К
30

ЭНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВА.

ЛЕКЦІИ, ЧИТАННЫЯ

ВЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ВЪ 1882 ГОДУ

Н. КОРКУНОВЫМЪ

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича Вас. Остр., 2 л., 7.

1883.

БИБЛИОТЕКА
КОММУНИСТИЧЕСКОЙ
АКАДЕМИИ
711
30

КНИГА ПЕРВАЯ.

ИЗУЧЕНІЕ ПРАВА.

ГЛАВА I.

Предметъ, задача и методъ правовѣдѣнія.

§ 1 Предметъ правовѣдѣнія.

Приступая къ изученію какой бы то ни было науки, необходимо прежде всего ясно опредѣлить, *что* изучаетъ эта наука, *зачѣмъ* и *какъ*. Другими словами, необходимо остановиться на выясненіи ея предмета, задачи и метода Безъ этого изученіе науки не можетъ быть осмысленнымъ и получитъ характеръ простой механической выучки.

Въ наукахъ точныхъ и вполнѣ установившихся, опредѣленіе предмета и задачи представляется дѣломъ весьма простымъ и легкимъ И только вопросъ о методѣ можетъ потребовать для начинающаго болѣе подробнаго разъясненія Но когда дѣло идетъ о такой наукѣ, какъ правовѣдѣніе, то вопросъ о предметѣ и задачѣ науки также требуетъ внимательнаго разсмотрѣнія Это обусловливается частью особенностью самаго изучаемаго ею предмета, частью неопредѣленностью современной постановки науки права Предметъ ея—явленія человѣческаго общежитія, представляетъ широкое поле для всякаго рода субъективныхъ побужденій и соображеній, неимѣющихъ ничего общаго съ объективной задачей науки—познаніемъ истины Изучаемый предметъ слишкомъ близокъ человѣческому сердцу. Изучающему право стоитъ большаго труда освободиться отъ субъективныхъ предразсудковъ и потому тутъ какъ нельзя болѣе необходимо строгое

опредѣленіе и подлежащаго изслѣдованію предмета и самой задачи изслѣдованія.

Съ другой стороны юридическая наука переживаетъ теперь крупный кризисъ и самыя основныя положенія ея представляются расшатанными.

Вспоенная и вскормленная подъ кровомъ метафизическихъ системъ философіи, юриспруденція теперь, съ паденіемъ этихъ системъ, вдругъ очутилась лицомъ къ лицу съ новымъ философскимъ міровоззрѣніемъ, опирающимся на прочное основаніе положительнаго научнаго знанія, и примѣняющимъ строго научный методъ. Приходится обновлять науку права въ самыхъ ея корняхъ. Но какъ это сдѣлать? До сихъ поръ нѣтъ согласія. Каждый понимаетъ дѣло на свой ладъ и въ результатѣ получается полнѣйшая неопредѣленность и крайнее смѣшеніе понятій. И вотъ новая причина необходимости особенно внимательнаго опредѣленія предмета, задачи и метода науки права. На первый взглядъ можетъ показаться стоящимъ внѣ спора по-крайней-мѣрѣ опредѣленіе предмета правовѣдѣнія. Кто, въ самомъ дѣлѣ, усомнится признать предметомъ правовѣдѣнія право? Однако, этимъ еще вопросъ не разрѣшается. Остается еще опредѣлить, что должно понимать подъ правомъ, какъ предметомъ юриспруденціи. А тутъ разногласіямъ нѣтъ конца. Дѣло въ томъ, что право не поддается внѣшней, объективной демонстраціи. Его не отдѣлишь объективно отъ другихъ факторовъ общественной жизни. Оно представляется намъ въ наблюденіи всегда переплетеннымъ съ разнообразнѣйшими другими элементами соціальныхъ явленій тысячею соединяющихъ нитей. Только умственно можемъ мы расплести эти нити, только умственно—провести грань, отдѣляющую право отъ другихъ сопривходящихъ факторовъ. И вотъ, въ проведеніи этой грани до сихъ поръ нѣтъ согласія. Одни чрезмѣрно съуживаютъ понятіе права, другіе—чрезмѣрно расширяютъ его и воззрѣнія различныхъ научныхъ школъ, представляютъ цѣлый рядъ градацій, между двумя крайними взглядами.

Мы не можемъ теперь останавливаться на обозрѣніи всѣхъ этихъ отдѣльныхъ воззрѣній—это значило бы, изложить исторію науки. Для разрѣшенія занимающаго насъ теперь вопроса—достаточно остановиться на двухъ крайнихъ воззрѣніяхъ: Показавъ ихъ несостоятельность, объяснивъ лежащее въ основѣ ихъ заблужденіе, мы можемъ оставить безъ разбора другія, примыкающія къ нимъ воззрѣнія, такъ какъ въ нихъ отражаются тѣ же заблужденія, только въ болѣе слабой степени или въ болѣе замаскированномъ видѣ. Уяснивъ себѣ ошибки, допускаемыя при опре-

дѣленіи права въ ихъ наиболѣе рѣзкомъ и чистомъ выраженіи, мы легко будемъ въ состояніи избѣжать ихъ съ своей стороны. Начнемъ съ наиболѣе узкаго пониманія права.

Не только въ обыденной жизни, не только у юристовъ практиковъ, но и въ научной юридической литературѣ, нерѣдко встрѣчается такое пониманіе права, которое видитъ въ немъ только и исключительно совокупность установляемыхъ государственной властью законовъ. Все, что не основано на такомъ законѣ—не есть право. Поэтому нѣтъ права тамъ, гдѣ нѣтъ государства: право возникаетъ только въ государствѣ, есть его исключительный продуктъ. Обычное право слѣдовательно не есть дѣйствительное право. Не можетъ быть и права, которое бы дѣйствовало за предѣлами отдѣльныхъ государствъ, другими словами, не можетъ существовать международнаго права. Съ другой стороны, такъ какъ законъ признается тутъ единственнымъ источникомъ всякаго права, то волѣ законодателя не могутъ быть противупоставляемы никакія начала права. Какъ бы велѣніе закона ни стѣсняло личную свободу, свободу слова, совѣсти, какое бы крайнее неравенство оно ни установляло между согражданами, какъ бы гибельно оно ни отражалось на общественномъ и частномъ благосостояніи, какъ бы ни противорѣчило нашему чувству справедливости, требованіямъ нравственности, предписаніямъ религіи, тѣмъ не менѣе это велѣніе закона, мы должны признать правомъ, потому что правое есть ничто иное, какъ предписаніе закона.

Такимъ образомъ право и законъ тутъ отожествляются. Понятно, что идти далѣе этого, такъ называемаго «положительнаго» воззрѣнія, невозможно; нельзя еще болѣе ограничить объемъ понятія права. Не признать и законъ правомъ, значило бы уже вовсе отрицать существованіе права.

Охарактеризованное нами, въ общихъ чертахъ, положительное воззрѣніе на право, получило особенное распространеніе именно въ современной германской литературѣ, а за нею и въ нашей, привыкшей издавна слѣдовать примѣру нѣмцевъ. Популярность такого воззрѣнія коренится, прежде всего, въ потребностяхъ юридической практики. Въ практической жизни вопросъ о правѣ, дѣйствительно, сводится большею частью къ вопросу о томъ, что предписано закономъ. Обычное право въ современныхъ государствахъ играетъ сравнительно ничтожную роль, будучи почти совершенно заслонено законодательствомъ. Теоретическими вопросами права, оцѣнкой законодательства, приходится заниматься весьма немногимъ. Громадное большинство, самымъ оби-

ходомъ жизни пріучается смѣшивать понятія права и закона. Привыкнувъ видѣть въ законѣ мѣрило различенія праваго и неправаго, забываютъ, что и самый законъ можетъ, также, на основаніи другихъ уже критеріевъ, быть подвергнутъ оцѣнкѣ, быть признанъ правымъ или неправымъ. Это совершенно тоже, какъ если-бы кто, привыкнувъ всѣ вещи взвѣшивать въ воздухѣ, самый воздухъ считалъ поэтому невѣсомымъ тѣломъ. Но кромѣ этого практическаго основанія, положительное воззрѣніе на право находитъ себѣ основаніе и въ теоретическихъ стремленіяхъ и притомъ самаго разнообразнаго рода. Представители «старомоднаго» направленія, сторонники существованія абсолютной идеи справедливости, видятъ въ отожествленіи права съ закономъ, средство примирить свое ученіе съ дѣйствительностью. Разнообразіе и измѣнчивость, словомъ относительность положительнаго права, фактъ неоспоримый. И вотъ, чтобы спасти догматъ существованія абсолютной справедливости, проводятъ рѣзкую грань между правомъ и справедливостью, признавая право лишь случайной, измѣнчивой формой справедливости. Признавая относительность права, думаютъ тѣмъ вѣрнѣе отстоять абсолютный характеръ справедливости. Такъ поступалъ еще старикъ Шталь. Но и въ современной литературѣ не переводятся представители того-же направленія. Сошлемся хотя бы на автора новѣйшей нѣмецкой философіи права, на Адольфа Лассона [1]). Право, говоритъ онъ, есть внѣшній порядокъ, съ болѣе или менѣе случайной исторической формой. Потому, все право есть право положительное. Потому право можетъ существовать только въ государствѣ и есть произведеніе государственной власти. Справедливость же есть начало абсолютное и именно начало равенства. Ея отношеніе къ праву есть отношеніе идеальнаго требованія (ideale Anforderung), которое однако никогда не осуществится вполнѣ.

Такая постановка вопроса, безъ сомнѣнія, дѣлаетъ болѣе возможной защиту существованія абсолютнаго принципа справедливости, такъ какъ тутъ самая объективная, самая осязательная форма выраженія человѣческаго сознанія о справедливомъ — положительное право, признается за нѣчто принципіально отличное отъ справедливости, противоположное ей, и затѣмъ, для изслѣдованія собственно справедливости, остаются лишь болѣе субъективныя, менѣе опредѣленныя выраженія нашего о немъ сознанія. Неопредѣленность, неуловимость изслѣдуемыхъ

[1]) System der Rechtsphilosophie von Adolf Lasson. Berlin und Leipzig. 1882.

явленій затрудняетъ полученіе и опредѣленнаго результата. А подъ покровомъ неопредѣленности только и возможно еще отстаивать существованіе регулирующихъ человѣческую жизнь абсолютныхъ идей.

Но и между представителями реалистическаго направленія, вовсе неимѣющими въ виду отстаивать существованіе абсолютной идеи справедливости, распространено отожествленіе права съ закономъ.

Реалисты, какъ извѣстно, надѣются примѣнить къ изученію права положительный методъ, выработавшійся въ сферѣ естествознанія. При сравненіи науки права съ естествознаніемъ, прежде всего, бросается въ глаза внѣшняя, такъ сказать, осязательность самаго предмета естественныхъ наукъ. Такъ вотъ, задаваясь цѣлью примѣнить къ правовѣдѣнію тотъ же положительный методъ, который обусловилъ такой успѣхъ въ естествознаніи, думаютъ достичь этого приданіемъ и предмету науки права, по возможности, такой же опредѣленности, такой же осязательности. А самая осязательная форма права, конечно, законъ. И вотъ отождествленіе права съ закономъ признается требованіемъ положительнаго метода. Но можно ли согласиться съ этимъ? Весьма сомнительно.

Юристъ, отожествляющій право съ закономъ, не можетъ все-таки уйти отъ вопроса объ образованіи закона. Онъ долженъ же изслѣдовать первое возникновеніе положительнаго закона и процессъ его образованія въ современномъ быту. Но такое изслѣдованіе приводитъ неизбѣжно къ выводамъ, сильно колеблющимъ свѣдѣніе всего права къ формѣ закона. Исторія показываетъ намъ, что первые законы были ничѣмъ инымъ, какъ записанными лишь обычаями, и до такой записи охранявшимися существовавшимъ тогда судебнымъ процессомъ. Все первоначальное законодательство носитъ характеръ лишь дополненія, придатка къ обычному праву. Оно устанавливаетъ въ отношеніи къ нему частныя дополненія и измѣненія, и по тому самому предполагаетъ необходимо его существованіе. Такимъ образомъ мы видимъ, что законъ отъ обычая отдѣляется лишь чисто внѣшнимъ актомъ фиксаціи обычая государственной властью, мы видимъ, что и послѣ возникновенія законодательства, обычай и законъ стоятъ въ тѣснѣйшей связи взаимной обусловленности. Слѣдовательно, исторія возникновенія законодательства рѣшительно не позволяетъ отожествлять все право съ его частной формой, закономъ, и не считать правомъ юридическихъ обычаевъ. Но то же самое мы увидимъ, если обратимся къ процессу образо-

ванія законовъ въ современномъ быту. И тутъ, сложившіяся въ обществѣ убѣжденія о правѣ и неправѣ, переходятъ въ законъ, въ силу опять таки чисто внѣшняго, формальнаго акта, напр. голосованія въ парламентѣ. Скажутъ, кромѣ этого формальнаго акта тутъ происходитъ и другой, касающійся уже измѣненія самаго существа отношенія: оно получаетъ принудительную охрану со стороны общественной власти. Однако, если дѣло сводить къ этому признаку, къ принудительному вынужденію соблюденія извѣстнаго правила, то уже нельзя отожествлять законъ съ правомъ. Далеко не всякій законъ имѣетъ за собой такую принудительную охрану. Во-первыхъ, многіе законы вовсе не имѣютъ за собой прямой принудительной санкціи. Изъ всѣхъ постановленій нашего государственнаго права, самымъ основнымъ и безусловно обязательнымъ является требованіе, чтобы государь исповѣдывалъ православіе. Несоблюденіе этого правила, при настоящемъ складѣ народныхъ убѣжденій, немыслимо. Но вы напрасно стали бы искать въ законѣ указанія на напередъ опредѣленныя практическія средства охраны этого правила. Такихъ указаній нѣтъ. И это примѣръ не единственный. Многія изъ самыхъ незыблемымъ началъ права, и не у насъ только, лишены вовсе внѣшней санкціи.

Во-вторыхъ и тамъ, гдѣ такая санкція опредѣлена, она можетъ быть на дѣлѣ мнимой или по крайней мѣрѣ неосуществимой. Напримѣръ, постановленіе нашего закона о недѣйствительности духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, оказывается на дѣлѣ мнимой санкціей, такъ какъ въ постановленіяхъ устава уголовнаго судопроизводства имѣются непреодолимыя препятствія возможности добиться судебнаго признанія недѣйствительности такого завѣщанія.

Есть законы, которые практически неосуществимы, въ силу того, что становятся въ разрѣзъ со сложившимися народными воззрѣніями и убѣжденіями. Такъ, строгая отвѣтственность, установленная у насъ за нарушенія паспортнаго устава, лишается своего практическаго значенія, въ силу непрерывнаго почти ряда оправдательныхъ вердиктовъ присяжныхъ по такого рода дѣламъ.

И наоборотъ, законъ, находящій себѣ поддержку въ общественномъ мнѣніи, нерѣдко встрѣчаетъ противодѣйствіе своему осуществленію со стороны самой государственной власти. Даже самодержавная власть не всегда рѣшится прямо и явно отмѣнить законъ, поддерживаемый общимъ сочувствіемъ общества. Формально сохраняя такой законъ въ силѣ. она зачастую косвенно.

негласно, обезсиливаетъ его постановленія. У насъ основные законы даже прямо предусматриваютъ возможность изданія узаконеній, подлежащихъ тайнѣ.

Въ виду этого, если мы сведемъ понятіе права къ понятію внѣшне вынуждаемыхъ правилъ, мы уже не можемъ, безъ дальнѣйшаго разбора, всякій законъ признавать правомъ. Намъ необходимо войти въ разсмотрѣніе иногда весьма сложнаго и запутаннаго вопроса о практической осуществимости права. А для разрѣшенія этого вопроса одинаково имѣютъ значеніе: и облеченіе правила въ форму закона, и отсутствіе рѣшительнаго ему противодѣйствія, со стороны народныхъ убѣжденій о справедливомъ.

Но въ чемъ особенно ясно сказывается невозможность признать принципіальное различіе между закономъ и правовымъ убѣжденіемъ, ненашедшимъ себѣ выраженія въ законѣ, такъ это въ характерѣ самой санкціи юридическихъ нормъ. Послѣдствіе нарушенія нормы есть всегда ничто иное, какъ примѣненіе другой какой-либо нормы. Юридическимъ послѣдствіемъ нарушенія нормъ нельзя считать самое совершеніе, положимъ, смертной казни или взысканіе присужденной суммы. Дѣйствительное исполненіе нормы, дѣйствительное взысканіе долга, всегда будетъ вопросомъ факта. Юридическое послѣдствіе нарушенія нормъ составляетъ лишь примѣненіе другой нормы, предписывающей въ такихъ случаяхъ примѣненіе смертной казни или принудительнаго взысканія долга. Но такой санкціи не лишены и начала справедливости, выражающіяся исключительно въ субъективныхъ убѣжденіяхъ членовъ общества. Нарушеніе этихъ нормъ справедливости, точно также имѣетъ своимъ послѣдствіемъ примѣненіе другихъ нормъ справедливости, указывающихъ на то, чего требуетъ справедливость при данныхъ условіяхъ, напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда можетъ быть допущено, съ точки зрѣнія субъективнаго убѣжденія о справедливости, пассивное или даже активное сопротивленіе. Безъ сомнѣнія очень часто лицу, правовыя убѣжденія котораго расходятся съ началами положительнаго законодательства, приходится, подчиняясь необходимости, отказываться отъ осуществленія на дѣлѣ исповѣдуемыхъ имъ началъ справедливости. Но въ такомъ же точно положеніи нерѣдко оказывается и власть: нѣтъ страны, гдѣ бы всѣ законы исполнялись всѣми, даже самыми добросовѣстными гражданами. Конечно, такіе случаи неосуществленія велѣній власти гораздо рѣже, но это уже количественное лишь, а не принципіальное различіе.

Въ законѣ мы можемъ видѣть лишь одну изъ частныхъ формъ выраженія права. Но если такъ, если на ряду съ закономъ существуютъ и другія формы выраженія права, если выражающееся въ различныхъ формахъ право, неодинаково и по содержанію, то не должны ли мы отсюда заключить, что за этими частными проявленіями права, стоитъ неизмѣнная, вѣчная идея права? Законъ, обычаи, субъективныя воззрѣнія на право, не суть ли только блѣдныя отраженія этой вѣчной идеи права, не должны ли мы видѣть въ нихъ лишь рядъ попытокъ человѣчества, познать и воплотить, во внѣшней осязательной формѣ, этотъ неизмѣнный принципъ права?

Такого взгляда держатся дѣйствительно представители идеалистическаго направленія [1]). Для нихъ предметомъ науки права служитъ не измѣнчивое историческое право, основанное на человѣческой волѣ, на человѣческомъ пониманіи права, а абсолютное и потому неизмѣнное, непреложное право, основанное на самой природѣ человѣка, общества, или даже всего міра. Къ нимъ примыкаютъ и нѣкоторые представители реалистическаго направленія, видящіе въ правѣ, конечно, не абсолютную идею, какъ идеалисты, но также и не совокупность явленій, а законъ общественной жизни. Таковы напримѣръ Постъ и Мюллеръ, видящіе въ положительномъ правѣ лишь человѣческое пониманіе неизмѣннаго, объективнаго закона, являющагося лишь частной формой общихъ міровыхъ законовъ. При такомъ взглядѣ на право, изученіе историческихъ его формъ можетъ имѣть лишь второстепенное, вспомогательное значеніе, какое вообще, во всѣхъ отрасляхъ знанія, можетъ имѣть знакомство съ несовершенными, ошибочными воззрѣніями, представляющими однако постепенное приближеніе къ истинѣ. Настоящій же, подлинный предметъ науки права, есть только его вѣчная, неизмѣнная идея или его объективный законъ.

Такое воззрѣніе, представляющее прямую противуположность отожествленію права съ положительнымъ закономъ, однако также возбуждаетъ рядъ сомнѣній. Существованіе вѣчной идеи права является предположеніемъ, недопускающимъ прямой повѣрки. Доказывая существованіе вѣчнаго, неизмѣннаго права, основаннаго не на волѣ людей, а на природѣ, предполагаютъ, конечно, что природа человѣка есть нѣчто данное готовымъ, вполнѣ законченное и потому неизмѣнное. Но такое предположеніе рѣши-

[1]) Какъ на представителя, весьма послѣдовательнаго, этого воззрѣнія въ нашей литературѣ, можно указать на *Кашинцу*, о сущности права 1872.

тельно противорѣчитъ выводамъ современной психологіи, указывающей намъ, что психическая природа человѣка есть такой же продуктъ развитія, что она также подлежитъ измѣненіямъ, какъ и все въ мірѣ. Поэтому, если бы мы даже приняли существованіе, на ряду съ историческимъ правомъ, выражающимся въ мѣняющихся законахъ и обычаяхъ другого права, непосредственно вытекающаго изъ природы человѣка, мы все таки никакъ не можемъ признать этого права вѣчнымъ, неизмѣннымъ, безусловнымъ. Это—во-первыхъ; но кромѣ того, идеалистическое воззрѣніе противорѣчитъ первымъ началамъ той теоріи познанія, которая лежитъ въ основѣ всякой положительной науки, и исходитъ, какъ изъ своего корня, изъ принципа относительности всего нашего знанія. Утверждать существованіе права гдѣ-то внѣ насъ, независимо отъ насъ, какъ чувствующаго и познающаго субъекта, значитъ совершенно отрицать относительность нашего знанія, значитъ вновь возвращаться къ пресловутой задачѣ метафизики—познать безотносительную истину, истину не для насъ только, но истину вообще, истину абсолютную. Поэтому, если мы не хотимъ возвращаться къ метафизическимъ построеніямъ, мы должны безусловно отбросить всякую мысль о возможности познать какое-то вѣчное, абсолютное право.

Точно также совершенно недопустимо признаніе права закономъ, въ научномъ смыслѣ. Уже Гуго указывалъ на необходимость строго различать юридическіе законы отъ законовъ въ философскомъ, какъ онъ выражался, смыслѣ [1]). И дѣйствительно, законъ, въ научномъ смыслѣ, дѣйствуетъ неуклонно, потому что самъ онъ есть ничто иное, какъ обобщеніе наблюдаемаго постоянства въ явленіяхъ. Такой законъ не знаетъ нарушеній. Напротивъ, законы правовые заурядъ нарушаются; это потому, что они не суть обобщенное выраженіе того, что есть, а напротивъ, предписаніе того, что должно быть. Затѣмъ, законы въ научномъ смыслѣ неизмѣнны: въ различныхъ условіяхъ они могутъ приводить къ различнымъ результатамъ, различнымъ выраженіямъ; но сами по себѣ они всегда одни и тѣже. Такъ законъ тяготѣнія всегда одинъ и тотъ же, хотя паденіе тѣлъ въ различной средѣ представляется различнымъ; напротивъ, юридическіе законы не только различно примѣняются, но и сами измѣнчивы. Нельзя поэтому видѣть въ правѣ и закона общественной жизни.

Мнѣ могутъ, пожалуй, сказать, что приведенныя соображе-

[1]) Civilistisches Magazin, B. IV, 1815.

нія противъ разсмотрѣнныхъ, крайнихъ воззрѣній на право, не рѣшаютъ еще дѣла, что и сами они довольно спорны, что вопросъ о томъ, есть-ли право только велѣніе государственной власти или вѣчная идея, есть одна изъ глубочайшихъ, труднѣйшихъ проблемъ человѣческой мысли, немогущихъ быть разрѣшенными столь просто и легко.

Все это такъ. Но для нашей цѣли достаточно признаніе крайней спорности этого вопроса. Разъ обозначеніе предмета науки опирается, какъ на свои основанія, на крайне спорныя положенія, обозначеніе это уже по этому самому должно быть признано негоднымъ. Когда человѣку только что приступающему къ изученію науки, надо опредѣленно обозначить подлежащій изученію предметъ, онъ не можетъ принять такое обозначеніе предмета, которое необходимо предполагаетъ рѣшеніе спорныхъ въ наукѣ вопросовъ. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ, по крайней мѣрѣ разрѣшеніе научное, можетъ быть получено не иначе, какъ путемъ всесторонняго, глубокаго изученія предмета, а для этого надо раньше уяснить себѣ, что составляетъ этотъ предметъ. Такимъ образомъ получается безъисходный кругъ. Причину этого понять нетрудно.

Разобранныя нами воззрѣнія на право не указываютъ только предмета, подлежащаго изученію юриста, но даютъ уже сразу и общее объясненіе изучаемыхъ явленій. Указаніе опредѣленнаго круга явленій, требующихъ объясненія, смѣшивается тутъ съ гипотезой, представляющей попытку ихъ объясненія. Не установивъ надлежащимъ образомъ фактовъ, требующихъ объясненія, представители и положительнаго и идеалистическаго направленія, сразу даютъ объясняющую ихъ гипотезу,—и не гипотезу, какъ бы это слѣдовало, повѣряютъ фактами, а наоборотъ, произвольно съуживаютъ кругъ фактовъ, подходящихъ подъ данное понятіе, соотвѣтственно требованіямъ гипотезы или даже прибѣгаютъ къ признанію существованія ничѣмъ недоказаннаго, неизмѣннаго, идеальнаго права. Это, конечно, значительно облегчаетъ задачу, но за то совершенно противорѣчитъ элементарнымъ требованіямъ научнаго изслѣдованія.

Все наше знаніе, обыденное, житейское, также какъ и научное, опирается на одно и тоже основаніе: на свидѣтельство нашего собственнаго сознанія. Мы можемъ ошибаться въ объясненіи нашего сознанія, но самое сознаніе есть для насъ непосредственная достовѣрность, дальше которой намъ идти некуда, достовѣрнѣе которой для насъ ничего не существуетъ. Наука можетъ показать ошибочность обыденнаго объясненія фактовъ со-

знанія, но и она ничего не можетъ противупоставить самимъ этимъ фактамъ. И система научнаго знанія, какъ система посредственныхъ достовѣрностей, основана на тѣхъ же непосредственно-достовѣрныхъ фактахъ сознанія. Когда человѣкъ, при сильномъ механическомъ раздраженіи глаза, видитъ цѣлое море огня, никакая наука не можетъ убѣдить его, что онъ этого не видитъ. Конечно можно доказать, что причина этого не свѣтовое, а механическое раздраженіе. Но это уже другой вопросъ. Тутъ вопросъ будетъ идти уже не о томъ, вижу ли я море огня или нѣтъ, а лишь о томъ, *почему* я его вижу. Точно также, если велѣніе законодательной власти возмущаетъ мое чувство права, никакая юридическая наука не въ силахъ меня убѣдить, что я не могу чувствовать нарушенія своего права закономъ, потому дескать, что законъ и есть единственное основаніе всякаго права. Другое дѣло, опять, объясненіе такого сознанія нарушеннаго права. Быть можетъ самое чувство права, развилось въ людяхъ только въ силу долгаго существованія законовъ, такъ что не законы обусловливаютъ правовымъ чувствомъ, а наоборотъ, правовое чувство — законами. Быть можетъ и такъ, что сознаваемое нами чувство права есть дѣйствіе вѣчной абсолютной идеи права и, въ такомъ случаѣ, чувство права предшествуетъ законамъ, обусловливаетъ ихъ. Быть можетъ правъ Іерингъ, утверждающій, что только право порождаетъ въ людяхъ правовое чувство; можетъ быть правъ Шлоссманъ, видящій, напротивъ, въ правовомъ чувствѣ источникъ права. Объ этомъ можно спорить. Но возможность возмущенія нашего чувства права не только дѣйствіемъ, несогласнымъ съ закономъ, но и самимъ закономъ, есть для насъ непосредственно достовѣрный фактъ нашего сознанія. Наука можетъ его такъ или иначе объяснить, но не можетъ его опровергнуть.

Принявъ въ руководство, прежде всего, строгое отдѣленіе факта отъ его объясненія, намъ нетрудно будетъ опредѣлить предметъ правовѣдѣнія. Для этого мы должны обратиться къ свидѣтельству нашего собственнаго сознанія, оставляя пока совершенно въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ объясняются эти факты сознанія.

Сознаніе указываетъ намъ, что мы различно относимся ко внѣшнимъ объектамъ, смотря потому, представляемъ ли мы ихъ себѣ одушевленными или нѣтъ. Въ этомъ отношеніи неодушевленныхъ объектовъ возможно, съ нашей стороны, только физическое воздѣйствіе. Мы не станемъ просить или убѣждать море, чтобы оно не волновалось. Но дикарь, видящій и въ морѣ

одушевленное существо, просить и море. Въ отношеніи къ одушевленнымъ объектамъ, наряду съ физическимъ, и даже гораздо чаще его, мы примѣняемъ психическое воздѣйствіе. Существо психическаго воздѣйствія состоитъ въ томъ, что мы стараемся вызвать въ душѣ другаго такое представленіе, которое бы побудило совершить желательное намъ дѣйствіе и для того совершаемъ извѣстныя, символическія дѣйствія (слова, мимическія тѣлодвиженія), обладающія свойствомъ вызывать въ умѣ данное представленіе. Одна изъ частныхъ формъ психическаго воздѣйствія есть требованіе отъ другого соблюденія извѣстнаго поведенія, какъ необходимаго слѣдствія какой-либо болѣе общей идеи, служащей, по нашему убѣжденію, необходимымъ мотивомъ поведенія. Сознаніе такой обусловленной какой-либо общей идеей возможности требовать что-либо отъ другаго и есть чувство права, а самая условная возможность—право. Такъ мы говоримъ о правѣ на все то, что охранено закономъ, въ смыслѣ возможности, обусловленной общей идеей обязательности законовъ, о правѣ на свободу совѣсти, какъ о возможности, обусловленной общей идеей неприкосновенности для государственной власти внутренней духовной сферы, а о правѣ всѣхъ на одинаковое покровительство законовъ, какъ о возможности, обусловленной общей идеей равенства. Когда человѣкъ утверждаетъ за собой на что-либо право, онъ всегда ссылается какъ на основаніе, на какую-либо подобную общую идею. Напротивъ, при другихъ формахъ психическаго воздѣйствія этого не бываетъ. Если человѣкъ угрозой вынуждаетъ исполнить его несправедливыя требованія, то онъ не ссылается ни на какую общую идею, а старается вызвать въ душѣ того, кому онъ грозитъ, совершенно конкретное и, по возможности, живое представленіе о томъ частномъ стеченіи обстоятельствъ, которое фактически, въ данномъ конкретномъ случаѣ, дастъ угрожающему возможность привесть свою угрозу въ исполненіе. Когда человѣкъ проситъ что-либо какъ милости, по праву ему неслѣдующей, онъ точно также старается возбудить въ другомъ, картиной предстоящихъ ему лишеній и бѣдствій, чувство состраданія.

Содержаніе общей идеи, обусловливающей сознаніе права, можетъ быть крайне разнообразно. Это можетъ быть идея равенства, свободы, порядка, гармоніи, полезности, божества и т. д. Но какова бы ни была эта идея, право все-таки сознается нами, какъ обусловленная какой-либо общей идеей возможность. Даже право сильнаго обусловлено той общей идеей, что слабый долженъ всегда уступать мѣсто сильному, что силѣ, а не слабости

принадлежитъ господство надъ міромъ. Это основное значеніе права сохраняется и при переносномъ употребленіи этого слова. Такъ мы говоримъ, что и физическая сторона въ человѣкѣ имѣетъ свои права, исходя изъ общей идеи гармоническаго соотношенія духа и тѣла; такъ въ спорѣ мы нерѣдко говоримъ противнику, что такихъ то выводовъ онъ не имѣетъ права дѣлать, предполагая, что онъ признаетъ вмѣстѣ съ нами обязательность извѣстныхъ общихъ началъ логики или научнаго метода. Мы признаемъ такое примѣненіе слова «право» переноснымъ потому, что тутъ имѣется въ виду, хотя и обусловленная общей идеей возможность, но возможность извѣстныхъ выводовъ и т. п., но не *психическаго воздѣйствія* въ формѣ требованія. При такомъ, въ переносномъ смыслѣ слова, неправѣ страдаютъ законы логики, а не наши интересы.

Напротивъ, при неправѣ въ прямомъ, а не переносномъ смыслѣ, страдаютъ именно наши интересы — духовные и матеріальные. Мы естественно требуемъ отъ другаго совершенія только того, что намъ желательно, что согласно съ нашими интересами. Когда наше требованіе, основанное на сознаваемомъ нами за собой правѣ, встрѣчаетъ противодѣйствіе, то это возмущаетъ насъ, возбуждаетъ къ мести, побуждая насъ, психическое воздѣйствіе, неудавшееся въ формѣ требованія признанія права, продолжить въ другихъ формахъ, напр., въ формѣ угрозъ или даже перейти къ физическому воздѣйствію.

Такимъ образомъ, наряду съ сознаніемъ права, какъ возможности, обусловленной какой-либо общей идеей, мы сознаемъ, что всякое препятствіе въ осуществленіи нашего права возбуждаетъ къ противодѣйствію.

Но мы не можемъ ограничиться разсмотрѣніемъ права, какъ факта индивидуальнаго сознанія. Правовой принципъ только тогда можетъ выполнить свою функцію — служить основаніемъ взаимнаго психическаго воздѣйствія людей — когда признанъ, усвоенъ тѣми, къ кому мы обращаемся съ нашимъ правовымъ притязаніемъ. Иначе сознаваемое нами право останется только нашимъ субъективнымъ убѣжденіемъ, ничѣмъ непомогающимъ намъ въ нашихъ отношеніяхъ къ другимъ людямъ. Тутъ, въ отношеніи къ праву, повторяется тоже, что мы замѣчаемъ и въ отношеніи къ языку. Для выраженія своихъ чувствъ и мыслей я могу придумывать и новыя слова, но передать посредствомъ ихъ свои мысли другому я могу лишь сдѣлавъ предварительно ему ихъ понятными. И подобно тому, какъ введеніе такихъ новыхъ, сочиненныхъ словъ, уже предполагаетъ существованіе языка,

такъ точно и установленіе юридическихъ принциповъ велѣніемъ-ли законодателя или соглашеніемъ отдѣльныхъ лицъ, уже предполагаетъ необходимымъ образомъ существованіе извѣстныхъ общепризнанныхъ принциповъ права. Изданіе закона предполагаемъ существованіе лица или учрежденія, за которымъ признается право законодательства. Установленіе юридической нормы соглашеніемъ, предполагаетъ уже признаніе обязательности договоровъ. Мало того. Даже сознательная выработка субъективныхъ убѣжденій о правѣ, уже предполагаетъ въ прошломъ опытѣ субъекта знакомство съ правомъ, что немогло быть иначе, какъ въ формѣ ознакомленія съ существующими уже въ общественномъ сознаніи началами права. Такимъ образомъ, первоначально право должно было явиться безсознательнымъ продуктомъ совмѣстной жизни людей. Право возникло, когда у людей, составляющихъ общество, оказались нѣкоторыя общепризнанныя ими идеи, которыми обусловливались за ними извѣстныя права, и только съ этого момента начинается сознательная работа надъ развитіемъ этихъ идей. Продуктъ такой сознательной выработки юридическихъ принциповъ выражается и въ субъективныхъ убѣжденіяхъ, и въ неоформленномъ общественномъ мнѣніи, и въ законодательствѣ, и между этими формами, какъ мы старались показать, нѣтъ принципіальнаго различія.

И такъ, непосредственныя данныя нашего сознанія, проистекающія какъ изъ самонаблюденія, такъ и изъ наблюденія окружающей насъ общественной жизни, представляютъ намъ право, какъ взаимное психическое воздѣйствіе людей, основанное на сознаніи возможности, обусловленной какой-либо признанной ими идеей.

§ 2. Значеніе опредѣленій.

Достоинство такого обозначенія предмета науки права, заключается единственно въ томъ, что имъ не предрѣшаются никакіе спорные вопросы науки и вмѣстѣ объемлется все то, что только мы сознаемъ, какъ право, все, что, такъ или иначе, возбуждаетъ наше чувство права. Такое обозначеніе предмета оставляетъ открытыми всѣ вопросы о томъ, *почему* и *какъ* является индивидуальное и коллективное правосознаніе. Такимъ образомъ, предложенное обозначеніе предмета правовѣдѣнія не даетъ того, чего ждутъ обыкновенно отъ общаго опредѣленія права. И мы видимъ въ этомъ его достоинство потому, что отвѣтить на вопросъ о томъ, почему и какъ, значитъ уже объяснить фактъ.

Между тѣмъ, обозначеніе круга явленій, подлежащихъ изученію, должно по необходимости предшествовать ихъ объясненію.

Но многіе, безъ сомнѣнія, сочтутъ такой характеръ сдѣланнаго нами обозначенія предмета правовѣдѣнія, признакомъ его неудовлетворительности. Юристы привыкли видѣть въ опредѣленіи основу всего научнаго знанія, такъ что на основаніи принятаго разъ опредѣленія, они привыкли разрѣшать всѣ частные вопросы науки. Поэтому они думаютъ, что научное изученіе права должно быть начинаемо не съ простаго лишь обозначенія круга подлежащихъ изученію явленій, но съ дѣйствительнаго опредѣленія права, которое бы раскрывало намъ его природу и этимъ предрѣшало бы всевозможные вопросы. Составить опредѣленіе права считаютъ необходимымъ, первымъ шагомъ, безъ котораго невозможна разработка и частныхъ вопросовъ науки. Высокое значеніе, какое обыкновенно придаютъ юристы опредѣленію права, объясняется частью методомъ практическаго изученія права, частью характеромъ устарѣлыхъ методовъ, царившихъ до послѣдняго времени въ научномъ изученіи права.

Юристъ, разработывающій догму дѣйствующаго права, находитъ для выполненія своей задачи вполнѣ опредѣленный и готовый матеріалъ. Изучая и анализируя частныя постановленія законодательства, онъ составляетъ, на основаніи ихъ, опредѣленія различныхъ юридическихъ институтовъ, напр. найма, собственности, и т. п. Эти опредѣленія, относясь къ болѣе и менѣе общимъ понятіямъ, стоятъ другъ къ другу въ отношеніи соподчиненія и такимъ образомъ могутъ быть сведены въ одну общую, логическую систему, представляющую постепенное развѣтвленіе болѣе общихъ понятій на частныя, видовыя. Такъ, напр., понятіе обязательственныхъ отношеній, развѣтвляется на отношенія найма имущественнаго и личнаго, и т. п. Выработка такой системы есть необходимое условіе возможности овладѣть всѣмъ матеріаломъ, представляемымъ законодательствомъ, такъ какъ онъ этимъ приводится въ порядокъ, обобщается и объединяется. Съ другой стороны, составленіе опредѣленія облегчаетъ примѣненіе закона къ частнымъ случаямъ. Разъ имѣется основанное на законѣ опредѣленіе, дѣло практическаго примѣненія права совершается путемъ простаго подведенія даннаго частнаго случая подъ то или другое опредѣленіе и затѣмъ все то, что законодатель установилъ въ отношеніи института, къ которому относится данное опредѣленіе, приложимо и къ каждому подводимому подъ это опредѣленіе практическому случаю.

Все дѣло сводится при этомъ къ тому, чтобы составить та-

кое опредѣленіе, которое бы вполнѣ, такъ сказать, покрывало законодательный матеріалъ, не заключая вмѣстѣ съ тѣмъ ничего лишняго. И такая задача представляется вполнѣ осуществимой. Юристъ-практикъ имѣетъ предъ собой весьма опредѣленный и точно ограниченный матеріалъ, замкнутый въ рамкахъ законодательныхъ постановленій. Опредѣленія, необходимыя для практическихъ цѣлей, должны включать въ себѣ только такія свойства опредѣляемыхъ отношеній, которыя придаются ему дѣйствующимъ правомъ. Ничего другаго юристъ не долженъ принимать при этомъ въ соображеніе. Опредѣленіе можетъ быть само по себѣ искуственнымъ, неполнымъ; но, если оно воспроизводитъ всѣ постановленія законодательства, покрываетъ весь представляемый законодательствомъ матеріалъ, оно вполнѣ удовлетворяетъ своей догматической цѣли. Такимъ образомъ, для оцѣнки правильности такихъ догматическихъ опредѣленій, имѣется вполнѣ опредѣленное, объективно данное мѣрило, въ постановленіяхъ даннаго законодательства. Поэтому, вполнѣ возможно общее соглашеніе относительно такихъ опредѣленій, возможно установить всѣми признаваемое догматическое опредѣленіе. А разъ получившее общее признаніе опредѣленіе, получаетъ важное практическое значеніе, какъ объективное основаніе для разрѣшенія частныхъ вопросовъ практическаго примѣненія закона.

Этотъ пріемъ систематической обработки дѣйствующаго положительнаго права, совершенно необходимый при практическомъ изученіи права, нерѣдко переносятъ и въ теоретическую разработку права. Нерѣдко думаютъ, что и разработка теоріи права должна начинаться съ установленія общаго опредѣленія права, изъ котораго затѣмъ уже дедуцируютъ всѣ частныя положенія юридической теоріи. Вся теорія получаетъ при этомъ дедуктивное построеніе и по содержанію своему представляется лишь развитіемъ explicite того, что implicite уже содержится въ принятомъ опредѣленіи. Основаніемъ всего научнаго знанія является при этомъ опредѣленіе, а завершеніемъ—система, представляющая собою лишь совокупность развѣтвляющихъ выводовъ изъ опредѣленія. При такомъ методѣ, построеніе науки несомнѣнно выигрываетъ въ стройности, въ цѣльности, законченности. Но это все преимущества, такъ сказать, эстетическаго характера, немогущія имѣть рѣшающаго значенія въ вопросѣ научнаго метода. Болѣе же серьезныя основанія говорятъ несомнѣннымъ образомъ противъ приложимости такого пріема къ теоретической разработкѣ права.

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб. Вас. Остр., 2 л., 7.

ИПОТЕКА КАДЕ СТИ КИОН

Во-первыхъ, теоретическое опредѣленіе не можетъ имѣть, подобно догматическому, опредѣленнаго, объективнаго мѣрила правильности. Выборъ того или другаго опредѣленія есть дѣло субъективнаго убѣжденія и, дѣйствительно, нѣтъ вопроса, по которому бы царили такія безконечныя разногласія, какъ по вопросу объ истинномъ опредѣленіи права.

Независимо отъ этого, матеріалъ, на которомъ основывается теоретическое изученіе права, не замыкается рамками одной опредѣленной національной системы права. Теоретическое изученіе имѣетъ своимъ объектомъ все право, гдѣ-либо и когда-либо существовавшее или существующее. Но такой матеріалъ, понятно, не можетъ никогда быть исчерпанъ вполнѣ. Наши историческія свѣдѣнія расширяются постоянно и безпредѣльно, такъ что кругозоръ историка постоянно объемлетъ новыя и новыя формы юридической охраны. Въ силу этого постояннаго расширенія предлежащаго матеріала, конечно, и теоретическое опредѣленіе права должно измѣняться. Невозможно установить такого опредѣленія, которое было бы годно при всякомъ объемѣ нашихъ свѣдѣній о правѣ. Опредѣленія будутъ по необходимости измѣняться, пока не прекратится самое развитіе науки.

Между тѣмъ, если опредѣленіе права кладется въ основаніе всей юридической теоріи, какъ основа всѣхъ ея частныхъ дедукцій, то понятно, что вся теорія, во всѣхъ ея частяхъ, ставится этимъ самымъ въ зависимость отъ опредѣленія. Каждое измѣненіе опредѣленія обусловливаетъ собою перестройку всей юридической теоріи. Стоитъ доказать неудовлетворительность опредѣленія права, и этимъ самымъ подрываются въ самомъ своемъ основаніи и всѣ частныя положенія науки. Такимъ образомъ, выработка юридической теоріи дѣлается какимъ-то сизифовымъ трудомъ, который приходится начинать все снова и снова, съ каждымъ вновь выставленнымъ опредѣленіемъ права.

Но, что хуже всего, построеніе теоріи права путемъ дедукціи, изъ принятаго общаго опредѣленія права, дѣлаетъ необходимымъ въ наукѣ права господство системъ. Въ опредѣленіи невозможно, за недостаткомъ объективнаго мѣрила ихъ правильности, избѣжать субъективизма. Все же содержаніе науки опирается на такое, всегда нѣсколько субъективное, опредѣленіе. Принятіе каждаго положенія теоріи права обусловлено принятіемъ того или другаго опредѣленія права. Поэтому всѣ положенія получаютъ значеніе не объективныхъ, общепризнанныхъ научныхъ положеній, а лишь положеній той или другой системы, той или другой школы.

Въ виду такихъ затрудненій и неудобствъ, представляющихся при выработкѣ общаго опредѣленія права, долженствующаго служить основой построенія всей теоріи права, нельзя не поставить вопроса: насколько необходимо въ дѣйствительности такое опредѣленіе? Нельзя-ли въ теоретическомъ изученіи права обойтись и безъ такого опредѣленія?

Въ пользу утвердительнаго отвѣта говоритъ, прежде всего, то простое соображеніе, что другія науки, получившія весьма прочную постановку и далеко опередившія правовѣдѣніе, обходятся, однако, безъ общаго опредѣленія природы изучаемыхъ ими явленій. Такъ, напр., антропологія вовсе не основывается на опредѣленіи понятія человѣка или физіологія на опредѣленіи понятія жизни. Общепринятаго опредѣленія жизни нѣтъ и до сихъ поръ; однако это не мѣшаетъ физіологамъ изслѣдовать и объяснять, одинъ за другимъ, разнообразные жизненные процессы. Въ новѣйшихъ руководствахъ по физіологіи, въ которыхъ находитъ себѣ примѣненіе экспериментальный методъ, вы даже вовсе не встрѣтите попытокъ опредѣлить, что такое жизнь. Изложеніе начинается прямо съ объясненія отдѣльныхъ отправленій. Такимъ образомъ, современная физіологія не даетъ отвѣта на общій вопросъ, что такое жизнь, но это не мѣшаетъ ей совершать одно открытіе за другимъ. Мало того, даже въ наукахъ строго дедуктивныхъ, какъ напр., въ геометріи или въ теоретической механикѣ, основой дедукцій служитъ вовсе не общее опредѣленіе природы изучаемаго предмета: геометръ не основываетъ своихъ дедукцій на опредѣленіи понятій пространства и величины, механикъ—на понятіи движенія. И въ этихъ наукахъ основаніемъ дедукцій служатъ не эти общія, а болѣе частныя понятія, напр. прямой линіи, трехъугольника, силы, момента, и т. п.

Этотъ примѣръ другихъ наукъ, значительно опередившихъ въ своемъ развитіи правовѣдѣніе, не можетъ не возбудить сомнѣнія: точно-ли необходимо въ основаніе всего научнаго изслѣдованія права непремѣнно класть общее опредѣленіе права. Почему бы и наука права не могла также обойтись безъ такого опредѣленія, избѣгая тѣмъ рядъ весьма существенныхъ затрудненій и экономизируя время и силы, затрачиваемыя теперь безплодно, на отысканіе надлежащей «дефиниціи» права?

Посмотримъ же для какихъ цѣлей служатъ въ правовѣдѣніи общія опредѣленія, что изъ нихъ извлекаютъ. Общее опредѣленіе права признается необходимымъ для выясненія того, что именно *должно* быть отнесено къ кругу отношеній, подлежащихъ принудительному нормированію государственною властью

и что *должно* остаться внѣ ея воздѣйствія. Въ опредѣленіи права ищутъ также основанія для разрѣшенія вопроса о томъ, какъ *должны быть* разграничены области права и нравственности. Это наиболѣе общіе вопросы. Но и другіе, болѣе частные вопросы, рѣшеніе которыхъ выводится изъ опредѣленія права, всѣ представляютъ ту характеристическую черту, что все это вопросы не о томъ, что есть, а о томъ, что *должно* быть. Наука же имѣетъ своей задачей не опредѣленіе *должнаго*, а объясненіе существующаго, и всѣ такіе вопросы о должномъ, не могутъ получать своего разрѣшенія въ чистой, неприкладной наукѣ.

Разъ мы устранимъ изъ научнаго изслѣдованія всякій вопросъ о должномъ, и сосредоточимся исключительно на изученіи дѣйствительно сущаго, то мы вовсе не найдемъ вопросовъ, рѣшеніе которыхъ требовало бы предварительнаго опредѣленія права. Вопросы о томъ, какой кругъ отношеній дѣйствительно подпадаетъ нормировкѣ со стороны государственной власти, въ различныхъ странахъ, или каково дѣйствительное, исторически-сложившееся разграниченіе области права и морали, очевидно не могутъ быть разрѣшены путемъ однихъ дедукцій изъ выставленнаго кѣмъ-либо опредѣленія права. Для этого надо обратиться къ изученію историческаго матеріала. Поэтому всѣ, дѣйствительно научные вопросы, всѣ вопросы о томъ, что есть, вовсе не нуждаются для своего разрѣшенія въ общемъ опредѣленіи права. Въ этомъ убѣждаютъ насъ очевидные факты. Общепринятаго въ наукѣ опредѣленія права нѣтъ и до сихъ поръ, и все безконечное множество опредѣленій, выставляемыхъ различными юристами, представляется балластомъ, только затрудняющимъ изученіе юридической литературы. Если бы для разработки частныхъ вопросовъ науки права, необходимо было дожидаться установленія общаго опредѣленія понятія права, то Богъ вѣсть сколько бы еще времени юридической наукѣ пришлось бы сидѣть сиднемъ, дожидаясь у моря погоды. Но на дѣлѣ мы видимъ другое; частные вопросы, хотя медленно, но все же разрабатываются, устанавливаются частныя обобщенія, не смотря на то, что современные схоластики юриспруденціи, подобно своимъ предшественникамъ, все такъ же безплодно препираются о томъ, какова истинная «дефиниція» права. Такимъ образомъ, самымъ дѣломъ доказывается возможность начинать научную разработку права не съ опредѣленія права.

Если, тѣмъ не менѣе, необходимость общаго опредѣленія права, какъ основанія всей науки права, признается почти

всѣми юристами, то это объясняется частью привычкой постоянно оперировать съ опредѣленіями, пріобрѣтаемою юристами въ практической разработкѣ догмы дѣйствующаго права, частью вліяніемъ старыхъ, уже отжившихъ свой вѣкъ философскихъ ученій, къ сожалѣнію еще во многомъ сохраняющихъ свое вліяніе въ правовѣдѣніи.

Еще отъ временъ схоластики сохранилось ошибочное ученіе, будто опредѣленія могутъ «обнаруживать природу вещей» и потому служатъ основными посылками всякой науки. Въ этомъ и коренится почти суевѣрное убѣжденіе въ необходимости основывать теорію права на общемъ его опредѣленіи, выводя всю систему науки права изъ такого опредѣленія. Но если опредѣленію не дать никакой метафизической подкладки, если они не могутъ быть признаны ничѣмъ инымъ, какъ установленіемъ смысла названій, то, конечно, уже нельзя утверждать ничего подобнаго. Условное значеніе словъ не можетъ служить основаніемъ системы научныхъ истинъ.

Правда, въ юридической литературѣ опредѣленіямъ придаютъ первенствующее, рѣшающее значеніе, не только старовѣры, но и представители новѣйшаго, реалистическаго направленія. Можно даже сказать, направленіе это пока только и выражается въ разработкѣ опредѣленія права. Изслѣдованіями по частнымъ вопросамъ новое направленіе крайне скудно, за то пишутся цѣлыя монографіи объ опредѣленіи права: явленіе почти безпримѣрное въ литературѣ того же направленія, по другимъ наукамъ.

Чѣмъ же это объяснить? Почему только въ наукѣ права, въ ней только одной, примѣненіе положительнаго метода обусловлено принятіемъ извѣстнаго опредѣленія?

Объясненіе этому надо искать въ чисто субъективныхъ причинахъ. Наука права, съ одной стороны, представляетъ существенныя особенности въ сравненіи съ естествознаніемъ, а съ другой стороны, она есть уже сложившаяся наука, имѣющая свои техническіе пріемы. Поэтому примѣненіе положительнаго метода, сложившагося и выработавшагося въ области естествознанія, къ правовѣдѣнію, представляетъ большія трудности. Нельзя просто подражать пріемамъ естественныхъ наукъ, надо видоизмѣнить, выработать новые, пригодные къ изслѣдованію права. Къ тому же вѣковая исторія правовѣдѣнія уже успѣла накопить весьма богатый матеріалъ, успѣла накопить цѣлую массу частныхъ вопросовъ, требующихъ изслѣдованія. Со всѣмъ этимъ приходится считатся и новаторамъ, все это приходится

имъ принимать въ соображеніе. И вотъ, если не сознавая, то чувствуя непосильность такой работы, они ищутъ исхода въ опредѣленіи права. Стоитъ составить опредѣленіе, обнимающее только понятное намъ, только легко допускающее примѣненіе пріемовъ естествознанія къ явленіямъ юридической жизни — и дѣло въ шляпѣ. Положительная, «реалистическая» теорія права, готова во всей полнотѣ. Съ этой точки зрѣнія, весьма просто объясняется, почему юристы положительнаго направленія съ такою любовью останавливаются на вопросѣ объ опредѣленіи права, почему, въ противоположность позитивистамъ всѣхъ другихъ спеціальностей, они придаютъ такое высокое значеніе опредѣленію и совершенно отказываютъ въ научномъ значеніи другимъ логическимъ пріемамъ, вообще позитивистами болѣе цѣнимымъ, нежели опредѣленіе, какъ напр., анализъ и конструкція.

Можетъ однако явиться сомнѣніе: такое отрицаніе надобности въ общемъ опредѣленіи понятія права, не стоитъ ли въ противорѣчіи съ тѣмъ, что мы сами начали съ разрѣшенія вопроса о предметѣ правовѣдѣнія?

Противорѣчіе тутъ, какъ это нетрудно показать, только кажущееся. Признавая невозможнымъ начать построеніе науки права съ самаго широкаго обобщенія, долженствующаго найти себѣ выраженіе въ общемъ опредѣленіи права, мы этимъ вовсе не утверждаемъ того, чтобы не было необходимости начинать всякое научное изслѣдованіе съ строгаго отдѣленія данныхъ опыта отъ предполагаемаго ихъ объясненія, факта отъ сужденія. Къ научному изслѣдованію человѣка приводитъ сомнѣніе, а сомнѣніе, предполагаетъ уже предварительное обдумываніе вопроса. Поэтому человѣкъ, приступающій къ научному изученію чего-либо, имѣетъ всегда въ запасѣ не только опредѣленное представленіе о фактѣ, подлежащемъ изученію, но и нѣкоторое объясненіе этого факта, подсказанное ему обыденнымъ опытомъ. Для надлежащей постановки научнаго изслѣдованія, необходимо строго отдѣлять самые факты отъ ихъ объясненія. Объясненіе, подсказанное обыденнымъ опытомъ, должно быть подвергнуто систематической повѣркѣ научной критики. Факты, напротивъ, служатъ основой такой научной повѣркѣ. Надежность научныхъ выводовъ поэтому обусловливается, прежде всего, отдѣленіемъ фактовъ отъ ихъ объясненія. Этой цѣли и служитъ опредѣленіе или лучше обозначеніе предмета, данное нами. Оно не объясняетъ вовсе правовыхъ явленій, оно допускаетъ всевозможныя объясненія и потому, конечно, никакъ не можетъ служить основой, для де-

дуцированія научной теоріи, въ немъ нѣтъ необходимыхъ для этого элементовъ.

§ 3. Задача.

Юристу-практику представляется вполнѣ яснымъ и опредѣленнымъ, зачѣмъ изучаетъ онъ право? Сама практическая жизнь указываетъ ему его задачу. Право существуетъ для того, чтобы быть примѣняемымъ къ людскимъ отношеніямъ, чтобы регулировать возникающіе въ общественной жизни столкновенія борющихся интересовъ. Но такое примѣненіе правовыхъ нормъ къ частнымъ случаямъ не можетъ, какъ показываетъ повседневный опытъ, обойтись безъ сомнѣній и спора о томъ, что должно быть признано въ каждомъ данномъ случаѣ правомъ, на основаніи дѣйствующаго въ данномъ мѣстѣ законодательства. Если случай оказывается сколько-нибудь сложнымъ, разрѣшеніе этого вопроса требуетъ соображенія всей системы законодательства или, по-крайней мѣрѣ, довольно обширной его отрасли. Поэтому, въ большинствѣ случаевъ, разрѣшеніе частнаго юридическаго казуса не можетъ быть совершено посредствомъ простой справки съ приличнымъ данному случаю закономъ. Найти такой законъ, а тѣмъ болѣе понять его, нельзя безъ общаго знакомства съ системой законодательства. Законы не суть изолированныя другъ отъ друга постановленія, ничѣмъ несвязанныя другъ съ другомъ, никакъ невліяющія другъ на друга. Напротивъ, дѣйствуя въ одной и той-же общественной средѣ, они, по необходимости, соединяются въ одну связную систему нормъ, другъ друга опредѣляющихъ, ограничивающихъ, восполняющихъ. Практическое изученіе права, непрестанно встрѣчаясь съ фактомъ взаимной зависимости, взаимной обусловленности законодательныхъ постановленій, не можетъ ограничиться отрывочнымъ, разрозненнымъ изученіемъ. Оно ощущаетъ потребность объединенія, систематизированія и въ силу того, развивается въ науку положительнаго права.

Наука положительнаго права есть, безъ сомнѣнія, наука прикладная, развивающаяся въ силу потребностей практическаго изученія права и имѣющая своей задачей систематическую разработку дѣйствующаго въ данномъ обществѣ права. Но всякая практика предполагаетъ уже теорію, всякая прикладная наука — соотвѣтствующую ей чистую науку. Прикладная наука потому и есть *прикладная*, что учитъ насъ прилагать къ разрѣшенію частныхъ практическихъ вопросовъ выводы науки чистой. Практика ставитъ намъ вопросы, теорія даетъ общія начала, какъ

основу ихъ разрѣшенія. Такъ и юристъ въ своей практической дѣятельности не можетъ обойтись безъ руководящихъ указаній теоріи. Безъ нихъ онъ совершенно запутается въ массѣ постоянно мѣняющихся постановленій законодательства. Ему не разобраться въ этомъ хаосѣ, если на помощь ему не придутъ выработанныя теоріею категоріи и общая классификація юридическихъ институтовъ. Безъ обобщающей теоріи не только юристамъ каждаго отдѣльнаго государства, но даже каждому отдѣльному поколѣнію юристовъ данной страны пришлось бы съизнова начинать трудъ изученія права, такъ какъ законы, нерѣдко, мѣняются быстрѣе смѣны людскихъ поколѣній. Только существованіе теоретическаго изученія, на ряду съ практическимъ, создаетъ для правовѣдѣнія возможность непрерывнаго, преемственнаго развитія.

Впрочемъ, необходимость существованія на ряду съ практическимъ изученіемъ права и чистой науки права признается почти всѣми. Другое дѣло опредѣленіе задачи теоретическаго изученія права. Тутъ мнѣнія расходятся весьма значительно и разногласіе касается не только подробностей, но и самаго существа вопроса. Нерѣдко задача научнаго изученія права формулируется такъ, что нарушается совершенно соотвѣтствіе между теоретическимъ и практическимъ изученіемъ права, между чистой и прикладной наукой права.

Задачи чистой и прикладной науки по необходимости различны. Каждая изъ нихъ ставитъ себѣ свою особую цѣль: въ этомъ и заключается существо ихъ различія. Но для того, чтобы чистая наука соотвѣтствовала прикладной и наоборотъ, необходимо, чтобы обѣ онѣ касались одного и того же предмета. Въ особенности ихъ задачъ—ихъ различіе, въ единствѣ ихъ предмета—ихъ соотвѣтствіе. Науки, имѣющія различные предметы, не могутъ относиться одна къ другой, какъ соотвѣтствующія чистая и прикладная науки. Нельзя, напримѣръ, исторію архитектуры счесть чистой наукой, соотвѣтствующей архитектурному искусству, какъ прикладному знанію; нельзя, потому что строительное искусство прилагаетъ не законы историческаго развитія архитектуры, а законы механики.

Вотъ противъ этого требованія соотвѣтствія чистой и прикладной науки нерѣдко грѣшатъ при опредѣленіи задачи научнаго изученія права и притомъ представители самыхъ разнообразныхъ направленій.

Многіе склонны сводить задачу теоріи права къ опредѣленію того, какимъ *должен*ъ быть юридическій порядокъ. Такъ

смотрятъ на дѣло прежде всего идеалисты. Вѣря въ существованіе абсолютнаго права, они ставятъ задачей науки права отысканіе этого абсолютнаго права. Это своего рода алхимики— алхимики права. Они ищутъ философскій камень, которымъ бы можно было превращать желѣзный вѣкъ въ золотой. Ихъ цѣль не объясненіе существующаго общественнаго порядка, а замѣна его другимъ, лучшимъ, совершеннѣйшимъ. Зачѣмъ станутъ они трудиться надъ выясненіемъ частныхъ историческихъ формъ права, когда все историческое право напередъ осуждено ими, какъ сплошное искаженіе вѣчной идеи права? Если изученіе историческихъ формъ права можетъ представлять для нихъ какой интересъ, то развѣ какъ вспомогательное средство для познанія абсолютнаго права, какъ исторія заблужденій человѣческаго правосознанія, могущая предостеречь отъ повторенія тѣхъ же ошибокъ. Но въ самомъ изученіи этого измѣнчиваго, относительнаго права, въ его объясненіи они никоимъ образомъ не могутъ видѣть цѣли.

Такимъ образомъ идеалисты совершенно лишаютъ теорію права характера объективнаго научнаго изученія. Теорія права по ихъ воззрѣнію, не ищетъ, какъ всякая другая наука, познанія и объясненія существующаго, того, что есть, а указываетъ на то, что должно бы быть [1]). И этимъ, конечно, совершенно нарушаютъ всякое соотвѣтствіе между прикладной юриспруденціей и чистой наукой права. Практическое правовѣдѣніе знаетъ только дѣйствительно существующее право, и ждетъ отъ теоріи выводовъ, относящихся къ тому же дѣйствительному, историческому праву. А взамѣнъ того идеалисты предлагаютъ изслѣдованія о такомъ правѣ, котораго нѣтъ и никогда не было, и которое отличается отъ дѣйствующаго права, какъ день и ночь. Практическое правовѣдѣніе ждетъ общихъ научныхъ выводовъ, которыми бы оно могло руководствоваться при толкованіи и систематической обработкѣ дѣйствующаго права, а идеалистическая теорія даетъ лишь предположенія о томъ, чѣмъ и какъ замѣнить это дѣйствующее право.

Къ такому же нарушенію соотвѣтствія теоретическаго правовѣдѣнія прикладному приходятъ и представители крайняго положительнаго направленія, хотя и совершенно инымъ путемъ [2]).

---

[1]) Выразителемъ этого воззрѣнія въ нашей новѣйшей литературѣ является *Хмѣлинковъ*. „Право и государство въ ихъ обоюдныхъ отношеніяхъ“. Варшава, 1874 года.

[2]) Смотри въ особенности *Муромцева*. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. Москва, 1879, стр. 4 слѣд.

Они признаютъ, что задачей науки вообще можетъ быть только изученіе и объясненіе дѣйствительно существующаго, а не выработка идеала. Признавая, совершенно правильно, мѣняющіеся принципы права не законами общественной жизни въ научномъ смыслѣ, а лишь явленіями, законы, которыхъ должны быть открыты наукой, они не признаютъ задачей науки права выработку такихъ принциповъ. Задача соціальныхъ наукъ, говорятъ они, вообще состоитъ въ изученіи законовъ, по которымъ происходятъ явленія общественной жизни. Въ частности правовѣдѣнію надлежитъ изучить законы развитія той области соціальныхъ явленій, которая извѣстна подъ именемъ права. При отсутствіи одного идельнаго правоваго состоянія и при постоянной смѣнѣ формъ общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которымъ происходитъ означенная смѣна [1]). Отсюда конечно необходимымъ выводомъ представляется отожествленіе научнаго изученія права съ изученіемъ историческимъ, такъ что практическому правовѣдѣнію мы можемъ, съ этой точки зрѣнія, противуполагать, какъ чистую науку, только исторію права.

Надо отдать справедливость этому опредѣленію задачи науки права. Оно исходитъ изъ совершенно правильнаго пониманія задачи науки вообще, какъ опредѣленія того, что *есть*, а не того, что представляется намъ лишь желательнымъ. Тѣмъ не менѣе и эта формулировка задачи теоретическаго правовѣдѣнія грѣшитъ, подобно только что разсмотрѣнной нами, нарушеніемъ соотвѣтствія между чистымъ знаніемъ и прикладнымъ. Практическое правовѣдѣніе имѣетъ дѣло съ существующими правовыми нормами и притомъ лишь до тѣхъ поръ, пока они не замѣнены другими; исторія правва напротивъ изучаетъ самую смѣну однихъ юридическихъ нормъ другими. Исторія выясняетъ законы развитія права, но не способна дать такихъ выводовъ, которые бы могли быть прилагаемы юристомъ практикомъ къ разрѣшенію предлежащей ему задачи: примѣненія даннаго дѣйствующаго права къ частнымъ случаямъ; ибо исторія права ничего не говоритъ о правѣ въ его недвижномъ состояніи, какимъ именно оно предполагается при практическомъ примѣненіи.

Практическое правовѣдѣніе никоимъ образомъ не можетъ быть приложеніемъ выводовъ исторіи права. Но оно само составляетъ часть того матеріала, который изучаетъ юристъ-историкъ, такъ какъ историческое изученіе права не можетъ, ко-

[1]) Муромцевъ, 14.

нечно, игнорировать практическаго примѣненія законовъ. Поэтому исторія права приблизительно такъ относится къ практическому правовѣдѣнію, какъ исторія какого-либо искусства къ строительному искусству, но отнюдь не какъ чистая наука къ прикладной, напр., механика къ инженерному искусству.

Однако такое разъединеніе практическаго и научнаго изученія права не есть вовсе необходимое слѣдствіе того воззрѣнія на задачу науки, отъ котораго отправляются въ своихъ разсужденіяхъ представители положительнаго направленія. Если принципы права суть измѣнчивыя явленія правовой жизни, если наука права должна искать не абсолютныхъ принциповъ права, а объясненія правовыхъ явленій, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы она должна была ограничиться объясненіемъ только развитія права. Законы развитія опредѣленной группы явленій нельзя считать единственными законами этой группы явленій. На ряду съ законами движенія явленій наука должна выяснить и законы ихъ недвижнаго существованія, на ряду съ динамическими законами и законы статистическіе. Эмбріологіей не исчерпывается все ученіе о жизненныхъ явленіяхъ и эмбріологіей нельзя замѣнить физіологію, какъ нельзя замѣнить геогнозіей геологію, исторіей народнаго хозяйства политическую экономію и т. п. Нѣтъ основанія, почему бы тоже самое не примѣнялось и къ изученію права, почему бы здѣсь изученіе и объясненіе правовыхъ явленій должно было сводиться исключительно къ изученію *развитія* ихъ?

Если бы люди, сознававшіе безплодность изысканій алхимиковъ, стали бы поэтому требовать, чтобы алхимія замѣнилась бы исторіей земной коры, развѣ могла бы тогда сложиться научная химія? Нѣтъ, не только мы не имѣли бы тогда химіи, но не имѣли бы и геогнезіи, предполагающей уже установленіе химіи. Заслуга творцевъ химіи заключается въ томъ, что они не ограничились поверхностнымъ, огульнымъ отрицаніемъ алхиміи, но съумѣли глубже проникнуть въ дѣло, отдѣлить въ работахъ алхимиковъ истинное зерно отъ уродливыхъ наростовъ, для поверхностнаго ума совсѣмъ его покрывавшихъ.

Все это, конечно, въ одинаковой степени примѣнимо и къ наукѣ права. И тутъ объясненіе явленій не можетъ ограничиваться исключительно объясненіемъ ихъ историческаго развитія. Признавая, что принципы права въ смыслѣ идей обусловливающихъ въ насъ сознаніе правовой возможности, не имѣютъ въ себѣ ничего абсолютнаго, что они относительны и потому измѣнчивы, мы этимъ еще нисколько не вынуждаемся признать

единственной задачей теоретическаго изученія права изученіе исторической смѣны этихъ принциповъ. Какъ бы не были измѣнчивы эти принципы, сознаніе права однако все таки останется сознаніемъ возможности воздѣйствія, обусловленной той или другой общей идеей. Для объясненія правовыхъ явленій поэтому одинаково необходимо, какъ изслѣдовать измѣняющееся исторически содержаніе принциповъ права, такъ и опредѣлить общія свойства и элементы такого сознанія обусловленной возможности, его психологическую основу и его соціальное значеніе.

Но если мы примемъ и какое либо другое воззрѣніе на предметъ науки права, мы все таки придемъ неизбѣжно къ признанію необходимости выяснять не одну только смѣну правовыхъ явленій, но и самыя свойства этихъ явленій независимо отъ ихъ смѣны. Это необходимо для самаго историческаго изученія: какимъ образомъ выдѣлить изъ общей исторіи человѣчества исторію права, не выяснивъ характерныхъ особенностей правовыхъ явленій? Къ этому приходятъ волей не волей и самые рѣшительные приверженцы исключительно *историко*-научнаго изученія права. Такъ проф. Муромцевъ свое новѣйшее изслѣдованіе [1]) посвятилъ ни чему иному, какъ именно выясненію свойствъ правовыхъ явленій, совершенно оставляя въ сторонѣ изслѣдованіе порядка смѣны правовыхъ принциповъ.

Гораздо ближе къ истинѣ опредѣленія задачи научнаго правовѣдѣнія, данное въ самое послѣднее время приватъ — доцентомъ грацскаго университета Пферше [2]). Онъ видитъ задачу науки права въ выясненіи дѣйствія права, при чемъ имѣетъ въ виду, такъ сказать, общее дѣйствіе права, напримѣръ дѣйствіе гражданскаго права на общій складъ экономической жизни. Опредѣленіе же частнаго дѣйствія права, выражающагося въ установленіи отдѣльныхъ субъективныхъ правъ, онъ считаетъ не научной, а практической задачей и главный недостатокъ современнаго состоянія науки права видитъ именно въ томъ, что главное вниманіе обращается теперь на этотъ совершенно второстепенный, по его мнѣнію, моментъ дѣйствія права.

Отрицаніе научнаго значенія опредѣленій субъективныхъ правъ есть очевидно опять таки результатъ совершенно превратнаго пониманія требуемаго для научности изслѣдованія объективизма. Объективизмъ есть дѣйствительно необходимое условіе научности. Но объективизмъ этотъ долженъ заключаться

---

[1]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права 1879.

[2]) Methodik der Privatrechts-Wissenschaft. Graz 1881.

только въ объективномъ отношеніи къ изслѣдуемому предмету, а не въ томъ вовсе, чтобы самъ изслѣдуемый предметъ не имѣлъ субъективнаго характера. И совершенно субъективныя явленія могутъ быть предметомъ строго объективнаго изслѣдованія. Поэтому то обстоятельство, что субъективныя права имѣютъ, положимъ, и менѣе объективный характеръ, нежели общее дѣйствіе права, нисколько не можетъ служить основаніемъ къ непризнанію научнаго характера за изученіемъ субъективныхъ правъ. Между тѣмъ выясненіе общаго дѣйствія права уже предполагаетъ анализъ обусловливаемыхъ правомъ юридическихъ отношеній. Невозможно, напримѣръ, выяснить вліяніе тѣхъ или другихъ законодательныхъ постановленій на развитіе кредита, не выяснивъ предварительно того, какія создаются ими отношенія между кредиторомъ и должникомъ.

Конечно, дѣйствіе законодательныхъ постановленій не исчерпывается установляемыми ими субъективными правами. Новый законъ можетъ повліять на положеніе и тѣхъ, кому не предоставляется никакихъ правъ, на кого онъ не возлагаетъ никакихъ обязанностей. Возможно и менѣе интензивное дѣйствіе юридической нормы, не принимающее формы установленія юридическихъ отношеній, а въ общей суммѣ это дѣйствіе можетъ имѣть большое общественное значеніе. Но установленіе субъективныхъ правъ все таки есть основная и наиболѣе опредѣленная форма дѣйствія права. Для полноты же изслѣдованія возможно расширить предѣлы юридическаго анализа, распространить его, на эту косвенную, второстепенную форму дѣйствія права, и въ выставленномъ Іерингомъ ученіи о рефлективномъ дѣйствіи права можно, какъ мнѣ кажется, найти весьма подходящій для этого путь.

Если, не увлекаясь ложно направленнымъ стремленіемъ къ объективизму, мы опредѣлимъ задачу научнаго правовѣдѣнія, какъ выясненіе дѣйствія права вообще, не исключая при этомъ изученія субъективныхъ правъ, а, напротивъ, придавая имъ первенствующее значеніе, какъ основной формѣ дѣйствія права, то этимъ мы достигнемъ полнаго соотвѣтствія чистой науки и науки прикладной. Практическое правовѣдѣніе имѣетъ своей задачей изученіе дѣйствія той или другой національной системы права, теоритическое—дѣйствія правъ вообще. И то, и другое главнымъ образомъ сосредоточиваетъ свое изученіе на анализѣ субъективныхъ правъ, не игнорируя однако и общаго вліянія права на ходъ явленій общественной жизни. Правда у цивилистовъ замѣтна склонность къ исключенію изъ круга своихъ из-

слѣдованій всякого соціальнаго, или, какъ прежде говорили, политическаго элемента. За то у публицистовъ на оборотъ мы замѣчаемъ преобладаніе политики надъ догмой. И то, и другое есть, конечно, односторонность, обусловленная ходомъ историческаго развитія той и другой отрасли права: преобладающимъ вліяніемъ римскаго права и судебной практики въ одной изъ нихъ и на оборотъ преобладаніемъ философскихъ системъ вмѣстѣ съ полнымъ почти отсутствіемъ судебной практики въ другой. Но теперь замѣтно стремленіе сгладить эти односторонности. Особенно заслуживаетъ вниманіе въ этомъ отношеніи весьма опредѣленно сказавшееся въ послѣднее время стремленіе сблизить пріемы цивилистическихъ и криминалистическихъ изслѣдованій. Извѣстно, что нѣкоторые цивилисты прямо указываютъ на методы разработки уголовнаго права, какъ на образецъ, заслуживающій безусловнаго подражанія.

§ 4. Матеріалъ науки.

Въ послѣднее время, какъ естественная реакція противъ долгаго крайняго увлеченія философскими, основанными на дедукціи изъ природы человѣка и общества, построеніями, въ юридической теоріи стало замѣтно стремленіе совершенно устранить изъ науки права всякій философскій элементъ, сосредоточивъ все изслѣдованіе исключительно на изученіи эмпирическаго матеріала. Но такое изслѣдованіе въ лучшемъ случаѣ можетъ дать намъ только эмпирически подмѣченное однообразіе явленій, установленіе только эмпирическихъ законовъ. Для того, чтобы объяснить это однообразіе, для того, чтобы эмпирическій законъ сталъ научнымъ закономъ въ настоящемъ смыслѣ слова, нельзя обойтись безъ философскаго изслѣдованія. Нельзя не искать объясненія подмѣченнаго эмпирически однообразія въ свойствахъ природы человѣка и человѣческаго общества. Но изученіе природы человѣка и общества можетъ служить не только для объясненія уже полученныхъ эмпирически обобщеній. Оно и наоборотъ можетъ быть основой прямыхъ дедуктивныхъ заключеній.

Такъ какъ право есть явленіе и психическое, и вмѣстѣ соціальное, то условія его образованія и существованія не могутъ въ извѣстной степени не совпадать съ общими условіями психическихъ и соціальныхъ явленій. Поэтому выводы психологіи и соціологіи могутъ служить основой для выведенія изъ нихъ извѣстныхъ положеній теоріи права. Но, конечно, такіе выводы нуждаются всегда въ повѣркѣ данными, почерпаемыми нами изъ ученія дѣйствительно существующаго юридическаго

строя. Такая повѣрка дедуктивныхъ заключеній въ теоріи права тѣмъ болѣе необходима, что въ силу комбинаціи психическихъ и соціальныхъ условій правовыя явленія представляются въ высшей степени сложными и потому дедуктивное изслѣдованіе можетъ быть примѣняемо въ этой области лишь съ крайнею осторожностью.

Съ другой стороны и психологія, и соціологія даютъ намъ пока лишь весьма ограниченное число прочно установленныхъ выводовъ. При такомъ положеніи дѣла примѣненіе дедуктивнаго метода въ теоретическомъ изученіи права естественно ограничивается весьма узкими рамками. На каждомъ шагу онъ требуетъ повѣрки и дополненія путемъ индуктивнаго изслѣдованія.

Такимъ образомъ философское изученіе права не можетъ быть отдѣляемо въ особую науку. Пріемы философскаго и положительнаго изученія права, для того чтобы дать плодотворные результаты, должны быть непремѣнно соединяемы во едино, какъ составные элементы одного научнаго изслѣдованія.

Между тѣмъ у юристовъ вошло въ обычай не только противуполагать другъ другу философское и положительное изученіе права, но и самое положительное изученіе права подраздѣляютъ на догматическое, историческое и сравнительное. Но какъ философское и положительное изученіе не могутъ быть раздѣляемы безъ прямаго ущерба для плодотворности научнаго изслѣдованія, такъ и это раздробленіе элементовъ положительнаго изученія не можетъ быть допускаемо. Наука стремится къ возможно большему обобщенію, и потому совершенно нецѣлесообразно произвольно ограничивать изслѣдуемый матеріалъ только правомъ данной народности или даже только правомъ, дѣйствующимъ въ данный, случайно взятый, историческій моментъ.

Въ практическомъ изученіи права еще можно ограничиваться изученіемъ только дѣйствующаго въ данный моментъ права (догматическое изученіе). Но и чисто-практическія цѣли нерѣдко требуютъ историческаго изученія. Въ силу преемственной связи смѣняющихъ другъ друга законовъ, а еще болѣе въ силу того, что никогда не мѣняется сразу все наличное право, во всѣхъ его частяхъ, для истолкованія и постановленій дѣйствующаго права иногда безусловно необходимо обратиться къ историческому изслѣдованію. Въ отношеніи же теоріи не можетъ быть и сомнѣнія въ невозможности ограниченія однимъ догматическимъ матеріаломъ. При такомъ условіи пришлось бы для каждой исторической эпохи созидать особую теорію права. Да и не возможно найти мотива, который могъ бы побудить насъ въ теоретическомъ изу-

ченіи права ограничиваться однимъ догматическимъ матеріаломъ. Необходимость соединенія догматическаго изученія съ историческимъ признается теперь уже всѣми. За то большая неопредѣленность царитъ по вопросу о сравнительномъ изученіи права. Причина этого, конечно, въ новизнѣ самаго дѣла. Правда указанія на желательность сравнительнаго изученія права мы можемъ найти еще у Лейбница. Затѣмъ весьма энергическихъ сторонниковъ нашло себѣ сравнительное изученіе права въ самомъ началѣ настоящаго столѣтія въ лицѣ Тибо и Фейербаха. Но тутъ дѣло только ограничилось пожеланіями. Первая попытка дѣйствительнаго примѣненія на дѣлѣ сравнительнаго изученія права принадлежитъ послѣдователямъ Гегеля. Таково изслѣдованіе Ганса объ наслѣдственномъ правѣ и болѣе новое изслѣдованіе Лассаля «Система пріобрѣтенныхъ правъ.» Но эти работы учениковъ Гегеля имѣютъ лишь весьма условное значеніе. Дѣло въ томъ, что у гегеліанцевъ имѣется уже готовое, предвзятое построеніе исторіи. Поэтому сравнительное изученіе служитъ имъ не средствомъ раскрытія законовъ правовыхъ явленій, а только иллюстраціей уже установленнаго закона. Установленіе же законовъ историческаго развитія совершается совершенно инымъ путемъ, не путемъ положительнаго изслѣдованія, а чисто метафизическимъ путемъ.

На надлежащую научную почву сравнительное изученіе права было поставлено лишь въ самое послѣднее время. Только теперь стали смотрѣть на сравнительное изученіе, какъ на средство индуктивнаго изслѣдованія. Непосредственнымъ поводомъ къ этому послужили современные успѣхи исторіи культуры (труды Тэйлора, Леббока, Моргана и др.), которые основываются на сравнительномъ изученіи народнаго быта. Связь между культурой и правомъ такая тѣсная, что мысль о примѣнимости къ изученію права тѣхъ же пріемовъ, что и къ изученію культуры, представляется сама собой. Но, какъ я сказалъ, относительно условій, въ какія должно быть поставлено сравнительное изученіе права, царитъ еще большая неопредѣленность.

Прежде всего представляется спорнымъ вопросъ о томъ, чего можно ожидать отъ примѣненія сравнительнаго метода къ изученію права, можетъ-ли оно дать намъ новые факты, какъ это мы видимъ, напр., въ сравнительномъ языкознаніи, въ сравнительномъ изученіи культуры?

Англійскій Историкъ Фриманъ [1]), которому принадлежитъ одна

[1]) Freeman, Comparative politics. London. 1873 Lecture I. The range of the comparative sciences, p. 1—36. Переведено мною на русскій языкъ: Сравнительная политика.

изъ лучшихъ попытокъ примѣнить сравнительный методъ къ изученію государственнаго строя арійскихъ народностей, является рѣшительнымъ защитникомъ продуктивнаго значенія сравнительнаго изученія права. Онъ исходитъ при этомъ изъ тройной классификаціи причинъ сходствъ, представляющихся намъ въ учрежденіяхъ сродныхъ народовъ. Во первыхъ, эти сходства могутъ быть результатомъ прямаго заимствованія, подражанія. Такъ большинство современныхъ государствъ представляютъ въ своихъ государственныхъ учрежденіяхъ подражаніе англійской конституціи. Наряду съ такого рода заимствованіями въ общественныхъ учрежденіяхъ замѣчаются и такія сходства, которыя обусловливаются просто одинаковостью условій жизни того и другаго общества, такъ какъ одинаковыя причины всегда приводятъ къ одинаковымъ результатамъ. Но кромѣ этихъ двухъ группъ сходствъ существуетъ, по мнѣнію Фримана, еще и третья. Къ ней онъ относитъ тѣ сходства въ общественныхъ учрежденіяхъ, которыя не могутъ быть объяснены ни заимствованіемъ, ни дѣйствіемъ одинаковыхъ причинъ, а имѣютъ своимъ основаніемъ общность происхожденія данныхъ народовъ, такъ что они являются общимъ наслѣдіемъ народовъ, представляющихъ развѣтвленіе первоначально одной общей расы. Признаніе существованія этой третьей группы сходствъ является, конечно, необходимымъ условіемъ того, чтобы и сравнительное изученіе права, подобно сравнительному изученію языка и матеріальной культуры могло привесть къ установленію новыхъ, неизвѣстныхъ изъ другихъ источниковъ, фактовъ. Но самое существованіе такихъ сходствъ многими оспаривается и вмѣстѣ оспаривается конечно возможность въ изученіи права придти, посредствомъ примѣненія сравнительной методы, къ открытію какихъ-либо новыхъ фактовъ.

Отвергая возможность признать существованіе этой третьей группы сходства, утверждаютъ, что относящіяся къ ней сходства представляютъ лишь соединеніе сходствъ двухъ первыхъ группъ. Между переносомъ, напр., крестоносцами феодальной системы на востокъ, и сходствомъ, замѣчаемымъ вообще въ учрежденіяхъ грековъ, римлянъ и германцевъ, какъ трехъ отраслей западной вѣтви аравійцевъ, различіе заключается единственно въ томъ, что въ первомъ случаѣ воспроизведена была *вся* феодальная система, въ полномъ ея видѣ, во второмъ же случаѣ отдѣльными арійскими народами воспроизводились лишь зачатки неразвитаго общественнаго строя ихъ первоначальной родины, получившія у каждаго изъ нихъ дальнѣйшее развитіе уже самостоятельное и

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., л., 7.

