя, живетъ исключительно внутреннимъ закономъ. Законъ общественный можетъ соблюдаться, но это соблюденіе механическое, мертвенное, не согрѣтое убѣжденіемъ въ его нравственномъ существѣ. Такова позиція эпикурейцевъ, которые готовы рекомендовать законопослушанье какъ одинъ изъ путей къ безбѣдному, никакими непріятными коллизіями несмущаемому бытію: нарушать законъ значитъ то же, что̀ запускать руку въ пчелиное гнѣздо, рука отъ укусовъ распухнетъ. Идеалъ „безболѣзненности" будетъ нарушенъ. Въ подобномъ настроеніи соблюденье права утрачиваетъ нравственный характеръ: право-внѣшняя сила, которую лучше не затрагивать. Эпикурейцамъ по своему вторятъ стоики. Римскій стоикъ Сенека заканчиваетъ свое разсужденье о „Бездѣйствіи" пессимистическимъ лозунгомъ: нѣтъ государства, съ которымъ могъ бы помириться мудрый, но и нѣтъ мудраго, съ которымъ могло бы помириться государство (8, 3). Идеалъ мудреца, сторонящагося отъ общественныхъ дѣлъ, мимоходомъ приковывающій къ себѣ вниманье Платона, здѣсь ужъ прочно, длительно утверждается. Если стоики и готовы признавать дѣло „человѣческое, общеполезное", то это не значитъ, что они готовы итти на отказъ отъ личнаго самодовлѣнія, законченности индивидуальнаго бытія: стоикъ готовъ помогать ближнимъ, но это его личный, индивидуальный актъ, въ которомъ онъ ничѣмъ личнымъ не поступается, ничѣмъ свою личную безграничную свободу не умаляетъ. Никакой сверхъ-личной, нравственно-оправдываемой организаціи здѣсь не намѣчается.

Не въ столь яркой формѣ подобная отчужденность личности отъ общественной организаціи, отъ государства проявляется и на европейской почвѣ. Тамъ, гдѣ абсолютизмъ пустилъ наиболѣе глубокіе корни, тамъ, гдѣ личность имѣла наибольшія основанія прятаться внутри собя, въ себѣ искать всю полноту нравственнаго бытія, тамъ рѣзче всего сказалась, да и продолжаетъ сказываться, противополож-

ность „моральнаго“ и „легальнаго“. Общественный порядокъ въ его оторванности отъ живыхъ связей съ народомъ, въ его бытовой отчужденности отъ народа, пріучаетъ мысль видѣть нравственное начало сосредоточеннымъ исключительно въ личномъ бытіи, въ личномъ нравственномъ сознаніи. Цѣлое, государство не есть нѣкоторая нравственная величина, со своеобразной нравственной жизнью. Холодомъ вѣетъ отъ государства Канта, отъ государства Гумбольдта, вообще отъ государства, въ которомъ отразилось старое недовѣріе ко всему, что стоитъ надъ личностью. Нужны были кровавые опыты Наполеоновыхъ войнъ, нуженъ былъ объединяющій порывъ общественныхъ силъ, чтобы раздались голоса въ пользу нравственнаго характера коллективныхъ единицъ: если государство въ глазахъ людей начала XIX вѣка выступаетъ какъ нѣчто *органическое*, то въ этомъ сказалась тенденція сдѣлать связь личности съ цѣлымъ связью живой, связью *внутренней*.

Глава 4.

Личность и общество. Идея выдѣленности, какъ понятіе „личности“. Опредѣленіе „общества“ у Аристотеля. Его ошибочность. Общество и общества. Идея соціальнаго плана. Соціальная форма. Государство какъ высшая общественная организація, творящая право. Внѣ ли или внутри насъ государство?

Попытки различать право и нравственность по „теплотѣ“ и „холодности“ соотвѣтствующихъ переживаній. Растяжимость и нерастяжимость этическихъ велѣній. Оформленность этики какъ условіе ея наличія. Право какъ этическій минимумъ.

Итакъ, въ противопоставленіи права, покоящагося на внѣшнемъ авторитетѣ, и нравственности, покоящейся на авторитетѣ внутреннемъ, сказывается отчужденность личности отъ цѣлаго, государства, общества. Государство, общество выступаетъ какъ нѣчто внѣшнее по отношенію къ личности, ибо личность не чувствуетъ себя частью данной коллективной единицы. Напрашивается вопросъ: если личность почувствуетъ себя частью того или иного коллектива, то значитъ ли это, что вдругъ появится связь внутренняя, и коллективъ перестанетъ быть внѣшней величиной?

Когда ведутъ разсужденія о „личности“ и объ „обществѣ“, то получается, что первое есть нѣчто, внутренне намъ присущее, а второе, нѣчто внѣ насъ находящееся. Внутри ли насъ, внѣ ли насъ констатируютъ наличіе двухъ предметностей: съ одной мы какъ то тѣсно связаны, другая—давитъ насъ своей огромностью, обращаетъ насъ въ ничтожную песчинку. Будто ли, однако, личность всегда внутри насъ, а общество всегда—внѣ насъ? Устранимъ послѣднюю степень недоговоренности въ столь важной проблемѣ. *И личность, и общество суть въ равной степени опредѣленныя идеи, представленія, которыми живетъ наше сознаніе.* Даны люди, какъ обладатели тѣхъ или иныхъ анатомо-физіологическихъ, психологическихъ особенностей. Но *личное* или *общественное* ихъ бытіе не дано, какъ нѣкоторое естественное свойство, изъ которыхъ одно внутри, а другое во внѣ человѣческой природы. Личность это—идея самостоятельности, обособленности, выдѣленности, это идея собственнаго мірка, самоцѣннаго въ его значеніи, подверженнаго дѣйствію своихъ собственныхъ законовъ, судимаго своимъ собственнымъ судомъ Мы становимся личностью, поскольку мы умѣемъ осознать и оцѣнить свою самостоятельность, свое самозаконіе, если перевести буквально греческій терминъ *автономность*. И недаромъ греческіе стоики говорили о суверенитетѣ человѣческой личности: они сравнивали ея власть надъ собою съ властью царя, безотвѣтственнаго, высшаго, всеоблемлющаго владыки. Въ этомъ смыслѣ далеко не всякій человѣкъ есть личность, далеко не всякій дѣйствительно въ состояніи стоять на своихъ собственныхъ ногахъ. И, разумѣется, исторически потребовалось не мало времени, прежде чѣмъ идея личной обособленности, идея индивидуальности вообще появилась въ человѣческомъ сознаніи: какъ бы ни былъ охочъ Гомеровскій герой до того, чтобы его доля была богаче и пышнѣе, какъ бы онъ ни былъ готовъ увеличить эту долю на счетъ доли сосѣда, отсюда еще не слѣдуетъ, что онъ—личность въ отмѣченномъ только что значеніи. Наоборотъ, мы видѣли, какъ сильно пропитана его жизнь сверхъ личными, общепринятыми, масштабами и расцѣнками. Личность—идея тонкая, и не всякому историческому укладу она по плечу, но и

когда она—на исторической сценѣ, не каждый въ силахъ этой идеей воспользоваться: *безлично* нисходитъ большинство въ царство мрачнаго ада, если позволено такъ переиначить изреченье стараго греческаго поэта. Идея личности —внутри насъ, въ томъ смыслѣ, что она есть опредѣленное содержаніе нашего сознанія, это—мы, настроенные на особый, личный ладъ. Нѣтъ этого содержанія, нѣтъ этой настроенности, окрашенности, и нѣтъ личности. Нѣтъ ея, ибо это не есть внутренняя предметность, коренящаяся въ существѣ человѣческой природы, объективно взвѣшиваемая, вымѣриваемая; это есть идея, которая направляетъ или не направляетъ наше духовное бытіе. Хорошо, если она—въ насъ, но едва ли хорошо, если лишь она—въ насъ, царитъ во всей полнотѣ, не допускающей добровольнаго самоограниченія. Это самоограниченіе приходитъ отъ общественнаго начала, отъ начала взаимодѣйствія, кооперированія отдѣльныхъ человѣческихъ личностей.

Мы теперь подготовлены къ тому, что̀ такое общество. Аристотель въ своей „Политикѣ“ даетъ знаменитое опредѣленіе человѣка какъ *существа* или, чтобы быть точнѣе, *животнаго политическаго*. У Аристотеля, въ чьемъ умонастроеніи энергично преодолѣваются индивидуалистическія, личныя тенденціи предшествующихъ поколѣній, были свои историческія основанія придать характеръ какъ бы естественнаго качества началу политичности, общежительности, —началу, гдѣ отдѣльная личность выступаетъ какъ часть цѣлаго (государства, общины, семьи). Но Аристотель, съ его авторитетностью, вплоть до нашихъ дней толкаетъ изслѣдователей на ложный путь. Ибо пусть Аристотель и правъ *прагматически*, правъ съ точки зрѣнія своихъ практическихъ идеаловъ, но онъ грѣшитъ противъ научной истины, когда говоритъ о политичности, общежительности какъ о quasi-естественномъ качествѣ человѣческой натуры. Въ дѣйствительности *общество*, такъ же какъ и *личность*, есть опредѣленное *содержаніе* нашего сознанія, опредѣленная *идея*. Мы, конечно, не хотимъ сказать, что естественными инстинктами (прежде всего инстинктомъ размноженія) мы не толкаемся на путь общенія, что въ самой нашей природѣ не заложены мотивы къ тому, чтобы наше сознаніе наполнялось идеей

общества, общенія, но откуда бы мы ни черпали эту идею, она все же ею остается. Такъ же какъ и идея личности, идея общества можетъ опредѣлять, а можетъ и не опредѣлять нашего сознанія, можетъ быть, а можетъ и не быть лозунгомъ нашихъ дѣйствій, нашего поведенія. Восточный анахоретъ или современный схимникъ, замыкаясь въ своихъ пещерахъ или келіяхъ, стремятся вытравить изъ своего бытія намекъ на связи съ грѣшнымъ міромъ, а въ томъ числѣ съ его обществомъ, съ его государствомъ. Не нуждаясь въ подобномъ внѣшнемъ отъединеніи, но тѣмъ же идеаломъ рукодится мудрецъ стоико-эпикурейскаго умонастроенія, когда онъ, и пребывая на людяхъ, умѣетъ „жить скрытно", умѣетъ въ идеѣ отрѣзать себя отъ окружающаго общества. Но вѣдь и не усвапвая, во всемъ ея ригоризмѣ, во всей ея крайности, подобную точку зрѣнія, мы, временами по крайней мѣрѣ, дѣйствительно мыслимъ себя освобожденными отъ общественныхъ узъ, остаемся „наединѣ съ собой", принадлежимъ только себѣ. Общество въ эти моменты для насъ дѣйствительно—нѣкоторая „внѣшняя" величина, именно въ томъ смыслѣ, что мы себя ни къ какому обществу не причисляемъ, не мыслимъ себя частью никакой общественной, собирательной единицы.

Общество есть или его нѣтъ, поскольку въ нашей психикѣ выступаетъ или не выступаетъ идея подобнаго причисленія. Въ дѣйствительности, однако, гораздо чаще совершается не это причисленіе или не-причисленіе къ обществу вообще, а причисленіе къ данному обществу, непричисленіе къ данному обществу. Иными словами обществъ столько, сколько положительныхъ или отрицательныхъ расцѣнокъ, которыя совершаетъ личность относительно тѣхъ единицъ, по отношенію къ которымъ она мыслитъ или не мыслитъ общеніе, соприкосновеніе. Въ этой множественности, измѣнчивости, текучести понятія „общество" не заключено ли лучшее доказательство, что мы не вправѣ, слѣдуя указаніямъ Аристотеля, мыслить связь общественную какъ нѣкоторое природное свойство человѣческой натуры?

Общество *есть* въ томъ смыслѣ, что мы беремъ себя не въ качествѣ изолированнаго, законченнаго цѣлаго, не въ качествѣ отдѣльной личности, а въ качествѣ части коллек-

тивнаго цѣлаго, гдѣ мы занимаемъ опредѣленное мѣсто, выполняемъ опредѣленныя, строемъ этого цѣлаго подсказанныя, функціи, получаемъ, строемъ этого цѣлаго отведенныя, доли, права. Общество *есть* въ томъ смыслѣ, что свое изолированное бытіе мы подчиняемъ тому или иному *соціальному плану*, т. е. идеѣ нѣкотораго порядка, въ которомъ мы, переставши быть самодовлѣющей величиной, выступаемъ въ качествѣ составной единицы. Общество состоитъ изъ *насъ*, общество это—*мы*, но только взятые въ нѣкоторомъ особомъ аспектѣ, общество это—*мы*, разсматривающіе себя, дѣйствующіе какъ члены коллективнаго цѣлаго.

Разумѣется, идея соціальнаго плана допускаетъ массу варіацій не только въ отношеніи содержанія, но и въ отношеніи опредѣленности, зафиксированности. Я могу себя включать въ неопредѣленную, мало о себѣ заявляющую коллективную величину „кончившихъ Московскій университетъ“; при случаѣ я могу принять участіе въ товарищескомъ собраніи въ Татьянинъ день; могу внести свою лепту въ пользу бѣдняка, который въ своемъ обращеніи ко мнѣ подчеркиваетъ, что онъ какъ и я бывшій питомецъ того же университета. Но, предположимъ, образуется „кооперативъ кончившихъ Московскій университетъ“. Входя въ его составъ, я вхожу въ организацію, въ которой бытіе неопредѣленной въ соціальномъ отношеніи группы „кончившихъ Московскій университетъ“ получаетъ извѣстную опредѣленность; соціальный хаосъ побѣждаетъ соціальная форма. Такой формой явится уставъ даннаго кооператива. Я могу фактически не вырабатывать этого устава, но, включая себя въ данный кооперативъ, я дѣлаю нормы, на основаніи которыхъ онъ функціонируетъ, своими нормами. вѣдь онъ —продуктъ организаціи, частью которой я себя разсматриваю. Не то ли же приходится сказать и объ иныхъ нормахъ, оформливающихъ то или иное общежитіе? Не то ли же приходится сказать и о правѣ, исходящемъ отъ государственной организаціи?

Мы здѣсь не собираемся анализировать подробно понятіе государства—равно какъ для дальнѣйшаго оставляемъ и болѣе подробный анализъ понятія общества. Пока мы можемъ ограничиться указаніемъ, что государство нами

берется какъ синонимъ высшей въ нашихъ глазахъ организаціи, творящей и охраняющей право. Мы можемъ и не творить, и не охранять право. Но значитъ ли, что оно покоится на внѣшнемъ авторитетѣ? Изъ сказаннаго до сихъ поръ, думается, ясно, что нельзя въ абстрактной формѣ дать положительный или отрицательный отвѣтъ. Все зависитъ отъ того, причисляемъ ли мы себя къ данной государственной организаціи, считаемъ ли мы ее какой то внѣшней, надъ нами висящей силой или, наоборотъ, мы связываемъ ее съ собою, беремъ какъ нѣчто свое, собственное. Если не считаемъ, если государство, въ силу тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ, не имѣетъ живыхъ корней въ нашей личности, если мы лишь внѣшне пребываемъ подъ его эгидой, то, разумѣется, правовой порядокъ, государствомъ творимый столь же чуждъ нашему нравственному сознанію, какъ чужды безжалостные декреты слѣпого рока. Мы уже отмѣтили выше, что именно подъ вліяніемъ бытовой оторванности государственной организаціи отъ связей съ обществомъ выростаетъ трагическая въ сущности идея, что государство—внѣ человѣческой личности, что правопорядокъ, государствомъ творимый или санкціонированный, есть продуктъ внѣшняго авторитета, а слѣдовательно и не подлежитъ нравственной расцѣнкѣ. Подобный кругъ идей—совершенно чуждъ античному міру въ нормальные періоды его исторіи: государство античнаго человѣка—его государство; государство—это онъ и его сосѣди. И въ боязни за ослабленіе живой, полной напряженности связи между частью и цѣлымъ античный человѣкъ готовъ избѣгать государства „съ безчисленнымъ числомъ“ согражданъ. Вмѣстѣ съ Аристотелемъ онъ стоитъ за легко „обозримое“, малое государство. Очевидно, даетъ себя чувствовать рознь государства и общества, если современный человѣкъ, современный юристъ упорно говоритъ о государствѣ какъ о чемъ то, внѣ насъ лежащемъ, о правѣ, какъ о величинѣ, нравственной расцѣнкѣ не подлежащей. Подобное упорство есть любопытное свидѣтельство живучести указанной розни, но ему во всякомъ случаѣ не мѣсто въ теоретическихъ трактатахъ, стремящихся понять правовое, а не какое то иное, неуловимое, явленіе.

Итакъ, мы возвращаемся къ прежней формулѣ объ

этическомъ характерѣ права. Право противопоставляется нравственности не въ томъ смыслѣ, что не-нравственное противопоставляется нравственному, а въ томъ, что право есть норма этически-должнаго, опирающаяся на коллективную единицу, общество, а нравственность есть норма этически-должнаго, опирающаяся на отдѣльную человѣческую единицу, личность. Тѣмъ самымъ отпадаетъ цѣлый рядъ воззрѣній, не отрицающихъ связи права съ этическимъ началомъ, но констатирующихъ эту связь не тамъ, гдѣ ее нужно искать.—Такъ напр. говорятъ о нравственномъ долгѣ, какъ о чемъ то проникнутомъ чувствомъ сердечной любви, сердечной теплоты, умиленья. По противоположности долгъ правовой опредѣляется какъ нѣчто дѣловито-сухое, холодное, безподъемное. Намъ пришлось бы забѣжать впередъ, если бы мы подобную точку зрѣнія подвергли детальному анализу. Ограничимся указаньемъ, что здѣсь смѣшивается психологическая обстановка, характеръ переживанья нормы должнаго съ самымъ должнымъ. Случайно выхваченный примѣръ способенъ показать, что отсутствіе теплоты, сердечности не обращаютъ норму нравственную въ норму правовую. Цицеронъ, слѣдующій завѣтамъ стоиковъ, говоритъ, что „лишь глупый или легкомысленный способенъ быть сострадательнымъ; не достойно мужа быть доступнымъ просьбамъ, умягченіямъ“ (pro Mur. 61). Отцы церкви любили упрекать стоиковъ, что они милосердіе, любовь считаютъ „болѣзнью духа“ (Лактанцій, Epist. ad Pentad. 38). И дѣйствительно, въ глазахъ стоиковъ, всякое чувство, омрачающее ясность и спокойствіе духа, должно изгоняться какъ нѣчто патологическое. Слѣдуетъ ли отсюда, что мораль стоицизма есть мораль правовая? Всего менѣе, ибо нѣтъ ничего характернѣй для стоическаго умонастроенія какъ именно подчеркнутость *личнаго* начала, *личнаго* долженствованія: въ центрѣ стоитъ суверенная человѣческая личность, ея автономныя нормы, а не общество, цѣлое и его нормы. Въ результатѣ указанное противопоставленіе, мало того, что даетъ далеко не всегда вѣрную психологическую картину переживанья должнаго, но и не достигаетъ желанной цѣли: не показываетъ въ сущности никакого различія между правомъ и нравственностью.—Столь же неудачно должна

кончиться попытка подобное различіе усматривать въ *растяжимости* нравственнаго долга и *нерастяжимости* долга правового. Требованья нравственности—безконечны, требованія права—конечны, въ ихъ опредѣленности, выкристаллизованности. Если подобная антитеза хочетъ сказать, что право разъ навсегда вылилось въ его содержаніи, а нравственность, наоборотъ, текуча, измѣнчива, то это, конечно, не такъ, ибо и то, и другое, какъ всякое иное содержаніе человѣческаго сознанія, въ вѣчномъ процессѣ роста, эволюціи. У права столь же есть будущее, какъ и у нравственности. Да и можетъ ли быть иначе, если право и нравственность лишь разныя формы человѣческаго самоутвержденія? Если, однако, хотятъ сказать, что требованія нравственности, въ противоположность требованіямъ права, не допускаютъ опредѣленной формулировки, то, если бы это было дѣйствительно такъ, здѣсь вообще не было бы долга, нормативности. Всякое долженствованіе, чтобы быть таковымъ, нуждается въ оформленности, отчетливости. И, конечно, требованіе права объ уплатѣ долга, равно какъ и требованіе нравственности объ отдачѣ послѣдней рубашки, одинаково опредѣленно, одинаково не допускаетъ „растяжимости“, большаго или меньшаго въ томъ, что постулируется какъ должное—Есть еще одно воззрѣніе, которое характерно именно тѣмъ, что здѣсь чувствуется, какъ среди правовѣдовъ имѣется тяга въ сторону утвержденія этическаго достоинства правовой идеи. Тяга есть, но рѣшеніе проблемы ищутъ не въ правильномъ направленіи Намъ говорятъ, что право есть *минимумъ* этическихъ требованій, предѣльная грань, ниже которой нельзя спускаться. Наоборотъ, нравственность—нѣчто сверхъ этого минимума. Получается, что право лишь терпится въ предѣлахъ этическаго долженствованія, а истинный здѣсь хозяинъ—нравственность въ смыслѣ личнаго долга. Послѣ всего сказаннаго раньше едва ли приходится указывать, что это quasi-теоретическое построеніе лишь отражаетъ всѣ трудности въ преодолѣніи стараго предразсудка относительно права: послѣднему готовы удѣлить кусочекъ нравственности. Но какой? Личной. Иной нравственности нѣтъ и не можетъ быть. Нравственное, внутренне оправданное бытіе общественныхъ союзовъ и

нормъ, отъ нихъ исходящихъ, остается внѣ даннаго поля зрѣнія! Специфическая природа права не осмысливается.

Глава 5.

Конфликты права и нравственности. Формы этихъ конфликтовъ. Конфликтъ содержанія. Противонравственность и произвольность. Конфликтъ источниковъ. Неправомѣрность.

Изложенныя въ предшествующихъ главахъ соображенія не окажутся ли повиснувшими на воздухѣ, если вмѣсто всякихъ хитроумныхъ теорій намъ скажутъ: „на каждомъ шагу нравственность вступаетъ въ конфликты съ правомъ, на каждомъ шагу содержаніе нравственныхъ нормъ противорѣчитъ нормамъ правовымъ; нѣтъ у нихъ почвы, на которой оба начала встрѣчались бы; различіе ихъ слишкомъ глубоко, чтобы возможно было объединеніе на почвѣ этическаго долженствованія". Подобная ссылка на „фактъ" расхожденія права и нравственности, несмотря на ея внѣшнюю убѣдительность, не заставитъ насъ отказаться отъ усвоеннаго угла зрѣнія. Не заставитъ въ такой же степени, какъ не заставила бы признать тождества права и нравственности ссылка на „фактъ" сходства требованій права и нравственности въ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ случаяхъ. Фактъ расхожденія права и нравственности не превращаетъ право въ какую то величину, внѣ этики пребывающую, но, обратно, и фактъ ихъ совпаденія не лишаетъ ни право, ни нравственность всей ихъ особенности, специфичности.