сродное лишь въ силу того, что одинаковыя причины приводятъ къ одинаковымъ слѣдствіямъ. Такимъ образомъ тѣ случаи сходства, которые по классификаціи Фримана относятся къ третьей группѣ, въ дѣйствительности не имѣютъ за собой особаго, самостоятельнаго основанія, а объясняются, какъ результатъ совокупнаго дѣйствія и подражанія, и одинаковыхъ условій общественнаго развитія [1]).

Вся эта аргументація опирается однако на молчаливо подразумѣваемое предположеніе, не только недоказанное, но и весьма сомнительное. Отрицать самостоятельную основу сходствъ третьей группы, можно лишь отрицая вмѣстѣ тѣмъ возможность иного пути унаслѣдованія учрежденій народа — родоначальника, какъ только путемъ сознательнаго, произвольнаго подражанія. Данныя современной психологіи говорятъ напротивъ въ пользу возможности и несознательнаго, непроизвольнаго воспроизведенія учрежденій первоначальной родины въ силу факта психической наслѣдственности, достаточно установленнаго изслѣдованія Гальтона и Рибо. Но разъ мы признаемъ существованіе психической наслѣдственности, намъ уже невозможно будетъ сводить всѣ сходства въ общественныхъ учрежденіяхъ къ дѣйствію одинаковыхъ условій и къ сознательному подражанію. Намъ необходимо признать существованіе и третьей группы сходствъ, сходствъ, основывающихся на несознательномъ подражаніи, на психической наслѣдственности.

Другое возраженіе, выставляемое противъ соображеній Фримана, о возможности придти посредствомъ сравнительнаго изученія права къ открытію новыхъ фактовъ состоитъ въ томъ, что данныя сравнительнаго изученія права не могутъ дать такого результата, такъ какъ юридическія понятія болѣе отвлеченны, нежели понятія, съ которыми имѣетъ дѣло сравнительное изученіе матеріальной культуры. Вотъ, какъ формулируетъ это возраженіе проф. Ковалевскій [2]).

«Сравнительная грамматика несомнѣнно въ состояніи открыть предъ нами картину матеріальнаго быта арійцевъ въ эпоху ихъ совмѣстнаго сожительства; но сдѣлать тоже въ равной мѣрѣ и по отношенію къ общественному быту ихъ — она положительно не можетъ, и вотъ по какой причинѣ. Когда въ арійскихъ языкахъ мы находимъ однокоренныя выраженія для обозначенія,

[1]) *Сергѣевичъ*, Государство и право въ исторіи. (Сборникъ государ. знаній, изд. Безобразовымъ, т. VII, 1879) стр. 42—50.

[2]) Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи и пріемы изученія права. 1880, стр. 13.

положимъ, породъ домашнихъ животныхъ, то намъ не представляется труда вывести заключеніе, что прирученіе ихъ человѣкомъ имѣло мѣсто еще въ эпоху совмѣстнаго сожительства арійцевъ; тоже далеко нельзя сказать о терминахъ служащихъ для обозначенія какихъ-либо не матеріальныхъ, а нравственныхъ понятій. Изъ того обстоятельства, что regere и rîse—слова однокоренныя еще не слѣдуетъ, чтобы конкретныя представленія, связанныя съ каждымъ изъ нихъ были бы тождественны; сравнительная грамматика безсильна сказать намъ, что разумѣли подъ правленіемъ римляне,—то же ли что германцы или нѣтъ?»

Нельзя, конечно, отрицать, что опредѣленіе точнаго значенія словъ, когда они обозначаютъ понятія нравственныя, дѣло весьма трудное. Но отсюда едва ли можно сдѣлать выводъ, что сравнительное изученіе права не можетъ привесть къ открытію новыхъ фактовъ. Если «сравнительная грамматика безсильна сказать намъ, что разумѣли подъ правленіемъ римляне,—то же ли, что германцы, или нѣтъ», то вѣдь точно также безсильна она сказать и что разумѣли они подъ мельницей, молотомъ, плугомъ, лодкой. Значеніе словъ мы вообще узнаемъ не изъ грамматики. Но если на основаніи другихъ, не грамматическихъ данныхъ, мы опредѣлимъ, положимъ, тождество понятій, обозначавшихся словами regere и rîse, то указаніе сравнительной грамматики на происхожденіе этихъ словъ отъ одного корня прольетъ для насъ совершенно новый свѣтъ на общественный бытъ западныхъ арійцевъ въ ту отдаленную эпоху, когда они еще не подѣлились на грековъ, италійцевъ и германцевъ, давая намъ право съ увѣренностью утверждать, что тогда уже существовало у арійцевъ правительство. Различіе въ примѣнимости сравнительной методы къ открытію новыхъ фактовъ въ изученіи матеріальной культуры и въ изученіи права едва ли можно проводить далѣе различія въ степени. Въ одномъ случаѣ этотъ пріемъ приложимъ легче, въ другомъ — онъ представляетъ большія трудности. Но въ обоихъ случаяхъ онъ одинаково возможенъ.

Другой спорный вопросъ по отношенію къ условіямъ примѣнимости сравнительнаго метода къ изученію права, есть вопросъ о томъ, должно ли быть сравнительное изученіе права непремѣнно *историко*-сравнительнымъ? Другими словами: необходимо ли ограничивать сравненіе только сравненіемъ соотвѣтственныхъ историческихъ стадій развитія права?

Такое ограниченіе весьма существенно, такъ какъ опредѣленіе соотвѣтствія историческихъ стадій необходимо предполагаетъ основательное предварительное изученіе исторіи сравни-

заемыхъ системъ правъ, а такое изученіе возможно въ настоящее время по отношенію лишь къ весьма ограниченному числу народовъ. Поэтому у тѣхъ, кто, какъ, напримѣръ, Постъ [1]), не требуетъ, чтобы сравнительное изученіе было непремѣнно историко-сравнительнымъ, и даже напротивъ, противополагаетъ сравнительное изученіе историческому, оно получаетъ гораздо болѣе широкое примѣненіе. Но многіе относятся отрицательно къ такому изученію, называя его презрительно «сопоставительнымъ» и отрицая за нимъ всякое научное значеніе. «Здравый смыслъ, по мнѣнію профессора Ковалевскаго, говоритъ всякому, что такого рода сравненіе, какъ бы любопытны ни были сравниваемые факты, никакого научнаго значенія не имѣетъ и имѣть не можетъ» [2]). Такое безусловное осужденіе «сопоставительнаго» метода едва ли можно признать справедливымъ. Спору нѣтъ, для изученія исторіи права не можетъ принесть пользы сравненіе всевозможныхъ юридическихъ институтовъ. Для историческихъ цѣлей и изученіе должно быть непремѣнно историко-сравнительнымъ. Но сдѣлать отсюда выводъ, что «сопоставительный» методъ и вовсе не можетъ имѣть никакого научнаго значенія, было бы слишкомъ поспѣшнымъ заключеніемъ.

Сравненіе употребляется, какъ пріемъ изслѣдованія, не въ однѣхъ общественныхъ наукахъ. И естествоиспытателю не обойтись безъ сравненія; оно играетъ въ наукахъ естественныхъ, даже въ астрономіи, физики, химіи, не говоря уже о біологіи, весьма видную роль, и при томъ не только для выясненія законовъ развитія, но и при изслѣдованіи такихъ вопросовъ, гдѣ нѣтъ и рѣчи о какомъ-либо генезисѣ. Словомъ, въ естествознаніи примѣняется не только историко или генетико-сравнительный методъ, но и просто методъ сопоставленія.

Значеніе сравненія въ научныхъ изслѣдованіяхъ вообще можетъ быть сведено къ тремъ главнымъ функціямъ [3]).1) Во первыхъ, сравненіе предметовъ, кажущихся на первый взглядъ совершенно разнородными, можетъ нерѣдко привесть къ открытію объясненія явленій. Такъ объясненіе явленія радуги было найдено, благодаря тому, что Рожеръ Бекон ъ сталъ сравнивать это явленіе съ явленіями, замѣчаемыми при прохожденіи луча черезъ призму. Ложное глубокомысліе, безъ сомнѣнія, нашло бы такое сравненіе «сопоставленіемъ, неимѣющимъ научнаго значе-

[1]) Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, B. I, 1880, s. 8 und ff.

[2]) *Ковалевскій*, Историко-сравнительный методъ, стр. 1.

[3]) *Джевонсъ* Основы науки 1881, стр. 557, 566, 569.

нія», такъ какъ на такое сравненіе Р. Беконъ былъ наведенъ, повидимому, чисто внѣшнимъ сходствомъ получаемыхъ при этомъ цвѣтовъ. Можно указать весьма любопытный и болѣе новый примѣръ научнаго открытія, на которое изслѣдователь былъ наведенъ подмѣченнымъ имъ сходствомъ въ запахѣ. Я говорю объ открытіи озона, явившемся какъ слѣдствіе, замѣченнаго Шенбейномъ сходства между запахомъ, развивающимся отъ электрическихъ искръ и ударовъ молніи и запахомъ при медленномъ горѣніи фосфора.

2) Во-вторыхъ, сравненіе можетъ служить средствомъ открытія явленій, иногда весьма общихъ, но проявляющихся большею частью въ такой формѣ, что они укрываются отъ нашего вниманія. Только когда путемъ сравненія всевозможныхъ предметовъ мы натыкаемся, наконецъ, на такой, въ которомъ данное свойство выражено въ достаточно рѣзкой, бросающейся въ глаза формѣ, мы замѣчаемъ это свойство. Такъ магнитная руда дала поводъ къ открытію магнетизма, исландскій шпатъ — двойнаго лучепреломленія, сѣрно-кислый хининъ — флуоресценціи и т. п.

3) Наконецъ, въ третьихъ, только посредствомъ длиннаго ряда сравненій, подбирая одинъ предметъ къ другому, можно съ точностью опредѣлить границы распространенія извѣстнаго свойства или явленія. При такомъ сопоставленіи предметовъ въ одинъ непрерывный рядъ удается открывать то или другое качество тамъ, гдѣ оно прежде и не подозрѣвалось. Такъ съ давнихъ поръ установилось убѣжденіе, что электрическіе проводники и изоляторы принадлежатъ къ двумъ противуположнымъ классамъ веществъ. Но Фарадей показалъ, что чистая мѣдная проволока и гуттаперча, только крайніе примѣры изъ цѣлаго ряда веществъ, представляющихъ всевозможныя измѣненія въ степени ихъ проводимости. Даже лучшіе изоляторы допускаютъ атомную индукцію, которая необходимо предшествуетъ проводимости. Поэтому Фарадей полагаетъ, что всѣ вещества болѣе и менѣе разряжаютъ электричество, хотя въ иныхъ мы не можемъ измѣрить это дѣйствіе.

Если такимъ образомъ даже въ физикѣ, наукѣ гораздо болѣе точной, простое сопоставленіе не только не презирается, какъ ненаучный пріемъ, а напротивъ примѣняется въ весьма широкомъ объемѣ, и съ большимъ успѣхомъ, то нѣтъ никакого основанія не допускать примѣненія сопоставительнаго метода и къ изученію права. Сомнѣнія же, выражаемыя по отношенію къ допустимости такого пріема сравненія, слѣдуетъ счесть выраженіемъ скорѣе основаннаго на одностороннемъ увлеченіи историческимъ направленіемъ предразсудка, нежели дѣйствительныхъ

требованій строгой научности, которая не отворачивается отъ фактовъ, а тѣмъ болѣе отъ любопытныхъ. Такимъ образомъ, едва ли мы ошибемся, сказавъ, что оба ограниченія, которыя нѣкоторые юристы считаютъ необходимымъ установить въ отношеніи примѣнимости сравнительно методa къ изученію права, оказываются при ближайшемъ разсмотрѣніи лишенными основанія.

§ 5. Обработка матеріала.

Наука обобщаетъ наше знаніе; она замѣняетъ не только непосредственное частное, но и болѣе конкретное знаніе, болѣе абстрактнымъ и болѣе общимъ; она изучаетъ частности только какъ матеріалъ для обобщенія, стремясь придти къ выводамъ, примѣнимымъ къ цѣлымъ группамъ сходныхъ явленій и замѣняющимъ для насъ поэтому знаніе всѣхъ частныхъ явленій, относящихся къ той или другой изслѣдованной группѣ. Но обобщеніе не можетъ быть совершено надъ сырымъ матеріаломъ, въ томъ видѣ какъ онъ дается намъ непосредственнымъ наблюденіемъ. Сопоставляя непосредственныя данныя наблюденія, не подвергнутыя аналитическому разложенію на составные элементы, мы можемъ подмѣтить въ нихъ сходство лишь въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ и притомъ весьма легко этимъ пугемъ впасть въ ошибки, сблизивъ такія явленія, которыя въ дѣйствительности представляютъ весьма мало общаго и наоборотъ.

Для того, чтобы расширить обобщенія и дать имъ надежную постановку, необходимо предварительно подвергнуть представляющійся намъ въ наблюденіи матеріалъ извѣстной обработкѣ. Мы подвергаемъ для этого наши представленія анализу, разлагая ихъ на составные элементы, съ тѣмъ чтобы найти общіе элементы, изъ различныхъ комбинацій которыхъ составляется все разнообразіе нашихъ представленій извѣстнаго рода. Затѣмъ, полученные посредствомъ анализа общіе элементы нашихъ представленій мы комбинируемъ уже сознательно и такъ, какъ того требуютъ цѣли научнаго изслѣдованія, построяя, конструируя такимъ образомъ научныя понятія, которыя, какъ идеальныя построенія, не суть простыя копіи дѣйствительности, но своеобразныя, требующіяся для цѣлей науки, конструкціи. Наконецъ, полученные путемъ конструкціи научныя понятія мы классифицируемъ, соединяя ихъ въ группы, руководясь ихъ сходствомъ и различіемъ.

Всѣ эти пріемы: анализъ, конструкція и классификація, суть общіе пріемы научнаго изслѣдованія, отнюдь не составляющіе

исключительной принадлежности только науки права. Но это не сознается нерѣдко и самими юристами, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ анализу и, въ особенности, въ отношеніи къ конструкціи. Такъ Іерингъ, излагая ученіе объ юридическомъ анализѣ и юридической конструкціи, для поясненія этихъ пріемовъ, ссылается не на общія начала научной методологіи, а на примѣръ азбуки для объясненія анализа, и на примѣръ органическихъ тѣлъ для поясненія юридической конструкціи,—подобія въ обоихъ случаяхъ весьма отдаленныя и неполныя. Муромцевъ же прямо относитъ всѣ пріемы юридической конструкціи къ «особенностямъ юридическаго воззрѣнія»[1]), имѣющимъ лишь «условное практическое значеніе и немогущимъ служить средствомъ научнаго объясненія»[2]).

Мы постараемся доказать, что ни въ конструкціи, ни въ анализѣ нельзя никоимъ образомъ видѣть особенности юридическаго воззрѣнія, что, напротивъ, мы имѣемъ тутъ дѣло лишь съ частнымъ примѣненіемъ общихъ научныхъ пріемовъ обобщенія. Начнемъ съ анализа.

Въ противоположность обыденному воззрѣнію, юристъ не разсматриваетъ каждый отдѣльный юридическій казусъ, какъ одно цѣлое. Онъ, напротивъ, всегда разлагаетъ представляющійся ему практическій вопросъ на составные элементы, установляя сначала распознаваніе, діагнозъ каждаго отдѣльнаго элемента, и затѣмъ уже давая рѣшеніе вопроса, такъ какъ онъ ставится практикой, основывая это рѣшеніе на совокупности діагнозовъ составляющихъ этотъ случай элементовъ. Въ силу этого тамъ, гдѣ не-юристъ видитъ одинъ нераздѣльный вопросъ, допускающій только категорическое рѣшеніе въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ, юристъ нерѣдко видитъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ вопросовъ, допускающихъ каждый самостоятельное рѣшеніе. Въ отношеніи къ отдѣльному практическому случаю такое аналитическое его разложеніе можетъ естественно показаться лишь напраснымъ усложненіемъ и запутываніемъ вопроса. Но если, не ограничиваясь отдѣльнымъ случаемъ, мы примемъ во вниманіе безконечный рядъ разнообразныхъ случаевъ, представляемыхъ юридической практикой, то мы поймемъ, что юридическій анализъ не запутываетъ, не усложняетъ разрѣшенія отдѣльныхъ случаевъ, а напротивъ чрезвычайно его упрощаетъ. Дѣло въ томъ, что посредствомъ такого аналитическаго разложе-

[1]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, стр. 93.
[2]) Тамъ же, стр. 121.

нія мы сводимъ все безконечное разнообразіе юридическихъ казусовъ, встрѣчающихся въ жизни, къ различнымъ комбинаціямъ небольшаго числа все однихъ и тѣхъ же основныхъ элементовъ. Такимъ образомъ изученіемъ этихъ элементовъ мы замѣняемъ изученіе всего этого пестраго разнообразія возможныхъ казусовъ. Понятно, что это даетъ большую экономію времени и труда.

Можно ли признать этотъ пріемъ юридическаго анализа своеобразною особенностью правовѣдѣнія? Чтобы убѣдиться въ противномъ, стоитъ только открыть любой курсъ логики: мы вездѣ найдемъ изложеніе совершенно аналогичныхъ пріемовъ анализа нашихъ представленій, какъ общихъ пріемовъ образованія понятій. Зигвартъ, такъ тотъ такое разложеніе нашихъ представленій на ихъ общіе основные элементы прямо считаетъ основнымъ вопросомъ всего ученія о методахъ [1]). Въ старыхъ логикахъ, правда, процессъ образованія общихъ понятій излагался нѣсколько односторонне. Дѣло представлялось такъ, какъ будто общія понятія мы образуемъ всегда однимъ путемъ: путемъ послѣдовательнаго опущенія въ нихъ признаковъ, такъ, что общей формой соотношенія понятій признавали соотношеніе вида и рода. Это вѣроятно и побудило Іеринга искать объясненія юридическаго анализа не въ общихъ пріемахъ логическаго анализа, а въ аналогіи съ азбукой. Дѣйствительно въ старыхъ логикахъ онъ не нашелъ бы пожалуй подходящей формулы для объясненія того, что онъ называетъ различіемъ самостоятельныхъ и несамостоятельныхъ, конкретныхъ и абстрактныхъ элементовъ. Онъ поясняетъ это различіе сравненіемъ съ различіемъ гласныхъ и согласныхъ. Гласная юридической азбуки это то, что можетъ существовать въ жизни само по себѣ, отдѣльно, напр., купля-продажа, завѣщаніе. Согласная это то, что мыслимо только какъ принадлежность чего-либо другаго, таково, напр., понятіе просрочки. Повторяю, подъискать подходящую формулу для такого различія дѣйствительно могло бы представиться затруднительнымъ, если держаться только старыхъ логикъ. Но современные нѣмецкіе логики, Зигвартъ, Лотце, Вундтъ, не признаютъ опущеніе признаковъ общимъ пріемомъ образованія понятій, не признаютъ и различіе вида и рода общей формой ихъ соотношенія. По словамъ Вундта, соотношеніе вида и рода есть лишь одна изъ возможныхъ формъ соотношенія понятія и общность есть общее свойство понятій, лишь въ томъ смыслѣ, что каждое понятіе состоитъ изъ элементовъ, которые входятъ въ составъ и другихъ

[1]) Sigwart, Logik. B. II Methodenlehre, 1878, s. 5.

понятій и различной комбинаціей которыхъ единственно и обусловливается различіе отдѣльныхъ понятій [1]). Поэтому нельзя сказать, чтобы большая отвлеченность понятія обусловливала всегда и бо́льшую общность. Такъ напр., понятіе обязательства менѣе абстрактно, нежели понятіе отсрочки. Но нельзя сказать, чтобы оно вмѣстѣ съ тѣмъ было и менѣе общимъ. При такомъ взглядѣ на дѣло и общимъ пріемомъ обобщенія является не опущеніе частныхъ признаковъ, а разложеніе представленій на ихъ составные элементы, и нѣтъ уже надобности искать объясненія пріемовъ юридическаго анализа внѣ логическихъ формулъ. Въ нѣмецкой литературѣ и была уже сдѣлана попытка воспользоваться результатами логическихъ изслѣдованій Зигварта и Лотце для объясненія процесса образованія юридическихъ понятій [2]).

Такимъ же совершенно общимъ логическимъ пріемомъ представляется и то, что Іерингъ называетъ логической концентраціей понятій. Тутъ все дѣло заключается въ опредѣленіи взаимнаго соотношенія понятій и слѣдуетъ только замѣтить, что Іерингъ опускаетъ изъ виду разнообразіе формъ этого соотношенія. Соотношеніе понятій можетъ быть не только отношеніемъ соподчиненія, но можетъ принимать и различныя другія формы напр. взаимоисключенія (случай и умыселъ), соотносительности (право и обязанность), соприкосновенія (dies incertus an, certus quando и conditio) перекрещиванія (вещныя и имущественныя права) и т. д. [3]).

Но эта, такъ называемая Іерингомъ, логическая концентрація понятій даетъ объединеніе матеріала лишь въ весьма узкихъ рамкахъ. Для того, чтобы объединеніе могло обнять весь матеріалъ общихъ элементовъ, полученныхъ путемъ анализа, а не отдѣльныя только ихъ группы, необходимо обратиться къ синтезу, посредствомъ юридической конструкціи. Подобно анализу и юридическая конструкція не представляетъ исключительной особенности юридической науки. Это общій пріемъ научнаго обобщенія [4]). Не слѣдуетъ думать, чтобы научныя обобщенія были просто суммированными копіями дѣйствительности. Такія копіи по необходимости представляются неясными, неопредѣленными. Они подобны тому смутному впечатлѣнію, какое мы получимъ, если наложимъ одну на другую нѣсколько прозрачныхъ картинъ и станемъ разсматривать ихъ противъ свѣта. При этомъ конечно и краски, и

[1]) Wundt, Logik, I, 1880, s. 96.
[2]) Rümelin, Juristische Begriffsbildung. 1878.
[3]) Wundt, Logik, I, s. 113.
[4]) *Льюисъ*, Вопросы о жизни и духѣ, т. I, Спб. 1875 г. стр. 272—300.

очертанія контуровъ сольются, смѣшаются, потерявъ всякую опредѣленность. Обобщенія, подобныя такимъ неяснымъ впечатлѣніямъ, не годятся для цѣлей науки. Они могутъ, пожалуй, удовлетворить потребностямъ обыденной жизни, гдѣ мы заурядъ руководствуемся неясными, для насъ самихъ смутными представленіями. Но наука требуетъ прежде всего отчетливости, ясности, опредѣленности. И въ дѣйствительности научныя обобщенія не суть вовсе суммированныя лишь копіи дѣйствительности. Всѣ научныя обобщенія суть идеальныя построенія, представляющія собою своеобразныя комбинаціи полученныхъ путемъ анализа общихъ элементовъ нашихъ представленій. Эти комбинаціи не копируютъ рабски дѣйствительность; они составляются свободно, сообразно цѣлямъ научнаго обобщенія, и потому всегда уклоняются нѣсколько отъ дѣйствительности. Таковъ характеръ обобщеній во всѣхъ наукахъ безъ исключенія: всякая наука даетъ не копію дѣйствительности, а идеальное построеніе. Такъ напримѣръ, когда говорятъ, что луна обращается по опредѣленной орбитѣ вокругъ земли, то это нельзя понимать, какъ простое описаніе дѣйствительно совершающагося обращенія луны вокругъ земли — это только идеальное построеніе, объясняющее намъ движеніе луны. Въ дѣйствительности луна вовсе не описываетъ эллипсисовъ вокругъ земли. Если бы она въ своемъ движеніи оставляла за собою видимый слѣдъ, слѣдъ этотъ имѣлъ бы фигуру не эллипсиса и вообще не замкнутой кривой, а не замыкающейся волнообразной линіи. Весьма наглядно выражается конструктивный характеръ научныхъ обобщеній въ кристаллографическихъ системахъ. Для того, чтобы объяснить сложныя явленія, наблюдаемыя въ кристаллахъ, кристаллографы воображаютъ, что внутри каждаго кристалла существуютъ извѣстныя оси или линіи направленія, соотносительной длиной и взаимнымъ наклоненіемъ которыхъ опредѣляется природа кристалла. Въ одномъ классѣ кристалловъ есть четыре такихъ оси; во всѣхъ другихъ только три; они могутъ быть или одинаковой длины или различной, или перпендикулярны другъ къ другу или наклонны. Этимъ различіемъ числа, длины и наклона воображаемыхъ осей обусловливается дѣленіе кристалловъ на семь различныхъ системъ, представляющихъ различіе геометрическихъ формъ и физическихъ свойствъ. Но, конечно, эти оси только воображаемыя. Такимъ образомъ вся кристаллографія опирается на конструкцію, на идеальное построеніе.

Совершенно такое же, не только практическое, но и научное значеніе имѣетъ и юридическая конструкція. Между ней и конструкціями, напр., астрономическими или кристаллографическими

нѣтъ никакого принципіальнаго различія. Но, конечно, пріемы юридической конструкціи иные, такъ какъ тутъ и самый предметъ, подлежащій объясненію, совсѣмъ не тотъ.

Основной пріемъ юридическій конструкціи заключается, какъ извѣстно въ томъ, что отношенія юридическія, существующія между людьми, объективируются, разсматриваются, какъ самостоятельныя существа, возникающія, измѣняющіяся въ теченіи своего существованія и, наконецъ, прекращающіяся. Затѣмъ, въ организаціи, въ структурѣ этихъ отношеній различаютъ ихъ субъектовъ, т. е. тѣхъ лицъ, между которыми происходятъ отношенія, и ихъ объекты, т. е. тѣ силы, пользованіе которыми служитъ поводомъ установленія отношеній. Наконецъ, въ содержаніи отношеній различаютъ всегда два элемента: право и соотвѣтствующую праву обязанность.

Подобно тому, какъ опредѣленіемъ числа, соотносительной длины и положенія осей опредѣляются всѣ свойства кристалла, такъ и опредѣленіе всѣхъ свойствъ различныхъ юридическихъ отношеній сводится къ опредѣленію ихъ субъекта объекта, содержанія и условій установленія и прекращенія. Конструкція юридическихъ отношеній выполняетъ совершенно туже функцію, какъ и конструкція кристаллографическихъ системъ. Это есть приноровленное для цѣлей юридическаго изслѣдованія идеальное построеніе. Поэтому и критика юридической конструкціи не можетъ заключаться въ разрѣшеніи вопроса о томъ, соотвѣтствуетъ ли она во всѣхъ своихъ частностяхъ дѣйствительности. Оси кристалла, орбита луны существуютъ только въ нашемъ мышленіи, мы только воображаемъ ихъ себѣ. И это нисколько не мѣшаетъ этимъ конструкціямъ имѣть высокое научное значеніе. Не бѣда поэтому, если и юридическая конструкція не представляетъ простой копіи дѣйствительности. Оцѣнка ея должна обусловливаться исключительно тѣмъ, представляется ли она пригодной формой для нагляднаго и точнаго воспроизведенія всѣхъ свойствъ правовыхъ явленій и ихъ взаимнаго соотношенія. Пригодность для этой цѣли установившаго пріема юридической конструкціи, какъ конструкціи отношеній, лучше всего доказывается успѣшнымъ ея примѣненіемъ на практикѣ. Выработанный собственно цивилистами, этотъ пріемъ конструкціи находитъ себѣ съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе широкое примѣненіе. И по самому существу своему онъ вполнѣ пригоденъ для воспроизведенія всевозможныхъ юридическихъ явленій, какъ бы они ни были разнообразны.

Но вполнѣ признавая высокое достоинство установившагося

въ наукѣ пріема конструкціи, я не могу не указать на рѣшительную необходимость дальнѣйшаго развитія этого пріема. Совершенно сохраняя всѣ выработанныя до сей поры элементы юридической конструкціи, необходимо сдѣлать къ нимъ одно, впрочемъ довольно существенное, добавленіе. Обыкновенно юридическія нормы, существованіе которыхъ составляетъ необходимое предположеніе превращенія фактическихъ отношеній въ юридическія, только и принимаются въ соображеніи, какъ такое conditio sine qua non юридическихъ отношеній. Въ самомъ началѣ, обыкновенно въ введеніи, дается краткій очеркъ ученія о нормахъ, между прочимъ и о дѣйствіи ихъ во времени, и затѣмъ ужь въ дальнѣйшемъ изложеніи совершенно игнорируется тотъ фактъ, что нормы не неподвижны, а измѣнчивы. Весь анализъ сводится къ опредѣленію того, какъ сказываются измѣненія въ различныхъ элементахъ юридическаго отношенія, только они разсматриваются, какъ перемѣнные. При практическомъ изученіи какой-нибудь одной законодательной системы это, конечно, вполнѣ законный пріемъ. Но разъ дѣло идетъ объ общей юридической теоріи, это пріемъ рѣшительно несостоятельный. Общей теоріи приходится считаться съ разнообразнѣйшими системами права: какъ же ихъ умѣстить всѣхъ въ рамки юридической конструкціи? Для того, чтобы сравнительное изученіе не являлось какимъ то случайнымъ придаткомъ, лишеннымъ строго научной, объективной постановки, эксплоатируемымъ лишь для разрѣшенія чисто субъективнаго вопроса: какая система лучше? — необходимо принять во вниманіе въ самой юридической конструкціи и измѣнчивость нормъ. Если мы станемъ въ юридическихъ конструкціяхъ разсматривать какъ перемѣнныя и элементы отношеній, и нормы ихъ опредѣляющія, то мы получимъ естественно двоякую группировку юридическихъ явленій. Группировка, основанная на сходствѣ и различіи элементовъ юридическихъ отношеній, дастъ классификацію системой. Группировка, основанная на различіи выражающихся въ нормахъ юридическихъ принциповъ, дастъ намъ рядъ юридическихъ типовъ.

Классификація системой получается путемъ сопоставленія соподчиняющихся другъ другу понятій. Она имѣетъ въ виду не только раздѣлить классифицируемыя явленія на группы, но и соединить эти группы въ одно цѣлое, связать всѣ отдѣльныя группы такъ, чтобы они представили постепенное развѣтвленіе одного основнаго, наиболѣе общаго понятія на все болѣе и болѣе частныя понятія, такъ что все систематическое дѣленіе можетъ быть представлено графически, какъ одинъ развѣтвляющійся

стволъ (отсюда названіе: порфиріево или рамусово дерево). Но классификація системой есть только частный видъ классификаціи. Если мы станемъ сопоставлять не соподчиняющіяся, а перекрещивающіяся понятія по степени ихъ взаимной близости (abc, bcd, cde, def и т. д.), то получимъ классификацію не системой, а рядомъ, такъ какъ такое сопоставленіе не можетъ дать развѣтвленія. Мы получимъ, напротивъ, рядъ понятій, представляющихъ, такъ сказать, послѣдовательныя звѣнья одной непрерывной цѣпи понятій. Тутъ понятія не развѣтвляются, не подраздѣляются, а одно слѣдуетъ за другимъ. Поэтому можно сказать, что классификація системой есть группировка въ пространствѣ; классификація—группировка во времени [1]).

Классификація играетъ вообще очень видную роль въ юридическихъ изслѣдованіяхъ. Иные даже видятъ въ выработкѣ классификаціи конечную цѣль юридической науки, разумѣется, совершенно несправедливо, такъ какъ наука не можетъ удовольствоваться приведеніемъ представляющагося ей матеріала въ опредѣленный порядокъ. Она, напротивъ, видитъ въ такомъ порядкѣ лишь средство для выполненія ея настоящей цѣли—объясненія изучаемыхъ явленій. Съ другой стороны, не смотря на такое нерѣдко встрѣчающееся преувеличеніе значенія классификаціи, самое примѣненіе классификаціи дѣлается довольно односторонне: дается только классификація системой, классификацію же рядами совершенно упускаютъ изъ виду. Между тѣмъ, выясненіе законовъ правовыхъ явленій, какъ продукта историческаго развитія общественной жизни, необходимо предполагаетъ установленіе классификаціи рядами. Только тогда, когда будетъ установлена классификація послѣдовательныхъ типовъ юридическаго порядка, возможно будетъ подмѣтить эмпирическій законъ ихъ смѣны. Поэтому въ настоящее время ближайшей непосредственной задачей юридическихъ изслѣдованій и должно служить установленіе классификаціи рядами.

Въ литературѣ можно указать на попытки такой классификаціи. Такова въ особенности классификація рядомъ, проводимая Лоренцомъ Штейномъ во всѣхъ его трудахъ. Онъ различаетъ въ развитіи каждаго института три преемственныхъ типа: типъ родоваго быта, сословнаго и государственно-гражданскаго.

§ 6. Объясненіе: причина и цѣль въ правѣ.

Собранный и обобщенный матеріалъ служитъ лишь средствомъ къ выполненію главной задачи каждой науки: объясненія

[1]) *Милль*, Логика, т. II. стр. 261.

изучаемыхъ ею явленій. Въ наукахъ естественныхъ общепризнаннымъ пріемомъ объясненія явленій служитъ теперь объясненіе принципомъ причинности. Объясненія посредствомъ опредѣленія *сущностей*, служащихъ основой явленій, или посредствомъ *цѣлей*, вызывающихъ явленія, какъ средство своего осуществленія, совершенно отброшены современнымъ естествознаніемъ. Сущности признаны недоступными нашему познанію, а принципъ цѣли, или телеологическій, какъ принципъ совершенно субъективный, оказался непригоднымъ для объективнаго научнаго изслѣдованія. Къ тому же новѣйшіе успѣхи естествознанія такъ расширили наше знаніе, что объясненіе природы причинной связью явленій представляется вполнѣ достаточнымъ и не требующимъ помощи телеологическихъ объясненій.

Но въ области правовѣдѣнія, какъ и другихъ общественныхъ наукъ, телеологія еще находитъ себѣ энергичныхъ защитниковъ между самыми видными представителями современной юридической литературы. Ближайшая причина этого, конечно, та, что сознаніе цѣлей, какъ чисто субъективный фактъ, является однимъ изъ главнѣйшихъ факторовъ образованія права.

Невозможно объяснить юридическій строй общества, не принявъ въ соображеніе тѣхъ цѣлей, которыя руководятъ людьми въ ихъ юридическихъ отношеніяхъ. Но это потому, что тутъ *цѣли* являются *причиной* явленій. Мы обращаемся для объясненія явленій юридическаго быта къ цѣлямъ, къ субъективнымъ цѣлямъ членовъ общества, не какъ къ своеобразному, самостоятельному принципу, отличному отъ принципа причинности, а, напротивъ, именно какъ къ одной изъ сопроизводящихъ причинъ. Эти цѣли, руководящія дѣятельностью людей, такая же точно *причина*, какъ и всѣ другіе факторы общественной жизни. Отличіе принципа цѣли отъ принципа причинности телеологи видятъ въ томъ, что принципъ цѣли предполагаетъ, такъ сказать, предвареніе слѣдствія причиной, что результатъ тутъ предсуществуетъ своей причинѣ и самъ ее обусловливаетъ. Такъ, чтобы взять извѣстный примѣръ Аристотеля, здоровье, долженствующее получиться какъ результатъ прогулки, само, однако, ее обусловливаетъ, служа ей цѣлью. Такого соотношенія цѣли и результата нельзя замѣтить въ общественной жизни. Общественная среда представляетъ такое сильное противодѣйствіе стремленіямъ отдѣльной личности, что результатъ тутъ никогда не совпадаетъ съ цѣлью. Результаты общественныхъ реформъ никогда не совпадаютъ вполнѣ съ цѣлью, руководящей реформаторомъ. Соотвѣтствіе между цѣлью и результатомъ, конечно, имѣется, но не

большее того, какое можетъ существовать и между причиной и слѣдствіемъ. Иногда же результатъ прямо противоположно предполагавшейся цѣли. Итакъ, если мы и обращаемся для объясненія явленій правовой жизни къ цѣлямъ, то лишь по стольку, по скольку они являются причинами и слѣдовательно такое объясненіе не представляетъ никакой методологической особенности [1]).

Но телеологи, конечно, не могутъ принять такой постановки вопроса, приводящей къ отрицанію самостоятельнаго значенія телеологическаго принципа. Они не ограничиваютъ значеніе цѣлей только нашимъ сознаніемъ, а утверждаютъ объективное существованіе цѣлей и внѣ сознающаго духа, придавая имъ творческую силу, приводящую къ осуществленію цѣлей даже помимо нашего сознанія, даже иногда вопреки нашей воли. При такой постановкѣ телеологическій принципъ является, конечно, вполнѣ самостоятельнымъ и даже противоположнымъ принципу причинности. Это ученіе о существованіи въ мірѣ объективныхъ цѣлей, какъ творческаго принципа, особенно распространено теперь въ германской философской литературѣ (Тренделенбургъ, и особенно Гартманъ [2]), но находитъ себѣ сторонниковъ и въ англійской, и во французской (Поль Жанэ [3]). А необходимость примѣненія телеологическаго принципа къ объясненію правовыхъ явленій имѣетъ за себя такой авторитетный голосъ, какъ голосъ Рудольфа Іеринга [4]). Въ виду этого нынѣ необходимо остановиться на болѣе

Доказательства, выставляемыя телеологами въ обоснованіи своего міровоззрѣнія, не многочисленны. Они всѣ сводятся къ тремъ: 1) аналогія дѣятельности природы съ сознательной дѣятельностью человѣка; 2) недостаточность принципа причинности для объясненія начала міра и 3) бо́льшая, яко-бы математически вычислимая, вѣроятность телеологическаго принципа.

Слабость перваго аргумента ясна на первый взглядъ. Аналогія вообще не можетъ сама по себѣ служить достаточнымъ доказательствомъ. А телеологи для того, чтобы найти аналогію между процессами природы и сознательной дѣятельностью человѣка, обращаются, какъ къ посредствующему, сближающему звѣну, къ инстинкту, т.-е. къ совершенно еще темному понятію. Достаточ-

---

[1]) Къ такому выводу, при болѣе общей постановкѣ вопроса, приходитъ и *Wundt*, Logik, B. I, 1880, s. 584; „bei den Willenserscheinungen der Zweck desshalb eine *objective* Bedeutung gewinnt, weil hier wirklich die *Zweckvorstellung selbst zur Ursache wird*.

[2]) *Hartmann*. Philosophie des Unbewusst. 8 Aufl. 1878.

[3]) *Janet* Les causes finales. 1876.

[4]) *Ihering* Zweck im Recht. B. I. 1877. Русскій переводъ: Цѣль въ правѣ 1881.

но напомнить, что самое существованіе инстинктовъ, какъ самостоятельной формы дѣятельности, вопросъ спорный. Наконецъ и получаемая этимъ путемъ аналогія весьма неполная. Возьмемъ ли произвольную или и истинктивную дѣятельность человѣка или иного существа, мы вездѣ увидимъ, что понятія цѣли и средства, предполагаютъ необходимо существо, дѣйствующее въ такой средѣ, надъ которой оно не властно, которой оно не можетъ измѣнять сообразно своимъ цѣлямъ, а вынуждено для достиженія ихъ сообразоваться, напротивъ, съ неустранимыми условіями среды. Но при первоначальномъ возникновеніи міра такой среды не могло быть: когда міръ только что возникалъ, то ничего другого могущаго служить такой средой не могло быть. Точно также, обращаясь къ продолжающемуся бытію міра, мы не можемъ мыслить міръ, какъ существующій въ какой-то независимой отъ него средѣ. Міру, какъ цѣлому, все собою обнимающему, не къ чему приспособляться. Поэтому и возникновеніе міра и сохраненіе его бытія принципіально отличаются отъ условій человѣческой дѣятельности.

Второй аргументъ, основанный на невозможности объяснить причинной связью начало міра, также не убѣдителенъ. Во-первыхъ, представленіе о началѣ міра не есть вовсе необходимое. Мы можемъ мыслить его и вѣчнымъ. Если же допустить, что міръ не вѣченъ, а имѣлъ начало, то въ объясненіе этого начала, конечно, нельзя опереться на принципъ причинности, но и затѣмъ все таки остаются одинаково возможнымъ два объясненія: или предсуществовавшей цѣлью, какъ это дѣлаютъ телеологи, или же случайностью.

Наконецъ, если даже принять съ телеологами недопустимость объясненія происхожденія міра случайностью, хотя они этого ничѣмъ собственно не доказываютъ, то все таки необходимость телеологическаго объясненія будетъ установлена только въ отношеніи сотворенія міра, а не въ отношеніи его бытія. Нѣтъ никакого препятствія предположить, что сила, создавшая міръ, ставила себѣ цѣлью при этомъ лишь первый моментъ бытія міра или даже самый актъ творенія, а затѣмъ дальнѣйшее бытіе явилось результатомъ начала причинности. Мы сами очень часто дѣйствуемъ такъ, что цѣлью для насъ служитъ не результатъ, а самое дѣйствіе; къ результату же относимся мы или безразлично, или даже отрицательно. Итакъ, если допустить такое предположеніе относительно сотворенія міра, телеологическій принципъ окажется все же ограниченнымъ однимъ актомъ творенія и совершенно неприложимымъ къ бытію міру, къ объясненію совершаю-

щихся въ мірѣ явленій. Такимъ образомъ и этотъ аргументъ ничего не доказываетъ. Остается еще аргументъ, основанный якобы на теоріи вѣроятности и выставленный Гартманомъ.

Гартманъ думаетъ дать въ своей «Философіи безсознательнаго» не больше не меньше какъ «*математическое*» доказательство невозможности объяснить міръ началомъ причинности и необходимости обратиться для этого къ началу цѣли. Онъ пользуется при этомъ теоріей вѣроятностей и путемъ весьма несложныхъ выкладокъ приходитъ къ тому заключенію, что относительно любаго явленія, по крайней мѣрѣ органическаго міра, вѣроятность обоснованія его закономъ цѣли представляется несравненно большей, чѣмъ вѣроятность примѣнимости начала причинной связи [1]).

Возьмемъ одно изъ приводимыхъ имъ вычисленій. Предположимъ возможность объясненія акта зрѣнія закономъ причинности. Въ такомъ случаѣ причиной зрѣнія мы должны признать совокупность разнообразныхъ матеріальныхъ условій, которыхъ Гартманъ насчитываетъ именно 13 [2]). Допуская вѣроятность того, что каждое изъ этихъ тринадцати условій имѣетъ своей причиной матеріальныя условія развитія эмбріона, равной $^9/_{10}$, онъ указываетъ затѣмъ на то, что вѣроятность совпаденія всѣхъ этихъ условій должна ровняться лишь $0{,}9^{13}=0{,}254$; а слѣдовательно, вѣроятность противоположнаго предположенія, что актъ зрѣнія обусловленъ принципомъ цѣли получается равной 0,746, т.-е. представляется въ три раза больше [3]).

Для оцѣнки достоинства такого яко-бы «математическаго» доказательства лучше всего можетъ послужить сопоставленіе съ такимъ, совершенно аналогическимъ, примѣромъ. Вашъ знакомый, человѣкъ цвѣтущаго здоровья, переѣзжаетъ въ понедѣльникъ на новую квартиру и черезъ нѣсколько недѣль умираетъ. Наши бабушки объяснили бы это очень просто. Понедѣльникъ, извѣстное дѣло, день тяжелый: переѣхалъ на квартиру въ такой день, такъ ужъ отъ бѣды не уйдешь.

Мы теперь смѣемся надъ такими «объясненіями» и сводимъ дѣло къ несчастному стеченію обстоятельствъ. Но, слѣдуя примѣру Гартмана, легко «математически» доказать полную вѣроятность

---

[1]) *Hartmann*. Philosophie des Unbewussten. 8 Aufl. 1878, B. I, s. 36—47.

[2]) Напр. 1) существованіе нервовъ, раздраженіе которыхъ производитъ зрительное ощущеніе; 2) существованіе ретины; 3) находящейся предъ ней камеры—обскуры, и т. д.

[3]) Тамъ же, стр. 42, 43.

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб. Вас. Остр., 2 л., 7.

вліянія въ этомъ дѣлѣ понедѣльника. Дѣйствительно, обстоятельства, стеченіемъ которыхъ мы замѣняемъ бабушкинъ «понедѣльникъ», могутъ быть многочислены и сложны: ихъ можно легко насчитать не 13, а 130. И вотъ, прилагая ко взятому нами случаю пріемъ вычисленія, предложенный Гартманомъ, мы съ полнымъ успѣхомъ докажемъ совершенную невѣроятность объясненія несчастія «стеченіемъ обстоятельствъ» и полную вѣроятность объясненія «понедѣльникомъ»

Не трудно понять, въ чемъ тутъ фокусъ. Все вычисленіе основано на томъ, что одно изъ предположеній расчленяется на входящія въ него условія, а другое—нѣтъ. При такомъ пріемѣ вычисленія расчленяемое предположеніе, каково бы оно ни было, окажется невѣроятнымъ. Такимъ путемъ можно доказать все, что угодно, что, напримѣръ, паровозъ движется не паромъ, а нечистой силой. Стоитъ въ приведенномъ примѣрѣ Гартмана пріемъ разчлененія на составныя условія приложить къ его предположенію, что актъ зрѣнія объяснимъ только принципомъ цѣли, и результатъ получится обратный. Предположите вѣроятность объясненія принципомъ цѣли существованіе зрительнаго нерва, ретины, хрусталика и всѣхъ 13 условій каждаго въ отдѣльности равной не 0,9, а хотя 0,99, вѣроятность такого же объясненія ихъ совпаденія окажется совершенно ничтожной ($0{,}99^{13}$).

Такимъ образомъ всѣ аргументы, выставляемые въ обоснованіи телеологическаго міровоззрѣнія представляются крайне слабыми. Съ другой стороны возраженія, которыя можно привесть противъ допустимости телеологическаго объясненія въ наукѣ, гораздо многочисленнѣе и серьезнѣе.

Прежде всего слѣдуетъ указать, что телеологія есть ученіе, проникнутое внутреннимъ противорѣчіемъ. Основаніе телеологическаго міровоззрѣнія есть признаніе существованія объективныхъ цѣлей міра: безъ этого оно не можетъ существовать, безъ этого оно теряетъ, какъ мы видѣли, свою своеобразность и самостоятельность. Между тѣмъ телеологическое объясненіе міра на каждомъ шагу впадаетъ неизбѣжнымъ образомъ въ субъективизмъ и, такимъ образомъ, подрываетъ свое собственное основаніе.

Старая наивная форма телеологизма, учившая, что запахъ и окраска цвѣтовъ существуютъ затѣмъ, чтобы услаждать взоръ и обоняніе человѣка, что дыня затѣмъ раздѣлена на дольки, чтобы ее удобно можно дѣлить съ членами семьи, что летучія мыши садятся на бѣлое затѣмъ, чтобы мы могли ихъ ловить, что мѣсяцъ и звѣзды затѣмъ свѣтятъ ночью, чтобы замѣнить солнце и т. д., и т. д., теперь не находитъ себѣ защитниковъ. И дѣй-

ствительно, нелѣпость ея очевидна, такъ какъ чисто субъективные вкусы людей тутъ возводятся въ объективныя цѣли міра. Но если сравнить этотъ наивный телеологизмъ съ современными его формами, то рѣшительно нельзя найти никакого принципіальнаго различія. Все различіе во внѣшней формѣ. Правда, современные телеологи стараются найти и принципіальное различіе. Такъ Поль Жанэ полагаетъ, что не слѣдуетъ допускать такихъ телеологическихъ объясненій, въ которыхъ цѣлью даннаго явленія признается нѣчто лишь впослѣдствіи привходящее, не сосуществующее постоянно данному явленію. Поэтому телеологическое объясненіе не должно основываться на томъ употребленіи извѣстныхъ свойствъ вещей, какое лишь сравнительно поздно придумывается людьми. Но это ограниченіе не можетъ быть выдержано и современными телеологами. Имъ нерѣдко по необходимости приходится обращаться къ объясненію существующаго теперь такою цѣлью, которая имѣла мѣсто лишь задолго до настоящаго времени или будетъ имѣть лишь въ отдаленномъ будущемъ. Примѣромъ перваго рода могутъ служить объясненія такъ наз. зачаточныхъ органовъ въ тѣлѣ животныхъ. Примѣромъ втораго рода—объясненіе всякаго вообще постепеннаго развитія. И трудно найти какое-нибудь существенное различіе между телеологическими объясненіями Фурье, который существованіе полюсовъ объяснялъ тѣмъ, что въ будущемъ должна явиться сѣверная корона, которая замѣнитъ полюсамъ недостающій имъ солнечный свѣтъ, а существованіе Панамскаго перешейка, весьма затрудняющаго морскія сношенія—тѣмъ, что американцы непремѣнно его пророютъ, и телеологіей Поля Жанэ, который существованіе полюсовъ, объясняетъ необходимостью для общей экономіи земнаго шара «запасныхъ магазиновъ мертвой матеріи», а существованіе Сахары тѣмъ, что въ ней постоянно накопляется тепло, которое современемъ будетъ восполнять тотъ недостатокъ въ теплѣ, который долженъ получиться въ далекомъ будущемъ, вслѣдствіе постепеннаго охлажденія солнца.

Понятно, что объясненія и Фурье, и Жане одинаково грѣшатъ субъективизмомъ, одинаково основываются на произвольномъ предположеніи, что цѣли природы должны почему-то совпадать съ нашими человѣческими интересами.

Другой существенный недостатокъ телеологизма, который слѣдуетъ поставить наряду съ субъективизмомъ, составляющимъ его внутреннее самопротивовоззрѣніе, есть самоотрицающая гибкость телеологическихъ объясненій.

Подъ самоотрицающею гибкостью или растяжимостью телео-

логическаго объясненія явленій я разумѣю то его свойство, что оно оказывается годнымъ какъ бы мы ни представляли себѣ факты. Весьма любопытное подтвержденіе этого можно найти у самаго Жанэ. Прежде весьма было распространено убѣжденіе, что глазъ есть совершеннѣйшій, точнѣйшій оптическій инструментъ, съ которымъ не можетъ сравниться ни одно произведеніе рукъ человѣческихъ и въ этомъ предполагавшемся совершенствѣ телеологи находили излюбленный ими аргументъ, заключавшійся въ томъ, что такое дивное совершенство можетъ быть объяснено только съ телеологической точки зрѣнія. Но новѣйшія физіологическія изслѣдованія показали, что хваленное совершенство глаза далеко не такъ велико, и что многіе оптическіе инструменты могутъ съ нимъ въ этомъ поспорить. Жанэ это извѣстно. Что же, отказывается ли онъ теперь отъ этого излюбленнаго старыми телеологами примѣра? Нисколько. Не бѣда, что теперь доказано, какъ разъ, противоположное тому, въ чемъ были убѣждены его предшественники. Новѣйшая телеологія въ лицѣ Жанэ, не смущаясь, утверждаетъ, что *несовершенство* глаза также точно несомнѣнно доказываетъ истинность телеологическаго міровоззрѣнія, какъ и ошибочно предполагавшееся прежде *совершенство*. Дѣло въ томъ, что чѣмъ точнѣе, совершеннѣе оптическій инструментъ, тѣмъ онъ чувствительнѣе. Между тѣмъ глазныя болѣзни и такъ уже достаточно распространены. А если бы глаза наши были совершеннѣе, то и разстройство зрѣнія было бы еще распространеннѣе. Такимъ образомъ неполное совершенство нашихъ глазъ очевидно явилось съ тою цѣлью, чтобы предотвратить слишкомъ частое разстройство глазъ. Нѣтъ сомнѣнія, что если бы дальнѣйшія изслѣдованія показали, что современные физіологи ошибаются, что старики, считавшіе глазъ верхомъ совершенства правы, телеологи также выйдутъ сухи изъ воды и, не смутившись, снова возвратятся къ прежней формѣ аргументаціи.

Въ связи съ этой крайней растяжимостію телеологическихъ объясненій, дѣлающей ихъ пригодными при всевозможныхъ фактическихъ данныхъ, хотя бы прямо другъ другу противоположныхъ, стоитъ и совершеннѣйшая ихъ практическая и научная безплодность.

Старые телеологи были наивнѣе современныхъ, ихъ объясненія часто являлись наивными до смѣшнаго. Но въ одномъ они должны быть поставлены выше ихъ новѣйшихъ послѣдователей. Отстаивая телеологическое міровоззрѣніе, они не видѣли въ немъ простой игры ума, только занятнаго упражненія для досужихъ мыслителей. Ихъ вѣра въ телеологическій принципъ была искрен-

ней, серьёзной вѣрой. И разъ принявъ телеологическій принципъ, они уже видѣли въ немъ руководящій принципъ научнаго изслѣдованія, высшее мѣрило истины. Если имъ указывали на факты, не укладывающіеся въ рамки телеологическаго міровоззрѣнія, они не задумывались отрицать такіе факты, какъ безсмысленные, нелѣпые. Когда, въ концѣ прошлаго столѣтія, было открыто существованіе двойныхъ звѣздъ, довольно извѣстный астрономъ своего времени, Николай Фуссъ, безусловно отрицалъ возможность существованія такого явленія, ссылаясь исключительно на то, что вращеніе одного свѣтящагося тѣла вокругъ другого было бы дѣломъ совершенно безцѣльнымъ. Однако существованіе этого безцѣльнаго явленія теперь есть прочно установленный фактъ. Иные телеологи добраго стараго времени были настолько послѣдовательны въ своихъ убѣжденіяхъ, что возставали даже противъ тѣхъ изобрѣтеній, которыя казались имъ противорѣчащими телеологическому міровоззрѣнію. Они думали, съ своей точки зрѣнія весьма логично, что если міръ устроенъ цѣлесообразно, то человѣку незачѣмъ что либо измѣнять въ естественномъ ходѣ явленій. Люди не должны ставить громоотводы, потому что въ цѣлесообразно устроенномъ мірѣ цѣлесообразенъ, конечно, и каждый ударъ молніи, какія бы бѣдствія на нашъ взглядъ онъ не причинялъ. Оспопрививаніе должно быть отвергнуто, какъ дѣло нечестивое: вѣдь всякая болѣзнь предопредѣлена Провидѣніемъ. Еще не такъ давно, почти на нашихъ глазахъ, на томъ же основаніи признавали грѣхомъ анестезированіе родильницъ.

Всѣ такія крайнія выраженія телеологіи теперь уже относятся къ области историческихъ курьезовъ. Они такъ безповоротно осуждены въ общемъ сознаніи научно-развитыхъ людей, что и самый завзятый телеологъ не станетъ теперь отстаивать возможности подобнаго примѣненія телеологическаго принципа.

Но если современные телеологи открещиваются отъ такого примѣненія телеологіи, какъ отъ «злоупотребленія» его, то въ чемъ же, спрашивается, заключается ея настоящее, правильное употребленіе? Если телеологія не можетъ служить мѣриломъ возможности или невозможности предполагаемыхъ фактовъ, то какую же другую службу можетъ она сослужить научному изслѣдованію? Польза объясненія причинной связи явленій очевидна сама собой: зная причину, я всегда могу предсказать слѣдствіе. Но какую пользу можно извлечь изъ опредѣленія цѣли явленій? Очевидно никакой.

Однако наука не служитъ только непосредственнымъ практи-

ческимъ цѣлямъ. Она не ограничиваетъ своихъ изслѣдованій лишь тѣмъ, что непосредственно требуется нашей пользой. Наука движется прежде всего чистымъ стремленіемъ къ знанію и нерѣдко чисто теоретическое изслѣдованіе, относившееся къ предмету, казалось бы совершенно чуждому нашимъ интересамъ, приводило со временемъ къ открытіямъ, имѣющимъ высокое практическое значеніе. Поэтому не бѣда, если телеологическія объясненія не приносятъ никакой практической пользы. Достаточно, если они годны для чисто теоретическихъ цѣлей. Но и съ этой точки зрѣнія нельзя придти въ оцѣнкѣ телеологіи къ иному результату, какъ къ отрицательному. Первое условіе всякой плодотворной научной гипотезы есть то, чтобы она была способна быть фактически провѣренной, чтобы она могла быть при установленіи опредѣленныхъ фактическихъ данныхъ доказана. Но телеологическія объясненія иногда могутъ быть опровергнуты, но никогда не могутъ быть подтверждены, доказаны. Поясникъ это примѣромъ. Фенелонъ въ своемъ «Трактатѣ о существованіи Бога» говоритъ, между прочимъ, что луна дана землѣ для того, чтобы замѣнять ей ночью солнце. Въ системѣ міра Лапласа можно найти совершенно убѣдительное доказательство недопустимости такого объясненія существованія у земли спутника. Лапласъ указываетъ, что еслибы такова была цѣль существованія луны, то она для осуществленія этой цѣли должна бы вращаться, подобно землѣ, по эллиптической орбитѣ вокругъ солнца въ 50 разъ ближе къ солнцу, чѣмъ земля, причемъ скорость движенія земли и луны должна бы была быть пропорціональна ихъ разстоянію отъ солнца. При такомъ условіи луна дѣйствительно всегда бы являлась у насъ на горизонтѣ тотчасъ по заходѣ солнца. При существующемъ же положеніи луны бываютъ ночи (въ новолуніе), когда мы не видимъ ни солнца, ни луны. Но предположимъ, что движеніе луны оказалось бы устроеннымъ именно такъ, какъ это необходимо для того, чтобы за заходомъ солнца, всегда слѣдовалъ восходъ луны. Могли бы мы въ такомъ случаѣ считать предположеніе Фенелона научно доказаннымъ? Очевидно, нѣтъ. При такомъ измѣненномъ движеніи луны получился бы цѣлый рядъ разнообразныхъ слѣдствій, и не было бы никакого основанія одно изъ нихъ—именно устраненіе фазъ луны, считать цѣлью даннаго устройства движенія луны. Такимъ образомъ и съ чисто теоретической точки зрѣнія телеологическія объясненія, какъ иногда лишь допускающія опроверженіе, но никогда не допускающія доказательства, представляются гипотезами совершенно безплодными, а потому, конечно, и ни къ чему

негодными въ наукѣ. Итакъ телеологія оказывается совершенно несостоятельной, какъ пріемъ научнаго объясненія и слѣдовательно въ частности неприложимой и къ наукѣ права, гдѣ, какъ и въ другихъ наукахъ, цѣли, по необходимости субъективныя, могутъ служить объясненію явленій лишь на столько, насколько они становятся *причинами*.

Такимъ образомъ и по этому послѣднему вопросу настоящей главы мы приходимъ къ тому же заключенію, что и по предъидущимъ: общія начала научнаго метода одинаково приложимы и къ правовѣдѣнію.

Если затѣмъ въ своемъ современномъ построеніи правовѣдѣніе во многомъ отличается отъ другихъ наукъ, то это объясняется единственно тѣмъ, что въ ней старыя ученія, старыя методы сохраняютъ несравненно дольше свое вліяніе, нежели въ какой-либо другой наукѣ. Дѣло въ томъ, что въ другихъ наукахъ ложныя ученія, ложныя методы не могутъ никакъ повліять на изучаемый предметъ. Напротивъ, въ правовѣдѣніи то или другое научное направленіе, сколько нибудь распространенное, не можетъ остаться безъ вліянія на современное ему законодательство и такимъ образомъ оставляетъ послѣ себя слѣды не только въ литературѣ, но и въ законодательныхъ постановленіяхъ, составляющихъ главную составную часть изучаемаго юристомъ матеріала. Въ силу этого осмысленное ознакомленіе съ современнымъ состояніемъ науки права необходимо предполагаетъ хотя нѣкоторое знакомство съ ея исторіей. Мы и обратимся теперь къ разсмотрѣнію историческаго развитія правовѣдѣнія.

ГЛАВА II.

Очеркъ исторіи правовѣдѣнія [1]).

§ 7. Дѣленіе на періоды.

Намъ уже приходилось говорить о соотношеніи практическаго и теоретическаго изученія права. Мы видѣли, что практическое изученіе, ограничивающееся догматической разработкой

[1]) *Nettelbladt*, Initia historiae jurisprudentia litterariae. 1764. *Bachius*, Historia jurisprudentiae. 1806. *Haubold*, Institutiones juris romani litteraria 1809. *Hugo*, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts seit Iustinian, 3 Ausg. 1830. *Warnkönig*, Vorschule der Institutionen und Pandecten. 1839. *Lerminier*, Intro-

дѣйствующаго права, получило гораздо болѣе прочную и опредѣленную постановку, нежели изученіе теоретическое. Практическій интересъ, вызывающій догматическое изученіе права, опредѣляетъ и предметъ, и задачу, и методъ такого изученія. Въ совершенно иныя условія поставлено изученіе теоритическое. Оно выступаетъ на сцену сравнительно поздно, позднѣе другихъ отраслей научнаго знанія. Оно возникаетъ, когда практическое изученіе успѣло уже сложиться въ совершенно опредѣленныя формы, когда въ немъ уже выработалась своеобразная, твердо установившаяся техника.

Гдѣ же ему было искать для себя образцовъ? Въ другихъ, опередившихъ правовѣдѣніе, наукахъ? Но ихъ пріемы представляютъ своеобразныя особенности, дѣлающія ихъ неприложимыми къ изученію права, и если теорія права переймет ихъ безъ надлежащихъ измѣненій, то неизбѣжно нарушится соотвѣтствіе между нею и практическимъ изученіемъ права. Въ практическомъ правовѣдѣніи? Но всѣ его пріемы обусловлены непосредственно практическими цѣлями. Какъ и чѣмъ именно изъ наличнаго аппарата права можно воспользоваться для той или другой цѣли — вотъ формула, къ которой сводится все практическое изученіе права. Теоретическое изученіе не можетъ принять этой формулы, такъ какъ ея задача заключается вовсе не въ томъ, чтобы изыскать средства пріурочиванія того или другаго законодательства къ охранѣ чьихъ-либо интересовъ. Такимъ образомъ теоретическое правовѣдѣніе не находитъ передъ собой готоваго пути. Какъ путь другихъ наукъ, такъ и путь практической юриспруденціи оказывается для теоріи права непригоднымъ.

Теоретическому изученію права приходится самому прокладывать новую дорогу, которая была ближе къ пути практической юриспруденціи, нежели путь другихъ наукъ, и ближе къ пути другихъ наукъ, нежели путь практическаго правовѣдѣнія. Отсюда понятны колебанія изъ стороны въ сторону. То ищутъ спасенія въ слѣпомъ подражаніи пріемамъ другихъ наукъ, искажая этимъ особенную природу правовѣдѣнія. То, впадая въ другую крайность, низводятъ науку права до значенія простой те-

---

duction générale á l'histoire du droit. 1830. *Héron*, An Introduction on the history of Jurisprudence. 1860. *Rossbach*, Die perioden der Rechtsphilosophie. 1842. *Stahl*, die Philosophie des Rechts, 4 Auflage 1870. Band. I. *Janet*, Histoire de la philosophie morale et politique. 1860. *Неволинъ*, Исторія философіи законодательства. *Пелянкевичъ*, Исторія философіи права. *Чичеринъ*, Исторія политическихъ ученій.

хники толкованія законовъ. Богословіе, математика, исторія, естествознаніе, каждая въ свой чередъ, указывались юриспруденціи какъ образцы. И рядомъ съ этимъ, какъ естественная реакція, идетъ прямое отрицаніе примѣнимости къ изученію права общихъ научныхъ методовъ. Какъ мы видѣли, постановка теоретическаго изученія права и теперь еще составляетъ предметъ разногласій.

Послѣдовательныя измѣненія въ постановкѣ теоретическаго изученія въ его соотношеніи къ догматическому и представляютъ лучшую основу для дѣленія исторіи правовѣдѣнія на періоды. Эти измѣненія обусловливали основное различіе въ пріемахъ научнаго изученія права и притомъ приводятъ къ такой періодизаціи исторіи правовѣдѣнія, которая совпадаетъ съ главнѣйшими эпохами развитія духовной жизни человѣчества. Только исторія правовѣдѣнія, конечно, не можетъ обнимать всѣхъ этихъ эпохъ; она начинается лишь съ Рима, такъ какъ только тутъ право обособляется, получаетъ самостоятельное значеніе и во всякомъ случаѣ современная наша юриспруденція находится въ преемственной связи только съ римской юриспруденціей.

Если мы обратимся къ разсмотрѣнія того, какъ, начиная съ римской юриспруденціи, опредѣлялось соотношеніе практическаго и теоретическаго изученія права, мы увидимъ, что, какъ въ Римѣ, такъ и въ средніе вѣка еще не замѣчается сознательное различеніе этихъ двухъ точекъ зрѣнія; правовѣдѣніе тутъ еще не раздѣляется на теорію и догму. Только съ эпохи возрожденія появляется это раздвоеніе, выражаясь въ противоположеніи появляющихся съ этого времени гуманистическаго изученія права и философіи права догматическому правовѣдѣнію.

Но мы не можемъ, основываясь на этомъ различіи, принять только два періода. Изученіе права въ Римѣ и въ средніе вѣка, до настоящаго столѣтія и въ настоящемъ столѣтіи представляетъ такія существенныя особенности, что нельзя признать ихъ за одинъ періодъ. Къ тому же особенности эти имѣютъ прямое отношеніе къ принятому нами основанію періодизаціи.

Въ Римѣ отсутствіе раздѣленія догмы и теоріи обусловливалось особенностью положенія юристовъ. Ихъ дѣятельность была практическая и при томъ творческая: они не только объясняли право но и творили его, и при томъ то и другое совершалось однимъ и тѣмъ же путемъ, въ одной и той же формѣ. Поэтому, въ дѣятельности римскихъ юристовъ вопросы теоріи и практики не могли получить такого же рѣзкаго отдѣленія, какъ у насъ.

Совершенно другая причина обусловливала отсутствіе раздѣленія теоріи и догмы въ средніе вѣка. Тутъ причина лежитъ не въ творческомъ, а, напротивъ, въ исключительно рецептивномъ характерѣ дѣятельности средневѣковыхъ юристовъ. Римское право было дѣйствующимъ правомъ въ средневѣковой Европѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ продуктъ дѣятельности римскихъ юристовъ, представляло замѣчательную научную обработку. Усвоить себѣ это право, возвыситься до уровня римскихъ юристовъ—одинаково составляло высшую задачу и догмы и теоріи [1]).

Съ эпохи возрожденія пробуждается самостоятельная философская мысль и вмѣстѣ духъ свободнаго изслѣдованія. Въ наукѣ права это приводитъ къ возникновенію теоретическаго изученія права, гуманистическаго и философскаго, которое ставится рядомъ съ положительнымъ правовѣдѣніемъ. Это параллельное существованіе двухъ пріемовъ изученія права—догматическаго и теоретическаго—сохраняется до конца прошлаго столѣтія, какъ всѣми признаваемая необходимость.

Съ появленіемъ исторической школы совершается поворотъ. Въ раздѣленіи догмы и теоріи начинаютъ видѣть недостатокъ и стремятся къ объединенію ихъ между собой. Въ этомъ и заключается общая задача современной стадіи науки права.

Такимъ образомъ мы получаемъ четыре періода: римская юриспруденція, средневѣковая, новая и новѣйшая.

§ 8. Римская юриспруденція [2]).

Какъ мы сказали, въ римской юриспруденціи не было раздвоенія догмы и теоріи. Большое вліяніе, которымъ пользовались римскіе юристы, было тому причиной. Поставленные въ такія условія, что легко могли проводить, пользуясь своимъ авторитетомъ, свои воззрѣнія практически, они естественно не имѣли ни

---

[1]) Die Rechtwissenschaft des Mittelalters verfolgte die ihr von den römischen juristen gestelte Aufgabe. *Schulte,* Aufgabe und Reform des juristischen Studiums. Bonn. 1881., s. 9.

[2]) *Zimmern.* Geschichte des römischen Privatrechts. I, §§ 76—103. *Puchta.* Cursus der Institutionen, I: Geschichte des Rechts bei dem röm. Volke. §§ 76—78. 96—104. Тоже въ русскомъ переводѣ: *Пухта.* Исторія Римскаго права. Перев В. Лицкой. 1864. *Kuntze.* Cursus. §§ 193 ff—Excurse über römisches Recht. §§ 228 233; 318—349. *Ihering.* Geist des röm. Recht. II, § 42. ff. *Hildebrandt.* Geschichte und System der Rechts und Staatsphilosophie, I, 1860. §§ 524—634 *Муромцевъ.* О консерватизмѣ римской юриспруденціи.. 1875. *Богольповъ.* Значеніе общенароднаго гражданскаго права. 1876. *Ярошъ.* Исторія идеи естественнаго права. часть I, 1881. стр. 171—264.

времени, ни потребности задаваться теоретическимъ изученіемъ права безотносительно къ его практическому примѣненію.

Авторитетъ и видное общественное положеніе юристовъ въ Римѣ ведутъ свое начало еще отъ того времени, когда юристы были вмѣстѣ и жрецы. Это соединеніе жреческихъ и юридическихъ функцій — явленіе, общее многимъ первобытнымъ обществамъ. Съ такимъ же характеромъ являются, напримѣръ, брамины въ Индіи, брегоны въ Ирландіи. Но между тѣмъ, какъ у другихъ народовъ, по мѣрѣ разъединенія жречэскихъ и юридическихъ функцій, юристы вмѣстѣ теряли и свой авторитетъ, или же этого разъединенія вовсе не совершалось, юристы не дѣлались особымъ классомъ, чуждымъ сакральнаго характера, въ Римѣ это разъединеніе совершилось, но авторитетъ юристовъ отъ того не уменьшился. Браминъ или брегонъ, высказывая свое мнѣніе, ссылался на сверхъестественную санкцію и потому не имѣлъ необходимости объяснять свое мнѣніе. Римскіе юристы въ своихъ responsa опираются, напротивъ, на логическую аргументацію, что и привело ихъ, въ отличіе отъ браминовъ или брегоновъ, къ созданію *науки* права.

Сравнивая памятники дѣятельности римскихъ юристовъ съ такими же памятниками, сохранившими до насъ разсужденія ирландскихъ брегоновъ, не трудно понять, почему работа брегоновъ была забыта въ самой Ирландіи и только въ наше время, какъ какая-то ископаемая диковинка, изслѣдуется историками права, а труды римскихъ юристовъ до сихъ поръ служатъ основой всего юридическаго образованія. Въ произведеніяхъ римскихъ юристовъ мы найдемъ много такого, что на нашъ взглядъ представляется уже устарѣлымъ, совершенно несоотвѣтствующимъ условіямъ современнаго общественнаго быта. Но для своего времени всѣ произведенія римскихъ юристовъ имѣли высокое жизненное значеніе. Вы вездѣ находите только такія разсужденія, которыя дѣйствительно имѣютъ юридическое значеніе; римскіе юристы какъ бы были надѣлены особымъ юридическимъ чутьемъ, строгимъ юридическимъ смысломъ, недопускавшимъ ихъ никогда до празднаго обсужденія вопросовъ, не могущихъ имѣть юридическаго значенія. Совсѣмъ другое мы находимъ въ памятникахъ брегонскаго права. Правда и тутъ «встрѣчается много такого, что даже и въ настоящее время не лишено юридическаго смысла». Но рядомъ съ этимъ «довольно значительная часть древняго брегонскаго сборника Book of Aicill посвящена разсмотрѣнію вопроса о вредѣ, причиняемомъ собаками, когда онѣ грызутся между собою, причемъ весьма подробно излагаются разно-

образныя правила для поведенія въ этомъ случаѣ различныхъ лицъ: собственниковъ собакъ, зрителей, «безпристрастныхъ разнимателей», «полуразнимателей» (т. е. тѣхъ, которые относятся съ пристрастіемъ къ какой-либо изъ собакъ), случайныхъ свидѣтелей, малолѣтнихъ и идіотовъ. Далѣе, тотъ же юридическій трактатъ разбираетъ вопросъ о вредѣ, нанесенномъ кошкою, укравшею что-нибудь изъ кухни, употребленіемъ прялокъ при дракѣ между женщинами, укушеніемъ пчелъ, причемъ принимается во вниманіе, ужалила-ли пчела до крови или нѣтъ. Мы могли бы, замѣчаетъ Мэнъ [1]), привести множество подобныхъ же примѣровъ. Въ такихъ разсужденіяхъ сказывается полное отсутствіе способности къ юридическому діагнозу, умѣнья отдѣлять въ каждомъ частномъ казусѣ, имѣющее юридическое значеніе, отъ тѣхъ подробностей, которыя нисколько не вліяютъ на юридическую природу отношенія. У римскихъ юристовъ нельзя найти ничего подобнаго этимъ quasi-юридическимъ разсужденіямъ о разнимателяхъ и полу-разнимателяхъ собакъ. И у нихъ изученіе права носитъ казуистическій характеръ. Общія опредѣленія и систематизація не получили у нихъ развитія. Эта задача выпала на долю современныхъ юристовъ. Но дѣло въ томъ что казуистика римскихъ юристовъ не представляется праздной, схоластической. Всѣ разбираемые ими казусы имѣютъ реальное, жизненное значеніе, всѣ они представляютъ высокій юридическій интересъ, такъ какъ анализомъ ихъ раскрываются общіе элементы теоріи права.

Первые римскіе юристы (т. н. veteres) естественно ограничивались непосредственной практической дѣятельностью, формулированіемъ юридическихъ сдѣлокъ и судебныхъ исковъ, и этотъ практическій характеръ проникнулъ всю римскую юриспруденцію. Но, конечно, дѣятельность юристовъ позднѣйшей эпохи уже включаетъ въ себѣ болѣе теоретическихъ элементовъ, хотя и они остаются неразрывно связанными съ общимъ практическимъ направленіемъ ихъ дѣятельности.

Римскій юристъ былъ юристомъ-практикомъ. Но не слѣдуетъ представлять его дѣятельность такою, какъ дѣятельность современныхъ адвокатовъ. Дѣятельность римскихъ юристовъ частью была уже, частью шире дѣятельности современныхъ практиковъ. Римскій юристъ не велъ дѣла на судѣ: causas orare было дѣломъ особыхъ лицъ — ораторовъ, которые не были юристами и

[1]) *Мэнъ.* Древнѣйшая исторія учрежденій. Переводъ А. И. Нахимова. Спб. 1876, стр. 38.

были поставлены въ совершенно иныя условія дѣятельности, нежели юристъ. Такіе ораторы вели дѣло за плату, между тѣмъ какъ юристы давали свои совѣты даромъ, находя себѣ вознагражденіе въ той славѣ и въ томъ вліяніи, которыя они пріобрѣтали своей дѣятельностью. Про К. Фигула сохранился разсказъ, что въ награду за свои совѣты онъ ожидалъ себѣ консульства. Когда онъ увидѣлъ себя обманутымъ въ своихъ ожиданіяхъ, онъ пересталъ давать совѣты, упрекая обращавшихся къ нему: «An vos consulere scitis, consulem facere nescitis?»

Съ другой стороны, римскій юристъ являлся не представителемъ только юридическихъ познаній, но и житейской мудрости вообще. Не даромъ ихъ нерѣдко называли просто prudentes. Надо-ли было римлянину выдать замужъ дочь, продать югеръ земли, заключить заемъ, онъ всегда обращался предварительно за совѣтомъ къ свѣдущему юристу. У насъ къ юристу, какъ и къ врачу, обращаются обыкновенно уже тогда, когда поздно, когда невыгодная сдѣлка уже заключена, когда непредвидѣнныя ея послѣдствія уже неотвратимы. Напротивъ, въ Римѣ дѣятельность юристовъ имѣла преимущественно профилактическій характеръ.

Цицеронъ въ одной изъ своихъ рѣчей [1]), говоря о дѣятельности юристовъ, называетъ ее «militia urbana respondendi, scribendi, cavendi». Это выраженіе послужило поводомъ къ тому, что стали различать троякую дѣятельность юристовъ: respondere, scribere, cavere. Но не трудно понять, что такая классификація рѣшительно несостоятельна, такъ какъ scribere не можетъ составлять самостоятельной формы дѣятельности: въ письменную форму могло быть облечено и respondere, и cavere. Да и самъ Цицеронъ не придавалъ этому такого значенія: въ другихъ мѣстахъ онъ опускаетъ scribere и, вмѣсто того, говоритъ объ agere.

Только cavere и respondere можно различать, какъ различныя формы дѣятельности юристовъ.

Подъ cavere разумѣется составленіе различнаго рода юридическихъ актовъ, редижированіе сдѣлокъ и исковъ. Въ силу свойственнаго древнему римскому праву формализма, эта дѣятельность представляла первоначально весьма большое значеніе. Формулировка предполагала уже анализъ юридическаго отношенія, раздѣленіе его на простые элементы и конструированіе его изъ нихъ. Поэтому, такая дѣятельность юристовъ приводила къ выработкѣ ими новыхъ формъ юридической охраны интересовъ.

[1]) Pro Murena. c. 9.

Кунтце приводитъ слѣдующіе примѣры: 1) Manilianae venalium vendendorum leges, т. е. о формулахъ договора купли-продажи, въ которыхъ, быть можетъ, слѣдуетъ видѣть введеніе evictio. 2) Cautio Muciana, въ силу котораго легатарію дается возможность получить легатъ, отказанный ему подъ conditio non faciendi во всю жизнь. 3) Stipulatio Aquiliana, которая давала возможность нѣсколько различныхъ счетовъ соединить въ одну общую формулу и одно обязательство.

Подъ respondere разумѣется дача юридическихъ совѣтовъ и притомъ не только частнымъ лицамъ, но также ораторамъ и самимъ судамъ (т. н. assidere). Тутъ, конечно, непосредственнымъ предметомъ являлось истолкованіе, interpretatio дѣйствующаго права. Но interpretatio не было у римлянъ тоже, что наше толкованіе. Interpretatio имѣло творческое значеніе, являясь самостоятельнымъ источникомъ права. Многія юридическія положенія имѣютъ своимъ источникомъ responsa того или другаго юриста. Таково, напримѣръ, происхожденіе извѣстнаго regula Catoniana: quod initio nullum est, tractu temporis non convalescit. Такъ, Юній Брутъ и Сцевола установили понятіе furtum usus. Такъ, Аквилій Галлъ установилъ то начало, что внукъ отъ раньше умершаго сына можетъ быть назначенъ наслѣдникомъ дѣда (отсюда и выраженіе postumus Aquilianus). Наконецъ, укажемъ еще на praesumptio Muciana, въ силу котораго всякое имущество жены, способъ пріобрѣтенія котораго представлялся сомнительнымъ, предполагалось подареннымъ мужемъ.

Практическій характеръ дѣятельности римскихъ юристовъ отразился и на ихъ сочиненіяхъ. Всѣ они носятъ на себѣ извѣстный казуистическій характеръ. Но правда и то, что въ этой казуистической формѣ они даютъ драгоцѣннѣйшій матеріалъ, казуистика у нихъ не является сама по себѣ цѣлью. Это только форма, въ которой они анализировали непосредственный практическій, живой матеріалъ современной имъ юридической жизни.

Первыя произведенія римской юридической литературы были сборники юридическихъ формулъ. Таковы сборники Папирія, Флавія, Элія.

Первый, кто далъ систематическую обработку права, былъ Q. Mucius Scaevola (Pontifex Maximus, консулъ—659 † 671). Правда, Лейстъ находитъ первую систему права уже у Элія Секста въ его Tripartita juris civilis [1]). Но въ дѣйствительности, какъ это показалъ Іерингъ, названіе Tripartita указываетъ вовсе

[1]) *Leist*, römische Rechtssysteme, s. 10.

не на то, чтобы книга Элія состояла изъ трехъ частей, а лишь на троякій составъ самаго матеріала, подобно тому, какъ говорятъ, что jus civile tripartitum est, при чемъ подразумѣвается, что оно jus naturale, jus gentium и собственно jus civile. Слова Помпонія [1]), что Муцій Сцевола «jus civile primus constituit *generatim*» устраняютъ всякое сомнѣніе въ томъ, что до Сцеволы были только казуистическіе комментаріи.

Онъ написалъ два сочиненія: Libri XVIII juris и Liber singularis ὅρων (definitionum). Изъ этого послѣдняго сочиненія 4 отрывка вошли въ Дигесты Юстиніана: это древнѣйшее изъ сочиненій, послужившихъ матеріаломъ для составленія Дигестъ.

Servius Sulpicius Rufus († 711) обращаетъ на себя вниманіе, какъ примѣнившій діалектическую методу къ разработкѣ права. Онъ былъ первоначально ораторомъ и какъ-то обратился за юридическимъ совѣтомъ къ Кв. Муцію. Муцій высказалъ свое мнѣніе о дѣлѣ, но Сервій никакъ не могъ понять его. Разсерженный непонятливостью оратора, Муцій упрекнулъ его: turpe esse patricio et nobili et causas oranti, jus, in quo versaretur, ignorare. Упрекъ этотъ такъ подѣйствовалъ на Сервія, что съ этого времени онъ сталъ изучать право. Цицеронъ очень высоко ставитъ заслуги этого юриста. По его словамъ Сервій первый возвелъ юриспруденцію до степени науки: juris civilis, говоритъ Цицеронъ, magnum *usum* et apud Scaevolam et apud multos fuisse, *artem* in hoc uno. Будучи діалектикомъ, Сервій, понятно, отличался искусствомъ въ формулировкѣ опредѣленій. Нѣкоторыя изъ его опредѣленій перешли и въ Институціи Юстиніана, напр. опредѣленіе опеки и узуфрукта.

Изъ учениковъ Сервія особенно замѣчателенъ Aulus Ofilius, написавшій первый комментарій на эдиктъ.

Своего полнаго развитія римская юриспруденція достигаетъ только съ установленіемъ имперіи. Съ упадкомъ свободной политической жизни дѣятельность юриста стала единственнымъ поприщемъ, гдѣ могли найти себѣ примѣненіе тѣ качества, которыя развились подъ вліяніемъ республиканскаго строя. Къ этому присоединилось развитіе торговыхъ сношеній, уложеніе общественной жизни и распространеніе греческаго образованія, въ особенности большое знакомство съ греческой философіей. Изъ различныхъ философскихъ школъ Греціи, наибольшій успѣхъ въ

[1]) Sextus Pomponius—авторъ сохранившагося въ извлеченіи въ пандектахъ сочиненія Enchirii dи liber singularis, служащаго для насъ главнымъ источникомъ свѣдѣній о римскихъ юристахъ.

Римѣ имѣло ученіе стоиковъ. Стоическое ученіе о строгой законности, строгомъ порядкѣ, царящемъ въ мірѣ и нравственный идеалъ стоиковъ, какъ нельзя болѣе, соотвѣтствовали основнымъ чертамъ римскаго характера, представляющаго высокое развитіе уваженія къ порядку и долгу. Но стоицизмъ принесъ съ собою и нѣчто новое. Исконная національная исключительность римлянъ нашла себѣ въ немъ противовѣсъ. Стоицизмъ явился въ Римѣ съ рѣзкой космополитической окраской. Римлянинъ сознавалъ себя членомъ только римской городской общины. Стоики, напротивъ, сознавали себя прежде всего людьми и учили объ общемъ родствѣ всего человѣческаго рода. Ученіе стоиковъ, сдѣлавшееся почти общимъ достояніемъ всего образованнаго общества тогдашняго Рима, не могло, конечно, не отразиться и на ученіи Римскихъ юристовъ, не могло не побудить дать праву болѣе широкое, общечеловѣческое основаніе. И это дѣйствительно произошло. Но привело-ли, по крайней мѣрѣ, это усвоеніе юристами стоической философіи къ появленію въ римской юриспруденціи противоположенія теоріи практикѣ?

Такое противуположеніе теоріи и практики могло бы получиться двоякимъ образомъ. Могла бы, во-первыхъ, рядомъ съ ученіемъ юристовъ-практиковъ возникнуть, какъ самостоятельная наука, философія права, опирающаяся на основы стоическаго ученія. Но могло быть и такъ, что въ самой дѣятельности юристовъ произошло бы раздѣленіе, которое могло выразиться или въ образованіи двухъ школъ юристовъ: школы теоретической и школы практической; или, по крайней мѣрѣ, въ разъединеніи практическаго и теоретическаго элементовъ. Но ничего подобнаго мы не замѣчаемъ въ Римѣ.

Стоицизмъ вообще не нашелъ себѣ между римлянами такихъ послѣдователей, которые бы способны были дать ему дальнѣйшее самостоятельное развитіе. Римляне только усвоивали то, что имъ давала Грецiя, и если римскій стоицизмъ чѣмъ отличается отъ греческаго, то развѣ тѣмъ, что онъ не былъ уже чистымъ, послѣдовательнымъ ученіемъ, а принялъ въ себя многое изъ ученій другихъ философскихъ школъ. Такимъ эклектицизмомъ проникнуты и произведенія единственнаго изъ римскихъ писателей, написавшимъ нѣчто въ родѣ философіи права. Я говорю о Цицеронѣ. Стоицизмъ является у него съ сильной посторонней примѣсью; онъ былъ столько же стоикъ, сколько послѣдователь ученій новой академіи. Отъ Цицерона, какъ римлянина и притомъ изучавшаго основательно право, можно бы было ожидать, что онъ, воспользовавшись основаніями нравственнаго ученія стои-

ковъ, выработаетъ философію права. На первый взглядъ и можетъ показаться, что онъ это сдѣлалъ, но болѣе внимательное изученіе его произведеній приводитъ къ противоположному заключенію. Въ греческой философіи, какъ и въ греческой жизни, право не получило самостоятельнаго значенія, оно не выдѣляется тамъ изъ общаго понятія этоса, обнимающаго собой одинаково и нравы, и право, и нравственность. Первый шагъ къ основанію философіи права на основахъ стоицизма долженъ былъ поэтому заключаться, именно въ выдѣленіи права, какъ самостоятельнаго элемента. Но какъ это ни странно видѣть у гражданина древняго Рима, оставившаго намъ, какъ лучшее свое наслѣдіе, неподражаемую по выработкѣ систему права, мы не находимъ у Цицерона даже постановки этаго вопроса. Слѣдуя слѣпо своимъ греческимъ образцамъ, и какъ бы забывая окружающую его дѣйствительность, Цицеронъ нигдѣ не выдѣляетъ права, какъ отдѣльнаго, самостоятельнаго элемента народнаго этоса. Точно также онъ не даетъ никакого философскаго объясненія природы и значенія положительнаго права. По этому въ его сочиненіяхъ мы находимъ теорію государства, находимъ теорію нравственности; но напрасно стали бы мы искать въ нихъ теоріи права.

И у юристовъ не найдемъ мы обособленной теоріи права. Правда, начиная съ эпохи Августа, въ Римѣ образуются двѣ отдѣльныя школы юристовъ, правда — съ этого же времени получаетъ широкое развитіе ученіе объ естественномъ правѣ. Но ни то, ни другое явленіе не знаменуютъ собою раздвоеніе изученія права на теоретическое и практическое.

Возникшія при Августѣ двѣ школы юристовъ: сабиніанская и прокулеанская имѣли своими основателями Капитона и Лабеона. Hi duo, говоритъ Помпоній, primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradi ta fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiduciae doctrinae, qui et ceteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit. Названія школъ происходятъ отъ именъ ихъ учениковъ Массурія Сабина и Семпронія Прокула.

Не смотря на то, что римское право, въ теченіи восьми столѣтій, уже составляетъ едва ли не главный предметъ изслѣдованій европейскихъ юристовъ, вопросъ о значеніи этихъ школъ до сихъ поръ еще служитъ предметомъ разногласій. Одни сводятъ все различіе школъ къ политическому антагонизму Лабеона и Капитона, не обращая вниманія на то, что Лабеонъ—въ поли-

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб. Вас. Остр., 2 л., 7.

тикѣ приверженецъ стараго, республиканскаго порядка, въ правовѣдѣніи, напротивъ, является представителемъ новыхъ вѣяній, какъ на это указалъ уже Гейнекій. Другія видятъ въ прокулеянцахъ представителей стоическихъ ученій въ правовѣдѣніи (Merillius). Но имѣющіяся у насъ свѣдѣнія о римскихъ юристахъ указываютъ на то, что вліяніе стоицизма распространялось одинаково, какъ на прокулеянцевъ, такъ и на сабиніанцевъ. Пухта, который вообще отрицаетъ значительность вліянія на юриспруденцію ученій стоиковъ, видитъ особенность ученій Лабеона и его послѣдователей въ томъ, что Лабеонъ при разработкѣ права пользовался данными другихъ наукъ и такимъ образомъ сблизилъ съ ними правовѣдѣніе. Это направленіе должно было привести Лабеона ко многимъ новымъ взглядамъ по отдѣльнымъ вопросамъ, которые и сдѣлались предметомъ контроверзъ между ними и Капитономъ. Самое существованіе школъ, по мнѣнію Пухта, обусловлено не постояннымъ сохраненіемъ и возобновленіемъ этого различія, которое существовало между Лабеономъ и Капитономъ, а лишь уваженіемъ и благоговѣніемъ, съ какимъ послѣдователи ихъ относились къ своимъ учителямъ. Это воззрѣніе въ сущности сводится къ отрицанію существованія принципіальнаго различія между ученіями двухъ школъ и представляетъ непосредственный переходъ къ категорическому заявленію въ этомъ смыслѣ Эсмарха.

Такое объясненіе однако плохо мирится съ долгимъ, сравнительно существованіемъ этихъ школъ и съ тѣмъ, что Помпоній говоритъ только объ этихъ двухъ школахъ. Если бы все дѣло сводилось къ личной приверженности учениковъ, къ благоговѣнію (Pietät), съ которымъ они относились къ своему учителю, если бы между прокулеянцами и сабиніанцами не существовало болѣе глубокаго различія, то школу съ такимъ характеромъ составляли бы, конечно, ученики каждаго изъ выдающихся юристовъ. Почему же названіе школы или секты не придается каждой группѣ одного юриста-учителя?

Наиболѣе удачное объясненіе различія двухъ школъ представляетъ гипотеза Дирксена, глубже развитая Кунтце.

Дирксенъ говоритъ, что различіе двухъ школъ слѣдуетъ видѣть въ различіи ихъ методовъ. Сабиніанцы ограничивались внѣшней стороной институтовъ. Прокулеянцы обращались, напротивъ, къ ихъ внутреннему основанію и ихъ цѣли. Поэтому сабиніанцы строго держались буквы положительнаго права. Прокулеянцы же давали болѣе простора научному изслѣдованію, допускали болѣе свободное толкованіе, но не для того, чтобы, какъ это иные ду-

мають, обходить существующій законъ, а для того, напротивъ чтобы истолковывать законъ сообразно съ цѣлью и намѣреніемъ законодателя, для чего они старались всегда выяснить *ratio* закона [1]).

Кунтце иллюстрируетъ различіе школъ римскихъ юристовъ сравненіемъ его съ различіемъ школъ греческихъ художниковъ. Чѣмъ Фидіасъ былъ для скульптуры, Полигнотъ для живописи, тѣмъ Лабеонъ для правовѣдѣнія. Онъ былъ представителемъ идеализма, начала subtilitas; Капитонъ — натурализма, utilitas. Лабеонъ выходилъ изъ основной идеи института, всегда неизмѣнной, Капитонъ изъ измѣнчивыхъ практическихъ цѣлей.

Но, какъ бы ни объясняли противуположность прокулеянцевъ и сабиніанцевъ, во всякомъ случаѣ въ этомъ различіи двухъ школъ никоимъ, однако, образомъ нельзя видѣть противуположенія теоретическаго и догматическаго изученія права. Это противуположеніе было такъ чуждо римской юриспруденціи, что даже прокулеянцы, эти представители болѣе свободнаго отношенія къ матеріалу положительнаго права, отнюдь не представляются юристами-теоретиками. Конечно, и между римскими юристами можно замѣтить такихъ, складъ ума и характеръ дѣятельности которыхъ представляютъ преобладаніе теоретическаго элемента. Но въ этомъ сказывается именно только индивидуальное свойство того или другаго отдѣльнаго юриста — не болѣе. И нельзя при томъ замѣтить преобладаніе теоретиковъ въ какой-либо одной изъ этихъ школъ. Наиболѣе теоретическимъ характеромъ отличается ученіе двухъ юристовъ, принадлежавшихъ какъ разъ къ двумъ противуположнымъ школамъ: это были Лабеонъ и Гай.

Для насъ Гай представляетъ весьма большое значеніе, какъ авторъ сочиненія, дошедшаго до насъ въ болѣе полномъ видѣ, нежели какое-либо другое произведеніе римской юридической литературы. Но самъ по себѣ Гай далеко не представляется юристомъ первой величины. По самостоятельности мысли онъ вовсе не можетъ быть поставленъ въ параллель съ Лабеономъ. По всей вѣроятности, Гай былъ провинціальнымъ юристомъ и жилъ именно въ Малой Азіи, въ Троѣ (Момзенъ). Этимъ объясняется и то, что до насъ не сохранилось его полнаго имени, такъ какъ римскій способъ именованія не примѣнялся въ Греціи; и то, что въ его институціяхъ не упоминается о нѣкоторыхъ современныхъ ему конституціяхъ; и то, наконецъ, что во многихъ вопросахъ

[1]) Этого воззрѣнія держится и Zimmern.

онъ держится взглядовъ, существенно отличающихся отъ общепринятыхъ воззрѣній римскихъ юристовъ, напримѣръ, на jus gentium, Гай изъ всѣхъ юристовъ одинъ отождествляетъ jus gentium и jus naturale, одинъ считаетъ, что jus gentium предшествуетъ цивильному праву. Этотъ своеобразный взглядъ легко могъ сложиться у юриста провинціала, вліяніе на котораго римскихъ воззрѣній парализировалось вліяніемъ греческимъ. То обстоятельство, что Гай не цитируется другими юристами, заставляетъ думать, что онъ не имѣлъ jus respondendi, что весьма естественно въ отношеніи къ провинціальному юристу. Въ этомъ и слѣдуетъ видѣть вмѣстѣ главную причину преобладанія теоретическаго элемента въ его сочиненіяхъ. Какъ юристъ-мыслитель, онъ не отличался самостоятельностью. На это указываетъ уже то, что онъ строго продолжаетъ держаться противуположенія школъ въ такое время, когда онѣ уже утратили свое значеніе, когда ихъ противуположность на дѣлѣ уже сгладилась. Гай же не рѣшается вступать съ самостоятельнымъ мнѣніемъ за свой страхъ и всегда почти прикрывается знаменемъ школы.

Гай былъ послѣднимъ сабиніанцемъ. Послѣ него уже совершенно сглаживается различіе школъ. Но и еще ранѣе можно указать между юристами представителей какъ бы нейтральной юриспруденціи. Таковъ Plautius, Titius, Aristo, Javolenus. Куяцій утверждалъ даже, что существовала еще третья школа юристовъ miscelliones или Herciscundi. Но это предположеніе есть не болѣе, какъ недоразумѣніе.

Отсутствіе даже въ классической юриспруденціи самостоятельнаго теоретическаго направленія побудило нѣкоторыхъ изслѣдователей, напримѣръ, Пухту, отрицать вліяніе стоической философіи на римскихъ юристовъ. Но такое предположеніе слишкомъ противорѣчитъ несомнѣнному факту общаго вліянія стоицизма на римскую интеллигенцію, къ которой, конечно, принадлежали и юристы. А съ другой стороны не трудно понять, почему вліяніе ученій стоиковъ не могло выразиться въ римской юриспруденціи возникновеніемъ особой теоретической обработки права.

То обстоятельство, что дѣятельность римскихъ юристовъ имѣла непосредственно творческій характеръ, сдѣлало невозможнымъ появленіе въ римской юриспруденціи той двойственности между теоріей и практикой, какая такъ распространена въ настоящее время. Когда современный юристъ усвоиваетъ какую-нибудь новую философскую идею, онъ видитъ, что практическая дѣятельность не открываетъ ему возможности провести эту идею непосредственно въ жизнь. Предъ нимъ стоитъ, какъ непреодолимая

преграда, дѣйствующее право, измѣнять которое непосредственно своей практической дѣятельностью онъ не можетъ. Для осуществленія этой идеи онъ долженъ бросить изученіе дѣйствительнаго права, его толкованіе и обратиться къ пропагандѣ своей идеи. Вопросы de lege lata и de lege ferenda—два рѣзко различныхъ вопроса. Въ Римѣ, напротивъ, юристъ, толкуя старое право вмѣстѣ создавалъ и новое право—и то и другое въ одной нераздѣльной дѣятельности. Interpretatio римскихъ юристовъ не было тѣмъ, что толкованіе въ настоящее время. Interpres былъ не только изъяснителемъ права, но и посредникомъ между постановленіями положительнаго права и требованіями, вѣчно измѣнчивыми, вѣчно новыми, текущей общественной жизни.

Поэтому, когда, подчиняясь общему настроенію того времени, и юристы подпали вліянію стоицизма и усвоили себѣ его философское ученіе, имъ не было надобности создавать рядомъ съ изученіемъ положительнаго права особой философіи права. Нѣтъ сомнѣнія, положительное право Рима далеко не соотвѣтствовало тому нравственному идеалу, который выработали стоики. Юристъ-стоикъ не могъ не отнестись критически, напр., къ такому институту, какъ институтъ рабства, а такъ же вообще къ безжалостному формализму строгаго квиритскаго права. Но его критическая дѣятельность открывала ему возможность непосредственно проводить въ жизнь это критическое отношеніе, смягчая положеніе раба, ослабляя строгость формализма. Въ интерпретаціи онъ имѣлъ средство прилаживать старое право къ новымъ требованіямъ, развивать его сообразно усвоеннымъ имъ философскимъ идеямъ.

Эта неотдѣлимость теоріи отъ практики лучше всего можетъ быть пояснена сравненіемъ ученій объ естественномъ правѣ у римскихъ юристовъ и у новыхъ [1]). У новыхъ юристовъ естественное право ставится рядомъ съ положительнымъ, противуполагается ему, является для него образцомъ, идеаломъ. Естественное право сдѣлалось у нихъ предметомъ особой науки. Совсѣмъ не то видимъ у римскихъ юристовъ. Тутъ естественное право является неразрывной составной частью права положительнаго, дѣйствуетъ такъ же, какъ оно, исправляя одни, дополняя другія правовыя положенія. Изученіе его не отдѣляется отъ изученія XII таблицъ, эдикта, конституцій,—но составляло съ нимъ одно неразрывное цѣлое.

Если различіе школъ, возникшихъ при Августѣ, къ эпохѣ

[1]) *Lasson*, System der Rechtsphilosophie, 1882, s. 16.

наибольшаго процвѣтанія юридической науки въ Римѣ уже сгладилось, то та перемѣна, которая началась съ того же времени во внѣшнемъ авторитетѣ римскихъ юристовъ, напротивъ, получала все большее развитіе.

Уже при Августѣ явилось пожалованіе императоромъ jus respondendi, т.-е. оффиціальное признаніе авторитета мнѣній, высказанныхъ тѣмъ или другимъ юристомъ. Jus respondendi несомнѣнно имѣло большое значеніе для положенія римскихъ юристовъ, давъ юридическую форму ихъ вліянію, до того исключительно фактическому. Но не слѣдуетъ думать, чтобы это возвысило авторитетъ юристовъ. Напротивъ, введеніе jus respondendi имѣло своимъ мотивомъ скорѣе подчиненіе авторитета юристовъ авторитету императора. Дѣло въ томъ, что свойственный вообще сословію юристовъ консерватизмъ, въ соединеніи съ ихъ огромнымъ вліяніемъ, представлялъ большія неудобства для вводителей новаго общественнаго строя и политическаго порядка. Уже Помпей и, особенно, Цезарь думали о кодификаціи права, полагая, что кодексъ подорветъ авторитетъ юристовъ, сдѣлавъ ихъ ненужными и дѣятельность ихъ безпредметной. Августъ, болѣе умѣренный, пошелъ по другому пути. Онъ не думалъ подрывать авторитета юристовъ; напротивъ, предоставилъ нѣкоторымъ beneficium ex auctoritate ejus respondere, ut major juris auctoritas haberetur. Но этимъ самымъ авторитетъ ихъ сталъ какъ бы зависимымъ отъ императорской власти (Girard). Такъ какъ jus respondendi предоставлялось многимъ юристамъ, на практикѣ явилось затрудненіе, какъ поступать, когда мнѣнія такихъ юристовъ различны? Въ виду этого императоръ Гадріанъ постановилъ своимъ рескриптомъ, что только единогласныя мнѣнія юристовъ безусловно обязательны для судьи. Въ случаѣ же разногласія судья можетъ выбирать по своему усмотрѣнію то или другое мнѣніе. Позднѣе, именно въ царствованіе Валентиніана III и Ѳеодосія II, были сдѣланы еще дальнѣйшія постановленія вопроса по этому вопросу, именно въ 426 году. Этой конституціей приданъ авторитетъ мнѣніямъ Гая и, кромѣ этого юриста, еще четырехъ юристовъ, пользовавшихся особеннымъ авторитетомъ и являющихся дѣйствительно, вмѣстѣ съ Гаемъ, корифеями римской юриспруденціи: Папиніана, Павла, Ульпіана и Модестина.

Первое мѣсто между ними принадлежитъ Эмилію Папиніану, считавшемуся первымъ изъ юристовъ. Онъ былъ убитъ въ 212 г. по приказанію Каракаллы, quod paricidium excusare noluisset. Литературная дѣятельность его не была однако значительна. Напротивъ, Домицій Ульпіанъ отличался въ этомъ отношеніи необы-

кновенной производительностью и сочиненія его пользовались большой популярностью, такъ что отрывки изъ нихъ однихъ составляютъ добрую треть пандектъ (2462 фрагмента). И онъ былъ убитъ преторіанцами въ 228 году. Юлій Павелъ литературной производительностью превзошелъ даже Ульпіана. Въ пандектахъ сохранились извлеченія изъ 79 его сочиненій (всего 2080 фрагментовъ). Геренній Модестинъ, ученикъ Ульпіана, значительно уступаетъ тремъ, только что названнымъ, юристамъ и поставленъ былъ съ ними наряду, вѣроятно лишь какъ послѣдній изъ поколѣнія великихъ юристовъ. И въ пандектахъ отъ него извлечено сравнительно мало, всего 344 фрагмента.

Объ этихъ юристахъ мы имѣемъ сравнительно болѣе біографическихъ свѣдѣній и больше отрывковъ ихъ сочиненій. Но ихъ ученія еще болѣе, нежели ученія ихъ предшественниковъ, сливаются въ одно нераздѣльное ученіе, въ которомъ почти совершенно незамѣтны индивидуальные оттѣнки. Въ римской юриспруденціи, подобно точнымъ наукамъ, мы имѣемъ дѣло не съ различными мнѣніями отдѣльныхъ ученыхъ, а съ общепризнанными, твердо установившимися положеніями науки. Конечно, до извѣстной степени это сглаженіе индивидуальныхъ особенностей юристовъ римскихъ обусловлено для насъ той нивеллирующей формой, въ какой сохранились до насъ отрывки ихъ сочиненій въ Дигестахъ. Но и начавшаяся еще съ Куяція работа реставраціи смѣшанныхъ Трибоніаномъ воедино сочиненій римскихъ юристовъ не привела къ открытію значительныхъ особенностей въ ученіи отдѣльныхъ юристовъ. Не смотря на то, что еще въ половинѣ прошлаго столѣтія Гоммелемъ былъ уже совершенъ кропотливый трудъ расположенія фрагментовъ Дигестъ по авторамъ и при томъ, насколько оказалось возможнымъ, въ ихъ первоначальномъ порядкѣ [1]), ученіе классическихъ юристовъ Рима представляется намъ по прежнему единымъ, цѣльнымъ. И самая работа Гоммеля дала такъ мало результатовъ, что теперь почти забыта. По мнѣнію Савиньи, даже еслибъ мы имѣли предъ собой сочиненія римскихъ юристовъ въ цѣлости, то и тогда бы мы могли замѣтить въ нихъ меньше индивидуальныхъ особенностей, чѣмъ въ какой-либо другой литературѣ. И онъ объясняетъ это именно тѣмъ, что у римскихъ юристовъ теорія не получила самостоятельной разработки, что они всегда выходили изъ живаго знакомства съ дѣйствительнымъ складомъ юридическаго порядка.

---

[1]) Вотъ заглавіе этого обширнаго труда, занимающаго 1800 страницъ: *Friedrich Hommel*, Palingenesia librorum juris veterum, 3 v. 1767.

Различіе subtilitas и utilitas, послужившее основаніемъ раздѣленія двухъ школъ, у классическихъ юристовъ сглаживается, соединяясь въ одно гармоническое цѣлое. Стройность и строгость логическаго построенія, напоминающія математику, отличаютъ классическую юриспруденцію Рима на равнѣ и на ряду съ прагматической ея выработанностью, дававшей широкое мѣсто удовлетворенію жизненныхъ цѣлей юридическихъ институтовъ. Такъ что не знаемъ, чему больше удивляться: изяществу, формѣ или свѣжести и глубинѣ самаго юридическаго мышленія.

Литературная дѣятельность въ эту эпоху получаетъ бо̀льшее развитіе. Рядомъ съ практическими казуистическими произведеніями (Quaestiones, Disputationes, Casus, Responsa) являются догматическіе труды болѣе систематической обработки. Таковы прежде всего Institutiones, напр. Гая, Ульпіана, Павла, которыя у классическихъ юристовъ замѣнили собой прежнюю форму: Commentarii, напр. Лабеона, Цельза. Commentarii въ Римѣ были совсѣмъ не то, что у насъ. У насъ подъ ними разумѣется экзегеза закона, при чемъ излагатель слѣдуетъ порядку комментируемаго законодательнаго акта, объясняя статью за статьей. Цѣль комментаріевъ въ настоящее время—практическое ознакомленіе съ законодательствомъ. Римскіе комментаріи, напротивъ, были древнѣйшей формой учебниковъ права, затѣмъ уступившей мѣсто институціямъ. Другой видъ систематическихъ обработокъ права представляютъ монографіи, напримѣръ Гая «De manumissionibus», Павла «De jure fisci» и др. Вопросъ о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ сочиненіями, носящими названіе Digesta (напримѣръ Цельза, Юліана), представляется спорнымъ. Одни (Моммсенъ) видятъ въ нихъ компиляціи изъ сочиненій другихъ юристовъ. Другіе (Пернице) полагаютъ, напротивъ, что подъ Digesta слѣдуетъ разумѣть сведеніе положительнаго матерьяла правъ, представлявшагося до того разрозненнымъ, въ одно связное цѣлое. Но, что бы ни означало собственно Digesta, несомнѣнно, что сочиненія выдающихся юристовъ служили предметомъ изученій и разъясненій. Издавались изъ нихъ извлеченія, писались на нихъ объясненія (Notae). Юридическая литература римлянъ не отличалась однако количествомъ. Въ Пандектахъ имѣются извлеченія изъ сочиненій 39 юристовъ, да кромѣ того намъ извѣстно именъ 30. И ими не могло быть написано много. Юстиніанъ говоритъ, что составивъ Пандекты, онъ сократилъ работу ознакомленія съ литературой въ 20 разъ [1]).

[1]) Constitutio Tanta. L. 2. C. De vetere jure enucleando, 1, 17.

Сочиненія римскихъ юристовъ дошли до насъ главнымъ образомъ въ отрывкахъ, вошедшихъ въ Пандекты, слѣдовательно, не какъ литературныя произведенія, а какъ интегральная часть законодательнаго сборника. И это находитъ себѣ полное основаніе въ самомъ творческомъ характерѣ римской юриспруденціи. Съ другой же стороны этимъ было обусловлено то, что въ первомъ проявленіи научнаго изученія права въ средніе вѣка теорія и догма не могли быть разъединены: и та и другая представлялись слитыми въ самомъ томъ матеріалѣ, надъ которымъ работали средневѣковые юристы.

Время процвѣтанія римской юриспруденціи было не продолжительно. Съ половины третьяго столѣтія начинается ихъ упадокъ до того, что дѣятельность позднѣйшихъ юристовъ не имѣетъ никакого значенія для развитія науки.

§ 9. Средніе вѣка [1]).

Въ средніе вѣка, какъ и въ Римѣ, теоретическое изученіе права не отдѣляется отъ догмы. И это вполнѣ объясняется условіями того времени. Ни общій характеръ средневѣковой схоластической науки, ни въ частности условія собственно юридической науки не могли привесть къ нарожденію самостоятельной теоріи права.

Схоластика, чуждая непосредственнаго изученія дѣйствительности, вовсе не знала самостоятельнаго развитія. Она жила исключительно чужой мыслью и еще больше чужимъ знаніемъ. Если когда въ ней и замѣчалось движеніе, то это не было никогда плодомъ внутренняго самостоятельнаго развитія, а вызывалось просто подвозомъ, такъ сказать, извнѣ свѣжаго матеріала. Такъ оживленіе научной дѣятельности, рѣзко сказавшееся въ XIII вѣкѣ, вызвано было тѣмъ, что чрезъ посредство арабскихъ источниковъ средневѣковой науки открылась возможность болѣе близкаго ознакомленія съ произведеніями античной литературы. Во всемъ своемъ развитіи схоластика опирается на внѣшній авторитетъ, страннымъ образомъ соединяя воедино поклоненіе съ догматомъ христіанской религіи и философскому ученію языческой древности. Евангеліе съ одной стороны, Аристотель—съ

[1]) *Savigny* Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 8 Bde. 1 Ausg. 1815—31. 2 Ausg. 1850. *Laferrière*, Histoire du droit frnçais, IV, 1853, pp. 273—296. *Стояновъ*, методы разработки положительнаго права. Харьковъ. 1862. стр. 1—16. *Bethmann-Hollweg*. Der Civilprozesz des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. B. V. 1873, ss. 290—327.

другой, вотъ тѣ рамки, въ которыхъ движется мысль «субтильныхъ» докторовъ схолостики.

Этическое ученіе схолостики все покоится на волѣ Божіей. Воля Божія вотъ основный ея принципъ и вмѣстѣ единственный существенно новый принципъ въ схоластикѣ сравнительно съ античными этическими ученіями. Правда и въ средніе вѣка мы встрѣчаемъ попытки основать различіе праваго и неправаго не на волѣ, а на самой природѣ Божіей, но эти попытки были уже ересью. Они противорѣчили общему духу схоластики. Они всегда считались опасными и самый вопросъ о противуположеніи природы Божіей и Божіей воли являлся самымъ больнымъ мѣстомъ ихъ ученія. Ѳома Аквинскій, прозванный ангельскимъ докторомъ — doctor angelicus и являющійся наиболѣе полнымъ представителемъ схоластики, пытался устранить это затрудненіе примиреніемъ, соглашеніемъ этихъ двухъ противуположныхъ взглядовъ, основавшихъ этическое ученіе на природѣ или на волѣ Божіей.

Воля Божія, говорилъ онъ, сама по себѣ, по своему существу, in substantia, тождественна съ божественнымъ разумомъ и потому ни противуположна ему, ни подчинена ему. Но разсматриваемая по отношенію къ отдѣльнымъ ея твореніямъ, circa creaturas, она подчинена рузуму. Въ своей сущности воля есть самъ разумъ; но въ ея отношеніи къ тварямъ она не разумъ, ratio, а только сообразна съ разумомъ, разумна, rationabilis. Разумъ Божій есть источникъ вѣчнаго закона lex aeterna неизмѣннаго, непреложнаго и служащаго основаніемъ всѣхъ другихъ законовъ. Воля Божія есть источникъ собственно божественнаго закона, lex divina, содержащагося въ божественномъ откровеніи. Но, несмотря на кажущееся примиреніе двухъ принциповъ воли и разума или природы Божіей, волѣ дается рѣшительное преобладаніе, такъ какъ lex aeterna есть для Ѳомы Аквинскаго ничто иное, какъ планъ міросданія, составленный Богомъ и, слѣдовательно, есть также твореніе, произведеніе Бога, а не слѣдствіе его природы.

При такомъ взглядѣ на первоначальный источникъ права, теоретическое его объясненій сливалось по необходимости съ богословіемъ, составляя одинъ изъ частныхъ вопросовъ его практической части. Не кто либо изъ юристовъ, а именно теологъ Ѳома Аквинскій оставилъ намъ наиболѣе полное и наиболѣе типичное изложеніе средневѣковаго ученія о законѣ естественномъ. И не слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что это было ученіе именно о законѣ, lex, а не о правѣ, jus. Право—это понятіе болѣе без-

личное, болѣе объективное. Законъ, напротивъ, понимался тогда исключительно, какъ велѣніе лица властнаго. Человѣческій законъ —это велѣніе земной, человѣческой власти, законъ божественный, тождественный, естественному—велѣніе Бога. Благодаря этому и ученіе о естественномъ правѣ, этомъ велѣніи царя небеснаго, получало такой же практическій характеръ, какъ и изученіе законовъ земныхъ царей. И задача, и пріемы были и тутъ, и тамъ совершенно одни и тѣже: надо было истолковать смыслъ закона для практическаго примѣненія. По всему этому схоластическая философія не могла привесть къ выработкѣ научной теоріи права.

Но тоже самое должно сказать и объ изученіи права юристами. И тутъ причиной неотдѣленія теоріи отъ догмы служитъ та роль, какую играло въ юридической практикѣ и въ юридическомъ образованіи того времени римское право. Оно дѣйствовало тамъ наряду съ національнымъ правомъ германцевъ. Особенно въ Италіи опредѣленно выразилось это совмѣстное существованіе двухъ системъ права. И оба права были предметомъ изученія. Такъ мы имѣемъ указанія, что въ XI ст. существовали въ Италіи двѣ юридическія школы въ Павіи и Равеннѣ. Въ Равеннѣ была школа римскаго права. Въ Павіи изучали лонгобардское право. Изъ дѣятелей этой школы намъ извѣстны: Walcausus, Bonifilius, Sigefridus, Wilihelmus. Весьма извѣстный въ исторіи западной церкви Ланфранкъ былъ также уроженецъ Павіи и Лаферьеръ полагаетъ, что онъ перенесъ изученіе права во Францію, гдѣ онъ нашелъ себѣ въ этомъ продолжателя въ шартрскомъ епископѣ Ивонѣ, составителѣ юридическаго сборника: Decretum Ivonis Carnotensis. Но и юристы Павіи не могли игнорировать римскаго права. Они постоянно обращаются къ нему, какъ къ вспомогательному источнику для разрѣшенія представлявшихся имъ затруднительныхъ вопросовъ. Въ ихъ трудахъ мы находимъ сильное вліяніе римскаго права. При такихъ условіяхъ римское право неизбѣжно должно было возобладать, лонгобардская юриспруденція должна была уступить мѣсто римской. И дѣйствительно, съ возрожденіемъ юридической науки въ XII вѣкѣ въ Болоньѣ, она возродилась какъ изученіе именно римскаго права.

Въ объясненіе этого возрожденія сложилась въ старой литературѣ цѣлая басня, впервые встрѣчающаяся у писателя XVI столѣтія Сигонія (Sigonius, de regno italico). Сигоній, а вслѣдъ за нимъ и цѣлый рядъ старыхъ историковъ правовѣдѣнія, напр., Панциролусъ, разсказываютъ, что въ 1135 году, когда императоръ Лотарь II взялъ городъ Амальфи, тамъ найдена была древняя рукопись Пандектъ. Обрадованный этой находкой, импера-

торъ издалъ законъ, предписывавшій обязательное примѣненіе римскаго права, а самую рукопись подарилъ Пизанцамъ въ награду за помощь, оказанную ими своимъ флотомъ. Рукопись эта сдѣлалась извѣстной въ Болоньѣ, и изученіе ея породило тамъ школу глоссаторовъ.

Во всемъ этомъ разсказѣ вѣрнаго только то, что въ Пизѣ дѣйствительно сохранялась рукопись Пандектъ, весьма древняя, которая съ подчиненіемъ Пизы Флоренціи въ 1406 году была перенесена во Флоренцію, гдѣ и сохраняется до сихъ поръ. Это лучшая рукопись пандектъ, и въ прежнее время въ Пизѣ и во Флоренціи она была почти предметомъ культа. Но глоссаторамъ была извѣстна другая рукопись (litera vetus, communis), служившая основаніемъ ихъ изученія. Вмѣстѣ съ тѣмъ они знали и пизанскую рукопись (litera pisana) и отдавали ей преимущество, почему и исправляли свой текстъ по ней. Путемъ такихъ исправленій образовался текстъ, который можно назвать болонскимъ—продуктъ критической работы глоссаторовъ. Такимъ образомъ litera pisana служила глоссаторамъ только пособіемъ для исправленія имѣвшагося у нихъ текста пандектъ, а отнюдь не первоначальнымъ толчкомъ къ самому изученію римскаго права.

Не находитъ себѣ подтвержденія также и разсказъ объ изданномъ будто бы Лотаремъ II законѣ, сообщившемъ обязательную силу римскому праву, и о подаркѣ рукописи Пизанцамъ. Если пандекты до того не были извѣстны, непонятно, какъ Лотарь и особенно Пизанцы могли сразу оцѣнить значеніе рукописи, признавъ ее достаточнымъ вознагражденіемъ за содѣйствіе ихъ флота при осадѣ. О законѣ Лотаря мы не находимъ нигдѣ никакого указанія, да и весь разсказъ о немъ покоится на совершенно ложномъ предположеніи, будто до XII столѣтія римское право не было вовсе извѣстно и не дѣйствовало.

Въ дѣйствительности римское право никогда не забывалось и не исчезало ни въ Италіи, ни во Франціи, доказательствомъ чему служатъ уже сохранившіеся до насъ сборники римскаго права, составившіеся въ самомъ началѣ среднихъ вѣковъ, какъ въ Ломбардіи, такъ и въ южной Франціи: Brachylogus и Petri excerptiones.

Какъ мы только что сказали, оно изучалось юристами Равенны и даже Павіи.

Но, конечно, это изученіе римскаго права въ XI столѣтіи не можетъ никоимъ образомъ быть поставлено въ параллель съ тѣмъ пышнымъ разцвѣтомъ изученія римскаго права, которое совершилось въ XII вѣкѣ. Это быстрое распространеніе изуче-

нія права находитъ однако весьма простое объясненіе въ общихъ условіяхъ того времени. XII вѣкъ вообще представляется началомъ того оживленія средневѣковой жизни и средневѣковой мысли, что особенно ярко сказалось затѣмъ въ слѣдующемъ, XIII столѣтіи. Къ этой эпохѣ относится первое знакомство съ арабскими комментаторами Аристотеля, послужившее главнымъ толчкомъ къ развитію схоластической философіи. Объяснять возрожденіе изученія римскаго права случайной находкой рукописи пандектъ тѣмъ болѣе невозможно, что изученіе римскаго права не было одиночнымъ явленіемъ. Одновременно съ этимъ замѣчается подобное оживленіе и въ разработкѣ каноническаго права и даже феодальнаго.

Возрожденіе научнаго изученія права связывается, какъ мы сказали, съ именемъ Ирнерія. Общій характеръ и значеніе этого возрожденія опредѣляется задачей усвоенія того матеріала юридическаго, какой представляли сборники Юстіана Теперь уже болѣе не ограничиваются составленіемъ сокращенныхъ компиляцій, служившихъ непосредственно практической задачѣ. Ирнерій и его продолжатели не отступаютъ предъ усвоеніемъ всего матеріала Юстиніановскаго сборника предъ тѣмъ, чтобы овладѣть этимъ матеріаломъ и въ подробностяхъ, и въ цѣломъ, и при томъ непосредственно изъ перваго источника. Но вмѣстѣ они ограничиваютъ свою задачу только такимъ усвоеніемъ матерьяла. Они не даютъ ни историческаго выясненія того готоваго матерьяла, который они находили въ Corpus juris civilis, ни философской его критики. Понять и усвоить матерьялъ—дальше этого они не идутъ.

Главной, основной формой, въ которой выражалась дѣятельность средневѣковыхъ юристовъ были *глоссы* (glossae), откуда они и получили свое имя — *глоссаторы*. Первоначально глосса означало толкованіе, объясненіе отдѣльныхъ, непонятныхъ словъ. Съ такимъ характеромъ мы находимъ дѣйствительно нѣкоторыя глоссы, особенно у первыхъ глоссаторовъ. Но уже у Ирнерія дѣло не ограничивалось однимъ поясненіемъ непонятныхъ словъ, и глоссы переходятъ въ объясненіе самаго смысла содержанія текста, не относясь вовсе къ какому-нибудь отдѣльному слову.

Глоссы писались на самой рукописи текста, первоначально между строкъ (glossa interlinearis), затѣмъ, по мѣрѣ того, какъ глоссы дѣлались обширнѣе, на поляхъ (glossa marginalis).

Глоссы служили основаніемъ, какъ преподавательской, такъ и литературной дѣятельности глассаторовъ. И всѣ другія формы

научной дѣятельности глоссаторовъ представляли собой послѣдовательное развитіе глоссъ.

Такъ, по мѣрѣ того, какъ число глоссъ увеличивалось и сами онѣ дѣлались обширнѣе, онѣ разростались и развивались въ цѣлый непрерывный комментарій къ части или даже къ цѣлому Corpus juris civilis. Такой комментарій, составившійся изъ развившихся глоссъ, носилъ названіе Apparatus. Первый аппаратъ къ отдѣльному титулу пандектъ составленъ былъ уже Булгаромъ. Но первый общій аппаратъ составилъ только Азо.

Хотя преподаваніе глоссаторовъ, какъ и ихъ литературная дѣятельность, сводилось къ объясненію текста Corpus juris civilis, но тѣмъ не менѣе ихъ лекціи (Lectura) и глоссы не были одно и тоже. Въ лекціяхъ глоссаторъ обращался къ учащимся и потому передавалъ имъ все, ему извѣстное. Напротивъ, въ писанныхъ глоссахъ онъ имѣлъ въ виду уже знающихъ юристовъ и потому давалъ въ этой формѣ только такія поясненія текста, которыя считалъ новыми или улучшенными въ сравненіи съ глоссами его предшественниковъ. Поэтому лекціи должны быть поставлены наряду съ глоссами, какъ самостоятельныя формы научной дѣятельности глоссаторовъ.

Преподаваніе римскаго права не дѣлилось по предметамъ: раздѣленіе труда между отдѣльными профессорами всецѣло основывалось на внѣшнемъ дѣленіи Corpus juris civilis. Отдѣльныя кафедры существовали для изложенія и объясненія институцій, кодекса, пандектъ. Три части пандектъ (digestum vetus, infortiatum и novum) служили тогда основаніемъ для дальнѣйшаго, болѣе дробнаго раздѣленія преподаванія. Раздѣленіе кафедръ по предметамъ появляется не раньше XVI вѣка.

Съ развитіемъ преподаванія въ немъ выработалось нѣсколько различныхъ формъ и пріемовъ, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ породили и особенныя формы литературныхъ обработокъ права. Во время своего полнаго развитія преподаваніе глоссаторовъ совершалось въ такой формѣ: въ началѣ давалось общее обозрѣніе содержанія того титула, который предстояло объяснять. Это такъ-называемая summa. Затѣмъ по частямъ прочитывался самый текстъ. Это чтеніе имѣло большое значеніе, такъ какъ глоссаторъ прочитывалъ текстъ такъ, какъ считалъ его правильно установленнымъ критикой. Самое объясненіе содержанія текста начиналось съ того, что оно облекалось въ какой нибудь случай — casus; затѣмъ давалось обоснованное рѣшеніе вопроса repetitio. Если вопросъ былъ спорный, то слѣдовало изложеніе разногласій и ихъ оцѣнка, disputatio. Юридическое правило, содержащееся

въ объясняемомъ мѣстѣ, облекали въ краткую форму въ видѣ пословицъ brocarda. И, наконецъ, давали казуистическій анализъ—quaestiones. Таковъ былъ общій планъ преподаванія, измѣнявшійся, смотря по условіямъ.

Эти пріемы преподаванія породили соотвѣтствующія имъ литературныя формы: summae, casus, brocardica, repetitiones, disputationes, quaestiones. Кромѣ того, между произведеніями глоссаторовъ мы находимъ изслѣдованія по процессу de judiciis, объ искахъ, de actionibus, и сборники контраверзъ, dissentiones dominorum и т. п.

Въ новое время вошло въ обыкновеніе относиться къ трудамъ глоссаторовъ съ пренебреженіемъ. Еще Рабелэ весьма строго отозвался о глоссахъ [1]), и съ тѣхъ поръ этотъ приговоръ повторялся большинствомъ. Берріа-Сен-При въ своей исторіи римскаго права даетъ весьма интересный подборъ извлеченій изъ Glossa ordinaria, составленный Аккурзіемъ, рельефно выставляющій слабыя стороны ученій глоссаторовъ [2]).

Прежде всего поражаетъ полное отсутствіе историческихъ свѣдѣній. Такъ, lex Hortensia, по объясненію глоссъ, изданъ *царемъ* Гортензіемъ. Августъ хотѣлъ усыновить *нѣкоего* Германика, но тотъ не согласился на это. Тогда онъ уговорилъ *нѣкоего* Тиберія усыновить Германика и затѣмъ самъ усыновилъ Тиберія. При восшествіи на престолъ Юстиніана (527 г. по Р. Хр.) Іисусъ Христосъ еще не рождался. Вотъ примѣръ того, какъ глосса объясняетъ выраженія глоссируемаго текста. Водолазы называются urinatores, потому что они также все видятъ въ водѣ, какъ врачи по виду мочи узнаютъ болѣзни. Lex Falcidia получила свое названіе отъ слова falx (коса), потому что законъ этотъ, ограничившій право дѣлать отказы въ ущербъ наслѣдникамъ, также обрѣзалъ легаты, какъ коса обрѣзываетъ траву. Ихъ логическая аргументація не уступаетъ ихъ исторической и философской учености. Адвокатъ можетъ требовать уплаты себѣ вознагражденія впередъ, потому что нельзя извлекать изъ чужой земли камни, не вознаградивъ предварительно хозяина. Извѣстный вопросъ, что должно считаться главною вещью и что придаточной: холстъ,

---

[1]) Rabelais, Pontagruel. l. I ch. 5. Au monde, continua—t-il, ny a livres tant beaux, tant ornés, tant élégans comme le sont les textes des pandectes: mais la bordure d'iceux c'est á savoir la Glosse d'Accurse est tant sale, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie".

[2]) *Berriat-Saint-Prix*. Histoire du droit romain. 1821 pp. 287 — 299. Эти извлеченія взяты имъ изъ двухъ первыхъ и половины третьей книги институцій, десяти первыхъ книгъ Пандектъ и первой книги Кодекса (p. 188, Note 31).

на которомъ нарисована картина, или самая картина, глосса рѣшаетъ такъ, что холстъ является придаточною, когда нарисованъ не медвѣдь, а человѣкъ. Не слѣдуетъ издавать законовъ, которые бы имѣли въ виду добрыхъ женъ, ибо законы должны быть общими правилами, а добрая жена рѣдкость. Приводя такіе примѣры, Берріа-сен-При спѣшитъ, однако, оговориться, что, несмотря на весьма многочисленные и грубые промахи глоссаторовъ, ихъ труду нельзя отказать въ научномъ достоинствѣ. Онъ приводитъ при этомъ слова Гравины, что въ глоссахъ мы находимъ изложеніе содержанія каждаго закона, какъ въ общемъ, такъ и въ частностяхъ, сопоставленіе различныхъ мѣстъ Gorpus juris civilis, относящихся къ одному и тому же вопросу, и иногда весьма удачныя попытки ихъ соглашенія, а также указаніе многихъ вопросовъ, возникающихъ при толкованіи текста, весьма полезное для практики.

Но наиболѣе справедливую оцѣнку дѣятельности глоссаторовъ мы находимъ у Савиньи. Онъ признаетъ, что у глоссаторовъ было много слабыхъ сторонъ, и что приводимые у Берріа-сен-При примѣры служатъ указаніемъ на дѣйствительно серьёзные недостатки. Но, во-первыхъ, по этимъ примѣрамъ нельзя судить о всѣхъ глоссаторахъ, и, въ особенности, по нимъ нельзя себѣ составить сужденія о тѣхъ представителяхъ школы глоссаторовъ, которые дѣйствовали во время ея наибольшаго процвѣтанія. Всѣ примѣры Берріа-сен-При взяты изъ Glossa ordinaria, составленной уже въ эпоху упадка школъ. Для серьёзной оцѣнки слѣдовало бы обратиться къ предшествовавшимъ глоссаторамъ, напр. къ Плацентину. Во-вторыхъ, нельзя эти промахи глоссаторовъ въ историческихъ филологическихъ объясненіяхъ судить слишкомъ строго. Намъ кажутся они смѣшными, потому что мы получаемъ теперь безъ всякаго труда такой запасъ историческихъ свѣдѣній, какой въ средніе вѣка стоилъ бы чрезвычайныхъ усилій. Но, что еще важнѣе, рядомъ съ этими слабыми сторонами, легко объяснимыми общимъ состояніемъ знаній въ ту эпоху, глоссаторы имѣютъ за собой несомнѣнныя научныя заслуги, поважнѣе тѣхъ частныхъ достоинствъ, на которыя указываетъ Гравина.

До глоссаторовъ, можно сказать, сохранилась и изучалась только буква римскаго права. Глоссаторы же обратились къ изученію самаго смысла—ихъ мысль стремилась проникнуть въ мысль римскихъ юристовъ—и этимъ путемъ они установили въ области права ту живую духовную связь съ древнимъ Римомъ, которая непрерывно сохраняется и до нашихъ дней.

Въ частности особенное вниманіе обращаетъ на себя критическая обработка глоссаторами текста источниковъ. Они выполнили ту черную, кропотливую работу, которая требуетъ большой затраты силъ и времени, и безъ которой обойтись было бы невозможно. Современныя работы по римскому праву всѣ опираются, какъ на свое необходимое предположеніе, на эту подготовительную работу глоссаторовъ.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній намъ предстоитъ обратиться къ разсмотрѣнію дѣятельности выдающихся представителей школы, начиная съ Ирнерія.

Свѣдѣнія наши объ Ирнеріѣ весьма скудны. Мы не знаемъ даже точно его имени. Въ памятникахъ онъ называется весьма различно: Warnerius, Wernerius, Guarnerius, Gernerius, Irnerius, Hirnerius и т. д. Савиньи полагаетъ, что настоящее его имя было Garnerius или Warnerius. Наиболѣе же распространенная въ позднѣйшее время форма Irnerius образовалась, вѣроятно, путемъ смягченія G въ I или же путемъ опущенія буквы W. Годъ рожденія и смерти также не извѣстенъ. Свѣдѣнія о немъ относятся ко времени между 1113 и 1118 годами.

Разсказываютъ, что первоначально онъ былъ грамматикомъ и лишь случайно былъ наведенъ на изученіе римскаго права. Желая опредѣлить значеніе слова as, онъ обратился къ рукописи пандектъ и мало по малу, заинтересовавшись содержаніемъ рукописи, перешолъ отъ грамматическихъ изслѣдованій языка къ изученію самого права. Имѣются указанія, что кромѣ глоссъ, онъ написалъ еще нѣсколько сочиненій юридическаго содержанія; таковы: Formularium tabellionum, Quaestiones, De actionibus. Но до насъ сохранились только глоссы Ирнерія, и то далеко не всѣ [1]). Поэтому и трудно высказать какое-нибудь опредѣленное сужденіе о достоинствѣ глоссъ Ирнерія. Глоссы эти двоякаго рода: интерлинеарныя и маргинальныя. Различіе ихъ не ограничивается однимъ мѣстомъ, но выражается и въ самомъ содержаніи. Интерлинеарныя глоссы даютъ обыкновенно только словотолкованія и, вѣроятно, относятся къ тому времени, когда Ирнерій изучалъ юстиніановъ сборникъ только въ грамматическомъ отношеніи. Маргинальныя глоссы являются выраженіемъ уже юридическаго изученія. Нельзя не замѣтить также, что уже въ глоссахъ Ирнерія замѣтно стремленіе къ критической обработкѣ текста.

[1]) Уже Дипловатакцій говоритъ про него „quasdam notulas in jure civili composuit quae non inveniuntur“.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

Вслѣдъ за Ирнеріемъ должны быть поставлены четыре одновременно живших глоссатора, извѣстные подъ общимъ названіемъ quatuor doctores: Bulgarus, Martinus, Jacobus, и Hugo [1]). Наиболѣе свѣдѣній сохранилось о двухъ первыхъ изъ нихъ.

Булгаръ († 1166) является гораздо симпатичнѣе Мартина. Въ сохранившихся о немъ разсказахъ онъ представляется намъ личностью строго честною и въ тѣхъ случаяхъ, когда ему приходилось сталкиваться съ Мартиномъ, его образъ дѣйствія представляется несравненно благороднѣе того, какъ рисуется намъ въ тѣхъ же разсказахъ Мартинъ. За то Мартинъ († послѣ 1157 г.) былъ набоженъ и старался согласовать начала римскаго права съ велѣніями божественныхъ законовъ. Онъ происходилъ изъ стараго рода Гозіевъ, а потому ученики его также назывались гозіанами.

Одною изъ главныхъ ихъ контроверзъ былъ вопросъ о судьбѣ приданаго въ томъ случаѣ, когда жена умираетъ бездѣтной: должно ли приданое быть возвращено тестю, или же его получаетъ мужъ? Булгаръ отстаивалъ право тестя, Мартинъ—зятя. Случилось такъ, что у самаго Булгара первая жена его умерла бездѣтной. Тесть его обратился къ Мартину за разъясненіемъ, кому должно перейти приданое. Мартинъ отвѣчалъ, что, по его мнѣнію, вообще зятю, но что въ данномъ случаѣ тестю, потому что самъ Булгаръ такъ рѣшаетъ этотъ вопросъ—Мартинъ ожидалъ, что Булгаръ, когда дѣло коснется его интересовъ, измѣнитъ своему убѣжденію. Но Булгаръ самъ добровольно возвратилъ приданое тестю.

Больше значенія для исторіи науки имѣетъ другой разсказъ о столкновеніи Булгара съ Мартиномъ. Дѣло касается Фридриха Барбароссы. На языкѣ того времени императоръ назывался dominus mundi, и Фридриха Барбароссу интересовало знать, можетъ ли онъ на этомъ основаніи считать себя собственникомъ всѣхъ земель или же онъ называется dominus въ какомъ-нибудь другомъ, болѣе ограниченномъ, смыслѣ. Булгаръ отвѣчалъ, что императоръ не есть собственникъ земель, находящихся въ частномъ обладаніи, а имѣетъ на нихъ только dominium eminens. Мартинъ, напротивъ, призналъ императора собственникомъ и былъ за это награжденъ подаркомъ лошади. Булгаръ же утѣшился каламбуромъ: amisi equum, quia dixi aequum, quod non erat aequum,

---

[1]) Ирнерію приписываютъ такую оцѣнку ихъ достоинствъ:
Bulgarus os aureum, Martinus copia legum,
Hugo mens legum, Jacobus idem quod ego.

Этотъ анекдотъ имѣетъ то значеніе, что въ немъ впервые встрѣчается указаніе на ученіе о разграниченіи dominium privatum и dominium eminens, такъ что, напримѣръ, Лоренцъ Штейнъ въ своей Entwährungslehre съ него именно начинаетъ свое изложеніе исторіи ученія о dominium eminens [1]).

Изъ произведеній Булгара кромѣ глоссъ дошли до насъ еще комментаріи къ титулу Пандектъ De regulis juris и изслѣдованіе его по процессу, De judiciis, въ рукописяхъ присоединяемое къ сочиненію Плацентина De varietate actionum. Кромѣ того, есть указаніе, что онъ писалъ глоссы къ liber feudorum, но они не сохранились. Отъ Мартина и Якоба извѣстны только глоссы. Отъ Гуго, кромѣ глоссъ, мы имѣемъ еще Distinctiones.

Вслѣдъ за quatuor doctores идетъ длинный рядъ глоссаторовъ, продолжавшихъ изученіе римскаго права въ томъ же духѣ и направленіи, какъ и они: Rogerius, Albericus, Aldricus, Wilhelmus de Cabriano, Odericus, Placentinus, Vassianus, Pillius [2]), Cyprianus, Galgosius, Otto, Lotharius, Bandinus, Burgundio. Изъ нихъ мы остановимся только на двухъ: Плацентинѣ и Бассіанѣ.

Плацентинъ († 1192), уроженецъ Піаченцы, преподавалъ, какъ въ Италіи, такъ и во Франціи. Онъ былъ человѣкъ съ большимъ самомнѣніемъ, и quatuor doctores не удостоивались отъ него другаго названія, какъ miseri bononienses! Разсказываютъ, что, будучи въ Болоньѣ, онъ въ своихъ лекціяхъ отозвался съ насмѣшкой о другомъ болонскомъ юристѣ Гейнрихѣ Байлѣ, именно по поводу senatus consultum Velleianum [3]). Байла, который, по словамъ Одофреда, былъ strenuus in armis magis, quam in legibus, обидѣвшись на Плацентина, вломился къ нему въ домъ ночью, и Плацентинъ спасся только бѣгствомъ. Боясь преслѣдованій Байлы, онъ удалился во Францію, въ Монпелье и основалъ тамъ юридическую школу. До того тамъ была только медицинская. Изъ его сочиненій особеннаго вниманія заслуживаетъ De varietate actionum [4]). Это сочиненіе замѣчательно особенно тѣмъ, что представляетъ повидимому первую попытку обработки римскаго права въ свободной самимъ имъ установленной системѣ [5]).

---

[1]) *Stein*, Verwaltungslehre, VII.

[2]) Отъ него сохранились первыя brocarda.

[3]) Плацентинъ, кажется, намекалъ, что Генрихъ самъ причастенъ къ дѣламъ, въ которыхъ играли роль поручительства женщинъ. Смыслъ этого мѣста не совсѣмъ ясенъ: Erat in partibus, ubi habitat SC. Vellejanum.

[4]) Кромѣ того, извѣстны: глоссы, сумма къ институціямъ, кодексу и Tres libri, добавленія къ аппарату Bulgari, de regulis juris, и нѣсколько мелкихъ.

[5]) Savigny (IV, 445) приводится весьма интересное предисловіе этой книги. Русскій переводъ его у *Стоянова*, Методъ (стр. 30).

Іоаннъ Бассіанъ († 1197), уроженецъ Кремоны, былъ ученикомъ Булгара и учителемъ Азо. Онъ былъ весьма даровитый, но велъ жизнь довольно разгульную. Пастренго [1]) разсказываетъ, что онъ такъ увлекался игрой, что проигрывалъ своимъ ученикамъ все, даже одежду [2]).

Его мнѣнія по большей части приняты Азо и Аккурзіемъ и чрезъ нихъ получили большую популярность. Изъ его сочиненій [3]) особенно замѣчательно Arbor actionum, представляющее весьма любопытную попытку графическаго изображенія анализа юридическихъ понятій.

Бассіанъ исходитъ изъ той мысли, что всю теорію исковъ можно свести къ слѣдующимъ двѣнадцати различеніямъ. Иски могутъ быть: a) praetoriae, civiles; b) in rem, in personam, mixtae; c) rei persecutoriae, poenae, tam rei, quam poenae; d) in simplum, in duplum, in triplum, in quadruplum; e) bonae fidei, stricti juris; f) perpetuae, temporales; g) in heredes transitoriae, aliae non; h) aliae infamant, aliae non; i) directae, utiles; k) directae, contrariae; l) universales, singulares, generales; m) simplices, duplices. Сведеніе ученія объ искахъ къ этимъ элементамъ даетъ возможность дать такое графическое его изображеніе. Бассіанъ рисуетъ дерево съ вѣтвями; на вѣтвяхъ кружки, въ которые вписаны нозванія различныхъ исковъ, а по окружности стоятъ буквы, обозначающія перечисленныя раздѣленія. На буквахъ — точки: одна, двѣ, три, обозначающія, какой членъ дѣленія примѣнимъ къ данному иску: такъ, a обозначаетъ actio praetoria; b — actio in personam, c — actio persecutoria tam rei, quam poecnae; d — in quadruplum; и т. д.

Это Arbor actionum можетъ быть по праву поставленъ наравнѣ съ De Varietate actionum Плацентина. Если сочиненіе Плацентина замѣчательно, какъ систематическая обработка теоріи исковъ, то сочиненіе Бассіана даетъ замѣчательный анализъ элементовъ этой теоріи. Эти примѣры показываютъ, что лучшіе изъ глоссаторовъ могли подняться гораздо выше простой экзегезы

---

[1]) Одинъ изъ комментаторовъ, ум. 1370 г. De originibus rerum libellus.

[2]) Это, впрочемъ, была не рѣдкость между глоссаторами. Про другаго изъ нихъ Альберика разсказываютъ, что студенты-испанцы стали его угощать и, когда онъ, находя поданное ему красное вино слишкомъ крѣпкимъ, просилъ его разбавить, они подлили ему вмѣсто воды бѣлое вино. Результатъ понятенъ. Коварные испанцы воспользовались его опьяненіемъ и склонили къ поручительству на весьма значительную сумму.

[3]) Глоссы и нѣсколько суммъ.

источниковъ и, по крайней мѣрѣ, въ теоріи исковъ представили высокую степень развитія юридическаго анализа.

Процвѣтаніе въ XII столѣтіи изученія римскаго права въ Италіи не могло, конечно, не оказать своего вліянія и за предѣлами Италіи. И дѣйствительно, мы имѣемъ указанія на фактъ, подтверждающій это. Мы говорили уже, что Плацентинъ перенесъ преподаваніе римскаго права въ Монпелье (Montepessulanum), гдѣ оно сохранилось и послѣ него. Одофредъ сохранилъ намъ любопытный разсказъ объ Абелярѣ, профессорѣ схоластической философіи въ Парижѣ (1108—1140). Онъ весьма презрительно относился къ глоссаторамъ и публично заявилъ съ кафедры, что нѣтъ ни одного закона въ Corpus juris, котораго бы онъ не смогъ объяснить. Однако, когда ему предложили объяснить одно постановленіе о размежеваніи границъ, онъ вынужденъ былъ сознаться, что не понимаетъ его: nescio quid velit dicere ista lex. Этотъ разсказъ показываетъ, что возродившаяся наука права сильно занимала умы парижскихъ ученыхъ. Сохранились и другія указанія, что парижскій университетъ не оставался въ XII столѣтіи чуждъ преподаванію римскаго права. Но въ началѣ XIII вѣка развитію этого преподаванія былъ положенъ конецъ извѣстной декреталіей папы Гонорія III *super specula*, 1220 года, запрещавшей преподаваніе римскаго права въ Парижѣ и окрестныхъ мѣстахъ. Это запрещеніе сохраняло свою силу до XVI вѣка, такъ что еще Куяцію понадобилось спеціальное разрѣшеніе на преподаваніе римскаго права.

Причиной такого запрещенія послужило, вѣроятно, то обстоятельство, что въ борьбѣ папъ съ императорами, глоссаторы стали на сторону императоровъ.

Впрочемъ, это запрещеніе не было исключительнымъ явленіемъ. Подобное же запрещеніе существовало и въ Англіи. Первый, распространившій тамъ изученіе римскаго права, былъ Вакарій.

Онъ основалъ школу римскаго права въ Оксфордѣ. И, хотя преподаваніе римскаго права тамъ было вскорѣ воспрещено, но запрещеніе оказалось безсильнымъ. Вакарій составилъ книгу, подобныхъ которой мы не встрѣчаемъ у другихъ глоссаторовъ. Между его оксфордскими учениками было много бѣдныхъ, не могшихъ пріобрѣсть рукописей Corpus juris civilis. Поэтому, чтобы облегчить имъ изученіе римскаго права, онъ составилъ родъ христоматіи, въ которую вошло все существенное. Заглавіе ея такое: Liber ex universo enucleato jure excerptus, et pauperibus praesertim destinatus. Эта книга пользовалась въ Оксфордѣ

большой популярностью, и студенты, изучавшіе римское право, стали даже по ней называться pauperistae.

Перечисленными глоссаторами и ограничивается эпоха процвѣтанія школы. Ученикъ Бассіана, Азо, уже представляетъ переходъ къ наступившему затѣмъ упадку изученія римскаго права

Азо († 1230?) былъ профессоромъ въ Болоньѣ и пользовался большимъ успѣхомъ. Онъ такъ преданъ былъ профессорскому дѣлу, что во время каникулъ ему было не по себѣ. По разсказу Одофреда, онъ умеръ во время осеннихъ каникулъ, и по случаю его смерти, лекціи въ тотъ годъ не начинались до праздника всѣхъ святыхъ.

Сочиненія [1]) Азо пріобрѣли такой авторитетъ, что они почти вытѣснили сочиненія другихъ глоссаторовъ. Отсюда и поговорка: Chi non ha Azzo, non vada a Palazzo. Вліяніе ихъ не ограничилось Италіей, но достигло даже Англіи, гдѣ оставило свои слѣды въ произведеніяхъ Брактона.

Глоссы Азо обращаютъ на себя вниманіе прежде всего тѣмъ, что впервые составили связное цѣлое, такъ называемое apparatus, именно къ Digesum vetus и къ кодексу, между тѣмъ какъ до него такія apparatus встрѣчались только къ отдѣльнымъ титуламъ Пандектъ.

Это развитіе глоссы въ цѣлый аппаратъ для послѣдующей судьбы разработки права имѣло очень большое значеніе. Глоссы предшественниковъ Азо, какимъ бы авторитегомъ онѣ не пользовались, не могли все-таки заслонить собою отъ изучающаго самый текстъ источниковъ, не могли сосредоточить его вниманія исключительно на себѣ, отвлекая его отъ изученія самихъ источниковъ. Будучи отрывочными, отдѣльными глоссами, которыхъ безъ соображенія съ глоссируемымъ текстомъ нельзя было и понять, онѣ сами по необходимости обращали изучающаго къ источникамъ. Напротивъ, аппаратъ Азо составляетъ уже одно связное цѣлое; онъ могъ быть изучаемъ уже самъ по себѣ. Такъ какъ для посредственнаго ума пріятно находить уже готовое толкованіе, и такъ какъ вообще произведеніе современника представлялось естественно болѣе понятнымъ и легче усвоиваемымъ, нежели текстъ Corpus juris civilis, то и немудрено, что аппаратъ, получившій свое начало отъ Азо, мало-по-малу заслонилъ собою глоссируемый текстъ, сдѣлавшись вмѣсто него предметомъ изученія. Такимъ образомъ, работа Азо послужила

[1]) Изъ нихъ сохранились глоссы, чтенія о кодексѣ, сумма къ нему же, сумма къ институціямъ, Брокарда, и Quaestiones.

внѣшнимъ толчкомъ къ упадку школы. Послѣ него живое изученіе римскаго права въ его непосредственныхъ источникахъ замѣняется безплоднымъ пережевываніемъ уже разжеванныхъ прежними глоссаторами. Послѣдній, кто пишетъ еще самостоятельныя глоссы на текстъ источниковъ, былъ Hugolinus, какъ и Азо, ученикъ Бассіана (умеръ позже 1238 года). Слѣдующіе затѣмъ глоссаторы уже не пишутъ глоссъ и все болѣе и болѣе сосредоточиваютъ работу на изученіи и толкованіи чужихъ глоссъ. Это направленіе не могло не породить потребности въ компилятивномъ сборникѣ глоссъ — потребность, которая и нашла себѣ удовлетвореніе въ работахъ Аккурзія.

Accursius [1]), сынъ флорентинскаго крестьянина (1182 — 1260?), былъ ученикомъ Азо. По словамъ Виллани, онъ былъ крѣпкаго тѣлосложенія, лицо его имѣло серьезное и задумчивое выраженіе. Онъ отличался памятью и велъ очень воздержную жизнь. Онъ пріобрѣлъ значительное состояніе, не одною однако. ученою дѣятельностью: сохранились указанія, что онъ давалъ ученикамъ деньги въ ростъ и бралъ съ нихъ взятки. Послѣ 40 лѣтней профессорской дѣятельности онъ удалился въ свою виллу, гдѣ занялся собираніемъ глоссъ и составленіемъ изъ нихъ общей компиляціи. Это собраніе глоссъ его предшественниковъ и современниковъ, извѣстное подъ именами просто glozza или glozza ordinaria, и составило его славу.

Однако уже нѣкоторые современники относились къ ней отрицательно, напр. Бенинказа изъ Ареццо, смѣялся надъ Аккурзіемъ, что тотъ totum corpus juris combrattavit. Между гуманистами презрительное отношеніе къ Аккурзію было раздѣляемо всѣми и изученіе его компиляціи не называли иначе, какъ Accursianum absynthium bibere.

Оцѣнивая эту glossa ordinaria, Савиньи останавливается на трехъ вопросахъ: на томъ, что выбиралъ Аккурзій для своего сборника, какъ обработывалъ выбранный матеріалъ и что прибавилъ къ нему своего.

Вполнѣ оцѣнить выборъ въ настоящее время довольно трудно, такъ какъ мы не располагаемъ всѣмъ тѣмъ матеріаломъ, который имѣлъ предъ собой Аккурзій. Но все-таки можно замѣтить, что выборъ его не отличался ни тщательностью, ни удачностью. Онъ выбиралъ многія неимѣющія значенія интерлинеарныя глоссы (наприм. объясненіе etsi-quamvis, ne-et non, admodum valde)

---

[1]) Онъ самъ такъ объяснялъ свое имя nomen meum scilicet Accursium quod: est honestum nomen, dictum quia accurit et succurrit contra tenebras juris civilis.

и обошелъ почти совсѣмъ глоссы такихъ глоссаторовъ, какъ Плацентинъ и Пиллій.

Отношеніе его къ выбранному матеріалу также не отличается добросовѣстностью. Вотъ примѣръ. Какъ извѣстно, Юстиніанъ постановилъ въ Кодексѣ, чтобы несовершеннолѣтніе защищались противъ погасительной давности не реституціей, а ipso jure. Между тѣмъ въ одной изъ новеллъ для одного частнаго случая (приданное) все-таки принимается реституція. Объ этомъ противорѣчіи Плацентинъ замѣтилъ «Item quid dicemus quod Auth. Si minor de dote non numerata ait, minore esse restituendum? Profecto dicemus, esse speciale, vel Iustinianum de letheo fonte potasse. Это замѣчаніе Гуголинъ передалъ такъ: vel secundum p. biberat Justinianus de letea palude quoь illarum legum mentem non retinebat et oblivioni tradiderat. У Аккурзія же это замѣчаніе Плацентина искажено до неузнаваемости «vel secundum Pla. biberat hic Instinianus, et non recordabatur de illis legibus». Любопытно, что эта пошлость, всецѣло принадлежащая лично Аккурзію, явилась у Берріа-Сентъ-При въ числѣ другихъ обвинительнымъ пунктомъ противъ глоссаторовъ вообще.

Своего Аккурзій не внесъ почти ничего и даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ излагаетъ контроверзы, онъ не высказываетъ опредѣленно своего мнѣнія. Любопытно наставленіе, которое Дипловатаччій [1]) даетъ чтобы опредѣлить, какого изъ приводимыхъ мнѣній держался самъ Аккурзій. По общему правилу слѣдуетъ считать мнѣніемъ Аккурзія послѣднее изъ приведенныхъ. Но отсюда дѣлается пять исключеній: 1) если предъидущее имѣетъ за собой лучшія основанія; 2) если оно внушено справедливостью; 3) если послѣднее начинается съ alii или quidam dicunt; 4) если первое благопріятствуетъ браку или 5) церкви.

Такимъ образомъ, научное достоинство glossae ordinariae очень не высоко. Тѣмъ не менѣе вліяніе ея было громадно. Весьма скоро она получаетъ въ судахъ почти силу закона, такъ что въ XIV столѣтіи одинъ адвокатъ могъ замѣтить: malo pro me glossam, quam testum, quia textus non tam facile intrat in caput judicis, quam glossa. Этотъ успѣхъ объясняется тѣмъ, что, явившись во время упадка научной дѣятельности, glossa ordinaria представилась весьма удобнымъ средствомъ обойтись безъ обращенія къ разсѣяннымъ глоссамъ старыхъ глоссаторовъ.

[1]) Thomas Diplovataccius (1468—1541) извѣстенъ какъ авторъ до сихъ поръ ненапечатаннаго сочиненія: De praestantia doctorum, составляющаго вмѣстѣ съ произведеніями Бальда и Какціалупа (Caccialupus: Modus studendi in utroque jure, 1467) три первыхъ сочиненія по исторіи правовѣдѣнія.

Сыновья Аккурзія также извѣстны въ исторіи юридической литературы. Они продолжали работать въ томъ же компилятивномъ направленіи, какъ и отецъ, но еще съ меньшимъ успѣхомъ. Имя одного изъ нихъ сдѣлалось даже синонимомъ плохихъ глоссъ (Glossae Cervinae parum habent saporem. Diplovattaccius). Въ нравственномъ отношеніи они также слѣдуютъ отцу и къ корыстолюбію присоединили еще другіе пороки. По крайней мѣрѣ, въ Дантовомъ Аду одинъ изъ нихъ, Франциск, фигурируетъ среди содомитовъ (XV, v. 110).

Современникомъ и соперникомъ Аккурзія является *Одофредъ* († 1265). Разсказываютъ даже, что, когда Аккурзій занялся составленіемъ своей глоссы, онъ нашелъ необходимымъ скрыть свое дѣло отъ Одофреда и для этого притворился на время больнымъ.

По научному достоинству Одофредъ стоялъ на томъ же уровнѣ, что и Аккурзій. Ни тотъ, ни другой не дали ничего самостоятельнаго. Аккурзій прославился, какъ компиляторъ. Что же касается Одофреда, то его Lecturae не представляютъ никакого значенія, какъ юридическое изслѣдованіе. Весь ихъ интересъ ограничивается тѣми біографическими и историческими указаніями относительно глоссаторовъ и болонской школы, которыя въ видѣ отдѣльныхъ эпизодическихъ вставокъ въ большомъ изобиліи включены въ его лекціи. Можно думать, что, не надѣясь привлечь вниманіе слушателей научнымъ достоинствомъ своихъ лекцій, онъ нарочно уснащалъ ихъ всевозможными анекдотами. Во всякомъ случаѣ его Lecturae являются главнымъ источникомъ нашихъ свѣдѣній о жизни и дѣятельности глоссаторовъ.

Въ XIII вѣкѣ изученіе римскаго права получило также весьма широкое распространеніе во Франціи. Въ Тулузскомъ университетѣ, основанномъ въ 1228 г., мы находимъ преподающимъ римское право сына Аккурзія Франциска, Якобуса изъ Равиньи († 1296) Рамонда Де-Коста, Арнольда Новелли. Въ Орлеанскомъ университетѣ, впервые упоминаемомъ въ памятникахъ въ 1236 г., въ концѣ XIII вѣка преподавалъ римское право Petrus a Bella Perticа (Pierre de Belle-Perche). Орлеанская школа юристовъ отличалась вообще слишкомъ свободнымъ отношеніемъ къ тексту источниковъ, за что и заслужила упрекъ со стороны Бартола.

Съ Аккурзіемъ и Одофредомъ заканчивается существованіе школы глоссаторовъ. Дальнѣйшая работа надъ усвоеніемъ матеріала римскаго права прекращается. Въ школѣ *комментаторовъ*, смѣнившей школу глоссаторовъ, дѣло все сводится къ примѣненію формальныхъ пріемовъ схоластики къ установленному уже глоссаторами матеріалу.

Примѣненіе схоластической логики къ обработкѣ права обыкновенно соединяютъ съ именемъ Бартола и его послѣдователей бартолистовъ и слѣдовательно относятъ не ранѣе, какъ въ половинѣ 14 столѣтія. Однако, такое мнѣніе, какъ доказалъ Савиньи, ошибочно. Уже въ концѣ 13 столѣтія мы находимъ юристовъ, примѣнявшихъ схоластическій методъ. Первымъ, примѣнившимъ этотъ методъ къ юриспруденціи, называютъ уже извѣстнаго намъ Якобуса. Но особенное вниманіе обращаетъ на себя Раймундъ Луллъ, Raimundus Lullus, 1235 (6?)—1315.

Онъ задался мыслью о совершенномъ преобразованіи всѣхъ наукъ посредствомъ изобрѣтеннаго имъ великаго искусства—ars magna. Дѣло заключалось ни болѣе, ни менѣе, какъ въ изобрѣтеніи особой машины, въ родѣ счетныхъ машинъ, съ помощью которой каждый могъ въ самое короткое время, въ одинъ—три мѣсяца, изучить любую науку и затѣмъ развивать и разработывать ее дальше съ помощью этой машины. Машина эта состояла изъ различныхъ круговъ подвижныхъ и неподвижныхъ, содержавшихъ въ себѣ различныя геометрическія фигуры; каждой изъ сторонъ фигуръ соотвѣтствовало опредѣленное основное понятіе. Двигая кругъ, можно получать сочетаніе и развитіе любыхъ понятій [1]).

Изобрѣтенное имъ искусство Луллъ примѣнилъ и къ правовѣдѣнію [2]). Въ своихъ юридическихъ сочиненіяхъ онъ касается самыхъ разнообразныхъ вопросовъ. Рядомъ съ совершенно безсмысленными, чисто схоластическими вопросами, какъ, напримѣръ, quaerituz utrum homo possit baptizari a diabolo? ad quod respondendum est quod non—мы находимъ и болѣе живые вопросы: utrum tenetur Papa mittere de jure praedicatores ad infideles и даже utrum pauper habebat jus in divitiis divitis?—при чемъ Луллъ отвѣчаетъ на это утвердительно. Съ самой манерой аргументаціи и пріемами доказательствъ Лулла лучше всего можетъ познакомить слѣдующій любопытный примѣръ. Оселъ мельника пасется на берегу рѣки около того мѣста, гдѣ привязана лодка рыбака, входитъ въ лодку, перегрызаетъ веревку и уплываетъ вмѣстѣ съ лодкой. Спрашивается, кто дол-

[1] Подробности объ этой машинѣ смотри у *Prantl* Geschichte der Logik im Abendlande.

[2]) Съ этой цѣлью онъ написалъ сочиненія: Ars juris particularis, Ars utriusque juris s. ars brevis de inventione mediorum juris civilis, Liber principiorum juris, Ars de jure, Opusculum novae logicae ad scientiam juris et medicinae. Всѣхъ сочиненій Лулла насчитываютъ болѣе 300. Но всѣ они не большаго объема и представляютъ по большей части повтореніе одного и того же.

женъ нести убытки: хозяинъ лодки или хозяинъ осла? Луллъ разрѣщаетъ этотъ вопросъ въ своемъ Ars utriusque juris такъ, что хозяинъ осла долженъ нести $^4/_5$ общаго убытка, а хозяинъ лодки $^1/_5$. Вотъ основанія этого рѣшенія: quia asinus dedit damnum domino barchae per quatuor causas: per elementativam, vegetativam, senstivam et imaginativam, ex quibus est compositus, barcha autem non dedit damnum domino asini nisi per elementativam ex qua ipsa est [1]). Искусство, изобрѣтенное Лулломъ, примѣнялось имъ не только къ толкованію законовъ, но и къ критикѣ ихъ: jurista tentere debet utrum lex sit vera aut falsa. Но тутъ онъ очень остороженъ. Если законъ окажется ложнымъ, то онъ совѣтовалъ о немъ вовсе и не упоминать.

Такимъ образомъ, еще до Бартола схоластическая метода уже примѣнялась къ обработкѣ юридическаго матеріала. Значеніе Бартола (Bartolus de Saxoferato, 1314—1357) обусловливается, напротивъ, тѣмъ, что онъ умѣлъ въ пользованіи этимъ методомъ соблюсти извѣстную мѣру. Хотя и онъ не остался чуждъ недостатковъ, свойственныхъ современныхъ ему юристамъ, но все же у него форма не подавляетъ, какъ у другихъ, содержанія. Принятый имъ схоластическій методъ не помѣшалъ ему внести нѣкоторое внутреннее оживленіе въ изученіе римскаго права, которое со времени Аккурзія свелось къ безсодержательной схоластикѣ. Относительной содержательностью и живостью своихъ ученій Бартолъ обязанъ, вѣроятно, тому, что онъ не съ самаго начала посвятилъ себя преподавательской дѣятельности, а, напротивъ, сначала былъ юристомъ-практикомъ [2]). Это избавило его отъ полнаго подчиненія тогдашней школьной рутинѣ. Профессоромъ онъ былъ въ Пизѣ и затѣмъ въ Перуджіи, гдѣ и умеръ. Разсказываютъ, что при всемъ своемъ дарованіи онъ имѣлъ весьма слабую память, такъ что одинъ его коллега. (Franciscus de Tigrinis) помогалъ ему, подыскивая тѣ мѣста источниковъ, которыя нужны были ему для подкрѣпленія своихъ положеній.

Изъ сочиненій Бартола, кромѣ комментарія къ Пандектамъ, къ кодексу, новелламъ, институціямъ, извѣстны еще мелкія его сочиненія (Consilia, Quaestiones, Tractatus). Изъ нихъ стоитъ указать на два: Quaestio inter virginem Mariam et diabolum и Tractatus de statutis. Первое интересно въ двоякомъ отношеніи.

---

[1]) Этотъ анекдотъ послужилъ Меланхтону и Лютеру матеріаломъ для насмѣшекъ надъ старыми юристами, *Göschel*, Zerstreute Blatter, II, 439 и III, 211.

[2]) Онъ, говорятъ, принималъ участіе въ составленіи Золотой буллы.

Во-первыхъ, оно характеристично для своей эпохи. Это—изображеніе процесса между св. Дѣвой и діаволомъ о спасеніи рода человѣческаго. Каждая сторона опирается на римское право. Судьей является самъ Христосъ, постановляющій освободить родъ людской отъ подчиненія дьяволу: рѣшеніе въ окончательной формѣ было объявлено 6 апрѣля 1311 года. Во-вторыхъ, оно представляетъ и тотъ интересъ, что наглядно представляетъ намъ, каковъ въ ту эпоху былъ нормальный ходъ судебнаго процесса [1]). Tractatus de statutis есть первое по времени изслѣдованіе о соотношеніи разномѣстныхъ законовъ.

Слава Бартола была такъ велика, что ни одинъ изъ средневѣковыхъ юристовъ не можетъ съ нимъ въ этомъ сравниться. Его мнѣнія приводятся его современниками обыкновенно съ похвалой, почти съ благоговѣніемъ. Даже одинъ изъ представителей новаго гуманистическаго направленія, вытѣснившаго въ XVI вѣкѣ школу бартолистовъ, Альціатъ, называетъ его первымъ изъ толкователей Corpus juris civilis и во всѣхъ случаяхъ, гдѣ самъ не даетъ толкованія, ссылается на Бартола. Въ Падуѣ была основана даже особая каѳедра подъ названіемъ: lectura textus, glossae et Bartoli.

У послѣдователей Бартола схоластическій формализмъ и поклоненіе авторитету достигаютъ своего полнаго развитія. За формами схоластической логики, за безчисленными divisiones, subdivisiones, distinctiones, subdistinctiones, ampliationes, limitationes и т. д., содержаніе совсѣмъ забывалось. Изложеніе вмѣстѣ съ крайней безсодержательностью отличалось необыкновенной пространностью. При этомъ изученіе источниковъ уступаетъ мѣсто изученію глоссъ и комментаріевъ, и спорные вопросы рѣшались чисто формальнымъ образомъ, по соображенію того, за какое изъ рѣшеній высказалось большое число ученыхъ. Лучшую оцѣнку писателей этой эпохи далъ Куяцій, сказавшій о нихъ, что они verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi. Слѣдующій примѣръ, приводимый у Берріа, наглядно подтверждаетъ справедливость этого приговора. Арій Пинелли, въ тѣхъ случаяхъ, когда какой-нибудь законъ слишко явно не согласуется съ его мнѣніемъ, наивно совѣтуетъ читателю пройти мимо этого закона conniventibus oculis [2]). За то тамъ, гдѣ дѣло было ясно само по себѣ, комментаторы пускаются въ пространныя объясненія. Кон-

---

[1]) *Manaresi*, La questio inter Virginem Mariam et Diabolum di Bartolo nella Archivio Giuridico, 1881. № 6. pp. 581—594.

[2]) *Berriat-saint-Prix*, p. 313.

ституція Omnem, служащая предисловіемъ къ Пандекта обращена Юстиніаномъ къ Теофилу, Дороѳею и другимъ юристамъ, его сотрудникамъ, и потому имѣетъ такой заголовокъ: imperator Ceasar Flavius Iustinianus Theophilo, Dorotheo etc. salutem. Бартолъ считаетъ нужнымъ въ комментаріи къ этому объяснить, что заголовокъ состоитъ изъ трехъ частей: первая до слова Theophilo содержитъ имена и титулъ того, кто пишетъ; вторая до слова—*salutém*—имена тѣхъ, къ кому обращается пишущій и, наконецъ, третья выражаетъ къ нимъ привѣтъ [1]). Чтобы дать понятіе о томъ, какими вопросами занимались юристы-схоластики, можно указать, напр., что они подробно обсуждали вопросъ, что должно было сдѣлаться съ завѣщаніемъ Лазаря, если такое существовало, послѣ его воскресенія? [2]).

Эта схоластическая метода, метода исключительно аналитическая, приводившая не къ объединенію, а лишь къ разложенію матеріала, выработалась съ теченіемъ времени въ весьма опредѣленный типъ изслѣдованія, получившій съ XVI вѣка названіе mos italicus, въ отличіе отъ новыхъ методовъ, нашедшихъ себѣ тогда наибольшее распространеніе во Франціи (mos gallicus). Пріемы толкованія права more italico перечислены въ извѣстномъ двустишіи Грибальда Мофы [3]).

Praemitto, scindo, summo casumque figuro
Perlego, do causas, connoto, objicio.

Истолкованіе, экзегеза текста начиналась съ введенія (praemitto), въ которомъ давалась общая характеристика и опредѣленіе предмета, подлежащаго толкованію мѣста источниковъ, при чемъ объяснялись и встрѣчающіеся въ немъ термины. Затѣмъ слѣдовало аналитическое разложеніе (partitio) содержанія на его составные элементы (scindo). Послѣ этого снова, вкратцѣ, формулировалось по Бартолу содержаніе (summo), приводились въ поясненіе casus, и только послѣ этого прочитывался самый текстъ (perlego). Эти пять элементовъ составляли однако меньшую по объему часть схоластическихъ экзегезъ. Наиболѣе широкое развитіе получали именно три остальныхъ. При объясненіи основаній изъясняемаго закона (do causas), комментаторы исходили изъ различія четырехъ родовъ основаній или причинъ (causa efficiens, materialis, formalis, finalis), заимство-

[1]) *Berriat-saint-Prix*, p. p. 301, 313.

[2]) *Göschel Zerstreute Blätter, III, S. 211.*

[3]) *Gribaldus Mopha* de methodo ac ratione studendi libri tres. Lugeluni 1553. p. 126—131.

ваннаго схоластикой изъ аристотелевой логики. Подъ «connoto» разумѣлись всевозможныя замѣчанія, дѣлавшіяся въ произвольномъ порядкѣ и количествѣ. Сюда относилось сопоставленіе сходныхъ юридическихъ правилъ (cognata et similia), формулировка общихъ правилъ (regulae, loci communes; axiomata) и т. д. Подъ «objicere» разумѣлось обсужденіе контроверзъ (contraria et oppositiones). Разсмотрѣніе контроверзъ и приводило къ установленію distinctiones, ampliationes, limitationes, какъ средство соглашать различныя воззрѣнія между собой.