Предположимъ, что норма общежитія, государства гласитъ: „лица, уличенныя въ занятіи проституціей какъ ремесломъ, подлежатъ спеціальной регистраціи и обязаны являться въ установленные сроки для медицинскаго осмотра". Эта норма права можетъ вполнѣ гармонировать съ той нормой, какую мы установили бы, если бы сами обладали законодательной властью: наше личное нравственное чувство остается вполнѣ спокойнымъ. Ремесло есть ремесло, а поэтому проституція подлежитъ регламентаціи со стороны государства какъ и всякое иное ремесло. И если это—ремесло, носящее въ себѣ очагъ заразы, то регламентація

должна быть особенно тщательна. Такова сѣть аргументовъ, путемъ которыхъ мы лично для себя нравственно оправдываемъ данную правовую норму. Вполнѣ возможно, однако, и возмущеніе со стороны нашего нравственнаго сознанія: мы усматриваемъ здѣсь слишкомъ жестокое клейменіе человѣка, выдѣленіе его изъ „честной“ среды, вторженіе въ область отношеній, слишкомъ интимныхъ, чтобы государству здѣсь было что дѣлать. Отсюда энергичная пропаганда, которая ведется противъ регистраціи проститутокъ. Станемъ именно на сторону противниковъ регистраціи. Здѣсь—яркій примѣръ расхожденія правовой и нравственной нормы. Содержанье правовой нормы въ данномъ случаѣ не есть содержаніе нормы лично-нравственной. Слѣдуетъ ли отсюда, что тѣмъ самымъ правовая норма нами переживается какъ голый произволъ? Слѣдуетъ ли отсюда, что дѣятельность законодательнаго органа нами ставится на одну линію съ дѣятельностью шайки насильниковъ, овладѣвшихъ государственной властью и творящей, что ей вздумается? Никоимъ образомъ не слѣдуетъ. Наше лично-этическое сознаніе не одобряетъ данной правовой нормы, но наше общественно-этическое сознаніе мѣшаетъ эту норму признать нормой произвольной. Государственная организація, отъ которой эта норма исходитъ, *признается* нами какъ законно функціонирующая; это—организація, частью которой, такъ или иначе, мы себя считаемъ; это—наше государство, нашъ парламентъ. Послѣдній выноситъ рѣшенье, съ которымъ мы лично не согласны. Но отсюда не слѣдуетъ, что это рѣшенье приравнивается къ окрику насильника, ухватив шаго мирнаго прохожаго за горло. Что то намъ мѣшаетъ подобному приравниванію! Что же? Едва ли могутъ быть сомнѣнія, что препятствіе лежитъ въ *нравственномъ оправданіи* того *источника*, отъ котораго исходитъ норма, которая, какъ въ данномъ случаѣ, не получаетъ нашей личной санкціи. Общественная санкція не есть для насъ пустой звукъ, ибо и въ качествѣ члена парламента, оставшагося по вопросу о регистраціи въ меньшинствѣ, мы чувствуемъ, что эта санкція кладется на данномъ законѣ нами, нами не въ качествѣ отдѣльной личности, а въ качествѣ части общественнаго коллектива.

Представимъ себѣ другую ситуацію. Передъ нами картина государства, гдѣ власть въ рукахъ группы лицъ, которыхъ мы клеймимъ именемъ захватчиковъ, предателей, авантюристовъ. Государство, государственная организація въ этомъ случаѣ дѣйствительно—внѣ насъ, наше нравственное сознаніе не связываетъ насъ съ этимъ государствомъ, а, наоборотъ, изъ него выдѣляетъ. Пусть даже это государство издаетъ правовыя нормы, съ которыми *лично* мы согласны. И тѣмъ не менѣе мы не можемъ побороть чувства несогласія. Откуда оно? Не изъ лично-нравственнаго чутья, ибо мы одобряемъ содержанье данныхъ нормъ. Источникъ несогласія—въ насъ какъ въ носителяхъ общественно-должнаго начала: это начало мѣшаетъ намъ существующую государственную организацію признать *своей*, а въ результатѣ и ея нормы шокируютъ насъ какъ нѣчто *общественно безнравственное*, насильническое. Мы не хотимъ, *нравственно не можемъ* принять изъ рукъ государства, покоящагося на захватномъ правѣ, тѣ нормы, какія мы, при иныхъ условіяхъ, при иномъ государственномъ строѣ, приняли бы съ распростертыми объятіями. Въ результатѣ въ силу необходимости мы выполняемъ механически данныя предписанія, но душа наша не перестаетъ питать къ нимъ чувства нравственнаго нерасположенія, порицанія. Возьмемъ примѣръ изъ другой дѣйствительности. Вспомнимъ недавнія террористическія выступленія англійскихъ суффражистокъ, мстившихъ правительству за его отказъ или колебанья предоставить женщинамъ избирательныя права въ парламентъ. Означали ли подобныя выступленія, что суффражистки со всѣми англійскими законами считали себя несогласными, какъ противными личной этикѣ? Разумѣется, это—не такъ. И въ сущности съ суффражизмомъ трудно было бы связать какую либо новую программу реформъ. Недаромъ либеральные круги усматривали въ предоставленіи правъ женщинамъ плюсъ для консервативной партіи, а не наоборотъ. Въ существующемъ правѣ суффражистки едва ли собирались многое мѣнять и тѣмъ не менѣе поджигали дома, готовили покушенія на министровъ, отказывались платить налоги. Почему? Потому, что съ ихъ точки зрѣнія государство есть чуждое имъ начало, если онѣ не предста-

влены въ законодательномъ органѣ, не пріобщены черезъ своихъ депутатовъ или депутатокъ къ процессу законотворчества. Лично-одобряемыя мѣры оказывались т. о. общественно-противонравственными

Проанализированныя явленія должны уяснить двоякую вещь Прежде всего, если право и нравственность расходятся по ихъ содержанію, то отсюда далеко не слѣдуетъ, что тѣмъ самымъ право переселяется въ область, лежащую по ту сторону этическаго начала: правовая норма, лично непріемлемая, не переживается нами какъ норма произвольная. Вѣдь въ основѣ ея лежитъ общежитіе, государство, съ которымъ мы продолжаемъ себя чувствовать внутренне связанными. Не одобряя *содержанія* правовой нормы, мы продолжаемъ считать закономѣрнымъ *путь* ея становленія. Покушаться на ея бытіе, значило бы покушаться на ту общественную организацію, частью которой мы себя продолжаемъ признавать. И это фактъ великаго жизненнаго значенія. вѣдь устойчивость правового порядка была бы въ значительнѣйшей степени подорвана, если бы, лично несогласившись съ правовой нормой, мы тѣмъ самымъ признали ея произвольность, насильственность. Но лично неодобряя ту или иную норму, мы, какъ члены общежитія, хотимъ законныхъ, признанныхъ путей къ ея устраненію. Если въ насъ подобная точка зрѣнія отсутствуетъ, то это доказываетъ лишь, что нравственная культура въ ея общественномъ аспектѣ въ насъ не выработана или затруднена въ нормальномъ ростѣ.—Далѣе, изъ приведенныхъ примѣровъ мы убѣдились, что фактъ совпаденія содержанія нормъ правовыхъ и нормъ нравственныхъ не доказываетъ еще, что здѣсь царитъ миръ да гладь наоборотъ, на лицо можетъ быть самый острый конфликтъ. Смыслъ этого конфликта доказываетъ со своей опредѣленностью, что нашъ личный этическій мірокъ не исчерпываетъ нашихъ этическихъ запросовъ, что наряду съ нормами лично нравственными выростаетъ совокупность нормъ, претендующихъ на значимость для насъ какъ членовъ общественнаго цѣлаго.

Всѣ эти разсужденія о конфликтахъ между правомъ и нравственностью доказываютъ единственное, что они въ состояніи доказать, а именно, что бываютъ моменты, когда

наше нравственное сознаніе ввержено въ состояніе внутренней раздвоенности, когда личное и сверхъ-личное этическое начало далеко отъ гармонической примиренности, слитности. Но именно тотъ несомнѣнный фактъ, что эти конфликты происходятъ на этической почвѣ, внутри нравственнаго нашего сознанія, лучше всего доказываютъ, что здѣсь борются не столько не-нравственное и нравственное начало, сколько двѣ стороны нравственнаго начала: индивидуальное и общественное. Иначе, въ чемъ бы и былъ конфликтъ, въ чемъ бы и заключалась раздвоенность, если бы не-должному противопоставлялось должное? Но въ томъ то и дѣло, что расхожденіе права и нравственности заключается не въ этомъ несложномъ противопоставленіи, а въ *тонкой и глубокой* борьбѣ двухъ нравственностей, разно построенныхъ, изъ которыхъ каждая предъявляетъ свои самостоятельныя претензіи.

Глава 6.

Принудительность въ правѣ. Внутренняя борьба за норму. Этическое творчество. Этична—нами оправданная норма. Санкція личная и общественная. Наказаніе въ его этическомъ значеніи. Платонъ и Достоевскій. Теорія психологической угрозы. Нравственная невмѣняемость. Борьба за правду. Противленцы и непротивленцы Въ какомъ смыслѣ нравственность носитъ непротивленческій характеръ?

Общественная санкція какъ „логическій“ признакъ правовой нормы. Безотвѣтственность высшихъ государственныхъ органовъ.

У сторонниковъ противопоставленія правового и нравственнаго начала припасенъ еще одинъ, какъ имъ кажется, рѣшительный аргументъ: право—принудительно, а нравственность—непринудительна. Отсюда получается, что право лежитъ гдѣ то внѣ этики, а нравственность—внутри ея: лишь она одна, съ ея непринудительностью, достойна занимать это почтенное мѣсто.

Подъ понятіемъ принудительнаго права и непринудительной нравственности могутъ скрываться разнообразныя вещи. Прежде всего это—антитеза добровольно и недобровольно усваиваемой нормы должнаго. Нравственность покоится на нашемъ согласіи, право дѣйствуетъ независимо отъ

нашего согласія. Далѣе въ принудительности права можетъ выступать моментъ общественной санкціи, неблагопріятныхъ внѣшнихъ послѣдствій для того, кто нарушитъ правовую норму нарушеніе велѣній нравственности остается исключительно на совѣсти самого нарушителя. Наконецъ, говоря о принудительномъ характерѣ права, разумѣютъ, что въ его содержаніи, въ противоположность нравственности, имѣется начало противленія, примѣненія силы. Нравственность не знаетъ противленія.

Коснемся прежде всего вопроса о характерѣ усвоенія нами нормъ правовыхъ и нормъ нравственныхъ. Дѣйствительно ли вѣрно, что въ противоположность нормамъ нравственнымъ нормы правовыя не покоятся на нашемъ внутреннемъ согласіи и въ этомъ смыслѣ—принудительны? Не заключено ли, однако, какъ говорятъ логики, contradictio in adjecto, противорѣчіе въ самомъ тезисѣ, гласящемъ, что мы принудительно подчиняемся праву, справедливости? Не подставляемъ ли мы на мѣсто права нѣкоторую, внѣ этики лежащую величину? Разберемся въ этихъ сомнѣніяхъ.

Если подчеркиваютъ добровольность подчиненія нормамъ нравственнымъ, то отсюда всего менѣе слѣдуетъ, что подобное подчиненіе всегда и всюду совершается эластично, безъ внутренней борьбы, безъ извѣстнаго, порою героическаго, усилія. Въ этомъ отношеніи все сводится къ особенностямъ индивидуальной психологической организаціи, а равно и къ конкретному содержанію нормъ, претендующихъ на подчиненіе: нельзя въ теоретической формѣ сказать, что труднѣе дается, подчиненіе ли нормѣ нравственной или же нормѣ правовой. Элементъ борьбы, внутренняго противоборства самыхъ разнообразныхъ началъ нашего „я“ имѣется и въ томъ, и въ другомъ случаѣ. Съ другой стороны, не менѣе шаткой была бы наша позиція, если бы мы вздумали принудительность права въ отличіе отъ нравственности усматривать, въ томъ мнимомъ фактѣ, что содержаніе права дано со стороны, а содержаніе нравственности порождено нами извнутри. Въ правѣ ли, въ нравственности ли, вообще всюду въ нашей жизни, мы въ несравненно бо́льшей степени выступаемъ какъ существа воспринимающія, нежели творчески новое созидающія. Это вѣрно не только по отно-

шенію къ натурамъ среднимъ, заурядным, но и болѣе одаренным. И у геніевъ моменты подлиннаго созиданья— оазисы среди актовъ повседневныхъ, трафаретныхъ. Творчество этическое, лично-нравственное или правовое, не составляетъ исключенія. И здѣсь мы широкой мѣрой черпаемъ указанья со стороны, беремъ готовые, сложившіеся образцы, а вовсе не изобрѣтаемъ чего либо заново. Разумѣется, взятое со стороны преломляется въ нашей, такъ или иначе устроенной психикѣ, и результатъ можетъ получиться не лишеннымъ своеобразія. Но это ужъ—нѣчто, творящееся помимо нашей воли. Наша же воля, чаще, нежели рѣже, направлена именно въ сторону позаимствованія, усвоенія чужого, а не на выработку собственнаго.

Откуда бы, однако, ни появились въ насъ тѣ или иныя нормативныя велѣнія, они должны сдѣлаться „нашими", чтобы сохранить свою нормативность. Этотъ элементъ внутренняго согласія, внутренней санкціи и есть то, безъ чего улетучивается нормативность, а на ея мѣстѣ остается все, что̀ угодно, но только не начало долженствованія. Должное, въ частности этически должное, немыслимо внѣ подобнаго чувства гармоніи, совпаденія съ нашимъ *я*: то, что̀ коробитъ наше сознаніе, не уживается съ нашей внутренней расцѣнкой, не можетъ быть взято какъ нѣчто цѣнное, въ данномъ случаѣ какъ нѣчто этически цѣнное. Древніе стоики были совершенно правы, когда они проповѣдывали, что мы живемъ въ согласіи съ нами самими, когда мы живемъ въ согласіи съ нашими убѣжденіями. Норма должнаго есть наше убѣжденіе. И поэтому жить сообразно съ этимъ убѣжденіемъ значитъ пребывать во внутреннемъ мирѣ со своей личностью. Тамъ, гдѣ мира нѣтъ, а на его мѣстѣ чувство насилованія, принужденія чѣмъ то органически личности чуждымъ, тамъ и нѣтъ нормы должнаго. Въ результатѣ мы приходимъ къ выводу, что утверждать принудительный характеръ права, значитъ вынимать изъ него центральную идею, идею должнаго. Недолжное не есть, конечно, должное. И въ этомъ смыслѣ можно сколько угодно противопоставлять право нравственности. Но слѣдуетъ только заранѣе условиться и называть вещи ихъ именами: вмѣсто права,

общественной правды, слѣдуетъ ставить неизбѣжное, неотвратимое, выгодное, но только не справедливое.

Принудительность права готовы усматривать въ санкціи, возмездіи, наказаніи, которыя сопровождаютъ нарушенье правовой нормы. Нарушающій норму нравственности самъ съ собою сводитъ счеты, въ своей совѣсти находитъ подобающаго судью.—У Платона, въ его трактатѣ „Законы", есть одно примѣчательнѣйшее мѣсто. Греческій философъ ставитъ вопросъ, почему нужно соблюдать правовыя предписанія, и отвѣчаетъ, что, не соблюдая ихъ, человѣкъ приводитъ свою душу, божественную по ея природѣ, въ состояніе безчестія и безобразія. „Эта напасть не есть наказаніе, ибо прекрасно справедливое, прекрасно и наказаніе" (728A—C). Современному изслѣдователю этическихъ проблемъ остается лишь вдуматься въ подобную геніальную мысль, развить отдѣльныя детали, но не мѣнять ея сущности. Итакъ, наказаніе само по себѣ не есть нѣчто не цѣнное, не должное: преступленіе плохо не тѣмъ, что за нимъ слѣдуетъ справедливое возмездіе; преступленіе плохо тѣмъ, что оно губитъ величайшее изъ благъ, божественную душу. Въ чемъ же погибель? Погибель въ томъ, что дурные элементы нашей природы одерживаютъ верхъ надъ хорошими. Нарушая предписаніе закона, мы подчиняемъ себя беззаконію, утериваемъ, какъ выражается Платонъ, „золотой поводъ" долженствованія. Не-должное послѣдствіе анормативности заключается именно въ утратѣ *нормативнаго строя души*. Играющій фальшиво на арфѣ поступаетъ дурно не въ томъ смыслѣ, что учитель заставитъ нѣсколько разъ проиграть неудающееся мѣсто: это—законное, благое, справедливое явленіе. Дурная сторона фальши—въ погибели, которую эта фальшь несетъ началу прекраснаго, эстетически должнаго, живущаго въ нашей душѣ. Фальшь, преступленіе тяжелымъ бременемъ ложатся на душѣ впадающаго въ нихъ. Мы утрачиваемъ различенье прекраснаго или справедливаго. Вотъ, гдѣ — истинная напасть, подлинное, несчастье. И съ этой точки зрѣнія „законное" возмездіе, справедливое наказаніе не могутъ уже разсматриваться какъ нѣчто, въ ихъ природѣ не благое, не правильное: наоборотъ, это путь къ возстановленію въ душѣ преступника связи съ

должнымъ, нормативнымъ. Въ наказаніи онъ обрѣтаетъ примиреніе съ этимъ началомъ: беря наказанье какъ „заслуженное“, преступникъ снова настраиваетъ свою душу на должный ладъ, снова приводитъ ее къ уваженью должнаго, законнаго. Въ этомъ отношеніи возмездіе уже не имѣетъ характера принудительности: его послѣдствія преступникъ несетъ внутренне примиренный. Хоть и звучитъ парадоксально, но возмездіе здѣсь ужъ выступаетъ какъ нѣчто добровольное. Наказанье обращается въ искупленье, обновленье. Когда Достоевскій, этотъ несравненный знатокъ преступной натуры, самъ перенесшій ужасы „Мертваго дома“, пишетъ исторію души Раскольникова, пишетъ свой едва ли не лучшій романъ „Преступленье и наказанье“, то вѣдь онъ становится на подобную, мнимо-парадоксальную точку зрѣнія: каторга полна ненужныхъ мученій и униженій человѣческой природы, но именно на каторгѣ, черезъ наказанье, черезъ страданье, убійца-Раскольниковъ совершаетъ переходъ къ новой жизни. Не только здѣсь, а и вообще въ твореніяхъ Достоевскаго явственно выступаетъ подобная мысль о наказаніи какъ о заслуженномъ, должномъ началѣ. Самъ Достоевскій не выносилъ, когда на него, вернувшагося съ каторги, смотрѣли какъ на „жертву“: онъ могъ не соглашаться съ формой, съ условіями, въ которыхъ протекало наказаніе, но онъ соглашался съ самой идеей наказанья, возмездія. Въ разговорѣ съ Влад. Соловьевымъ онъ однажды шутливо замѣтилъ, что Соловьевъ нуждается въ каторгѣ, чтобы сдѣлать послѣдній шагъ къ совершенству. Конечно, во всемъ этомъ существенную роль играетъ мысль о школѣ страданья, въ которомъ получаетъ высокій закалъ человѣческая душа. Но не только это, а и нѣчто иное: страданье, которое заключено въ возмездіи, цѣнно именно своей искупительной миссіей. Итакъ, наказанье— принудительно, если оно воспринимается какъ нѣчто недолжное, незаслуженное. Наказанье—столь же непринудительно, столь же въ его основѣ *полно морального смысла* какъ и внутреннія мученья, упреки совѣсти, если оно воспринимается преступившими норму какъ должное, заслуженное.

Именно съ наказаньемъ въ этомъ его послѣднемъ смыслѣ мы имѣемъ дѣло, когда изслѣдуемъ правовое явле-

ніе, какъ явленіе этическаго порядка. Насъ интересуетъ въ данномъ случаѣ не фигура преступника, посылающаго хулу по адресу судей, отмѣривающихъ ему мѣру общественнаго возмездія. Насъ интересуетъ фигура преступника, сознающаго свой грѣхъ и въ наказаньи видящаго дѣйствіе справедливаго начала. Пусть снова великій душевѣдецъ, Достоевскій, дастъ намъ указанье. Вотъ разсказъ изъ его романа „Подростокъ". „Воротился одинъ солдатъ на родину со службы, опять къ мужикамъ, и не понравилось ему жить опять съ мужиками, да и самъ онъ мужикамъ не понравился. Сбился человѣкъ, запилъ и ограбилъ гдѣ-то и кого-то, уликъ крѣпкихъ не было, но схватили, однако, и стали судить. Въ судѣ адвокатъ совсѣмъ ужъ его оправдалъ—нѣтъ уликъ да и только, какъ вдругъ тотъ, слушалъ-слушалъ, да вдругъ всталъ и перервалъ адвоката: „Нѣтъ, ты постой говорить", да все и разсказалъ, „до послѣдней соринки"; повинился во всемъ, съ плачемъ и съ раскаяніемъ. Присяжные пошли, заперлись судить, да вдругъ всѣ и выходятъ: „Нѣтъ, невиновенъ". Всѣ закричали, зарадовались, а солдатъ, какъ стоялъ, такъ ни съ мѣста, точно въ столбъ обратился, не понимаетъ ничего; не понялъ ничего и изъ того, что предсѣдатель сказалъ ему въ увѣщаніе, отпуская на волю. Пошелъ солдатъ опять на волю и все не вѣритъ себѣ. Сталъ тосковать, задумался, не ѣстъ, не пьетъ, съ людьми не говоритъ, а на пятый день взялъ да и повѣсился. „Вотъ каково съ грѣхомъ-то на душѣ жить"! (изд. 1895, стр. 293). Т. о. для Достоевскаго, и онъ къ этому неоднократно возвращается, недостаточно суда, а нужно и осужденіе. Но это ужъ другой вопросъ, котораго мы можемъ здѣсь не касаться. Съ оправдательнымъ или съ обвинительнымъ приговоромъ въ перспективѣ преступникъ выступаетъ на судѣ съ бременемъ грѣха на душѣ. Вотъ наугадъ выхваченный примѣръ изъ жизни, изъ судебной практики: Московскій окружной судъ въ засѣданіи 28 марта 1916 г. разбиралъ дѣло о кражѣ изъ кіоска на благотворительномъ базарѣ. Кражу совершилъ нѣкто С., музыкантъ по профессіи Въ послѣднемъ словѣ, какъ сообщаетъ судебный отчетъ, подсудимый просилъ непремѣнно осудить его въ высшей мѣрѣ. Можно ли сказать, что тюрьма, въ которую на 9 мѣсяцевъ попалъ С.,

явилась для него „принужденіемъ"? Можно ли добровольно воспринятое наказанье признать принудительнымъ, а слѣдовательно чѣмъ то, противоположнымъ упрекамъ совѣсти, какъ карѣ, имѣющей этическій добровольный характеръ? Все сказанное выше наталкиваетъ на отрицательный отвѣтъ. Противоположность общественной и личной санкціи заключается не въ томъ, что первая принудительна, а вторая непринудительна, и не въ томъ, что первая болѣе, а вторая менѣе мучительна (общество вѣшаетъ, но и отъ упрековъ совѣсти вѣшаются!): противоположность лежитъ тамъ, гдѣ она и должна лежать. Право, какъ общественное начало, нуждается въ общественной же санкціи. Нравственность въ смыслѣ лично-этическаго начала эту санкцію находитъ въ душѣ отдѣльной личности. Въ нормахъ правовыхъ и въ нормахъ нравственныхъ разно преломляется единое въ его существѣ этическое начало. Но и не естественно ли, что средства защиты этихъ нормъ, будучи справедливыми, этичными, въ то же время получаютъ разныя формы выраженія?