При такой исключительно аналитической методѣ, не дававшей, никаго объединенія изучаемаго матеріала, необходимо было для возможности его усвоенія прибѣгать ко внѣшнимъ, искусственнымъ средствамъ мнемоники. Такое значеніе имѣли у схоластиковъ, т.-н. «loci»; ихъ было нѣсколько видовъ. Подъ loci ordinarii разумѣлись тѣ мѣста источниковъ, по поводу которыхъ обыкновенно разъяснялся тотъ или другой вопросъ, такъ что около него сгруппировывались всѣ комментаріи, относившіеся къ данному юридическому институту. Такъ напримѣръ, ученіе о culpa излагалось обыкновенно по поводу договора поклажи, depositum. Эти loci ordinarii назывались также sedes materiarum. Другой видъ loci суть loci communes, которыя также отчасти служили средствомъ мнемоники, такъ какъ давали готовыя рубрики, для разсмотрѣнія вопроса, частію служили основаніемъ самой аргументаціи; какъ напр. locus ab opinione vulgi, locus a cessatione rationis.

Изъ учениковъ Бартола наиболѣе извѣстенъ Baldus de Ubaldis (1327—1400). Онъ не отличался ни силой, ни оригинальностью мысли. Но обладалъ большей памятью, чѣмъ Бартолъ, и большей тонкостью въ примѣненіи схоластическихъ пріемовъ. Кромѣ римскаго права, онъ обработывалъ также право каноническое. Ему же принадлежитъ первый опытъ исторіи правовѣденія: De commemoratione famosissimorum doctorum in utroque jure, извѣстный намъ, впрочемъ, только по цитатамъ Дипловатація.

Мы говорили до сихъ поръ только объ изученіи римскаго права. Изученіе его составляло дѣйствительно основу и сосредоточіе всего средневѣковаго правовѣдѣнія. Оно давало главный матеріалъ, надъ которымъ работалъ юристъ, въ немъ вырабатывались общіе пріемы юридическаго изученія. Но нашъ очеркъ средневѣковой юриспруденціи былъ бы неполонъ, если бы мы не упомянули еще объ изученіи каноническаго права. Каноническое право есть правда только своеобразная модификація рим-

скаго права. Церковь средневѣковая руководствовалась въ своихъ отношеніяхъ римскимъ правомъ (ecclesia lege romana vivit), видоизмѣняя его сообразно своимъ потребностямъ. Методы изученія были тутъ тѣ же, что и въ изученіи римскаго права, а схоластическая метода сказалась у канонистовъ въ еще болѣе рѣзкой формѣ, такъ какъ свободное развитіе мысли встрѣчало при разработкѣ каноническаго права еще новое препятствіе въ церковномъ авторитетѣ, тяготѣвшемъ надъ канонистами.

Разработка каноническаго права началась также съ XII столѣтія, когда былъ составленъ въ Болоньѣ, между 1139—1142 годами, монахомъ Граціаномъ, первый систематически обработанный сборникъ кононическаго права, т. н., Decretum Gratiani, къ которому затѣмъ постепенно присоединились собранія болѣе новыхъ церковныхъ постановленій. Составленія этого сборника вызвало образованіе на ряду съ учителями римскаго права (легистами) и школы канонистовъ или декретистовъ. Граціанъ самъ первый сталъ преподовать каноническое право отдѣльно отъ богословія и нашелъ себѣ немало продолжателей. Краткія глоссы къ Декрету писали ученики Граціана Паукапалеа, Омнибонусъ, Руфинусъ, Сильвестеръ и другіе. Аппараты составляли Іоаннъ Тевтонскій (1212) и Варѳоломей Брикскіенскій. Къ болѣе новымъ собраніямъ Декреталій также составились аппараты, напр.: Бернгарда де Ботано († 1266)—къ Декреталіямъ Григорія IX. Канонистъ Bazianus († 1197) былъ первый doctor juris utriusque. Aegidius Fuscarius († 1289) былъ первый профессоръ каноническаго права изъ свѣтскихъ юристовъ. Но наибольшаго вниманія изъ канонистовъ XIII вѣка заслуживаетъ Вильгельмъ Дурантисъ, извѣстный въ средніе вѣка подъ именемъ спекулятора, такъ какъ онъ написалъ сочиненіе подъ названіемъ Speculum judiciale seu juris. Онъ родился около 1230 и изучалъ право въ Монпелье, Парижѣ и Болоньѣ и, получивъ докторство, сдѣлался профессоромъ каноническаго права, сперва въ Болоньѣ же, затѣмъ въ Моденѣ. На мысль составить свой Speculum Дурантисъ былъ наведенъ примѣромъ ученаго доминиканца Винцентія изъ Бовэ, который, подъ названіемъ Speculum quadruplex [1]), составилъ какъ бы общую энциклопедію наукъ. Съ 1265 г. Дурантисъ сталъ работать надъ составленіемъ подобной же энциклопедіи права и въ 1275 г. дѣйствительно окончилъ свой трудъ.—Дурантисъ при этомъ не держится системы декреталій, а даетъ свою

[1]) Quadruplex — потому что оно подраздѣлялось на speculum doctrinale, naturale, morale et historiale. Юриспруденція вошла у него въ Speculum doctrinale.

собственную. Довольно характерно его дѣленіе законовъ, онъ различаетъ шесть законовъ, по числу крыльевъ херувима: per sex alas, sex leges intellige: prima est lex naturalis, secunda mosaica, tertia prophetica, quarta evangelica, quinta apostolica, sexta canonica (Praemium, 10).

Въ XIV вѣкѣ и между канонистами распространяется комментаторское направленіе. Въ этомъ направленіи разработывали коническое право Baldus de Ubaldis, Iohannes ab Imola († 1436) Nicolaus de Tudeschis († 1443) Franciscus de Acceoltis († 1431) и другіе.

§ 10. Гуманистическое и систематическое направленіе [1]).

Въ новой юриспруденціи мы не находимъ того же единства научныхъ методовъ и направленій, какое представляетъ намъ разработка права въ Римѣ и въ средніе вѣка. Напротивъ, тутъ мы замѣчаемъ большое разнообразіе научныхъ направленій въ изученіи права.

Въ поступательномъ движеніи возрожденія можно вообще различить четыре послѣдовательныхъ періода: гуманизма, реформаціи, возрожденія естественныхъ наукъ и возрожденія философіи. Для правовѣдѣнія имѣли непосредственное значеніе только два крайнихъ періода: гуманистическій и философскій. Религіозное движеніе реформаціи и естественно-научное возрожденіе вліяли на правовѣдѣніе лишь косвенно, на сколько они подготовили собой послѣдній философскій періодъ.

Какъ мы сказали выше, состояніе науки права въ эту эпоху характеризуется появившимся впервые раздвоеніемъ догмы и теоріи. И надо замѣтить, что, какъ гуманистическое, такъ и философское направленіе одинаково вели къ этому отдѣленію теоріи отъ догмы, въ изученіи права.

Для гуманиста изученіе римскаго права не могло ограничиться, какъ для глоссаторовъ, усвоеніемъ содержанія Corpus juris civilis, какъ такой системы юридическихъ нормъ, которая представляетъ собою совокупность практически примѣнимыхъ правилъ. Для гуманиста Corpus juris civilis являлся прежде всего памятникомъ духовной жизни античнаго міра. Онъ важенъ былъ ему, какъ крупное проявленіе, какъ лучшій плодъ древней римской жизни. Глоссаторы стремились извлечь и усвоить практи-

[1]) *Stintzing* Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I Abth. 1880. *Стояновъ* Методы разработки положительнаго права стр. 28—275.

чески примѣнимыя юридическія правила, не обращая вниманія на то, какъ выработались и развились эти правила, какія стороны древняго Рима отражаются въ нихъ. Въ работахъ гуманистовъ, напротивъ, догматическіе вопросы отступаютъ на второй планъ. Подобно глоссаторамъ, они также работаютъ надъ экзегезой римскаго права. Но ихъ экзегеза носитъ совершенно иной характеръ. Въ ихъ работахъ правовѣдѣніе, можно сказать, переходитъ въ филологію, въ смыслѣ науки о продуктахъ духовной дѣятельности вообще. Римское право изучается ими, не какъ право, примѣнимое въ настоящее время, а какъ продуктъ, выраженіе культуры древняго Рима, какъ одна изъ главныхъ ея сторонъ.

Такимъ образомъ, уже гуманистическое направленіе пришло къ отдѣленію отъ догмы теоріи, къ изученію права, какъ фактора общественной жизни. Но гуманизмъ провелъ это разъединеніе догмы и теоріи только въ пріемахъ изученія: предметомъ изученія, какъ юриста-догматика, такъ и юриста-гуманиста оставалось одинаково положительное, и именно римское, право. Философское направленіе привело это раздвоеніе еще дальше: оно распространило его, какъ увидимъ, на самый предметъ изученія. Философія права не изучаетъ уже положительнаго права. Она получаетъ свой особенный предметъ—право естественное.

Гуманистическое и позднѣе философское изученіе права, какъ отдѣлившееся теоретическое изученіе, не могли замѣнить собою вполнѣ mos legendi italicus, въ которомъ практическій элементъ былъ преобладающимъ. Поэтому, рядомъ съ гуманистическимъ и философскимъ изученіемъ, отчасти сохраняется (до XVII в.) и mos italicus; частью же онъ замѣняется новымъ *систематическимъ* или, какъ тогда говорили, методическимъ (methodice) изученіемъ. Такимъ образомъ мы получаемъ уже три новыхъ направленія въ изученіи правъ, гуманистическое, систематическое, философское. Первоначально, философское изученіе представляетъ въ общемъ одно лишь направленіе, выражается въ ученіяхъ одной лишь школы—школы естественнаго права. Но къ XVIII вѣку и философское изученіе дробится на два направленія: раціоналистическое и эмпирическое. Первое изъ нихъ развивается на континентѣ, второе въ Англіи. Итакъ, въ теченіи XVI, XVII и XVIII вѣка появляются и разработываются разнообразнѣйшіе пріемы, изученія, установляются разнообразнѣйшія точки зрѣнія на право. Но каждый изъ этихъ пріемовъ, каждая изъ этихъ точекъ зрѣнія являются въ полнѣйшей обособленности. Они стоятъ рядомъ, но между ними нѣтъ никакой внутренней связи. Устано-

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

вленія этой связи, объединеніе всѣхъ отдѣльныхъ пріемовъ составляетъ задачу четвертаго періода, періода новѣйшей юриспруденціи.

Разсмотрѣніе различныхъ направленій новой юриспруденціи мы начнемъ съ гуманистическаго, такъ какъ имъ открывается эпоха возрожденія, стоящая на рубежѣ средневѣковой и новой исторіи.

Наступившее съ эпохой возрожденія оживленіе научной мысли сказалось въ правовѣдѣніи сравнительно поздно. Въ теченіи XIV и XV столѣтій новыя вѣянія почти вовсе не проникаютъ въ правовѣдѣніе. Нельзя объяснять это тѣмъ, чтобы между юристами того времени не было людей, которые бы могли отозваться на зачинавшееся новое движеніе въ области духовной жизни. Напротивъ, между юристами можно указать такихъ, которые въ другой сферѣ проявили себя, какъ представители, и довольно видные, этого движенія. Такъ, Цинусъ (Cinus, 1270—1339), одинъ изъ ближайшихъ предшественниковъ и учитель Бартола, писалъ итальянскіе стихи и находился въ близкихъ дружескихъ отношеніяхъ къ Данту и Петраркѣ; Боккаччіо учился у него каноническому праву. Франциск Аретинъ прославился, какъ филологъ. Но въ юридическихъ сочиненіяхъ и того, и другаго совершенно не замѣтно даже слѣдовъ гуманистическаго вліянія, такъ что многіе думали, что поэтъ или филологъ и юристъ, носящій тоже имя, не были однимъ и тѣмъ же лицомъ.

Точно также и въ Германіи въ XV столѣтіи можно указать нѣсколько юристовъ, въ обработкѣ права остававшихся вѣрными старому методу, но вмѣстѣ съ тѣмъ, въ другихъ сферахъ, бывшихъ причастными гуманизму. Таковы Iohann Matthias von Gengenbach († 1486), профессоръ канонической права въ Базелѣ, Bilibald Pirkheimer, Adam Wernher von Themar, и особенно извѣстный Себастіанъ Брантъ, (1457—1521). Въ своихъ юридическихъ произведеніяхъ авторъ знаменитаго «Narrenschiff», совершенно неузнаваемъ. Въ двухъ его самостоятельныхъ произведеніяхъ Expositiones sive declarationes omnium titularum, Basil. 1490 и Tractatus de modo studendi нѣтъ никакого слѣда вліянія гуманизма.

Причину этой отсталости Савиньи видитъ въ неблагопріятныхъ условіяхъ, въ какія тогда было поставлено правовѣдѣніе: въ господствѣ схоластическаго метода, въ изученіи глоссъ и комментаріевъ, вмѣсто текста Corpus juris civilis [1]). Но едва ли

[1]) *Sivigny*, Geschichte, VI, 12.

въ этомъ можно видѣть причину. Вѣдь въ этомъ то и выражается то зло, о причинѣ котораго идетъ рѣчь. Быть можетъ, причина этой отсталости правовѣдѣнія въ эпоху возрожденія, заключается именно въ томъ, что въ XII столѣтіи оно опередило всѣ другія науки. Между тѣмъ какъ другіе памятники античной литературы и античной жизни до эпохи возрожденія или вовсе не были извѣстны, или лишь въ искаженномъ видѣ, изъ вторыхъ рукъ, Corpus juris civilis изучался уже въ XII столѣтіи и изучался изъ первыхъ рукъ. Въ этомъ, быть можетъ, и заключается объясненіе того, что первое время, когда гуманистическое движеніе сказывалось только въ обращеніи къ непосредственному изученію античной литературы и жизни, правовѣдѣніе оставалось непричастнымъ новому движенію: для права эта задача была выполнена уже въ XII вѣкѣ. Не даромъ же возрожденіе XV вѣка, въ отношеніи къ правовѣдѣнію, называютъ *вторымъ* возрожденіемъ [1]). Только тогда, когда въ гуманистическомъ движеніи исключительно, т. ск., филологическое направленіе смѣнилось историческимъ, оно представило и въ отношеніи къ правовѣдѣнію нѣчто дѣйствительно новое.

Передовой страной въ возрожденіи является Италія. Если гдѣ, то именно въ ней наиболѣе сохранилась связь съ древнимъ міромъ. Въ ней болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, осталось слѣдовъ отъ павшей античной культуры, болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, была жива въ народѣ память о блестящемъ прошломъ. Наконецъ, самый бытъ общественный въ Италіи ближе подходилъ къ быту античнаго міра. Мы находимъ здѣсь бо́льшее, чѣмъ гдѣ-либо, развитіе городскаго быта, этой типичной особенности античныхъ государствъ, бывшихъ ничѣмъ другимъ, какъ городами. И вотъ первая стадія возрожденія, выразившаяся въ ближайшемъ и непосредственномъ ознакомленіи съ произведеніями классической литературы, главной ареной своей имѣла Италію. Какъ въ XII столѣтіи Болонья была питомникомъ разноплеменныхъ doctores juris, разносившихъ по всей Европѣ начала и ученія римскаго права, такъ теперь Флоренція сдѣлалась средоточіемъ и распространительницей гуманизма.

Выдающіеся гуманисты Италіи не могли не коснуться въ своихъ работахъ и римскаго права. Лаврентій Валла одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ представителей гуманизма (1400—1457), въ своемъ сочиненіи Elegantiae latinae linguae libri VI посвящаетъ цѣлый отдѣлъ изслѣдованію языка римскихъ юристовъ.

[1]) „La seconde renaissance“ *Rivier*, Introduction historique au droit romain. 2 édition. 1881. p. 583.

Высказанный имъ при этомъ строгій приговоръ надъ языкомъ римскихъ юристовъ вызвалъ собою цѣлый литературный споръ [1]). Полиціанъ (Angelus Politianus, 1454—1494) занимался критикой текста флорентинской рукописи Пандектъ, которую онъ считалъ аутентическимъ ихъ текстомъ, и даже собственнымъ экземпляромъ Юстиніана [2]). Эта рукопись, хорошо, какъ мы видѣли извѣстная глоссаторамъ, къ XV столѣтію совсѣмъ была забыта. Уже Бартолъ, какъ большую рѣдкость, приводитъ свѣрку съ ней одного мѣста Пандектъ. А Полиціану выпало на долю какъ-бы вторично открыть ее ученому міру [3]). Ученикъ Лаврентія Валлы, Помпоній Лэта (Pomponius Laeta 1428—1498) написалъ первую исторію римскаго права: De Romanis magistratibus, sacerdotiis, jurisperitis et legibus [4]). Но всѣ эти ученые касались римскаго права лишь косвенно, мимоходомъ; это не были юристы, спеціально посвятившіе себя изученію права. Поэтому въ нихъ нельзя видѣть болѣе, чѣмъ лишь предвѣстниковъ новаго гуманистическаго направленія въ обработкѣ права.

Отцомъ гуманистическаго направленія въ правовѣдѣніи слѣдуетъ признать также итальянца Альціата. Правда, одновременно съ нимъ въ Германіи въ томъ-же гуманистическомъ направленіи работалъ надъ римскимъ правомъ профессоръ фрейбургскаго университета Ульрихъ Цазій (1461—1535). Изъ его трудовъ особенно обращаютъ на себя вниманіе Lucubrationes 1518 и Intellectus juris singularis, 1526. Въ Lucubrationes содержится, между прочимъ, комментаріи къ 1. 2. D., de origine juris, гдѣ содержится замѣчательный отрывокъ изъ сочиненія Помпонія Enchiridion de origine juris, почти совсѣмъ игнорировавшійся средневѣковыми юристами. Въ другой части этого труда (Antimoniarum dissolutiones) онъ защищаетъ римскихъ юристовъ противъ упрековъ Валлы и другихъ филологовъ. Въ Intellectus singulares находится замѣчательное изслѣдованіе о понятіи genus, при чемъ Цазій впервые ввелъ въ употребленіе выраженіе res fungibiles, общепринятое теперь для обозначенія тѣхъ вещей, которыя въ гражданскомъ оборотѣ опредѣляются лишь in genere, а не in specie [5]) Но Цазій остался въ Германіи одинокимъ яв-

[1]) Savigny, VI, 433.

[2]) *Brinz*, Panodecktен, I, 2 Ausg., 1876, S. 9.

[3]) Savigny, VI, 435.

[4]) Savigny, VI, 447.

[5]) Rectius res fungibiles-novo nostro vocabulo nominari possunt, quod ex communicabili natura functionem in mutuo et aliquando in aliis dispositionibus communicationem recipiunt.

ленїемъ Онъ не создалъ школы, не оставилъ по себѣ даже сколько нибудь достойныхъ послѣдователей. Гуманистическое направленіе тутъ было надолго вытѣснено школою рамистовъ

Андрей Альціатъ (1492—1550) былъ родомъ миланецъ, но преподавалъ, какъ въ итальянскихъ, такъ и во французскихъ университетахъ: въ Авиньонѣ, Буржѣ, Болоньѣ, Феррарѣ Талантливый излагатель, онъ привлекалъ въ свою аудиторію массу слушателей Но прочное вліяніе его ученій сказалось только во Франціи. Говорятъ, онъ предсказалъ, что новая метода разработки права, проводимая имъ, не привьется въ итальянскихъ университетахъ Литературная дѣятельность Альціата была весьма разнообразна. Вмѣстѣ съ экзегезой римскаго права онъ занимался объясненіями Тацита, написалъ исторію Милана, посланіе противъ монастырской жизни, перевелъ съ греческаго на латинскій «Облака» Аристофана Онъ не посвятилъ себя исключительно профессорской дѣятельности, но занимался также и адвокатурой Сохранился разсказъ, что въ первой защитѣ онъ весьма эниргично возсталъ противъ пытки. Труды Альціата представляютъ собою переходъ отъ схоластическаго метода къ методу гуманистическому. Онъ обработывалъ римское право, какъ по методу бартолистовъ, такъ и по новому методу и потому самъ онъ говорилъ, что умѣетъ слѣдовать utramque dictionem. Новый методъ заключался въ критической, филологической и исторической обработкѣ матеріала, при чемъ все-таки сохранялась экзегетическая форма, и дѣло, главнымъ образомъ, сводилось къ исторической критикѣ и историческому выясненію отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ.

Полнаго своего развитія гуманистическій методъ достигаетъ въ работахъ ученика и ближайшаго послѣдователя Альціата — Куяція, являющагося самымъ выдающимся юристомъ XVI вѣка и вмѣстѣ величайшимъ изъ всѣхъ французскихъ юристовъ

Куяцій (Jaques Cujas, 1522—1590), сынъ тулузскаго суконщика, обучался въ университетѣ своего роднаго города, гдѣ въ то время всецѣло царилъ бартолизмъ. Но въ своихъ самостоятельныхъ занятіяхъ онъ ознакомился съ трудами и методомъ Альціата и вполнѣ усвоилъ его себѣ Подготовивъ себя, кромѣ изученія права, еще серьезнымъ изученіемъ древнихъ языковъ и исторіи, онъ открылъ въ Тулузѣ на двадцать пятомъ году жизни частный курсъ институцій Эти чтенія привлекли къ нему много слушателей и имѣли большой успѣхъ Въ 1534 году онъ явился конкурентомъ на освободившуюся въ то время каѳедру, но ему былъ предпочтенъ другой. Тогда онъ перешелъ въ Буржъ. Но

и тамъ ужился не долго. Вражда съ Дуареномъ и Донелломъ побудила его оставить и Буржъ, куда онъ возвратился назадъ не раньше того, какъ Дуаренъ палъ жертвой религіознаго гоненія, воздвигнутаго на протестантовъ, а Донеллъ, спасая свою жизнь, бѣжалъ въ Германію. Самъ Куяцій держался въ сторонѣ отъ религіозной распри, волновавшей тогдашнюю Францію, и когда его упрекали за это безучастіе, онъ невозмутимо отвѣчалъ: quid hoc ad edictum praetoris?

Сочиненія Куяція весьма многочисленны. Они носятъ преимущественно экзегетическій характеръ и могутъ быть подраздѣлены на слѣдующія группы: 1) экзегеза отдѣльныхъ частей Corpus juris civilis; 2) комментаріи къ сочиненіямъ римскихъ юристовъ [1]) Папиніана, Павла, Модестина и др.; 3) экзегеза источниковъ не-римскаго права, а именно феодальнаго и каноническаго и 4) нѣсколько рѣчей по общимъ вопросамъ. Заслуги Куяція заключаются въ критической обработкѣ текста Corpus juris civilis, въ исторической экзегезѣ римскаго права и въ изученіи до-юстиніанова права. Въ отношеніи критики текста особенное вниманіе обращаютъ на себя его Observationes et Emendationes juris romani въ 28 книгахъ и отличное критическое изданіе Институцій, которое было перепечатано еще въ 1834 году въ Парижѣ профессоромъ Дюкфруа въ его Ecloga juris civilis. Въ установленіи текста Куяцій руководствовался, какъ сравненіемъ варіантовъ, такъ и свободной коньектуральной критикой, и нѣкоторыя его догадки вполнѣ подтвердились впослѣдствіи открытыми рукописями. По исторіи права, которую онъ называлъ своей „золотой удочкой“, Куяцій не оставилъ ни одного систематическаго сочиненія. Но историческія объясненія разсѣяны въ большомъ количествѣ въ его экзегическихъ трудахъ и составляютъ главное ихъ достоинство. Изученію до-юстиніанова права онъ содѣйствовалъ, какъ своими комментаріями на сочиненія классическихъ юристовъ, такъ и изданіями извѣстныхъ тогда памятниковъ (Jus civile Antejustinianeum 1566 и 1586).

Куяцій обращаетъ на себя вниманіе не только, какъ первый изъ юристовъ гуманистическаго направленія, но также и какъ первый, въ трудахъ котораго сказалось отдѣленіе теоріи отъ догмы. И судьба, какъ бы нарочно для того, чтобы наглядно представить это раздѣленіе догмы и теоріи, ставитъ рядомъ съ Куяціемъ его соперника Донелла. Эти два юриста XVI столѣтія являются живымъ воплощеніемъ впервые сказавшагося въ ихъ

[1]) Изъ нихъ лучшимъ считается Tractatus ad Africanum.

трудахъ раздвоенія. Куяцій даетъ историческую экзегезу источниковъ, но вовсе не заботится о догматическихъ результатахъ. Онъ изучаетъ римское право, не какъ нынѣ дѣйствующее право, а какъ продуктъ римской жизни, какъ историческое явленіе. Послѣдней цѣлью для него является воспроизведеніе ученій римскихъ юристовъ въ ихъ чистомъ видѣ. Донеллъ, напротивъ, въ этомъ видитъ недостатокъ, односторонность трудовъ Куяція. Онъ изучаетъ римское право, какъ примѣнимое въ настоящее время, онъ изучаетъ римское право не въ самомъ себѣ, а въ его приложеніи къ современному быту. «Для Куяція, говоритъ Лерминье, право римское было памятникомъ античной древности; для Донелла право и было правомъ». Какъ Куяцій является образцовымъ представителемъ гуманистическаго направленія, такъ Донеллъ—образцовымъ догматикомъ.

Въ догматической разработы права, которую не могли замѣнить собою работы гуманистовъ, какъ уже было сказано частью сохранялся методъ схоластическій, mos logendi italicus. Но рядомъ съ этимъ замѣчается и новое направленіе—систематическое mos-gallicus. Оно также ведетъ свое начало отъ Альціата, такъ какъ одни изъ первыхъ систематиковъ были Connanus (1508 — 1551) и Дуаренъ (1509 — 1559) его ученики и подражатели. Но наилучшее выраженіе оно нашло себѣ въ трудахъ Донелла.

Свое юридическое образованіе Донеллъ (Hugo Donellus, Hugues Doneau, 1527—1591) получилъ въ одной школѣ съ Куяціемъ, въ Тулузѣ, и вмѣстѣ съ нимъ преподавалъ право въ Буржѣ. Столкновеніе съ Куяціемъ, нашедшимъ себѣ защитника въ канцлерѣ Лопиталѣ, вынудило и Донелла оставить Буржъ и переселиться въ Орлеанъ. Тамъ онъ едва не сдѣлался жертвой гоненія на гугенотовъ и только благодаря содѣйствію нѣмецкихъ студентовъ, давшихъ ему свой національный костюмъ, удалось ему спастись отъ смерти (1572). Онъ эмигрировалъ въ Германію, въ Гейдельбергъ. Оттуда перешелъ въ Голландію, во вновь основанный тогда лейденскій университетъ. Но подъ конецъ жизни онъ опять воротился въ Германію, въ Альторфъ.

Сочиненія Донелла довольно многочисленны и преимущественно догматическаго содержанія. Въ Германіи они пользовались большимъ успѣхомъ и еще въ началѣ XIX столѣтія его вліяніе сказалось въ трудахъ Тибо и Савиньи, которые признаютъ въ нихъ образцовую систематическую обработку догмы. Во Франціи, напротивъ, они были скоро забыты, такъ что уже нѣмецкіе писатели указали на него французамъ въ новѣйшее время.

Главное сочиненіе Довелла есть Commentarii juris civilis. Самъ Донеллъ напечаталъ только два первыхъ тома (1589 и 1590). Три послѣднихъ напечатаны уже послѣ его смерти Сципіономъ Гентилисомъ. Въ построеніи своей системы Донеллъ выходитъ изъ опредѣленія права: право есть, по его опредѣленію, принудительное велѣніе, предписывающее справедливое, и запрещающее несправедливое. Велѣнія, предписывающія несправедливое, не суть право. По своему содержанію всѣ предписанія права опредѣляютъ или, что есть наше, или какъ мы его пріобрѣтаемъ. Поэтому систематическое изложеніе права естественно распадается на двѣ части: cognicio juris nostri et ejus juris obtinendi ratio. Но права наши по своему составу также двояки, такъ какъ къ нимъ относится и то, что намъ принадлежитъ и то, что намъ должны другіе (quod proprie nostrum est et quod nobis debetur). Принадлежащіе намъ принадлежатъ личности какъ таковой (личныя права), или въ ея отношеніи къ вещамъ.

Систематическое направленіе юриспруденціи нашло себѣ и общее философское обоснованіе въ ученіе рамистовъ, выставившихъ взамѣнъ схоластической методы другую, уже не аналитическую, а систематическую. Основателемъ рамистической методы былъ Петръ Рамусъ (Pierre de la Ramée, 1515 — 1572), ярый противникъ аристотелизма. За свои нападки на Аристотеля онъ былъ даже подвергнутъ судебному преслѣдованію. Основнымъ правиломъ рамистической методы было то, что слѣдуетъ начинать съ общаго и постепенно переходить затѣмъ къ болѣе и болѣе частному. Поэтому въ основаніе всего должно быть полагаемо опредѣленіе [1]), подлежащее затѣмъ анализу частью въ формѣ partitio (разложеніе на части), частью въ формѣ divisio (различеніе видовъ). При этомъ Рамусъ постоянно держался двойнаго дѣленія или такъ-называемой дихотоміи, что и служитъ наиболѣе рѣзкимъ внѣшнимъ привнакомъ рамизма. И этотъ пріемъ долженъ быть примѣняемъ затѣмъ къ каждому послѣдующему, болѣе частному понятію. Такимъ образомъ, Рамусъ приходилъ примѣненіемъ своей методы къ синтезу — къ построенію системы. Простота рамистической методы сравнительно съ пріемами схоластической логики, а также синтетическій ея характеръ, дававшій возможность объединить матеріалъ, остававшійся при схоластической обработкѣ совершенно разрозненнымъ, обусловили

[1]) Такъ, защищаясь на судѣ, онъ главнымъ аргументомъ противъ авторитета Аристотеля выставилъ то, что его органонъ не начинается, какъ бы слѣдовало, съ опредѣленія.

широкое распространеніе рамизма. Но онъ распространился по большей части не въ чистомъ своемъ видѣ. У многихъ рамизмъ соединяется съ нѣкоторыми элементами аристотелевой логики, напр. привносится ученіе о четырехъ основаніяхъ (quatuor causae).

Изъ юристовъ, державшихся рамистической методы, слѣдуетъ указать на Везембека, Вультея и особенно Альтузія. Альтузію [1]) принадлежитъ первая попытка полной системы права по рамистическому методу. Вполнѣ выработанную систему онъ даетъ въ своихъ: Dicaeologicae libri tres totum et universum jus, quo utimur methodice complectentes, cum parallelis hujus et Iudaici juris. 1617. Рамистическая дихотомія привела его къ раздѣленію всей системы на общую (membra) и особенную (species) часть, дѣленію, служащему основаніемъ и современной систематики. Подъ «членами» права Альтузій разумѣетъ negotium symbioticum, т.-е. жизненныя отношенія, служащія фактической подкладкой права и «jus», т.-е., юридическій элементъ въ собственномъ смыслѣ слова. Ученіе о negotium symbioticum распадается на ученіе о вещахъ, res, и лицахъ, persona. Теперь, какъ и у римлянъ, ученіе объ юридическихъ отношеніяхъ начинаютъ съ ученія о лицахъ. Но въ эпоху Альтузія держались обыкновенно обратнаго порядка изложенія, руководствуясь тѣмъ, что вещи были сотворены раньше людей Второй членъ «jus» подраздѣляется на «constitutio juris» т.-е. на ученіе о правѣ въ объективномъ смыслѣ, о нормахъ, и на species juris, т.-е. объ отдѣльныхъ правахъ въ субъективномъ смыслѣ. Особенная часть распадается на Dicaeodotice, ученіе о пріобрѣтеніи права и Dicaeocritica ученіе о процессѣ. Независимо отъ впервые у Альтузія встрѣчающагося раздѣленія на общую и особенную часть, сочиненіе его обращаетъ на себя вниманіе еще и тѣмъ, что у него ученія публичнаго права не разсматривается, какъ это мы находимъ у его предшественниковъ, лишь мимоходомъ, какъ нѣчто второстепенное, а напротивъ, публичное право ставится у него наравнѣ съ частнымъ, хотя и не выдѣляется особо, а разсматривается совмѣстно съ частнымъ по однимъ и тѣмъ же рубрикамъ. Такъ, говоря о лицахъ, онъ различаетъ homines singulares и homines consociati et cohaerentes, куда отнесено имъ и государство. Точно также, говоря о species juris, онъ говоритъ между прочимъ и о potestas publica universalis, quae data est alicui in corpore consociationis ad negotia, res et personas corporis consociati curandum et administrandum.

[1]) *Otto Gierke* Johannes Althusius. Breslau. 1880.

Рамистическая метода, весьма распространенная у германскихъ юристовъ, скоро однако выродилась у нихъ, принявъ въ себя много чисто схоластическихъ ученій, и сама ставъ по формализму, искусственности и безжизненности лишь нѣсколько подновленной формой схоластики.

Дольше всего гуманистическое и систематическое направленіе процвѣтали въ Голландіи, гдѣ рядъ «изящныхъ» юристовъ идетъ не прерываясь до XVIII столѣтія.

Политическая свобода и религіозная терпимость, благопріятствовали въ Голландіи свободному развитію научной дѣятельности и привлекли въ нее мыслителей изъ всѣхъ частей Европы, особенно изъ Франціи. Однако голландская школа правовѣдѣнія не представляетъ собою какого-либо самостоятельнаго, новаго направленія. Она не болѣе, какъ продолжательница Донелла и Куяція. И ея заслуги сводятся къ критической обработкѣ текста и исторической экзегезѣ, и выработкѣ догматической системы.

Извѣстнѣйшими представителями этой школы являются Винній, два Фута, Нодтъ, Бинкерсгукъ и Скельтингъ.

Arnold Vinnius (1588—1657), профессоръ лейденскаго университета, особенно извѣстенъ своимъ комментаріемъ на Институціи. Онъ является ближайшимъ послѣдователемъ Донелла. Его Partitiones представляется даже не болѣе, какъ извлеченіемъ изъ комментаріевъ Донелла.

Johannes Voet (1647—1719, сынъ также извѣстнаго Павла Фута), извѣстенъ по своему Commentarius ad Pandectas—сочиненіе преимущественно практическаго характера, которымъ пользуются и новѣйшіе юристы, напримѣръ извѣстный Merlin.

Gerard Noodt (1647—1725), прозванный Куяціемъ Голландіи, отличавшійся своей филологической и исторической ерудиціей. Изъ его сочиненій особенно извѣстны Probabilia juris и Observationum libri II.

Cornelius van Bynkershoek (1673 — 1743), извѣстный противникъ Нодта, но такъ же, какъ и тотъ ближайшій послѣдователь Куяція. Самое замѣчательное изъ его сочиненій это Observationes juris civilis. Его De foro legatorum competenti и Quaestiones juris publici пользуются большой извѣстностью въ литературѣ международнаго права.

Antonius Shultingius (1659—1734), признаваемый предтечей исторической школы, основанной Гуго и Савиньи. Его сочиненія представляютъ историческую обработку права. Таковъ его комментарій къ отрывкамъ классической юридической литературы и Enarratio primae partis digestorum. Его Notae ad Pandectas из-

даны впервые по рукописи, найденной въ лейденской библіотекѣ, въ 1804—1836 годахъ.

§ 11. Гуго Гроцій и его предшественники [1]).

Въ XVII вѣкѣ, на ряду съ гуманистическимъ и систематическимъ направленіемъ, появляется и скоро заслоняетъ ихъ собою, философское направленіе, выразившееся въ формѣ ученій объ естественномъ правѣ.

Гуманизмъ, представлявшій собою какъ бы эстетическое поклоненіе классической древности, не могъ не привесть къ постепенному усвоенію и самаго античнаго міросозерцанія. Античный бытъ, античныя идеи, имѣвшія въ глазахъ гуманистовъ все обаяніе величія и красоты, не могли быть для нихъ превзойденнымъ прошлымъ. Сначала предметъ удивленія и поклоненія, они скоро сдѣлались для нихъ цѣлью, идеаломъ. И вотъ христіанскому міросозерцанію противуполагается античное; средневѣковому мрачному, отрицательному взгляду на человѣческую грѣховную природу—свѣтлый гуманизмъ древности; сверхъестественной, основывающейся на ученіи о первородномъ грѣхѣ и милосердіи божіемъ морали христіанства, противуполагается нравственное ученіе, выработанное философскими учеными древности, ученіе, всецѣло опирающееся на довѣріе къ природѣ, поклоненіи ей, ученіе, ищущее именно въ природѣ, въ ея законахъ, источникъ нравственныхъ нормъ.

Эта замѣна сверхъестественной морали схоластиковъ — естественною есть дѣло XVII вѣка. Въ самый первый годъ этого столѣтія вышло сочиненіе, представляющееся въ новой литературѣ первой попыткой создать систему морали безъ помощи богословія. Шарронъ, съ его книгой «De la sagesse» 1601 года является предтечей новой этики. Но только предтечей. Истиннымъ основателемъ новой этики долженъ быть по справедливости признанъ Гуго Гроцій, давшій ей форму ученія объ естественномъ правѣ, и, подобно философамъ древности, смѣшивающій въ этомъ понятіи объ естественномъ правѣ собственно право съ нравственностью. Однако, созданная имъ теорія естественнаго

[1]) *Kaltenborn*, Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebeite des jus naturae et gentium sowie der Politik im Reformations-zeitalter, 1848. *Hinrichs*, Geschichte der Rechts- und Staatsprincipien, seit der Reformation bis auf die Gegenwart in historisch-philosophischer Entwickelung. 2 Bde. 1848. 1850. *Franck*, Réformateurs et publicistes de l'Europe XVII siècle. Paris. 1881. *Jodl*, Geschichte der Ethik in der neueren Philosophie. B. I, 1882.

права не есть простое повтореніе ученій классической древности, хотя безъ всякаго сомнѣнія и была навѣяна ими, зародилась подъ вліяніемъ ближайшаго знакомства съ ними. Новый натурализмъ въ этикѣ тѣмъ существенно отличается отъ античнаго, что принимаетъ своимъ основаніемъ не природу вообще, не природу въ ея цѣломъ, а природу человѣка. Античный натурализмъ отличался объективнымъ характеромъ; новый, напротивъ, рѣзко субъективенъ. Объясненіе этого субъективизма новой этики должно искать въ томъ, что царившія въ средніе вѣка ученія слишкомъ пріучили противополагать человѣка всей остальной природѣ.

Субъективный натурализмъ новой этики объясняетъ собою и всѣ характерныя особенности теоріи естественнаго права. Разъ освободившись въ построеніи этическаго ученія отъ поклоненія авторитету церкви, представители новой школы естественнаго права признали полную свободу изслѣдованія, не только приводящую ихъ къ полному отрицанію всякаго вмѣшняго авторитета въ дѣлѣ науки, но и проводимой до крайности, до отрицанія необходимости считаться съ тѣмъ матеріаломъ, какой представляетъ историческая дѣйствительность. Поэтому предметомъ философскаго изученія права признается не дѣйствующее, положительное право, представляющееся продуктомъ постепеннаго историческаго развитія, а противополагаемое ему естественное право, какъ право абсолютное, неизмѣнное, вѣчное, подобное законамъ природы. Это естественное право основывается на естествѣ, природѣ человѣка и изъ того же источника и познается. Отсюда индивидъ, индивидуальная природа является опредѣляющимъ факторомъ: все ученіе школы естественнаго права проникнуто духомъ индивидуализма. Индивидъ, принимаемый за основаніе естественнаго права, не только разсматривается въ совершенной изолированности, внѣ всякаго вліянія на него общественной среды, но и самое общество считается не болѣе какъ внѣшнимъ, механическимъ, такъ сказать, соединеніемъ индивидовъ, продуктъ ихъ произвольнаго соглашенія.

Намѣченныя здѣсь вкратцѣ характеристическія особенности ученій школы естественнаго права, будутъ полнѣе развиты и обстоятельнѣе выяснены въ дальнѣйшемъ изложеніи. Для большей понятности и наглядности я изложу сначала ученіе Гуго Гроція и его предшественниковъ въ XVI вѣкѣ, а затѣмъ ужъ укажу вліяніе раціонализма и эмпиризма и какъ подъ вліяніемъ этихъ философскихъ ученій видоизмѣнялись теоріи естественнаго права. Такой порядокъ изложенія будетъ болѣе соотвѣтствовать и исторической послѣдовательности, такъ какъ школа

естественнаго права въ своемъ развитіи не *исходила* вовсе изъ ученій раціонализма, или эмпиризма а, напротивъ, *пришла* къ нимъ лишь въ ходѣ своего развитія, найдя въ нихъ общую философскую основу своихъ ученій.

Основателемъ школы естественнаго права, какъ мы сказали, съ полнымъ правомъ считается Гуго Гроцій. Школа эта не явилась однако сразу, внезапно. Появленіе ея было подготовлено юридической литературой предшествующаго столѣтія; она имѣла своихъ предшественниковъ уже среди юристовъ XVI вѣка. Проблески новыхъ идей, какъ показалъ это Кальтенборнъ, мы можемъ найти даже въ сочиненіяхъ писателей, придерживающихся еще стараго схоластическаго метода, напр. у іезуита Франца Суареза [1]), у болонскаго юриста Альберта Болоньеза [2]), профессора права, позднѣе нунція и кардинала. Особенно любопытно ученіе Суареза, такъ какъ у него мы находимъ новое ученіе въ рамкахъ отживающей свой вѣкъ схоластики. Онъ признаетъ существованіе вѣчнаго, неизмѣннаго естественнаго закона, вытекающаго изъ природы и тождественнаго съ разумомъ. Познаніе этого закона возможно безъ помощи божественнаго откровенія, такъ какъ оно начертано у каждаго въ душѣ. Нѣтъ власти земной, которая бы могла измѣнить велѣнія естественнаго закона. Не властенъ измѣнить ихъ и Богъ. Суарезъ отвергаетъ и ученіе Оккама, будто различіе добра и зла установляется волею Божіей, могущей его измѣнить. Если бы было такъ, то Богъ могъ бы сдѣлать добрымъ ненависть къ нему и предпочтеніе его идоламъ. Отвергаетъ онъ и ученіе Дунса Скота, будто только первая скрижаль содержитъ въ себѣ неизмѣнныя правила, такъ какъ человѣкъ не можетъ не поклоняться Богу. Суарезъ доказываетъ, что и любовь къ ближнему также коренится въ природѣ человѣка, какъ и поклоненіе Богу. Но все это относится только къ Богу, какъ законодателю. Между тѣмъ онъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ и творецъ міра, а слѣдовательно и властитель его. Такъ какъ все создано Богомъ, то все можетъ быть и уничтожено имъ и эту власть свою онъ можетъ передать и людямъ. Такъ онъ уполномочилъ Авраама заклать Исаака. Въ этомъ нельзя видѣть нарушенія естественнаго закона: не убей. Убивать нельзя: но Богъ какъ творецъ человѣка, можетъ его и уничтожить. Точно также объясняется и гоненіе на еретиковъ. По естественной справедливости, говоритъ Суарезъ, принужденіе не приложимо въ

[1]) 1548—1617. Главное его сочиненіе Tractatus de legibus ac Deo legislatore.
[2]) 1538—1585. Главное сочиненіе De lege, jure et aequitate disputationes.

вопросахъ совѣсти. Но Богъ, создавшій еретиковъ, можетъ ихъ и уничтожить или самъ, или чрезъ посредство земныхъ представителей истинной церкви.

Но главнымъ образомъ новое ученіе было подготовлено трудами систематиковъ XVI столѣтія; таковы изъ французовъ, уже извѣстный намъ ученикъ Альціата, Коннанъ, изъ нѣмцевъ Лагусъ, Олендорпъ, Геммингъ. Въ комментаріяхъ Коннана [1]) мы находимъ такое ученіе о соотношеніи jus naturale, jus gentium и jus civile. Основнымъ подраздѣленіемъ права онъ признаетъ двойное, на jus naturale и jus civile. Но jus naturale само двояко. Естественное право въ собственномъ смыслѣ есть регуляторъ жизни людей, живущихъ отдѣльными семьями (agentes vitam in agro cum uxore et liberis); оно предписывается естественнымъ разумомъ (ratio naturalis) и принципъ его есть aequitas. Другой видъ естественнаго права есть jus gentium, принципъ котораго есть utilitas, и которое установляется не столько самою природой, сколько сужденіемъ людей; но оно все-таки есть естественное, такъ какъ установляется не закономъ, а обычаями и молчаливымъ соглашеніемъ. Право, установляемое законами отдѣльныхъ государствъ, есть jus civile.

Изъ нѣмцевъ, предшественниковъ Гроція, прежде всего должно указать на Конрада Лагуса († 1546). Лагусъ—это греческій переводъ его настоящаго имени — Hase. Его ученіе о естественномъ правѣ мы находимъ въ его Methodica juris utrius que traditio, изданной въ 1543 году съ его именемъ, но противъ его воли. Это собственно записанныя за нимъ лекціи, диктованныя имъ впервые въ 1535 году, когда Виттенбергскій университетъ, по случаю чумы, временно былъ перенесенъ въ Іену. Лагусъ признаетъ правомъ то, что устанавливается и оправдывается природой, общественной властью или обычаемъ. Право, вытекающее изъ природы человѣка, двояко: jus naturale primaevum, основывающееся на инстинктѣ самосохраненія, общемъ человѣку съ животными, но извращенномъ въ силу грѣхопаденія и потому нуждающемся въ исправленіи разумомъ, и проистекающее изъ человѣческаго разума право есть jus naturale secundarium. Mentem vocamus, говоритъ Лагусъ, istud judicium rationis, quod ex justitia notitia, divinitus nobis indita, nobiscum nascitur. Это вторичное естественное право есть тоже, что jus gentium. Его можно также назвать jus divinum: канонисты не правы, ограничивая божественное право только Евангеліемъ.

[1]) Commentariorum juris civilis libri X.

Божественное право объемлетъ все то, что согласно съ волею Христа, высказано-ли оно въ Библіи, или нѣтъ—все равно. Такимъ образомъ, Лагусъ вовсе не ставитъ естественное право въ зависимость отъ божественнаго откровенія. Естественное право недостаточно, потому что страсти побуждаютъ часто человѣка дѣйствовать вопреки разуму. Въ виду этого, общественною властью установляется jus civile, quod publica neccessitate exigente civium suffragiis in aliqua republica constituitur.

Почти одновременно съ лекціями Лагуса явилось изслѣдованіе объ естественномъ правѣ Ольдендорпа [1]) Isagoge juris naturalis sive elementaria introductio juris naturae, gentium et civilis. Colon. 1539. Эта книга обращаетъ на себя вниманіе, какъ первое самостоятельное, отдѣльное изслѣдованіе о естественномъ правѣ, первая попытка сдѣлать естественное право предметомъ самостоятельной разработки. Но воззрѣнія Ольдендорпа во многомъ уступаютъ воззрѣніямъ и Коннана, и Лагуса. У него гораздо сильнѣе, чѣмъ у его предшественниковъ въ этомъ отношеніи, примѣсь теологическихъ элементовъ, такъ что ученіе о естественномъ правѣ далеко не ставится имъ на исключительно научную почву. Онъ, правда, принимаетъ опредѣленіе, даваемое естественному праву Цицерономъ (est ratio summa insita in natura, quae jubet ea quae facienda sunt, prohibet quae contraria) и согласно съ этимъ, видитъ основаніе его въ природѣ человѣка, но это не приводитъ его ни къ какимъ дальнѣйшимъ выводамъ. Въ испорченности человѣческой природы въ силу грѣхопаденія, онъ находитъ поводъ обратиться къ милосердію Божію и затѣмъ все ученіе его получаетъ теологическій характеръ. Въ силу испорченности своей природы, люди не могутъ познать сами естественнаго права и милосердіе Божіе приходитъ имъ на помощь: въ десяти заповѣдяхъ они получаютъ выраженными основныя начала естественнаго права. Отъ евреевъ эти начала перешли къ грекамъ, отъ грековъ къ римлянамъ; тѣ ихъ воспроизвели и развили въ своихъ законахъ XII таблицъ, которые Ольдендорпъ старательно сравниваетъ съ десятью заповѣдями.

Послѣдній изъ предшественниковъ Гроція въ XVI вѣкѣ есть Геммингъ [2]). Его De lege naturae apodictica methodus 1562, заслуживаетъ вниманія въ томъ отношеніи, что въ ней впервые

[1]) Johann Oldendorp. 1480(?)—1567. Онъ былъ профессоромъ права въ Кельнѣ и весьма выдающимся для своего времени, но преимущественно практическаго направленія.

[2]) Nicolaus Hemming, 1513—1600.

выражается требованіе примѣнить математическій методъ къ обработкѣ теоріи естественнаго права.

Намъ остается еще, чтобы покончить съ предшественниками Гроція, сказать о книгѣ Винклера [1]) Principiorum juris libri quinque, явившейся уже въ XVII столѣтіи, въ 1615 году. Кальтенборнъ очень высоко цѣнитъ произведеніе Винклера, но едва ли справедливо. И у него, какъ у Ольдендорпа, слишкомъ сильна еще теологическая окраска, чтобы въ немъ можно было видѣть попытку строго научной постановки ученія объ естественномъ правѣ. Совершенно въ духѣ средневѣковыхъ воззрѣній онъ признаетъ, что jurisprudentia theologiae in doctrina legis fomula. Винклеръ различаетъ, подобно уже разсмотрѣннымъ нами писателямъ, двоякое естественное право; jus naturale prius и jus naturale posterius. Первоначально люди руководствовались только своей природой (j. nat. prius), но когда опытъ научилъ, что по испорченности человѣческой природы одинъ законъ естественный недостаточенъ, necessum fuit contra ingruentam calamitatem salutaria excogitari remedia результатомъ чего и явилось jus nat. posterius. Такимъ образомъ понятіе естественнаго права не выдержано съ послѣдовательностью: по ученію Винклера оно частью установлено природою, частью *придумано* людьми. За то, подобно Гроцію, но въ менѣе раціоналистической формѣ, онъ признаетъ, что jus nat. prius вѣчно и не можетъ быть измѣнено даже Богомъ, потому что оно само есть Богъ: jura naturalia esse aeterna, immutabilia, adeo ut nec a deo mutari possint, cum sint deus ipse.

Черезъ десять лѣтъ послѣ появленія книги Винклера на Пасхѣ 1625 года, въ самый разгаръ тридцатилѣтней войны, явился на франкфуртской ярмаркѣ новорожденный квартантъ, подъ всему міру извѣстнымъ теперь заголовкомъ De jure belli ac pacis libri tres. Книга эта составила эпоху въ исторіи правовѣдѣнія, такъ какъ съ появленія ея считаютъ свои годы и школа естественнаго права и науки международнаго права.

Авторъ книги, Гуго Гроцій, (Huig de Groot, род. 1583 г.) [2]), былъ уже ранѣе извѣстенъ въ ученомъ мірѣ. Еще въ ранней молодости онъ обращалъ на себя вниманіе необыкновенными способностями. Одинадцати лѣтъ поступивъ въ Лейденскій университетъ, онъ обратилъ на себя вниманіе своихъ учителей, такъ

---

[1]) Benedict Winkler † 1648.

[2]) *Luden* Hugo Grotius nach seinen Schicksalen und Schriften. 1806. *Hély* Etude sur le droit de la guerre de Grotius. 1875.

что его сравнивали съ Эразмомъ; пятнадцати лѣтъ онъ защищаетъ тезисы по философіи, математикѣ и юриспруденціи. Когда вслѣдъ затѣмъ, онъ явился въ Парижъ, сопровождая Барневельда, отправленнаго туда посломъ Соединенныхъ Провинцій. Генрихъ IV, пораженный ученостью молодаго голландца, воскликнулъ обращаясь къ окружавшимъ: «Вотъ чудо Голландіи». Эти слова были какъ бы пророчествомъ. Гроцій дѣйствительно вскорѣ занялъ видное мѣсто среди ученыхъ современниковъ. Посвятивъ себя сначала адвокатской дѣятельности, онъ скоро выступаетъ на болѣе широкое поприще, явившись въ роли защитника интересовъ своего отечества, а вмѣстѣ и интересовъ свободы вообще, предъ судомъ общественнаго мнѣнія Европы. Въ 1608 онъ пишетъ свое научное изслѣдованіе Mare liberum, seu de jure quod Batavis competit ad Indica commercia (1609) [1]).

Сочиненіе это было вызвано споромъ, который возникъ въ то время между Голландіей съ одной стороны, Испаніей и Англіей съ другой. Испанія считала своимъ исключительнымъ правомъ плаваніе по океану и торговлю съ Индіей. Англія не хотѣла допустить голландскія суда къ рыболовству въ моряхъ, омывающихъ англійскіе берега. Гроцій, отстаивая притязанія своего отечественнаго государства, доказывалъ, что море свободно и не подлежитъ исключительному обладанію той или другой націи. Онъ не ограничился одной теоретической стороной дѣла. Въ томъ же 1609 г. онъ былъ посланъ въ Англію для переговоровъ о заключеніи трактата. Трактатъ былъ дѣйствительно заключенъ на 12 лѣтъ. Но наступившее такимъ образомъ замиреніе не было пріятно штатгальтеру Морицу. Война лучше бы соотвѣтствовала его честолюбивымъ планамъ. Республиканская партія, къ которой принадлежалъ Барневельдъ, опасаясь чрезмѣрнаго усиленія Оранскаго дома, склонялась, напротивъ, къ миру. Къ этому пресоединился еще и религіозный антагонизмъ. Дѣло шло о божественномъ предопредѣленіи. Два профессора Лейденскаго университета, Гомаръ и Арминій, дали имя двумъ религіознымъ партіямъ. Гомаристы, къ которымъ принадлежали штатгальтеръ и его партія, держались строго ученій Кальвина, признавшаго предопредѣленіе. Арминіане, имѣвшіе на своей сторонѣ Барневельда и республиканцевъ, склонялись къ ученію Меланхтона и Эразма, допускавшихъ возможность спасенія для каждаго. Гроцій былъ также арминіанцомъ, весьма умѣреннымъ.

[1]) Это изданіе анонимное.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

Онъ вообще стремился, по возможности, устранить религіозные раздоры и возстановить церковный миръ. Съ этою цѣлью онъ написалъ цѣлый рядъ сочиненій, посвященныхъ разъясненію богословскихъ вопросовъ въ примирительномъ духѣ [1]). Это примирительное направленіе Гроція въ религіозныхъ вопросахъ не спасло его отъ преслѣдованія. Когда въ 1617 году Мориць, во главѣ арміи, захватилъ города, населеніе которыхъ принадлежало къ партіи республиканцевъ и арминіанъ, и когда такимъ образомъ фактическая сила оказалась въ рукахъ гомаристовъ, они въ числѣ другихъ вожаковъ противной партіи, захватили и Гроція, и его друга и покровителя Барневельда. Барневельдъ былъ приговоренъ къ смертной казни судомъ, который скорѣе можно бы было назвать каррикатурой суда. Казнь была приведена въ исполненіе въ тотъ же день, какъ состоялся приговоръ. Гроцію было обѣщано помилованіе, если онъ отречется торжественно отъ своихъ убѣжденій. Но Гроцій не пошелъ на эту сдѣлку и предпочелъ пожизненное заключеніе—измѣнѣ своимъ убѣжденіямъ. Изъ тюрьмы однако ему удалось бѣжать, благодаря смѣлой находчивости его жены, вынесшей его въ ящикѣ съ книгами. Онъ удалился затѣмъ во Францію, гдѣ и написалъ свой знаменитый трактатъ. Позднѣе онъ былъ приглашенъ къ шведскому двору и, какъ шведскій посланникъ, побывалъ снова въ Парижѣ. Умеръ онъ въ 1644 г., возвращаясь изъ Швеціи, въ Ростокѣ.

Книга Гуго Гроція тотчасъ же обратила на себя вниманіе и имѣла необыкновенный успѣхъ. Не прошло и двухъ лѣтъ, какъ она была внесена, по распоряженію папы, въ Index запрещенныхъ книгъ (4-го февраля 1627 года). Но запрещеніе не могло воспрепятствовать ни славѣ, ни распространенію книги. Еще раньше запрещенія, въ 1626 году уже успѣло выйти новое изданіе in octavo. Въ 1631 году сразу явилось три голландскихъ изданія. Изданіе 1632 года, амстердамское, было послѣднимъ, въ текстѣ котораго Гроціемъ были сдѣланы измѣненія. Въ позднѣйшихъ изданіяхъ онъ ограничивался только присоединеніемъ новыхъ примѣчаній. Послѣднее изданіе при жизни Гроція относится къ 1642 году, первое посмертное къ 1646 году. Затѣмъ одно изданіе слѣдовало за другимъ, и Омптеда насчитываетъ къ 1758 году уже 45 различныхъ изданій. Вмѣстѣ съ тѣмъ книга Гроція переводилась на всевозможные языки. Но въ

[1]) Такова: Conciliatio dissidentium de re praedestinatoria atque gratia opinionum, Via ad pacem ecclesiasticam, и другія.

чемъ особенно сказался необыкновенный успѣхъ книги, такъ это въ томъ, что къ ней, подобно сочиненіямъ древнихъ классиковъ, стали писать комментаріи. Уже въ 1663 году появился первый комментарій на книгу Гроція Генриха Боклера, профессора исторіи въ Страсбургѣ. Затѣмъ появились комментаріи Циглера въ 1666 г., Осіандера въ 1671 г, Геннингеса въ 1673 г., и посмертный комментарій Гроновія въ 1680 году. Въ 1691 г. уже издается во Франкфуртѣ на Одерѣ сводный комментарій.

По методу своему изслѣдованіе Гроція представляетъ, однако, переходъ отъ гуманизма къ раціонализму. Онъ не рѣшается еще всецѣло и исключительно ограничиться дедукціей своихъ положеній изъ принятаго имъ основнаго принципа. Въ его книгѣ мы на каждомъ шагу встрѣчаемъ ссылки на подтверждающія изрѣченія философовъ, поэтовъ, юристовъ, св. писанія и на историческіе примѣры. При всемъ изобиліи такихъ ссылокъ онѣ не имѣютъ у Гроція рѣшающаго значенія. Основа его аргументаціи—дедукція. Весь же этотъ аппаратъ играетъ роль вспомогательнаго орудія доказательства, отъ котораго Гроцій не рѣшается еще отказаться. Историческіе примѣры имѣютъ, по его словамъ, особенный авторитетъ тогда, когда взяты изъ исторіи лучшихъ народовъ, и потому онъ предпочитаетъ примѣры изъ исторіи Греціи и Рима. Свидѣтельства философовъ, историковъ, поэтовъ, ораторовъ не могутъ пользоваться безусловнымъ довѣріемъ. Но, если многія лица въ разное время и въ разныхъ мѣстахъ утверждаютъ одно и тоже, то это должно имѣть какую-нибудь общую причину. А такой причиной можетъ быть или то, что данное мнѣніе согласно съ природой вещей, или то, что оно основано на общемъ соглашеніи. Въ первомъ случаѣ мы получаемъ указаніе на право естественное, во второмъ—на общенародное.

Главнымъ предметомъ изслѣдованія Гроція является международное право, какъ это видно уже изъ самаго заглавія книги. Но самымъ такимъ предметомъ изслѣдованія Гроцій былъ наведенъ на вопросъ, существуетъ ли справедливое по природѣ, а не только по закону, такъ какъ въ международныхъ отношеніяхъ нѣтъ мѣста власти, которая могла бы издавать обязательные для государствъ законы. Поэтому его книга есть столько же трактатъ международнаго права, сколько и естественнаго; этому содѣйствовало также и весьма широкое пониманіе слова «война».

Вопросъ о существованіи справедливаго по природѣ разсматривается въ Prolegomena. Гроцій представляетъ при этомъ за-

щиту отрицательнаго отвѣта на предложенный вопросъ софисту Карнеаду, одному изъ трехъ аѳинскихъ пословъ, прибывшихъ въ Римъ въ 604 г. и обратившихъ на себя вниманія римлянъ своимъ удивительнымъ краснорѣчіемъ. По утвержденію Карнеада, люди установили въ своихъ интересахъ законы, которые и мѣняются сообразно съ этими интересами, и потому различны у различныхъ народовъ и даже у одного и того же народа въ различное время. Законовъ же естественныхъ не существуетъ; люди, какъ и другія животныя руководствуются исключительно своей выгодой, пользой, и потому или нѣтъ вовсе справедливаго, которое бы отличалось отъ того, что выгодно, полезно каждому отдѣльному лицу, или, если такая естественная справедливость существуетъ, то она не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ высшимъ безумiемъ, потому что дѣйствовать согласно съ нею, значило бы дѣйствовать вопреки своимъ собственнымъ интересамъ, во вредъ себѣ. Гроцій не признаетъ возможнымъ сравнивать людей съ другими животными, Человѣкъ выше всѣхъ ихъ и отличается отъ нихъ гораздо болѣе, нежели они сами отличаются другъ отъ друга. Это доказывается существованіемъ извѣстныхъ качествъ, свойственныхъ исключительно человѣку, и въ числѣ ихъ стремленіе къ общенію, и при томъ не къ простому только соединенію, но къ мирному, организованному согласно съ требованіями разума, общежитію. И для удовлетворенія этого стремленія къ общенію онъ надѣленъ двумя способностями, только ему свойственными: способностью говорить и способностію дѣйствовать согласно съ общими началами, принципами.

Это стремленіе къ общежитію и есть источникъ права, независимо отъ установленія положительныхъ законовъ: изъ него вытекаетъ обязанность воздерживаться отъ чужаго добра, возвращать то, что намъ не принадлежитъ, исполнять свои обѣщанія, вознаграждать причиненный вредъ и т. п. Такъ какъ человѣкъ надѣленъ не только стремленіемъ къ общежитію, но и разумомъ, то онъ естественно составляетъ сужденіе о томъ, что согласно и что нѣтъ съ такимъ стремленіемъ къ общежитію. Отсюда право понимается въ смыслѣ качества дѣйствія justum, справедливое. Несправедливымъ, injustum будетъ то, что несогласно съ природой общества разумныхъ существъ. Но право употребляется также въ значеніи качества лица, субъекта, въ силу котораго онъ можетъ что-либо по праву имѣть или дѣлать. Если это качество совершенное, т.-е. если совершеніе дѣйствія дѣйствительно во власти человѣка, то это будетъ право въ соб-

ственномъ смыслѣ, правомочіе, facultas. Но человѣкъ можетъ также имѣть только справедливое притязаніе на владѣніе или совершенія дѣйствія; такое качество лица Гроцій называетъ aptitudo, способность. (Ученіе объ этой сторонѣ права вовсе не было разработываемо послѣдующими изслѣдователями, такъ что даже не выработалось общепринятаго термина для выраженія этого понятія). Различію facultas и aptitudo соотвѣтствуетъ различіе исполнительной и распредѣлительной справедливости (justitia expletrix et attributiva). Наконецъ, въ-третьихъ, право употребляется въ смыслѣ закона, какъ правило нравственныхъ дѣйствій. Право, на сколько оно вытекаетъ изъ естественнаго вліянія людей къ общенію, существовало бы даже и тогда, если бы, чего нельзя предположить не впадая въ большое преступленіе, Бога или вовсе не существовало, или если бы Онъ и существовалъ, но вовсе не заботился о людяхъ. Мало того, такъ какъ велѣнія естественнаго права съ необходимостью вытекаютъ изъ природы разумныхъ существъ, то Самъ Богъ не можетъ ихъ измѣнить, какъ не можетъ Онъ сдѣлать, чтобы два и два не составляло четырехъ, такъ не можетъ Онъ сдѣлать худое хорошимъ.

Однако, такъ какъ Богъ существуетъ и заботится о людяхъ, то воля Божья служитъ вторымъ источникомъ права—права божескаго, jus divinum. Она дается или всему человѣчеству—это было три раза: при сотвореніи людей, послѣ потопа и въ проповѣди Христа—или отдѣльному народу: это было сдѣлано только по отношенію къ евреямъ.

Далѣе, такъ какъ однимъ изъ велѣній естественнаго права является обязанность исполнять свои обѣщанія, то воля людей можетъ служить источникомъ обязательныхъ правилъ чрезъ посредство соглашенія—отсюда третій видъ права—право человѣческое, jus humanum. Такъ какъ источникомъ и божескаго и человѣческаго права является одинаково воля (божеская или человѣческая, то оба они могутъ быть противупоставлены, какъ право произвольное, jus voluntarium праву естественному, какъ основанному не на волѣ, а на естествѣ, природѣ. Сообразно этому различію источниковъ jus volantarium отличается измѣнчивостью; право естественное—неизмѣняемостью.

Какъ для охраненія права человѣческаго, такъ и вообще для общей пользы, люди вступаютъ въ общество. Если такое общество будетъ совершеннымъ (coetus perfectus), т.-е. вѣчнымъ, полнымъ и верховнымъ, то это государство (civitas est coetus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus). Человѣческое право, установляемое государствомъ,

Гроцій называетъ jus civile; но право можетъ относиться и къ бо́льшему кругу лицъ—международное право, и къ меньшему—право отеческое, господское и т. п. Изъ нихъ только международное право подробно излагается Гроціемъ.

У Гроція еще не сказались опредѣленно всѣ отличительныя черты школы естественнаго права. У него вовсе не излагается ученіе объ естественномъ состояніи въ томъ смыслѣ, какой усвоенъ былъ этому выраженію школой. Напротивъ, онъ считаетъ естественнымъ состояніемъ человѣка состояніе общественное, такъ какъ основнымъ влеченіемъ его природы, его естества является влеченіе къ общенію. Но тѣмъ не менѣе и въ ученіи Гроція общество является только какъ необходимое для удовлетворенія природной потребности индивида, такъ что основаніемъ всей системы является все-таки индивидъ, а не общество.

Ученіе Гроція встрѣтило тотчасъ же и возраженія и притомъ съ разныхъ точекъ зрѣнія. Явились прежде всего защитники старыхъ воззрѣній, недопускавшіе возможности найти другой источникъ правилъ этическихъ, какъ только воля божія, не признававшіе иного средства познать естественное право, какъ только изъ божественнаго откровенія. Съ этой точки зрѣнія опровергалъ ученіе Гроція Сельденъ (1584 — 1654), въ своей любопытной книгѣ De jure naturali et gentium juxta disciplinam Hebraeorum. 1640. Самъ Сельденъ оговаривается, что заглавіе, данное имъ своей книгѣ, должно показаться страннымъ. Но оно вполнѣ соотвѣтствуетъ содержанію. Онъ даетъ въ своемъ сочиненіи попытку извлечь теорію естественнаго права изъ религіозныхъ книгъ евреевъ, не только изъ Вѣтхаго завѣта, но даже изъ талмуда. И это весьма характерно для англійскаго протестантизма. Протестанты вообще, а англійскіе въ особенности, съ особенной любовью останавливались на изученіи вѣтхаго завѣта. Немудрено поэтому, что у Сельдена явилась мысль заимствовать оттуда и основанія этическаго ученія.

Въ противоположность Гроцію, Сельденъ не признаетъ возможности ни познанія, ни самаго существованія морали помимо воли Божіей. Богъ и установляетъ естественное право и открываетъ намъ его начало. Разумъ же человѣческій безсиленъ самъ себѣ создать что либо истинное, вѣчное, общее. Предоставленный самому себѣ, онъ неизбѣжно впадаетъ въ заблужденія. Если же мы и у языческихъ писателей находимъ иногда здравое нравственное ученіе, то лишь настолько, на сколько оно дошло къ нимъ отъ евреевъ. Аристотель познакомился съ еврейскимъ религіознымъ ученіемъ, путешествуя вмѣстѣ съ Александромъ и по-

бывавъ съ нимъ въ Палестинѣ. Пиѳагоръ и Нума Помпилій даже прямо исповѣдывали моисееву религію. Потому пифагорейцы и окружали себя такой таинственностью: Политеизмъ римлянъ позднѣйшаго происхожденія и установился значительно позднѣе Нумы Помпилія.

Такое ученіе, понятно, не могло получить большаго успѣха. Оно опиралось на слишкомъ произвольное толкованіе данныхъ исторіей, и что можетъ быть еще важнѣе, слишкомъ противорѣчило общему духу времени. Но Гроцій нашелъ себѣ, также между англійскими мыслителями, и другого противника, болѣе сильнаго, болѣе опаснаго. Ѳома Гоббезъ стоитъ на той же почвѣ, какъ и Гуго Гроцій, онъ также былъ не защитникомъ старыхъ ученій, а провозвѣстникомъ новыхъ, творцемъ новой морали, морали натуралистической и индивидуалистической. Но вмѣстѣ онъ отрицалъ общительную природу человѣка, не признавалъ, чтобы естественное право безъ санкціи авторитета имѣлъ обязательную силу.

Имѣя такимъ образомъ много общаго съ Гуго Гроціемъ, являясь, подобно ему, представителемъ новой школы естественнаго права, представителемъ даже еще болѣе типичнымъ, онъ кладетъ однако начало другому, существенно отличному направленію—направленію эмпирическому.

§ 12. Эмпирическія системы.

Возрожденіе этическаго натурализма не могло не привесть къ вопросу о томъ, почему же, если нравственность коренится въ природѣ человѣка, люди такъ часто нарушаютъ требованія нравственности, дѣйствуютъ вопреки имъ? Этотъ вопросъ тѣмъ неуклоннѣе долженъ былъ явиться, что основой нравственности признавалось теперь, въ противуположность ученіямъ древности, не природа въ ея цѣломъ, а именно природа человѣка—это во-первыхъ. А во-вторыхъ, новая этика, хотя и эманципировалась отъ теологической основы, но принимаемый ею нравственный идеалъ по содержанію своему былъ почти повтореніемъ идеала христіанскаго, не считающагося съ условіями дѣйствительности, разсчитаннаго на полное осуществленіе лишь въ царствѣ небеспомъ. Поэтому несоотвѣтствіе идеала дѣйствительности не могло не оказаться гораздо рѣзче, гораздо сильнѣе, чѣмъ это было въ языческой древности, гдѣ и боги то сами кроились по земной мѣркѣ.

Итакъ вопросъ о разладѣ дѣйствительности съ нравствен-

нымъ идеаломъ ставился въ новой этикѣ съ особенной рѣзкостью. Обойти его было невозможно. Надо было, во что бы то ни стало, подъискать объясненіе, во чтобы то ни стало ответить на поставленный вопросъ. Но отвѣтъ у различныхъ представителей новаго этическаго ученія не былъ одинаковъ. Одни, удерживая общепризнанное въ средніе вѣка дуалистическое возрѣніе на человѣческую природу, въ немъ и искали объясненія представляющагося разлада между идеаломъ и дѣйствительностью. Нравственный законъ вытекаетъ изъ природы человѣка, но только изъ его духовнаго элемента, какъ разумнаго въ немъ начала. Дѣятельность же людей опредѣляется не только внушеніями разума, а также и побужденіями неразумной, чувственной половины человѣческаго существа. Такъ отвѣчали на поставленный вопросъ раціоналисты, непосредственно примкнувшіе къ ученію Гуго Гроція.

Но была и другая точка зрѣнія. Отправляясь отъ противорѣчія фактовъ требованіямъ нравственности, отъ замѣчаемаго въ дѣйствительности противорѣчія влеченій человѣка требованіямъ долга, легко было придти къ мысли, не создается ли нравственность самими людьми, не являясь поэтому выводомъ изъ ихъ природы, а, напротивъ, результатомъ ихъ дѣятельности, хотя и необходимымъ, естественнымъ, обусловленнымъ ихъ природой? Если такъ, то нравственный законъ хотя и естественно необходимъ для людей, но не прирожденъ имъ: онъ созданъ ими. Эта та точка зрѣнія, на которой стояли представители эмпирическаго направленія: Гоббезъ, Локкъ, Юмъ.

Ѳома Гоббезъ родился 5 апрѣля 1588 г. въ Malmesbury, въ графствѣ Wilton, въ Англіи; всю свою долгую жизнь (84 года) онъ провелъ частнымъ человѣкомъ, училъ дѣтей знатныхъ особъ англійской аристократіи и между прочимъ принца Валлійскаго, когда тотъ жилъ во время протектората въ Парижѣ. Умеръ онъ въ 1679 году.

Въ своихъ общихъ философскихъ воззрѣніяхъ Гоббезъ является послѣдователемъ Бэкона; но его ученія представляютъ ту существенную особенность, что онъ придавалъ, въ противоположность Бэкону, большое значеніе математическому методу. Его изслѣдованія представляются гораздо болѣе типичнымъ выраженіемъ ученій школы, нежели сочиненія Гуго Гроція. Вы не найдете тутъ вовсе, какъ у Гроція, ссылокъ на авторитетныя изрѣченія или историческіе примѣры. Каждое положеніе Гоббеза опирается только на дедукцію изъ принятаго имъ основнаго принципа. Исключеніе дѣлается только для св. Писанія. Но это объясняется тѣмъ,

что, возставая противъ церковной власти, онъ естественно склоненъ былъ бороться съ врагомъ одинакимъ оружіемъ. Да кромѣ того, религіозные вопросы онъ считалъ не подлежащими научному изслѣдованію, говоря, что для спасанія души религіозные догматы слѣдуетъ принимать также, какъ пилюли, даваемыя намъ врачемъ: не раскусывая.

Образцомъ всякаго научнаго метода у Гоббеза служитъ методъ математическій. Гоббезъ даже отождествляетъ всякое разсужденіе съ вычисленіемъ. «Когда,» говоритъ онъ,» человѣкъ разсуждаетъ, онъ не совершаетъ ничего иного, какъ или представляетъ сумму, происшедшую отъ *сложенія* частей или остатокъ, происшедшій отъ *вычитанія* одной суммы изъ другой. Или, когда это выражается словами, мы переносимъ то, что относится къ названіямъ всѣхъ частей, на названіе цѣлаго, или то, что относится къ названію цѣлаго и части, къ названію другой части. И хотя въ примѣненіи къ числамъ говорятъ еще объ умноженіи и дѣленіи, но это сводится къ сложенію и вычитанію.

Сложеніе и вычитаніе есть общій методъ науки. Въ ариѳметикѣ складываются и вычитаются числа, въ геометріи—линіи, фигуры, углы, отношенія, времена, степени скорости, силы и т. п.; въ логикѣ—соотношенія словъ (consequences of words); складывая два имени мы составляемъ сужденіе (affirmation), складывая два сужденія—силлогизмъ, складывая нѣсколько силлогизмовъ—доказательство (demonstration), и наоборотъ, изъ суммы или заключенія силлогизма, мы вычитаемъ одну изъ посылокъ, чтобы получить другую; въ политикѣ складываютъ договоры (add togethher pactions), чтобы опредѣлить отношенія государствъ, а въ юриспруденціи законъ и фактъ, чтобы опредѣлить права или правонарушенія.

Ученіе Гоббеза о правѣ изложено въ двухъ его сочиненіяхъ: «Elementa philisophica de cive» 1642 и Leviathan, or the matter, form and authority of governement» 1651. Второе представляетъ болѣе популярное изложеніе идей, изложенныхъ въ строго научной системѣ въ первомъ, латинскомъ, трактатѣ.

Свое философское ученіе о гражданинѣ, Гоббезъ прямо начинаетъ (гл. I, § 2) съ опроверженія общераспространеннаго и, какъ мы видѣли, принятаго и Гроціемъ, убѣжденія въ общительной природѣ человѣка. По мнѣнію Гоббеза, это убѣжденіе основано на поверхностномъ наблюденіи. Дѣйствительно, если бы люди по природѣ любили другъ друга, т.-е., любили бы другъ друга, какъ людей, то было бы непонятно, почему человѣкъ не всѣхъ любитъ одинаково. Нетрудно далѣе убѣдиться, что люди

соединяются съ другими, не ради самаго общенія, а ради выгодъ, какія они могутъ извлечь для себя изъ этого. Такъ, въ торговой компаніи всякій заботится не о компаніонахъ, а о своемъ собственномъ имуществѣ; въ бесѣдѣ люди всего болѣе радуются смѣшному, такъ какъ сравнивая себя съ осмѣиваемымъ, они составляютъ о себѣ самихъ тѣмъ болѣе высокое мнѣніе; слѣдовательно удовольствіе, испытываемое людьми при этомъ, имѣетъ причиной не самое обращеніе съ другими, а превознесеніе собственнаго достоинства. Точно также, если кто изъ собесѣдниковъ разскажетъ о себѣ какое-нибудь удивительное приключеніе, и особенно, что-нибудь хорошее, то и всѣ другіе стремятся разсказать и о себѣ что-нибудь подобное, а, если нужно, такъ и приврать. Тутъ сказывается тоже чувство любви къ самому себѣ, а не къ ближнимъ, какъ ошибочно думаютъ многіе.

Такимъ образомъ люди, если и сходятся другъ съ другомъ, то не изъ чувства любви другъ къ другу, не по природному влеченію къ общенію, а изъ любви къ самимъ себѣ. Себялюбіе можетъ побуждать людей къ сообществу или ради *чести* или ради—*пользы:* Но и то и другое гораздо удобнѣе и полнѣе достигается не соединеніемъ съ людьми, а господствомъ надъ ними. Слѣдовательно, необходимо, чтобы что-нибудь удерживало людей отъ стремленія къ господству другъ надъ другомъ—такое дѣйствіе и оказываетъ на нихъ взаимный страхъ, почему *страхъ* и долженъ почитаться истиннымъ основаніемъ всякаго соединенія людей въ общества.

Что касается въ свою очередь взаимнаго страха, то онъ проистекаетъ частью изъ естественнаго равенства всѣхъ людей, частью изъ взаимной наклонности дѣлать другъ другу зло. Естественное равенство доказывается тѣмъ, что нѣтъ такого слабаго, который бы не могъ убить самаго сильнаго, слѣдовательно и слабый и сильный одинаково могутъ совершить высшее зло. Взаимное желаніе зла проистекаетъ, во-первыхъ, отъ сравненія умственныхъ способностей, причемъ всякій ставитъ себя выше всѣхъ и не упуститъ выразить это хотя бы миной; во-вторыхъ, отъ того, что зачастую одинъ и тотъ же предметъ желаютъ нѣсколько людей. Въ виду всего этого, понятно, что человѣку грозитъ много опасностей со стороны другихъ людей и потому естественно и вполнѣ разумно стремиться къ возможному самосохраненію. А такъ какъ то, что не противно здравому разуму, всякій называетъ справедливымъ, праведнымъ (ибо право есть свобода употреблять свои способности, силы, согласно съ разумомъ), то самосохраненіе и есть основаніе естественнаго права.

Кто имѣетъ право на цѣль, тотъ имѣетъ право м на средства; слѣдовательно, люди имѣютъ естественное право на средства къ ихъ самосохраненію и при томъ каждый является самъ судьею годности средствъ: это прямое слѣдствіе естественнаго равенства людей; никто не можетъ быть судьею другого.

И такъ, человѣкъ имѣетъ естественное право на все, что считаетъ нужнымъ для самосохраненія; иначе, всѣ имѣютъ право на все. Такое право всѣхъ на все не приноситъ никакой пользы, ведетъ даже къ войнѣ всѣхъ противъ всѣхъ. Но война, очевидно, противорѣчитъ основѣ права—самосохраненію. Поэтому самая природа человѣка требуетъ прекращенія войны и сохраненія мира ради собственнаго самосохраненія. Сохраненіе мира и есть основный естественный законъ, естественный потому, что онъ основывается не на соглашеніи людей, а на самой ихъ природѣ.

Изъ этого основнаго закона Гоббезъ выводитъ цѣлый рядъ второстепенныхъ. Изъ нихъ первый есть обязанность не сохранять естественнаго права на все; отъ части этого права отказаться вовсе такъ, чтобы она болѣе не принадлежала никому; другую часть передать только опредѣленнымъ лицамъ.

Второй законъ есть обязанность соблюдать договоры. Затѣмъ слѣдуетъ еще 18 законовъ, частью относящихся къ нравственности, напр., быть благодарнымъ, сострадательнымъ, не быть гордымъ, не пьянствовать и вообще не разстраивать умственныхъ способностей. Гоббезъ прямо отождествляетъ естественный законъ съ моральнымъ и потому вполнѣ послѣдовательно признаетъ, что онъ обязываетъ человѣка только внутренно, а не внѣшнимъ образомъ. Собственно, это даже не законъ, а только разумные выводы: закономъ онъ дѣлается лишь чрезъ то, что предписывается св. Писаніемъ. Вся четвертая глава посвящается Гоббезомъ доказательству, что всѣ выставленныя имъ 20 велѣній естественнаго закона, содержатся и въ св. Писаніи.

Такъ какъ велѣнія естественнаго закона не имѣютъ внѣшнеобязательной силы, то они оказываются недостаточными для поддержанія мира. Недостаточно также для этого простое соединеніе людей такъ, какъ, если люди и согласятся преслѣдовать одну цѣль, сохраненіе мира, они не избѣгнутъ раздоровъ по вопросу о средствахъ, необходимо поэтому *объединеніе* людей, т. е. подчиненіе воли всѣхъ ихъ волѣ одного лица, единичнаго или коллективнаго, при чемъ право всѣхъ на все переносится все-цѣло на это лицо. Такимъ образомъ, объединенное общество людей и есть государство.

Люди подчиняются или тому, кого они боятся, или тому, отъ кого ожидаютъ себѣ защиты отъ враговъ. Первое основаніе подчиненія есть болѣе простое и естественное; на немъ покоятся естественныя государства: отеческое и деспотическое, основанное на войнѣ. Второе основаніе подчиненія, надежда на защиту, ведетъ къ установленію искусственныхъ или политическихъ государствъ.

Тотъ, кому подчиняются люди, получаетъ право на все, слѣдовательно, онъ все можетъ; какъ въ естественномъ состояніи никто не знаетъ надъ собой судьи, такъ въ государствѣ нѣтъ судьи надъ властителемъ, потому что на него перенесены права, принадлежавшія до установленія государства всѣмъ отдѣльнымъ лицамъ. Но въ политическомъ государствѣ властитель пользуется такой абсолютной властію только на столько, на сколько защищаетъ гражданъ. Поэтому, въ случаѣ безсилія государственной власти защитить гражданина, тотъ не обязанъ ей подчиняться. Какъ мѣра власти, такъ и самые виды ея опредѣляются ея задачей—защитой гражданъ. Поэтому государственной власти принадлежитъ: 1) право наказывать нарушителей закона; 2) право войны; 3) право суда; 4) право законодательства; 5) право учреждать подчиненныя власти и 6) право запрещать вредныя ученія. Слѣдовательно, власть государства по Гоббезу не ограничивается только сферой внѣшнихъ дѣйствій, но распространяется и на духовный, внутренній міръ человѣка. Отсюда прямымъ выводомъ является предоставленіе государству и церковной власти. Если государство и не можетъ измѣнить внутренней вѣры человѣка, то все же оно имѣетъ полное право воспретить исповѣданіе вѣры: въ языческомъ государствѣ христіанинъ долженъ совершать поклоненіе ложнымъ богамъ, если того потребуетъ государственная власть.

Смотря по тому, кому принадлежитъ власть, государство можетъ быть монархическое, аристократическое и демократическое. Лучшее изъ нихъ монархія. Никакая форма правленія не можетъ устранить возможности того, чтобы властитель пользовался иногда властью для своихъ личныхъ интересовъ въ ущербъ интересамъ подданныхъ. Поэтому лучшая форма правленія та, въ которой удовлетвореніе личныхъ цѣлей правителя наноситъ меньшій ущербъ: это именно и имѣется въ монархіи, такъ какъ въ ней всего одинъ властитель, легко могущій удовлетворять интересамъ своимъ и своихъ приближенныхъ.

Что касается подданныхъ, то всѣ свои права они получаютъ отъ государственной власти и потому въ отношеніи къ ней самой

не имѣютъ никакихъ правъ. Государство можетъ свободно распоряжаться собственностью гражданъ. Только въ одномъ случаѣ можетъ гражданинъ не повиноваться власти государя: когда тотъ грозитъ самой его жизни. Повиновеніе государю въ этомъ случаѣ шло бы дальше цѣли существованія самаго государства—защиты жизни гражданъ, какъ высшаго блага.

Въ ученіи Гоббеза нравственность, различіе добра и зла основывается исключительно на законѣ, на вѣлѣніи государственной власти. Естественный законъ самъ по себѣ только внушеніе благоразумія: обязательной нормой нашей дѣятельности можетъ служить лишь государственный законъ. Разъ ставъ на эту почву, Гоббезъ приходитъ весьма послѣдовательно къ признанію абсолютнаго всевластія, абсолютной неограниченности государственной власти. Но эта теорія абсолютизма государственной власти рѣзко противорѣчитъ дѣйствительности. Мы постоянно бываемъ свидѣтелями того, что и сама государственная власть признаетъ для себя обязательными извѣстныя нравственныя начала, измѣнять которыя не въ ея власти, что точно также и отдѣльные граждане протестуютъ противъ тѣхъ или другихъ требованій правительства опять же во имя этихъ независимыхъ отъ государства нравственныхъ принциповъ. Это заставляетъ думать, что если и нѣтъ врожденныхъ нравственныхъ идей, то все же государственный законъ не есть единственная форма образованія нравственныхъ нормъ, что они могутъ возникать и развиваться и независимо отъ государственной власти.

Такъ именно и смотритъ на дѣло Локкъ (1632—1704). Отрицая существованіе врожденныхъ идей вообще, онъ не допускаетъ въ частности и врожденности нравственныхъ принциповъ. Признать ихъ врожденными нельзя потому, во-первыхъ, что нѣтъ нравственныхъ принциповъ, которые бы всѣми безусловно признавались, безъ всякой тѣни сомнѣнія. Затѣмъ врожденности ихъ противорѣчитъ и то, что относительно любаго нравственнаго правила можно, нисколько не боясь показаться смѣшнымъ, спрашивать на чемъ оно основано. Между тѣмъ какъ, будь они намъ врождены, они должны бы намъ представляться очевидными сами по себѣ. Наконецъ, въ-третьихъ, противъ возможности допустить существованіе врожденныхъ принциповъ нравственности говоритъ и то обстоятельство, что всѣ эти принципы заурядъ нарушаются людьми и притомъ самымъ спокойнымъ образомъ.

Отвергая врожденность нравственнаго закона, Локкъ не хочетъ этимъ сказать, что не существуетъ естественнаго закона.

Напротивъ, онъ различаетъ врожденный (innate) законъ и законъ естественный (law of nature) и отрицаетъ существованіе только перваго изъ нихъ. Нѣтъ закона, который бы съ самаго начала нашего существованія руководилъ нашей дѣятельностью, который бы непосредственно вытекалъ изъ нашей природы. За то есть законъ согласный съ нашей природой, обусловленный ею, но открывающійся намъ только изъ опыта, законъ, которому мы должны еще научиться.

Подобно Гоббезу и Локкъ видитъ основаніе нравственности въ законѣ. Нравственно-доброе или нравственно-злое есть то, что согласно или несогласно съ закономъ, въ силу котораго наши дѣйствія по волѣ законодателя влекутъ за собой хорошія или дурныя послѣдствія, награду (reward) или показаніе (punishment). Локкъ согласенъ съ Гоббезомъ и въ томъ, что законъ необходимо предполагаетъ власть его установляющую. Но въ вопросѣ о томъ, кто можетъ быть законодателемъ онъ уже расходится съ Гоббезомъ. Тотъ признавалъ возможнымъ законодателемъ только государя, да еще божество, по его атеистическому взгляду, всегда ложное. Локкъ же, кромѣ закона божественнаго и закона государственнаго знаетъ—и это очень важное различіе—еще третій видъ закона: законъ общественнаго мнѣнія. Признаніе законодателемъ на ряду съ государственною властью и общественнаго мнѣнія представляется весьма существеннымъ улучшеніемъ эмпирическаго ученія о нравственности. При этомъ теорія гораздо полнѣе согласуется съ дѣйствительностью, даетъ объясненіе болѣе широкому кругу явленій общественной жизни. Вмѣстѣ съ тѣмъ, установленіе тѣхъ или другихъ нравственныхъ ученій уже не является въ исключительной зависимости отъ воли правителя. Его воля находитъ себѣ противовѣсъ и ограниченіе въ общественномъ мнѣніи. Это приводитъ Локка къ отрицанію государственнаго абсолютизма. Въ противоположность Гоббезу, онъ—сторонникъ политической свободы.

Но и у Локка все-таки нравственность мыслится, какъ подчиненіе извнѣ привходящему закону; обязательность нравственныхъ правилъ основывается все-таки на внѣшней санкціи—наградѣ или наказаніи, хотя бы только въ формѣ одобренія и осужденія общественнымъ мнѣніемъ. Между тѣмъ нравственныя сужденія часто не имѣютъ никакого отношенія къ ожидаемой наградѣ или наказанію. Справедливый человѣкъ поступаетъ справедливо, не думая о возмездіи. Можно ли такіе факты объяснить эмпирической теоріей морали? Ни Гоббезъ, ни Локкъ

не даютъ такого объясненія. Мы найдемъ его только въ ученіи Юма, представляющемъ какъ бы завершеніе англійскаго эмпиризма. Юмъ (1711—1776) признаетъ, подобно Гоббезу, и Локку, что справедливость не вытекаетъ непосредственно изъ природы человѣка, что она, напротивъ, вырабатывается самими людьми; онъ даже называетъ справедливость искусственной добродѣтелью. Но хотя она есть созданіе людей, но созданіе необходимое для людей: ихъ природа такова, что имъ безъ справедливости обойтись невозможно.

Вмѣстѣ съ тѣмъ справедливость не опирается уже у Юма исключительно на извнѣ установляемый законъ, стимуломъ къ ея выполненію не служитъ одна только санкція закона. Юмъ, напротивъ, основываетъ силу справедливости на привычкѣ, люди вообще и каждый человѣкъ въ отдѣльности привлекаются мало-по-малу къ постепенно вырабатывающемуся и установляющемуся общественному порядку и привычка побуждаетъ дѣйствовать согласно съ этимъ порядкомъ и поддерживать противъ всякаго на него посягательства.

Я ограничиваюсь этой бѣглой характеристикой эмпирическихъ системъ этики, такъ какъ на науку права въ свое время они не имѣли значительнаго вліянія; ихъ заслонили системы раціоналистическія. Но ознакомиться съ ними все-таки необходимо, такъ какъ они находятся въ несомнѣнной преемственной связи съ современными теоріями права, историческіе корни которыхъ были бы для насъ иначе непонятны.

§ 13. Раціоналистическія системы.

Гораздо бо́льшій успѣхъ и въ особенности гораздо бо́льшее вліяніе на науку права имѣли въ XVII и XVIII столѣтіяхъ раціоналистическія системы естественнаго права. Объясненіе этого надо искать въ самомъ характерѣ раціонализма, въ большемъ соотвѣтствіи его общему умственному настроенію того времени. Такъ мы уже упоминали, что въ объясненіи разлада дѣйствительности съ нравственнымъ идеаломъ раціоналисты отправляются отъ дуалистическаго воззрѣнія на человѣка, къ которому пріучило умы людей долгое господство схоластики. Но точно также и по общему своему характеру раціонализмъ сравнительно ближе къ схоластикѣ.

Средніе вѣка составляютъ вообще эпоху господства авторитетовъ, и въ области науки это выражается въ поклоненіи слову. Къ этому вели оба основанія схоластической философіи: хри-

стіанская религія и аристотелева философія. Христіанская религія, какъ и всякая откровенная религія, выше всего ставитъ слова откровенія. Истинное и полное знаніе только то, которое опирается на слово Божіе. Съ другой стороны и въ греческой философіи господствовало убѣжденіе о соотвѣтственности между бытіемъ и словомъ, вещами, явленіями и ихъ названіями. Полагали, что изъ соотношеній, названій можно познать соотношеніе самыхъ вещей, изъ правилъ языка — законы бытія. У Аристотеля, правда, уже сказывается стремленіе устранить это смѣшеніе субъективныхъ формъ сказыванія, съ объективными формами бытія, но онъ не достигаетъ этого вполнѣ. Средневѣковая же мысль усвоила, именно, слабую сторону аристотелева ученія. Такимъ образомъ вся схоластическая философія и наука покоится не на изученіи дѣйствительныхъ явленій, а того, что о нихъ говоритъ Св. Писаніе и Аристотель.

Рядомъ съ этимъ схоластика представляетъ и другую характеристическую черту — это крайній дуализмъ, доходящій до противуположенія духа и матеріи. Основаніемъ этому дуализму служило христіанское ученіе о противуположеніи духа и плоти. Философскую формулу, научное выраженіе, онъ нашелъ себѣ въ ученіи Аристотеля о формѣ и матеріи. Раціонализмъ явился, какъ естественная реакція противъ этого преклоненія предъ авторитетомъ. Онъ отвергъ это поклоненіе и тѣмъ открылъ широкій просторъ человѣческой мысли, жаждавшей освободиться изъ подъ ига схоластики, не умѣщавшейся уже въ ея омертвѣлыхъ рамкахъ. Какъ ученіе, не признающее господства авторитетовъ, раціонализмъ, конечно, представляется противуположнымъ схоластикѣ. Но только въ этомъ отрицаніи всякаго внѣшняго авторитета и представляетъ онъ ей противуположность. Въ другомъ онъ представляетъ много сходнаго съ схоластической философіей.

Во-первыхъ, раціонализмъ, подобно схоластикѣ, не обращается къ непосредственному изученію дѣйствительности. Отвергнувъ авторитетъ слова, онъ замѣняетъ изученіе словъ изученіемъ того, что выражаютъ слова — понятій. Признавъ, что изъ правилъ языка нельзя познать законовъ бытія, онъ утверждаетъ, что законы эти можно познать изъ правилъ мышленія. Если схоластика учила, что каждому слову должно непремѣнно соотвѣтствовать что-нибудь реальное, раціонализмъ тоже самое утверждаетъ относительно понятій.

Во-вторыхъ, раціонализмъ, или по крайней мѣрѣ картезіанская школа, сохраняетъ тотъ же дуализмъ, что господствовалъ

и въ схоластикѣ, тоже раздвоеніе міра на двѣ области: область духа и область природы.

Такимъ образомъ, раціонализмъ находится въ очень близкомъ родствѣ съ схоластикой. Онъ явился необходимымъ дальнѣйшимъ шагомъ послѣ схоластики. Когда убѣдились, что анализъ словъ не можетъ привесть къ познанію объективнаго порядка міра, естественно было прежде всего обратиться къ анализу того, что выражается словами, къ анализу понятій. Такимъ образомъ успѣхъ раціонализма объясняется тѣмъ, что онъ былъ необходимой послѣдовательной стадіей развитія философской мысли послѣ схоластики. Его надо было пережить, передумать, прежде чѣмъ прійти къ началамъ положительной философіи. Но, говоря, что раціонализмъ является лишь вторымъ шагомъ послѣ схоластики, я не хочу этимъ сказать, чтобы онъ не имѣлъ по отношенію къ схоластикѣ революціоннаго значенія. Отвергнуть авторитетъ словъ значило въ самомъ основаніи разрушить все зданіе схоластической философіи.

Признавъ источникомъ всего нашего знанія нашъ индивидуальный разумъ, раціонализмъ этимъ самымъ призналъ, что вся наука должна опираться, какъ на свое конечное основаніе, на самоизученіе индивидуальной личности. Такимъ образомъ вмѣсто средневѣковаго подчиненія внѣшнему авторитету, подавлявшаго индивидуальную самостоятельность, раціонализмъ привелъ къ превознесенію значенія личности. Отсюда идетъ характерная черта раціонализма—крайній индивидуализмъ, также выразившійся, какъ мы видѣли, уже въ системахъ Гроція и особенно Гоббеза.

Хотя у многихъ мыслителей XVI вѣка мы находимъ отличительныя черты раціоналистическаго направленія, но полное и сознательное выраженіе раціонализмъ нашелъ себѣ впервые въ ученіи Декарта. Поэтому, для того, чтобы уяснить себѣ общій характеръ раціонализма и его отличительныя особенности, необходимо обратиться къ ученію Декарта [1]).

[1]) Декартъ, или, какъ онъ называлъ себя по латыни, Картезіусъ, сынъ парламентскаго совѣтника, родился въ 1596 году въ Турени (La Haye en Touraine). Въ началѣ онъ служилъ волонтеромъ въ арміи и участвовалъ въ осадѣ Ла-Рошели и потомъ въ голландской компаніи; но скоро оставилъ военную службу, увлекаемый желаніемъ всецѣло посвятить себя философіи, и большую часть жизни (25 лѣтъ) провелъ въ Голландіи, гдѣ онъ нашелъ больше свободы, чѣмъ въ тогдашней Франціи. Подъ конецъ жизни онъ посѣтилъ, по приглашенію королевы Христины, столицу Швеціи; суровый климатъ неблагопріятно подѣйствовалъ на его здоровье; онъ умеръ въ 1650 году.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

Не имѣя въ виду излагать систему картезіанской философіи въ ея цѣломъ, я ограничусь здѣсь лишь изложеніемъ содержанія его разсужденія о методѣ [1]) (Discours de la méthode), появившагося впервые въ печати въ 1637 году въ Лейденѣ на французскомъ языкѣ и представляющаго собой, по мѣткому замѣчанію Шталя, настоящій канонъ раціонализма.

Декартъ разсказываетъ о себѣ, что онъ учился въ одной изъ знаменитѣйшихъ школъ того времени, но скоро онъ разочаровался въ достоинствѣ тѣхъ знаній, которыя почерпнулъ изъ лекцій учителей и чтенія книгъ. Прежде всего онъ замѣтилъ, что въ школахъ учатъ многому такому, что вовсе не можетъ быть изучаемо. Такъ краснорѣчію и поэтическому дару нельзя выучиться изъ реторики; царство небесное одинаково доступно невѣжамъ и ученнѣйшимъ докторамъ богословія и сами религіозныя истины, составляющія предметъ этой науки, такъ возвышены, что не могутъ быть усвоиваемы человѣческимъ разумомъ. Лучше другихъ показалась ему математика — по опредѣленности и очевидности ея основаній; но его непріятно поражало, что на столь твердыхъ и прочныхъ основаніяхъ не построено соотвѣтственно великаго научнаго зданія. Наоборотъ, сравнивая сочиненія, относящіяся къ этикѣ, онъ находилъ въ нихъ горделивыя и величественныя зданія, но зданія эти были построены на пескѣ. То же отсутствіе твердой почвы замѣтилъ онъ и во всѣхъ наукахъ, опирающихся на философію, потому что въ самой философіи до сихъ поръ не было ничего такого, что бы не подлежало уже спору, что бы стояло внѣ сомнѣнія.

Это разочарованіе, это чувство неудовлетворенности побудило Декарта, какъ только онъ достигъ свободы, самостоятельно распоряжаться своей судьбой, бросить изученіе всей этой школьной и книжной мудрости и обратиться къ изученію самого себя и великой книги міра и для этого отправился путешествовать. Но и это не дало ему того, что онъ искалъ. Онъ вынесъ однако изъ своего опыта убѣжденіе, что все, составленное изъ разныхъ частей и составленное при томъ разными лицами, никогда не можетъ представить такого совершенства, какъ цѣлостное произведеніе одного мастера. Такъ, старые города не представляютъ правильныхъ улицъ, дома въ нихъ слишкомъ разнообразны и по архитектурѣ, и по величинѣ, что производитъ непріятное впечатлѣніе нестроты; такъ, законодательство, которое образовалось

[1]) Есть русскій переводъ: *Декартъ*. О Методѣ. Перев. М. М. Скіада. Воронежъ, 1873.

мало-по-малу изъ ряда отдѣльныхъ постановленій, не можетъ быть сравниваемо съ законодательствомъ, составленнымъ однимъ лицомъ, какъ это было въ Спартѣ: благосостояніе Спарты основывалось не столько на совершенствѣ каждаго отдѣльнаго постановленія Ликургова законодательства, такъ какъ многіе изъ нихъ представляются весьма странными и противными добрымъ нравамъ, но единственно на томъ, что, будучи всѣ составлены однимъ лицомъ, они всѣ вели къ одной цѣли. Такъ, и книжная наука, мало-по-малу сложившаяся и накопившаяся изъ воззрѣній разныхъ ученыхъ, не такъ близка къ истинѣ, какъ простыя разсужденія, какія можетъ представить человѣкъ, здраво обсуждая самыя вещи.

Конечно, продолжаетъ Декартъ, нельзя потребовать, чтобы въ интересахъ порядка, стройности — люди стали разрушать старые города съ цѣлью всѣхъ ихъ перестроить. Точно также частный человѣкъ не можетъ реформировать цѣлое государство. Но всякій въ своей сферѣ воленъ предпринять эту реформу. Поэтому Декартъ и рѣшился реформировать свое знаніе, свое философское міровоззрѣніе, откинувъ все принятое изъ сторонніхъ источниковъ, принявъ только то, что представляется разуму вполнѣ вѣрнымъ, неподлежащимъ никакому сомнѣнію, и изъ него выведя все остальное. Такимъ образомъ должно получиться систематическое знаніе, запечатлѣнное характеромъ единства въ противоположность схоластической наукѣ, представлявшей собою пестрый аггрегатъ положеній, основанныхъ на самыхъ разнохарактерныхъ авторитетахъ.

Рѣшаясь отыскивать истину безъ всякаго внѣшняго руководителя, должно идти осторожно, чтобы не заблудиться окончательно. Необходимо установить твердыя правила изслѣдованія. Декартъ занимался тѣми науками, которыя могли послужить для этой цѣли: логикой и математикой. Но логика съ ея силлогизмами и прочими правилами, служитъ болѣе къ разъясненію другимъ того, что самъ уже знаешь, или даже, какъ искусство Лулла, она болѣе помогаетъ говорить о томъ, чего не знаешь, чѣмъ изученію. Что же касается математики, то она слишкомъ отвлеченна и слишкомъ обусловлена геометрическими фигурами и теоріей знаковъ. Поэтому Декартъ сталъ отыскивать такой методъ, который, заключая въ себѣ достоинство логики и математики, не представлялъ бы ихъ недостатковъ. Такая метода, по его мнѣнію, можетъ быть выражена въ слѣдующихъ четырехъ правилахъ: 1) не принимать ничего за истинное, истинность чего не представляется очевидной, другими словами, не включать въ

свои сужденія ничего такого, что не представляется на столько яснымъ и опредѣленнымъ моему уму, чтобы не было никакого основанія, повода подвергать это сомнѣнію; 2) всякій изслѣдуемый вопросъ раздѣлять на столько частныхъ вопросовъ, на сколько это возможно; 3) начинать свое изслѣдованіе съ предметовъ наиболѣе простыхъ и легче понимаемыхъ и постепенно восходить къ болѣе сложнымъ и труднымъ; и, наконецъ, 4) всегда дѣлать столь полныя перечисленія и столь общія обозрѣнія, чтобы ничего не упустить.

Образцомъ этого метода служилъ методъ геометровъ. Длинная цѣпь легкихъ и простыхъ доводовъ (raisons), съ помощью которой геометры восходятъ къ самымъ труднымъ доказательствамъ и теоремамъ, навела Декарта на мысль, что все, могущее служить предметомъ человѣческаго познанія, слѣдуетъ одно за другимъ, какъ и теоремы въ геометріи, и что нѣтъ такой истины, до которой, оставаясь вѣрнымъ этому методу, нельзя бы было дойти путемъ послѣдовательныхъ выводовъ изъ одного основнаго, очевиднаго, неподлежащаго сомнѣнію начала, положенія.

Итакъ, рѣшившись ничего не включать въ свое разсужденіе, что не представляется вполнѣ очевиднымъ, Декартъ отбросилъ все, что возбуждало хотя бы малѣйшее сомнѣніе. Наши чувства часто насъ обманываютъ; напримѣръ, человѣку, страдающему желтухой, все кажется желтымъ; люди, лишившіеся своихъ членовъ, нерѣдко чувствуютъ боль въ отнятой у нихъ рукѣ или ногѣ. Поэтому нельзя не усомниться, дѣйствительно ли вещи таковы, какими мы ихъ себѣ представляемъ; такъ какъ тѣ мысли, какія приходятъ намъ въ голову во время бодрствованія, могутъ придти и дѣйствительно приходятъ и во время сна, то Декартъ допустилъ, что всѣ мысли безразлично представляются не болѣе реальными, какъ и сновидѣнія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ замѣтилъ, что, когда онъ рѣшается думать такъ, что всѣ наши представленія ложны, то вмѣстѣ съ тѣмъ представляется необходимымъ принять, что онъ, который это думаетъ, есть нѣчто существующее. Какъ бы далеко я ни простеръ свое сомнѣніе, я все же необходимо долженъ допустить существованіе сомнѣвающагося «я». Замѣтивъ, что эта истина (я думаю, слѣдовательно, я существую; je pense, donc je suis; cogito, ergo sum) представляется столь несомнѣнной и твердой, что самыя крайнія предположенія скептиковъ не въ состояніи ее поштатнуть, Декартъ принялъ ее за исходное основаніе всей своей философіи.

Итакъ можно предположить, что у меня нѣтъ тѣла, можно предположить, что не существуетъ и того мѣста, гдѣ я нахожусь,

но нельзя предположить, чтобы я самъ, все это предполагающій, не существовалъ; что, напротивъ, изъ того самаго, что я все это предполагаю, съ полнѣйшею очевидностью вытекаетъ, что я существую. И, наоборотъ, если бы я пересталъ думать, а все бы остальное, кромѣ моего мышленія, было вполнѣ вѣрно, я все-таки не имѣлъ бы основанія думать, что я существую. Другими словами, единственнымъ свидѣтельствомъ существованія моего собственнаго я служитъ мышленіе. Декартъ отсюда выводитъ, что я, то-есть всякій мыслящій субъектъ вообще, это такое существо, въ которомъ существенно только одно мышленіе, что мышленіе не отдѣлимо отъ этого существа. Мало того, такъ какъ существованіе этого мыслящаго я независимо ни отъ какого мѣста, ни отъ какой матеріальной вещи, потому что существованіе его мыслимо и при предположеніи, что всего остальнаго не существуетъ, то Декартъ отсюда заключилъ также, что это мыслящее я, или, какъ онъ также называетъ, душа человѣка вполнѣ отлична отъ тѣла.

Затѣмъ изъ своей способности сомнѣваться Декартъ вывелъ заключеніе о несовершенствѣ своего существа, такъ какъ знаніе представляетъ болѣе совершенства, чѣмъ сомнѣніе. Но въ такомъ случаѣ откуда же во мнѣ идея о совершенствѣ? Противно здравому смыслу, чтобы болѣе совершенное зависѣло или происходило отъ менѣе совершеннаго. Поэтому идея совершенства не могла быть получена нами изъ насъ самихъ. Идею эту могло вложить въ меня только существо дѣйствительно совершеннѣйшее, чѣмъ я, или даже обладающее всѣми совершенствами, доступными моему пониманію, т.-е., выражаясь короче, существо, которое было бы Богомъ. Сравнивая это заключеніе о существованіи Бога съ геометрическими теоремами, Декартъ нашелъ, что существованіе это представляется по крайней мѣрѣ столь же достовѣрнымъ, какъ и любая геометрическая теорема. Въ геометріи дѣйствительно не можетъ не обратить на себя вниманіе совершенная недоказанность самаго предмета, которымъ занимается геометрія. Я, напримѣръ, легко убѣждаюсь въ равенствѣ трехъ угловъ всякаго предположеннаго треѣъ—угольника двумъ прямымъ угламъ, то ничто не убѣждаетъ меня въ существованіи на свѣтѣ хотя одного трехъ-угольника. Напротивъ, съ идеей о совершеннѣйшемъ существѣ идея о бытіи этого существа также неразрывно связывается, какъ съ идеею о трехъ-угольникѣ связывается понятіе о равенствѣ его угловъ двумъ прямымъ. Но мало этого. Идея бытія Божія есть даже единственное и конечное основаніе достовѣрности всѣхъ другихъ нашихъ понятій. Если бы мы не

были увѣрены въ томъ, что идея совершенства и все совершенное въ насъ происходитъ отъ Бога, то какъ бы ни были ясны и опредѣленны наши понятія, мы не имѣли бы достаточнаго основанія признавать ихъ истинными. Напротивъ, разъ мы признаемъ, что все, относящееся къ совершенству, происходитъ въ насъ отъ Бога, мы должны необходимо заключить, что ясныя понятія, какъ болѣе совершенныя и слѣдовательно происходящія отъ Бога, должны быть истинны, потому что противно здравому смыслу, чтобы отъ совершеннаго существа происходила ложь.

Признавъ основнымъ положеніемъ своего ученія бытіе своего я только какъ мыслящаго субъекта и признавъ мышленіе совершенно отличнымъ и независимымъ отъ тѣла и вообще матеріи, Декартъ этимъ самымъ раздвоилъ міръ на двѣ совершенно разнородныя, одна отъ другой независимыя части. Этотъ дуализмъ въ пониманіи міра не могъ не привесть къ вопросу о томъ, какъ же возможно совмѣстное и согласное существованіе двухъ этихъ совершенно, абсолютно разнородныхъ частей. Какимъ образомъ, въ частности, человѣкъ можетъ жить и познавать, будучи составленъ изъ двухъ началъ: духовнаго и матеріальнаго?

Этотъ вопросъ и послужилъ дѣйствительно главной проблемой, разрѣшеніемъ которой занимались послѣдователи Декарта. Въ опредѣленной постановкѣ этого вопроса и заключилось то развитіе картезіанскаго ученія, какое ему дали Гелинксъ (1625—1669) и Мальбраншъ (1638—1715).

Разъ духъ и матерія были признаны двумя началами безусловно разнородными, независимыми другъ отъ друга и потому немогущими другъ на друга и воздѣйствовать, послѣдовательность требовала признать, и Гелинксъ дѣйствительно призналъ это, что соотношеніе между духовной и физической сторонами въ человѣкѣ есть продуктъ непосредственнаго вмѣшательства божества. Гелинксъ призналъ, что измѣненія, производимыя внѣшней природой въ тѣлѣ человѣка, служатъ не причиной (causa efficiens) соотвѣтственныхъ измѣненій въ духѣ (представленій), а только поводомъ (causa occasionalis) въ томъ смыслѣ, что по поводу ихъ божество вызываетъ въ нашемъ духѣ извѣстныя представленія. Точно также и наоборотъ наши представленія и вообще движенія нашего духа не могутъ непосредственно причинять движеній тѣлесныхъ, а служатъ только поводами къ тому, чтобы божество вмѣшалось и вызвало соотвѣтственное тѣлесное движеніе.

Понятно, что съ точки зрѣнія такого ученія (окказіонализма) индивидуальное бытіе дѣлается призракомъ. Разъ для каждаго

отдѣльнаго акта жизни необходимо содѣйствіе божества, то уже нельзя говорить, что я живу, но должно сказать что, божество живетъ во мнѣ. Такимъ образомъ дуализмъ въ послѣдовательномъ его развитіи приводитъ къ отрицанію индивидуализма.

И этическое ученіе оказіоналистовъ вовсе не имѣетъ характера субъективнаго натурализма новой этики, основанной Гуго Гроціемъ. Ихъ ученіе гораздо ближе къ средневѣковой морали. Такъ Гелинксъ, признавъ разъ, что жизнь наша есть, собственно говоря, жизнь въ насъ божества, что душа сама по себѣ ничего не можетъ произвесть въ матеріальномъ мірѣ, послѣдовательно приходитъ къ совершенно аскетическому принципу нравственности; ubi nil vales, ibi nil velis. Мальбраншъ, исходя изъ того же основнаго взгляда, объясняетъ происхожденіе зла обычнымъ заблужденіемъ людей, принимающимъ внѣшнія обстоятельства, служащія только поводомъ для божества, возбуждать въ нашей душѣ пріятныя или непріятныя представленія, за причину испытываемаго нами счастія или несчастія. Поддаваясь этой ошибкѣ, люди и стремятся къ внѣшнимъ благамъ, къ чувственнымъ наслажденіямъ и въ результатѣ получается зло, несчастіе, такъ какъ при этомъ забываютъ истиннаго виновника всякаго счастья— божество. Нравственно—добрымъ будетъ только тотъ, кто любитъ одного только Бога, стремится къ одному только Богу, какъ къ единственной причинѣ всякаго блага.

Результатъ, къ которому пришла въ своемъ послѣдовательномъ развитіи картезіанская философія,—необходимость чуда для соглашенія явленій духа и матеріи,—не могъ, конечно, удовлетворить раціоналистовъ. Онъ слишкомъ противорѣчилъ всему существу раціонализма, какъ ученія, стремившагося все построить разумомъ и изъ разума. Разумъ и чудо — это два противоположныхъ полюса. И вотъ, дѣйствительно, на смѣну картезіанской системы явились другія, старавшіяся лучше объяснить соотношеніе духа и матеріи. Монизмъ Спинозы и плюрализмъ Лейбница одинаково ставятъ себѣ эту цѣль.

Система Спинозы [1]) (1632—1677) есть монистическая и пантеистическая. Онъ признаетъ одну только субстанцію и эта субстанція есть Богъ, объемлющій собою весь міръ. Духъ и матерія суть только два, доступныхъ человѣческому познанію, аттрибута божества изъ безконечнаго числа присущихъ ему аттрибутовъ. Отдѣльныя явленія — суть modi, измѣнчивыя проявленія этихъ аттрибутовъ. Развитіе этого міровоззрѣнія совершается Спи-

[1]) *Ярошъ.* Спиноза и его ученіе о правѣ. 1877

новой съ замѣчательно строгой логичностью, согласно методу геометріи. И, по мѣткому замѣчанію Виндельбанда [1]), его метафизическая система легче всего можетъ быть понята по аналогіи съ геометріей. Богъ Спинозы есть тоже для всего существующаго матеріальнаго и духовнаго, что пространство для геометрическихъ тѣлъ. Геометрическія тѣла могутъ существовать только въ пространствѣ и составляютъ части этого пространства; таково отношеніе всего существующаго къ божественной субстанціи. Затѣмъ, какъ пространство имѣетъ три измѣренія, которыя не суть ни части его, ни проявленія, ни различныя точки зрѣнія на него, а необходимыя его элементы, такъ и божественная субстанція имѣетъ свои измѣренія—аттрибуты, но только въ безконечномъ числѣ. Изъ нихъ только два аттрибута: мысль и протяженіе доступны нашему познанію. Каждый изъ аттрибутовъ вполнѣ самостоятеленъ и независимъ отъ другого; они не могутъ воздѣйствовать другъ на друга. Но такъ какъ это аттрибуты одной и той же субстанціи, то они представляютъ строгое соотвѣтствіе другъ другу, въ частности и соотвѣтствіи явленій духа и матеріи: ordo rerum idem est atque ordo idearum. Отдѣльныя проявленія или modi каждаго изъ аттрибутовъ развиваются съ неуклонною логическою послѣдовательностью и необходимостью. Они логически-необходимо вытекаютъ одно изъ другого. Такъ какъ всѣ явленія логически вытекаютъ другъ изъ друга, то не можетъ быть возникновенія ихъ во времени. Они всѣ существуютъ въ божествѣ. Если намъ они представляются чередующимися во времени, то это есть слѣдствіе несовершенства и неполноты нашего знанія. Истинный же философъ долженъ все въ мірѣ разсматривать sub specie aeternitatis. Modi всѣхъ аттрибутовъ развиваются необходимымъ образомъ; поэтому нигдѣ нѣтъ мѣста свободѣ, вездѣ царитъ необходимость, какъ въ природѣ, такъ точно и въ сферѣ духовной жизни.

При такомъ взглядѣ на отдѣльныя существа, лишь какъ на съ необходимостью развивающіеся одно изъ другаго modi того или другаго аттрибута, Спиноза естественно приходитъ къ отрицанію всякой индивидуальной самостоятельности. Все сущее есть только разнообразное проявленіе божества. И человѣкъ есть двойной рядъ modi: его душа есть рядъ modi мышленія, его тѣло—рядъ modi протяженія.

Этическое ученіе Спинозы весьма близко къ ученію Гоббеза.

---

[1]) *Windelband*, I. c. B. I, 203.

Естественное право у него тождественно съ законами природы [1]) и потому каждое существо имѣетъ столько права, сколько силы. Право не есть исключительная принадлежность людей. Но точно также, напр. большія рыбы имѣютъ право пожирать малыхъ. Сознаніе собственной пользы побуждаетъ людей соединиться въ общество и ограничить естественное право гражданскимъ закономъ. Но договоръ, основывающій государство, не имѣетъ, по ученію Спинозы, безусловно обязательной силы. Какъ и всякій другой договоръ, онъ дѣйствителенъ лишь по стольку, по скольку соблюденіе его полезно договорившимся. Если же соблюденіе его приноситъ больше вреда, чѣмъ пользы, онъ теряетъ всякую обязательность. Но въ виду того, что не дисциплинируемыя страсти причиняютъ людямъ наибольшее зло, то, выбирая изъ двухъ золъ меньшее, люди должны передать всѣ свои права государственной власти и подчиняться ей безусловно, даже и безсмысленнымъ ея велѣніямъ. Однако, по мнѣнію Спинозы, въ противуположность Гоббезу, въ интересѣ самой власти содѣйствовать общему благу. Точно также расходится Спиноза съ Гоббезомъ и по вопросу о формѣ правленія, предпочитая республику монархіи.

Ученіе Спинозы не нашло себѣ въ то время сколько-нибудь значительнаго распространенія. Спиноза стоитъ одиноко среди своихъ современниковъ. Одинаково отвергнутый и своими соплеменниками евреями и христіанами, онъ не нашелъ себѣ послѣдователей.

Совершенно другую судьбу имѣла раціоналистическая система Лейбница, завоевавшая себѣ, особенно благодаря произведеніямъ ближайшаго его послѣдователя Вольфа, почти безусловное господство среди философовъ Германіи XVIII столѣтія.

Лейбницу принадлежитъ одна изъ замѣчательнѣйшихъ по глубинѣ и оригинальности мысли философская система. Отвлекаемый своей разнородной научной и общественной дѣятельностью, онъ не оставилъ послѣ себя систематическаго изложенія своего философскаго ученія. Главнѣйшими источниками для ознакомленія съ философскими воззрѣніями Лейбница служатъ его Монадологія, Теодицея и Новые этюды о разумѣ человѣческомъ. Но два первыхъ изъ названныхъ сочиненій не представляютъ строго научнаго изложенія. Это популярное изложеніе взглядовъ

---

[1]) Per jus naturae intelligo ipsas naturae leges seu regulas, secundum quas omnia fiunt, hoc est ipsam naturae potentiam. Atque adeo totius naturae et consequenter uniuscujusque individui naturale jus eo usque se extendit quo ejus potentia

Лейбница написано имъ: одно — для принца Евгенія Савойскаго (1714), другое—для королевы прусской (Essai de Theodicée, 1710). Болѣе строгой научностью отличаются его Nouveaux essais sur l'entendement humain, служащіе отвѣтомъ на ученія Локка. Но этюды эти не объемлютъ собою цѣлой философской системы. Это психологическое изслѣдованіе.

Впрочемъ, несмотря на это, основныя черты міровоззрѣнія Лейбница достаточно опредѣленно отражаются въ его произведеніяхъ. А для нашей цѣли и нѣтъ надобности въ изложеніи подробностей его философской системы.

Мы видѣли, что дуализмъ картезіанскаго міровоззрѣнія привелъ въ своемъ послѣдовательномъ развитіи къ отрицанію всякой индивидуальной самостоятельности и самобытности. Пантеизмъ Спинозы, ведущій къ признанію полнаго единства всего существующаго, какъ проявленія единой сущей субстанціи—божества, былъ только дальнѣйшимъ послѣдовательнымъ шагомъ. Такимъ образомъ была потеряна всякая точка опоры для индивидуализма, служившаго главною отправной точкой и движущимъ стимуломъ всего раціоналистическаго движенія, ставившаго своей задачей охрану и освобожденіе индивидуальной личности и въ сферѣ теоретической, и въ сферѣ практической.

Ученіе Лейбница представляетъ весьма глубоко задуманную попытку примиренія индивидуализма съ объединяющимъ взглядомъ на всю совокупность міровыхъ явленій, взглядомъ, не допускающимъ того раздѣленія міра на двѣ половинки, что въ картезіанской системѣ привело къ отрицанію всякой индивидуальности.

Ученіе Лейбница, въ противоположность дуализму Декарта и монизму Спинозы можетъ быть охарактеризовано, какъ плюрализмъ. Лейбницъ предполагаетъ существованіе безчисленнаго множества вполнѣ самостоятельныхъ, самихъ по себѣ сущихъ субстанцій—монадъ, являющихся, какъ ничѣмъ не безусловленное, и потому безусловно простое, основаніемъ всѣхъ сложныхъ явленій, составляющихъ міръ. Но это допущеніе множества монадъ отнюдь не ведетъ къ отрицанію единства міра. Всѣ монады признаются Лейбницемъ качественно однородными и эта однородность обусловливаетъ единство міра. Безусловная самобытность и простота монадъ не допускаетъ признать зависимости монадъ отъ чего бы то ни было, въ томъ числѣ и отъ другихъ монадъ. Въ силу этого, по ученію Лейбница, монады безусловно не могутъ воздѣйствовать другъ на друга. Каждая монада есть само по себѣ замкнутое цѣлое, вовсе не сообщающееся съ внѣ

ея существующимъ. У монады нѣтъ оконъ. Но за то каждая монада надѣлена силой представленія (vis representativa). Монада представляетъ весь остальной міръ, не подчиняясь его воздѣйствію. Въ силу же предустановленной гармоніи между всѣми монадами, каждая изъ нихъ представляетъ себѣ міръ совершенно согласно съ представленіями другихъ монадъ. Такимъ образомъ, совершенно независимыя другъ отъ друга монады все-таки составляютъ одно гармоническое цѣлое—міръ. Лейбницъ самъ сравниваетъ монады съ часами. Если мы часы съ одинаковымъ ходомъ поставимъ на одинъ и тотъ же часъ, часы, вполнѣ независимые другъ отъ друга, будутъ, однако, идти и показывать время совершенно согласно. Таково и соотношеніе монадъ.

Каждая монада надѣлена способностью представленія и въ этомъ смыслѣ всѣ онѣ интеллектуальны. Лейбницъ проводитъ это положеніе съ неуклонной послѣдовательностью. Даже и монады, служащія основаніемъ матеріальныхъ явленій, онъ признаетъ надѣленными этою способностью представленія. И это, конечно, представлялось съ его точки зрѣнія совершенно необходимымъ, такъ какъ предустановленная гармонія находитъ себѣ осуществленіе только чрезъ эту способность монадъ. Лейбницъ не могъ, однако, не обратить вниманія на различіе, замѣчаемое между одушевленными и неодушевленными существами. Объясненія этого различія Лейбницъ ищетъ въ фактѣ существованія не только сознательнаго мышленія, сознательныхъ представленій, но также безсознательныхъ представленій, безсознательнаго мышленія. Это различіе сознательныхъ и безсознательныхъ представленій, нашедшее себѣ въ настоящее время почти общее признаніе, послужило Лейбницу основаніемъ для различенія болѣе или меннѣе совершенныхъ монадъ. Признавая ихъ однороднымъ, онъ допустилъ, однако, такъ сказать, количественное различіе между ними по степени совершенства. Чѣмъ совершеннѣе монада, тѣмъ элементъ сознательности въ ней шире; чѣмъ ниже, тѣмъ большее мѣсто занимаютъ въ ней безсознательныя представленія. Сознательныя представленія ясны, отчетливы, безсознательныя смутны, неясны. Сообразно съ этимъ, отдѣльныя монады представляютъ различныя степени совершенства отъ царства неограническаго, гдѣ монады находятся въ такомъ же состояніи, какъ душа во время глубокаго сна, лишеннаго даже сновидѣній, до божества, монады монадъ, вполнѣ просвѣтленной, вполнѣ сознательной. Человѣкъ занимаетъ въ той цѣпи монадъ среднюю стадію, соединяя и сознательныя, и безсознательныя представленія.

Ученіе Лейбница о монадахъ представляетъ прямую параллель матеріалистическому атомизму. Но только его воззрѣніе идеалистическое. Какъ тамъ все въ мірѣ представляется различными комбинаціями однородныхъ матеріальныхъ атомовъ, такъ у Лейбница роль атомовъ выполняютъ монады. У матеріалистовъ наибольшее затрудненіе представляетъ объясненіе сознанія. У Лейбница—протяженія. Это потому, что матеріализмъ ищетъ все свести къ движенію матеріальныхъ атомовъ; а ученіе Лейбница—къ представленіямъ.

Отвергнувъ дуализмъ картезіанцевъ, Лейбницъ этимъ самымъ сообщилъ своему ученію индивидуалистическій характеръ. Точно также и другая характерная черта раціонализма —механическое міровоззрѣніе—сохраняется у него въ полной неприкосновенности. Самый оптимизмъ Лейбница, по остроумному замѣчанію Ланге [1]), есть ничто иное, какъ примѣненіе принципа механики къ обоснованію міра. Механическому принципу наименьшаго давленія соотвѣтствуетъ идея о наименьшемъ возможномъ злѣ. Вся Теодицея Лейбница посвящена развитію той мысли, что Богъ сотворилъ лучшій изъ возможныхъ міровъ. Богъ ничего не можетъ воспроизвесть вопреки разуму, но согласно разуму твореніе не можетъ не быть ограниченнымъ. А всякое ограниченіе предполагаетъ возможность зла. Потому Богъ не могъ создать міра, вовсе чуждаго зла, а только такой наилучшій изъ возможныхъ міровъ, гдѣ возможность зла доведена до минимума. Такимъ образомъ міротвореніе представляетъ, по ученію Лейбница, совершенную аналогію съ разрѣшеніемъ какой-либо механической задачи.

Въ своемъ этическомъ ученіи Лейбницъ представляетъ гораздо менѣе оригинальности и глубины. Такъ какъ у него вся жизнь сводится къ переходу отъ одного представленія къ другому, то практическіе законы необходимо должны были отождествиться съ теоретическими, нравственно-доброе съ истиннымъ. Безсознательныя представленія обусловливаютъ пассивное состояніе монады, сознательныя—активное. Но Лейбницъ понимаетъ различіе свободы и несвободы только какъ различіе активнаго и пассивнаго состояній. По этому стремленію къ свободѣ, признаваемой Лейбницемъ необходимымъ преположеніемъ нравственности, есть ничто иное, какъ стремленіе къ сознательнымъ, яснымъ, отчетливымъ представленіямъ. Чѣмъ яснѣе отражаетъ данная монада въ своихъ представленіяхъ другія монады, чѣмъ

[1]) *Lange*, Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart. 2 Auflage. I. 1873. S. 394.

эти представленія сознательнѣе, тѣмъ полнѣе ея гармонія съ остальными монадами. Благо другихъ монадъ, становясь содержаніемъ представленій данной монады, дѣлается этимъ самымъ ея благомъ и это ведетъ къ любви, основѣ всякаго нравственнаго дѣянія. Такимъ образомъ нравственное и умственное совершенствованіе достигаются однимъ и тѣмъ же путемъ—просвѣтленіемъ духа.

Понятіе права у Лейбница почти сливается съ понятіемъ нравственнаго. Признавъ качественную однородность монадъ, Лейбницъ не производитъ рѣзкой грани между человѣчествомъ и остальнымъ міромъ. Весь міръ составляютъ одну непрерывную цѣпь болѣе ими менѣе совершенныхъ монадъ. Поэтому Лейбницъ не довольствуется для обоснованія понятія права идеей человѣческаго общенія. Онъ и тутъ восходитъ къ идеѣ всемірной гармоніи. Справедливость это, по его опредѣленію, любовь мудраго. Но такая любовь не ограничивается одними людьми, а распространяется и на весь міръ, и въ особенности на Бога.

Любовь, управляемая мудростью, является основаніемъ и естественнаго закона. Лейбницъ различаетъ въ немъ три степени, выраженныя въ извѣстномъ опредѣленіи Ульпіана трехъ велѣній права: juris praecepta sunt haec honeste vivere alterum non laedere suum cuique tribuere. Послѣднее изъ этихъ велѣній alterum non laedere есть jus strictum. Нарушеніе его даетъ обиженному въ государствѣ право иска, внѣ государства право войны. Велѣніе aequitatis—suum cuique tribuere— не можетъ быть осуществлено принудительнымъ образомъ. И строгое право, и справедливость (aequitas) ограничиваются предѣлами земной нашей жизни; одно изъ нихъ ведетъ къ устраненію бѣдствій, другое къ доставленію счастія. Выше ихъ обоихъ стоитъ благочестіе, pietas, предписывающее жить честно вообще, и кореняющагося въ нашихъ законахъ божественнаго міроправленія. Благочестіе основывается на представленіи всего міра, какъ одного совершеннѣйшаго общества подъ управленіемъ всемогущаго и всемудраго правителя — Бога.

Такимъ образомъ, правое сливается у Лейбница съ нравственностью. Но эта сторона его этическаго ученія не была воспринята его учениками и только въ новѣйшее время сознана была потребность отринуть выставленное Томазіемъ противоположеніе права и нравственности и вновь сблизить между собой эти понятія [1]).

[1]) Изъ сочиненій Лейбница юридическаго содержанія важнѣйшія суть Nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae и Observationes de principio juris.

«Скучной памяти» [1]) Христіанъ Вольфъ (1679—1754) составилъ себѣ славу, какъ популяризаторъ ученій Лейбница. Профессоръ математики, онъ въ своей дѣятельности не ограничивался одной этой отраслью науки. Онъ задался цѣлью придать ученіямъ Лейбница систематическую, законченную форму и обработать въ ихъ духѣ всѣ отрасли научнаго знанія.

Усердный труженикъ, но далеко не глубокій и не сильный мыслитель, Вольфъ съ тѣмъ большимъ педантизмомъ проводилъ во всемъ демонстративный методъ Лейбница. Какъ это всегда бываетъ съ посредственными умами, отъ Лейбница Вольфъ усвоилъ преимущественно форму, методъ. Замѣчательное по глубинѣ мысли содержаніе монадологіи было не по плечу Вольфу. За то заимствованный изъ геометріи демонстративный методъ, дававшій готовую формулу для разрѣшенія любаго вопроса, былъ для такого ума неоцѣнимой находкой. Все дѣло сводилось при этомъ къ примѣненію уже готовыхъ понятій, напр. сущности, бытія причины, или отвлеченныхъ опредѣленій, напр. простота, конечность, необходимость, къ предметамъ, познаваемымъ въ опытѣ. Объ движеніи впередъ, объ открытіяхъ научныхъ, конечно, не могло быть и рѣчи. Наука только оформливала готовый матеріалъ опытныхъ данныхъ и отвлеченныхъ понятій и матеріалъ этотъ брали безъ всякой критической повѣрки.

И у Лейбница замѣтно схоластическое вліяніе. Его воззрѣнія на методъ напоминаютъ отчасти пресловутую «ars magna» Лулла. Но у Лейбница этотъ недостатокъ съ избыткомъ возмѣщается богатствомъ содержанія. У Вольфа, напротивъ, логика понимается не какъ ars inveniendi, а только, какъ ars demonstrandi. При томъ значеніи, какое придано было Вольфомъ логическому методу, это съуженіе задачи логики не могло не имѣть своимъ послѣдствіемъ лишенія науки творческаго характера.

Литературная дѣятельность Вольфа отличалась большою плодовитостью. Онъ оставилъ сочиненія по всѣмъ существовавшимъ въ его время отраслямъ знанія. Все это объемистые трактаты, содержащіе въ себѣ скучныя, длинныя доказательства всѣмъ извѣстныхъ и понятныхъ вещей, и совершенно чуждыя живой мысли и живыхъ вопросовъ. Трактаты эти послужили основаніемъ новой схолостики, окрещенной именемъ «догматическаго раціонализма». Новая школа скоро получила широкое распространеніе въ Германіи и стала господствующей во всѣхъ германскихъ университетахъ. Поколебать это господство могъ только критическій геній Канта.

[1]) Выраженіе Шеллинга.

Систематизируя и популяризируя ученія Лейбница, Вольфъ воспроизводилъ ихъ далеко не съ строгою точностью. Въ его изложеніи воззрѣнія Лейбница потерпѣли существенныя измѣненія, значительно сгладившія ихъ своеобразность. Это объясняется отчасти незнакомствомъ Вольфа съ психологическими этюдами Лейбница, изданными впервые только въ 1765 года. Но главная и основная причина заключалась въ самомъ складѣ ума галльскаго профессора. Ширина взглядовъ, такъ отличающая всѣ произведенія Лейбница, не могла быть усвоена Вольфомъ.

Самое существенное измѣненіе сказалось въ пониманіи соотношенія монадъ [1]). Вольфъ не могъ подняться до представленія качественной однородности монадъ. Онъ не признаетъ интеллектуальность общимъ свойствомъ всѣхъ монадъ. По ученію Вольфа не всѣ монады надѣлены силой представленія (vis representativa). Этимъ ученіе о монадѣ лишалось главнаго своего достоинства. Если мы примемъ существованіе двухъ категорій монадъ, надѣленныхъ силой представленія и не надѣленныхъ, то этимъ самымъ мы возвращаемся къ дуализму картезіанской системы, но еще въ ухудшенномъ видѣ. Монадологія Вольфа соединяетъ во едино и дуализмъ и плюрализмъ и вовсе чуждо идеи единства міра.

Допустивъ существованіе монадъ, лишенныхъ способности представленія, Вольфъ долженъ былъ отвергнуть, по необходимости и ученіе Лейбница о предустановленной гармоніи. Вопросъ о соотношеніи монадъ требовалъ другаго разрѣшенія. И Вольфъ прибѣгъ къ старому наслѣдію схоластики, къ ученію о физическомъ воздѣйствіи (influxus physicus). Этотъ возвратъ Вольфа къ дуализму имѣетъ весьма большое значеніе. Монизмъ Спинозы и объединяющій плюрализмъ Лейбница не имѣли значительнаго вліянія на развитіе теорій естественнаго права. А у Вольфа, оказавшаго на нихъ большое вліяніе, плюрализмъ перешелъ въ дуализмъ. Благодаря этому, дуализмъ безъ перерывовъ проникаетъ всю исторію школы естественнаго права.

Непризнаніе однородности монадъ привело Вольфа еще и къ другому существенному отступленію отъ воззрѣній Лейбница. Раздѣливъ монадъ на двѣ категоріи, нельзя уже было сохранить и выставленное Лейбницемъ представленіе, какъ объ одной непрерывной цѣпи монадъ, однородныхъ, но представляющихъ различныя степени совершенства и составляющихъ какъ бы восходящую лѣстницу къ единой высшей монадѣ. У Вольфа идея со-

[1]) *Windelband*, Die Geschichte der neuren Philosophie, I, 1878, s. 503—505.

вершенства различныхъ степеней также получила извѣстное значеніе, но болѣе ограниченное и частное. «Усовершай себя» (perfice te) является у Вольфа высшимъ началомъ нравственности. Въ пониманіи совершенства отразилось ученіе Лейбница о гармоніи. Для Вольфа совершенствованіе есть ничто иное, какъ согласіе въ разнообразіи. Какъ вообще въ природѣ не можетъ быть противорѣчія, этого врага истины, такъ и человѣку отъ природы врождено стремленіе къ совершенству въ указанномъ смыслѣ. Поэтому дѣлать все то, что ведетъ къ совершенству, составляетъ естественное обязательство. Отсюда Вольфъ выводитъ и понятіе закона, при чемъ онъ различаетъ законъ естественный, когда основаніе его въ природѣ человѣка и законъ положительный, когда онъ полагается волею какого-либо разумнаго существа, Бога или человѣка.

Точно также изъ понятія обязанности выводитъ Вольфъ и понятіе права. Человѣкъ имѣетъ естественное право на все то, что необходимо для выполненія естественной обязанности.

Изъ послѣдователей Вольфа заслуживаютъ упоминовенія Нетельблатъ и Ватель; Нетельблатъ извѣстенъ какъ авторъ естественнаго права, служащаго лучшимъ выраженіемъ направленія его школы и пользовавшагося въ свое время большимъ авторитетомъ въ университетахъ, между прочимъ, и въ московскомъ университетѣ. Неменьшій авторитетъ получилъ Ватель въ наукѣ и практикѣ международнаго права. Послѣднимъ учебникомъ, написаннымъ въ Германіи въ духѣ вольфовой системы, было Естественное право Мейстера 1809 года.

§ 14. Историческое направленіе въ XVIII вѣкѣ.

Въ XVIII вѣкѣ Италіи еще разъ выпало на долю послужить колыбелью новаго научнаго движенія. Между тѣмъ, какъ въ Германіи, раціонализмъ, въ ученіяхъ Пуфендорфа, Лейбница и особенно Вольфа и его школы вырождался въ новую схоластику, въ Италіи уже въ первую четверть XVIII столѣтія подымается знамя новаго научнаго направленія, направленія историческаго.

Въ 1725 вышло первое изданіе Принциповъ новой науки Джіамбатиста Вико [1]). Въ этой книгѣ впервые нашло себѣ выраженіе истинное историческое направленіе. Тутъ уже дѣло

[1]) Giambotista Vico, Principi di Una Scienza Nuova. Второе изданіе 1731. Переводы: французскій 1845 и нѣмецкій 1822 годовъ. Собраніе сочиненій Вико издалъ Ferrari въ 1836 году.

не ограничивается, какъ у Куяція и элегантныхъ юристовъ Голландіи, исторической и филологической экзегезой источниковъ. Задачей «Новой науки» Вико является не возстановленіе только забытой старины, не составленіе, по возможности, полной картины былаго. Вико ставитъ себѣ болѣе высокую цѣль. Онъ стремится выяснить самое историческое развитіе и даже опредѣлить его формулу.

По мнѣнію Вико, историческое движеніе имѣетъ характеръ циклическій. Развитіе человѣчества представляетъ послѣдовательную смѣну трехъ эпохъ: вѣкъ божественный или теократическій, вѣкъ героическій, и вѣкъ человѣческій или гражданственный. Древній міръ представляетъ въ своей исторіи всѣ эти три періода. А когда античный міръ палъ, возрожденное христіанствомъ человѣчество вновь начало свою исторію съ эпохи теократической.

Различіе трехъ эпохъ отражается на всѣхъ сторонахъ общественной жизни, въ томъ числѣ и на правѣ.

Право вѣка божественнаго есть откровеніе, сдѣланное людямъ богами, чрезъ посредство знаменій и оракуловъ. Основаніе права тутъ коренится не въ чемъ иномъ, какъ въ божественной власти. Основанныя на сверхъестественномъ авторитетѣ, велѣнія права не допускаютъ тутъ вовсе какого-либо раціональнаго объясненія. Все правовѣдѣніе, какъ познаніе божественнаго права, ограничивается въ эту эпоху лишь знаніемъ религіозныхъ обрядовъ. Вся задача правосудія какъ бы ограничивается охраненіемъ святости извѣстныхъ формъ и торжественныхъ дѣйствій. Отсюда высокое значеніе формъ въ древнемъ римскомъ правѣ. Самый судъ носилъ характеръ суда божія.

Право героическаго вѣка было правомъ силы. Сила находила себѣ узду только въ уваженіи къ данному слову. Прежнее значеніе торжественныхъ дѣйствій смѣнилось теперь значеніемъ торжественныхъ словъ, произнесеніе которыхъ служило основаніемъ правъ и обязанностей. Правовѣдѣніе сводится въ этотъ періодъ къ умѣнью приличнымъ образомъ пользоваться словами. Отсюда высокое значеніе составленія формулъ (cavere) у римскихъ юристовъ. Самый законъ пользуется авторитетомъ независимо отъ своего содержанія. Онъ не былъ еще основанъ на истинѣ.

Только съ эпохой человѣческой появляется на смѣну строгаго, формальнаго права, право естественное. Право этой эпохи, въ отличіе отъ предшествующихъ, обращаетъ вниманіе на свойство дѣяній и лицъ и этимъ установляетъ дѣйствительное равенство, между тѣмъ какъ прежняя слѣпая справедливость была

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

только мнимо безпристрастной. Внѣшнее равенство, установлявшееся ею, было на дѣлѣ самымъ суровымъ неравенствомъ.

Мы ограничимся этимъ краткимъ указаніемъ на Вико, такъ какъ ученія его не имѣли непосредственнаго вліянія на современныя ему системы философіи права. Произведенія Вико, очень цѣнимыя въ настоящее время, при своемъ появленіи не имѣли успѣха. Изложенное въ нихъ ученіе Вико не соотвѣтствовало господствовавшему тогда настроенію умовъ. Историческое и глубоко-религіозное воззрѣніе автора Новой науки на человѣчество и его судьбу представляло прямую противуположность раціоналистическому и революціонному характеру того времени.

Въ частности въ наукѣ права ученія Вико были заслонены произведеніемъ гораздо менѣе глубокимъ, но болѣе подходившимъ къ духу времени, да къ тому жѣ и написанному на болѣе распространенномъ языкѣ. Мы говоримъ о Духѣ законовъ Монтескье.

Написанное на изящномъ французскомъ языкѣ, ставшемъ тогда языкомъ всей образованной Европы, сочиненіе Монтескье [1]) безъ труда заслонило собой Новую науку, написанную на мало кому доступной смѣси неаполитанскаго нарѣчія съ латынью.

Монтескье [2]), подобно раціоналистамъ, начинаетъ свое изложеніе съ разсмотрѣнія до общественнаго, естественнаго состоянія и законовъ, дѣйствующихъ въ этомъ состояніи. Естественные законы—это законы, вытекающіе единственно изъ природы нашего существа (constitution de notre être)—таково опредѣленіе Монтескье; но въ дѣйствительности эти законы онъ выводитъ не изъ природы человѣка, взятой въ ея цѣломъ, со всемъ ея конкретнымъ содержаніемъ, а изъ одной только стороны—изъ сознанія человѣкомъ своей слабости. Это сознаніе Монтескье считаетъ первоначальнымъ. Конечно, сознаніе слабости очень близко къ чувству страха, принятому за исходное начало всей системы у Гоббеза [3]). Но при всей близости оно существенно отличается отъ него. Страхъ ведетъ только къ самосохраненію, напротивъ, сознаніе слабости (faiblesse) не можетъ не перейти въ сознаніе *зависимости*. По этому у Монтескье, также какъ и у Гроція, индивидъ не остается обособленнымъ. Но у Гроція онъ только вступаетъ въ общеніе съ другими индивидами, у Монтескье является въ послѣдующемъ изложеніи *зависимымъ* отъ всей окружающей его обстановки, среды, не только отъ общества, но и

[1]) De l'esprit des lois. 1748.

[2]) Charle de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu, 1689—1755.

[3]) Fichte. I. H. Philos. Lehren, 666. Dieses Werk gründet seinen Begriff des Staates eigentlich auf Theorie von Hobbes.

отъ климата, пищи и т. п. Такое разсмотрѣніе человѣка не въ его абстрактной обособленности, а, напротивъ, въ реальной зависимости, и обусловливаетъ значеніе книги Монтескье въ исторіи науки права.

И такъ въ естественномъ состояніи человѣкъ прежде всего сознаетъ свою слабость (Монтескье ссылается на примѣръ, дикихъ). Сознавая себя слабыми, люди вмѣстѣ съ тѣмъ сознаютъ себя почти равными и потому не стремятся нападать другъ на друга, слѣдов., миръ долженъ быть первымъ естественнымъ закономъ. Влеченія къ подчиненію себѣ другихъ и господству надъ ними не можетъ быть у первобытныхъ людей, такъ какъ идея власти и господства слишкомъ сложна для неразвитаго разума. Сознаніе слабости неразлучно съ сознаніемъ потребностей, отсюда второй естественный законъ — отысканіе пищи. Сознаніе общей слабости и, слѣдовательно, взаимный страхъ съ одной стороны, съ другой — естественное удовольствіе, какое испытываетъ каждое животное при приближеніи другаго животнаго того же вида и въ особенности половое влеченіе ведутъ къ соединенію людей: ‹et la prière naturelle qu'ils se font toujours l'un a l'autre serait une troisième loi›. Когда же, наконецъ, люди мало по малу накопляютъ знанія, является новое побужденіе къ соединенію, какого нѣтъ у другихъ животныхъ, и люди соединяются въ постоянныя общества. Желаніе жить въ обществѣ есть такимъ образомъ четвертый и послѣдній естественный законъ.

Такимъ образомъ, образованіе обществъ основывается на способности людей къ накопленію знаній, другими словами на томъ, что они надѣлены разумомъ. Законы, по опредѣленію Монтескье, суть необходимыя отношенія вещей, вытекающія изъ самой ихъ природы (les rapports nécessaires, qui derivent de la natute des choses). Мы только что сказали, что существованіе человѣческихъ обществъ основывается на разумной природѣ людей: поэтому общимъ закономъ, управляющимъ всѣми народами, является человѣческій разумъ; національныя же системы законодательства суть только частные случаи примѣненія этого разума къ различнымъ человѣческимъ обществамъ. Различіе же обществъ установляется какъ различіемъ формъ правленія, его природы и принципа, такъ и цѣлымъ рядомъ другихъ обстоятельствъ: климатомъ, свойствомъ страны, ея положеніемъ, величиной, родомъ жизни народа, его религіей, склонностями, богатствомъ, количествомъ, торговлей, обычаями, нравами.

Соединеніе людей въ общества производитъ двѣ важныя перемѣны: 1) люди перестаютъ чувствовать себя слабыми и 2)

уничтожается первоначальное равенство между ними. Эти перемѣны ведутъ къ возникновенію между людьми войны и при томъ, какъ между членами одного и того же общества, такъ и между отдѣльными обществами. Эта двоякаго рода война ведетъ къ установленію двоякаго же рода законовъ. Законы, опредѣляющіе отношенія между народами, составляютъ международное право; законы, опредѣляющіе внутреннія отношенія каждаго общества—право политическое.

Существованіе каждаго отдѣльнаго общества требуетъ установленія правительства, т. е. соединенія отдѣльныхъ силъ частныхъ лицъ въ одну общую силу, власть (force). Эта общая сила можетъ находиться или въ рукахъ одного, или въ рукахъ многихъ. Въ послѣднемъ случаѣ—правительство или правленіе (gouvernement) будетъ *республиканское*, въ первомъ, т. е., когда сила сосредоточена въ рукахъ одного лица, надо различать правитъ ли оно по установленнымъ, твердымъ законамъ—это *монархія;* или же безъ всякихъ правилъ и законовъ—это *деспотія*. Таковы три главные рода правленій. Но первый изъ нихъ, республиканскій, подраздѣляется на два: когда власть принадлежитъ многимъ, то эти многіе могутъ быть или цѣлый народъ—*демократія*, или только часть народа—*аристократія*. Организація власти и составляетъ, по опредѣленію Монтескье, природу правленія (nature du gouvernement). Поэтому различіемъ природы правленія обусловливается различіе законовъ, относящихся къ государственному устройству, напр. организація выборовъ, организація государственныхъ должностей.

Каждой изъ формъ правленія соотвѣтствуетъ свой особенный принципъ. Природа дѣлаетъ правительство такимъ, каково оно есть, принципъ же заставляетъ его дѣйствовать; природа—это структура правленія; принципъ—это страсти человѣческія, заставляющія его двигаться.

Если изъ природы правленій вытекаютъ законы, установляющіе ту или другую форму государственнаго устройства, то изъ принципа—законы, поддерживающіе и сохраняющіе это устройство.

Такъ какъ въ демократіи народъ вмѣстѣ есть и властитель, и подданный, то только одна *добродѣтель*, vertu, способна поддержать такую форму правленія, ибо тутъ народъ самъ себѣ полагаетъ законы и самъ имъ подчиняется. Въ другомъ видѣ республиканскаго правленія, въ аристократіи, движущей силой также служитъ добродѣтель, но тамъ она необходима не въ такой сте-

пени: душа этой формы правленія есть умѣренность (modération), но умѣренность, основывающаяся на добродѣтели.

Въ монархіяхъ является уже другой принципъ—честь, но не честь, основывающаяся на добродѣтели, а та, что основывается на предразсудкахъ, поэтому вѣрнѣе—честолюбіе. Монархія необходимо предполагаетъ существованіе отличій, почестей; стремленіе достичь этихъ почестей и есть ея движущая сила, или принципъ.

Наконецъ, въ деспотіи принципомъ служитъ единственно *страхъ*.

Принципу Монтескье придавалъ большее значеніе, чѣмъ природѣ и потому принялъ не двойное дѣленіе формъ правленія, смотря потому находится ли власть въ рукахъ одного или многихъ, а, какъ мы видѣли, тройное, единственно съ силу различія трехъ принциповъ. По той же причинѣ въ его книгѣ отведено гораздо больше мѣста законамъ, вытекающимъ изъ различныхъ принциповъ, нежели изъ различной природы правленія. Разсмотрѣнію вліянія принциповъ на духъ законовъ посвящены цѣлыхъ четыре книги (IV—VII) [1]. Слѣдующая затѣмъ книга разсматриваетъ искаженіе этихъ принциповъ правленія (corruption des principes). Республиканскія и монархическія государства терпятъ искаженіе своихъ принциповъ, когда случайныя обстоятельства ведутъ къ тому; но принципъ деспотіи можетъ не искажаться только въ силу случайныхъ благопріятныхъ условій, такъ какъ онъ по самой своей сущности есть уже искаженный принципъ. А такъ какъ искаженіе иринциповъ есть главная причина гибели государствъ, то, деспотическія государства неуклонно стремятся къ гибели. Демократія погибаетъ, когда духъ равенства исчезаетъ вовсе или, напротивъ, перерождается въ духъ крайняго равенства, и всякій хочетъ быть равнымъ даже тому, кого выбралъ въ властители. Аристократія гибнетъ, если господство знатныхъ изъ умѣреннаго вырождается въ произвольное. Наконецъ, монархіи гибнутъ, когда почетныя отличія теряютъ свое значеніе или потому, что соединенныя съ ними привиллегіи не уважаются монархомъ, или потому, что народъ теряетъ уваженіе къ знатнымъ, или же потому, что почести приходятъ въ прямое противорѣчіе съ честью. Правительства установляются не только для охраненія мира и спокойствія, но и для защиты интересовъ народа въ международныхъ отношеніяхъ.

---

[1]) Тутъ разсматриваются между, прочимъ, законы о воспитаніи, уголовные, противъ роскоши, о положніи женщинъ и т. п.

Одно государство въ отношеніи къ другимъ можетъ занимать или оборонительное, или наступательное положеніе. На каждое изъ этихъ отношеній имѣетъ свое вліяніе форма правленія. Въ отношеніяхъ къ оборонѣ демократическое правленіе представляется наименѣе выгоднымъ, такъ какъ прочнымъ оно можетъ быть только въ маленькомъ государствѣ, которое легко можетъ быть поглощено большимъ сосѣднимъ. Для устраненія этой опасности безъ измѣненія формы правленія, демократическія государства соединяются въ одно союзное государство. Во внутреннихъ дѣлахъ такое государство пользуется всѣми благами демократическаго устройства; въ оборонѣ противъ посягательствъ другихъ государствъ—всѣми благодѣяніями большаго государства, какое безъ конфедераціи мыслимо только подъ властью единодержавца.

Изложивъ ученіе о правленіи, Монтескье переходитъ къ разсмотрѣнію свободы, т. е. положенія въ государствѣ отдѣльныхъ гражданъ, и того, въ какомъ отношеніи къ свободѣ находятся законы. При этомъ онъ разсматриваетъ свободу сначала въ отношеніи къ государственному устройству и во вторыхъ въ отношеніи къ гражданамъ (книги XI и XII).

Разсматриваемая въ отношеніи къ устройству свобода есть право дѣлать все, что не запрещено законами: слѣдовательно, свободнымъ можно назвать лишь такое государственное устройство, которымъ обеспечивается исключительное господство законовъ и устраняется господство тѣхъ лицъ, въ чьихъ рукахъ находится власть. Всякій, надѣленный властію, склоненъ ею злоупотреблять; для предотвращенія такихъ злоупотребленій необходимо, чтобы власть останавливала власть (le pouvoir arrete le pouvoir).

У государствъ могутъ быть различныя цѣли: война — у Спарты, религія — у евреевъ, торговля—у Финикіянъ, общественное спокойствіе у китайцевъ и проч. Но изъ всѣхъ государствъ есть одно, поставившее себѣ цѣлью свободу—это Англія; въ ней-то и осуществлено въ совершенствѣ выставленное выше требованіе, чтобы въ интересахъ свободы власть останавливала власть. Изложенію англійской конституціи посвящена VI гл. XI кн., ставшая основаніемъ конституціоннаго ученія.

Въ каждомъ государствѣ, говоритъ Монтескье, имѣется три рода власти: власть законадательная, исполнительная по отношенію къ тѣмъ предметамъ, которые опредѣляются международнымъ правомъ, и другая по отношенію къ тѣмъ, что опредѣляется правомъ гражданскимъ (droit civil, т. е. совокупность за-

коновъ, поддерживающихъ государственное устройство въ отличіе отъ lois politiques, какъ такихъ, которые устанавливаютъ государственное устройство). Третья власть есть власть судебная. Исключительное господство законовъ обезпечено только тогда, когда всѣ эти власти раздѣлены между различными лицами, потому что только тогда злоупотребленіе со стороны одной власти будетъ всегда останавливаемо со стороны другихъ.

Но для свободы гражданъ недостаточно еще одной свободной конституціи: гражданинъ свободенъ только тогда, когда онъ чувствуетъ себя въ безопасности (sureté), когда его неприкосновенность не нарушается. Но гражданинъ можетъ быть лишенъ безопасности, а слѣдовательно и свободы, какъ злоупотребленіемъ власти, такъ и обычаями, и законами. Изъ этого видно, какъ несправедливъ упрекъ, такъ часто дѣлаемый Монтескье, будто онъ свободу гражданина отождествилъ съ законностью. Онъ дѣйствительно называетъ свободнымъ то государственное устройство, которое обезпечиваетъ исключительное господство законовъ, но онъ очень ясно указываетъ (I гл. XII кн.), что и при свободной конституціи граждане могутъ быть не свободны, если сами законы тиранническіе. Поэтому свобода гражданина, по его мнѣнію, преимущественно зависитъ отъ качества уголовныхъ законовъ, какъ могущихъ наиболѣе рѣзко нарушить его безопасность.

Литературныя достоинства книги Монтескье послужили причиной того, что первоначально непонятая и неоцѣненная даже друзьями Монтескье, она затѣмъ скоро стала цѣниться выше своего достоинства. Находя въ его книгѣ ту или другую мысль, облеченную въ изящную форму, читатель духа законовъ обыкновенно не заботился искать первоначальныхъ источниковъ этой идеи и усвоилъ ее себѣ въ той именно формѣ, какую далъ ей Монтескье, естественно считалъ ее всецѣло принадлежащей одному Монтескье. Самъ Монтескье называлъ свое произведеніе безусловно оригинальнымъ. Онъ даже придалъ ему эпиграфъ Prolem sine matre natum, желая указать этимъ на то, что книга его не имѣетъ себѣ предшественницъ.

Съ такой оцѣнкой нельзя однако согласиться. Мы знаемъ, что историческое направленіе, составляющее главное достоинство Духа законовъ, ведетъ свое начало не отъ Монтескье, а отъ Вико. И, быть можетъ, Новая Наука была даже извѣстна Монтескье. Оба изданія книги Вико вышли задолго до появленія Духа законовъ и къ тому же Монтескье бывалъ самъ въ Италіи. Извѣстное ученіе о раздѣленіи властей, обыкновенно неразрывно

связываемое съ именемъ Монтескье, также не можетъ быть признано его исключительной собственностью. XI глава Духа законовъ, какъ это доказалъ Янзенъ [1]), есть не болѣе, какъ воспроизведеніе мыслей *Свифта*, изложенныхъ имъ за 44 года до появленія духа законовъ, въ Discourse of the Contests and Dissensions between the Nobles and the Commons in Athens and Rome. Свифтъ говоритъ о трехъ властяхъ, объ ихъ равновѣсіи (balance of power), о томъ, что равновѣсіе ихъ есть единственное надежное обезпеченіе политической свободы—словомъ мы находимъ у него все, что составляетъ существенное содержаніе ученія Монтескье. Но сходство замѣчается даже въ частныхъ подробностяхъ изложенія [2]). Не существуетъ никакихъ прямыхъ указаній на то, чтобы Монтескье зналъ это разсужденіе Свифта. Но, какъ справедливо замѣчаетъ Янзенъ, довольно невѣроятно, чтобы Монтескье, пробывшій въ Англіи два года, въ такое время, когда Свифтъ пользовался уже громкой извѣстностью, не познакомился съ его произведеніями вообще, а въ частности и съ этимъ разсужденіемъ, которое по своему содержанію не могло не заинтересовать автора Considerations sur les causes de la grandeur des romains.

Однако, какова бы ни была оригинальность идей, высказанныхъ авторомъ Духа законовъ, и онъ, и его книга безъ сомнѣнія должны занять видное мѣсто въ исторіи науки. Кто бы не былъ дѣйствительнымъ отцомъ ученія о раздѣленіи властей, несомнѣнно, что послѣдующія поколѣнія ознакомились съ нею не изъ разсужденій Свифта, а изъ Духа законовъ. Такъ было и въ самой Англіи. Блэкстонъ въ своихъ комментаріяхъ на англійское право беретъ это ученіе не у Свифта, а отъ Монтескье.

§ 15. Руссо и Кантъ. [3])

Руссо и Кантъ рѣзко отличаются отъ своихъ предшественниковъ въ разработкѣ теоріи естественнаго права тѣмъ критическимъ отношеніемъ, въ какое они стали къ роли человѣческаго разума. У нихъ нѣтъ и слѣда того безотчетнаго, можно сказать наивнаго, поклоненія разуму, разсудочности, какое царило въ ихъ время. Они не ставятъ разума, какъ другіе, выше всего, они

[1]) *Harry Jannsen*, Montesqieu's Theorie von der Dreitheilung der Gewalten im Staate auf ihre Quelle zurückgeführt. Gotha. 1878.

[2]) Таковы, напр. ссылки на Тезея у Свифта въ текстѣ, у Монтескье въ примѣчаніи, книга XI, гл. XI.

[3]) *Dieterich* Kant und Rousseau. 1878.

скорѣе низводятъ его съ пьедестала. Но каждый дѣлаетъ это на свой ладъ.

Руссо (1712-1778 [2]) является защитникомъ правъ сердца противъ чрезмѣрныхъ притязаній разума. Разумъ можетъ дать намъ знаніе добра, но стремиться къ добру, любить добро заставляетъ насъ врожденное намъ нравственное чувство. Выводы разума не могутъ властвовать надъ нашею душой. Холодный, безстрастный разсудокъ никогда поэтому ничего великаго не совершитъ. На нравственный подвигъ способны только страстныя, пламенныя души, только тотъ, кто живетъ не однимъ разсудкомъ, но и сердцемъ.

Добро заключается въ согласіи, гармоніи человѣческой дѣятельности съ царящимъ въ мірѣ и установленнымъ Богомъ нравственнымъ порядкомъ. Человѣкъ съ врожденнымъ ему нравственнымъ чувствомъ есть необходимая часть этого міроваго порядка и ему стоитъ лишь остаться такимъ, какимъ онъ вышелъ изъ рукъ Творца, чтобъ находиться въ полной гармоніи съ общею жизнью мірозданія. Напротивъ, выходя изъ естественнаго своего состоянія, подавляя свои естественныя влеченія, прививая себѣ искусственныя потребности, человѣкъ измѣняетъ своей собственной природѣ и тѣмъ вноситъ дисгармонію, впадаетъ въ порокъ. Человѣкъ тѣмъ вѣрнѣе будетъ понимать требованія нравственнаго долга, чѣмъ внимательнѣе будетъ прислушиваться къ своимъ естественнымъ, неискаженнымъ внѣшнимъ вліяніемъ влеченіямъ, другими словами, чѣмъ болѣе онъ будетъ самостоятеленъ и независимъ отъ людей. Потому все благо для людей въ ихъ свободѣ. Внѣ свободы нѣтъ истиннаго счастія. Свобода является условіемъ, предположеніемъ всѣхъ другихъ благъ и потому не можетъ быть ничѣмъ замѣнена. Свобода, слѣдовательно, есть неотчуждаемое благо человѣка.

Ставя такъ высоко свободу, Руссо естественно считаетъ золотымъ вѣкомъ естественное, до-общественное положеніе людей, когда они не знали ни законовъ, ни собственности, ни власти и потому были всѣ равны, свободны. До образованія обществъ свобода существовала, конечно, сама собой. Но, какъ объяснить переходъ отъ естественнаго состоянія къ состоянію общественному безъ отчужденія личной свободы? Приступая къ разрѣшенію этого вопроса, Руссо разбираетъ тѣ мнѣнія, которыя высказывались по этому вопросу предшествовавшими писателями. Такъ, прежде всего онъ останавливается на мнѣніи, будто источникомъ госу-

---

[1]) *Алексѣевъ* Міросозерцаніе Руссо и его ученіе о нравственности "Юридическій Вѣстникъ„ 1882 № 1 и 2.

дарственной власти является семья. Имѣя въ виду ученіе англійскаго писателя Filmer'a, который доказывалъ, что всякая государственная власть основывается на старшинствѣ, на патріархальномъ началѣ, что настоящіе цари суть старшіе потомки патріарховъ, Руссо на это замѣчаетъ, что основывать государственную власть на патріаршемъ началѣ нельзя, потому что семья существуетъ только до тѣхъ поръ, пока дѣти боятся родителей, а что касается установленія государственной власти по передачѣ отъ патріарховъ, то вопросъ этотъ, по мнѣнію Руссо, опасно возбуждать, потому что, пожалуй, онъ, Руссо, можетъ оказаться старѣйшимъ потомкомъ патріарховъ, нежели всѣ существующіе цари, и, слѣдовательно, имѣющимъ болѣе права на власть, чѣмъ послѣдніе. Точно также Руссо возсталъ и противъ мнѣнія, будто *правая* власть основывается на силѣ. Онъ говоритъ, что сила не можетъ основать права, потому что, если властитель думаетъ основать право только на силѣ, только на подчиненіи, то такое право является ничтожнымъ и безполезнымъ, оно ничего не прибавитъ къ силѣ. Сильный будетъ имѣть права настолько, насколько онъ имѣетъ силы, такъ что тутъ слово «право» представляетъ лишь пустой звукъ. Дѣло въ томъ, что, пока сила ставитъ людей въ необходимость повиноваться, власть существуетъ, но какъ только сила ослабѣваетъ, то исчезаетъ и повиновеніе, а вмѣстѣ съ нимъ исчезаетъ и власть. Ссылаются еще на то, что всякая власть отъ Бога. Руссо соглашается съ этимъ и добавляетъ, что точно также и болѣзни посылаются свыше, но никто не говоритъ противъ того, чтобы призвать врача для исцѣленія извѣстной болѣзни. Далѣе Руссо останавливается на положеніи Гуго-Гроція, что человѣкъ самъ, въ силу свободнаго акта, уступаетъ свои права другимъ. Но, спрашивается, какимъ образомъ можно отчуждать эти права, эту свободу? Обыкновенно отчужденіе возможно или безвозмездное, или за вознагражденіе. Говорить о дарственномъ отчужденіи свободы было бы безумно, но безуміе не основываетъ права. Что же касается до отчужденія свободы путемъ обмѣна ея или продажи, то на что можно обмѣнять свободу? Правда, отдѣльное лицо можетъ иногда отчуждать, напр., за средства къ существованію, но можетъ ли существовать подобный обмѣнъ между цѣлымъ народомъ и властителемъ? Руссо говоритъ, что нѣтъ, такъ какъ не народъ живетъ на средства властителя, а, наоборотъ, властитель живетъ на средства народа, такъ что ни даръ, ни возмездное отчужденіе свободы народа не можетъ имѣть мѣста.

Но если эти способы установленія общественной власти (изъ патріархальнаго старѣйшинства, изъ права сильнаго, изъ

свободнаго отчужденія) не могутъ быть признаны основательными, то остается одно объясненіе ея происхожденія, это, именно, въ силу свободнаго соглашенія гражданъ, въ силу общественнаго договора. Когда же можетъ быть предпринятъ подобный договоръ? Тогда, когда условія жизни людей въ естественномъ состояніи измѣняются настолько, препятствія къ поддержанію ея окажутся въ такой степени значительными, что индивидуальныя силы будутъ оказываться недостаточными для того, чтобы имъ сопротивляться, и, такимъ образомъ, уже не окажется дѣйствительной свободы въ естественномъ состояніи, потому что зависимость людей отъ случайностей настолько велика, что дальнѣйшее существованіе становится невозможнымъ. Что же людямъ остается тогда дѣлать? Увеличить силы свои порознь каждому они не могутъ; они могутъ только правильно организовать ихъ, и самымъ могущественнымъ средствомъ является соединеніе силъ для того, чтобы при совокупномъ дѣйствіи онѣ выиграли, но, соединяясь между собою, граждане должны позаботиться о томъ, чтобы при этомъ соединеніи силъ, могущемъ обезопасить ихъ существованіе, не потерять своей свободы, такъ какъ, если сила есть одинъ изъ элементовъ благополучія, то свобода есть основаніе этого благополучія. Такимъ образомъ, задача при соединеніи людей въ общество заключается въ томъ, чтобы найти такую форму союза, при которой создалась бы власть, покровительствующая всѣмъ гражданамъ, а съ другой стороны, чтобы при установленіи такой власти не утратилась свобода всѣхъ и каждаго. Какъ же организовать такой союзъ? Руссо говоритъ, что существо договора, который достигалъ бы этой цѣли, заключается въ томъ, чтобы *всѣ* отдѣльныя лица перенесли *всю* совокупность своихъ правъ безъ всякаго исключенія на общество. Чрезъ то, что *всѣ* отдаютъ *все*, достигается равенство членовъ союза. Всѣ они стоятъ въ одинаковомъ отношеніи. Кромѣ того, такъ какъ каждый отдалъ все, не сохранивъ ничего въ исключительномъ своемъ обладаніи, то никто не можетъ направить общественную силу такимъ образомъ, чтобы благополучіе гражданъ находилось въ опасности или было стѣснено, потому что такое стѣсненіе общаго благополучія отзывается на благополучіи каждаго индивида. Такимъ образомъ, Руссо говоритъ, что въ этомъ заключается цѣль установленія общественнаго договора, т. е., въ отчужденіи всѣхъ правъ на все общество, чрезъ что весь народъ является суверенемъ; при такомъ союзѣ достигается равенство, не только обезпечивается то, что общественная воля будетъ на-

правлена къ общему благополучію, но также сохраняется и свобода. Если каждый отдастъ всего себя обществу, то, онъ, какъ участникъ верховной власти, въ свою очередь, получаетъ власть надъ всѣми другими членами. Сколько онъ теряетъ въ одномъ отношеніи, столько же выигрываетъ въ другомъ, потому что, если онъ ставитъ себя въ зависимость отъ всѣхъ остальныхъ, то и всѣ остальные члены ставятъ себя въ зависимость отъ него. Когда, такимъ образомъ, организовано общество, то всѣ дѣла, все устройство общественнаго союза опредѣляются волею народа, которая образуется изъ общаго соглашенія, общаго обсужденія, такъ что для полученія общей воли необходимо общее обсужденіе всѣхъ гражданъ, не представителей только, а *всѣхъ* гражданъ, потому что только при этомъ условіи будетъ обезпечена свобода каждаго отдѣльнаго лица. Если будутъ избраны представители, то въ дѣйствительности они сдѣлаются владыками другихъ членовъ, потому что остальные окажутся свободными только въ моментъ выборовъ, а въ остальное время они не будутъ свободны. Такимъ образомъ, Руссо требуетъ непосредственной демократіи. Но для того, чтобы обезпечить индивидуальную свободу, онъ идетъ дальше; онъ не только не допускаетъ представительства, онъ даже требуетъ, чтобы при голосованіи какого нибудь вопроса не допускалось искусственной организаціи партій, искусственной подготовки этого вопроса, потому что такой способъ ведетъ къ стѣсненію свободы, и чѣмъ болѣе дисциплинированы партіи, тѣмъ болѣе свобода была бы стѣснена. Руссо говоритъ, что общая воля, которая одинаково бы удовлетворяла всѣмъ интересамъ всѣхъ отдѣльныхъ членовъ, можетъ получиться изъ свободнаго выраженія воли каждаго отдѣльнаго лица, и только тогда сумма мнѣній даетъ дѣйствительно общую волю. При группировкѣ же гражданъ въ партіи, связанныя дисциплиною, общее голосованіе будетъ служить не выраженіемъ мнѣнія всѣхъ гражданъ, а только выраженіемъ мнѣнія болѣе вліятельныхъ группъ. Дѣйствительно, если теперь въ народныхъ собраніяхъ происходитъ голосованіе, то высказываются при этомъ не желанія и мнѣнія каждаго отдѣльнаго лица, а только наиболѣе вліятельныхъ лицъ. Послѣднія создаютъ программу партій и заботятся о томъ, чтобы найти приверженцевъ, которые при голосованіи руководятся не собственными мнѣніями, а программою своей партіи. Такимъ образомъ, по мнѣнію Руссо, чѣмъ меньше партій и чѣмъ больше онѣ дисциплинированы, тѣмъ болѣе индивидуальная свобода стѣсняется, потому что тутъ наиболѣе вліятельныя лица оказываются дѣйстви-

тельными властителями, а всѣ остальные участвуютъ въголосованіи только фиктивно; они подаютъ *свои голоса, но не выражаютъ своихъ мнѣній*. Предписанное устройство общества, его организація совершается не иначе, какъ съ общаго согласія, такъ что государство можетъ образоваться только при соглашеніи всѣхъ его членовъ. Это соглашеніе есть договоръ, но не рѣшеніе большинства. Но въ дальнѣйшей жизни общества не возможно выдержать начало этого полнаго соглашенія; поэтому, разъ совершился договоръ объ *организаціи* государства, при участіи всѣхъ гражданъ, дальнѣйшіе вопросы *о поддержаніи* его жизни и дѣятельности могутъ быть разрѣшаемы не общимъ соглашеніемъ всѣхъ гражданъ, а рѣшеніемъ большинства. Отсюда видно, что Руссо допускаетъ господство большинства надъ меньшинствомъ. Но какъ примирить это съ индивидуальной свободой, съ ея неотчуждаемостью? Руссо дѣлаетъ весьма остроумную попытку устранить это возраженіе. Онъ говоритъ, что слѣдуетъ различать волю *общую* и волю *всѣхъ*. При голосованіи идетъ вопросъ объ общей волѣ, которая есть воля, направленная къ общему благу, а не къ частному интересу, но не о волѣ всѣхъ. Напр., при голосованіи закона вопросъ идетъ о томъ, какова должна быть общая воля, согласная съ интересами общества по отношенію къ предложенному законопроэкту и каждый высказываетъ свое мнѣніе о томъ, согласенъ или нѣтъ предлагаемый законопроэктъ съ общимъ благомъ. Если получится раздѣленіе голосовъ на большинство и меньшинство, то слѣдуетъ считать общей волей то, что согласно съ мнѣніемъ большинства, но только потому, что болѣе вѣроятно, что ошиблось меньшинство, невѣрно понимая общую волю.