Выводъ изъ всѣхъ нашихъ разсужденій—одинъ: правовое принужденіе, правовая санкція носятъ этическій характеръ, оправдываются нашимъ этическимъ сознаніемъ въ его соціальномъ содержаніи. Намъ, однако, говорятъ. до примѣненія санкціи, до карательныхъ мѣръ дѣло въ большинствѣ случаевъ и не доходитъ. Хватаетъ одной лишь угрозы. Отсюда—теорія психическаго воздѣйствія, психическаго устрашенія. Разумѣется, эта теорія стара какъ міръ. И нѣсколько странно было видѣть ея претензіи на новизну, когда въ концѣ минувшаго столѣтія ее стали пропагандировать видные юристы. Никто, конечно, не собирается отрицать, что перспектива тюрьмы, ссылки, конфискаціи, общественнаго позора, вообще всего арсенала непріятныхъ или тяжкихъ послѣдствій отъ несоблюденія правовой нормы способна сковывать наши преступныя поползновенія, парализовывать преступную волю. Старый греческій трагикъ, Эсхилъ, спрашиваетъ: „кто изъ смертныхъ справедливъ, кто не страшится ничего" (Эвмениды, 699)? Угроза, застращиваніе есть фактъ человѣческой жизни, но этотъ фактъ нельзя взять во всей его нерасчлененности и на немъ строить пониманіе природы права. Дѣйствительно, боимся

мы разныхъ вещей, останавливаемся передъ перспективой непріятныхъ послѣдствій отъ разнообразныхъ вещей. Въ итогѣ психологическое состояніе испуга ничего не говоритъ о природѣ возбудителя даннаго состоянія. Такъ и по отношенію къ праву: вѣдь центръ вопроса заключается не въ томъ, что право угрожаетъ неблагопріятными послѣдствіями, а въ томъ, что эти угрозы—справедливы, что онѣ стоятъ на стражѣ справедливаго общественнаго порядка. Мы можемъ не совершать кражи потому, что мы боимся тюрьмы и позора. Но слѣдуетъ ли отсюда, что этотъ страхъ совершенно аналогиченъ страху передъ клѣткой съ дикими животными, куда мы предпочитаемъ руку не засовывать? Влад. Соловьевъ въ одномъ изъ своихъ писемъ сравнилъ государство съ мышеловкой, которая захлопывается, если кто невзначай коснется приманки. Если мы боимся такого государства, то, конечно, поставленный нами вопросъ нужно разрѣшить утвердительно: не все ли равно, государство ли захватитъ насъ въ свои лапы или дикій звѣрь? Но мы оперируемъ не съ государствомъ, которое враждебно по отношенію къ намъ и которому мы платимъ той же монетой. Государство нами берется какъ *наше* государство, какъ та высшая организація, къ которой *мы* принадлежимъ, съ которой *мы* связаны нравственными узами. Такое государство мы разсматриваемъ не просто какъ угрожающее начало, а какъ начало, *имѣющее право угрожать* и вмѣстѣ съ тѣмъ приводить угрозы въ исполненіе. Грѣхъ „теоріи психологическаго принужденія“ совершенно ясенъ; она интересуется фактомъ дѣйствія угрозы, но не интересуется, да и не можетъ, оставаясь въ предѣлахъ чисто психологическаго анализа, интересоваться характеромъ угрозы, ея внутреннимъ смысломъ и значеніемъ. Правовая угроза есть справедливая угроза, иначе это не есть правовая угроза.

Наша точка зрѣнія т. о. вовсе не выбрасываетъ за бортъ возмездія, санкціи, сопровождающихъ правовыя нормы, но стремится правильно опредѣлить идею, въ нихъ заключенную. Она ихъ беретъ какъ правильное, справедливое послѣдствіе правонарушенія. „То же, что справедливо, не можетъ быть принудительно, т. е. не можетъ разсматриваться въ одной плоскости съ голымъ насиліемъ. Вмѣстѣ

съ тѣмъ наша точка зрѣнія въ ея послѣдней отвлеченности ничего не говоритъ о характерѣ возмездія. Здѣсь, разумѣется, все зависитъ отъ историческаго уклада: возмездіе можетъ быть жестокимъ, кровавымъ, утонченно-мучительнымъ и, наоборотъ, въ высшей степени гуманнымъ, бережно-мягкимъ. Иногда эта гуманность принимаетъ столь большіе размѣры, преступникъ обставляется столь благопріятными условіями, что современные криминалисты готовы восклицать объ исчезновеніи наказанія, возмездія: ихъ замѣняетъ исправленіе, перевоспитанье, созданье полезнаго члена общежитія. Дѣйствительно ли, однако, элементъ карательности отсутствуетъ? На это нужно отвѣтить отрицательно. Тюрьма можетъ замѣниться профессіональной школой, морально-воспитательнымъ учрежденіемъ. Но вѣдь обязанность побывать въ этой школѣ, въ этомъ учрежденіи тѣсно связана съ фактомъ предварительнаго нарушенія правовой нормы: подобная обязанность есть слѣдствіе правонарушенія, его неизбѣжная и вмѣстѣ съ тѣмъ справедливая принадлежность. Процессъ перевоспитанія преступника не можетъ т. о. не быть процессомъ отбыванія кары, несенья искупительнаго подвига. И если бы руководители новыхъ, реформированныхъ мѣстъ заключенія вздумали заключеннымъ внушать мысль, что они никакой кары не несутъ, а просто обучаются ремеслу и правиламъ честной, трудовой жизни, то это было бы не только смѣшно, но и противонравственно. Никакого перевоспитанья не получилось бы, если бы оно не было приведено въ связь съ совершеннымъ грѣхомъ, если бы не было сознательно направлено на его моральную ликвидацію.

У Достоевскаго „самый закоренѣлый и нераскаянный убійца все таки знаетъ, что онъ *преступникъ*, то-есть по совѣсти считаетъ, что онъ нехорошо поступилъ“ (Идіотъ, стр. 364, изд. 1894 г.). Какъ, однако, быть, если возмездіе падаетъ на голову того, кто не считаетъ себя преступникомъ, кто воспринимаетъ возмездіе дѣйствительно какъ насиліе, какъ голый произволъ? Здѣсь мыслима двоякая возможность. Передъ нами можетъ быть субъектъ, вообще лишенный нравственной расцѣнки, обладатель той мертвенности моральнаго чувства, о которой уже шла рѣчь выше.

По отношенію къ нему наше этическое сознаніе выноситъ приговоръ „не виновенъ“ или, вѣрнѣе, „не способенъ быть виновнымъ“, не способенъ вносить въ свои дѣйствія этическаго различенія, а слѣдовательно и не подлежитъ той или иной формѣ нравственнаго порицанія со стороны общества. Конечно, вопросъ о „моральной дефективности“—трудный и тонкій вопросъ: есть страны, напр. Россія, гдѣ судъ легче готовъ итти на признаніе нравственной невмѣняемости; есть страны, напр. Англія, гдѣ судъ менѣе податливъ въ этомъ отношеніи. Но какъ бы то ни было, подобное признаніе совершается. И тамъ, гдѣ оно на лицо, общество выступаетъ уже не какъ карающая десница: общество стремится обезвредить себя отъ опаснаго сочлена. Послѣдній можетъ быть отданъ на поруки, такъ или иначе изолированъ. Передъ нами, если можно выразиться, — моральный карантинъ, закрытіе общественныхъ границъ, для того, съ кѣмъ не можетъ быть здоровыхъ связей.—Сложнѣе и глубже данная проблема выступаетъ тамъ, гдѣ дѣло идетъ о столкновеніи двухъ этическихъ величинъ, двухъ различныхъ пониманій нравственно должнаго. Въ нашемъ представленіи легко возникаетъ картина, гдѣ подсудимый отрицаетъ *право* даннаго государства, данныхъ судебныхъ органовъ творить надъ нимъ судъ, ибо это государство, эти органы—чуждое ему, враждебное начало: между ними нѣтъ внутренней связи, нѣтъ взаимнаго пониманія. Вотъ здѣсь и возникаетъ проблема дозволенности или недозволенности противленья. Если въ предшествующемъ примѣрѣ этически-должное начало противопоставляетъ себя началу, безразличному въ этическомъ смыслѣ („нравственно невмѣняемому“), то въ данномъ случаѣ этически-должное противопоставляетъ себя чему то равноцѣнному. То, что въ менѣе грандіозной формѣ выступаетъ на судѣ, судящемъ лицо, которое отрицаетъ компетенцію даннаго суда или вообще суда его судить, въ грандіозной, грандіознѣйшей формѣ выступаетъ тамъ, гдѣ сталкиваются цѣлые народы, изъ которыхъ каждый утверждаетъ, что истинное право, истинная справедливость на его сторонѣ. Сталкиваются двѣ силы, изъ которыхъ каждая ставитъ на своемъ знамени: „борьба за попранное право“.

Правомѣрна ли, однако, борьба, насиліе во имя права, справедливости?

Намъ говорятъ: право, какъ право, дозволяетъ борьбу, но нравственность стоитъ на непротивленческой точкѣ зрѣнія. Нѣтъ болѣе сбивчиваго, путаннаго утвержденія! Означаетъ ли оно, что отдѣльная личность, опираясь на голосъ своей совѣсти, не можетъ притти къ необходимости бороться силой за свои убѣжденія? У Платона въ его „Законахъ“ говорится о „благородномъ гнѣвѣ“, безъ котораго нельзя искоренить несправедливости (731С). Развѣ не этотъ „благородный гнѣвъ“ вложилъ бичъ въ руки Христа, чтобы очистить храмъ отъ торгующихъ? Съ другой стороны развѣ мы не читаемъ у Флобера, одной изъ величайшихъ и тончайшихъ натуръ 19-го вѣка, такихъ словъ: „человѣческая юстиція для меня есть предѣлъ шутовства на свѣтѣ; зрѣлище человѣка, судящаго другого человѣка, способно было бы заставить меня лопнуть отъ смѣха, если бы оно не вызывало во мнѣ чувства жалости“. Разумѣется, Флоберъ спѣшитъ добавить: „въ моихъ глазахъ нѣтъ ничего глупѣе права, если только не изученіе права“ (Correspondence, 1-re sér. 1913, p. 47). Приходитъ на умъ примѣръ другого великаго ненавистника противленія и всего съ нимъ связаннаго, графа Л. Н. Толстого; приходитъ на умъ заключительная сцена его драмы „Живой трупъ“, гдѣ герой въ зданіи суда самъ надъ собою творитъ судъ, стрѣляется. Мы видимъ т. о. какъ проблемѣ противленія дается діаметральное рѣшеніе личностями, въ чьемъ моральномъ величіи не приходится сомнѣваться. Очевидно, нельзя утверждать, что нравственное начало по его природѣ не терпитъ начала борьбы какъ средства для осуществленія опредѣленныхъ нравственныхъ лозунговъ. И въ этомъ смыслѣ неправильно говорить о противоположности права и нравственности.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, когда говорятъ о непротивленчествѣ нравственности, безсознательно подчеркиваютъ, что при современныхъ историческихъ условіяхъ примѣненіе силы сдѣлалось монополіей общественной организаціи. Признавая эту монополію, признавая, что лишь общество какъ цѣлое можетъ пускать въ ходъ противленье, мы тѣмъ самымъ, конечно, предрѣшаемъ вопросъ о непротивленческомъ со-

держаніи нравственности. Совсѣмъ на дняхъ въ Германіи произошелъ такой случай. Помѣщикъ засталъ въ лѣсу вора-порубщика. Послѣдній согласился, взамѣнъ сообщенія властямъ, быть привязаннымъ къ дереву и подверженнымъ поркѣ. Картина полная анахронизма! Возмездіе, противленіе—въ рукахъ общественныхъ органовъ, а не у частныхъ лицъ, исключая тѣ случаи (напр. необходимая самооборона!), гдѣ это противленіе имъ предоставлено. Именно въ этомъ смыслѣ мы склонны отождествлять нравственность, какъ личное начало, и непротивленіе. Т. о. неправильно, безъ достаточныхъ поясненій, говорить о противленческомъ правѣ и непротивленческой нравственности. Законность борьбы за правду можетъ быть утверждена или отвергнута въ равной мѣрѣ какъ въ лично-этическомъ, такъ и въ общественно-этическомъ разрѣзѣ. Можетъ ли отвлеченная, *чистая* теорія заняться подобнымъ утвержденіемъ и отверженіемъ? На этотъ вопросъ нужно отвѣтить отрицательно: задача теоріи подчеркнуть присутствіе этическаго начала и тамъ, и здѣсь, а вовсе не становиться на сторону именно даннаго, а не иного рѣшенія проблемы противленья. Иначе пришлось бы сойти съ почвы общезначимости и перейти въ область, быть можетъ, прекрасныхъ, но все же субъективныхъ этическихъ построеній.

Сведемъ воедино результатъ нашего анализа. Право и нравственность какъ нормы должнаго, суть свободно, добровольно усвояемыя велѣнія. Санкція правовая, кара, есть столь же внутреннее, а не внѣшнее начало какъ и санкція нравственная, мученья совѣсти: это „должное“, т. е. признанное заслуженнымъ слѣдствіе правонарушенія. Противленіе выступаетъ тамъ, гдѣ одной этической системѣ противостоитъ другая этическая система. Ведется двусторонняя борьба за правду. Конечное основаніе правомѣрности этой борьбы рѣшаетъ не теорія, а субъективное усмотрѣніе. Можно осуждать противленіе, но отсюда не вытекаетъ права на подозрѣнія въ аморальности приверженцевъ противоположнаго, т. е. противленческаго толка.

Когда мы говорили о правовой санкціи, всячески должны мы избѣжать мнимо логической, а на самомъ дѣлѣ совершенно схоластической постановки вопроса. Въ этотъ грѣхъ

впадаютъ порою весьма крупные и всего менѣе безталанные представители правовой науки. Утверждаютъ, что санкція, та или иная форма возмездія, не можетъ быть взята въ качествѣ признака права, ибо въ конечномъ итогѣ то, что сопровождается санкціей для простыхъ гражданъ и для подчиненныхъ органовъ власти, лишено ея, если мы постепенно поднимемся къ высшимъ, безотвѣтственнымъ органамъ власти. Иначе говоря, кто покараетъ самихъ карающихъ, если бы они вздумали карательныхъ функцій не выполнять? Получается, что въ нормѣ: „убійство карается извѣстнымъ наказаніемъ“ наказанье никакъ данную норму не характеризуетъ, ибо глава государства не можетъ быть привлеченъ къ отвѣту, если бы онъ вздумалъ не совершить актовъ, необходимыхъ для нормальнаго отправленія правосудія! Предположимъ, что онъ дѣйствительно—внѣ нормальнаго отвѣта за свои правонарушенія, подобно англійскому королю, который согласно старому правилу „не можетъ творить неправды“. Отсюда не вытекаетъ никакой логической необходимости отвѣтственность, тамъ, гдѣ она есть, не признать за подлинный признакъ правовой нормы.

Вопросъ рѣшается просто, безо всякихъ словесныхъ ухищреній. Тамъ, гдѣ нарушена норма, наше этическое сознаніе требуетъ, чтобы нарушеніе было такъ или иначе заглажено: устраненъ матеріальный ущербъ, искупленъ наказаніемъ ущербъ нравственный Но есть случаи, гдѣ мы сознательно отказываемся отъ возмездія въ правовыхъ формахъ и всецѣло его перелагаемъ на совѣсть самого нарушителя. Почему? Причины могутъ быть разнообразны. Передъ нами—высшій носитель власти. Онъ рисуется нашему сознанію настолько вознесеннымъ надъ уровнемъ простыхъ смертныхъ, что нѣтъ для него суда земного. Въ лучшемъ случаѣ этотъ судъ можетъ имѣть мѣсто тамъ, гдѣ носитель власти даетъ личное согласіе. Характеренъ въ этомъ отношеніи легендарный разсказъ про римскаго папу, который, впавши во грѣхъ, созвалъ кардиналовъ и объявилъ имъ: „peccavi, judicate me“, „согрѣшилъ—судите меня“. Папа былъ судимъ и сожженъ. Такъ сознаніе средневѣкового человѣка находило примиреніе между безотвѣтственностью римскаго понтифекса и возможностью грѣха съ его

стороны. Или возьмемъ безотвѣтственность монарха. Всего менѣе безотвѣтственъ средневѣковой монархъ. На одной сторонѣ онъ можетъ быть связанъ опредѣленными условіями съ чинами государственными, которые имѣютъ право въ случаѣ нарушенія этихъ условій браться за оружіе и „итти на него“. На другой сторонѣ надъ главой короля правонарушителя, „короля-тирана“, виситъ угроза церковной кары со всѣми ея непріятными послѣдствіями. Безотвѣтственность монарха, поскольку здѣсь не идетъ рѣчь объ отзвукахъ римско-византійскаго абсолютизма, рождается позже: Реформація, которая нуждается въ укрѣпленіи авторитета свѣтской власти, много дѣлаетъ въ данномъ направленіи. Король столь же безотвѣтственъ какъ и папа, никто не можетъ выступать противъ него въ качествѣ орудія кары: „тираноборчество“ рѣшительно осуждается. Но грѣхъ все же—на лицо. Неужели онъ остается неискупленнымъ? И вотъ мы видимъ, какъ мысль писателя XVI-го вѣка, ищетъ выхода: грѣхъ короля есть ничто иное какъ кара, ниспосланная небомъ за наши неискупленные грѣхи. При такой постановкѣ вопроса устраняется моментъ вины: король своими недобрыми дѣяніями выполняетъ должное возмездіе. Его мнимый грѣхъ есть на самомъ дѣлѣ наше наказаніе.—Современный человѣкъ стоитъ, разумѣется, на иной позиціи. И если онъ допускаетъ ту или иную мѣру безотвѣтственности тѣхъ или иныхъ носителей власти, то онъ исходитъ изъ мысли о достаточности личной санкціи, о ея способности удерживать въ граняхъ общественно-должнаго. Такъ напр. членъ парламента надѣляется безотвѣтственностью за рѣчи, произнесенныя имъ при отправленіи своихъ обязанностей. Созидатели подобной безотвѣтственности не игнорируютъ, конечно, факта, что парламентская трибуна можетъ сдѣлаться мѣстомъ для сведенія личныхъ счетовъ, для клеветническихъ выпадовъ. Но стѣснить свободу слова въ данномъ случаѣ, не значитъ ли урѣзать ту независимость, какая должна быть въ полной мѣрѣ удѣлена народному представителю? Лучше пойти на безнаказанность въ отдѣльныхъ, вѣроятно, рѣдкихъ случаяхъ, нежели, введя отвѣтственность какъ общее правило, выбросить за бортъ указанную независимость. Такова сѣть аргументовъ

въ пользу „парламентскаго иммунитета“. Этотъ иммунитетъ, эта безотвѣтственность не означаетъ, конечно, что членъ парламента какъ бы приглашается клеветать, изрыгать хулы по адресу своихъ противниковъ: запретъ клеветы, оскорбленій остается направленнымъ и по его адресу, но санкція правовая намѣренно устраняется. На ея мѣстѣ—отвѣтственность передъ самимъ собой или же тотъ неопредѣленный, хотя и не менѣе внушительный судъ, что зовется судомъ общественнаго мнѣнія—Въ результатѣ мы должны притти къ выводу, что правовая санкція не связана съ правовой нормой логически-необходимымъ образомъ: наше этическое сознаніе данную связь устанавливаетъ, но и оно же ее въ отдѣльныхъ случаяхъ устраняетъ, считая ее не столько способствующей, сколько мѣшающей реализаціи общественной правды.

Глава 7.

Строгое и нестрогое право. Возможность выбора между нѣсколькими нормами. Вступленіе нормы въ силу по заявленію заинтересованныхъ лицъ. Нормы, дополняющія свободное общественное правотворчество. Этичность подобной эластичности по отношенію къ праву.

Но и нѣчто бо́льшее замѣчаемъ мы, всматриваясь въ правовыя нормы въ ихъ многообразіи. Оказывается, что далеко не всюду обязательность правовой нормы носитъ безусловный характеръ. Въ этомъ смыслѣ можно говорить о „строгомъ“ и „не-строгомъ“ правѣ (нѣмцы противопоставляютъ „zwingendes“ и „nichtzwingendes Recht“) или же о правѣ „безусловно-обязательномъ“ и „условно-обязательномъ“. Представимъ себѣ такой конкретный случай. Государство вводитъ подоходный налогъ. Оно при этомъ объявляетъ, что предпріятія, согласившіяся открыть подоходной инспекціи свои книги, пользуются извѣстной льготой по сравненію съ предпріятіями, довольствующимися голой деклараціей своихъ поступленій. Передъ нами образецъ условно-обязательной нормы: государство не требуетъ открытія книгъ; но если предпріятіе хочетъ скидки, оно книги должно открыть. Передъ нами была бы безусловно обяза-

тельная норма, если бы государство отъ всѣхъ предпріятій, независимо отъ ихъ готовности пожертвовать торговой тайной, требовало уплаты опредѣленной ставки налога. Или вотъ—другой примѣръ. Государство устанавливаетъ, что дѣти получаютъ по смерти родителей равную долю наслѣдства. Эта норма—условно-обязательная. Она не воспрещаетъ иной дѣлежки въ силу завѣщанія, не воспрещаетъ она, при отсутствіи завѣщанія, распредѣленія наслѣдства въ силу полюбовнаго соглашенія между наслѣдниками. И лишь тогда, когда ни одного изъ этихъ условій не имѣется на лицо, выступаютъ на сцену „законныя", обязательныя наслѣдственныя доли. Государство какъ бы говоритъ: „дѣлитесь, какъ хотите; но если придете въ мой судъ, я буду дѣлить сообразно слѣдующимъ, на этотъ разъ безусловно-обязательнымъ нормамъ". Право, формулируя свои требованія, допускаетъ т. о. рядъ варіантовъ.

Прежде всего какъ это явствуетъ изъ перваго примѣра, обществу предлагается на выборъ двѣ схемы: отдѣльная личность, отдѣльная корпорація вольна принять одну, отвергнуть другую. Подобная не-категоричность долженствованія, неумѣстная тамъ, гдѣ дѣло идетъ о личномъ поведеніи, не коробитъ нашего этическаго сознанія, если дѣло касается цѣлаго общества. Органъ, творящій правовую норму, исходитъ изъ той мысли, что взгляды индивидуальныхъ членовъ общежитія въ данномъ случаѣ могутъ быть различными: одни готовы отказаться отъ торговой тайны, другіе горячо ее отстаиваютъ. Въ результатѣ выбирается средній путь: сторонниковъ тайны не трогаютъ, но зато ставятъ въ менѣе выгодное положеніе, тѣмъ самымъ подчеркивая, въ какую сторону клонятся симпатіи правотворящихъ силъ. Разумѣется, подобная невыгодность способна оказаться настолько существенной, что фактически выбора и не будетъ: болѣе высокая ставка обложенія означаетъ болѣе высокую расцѣнку товаровъ, а слѣдовательно и болѣе тяжелыя условія для конкуренціи на рынкѣ. Тѣмъ самымъ не-категоричность долженствованія способна обращаться въ жизненную категоричность.

Еще большій практическій интересъ пріобрѣтаетъ второй примѣръ. Онъ взятъ изъ весьма обширной области

правовыхъ нормъ, гдѣ элементъ обязательности старательно держится поодаль, напоминаетъ о своемъ существованіи лишь тогда, когда члены общежитія самостоятельно не урегулировали своихъ правоотношеній. Общество, государство пребережаетъ непосредственную силу своего давленія для тѣхъ случаевъ, гдѣ это давленіе дѣйствительно умѣстно, подсказано жизнью. Норма „не убій“ ясна въ ея безусловной обязательности Она дѣйствуетъ и тогда, когда умерщвленіе совершается по соглашенію между совершителемъ и тѣмъ, кто является жертвой: извѣстны случаи напр. изъ жизни русскихъ сектантовъ, когда лица, спеціально для этого выбранныя, предавали смерти цѣлыя группы своихъ единовѣрцевъ (замуравливали въ пещеры). Несмотря на подобное соглашеніе судъ надъ умертвителями творился, хотя мы и въ правѣ ожидать оправдательнаго приговора. Однако, и въ области уголовнаго законодательства мы наталкиваемся на постановленія, гдѣ правовыя нормы не автоматически выступаютъ на сцену съ ихъ обязательностью, а лишь по заявленію непосредственно заинтересованныхъ лицъ. Таково напр. изнасилованіе, которое подлежитъ судебному преслѣдованію лишь въ случаѣ, если имѣется жалоба потерпѣвшаго лица. По отношенію, однако, къ лицамъ до 14-лѣтняго возраста подобное условіе отпадаетъ, и судъ творится независимо отъ наличія подобной жалобы. То же самое имѣетъ мѣсто и относительно преступленій противъ чести: иниціатива преслѣдованія у самого обиженнаго, оскорбленнаго. Аналогичное положеніе, не всегда желательное съ точки зрѣнія уголовной политики, создается тамъ, гдѣ имѣется случай лишенія свободы Кони въ своей книгѣ „На жизненномъ пути“ разсказываетъ, что ему, въ качествѣ прокурора, приходилось наталкиваться на невозможность возбудить дѣло о незаконномъ заключеніи въ психіатрическомъ заведеніи только потому, что не было соотвѣтствующей жалобы отъ пострадавшаго. Не приходится подчеркивать, что въ сферѣ той области правоотношеній, гдѣ господствуетъ добровольное соглашеніе сторонъ, реализація правотребованій всецѣло зависитъ отъ усмотрѣнія заинтересованныхъ лицъ. Государство не настаиваетъ, чтобы векселя непремѣнно предъявлялись ко взысканію,

но, разъ они предъявлены, оно пуститъ въ ходъ весь аппаратъ обязательныхъ постановленій, заключенныхъ въ вексельномъ правѣ.

Свобода усмотрѣнія лицъ заинтересованныхъ можетъ, однако, итти гораздо дальше. они сами могутъ творить норму для даннаго конкретнаго случая. И правопорядокъ не станетъ чинить имъ препятствій: онъ ограничивается установленіемъ самыхъ общихъ рамокъ, вродѣ того, что полюбовное соглашеніе, какъ и всякій иной договоръ, не должно противорѣчить „добрымъ правамъ", заключать въ себѣ нѣчто предосудительное. Полюбовное соглашеніе, въ силу котораго сестра получала бы наслѣдственную долю при условіи, если она разойдется со своимъ мужемъ, современный судъ призналъ бы, навѣрное, недѣйствительнымъ. Но это еще не значитъ, что свободѣ усмотрѣнья предоставлены чрезмѣрно стѣснительныя рамки! Любой примѣръ, наугадъ выбранной изъ цѣлой массы аналогичныхъ примѣровъ, свидѣтельствуетъ, что правовое долженствованіе далеко не всюду хочетъ играть *исключительную* роль: наоборотъ, очень часто это долженствованіе ограничивается ролью *дополнительной*. Оно приходитъ на помощь со своей авторитетной нормой тамъ, гдѣ члены общежитія почему либо не въ силахъ самостоятельнымъ образомъ уладить своихъ взаимоотношеній. Если же эта самостоятельность—на лицо, правовая норма пребываетъ въ бездѣйствіи, склоняется передъ волею непосредственно заинтересованныхъ лицъ.—Нужно, однако, сдѣлать существенную оговорку. Перспектива возможнаго конфликта, а слѣдовательно и примѣненія покуда бездѣйствующей правовой нормы, способна, разумѣется, заставить членовъ общежитія къ этой нормѣ приспособляться. Если государство заявляетъ, что оно станетъ считаться съ тѣми лишь денежными займами, которые заключены въ письменной формѣ, то это не означаетъ запрета изустныхъ займовъ, но граждане предпочтутъ письменную форму всюду, гдѣ у нихъ будетъ рисоваться возможность обращенія въ судъ. Въ этомъ смыслѣ жизненное значеніе подобныхъ нормъ способно существенно приближаться къ значенію нормъ безусловно-обязательныхъ Не забудемъ, къ тому же, что норма условно-обязательная

ошибочно можетъ приниматься за норму безусловно-обязательную. Но какъ бы то ни было, съ тѣмъ или инымъ жизненнымъ сглаживаніемъ, подобное различіе все же остается. И если мы сочли нужнымъ остановиться на немъ теперь, когда мы излагаемъ вопросъ о конечной сущности права, то это въ тѣхъ цѣляхъ, чтобы оттѣнить различныя формы выраженія общественно-должнаго въ его отличіи отъ лично-должнаго. Тамъ, гдѣ норма исходитъ отъ цѣлаго, общества, государства, ея велѣнья способны пріобрѣтать широкую формулировку, таить въ себѣ рядъ возможностей, обнаруживать свою обязательность лишь при наличіи опредѣленныхъ условій.

Все это звучитъ на первый взглядъ весьма парадоксально, но подобная парадоксальность получается только въ силу укоренившейся привычки всякія этическія построенія мѣрять на одну мѣру: мѣрку личнаго долженствованія. Шопенъ писалъ исключительно для рояля. Очевидно, громоздкій матеріалъ оркестра мало подходилъ для его ажурной, безконечно тонкой работы. Шуманъ писалъ и для оркестра, но его оркестръ никогда не звучитъ какъ самостоятельная, самоцѣнная въ ея эстетической законченности величина: „думать оркестромъ“—требуетъ особой одаренности, отличной отъ приспособленности къ фортепіано, все равно какъ искусстный графикъ не означаетъ искусстнаго работника кистью. То, что художественно въ одномъ случаѣ, рѣжетъ зрѣнье или слухъ въ другомъ случаѣ. Но и то, и другое, въ конечномъ итогѣ, вращается въ сферѣ прекраснаго. Не то ли и въ области этики? То, что плохо уживается съ лично-этическими построеніями, вполнѣ закономѣрно въ иномъ, общественномъ разрѣзѣ. Какъ отдѣльная величина мы займемъ опредѣленную позицію въ вопросѣ о правѣ инспекціи контролировать торговыя книги: утвердимъ или отвергнемъ это право. Но какъ часть коллективнаго цѣлаго, найдемъ ли мы противонравственнымъ, если правовая норма не займетъ столь категорической позиціи, предоставитъ отдѣльнымъ членамъ общежитія извѣстную долю усмотрѣнія? Отвѣтить утвердительно на этотъ вопросъ значитъ объективно, непредубѣжденно посмотрѣть жизненной правдѣ въ глаза.

Глава 8.

Анализъ правового переживанія. Сфера чувства. Мѣняется ли содержаніе права въ связи съ перемѣной чувства? Есть ли правовое чувство? Сфера воли. Содержанье права и степень интенсивности волевой связанности. Есть ли правовая воля? Сфера сознанія. Проблемы, аналогичныя поставленнымъ относительно чувства и воли.

Мы установили смыслъ идеи права, общественнаго долженствованія въ его отличіи отъ долженствованія личнаго, нравственности, какъ обычно выражаются. И право, и нравственность живутъ въ человѣческой психикѣ, переживаются такъ или иначе. Безъ конца при этомъ варіируется конгломератъ чувствованій, интенсивность волевого напряженія и степень вниманія, сосредоточенности.

Передъ нами — картина: царь-освободитель стоитъ на площади передъ Зимнимъ Дворцомъ. Его окружаетъ толпа народа, кто—на колѣняхъ, кто—стоитъ: взоры всѣхъ направлены на того, чьимъ словомъ палъ „подневольный трудъ", пали узы крѣпостничества. Не нужно обладать большимъ воображеніемъ, чтобы угадать, что чувство, съ какимъ Русь встрѣтила манифестъ 19 февраля, не могло не быть въ высшей степени повышеннымъ. Правовая норма переживалась восторженно, съ энтузіазмомъ. Можно ли, однако, представить себѣ такой же энтузіазмъ, если государство издастъ норму, вродѣ той, что подсудность мировыхъ судей повышается до 3000 руб.? Разумѣется, мы встрѣтимъ ее достаточно спокойно. И если бы мы вздумали обнимать на улицѣ прохожихъ, какъ это было при изданіи манифеста объ освобожденіи крестьянъ, то насъ справедливо приняли бы за ненормальныхъ субъектовъ. Итакъ, правовую норму мы можемъ переживать въ сопровожденіи самыхъ разнообразныхъ чувствованій (восторгъ, обрадованность, спокойная удовлетворенность). Значитъ ли, однако, что самая норма въ ея содержаніи мѣняется въ зависимости отъ того, восторгаемся ли мы или дѣловито-спокойно читаемъ опредѣленія новаго закона? Разумѣется, нѣтъ. Иначе намъ пришлось бы притти къ выводу: чѣмъ адвокатъ горячѣй отстаиваетъ уплату исковой суммы, тѣмъ выше становится самая

сумма! Содержаніе даннаго правотребованія остается неизмѣннымъ, горячо или вяло мы его отстаиваемъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, когда мы говоримъ о правовомъ чувствѣ, это не означаетъ, будто есть такое спеціальное чувствованіе, по которому мы можемъ заключить о присутствіи въ насъ правового переживанія. Чувство восторга, подъема и т. под. не раздѣляется на рядъ какихъ то подотдѣловъ, выступающихъ на сцену, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о восторгѣ по поводу права, музыки, любимаго существа. Наша психика слишкомъ экономна, чтобы предуготовить особую, приличествующую каждому случаю радость или иное какое либо чувство. Поэтому было бы совершенно безнадежнымъ предпріятіемъ, если бы мы по чувству опредѣляли природу возбудителя, по правовому чувству опредѣляли природу права. Изъ этого, конечно, нисколько не слѣдуетъ, что мы не должны интересоваться характеромъ этого чувства и степенью его интенсивности. Наоборотъ, картина, которая здѣсь развертывается въ высшей степени поучительна, и никакая здоровая правовая политика немыслима безъ того, чтобы не производились наблюденія надъ тѣмъ, какія чувства пробуждаетъ тотъ или иной комплексъ правовыхъ нормъ. Эти наблюденія, конечно, и производятся, но имъ слѣдуетъ придать болѣе внимательный, систематическій характеръ.

Право не только будитъ въ насъ тѣ или иныя чувства. Право связываетъ нашу волю, толкая насъ на путь опредѣленнаго дѣйствія или бездѣйствія. Степень интенсивности подобнаго связыванія, подобныхъ толчковъ безконечно варіируется. Мы можемъ сознавать себя связанными нормой „не убій“ и въ то же время весьма легко освобождать себя отъ связанности нормой о запретѣ входить съ передней площадки трамвая. Очевидно, степень важности правового запрета не можетъ не вліять на степень скованности нашего волевого начала. Но и по отношенію къ одной и той же нормѣ возможны варіаціи со стороны различныхъ индивидуальностей. Возрастъ, полъ, національность, степень дисциплинированности—все это дѣлаетъ психологическую картину волевой связанности правомъ весьма и весьма пестрой. Но отражается ли все это на содержаніи права?

Конечно, нѣтъ. Вексель въ 100 руб. не превращается въ 50-тирублевый только потому, что наша воля не очень интенсивно толкаетъ насъ на путь ликвидации даннаго обязательства. Но и вмѣстѣ съ тѣмъ вѣрно, что фактъ частаго нарушенія извѣстной нормы, неспособность ея активно опредѣлять волевое начало, свидѣтельствуетъ, что эта норма лишается жизненнаго базиса, теряетъ свой правовой характеръ. Политикъ права и здѣсь сумѣетъ сдѣлать поучительные выводы.

Итакъ, содержаніе правовой нормы и элементъ волевой связанности должны быть различаемы. Можно ли, однако, говорить, что праву соотвѣтствуетъ специфическая, именно ему одному предназначенная волевая связанность? Здѣсь намъ приходится лишь повторить то, что говорилось уже о правовомъ чувствѣ или правовыхъ чувствахъ. Отвѣтъ не можетъ быть инымъ кромѣ отрицательнаго. Связанность воли въ ея психологическомъ значеніи остается совершенно одинаковой и тамъ, гдѣ мы замираемъ передъ обрывомъ, внезапно раскрывшимся у нашихъ ногъ, и передъ велѣніемъ, которое воспрещаетъ бродить по чужому земельному участку. Едва ли приходится добавлять, что связанность какъ таковая не мѣняетъ своей психологической природы, чувствуемъ ли мы себя связанными велѣніемъ этики общежитія, правомъ, или же своимъ личнымъ закономъ, нравственностью. Именно здѣсь заключается центръ ошибочныхъ построеній проф Петражицкаго съ его психологической теоріей права. Этотъ высокоталантливый изслѣдователь своимъ призывомъ къ изученію того, какъ разнообразно реагируетъ психика на правовыя нормы, ею переживаемыя, открылъ новую научную страницу. Его заслуга здѣсь велика и неотъемлема. Но столь же рѣшительно должна быть отвергнута его попытка, опредѣлить природу права, исходя изъ анализа психологіи правовой связанности. Дѣло не только въ томъ, что нѣтъ особой правовой связанности наряду съ нравственной, но и въ томъ, что нѣтъ вообще волевой связанности, которая обслуживала бы опредѣленныя, разъ навсегда установленныя цѣли. И если Петражицкій говоритъ объ односторонности какъ отличительномъ признакѣ нравственнаго волеобязыванія и о двусторонности

какъ признакѣ волеобязыванія правового, то вѣдь здѣсь происходитъ явный самообманъ: чисто психологическій анализъ въ дѣйствительности уже оставленъ, а производится анализъ тѣхъ дѣйствительно *различныхъ идейныхъ содержаній* права и нравственности, какія производятъ *психологически одинаковое* подчиненіе нашей воли Петражицкій разсуждаетъ такъ. Я подаю милостыню нищему. Это нравственное волеобязываніе, ибо подача милостыни—нашъ односторонній актъ, не закрѣпленный за нищимъ. Я уплачиваю плату за проѣздъ. Это—правовое волеобязываніе, ибо плата закрѣплена за владѣльцемъ перевозочнаго средства. Но вотъ именно, что̀ значитъ „закрѣплена“? Значитъ ли, что наша воля связана какъ то крѣпче во второмъ случаѣ, нежели въ первомъ? Разумѣется, все здѣсь зависитъ отъ обстоятельствъ. Извѣстенъ разсказъ про одного святого, который кралъ у богатыхъ, чтобы подавать милостыню бѣднымъ Связанность нравственнымъ требованіемъ пересилила связанность правовую. И такіе примѣры можно было бы привести во множествѣ. Петражицкій не показалъ, да и не могъ показать, что „закрѣпленіе“ нравственное и правовое различаются по степени своей интенсивности, длительности или по инымъ психологическимъ признакамъ. Если мы дѣйствительно какъ то иначе подаемъ милостыню или платимъ за извозчика, то *различіе* именно—*въ смыслѣ, значеніи нашей связанности*. въ первомъ случаѣ возникновеніе этой послѣдней покоится на томъ, что мы подчиняемъ себя нашему личному, нравственному закону, а во второмъ закону сверхъличному, общественному. Процессъ связыванія, подчиненія и въ томъ, и въ другомъ случаѣ протекаетъ, разумѣется, внутри индивидуальной психики, но лишь по отношенію къ нравственности мы внутри же отдѣльной личности ищемъ источникъ подчиненія. Извозчикъ, которому мы платимъ или не платимъ, исходитъ изъ представленія о связанности нашей личности передъ нимъ, какъ субъектомъ опредѣленнаго правотребованія. Что̀ иное позволяетъ ему считать чужую волю связанной, какъ не идея сверхъ-личной нормы, подчиняющей членовъ общежитія требованію о выполненіи договорныхъ обязательствъ? Разумѣется, существо проблемы не мѣняется, анализируемъ ли мы активную или пассивную

сторону правоотношенія, т. е. вопросъ о правотребованіи или правообязанности. Петражицкій характернымъ образомъ стремится остаться внутри вопроса о правообязанности: тѣмъ самымъ создается мнимая возможность чисто психологическаго анализа, возможность остаться внутри отдѣльной психики.

Послѣ сказаннаго не трудно перейти къ анализу послѣдней стороны правового переживанія, именно къ анализу психологіи сознанія, направленнаго на право. Вотъ извѣстная картина на слова Майкова: „посмотри, въ избѣ мерцая свѣтитъ огонекъ“, группа крестьянъ, вчерашнихъ рабовъ, жадно внемлющихъ словамъ освободительнаго манифеста. Разумѣется, степень этой жадности, вниманія безконечно варіируется отъ степени вниманія, съ какою мы способны прочесть напр. новый законъ о подсудности, о томъ, что дѣла окружныхъ судовъ частью переданы судамъ мировымъ. Мы не станемъ съ затаеннымъ дыханьемъ ждать выхода въ свѣтъ соотвѣтствующаго номера того органа, гдѣ опубликовываются новые законы. И слова этого закона не будутъ подобно молоту бить по сознанію и навсегда тамъ запечатлѣваться. Законъ о подсудности не есть законъ объ освобожденіи крестьянъ. Но слѣдуетъ ли отсюда, что степень вниманія видоизмѣняетъ самое содержаніе той или иной нормы? Не приходится настаивать на отрицательномъ отвѣтѣ. Но и столь же отрицательно должны мы были бы отнестись къ попыткѣ выдвинуть особый подвидъ „правового сознанія“, особой направленности нашей мысли, когда въ ея фокусѣ— право. Какъ психологическая величина это—столь же область миѳа какъ и разсужденія объ особой правовой волѣ, объ особомъ правовомъ чувствѣ. Но и здѣсь „правовой политикъ сумѣетъ подмѣтить поучительныя для себя вещи, ибо, конечно, право нужно формулировать такъ, чтобы наше вниманіе не напрягалось напраснымъ образомъ, чтобы процессъ усвоенія права былъ легокъ и простъ.

Глава 9.

Позитивное и естественное право Исторія этой дробности. Греція 5-го столѣтія. Право по природѣ и по установленію. Jus naturale

я jus gentium Jus divinum (стоики). Переходъ къ средневѣковью. Каноническое право Его отождествленіе съ правомъ божественнымъ и естественнымъ. Европа 16—18-го столѣтій. Мотивы пріятія формулы объ естественномъ правѣ. Элементъ анархизма. Реакція 19-го столѣтія. Мнимая „не-научность“ естественнаго права. Въ какомъ смыслѣ оно „существуетъ“? Возрожденіе естественнаго права Реакція противъ правового и философскаго позитивизма

Когда говорятъ о правѣ, очень часто употребляютъ это понятіе вмѣстѣ съ предикатомъ: *объективное, дѣйствующее. позитивное* право. Если мы присмотримся къ раннимъ стадіямъ въ развитіи этической мысли, мы натолкнемся на отсутствіе подобныхъ предикатовъ: люди имѣютъ въ виду просто право, справедливость, правду и противопоставляютъ все это беззаконію, несправедливости, неправдѣ. Очевидно, предикатъ позитивности и близкіе ему предикаты родились изъ необходимости право отличать отъ чего то ему близкаго, тоже отъ права, но своеобразнаго права. И дѣйствительно мы видимъ, что понятіе права положительнаго возникло въ отличіе отъ права естественнаго. Начиная отъ греческихъ мыслителей 5-го вѣка до Р. Х., черезъ Платона, стоиковъ греческихъ и римскихъ, черезъ римскихъ правовѣдовъ, черезъ отцовъ церкви, а отсюда черезъ средневѣковую исторію вплоть до новаго времени тянется красной нитью противопоставленіе права положительнаго, „установленнаго“ и права естественнаго. Вѣка Реформаціи и Просвѣщенья приносятъ не смерть, а внутреннее перерожденье подобнаго двоеформія. Затѣмъ слѣдуетъ раннее 19-ое столѣтіе, столь охотно осуждавшее то какъ революціонные, то какъ не-научные тѣ идеалы, которыми жили предшествующія реформаторскія, просвѣщенническія столѣтія Въ числѣ вещей, сожженныхъ и развѣянныхъ по вѣтру, оказалась идея естественнаго права. Осталось одно лишь позитивное, исторически создавшееся право. Старое единство какъ будто установилось. Правда, взгляды на то, гдѣ— источникъ права позитивнаго, въ теченіе 19 го вѣка мѣнялись: отъ *народа, народнаго духа*, къ которымъ особенно усердно обращались люди начала этого вѣка, перешли къ *государству*. Но изъ за подобной передвижки понятій отрицательное отношеніе къ праву естественному ничуть не измѣ-

нилось. Казалось, нѣтъ ему возврата. И тѣмъ не менѣе оно снова появляется на сценѣ. Съ послѣдняго десятилѣтія 19-го вѣка начинаются толки о возрожденіи естественнаго права. Цѣлый рядъ французскихъ, нѣмецкихъ и русскихъ ученыхъ выступаютъ въ защиту этой гонимой идеи. И такъ продолжается вплоть до послѣдняго времени, хотя нельзя отрицать, что, независимо отъ войны, рѣзкость увлеченья значительно остыла по сравненію съ первоначальными выступленіями. Итакъ не было естественнаго права, и вдругъ, какъ подземный потокъ, оно снова напоминаетъ о своемъ существованіи!