Неотчуждаемость свободы заставляетъ Руссо признать, что народъ остается всегда сувереномъ, всегда державнымъ. Если для повседневнаго управленія общественныхъ дѣлъ онъ учреждаетъ правительство, то этимъ онъ вовсе не ограничиваетъ своей державности. Правительство стоитъ къ народу въ положеніи прикащика, котораго тотъ всегда властенъ смѣнить. Мало того: когда народъ собирается въ собраніе, власть правительства этимъ самымъ парализуется и во всей полнотѣ возвращается народу.

Такимъ образомъ, идея свободы является основой всего правительственнаго и политическаго ученія Руссо.

Руссо интересовалъ вопросъ о значеніи разума въ человѣческой жизни и объ отношеніи его къ чувству. Кантъ начинаетъ съ другаго вопроса, болѣе теоретическаго: съ оцѣнки значенія разума, какъ орудія познанія.

Всѣ разсмотрѣнныя нами раньше раціоналистическія системы

суть системы *догматическаго* раціонализма въ томъ смыслѣ, что они принимаютъ безъ критики и доказательствъ, какъ несомнѣнный догматъ, соотвѣтствіе понятій объективнымъ предметамъ. Во всѣхъ этихъ системахъ рѣчь идетъ лишь объ объясненіи этого соотвѣтствія, а не о томъ, чтобы его повѣрить и доказать. Декартъ, который, какъ мы видѣли распространялъ свое сомнѣніе на все возможное, не распространилъ его только на познавательную способность разума, и въ этомъ ему слѣдовали и всѣ его ученики, и Спиноза, и Лейбницъ.

Дѣло критики самаго разума нашего выпало на долю Иммануила Канта (1724 — 1804), знаменитаго творца «Критики чистаго разума» [1]), послужившей основаніемъ всему послѣдующему развитію философіи. Задавшись цѣлью выяснить себѣ, что мы можемъ черпать въ своемъ познаніи изъ разума самаго по себѣ, изъ чистаго разума, независимо отъ матеріала, почерпаемаго изъ опыта, что мы знаемъ раньше опыта, а ргіогі, Кантъ подвергаетъ подробному анализу апріорные элементы нашего мышленія. Онъ дѣлитъ ихъ на три группы. Апріорный характеръ имѣютъ, во-первыхъ, математическія истины. Во-вторыхъ, въ познаніи природы апріорными представляются нѣкоторыя общія понятія, съ помощью которыхъ мы соединяемъ одно съ другимъ данныя опыта. И, наконецъ, въ познаніи сверхъ-чувственнаго по необходимости апріорными являются лежащія въ основѣ такого познанія идеи. Такимъ образомъ, апріорные элементы имѣются въ нашемъ познаніи. Но возможно ли утверждать, что между ними и объективнымъ міромъ идей имѣется соотвѣтствіе, которое давало бы возможность отъ этихъ апріорныхъ элементовъ заключать къ объективнымъ реальностямъ? Кантъ даетъ на это отрицательный отвѣтъ и тѣмъ, конечно, въ корнѣ подрываетъ всѣ догматическія системы раціонализма.

Онъ разсуждаетъ, такимъ образомъ: математическія истины апріорны потому, что относятся исключительно къ субъективнымъ формамъ нашихъ воспріятій времени и пространства. Мы воспринимаемъ и представляемъ явленія не иначе, какъ въ формахъ времени и пространства. Но ни время, ни пространство не суть вещи объективно внѣ насъ существующія. Слѣдовательно, математика не даетъ намъ познанія о внѣшнемъ мірѣ, а только о нашихъ собственныхъ формахъ воспріятія. Точно также должно сказать и относительно апріорныхъ элементовъ нашего познанія о природѣ. Это суть категоріи, представляющія различныя со-

[1]) Есть русскій переводъ проф. Владиславлева. Спб. 1866 г.

отношенія между понятіями (категоріи качества, количества, причинности и модальности). Они апріорны потому, что необходимо предполагаются всякимъ опытомъ и потому не могутъ сами изъ него вытекать. Но и они не даютъ намъ никакого знанія о внѣшнемъ мірѣ, а представляютъ только формы нашего разсудка, съ помощью которыхъ мы приводимъ въ логическій порядокъ матеріалъ, получаемый изъ опыта въ видѣ различныхъ представленій. Такъ причинная связь не есть какая-либо вещь внѣ насъ, но лишь понятія разсудка (Verstand), съ помощью котораго мы комбинируемъ наши представленія, какъ причины и слѣдствія. Слѣдовательно, и изучая категоріи, мы познаемъ лишь дѣятельность собственнаго разсудка. Что касается, наконецъ, области сверхъ-чувственнаго, то тутъ намъ представляются три основныя идеи, идея души, какъ безусловнаго субстрата всѣхъ явленій внутренней жизни; идея міра, какъ безусловной совокупности всѣхъ внѣшнихъ явленій и идея божества, какъ безусловной сущности, лежащей въ основѣ всѣхъ явленій вообще. Но эти идеи не могутъ быть признаны основаніемъ познанія объективно сущаго. Разумъ нашъ не можетъ доказать существованія чего-либо, объективно соотвѣтствующаго этимъ идеямъ. А разсмотрѣніе ихъ по аналогіи съ представленіями, относящимися къ міру чувственному и, слѣдовательно, примѣненіе къ нимъ категорій, приводитъ къ безысходнымъ самопротиворѣчіямъ. Относительно каждой изъ этихъ идей, по каждой изъ категоріи, одинаково оказывается возможнымъ утверждать прямо противоположныя положенія. По мнѣнію Канта, идеи эти суть лишь необходимыя представленія о задачахъ человѣческаго познанія: задача познанія нами необходимо мыслится, какъ общій синтезъ нашихъ представленій, а для этого необходимы три указанныя идеи. Такимъ образомъ, апріорные элементы вовсе не даютъ нашему знанію никакого содержанія, а только формы: формы воспріятія (время и пространство), формы логическаго соотношенія (категоріи разсудка) и формы общаго синтеза (идеи ума).

Выводъ, къ которому пришелъ Кантъ, въ Критикѣ чистаго разума, предопредѣлилъ характеръ его этическаго ученія [1]). Вся его теорія нравственности имѣетъ формальный характеръ. Онъ строитъ всю этику на понятіи *долга*, того, что *должно* быть. Но познаніе о должномъ не можетъ быть получено изъ опыта, указывающаго лишь на дѣйствительно существующее. Познаніе

[1]) Изъ сочиненій Канта, излагающихъ его этическое ученіе, на русскій языкъ переведено *Н. Смирновымъ*. Критика практическаго разума и основоположеніе къ метафизикѣ нравовъ. Спб. 1879.

должнаго, можно получить только изъ разума, развивающаго свои понятія дедуктивно, съ логической необходимостью. Какъ вытекающія изъ разума, нравственные законы должны имѣть характеръ формальный и общій. Основной принципъ всей морали, которую Кантъ подраздѣляетъ на нравственность и на право, состоитъ поэтому въ томъ общемъ и чисто формальномъ требованіи (категорическій императивъ разума), чтобы мы поступали такъ, чтобы правило (Maxime) нашей дѣятельности могло служить вмѣсѣ съ тѣмъ правиломъ дѣятельности всѣхъ и каждаго, т.-е. всеобщимъ закономъ. Такой принципъ, очевидно, представляется совершенно формальнымъ, лишеннымъ опредѣленнаго содержанія. Онъ не указываетъ, *что* же собственно мы должны дѣлать, а только, *какъ* мы должны поступать. Вмѣстѣ съ тѣмъ эта форма дѣйствій, предписываемая имъ, есть форма общности: онъ долженъ руководствоваться лишь такими правилами, которые могутъ стать общими правилами дѣятельности всѣхъ. Согласіе нашихъ дѣйствій съ этимъ нравственнымъ закономъ можетъ быть или внутреннимъ, или только внѣшнимъ. Подъ внутреннимъ согласіемъ разумѣется такое, когда дѣйствіе не только сообразуется съ закономъ, но и мотивомъ къ такому сообразованію служитъ ничто иное, какъ именно уваженіе къ нравственному закону. Но нерѣдко мотивомъ подчиненія моральному закону служатъ постороннія соображенія: страхъ наказанія, разсчетъ на выгоду, инстинктивное влеченіе: въ такомъ случаѣ, внутренняго согласія съ моральнымъ закономъ нѣтъ, имѣется только внѣшнее. Внутреннее согласіе требуетъ безусловно исполненія нравственнаго изъ уваженія къ нему: поэтому, если кто оказываетъ другому услуги изъ любви къ нему, это уже не будетъ нравственно-добрымъ дѣйствіемъ, такъ какъ мотивомъ дѣйствія служитъ въ такомъ случаѣ не самъ нравственный законъ, а нѣчто постороннее ему — любовь. На этомъ различіи внутренняго и внѣшняго согласія съ закономъ основывается различіе двухъ отраслей морали: нравственности и права. Дѣйствія, представляющія лишь внѣшнее согласіе, не суть нравственныя, а только правомѣрныя. Какъ же выражается моральный законъ по отношенію къ внѣшнимъ дѣйствіямъ, другими словами: каковъ юридическій законъ? [1]) Не трудно сообразить, что общимъ правиломъ внѣшнихъ дѣйствій можетъ быть только законъ, охраняющій свободу, такъ какъ подчиненіе, несвобода не можетъ быть

---

1) Ученіе о правѣ изложено Кантомъ въ его Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797.

общимъ правиломъ: подчиненіе предполагаетъ различіе подчиняющихся и господствующихъ. Поэтому юридическій законъ предписываетъ дѣйствовать такъ, чтобы свобода одного совмѣщалась со свободой всѣхъ и каждаго. Правымъ дѣйствіемъ будетъ то, которое, или правило котораго, допускаетъ совмѣстное существованіе свободы всѣхъ и каждаго по общему закону. Право въ субъективномъ смыслѣ, какъ правомочіе, и есть эта самая свобода внѣшняя, охраняемая юридическимъ закономъ.

Такимъ образомъ, Кантъ, въ основу своего ученія о правѣ кладетъ уже не то или другое, эмпирически познаваемое, свойство человѣческой природы, какъ это дѣлали его предшественники, а совершенно абстрактное, чистое, такъ сказать, понятіе человѣка, какъ разумнаго существа. У него естественное право, въ смыслѣ права выводимаго изъ эмпирической природы человѣка, превращается въ право разума, какъ право, выводимое апріорно изъ требованій разума. Слѣдовательно у Канта теорія естественнаго права, получаетъ уже вполнѣ раціоналистическую постановку. Въ связи съ этимъ превращеніемъ естественнаго права въ право разума стоитъ и существенное измѣненіе, внесенное Кантомъ въ объясненіи перехода людей отъ естественнаго состоянія въ общественное. Онъ, правда, подобно своимъ предшественникамъ, принимаетъ ученіе объ общественномъ договорѣ. Но договоръ этотъ не является у него дѣломъ произвольнымъ, не разсматривается лишь, какъ средство лучшаго удовлетворенія извѣстной потребности. Образованіе государства, по ученію Канта, есть безусловное требованіе разума. Безъ власти, охраняющей право, законъ свободы неосуществимъ, а потому люди *должны* составить государство, такъ какъ это—необходимое условіе осуществимости совмѣстной свободы всѣхъ и каждаго.

Критическій раціонализмъ Канта, подорвавшій основы раціоналистическаго догматизма Вольфа, и въ философіи права привелъ къ замѣнѣ Вольфовой системы, системой Канта, что и выразилось въ длинномъ рядѣ системъ естественнаго права Шмальца, Бауера, Гуфеланда, Гроса, Роттека, Рейнгольда, Пфицера и другихъ. Благодаря тому, что критика Канта привела къ строгому отдѣленію апріорныхъ понятій отъ понятій эмпирическихъ, она вызвала еще большее обособленіе философіи права и изученія положительнаго права. У послѣдователей Вольфа эмпирическія и апріорныя понятія постоянно смѣшивались, такъ какъ догматическій раціонализмъ ходячія понятія того времени принималъ безъ всякой критики за апріорныя дан-

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб. Вас. Остр., 2 л., 7.

ныя разума. Но критическій раціонализмъ не допускалъ уже болѣе такого смѣшенія. У Канта и его послѣдователей философія права получаетъ строго отвлеченный и исключительно формальный характеръ, и тѣмъ еще болѣе нарушается связь теоріи и догмы.

Система Канта представляетъ собою завершеніе раціонализма и вмѣстѣ отправный пунктъ всего развитія философіи въ настоящемъ столѣтіи. Такъ что Кантъ, стоя на рубежѣ двухъ столѣтій, какъ бы соединяетъ ихъ, связываетъ своей системой философскія ученія XVIII и XIX столѣтій.

Но, прежде чѣмъ перейти къ изложенію дальнѣйшаго развитія философіи права, мы должны остановиться на сказавшемся въ это время стремленіи сблизить теорію съ практическимъ изученіемъ, выразившемся въ ученіи исторической школы и также повліявшемъ на дальнѣйшее развитіе и философскаго направленія, въ которомъ весьма опредѣленно проявляется забота избѣжать той отвлеченности и безсодержательности, какою страдали раціоналистическія системы естественнаго права.

§ 16. Историческая школа [1]).

Въ XVII и XVIII вв., благодаря преобладанію философскаго направленія, совершенно отрѣшившагося отъ изученія положительнаго права, догматическое правовѣдѣніе находилось въ совершенномъ упадкѣ. Только изящные юристы Голландіи поддерживаютъ преданія французской школы XVI вѣка.

Въ Германіи наука положительнаго права находилась въ весьма жалкомъ положеніи. Правда, Вольфова философія внесла нѣкоторое оживленіе. Но это оживленіе было чисто внѣшнимъ. Вся научность обработки заключалась лишь въ заимствованной изъ раціоналистической философіи формы изложенія, формы, представлявшей сколокъ съ математики и мало пригодной къ правовѣдѣнію. Заимствовать изъ философіи права что-либо болѣе существенное науки положительнаго права, понятно, не могли такъ какъ между ними не было никакого соотвѣтствія ни въ задачѣ, ни въ предметѣ, ими изучаемомъ. Такимъ образомъ теоретическое и практическое изученіе были совершенно разъеди-

[1]) *Laboulaye* Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny. 1842. *Jhering* F. K. v. Savigny въ его Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern f. d. Dogmatik, B. II. 1882, s. 1—21. *Lenz* Ueber der geschichtliche Entstehung des Rechts. 1854. *Фуксъ* и *Мандро* въ предисловіи къ ихъ переводу „Обязательственнаго права“ Савиньи, *Муромцевъ*. Очерки, стр. 205.

нены и не оказывали другъ другу никакой поддержки. Это не могло не отозваться, и весьма вредно, на состояніи и того и другаго изученія. Теорія права, лишенная всякой связи съ практическимъ его изученіемъ, страдала безсодержательностью, отчужденіемъ отъ жизни, безплодностью—и потому естественно обнаруживала постоянную склонность вырождаться въ мертвенную схоластику, что и случилось дѣйствительно съ ученіями Вольфовой школы. Съ другой стороны, практическое изученіе права, лишенное всякаго теоретическаго основанія, всякаго научнаго освѣщенія, не могло не превратиться въ простое выучиваніе постановленій положительнаго законодательства безъ всякихъ обобщеній, безъ всякихъ руководящихъ началъ. Чѣмъ дальше, тѣмъ это зло должно было становиться осязательнѣе. Чѣмъ выше подымалась теорія естественнаго права въ заоблачныя сферы раціоналистической метафизики, тѣмъ больше становилась пропасть, отдѣлявшая ее отъ практическаго изученія права. Но понятно, что съ первымъ оживленіемъ научной мысли должна была сказаться потребность въ реакціи противъ этого крайняго разъединенія теоріи и практики. И дѣйствительно, къ концу XVIII вѣка, когда въ умственной жизни Германіи повѣяло новымъ духомъ, когда одинъ за другимъ появлялись великіе представители германской мысли: Гете, Гердеръ, Кантъ и въ изученіи права сказалось новое вѣяніе. Возникшая тогда историческая школа поставила на очередь вопросъ о необходимости возстановить утраченное соотвѣтствіе чистой и прикладной науки права, теоріи и догмы.

Этого возстановленія связи между теоріей и догмой, историческая школа достигла въ силу того, что отвергла развитое раціонализмомъ раздвоеніе права на положительное и естественное. Она признала существованіе только одного, историческаго права, и такимъ образомъ и теоріи, и догмѣ былъ вновь указанъ одинъ общій предметъ. А, какъ мы указывали, единство предмета и есть первое условіе соотвѣтствія чистой науки и прикладной. На эту первую заслугу исторической школы нерѣдко вовсе не обращаютъ вниманія. Увлекаясь, очевидно, названіемъ «историческая», видятъ главное ея значеніе въ изученіи исторіи права. Но, какъ на это указывалъ и самъ Савиньи, а въ новѣйшее время Іерингъ [1]), историческое изученіе служило у лучшихъ представителей этой

[1]) *Jhering*, Unsere Aufgabe, въ его Gessammelte Aufratze, B. I, s. 19. Тоже самое говоритъ о Пухтѣ Вентцель въ своемъ предисловіи къ *Puchta's* Kleine Schriften, 1851, s. XVII.

школы лишь средствомъ получить опредѣленные и прочные догматическіе результаты. Весьма характерно, что самъ глава школы, Савиньи, вовсе не оставилъ по себѣ исторіи права [1]), но за то оставилъ «Систему *нынѣшняго* римскаго права, какъ завершеніе всего своего научнаго поприща. Его монографія «О владѣніи», которою онъ дебютировалъ въ литературѣ, также имѣетъ догматическій характеръ.

Отвергая существованіе абсолютнаго, неизмѣннаго права и признавая только положительное, измѣнчивое право, историческая школа не могла однако видѣть въ этомъ положительномъ правѣ произвольный продуктъ дѣятельности законодателя. При такомъ условіи невозможна бы была наука положительнаго права. Сознавая необходимость признать и объяснить объективный элементъ въ правѣ, не прибѣгая къ ученію объ естественномъ правѣ, историческая школа нашла объясненіе этого объективнаго элемента въ идеѣ *закономѣрности* развитія положительнаго права.

Идею закономѣрности историческаго развитія вообще она нашла уже установленной работами предшествующихъ писателей XVIII вѣка, въ особенности у итальянца Вико въ его «Новой наукѣ», у Монтескье въ его «Духѣ законовъ», а также и у Гердера въ его «Идеяхъ всемірной исторіи человѣчества».

Въ признаніи права закономѣрнымъ явленіемъ народной жизни заключается вторая крупная научная заслуга исторической школы. Раціоналисты склонны были отождествлять права съ закономъ природы (Спиноза) или съ законами разума (Кантъ) и этимъ совершенно искажалась истинная природа права. Историческая школа не сдѣлала такой ошибки, не отождествила права съ законами исторіи, а только признала его развивающимся согласно этимъ законамъ.

Наконецъ, третья заслуга исторической школы заключается въ томъ, что она признала право явленіемъ не только закономѣрнымъ, но и закономѣрно *развивающимся*. Идея развитія, какъ мы видѣли, чужда раціонализму. Она не укладывается въ его рамки, представляющія сколокъ съ математическихъ дедукцій. И въ частности естественное право, какъ право абсолютное, неизмѣнное, чуждо по необходимости всякаго развитія. Напротивъ, исторически слагающееся положительное право, къ изученію котораго историческая школа вновь обратила теорію, представляется вѣчно мѣняющимся и потому не только допускаетъ, но

[1]) Его Исторія римскаго права въ средніе вѣка есть собственно исторія литературы.

и само наводитъ на идею развитія. Необходимо, однако, оговориться, что идея развитія понималась исторической школой далеко не такъ, какъ понимается обыкновенно въ настоящее время. Это отнюдь не была идея прогрессивнаго развитія. Поэтому нельзя, какъ это дѣлаетъ Меркель [1]), утверждать, что Савиньи для науки права тоже, что Дарвинъ для естествознанія. Самъ Меркель сознаетъ, что это весьма смѣлое сопоставленіе. Но доводы, приводимые имъ въ доказательства правильности такого сопоставленія, совершенно не убѣдительны. Меркель ссылается на то, что и Савиньи, и Дарвинъ выставили идею развитія. Какъ Дарвинъ указалъ на постепенное развитіе видовъ, такъ Савиньи на развитіе юридическихъ институтовъ. Это, конечно, справедливо, но вмѣстѣ съ тѣмъ ничего и не доказываетъ. О постепенномъ развитіи говорили и до Дарвина; и до Дарвина не сомнѣвались, что организмъ развивается изъ зародыша, а не является сызначала готовымъ. Но эта постепенность развитія организма ничего не имѣетъ общаго съ ученіемъ эволюціонизма.

Между тѣмъ, историческая школа отправлялась именно отъ идеи органическаго, а не прогрессивнаго развитія. Она уподобляла развитіе права развитію организма изъ своего зародыша. По ея ученію вся исторія права есть ничто иное, какъ раскрытіе того, что, какъ зерно, изначала содержалось въ народномъ духѣ [2]). Но ей совершенно чужда была мысль о трансформаціи, о возможности измѣненій самыхъ основъ народнаго духа. Поэтому ученія исторической школы и получили консервативную окраску.

Указанныя особенности ученій исторической школы привели къ тому, что для нея первенствующее значеніе получилъ вопросъ объ образованіи права. Въ выясненіи процесса образованія права историческая школа не видѣла правда послѣдней цѣли научнаго изученія права. Какъ мы уже говорили, лучшій ея представитель высоко цѣнилъ интересъ догматическаго изученія. Но, во всякомъ случаѣ, изслѣдованіе процесса правообразованія было для этой школы однимъ изъ первыхъ условій возможности научнаго выясненія права.

Нужно замѣтить, что всѣ учителя естественнаго права полагали, что если естественное право есть велѣніе самого разума или логическій выводъ изъ природы человѣка, какимъ онъ былъ въ естественномъ состояніи, то постановленія положительнаго

---

[1]) Zeitschrift für das öffentliche und Privat-Recht. hsgbn von Grünhut. 1874.

[2]) *Lenz* Ueber die geschichtliche Enbstehung des Rechts. 1854. s. s. Dem Naturrecht stellte man gegenüber das Naturwüchsiges Recht.

права вытекаютъ не изъ разумной природы человѣка самой въ себѣ, а изъ воли людей, которая посредствомъ договора установляетъ общественное устройство. Причемъ дальнѣйшее установленіе права совершается или по произволенію самого народа (Руссо), или волею правителя (Гоббезъ). Такимъ образомъ, они источникомъ права признавали исключительно законъ, какъ велѣніе установленной власти. Для школы естественнаго права вопросъ собственно о происхожденіи права представлялъ такой предметъ, къ которому она неохотно обращалась, потому что переходъ отъ естественнаго состоянія къ обществу представлялъ самое больное мѣсто всей этой теоріи. Учителя естественнаго права заботились не столько о томъ, чтобы разъяснить, какъ происходитъ право, сколько о томъ, чтобы развить раціональныя основы права. Въ развитіи основъ права заключалась главная задача этой школы. Совершенно иначе ставился вопросъ о происхожденіи права для исторической школы. Историческая школа на первомъ планѣ ставила положительное право, признавала, что теорію права нельзя выводить изъ человѣческаго разума и предлагала обратиться къ изученію исторической дѣйствительности. Поэтому она должна была прежде всего поставить вопросъ не о томъ, *въ чемъ* заключается право и *чѣмъ* оно должно быть, а о томъ, *какъ* возникаетъ право.

И дѣйствительно, уже основатель исторической школы, Густавъ Гуго (1768—1844) задается [1]) этимъ вопросомъ. Вся его «Философія положительнаго права» дѣлится на двѣ части: въ первой разсматриваетъ онъ человѣка, какъ животное, какъ разумное существо и какъ члена государства, а во второй даетъ изложеніе общихъ началъ частнаго и публичнаго права. Вторая часть начинается съ разсмотрѣнія вопроса о томъ, какъ образуется право. Онъ оспариваетъ при этомъ тогда общепринятое положеніе, что законъ есть единственный источникъ права. Этотъ § 130 представляетъ зародышъ всего ученія исторической школы, хотя онъ изложенъ очень коротко. Гуго указываетъ, что развитіе права совершается и помимо законодательной власти, что во всѣхъ государствахъ, въ особенности въ Римѣ и Англіи, мы находимъ слѣды права, развивающагося независимо отъ законодательной власти, — таково обычное право, право преторское.

Подробнѣе эту мысль Гуго развилъ въ своей статьѣ подъ

[1]) *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts 3 Ausg. 1809.

заглавіемъ «Суть ли законы единственные источники юридическихъ истинъ». Положительное право народа, говоритъ Гуго, есть часть его языка. Это можно сказать о всякой наукѣ: une science n'est qu'un language bien fait. Даже математика не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія, такъ какъ, конечно, не a priori называемъ мы углами все то, что подходитъ подъ это названіе, не a priori наше счисленіе основано на десятичной системѣ, окружность дѣлится на 360^0 и т. д. Но еще болѣе это справедливо въ такихъ наукахъ, гдѣ названіе мѣняетъ свое значеніе, слѣдовательно, во всемъ, относящемся къ нравамъ, во всемъ положительномъ, а слѣдовательно, и въ правѣ. Римскій контрактъ, напр., означало совсѣмъ не то, что теперешній.

Какъ же образуется языкъ? Прежде думали, Богъ самъ изобрѣлъ его и научилъ ему людей. Это было бы установленіе языка посредствомъ закона. Другіе, напротивъ, считали языкъ, возникшимъ въ силу взаимнаго соглашенія людей, о томъ, что какъ должно называться. Въ такія объясненія теперь уже не вѣрятъ. Всякій знаетъ, что языкъ образуется самъ собой и что на развитіе его имѣетъ наибольшее вліяніе примѣръ тѣхъ, кто считается хорошо говорящимъ. Тоже самое должно сказать и относительно нравовъ. Никакой правитель и никакое собраніе людей не постановляли никогда, чтобы выраженіемъ уваженія считать снятіе шляпы, какъ это дѣлается въ Европѣ, или, напротивъ, покрытіе головы чѣмъ либо, какъ въ Азіи.

Наконецъ, тоже самое примѣняется и къ праву. И право, подобно языку и нравамъ, развивается само собой; безъ соглашеній или предписаній, просто въ силу того, что такъ складываются обстоятельства, что другіе дѣлаютъ такъ, что къ установившимся уже этимъ путемъ правиламъ болѣе подходитъ это, данное, а не какое-либо другое.

Такимъ образомъ можетъ сложиться положительное право безъ всякихъ законовъ. Но когда правительство находитъ нужнымъ установить на будущее время какое-либо новое правило, то оно, конечно, принадлежитъ къ положительному праву, и это правило принимается въ соображеніе, какъ и всякое частное распоряженіе правительства. Но это еще не значитъ, чтобы предписанное всегда на дѣлѣ соблюдалось.

Тѣ улицы въ Геттингенѣ, которымъ начальство на памяти Гуго хотѣло дать новое названіе, несмотря на такое распоряженіе, все-таки всѣми называются по старому. Множество законовъ и соглашеній никогда не выполняются. Никто и не воображаетъ,

чтобы все дѣлалось именно такъ, какъ о томъ написано въ законахъ. Сами законодатели не вѣрятъ въ полное осуществленіе своихъ предписаній. Отступленія отъ предписаній закона совершаются не только безчестными, но и вполнѣ честными людьми. Что это такъ, никто не станетъ отрицать, но, быть можетъ, многіе найдутъ такое положеніе вещей весьма плохимъ. Однако нельзя упускать изъ вниманія, что такъ было вездѣ и всегда, и это не можетъ не имѣть значенія. Къ тому же такой порядокъ вполнѣ соотвѣтствуетъ и самой цѣли положительнаго права, заключающейся прежде всего въ опредѣленности, въ надежности даннаго правила, какъ бы оно ни возникло и даже каково бы ни было его содержаніе. А что больше содѣйствуетъ опредѣленности и извѣстности: писанный ли законъ, который большинство никогда не видало или установившійся постоянный порядокъ, съ которымъ всѣ компетентныя лица согласны? Положимъ, что данной группѣ лицъ извѣстно много примѣровъ духовныхъ завѣщаній, составленныхъ при участіи шести свидѣтелей и признанныхъ дѣйствительными. Основываясь на этомъ, нѣкто составляетъ духовное завѣщаніе также при участіи шести только свидѣтелей. Но затѣмъ находятъ законъ, требующій непремѣнно семь свидѣтелей. Чему же отдать предпочтеніе: закону ли, никому неизвѣстному, или всѣмъ извѣстному обычаю? Съ другой стороны, хотя правительство и есть представитель всего народа, но и самъ народъ непосредственно можетъ кое что сдѣлать для себя. И все вѣроятіе за то, что само собой установившіяся правила лучше соотвѣтствуютъ данному положенію народа, нежели то, что можетъ придумать для него правительство.

Образованіе права лучше всего можетъ быть пояснено сравненіемъ съ играми. Всякая игра (шахматная, билліардная, карточная) есть борьба по опредѣленнымъ правиламъ, *законамъ*. Но только по формѣ своей эти правила очень рѣдко бываютъ законами и произвольными соглашеніями. При каждой игрѣ предварительно уговариваются о подробностяхъ: по чемъ играютъ, какъ считаютъ онеры и т. п. Но во всякой игрѣ есть и свои, независящія отъ соглашенія, правила. Какъ же они образуются? Есть немногія игры, напр. бостонъ, которыя очевидно были сочинены сразу, однимъ изобрѣтателемъ. Но эти игры во многомъ уступаютъ большинству другихъ игръ (напр. висту), правила которыхъ складывались мало-по-малу, путемъ постепеннаго разрѣшенія въ частныхъ случаяхъ сомнительныхъ вопросовъ. Сотни такихъ рѣшеній привели къ установленію незыблемыхъ правилъ игры, которыя сложились, такимъ образомъ, сами собой, не имѣя

своего источника ни въ чьемъ либо повѣленіи, ни въ соглашеніи [1]).

У Гуго мы находимъ уже намѣченными всѣ характерныя черты ученія исторической школы. Въ особенности слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что уже у Гуго выставляется сравненіе права съ языкомъ, ставшее потомъ любимѣйшимъ сравненіемъ у представителей исторической школы. Но полное свое выраженіе ученіе это нашло только въ трудахъ Савиньи (1779—1861), признаваемаго даже внѣ Германіи величайшимъ юристомъ XIX вѣка [2]). Савиньи не былъ ученикомъ Гуго. Но, какъ онъ самъ это признавалъ, сочиненія Гуго имѣли на него большое вліяніе [3]).

Первымъ сочиненіемъ [4]) Савиньи, обратившимъ на него вниманіе, было изслѣдованіе «О владѣніи»: оно сразу выдвинуло автора на первое мѣсто среди современныхъ ему юристовъ. И дѣйствительно, уже въ этомъ изслѣдованіи весьма опредѣленно сказались особенности новаго направленія. Но общее воззрѣніе на право и его развитіе Савиньи изложилъ главнымъ образомъ въ двухъ своихъ сочиненіяхъ «Призваніе нашего времени къ законодательству и наукѣ права» [5]) и въ первомъ томѣ своей «Системы нынѣшняго римскаго права».

Поводомъ къ написанію перваго изъ этихъ произведеній, небольшой брошюры, послужили совершившіяся тогда въ Германіи политическія событія. Она тогда только что освободилась отъ Французскаго владычества, во время котораго въ нѣкоторыхъ мѣстахъ былъ введенъ французскій кодексъ, представлявшій большія преимущества сравнительно съ старымъ германскимъ правомъ. Введеніе французскихъ законовъ оскорбило національное чувство нѣмцевъ, но въ тоже время вызвало у нихъ сознаніе недостаточности нѣмецкаго права. Поэтому, по устраненіи французскаго владычества, явился вопросъ о томъ, что дѣлать съ законодательствомъ? Одни (Rehberg) высказывались за то, чтобы просто возвратиться къ старому порядку,

1) Civilistiches Magasin vom Professor Ritter Hugo in Göttingen. B. IV. Berlin 1851, §§ 117—134.

2) *Heron*, l. c. p. 777, „The most distinguished jurist of the nineteenth century".

3) Der zehente Mai 1788. Berlin, 1828, § 15.

4) До того онъ написалъ лишь не имѣющую значенія докторскую диссертацію De concursu delictorum formali. 1800.

5) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg. 1814. 3 Aufl. 1840.

6) System des heutegen Römischen Rechts. I, Berlin. 1840.

другіе, напротивъ, требовали составленія общегерманскаго кодекса. Представителемъ послѣдняго направленія явился, главнымъ образомъ, Тибо (1772—1840)[1]. Онъ предлагалъ устроить съѣздъ юристовъ теоретиковъ и практиковъ для выработки общаго уложенія для всей Германіи, такъ какъ, по его убѣжденію, улучшеніе законодательства мѣстное, отдѣльными государствами, не можетъ достигнуть своей цѣли во 1-хъ потому что можетъ оказаться недостатокъ въ научныхъ силахъ для этой работы и во 2-хъ, потому, что съ раздѣленіемъ политическимъ развитіе партикулярнаго законодательства повело бы къ совершенному раздробленію Германіи, къ совершенной потерѣ національнаго единства. Что касается собственно цѣли общаго уложенія, то необходимость реформы юридическаго быта Тибо оправдывалъ несовершенствомъ существующаго германскаго права, которое представлялось уже слишкомъ устарѣлымъ по содержанію и неудовлетворительнымъ по формѣ, именно оно заключалось въ рядѣ отдѣльныхъ постановленій германскихъ императоровъ и князей, оставшихся разрозненными и представлявшимися на столько устарѣлыми по своему содержанію, что даже самые консервативные юристы не находили возможнымъ возстановить ихъ. Но рядомъ съ ними дѣйствовало римское право, господство котораго, какъ права иноземнаго, по воззрѣнію Тибо, представляется нежелательнымъ, потому что оно не подходитъ къ правовымъ воззрѣніямъ германскаго народа, тѣмъ болѣе, что римское право дошло до насъ въ той формѣ, въ какую оно вылилось въ эпоху полнаго упадка римскаго государства къ тому же и по содержанію своему оно оказывается уже недостаточнымъ для удовлетворенія потребностей нашего времени; таковы, напр., постановленія о семейной власти, объ опекѣ и попечительствѣ, о гипотечной системѣ. Ко всѣмъ этимъ недостаткамъ системы римскаго права присоединяется еще то, говоритъ Тибо, что мы не знаемъ римскаго права, такъ какъ до насъ не, дошелъ подлинный текстъ римскихъ законовъ, и мы имѣемъ множество различныхъ варіантовъ, такъ что въ изданіи, напр. Гебауера варіанты равняются по объему четвертой части самаго текста. Мало того, количество варіантовъ постоянно измѣняется, потому что открываются новые варіанты. Но представимъ даже, что они всѣ собраны, и тогда все-таки различные

[1] *Thibaut* Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Bechts für Deutschland. 1814. Напечатано въ томъ же году второе изданіе въ его Civilistische Abhandlungen, Heidelberg. 1814, §§ 401—466.

юристы будутъ различнаго мнѣнія по каждому вопросу, потому что истые юристы никогда не принимаютъ чужаго мнѣнія. При такомъ положеніи дѣла юристы — практики окажутся въ крайнемъ затрудненіи, будучи принуждены дѣлать выборъ между различными мнѣніями равно необязательными, и одинаково опирающимися на авторитетъ ученыхъ романистовъ. Въ виду такого неудовлетворительнаго состоянія права Тибо требовалъ составленія новаго кодекса, который бы удовлетворялъ условіямъ современной жизни вообще и въ частности германской жизни.

Но, развивая свое положеніе о необходимости выработки новаго кодекса, Тибо не предвидѣлъ тѣхъ возраженій, которыя были сдѣланы ему Савиньи. Савиньи не сталъ говорить о томъ, хорошо или нехорошо современное ему право, совершенно оно или несовершенно, а поставилъ вопросъ на совершенно иную почву. Въ введеніи къ своему «Призванію» онъ указываетъ прямо, что сочиненіе Тибо не можетъ быть разсматриваемо изолировано, но что его слѣдуетъ поставить въ связь съ тѣми историческими условіями, при которыхъ оно явилось. Въ предложеніи Тибо нельзя, во первыхъ, не видѣть отголоска господствовавшаго въ XVIII столѣтіи, игнорированія прошлаго и преувеличенія значенія настоящаго времени, отъ котораго ожидали не меньше, какъ осуществленія абсолютнаго совершенства. Это сказалось и въ отношеніи къ праву: требовали новыхъ кодексовъ, которые бы своей полнотой сообщили дѣлу правосудія механическую опредѣленность. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти кодексы должны были быть свободны отъ всякихъ историческихъ особенностей и представлять въ чистой абстракціи, одинаково примѣнимое во всѣ времена и у всѣхъ народовъ, право. Съ другой стороны, предложеніе составить новый гражданскій кодексъ обусловлено господствующимъ воззрѣніемъ на образованіе права. Все право считается возникающимъ путемъ изданія законовъ, при чемъ содержаніе законовъ представляется, какъ нѣчто совершенно случайное и могущее быть измѣняемо по произволу законодателя.

Савиньи доказалъ, что обѣ эти предпосылки, на молчаливомъ признаніи которыхъ основывается предложеніе Тибо, — и преувеличенныя ожиданія отъ настоящаго, и признаніе права зависящимъ отъ произвола законодателя—одинаково ошибочны, что право не творится произволомъ законодателя и что въ частности начало настоящаго столѣтія нельзя было признать призваннымъ къ кодификаціи въ силу чрезвычайной отсталости тогда германской юриспруденціи. Но насъ, конечно, не можетъ интере-

совать здѣсь этотъ второй тезисъ. Мы ограничимся поэтому изложеніемъ воззрѣній Савиньи на происхожденіе права.

Нельзя допустить, чтобы происхожденіе права было различно въ зависимости отъ случая или человѣческаго произвола. Этому противорѣчитъ то обстоятельство, что всегда, когда возникаетъ вопросъ о правѣ, имѣются уже готовыя юридическія правила. Итакъ нельзя думать, чтобы право установлялось волею отдѣльныхъ лицъ, входящихъ въ составъ народа. Напротивъ, оно должно быть признано продуктомъ народнаго духа (Volksgeist), совмѣстно живущаго и проявляющагося во всѣхъ членахъ народа и потому приводящаго ихъ къ одному и тому же правосознанію. Мы не можемъ подтвердить этого взгляда на происхожденіе права прямыми историческими доказательствами. Исторія застаетъ у всѣхъ народовъ право уже сложившимся, имѣющимъ положительный характеръ и представляющимъ своеобразный національный отпечатокъ, точно также какъ и языкъ народа, его нравы и политическое устройство. Но возможны косвенныя доказательства. Въ пользу такого неизмѣннаго, непроизвольнаго возникновенія права говоритъ прежде всего то, что въ сознаніи нашемъ понятіе положительнаго права соединяется всегда съ понятіемъ необходимости, что было бы непонятно, если бы право было продуктомъ нашего произвола. Другимъ аргументомъ служитъ аналогія съ другими сторонами народной жизни, въ особенности съ языкомъ, который точно также отнюдь не есть продуктъ людскаго произвола. Право живетъ въ общемъ сознаніи народа не въ формѣ, конечно, абстрактнаго правила, но въ формѣ живаго воспріятія юридическихъ институтовъ въ ихъ органической связи. Молодость народовъ вообще не богата понятіями. Зато въ ней имѣется полное сознаніе своего положенія, своихъ условій и несложное по содержанію право является предметомъ непосредственной народной вѣры. Но всякая духовная функція нуждается въ матеріальной формѣ для своего проявленія. Такой формой для языка служитъ его постоянное, непрерывное употребленіе, для государственнаго строя видимыя государственныя учрежденія. Въ отношеніи права такое же значеніе имѣютъ въ настоящее время опредѣленно формулированныя основныя положенія. Но это предполагаетъ уже значительную отвлеченность, чего нельзя найти въ первобытномъ правѣ. За то мы находимъ здѣсь рядъ символическихъ дѣйствій, сопровождающихъ установленіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Внѣшняя наглядность этихъ дѣйствій служитъ сохраненію права въ опредѣленной формѣ. Эти символическія дѣйствія были какъ бы грамматикой права той

эпохи, вполнѣ ей соотвѣтствующей. Эта органическая солидарность права съ существомъ и характеромъ народнаго быта сохраняется однако и въ послѣдующія эпохи, и въ этомъ отношеніи право также можетъ быть сравниваемо съ языкомъ. Какъ языкъ, такъ и право не знаютъ ни на мгновеніе абсолютнаго застоя, но какъ и всѣ стороны народной жизни, оно находится въ постоянномъ движеніи и развитіи, подчиняющемся, какъ и первое его проявленіе, закону внутренней необходимости. Такимъ образомъ, право растетъ вмѣстѣ съ народомъ. Но въ культурномъ обществѣ это внутреннее развитіе права усложняется и тѣмъ затрудняетъ изученіе. Право вытекаетъ изъ общаго сознанія народа. Но если мы возьмемъ, напр. римское право, то можно еще себѣ представить, находящимися въ общемъ народномъ сознаніи основныя начала семейнаго права, собственности и т. п., но невозможно утверждать того же относительно всей массы детальированнаго матеріала, представляющагося намъ въ пандектахъ. Это приводитъ насъ къ новому соображенію. Съ развитіемъ культуры различныя стороны народной жизни отдѣляются другъ отъ друга и то, что прежде выполнялось сообща, дѣлается функціей различныхъ классовъ. Однимъ изъ такихъ обособленныхъ классовъ являются юристы, дѣятельность которыхъ въ отношеніи къ праву замѣняетъ прежнюю дѣятельность всего народа непосредственно. Съ этого времени существованіе права становится сложнѣе и искусственнѣе, такъ какъ оно получаетъ двоякую жизнь, какъ часть общей народной жизни, и какъ особая наука въ рукахъ юристовъ. Связь права съ общей народной жизнью можно назвать его *политическимъ* [1]), а его обособленное существованіе въ рукахъ юристовъ *техническимъ* элементомъ. Въ различныя эпохи народной жизни соотношеніе этихъ элементовъ различно, но всегда оба они въ той или другой степени участвуютъ въ развитіи права.

Если, такимъ образомъ, право признается продуктомъ народной жизни, проявленіемъ народнаго духа, то, конечно, весьма важно опредѣлить, что собственно Савиньи разумѣетъ подъ народомъ. Въ «Призваніи» онъ оставилъ этотъ вопросъ совершенно безъ разсмотрѣнія и только въ «Системѣ», вышедшей послѣ того, какъ историческая школа получила широкое развитіе, находимъ мы параграфъ, посвященный выясненію понятія о народѣ.

Если мы отвлечемъ, говоритъ Савиньи, право отъ всякаго особеннаго содержанія, то получимъ, какъ общее существо вся-

[1]) Современный писатель сказалъ бы конечно: *соціальный*.

каго права, нормированіе опредѣленнымъ образомъ совмѣстной жизни многихъ. Можно бы и ограничиться такимъ отвлеченнымъ понятіемъ множества. Но случайный аггрегатъ неопредѣленнаго множества людей есть представленіе произвольное, лишенное всякой реальности. А если бы и дѣйствительно имѣлся такой аггрегатъ, то онъ былъ бы неспособенъ, конечно, произвесть право. Въ дѣйствительности же вездѣ, гдѣ люди живутъ вмѣстѣ, мы видимъ, что они образуютъ одно духовное цѣлое, и это единство ихъ проявляется и укрѣпляется въ употребленіи одного общаго языка. Въ этомъ единствѣ духовномъ и коренится право, такъ какъ въ общемъ, всѣхъ проникающемъ, народномъ духѣ представляется сила, способная удовлетворить потребности въ урегулированіи совмѣстной жизни людей. Но, говоря о народѣ, какъ о цѣломъ, мы должны имѣть въ виду не однихъ лишь наличныхъ членовъ его: духовное единство соединяетъ также и смѣняющія другъ друга поколѣнія, настоящее съ прошлымъ. Право сохраняется въ народѣ силой преданія, обусловленной не внезапной, а совершенно постепенной, незамѣтной смѣной поколѣній.

Признаніе права продуктомъ народной жизни можетъ инымъ показаться слишкомъ узкимъ, могутъ сказать, что источникъ права слѣдовало бы искать не въ народномъ, а въ человѣческомъ духѣ вообще. Но образованіе права есть общее, совмѣстное дѣло, а оно возможно только со стороны тѣхъ, между которыми общность мышленія и дѣйствія не только возможна, но и дѣйствительно существуетъ и это имѣется только въ предѣлахъ отдѣльныхъ народовъ. Но, конечно, въ жизни и отдѣльныхъ народовъ проявляются общія человѣческія стремленія и свойства.

Савиньи является наиболѣе типичнымъ представителемъ исторической школы. Въ ученіи его ближайшаго послѣдователя Пухты (1798—1846) [1]) уже весьма сильно вліяніе современныхъ ему философскихъ ученій Шеллинга, сказавшееся на выработкѣ понятія о народномъ духѣ, какъ источникѣ права. Пухта объективируетъ, олицетворяетъ это понятіе. Онъ видитъ въ немъ какую-то силу, дѣйствующую въ организмѣ народной жизни и существующую независимо отъ сознанія отдѣльныхъ членовъ народовъ. Это несомнѣнный отголосокъ тогдашнихъ біологическихъ ученій, а именно т. н. анимизма, основатель котораго, Сталь,

[1]) *Puchta*, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen. 1825. Также въ первомъ томѣ его институцій 1844 г. Переведено и на русскій языкъ.

училъ, что животворящей силой является въ организмѣ душа, не только вызывающая наши произвольныя дѣйствія, но также заставляющая биться наше сердце, двигаться кровь, и т. п. Народный духъ, подобно душѣ въ организмѣ, все производитъ изъ себя въ народной жизни, въ томъ числѣ и право, такъ что отдѣльныя личности не имѣютъ никакого активнаго участія въ образованіи; не ихъ сознаніемъ обусловливается то или другое развитіе права, а свойствами народнаго духа. Поэтому, если Савиньи говоритъ еще объ образованіи права, какъ объ общемъ дѣлѣ (eine gemeinschaftliche That [1]), у Пухты идетъ рѣчь, напротивъ, объ естественномъ саморазвитіи права (Naturwüchsigkeit). Право развивается, по этому ученію, изъ народнаго духа, какъ растеніе изъ зерна, причемъ напередъ предопредѣлена его форма и ходъ развитія. Отдѣльныя личности являются только пассивными носителями не ими создаваемаго права.

Но затѣмъ естественно было поставить вопросъ: если право вытекаетъ само собой, естественно, изъ свойствъ народнаго духа, то развѣ необходимо для его существованія, чтобы оно выразилось въ положительныхъ формахъ обычая, судебной практики или законодательства? Отчего не можетъ существовать право, не выразившееся вовсе ни въ одной изъ этихъ внѣшнихъ формъ, непосредственно въ томъ видѣ, какъ оно вытекаетъ изъ свойствъ народнаго духа?

Такъ и посмотрѣлъ на дѣло Безелеръ [2]). Онъ утверждаетъ, что не только законодательство и право юристовъ, но и само обычное право можетъ представлять искаженіе тѣхъ правовыхъ началъ, которыя вытекаютъ изъ народнаго духа, такъ какъ въ образованіи этихъ положительныхъ формъ права принимаетъ участіе сознаніе отдѣльныхъ личностей, могущее противорѣчить народному духу. Но это обстоятельство не можетъ лишить силы того права, которое непосредственно вытекаетъ изъ народнаго духа и которое, такимъ образомъ, существуетъ независимо отъ обычая, закона, дѣятельности юристовъ, какъ *народное* право въ собственномъ смыслѣ слова.

Это ученіе о *народномъ* правѣ, отличномъ отъ *положительнаго* права представляется совершенно послѣдовательнымъ выводомъ изъ основныхъ предпосылокъ ученія исторической школы. Возставая противъ ученія школы естественнаго права, оно думало избѣгнуть ея недостатковъ замѣнивъ индивида—народомъ,

[1]) System, I, § 21.

[2]) *Beseler* Volksrecht und juristenrecht. Leipzig. 1843.

признавъ, что право должно быть выводимо не изъ свойствъ отдѣльныхъ личностей, а изъ свойствъ народнаго духа. Но затѣмъ и народный духъ разсматривали, какъ нѣчто, данное готовымъ, какъ нѣчто неизмѣнное. Понятно, что въ результатѣ ученіе исторической школы должно было придти къ тому самому выводу, съ отрицанія котораго она начала: къ признанію двойственности права; только вмѣсто естественнаго права вытекающаго изъ индивидуальной природы, она поставила рядомъ съ положительнымъ правомъ, такъ сказать, естественное народное право. Этотъ результатъ, къ которому въ послѣдовательномъ своемъ развитіи пришло ученіе исторической школы, лучше всего показываетъ неудовлетворительность ея воззрѣнія на право, какъ на проявленіе народнаго духа. Это понятіе было слишкомъ неясное и произвольное и потому не могло привесть къ прочной научной постановкѣ теоріи права. Нельзя также не указать и на другой недостатокъ школы, сказавшійся впрочемъ не столько у корифеевъ школъ, сколько у менѣе выдающихся ихъ послѣдователей. Изучая и притомъ исторически, римское право, они имѣли дѣло съ такимъ положительнымъ правомъ, которое въ значительной своей части представляется уже мертвымъ, не имѣющимъ практическаго значенія. По этому многое изъ ихъ догматическихъ работъ не могло найти себѣ непосредственнаго приложенія къ практикѣ [1]). Тѣмъ не менѣе, эта школа имѣетъ важное значеніе, потому что она первая нанесла ударъ школѣ естественнаго права и выдвинула весьма важный вопросъ о происхожденіи права. Кромѣ того она имѣла очень благотворное вліяніе на разработку частныхъ вопросовъ права. Между тѣмъ, какъ школа естественнаго права все сводила къ выясненію отвлеченнаго понятія права и при невѣрной постановкѣ основнаго вопроса не могла рѣшить сколько нибудь вѣрно частныхъ вопросовъ, историческая школа положила основаніе научной разработкѣ частныхъ вопросовъ и въ этомъ заключается ея важная заслуга.

§ 17. Философское направленіе въ XIX вѣкѣ.

Критическая философія Канта, приведшая къ паденію догматическаго раціонализма, вмѣстѣ съ тѣмъ вызвала за собой цѣлый рядъ философскихъ системъ, такъ что первая половина настоящаго столѣтія представляетъ собою пору процвѣтанія германской философіи. Одна за другой являются системы Фихте, Шеллинга,

[1]) *Kirulff* Theorie I, XVIII.

Гегеля, Гербарта, Шопенгауера. И каждая изъ этихъ системъ давала своеобразное этическое ученіе въ частности и теорію права. Если бы исторической школѣ удалось не только указать на необходимость соединенія практическаго и теоретическаго изученія права, но и дать этому соединенію надлежащую научную постановку, наука права стала бы, такимъ образомъ, на свои ноги, могла бы получить самостоятельное развитіе и вліяніе этихъ философскихъ системъ на нее было бы тогда лишь косвеннымъ, болѣе или менѣе отдаленнымъ. Но, какъ мы видѣли, историческая школа не дала такой научной, опирающейся на изученіе положительнаго права, теоріи. Теоретическія начала сами представители исторической школы заимствовали у современныхъ имъ философскихъ системъ. Вслѣдствіе этого рядомъ съ исторической школой, въ юридической литературѣ сложилось другое, существенно отличное отъ нея направленіе — направленіе философское, представители котораго непосредственно опирались на то или другое философское ученіе. Надо замѣтить, однако, что и въ представителяхъ фисософскаго направленія въ настоящемъ столѣтіи проявляется стремленіе устранить, возникшее подъ вліяніемъ ученій школы естественнаго права, рѣзкое раздѣленіе теоріи и догмы: они не обособляютъ болѣе такъ рѣшительно естественнаго права, но признаютъ въ немъ общую основу, общую подкладку положительныхъ системъ права. Наибольшее вліяніе на юридическую литературу имѣли системы Гегеля, Краузе, примыкающаго къ философской системѣ Шеллинга и система Гербарта, почему мы и ограничимся разсмотрѣніемъ этихъ трехъ системъ.

Изъ этихъ системъ наиболѣе близка къ раціонализму система Гегеля. Мы видѣли, что до Канта всѣми раціоналистами безсознательно принималось, какъ безспорный догматъ, полное соотвѣтствіе нашихъ понятій и внѣшняго объективнаго міра. Кантъ подвергнулъ это положеніе критической повѣркѣ и показалъ, что оно не имѣетъ за собой никакого прочнаго основанія. Послѣ критики Канта нельзя уже было принимать это положеніе, не обосновавъ его. Такое основаніе нашли въ признаніи тождества мышленія и бытія, духа и природы, и при томъ такъ, что природа была признана ничѣмъ инымъ, какъ объективнымъ проявленіемъ духа. Такъ уже Бардили (1761 — 1808) признаетъ, что все бытіе есть мышленіе, иначе мы бы и не могли познать бытіе, такъ какъ духъ можетъ воспринимать только то, что одно-

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

родно съ нимъ [1]). Но полное развитіе свое это отождествленіе нашло себѣ въ системѣ Гегеля (1770 — 1831) [2]), съ помощью изобрѣтенной имъ діалектической методы, основанной на необходимомъ движеніи духа по тремъ стадіямъ развитія. Наше мышленіе, по ученію Гегеля, никогда не останавливается на данномъ положеніи, но всегда переходитъ къ другому, прямо противоположному и затѣмъ ищетъ примиренія этихъ двухъ противоположностей, слитія ихъ въ высшемъ единствѣ. Этотъ законъ діалектическаго движенія есть не только законъ мышленія, но и законъ бытія.

Міръ, вселенная представляется діалектическимъ саморазвитіемъ мышленія самого въ себѣ, не частнаго, индивидуальнаго, мышленія, а мышленія абсолютнаго, такъ что всѣ отдѣльныя сферы бытія представляютъ только отдѣльные моменты развитія этого абсолютнаго мышленія. Это развитіе абсолюта совершается по 3-мъ ступенямъ діалектическаго движенія, каковы: тезисъ, антитезисъ и синтезисъ, такъ что вся вселенная представляетъ одну діалектическую тріаду. Въ первой стадіи мысль представляется существующей сама въ себѣ, не объектированною; во второй она представляется воплощенною во внѣшней природѣ; наконецъ, въ третьей она выражается въ области духа, примиряющаго двѣ первыя, другъ другу противоположныя, сферы бытія. Каждая изъ этихъ сферъ подлежитъ въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи тому же процессу перехода изъ безформеннаго, неопредѣленнаго состоянія (тезисъ) въ состояніе противоположенія (антитезисъ) и изъ него въ состояніе примиренія обнаруженныхъ противоположностей (синтезисъ). Слѣдовательно, и духъ проходитъ тѣ же стадіи своего развитія. На первой ступени онъ является въ формѣ субъективнаго духа; во второй онъ объективируется во внѣ, воплощается во внѣшней дѣятельности людей въ жизни человѣчества; на третьей ступени духъ, примиряя субъективные и объективные моменты, выступаетъ въ видѣ абсолютнаго духа, проявляющагося въ искусствѣ, религіи и философіи, которая, такимъ образомъ, является наивысшею формою проявленія духа.

Къ какому же изъ этихъ моментовъ относится право [3])? Къ

---

[1]) W*indelband*, Geschichte der Philosophie, II, 1880, s. 297.

[2]) Главныя его сочиненія феноменологія духа и энциклопедія философскихъ наукъ. Послѣднее переведено на русскій языкъ.

[3]) Ученіе Гегеля о правѣ подробно изложено въ его Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821. 2 Aufl. 1840 (Werke, B. VIII). Краткое изложеніе въ Philosophie des Geistes. 1845 (Werke B. VII, 2) § 376 und ff.

области объективнаго духа, гдѣ право, вмѣстѣ съ моралью, противоположностью права и нравственностью, примиреніемъ ихъ, образуетъ свою тріаду. Объективный духъ такимъ образомъ, представляетъ слѣдующія три момента: 1) абстрактное право, лишенное всякаго содержанія, установляющее одну возможность свободы [1]), слѣдовательно право въ отрицательномъ смыслѣ, какъ понимала его школа естественнаго права, не останавливаясь на этой стадіи, духъ *объективный*, воплощается далѣе въ *морали*, которое даетъ содержаніе праву, указываетъ не то, что мы *можемъ*, но-то, что мы *должны* дѣлать, слѣдовательно, даетъ намъ цѣлый рядъ предписаній, требованій, которыя мы *должны* выполнить. Наконецъ, это возможное право и должное морали становится *дѣйствительнымъ*, реальнымъ *въ нравственности*, формою бытія которой является государство. Такимъ образомъ, государство представляетъ синтезъ права и долга [2]). Всѣ права государственной власти суть вмѣстѣ съ тѣмъ ея обязанности и всѣ обязанности подданныхъ суть вмѣстѣ съ тѣмъ ихъ политическія права.

Абстрактное право, мораль и нравственность въ совокупности Гегель подводитъ подъ понятіе права въ обширномъ смыслѣ слова, считая эти отдѣльныя стороны только ступенями діалектическаго развитія права. Такъ что, обозначая то, что подъ правомъ разумѣли раціоналисты, какъ право абстрактное, онъ затѣмъ, чрезвычайно расширяетъ понятія права вообще, подводя подъ него всю этическую область.

При построеніи своей системы права, Гегель исходитъ изъ того основнаго положенія, что задачей философіи права или естественнаго не можетъ быть отысканіе идеальнаго права, которое бы должно было собою замѣнить дѣйствительно существующее право. Онъ не признаетъ, подобно послѣдователямъ Канта, различія положительнаго права и права разума. Такъ какъ законъ мышленія и бытія тождественны, то, конечно, все дѣйствительное разумно, и все разумное дѣйствительно [3]). Въ отношеніи къ природѣ, говоритъ Гегель, признаютъ, что философія должна признать природу, какова она *есть*. Въ отношеніи права и государства ждутъ, напротивъ, отъ философіи указаній на то, каковы они должны быть, чтобы удовлетворить требованіямъ ра-

[1]) *Grundlinien*, § 39. Das Recht ist nur eine Möglichkeit, die rechtliche Bestimmung ist nur eine Erlaubniss oder Befugniss.

[2]) Philos. des Geistes, § 486.

[3]) Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig *Grundlinien*, Vorrede, § 17.

зума, словно ни права, ни государства еще нѣтъ и только теперь — а это *теперь* длится вѣчно — совсѣмъ сначала надо ихъ установить. Истинная задача всегда и во всемъ та, чтобы понять то, что существуетъ, ибо то, что существуетъ, есть разумъ, каждый же индивидъ есть сынъ своего времени, такъ и каждая философія есть ничто, какъ ея же эпоха воспроизведенная въ мышленіи и никакая философія не можетъ опередить исторіи, какъ ни одинъ индивидъ — свое время.

Главною заслугой философіи Гегеля представляется то, что онъ попытался дать философское объясненіе исторіи. Но самъ Гегель не сдѣлалъ всего того въ этомъ отношеніи, къ чему давала возможность его система. На основаніи его системы можно было бы предсгавить всю исторію общественнаго строя постепеннымъ развитіемъ, смѣною однихъ формъ быта другими. Но Гегель, подъ вліяніемъ реакціи, пришелъ къ оправданію существующаго строя, какъ наиболѣе совершенной формы общественнаго быта. Притомъ, и въ самомъ развитіи своей системы онъ допускалъ иногда скачки, неправильности которыхъ скоро были замѣнены. Такъ, въ развитіи институтовъ гражданскаго права онъ дѣлаетъ переходъ отъ частной собственности не къ другимъ формамъ собственности, а къ договору. Между тѣмъ, какъ напр. въ философіи религіи онъ моментами фактическаго развитія ставитъ не различные *элементы* религіи, а различныя *формы* религіи, такъ что у него христіанство является примиреніемъ всѣхъ предшествовавшихъ формъ. Этотъ недостатокъ былъ исправленъ Лассалемъ въ его сочиненіи «Система пріобрѣтенныхъ правъ», Лассаль здѣсь доказываетъ, что система Гегеля остается истинною, не смотря на ошибку самого Гегеля и старается примѣнить здѣсь діалектическій методъ именно такъ, какъ онъ былъ примѣненъ Гегелемъ въ его ученіи о религіи. Тотъ же методъ примѣняетъ и Штейнъ при объясненіи смѣны однихъ общественныхъ типовъ другими.

Надо сказать, что вообще дѣленіе тройное и притомъ именно такое, что двѣ первыя стадіи представляются противоположными другъ другу, а третья ихъ примиреніемъ, очень популярно и раздѣляется не одними сторонниками Гегеля. Поэтому, съ перваго взгляда можетъ показаться, что Гегелю удалось, если не *не доказать*, то *угадать* законъ историческаго движенія. Но разсматривая его формулу, мы найдемъ, что она не содержитъ въ себѣ никакихъ законовъ историческаго развитія, даже не имѣетъ никакого опредѣленнаго содержанія и потому съ одинаковымъ удобствомъ можетъ быть прилагаема къ какому угодно содержанію. Если бы

она содержала какой-нибудь историческій законъ, то она могла бы имѣть примѣненіе только къ опредѣленному какому-нибудь чередованію общественныхъ періодовъ, а не ко всякому произвольному предположенію, потому что *всѣ* предположенія не могутъ быть одинаково истинными. Такъ въ развитіи собственности мы можемъ дѣлать весьма разнообразные переходы отъ одного момента къ другому. Если Гегель переходитъ отъ собственности къ договору, то могутъ съ одинаковымъ основаніемъ перейти отъ бея и къ даренію, какъ это и дѣлаетъ Гельферихъ. Если Іерингъ отъ частной собственности переходитъ къ общественной собственности, которыя затѣмъ примиряются въ собственности государственной, то точно также можно первымъ моментомъ поставить общинную собственность, а вторымъ — личную; третьимъ моментомъ будетъ ограниченная собственность въ государствѣ. Словомъ сказать, какое бы мы содержаніе ни взяли, какъ бы ни видоизмѣняли историческія событія, ихъ съ одинаковымъ удобствомъ можно подводить подъ формулу Гегеля. Это уже наводитъ на мысль, что эта формула не содержитъ въ себѣ никакого закона, а объясняетъ лишь, какимъ образомъ человѣкъ группируетъ свои идеи, свои понятія. Дѣйствительно, при группировкѣ своихъ понятій мы должны брать какой-нибудь признакъ, по которому мы и классифицируемъ наши понятія. Ставя данный признакъ въ основу классификаціи понятій, мы тѣмъ самымъ уже выдѣляемъ, исключаемъ, противополагаемъ понятіямъ, обладающимъ этимъ признакомъ, понятія, которымъ чуждъ этотъ признакъ. Беря понятіе свѣта, мы противополагаемъ ему понятіе тьмы. Установляя группировку историческихъ періодовъ по какому бы то ни было признаку, мы, конечно, отнесемъ къ первому все то время, которому присущъ данный признакъ; второй періодъ начнется съ того, когда окажется отсутствіе этого признака, поэтому два ближайшіе періода должны быть въ чемъ-нибудь противоложны. Иначе они сольются въ одинъ періодъ.

Такимъ образомъ, переходъ отъ тезиса къ антитезису въ формулѣ Гегеля является *необходимымъ пріемомъ нашего мышленія*. То же самое нужно сказать и о переходѣ отъ антитезиса къ синтезису. Понятно, что третій моментъ не можетъ быть противоположностью двумъ первымъ, которые между собою представляютъ противоположность. Если въ первыхъ двухъ моментахъ мы выставили двѣ противоположности, то мы уже не можемъ найти новой противоположности имъ обоимъ, а найдемъ лишь нѣчто сходное въ чемъ-бы то ни было съ тѣмъ и другимъ моментомъ. Такимъ образомъ, формула Гегеля содержитъ только

объясненіе, какъ человѣкъ поступаетъ при группировкѣ своихъ понятій и этимъ объясняется та популярность, которою она пользуется даже у противниковъ спекулятивной философіи. Но она не содержитъ въ себѣ никакого закона историческаго развитія и даже не представляетъ собою научной гипотезы, потому что послѣдней присуще то свойство, что она можетъ быть или доказана или опровергнута: но формула Гегеля оказывается одинаково примѣнима, каковы бы ни оказались факты. Такимъ образомъ, главная заслуга Гегеля, заключается въ томъ, что онъ попытался дать объясненіе историческаго развитія, но самая формула этого развитія оказывается неудачною, потому что она указываетъ лишь на процессъ нашего *мышленія*, но не содержитъ въ себѣ закона историческаго развитія, формула Гегеля не есть, такъ сказать, уравненіе, а простое тождество: какое бы содержаніе и значеніе мы ни придали ея элементамъ, она останется неизмѣнно-примѣнимой.

Другая философская система, имѣвшая большое вліяніе на юридическую литературу, есть система Шеллинга (1775—1854). Это также идеалистическая система, представляющая, однако, существенныя отличія отъ діалектической системы Гегеля. Мы видѣли, что у Гегеля субъективное и объективное, идеальное и реальное, духъ и природа суть только моментъ діалектическаго движенія мышленія. У Шеллинга это не логичный моментъ, діалектическаго саморазвитія абсолюта, а двѣ потенціи субстанціи, такъ что весь міръ складывается изъ гармоническаго взаимодѣйствія ихъ. Свобода и необходимость, субъективное и объективное взаимно обусловливаютъ другъ друга и вмѣстѣ образуютъ цѣлое. Міръ представляется поэтому однимъ величественнымъ организмомъ, такъ какъ отличительный характеръ органическаго и заключается въ такомъ взаимномъ обусловливаніи частей и цѣлаго. Но и каждая изъ тѣхъ различныхъ потенцій отражаетъ въ себѣ органическую природу цѣлаго, подобно тому, какъ каждый отдѣльный органъ отражаетъ въ себѣ структуру цѣлаго организма. И сфера необходимости—природа и сфера свободы—міръ нравственный суть также организмъ. Въ природѣ органическій порядокъ установляется необходимо, въ мірѣ нравственномъ тотъ же порядокъ является продуктомъ свободной дѣятельности людей.

Ученіе объ органическомъ порядкѣ въ нравственномъ мірѣ не могло не возобновить, освѣжить уже тогда очень не новую мысль о возможности построить систему этики на уподобленіи общество естественнымъ организмомъ. Еще Платонъ въ своемъ раз-

говорѣ «Государство или политея» изображаетъ государство, какъ большаго человѣка, при чемъ различныя способности души соотвѣтствуютъ различнымъ сословіямъ государства. Такого рода сравненія повторялись и послѣ него неоднократно. Поэтому Шеллинга нельзя считать отцомъ того органическаго направленія, которое сводится лишь къ уподобленію или даже отождествленію этого съ естественными организмами. Но, подъ вліяніемъ Шеллинга эта мысль получила болѣе глубокое развитіе. Между тѣмъ какъ до него все дѣло сводилось къ сравненію, внѣшнему уподобленію общества организму естественному, ученіе Шеллинга обратило особое вниманіе на внутреннее соотношеніе между отдѣльными частями, существующее въ организмѣ и перенесли его и на общественный организмъ. Поэтому слѣдуетъ различать тѣхъ, которые ограничиваются простымъ внѣшнимъ уподобленіемъ общества организму, отъ представителей, возникшей подъ вліяніемъ философскаго ученія Шеллинга собственно т. н. *органической школы.*

Ея основатель былъ мало извѣстный въ свое время Краузе [1]) (1781—1832). Его система была совершенно заслонена блестящимъ успѣхомъ Гегелевой философіи, къ тому это было только видоизмѣненіе Шеллинговой системы въ ея послѣдней формѣ и притомъ изложенное совершенно неудобочитаемымъ языкомъ. Краузе задался цѣлью избѣжать всякихъ неологизмовъ и вполнѣ онѣмечить нѣмецкій языкъ и сдѣлалъ его непонятнымъ и для самихъ нѣмцевъ. Ученіе его о правѣ получило въ половинѣ настоящаго столѣтія большое распространеніе, благодаря трудамъ Редера и Аренса.

Подобно тому, какъ въ организмѣ отдѣльные органы или функціи его находятся между собою въ неразрывной связи, такъ что благосостояніе или пораженіе одного органа, одной функціи отзывается на всѣхъ другихъ, точно такое же соотношеніе существуетъ и въ общественной жизни. Въ чемъ же состоитъ это соотношеніе? Краузе, по мнѣнію его послѣдователей, принадлежитъ особенная заслуга въ томъ, что онъ нашелъ выраженіе этому соотношенію. Онъ говоритъ, что это соотношеніе заключается въ томъ, что всѣ части организма взаимно себя обусловливаютъ, какъ равно и все цѣлое обусловливаетъ всѣ части, въ свою очередь обусловливаетъ цѣлое. Это понятіе объ обусловливаніи [2]), заимствованное изъ естественнаго организма,

[1]) *Krause.* Das system der Rechtsphilosophie. 1874.

[2]) Bedingheit—Краузе отличаетъ его отъ Bedingtheit, обусловленности, обозначающей состояніе того, что обусловлено; Bedingheit, напротивъ, обозначаетъ все

перенесено было и на общественный союзъ. Между тѣмъ какъ школа естественнаго права относилась къ обществу, какъ аггрегату, совокупности индивидовъ, отношеніемъ между людьми придавало чисто механическій характеръ, такъ что задачей права являлось только устраненіе столкновеній между отдѣльными индивидами, органическая школа поступаетъ совершенно иначе. Она заботится, напротивъ о томъ, чтобы каждый человѣкъ «обусловливалъ» возможность развитія другаго и считаетъ этотъ фактъ, вытекающимъ изъ самой природы общества. Подобно тому какъ идеалъ нормальнаго состоянія организма заключается въ томъ, чтобы онъ функціонировалъ такъ, чтобы онъ обусловливалъ свободное развитіе каждаго отдѣльнаго органа и всѣ отдѣльные органы въ свою очередь обусловливали свободное развитіе всего цѣлаго, точно также и общественный союзъ долженъ быть такимъ образомъ устроенъ, чтобы дѣятельность каждаго отдѣльнаго члена не только не мѣшала дѣятельности другихъ, но чтобы она являлась и положительнымъ условіемъ развитія для всѣхъ остальныхъ. Въ виду того, что мы всѣ зависимъ другъ отъ друга, что мы не только не должны нарушать благосостоянія другихъ, но и должны способствовать ему, по мѣрѣ нашихъ силъ, т.-е. относиться къ другимъ не только отрицательно, но и положительно. Въ этомъ взглядѣ органической школы на отношенія членовъ общественнаго союза, а слѣдовательно и на право и заключается ея важная заслуга, потому что оно расширяетъ понятіе права сравнительно съ школой естественнаго права, Но этимъ не исчерпывается заслуга органической школы и въ отношеніи къ другимъ вопросамъ, напр. вопросу о происхожденіи права, она также стоитъ выше всѣхъ предшествовавшихъ теорій. Между тѣмъ какъ школа естественнаго права, раздвоя право на естественное и положительное, послѣднее считаетъ возникшимъ изъ воли людей, которые произвольно, по соглашенію создаютъ это право, а другія школы впали въ другую односторонность, признавая, что право развивается совершенно независимо отъ воли людей или изъ народнаго духа (историческая школа), или вслѣдствіе логическаго развитія объективнаго духа (Гегель), органическая школа признаетъ необходимыми элементами развитія права какъ субъективные, такъ и объективные, элементы, какъ волю людей, такъ объективныя жизненныя отношенія. Поэтому,

---

отношеніе, включая и обусловливающее, и обусловливаемое: Bedingheit ist das Verhältnis. dass das Sein oder Nichtsein des Einen untrennbar vereint ist mit dem Sein oder Nichtsein des Andern. System, 48—50.

по воззрѣнію органической школы на право, послѣднее не является неизмѣннымъ и одинаковымъ всегда и вездѣ, потому что субъективный элементъ вноситъ характеръ свободы въ развитіе права, но, съ другой стороны, люди не могутъ произвольно измѣнять самую природу житейскихъ отношеній, а могутъ только опредѣлять эти отношенія въ томъ или другомъ направленіи. Для того, чтобы ближе ознакомиться съ воззрѣніемъ органической школы, я остановлюсь на наиболѣе извѣстномъ представителѣ этой школы, Аренсѣ. Аренсъ [1]) говоритъ, что мотивы дѣятельности людей могутъ быть опредѣлены, какъ стремленіе къ воплощенію присущихъ имъ божеско—человѣческихъ силъ или какъ стремленіе къ воплощенію человѣческаго идеала, тождественнаго съ высшимъ благомъ для человѣчества. Но это стремленіе выражается въ дѣятельности людей въ различныхъ отдѣльныхъ стремленіяхъ, такъ что если общимъ образомъ можно сказать, что вся дѣятельность людей управляется стремленіемъ ихъ къ благу, то, рядомъ съ высшимъ благомъ, можно указать рядъ низшихъ благъ, которыя являются подчиненными цѣлями человѣка. Эти цѣли вытекаютъ изъ свойства человѣческой природы. Такъ какъ человѣкъ, прежде всего, есть самостоятельное отдѣльное существо, то потребности вытекаютъ, во-первыхъ, изъ природы индивида, каковы: потребность охраненія жизни, здоровья и чести. Но въ тоже время человѣкъ есть и существо общежительное, поэтому, на ряду съ индивидуальными, являются и потребности общественной жизни, каковы: языкъ, религія, наука и искусство. Такимъ образомъ, являются двѣ группы благъ, частныхъ, подчиненныхъ, которыя сводятся къ одному высшему благу—воплощенію человѣческаго идеала. Обѣ эти группы благъ Аренсъ называетъ матеріальными благами, но рядомъ съ ними еще существуетъ третья группа благъ, уже не матеріальныхъ, а формальныхъ, которыя не представляютъ собою особеннаго человѣческаго интереса, но только соотношеніе между различными элементами общественной жизни и которыя поэтому являются только средствомъ для воспіощенія человѣческихъ интересовъ, обезпечивая именно другіе роды дѣятельности людей, имѣющіе въ виду осуществленіе интересовъ. Таковы: нравственность и право, изъ коихъ нравственность регулируетъ мотивы человѣческихъ поступковъ, а право есть опредѣленіе зависящихъ отъ воли людей условій всѣхъ свободныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью осущест-

[1]) *Ahrens* Die Rechtsphilosophie, oder das Naturecht, 4 Auflage. 1852. Есть и французскій переводъ.

вленіе благъ и цѣлей, какъ индивидуальною, такъ и общественною дѣятельностью. Такимъ образомъ, Аренсъ опредѣляетъ право въ соотношеніи съ другими элементами общественной жизни. Это ученіе Аренса представляетъ слѣдующія три достоинства: въ 1-хъ, оно опредѣляетъ право болѣе полнымъ образомъ, именно какъ совокупность условій; во 2-хъ, оно строитъ право на субъективныхъ и объективныхъ элементахъ, но неодностороннее на которомъ нибудь одномъ изъ нихъ, какъ это сдѣлали предъидущія школы, т.-е. не смотритъ на право, какъ на продуктъ ни произвола людей, ни другихъ силъ, развивающихъ право совершенно независимо отъ людей, и въ 3-хъ, указываетъ на отношеніе между правомъ и другими элементами общественной жизни, обращая вниманіе на то, что право вноситъ порядокъ, систему въ достиженіе другихъ благъ или интересовъ людей.

Но, указавъ лучшія стороны органической школы, я не могу не указать и ея недостатковъ. Коренной недостатокъ, которымъ она страдаетъ, заключается въ томъ, что она покоится на отжившемъ основаніи, именно выходитъ изъ раздвоенія міра на міръ законности и міръ свободы. Въ первомъ порядокъ осуществляется въ силу роковой необходимости, между тѣмъ въ человѣческомъ обществѣ онъ осуществляется свободно. На основаніи этого воззрѣнія, она пришла къ раздвоенію права на положительное и естественное, которое является идеаломъ для перваго. Съ другой стороны, это общее направленіе органической школы выражается и въ соотношеніи между обоими (субъективными и объективными) элементами права. Она полагаетъ, что право не есть установленіе людей, но установленіе юридическаго порядка, является завѣтомъ для людей со стороны провидѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самое содержаніе права не творится людьми, а уже заранѣе опредѣлено природою человѣческихъ отношеній. Если же при всемъ томъ является разнообразіе въ правѣ, то благодаря тому только, что субъекты юридическихъ отношеній являются свободными въ своей дѣятельности, а слѣдовательно способными уклоняться отъ требованій идеала. Если бы они были подчинены закону причинности, тогда не было бы уклоненія отъ идеала и въ этическомъ мірѣ господствовала бы также строгая законность, какъ и въ мірѣ необходимости. Но этотъ недостатокъ органической школы объясняется неправильнымъ воззрѣніемъ ея (раздѣлявшимся, впрочемъ и всѣми почти предшествующими школами) на право, какъ на *законъ* общественной жизни. Дѣйствительно, пока мы будемъ смотрѣть на право, какъ на законъ

общественной жизни, то мы не иначе будемъ въ состояніи объяснить разнообразіе права, какъ только при посредствѣ гипотезы о свободѣ воли. Отвергнувъ же свободу въ общественной жизни, мы неизбѣжно должны придти къ признанію права вѣчнымъ и неизмѣннымъ, а слѣдовательно, стать въ противорѣчіе съ наблюдаемымъ нами фактомъ разнообразія права. Недостатокъ этотъ въ органической школѣ выступаетъ тѣмъ рѣзче, что онъ стоитъ въ противорѣчіи съ основнымъ ея воззрѣніемъ на жизнь общества, какъ на взаимную обусловленность цѣлаго и его частей. Если люди обладаютъ свободою, то очевидно, что они не обусловлены въ своей дѣятельности со стороны другихъ.

Это внутреннее противорѣчіе въ ученіи органической школы ея представители стараются устранить тѣмъ различіемъ, какое они проводятъ между *причиной* и *условіемъ*. Первое исключаетъ свободу, второе нѣтъ. Но самое это различіе причины и условія, которому они придаютъ весьма большое значеніе, въ дѣйствительности совершенно произвольное. Оно есть не болѣе, какъ воспроизведеніе того, какъ Вольфъ въ своей онтологіи въ главѣ de causis, §§ 881—884 различалъ *principium fiendi* и *principium essendi*. Principium fiendi, опредѣляетъ онъ, есть ratio actualitatis alterius; e. gr. si lapis calescit; ignis aut radii solares sunt rationes, cur calor lapidi insit. Principium essendi est ratio possibilitatis, alterius, in odem exemplo, ratio possibilitatis cur lapis calorem recipere possit, est in essentia seu modo compositionis lapidis.

Условіе Краузе совершенно тоже, что principium essendi Вольфа, и потому къ ученію органической школы объ условіи вполнѣ примѣняются тѣ воззрѣнія, которыя сдѣлалъ еще Шопенгауеръ противъ различенія pcincipiorum fiendi et essendi. Различеніе Вольфа, говоритъ онъ, основано на томъ, что одно изъ обстоятельствъ, причиняющихъ нагрѣваніе камня, а именно извѣстныя свойства камня представляются болѣе постоянными и потому долѣе могутъ ожидать происхожденія другихъ сопричиняющихъ обстоятельствъ—дѣйствія огня или солнца. Какъ свойства камня, такъ и соприкосновеніе его съ огнемъ суть слѣдствія цѣлой цѣпи причинъ; но только совпаденіе обоихъ обстоятельствъ и подходящихъ свойствъ камня, и соприкосновенія его съ огнемъ, провзводитъ такое состояніе, которое является причиной его нагрѣванія и тутъ нѣтъ вовсе мѣста тому, что Вольфъ называетъ principium essendi» [1]).

[1]) *Schopenhauer* Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde s. 18—19.

Эти возраженія Шопенгауера вполнѣ примѣнимы и къ выставленному Краузе различію условія и причины. И оно также несостоятельно, какъ и вольфово различіе principiorum fiendi et essendi. Но если отбросить это различіе, ученіе органической школы неизбѣжно приводитъ, какъ мы показали, къ безъисходному противорѣчію.

Разсмотрѣнныя нами системы Гегеля и Шеллинга отличаются отъ критическаго раціонализма Канта не только тѣмъ, что расширяютъ предѣлы а пріорнаго знанія, не ограничивая его только формальной стороной, но и въ этическомъ ученіи своемъ также рѣзко расходятся съ Кантомъ. У Канта основаніе эктики субъективное: категорическій императивъ практическаго разума, разума субъективнаго. Гегель и Шеллингъ, напротивъ, основу этики ищутъ въ объективномъ міровомъ порядкѣ. Нравственно доброе обусловливается не согласіемъ дѣятельности субъекта съ велѣніями собственнаго разума, а съ общимъ строемъ міра.