Мы должны отвѣтить на двоякій вопросъ, а именно, что въ дѣйствительности соотвѣтствуетъ идеѣ естественнаго права и въ силу какихъ разнообразныхъ мотивовъ люди нѣкоторыя свои идеальныя стремленія называли естественнымъ правомъ.—Идея естественнаго права, поскольку мы остаемся въ предѣлахъ европейской культуры, выступаетъ впервые въ Д. Греціи и получаетъ опредѣленную оформленность къ 5 му вѣку, вѣку Перикла, Сократа, софистовъ, великихъ трагиковъ,—однимъ словомъ къ тому вѣку, когда происходитъ переоцѣнка старыхъ цѣнностей, и имъ на смѣну нарождаются иныя цѣнности, въ томъ числѣ цѣнности этическія. Старое, общезначимое, обвѣянное дуновеньемъ вѣковъ право подвергается энергичному натиску. Оно не удовлетворяетъ требованій вновь выросшихъ общественныхъ силъ, добивающихся правового признанія. Эти силы чувствуютъ себя чрезмѣрно тѣсно внутри сложившихся правовыхъ рамокъ, онѣ ищутъ порядка, который исходилъ бы не отъ группы, сословія, рода, племени, а ставилъ бы въ край угла „личность какъ таковую“, отдѣльнаго человѣка какъ равноцѣнное моральное начало. Какъ же, однако, назвать этотъ желанный правовой порядокъ? Грекъ 5-го вѣка называетъ его „естественнымъ“, порядкомъ, соотвѣтствующимъ природѣ. Порядокъ же, что существуетъ, получаетъ названіе порядка „установленнаго“. Такъ возникаетъ противоположность права по природѣ и права по установленію. „Вѣдь предписываемое законами—случайно, а предписываемое природой необходимо“. „Исходящее отъ законовъ есть сковыванье природы; исходящее отъ при-

роды—освобожденіе". Таковы типичныя изрѣченія людей 5-го вѣка. Эти изрѣченія сбиваютъ насъ съ толку. Почему новое право не есть право устанавливаемое, почему лишь старое оказывается зависящимъ отъ рукъ человѣческихъ? И почему новое право уже есть право? Вѣдь говоритъ же софистъ Антифонъ „справедливость есть совокупность признаннаго законнымъ въ государствѣ.. Наиболѣе полезнымъ для себя образомъ люди пользуются этой справедливостью, если въ присутствіи свидѣтелей великими признаютъ законы, а въ отсутствіи свидѣтелей велѣнія природы". Получается слѣдовательно, что справедливость по природѣ не покушается сразу на общественный порядокъ, а довольствуется скромной ролью: она дѣйствуетъ лишь внутри узкаго круга личнаго поведенія. Тогда почему право, а не нравственность? Разумѣется, передъ нами личный этическій идеалъ, который вмѣстѣ съ тѣмъ претендуетъ сдѣлаться правовымъ, общественно-признаннымъ. Очевидно, были особые мотивы, почему подобный идеалъ готовы назвать правомъ и къ тому же правомъ естественнымъ, какъ противоположностью права установленнаго. Мотивовъ—много. Вотъ, думается, главнѣйшіе. Прежде всего, мы не должны себѣ представлять законодательную машину Аѳинъ V-го вѣка какъ нѣчто, что̀ легко привести въ движеніе, въ особенности въ смыслѣ кореннаго измѣненія существующихъ правовыхъ учрежденій. Какъ бы подвижна ни была жизнь въ эту эпоху и въ этой странѣ, а мало было надеждъ, чтобы новый правовой идеалъ дѣйствительно оказался реализованнымъ. Старый, „градскій", законъ не такъ легко все же сдвинуть съ мѣста: вспомнимъ съ какимъ уваженіемъ говоритъ о немъ Сократъ въ своихъ предсмертныхъ бесѣдахъ („Критонъ" Платона). Инстинктивно человѣческая воля ищетъ линію для обхода непреоборимой трудности; праву существующему, установленному противополагается то же право, которое какъ бы уже есть, не нуждается въ особой санкціи со стороны законодательныхъ органовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, поскольку право старое, наличное переживается какъ нѣчто стѣснительное, насилующее природныя стремленія человѣческой личности, понятно, насколько кстати предикатъ естественности по отношенію къ новому,

именно въ силу своей новизны недавящему, нежмущему праву. Вотъ и получается, что на одной сторонѣ человѣкъ 5-го вѣка далекъ отъ игнорированія, будто его естественное право есть явленіе совершенно того же порядка, какъ и право дѣйствующее, признанное въ государствѣ, а на другой сторонѣ онъ находитъ извѣстное удобство все же говорить о правѣ, не выдѣлять терминологически этики въ общественномъ и личномъ разрѣзѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ въ томъ же греческомъ сознаніи и въ ту же знаменательную эпоху выступаетъ нѣсколько иное пониманіе естественнаго права. Здѣсь не столько противопоставляется идеальное начало существующему, сколько внутри дѣйствующаго права подмѣчаются нормы, вытекающія изъ нѣкоторыхъ какъ бы неизмѣнныхъ свойствъ человѣческой натуры. Такъ формы почтенія дѣтей по адресу родителей, развѣ онѣ не суть нѣчто естественное, какъ бы ненуждающееся въ подтвержденіи со стороны законодателей? Неудивительно, что этотъ родъ правовыхъ нормъ встрѣчается не у одной какой либо націи, а у ряда, носитъ характеръ интернаціональный, общепризнанный. Въ греческомъ мышленіи для подобнаго, сверхъ-національнаго права не выработалось особаго термина. Но римская философія и юриспруденція движется старымъ, греческимъ путемъ, когда она наряду съ jus naturale открываетъ jus gentium Если Гай отождествляетъ jus naturale и jus gentium, то это именно потому, что онъ имѣетъ въ виду только что установленное пониманіе естественнаго права. Если юристы Трибоніанъ, Флорентинъ, Ульпіанъ подчеркиваютъ различіе jus naturale и jus gentium, то это потому, что они въ образѣ перваго видятъ противоположность существующихъ учрежденій. Почтеніе къ родителямъ, коренясь въ инстинктѣ самосохраненія слабаго, естественно и вмѣстѣ съ тѣмъ признано у иныхъ націй, не только у римлянъ. Институтъ рабства можетъ быть, однако, распространеннымъ, соотвѣтствующимъ jus gentium, но противнымъ инстинкту личной свободы, а заодно противнымъ и jus naturale.

Внутри все того же греческаго мышленія, именно внутри стоическаго ея направленія, совершается отождествленіе права естественнаго съ правомъ божественнымъ. Это не

значитъ, что какъ либо измѣняется содержаніе перваго изъ нихъ: измѣняется обоснованіе. Своими истоками право естественное отнынѣ хочетъ опираться на божественную волю, своимъ велѣніямъ хочетъ придавать характеръ сокровенный, религіозный смыслъ. Великолѣпны строки изъ „Поученій“ Эпиктета, гдѣ закономъ человѣческимъ, отмѣченнымъ печатью смерти, противопоставляются законы божественные, полные истинной жизни. Въ подобномъ естественно-божественномъ правѣ любопытенъ для насъ тотъ фактъ, что здѣсь вѣдь дѣло идетъ о правѣ, которое, въ виду рѣзко выраженнаго индивидуалистическаго, личнаго уклада стоической этики, и не собирается быть дѣйствительно правомъ, т. е. сверхъ-личной нормой. Какой выточенности, отдѣланности ни достигли стоики въ обоснованіи своего личнаго моральнаго идеала, но дать ему соотвѣтствующую терминологическую выраженность они не сумѣли: ихъ личная мораль такъ и осталась по старой привычкѣ правомъ, закономъ.

Стоическое божественно-естественное право, которое мы называемъ лично-этическимъ закономъ, получаетъ, однако, употребленіе, которое едва ли предвидѣли его обосновательи. Уже у такихъ писателей какъ Филонъ Александрійскій (нѣсколько ранѣе Р. Х.) мы находимъ попытку доказать, что стоическій божественный законъ есть ничто иное какъ законъ, заключенный въ книгахъ Св. Писанія. Т. о. синонимъ личнаго этическаго начала оказывается связаннымъ съ опредѣленнымъ объективнымъ, внѣ отдѣльной личности лежащимъ источникомъ. Подобная тенденція со всей опредѣленностью усваивается средневѣковой теократической мыслью. Широкіе народные круги могутъ жить, какъ и жила примитивная Греція, недѣлимымъ правомъ, недѣлимой справедливостью. Церковь, однако, отстаиваетъ двойственность правового начала. Греко-римское естественное или божественное право начинаетъ обслуживать задачи, которыя всего менѣе были ему вначалѣ свойственны: оно отождествляется съ понятіемъ права, одобреннаго церковной организаціей въ противоположность праву, одобренному свѣтскимъ государствомъ. Въ результатѣ получаются двѣ самостоятельныя правовыя системы, которыя могутъ совпадать, но и

которыя готовы вступить въ рѣзкую коллизію. Изъ революціонизирующаго начала естественное право обратилось въ элементъ, охраняющій незыблемость церковныхъ учрежденій и каноновъ, по которымъ эти учрежденія живутъ. Декретъ Граціана, кодексъ каноническаго права XII в., говоритъ: „въ каноническомъ писаніи нѣтъ ничего, чего не было бы въ божественныхъ законахъ. Очевидно, что божественные законы согласны съ природой. Поэтому то, что̀ признается противнымъ божественной волѣ или каноническому писанію, считается враждебнымъ и праву естественному“ (D. IX). Неудивительно поэтому, если естественное право, какъ оно выступаетъ въ XVII—XVIII столѣтіяхъ, стремясь утвердить свою самостоятельность, готово обойтись безъ санкціи божества: вѣдь въ С. Вѣка эта санкція означала ничто иное какъ зависимость отъ церковнаго авторитета. Гуго Гроцій провозглашаетъ свой, ставшій знаменитымъ афоризмъ о естественномъ правѣ, которое существуетъ „даже если предположить, чего безъ величайшаго преступленія предположить нельзя, именно, что бога нѣтъ“ (De jure belli ac pacis, Proleg. XI).

Къ чему, однако, нужно естественное право въ эти знаменательныя столѣтія, столѣтія, которыя мы объемлемъ именемъ Реформаціи, Просвѣщенія? Самый бѣглый взглядъ на нихъ убѣждаетъ насъ, что передъ нами полная аналогія къ вѣку „аттическаго просвѣщенія“, знаменательному пятому вѣку греческой исторіи. Все равно какъ здѣсь старому, установленному праву личность, разрывающая групповыя связи и требующая признанія своей самостоятельной позиціи, противопоставляетъ свой личный законъ и называетъ его естественнымъ правомъ, такъ точно происходитъ и въ европейской исторіи, когда она, оставивши позади средневѣковье, вступаетъ въ новую эру. Эта эра тоже, какъ и въ Греціи V-го вѣка, ознаменована духомъ индивидуализма. Старое право съ его преобладаньемъ сословныхъ, цеховыхъ, конфессіональныхъ рамокъ не удовлетворяетъ новаго человѣка. Онъ ищетъ новаго этическаго уклада жизни, и этотъ укладъ объемлетъ въ понятіи естественнаго права, естественнаго закона. Почему не личной нравственности, стремящейся получить общественное признаніе? Почему это—*уже*

право? Здѣсь мы можемъ полностью повторить сказанное относительно Греціи. Разумѣется, Европа съ ея абсолютной монархіей еще меньше, нежели демократическая аѳинская республика, способна была съ большой легкостью отказаться отъ сложившагося правового уклада и на его мѣстѣ водворить завѣты новой, естественной справедливости. Если на законодательную машину надежды мало, то получается не малое удобство право будущаго, пока—нравственность настоящаго, выставлять въ качествѣ права существующаго и при этомъ существующаго не произволеніемъ людей, а въ силу естественнаго порядка вещей. Все равно какъ въ Д. Греціи пятый вѣкъ, вѣкъ столь творческій, готовъ былъ свое право называть правомъ, вытекающимъ изъ природы, т. е. какъ бы независимымъ отъ человѣческаго творчества, такъ точно и въ Европѣ въ тотъ ея періодъ, когда творчеству, личной созидательной иниціативѣ начинаетъ отводиться столь почетное мѣсто, тѣмъ не менѣе праву хотятъ придать характеръ независимости отъ рукъ человѣческихъ. Подобное, бросающееся въ глаза противорѣчіе, объясняется именно тѣмъ, что новую нравственность, претендующую на правовое признаніе, хотятъ поставить на нѣкоторый столь твердый базисъ, что куда ужъ съ нимъ ровняться существующему правовому порядку: она коренится въ самой природѣ, хотя бы и не въ старомъ космологическомъ смыслѣ, а въ природѣ отдѣльной человѣческой личности. Люди „находятъ“ въ себѣ нравственный законъ—такъ же, какъ они находятъ въ остальномъ естествѣ опредѣленную закономѣрность, опредѣленный строй вещей.

Несомнѣнно, что подобное истолкованіе идеала будущаго, какъ чего то существующаго, имѣло свою положительную и отрицательную сторону. Положительная заключалась въ томъ, что сквозь косность существующихъ учрежденій болѣе легко пробивалъ себѣ путь новый правопорядокъ. Отрицательная сторона заключалась въ томъ, что человѣческое сознаніе, пріучаясь право будущаго брать въ качествѣ права существующаго, расшатывало въ себѣ уваженіе къ правовой нормѣ какъ таковой. Дѣйствительно каждый отдѣльный членъ общежитія, роясь въ своей природѣ, могъ отыскивать любое естественное право и навязывать его обще-

житію въ качествѣ именно права, т. е. нормы, имѣющей значимость за предѣлами личнаго поведенія. Отсюда, разумѣется, недалеко до анархіи, до разрушенія правового уклада, который долженъ опираться не на капризное усмотрѣніе отдѣльной человѣческой личности, а на ту или иную общественную организацію. Въ этомъ отношеніи культъ установленнаго правопорядка, который мы открываемъ въ рѣчахъ Сократа, поскольку дѣло касается Греціи, или же въ трактатахъ цѣлаго ряда юристовъ XIX в., поскольку дѣло касается Европы, проистекаетъ изъ одной и той же потребности: дать обществу нѣчто твердое, опредѣленное, поставить право на должное мѣсто, т. е. связать его съ общественными правоисточниками, а не оставлять въ рукахъ отдѣльной личности, которая можетъ и должна искать въ сферѣ личнаго поведенія идеальныя этическія нормы, но не выдавать ихъ за право, хотя бы и естественное.

Поскольку въ Греціи на переломѣ V-го и IV-го столѣтій, а въ Европѣ на переломѣ XVIII-го и XIX-го столѣтій мы констатируемъ такое настроеніе, мы тѣмъ самымъ улавливаемъ одинъ изъ мотивовъ реакціи противъ идеи естественнаго права. Въ послѣдней есть несомнѣнное сѣмя анархіи, замѣны твердой общественной нормы произволомъ личныхъ усмотрѣній. Но кромѣ того реакція обрушивается и противъ самого содержанія естественнаго права: оно слишкомъ тѣсно связало себя съ революціей, съ ея рѣзкими лозунгами. Походъ противъ революціи оказывается вмѣстѣ съ тѣмъ походомъ противъ идеи естественнаго права. При этомъ любопытно, что въ Европѣ XIX в., начиная отъ Савиньи и кончая многими новѣйшими правовѣдами, эта идея объявляется ненаучной. Если бы у естественнаго права былъ дѣйствительно этотъ грѣхъ, то это было бы съ полъ-бѣды. И конечно критиковать естественное право въ виду его ненаучности далеко не означаетъ отчетливаго пониманія природы правовыхъ явленій. Всякая этическая идея есть идея не научная, ибо ея призваніе носить въ себѣ лозунгъ моральнаго долженствованія, а не быть формулой объясненія, констатированія. Никакая наука не можетъ, да и не должна браться взвѣшивать цѣнность этическихъ лозунговъ: у нихъ своя собственная независимая жизнь, свое собствен-

ное призванье. Поэтому совершенно неправильно *опровергать* естественное право—такъ, какъ мы опровергаемъ извѣстное научное положеніе въ виду его невѣрности, необоснованности. Нельзя говорить, что естественнаго права нѣтъ, что это, какъ любятъ по обывательски выражаться, метафизическое измышленіе. Естественное право есть, какъ совершенно реальное явленіе моральнаго порядка. Вопросъ именно въ томъ, что̀ же это за явленье? Мы уже намѣтили отвѣтъ выше. Отбрасываемъ въ сторону средневѣковое пониманіе, гдѣ естественное право было опредѣленнымъ подвидомъ права положительнаго (синонимомъ права каноническаго). Насъ интересуетъ то пониманіе (Греція V-го вѣка; Европа XVI—XVIII в.в), гдѣ право естественное выступаетъ какъ личное этическое построеніе, претендующее на признаніе въ качествѣ нормы общежитія. Если мы признаемъ опредѣленный общественный органъ источникомъ права, нормы, имъ созданныя, признаемъ въ качествѣ нормъ правовыхъ, то, конечно, называя вещи ихъ именами, нельзя говорить еще о какомъ то *правѣ* передъ нами *личное* этическое начало, *личный* источникъ этическаго долженствованія. И въ этомъ смыслѣ право естественное, разумѣется, столь же существуетъ какъ и общественная мораль, право въ подлинномъ его значеніи. Но, конечно, правильнѣе не пользоваться въ данномъ случаѣ терминомъ „право“. Мы убѣдились, что въ такомъ пользованіи сокрыты важныя практическія послѣдствія, далеко не всегда положительнаго свойства. Въ современномъ же государствѣ, гдѣ къ услугамъ общества — эластичная законодательная машина, совсѣмъ ужъ нѣтъ основаній, какъ въ старину, говорить о правовомъ идеалѣ какъ о правѣ существующемъ и тѣмъ самымъ расшатывать самую идею права. Терминъ „естественное право“ въ наши дни лучше выбросить изъ употребленія: для личной этики у насъ есть привычное понятіе нравственности; для этики общественной—право. И не подобаетъ къ этому послѣднему создавать какой то неопредѣленный дубликатъ.

Такой выводъ несомнѣнно расходится съ той тенденціей, какая выступила на сцену на переломѣ XIX и XX столѣтій. Именно въ эти годы и въ Россіи, и во Франціи, и

въ Германіи упорно говорили о *возрожденіи естественнаго права*. Если мы всмотримся въ то, чѣмъ обосновывалась необходимость подобнаго возрожденія, то мы убѣдимся, что основной мотивъ—реакція противъ философскаго, а заодно и общественнаго *позитивизма*. Девятнадцатое столѣтіе, чья духовная атмосфера въ сильной степени пропитана отзвуками грандіозныхъ потрясеній конца XVIII и начала слѣдующаго столѣтія, не любитъ рѣзкихъ общественныхъ перемѣнъ, а отдѣльныя революціонныя вспышки (48-ой годъ) еще больше укрѣпляютъ тягу къ устойчивости, опредѣленности. Въ этомъ смыслѣ отрицательное отношеніе къ идеѣ естественнаго права есть въ его основѣ отрицательное отношеніе ко всякимъ „не-положительнымъ", безпочвеннымъ мечтаніямъ. Лейтмотивъ юридической науки: немыслимо иное право кромѣ права позитивнаго, существующаго. Слѣдовательно вообще не мыслимы никакія перемѣны? Конечно, такого отвѣта юристы XIX столѣтія не даютъ, но ихъ настойчивое отсыланіе ищущаго справедливости къ дѣйствующему, позитивному праву несомнѣнно ограничиваетъ духовный горизонтъ. Недаромъ юриспруденціи XIX-го вѣка ставятъ въ упрекъ, что она, комментируя дѣйствующее право, игнорируетъ правовую политику, ученье о желательномъ правопорядкѣ. Такой правовой позитивизмъ XIX-го вѣка къ тому же находитъ собрата въ позитивизмѣ философскомъ философскую цѣнность, признаніе получаетъ лишь то, что способно быть познано съ помощью точныхъ, естественно-научныхъ методовъ. Это, конечно, не значитъ, что люди XIX в. всерьезъ собираются взвѣшивать и измѣрять право, но они склонны ограничиваться изысканьемъ того права, которое выкристаллизовалось въ законодательныя нормы, опредѣленно въ его содержаніи. Поиски лучшаго права картины подобной выкристаллизованности, опредѣленности дать, конечно, не могутъ. И отъ нихъ отвертывается позитивистически построенный умъ юриста XIX-го вѣка. Изъ всѣхъ этихъ мотивовъ и выростаетъ реакція, которая на своемъ знамени ставитъ возрожденіе естественнаго права. Въ подобномъ возрожденіи выразилось желанье придать правовой наукѣ болѣе широкій характеръ, вывести ее изъ обычной рутины, изъ буквоѣдства. Юристъ не долженъ

замыкаться въ истолкованіи существующаго права, но и долженъ помогать жизни, открывать ей лучшіе пути, давать схему лучшаго правового порядка. Онъ долженъ быть не только догматикомъ права, но и политикомъ права. Съ другой стороны, обращаясь за вдохновеніемъ къ старой идеѣ естественнаго права, люди отстаивали возрожденье философскаго идеализма, правильной оцѣнки духовныхъ цѣнностей, которыя девятнадцатый вѣкъ столь охотно растворялъ въ мірѣ цѣнностей матеріальныхъ.

Мы видимъ т. о., что мотивы для возрожденія идеи естественнаго права—очень почтенны. Думается, однако, что едва ли есть основаніе снова пускать въ ходъ понятіе, достаточно сбивчивое въ его наружномъ обликѣ и, къ тому же, способное не всегда служить ко благу. Дѣйствительно, предикатъ „естественности“ ничего намъ опредѣленнаго не даетъ: право въ нашихъ глазахъ есть продуктъ духовнаго творчества, а здѣсь получается, что на лицо—право, выступающее помимо человѣческаго воленія, пребывающее въ какомъ то таинственномъ естествѣ. Конечно, можно взять данный предикатъ въ самомъ простомъ, обывательскомъ смыслѣ: это—синонимъ права, которое насъ не давитъ, не жметъ. Но будто бы ужъ такова судьба всякаго права, прошедшаго сквозь законодательную машину, что оно непремѣннымъ образомъ давитъ, жметъ и въ этомъ смыслѣ „неестественно“?! Главное, однако, возраженіе, которое можетъ быть сдѣлано противъ даннаго словоупотребленія остается прежнимъ: опасно называть правомъ то, что̀ все же покоится на капризномъ и случайномъ усмотрѣніи отдѣльной человѣческой личности.