Гербартъ (1776—1841) [1]) и въ теоретической и въ практической философіи представляетъ возвращеніе къ кантову ученію. Задача философіи, по мнѣнію Герберта, только формальная. Она есть ничто иное, какъ переработка понятій, относящихся къ тѣмъ предметамъ, которые изучаются отдѣльными эмпирическими науками. Философская переработка понятій придаетъ имъ бо́льшую опредѣленность, точность, ясность, устраняетъ въ нихъ противорѣчія. Теоретическая философія обработываетъ понятія сущаго; практическая—должнаго. Эти понятія должнаго, сами по себѣ, безъ всякаго отношенія къ ихъ реальности, возбуждаютъ въ насъ сужденія одобренія или неодобренія. При этомъ сужденія наши могутъ быть или условными, или абсолютными. Условными сужденія бываютъ тогда, когда одобреніе или неодобреніе ставится въ зависимость отъ желательности данной цѣли. Абсолютныя сужденія, напротивъ, стоятъ внѣ всякой зависимости отъ какой-либо цѣли, тутъ одобреніе или неодобреніе ни чѣмъ не обосновывается сознательно, а является для насъ неустранимымъ, непроизвольнымъ.

Насколько такія безусловныя сужденія относятся къ волѣ, они представляются нравственными, этическими и составляютъ предметъ этики.

Всякое сужденіе, одобрительное или неодобрительное, можетъ относится только къ отношеніямъ. Если мы возьмемъ что-либо

---

[1]) *Карасевичъ*, Право, мораль и государство по ученію І. Ф. Гербарта и его школы. М. 1871.

внѣ его отношенія къ другому, то оно представится намъ безразличнымъ, не вызоветъ ни одобренія, ни сужденія. Такъ звукъ, взятый въ отдѣльности, самъ по себѣ, не можетъ намъ ни нравиться ни не нравиться. Только отношеніе его къ другимъ звукамъ даетъ гармонію или дисгармонію, нравится или неправится намъ. Тоже самое должно сказать и относительно воли. Отношенія воли къ ея объектамъ вызываютъ условныя сужденія, такъ какъ тутъ достоинство воли ставится въ зависимость отъ цѣли. Безусловныя, абсолютныя сужденія могутъ относиться только къ самой волѣ, слѣдовательно, къ отношеніямъ, составляющимъ ея форму. Всѣ такія отношенія воли можно свести къ пяти основнымъ формамъ. Двѣ первыя изъ нихъ относятся къ волѣ, взятой отдѣльно: это идеи внутренней свободы и совершенства. Человѣкъ, желая можетъ утверждать или отрицать то, что утверждаетъ и отрицаетъ и разсуждая или же, наоборотъ, выводы разсужденія могутъ противорѣчить желаніямъ. Только въ первомъ случаѣ человѣкъ свободенъ, такъ какъ при этихъ только условіяхъ оно опредѣляетъ свою дѣятельность по ясно сознаннымъ мотивамъ. Согласіе, гармонія убѣжденій и желаній даетъ, поэтому, идею свободы. Воля, согласная съ идеей свободы, намъ нравится, не согласная— не нравится.

Желанія могутъ представлять то или другое отношеніе не только къ убѣжденіямъ человѣка, но и къ другимъ его желаніямъ. Сравнивая желанія между собой, мы замѣчаемъ различіе въ ихъ силѣ. Сильныя желанія намъ нравятся, слабыя — нѣтъ. Мужество, настойчивость, твердость предпочитается робости, вялости, непостоянству. Отсюда является идея совершенства. Таковы двѣ идеи, свобода и совершенство, служащія образцами для оцѣнки отдѣльно взятой воли.

Отношенія воли одного человѣка къ волѣ другаго могутъ быть троякого рода, соотвѣтственно различію идей благожеланія, права и воздаянія.

Прежде всего является отношеніе одной воли къ другой въ представленіи, такъ что не требуется для этого отношенія проявленія воли во внѣ, въ дѣйствіи, не требуется даже дѣйствительнаго существованія этой другой воли: она можетъ быть лишь предполагаемой, воображаемой. Воля лица можетъ или посвящать себя чужой волѣ, согласоваться съ ней или противорѣчить ей. Первое будетъ благожеланіемъ, второе — зложеланіемъ. Это отношеніе хотя и двухъ воль, но совершенно внутреннее, заключающееся исключительно въ намѣреніи лица. Двѣ другія формы соотношенія различныхъ воль предполагаютъ, напротивъ, проявле-

ніе воль въ дѣйствіяхъ и потому имѣютъ внѣшній характеръ. Первая изъ нихъ есть идея правъ, основывающаяся на томъ, что всякій споръ, т.-е. столкновеніе, противорѣчіе двухъ, во внѣ выразившихся, воль намъ обсолютно не нравится. Право же есть ничто иное, какъ *соглашеніе многихъ воль, мыслимое, какъ норма, предупреждающая споръ.*

Споръ не есть единственная форма соотношенія двухъ воль возбуждающае въ насъ непроизвольное неодобреніе. Намъ не нравится также и то, когда одна воля причиняетъ что-либо другой волѣ, доброе или злое, и въ силу этого установляется между ними неравенство. Напротивъ, намъ нравится, когда возданіемъ добромъ за добро, зломъ за зло возстановляется ихъ равенство. Такимъ образомъ, получается идея воздаянія.

Эти пять идей: свободы, совершенства, благожеланія, права и воздаянія служатъ образцами для оцѣнки воли. Всякое нравственное сужденіе можетъ быть сведено къ одной изъ этихъ идей.

Такимъ образомъ и въ этическомъ ученіи Гербарта мы видимъ возвращеніе къ Канту. Основа его этики не объективное— а субъективное: непроизвольное, абсолютное осужденіе субъектомъ однихъ отношеній воли, одобреніе — другихъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ гербартова этика также формальна, какъ и этика Канта. Въ ней также обращается вниманіе только на форму, на отношенія воли. Наконецъ, подобно кантовскому категорическому императиву, непроизвольныя, абсолютныя сужденія Гербарта представляются непосредственно данными нашему сознанію. Они не допускаютъ дальнѣйшаго обоснованія, или доказательства. Пять этическихъ идей не могутъ быть, какъ и категорическій императивъ, сведены болѣе ни къ чему иному, они—послѣднее основаніе всѣхъ этическихъ сужденій.

Но, принадлежа къ иной эпохѣ, Гербартъ расходится съ Кантомъ по тому именно вопросу, въ которомъ выражается характерная особенность настоящаго періода исторіи правовѣдѣнія. Кантъ противуполагаетъ положительному праву право разума. Гербартъ признаетъ существованіе только положительнаго права.

Въ первое время своего существованія философія Гербарта не нашла себѣ сколько-нидудь значительнаго распространенія между юристами, будучи заслонена царившими въ то время идеалистическими ученіями Гегеля и Краузе. Въ большинствѣ сочиненій по исторіи философіи права о ней даже и не упоминается. Но въ послѣднее время успѣхъ ея между юристами ростетъ и ученія Гербарта даже вытѣсняютъ собою ученіе органической школы. Такъ, въ новомъ изданіи (1882) Энциклопеціи

Гольцендорфа философское введеніе Аренса замѣнено статьей гербартіанца Гейера. Кромѣ Гейера [1]) укажемъ еще двухъ послѣдователей Гербарта: Тило, извѣстнаго своимъ этюдомъ объ теологитирующемъ направленіи въ правовѣдѣніи [2]) и на Циллера, автора новѣйшей этики въ духѣ гербартова ученія [3]).

§ 18. Реалистическое направленіе.

Идеалистическія системы представляютъ, въ сравненіи съ критикой Канта, попятный шагъ. Онѣ отправляются отъ сознательнаго признанія отвергнутаго Кантомъ тожества мышленія и бытія. Мы видѣли, что по содержанію своему ученія гегеліанцевъ и органической школы во многомъ значительно опередили системы раціоналистическія. Въ нихъ нѣтъ уже той отвлеченности, того игнорированія дѣйствительности, какое выражается въ системахъ естественнаго права. Они принимаютъ идею закономѣрности. Ученіе Гегеля все покоится на признаніи закономѣрной послѣдовательности явленій, ученіе Краузе—на признаніи въ солидарности. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, въ отношеніи къ нимъ съ полнымъ правомъ можно повторить суровый приговоръ Декарта о схоластической философіи: это величественныя зданія, но зданія, построенныя на пескѣ. Принимаемое ими основное положеніе тожества мышленія и бытія — и выводимая отсюда возможность познать не относительную только, но и абсолютную истину представлялись совершенно произвольнымъ, ничѣмъ научно необоснованнымъ, отрицаніемъ результатовъ кантовой критики. Потому они могли временно заслонить критическую философію грандіозностью своихъ построеній, но немогли вовсе ее вытѣснить. Уже самая многочисленность и разнообразіе идеалистическихъ системъ должно было вскорѣ внушить къ нимъ недовѣріе и побудить искать опоры, подобно Канту, въ теоріи познанія, основанной не на произвольныхъ предположеніяхъ, а на критическомъ трудѣ нашей познавательной способности. Этотъ возвратъ къ признанію несостоятельности метафизическихъ системъ были тѣмъ болѣе обезпечены, что научная теорія познанія преемственно разработывалась въ Англіи. Локкъ и Юмъ являются непосредственными предшественниками Канта. И хотя въ Англіи идеалистическое направленіе также нашло себѣ представителей, но тамъ оно никогда

[1]) Ему принадлежитъ также: *Geyer* Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen. 1863.

[2]) *Thilo*, Die theologisirende Rechts und Staatslehre. 1861.

[3]) *Ziller* Allgemeine philosophische Ethik. 1880.

не могло даже на время заслонить собою направленіе эмпирическое. Надо сказать однако, что это не привело тамъ къ надлежащей постановкѣ научнаго изученія права. Англійскіе мыслители, до самаго послѣдняго времени, оставались весьма далеки отъ мысли распространить и на изученіе права научной положительной методы. Въ этическомъ ученіи эмперическое направленіе выразилось, главнымъ образомъ, въ доктринѣ утилитаризма, а примѣненіе утилитарнаго принципа къ изученію права приводило къ пониманію правовѣдѣнія исключительно, *какъ искусства*, а не какъ науки. Самый извѣстный и типическій представитель утилитарной доктрины, Бентамъ, опредѣляетъ этику, какъ искусство направлять человѣческія дѣйствія къ произведенію величайшаго возможнаго количества счастія на сторонѣ тѣхъ, интересы которыхъ имѣются въ виду. Какія же бываютъ дѣйствія, направлять которыя можетъ быть во власти человѣка? Это должны быть или его собственныя дѣйствія, или дѣйствія другихъ агентовъ. Этика, въ смыслѣ искусства управлять собственными дѣйствіями человѣка, можетъ быть названа искусствомъ самоуправленія, или частной этикой. Кромѣ собственныхъ дѣйствій, человѣкъ можетъ управлять и дѣйствіями другихъ людей и дѣйствіями животныхъ, которыя, вслѣдствіе пренебреженія ихъ интересовъ безчувственностью старыхъ юристовъ, унижены до класса вещей. Что касается до другихъ людей, то искусство направлять ихъ дѣйствія къ вышеуказанной цѣли и есть то, что мы считаемъ (или что покрайней мѣрѣ есть единственная вещь, которую по принципу пользы мы *должны* бы считать) искусствомъ правленія, — которое въ томъ случаѣ, когда мѣры, въ какихъ оно выражается, бываютъ постояннаго свойства, обозначается обыкновенно именемъ *законодательства;* а когда эти мѣры бываютъ временнаго характера — *администраціей*. Юриспруденція же можетъ быть двоякаго рода или излагающей (expository), или критической, оцѣнивающей (censorial). Первая указываетъ, что есть законъ той или другой націи, или законъ вообще. Но ученіе о законѣ вообще по необходимости ограничивается лишь объясненіемъ общихъ терминовъ, употребляемыхъ въ законодательствѣ. Все другое, что можно сказать о законѣ, относится непремѣнно къ тому или другому національному законодательству, потому что изъ безконечнаго разнообразія націй, существующихъ на землѣ, нѣтъ двухъ, которыя бы вполнѣ были согласны въ своихъ законахъ: конечно, нѣтъ согласныхъ въ цѣломъ, быть можетъ, даже и въ одной статьѣ; а если бы даже онѣ были согласны сегодня, то не будутъ согласны завтра. Такимъ образомъ, первый

видъ юриспруденціи сводится, по мнѣнію Бентама, къ чисто практическому изученію законовъ той или другой націи. Юриспруденція критическая также не можетъ имѣть значенія науки, такъ какъ она даетъ лишь оцѣнку различныхъ системъ законодательства [1]).

Правда, между ближайшими послѣдователями Бентама можно найти не раздѣлявшихъ его взгляда на правовѣденіе исключительно какъ на искусство и стремившихся придать ему строго научный характеръ. Такую попытку представляетъ именно объемистое произведеніе Шарля Конта «Трактатъ о законодательствѣ» [2]). Но попытка вполнѣ неудачная, такъ какъ всецѣло основана на смѣшеніи понятій закона въ научномъ смыслѣ съ понятіемъ юридическаго закона, смѣшеніе, отъ котораго, какъ мы видѣли, предостерегалъ уже Гуго, установляя различіе законовъ, какъ онъ выражался, философскихъ и юридическихъ. Поэтому въ глазахъ Шарля Конта все законодательство получаетъ, такъ сказать, теоретическій характеръ, имѣя, по его мнѣнію, значеніе лишь *описанія* (déscription) дѣйствительныхъ законовъ.

Первый, кто опредѣленно высказалъ мысль о необходимости примѣнить къ изученію общественной жизни общіе методы положительнаго научнаго знанія и этимъ вывести обществовѣдѣніе изъ той изолированности отъ оныхъ наукъ, въ какой она очутилась, благодаря преобладанію въ ней или метефизическихъ пріемовъ, или, у эмпириковъ, чисто техническихъ задачъ, превращавшихъ ее въ простое искусство, былъ знаменитый авторъ «Курса положительной философіи» — Огюстъ Контъ.

Основное положеніе, на которомъ покоится вся положительная философія, есть признаніе относительности всего нашего знанія. Онъ признаетъ, что мы не можемъ познать вещей въ самихъ себѣ, не можемъ познать сущности бытія, субстанцій, а познаемъ лишь явленія, и единственный источникъ всего нашего знанія есть опытъ. Если бы Контъ, однако, ограничился только этимъ, въ его системѣ можно бы было видѣть развѣ болѣе удачную формулировку, болѣе полное, обстоятельное развитіе этого положенія, но оно бы, конечно, не представляло бы тогда ничего существенно новаго. Это было высказываемо и до Конта, главнымъ образомъ Юмомъ и Кантомъ. Существенно новымъ пред-

[1]) Избранныя сочиненія Іеремія Бентама. Томъ I. Переводъ А. Н. Пыпина и А. Н. Невѣдомскаго. Спб. 167. стр. 289, 301.

[2]) *Charles Comte* Traité de législation. ou exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospérent, depérissent stationnaires. Paris. 1826. T. I—IV.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

ставляется въ ученіи Конта признаніе необходимости распространить положительный методъ научнаго изслѣдованія и на изученіе общественныхъ явленій, и, поставивъ обществовѣдѣніе или соціологію на твердую почву, получить въ ней завершеніе всей системы наукъ. Это распространеніе положительнаго метода и на обществовѣдѣніе имѣетъ далеко не второстепенное значеніе, а, напротивъ, составляетъ необходимое условіе законченности положительнаго міровоззрѣнія. Философская система, недающая объясненія явленій жизни человѣчества и не указывающая пути къ разрѣшенію порождаемыхъ этими явленіями вопросовъ, не можетъ удовлетворить человѣка. Все другое знаніе служитъ только средствомъ къ разрѣшенію этихъ, самыхъ близкихъ, самыхъ насущныхъ для человѣка вопросовъ и потому философское ученіе, не включающее въ себѣ и объясненія явленій общественной жизни, представляется неизбѣжно чѣмъ то недодѣланнымъ. Контъ первый противупоставилъ цѣльнымъ, законченнымъ философскимъ системамъ метафизическимъ такую же цѣльную, такую же законченную систему положительной философіи. Этимъ, конечно, и объясняется блестящій успѣхъ его системы, вызвавшей почти всеобщее увлеченіе [1]).

Юристы не могли, разумѣется, оставаться безучастными къ новому философскому ученію. Позитивизмъ и между ними нашелъ себѣ сторонниковъ, и образовавшееся такимъ путемъ новое направленіе въ наукѣ права получило названіе *реалистическаго*. Надо сказать однако, что большинство появившихся до сихъ поръ попытокъ перестроить заново науку права, согласно съ основными началами положительной философіи, представляются рѣшительно несостоятельными. Новаторы-позитивисты относятся обыкновенно уже слишкомъ отрицательно къ современному состоянію правовѣдѣнія. Обращая вниманіе лишь на внѣшнія формы, они готовы выбросить за бортъ весь выработанный вѣками матеріалъ науки, не различая цѣнный металлъ отъ негоднаго шлака. Но этимъ, конечно, впадаютъ въ противорѣчіе съ самими собой. Поступать такъ, значитъ вновь входить въ старую ошибку раціоналистовъ, будто человѣчество можетъ произвольно прервать преемственность своего умственнаго развитія, начавъ мышленіе свое вновь, сначала. Истинный позитивистъ долженъ понимать, что дѣло научной реформы всегда по необходимости ограничивается только продолженіемъ, но на новый ладъ.

[1]) Характеристику ученій Конта можно найти у *Лесевича*. Опытъ критическаго изслѣдованія основоначалъ положительной философіи. Спб. 1877 г., а также въ книгѣ *Льюисъ и Миллъ* Огюстъ Контъ и положительная философія. Спб. 1867.

Еслибы новаторы-позитивисты болѣе придавали значенія исторіи науки, они, конечно, не повторяли бы ошибокъ, уже пережитыхъ, уже раскрытыхъ ихъ предшественниками. Къ сожалѣнію, на дѣлѣ вышло не такъ. Такъ многіе изъ юристовъ положительнаго направленія повторили вновь смѣшеніе законовъ въ научномъ смыслѣ съ законами въ юридическомъ смыслѣ. Ошибка, отъ которой предостерегалъ уже Гуго.

Съ такимъ характеромъ предоставляются, напримѣръ, ученія Мюллера и Поста.

Мюллеръ исходитъ изъ признанія подчиненности закону причинности, какъ физическаго міра, такъ и міра нравственнаго. Поэтому и въ жизни человѣчества настоящее обусловлено прошедшимъ и въ свой чередъ обусловливаетъ будущее. Въ этой обусловленности будущаго настоящимъ и заключается *назначеніе* (Bestimmung) настоящаго. Назначеніе всего существующаго въ обусловливаемомъ имъ будущемъ. Но въ чемъ же назначеніе человѣка? Назначеніе каждой силы въ ея развитіи; въ немъ же и назначеніе, какъ отдѣльнаго человѣка, такъ и цѣлаго человѣчества, потому что будущее ихъ—ихъ развитіе. Если таково назначеніе людей, то только тѣ отношенія людей къ внѣшнему міру будутъ нормальными, т.-е. соотвѣтствующими ихъ назначенію, которыя способствуютъ развитію человѣчества. Обладай люди полнымъ, безусловнымъ знаніемъ собственной природы и внѣшняго міра, они могли бы тогда разъ на всегда опредѣлить абсолютно-нормальную форму людскихъ отношеній. Правила, опредѣляющія такую форму отношеній и составили бы идеальное, такъ сказать, право. Но, къ сожалѣнію, люди обладаютъ лишь весьма ограниченнымъ знаніемъ и ихъ представленіе о нормальномъ типѣ людскихъ отношеній представляетъ лишь рядъ различныхъ приближеній къ истинѣ, все болѣе и болѣе близкихъ, но никогда однако не достигающихъ предѣла. Не будучи въ состояніи познать абсолютныя нормы права, люди создаютъ для удовлетворенія практическихъ потребностей, искусственно установляемые типы отношеній, съ развитіемъ человѣчества все болѣе приближающіеся къ дѣйствительно нормальному типу отношеній. Эти искуственно установляемые типы отношеній и суть измѣнчивое положительное право. Оно представляетъ, слѣдовательно, отраженіе того, какъ понимается въ каждую данную историческую эпоху нормальный типъ человѣческихъ отношеній. Чѣмъ болѣе расширяется знаніе людей, тѣмъ болѣе совершенствуется и положительное право. Для осуществленія потребностей практической жизни недостаточно конечно, только опредѣлить такія, приблизительно-нормальныя,

формы отношеній. Надо позаботиться также и о дѣйствительномъ ихъ соблюденіи. Для этого на ряду съ законами, опредѣляющими нормальный типъ отношеній, издаются еще и другіе законы, имѣющіе своею цѣлью исключительно обезпечить осуществленіе нормальной формы отношеній и устраненіе отступленій отъ такой формы. Поэтому положительное право представляется по своему содержанію двоякимъ. Частью это право нормальное (Normalrecht) частью—право преслѣдованія (Vervolgungsucht) [1]).

У Поста [2]) это отожествленіе юридическихъ законовъ съ законами въ научномъ смыслѣ соединяется еще и съ стремленіемъ къ внѣшнему сближенію правовѣдѣнія съ естествознаніемъ.

Весь міръ, по его воззрѣнію, представляется подчиненнымъ одному закону спеціализаціи, подобно тому, какъ первоначально выдѣлялось изъ туманной матеріи солнце, отъ солнца отдѣлились одна за другой планеты, точно также и на землѣ постепенно дифференцировался міръ неорганическій и органическій; изъ послѣдняго міръ растеній и міръ животныхъ, затѣмъ животные въ свою очередь спеціализировались въ различные роды и виды и между прочимъ въ человѣка. Въ жизни человѣческаго рода мы замѣчаемъ проявленіе того же самаго закона. Здѣсь точно также изъ нравовъ развивается цѣлый рядъ болѣе спеціальныхъ явленій, именно: хозяйство, право и нравственность. Точно также изъ общаго зародыша миѳологіи развиваются религія, наука и искусство. Но рядомъ съ этимъ закономъ фифференцированія мы замѣчаемъ и процесъ интегрированія, мы замѣчаемъ, что міръ образуетъ и новыя сочетанія, которыя представляютъ внѣшнія, болѣе крупныя формы индивидуальности. Первоначально цѣлымъ, индивидомъ является лишь атомъ, затѣмъ туманныя массы, небесныя тѣла далѣе клѣточка, потомъ растенія, животныя и въ числѣ ихъ человѣкъ. Всѣ эти индивиды подчиняются однимъ и тѣмъ же неизмѣннымъ законамъ: возьмемъ ли мы человѣка или атомъ, законы ихъ бытія одни и тѣже. Какъ между атомами существуютъ двѣ силы: отталкивающая и притягающая, такъ между небесными тѣлами мы найдемъ центро-бѣжную и центро-стремительную силы, такъ въ органической природѣ мы замѣтимъ, что всѣ животныя существа имѣютъ стремленіе къ самосохраненію и стремленіе къ поддержанію рода. Благодаря отталкивающей силѣ, каждый атомъ сохраняетъ свою самостоятельность; благодаря притягательной, поддерживается его связь съ другими индиви-

[1]) *Paul-Muller*, Die Elemente des Rechtsbildung. 1877.

[2]) *Post*, Naturgesetz des Rechts. 1868.

дами. И развитіе заключается въ томъ, что объ эти силы стремятся прійти въ равновѣсіе.

Но между тѣмъ какъ въ солнечной системѣ, напр., уже установился извѣстный порядокъ, равновѣсіе центро-бѣжной и центростремительной силы, хотя и не вдругъ, потому что и тамъ существовало прежде своего рода кулачное право (Faustrecht), о чемъ свидѣтельствуетъ, напр. астероиды-осколки разорвавшейся большой планеты, въ царствѣ животныхъ этотъ порядокъ еще не установился и до сихъ поръ. И это отсутствіе равновѣсія особенно рѣзко сказывается въ жизни человѣческихъ обществъ, гдѣ оно пришло къ необходимости установить поддерживаемое внѣшнимъ принужденіемъ положительное право. И право, какъ явленіе общественной жизни, нельзя выводить изъ какого бы то ни было влеченія единичнаго человѣка; а необходимо выводить его также изъ общихъ мировыхъ законовъ. Дѣйствительно, изучая человѣческое общество, мы можемъ различать въ немъ два элемента: первый элементъ—хозяйство, которое имѣетъ въ виду отдѣльнаго человѣка и составляетъ проявленіе силы отталкивающей; наоборотъ, право установляетъ совмѣстную жизнь людей въ интересѣ цѣлаго человѣческаго общества и есть выраженіе притягательной силы. Подобно тому какъ результатомъ взаимодѣйствія двухъ силъ, центробѣжной и центростремительной, получается стройная солнечная система; точно такъ и въ человѣчествѣ право и хозяйство уравновѣшиваются въ государствѣ.

Но затѣмъ является вопросъ: какъ развивается право? развивается ли право независимо отъ людей или же оно является продуктомъ дѣятельности людей? При разрѣшеніи этаго вопроса Постъ проводитъ аналогію между правомъ и религіею. По мнѣнію Поста, люди не могутъ обойтись безъ положительной религіи, потому что развитіе людей совершается неравномѣрно. Между ними являются лица, стоящія выше другихъ по своему развитію, но они не могутъ развить остальныхъ вдругъ, сразу, для этого необходимо бываетъ извѣстное давленіе и даже принужденіе по отношенію къ массѣ, и вотъ, результатомъ этой необходимости является положительная религія, создаваемая выдающимися личностями и служащая формою, въ которую облекаются прогрессивныя идеи этихъ личностей. Единственная попытка отказаться отъ положительной религіи дана христіанствомъ. Но этотъ же примѣръ показываетъ, какъ далека еще масса отъ пониманія истиннаго значенія религіи, какъ свободнаго осуществленія человѣческаго идеала, потому что католичество передѣлало христіанство въ одну изъ самыхъ положительныхъ религій. То

же самое мы видимъ и въ правѣ. Идеалъ состоитъ въ томъ, чтобы люди познали соотношеніе между своими интересами и интересами общества и, познавъ, свободно установили ихъ равновѣсіе. Но такъ какъ и въ этомъ отношеніи человѣчество стоитъ на низкой ступени развитія, то и здѣсь является потребность въ положительномъ правѣ, которое и создается личностями, опередившими въ своемъ развитіи остальное общество. Эти лица, эти законодатели для того, чтобы возвысить массу до себя, облекаютъ свои мнѣнія въ формулы, въ общія правила, которыя должны быть выполняемы всѣми принудительно. Отсюда понятно, что положительное право сводится лишь къ переходной ступени отъ полнаго безправія и неустройства къ такому гармоническому устройству общества, при которомъ бы не требовалось принужденія. Такимъ образомъ, идеалъ человѣческихъ отношеній есть естественное право, вытекающее изъ существа человѣческихъ отношеній, а положительное право есть лишь временная переходная форма отъ принудительнаго къ идеальному порядку, установляемая выдающимися личностями общества.

Итакъ и Мюллеръ, и Постъ приходятъ, несмотря на свой «реализмъ», къ раздвоенію права на положительное, измѣнчивое, обусловленное людскимъ несовершеннымъ знаніемъ, и право абсолютное, неизмѣнное, опредѣляющееся самою природою вещей. У Мюллера это неизмѣнное право, какъ и въ ученіяхъ органической школы, является лишь предѣльнымъ идеаломъ. Но, по мнѣнію Поста, оно обязано непремѣнно со временемъ осуществиться и тогда исчезнетъ всякая надобность въ какомъ либо положительномъ правѣ.

Это раздѣленіе самаго права естественно приводитъ и къ разъединенію догмы и теоріи, къ нарушенію ихъ соотвѣтствія, такъ какъ имъ дается различный предметъ: догмѣ—право положительное, теоріи—право естественное, идеальное.

Такой результатъ, реалистическихъ теорій Мюллера и Поста обусловленъ необходимымъ образомъ ихъ отправной точкой—отождествленіемъ юридическихъ законовъ съ законами въ научномъ смыслѣ. Разъ мы встанемъ на эту почву, мы должны бросить всякую надежду придти къ объединяющему взгляду на право и къ установленію соотвѣтствія чистаго и прикладнаго изученія права. Если право—законъ, въ положительномъ измѣнчивомъ правѣ нельзя не видѣть лишь выраженія человѣческаго пониманія права; само право неизмѣнное, какъ всякій законъ, должно быть отъ него отлично. Уйти отъ этого вывода возможно лишь подъ однимъ условіемъ: признавъ право не закономъ, а явле-

ніемъ, придавъ ему такимъ образомъ не абсолютный, неизмѣнный, характеръ закона, а относительный, измѣнчивый характеръ явленій. Только отказавшись разъ навсегда отъ мысли найти въ правѣ неизмѣнный законъ общественныхъ отношеній, можно найти, можно выполнить настоятельную чувствуемую потребность въ возстановленіи единства прикладной и чистой науки права, давъ желательный исходъ, обѣимъ имъ одинъ и тотъ же предметъ изученія—правовыя явленія. Безъ этаго шага невозможно было бы дальнѣйшее развитіе науки права.

Шагъ этотъ сдѣланъ, однако, не послѣдователями пизитивизма. Онъ сдѣланъ юристомъ, вовсе не усвоившимъ себѣ методологическихъ принциповъ положительной философіи. Честь признанія относительности всего, всякаго права, а не только положительнаго въ противоположность естественному, принадлежитъ знаменитому германскому романисту, Рудольфу Іерингу, автору безсмертнаго духа римскаго права [1]).

Іерингъ не позитивистъ. Онъ не имѣетъ также самостоятельно выработаннаго философскаго міросозерцанія. Всѣ его произведенія написаны подъ вліяніемъ господствовавшихъ въ данное время методологическихъ системъ. Въ первомъ томѣ духа римскаго права мы находимъ опредѣленно выразившееся вліяніе гегелевой системы. Въ двухъ послѣдующихъ томахъ діалектическая система Гегеля все болѣе и болѣе заслоняется органическимъ воззрѣніемъ. А потомъ въ новѣйшемъ произведеніи Іеринга, относящемся къ общей теоріи права, «Цѣль въ правѣ», діалектическое и органическое воззрѣнія смѣняются телеологическимъ, сложившимся подъ вліяніемъ Шопенгауера и Трендленбурга. Телеологическую окраску носитъ и извѣстная формула, въ которой Іерингъ выразилъ признаки относительности права: «масштабъ права есть не абсолютный масштабъ истины, а относительный—цѣли» [2]). Такимъ образомъ, онъ отъ начала до конца продолжаетъ стоять на метафизической почвѣ. Тѣмъ не менѣе въ его трудахъ нельзя не видѣть основанія трезвой реалистической теоріи права [3]). Это странная на первый взглядъ

---

[1]) *Jhering.* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. I, 1852. II 1854. III. 1865.

[2]) Zweck im Rechte. 1877. B. I. s. 430. Der Masstab des Rechts ist nicht der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zwecks.

[3]) Самъ Іерингъ впервые придалъ своему ученію эпитетъ „реалистическаго“ лишь въ послѣдней своей статьѣ Die Grundlagen dr Ethik, *Schmoller* 's Jahrbuch, 1882, № 1 s. 17, гдѣ онъ говоритъ о своей этикѣ, какъ объ „realistische und geschichtliche Ethik.“

противуположность выводовъ Іеринга той почвѣ, на какой онъ стоитъ, объясняется тѣмъ, что онъ вообще, какъ и самъ въ томъ признается, не глубокій философъ. Философская система, не имѣетъ рѣшающаго значенія для тѣхъ результатовъ, къ которымъ онъ приходитъ въ своихъ изслѣдованіяхъ. Онъ больше всего ученый юристъ, романистъ, и только случайно метафизикъ, философъ. Въ его глазахъ первое мѣсто принадлежитъ не философской системѣ, а фактамъ. Потому, та или другая метафизическая система, принимаемая имъ, имѣетъ для него значеніе лишь гипотезы, требующей повѣрки фактической. Она не ослѣпляетъ его, не лишаетъ его способности видѣть факты такими, какими они представляются въ дѣйствительности. Такъ, напримѣръ, онъ не прошелъ, подобно всѣмъ другимъ, мимо явленій пассивнаго и рефлективнаго дѣйствія правъ, не замѣчая ихъ только потому, что они не укладывались въ установившіяся рамки юридической теоріи, но, напротивъ, смѣло остановился на нихъ, провѣряя не факты теоріей, а, совершенно въ духѣ позитивизма, теорію фактами. Онъ не боится дѣлать изъ подмѣченныхъ фактовъ выводы, подрывающіе принятую имъ метафизическую систему. Когда глубокое изученіе римскаго права привело его къ представленію о правѣ, какъ объ охраненномъ интересѣ представленію, въ корнѣ подрывающему и діалектическую, и органическую систему и неуклоннымъ образомъ ведущему къ признанію относительности права, Іерингъ не усомнился въ выборѣ. Онъ принялъ это новое, казавшееся тогда дикою ересью, понятіе права, какъ охраненнаго интереса, хотя и понималъ, что этимъ разрушаетъ ту почву, на которой самъ стоялъ. Понятіе интереса само въ высшей степени относительно и потому, признавъ право охраненнымъ интересомъ, нельзя уже было не признать и самаго права относительнымъ. Приходилось замѣнить прежнюю философскую подкладку новой. Для этого Іерингъ пріостанавливаетъ продолженіе духа римскаго права и обращается къ отысканію системы, болѣе подходящей къ добытому имъ путемъ изученія исторической дѣйствительности новому воззрѣнію на право. Плодомъ этой работы и явилось его новѣйшее, еще неоконченное сочиненіе «Цѣль въ правѣ» [1]).

Если духъ римскаго права является лучшимъ выраженіемъ генія Іеринга, если въ немъ, какъ нельзя болѣе, наглядно проявилась замѣчательная способность автора къ строго научному

[1]) Такъ именно объясняетъ происхожденіе своей новой книги самъ Іерингъ Zweck im Recht, I, s. V.

изслѣдованію, его научный тактъ, его умѣнье быть свободнымъ отъ всякихъ предвзятыхъ идей, его необыкновенный талантъ наблюдать, замѣчать то, мимо чего другіе проходятъ, не обращая вниманія, его удивительное умѣнье ничтожными на первый взглядъ мелочами, пользоваться, какъ драгоцѣннымъ матеріаломъ для блестящихъ обобщеній, если, словомъ, духъ римскаго права есть отраженіе лучшихъ сторонъ генія Іеринга, его цѣль въ правѣ, напротивъ, отражаетъ лишь слабыя стороны его дарованія. Только литературный талантъ автора выступаетъ въ немъ съ тою же, можетъ быть даже съ большею, силой. Іерингъ оставляетъ здѣсь конкретную почву исторической дѣйствительности, и пытается построить совершенно отвлеченную теорію права на телеологической основѣ. Мы уже показали въ другомъ мѣстѣ внутреннюю несостоятельность всякаго телеологизма. Намъ нѣтъ основанія повторять здѣсь наши доводы вновь. Но нельзя не указать, что форма телеологизма, выбранная Іерингомъ, есть самая неудачная, самая наивная. Существуютъ двѣ главныя формы телеологизма: телеологизмъ оптимистическій и телеологизмъ пессимистическій. Оптимистическій исходитъ изъ предположенія, ничѣмъ, конечно, необыкновеннаго, что цѣли, которыми объясняется существованіе міра, совпадаютъ съ нашими субъективными человѣческими интересами, и что потому міръ развиваясь идетъ къ увеличенію человѣческаго счастья. Пессимистическій телеологизмъ, напротивъ, не признаетъ тождества субъективныхъ цѣлей человѣка и объективныхъ цѣлей міра. Онъ предполагаетъ противорѣчіе міровыхъ цѣлей, цѣлямъ индивидуальной жизни. Понятно, что если еще можно отстаивать телеологію, то только въ такой пессимистической формѣ, какъ это и дѣлаютъ новѣйшіе германскіе телеологи. Но Іерингъ удерживаетъ старую оптимистическую форму, сложившуюся въ то старое время, когда еще царилъ антропоцентризмъ.

Іерингъ полагаетъ, что природа хочетъ, чтобы родъ людской существовалъ. Но какъ достигнуть ей этой цѣли? Она заинтересовываетъ въ этомъ собственной эгоизмъ человѣка соединяя со всѣмъ тѣмъ, что ведетъ къ сохраненію человѣческаго рода, чувство удовольствія, съ тѣмъ, что ведетъ къ его гибели — чувство боли. Въ тѣхъ случаяхъ, когда страданія перевѣшиваютъ удовольствія, природа безсильна удержать человѣка отъ самоубійства. Онъ можетъ ей сказать: награда, которую ты мнѣ назначила за сохраненіе жизни, ничтожна въ сравненіи съ мученіями и страданіями, выпавшими на мою долю; это твоя собственная вина, если я тебѣ возвращаю твой даръ, неимѣющій

болѣе для меня никакой цѣны. Но природа позаботилась о томъ, чтобы въ общемъ удовольствія, перевѣшивали страданія.

Что удовольствія и страданія распредѣлены цѣлесообразно, это доказывается уже тѣмъ, что удовольствіе связано лишь съ произвольными отправленіями человѣческаго организма. Точно также страданіе всегда предупреждаетъ собою какую либо опасность для организма. Природа экономна въ раздачѣ удовольствій: она предоставляетъ его только тамъ, гдѣ она безъ него обойтись не можетъ, гдѣ ей надо заинтересовать человѣка какой-нибудь преміей. Тамъ же, гдѣ она сама устроиваетъ дѣло и цѣли ея достигаются механически, безъ участія человѣческой воли, напр. въ кровообращеніи, ростѣ волосъ, и т. п., тамъ нѣтъ мѣста удовольствію.

Способъ, какимъ природа заставляетъ человѣка служить своимъ цѣлямъ, даетъ человѣку образецъ того, какъ онъ самъ можетъ заставить другихъ служить его цѣлямъ.

Въ общественной жизни мы находили также частью механическое подчиненіе индивида общественнымъ цѣлямъ посредствомъ принужденія при исполненіи судебныхъ приговоровъ, взысканія налоговъ и т. п.; частью косвенное, психологическое, угрозой наказанія и надеждой на вознагражденія [1]).

Кромѣ неудачнаго выбора самой формы телеологизма, постановка, какую даетъ ему Іерингъ въ своей книгѣ, страдаетъ еще внутреннимъ противорѣчіемъ. Телеологія является у него, собственно говоря, безцѣльной. Телеологизмъ, признавая на ряду съ принципомъ причины существованіе самостоятельнаго принципа цѣли, дѣлаетъ это для того, чтобы придать принципу цѣли объективное значеніе, чтобы уйти отъ необходимости признавать существованіе лишь субъективныхъ, относительныхъ цѣлей. Съ признаніемъ существованія объективныхъ, міровыхъ цѣлей, принципъ цѣли теряетъ субъективный относительный характеръ. Объективная міровая цѣль не есть цѣль относительная, а цѣль абсолютная. Между тѣмъ у Іеринга этого мотива не было. Онъ признаетъ принципъ цѣли принципомъ относительнымъ. Но если не отрицать относительности принципа цѣли, то не зачѣмъ и прибѣгать къ телеологіи. Какъ относительный принципъ мы видѣли, принципъ цѣли найдетъ себѣ мѣсто и въ міровоззрѣніи, опирающемся исключительно на принципъ причинности, ибо субъективныя, относительныя цѣли не составляютъ самостоятельнаго принципа; это только частная форма причинъ [2]).

---

[1]) Zweck im Recht. I, Kap. III, ss. 38—52.

[2]) См. выше, § 6.

Къ сожалѣнію «Цѣль въ правѣ» остается до сихъ поръ неоконченной. Второй томъ, обѣщанный Іерингомъ на 1879 годъ, не появился еще и до сихъ поръ. А между тѣмъ самое обоснованіе основной мысли всей книги, что цѣль творитъ право, будетъ дано лишь въ этомъ второмъ томѣ. Точно также и примѣненіе этой общей и руководящей идеи къ важнѣйшимъ явленіямъ права. Вышедшій же первый томъ не содержитъ въ себѣ даже всей первой части труда, имѣющей какъ бы вводное, подготовительное значеніе. Недостаетъ заключительной главы, долженствующей опредѣлить соотношеніе эгоистическихъ и общительныхъ стимуловъ.

Напечатанъ только коротенькій конспектъ этой главы, дающій изложеніе лишь тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришелъ Іерингъ безъ обоснованія ихъ.

Іерингъ считаетъ основаніемъ всей теоріи нравственности понятіе нормы, велѣнія. Теперь обыкновенно понятіе нормы замѣняется понятіями добродѣтели, нравственнаго идеала. Изложеніе при этомъ выигрываетъ въ эстетичности и наглядности. Моралисты при этомъ становятся въ такое же отношеніе къ изучаемому объекту, какъ и естествоиспытатели, но вмѣстѣ съ тѣмъ совершенно заслоняется практическій характеръ нравственности. А при изслѣдованіи, при отысканіи этой нравственности эта сторона очень важна и никогда не должна быть опускаема изъ вниманія.

Понимая такъ ученіе о нормахъ, Іерингъ сводитъ все свое изслѣдованіе къ разрѣшенію трехъ новыхъ вопросовъ: 1) откуда берутся эти нормы, 2) чему онѣ служатъ и 3) что подчиняетъ имъ нашу волю?

Телеологическій характеръ ученія Іеринга приводитъ его къ тому, что на первое мѣсто онъ ставитъ второй изъ этихъ вопросовъ, вопросъ о цѣли этическихъ нормъ. Цѣль ихъ, по его мнѣнію—общество, и только общество, такъ что нравственный и общественный синонимы: мы можемъ безразлично употреблять одно изъ этихъ опредѣленій, вмѣсто другаго.

Что цѣлью нравственныхъ нормъ должно быть признано общество, это доказывается тѣмъ, что если бы цѣлью былъ индивидъ, требованія нравственности могли бы противорѣчить общественному благу, такъ какъ личное благо не включаетъ въ себѣ общественное и, напротивъ, общественное благо необходимо включаетъ въ себя и благо личности. Затѣмъ, если бы индивидъ былъ цѣлью нравственныхъ нормъ, онѣ должны бы были быть для всѣхъ совершенно одинаковыми. Вліяніе общественное при

этомъ было бы невозможно. Признаніе общества цѣлью нравственныхъ нормъ приводитъ насъ къ тому, что и нравственность есть тоже эгоизмъ, но только въ высшей формѣ: эгоизмъ общества. Стремленіе къ самосохраненію возвышается до нравственности, когда оно руководится сознаніемъ, что личное самосохраненіе обусловлено общественнымъ [1]).

Второй вопросъ теоріи нравственности сводится къ тому, должны ли мы признать источникомъ нравственныхъ нормъ природу или исторію, являются нравственныя начала намъ врожденными или же, напротивъ, лишь продуктомъ общественно-историческаго опыта? Іерингъ рѣшаетъ его въ томъ смыслѣ, что всѣ нравственныя начала, даже самыя элементарныя, суть продукты опыта. Природа создаетъ человѣка надѣленнымъ только эгоизмомъ, исторія же дѣлаетъ изъ него историческаго и общественнаго человѣка, другими словами, нравственнаго человѣка. Поэтому человѣкъ нравственности научается, научается даже тому, что не слѣдуетъ убивать, грабить, воровать. Нравственныя истины подобно спорамъ, носятся въ окружающемъ насъ воздухѣ и мы вдыхаемъ ихъ въ себя извнѣ.

Остается послѣдній вопросъ: что подчиняетъ нашу волю нравственнымъ нормамъ, какъ образуется нравственная воля? И оно создается обществомъ, воспитывающимъ насъ къ нравственности. Отъ природы же мы получимъ не два инстинкта: эгоизмъ и нравственное чувство, а только одинъ эгоизмъ. Нравственное чувство развивается въ человѣчествѣ ходомъ историческаго развитія.

Такимъ образомъ, нравственность представляется во всѣхъ отношеніяхъ *общественною*, но вмѣстѣ и *историческою*. Нравственныя нормы неподвижны. Онѣ мѣняются съ ходомъ исторіи и въ этомъ смыслѣ *относительны*. Нѣтъ нравственности, которая бы имѣла силу всегда и вездѣ. Каждый нравственный принципъ имѣетъ силу, значеніе только для той или другой отдѣльной стадіи историческаго развитія. Только историко-общественная теорія нравственности приводитъ къ признанію ея относительности. Напротивъ, построеніе нравственной теоріи на психологической основѣ необходимо приводитъ къ признанію абсолютныхъ, неизмѣнныхъ принциповъ нравственности.

Въ признаніи относительности этическимъ нормъ Іерингъ пошелъ значительно дальше исторической шкомы, отвергнувъ ея ученіе

---

[1]) Итакъ нравственность есть лишь просвѣтленный личный эгоизмъ. Какъ же помирить это съ тѣмъ, что цѣль ея есть „lediglich Gesellschaft“?

объ естественномъ происхожденіи права изъ народнаго духа. Онъ напротивъ, видитъ въ развитіи правъ продуктъ борьбы людскихъ интересовъ, право для него не саморазвивающійся порядокъ, а созданіе людей, борющихся за охрану каждый своихъ интересовъ. Этотъ взглядъ развитый имъ еще раньше появленія Zweck in Recht въ особой брошюрѣ едва ли можно согласить съ усвоеннымъ имъ теперь телеологическимъ міровоззрѣніемъ. Въ самомъ дѣлѣ, если вся исторія объясняется объективными цѣлями міра, которыя въ отношеніи къ человѣческой дѣятельности замѣняютъ законъ причинности, то источникомъ правъ должны быть признаны эти искони предсуществующія цѣли, а не борьба людскихъ интересовъ. Если опредѣляющее значеніе имѣетъ въ исторіи объективная цѣль, то борюсь ли я за свое право, или нѣтъ, оно должно реализоваться, если только требуется этой цѣлью. Признаніе источникомъ правъ борьбы интересовъ необходимо ведетъ къ объясненію его происхожденія по принципу причинности и къ отрицанію телеологизма.

ГЛАВА III.

Развитіе правовѣдѣнія въ Россіи [1]).

§ 19. Общая характеристика.

Излагая исторію правовѣдѣнія, мы до сихъ поръ ни слова не сказали о развитіи этой науки въ нашемъ отечествѣ. Мы сдѣлали это не потому, чтобы не считали дѣятельности русскихъ юристовъ достойной вниманія. Русскому юристу стыдно не знать своихъ предшественниковъ. Много или мало они сдѣлали, мы должны это знать. Да къ тому же мы можемъ пожаловаться развѣ только на малое число людей, посвящающихъ себя научному изученію права, но никакъ не на ихъ качество.

Если я обходилъ до сихъ поръ молчаніемъ русскую юридическую литературу, то это сдѣлано было лишь потому, что русское правовѣдѣніе имѣетъ свою особую исторію, неукладывающуюся въ общія рамки историческаго развитія правовѣдѣнія. Наше отно-

[1]) *Станиславскій* о ходѣ законовѣдѣнія въ Россіи 1853. *Благовѣщенскій.* Исторія методъ законовѣдѣнія въ XVIII и XIX вѣкѣ. Въ журналѣ М. Н. Пр. 1815 № VI и VII. *Дегай,* Пособія и правила изученія россійскихъ законовъ М. 1831. стр. 117—142. *Рененкампфъ.* Очерки юридической энциклопедіи. 1868, стр. 12—21.

шеніе къ западной наукѣ можно сравнить съ отношеніемъ глоссаторовъ къ римской юриспруденціи. И намъ приходится начинать съ усвоенія плодовъ чужой работы, и намъ прежде всего надо подняться до уровня иноземной науки. Но только наше положеніе менѣе благопріятно, наша задача несравненно тяжелѣе, нежели задача, выпавшая на долю глоссаторовъ. Предъ тѣми была наука уже законченная, довершившая свое развитіе, остановившаяся въ своемъ движеніи. Имъ некуда было торопориться, некого было догонять. Совсѣмъ инымъ представляется наше положеніе. Мы не можемъ, какъ они, спокойно работать надъ усвоеніемъ плодовъ опередившей насъ науки запада. Наука эта—наука живая. Она развивается съ каждымъ днемъ, идетъ впередъ, и намъ приходится сразу дѣлать два дѣла: и наверстывать старое и упущенное нами, и не отставать, поспѣвать за западной наукой въ ея прогрессивномъ развитіи. Тѣмъ не менѣе въ какихъ нибудь полтораста лѣтъ мы почти успѣли наверстать отдѣлявшую насъ отъ западныхъ юристовъ разницу въ слишкомъ шесть столѣтій.

Изученіе не только правовѣдѣнія въ собственномъ смыслѣ, но даже и этики появляется у насъ не ранѣе XVIII столѣтія. По крайней мѣрѣ мы не нашли указаній на преподаваніе практической философіи ни въ кіевской, ни въ московской академіи, которыя бы относились къ предшествующему времени. Такъ въ кіево-могилянской коллегіи преподаваніе философіи дѣлилось на три части: логику, физику и метафизику. Этика отсутсвуетъ. Изъ приведеннаго у Макарія Булгакова конспекта курса философіи, читаннаго Іосифомъ Кроковскимъ въ 1686 и 67 годахъ, видно, что онъ въ немъ обходилъ молчаніемъ всѣ этическіе вопросы [1]). Въ грамотѣ, данной въ 1682 году греко-славяно-латинской академіи царемъ Ѳедоромъ Алексѣевичемъ предназначается между прочимъ преподавать «ученіе правосудія духовнаго и мірскаго» [2]) но преписаніе это осталось неосущественнымъ [3]).

Первое изъ имѣющихся у насъ указаній на преподаваніе этики и политики относится къ училищу, открытому въ Москвѣ въ 1703 году. Первымъ ея директоромъ былъ Эрнстъ Глюкъ «лифляндскій препозитъ, нынѣ полоняникъ». Въ этомъ училищѣ извѣстнымъ также подъ именемъ «сарыкинскаго», потому

[1]) *Макарій Булгаковъ*, Исторія Кіевской академіи, Спб. 1843, стр. 66, 67.

[2]) Древн. Рим. Вивліоѳ. г. VI, стр. 397, *Смирновъ*, Исторія Московской академіи, Спб. 1855, стр. 12.

[3]) *Станиславскій* Ж. М. Н. Пр. 1853, LXXX, стр. 25.

что оно помѣщалось въ домѣ умершаго тогда боярина Василія Ѳедоровича Нарышкина [1]), нѣкто Іоаннъ Рейхмутъ училъ, между прочимъ, «изъ философіи дѣлательныя этику и политику». Школа эта была закрыта въ 1715 году [2]).

Точно также лишь при Петрѣ I получаетъ впервые опредѣленную организацію практическое обученіе праву въ учрежденіи коллегіи-юнкеровъ. О немъ говорится уже въ генеральномъ регламентѣ (гл. 36), но болѣе обстоятельныя опредѣленія о коллегіи-юнкеровъ находимъ въ изданныхъ въ слѣдующемъ 1722 году герольдмейстерской инструкціи и табели о рангахъ. Въ герольдмейстерской инструкціи [4]) предписывается учредить краткую школу для изученія гражданскихъ и экономическихъ дѣлъ, а табель о рангахъ [5]) даетъ болѣе точное обозначеніе состава этого обученія: «а именно: что касается до праваго суда, такъ же торгамъ внѣшнимъ и внутреннимъ къ прибыли имперіи и экономіи», словомъ, поясняетъ табель, «что коллежскимъ правленіямъ надлежитъ». Такимъ образомъ, уже здѣсь, замѣчаетъ Владимірскій-Будановъ, встрѣчается это соединеніе юридическаго образованія въ собственномъ смыслѣ съ экономическимъ, которому суждено было удержаться навсегда въ нашемъ юридическомъ образованіи» [6]) и, прибавлю я, составить его характерную и безъ сомнѣнія весьма счастливую особенность сравнительно съ тѣмъ образованіемъ, какое получаютъ обыкновенно западные юристы.

Табель о рангахъ опредѣлилъ также число юнкеровъ, какое могло быть въ каждой коллегіи, а именно „по 6 и 7 человѣкъ или меньше, а ежели болѣе надобно, то съ доклада.“

При военной коллегіи подобный же институтъ возникъ еще въ 1716 году, когда было приказано „для науки аудиторскихъ дѣлъ взять военную коллегію изъ шляхетскихъ недорослей двадцать человѣкъ добрыхъ и молодыхъ, грамотѣ и писать умѣющихъ [7]). Нашлось, одною, только *семь* человѣкъ, да и тѣ къ аудиторскому дѣлу оказались негодны за малолѣтствомъ. По вторичному требованію былъ выбранъ одинъ Макшѣевъ; но и тотъ

---

[1]) *Смирновъ*, Исторія моск. акад., стр. 82. *Владимірскій-Будановъ*, Государство и народное образованіе, I, стр. 275—282.

[2]) *Пекарскій*, Наука и литература I, стр. 126—132. *Бантышъ-Каменскій*, Словарь, II, стр. 33.

[3]) П. С. З. № 3896.

[4]) П. С. З. № 3890.

[5]) *Владимірскій-Будановъ*, стр. 175.

[6]) Указъ 11 апр. 1716, въ П. С. З. его нѣтъ; напечатанъ у Розенгейма.

былъ слабъ въ ариѳметикѣ [1]). О дальнѣйшихъ вызовахъ недорослей къ обученію аудиторской наукѣ нѣтъ никакихъ указаній. Вѣроятно позднѣе и въ военной коллегіи были примѣнены общія постановленія о коллегіи-юнкеровъ [2])

Преподаваніе права въ нарышкинскомъ училищѣ и въ коллегіяхъ не оставило однако послѣ себя никакого прочнаго результата. Они обращаютъ на себя наше вниманіе только, какъ первые попытки ввести у насъ изученіе права, но попытки неудачныя: не ими заложено было первое начало русскаго правовѣдѣнія. Эта заслуга всецѣло принадлежитъ нашимъ университетамъ, пересадившимъ на русскую почву и возрастившимъ на ней юридическую науку. Зародившаяся въ университетахъ, она и до сихъ поръ развивается, главнымъ образомъ, университетскими силами, такъ что развитіе юридической науки стоитъ у насъ въ тѣсной связи съ исторіей университетовъ. Причину этого понять не трудно. При слабомъ развитіи легературы профессорскія лекціи получали значеніе главнаго органа развитія юридической науки. Нерѣдко мы встрѣчаемся тутъ съ такимъ явленіемъ, что профессоръ, не оставившій почти никакихъ произведеній, профессоръ, имя котораго въ печати извѣстно лишь по двумъ-тремъ рѣчамъ, произнесеннымъ имъ на торжественныхъ университетскихъ актахъ, по своему вліянію на учениковъ долженъ быть поставленъ весьма высоко, какъ крупный дѣятель въ развитіи у насъ юридической науки. Аудиторія такого непечатавшагося профессора нерѣдко оказывалась питомникомъ лучшихъ силъ среди нашихъ юристовъ теоретиковъ и практиковъ и чрезъ нихъ вліяла и на развитіе права и на его разработку.

Это явленіе объясняется тѣмъ, что дѣятельность нашихъ ученыхъ юристовъ до самаго послѣдняго времени ограничивалась, главнымъ образомъ, усвоеніемъ результатовъ юридической науки запада. Новый профессоръ, обыкновенно поучившійся въ заграничныхъ университетахъ, приносилъ съ собой на каѳедру то лучшее, что онъ нашелъ и усвоилъ у западныхъ собратьевъ. Усвоеніе результатовъ западной науки и умѣлая передача ихъ своимъ слушателямъ составляло уже само по себѣ дѣло трудное и весьма почтенное. Работа этихъ дѣятелей ускоряла развитіе

[1]) *Розенгеймъ*, Очеркъ исторіи военно-судныхъ учрежд. въ Россіи стр. 174.

[2]) *Бобровскій*, Развитіе способовъ и средствъ для образованія юристовъ военнаго и морскаго вѣдомствъ въ Россіи Спб. 1879 стр. 259.

нашей юридической мысли, имѣвшей своей задачей прежде, всего возвыситься до уровня западной науки.

Заслуга этихъ людей очень велика. Но, передавая въ лекціяхъ только плоды западной науки, они не могли чувствовать внутренней потребности издавать свои произведенія въ свѣтъ. Являлось какое нибудь внѣшнее побужденіе напечатать, они печатали. И многія изъ напечатанныхъ такимъ образомъ актовыхъ рѣчей и диссертацій занимаютъ весьма видное мѣсто въ литературѣ. Не было такого побужденія, и имя профессора не появлялось въ печати и только въ устномъ преданіи сохранялась и распространялась его слава.

Если, такимъ образомъ, исторія русскаго правовѣдѣнія почти сливается съ исторіей русскихъ университетовъ, то понятно и главныя стадіи развитія у насъ юридической науки должны быть тѣ же, что въ развитіи университетскаго образованія. Дѣятельность академическаго университета въ Петербургѣ; первыя пятьдесять лѣтъ существованія московскаго университета; основаніе новыхъ университетовъ въ Харьковѣ, въ Казани, въ Петербургѣ въ первой четверти настоящаго столѣтія: университетскій уставъ 1835, изданіе дѣйствующаго университетскаго устава 1863 года—всѣ эти событія университетской жизни являются вмѣстѣ естественными рубежами послѣдовательныхъ стадій развитія русскаго правовѣдѣнія. Да иначе и не могло быть уже потому, что намѣченные мною періоды представляютъ собою и періоды нашего гражданскаго развитія. Время дѣятельности академическаго университета вѣдь это ничто иное, какъ средина прошлаго вѣка, эпоха рѣзкой борьбы русскаго съ иноземнымъ, когда наслѣдіе, оставленное великимъ преобразователемъ, пришедшимся не по плечу его пріемникамъ приходитъ въ упадокъ, разрушается, когда и въ управленіи и въ законодательствѣ, царитъ полнѣйшая неурядица. Первое полустолѣтіе московскаго университета совпадаетъ съ вѣкомъ Екатерины Великой, ея наказа, уложенной коммиссіи. Затѣмъ слѣдуетъ александровская эпоха, съ ея просвѣтительнымъ и либеральнымъ направленіемъ, когда Монтескье соперничавшій у насъ въ концѣ XVIII вѣка съ Вольфомъ, смѣняется Руссо и Кантомъ, когда чуть было не ввели у насъ французскихъ кодексовъ. На смѣну этой эпохѣ явился суровый режимъ Николая I, составителя Свода Законовъ, когда наука волей-неволей отрѣшенная отъ современныхъ практическихъ вопросовъ, обращается къ изученію исторіи нашего права. Наконецъ, дѣйствующій университетскій уставъ, ровестникъ важнѣй-

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

шихъ законодательныхъ реформъ прошлаго царствованія, манифеста 19 февраля, земскаго положенія, судебныхъ уставовъ. Предъ русскимъ юристомъ открывается теперь значительно расширившееся поприще общественной дѣятельности и историческое направленіе естественно смѣняется практическимъ.

§ 20. *Академическій университетъ* [1]).

Учрежденная въ 1725 г. по мысли Петра Великаго, Академія наукъ съ самаго начала предназначалась быть учрежденіемъ не только ученымъ, но и учебнымъ. Члены академіи должны были и читать лекціи, являлись и профессорами и такимъ образомъ при ней образовался, хотя и не получилъ прочной организаціи, первый въ Россіи университетъ.

Въ числѣ положенныхъ по уставу академическихъ кафедръ значилась и кафедра правовѣдѣнія. Неволинъ почему-то полагалъ, что кафедра эта оставалась въ ней постоянно праздной [2]). По это не вѣрно. Уже въ 1725 году (3 дек.) заключенъ былъ контрактъ съ Бекенштейномъ, читавшемъ тогда лекціи въ кенигсбергскомъ университетѣ и приглашеннымъ въ Академію на 5 лѣтъ профессоромъ правовѣдѣнія. Онъ прибылъ въ Петербургъ въ 1726 году и оставался тамъ до 1735, когда, уволенный изъ Академіи, онъ возвратился въ Кенигсбергъ. Сохранились извѣстія, что онъ, будучи академикомъ, составлялъ «исторію права публичнаго», а также по приказу Остермана написалъ «толкованіе о призначеніи на россійское уложеніе». Ни то, ни другое до насъ не дошло. Изъ напечатанныхъ его произведеній какое-либо отношеніе къ правовѣдѣнію имѣетъ развѣ руководство къ геральдикѣ, которая тогда считалась юридическимъ предметомъ. Въ заслугу Бекенштейну слѣдуетъ поставить, что онъ былъ однимъ изъ тѣхъ немногихъ академиковъ, которые исполняли возложенную на нихъ обязанность читать лекціи [3]). Кромѣ того, съ октября 1731 года онъ былъ приглашенъ къ участію въ занятіяхъ юстицъ-коллегіи эстляндскихъ и курляндскихъ дѣлъ [4]).

Одновременно съ Бекенштейномъ кафедру нравоучительной

---

[1]) *Пекарскій.* Исторія Академіи Наукъ. Спб. 2 тома. 1870, 1873. *Сухомлиновъ.* Исторія россійской Академіи. Выпускъ 2. 1875. стр. 4—38.

[2]) *Неволинъ.* Энциклопедія, II, § 1028, съ его словъ это повторяетъ и *Станиславскій*, Ж. М. Н. Пр. LXXX, стр. 27.

[3]) *Пекарскій.* Исторія Академіи, I, стр. 197—210.

[4]) Ученыя записки Академіи по I и III отд., т. III, стр. 680 есть исчисленіе предметовъ, которые онъ преподавалъ.

философіи занималъ Х. Фр. Гроссъ, читавшій лекціи по книгѣ Пуфендорфа «Объ обязанностяхъ гражданина и человѣка». Въ числѣ его учениковъ былъ, между прочимъ, князь Антіохъ Кантемиръ. Гроссъ составилъ также нѣсколько диссертацій по своему предмету [1]) Онъ находился въ Академіи съ 1725 года по 1731, когда получилъ мѣсто въ брауншвейгъ-вольфенбюттельбланкенбургскомъ посольствѣ въ Петербургѣ. При вступленіи на престолъ Елизаветы былъ привлеченъ къ слѣдствію и въ январѣ 1741 года лишилъ себя жизни, застрѣлившись изъ пистолета [2]).

Пріемникомъ Бекенштейна былъ Штрубе де Пирмонтъ, назначенный академикомъ въ 1738 году и бывшій до того секретаремъ Бирона. Онъ не отличался такой же строгой честностью и добросовѣстностью, какъ его предшественникъ въ академіи. Но это былъ человѣкъ весьма талантливый и ловкій, дѣятельный, бравшійся за какое угодно дѣло. Онъ оставилъ нѣсколько сочиненій по естественному праву [3]), а также и по русскому праву.

По русскому праву Штрубе оставилъ два произведенія; одно изъ нихъ—«Краткое руководство къ россійскимъ правамъ», не было напечатано и сохранилось лишь въ рукописномъ переводѣ академическаго переводчика Василія Лебедева [4]). Составлять это руководство Штрубе самъ предложилъ въ 1748 году Академіи, такъ какъ онъ считалъ неприличнымъ изъяснять юношеству въ Россійской имперіи гражданскаго права древнихъ римлянъ, а преподавать русское право совершенно невозможно, ежели на-

---

[1]) Учен. Зап. Акад., VII, привоженіе № 4.

[2]) *Пекарскій.* Ист. Акад. I, стр. 213—225.

[3]) До поступленія въ Академію въ 1732 году онъ напечаталъ въ Амстердамѣ Recherche de l'origine et des fondemens du droit de la nature, traduite d'un manuscrit anglais. Сдѣлавшись академикомъ, онъ издалъ въ 1740 г. Recherche nouvelle de l'origine et des fondemens du droit de la nature, представляющее лишь переработку перваго Recherche, но тутъ уже нѣтъ никакихъ указаній на англійскій оригиналъ и въ предисловіи Штрубе говоритъ о первомъ, какъ о своемъ оригинальномъ произведеніи. Слѣдуетъ поэтому думать, что, выдавая книгу изданную имъ въ 1732 г. за переводъ какой-то англійской рукописи, Штрубе поступилъ такъ изъ скромности и въ дѣйствительности это было его собственное произведеніе? Его Recherche nouvelle было переведено на голландскій языкъ и кромѣ того перепечатано въ Амстердамѣ (1744). Въ 1760 году онъ напечаталъ Introduction à la jurisprudence naturelle, предназначавшееся въ руководство для кадетскаго корпуса. Наконецъ въ 1774 г. онъ напечатанъ еще Catechisme de la nature, ou l'on a taché de mettre dans un plus grand jour les fondemens de la jurisprudence naturelle, de la morale strictement dite et de la politique privée. Здѣсь перепечатанъ первый трудъ Штрубе.

[4]) Рукопись Академической библіотеки по печатному каталогу № 98, in-folio, 2 тома.

передъ сочинено не будетъ краткое руководство къ россійскимъ правамъ, которое бы какъ учащіе, такъ и учащіеся въ основаніе ихъ упражненіе полагать могли.

Академія согласилась на это предложеніе и Штрубе получилъ даже при этомъ прибавку къ своему жалованью. Но въ 1755 г. это прибавочное содержаніе было прекращено, «понеже», говорится въ протоколѣ академической канцеляріи, «при точнѣйшемъ разсмотрѣніи оказалось, что оная книга сочинена не тѣмъ образцомъ, какъ онъ обѣщался и ее назвалъ, т. е. краткимъ руководствомъ, ибо въ оной ничего болѣе не учинено, какъ только что подъ краткими заглавіями расположены матеріи и содержаніе указовъ, регламентовъ и прочаго во всемъ ихъ пространствѣ отъ слова до слова, какъ напр. весь вексельный уставъ, весь воинской уставъ съ процессомъ, большая часть Уложенія и указной книги и пр.; почему упомянутая книга къ тому намѣренію, для котораго приказано было ему оную сочинять, т. е. россійскому юношеству, вмѣсто краткаго руководства, явилась неспособною и еще меньше того для внесенія въ оную отъ слова до слова всего того, что въ особливыхъ, напечатанныхъ уже книгахъ, содержится, — оную такимъ образомъ, какъ отъ него подано въ печать, произвесть за излишне признано» [1]) С этимъ приговоромъ академической канцеляріи никакъ нельзя согласиться. Книга Штрубе представляла собою систематически расположенную выборку дѣйствовавшихъ въ то время законовъ. Ничего другаго, конечно, и нельзя было ожидать отъ первой попытки составить руководство къ изученію дѣйствующаго русскаго права. Съ этого, естественно, надо было начать его изученіе. Что такая работа представлялась безусловно необходимой въ то время, что безъ нея нельзя было пойти дальше, лучше всего доказывается тѣмъ, что въ концѣ прошлаго и началѣ настоящаго столѣтія явился цѣлый рядъ совершенно такихъ же работъ, не представлявшихъ иногда даже и систематическаго изложенія, а замѣнявшихъ его просто азбучнымъ порядкомъ. И такіе сборники издавались не только для практическаго употребленія, но иногда прямо для цѣлей учебныхъ. Такимъ образомъ, признавъ печатаніе труда Штрубе «излишнимъ», академическая канцелярія сдѣлала этимъ только то, что трудъ Штрубе остался почти никому неизвѣстнымъ, скоро былъ забытъ, а черезъ тридцать лѣтъ другимъ вновь пришлось продѣлать ту же работу систематическаго изложенія дѣйствующаго законодатель-

[1]) У *Владимірскаго-Буданова* все это приписано Бекенштейну, см. стр. 185.

ства, какую уже разъ сдѣлалъ Штрубе и значеніе которой академія не съумѣла понять, можетъ быть, потому, что въ ней тогда, кромѣ Штрубе, не было ни одного юриста.

Другое произведеніе Штрубе, относящееся къ русскому праву, есть произнесенная имъ 6 сент. 1756 года рѣчь «Sur l'origine et les changements des lois russienes». Эта рѣчь была напечатана также и въ русскомъ переводѣ Семена Нарышкина «О началѣ и перемѣнахъ россійскихъ законовъ». Это есть первое печатное изслѣдованіе по исторіи русскаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ оно обращаетъ на себя вниманіе потому, что въ ней Штрубе примѣнилъ пріемы сравнительнаго изученія. Онъ именно сравнивалъ русскіе законы съ германскими, въ особенности съ датскими и шведскими, и его изслѣдованіе настолько изобиловало по тому времени фактами, что извѣстный историкъ Шлецеръ воспользовался имъ, между прочимъ, для подтвержденія своего мнѣнія о происхожденіи Руси.

Вскорѣ по произнесеніи этой рѣчи Штрубе поручено было изданіе французской газеты. Штрубе заявилъ было съ своей стороны условія принятія имъ такого порученія, требовалъ, между прочимъ, чтобы отъ него зависѣлъ выборъ статей. Но въ отвѣтъ на это ему пригрозили отставкой. Онъ началъ тогда изданіе, но не прошло и года, какъ онъ рѣшительно отказался отъ редакторства. Тогда академическая канцелярія уволила его изъ академіи, и хотя онъ жаловался на это сенату, въ академію онъ уже болѣе не воротился. Онъ служилъ потомъ въ коллегіи иностранныхъ дѣлъ. Годъ смерти его въ точности не извѣстенъ. Думаютъ, что онъ умеръ около 1790 года [1]).

Преемникомъ Штрубе былъ Георгъ Фридерикъ Федоровичъ [2]) съ 1759 по 1770 г.; это былъ вмѣстѣ и послѣдній юристъ въ Академіи.

Профессора правовѣдѣнія въ академическомъ университетѣ были все не русскіе. Но они воспитали первыхъ русскихъ образованныхъ юристовъ, хотя изучать собственно правовѣдѣніе находилось не много охотниковъ. Наиболѣе подробныя свѣдѣнія имѣются въ нашей литературѣ объ Алексѣѣ Яковлевичѣ Полѣновѣ (1738—1816) [3]). По окончаніи курса въ академическомъ университетѣ, гдѣ онъ слушалъ лекціи правовѣдѣнія у Федоровича, онъ былъ посланъ заграницу въ Страсбургъ и затѣмъ,

[1]) *Пекарскій.* Ист. Акад. I, стр. 671—689.

[2]) *Сухомлиновъ.* В. II, стр. 167.

[3]) А. Я. Полѣновъ, русскій законовѣдъ XVIII вѣка, статья *Д. В. Польнова* въ Русскомъ Архивѣ за 1865 годъ, стр. 445—470 и 703—736.

по собственному желанію, перешелъ въ Геттингенъ. Любопытно, что онъ придавалъ особое значеніе исторической подготовкѣ и потому посвятилъ значительную часть своего заграничнаго пребыванія изученію исторіи. Оно вызвало на него нареканія академическаго собранія, находившаго, что онъ этимъ уклоняется самовольно отъ указанной ему задачи изучать право. Сохранился любопытный отвѣтъ Полѣнова, въ которомъ онъ разъясняетъ академикамъ необходимость для юриста историческаго образованія, ссылаясь въ доказательство на представителей гуманистическаго направленія (Альціата, Куяція и др.) и голландской школы (Бинкерсгука, Скельтинга и пр.).

При посылкѣ Полѣнова имѣлось въ виду приготовить его къ замѣщенію въ академіи каѳедры правовѣдѣнія. Но отношенія, въ какія онъ сталъ къ Академіи, благодаря своему рѣзкому отвѣту академическому собранію, и въ особенности интриги, царившія тогда въ академіи, сдѣлали то, что онъ остался только переводчикомъ и, видя, что ему ничего лучшаго не дождаться, перешелъ на службу въ Сенатъ въ 1771 году.

Литературная дѣятельность Полѣнова выразилась въ нѣсколькихъ переводахъ [1]) и въ разсужденіи на заданную Вольнымъ экономическимъ обществомъ въ 1766 году тему: „*Что полезнѣе для государства, чтобы крестьянинъ имѣлъ въ собственности земли или только движимое имѣніе, и сколь далеко на то и другое его право простирается?*“ Разсужденіе Полѣнова, представлявшее рѣзкое осужденіе крѣпостнаго права, нѣкоторыми признано лучшимъ. Но другіе, „разсмотря сверхъ матеріи и самый слогъ, находили въ ономъ многія надъ мѣру сильныя и по здѣшнему состоянію неприличныя выраженія“. Поэтому, хотя автору и дана золотая медаль, но разсужденіе признано къ печатанію неудобнымъ [2]).

Въ исторіи юридическаго образованія въ Россіи играетъ нѣкоторую роль и кадетскій корпусъ. На второй годъ своего царствованія (1731 г.) Анна Іоанновна повелѣла, по предложенію Миниха, учредить «корпусъ кадетовъ, которыхъ обучать ариѳметикѣ, геометріи, рисованію, фортификаціи, артиллеріи, шпажному дѣйствію, на лошадяхъ ѣздить и прочимъ, къ воинскому искусству потребнымъ, наукамъ. А понеже не каждаго человѣка

[1]) Размышленія о причинахъ величества римскаго народа и его упадка Монтескье. 1739. Разсужденіе о причинахъ установленія или уничтоженія законовъ, соч. Фридриха II, 1769. О свойствахъ нравовъ человѣческихъ, соч. Ѳеофраста, 1772 г.

[2]) Оно напечатано въ Русскомъ Архивѣ, 1865, № 3.

природа къ одному воинскому склонна, такожъ и въ государствѣ не меньше нужно политическое и гражданское обученіе: того ради имѣть притомъ учителей чужестранныхъ языковъ, исторіи, географіи, *юриспруденціи*, танцованія, музыки и прочихъ полезныхъ наукъ, дабы, видя природную склонность, потому бы и къ ученію опредѣлять» [1]). Корпусъ былъ учрежденъ нарочно въ Петербургѣ, чтобъ въ немъ могли преподавать академическіе профессора [2]). Курсъ наукъ подраздѣлялся на четыре класса. Юриспруденціи, морали и геральдикѣ обучали во второмъ, предпослѣднемъ, классѣ. Въ первомъ, старшемъ, классѣ каждый занимался избранной имъ спеціальностью [3]).

Преподаваніе юриспруденціи было поручено нѣмцу Флюгу, обучавшему натуральному и гражданскому праву и сверхъ того нравоучительной философіи [4]). Въ архивѣ министерства юстиціи сохранился весьма любопытный аттестатъ 1739 года кадета Магнуса Фока. Относительно юридическихъ предметовъ въ немъ значится: „философія, юсъ натуры, институціонѣсъ, юстиніанѣсъ, пандектумъ и юсъ феудале: въ философіи Гейнеціи элемента, юсъ секундумъ ординемъ пандекторумъ до 41 книги дошелъ» [5]).

Юриспруденція не пользовалась, однако, популярностью. Изъ 247 русскихъ кадетъ только 11 училось въ 1733 году юриспруденціи, а изъ общаго числа 324—28 [6]). Эта нелюбовь къ юриспруденціи сохранялась и позднѣе, а потому въ 1740 году сенатъ опредѣлилъ обязательное число кадетъ для изученія права, а именно 24. Та-же мѣра повторена и въ 1748 году [7]). Вмѣстѣ съ тѣмъ сенатъ нашелъ тогда же, что „не безполезно есть, чтобъ онымъ изъ кадетовъ, обучающимся юриспруденціи, для знанія россійскихъ гражданскихъ правъ, въ нѣкоторые дни слушать уложеніе, уставы, регламенты и указы“, и въ силу этого предписалъ ввести слушаніе указовъ по два дня въ недѣлю [8]).

Въ 1742 году въ сенатъ были присланы съ аттестатами отъ Академіи наукъ обучавшіеся въ кадетскомъ корпусѣ юриспру-

---

[1]) *Мельницкій*, Сборникъ свѣдѣній, I, стр. 9.

[2]) *Соловьевъ*, XX, стр. 234.

[3]) *Мельницкій*, I, стр. 10.

[4]) *Владимірскій-Будановъ*, стр. 182. *Соловьевъ* XXII, 332 (въ нумераціи ошибочно она отмѣчена 232). Когда онъ поступилъ въ корпусъ? Соловьевъ говоритъ только, что съ 1746 по 1748 онъ обучалъ сверхъ юриспруденціи нравоучительной философіи и логикѣ.

[5]) *Соловьевъ*, XX, 474.

[6]) Чтеніе общ. Ист. и Др. Росс. 1862, I, стр. 172.

[7]) *Владимірскій-Будановъ*, 139, П. С. З. № 9532 (сент. 12).

[8]) *Владимірскій-Будановъ*, стр. 178. П. С. З. № 9532 (сент. 21? 1748 года).

денціи и другимъ наукамъ, Колошинъ, князь Цицiановъ [1]), Ляпуновъ и Поповъ. Сенатъ приказалъ опредѣлить Колошина въ юстицъ-коллегію, Цицiанова и Ляпунова — въ вотчинную, Попова [2])—въ судный приказъ [3]). Ляпуновъ въ 1754 году опредѣленъ членомъ коммиссіи, учрежденной тогда при сенатѣ для разсмотрѣнія уложенія [4]).

Въ XVIII вѣкѣ этика начинаетъ преподаваться и въ духовныхъ академіяхъ. Такъ, въ курсѣ Георгія Конисскаго, читанномъ въ 1749 г. въ кіевской академіи, встрѣчаемъ отдѣлъ этики [5]). До 1752 г. въ ней господствовала схоластика, замѣненная съ этого времени системой Баумейстера [6]). Въ инструкціи 1798 г. предписывалось въ высшемъ грамматическомъ классѣ преподавать книгу „О должностяхъ человѣка и гражданина“ — очевидно Пуфендорфа [7]).

§ 21. Московскій университетъ въ XVIII вѣкѣ [8]).

Указъ объ учрежденіи московскаго университета былъ подписанъ въ 1755 году въ татьянинъ день, ставшій съ того времени дорогимъ днемъ для всякаго образованнаго русскаго. Въ этотъ день празднуется годовщина университета, играющаго первенствующую роль въ исторіи нашего просвѣщенія. И до него существовалъ, какъ мы видѣли, университетъ академическій. Но это былъ университетъ *въ Россіи;* московскій университетъ—безспорно первый *русскій* университетъ. Въ немъ профессора—иноземцы живо смѣняются русскими, московскими же студентами.

Среди первыхъ профессоровъ Московскаго университета были два юриста: Дильтей и Шаденъ. Но Шаденъ первоначально чи-

---

[1]) Очевидно тотъ самый, который, какъ увидимъ, помогалъ Дильтею въ ознакомленіи съ русскимъ правомъ.

[2]) *Соловьевъ*, XXII, 331.

[3]) *Сухомлиновъ*, В. II, стр. 416.

[4]) *Соловьевъ*, XXIII, 247.

[5]) *Макарій Булгаковъ*, Исторія Кіевской Академіи, Спб. 1843, стр. 145.

[6]) Ibidem, стр. 146.

[7]) Ib. стр. 129.

[8]) *Морошкинъ*. Объ участіи московскаго университета въ образованіи отечественной юриспруденціи. Въ ученыхъ запискахъ Московскаго Университета, 1835 № 8. *Шевыревъ*. Исторія московскаго университета. М. 1855. Біографическій словарь профессоровъ московскаго университета 2 части. М. 1855. Рѣчи, произнесенныя въ торжественныхъ собраніяхъ московскаго университета русскими профессорами онаго. Изд. Общ. любителей россійской словесности. М. 1819 (съ біографіями).

талъ логику и реторику и только съ 1772 года сталъ читать естественное право и политику. Такимъ образомъ первое время (10 лѣтъ) весь юридическій факультетъ представлялъ одинъ Дильтей.

Филиппъ Генрихъ Дильтей (Dilthey), родомъ тиролецъ, докторъ правъ Вѣнскаго университета (1753 г.), прибылъ въ Москву въ 1756 году, въ сентябрѣ, и въ октябрѣ (31) уже открылъ свои лекціи рѣчью „О нуждѣ и пользѣ права, перстомъ Божескимъ во всѣхъ сердцахъ написаннаго“, а вскорѣ затѣмъ сталъ читать и приватныя лекціи на французскомъ языкѣ о правѣ натуральномъ. Плата за эти лекціи была 12 рублей и должно быть онѣ имѣли успѣхъ, такъ какъ уже въ 1760 году Дильтей купилъ себѣ въ Москвѣ домъ въ 1500 рублей. Въ каталогѣ лекцій на 1757 годъ Дильтей объявлялъ уже чтеніе по правамъ естественному, римскому, феодальному, уголовному, государственному, на четырехъ языкахъ, по выбору слушателей. Но главнымъ предметомъ его было естественное право, которое онъ излагалъ по Винклеру, Пуффендорфу и Нетгельблату. Кромѣ лекцій, Дильтей устраивалъ диспуты между своими слушателями на заданныя темы. Сколько извѣстно, первый такой диспутъ былъ 17 декабря 1756 года, о которомъ было объявлено, какъ объ „Опытѣ успѣховъ въ естественномъ правѣ, который подъ руководствомъ Ф. Г. Дильтея, обоихъ правъ доктора, и т. д., окажутъ студенты Иванъ Алексѣевъ и Матвѣй Елисѣевъ, отвѣтствуя на вопросы и противныя мнѣнія, которыя предложены быть имѣютъ отъ студентовъ же Семена Герасимова, Сергѣя Малиновскаго, Антонія Котцаурека и Петра Ямпольскаго въ университетской Авдиторіи“. Всѣхъ вопросовъ было семь. Капустинъ въ своей біографіи Дильтея приводитъ для примѣра послѣдній: „Совѣсть есть или предъидущая или послѣдующая, или достовѣрная, или вѣроятная, или правая, или ложная, или сомнительная, или на послѣдокъ безчувственная“. Любопытно, что это самое схоластическое подраздѣленіе совѣсти приводится ученикомъ Дильтея Десницкимъ, какъ примѣръ безплодныхъ схоластическихъ разсужденій. „Въ такомъ лабиринтѣ, замѣчаетъ при этомъ Десницкій, ищутъ общаго всѣмъ натуральнымъ правамъ начала. Теряютъ время трудящіеся въ такихъ отъ чувствъ человѣческихъ удаленныхъ изобрѣтеніяхъ [1]). Позднѣе темы для диспутовъ брались и изъ другихъ юридическихъ наукъ, напр. вексельнаго права.

[1]) Рѣчи профессоровъ Московскаго университета I, 234.

Въ 1765 году между университетскимъ начальствомъ и Дильтеемъ возникли неудовольствія. Дильтея обвиняли въ манкированіи лекціями и въ томъ, что часто является нетрезвымъ и ведетъ себя неприличнымъ образомъ. Результатомъ этого дѣла было удаленіе Дильтея изъ университета. Дильтей, однако, пожаловался сенату и 8 марта 1766 года состоялся собственноручный указъ Екатерины II о принятіи Дильтея снова на службу въ университетъ. Послѣ этой исторіи Дильтей сдѣлался значительно дѣятельнѣе и сталъ болѣе разнообразить свои лекціи. Въ 1772 г. онъ читалъ, между прочимъ, исторію русскаго права.

Дильтей напечаталъ два сочиненія юридическаго содержанія и нѣсколько университетскихъ актовыхъ рѣчей. Прежде всего слѣдуетъ указать «Начальныя основанія вексельнаго права, а особливо россійскаго купно съ шведскимъ», 1768. Книга эта, по собственному признанію автора, составлена по Гейнекцію и написана Дильтеемъ собственно на латинскомъ языкѣ, причемъ онъ заимствовалъ у Гейнекція его изложеніе цѣликомъ, тѣми же словами, не желая, какъ онъ объясняетъ въ предисловіи, чужое выдавать за свое и перифразировкой скрывать свой источникъ. Относительно русскаго права онъ руководствовался указаніями князя Дм. Павл. Ціціанова «мужа въ россійской юриспруденціи преискуснаго». Изложенію русскаго и шведскаго вексельнаго права предпослано изложеніе исторіи вексельнаго права, а въ концѣ книги, въ приложеніяхъ, приведены относящіяся къ векселямъ русскія узаконенія.