Нашъ конечный выводъ относительно естественнаго права заключается т. о. не въ томъ, что мы отрицаемъ, отвергаемъ моральную величину, подъ этимъ названіемъ скрывающуюся, но хотимъ называть вещи подобающими именами. Если средневѣковье говоритъ о своемъ божественно-естественномъ правѣ какъ противоположности права человѣческаго, то передъ нами двѣ позитивныя правовыя системы, которыя могутъ совпадать, но и могутъ не совпадать. Тамъ, гдѣ онѣ не совпадаютъ, явственно сказывается невозможность сразу подчиняться двумъ правовымъ систе-

мамъ. И недаромъ исторія средневѣковья есть исторія борьбы за единство правопорядка противъ его трагической двойственности. Тамъ, гдѣ естественное право есть право будущаго, идеалъ, противопоставляющій себя правовой дѣйствительности, мы утверждаемъ, что передъ нами не право, а лично признанный этическій идеалъ, нравственность, которая стремится стать нравственностью общественной, правомъ въ подлинномъ и единственно допустимомъ смыслѣ. Право есть норма, опирающаяся на общественную санкцію, общественное признаніе.

Глава 10.

Дѣйствующее право. Жизненная миссія права. Результатъ дѣйствованія права. „Живое право". Невозможность исходить изъ факта примѣненія права въ опредѣленіи того, какое право должно дѣйствовать. Точка зрѣнія объективнаго изслѣдователя и юриста-практика.

Мы теперь видимъ, какой смыслъ получаетъ предикатъ *позитивности* по отношенію къ праву. Онъ былъ бы излишнимъ, если бы и въ прошломъ, и въ настоящемъ не говорилось о естественномъ правѣ. Противоположность позитивнаго и естественнаго права есть противоположность *права* и *правового идеала*, пункта остановки и того пути, по которому право собирается шествовать. Если не имѣть въ виду подобной противоположности, то можно и должно смѣло говорить просто о правѣ.

Помимо предиката позитивности съ понятіемъ права соединяютъ еще нѣкоторые иные предикаты. Такъ говорятъ о правѣ *объективномъ*. Этимъ обозначеніемъ хотятъ подчеркнуть противоположность правовой нормы и правомочія, *субъективнаго права*, какое на основаніи данной нормы выпадаетъ на долю отдѣльнаго лица, участника правопорядка. Или еще въ ходу—обозначеніе: *дѣйствующее* право. На немъ мы и остановимся.

Жизненная миссія, призваніе права быть общественной справедливостью, вносить морально-должное въ человѣческія взаимоотношенія. Право не довольствуется выставленіемъ схемы своихъ требованій, но и стремится создать

такой аппаратъ защиты, чтобы эти требованія не оказались повисшими на воздухѣ, чтобы голосъ права не уподобился голосу вопіющаго въ пустынѣ. Разумѣется, многое при этомъ зависитъ отъ характера правовыхъ требованій, отъ ихъ соотвѣтствія выяснившимся жизненнымъ потребностямъ, отъ степени дисциплинированности самихъ членовъ общежитія. Какъ бы то ни было, право не только должно реализоваться, но и фактически реализуется. Даже въ минуты наибольшихъ революціонныхъ потрясеній, минуты видимаго развала всѣхъ общественныхъ связей, многое изъ правовыхъ требованій продолжаетъ тѣмъ не менѣе выполняться. И въ этомъ смыслѣ полное безправіе, полная анархія есть по счастью нѣчто, скорѣе мыслимое, нежели фактическ достижимое.

Но, если право реализуется, значитъ ли, что его реализація всюду и всегда даетъ одинаковые результаты? И если бы мы исходили изъ права, какъ оно преломляется въ различной жизненной обстановкѣ, построили бы мы единую систему права? На эти вопросы отвѣчаетъ та отрасль правовой теоріи, которая усиленно разрабатывалась послѣдніе годы. Она возникла въ связи съ вопросами о дѣятельности органовъ, истолковывающихъ право, т. е. въ связи съ ученьемъ о правовой интерпретаціи. Но вѣдь право истолковываютъ не только судьи, но и общество. Въ результатѣ изысканія о судебной интерпретаціи разрослись до изысканій о процессѣ правоприменѣненья во всей его цѣлостности. Особенно велики здѣсь заслуги австрійскаго юриста Евгенія Эрлиха, которому мы и обязаны удачнымъ обозначеніемъ данной дисциплины какъ ученья о „живомъ правѣ“, о правѣ, какъ оно выглядитъ, если изучать не отвлеченныя нормы, а тѣ жизненныя отношенія, какія на основаніи этихъ нормъ складываются. Во всей детальности данную проблему мы затронемъ тогда, когда перейдемъ къ отдѣлу о примѣненіи права. Пока же насъ интересуетъ вопросъ о томъ, можно ли въ опредѣленіи права исходить изъ факта его реализуемости, можно ли понятіе дѣйствующаго права брать въ качествѣ понятія права какъ оно въ дѣйствительности осуществляется, или же мы обязаны брать право дѣйствующее въ качествѣ права, которое должно быть реализовано,

независимо отъ вопроса, какъ оно реализуется и реализуется ли вообще.

Едва ли могутъ быть сомнѣнія, что данную альтернативу мы должны рѣшить именно въ послѣднемъ смыслѣ. Дѣйствительно изученье жизни говоритъ намъ, прежде всего, что право не только примѣняется, но и обходится или же прямо нарушается. Какъ же быть съ *фактомъ* правонарушенія: это вѣдь тоже фактъ соціальной дѣйствительности. Если, однако, подобный фактъ мы, стоя на правовой точкѣ зрѣнія, на точкѣ зрѣнія опредѣленнаго общественнаго должествованія, осуждаемъ, отвергаемъ, то именно это и значитъ, что свой критерій мы беремъ не изъ того, что̀ дѣлается, происходитъ, а изъ того, что̀ должно дѣлаться, происходить. И если передъ нами фактъ слѣдованія праву, то здѣсь мы преклоняемся не передъ фактомъ, а передъ тѣмъ, что этотъ фактъ соотвѣтствуетъ правовому долженствованію.

Подобными принципіальными соображеніями можно было бы и ограничиться. Но они становятся рельефнѣе, если мы обратимъ вниманіе на выводы, къ которымъ пришли изслѣдователи „живого права“. Именно они доказали, что тѣ *факты*, какіе создаются въ соціальной дѣйствительности на почвѣ примѣненія одной и той же правовой нормы зачастую совершенно несходственны. Подчеркнемъ, что именно на почвѣ примѣненія, а не нарушенія права. Люди хотятъ соблюдать право, вдумываются, вчитываются въ его опредѣленія, а результатъ получается въ разныхъ случаяхъ весьма несходственный. Въ своей статьѣ „Соціологія и юриспруденція“ (Zukunft, 1906, № 19) Эрлихъ разсказываетъ, что, присутствуя на одномъ юридическомъ конгрессѣ въ Бельгіи, онъ былъ крайне удивленъ похвалами, раздававшимся по адресу австрійскаго судоустройственнаго кодекса XVIII в. Іосифа 2-го. Этотъ кодексъ, оказывается, даровалъ бельгійцамъ, тогдашнимъ подданнымъ Габсбургской имперіи, устное судоговореніе. Почему же сами австрійцы этой устности, въ противоположность бумажной волокитѣ, не получили? На этотъ вопросъ Эрлихъ отвѣчаетъ, что въ Бельгіи и въ собственной Австріи соотвѣтствующія статьи кодекса были поняты весьма и весьма различно. Австрій-

скіе судьи выслушивали устныя показанія сторонъ, заносили ихъ въ протоколъ. Получался „документъ“ и на основаніи этого документа дѣло рѣшалось лицами, зачастую не имѣвшими никакого отношенія къ устному допросу. Естественно, что такимъ путемъ старый, бумажный процессъ, обращавшій судъ въ канцелярію, оказался оставленнымъ въ неприкосновенности. Наоборотъ, въ Бельгіи, на первый планъ было выдвинуто начало устности, и люди XX в. готовы здѣсь съ благодарностью вспоминать законодателя XVIII в. Вотъ и спрашивается, какое же процессуальное право было дѣйствующимъ въ Австріи? Если исходить изъ факта самаго примѣненія кодекса Іосифа, пришлось бы признать, что дѣйствовало не одно, а два права. Такой вывсдъ совершенно точный съ точки зрѣнія объективнаго *изученія* правовой дѣйствительности, совершенно непріемлемъ съ практической, нормативной точки зрѣнія. Становясь на нее, мы спрашиваемъ, какое право *должно* дѣйствовать. И если передъ нами *фактъ* различнаго пониманія одной и той же нормы, то мы не можемъ сказать, что всѣ эти пониманія равноцѣнны: одному изъ нихъ, какъ единственно правильному, должному мы обязаны отдать предпочтеніе передъ всѣми остальными, признать послѣднія неправомѣрными, недолжными.

Итакъ, остается въ силѣ наше утвержденіе, что дѣйствующее право есть то, которое должно дѣйствовать. Этимъ, конечно, не предрѣшается вопросъ о томъ, откуда мы беремъ дѣйствующее право.

Глава 11.

Право частное и публичное. Различіе интереса, вызывающаго ихъ къ жизни. Ульпіанъ. Демосѳенъ. Англія. Различіе естественности и искусственности (Эрлихъ). Подчиненіе частнаго лица публичному органу. Идея усмотрѣнія. Англія XVI—XVII в.в. „Государственная матерія“. Позиція Оріу. Административное право—автономное право. Крѣпкая администрація. Предварительное исполненіе. Предварительное допущеніе. Созданіе спора. Административная юстиція. Идея публично-правовой привилегіи.

Мы пытались выяснить идею права въ ея основномъ единствѣ. Мы уже слышимъ скептическія замѣчанія не

только изъ устъ тѣхъ, кто хочетъ продолжать говорить о правѣ естественномъ какъ о правѣ. Сомнѣнія очень возможны, поскольку юристы, собственно континентальные юристы, съ молокомъ, такъ сказать, своихъ духовныхъ матерей впитали ученье о дѣленьи права на право частное и публичное. Дѣйствительно ли, однако, есть двѣ особыя правовыя сущности, два особыхъ вида общественной этики, изъ которыхъ одна значитъ въ предѣлахъ отношеній органовъ власти къ гражданамъ, а другая въ предѣлахъ отношеній гражданъ *)?

Прежде чѣмъ отвѣтить на поставленный вопросъ, нужно устранить все то, что не имѣетъ прямого отношенія

---

*) Вся данная глава есть почти буквальная перепечатка соотвѣтствующей главы изъ моихъ „Очерковъ по теоріи права“ (1915). Замѣчу, что эти „Очерки“ и въ частности мои взгляды на природу частнаго и публичнаго права породили рѣзкій выпадъ со стороны П. А. Ильина на страницахъ „Юридическаго Вѣстника“ (XIII; 1916). Мой критикъ поучаетъ меня: „правовое полномочіе на власть въ дѣйствительности признается положительнымъ правомъ“. Подобныя вещи извѣстны, конечно, усвоившему самые начатки государственнаго права, и если бы мои построенія покоились на подобномъ невѣжествѣ, то горе мнѣ горе моимъ ушедшимъ учителямъ, Георгу Еллинеку, А. С. Алексѣеву, не сумѣвшимъ меня научить азбукѣ предмета. Но И. А. Ильинъ, въ своемъ критическомъ задорѣ, просто-напросто не вникъ въ нутро того что̀ я пишу. Утверждаю же я вещь несложную, хотя и мало доступную континентальному правовѣдѣнію, именно, что „полномочіе на власть“ есть одна и та же правовая величина, какъ въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ о президентѣ или исправникѣ, такъ и въ томъ, когда дѣло идетъ о простомъ смертномъ. Это—власть, предоставленная и ограниченная правомъ, т. е. власть правовая. Если ея содержаніе въ разной жизненной ситуаціи различно, то это ужъ вопросъ факта, а не юридическаго существа, которое всюду одинаково. Правда, очень часто, особенно въ прошломъ понятіемъ „полномочіе на публичную власть“ покрывали простой произволъ и безправіе. Въ этомъ и только въ этомъ смыслѣ я говорю о публичномъ правѣ, какъ объ „атавистическихъ пережиткахъ изъ эпохи абсолютизма“, иными словами я сознательно устраняю все то, гдѣ подъ видомъ права фигурируетъ не-право, отрицанье права. Оказывается, если вѣрить И. А. Ильину, я творю этимъ рядъ недоумѣній: „допустимо ли рѣшать проблему юридической дефиниціи.. на основаніи соціально-психологическихъ соображеній“? Недоумѣнія эти порождены не моей книгой, а внутренней діалектикой самого моего критика. Не могу брать на себя вину за то, чего не думалъ и чего не писалъ.

къ установленію чисто юридическихъ признаковъ классификаціи. Такимъ уклоненіемъ въ сторону для насъ явилось бы разграниченіе частнаго права и публичнаго по признаку характера „интересовъ", оберегать которые оба они призваны Общеизвѣстно опредѣленіе изъ Ульпіана (Dig. I, 1, 1): „право публичное есть то, которое печется о положеніи римской державы, частное же—то, которое печется о пользѣ отдѣльныхъ лицъ: вѣдь есть вещи, полезныя для всѣхъ, а есть тѣ, которыя полезны для каждаго въ отдѣльности". Гораздо менѣе извѣстно, однако, что аналогичное разграниченіе было осознано и греческими юристами. Именно у Демосѳена, въ одной изъ его рѣчей, (Timocr. 192) есть такой отрывокъ: „существуютъ во всѣхъ государствахъ двоякаго рода законы: прежде всего тѣ, по которымъ мы вступаемъ во взаимныя отношенія, заключаемъ договоры, опредѣляемъ надлежащее употребленіе своего достоянія, живемъ цѣликомъ для самихъ себя. Другіе законы назначаютъ каждому подобающее мѣсто въ дѣлахъ управленія и попеченія о государствѣ". Опредѣленіе Ульпіана лишь болѣе рельфно и сжато выражаетъ ту же мысль, что и у Демосѳенна, именно, что наши интересы, какъ частныхъ лицъ и какъ участниковъ общественнаго цѣлаго, стоящаго надъ нами, вызываютъ къ жизни двѣ различныя группы нормъ. Въ одномъ разрѣзѣ мы живемъ „для себя", въ другомъ—„для цѣлаго".

Было бы совершенно неправильно думать, что подобное различіе права по характеру мотивовъ, вызывающихъ его къ жизни, чуждо тѣмъ странамъ, которыя, однако, отказались провести принципіальное юридическое различіе между правомъ частнымъ и публичнымъ. Взять хотя бы Англію. Послѣдніе годы она сдѣлала огромные шаги впередъ въ области соціальнаго законодательства: обезпечила, хотя и небольшимъ пенсіономъ лицъ, достигшихъ преклоннаго возраста, ввела страхованіе на случай болѣзни, безработицы. Обезпечила женщинамъ, сдѣлавшимся матерями, извѣстную поддержку. Наконецъ, путемъ учрежденія порайонныхъ комитетовъ, Англія намѣтила первый шагъ, чтобы установить минимальную заработную плату. Т. о. интересъ публичный, называйте его интересомъ соціальнымъ или иначе какъ нибудь, оказался занявшимъ почтенное мѣсто. Въ

этомъ смыслѣ, разумѣется, у Англіи есть „публичное право", т. е. созданное въ виду публичныхъ интересовъ. Но дѣло идетъ не о томъ, что̀ вызвало къ жизни данную систему права, а о томъ, каковъ ея юридическій вѣсъ въ сравненіи съ тѣмъ правомъ, которое своимъ происхожденіемъ обязано не соціальному, а частному, индивидуальному интересу. Если англійское юридическое міросозерцаніе, за исключеніемъ аномальныхъ періодовъ ея исторіи, отказалось обѣ эти группы правовыхъ нормъ, созданныхъ во имя различныхъ „интересовъ", подвергнуть какой либо разной правовой расцѣнкѣ, то въ этомъ сказался, помимо инстинктивной боязни „особаго" права наряду съ „ординарнымъ", несомнѣнный индивидуалистическій укладъ англійскаго характера. Поскольку житель континента разно расцѣниваетъ правовую силу права частнаго и публичнаго, въ немъ не только сказывается вѣковыми традиціями абсолютизма впитанная реверенція передъ властью, органомъ власти, но и кромѣ того антииндивидуалистическій складъ мышленія. Мы, живущіе на континентѣ, неисправимые „общественники", и если бы соціализмъ на континентѣ осуществился, то навѣрное это былъ бы болѣе „соціалистичный" соціализмъ, чѣмъ его англійскій двойникъ. Такъ и въ области права. Мало того, что въ области „мотивовъ" права мы скорѣе, нежели англичане, сдаемся въ пользу начала „общественнаго", подчиняемъ ему начало „индивидуальное: нѣтъ, мы готовы начало индивидуальное подчинять началу общественному, *поскольку оба они ужъ фиксировались въ правовыхъ нормахъ, получили, каждое въ своей сферѣ, юридическое признаніе.* И вотъ, если англичане на это не идутъ, то здѣсь сказывается, что индивидуализмъ для нихъ есть нѣчто, умѣющее за себя постоять. Пусть общественное и личное начало ведутъ долгую, кровавую борьбу, но разъ найденъ извѣстный „modus vivendi", найдены извѣстныя условія „перемирья", въ видѣ правовыхъ нормъ, то въ такомъ случаѣ оба начала въ законныхъ предѣлахъ совершенно равноправны, у каждаго изъ нихъ одинаковая юридическая сила, одинаковое притязанье на судѣ быть выслушаннымъ въ качествѣ равноправной, а не подчиненной стороны. Мы видимъ какъ здѣсь, казалось бы, такой узкотехническій вопросъ,

какъ разграниченье частнаго и публичнаго права, приводитъ насъ къ глубокимъ, интимнымъ вопросамъ о психологическомъ складѣ той или иной національности.—Въ результатѣ, теорія о разграниченіи права публичнаго и частнаго по принципу „интересовъ“, въ основѣ ихъ лежащихъ, покоится на томъ ошибочномъ выводѣ, что она, учитывая (возможное) различіе въ мотивахъ изданія нормъ частныхъ и публичныхъ, принимаетъ это различіе за установленіе нѣкоторой правовой разноцѣнности. „Исторію“ нормъ она принимаетъ за ихъ правовое „настоящее“.

Совсѣмъ въ иное русло направляетъ насъ то любопытное разграниченіе частнаго и публичнаго права, какое, въ связи съ римскимъ правовымъ матеріаломъ, пытается провести Эрлихъ въ своей книгѣ „Das jus civile, jus publicum, jus privatum“, (Beitrage zur Theorie der Rechtsquellen, I, 1902). Авторъ доказываетъ, что противоположность между „jus privatum“ и „jus publicum“ ощущается римскимъ правосознаніемъ какъ различіе между тѣми нормами, которыя само общество, „естественнымъ“ своимъ укладомъ вызвало къ жизни, и тѣми нормами, которыя являются результатомъ „искусственнаго“ вмѣшательства въ общественныя отношенія со стороны государства. Право частное есть т. о. право, созданное обществомъ. Право публичное есть право, созданное государствомъ. Если право общественное (частное) пройдетъ черезъ стадіи легализаціи, будетъ закрѣплено въ формахъ lex a, изъ этого не слѣдуетъ, что оно обратилось тѣмъ самымъ въ право публичное: формальный признакъ не вліяетъ на его внутреннее существо. Въ своей высоко интересной работѣ „Die Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913) Эрлихъ тѣ выводы, которые онъ сдѣлалъ путемъ обработки римскихъ источниковъ, ставитъ на гораздо болѣе широкій базисъ: онъ показываетъ, насколько неизбѣжно въ любую правовую систему вплетаются эти два начала, „общественнаго“ и „государственнаго“ права, насколько нераціонально съ точки зрѣнія правовой политики давать преобладающую роль второму элементу по сравненію съ первымъ, насколько непростительно со стороны научной теоріи игнорировать или едва лишь замѣчать наличіе иныхъ правовыхъ нормъ, помимо нормъ права „государственнаго“ (исхо-

дящаго отъ государства). Не подвергая сомнѣнію значительность идей, которыя проповѣдуетъ Эрлихъ въ своей „Правовой соціологіи“, а также въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ статей и докладовъ, слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что въ интересующемъ пунктѣ онъ оставляетъ насъ съ нѣкоторыми недоумѣньями. Свести различіе между „частнымъ“ и „публичнымъ“ правомъ къ различію, между правомъ „естественно-возникшимъ“ и „искусственно-созданнымъ“, съ точки зрѣнія практическихъ постулатовъ юриспруденціи, значитъ не столько рѣшить проблему, сколько перенести ее въ другую плоскость. Вѣдь и здѣсь вопросъ о „правовомъ“ удѣльномъ вѣсѣ каждаго изъ элементовъ не можетъ не стать во весь ростъ. Не съ точки зрѣнія законодательной политики или же объективнаго правовѣдѣнія,— а съ точки зрѣнія практическихъ задачъ правового оборота, вопросъ идетъ о томъ, каково соотношеніе двухъ группъ правовыхъ нормъ, у которыхъ источникъ не одинъ и тотъ же (общество и государство)? Юридическая теорія можетъ быть повинна въ недооцѣнкѣ права „общественнаго“, рожденнаго не формальнымъ путемъ, а естественнымъ складываньемъ жизненныхъ отношеній, но можно ли ту же теорію винить за то, что она для практическихъ цѣлей выставляетъ условія „значимости“ права „общественнаго“ наряду съ правомъ „государственнымъ“, исходящимъ отъ государства? Вѣдь иначе создался бы ничѣмъ не разрѣшимый дуализмъ въ правовой системѣ, оказался бы нарушеннымъ тотъ принципъ „правового единства“, который и является однимъ изъ естественныхъ постулатовъ юридическаго мышленія.

Неудивительно, что въ такомъ неуловимомъ пунктѣ приходится наталкиваться не на „communis opinio“, а на „communis dubitatio doctorum“. Подобное „dubitatio“ выдается, однако, за „opinio“. Извѣстный нѣмецкій процессуалистъ Штейнъ въ своей монографіи „Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung“ (1912), такъ опредѣляетъ „господствующую“ точку зрѣнія: „если извѣстное правоотношеніе покоится на подчиненіи одного лица подъ власть другого, будь это другое лицо государство или же иной публично-правовой союзъ, то такое правоотношеніе отно-

сится къ области публичнаго права. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ правовыя взаимоотношенія между двумя лицами независимы отъ публичной власти, тамъ на лицо частно-правовое отношеніе" (р. 32). Ясно, что весь вопросъ именно въ томъ: что значитъ „зависѣть" отъ публичной власти? Чѣмъ отличается эта форма зависимости отъ той, которая имѣетъ мѣсто въ отношеніи частно-правовомъ? На эти вопросы въ правовыхъ категоріяхъ ни Штейнъ, ни ему подобные отвѣта не даютъ и не могутъ дать.

Отвѣтъ былъ бы легокъ съ точки зрѣнія системы абсолютизма: публично-правовое отношеніе въ отличіе отъ частно-правового характеризуется „дискреціоннымъ" положеніемъ той стороны, которая стоитъ „надъ" другою. Особенность государства новаго времени въ томъ, однако, и заключается, что оно знаетъ лишь одну форму „усмотрѣнія": оговоренную закономъ. Въ этомъ смыслѣ, если въ наши дни австрійскій юристъ ф. Лаунъ выпускаетъ монографію подъ заглавіемъ „Свободное усмотрѣніе" (Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910; ср. также этюдъ „Zum Problem des freien Ermessens, Zitelmann's Festschrift, 1913), то здѣсь всего менѣе идетъ рѣчь о несвязанной закономъ дискреціонной власти государственныхъ органовъ, а о тѣхъ нормахъ, соотвѣтствующихъ „природѣ вещей", которыя опредѣляютъ образъ дѣйствій учрежденія, въ силу закона облеченнаго извѣстной долей усмотрѣнія.

Крайне поучительно бросить бѣглый взглядъ на конституціонную исторію Англіи. Понятіе публичнаго права, выступивши здѣсь въ XVI-мъ и въ особенности XVII-мъ столѣтіи, получило именно выраженіе „дискреціи", несвязанной закономъ, а связанной лишь соображеніями цѣлесообразности правительственной власти. Очень ярко подобная точка зрѣнія была развита „совѣтомъ фиска" (the Court of Exchequer) по дѣлу купца, по имени Бэйта (1606), отказавшагося уплачивать таможенныя пошлины на изюмъ сверхъ законной нормы. Рѣшеніе „совѣта" было не въ пользу Бэйта по слѣдующей мотивировкѣ: „королевская власть двоякаго рода—ординарная и абсолютная. Ординарная его власть служитъ пользѣ отдѣльныхъ подданныхъ, направлена на утвержденіе справедливости между ними,

на опредѣленіе того, что „мое“ и что „твое“. Эта власть проявляется въ дѣятельности обычныхъ судовъ и цивилисты называютъ ее „частнымъ правомъ“ или, по англійскому словоупотребленію, „общеземскимъ правомъ“: это послѣднее не можетъ быть измѣнено безъ согласія парламента. Абсолютная власть короля имѣетъ своей цѣлью общее народное благо, „salus populi“. Она вытекаетъ изъ того, что народъ есть тѣло, а король его глава; эту власть правильно обозначить какъ власть правительственную или управленія, и все равно какъ состояніе тѣла мѣняется отъ времени до времени, такъ же мѣняется и абсолютное право, сообразно королевской мудрости для общаго блага“. Поэтому король имѣетъ право назначить на изюмъ болѣе высокія ставки, нежели тѣ, какія установилъ соотвѣтствующій актъ парламента. Подобное „правительственное право“, противопоставляемое „частному праву“, не называется здѣсь ipsis verbis „публичнымъ правомъ“, но этотъ терминъ въ тѣ дни былъ въ ходу: Бэконъ Веруламскій говоритъ о „правильномъ и общепринятомъ—дѣленіи права на jus publicum и jus privatum: на первомъ зиждется власть правительственная, на второмъ—незыблемость частной собственности“. Попадается даже англійскій эквивалентъ латинскаго термина jus publicum. Въ извѣстномъ процессѣ одного изъ „пяти“, отказавшихся платить „корабельную“ пошлину (Darnel's case), представитель короля обосновывалъ законность взиманія этихъ пошлинъ ссылкой на „law of state“, на „государственное право“, но все равно какъ англичанину нашихъ дней этотъ терминъ покажется мало вяжущимся съ привычнымъ комбинированіемъ терминовъ, такъ и въ 17-мъ столѣтіи понятіе „публичнаго или государственнаго“ права не могло разсчитывать на успѣхъ. Гораздо болѣе было въ ходу другое выраженіе: „matter of state“ — „матерія государственная“. Оно дожило вплоть до нашихъ дней, но измѣнило свое значеніе. Если раньше имъ обозначалось „право дискреціи“ со стороны правительственной власти по отношенію къ подданнымъ, то въ наши дни оно сохранилось въ примѣненіи къ отношеніямъ междугосударственнымъ, поскольку въ нихъ есть элементъ „усмотрѣнія“ со стороны суверенныхъ государствъ. Вмѣстѣ съ исчезновеніемъ „дискреціи“

во внутренне-государственныхъ или „муниципальныхъ", по англійской терминологіи, отношеніяхъ, исчезло изъ обихода англійской жизни и понятіе публичнаго права.

Но вѣдь не отстаиваютъ же „произвольную" власть правительства тѣ нѣмецкіе, а также французскіе правовѣды, которые тѣмъ не менѣе не видятъ основаній для отказа отъ излюбленнаго дѣленія права на публичное и частное? Что же заставляетъ ихъ придерживаться подобнаго раздвоенія правовыхъ нормъ? Мы видѣли, что нѣмецкіе юристы не дали намъ отчетливыхъ указаній касательно юридическаго принципа, разграничивающаго право публичное и право частное. Не даютъ его и французскіе правовѣды. Такъ напр. одинъ изъ признанныхъ авторитетовъ въ области публичнаго права—Оріу (Hauriou) въ его „Principes de droit public", похваливши Ульпіана за его классическое (выше цит.) опредѣленіе двоякаго характера права, со своей стороны ровно никакихъ ссылокъ на „правовую" сущность публичнаго права не дѣлаетъ (ср. стр. 330—335, изд. 1910). Что же касается тѣхъ указаній, какія даются имъ въ „Очеркѣ административнаго права", (Précis de droit administratif, éd 8-me, 1914), то они показываютъ, что Оріу принадлежитъ къ той категоріи правовѣдовъ, которые изъ основного постулата: признанія власти соціальной организаціи дѣлаютъ совершенно незаконный выводъ, именно, что въ состояніи подчиненія, неравенства, отдѣльный гражданинъ стоитъ и къ публичнымъ органамъ. Подобный выводъ въ томъ отношеніи незаконенъ, что эти органы находятся въ томъ же состояніи подчиненія соціальному цѣлому, съ помощью права ихъ положеніе опредѣлившему, въ какомъ и индивидуальные граждане. Подчиняясь соціальному цѣлому, эти послѣдніе, какъ и публичные органы, стоятъ въ отношеніи другъ друга какъ два принципіально равные элемента. Между ними поэтому въ подлинномъ „ординарномъ" смыслѣ—правовыя отношенія, на почвѣ ли договорныхъ условій или же какъ результатъ объективнаго права. Лишь отсутствіемъ подобнаго основного разграниченія могутъ быть объяснены фразы вродѣ тѣхъ, которыя мы встрѣчаемъ въ книгѣ Оріу. Административное право есть „поистинѣ автономная отрасль права" (V). Въ чемъ же

этотъ автономный характеръ? Оріу объясняетъ намъ, что здѣсь дѣло идетъ о „правѣ могущественныхъ лицъ („personnages puissants"), правѣ публичной администраціи". „Эти лица... болѣе могущественны, нежели тѣ, кѣмъ они управляютъ. у нихъ по отношенію къ послѣднимъ имѣются полномочія властвованія, публичнаго характера. Мы стоимъ здѣсь передъ лицомъ права, которое, вмѣсто того, чтобы основываться, подобно современному гражданскому праву на равенствѣ сторонъ, основывается на нѣкомъ спеціальномъ status-ѣ и прерогативѣ той стороны, которая болѣе могущественна" (VII).

Право гражданское, составляющее право ординарное, есть именно право разное для всѣхъ, а административное право есть нѣчто исключительное. Мы видимъ, какъ Оріу, развивая свою теорію, доходитъ до пониманія административнаго права какъ чего то основаннаго на „прерогативѣ", не „ординарности". Если бы мы не знали, что Оріу политически всего менѣе близокъ къ абсолютизму, то могло бы показаться, что онъ воспроизводитъ теорію, съ которой англичане покончили ужъ въ XVII в.: именно идею нѣкотораго „особаго" права, свою особливость базирующаго на томъ, что здѣсь одна сторона „во власти" другой стороны и что дѣйствія этой послѣдней умѣряются не строгой, „обыкновенной" законностью, а соображеніями „народнаго блага". Путемъ правовыхъ категорій совершалось здѣсь избавленіе отъ права вообще. Разумѣется, не таковы практическія тенденціи, которыя опредѣляютъ Оріу и ему подобныхъ съ ихъ идеей публичнаго, въ томъ числѣ административнаго права, какъ „особаго права". Наша задача выяснить, каковы же эти практическія тенденціи, осознанныя или порой подсознательныя. Самъ Оріу наталкиваетъ насъ на эти послѣднія, поскольку онъ говоритъ, что идея административнаго права какъ права „особаго" есть идея „централизованной" администраціи. Попытаемся уяснить себѣ эту нѣсколько неопредѣленную терминологію, поставивши на мѣсто „централизованной" администраціи „крѣпкую" администрацію.

Мы, разумѣется, не сдѣлаемъ какого либо новаго историческаго открытія, если скажемъ, что эта идея крѣпкой

власти, которая обращалась въ идею крѣпкой административной власти, есть начало, оказавшееся способнымъ перешагнуть черезъ испытанія, которымъ учрежденія и понятія періода абсолютизма подверглись въ дни французской революціи. Впрочемъ, относительно администраціи съ ея спеціальными привилегіями эти испытанія, въ концѣ концовъ, и не были ужъ слишкомъ ригористическими. Въ крайне любопытной статьѣ Эсмена, La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante (въ Jahrb. d. off. Rechts, 1911) ясно показано, какъ въ сущности легко рѣшился въ учредительномъ собраніи столь кардинальный вопросъ—именно тотъ, подчинять или не подчинять органы администраціи „обычной" юрисдикціи или же создать для нея особые трибуналы, какъ бы оттѣняя этимъ особое положеніе органовъ администраціи по сравненію съ простыми гражданами. Конечно, члены конституанты помнятъ безконечныя жалобы населенія, поддерживаемыя ходатайствами собраній чиновъ, объ отмѣнѣ особой юрисдикціи Эти жалобы, между прочимъ, объяснялись не тѣмъ, что населеніе рѣшалось поднимать руку на особое положеніе администраціи, а тѣмъ, что ординарная юстиція обходилась дешевле. Передъ конституантой стояла задача сравнять передъ лицомъ ординарной юстиціи органы администраціи и обыкновенныхъ гражданъ. Судя по дебатамъ, первое время именно въ сторону уравненія конституанта и клонилась, но потомъ начались колебанія. Заговорили о невозможности рѣшать этотъ вопросъ, пока не рѣшенъ вопросъ о томъ, какова будетъ „система налоговъ". Какъ будто это не было безразлично для вопроса, нуженъ ли особый судъ наряду съ судомъ ординарнымъ! Очевидно, люди слишкомъ привыкли споры о законности налоговой ставки переносить на усмотрѣніе спеціальныхъ органовъ, стоявшихъ въ тѣсной связи съ администраціей: и въ „новомъ режимѣ" это могло оказаться необходимымъ! Уклонъ былъ сдѣланъ, и конституанта кончила закономъ 6—11 сентября 1790 г., который передалъ дѣло о незаконномъ взиманіи налоговъ въ руки административныхъ органовъ, такъ наз. департаментскихъ и дистриктныхъ директорій. Положимъ, это были органы не аналогичные старой, дореформенной администраціи: они

покоились на народномъ избраніи. Но все же это не были органы чистой, ординарной юстиціи. Слѣд. и конституанта вступила на путь созданія „особыхъ“ условій для правового положенія администраціи. Этотъ основной постулатъ Наполеонъ лишь рѣзче подчеркнулъ, поскольку онъ (закономъ 28 плювіоза VIII г.) избираемыя народомъ директоріи обратилъ въ совѣты префектуры, не избираемыя, а назначаемыя.

Изъ аналогичнаго круга идей вытекаетъ и тотъ принципъ, которымъ столь гордятся представители французскаго административнаго права: „l'exécution préalable“—„предварительное выполненіе“ велѣній администраціи. „Раньше повиновеніе, а потомъ ужъ споръ“. Въ сущности, если вдуматься въ самую возможность подобной постановки, совершенно противной „частно-правовому“,—въ дѣйствительности „просто-правовому“—углу зрѣнія, то станетъ яснымъ, что въ основѣ опять таки лежатъ атавистическіе пережитки изъ эпохи абсолютизма: люди предполагаютъ, что не будь этого „предварительнаго выполненія“, то и начались бы массовыя задержки въ выполненіи обязанностей по отношенію къ государству. Государство и гражданинъ, хотя и подсознательно, берутся какъ нѣкія противоположности—и это несмотря на тѣ грандіозныя перемѣны, какія государство продѣлало въ новѣйшее время.

„Раньше выполненіе, а потомъ споръ“. Здѣсь, однако, не кончаются тѣ „прерогативы“ администраціи, которыя позволяютъ говорить объ административномъ правѣ какъ объ особой системѣ права. Прежде всего, „споръ“ можетъ быть возбужденъ лишь при выполненіи извѣстныхъ условій, которыя опять таки въ пользу администраціи. Въ видѣ иллюстраціи сошлемся на „предварительное согласіе“ высшей административной инстанціи на возбужденіе преслѣдованія въ судебномъ порядкѣ противъ инстанціи подчиненной („admission préalable“). По мѣткому выраженію Отто Майера (цит. у Stein'a op. cit. p. 112) въ данномъ случаѣ дѣло идетъ какъ бы о „выдачѣ преступника враждебному государству“ — настолько вдали ставитъ себя административная власть по отношенію къ юстиціи!

Другой привилегіей администраціи по поводу возбужденія „спора“ съ согражданами является такъ наз. „сгéа-

tion du contentieux" „созданіе повода къ спору". Институтъ этотъ во Франціи закономъ 17 іюля 1900 г. (§ 3) нѣсколько урѣзанъ, но не отмѣненъ. Согласно доктринѣ французскаго административнаго права въ основѣ „спора" съ администраціей долженъ лежать извѣстный ея „актъ", непосредственно предваряющій тотъ вредъ, который на свой счетъ относитъ извѣстное лицо, а не болѣе отдаленное косвенное дѣйствіе, заключающееся напр. въ общихъ какихъ либо упущеніяхъ въ веденіи административныхъ дѣлъ (fautes de services). Въ этомъ случаѣ какъ бы нѣтъ предмета спора: его нужно создать, и такимъ предметомъ является по закону 1900 г. отказъ со стороны администраціи въ 4-хъ мѣсячный срокъ дать заинтересованному лицу удовлетвореніе на его „требованіе" (reclamation). Въ гордыхъ терминахъ административнаго права этотъ „институтъ" называется „silence de l'administration": „молчанье администраціи".

Какъ разъ именно этотъ послѣдній пунктъ долженъ былъ бы послужить для представителей административнаго права, настаивающихъ вмѣстѣ съ Оріу на его „автономности", къ уясненію того, что, подчеркивая „специфичность" юридическаго характера нормъ, опредѣляющихъ отношенія гражданъ и органовъ управленія, люди въ итогѣ способны держаться не столько чего либо „специфическаго" сколько тѣхъ точекъ зрѣнія, которыя въ другихъ областяхъ права, не претендующихъ на „автономность" и на „особенность", оказываются уже оставленнымн, какъ нѣчто устарѣлое. Вѣдь что въ сущности означаетъ „созданіе спорнаго акта" какъ не въ высшей степени грубое представленіе о поводахъ возникновенія нашей отвѣтственности? Этимъ представленіемъ жила и болѣе ранняя доктрина гражданскаго права: и она требовала непосредственнаго вредоноснаго дѣйствія съ нашей стороны, чтобы этимъ оправдывалась наша отвѣтственность по отношенію къ потерпѣвшему. Время свое сдѣлало: гражданское право знаетъ утонченнѣйшіе поводы возникновенія нашей отвѣтственности. То же самое и въ области уголовнаго права. Идея, что не только наше прямое дѣйствіе, но и упущеніе способно подвергнуть насъ гражданской или уголовноправовой отвѣтственности, и здѣсь не сразу была найдена. Вѣдь если правовое явленіе есть

явленіе смысла, который мы вкладываемъ въ наши взаимоотношенія съ людьми, то здѣсь, какъ и въ области другихъ смысловъ, есть вещи, проще, легче дающіяся человѣческой мысли, а есть и то, что сложнѣе, дается съ бо́льшимъ трудомъ. Въ концѣ концовъ формы справедливости находятся въ нѣкомъ соотношеніи къ степени утонченности нашего умственнаго аппарата, его способности преодолѣвать неэластичность реальныхъ фактовъ. Одинъ человѣкъ выбилъ другому зубъ. Съ точки зрѣнія жизненной связи: одинъ предметъ преодолѣлъ препятствіе, встрѣченное на пути въ видѣ другого предмета. Съ точки зрѣнія правовой: одинъ субъектъ повиненъ въ нанесеніи увѣчія другому человѣку. Гораздо труднѣе вставить это понятіе „виновности“ между двумя субъектами въ случаѣ, когда зубъ будетъ выбитъ отъ паденія на тротуарѣ, неочищенномъ домовладѣльцемъ отъ льда вопреки „обязательному постановленію“ объ очисткѣ. Здѣсь правовая связь дана не столь непосредственно, а поэтому люди и не сразу ее открываютъ.

„Сначала повиновенье, потомъ споръ“—по использованіи или неиспользованіи администраціей ея привилегій. Но и здѣсь не конецъ. Какой судъ? Континентальное административное право отвѣчаетъ, что судъ особый—трибуналъ „административной юстиціи“. Мы ужъ видѣли, какъ идея особой юстиціи по дѣламъ, связаннымъ съ дѣломъ управленія, оказывается не споткнувшейся о порогъ французской революціи. Конечно, въ наши дни ее защищаютъ иначе, чѣмъ стали бы защищать полицеисты XVIII вѣка. Дѣло, говорятъ намъ, не въ томъ, чтобы для администраціи создать болѣе легкія условія юстиціи или для отдѣльныхъ гражданъ менѣе стойкія гарантіи безпристрастія, а въ томъ, чтобы создать спеціализацію внутри юстиціи. Новѣйшія стремленія въ области судоустройства отмѣчены тенденціей приблизить судью къ пониманію условій, среди которыхъ возникли тѣ дѣла, которыя ему предстоитъ рѣшать. Однако, не можетъ быть сомнѣній въ томъ, что административная юстиція спеціальна не въ смыслѣ предметовъ, которые она вѣдаетъ, а въ смыслѣ лицъ, которыя передъ нею проходятъ. Администрація—въ смыслѣ ея функцій слишкомъ широкое понятіе, чтобы ее можно было взять за однѣ общія скобки и под-

чинить одному виду спеціальной юстиціи. Въ лучшемъ случаѣ, это все же не спеціальная, а дублированная ординарная юстиція.

Было бы всего менѣе правильно думать, что система административнаго права, какъ особаго права и особыхъ трибуналовъ, призванныхъ примѣнять это право, не подвергалась и не подвергается на континентѣ критикѣ, подчасъ суровой. Но и въ другихъ странахъ нѣтъ недостатка въ критикахъ. Одна изъ обычныхъ жалобъ это недостаточная „логичность“ при отнесеніи дѣлъ то къ особой, административной, то къ ординарной юстиціи. Такъ напр. по поводу швейцарскихъ федеральныхъ порядковъ Э. Фохтъ, (Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, 1910), не можетъ не выразить удивленія, почему напр. споръ о вознагражденіи солдата за ущербъ здоровью во время службы подлежитъ компетенціи административной юстиціи, а споръ о вознагражденіи владѣльца полей, вытоптанныхъ во время маневровъ, относится къ области юстиціи общегражданской. Недоумѣнья Фохта насъ ничуть не трогаютъ, потому что противно логикѣ проводить принципіальное различіе тамъ, гдѣ его нѣтъ. Другой поводъ для жалобъ— это инстинктивная боязнь административныхъ судей какъ либо умалить администрацію въ свободѣ ея дѣйствій. Таковъ напр. результатъ введенія административной юстиціи въ Бельгіи. П. Эррера, въ его „Traité de droit public belge“, 1911, прямо говоритъ относительно бельгійскихъ порядковъ, что „во многихъ случаяхъ господствуетъ произволъ и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда путь судебнаго спора обезпеченъ заинтересованнымъ лицамъ, судьи боятся пускаться въ ту область, гдѣ администрація должна остаться полной хозяйкой“ (р. 246). Однако, какъ замѣчаетъ этотъ профессоръ и практическій дѣятель, административная юстиція обнаруживаетъ въ Бельгіи тенденцію къ атрофированію. Эррера думаетъ, что причиной является отсутствіе высшаго административнаго трибунала на подобіе французскаго Государственнаго Совѣта, но, думается, что это не такъ, и что въ дѣйствительности дѣло идетъ объ естественномъ отмираніи особой юстиціи въ современномъ государствѣ. Въ концѣ концовъ вѣдь и Оріу вынужденъ сознаться въ своемъ „Адми-

нистративномъ правѣ“ (р. XI, 1914), что между обыкновенной и административной юстиціей наблюдается процессъ „постепеннаго сближенія“, хотя онъ и думаетъ, что подобный процессъ нельзя представить дошедшимъ до полнаго сліянія.

Въ книгѣ Дюги, Traité de droit constitutionnel (I, 64) есть очень любопытное замѣчаніе, которое онъ дѣлаетъ по поводу публично-правовыхъ контрактовъ. Это частное замѣчаніе имѣетъ, однако, общій принципіальный характеръ. Дюги говоритъ: „всякій разъ, когда слышишь рѣчи о публично-правовомъ контрактѣ, нельзя не подумать, что на лицо здѣсь простая уловка (subtilité), имѣющая цѣлью оправдать—болѣе или менѣе удачно—привилегію, въ области ли юрисдикціи или иную какую либо на сторонѣ государственнаго органа (personne publique)“. Здѣсь и суть дѣла. Когда намъ говорятъ объ особомъ характерѣ публично-правовыхъ отношеній по сравненію съ частно-правовыми, то разумѣютъ тенденцію законодательствъ нѣкоторыхъ государствъ ставить органы власти въ иное положеніе передъ лицомъ закона, нежели обыкновенныхъ согражданъ. Конечно, и въ Англіи, отрицающей наличіе публичнаго права, есть нормы, которыя отличаются отъ нормъ частноправовыхъ въ томъ отношеніи, что у нихъ нѣтъ фактической возможности получить примѣненіе во взаимоотношеніяхъ гражданъ между собою: въ этомъ смыслѣ напр. нормы, регулирующія порядокъ внесенія и прохожденія бюджета черезъ парламентъ, отличаются отъ нормъ, регулирующихъ опеку или иной какой либо институтъ общегражданскаго оборота. Но это различіе такъ сказать „географическое“: къ различнымъ фактически отношеніямъ примѣняется и различное право. Англія не знаетъ, однако, нормъ, которыя *при фактически аналогичныхъ условіяхъ ставили бы органы власти въ иное положеніе, нежели обыкновенныхъ согражданъ*. Таково, по крайней мѣрѣ, общее правило, и въ этомъ то и заключается коренное отличіе англо-саксонской системы отъ системы континентальной.

Разумѣется, понятіе фактически аналогичныхъ условій не можетъ отличаться большой точностью, и тутъ все зависитъ отъ общей тенденціи англійскаго правосознанія, кото-

рое стремится не выдѣлять, а приравнивать позицію государственнаго органа къ позиціи частныхъ лицъ. И насколько эта тенденція носитъ общій характеръ видно хотя бы изъ положенія членовъ парламента Въ сущности въ наши дни отъ знаменитыхъ привилегій, на отстаиванье которыхъ англійская палата потратила столько усилій, ничего, кромѣ историческихъ пережитковъ, не осталось. Особое положенье народному представителю нужно было въ тѣ дни, когда его хотѣли приравнять не къ прочимъ гражданамъ, а къ прочимъ подданнымъ. Въ одномъ англійскомъ роялистскомъ трактатѣ XVII в. мы читаемъ: „парламентскіе люди (т. е. члены парламента) остаются такими же королевскими подданными какъ и раньше: ихъ положеніе не мѣняется отъ того, что они избраны какъ рыцари графствъ или какъ бюргеры городовъ; отъ этого они нисколько не больше тѣхъ, отъ чьего имени они говорятъ". Слѣдующій любопытный пунктъ въ подобной программѣ растворенія народныхъ представителей въ единой массѣ подданныхъ, это взглядъ на парламентъ, какъ на „королевскій парламентъ": хочетъ его король собрать — собираетъ, не хочетъ — распускаетъ; терпитъ онъ парламентскія рѣчи — хорошо. не терпитъ — и эти рѣчи должны смолкнуть. Въ подобной обстановкѣ, помимо всякихъ иныхъ причинъ, о которыхъ здѣсь не мѣсто говорить, и выросла доктрина о „парламентской привилегіи"—именно о „привилегіи", объ отступленіи отъ общаго права, а не о какихъ либо особыхъ публично-правовыхъ нормахъ! Съ тѣхъ поръ историческая ситуація измѣнилась: хотя англичанинъ и называетъ себя „подданнымъ", но это подданство уже не носитъ того характера, какой оно имѣло въ 16-мъ, въ 17-мъ столѣтіяхъ, въ эпоху претензій королевскаго абсолютизма. А если такъ, то и нѣтъ необходимости настаивать на „lex prіvata" по отношенію къ членамъ парламента. И дѣйствительно мы присутствуемъ при полномъ разложеніи этого lex-a. Взять свободу парламентскаго слова. Состоялось нѣсколько судебныхъ рѣшеній по дѣлу о клеветѣ съ парламентской трибуны,—клеветѣ, которой придано было распространеніе путемъ печати. Были осужденія виновныхъ членовъ парламента. Лишь честное (fair), не имѣющее спеціальныхъ цѣлей повредить именно данному лицу,

распространеніе рѣчей, англійскій судъ готовъ не ставить въ вину оратору. Иначе на сцену выступаютъ обычные принципы суровой, какъ нигдѣ въ мірѣ, отвѣтственности, съ ея 100.000 штрафами, за клевету (libel). Такъ пробита одна брешь въ особомъ положеніи члена парламента: онъ подведенъ подъ дѣйствіе общаго права. Другой пунктъ: преслѣдованіе по суду лишь съ согласія палаты—такъ наз. парламентскій иммунитетъ. И здѣсь, за исключеніемъ когда то весьма существенной свободы отъ ареста за долги (имѣя именно ее въ виду, нѣкоторые добивались мѣста въ парламентѣ!), члены парламента приравнены къ остальнымъ гражданамъ: ихъ привлеченье къ суду должно лишь сопровождаться извѣщеніемъ на имя предсѣдателя, спикера. Наконецъ сошлемся на третій пунктъ: привилегію отвѣчать за незаконность избранія передъ судомъ парламента. Съ 1868 г. эти дѣла переданы обычнымъ судамъ. Мы видимъ т. о. какъ совершается процессъ нивеллированья парламентскихъ привилегій, ихъ растворенія въ общемъ правѣ страны. Что же скажутъ на это защитники публичнаго права какъ особой правовой категоріи? То, что вчера „публично“ сегодня „частно,“—а возможно, что и наоборотъ? Очевидно, что дѣло здѣсь не въ принципіальныхъ отличіяхъ.

Къ какому же выводу приводятъ насъ наши попытки нащупать практическую подпочву выдѣленія права публичнаго въ особую категорію? Выводъ тотъ, что въ основѣ этого выдѣленія лежитъ такъ или иначе оправдываемая необходимость дать органу власти „привилегированную“ позицію по сравненію съ частными лицами. Въ системѣ абсолютизма эта привилегированность въ сущности маскируетъ собою полное устраненіе правовой точки зрѣнія (право неограниченнаго усмотрѣнія). Въ системѣ конституціонализма эта привилегированность приняла, разумѣется, болѣе скромные размѣры и сводится къ ряду льготъ, главнымъ образомъ, въ области судебнаго процесса. Если, однако, практически вопросъ о публичномъ правѣ сводится къ идеѣ правовыхъ привилегій, то у насъ и нѣтъ основаній говорить объ этой отрасли права какъ о нѣкой особой „сущности“. Идея „правовыхъ привилегій—legum privatarum—не чужда и частному праву, но развѣ отсюда дѣлается выводъ, что правоотноше-

нія, возникающія на почвѣ этихъ „частныхъ законовъ“ не суть „частноправовыя“—„просто правовыя“ отношенія? Такими же „просто правовыми“ они остаются и въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ объ изъятіяхъ изъ общаго права въ пользу государственныхъ, коммунальныхъ и т. под. учрежденій. Т. о. когда говорятъ о нормахъ публичнаго права, то разумѣютъ не столько особую ихъ „сущность“, а особое ихъ „содержаніе“. Это право—объ отступленіяхъ въ пользу тѣхъ или иныхъ учрежденій, тѣхъ или иныхъ лицъ. Вопросъ ужъ не теоріи, а законодательной политики, въ какой мѣрѣ эти отступленія возможны и желательны. Ихъ можетъ сводить до неизбѣжнаго минимума право англосаксонское, ихъ можетъ ставить въ широкіе предѣлы право континентальное.

Сказаннымъ, разумѣется, нисколько не отрицается полная закономѣрность раздѣленія права, въ цѣляхъ ли преподаванья, въ цѣляхъ ли практическаго пользованія на рядъ подотдѣловъ. Англичане могутъ не вѣрить въ право публичное, какъ въ нѣкоторую особую сущность, наряду съ правомъ частнымъ, но это имъ не мѣшаетъ говорить о „правѣ, связаннымъ съ конституціей“ (Law of the Constitution) или о „конституціонномъ правѣ“, наряду съ уголовнымъ, торговымъ и всякимъ инымъ правомъ. Музыка остается музыкой, беремъ ли мы ее въ формѣ романса, струннаго квартета, симфоніи. Такъ и право остается вѣрнымъ своей основной природѣ, констатируемъ ли мы его присутствіе въ дѣятельности парламента, частной акціонерной компаніи, международной комиссіи.

Глава 12.

Справедливость общая и частная. Исторія англійской equity. Разъѣзжающіе судьи. Право выкупа. „Приговоръ черезъ 7 лѣтъ“. Канцелярскій судъ. Институтъ „собственности по довѣрію“ (трестъ). Смягченіе и обходъ строгаго права. Какъ относится современное правосознаніе къ обходу? Неэластичность стараго и гибкость новаго права. Уголовное право (неопредѣленная санкція, досрочное освобожденіе). Предѣлъ приспособленія права къ частной ситуаціи. Фихте и его современный комментаторъ. Критика права съ точки зрѣнія внѣ-индивидуальности и внѣ-конкретности содержанія права.

О правѣ соглашаются говорить какъ о справедливости. но склонны въ то же время подчеркивать, что это—спра-

ведливость общая, примѣняющаяся къ среднему, типичному жизненному отношенію. Ей противопоставляютъ справедливость въ узкомъ смыслѣ, какъ понятіе нормы, приспособляющейся къ конкретнымъ, индивидуальнымъ особенностямъ частнаго случая. Отсюда термины δίκη и ἐπιείκεια у грековъ, jus и equitas у римлянъ, а черезъ нихъ аналогичные европейскіе термины вродѣ англійскихъ justice и equity. Именно на примѣрѣ Англіи мы можемъ прослѣдить историческіе этапы въ развитіи справедливости *общей* и *частной:* тѣмъ самымъ мы получимъ нѣкоторыя цѣнныя указанія для усвоенія смысла этихъ понятій.

До недавняго прошлаго было въ обычаѣ считать, будто англійская equity, справедливость частная, своимъ происхожденіемъ обязана дѣятельности канцелярскаго суда, этого отвѣтвленія королевской канцеляріи съ ея верховнымъ совѣтникомъ и юрисконсультомъ короля, канцлеромъ во главѣ. Новѣйшія изслѣдованія (ср. Hazeltine, The Early History of English Equity, въ Essays in Legal History ed by Vinogradoff, 1913) показали, что и такъ называемые justices in eyre, разъѣзжающіе судьи, т е. тѣ, кому король поручалъ слѣдить за правомъ и порядкомъ по отдѣльнымъ графствамъ и изъ кого впослѣдствіи выработались постоянные суды въ Вестминстерѣ („общихъ дѣлъ“ и судъ „королевскаго сѣдалища“) разсматривались населеніемъ, да и сами готовы были на себя смотрѣть первоначально какъ на источникъ экстраординарной юстиціи, приходящей на помощь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ юстиція ординарная слишкомъ жестока въ ея прямолинейности. Иначе и быть не можетъ: вѣдь это—представители королевской особы, источника не только правды, но и милости. Изслѣдователи приводятъ намъ примѣры „милости“, какую съ собою несутъ королевскіе посланники. Бѣдный человѣкъ произвелъ заемъ подъ залогъ своего земельнаго участка. Вовремя въ силу тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ платежа не внесъ. Участокъ переходитъ въ руки заимодавца. Несчастный должникъ молитъ судей дать ему возможность, хотя и съ опозданіемъ, долгъ уплатить, а землю получить обратно. Судьи даруютъ „милость выкупа“, „equity of redemption“. Такъ происходитъ вначалѣ. Но уже къ эпохѣ англійскаго Юстиніана, Эдуарда I-го (XIII—XIV вв.), судьи въ просимомъ выкупѣ начина-

ютъ отказывать. Да и вообще они все менѣе и менѣе готовы ссылаться на equity. Тамъ, гдѣ они отступаютъ отъ строгаго права, они дѣлаютъ это въ замаскированной формѣ. Мэтлэндъ приводитъ такой случай. Лицо А обязано уплатить лицу В. нѣкоторую сумму въ случаѣ, если не доставитъ въ опредѣленный срокъ извѣстный документъ Документъ не доставленъ: А.—„за морями", въ отъѣздѣ Противникъ ищетъ условленнаго вознагражденья. На судѣ выясняется, что онъ убытка вслѣдствіе несвоевременной доставки не понесъ. Судья выноситъ рѣшенье: пусть лицо В. „семь лѣтъ ждетъ приговора", т. е. фактически въ приговорѣ отказываетъ. Поскольку т. о. избирается обходный путь, ясно, что шансы equity въ ординарныхъ судахъ весьма не прочны: дѣятельность ихъ перестала быть исправляющей шероховатости общаго права, пріобрѣла устойчивость, но вмѣстѣ съ тѣмъ утратила законную долю эластичности, приспособляемости къ индивидуальнымъ казусамъ. И вотъ мы видимъ, какъ постепенно „милость", какъ противоположность строгой, ординарной юстиціи, начинаетъ искаться непосредственно въ королевской канцеляріи, у канцлера, въ его судѣ: вѣдь здѣсь мы совсѣмъ у истоковъ справедливости, вблизи самого короля. Эквитабельная, т. е. отступающая отъ строгаго права, юстиція разростается до крупныхъ размѣровъ. Особенно важна была дѣятельность, какую развилъ канцлерскій судъ по отношенію къ старому феодальному праву. Послѣднее, не будучи отмѣнено офиціально, тѣмъ не менѣе было расшатано въ самыхъ своихъ основаніяхъ· земля стремилась освободить себя отъ прежней неотчуждаемости, личность стремилась сбросить съ себя опеку тѣхъ, кто стоялъ надъ ней въ порядкѣ феодальной градаціи. Канцлерскіе юристы не изобрѣтаютъ, но детально разрабатываютъ институтъ trust-a (трестъ), т. е. собственности по довѣрію. Феодальный собственникъ хочетъ передать свою землю напр. на благотворительныя цѣли. Наслѣдниковъ послѣ него нѣтъ. По старому праву на сцену выступаетъ норма объ „escaeta", т. е. о выморочномъ имуществѣ, переходящемъ лорду даннаго феодала. Тамъ, гдѣ дѣло идетъ о феодалахъ, „держащихъ" землю отъ короля, претензію на выморочное имущество можетъ заявлять именно онъ. И вотъ характерно, что несмотря на заинтересованность главы государства,

какъ перваго лорда, въ сохраненіи феодальныхъ привилегій, тѣмъ не менѣе канцлерскій судъ неустанно ихъ подкапываетъ, совершенствуя „собственность по довѣрію“. А. передаетъ лицу В. свое владѣнье съ тѣмъ, чтобы лицо В. въ свою очередь передало данное владѣніе напр. убѣжищу для стариковъ, больницѣ. Собственность передана при жизни: такимъ путемъ обойдено требованіе феодальнаго права о выморочномъ имуществѣ, переходящемъ лорду лица А. Но кто можетъ принудить лицо В. соблюдать возложенное на него порученіе, оказанное ему „довѣріе“ — trust значитъ „довѣріе“? Вѣдь земля ему передана, онъ уже собственникъ? Такъ разсуждаетъ строгое право. На помощь приходитъ право эквитабельное. Канцлеръ защищаетъ искъ о выполненіи возложеннаго порученія. Или еще другой примѣръ. Феодальное право знаетъ право лорда на опеку малолѣтняго вассала (custodia haeredis) Эта опека легко можетъ обращаться въ расхищеніе имущества послѣдняго. Выходъ — собственность по довѣрію. Отецъ малолѣтняго, чувствуя близкую смерть, передаетъ свое имущество тому, „кому вѣритъ“, съ тѣмъ, чтобы по совершенолѣтію, а слѣдовательно по миновеніи опасности со стороны алчнаго лорда, имущество вернулось въ руки подлиннаго наслѣдника. Судъ канцлера и здѣсь даетъ защиту противъ нарушенія „треста“, довѣрія.

На примѣрѣ англійской исторіи мы видимъ т. о., каковы были мотивы, послужившіе къ развитію эквитабельной юрисдикціи: во первыхъ, потребность въ смягченіи общей нормы,—тамъ, гдѣ это смягченіе, не причиняя явнаго ущерба одной сторонѣ, въ то же время облегчаетъ участь другой стороны; во вторыхъ, стремленіе обойти ту норму права, которая, отыгравши свою жизненную роль, продолжала, однако, существовать въ качествѣ формально неотмѣненнаго закона. Изъ этихъ двухъ мотивовъ въ современную эпоху утратилъ свое значеніе мотивъ послѣдній.

Дѣйствительно, намъ представляется несообразнымъ существованіе особой справедливости, которая по ея природѣ оказывается ничѣмъ инымъ какъ способомъ нарушать справедливость ординарную, право. Если существующее право переживается какъ нѣкая тягота, пусть будетъ оно измѣнено, пусть вмѣшается законодатель и введетъ на мѣсто

стараго новое право. Но этотъ выходъ, который намъ представляется чѣмъ то естественнымъ, далеко еще не намѣтился въ глазахъ человѣка не только средневѣковья, но и болѣе поздняго времени. Правовая норма берется здѣсь какъ нѣчто прочное, независимое отъ капризныхъ усмотрѣній человѣческой воли. Законодатель довольствуется скромной ролью вносящаго поправки, дополненія, а не создающаго заново общественный и государственный порядокъ. Поэтому поиски по существу новаго права направлялись не прямой, законодательной, дорогой, а косвенной: судъ своей дѣятельностью вырабатывалъ нормы, не только смягчавшія, но и кореннымъ образомъ подрывавшія дѣйствіе стараго права. И характерно, что на такой обходъ съ помощью хитросплетенной интерпетаціи вступаетъ судъ исключительный. Отсюда въ Англіи—эквитабельная юрисдикція канцлерскаго суда: суды же ординарные, которые когда то были тоже судами исключительными, на этотъ способъ борьбы новаго права со старымъ не вступили, ихъ дѣятельность пріобрѣла слишкомъ устойчивый, неподвижный характеръ. Но, разумѣется, та же исторія повторилась и съ канцлерскимъ судомъ, поскольку его справедливость съ теченіемъ времени тоже вылилась въ твердыя, опредѣленныя нормы и въ этомъ смыслѣ утратила свой своеобразный характеръ.—Идея суда исключительнаго, осуществляющаго новую справедливость наряду съ судами ординарными, продолжающими утверждать справедливость старую, есть, конечно, ничто иное какъ отрицанье единства правовой системы, ея раздробленье. Въ старину съ этимъ мирятся, ибо старое право слишкомъ неподвижно, чтобы съ легкостью ввести право новое. Въ наши дни, когда приходится жаловаться не столько на медленность, сколько на быстроту взмаховъ законодательной машины, подобное соображеніе отпадаетъ. А вмѣстѣ съ тѣмъ и отпадаетъ фактическая необходимость допускать въ жизни ту двойственность права, которая въ сущности разрушаетъ самое право.

Но изъ перечисленныхъ мотивовъ возникновенія справедливости, какъ чего то противопоставленнаго праву, остается мотивъ необходимости примѣняться къ особенностямъ конкретнаго казуса: право слишкомъ общо, типично въ его содержаніи, а жизнь разнообразна. И то, что справедливо

въ рядѣ случаевъ, оказывается несправедливымъ въ томъ или иномъ индивидуальномъ случаѣ.—Старое право, дающее мѣсто смягчающей справедливости, исходитъ въ сущности не изъ идеи правового притязанія, а изъ идеи милости, снисхожденія. Должникъ не говоритъ о своемъ правѣ на выкупъ просроченнаго участка, а о милосердіи, какого онъ ждетъ отъ королевскаго суда. Старое право не стремится учитывать особенностей конкретнаго случая, и его положенія мало эластичны. Современное право, наоборотъ, хочетъ свое содержаніе формулировать настолько широко, чтобы по возможности были учтены особенности индивидуальныхъ казусовъ. Возьмемъ институты уголовнаго права, именно формы наказанія. Судъ можетъ присуждать къ бо́льшей или меньшей длительности тюремнаго заключенія, къ болѣе или менѣе высокой суммѣ денежнаго штрафа. Что̀ это означаетъ, какъ не тотъ фактъ, что право хочетъ считаться съ конкретными обстоятельствами дѣла, отягчающими или смягчающими вину подсудимаго? Тотъ же характеръ носитъ институтъ досрочнаго освобожденія: преступникъ, обнаружившій при отбываніи наказанія, что въ гражданской жизни онъ не будетъ опаснымъ членомъ, освобождается до истеченія мѣры наказанія, къ какой былъ присужденъ. Здѣсь передъ нами тотъ фазисъ въ реализаціи идеи права, когда въ самомъ правѣ, не въ качествѣ милости, а въ качествѣ опредѣленной нормировки проведено начало справедливости частной, учитывающей особенности отдѣльнаго случая. То же и въ области гражданскаго права Такъ постановленія обязательственнаго права настолько нестѣснительны въ смыслѣ тѣхъ или иныхъ ограниченій относительно формы или содержанія, что у контрагентовъ есть широкая возможность дѣйствительно творить частную справедливость для своего частнаго казуса, а не вымаливать ее въ качествѣ подачки.

Но, конечно, какъ бы своеобразно ни было содержаніе того или иного договора, все же это—договоръ. А договоры должны выполняться. Право, именно въ силу своего призванія регулировать общественныя отношенія, не можетъ не носить въ своемъ содержаніи элемента общности, не можетъ зачастую не быть отрицаньемъ конкретности. Поэтому оно не призвано взвѣшивать, предпочтительнѣй ли съ точки

зрѣнія *личныхъ* интересовъ должника невыполненье договора или съ точки зрѣнія *личныхъ* интересовъ кредитора выполненье договора. Право находитъ нужнымъ возвыситься надъ этими конкретными ситуаціями и утвердить общую въ ея содержаніи норму о необходимости соблюдать принятыя на себя обязательства. Значитъ ли это, что право стоитъ на низшей точкѣ зрѣнія по сравненію съ нравственностью?

На этотъ вопросъ можно дать положительный отвѣтъ, если стать на точку зрѣнія рѣзкаго, непримиримаго индивидуализма, отрицающаго нравственный характеръ, а вмѣстѣ съ тѣмъ нравственное своеобразіе сверхъ-личныхъ формъ долженствованія. Такова позиція напр. у Фихте, который учитъ: „законъ права—*одинъ для всѣхъ*, всѣ должны ограничивать свою свободу *одинаковымъ, точно опредѣленнымъ образомъ*... законъ нравственный обращенъ ко мнѣ одному, онъ есть *индивидуальная заповѣдь для отдѣльнаго индивидуума*, обращенная къ непосредственному сознанію каждаго". Современный комментаторъ Фихте, изложивши эту его мысль, добавляетъ: „мы встрѣчаемся здѣсь съ одной изъ самыхъ замѣчательныхъ идей въ міросозерцаніи Фихте и во всей міровой философіи вообще. Задача высшей нравственности: создавать индивидуальное и незамѣнимое" (Б. Вышеславцевъ, Этика Фихте, 1914, стр. 428).

Фихте писалъ въ ту эпоху, когда содержаніе права понималось какъ нѣчто противоположное конкретности. Въ этомъ сказывалась инстинктивная боязнь всякихъ отступленій, послабленій въ пользу отдѣльныхъ, власти угодныхъ, лицъ. „Справедливость частная" невольно отождествлялась съ „диспенсаціей", уклоненіемъ отъ общаго пути, противозаконіемъ. Отсюда былъ умѣстенъ выводъ, что право—общо, не только въ смыслѣ своего источника, но и въ смыслѣ своего содержанія. Область конкретнаго есть область личнаго. Мы видѣли, что современное правосознаніе не боится конкретизаціи правовыхъ предписаній, учитыванія индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла. И въ этомъ отношеніи т. о. построенія Фихте не могутъ быть взяты какъ нѣчто разъ навсегда вѣрное.