Вексельное право имѣло весьма большой успѣхъ. Оно выдержало шесть изданій; послѣднее изъ нихъ вышло въ 1801 г. Морошкинъ передаетъ, «что классъ дѣловыхъ людей, увлекшись порядкомъ и полнотою изложенія, принялъ его за руководство въ практикѣ, и нерѣдко забывалъ видѣть въ немъ произведеніе частнаго человѣка» [1]).

Другая книга Дильтея есть «Изслѣдованіе юридическое о принадлежащемъ для суда мѣстѣ, о судебной власти, о должности судейской, о челобитной и доказательствѣ судебномъ», 1779 года, на латинскомъ и русскомъ языкахъ. Тутъ главнымъ образомъ излагается римское право, но по всѣмъ вопросамъ сдѣланы соотвѣтствующія указанія на русское законодательство.

Кромѣ этихъ книгъ отъ Дильтея осталось нѣсколько рѣчей, произнесенныхъ имъ на университетскихъ актахъ [2]).

---

[1]) Ученыя Записки Моск. Унив. 1834, № 8, стр. 221.

[2]) О правахъ и преимуществахъ, отъ торжественнаго короноваія происходя-

Профессорская дѣятельность Дильтея, продолжавшаяся до самой его смерти, въ 1781 году, лучше всего можетъ быть оцѣнена указаніемъ на вышедшихъ изъ его аудиторіи русскихъ юристовъ. Въ этомъ отношеніи заслуги Дильтея весьма значительны. Изъ числа его учениковъ вышло довольно много дѣятелей на поприщѣ теоретическаго изученія права. Первое мѣсто между ними занимаютъ два воспитанника Московскаго университета, Семенъ Ефимовичъ Десницкій и Иванъ Андреевичъ Третьяковъ. Это первые русскіе профессора правовѣдѣнія. Оба они по окончаніи курса въ Московскомъ университетѣ [1]), были первоначально посланы въ Академію наукъ, въ Петербургъ, а оттуда въ Шотландію, въ Глазговъ, для изученія права и математики. Но оба они занялись исключительно правомъ и пріобрѣли въ Глазговѣ степень доктора права [2]). И когда по возвращеніи ихъ въ Москву въ 1767 году имъ назначили экзаменъ не только изъ правовѣдѣнія, но и изъ математики, Десницкій вовсе не пошелъ на экзаменъ, а Третьяковъ, хотя и явился, но обнаружилъ совершенное незнакомство съ математикой. Экзаменъ юридическій производился не одними профессорами Дильтеемъ и Лангеромъ [3]), но еще и присланнымъ по Высочайшему повелѣнію оберъ-секретаремъ третьяго департамента Сената, Самуиломъ Деномъ. При этомъ еще генералъ-прокуроръ прислалъ письменные вопросы, предложенные Сенатомъ. Это были вопросы по гражданскому праву, напр. «истолковать законъ о поручителяхъ и тѣхъ, кои кому прикажутъ въ чемъ вѣрить», «истолковать законъ о даваніи вещей на подержаніе». Кромѣ того предлагали вопросы Дильтей [4]), Лангеръ, Денъ. Юридическій экзаменъ и

щихъ. 1757 г. О воинственномъ, истинномъ и полномъ основаніи естественнаго права. 1763. О различіи истинной и точной юриспруденціи отъ ложной. 1764. Чего требуетъ справедливость законовъ, защищающихъ малолѣтній возрастъ, когда малолѣтніе окажутся обманщиками? 1768. О предоставленіи конкурса вексельныхъ кредиторовъ и векселей однимъ только купцамъ. 1771. О присутственныхъ мѣстахъ и разныхъ родахъ дѣлъ, вѣдѣнію каждаго принадлежащихъ. 1774. О разныхъ родахъ челобитенъ и просьбъ. 1676. О пользѣ знанія судебныхъ производствъ и ихъ рѣшеній. 1780. Кромѣ того, двѣ рѣчи не юридическаго содержанія.

[1]) До того Д. воспитывался въ московской академіи, а Тр. въ тверской гимназіи.

[2]) Третьяковъ напечаталъ тамъ диссертацію, посвященную имъ гр. Шувалову.— Disputatio juridica de in jus vocando. 1767.

[3]) См. ниже.

[4]) Вотъ примѣръ изъ его вопросовъ: Equum conduxi pro die, teneo ultra hunc terminum, equus fulmine altero die occiditur an restituere debeo? Responsio: Non; cedit enim Domino. — Contrarium statuerunt examinatores, quie conductor in culpa est; quod diutius tenuerit equum, nisi causa sit legitima, quo in casu ferre damnum debet dominus.

Десницкій и Третьяковъ выдержали успѣшно, но, по признанію обоихъ профессоровъ, Десницкій лучше Третьякова. Затѣмъ имъ было поручено чтеніе лекцій на юридическомъ факультетѣ: Десницкому чтеніе догмы римскаго права съ примѣненіемъ къ праву русскому, а Третьякову чтеніе исторіи права римскаго и естественнаго. Оба они стали читать по-русски. Профессора-иностранцы было противились этому, находя, что это поведетъ къ упадку въ университетѣ науки, но императрица разрѣшила вопросъ въ пользу русскаго языка [1]).

Преподаваніе Третьякова не оказало значительнаго вліянія. По всему видно, что онъ значительно уступалъ въ дарованіяхъ своему товарищу, Десницкому. Единственныя его произведенія— это три актовыя рѣчи. Изъ нихъ только одна имѣетъ непосредственное отношеніе къ преподаваемой имъ наукѣ: О римскомъ правленіи и разныхъ его премѣнахъ, 1761 года. Онъ дѣлилъ въ ней римскую исторію на три эпохи: царей, республики и имперіи [2]). Онъ умеръ въ 1779 году.

Болѣе значенія имѣетъ Десницкій. Отъ него остались также рѣчи [3]). Но ихъ гораздо больше, нежели рѣчей Третьякова и кромѣ двухъ, всѣ они имѣютъ своимъ предметомъ юридическіе вопросы и по содержанію гораздо любопытнѣе и оригинальнѣе рѣчей Третьякова. Кромѣ того, Десницкому принадлежитъ переводъ комментаріевъ Блэкстона [4]).

Изъ рѣчей Десницкаго прежде всего обращаютъ на себя наше вниманіе двѣ его методологическія рѣчи: Слово о прямомъ и ближайшемъ способѣ къ изученію юриспруденціи, 1768 года и Юридическое разсужденіе о пользѣ знанія отечественнаго законоискусства и о надобномъ возобновленіи онаго въ тосударственныхъ высокопокровительствуемыхъ училищахъ, 1778 года.

Въ первой изъ этихъ рѣчей Десницкій указываетъ четыре науки, изученіе которыхъ необходимо юристу: нравоучительную философію, натуральную юриспруденцію, римское право, отечественное право. Десницкій рѣшительно высказывается противъ отвлеченныхъ системъ нѣмецкихъ ученыхъ.

---

[1]) *Шевыревъ*, стр. 137—141.

[2]) Другія его рѣчи: 1767 года, О происхожденіи и учрежденіи университетовъ въ Европѣ и 1772 года: О причинахъ изобилія и медлительнаго обогащенія государствъ. См. Рѣчи моск. профессоровъ.

[3]) Кромѣ Рѣчей моск. проф. и Біографическаго словаря біографію Десницкаго можно найти у *Сухомлинова*, Исторія росс. академіи, 8.

[4]) Истолкованіе англійскихъ законовъ г. Блэкстона, въ 3-хъ томахъ. Москва, 1780—82. Переводъ этотъ сдѣланъ по Высочайшему повелѣнію.

Онъ болѣе склоненъ къ ученіямъ англійскихъ моралистовъ и особенно высоко ставитъ Юма и Адама Смита, «изъ которыхъ одинъ метафизику, а другой нравоучительную философію къ великому удовольствію ученаго свѣта издали». Говоря о натуральной юриспруденціи, онъ указываетъ на Гроція, какъ на основателя этой науки, и затѣмъ упоминаетъ Гоббеза, Кемберлонда, Пуффендорфа и Кокцея. «Пуффендорфовъ трудъ подлинно былъ излишній, ибо писать о вымышленныхъ состояніяхъ рода человѣческаго, не показывая какимъ образомъ собственность, владѣніе, наслѣдство и пр. у народовъ происходитъ и ограничивается есть такое дѣло, которое не соотвѣтствуетъ своему намѣренію и концу». Этотъ отзывъ тѣмъ любопытнѣе, что Пуффендорфъ былъ тогда, и еще долго послѣ, принятъ за руководство почти во всѣхъ учебныхъ заведеніяхъ, гдѣ читалось право. «Содержаніе юриспруденціи натуральной заключается, по мнѣнію Десницкаго, въ четырехъ частяхъ: 1) о произшествіи правленій въ разные вѣки и у разныхъ народовъ 2) о правахъ, происходящихъ въ обществѣ отъ различнаго состоянія и званія людей, 3) о правахъ, происходящихъ отъ различныхъ и взаимныхъ дѣлъ между обывателями и 4) о полиціи, или благоустроеніе гражданскомъ». Всѣ эти вопросы должны быть разрѣшены на основаніи сравнительно-историческихъ данныхъ. Во второй части должно между прочимъ показывать «историческимъ, метафизическимъ и политическимъ порядкомъ введеніе въ государствахъ порабощенія и закрѣпощенія народовъ, какое бываетъ порабощенія дѣйствіе въ разсужденіи цѣлаго отечества, какимъ образомъ и для какихъ причинъ въ иныхъ государствахъ оное уничтожено, а въ другихъ закоснѣло»; показавъ содержаніе натуральной юриспруденціи, Десницкій выясняетъ необходимость изученія римскаго и отечественнаго права и затѣмъ на разсмотрѣніе двухъ частныхъ вопросовъ «о произшествіи преимущества, власти и старшинства въ народахъ, отъ которыхъ происходитъ и ихъ правленіе» и «о родительской власти, которую у Римлянъ имѣлъ отецъ надъ своими дѣтьми, и которая примѣчается и у всѣхъ народовъ, когда они въ невѣжественномъ и варварскомъ состояніи находятся», какъ должны быть объясняемы юридическіе институты. При этомъ Десницкій идетъ путемъ сравнительно-историческаго изученія и хотя матеріалъ, какимъ онъ располагаетъ, весьма скуденъ, но уже самая замѣна отвлеченнаго демонстративнаго метода вольфіанцевъ сравнительно-историческимъ нельзя не признать серьезной его заслугой. Съ тѣмъ же характеромъ трезваго сравнительно-историческаго изслѣдованія представляются и

его рѣчи *о началѣ и происхожденіи супружества у первоначальныхъ народовъ и о совершенствѣ, къ какому оное приведеннымъ быть кажется послѣдовавшими народами просвѣщеннѣйшими* и *юридическое разсужденіе о разныхъ понятіяхъ, какія имѣютъ народы о собственности имѣнія въ различныхъ состояніяхъ общежительства*, гдѣ установленіе и развитіе института собственности объясняется послѣдовательными измѣненіями экономическаго быта.

Кромѣ того отъ Десницкаго сохранились еще рѣчи «о причинахъ казней криминальныхъ» «о вещахъ священныхъ, святыхъ и принятыхъ въ благочестіе» и «о пользѣ знанія отечественнаго законо-искусства» и переводъ комментаріевъ на англійскій законъ Блэкстона.

Изъ другихъ учениковъ Дильтея вслѣдъ за Десницкимъ и Третьяковымъ по справедливости долженъ быть поставленъ Золотницкій, авторъ перваго на русскомъ языкѣ печатнаго оригинальнаго сочиненія юридическаго содержанія: Сокращеніе естественнаго права, выбранное изъ разныхъ авторовъ для пользы россійскаго общества. Спб. 1764.

Владиміръ Трофимовичъ Золотницкій родился въ 1741 году въ кіевской губерніи отъ отца священника. Окончивъ курсъ наукъ въ кіевской духовной академіи онъ перешелъ въ 1760 году въ московской университетъ. Будучи студентомъ, онъ участвовалъ въ издававшемся университетомъ подъ редакціей Хераскова «Полезномъ увеселеніи», а также въ періодическомъ изданіи профессора Рейхеля: «Собраніе лучшихъ сочиненій къ распространенію знанія и къ произведенію удовольствія или смѣшанная библіотека о разныхъ физическихъ, экономическихъ, тако-жъ до мануфактуръ и до коммерціи принадлежащихъ вещахъ», начавшемся съ 1762 г. [1]). По окончаніи курса былъ преподавателемъ въ Сухопутномъ кадетскомъ корпусѣ, а затѣмъ переводчикомъ московской Камеръ-коллегіи. Въ 1771 году перешелъ въ строевую службу и кончилъ жизнь (когда ?) полковникомъ днѣпровскаго пикинернаго полка. Кромѣ названной онъ издалъ еще нѣсколько книгъ неюридическаго содержанія [2]).

Въ противоположность Десницкому, Золотницкій находится подъ исключительнымъ вліяніемъ школы естественнаго права. Историческаго пониманія въ его книгѣ нѣтъ и слѣда. «Естественное право», по его опредѣленію, «есть знаніе, какъ натуральныхъ

[1]) *Шевыревъ*, 93 и 94.
[2]) Словарь митр. Евгенія.

законовъ, въ первенственномъ, натуральномъ состояніи наблюдаемыхъ, такъ дѣйствій и случаевъ, относящихся къ онымъ». Въ опредѣленіи основнаго начала естественнаго права Золотницкій впадаетъ въ эклектицизмъ. «Нѣкоторые, говоритъ онъ, поставляютъ началомъ естественнаго права собственную пользу, другіе страхъ, схоластики справедливость и святость Божію, а другіе различныя начала вымыслили: но понеже разсуждая о семъ пространно, никакого почти такого предложенія (изъ котораго всѣ натуральные законы имѣютъ свое основательное произхожденіе) найти не можно, то въ сокращенномъ смыслѣ предопредѣливши нѣкоторое знаніе о Богѣ и о самомъ себѣ, можемъ, вмѣсто сего начала въ естественномъ правѣ принять себѣ слѣдующее: *познавай себя*. Изъ сего троякія натуральныя человѣческія должности могутъ произойти. Разсматривая прилежно сіе предложеніе, узнать скоро и легко можно, что мы не сами собою на сей свѣтъ произведены, но есть такое существо, которое насъ на свѣтъ произвело, сохраняетъ насъ и управляетъ свѣтомъ. Здѣсь представится произходительный изъ сего законъ, который предлагаетъ намъ сію первую должность, чтобъ почитать Бога. Въ продолженіи сего предложенія откроется намъ второй законъ другой должности въ разсужденіи насъ самихъ, то-есть, чтобъ сохранять себя и приводить всегда въ лучшее совершенство, поелику есмь созданіе столь всесильнаго Творца. Наконецъ, и третій законъ послѣдней должности узнаемъ, чтобъ почитать и любить общество, поелику мы одни безъ помощи другихъ въ свѣтѣ безопасно и безнуждно жить не можемъ». Однако черезъ нѣсколько страницъ, вмѣсто этихъ трехъ, выставляется одинъ «первый натуральный законъ, на которомъ всѣ прочія основаны: изъ многихъ дѣйствій, состоящихъ въ твоей власти, избирай то, что полезнѣе и честнѣе».

Укажемъ тутъ же и на другихъ учениковъ Дильтея, менѣе извѣстныхъ, но все же заслуживающихъ упоминовенія, какъ первые дѣятели на почвѣ русской науки права.

Въ 1777 году, бывшій воспитанникъ московскаго университета, подпоручикъ Артемьевъ [1]) издалъ «Краткое начертаніе римскихъ и россійскихъ правъ съ показаніемъ купно обоихъ равномѣрно какъ и чиноположенія оныхъ исторій. (М. при имп. университетѣ стр. 190). Въ началѣ тутъ дается догматическое

[1]) Алексѣй Артемьевичъ, перешедшій затѣмъ въ гражданскую службу и бывшій экзекуторомъ московскаго университета. Ему принадлежитъ также нѣсколько періодовъ, *Геннади* словарь р. п. Вмѣстѣ съ Борзовымъ онъ перевелъ вексельное право Дильтея на русскій языкъ.

изложеніе римскаго гражданскаго права съ сравнительными указаніями на русское законодательство (стр. 1 — 119). Затѣмъ излагаются отдѣльно исторіи русскаго и римскаго права, весьма, впрочемъ, краткія. Къ каждой изъ исторіи приложена такъ называемое авторомъ «чиноположеніе», т.-е., объясненіе названій различныхъ должностей. Но въ «чиноположеніи россійскомъ» находимъ, наряду съ объясненіемъ словъ бояринъ, окольничій и т. п., и такія слова, какъ воръ, алтынъ, тюрьма и т. п., расположенныя безъ всякой системы.

Мѣста, касающіяся русскаго права, вообще очень скудны содержаніемъ и не обнаруживаютъ въ авторѣ большого знакомства ни съ исторіей, ни съ догмой русскаго права. Митрополитъ Евгеній говоритъ, что сочиненіе это выбрано Артемьевымъ изъ лекцій проф. Дильтея [1]).

Иванъ Борзовъ, вмѣстѣ съ Артемьевымъ, перевелъ на русскій языкъ вексельное право Дильтея, вышедшее въ 1768 году. Кромѣ того сохранилось извѣстіе, что на актѣ 30 іюня 1769 г. онъ читалъ свое разсужденіе: «Къ однимъ ли купцамъ, или ко всякому изъ обывателей въ государствѣ векселя принадлежать могутъ» [2]).

Болѣе значенія въ исторіи русскаго правовѣдѣнія имѣетъ Роговъ, Андрей Петровичъ (1742—1811). Въ самый годъ основанія университета онъ поступилъ въ состоявшую при университетѣ гимназію, а въ 1763 году произведенъ въ студенты. Въ 1767 г., окончивъ курсъ, онъ былъ назначенъ въ гимназію преподавателемъ математики, и только съ 1804 года сталъ преподавать вексельное право по руководству Дильтея. Эту каѳедру онъ занималъ до самой смерти.

Не смотря на то, что изъ аудиторіи Дильтея вышло, такимъ образомъ, нѣсколько болѣе или менѣе самостоятельныхъ русскихъ дѣятелей на поприщѣ правовѣдѣнія, въ юридическомъ факультетѣ еще долго преобладали иностранцы. Мы уже упоминали о Лангерѣ. Онъ былъ приглашенъ въ университетъ еще до возвращенія Десницкаго и Третьякова въ 1764 году, когда Дильтей чуть было не былъ удаленъ. Онъ читалъ естественное право, народное право, политику — все это, руководствуясь Вольфомъ и Нетгельбладтомъ Ни преподавательная, ни литературная его дѣятельность не имѣла большого значенія [3]).

---

[1]) Словарь русскихъ писателей. Изд. Москвитянина I, стр. 6.

[2]) *Шевыревъ*, 165.

[3]) Отъ него сохранились четыре латинскія рѣчи юридическаго содержанія. Со-

Въ 1778 году юридическій факультетъ обогатился еще однимъ профессоромъ-иностранцемъ—Шаденомъ (Ioannes Matthias Schaden). Онъ былъ въ числѣ первыхъ профессоровъ московскаго университета, но сначала читалъ предметы не юридическіе. Съ 1772 года онъ сталъ читать на философскомъ факультетѣ практическую философію и этику по Винклеру, Эрнесту, Федеру и Якобу. Открывая этотъ курсъ, онъ 2 августа 1772 г. прочелъ рѣчь de haeresibus Criticorum. Кромѣ того, онъ объяснялъ Пуффендорфа, De officiis hominis et civis; излагалъ Народное право по Ваттелю, Политику по Билифельду, «Правила приватнаго благоразумія или экономіи», сокращенную общую исторію всѣхъ нравственныхъ наукъ, право естественное, всеобщее государственное право по Ахенвалю и нѣсколько разъ читалъ политику. Въ 1778 г. онъ тѣ же лекціи перенесъ на юридическій факультетъ, причемъ изложеніе общаго государственнаго права соединилъ съ изложеніемъ государственнаго права русскаго.

Шаденъ былъ воспитанъ на ученіяхъ вольфовой школы и большая часть его курсовъ запечатлѣны тѣмъ же направленіемъ. Но Шаденъ не остановился на томъ запасѣ знаній, какой вывезъ съ собою изъ тюбингенскаго университета. Онъ слѣдилъ за новыми явленіями философской литературы и къ концу своей жизни въ своихъ лекціяхъ перешелъ уже отъ Вольфа къ Канту. Въ каталогѣ лекцій на $179^{6}/_{7}$ учебный годъ Шаденъ объявлялъ, что будетъ продолжать «начатую имъ въ прошломъ году нравственную философію или науку образованія нравственности и совѣсти, яко основаніе всѣхъ узаконеній и наблюденія оныхъ, сообразуясь въ томъ началомъ критической философіи и примѣняя индѣ г. Якобу».

Курсъ, читанный въ этомъ году, былъ послѣднимъ курсомъ Шадена. 28 августа 1797 года онъ умеръ.

Ученики Шадена, между которыми мы находимъ такихъ какъ Фонъ-Визинъ, Карамзинъ, Цвѣтаевъ, сохранили о немъ самую хорошую память. Надо думать, что монархическій образъ мыслей Карамзина, воспитывавшагося даже въ частномъ пансіонѣ Шадена, сложился въ значительной степени подъ вліяніемъ лекцій этого профессора, который въ своихъ рѣчахъ является рѣшительнымъ монархистомъ.

Отъ Шадена остались только его латинскія рѣчи, произно-

держаніе ихъ изложено въ біографіи Лангера, Словарь профессоровъ московскаго университета, I, стр. 447.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., д. 7.

сившіяся на университетскихъ актахъ, да и тѣ не касаются прямо вопросовъ права.

Потеря Шадена для юридическаго факультета тѣмъ болѣе чувствительна, что ему тогда не съумѣли найти лучшаго преемника, какъ профессора медицины Скіадана [1]). Занявъ каѳедру естественнаго и народнаго права, Скіаданъ сразу шагнулъ на два столѣтія назадъ: къ критической философіи Канта онъ относился пренебрежительно, называя ее подогрѣтыми щами, crambe bis coctum и преподавалъ свой предметъ по Пуффендорфу.

Въ 1782 г. на мѣсто Дильтея былъ приглашенъ новый профессоръ Баузе, извѣстный тогда по своей дѣятельности въ должности инспектора въ нѣмецкомъ училищѣ св. Петра.

Баузе еще болѣе Дильтея сроднился съ новымъ своимъ отечествомъ. Онъ очень интересовался русскими древностями и составленное имъ собраніе русскихъ древностей, судя по отзыву Калайдовича, было единственнымъ въ своемъ родѣ. Къ сожалѣнію оно погибло во время нашествія французовъ въ 1812 году. Изученіе древностей сказалось и на лекціяхъ Баузе, который онъ пересыпалъ разсказами о русскихъ древностяхъ. Подъ вліяніемъ этихъ лекцій и развилось въ Калайдовичѣ стремленіе къ изученію старины.

Полюбивъ Россію, Баузе защищалъ ее отъ нападокъ иностранцевъ. Таково содержаніе его рѣчи: Oratio de Russia ante hoc saeculum non prorsus inculta, nec parum adeo de litteris earumque studiis merita. 1796 г.

Эта рѣчь для своего времени представляла рѣдкое знакомство съ древней Россіей и даже послужила объектомъ плагіата со стороны нѣкоего нѣмца Шредера и неизвѣстнаго русскаго автора статьи «что сдѣлано въ Россіи для просвѣщенія» въ «Вѣстникѣ Европы» за 1807 г. №№ 1 и 2.

Въ своемъ преподаваніи Баузе, подобно своимъ предшественникамъ, слѣдовалъ ученіямъ Вольфовой школы. Римское право, которое онъ сталъ преподавать послѣ Пургольда, съ 1791 года, онъ читалъ по Гейнекцію.

Единственное произведеніе Баузе юридическаго содержанія это его вступительная рѣчь: Oratio de jurisprudentia ejusque do-

[1]) Онъ былъ грекъ по происхожденію и племянникъ извѣстнаго Аѳанасія Скіады, преподававшаго послѣ Софронія Лируды греческій языкъ въ московскомъ типографскомъ училищѣ. Замѣтимъ также, что Аѳанасій Скіада до поступленія въ училище былъ съ 1720—22 года оберъ-аудиторомъ при кавалеріи. *Чистовичъ*, Исторія с.-петербургской академіи, стр. 13.

cendae et discendae ratione [1]). Въ этой рѣчи Баузе весьма энергично возстаетъ противъ исключительно практическаго направленія.

Слѣдуетъ упомянуть также, что Баузе первый въ Россіи читалъ юридическую энциклопедію по Стефану Пюттеру [2]).

Подъ конецъ жизни, похоронивъ двухъ женъ и разведясь съ третьей, онъ сталъ вести весьма невоздержный образъ жизни и потому принужденъ былъ выйти въ отставку въ 1811 году. Въ слѣдующемъ году, 26-го мая, онъ умеръ.

Другимъ преподавателемъ у насъ энциклопедіи права въ XVIII вѣкѣ былъ Пургольдъ [3]), лекціи котораго значатся первый разъ въ каталогѣ 1787 года. Онъ былъ собственно профессоромъ римскаго права. Кромѣ энциклопедіи и институцій, которыя онъ излагалъ сравнительно съ русскимъ правомъ, онъ читалъ еще въ 1789/90 году «Введеніе въ право россійское», въ которомъ излагалъ «начертаніе дѣлъ политическихъ, образа правленія, учрежденій гражданскихъ и военныхъ, равнымъ образомъ и начертаніе исторіи законовъ россійскихъ древняго и средняго вѣка, такъ какъ и самаго новѣйшаго времени». Онъ числился профессоромъ до 1796 года, но по болѣзни не читалъ лекцій уже съ 1790 г.

Еще раньше Пургольда, въ 1782 году, «теоретическій, искуснѣйшій профессоръ», Якобъ Шнейдеръ, читалъ лекціи по Монтескье о духѣ законовъ — для студентовъ на латинскомъ, для дворянъ на французскомъ языкѣ. Результатомъ этихъ лекцій явилась книга Шнейдера.—Разсужденія на Монтескіеву книгу о разумѣ законовъ, или уроки всеобщей юриспруденціи, преподаваемые въ московскомъ университетѣ. Москва 1782. (на французскомъ и русскомъ языкахъ).

Эти лекціи нельзя, однако, считать проявленіемъ историческаго направленія Шнейдера.

Онъ остановился на ней просто какъ на модной книгѣ того времени, не сознавая, что она въ корнѣ подрываетъ ту почву, на которой царила въ то время въ Германіи Вольфова школа. Рядомъ съ лекціями по Монтескье у него идетъ чтеніе римскаго права все по тому же Гейнекцію и Неттельбладту, служившихъ основой лекцій всѣхъ профессоровъ—иностранцевъ того времени.

Кромѣ лекцій по Монтескье, имѣется еще произнесенная

---

[1]) Напечатано въ Московскихъ Вѣдомостяхъ, 1782, № 96, стр. 761—762.

[2]) *Шевыревъ*, 226.

[3]) *Шевыревъ*, 228.

Шнейдеромъ въ 1785 году на актѣ Oratio solemnis de praestantia jurisprudentiae.

Шнейдеръ читалъ въ университетѣ очень не долго. Въ каталогѣ лекцій на 1789 годъ его имя уже не упоминается.

На ряду съ этими нѣмцами дѣйствовали и русскіе профессора. Мы указывали уже на Рогова, ученика Дильтея. Въ 1786 году былъ опредѣленъ на службу въ университетъ ученикъ уже Десницкаго Захарій Аникѣевичъ Горюшкинъ (1738—1821). Это былъ человѣкъ, не получившій никакого школьнаго образованія. Лѣтъ тринадцати онъ поступилъ на службу въ воеводскую канцелярію, «не имѣвши, по его собственнымъ словамъ, предварительно понятія ни объ одной изъ наукъ съ однимъ только обыкновеннымъ понятіемъ читать и писать по россійски». Но Горюшкинъ самъ стремился пополнить недостатокъ образованія изученіемъ, уже въ зрѣломъ возрастѣ, русской грамматики, ариѳметики и логики и чтеніемъ множества книгъ богословскаго, философскаго, историческаго и юридическаго содержанія. Мало того. Онъ посѣщалъ лекціи Десницкаго, сознавъ «суету одного практическаго изученія юриспруденціи».

Лекціи Десницкаго имѣли на него, по словамъ Морошкина, чрезвычайно большое вліяніе, внушивъ ему стремленіе къ теоретической обработкѣ русскаго права [1]). Извѣстность, какую Горюшкинъ пріобрѣлъ въ Москвѣ, какъ знатокъ русскаго права, побудила тогдашняго директора университета, П. И. Фонъ-Визина, пригласить его къ преподаванію студентамъ практическаго законовѣдѣнія.

Первоначально онъ читалъ подъ наблюденіемъ и руководствомъ профессора Шнейдера. Въ 1790 году, при открытіи класса практической русской юриспруденціи въ Благородномъ университетскомъ пансіонѣ, онъ занялъ эту каѳедру и въ немъ прочелъ вступительную лекцію: О нуждѣ всеобщаго знанія россійскаго законоискусства и о томъ, что несравненно тягостнѣе пріобрѣтать сію науку навыкомъ при отправленіи дѣлъ въ судебныхъ мѣстахъ, нежели по правиламъ, избраннымъ изъ законовъ» [2]).

Литературная дѣятельность Горюшкина выразилась, кромѣ этой рѣчи еще въ трехъ описаніяхъ судебныхъ дѣйствій 1807, 1818 и 1815 гг., и въ разсужденіи объ устроеніи нравствен-

[1]) *Морошкинъ*. Объ участіи Московскаго Университета въ образованіи отечественной юриспруденціи. Ученыя записки Московскаго Университета, 1834, № 3, стр. 233.

[2]) Лекція эта напечатана въ I томѣ Законоискуства.

наго состоянія подданыхъ, и въ Руководствѣ къ познанію россійскаго законоискусства, четыре переплета 1811—1816.

Это Руководство — главный трудъ Горюшкина. Характеръ книги довольно вѣрно опредѣляется эпиграфомъ ея, взятомъ изъ Наказа: «Прилѣжаніе и радѣніе все преодолѣваетъ». Дѣйствительно, если произведенія «россійскаго законоискусника» [1]) и отличаются чѣмъ, такъ это прилежаніемъ, радѣніемъ, но отнюдь не талантливостью. Мѣткая оцѣнка книги сдѣлана еще П. Хавскимъ.

«Г. Горюшкинъ издалъ огромный трудъ сей по своей системѣ. Сіе сочиненіе имѣетъ главныя раздѣленія на четыре переплета, переплеты на главы, главы на отдѣленія, отдѣленія на раздѣленія и на главы, и далѣе на составы, степени, виды, отдѣлы, раздѣлы, статьи, знаки, буквы. Отдадимъ справедливость сему почтенному мужу, отличавшемуся въ свой вѣкъ трудолюбіемъ по части законоискусства» [2]) Каково содержаніе иныхъ изъ этихъ буквъ и знаковъ, можно судить по слѣдующимъ примѣрамъ: «§ 4137: О правахъ и обязанностяхъ татаръ. Что суть татаре? Тѣ сего имени народы, которые пріобрѣтены къ Россіи?» И только! Или вотъ еще: «Членъ 3-й. О насѣкомыхъ. § 4195. Насѣкомыя суть или приносящія пользу, или вредныя; какъ увидимъ въ двухъ члена сего составахъ. Составъ 1-й. О насѣкомыхъ, приносящихъ пользу. § 4196. Насѣкомыя, приносящія пользу суть пчелы. Составъ 2-й. О насѣкомыхъ вредныхъ. § 4196. Насѣкомыя, приносящія вредъ, суть саранча».

Авторъ различаетъ, какъ самостоятельныя отрасли права: право божеское, человѣческое и животныхъ. Право человѣческое распадается на естественное и общественное, а послѣднее на домашнее, сосѣдское, сельское, уѣздное, городское, губернское, государственное и народное. «Законоискусство» вообще не богато обобщеніями, читатель теряется въ массѣ лишь внѣшнимъ образомъ упорядоченнаго матеріала.

Нельзя не указать также, что Горюшкинъ былъ однимъ изъ доблестныхъ представителей нашего судебнаго персонала того времени, рѣзко выдѣляясь надъ общимъ уровнемъ строгою честностью. Въ дѣлѣ Новикова онъ проявилъ высокое гражданское мужество [3]).

---

[1]) Подпись къ портрету автора въ первомъ переплетѣ Руководства.

[2]) *Ховскій.* Лекція читанная при публичномъ преподаваніи въ канцеляріи 6 департамента Сената, пріуготовляемымъ въ аудиторы для армейскихъ полковъ. Москва. 1818. стр, 12.

[3]) *Скобичевскій.* Исторія цензуры, въ „Отеч. Запискахъ“ за 1882 г.

Внѣ университета изученіе права сохраняетъ исключительно практическій характеръ. Къ концу XVIII вѣка появляется довольно много сборниковъ законовъ Лонганса [1]), Чулкова [2]), Правикова [3]). Нельзя не упомянуть также объ относящемся къ этой эпохѣ первомъ у насъ сборникѣ судебныхъ процессовъ: Театръ судовѣдѣнія или чтенія для судей и всѣхъ любителей юриспруденціи, содержащее достопримѣчательныя и любопытныя судебныя дѣла, юридическія изслѣдованія знаменитыхъ правоискусниковъ и прочія сего рода произшествія, удобныя просвѣщать, трогать, возбуждать къ добродѣтели и составлять полезное и пріятное времяпрепровожденіе. Собралъ Василій Новиковъ. 6 частей. 1691—99.

§ 22. Первая четверть XIX вѣка.

Первые годы настоящаго столѣтія представляли общее оживленіе общественной жизни и мысли, отражавшееся и на университетахъ. Но къ сожалѣнію это оживленіе не могло дать сколько-нибудь прочныхъ и значительныхъ результатовъ въ разработкѣ науки права.

Народная война вскорѣ отвлекла къ себѣ всѣ силы, заслонила собой всѣ другіе интересы. А послѣ возстановленія мира началась въ правительственныхъ сферахъ реакція, остановившая въ самомъ началѣ развитіе тѣхъ новыхъ начинаній, которыя было возникли въ первыя годы царствованія Александра I. Общій характеръ этой эпохи отразился и на правовѣдѣніи. И тутъ это время представляетъ рядъ несбывшихся, обманутыхъ надеждъ. Молодые профессора-юристы, съ блескомъ выступившіе въ это время на кафедрахъ московскаго и петербургскаго университетовъ, далеко не выполнили тѣхъ надеждъ, какія на нихъ возложили. Таковы въ особенности Куницынъ, читавшій естественное право въ петербургскомъ университетѣ и Цвѣтаевъ, читавшій теорію законовъ въ московскомъ.

Александръ Петровичъ Куницынъ (1783—1840) происхо-

[1]) Словарь юридическій или сводъ россійскихъ узаконеній по азбучному порядку для употребленія императорскаго московскаго университета въ классѣ практической юриспруденціи, сочиненный Ф. Лангансомъ. М. 1788.

[2]) Словарь юридическій или сводъ россійскихъ узаконеній, временныхъ учрежденій суда и расправы 1788—1792. Онъ составилъ, кромѣ того, проэктъ трактата между европейскими государями для вѣчнаго истребленія въ Европѣ войнъ, оставшійся ненапечатаннымъ. См. *Евгеній*, Словарь, 1845, II, 242—245. Чулковъ обучался въ московскомъ университетѣ.

[3]) Памятникъ изъ законовъ въ 1798. Ему принадлежали также юридическая грамматика. 1803.

дилъ изъ духовнаго званія и воспитывался первоначально въ тверской семинаріи, а затѣмъ въ петербургскомъ педагогическомъ институтѣ, отъ котораго онъ посланъ былъ для усовершенствованія за-границу. Преподавательскую дѣятельность свою онъ началъ въ Александровскомъ Лицеѣ въ 1811 году. Ученики его сохранили о немъ самыя лучшія воспоминанія. Извѣстны стихи Пушкина:

„Куницину дань серца и вина!
„Онъ создалъ насъ, онъ воспиталъ нашъ пламень...
„Поставленъ имъ краеугольный камень,
„Имъ чистая лампада возжена".

Но напечатанныя [1]) произведенія Куницына не представляютъ ничего выдающагося. Его естественное право (2 тома 1818 и 1820)—толковое и талантливое изложеніе ученія Руссо и Канта, —не болѣе. А между тѣмъ уже въ то время эта теорія уступала мѣсто новымъ и прежде всего исторической школѣ. Но Куницыну новыя теоріи остались, повидимому, совершенно неизвѣстными. Теорія естественнаго права является у него въ своемъ чистомъ, неприкосновенномъ видѣ.

Введеная было, какъ учебникъ и даже предназначавшаяся для поднесенія государю, книга эта вызвала въ 1820 году противъ себя гоненіе. «По разсмотрѣнію въ главномъ управленіи училищъ, найдено нужнымъ, по принятой въ сей книгѣ за основаніе ложнымъ началамъ и выводимому изъ нихъ весьма вредному ученію, противорѣчащему истинамъ христіанства и клонящемуся къ испроверженію всѣхъ связей семейственныхъ и государственныхъ, книгу сію, какъ вредную, запретить повсюду къ преподаванію по ней, и при томъ принять мѣры къ прекращенію во всѣхъ учебныхъ заведеніяхъ преподаванія естественнаго права по началамъ столь разрушительнымъ, каковы оказались въ книгѣ г. Куницына».

Вмѣстѣ съ тѣмъ авторъ ея былъ удаленъ и изъ университета, и изъ Лицея. Только позднѣе, уже въ царствованіе Николая I, онъ снова былъ призванъ къ преподавательской дѣятельности, но въ весьма ограниченномъ кругу: его руководству поручены были, вызванные во Второе Отдѣленіе для изученія правовѣдѣнія, студенты духовныхъ академій.

[1]) Сохранились свѣдѣнія, что отъ него остались еще рукописныя сочиненія: „Инка или наука о нравственности", „Историческое изображеніе судопроизводства въ Россіи до времени Петра Великаго", „Изслѣдованія о государственныхъ доходахъ въ Россіи до Петра" и „Начальныя основанія политической экономіи". См. *Селезневъ*. Историческій очеркъ Александровскаго Лицея, стр. 122—128.

Куницина замѣнилъ въ университетѣ Лодій, читавшій уже уголовное право и философію. Онъ не только не пошелъ дальше Куницина въ знакомствѣ съ современной литературой, но даже отсталъ отъ него въ этомъ отношеніи. Онъ руководствовался въ своихъ лекціяхъ ученіями послѣдователей Вольфовой школы, Цейлера и Мартини [1]).

Цвѣтаевъ, Левъ Алексѣевичъ, подобно Куницину, былъ духовнаго званія. Послѣ окончанія курса въ Московской академіи и затѣмъ въ Московскомъ университетѣ (1798), онъ отправился для довершенія своего образованія за границу. Пробывъ въ Германіи и Франціи три года, Цвѣтаевъ занимался главнымъ образомъ въ Геттингенѣ, гдѣ тогда преподавалъ Густавъ Гуго. По возвращеніи въ Россію, въ 1805 онъ былъ назначенъ профессоромъ теоріи законовъ.

Преподаваніе свое онъ открылъ вступительной лекціей «О началѣ и происхожденіи законовъ» [2]), въ которой изложилъ свой общій взглядъ на право. Теорію законовъ онъ опредѣляетъ какъ «науку общественнаго нравоученія и общественнаго благосостоянія». Руководителями своими онъ признаетъ Беккарію и Монтескье и, подобно Монтескье, историческое пониманіе соединяется у него съ признаніемъ существованія естественнаго права и договорнаго происхожденія государства. Въ 1810 году онъ напечаталъ Краткую теорію законовъ, въ двухъ томахъ. Это хорошо составленный систематическій учебникъ права, знакомящій въ общихъ чертахъ съ началами русскаго, римскаго и французскаго права. Въ основу системы положено кантово ученіе.

Цвѣтаевъ не подвергся, подобно Куницину, гоненію. Но и онъ не выполнилъ возлагавшихся на него надеждъ. Дальше Монтескье и Гуго онъ не пошелъ. Онъ не слѣдилъ за дальнѣйшимъ развитіемъ историческаго направленія въ Германіи. Работы Савиньи и Пухты остались ему неизвѣстными, по крайней мѣрѣ онъ не воспользовался добытыми ими результатами.

Въ этомъ нельзя, однако, винить личныя качества русскаго профессора. Причины тому надо искать въ общихъ условіяхъ той эпохи, съумѣвшей только возбуждать ожиданія, но не удовлетворять. Лучшимъ доказательствомъ тому служитъ то обстоятельство, что ту же судьбу съ русскими профессорами раздѣляли и иностранцы, до перехода въ Россію работавшіе энергично, у насъ же вовсе прекращавшіе литературную дѣятельность.

[1]) Литературная дѣятельность его выразилась въ теоріи общихъ правъ. 1828; и въ нѣсколькихъ переводахъ.

[2]) Начертаніе теоріи законовъ. М. 1816, стр. 1—32.

Одновременно съ Цвѣтаевымъ преподавалъ въ Московскомъ университетѣ естественное право Буле (1763 — 1821), бывшій профессоръ геттингенгскаго университета, уже до приглашенія его въ Москву прославившійся въ Германіи особенно своими трудами по изученію Аристотеля. Въ своихъ лекціяхъ онъ излагалъ слушателямъ ученія Канта, Фихте, Шеллинга. Но литературная дѣятельность его съ переходомъ почти совершенно прекратилась и, оставя Геттингенъ, онъ уже ничего не прибавилъ къ своей славѣ.

Изъ другихъ профессоровъ-иностранцевъ обращаетъ на себя вниманіе Шадъ [1]), профессоръ харьковскаго университета, читавшій тамъ естественное право, слѣдуя системѣ Шеллинга. Гоненіе на университеты, проявившееся въ концѣ царствованія Александра I, не миновало и Шада. Было найдено именно, что изложеніе слушателямъ ученій Шеллинга не согласно съ видами и интересами нашего правительства и что, слѣдуя этой философской системѣ, Шадъ нарушаетъ свой служебный долгъ. Дѣло кончилось удаленіемъ его заграницу.

§. 23. Отъ Свода законовъ до Судебной реформы.

Самымъ крупнымъ явленіемъ второй четверти настоящаго столѣтія, для исторіи русскаго правовѣдѣнія, является изданіе полнаго собранія законовъ и составленіе свода законовъ. Этимъ значительно облегчилось изученіе русскаго права. Матеріалъ былъ собранъ и сдѣлался легко доступенъ каждому, между тѣмъ какъ прежде знаніе законовъ было монополіей однихъ лишь старыхъ приказныхъ, долгой судебной службой пріобрѣтавшихъ знаніе дѣйствующихъ законовъ. Къ этому присоединялось отдѣленіе дѣйствующихъ законовъ и расположеніе ихъ въ систематическомъ порядкѣ, по тому времени являвшимся весьма удобно задуманнымъ и выполненнымъ.

Но была въ этомъ дѣлѣ и оборотная сторона. Составленіе Свода не могло не привесть къ мысли, что затѣмъ вся задача правовѣдѣнія должно свестись къ изученію постановленій Свода. Въ любопытной рѣчи Морошкина, произнесенной имъ наканунѣ введенія Свода въ дѣйствіе, наглядно отразились эти опасенія. Морошкинъ считалъ необходимымъ остановиться на обстоятельномъ опроверженіи такихъ взглядовъ. «Можетъ быть въ толпѣ», го-

[1]) Онъ издалъ на латинскомъ языкѣ руководство естественнаго права. *Schad* Institutiones juris naturae Charkoviae. 1814.

воритъ Морошкинъ, «встрѣтите вы юриста, у котораго въ порывахъ систематическаго вдохновенія опускаются *родительскія руки*; ибо онъ видитъ, что Сводомъ законовъ осуществились всѣ надежды и требованія Россіи. Задача науки рѣшена; содержаніе законовъ вылито въ прекрасныя формы современныхъ системъ! юриспруденція праздна!» Въ опроверженіе такихъ воззрѣній Морошкинъ указываетъ прежде всего на то, что самый Сводъ законовъ «объяснилъ намъ, что русское законодательство есть система обширнѣйшей политики, что право, собственно, такъ называемое—право частное, едва замѣтно подъ огромными сводами учрежденій, финансовыхъ мѣръ, благоустройства и проч. Взгляните на статью договоровъ въ гражданскомъ Сводѣ и на договоры въ системѣ казеннаго управленія. Какъ кратки первыя и какъ обширна юриспруденція у министра финансовъ! Идеалъ нашъ впереди. Полнота русскаго права еще не выразилась, идея не истощилась, что частныя положенія права содержатся еще въ общихъ и слѣдствія хранятся въ своихъ началахъ. Кому возбраняется, по примѣру Горюшкина, вызвать сіи слѣдствія изъ началъ, частныя положенія подвести подъ общія, и такимъ образомъ, соорудить изъ сего систематическій учебникъ?» Затѣмъ Морошкинъ указываетъ, «что есть случаи, гдѣ самый точный и добросовѣстный судья руководствуется положеніями общаго здраваго юридическаго чувства, и на положенія закона обращаетъ окончательное вниманіе, т.-е. заботится только о томъ, какъ бы ему не вступить въ противорѣчіе съ дѣйствующими законами,—подведши дѣло къ категоріи права, проводить его чрезъ рядъ *подразумѣваемыхъ въ законѣ началъ* и уже на послѣдней ступени слѣдственности все предшествующее умствованіе утверждаетъ на незыблемомъ основаніи дѣйствующихъ законовъ. Совокупность сихъ подразумѣваемыхъ началъ, правящихъ совѣстью судей, извѣсно подъ неопредѣленнымъ именемъ разума законовъ, здраваго смысла, чувства справедливости.—Что въ практикѣ называютъ здравымъ смысломъ, то въ университетѣ является наукой, что въ практикѣ разумъ законовъ, то здѣсь теоріей положительнаго права. «И это», оговаривается Морошкинъ, «отнюдь не есть толкованіе, возбраняемое узаконеніями, а логическій пріемъ наводить законъ на предложенное дѣло».

Нельзя, конечно, согласяться, чтобы это не было толкованіемъ; но мысль, которую тутъ защищаетъ Морошкинъ, совершенно вѣрная. Кодексъ только обличаетъ изученіе права, но отнюдь не устраняетъ потребности въ научномъ юридическомъ образованіи для его примѣнителей.

Сперанскій хорошо понималъ это. Еще во время работы надъ составленіемъ Свода, въ январѣ 1828 года, онъ представилъ Государю о необходимости для установленія въ государствѣ правосудія на твердыхъ основаніяхъ, какъ твердыхъ и ясныхъ законовъ, такъ и знающихъ судей и законовѣдцевъ. Для этого прежде всего требовалось приготовить достаточное число профессоровъ, одинаково знакомыхъ и съ теоріей права и съ русскими законами. Для этой цѣли повелѣно вызвать во Второе Отдѣленіе шесть лучшихъ студентовъ изъ духовныхъ академій, петербургской и московской [1]). Выборъ палъ на Оршанскаго, Пѣшехонова, Богородскаго, Знаменскаго, Неволина, и Благовѣщенскаго. Въ университетѣ они слушали лекціи римскаго права и римской словесности. Кромѣ того они занимались и во Второмъ Отдѣленіи изученіемъ русскаго права подъ руководствомъ бывшихъ профессоровъ университета Куницына, Плисова и Клокова и подъ руководствомъ барона Корфа изученіемъ сенатской практики. По окончаніи этихъ занятій, въ маѣ 1829 года, они были отправлены въ Берлинъ. Въ томъ же году было вызвано еще шесть студентовъ академіи Ѳедотовъ-Чеховскій, Крыловъ, Куницынъ (Алексѣй), Платоновъ и два брата Баршевы, Яковъ и Сергѣй. Къ нимъ присоединенъ былъ еще студентъ петербургскаго университета Кранихфельдъ. Весной 1831 года и они отправились въ Берлинъ.

Этотъ вызовъ студентовъ академій во Второе Отдѣленіе, обыкновенно признаютъ эпохой въ ризвитіи русскаго правовѣдѣнія. А Я. Баршевъ прямо утверждаетъ, что заслуга вывести русскую науку права изъ ея жалкаго, критическаго положенія и возвесть ее на ту высокую степень, на которой она стоитъ теперь, принадлежитъ Второму Отдѣленію [2]). Нѣтъ спору, что изъ числа этихъ студентовъ вышло нѣсколько выдающихся представителей русскаго правовѣдѣнія. Таковы: Крыловъ, Платоновъ и въ особенности Константинъ Неволинъ. Другіе или слишкомъ рано умерли, или не подымались выше заурядной посредственности. Но и лучшимъ изъ нихъ никакъ нельзя исключительно приписать выдающейся роли въ развитіи у насъ науки права. На ряду съ этими воспитанниками Втораго Отдѣленія дѣйствовали съ неменьшимъ успѣхомъ питомцы профессорскаго института въ Дерптѣ и число выдающихся именъ между ними даже больше:

---

[1]) *Я. Баршевъ.* Историческая записка о содѣйствіи Второго Отдѣленія развитію юридическихъ наукъ въ Россіи. Спб. 1876, стр. 8 и слѣд.

[2]) Историческая записка, стр. 7.

стоитъ назвать только Рѣдкина, Калмыкова, Иванишева, Мейера, чтобы понять, что воспитанники Второго Отдѣленія не были единственными достойными представителями юридической науки того времени.

Развитіе правовѣдѣнія въ 30-хъ годахъ имѣло другія причины, болѣе глубокія, нежели вызовъ студентовъ во Второе Отдѣленіе или организація профессорскаго института въ Дерптѣ. Прежде всего изученіе своего отечественнаго права въ то время сдѣлалось легче, доступнѣе. Полное собраніе и сводъ законовъ представляли богатое собраніе матеріала, всѣмъ доступное. Вмѣстѣ съ тѣмъ подготовлялось историческое изученіе и пониманіе русскаго права. «Исторія государства Россійскаго» и труды Эверса, Рейца, Успенскаго, путь для работы въ этомъ направленіи. Съ другой стороны и у нѣмцевъ русскіе юристы находили въ это время уже не безплодныя построенія системъ естественнаго права. Ихъ смѣнило уже тогда ученіе исторической школы и въ берлинскомъ университетѣ преподавалъ тогда самъ Савиньи. Новое возрожденіе юридической науки на западѣ не могло не отразиться и у насъ.

Все это дѣлаетъ понятнымъ, что преобладающимъ направленіемъ среди юристовъ 30-хъ, 40-хъ и 50-хъ годовъ должно было явиться направленіе историческое. И дѣйствительно, лучшее, что завѣщало намъ николаевское время по изученію права — разработка исторіи русскаго права, совершенная трудами Морошкина, Неволина, Кавелина, Бѣляева, Калачева, Чечерина.

Преобладаніе историческихъ работъ увеличивалось еще и въ силу того, что теоретическая разработка встрѣчала разныя внѣшнія, и скорѣе цензурныя, препятствія. Правительство относилось съ недовѣріемъ къ философскимъ теоріямъ. Въ университетскомъ уставѣ 1835 года нѣтъ каѳедръ ни естественнаго права, ни теоріи законовъ. Единственной теоретической каѳедрой является въ немъ каѳедра энциклопедіи права, понимаемой какъ «общее обозрѣніе системъ законовѣдѣній [1]). Да и въ энциклопедіи философскій элементъ могъ проявиться развѣ только въ изложеніи *исторіи* философіи права.

Немудрено поэтому, что литература того времени не богата изслѣдованіями по теоріи права. Наибольшаго вниманія заслуживаютъ попытки построенія теоретической системы права графа Сперанскаго, Неволина и Лешкова.

Сперанскій изложилъ свое ученіе о правѣ въ «Руководствѣ

[1]) Общій уставъ университетовъ 1835 г. іюля 26, ст. 12.

къ познанію законовъ» (Спб. 1845). По окончаніи въ 1837 г. юридическихъ бесѣдъ съ покойнымъ Государемъ, бывшимъ тогда наслѣдникомъ, онъ приступилъ, по Высочайшему повелѣнію, составить краткое руководство къ познанію законовъ. Онъ успѣлъ написать только начало этого; смерть (1838 г.) прервала его работу. Оставшаяся рукопись была издана къ 1845 году.

Научное достоинство этого произведенія не велико, но выдающаяся роль, какую игралъ въ развитіи нашего законодательства авторъ, дѣлаетъ невозможнымъ игнорировать этой книги.

Сперанскій различаетъ троякаго рода силы, дѣйствующія въ мірѣ: физическія, умственныя и нравственныя. Силы нравственныя—это воля и совѣсть. Чтобы познать съ точностью ихъ существо, должно различать въ нравственномъ бытіи человѣка двѣ области: область бытія личнаго и союзнаго. Разумъ признаетъ и совѣсть чувствуетъ, что личное бытіе человѣка не имѣетъ никакой соразмѣрности съ его природой, съ его желаніями безконечными, съ высотою его умственныхъ способностей, что бытіе его не можетъ состоять въ отрывочныхъ и преходящихъ моментахъ настоящей жизни, и объемлетъ весь ея составъ безпредѣльный: отсюда союзъ настоящаго съ будущимъ, временнаго съ вѣчнымъ, союзъ человѣка съ самимъ собой. Вмѣстѣ съ тѣмъ человѣкъ есть часть человѣчества: отсюда союзъ съ другими. Наконецъ, единая верховная воля есть воля Божія, съ коею всѣ другія воли должны сообразоваться: отсюда союзъ съ Богомъ. Гдѣ союзъ, тамъ обязанность. Потому коренныя обязанности человѣка,—къ себѣ, къ другимъ, къ Богу.

Воля человѣка движется побужденіями, которыя могутъ исходить или изъ самолюбія или изъ любви и общенія. Въ первомъ случаѣ создается ими худая нравственность, въ смыслѣ постояннаго склоненія воли къ худому; во второмъ—добрую.

Чувство нравственнаго добра и зла есть совѣсть. Она судитъ нравственность каждаго дѣйствія и, по суду своему, сопровождаетъ его возмездіемъ: удовольствіемъ или скорбію. Она не только различаетъ добро отъ зла, но и опредѣляетъ степень добра и каждому назначаетъ свое мѣсто, уравниваетъ его цѣну съ существомъ его и потому распредѣляетъ удовольствія и угрызенія: въ этомъ заключается вся правда. Совѣсть или молчитъ или говоритъ правду. На сей правдивости основанъ весь порядокъ нравственнаго міра. Правда уравниваетъ личность и общеніе, самолюбіе и любовь. Она есть высшій естественный законъ, гласящій: храни всегда и во всемъ союзъ общенія съ самимъ собой, съ другими и съ Богомъ.

Такъ какъ совѣсть не всегда дѣйствуетъ, то правда сама требуетъ еще укрѣпленія въ религіи и въ общежительномъ законодательствѣ, основанномъ на правдѣ, приспособленной къ данному составу общежитія.

Въ общежитіи происходитъ непрерывная борьба пользъ, требующая для установленія порядка посредствъ, какъ и борьба нравственныхъ силъ. Такимъ посредствомъ служитъ справедливость, т.-е., приложеніе правды къ дѣламъ общежительнымъ. Законы, вытекающіе отсюда, охраняются не одною совѣстью, но и общественною силою. Тѣмъ не менѣе они дѣйствительны лишь настолько, насколько не противорѣчатъ законамъ естественнымъ, и служатъ лишь приложеніемъ этихъ законовъ, укрѣпленныхъ дѣйствіями верховной власти, внѣшними наградами и понужденіями.

Въ этомъ пониманіи Сперанскимъ общей природы права и законовъ безъ сомнѣнія слѣдуетъ видѣть отраженіе его общаго мистическаго міросозерцанія.

Изъ всѣхъ студентовъ, занимавшихся при Второмъ Отдѣленіи, первое мѣсто, безъ сомнѣнія, занимаетъ Неволинъ. Его изслѣдованія по исторіи русскаго права занимаютъ почетное мѣсто въ нашей историко-юридической литературѣ; въ особенности это должно сказать относительно его исторіи русскихъ гражданскихъ законовъ, до сихъ поръ остающейся незамѣнимымъ пособіемъ при изученіи исторіи русскаго права. Но его энциклопедія законовѣдѣнія въ 2-хъ томахъ (Кіевъ 1839) представляется уже совершенно устарѣлой, а главная причина этого, конечно, въ томъ, что трудъ этотъ далеко не отличается такой же самостоятельностью, какъ его изслѣдованія по исторіи русскаго права.

Въ своихъ воззрѣніяхъ на право Неволинъ является послѣдователемъ Гегеля, но далеко не безусловнымъ, соединяя самымъ страннымъ образомъ абсолютный раціонализмъ Гегеля, не знающій личнаго Бога, съ мистическимъ ученіемъ Шталя, всецѣло основывающемся на ученіи о личномъ божествѣ. У Гегеля Неволинъ беретъ его діалектическій законъ движенія по тремъ ступенямъ, но для него это движеніе не есть самодвиженіе абсолютнаго разума, а проявленіе воли Божіей, въ созданномъ имъ мірѣ. Почему таковъ законъ проявленія этой воли и въ какомъ отношеніи находится она къ нему, можетъ ли она уклониться отъ него или нѣтъ — все это остается у Неволина, совершенно невыясненнымъ.

Лешковъ обращаетъ на себя вниманіе, какъ писатель, стоящій наиболѣе близко къ ученію исторической школы и при-

томъ съ славянофильскимъ оттѣнкомъ. Къ сожалѣнію свои общія воззрѣнія онъ изложилъ лишь въ небольшой рѣчи, произнесенной въ московскомъ юридическомъ обществѣ [1]).

§ 24. Современная литература.

Судебная реформа и вся вообще реформаторская дѣятельность покойнаго государя внесла большое оживленіе въ нашу юридическую литературу, но вмѣстѣ съ тѣмъ дала рѣшительное преобладаніе практическому направленію. Изслѣдованій по общей теоріи права является и теперь также мало, какъ и въ предшествующую эпоху и, что еще важнѣе, такъ же мало заключается въ нихъ самостоятельности.

Одни изъ современныхъ русскихъ юристовъ, занимающихся разработкой общей теоріи права, держатся старыхъ уже и на западѣ оставленныхъ философскихъ ученій. Таковъ Чичеринъ и Хлѣбниковъ. Другіе, напротивъ, представляютъ попытки усвоенія новѣйшихъ теорій западной литературы юридической. Таковъ Карасевичъ и въ особенности Муромцевъ.

Хлѣбниковъ [2]) отправляется отъ того положенія, что «единственное возможное объясненіе происхожденія нравственныхъ идей есть принятіе ихъ прирóжденныхъ регулятивовъ, «ибо они не могутъ быть выведены ни изъ опытныхъ понятій, ни изъ установленія государства, ни изъ нравственнаго чувства». Но этимъ еще не опредѣляется, «что такое идеи въ себѣ, а также и то, вполнѣ ли онѣ самостоятельны въ насъ или зависимы отъ чего-то другаго. Такъ какъ всѣ идеи имѣютъ ближайшее соотношеніе къ верховной идеѣ Божества; то изъ того, что всѣ онѣ имѣютъ ближайшее соотношеніе одна съ другой; что между идеями, какъ мы это безсознательно полагаемъ, существуетъ полная гармонія, причемъ каждая идея нуждается въ другой, зависитъ отъ нея, переходитъ въ нее, не будучи однако тождественна съ ней и имѣя самостоятельное значеніе,—необходимо слѣдуетъ, что всѣ онѣ есть элементы природы единого высшаго духовнаго существа, которое и есть источникъ нашей душевной жизни. «Постоянное соотношеніе между Богомъ и человѣкомъ, причемъ ни человѣкъ не уничтожается въ Божествѣ, ни Божество не исчер-

[1]) Юрид. Вѣстникъ. 1873. № 1, стр. 44. Объ основномъ источникѣ и общемъ строѣ права.

[2]) Право и государство въ ихъ обоюдныхъ отношеніяхъ. Изслѣдованіе о происхожденіи и сущности, основныхъ началахъ и способахъ развитія цивилизаціи. Варшава. Типографія жандармскаго округа 1874.

пывается жизнью міра и человѣка, есть высокая истина христіанства, неизвѣстная ни восточной, ни классической философіи. Божество здѣсь является не только первоначальнымъ источникомъ его духовно-нравственнаго бытія». Это подтверждается какъ свидѣтельствомъ священнаго писанія (Я въ Отцѣ моемъ и вы во мнѣ и я въ васъ Ев. Іоанна, гл. XV и др.) такъ и «внутренними началами нашего духа.—Если мы въ чемъ-нибудь убѣждаемся, то убѣждаемся независимо отъ нашей воли и желанія.—Это значитъ, что живетъ въ истинномъ смыслѣ лишь одно существо, одинъ духъ, безъ котораго ничто не живетъ и не можетъ жить. Отсюда очевидно, что его самосущая природа для другихъ, заимствующихъ отъ него жизнь существъ, есть, естественнымъ образомъ, законъ.

«Изъ того, что онъ одинъ существуетъ, необходимо заключить, что только отъ него всѣ могутъ получить свое существованіе, а слѣдовательно необходимо, что мы живемъ въ Немъ и Имъ не въ смыслѣ единаго акта произведенія насъ, но постоянно. Но изъ того, что мы живемъ божественнымъ духомъ, и что онъ проявляется въ насъ, не слѣдуетъ, что божественное въ насъ и божественное въ себѣ тождественны. Въ этомъ ошибка пантеистовъ. «Существованіе индивидуальной духовной жизни есть неотразимо вѣрный фактъ, ибо каждый индивидъ сознаетъ себя цѣлостнымъ бытіемъ, развивающимся изъ себя, а не отраженіемъ только какого-то другаго бытія, для котораго онъ служитъ лишь средствомъ проявленія.—Единеніе наше съ Богомъ и вмѣстѣ различіе отъ Бога не только не уничтожаютъ возможности нашего духовнаго бытія, но именно они-то и дѣлаютъ его возможнымъ.—Наша жизнь есть стремленіе къ идеалу, безъ котораго она немыслима, а Божество для насъ есть вѣчный и недостижимый идеалъ, и въ этомъ смыслѣ оно становится снова необходимымъ источникомъ нашего бытія, но что, конечно, подъ условіемъ, что божественное въ насъ и въ себѣ нетождественно».

«Это отношеніе къ Божеству исключаетъ возможность въ какой-либо моментъ нашего развитія достигнуть совершеннаго бытія или полнаго знанія» (50). «Оно показываетъ возможность, чтобы самыя начала, управляющія нашей душевной жизнью въ различные моменты ея, были различны. Христіанство впервые открыло эту истину. Мы узнали изъ нашей религіи, что законъ мѣняется съ развитіемъ; что иной законъ господствовалъ отъ Адама до Моисея иной—отъ Моисея до Спасителя и иной законъ будетъ по ту сторону нашего бытія, когда исполнится все установленное этимъ закономъ». Но «свобода—единственный путь

къ совершенству и законъ лишь есть педагогическое средство для достиженія царства свободы... Въ нашемъ духѣ есть все необходимое для совершенства въ свободѣ, но законъ является какъ необходимое пособіе въ силу нашей слабости. Отсюда понятно, почему въ нашей душѣ есть лишь регулятивы, но не содержательныя идеи. Духъ не можетъ усвоивать себѣ что-либо механически, но свободно». Авторъ различаетъ затѣмъ четыре различныхъ закона. «Во 1-хъ, съ понятіемъ закона мы соединяемъ порядокъ о послѣдовательности въ какомъ, мы замѣчаемъ, слѣдуютъ явленія одно за другимъ, во внѣшнемъ мірѣ». Во-2-хъ, мы называемъ закономъ постановленіе государственной власти, не полагаемъ въ немъ, однако, безусловной силы». «Въ 3-хъ, мы называемъ закономъ начало духовное, опредѣляющее собою состояніе нашего сознанія, отъ котораго мы не можемъ освободиться». Таковы нравственныя идеи. «Мы можемъ, напримѣръ, такъ сказать формально, устно, отрицать добро, право, справедливость, но внутренно не можемъ уничтожить въ себѣ этихъ идей». «Въ 4-хъ, подъ именемъ закона, мы разумѣемъ свойства самостоятельно живущаго духа». «Регулятивы въ нашемъ сознаніи не имѣютъ вполнѣ опредѣленнаго содержанія; они лишь говорятъ намъ, что есть нѣчто должное, исполняемое произвольно (добро), или обязательно безъ принужденія (справедливость), или обязательно съ возможностью принужденія (право). Умъ нашъ, разсуждая теоретически, стремится дать полное и точное содержаніе каждому регулятиву и поступаетъ, мнѣ кажется, въ этомъ отношеніи также, какъ математикъ, разрѣшающій уравненіе съ тремя неизвѣстными, т.-е., вставляя въ уравненіе неизвѣстныя, онъ разсматриваетъ, находятся ли онѣ въ необходимой гармоніи, необходимое существованіе которой составляетъ основное убѣжденіе нашего духа. Если бы, при вложеніи нами содержанія въ регулятивы, мы достигли того, чтобы привели ихъ въ необходимую гармонію, тогда задача была бы разрѣшена. Но такъ какъ этого нѣтъ и быть не можетъ, то отсутствіе этой гармоніи дѣлаетъ возможнымъ постройку новыхъ и новыхъ системъ». «Это вѣчное движеніе, эта никогда [неоканчивающаяся работа не есть Сизифовъ трудъ, ибо въ каждый моментъ развитія духа дѣлаетъ новый и новый шагъ къ никогда-недостижимому совершенству безконечнаго духа». Эта «дача содержанія регулятивамъ, то-есть прирожденнымъ идеямъ Бога, добра, права, справедливости», и есть источникъ «началъ, на которыхъ строится цивилизація.

Чичеринъ является послѣдователемъ Гегеля, но довольно са-

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб Вас. Остр. 2 л., 7.

мостоятельнымъ [1]). Признавая систему Гегеля завершеніемъ всего предшествующаго развитія мышленія», онъ находитъ, однако, что Гегель невѣрно понялъ самый законъ развитія. Законъ діалектическаго развитія, по мнѣнію Чичерина, влечетъ за собою установленіе четырехъ опредѣленій въ трехъ ступеняхъ. Первую ступень составляетъ первоначальное единство, вторую двѣ противоположности, третью единство конечное». Это приводитъ Чичерина къ существенному измѣненію построенія и философіи права. Если взять всю совокупность отношеній человѣческихъ воль, то мы увидимъ, что первоначальную ихъ основу составляетъ *общежитіе*, какъ естественное опредѣленіе человѣка. Оно заключаетъ въ себѣ четыре существенныхъ элемента: власть, законъ, свободу и цѣль. Затѣмъ двумя противуположностями являются право и мораль и ихъ синтезъ—нравственность. Нравственность также раскрывается въ четырехъ опредѣленіяхъ. Первоначальное единство есть семья, двѣ противуположности—гражданское общество и церковь и, наконецъ, ихъ синтезъ—государство. Эти четыре союза соотвѣтствуютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и четыремъ существеннымъ началамъ общежитія: семейство внутренней цѣли или идеѣ, гражданское общество свободѣ, церковь закону, государство власти. Къ сожалѣнію все это построеніе у Чичерина только намѣчено въ формѣ критики и исправленія ученія Гегеля и не получило надлежащаго обстоятельнаго развитія.

Карасевичъ [2]) является послѣдователемъ, мало извѣстнаго между юристами нѣмецкаго писателя Кирхмана [3]), называющаго свое ученіе реалистическимъ, но едва ли оно заслуживаетъ это названіе. Вотъ въ чемъ заключаются его основныя черты.

Область этическаго обнимаетъ человѣческую дѣятельность; этимъ она разграничивается отъ области природы. Но основаніе изученія и той, и другой есть одно и тоже: наблюденіе отдѣльныхъ явленій и затѣмъ путемъ различія и поведенія установленія общихъ законовъ. Поэтому изученіе нравственности должно начинаться съ элементовъ человѣческой дѣятельности [4]).

Дѣятельность распадается на отдѣльныя дѣйствія, и каждое дѣйствіе, слагается изъ четырехъ элементовъ: цѣль, мотивъ или побужденіе, хотѣніе и исполненіе [5]). Цѣль есть не болѣе, какъ представленіе чего-нибудь такого, что должно осуществить по-

[1]) Исторія политическихъ ученій т. IV, 1877, стр. 573 и слѣд.

[2]) Онъ изложилъ свои воззрѣнія въ критикѣ Гербартова ученія.

[3]) *Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral 1869. 2 Ausg. 1872.

[4]) Die Grundbegriffe, 2. Auflage § 1.

[5]) § 2.

средствомъ дѣйствія. Но не каждое представленіе становится цѣлью; слѣдовательно, одного представленія и мышленія недостаточно для того, чтобы возбудить хотѣніе, но должно привзойти еще нѣчто другое, мотивъ. Мотивомъ служатъ чувства (Gefühlen), которыя суть двоякаго рода: чувство удовольствія (Lust.) и чувство уваженія (Achtung). Ошибаются тѣ, которые полагаютъ, что хотѣніе опредѣляется непосредственно мышленіемъ. Если бы это было такъ, лучшій знатокъ морали былъ бы вмѣстѣ и самымъ нравственнымъ человѣкомъ. Хотѣніе (Wollen) ничѣмъ не отличается отъ желанія (Begehren).

Исполненіе превращаетъ лишь представляемую цѣль въ дѣйствительную, существующую. Кирхманъ подробно разбираетъ чувства удовольствія и уваженія, служащія единственными мотивами нашихъ дѣйствій.

Чувство удовольствія распадается на нѣсколько различныхъ видовъ по различію источниковъ, причинъ его. Оно проистекаетъ или 1) изъ собственнаго тѣла, или 2) изъ знанія или 3) изъ мощи, или 4) изъ чести, 5) изъ жизни, 6) изъ чужаго удовольствія, 7) изъ грядущаго удовольствія, 8) изъ картинъ, вида удовольствія.

Всѣ эти виды удовольствія одинаково не суть нравственные, въ тѣсномъ смыслѣ слова, мотивы. Но многіе изъ нихъ часто ошибочно бываютъ относимы къ нравственнымъ мотивамъ. Таково, напр., чувство чести, удовольствіе изъ чужаго счастья или любовь.

Подъ чувствомъ уваженія Кирхманъ разумѣетъ то, что въ общежитіи называется «нравственнымъ чувствомъ» или «совѣстью», и самое существованіе въ языкѣ этихъ выраженій указываетъ на то, что на ряду съ чувствомъ, удовольствіемъ, существуетъ еще и другой факторъ, опредѣляющій направленіе нашей воли.

Отличительная характерная особенность чувства уваженія заключается въ томъ, что оно предписываетъ, повелѣваетъ, указываетъ человѣку должное, между тѣмъ, какъ чувство удовольствія только влечетъ человѣкъ, указываетъ только желательное.

Подобно чувству удовольствія и чувство уваженія можетъ возбуждаться различными причинами, но число ихъ, впрочемъ, гораздо ограниченнѣе. Человѣкъ можетъ чувствовать уваженіе, почтеніе только къ велѣніямъ авторитета, т.-е. того, что въ его глазахъ надѣлено громаднымъ могуществомъ, сравнительно съ которымъ собственныя силы человѣка — ничто.

Наблюденіе показываетъ, что такимъ авторитетомъ для людей

можетъ быть 1) божество; 2) государь; 3) народъ и 4) отецъ. Для возбужденія чувства уваженія нѣтъ надобности, чтобы велѣнія дѣйствительно и непосредственно исходили отъ того или другаго изъ названныхъ субъектовъ. Достаточно, если тѣ, къ коему обращены повелѣнія, считаютъ ихъ опирающимися на такой авторитетъ.

И такъ, нравственная обязанность, по ученію Кирхмана, есть та, которая налагается на человѣка его уваженіемъ къ велѣніямъ того или другаго авторитета. Но чѣмъ же руководствуется самъ повелѣвающій, установляя тѣ или другіе законы нравственности? Кирхманъ полагаетъ, что самъ авторитетъ въ своихъ велѣніяхъ руководствуется только исключительно чувствомъ удовольствія и потому для него самого, если только онъ въ свою очередь не признаетъ надъ собой чей-либо авторитетъ, не существуетъ никакихъ нравственныхъ обязанностей.

Но чувство уваженія налагаетъ на человѣка только одни обязанности. Откуда же берутся у него *права?*

Право, по Кирхману, есть продуктъ не одного только чувства уваженія, а продуктъ взаимодѣйствія уваженія и удовольствія.

Человѣкъ имѣетъ физическую силу, дающую ему извѣстную власть не только надъ собственнымъ тѣломъ, но и надъ предметами внѣшней природы, животными, людьми. Понятно, эта власть еще болѣе сдѣлается сильной и, главное, болѣе прочной, если подчиненіе будетъ основано со стороны другихъ людей не на одномъ чувствѣ удовольствія или неудовольствія, а также и на уваженіи. Но уваженіе можетъ быть возбуждено только авторитетомъ, поэтому право прежде всего существуютъ у самихъ авторитетовъ, которые стремятся упрочить свою физическую силу, власть — чувствомъ уваженія къ ней въ подвластныхъ, но авторитетъ можетъ повелѣть уважать власть и частнаго лица, въ его частной сферѣ, въ томъ или другомъ объемѣ, при тѣхъ или другихъ условіяхъ. Отсюда и права частныхъ лицъ.

Такимъ образомъ Кирхманъ, а за нимъ и Карасевичъ, даютъ праву исключительно психологическое объясненіе, совершенно игнорируя значеніе соціальнаго фактора. Совершенную противуположность въ этомъ отношеніи представляетъ ученіе Муромцева, являющагося послѣдователемъ Іеринга. Но Муромцевъ не слѣдуетъ слѣпо Іерингу, а относится къ его ученіямъ съ большою самостоятельностью.

Между тѣмъ какъ самъ Іерингъ, несмотря на то, что собственные его выводы привели его къ признанію относительности

права, этой альфѣ истиннаго реализма въ правовѣдѣніи, все-таки остается вѣренъ метафизическому міросозерцанію и ищетъ теперь исхода въ теологіи, между его послѣдователями нашелся человѣкъ, съумѣвшій понять, что выводы, полученные Іерингомъ въ его изслѣдованіяхъ, могутъ получить прочное обоснованіе не въ метафизическихъ системахъ, а лишь въ положительной философіи, признающей возможнымъ лишь познаніе явленій, познаніе относительнаго, что только, примѣнивъ положительный методъ, можно, пользуясь выводами Іеринга, построить общую теорію права. Я говорю о профессорѣ московскаго университета Муромцевѣ. Его «Опредѣленіе и основное раздѣленіе права» (Москва, 1879) рѣзко выдѣляется изъ ряда другихъ попытокъ обоснованія реалистической теоріи права совершенно правильной постановкой вопроса. Онъ отправляется отъ строгаго различія законовъ юридическихъ отъ законовъ въ научномъ смыслѣ, признавая юридическіе законы лишь явленіями. Муромцевъ разсматриваетъ право, какъ частную форму воздѣйствія общественной среды на людскія отношенія. Отношенія людей вообще усложняются подъ вліяніемъ той среды, въ которой они совершаются, а именно: того общества, гдѣ люди живутъ. Общество оказывается заранѣе склоннымъ къ оказанію субъекту отношеній помощи въ дѣлѣ установленія и поддержанія его отношеній. Эта помощь или защита совершается въ двухъ направленіяхъ. Во-первыхъ, она можетъ быть направлена къ устраненію препятствій, лежащихъ внѣ даннаго общества. Это Муромцевъ называетъ защитой перваго рода. Во-вторыхъ, общество защищаетъ отношенія однихъ, изъ числа своихъ членовъ, противъ посягательства со стороны другихъ членовъ. Это защита втораго рода. Она происходитъ въ двухъ формахъ: неорганизованной и организованной. Организованная защита отличается тѣмъ, что она совершается заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и, обыкновенно, особенными, установленными для того органами. Такая, напередъ опредѣленная защита отношеній и есть право. Принявъ такое опредѣленіе, Муромцевъ, весьма послѣдовательно, приходитъ къ отожествленію права съ закономъ, не признавая существованія не только какого-либо другаго права, кромѣ положительнаго, но даже отрицая существованіе и международнаго и обычнаго права.

Нетрудно, однако, показать совершенную несостоятельность даваемаго Муромцевымъ опредѣленія права. Оно всецѣло покоится на совершенномъ игнорированіи психическаго элемента и потому до нельзя односторонне. Приводя, съ одной стороны,

къ исключенію изъ числа правовыхъ явленій обычнаго права и права международнаго, оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, слишкомъ широко. Если юридическая защита объясняется только какъ защита наперед опредѣленная, то не видно, почему бы она не могла имѣть мѣста и по отношенію къ частямъ какого-нибудь агрегата, составленнаго изъ неодушевленныхъ частей. Воздѣйствіе механизма на взаимныя отношенія его частей также наперед опредѣлено. Дѣйствіе, напр., предохранительнаго клапана съ гораздо большимъ правомъ можно назвать наперед опредѣленнымъ, нежели дѣйствіе уголовнаго суда. Такой же организованной защитой представляется порядокъ, установляемый въ стадѣ пастухомъ, съ помощью собакъ. Но ни въ томъ и въ другомъ случаѣ никто не станетъ говорить о правѣ. Мы ограничиваемъ понятіе права только людскими отношеніями и это, конечно, потому, что въ примѣненіи къ нимъ наперед опредѣленная защита получаетъ достаточно характерныя особенности. А если мы спросимъ, въ чемъ эти особенности, то мы не найдемъ другой общей особенности какъ ту, что только люди могутъ сознавать существованіе такого, наперед опредѣленнаго, порядка защиты ихъ отношеній и самое это сознаніе дѣлается для нихъ новымъ, опредѣляющимъ ихъ поведеніе, стимуломъ. Они сознаютъ стѣсненія, вытекающія для нихъ изъ этого порядка и это сознаніе правъ и обязанностей, направляетъ извѣстнымъ образомъ ихъ дѣятельность. Поэтому, воздѣйствіе на людей, завѣдомо для нихъ, наперед опредѣленной защиты, гораздо сильнѣе и сложнѣе, чѣмъ дѣйствіе защиты неорганизованной.

Въ отношеніи же къ частямъ механизма или членамъ стада и опредѣленное наперед и неопредѣленное воздѣйствіе, всегда одно и тоже. И наоборотъ, если мы предположимъ, что данное правительство руководится въ своихъ дѣйствіяхъ какимъ-либо заранѣе составленнымъ, но сохраняемымъ въ тайнѣ, можетъ быть даже маскируемымъ планомъ, никто опять таки не назоветъ этотъ тайный, никому невѣдомый планъ и опредѣляемое имъ воздѣйствіе правительства на общество, правомъ, хотя такое воздѣйствіе безусловно подходитъ подъ понятіе «организованной защиты втораго рода». Исторія, правда, знаетъ примѣръ сохраненія законовъ въ тайнѣ. Но тайна тутъ всегда ограничивалась одними техническими подробностями. И во всякомъ случаѣ, самое существованіе законовъ ни для кого и въ этихъ случаяхъ не было тайной, потому что члены общества сознавали за собой права и обязанности, хотя и не могли опредѣлить ихъ съ точностью. Но въ такомъ положеніи находится громадное большин-

ство населенія и тамъ, гдѣ законы не составляютъ тайны. Въ нашемъ же примѣрѣ и существованіе плана маскируется и потому ни у кого не можетъ явиться увѣренности въ какихъ-либо выгодахъ, основывающихся на этомъ невѣдомомъ планѣ. Такой планъ дѣйствуетъ на отношенія членовъ общества лишь посредственно, насколько опредѣляетъ дѣйствія правительства. Право же дѣйствуетъ не этимъ только путемъ, но и непосредственно, порождая въ сознаніи людей увѣренность въ выгодахъ и стѣсненіяхъ, обусловленныхъ именно этимъ, напередъ опредѣленнымъ порядкомъ воздѣйствія общественной власти. Такимъ образомъ, для возможности отличить право отъ всякаго иного, напередъ опредѣляемаго порядка, необходимо обратиться къ психическому элементу, къ сознанію людей, къ имѣющемуся у нихъ представленію о существованіи такого, напередъ опредѣленнаго порядка. Но если такъ, то очевидно, что для объясненія правовыхъ явленій главное, первенствующее значеніе имѣетъ именно этотъ психическій элементъ. Соотвѣтствіе имѣющагося у людей представленія о существованіи напередъ опредѣленнаго порядка защиты ихъ отношеній, объективной дѣйствительности, имѣетъ лишь второстепенное значеніе. Это тѣмъ болѣе, что напередъ опредѣленный порядокъ никогда вполнѣ не осуществляется, хотя бы онъ и поддерживался общественной властью: не всѣ долги, даже обезпеченные подлежащими документами, взыскиваются, не всѣ зазаконы правильно и однообразно толкуются. Слѣдовательно, убѣжденіе въ существованіи напередъ опредѣленнаго порядка, къ какому бы его источнику ни относили, всегда значительно расходится съ дѣйствительностью. А отсюда прямой выводъ, что между поведеніемъ, опредѣляемымъ представленіемъ о напередъ опредѣленномъ порядкѣ, дѣйствительно установленномъ государственною властью, и поведеніемъ, опредѣляющимся представленіемъ о порядкѣ, установленномъ какимъ-нибудь ложнымъ божествомъ или вытекающемъ съ логической необходимостью изъ метафизической сущности человѣческой личности, — что между тѣмъ и другимъ поведеніемъ, нѣтъ принципіальнаго различія. Конечно тотъ, кто станетъ въ своемъ поведеніи руководствоваться субъективнымъ своимъ правосознаніемъ, легко можетъ потерпѣть горькое разочарованіе въ объективномъ значеніи принимаемой имъ идеи справедливости. Но точно такое же разочарованіе постигнетъ и того, кто будетъ руководствоваться исключительно положительнымъ закономъ, такъ какъ и законъ часто оказывается на дѣлѣ безсильнымъ. Словомъ, для отграниченія права отъ всякаго другаго, напередъ опредѣленнаго порядка,

необходимо обратиться къ психической сторонѣ правовыхъ явленій. А разъ мы это сдѣлаемъ, опредѣленіе права, данное Муромцевымъ, падаетъ само собой: между закономъ, установляемымъ властью и другими формами выраженія правосознанія, нѣтъ принципіальнаго различія.

ГЛАВА IV.

Энциклопедическое изученіе права [1]).

§ 25. Понятіе энциклопедіи права.

Мы говорили до сихъ поръ объ изученіи права вообще, не останавливаясь на какой-либо отдѣльной отрасли юридической науки. Между тѣмъ и правовѣдѣніе, подобно другимъ наукамъ, дробится на цѣлый рядъ отдѣльныхъ спеціальныхъ наукъ. И при томъ его развѣтвленіе вытекаетъ изъ различныхъ основаній. Одни изъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ соотвѣтствуютъ самостоятельнымъ, исторически обособившимся отраслямъ самаго права; таковы науки уголовнаго права, гражданскаго, государственнаго, полицейскаго, церковнаго, международнаго, финансоваго. Независимо отъ различія спеціальныхъ юридическихъ наукъ по различію ихъ предмета, существуетъ также различіе по пріемамъ изученія. Въ такомъ смыслѣ различаютъ догму, исторію, философію права. Наконецъ всѣмъ спеціальнымъ наукамъ, отличаю-

---

[1]) Schelling, Vorlesungen über d. akad. Studium. 1802. Friedländer, Juristiche Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft. Heidelberg. 1847. Ortloff, die Encyklopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung, Jena, 1857. Merkel. Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben. (Grünhut, Zeitschrift für Privat-und öffentliches Recht. B. I. 1874). Schütze, Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft. (Ibidem, 1872. H. II). Comte, Aug. Cours de philosophie positive. t, I, (premiére leçon).

Орнатскій, сравнительный взглядъ на нынѣшнія понятія объ энциклопедіи и понятія о ней древнихъ грековъ и римлянъ. Въ сборникѣ, изд. въ воспоминаніе 12 Января 1855. М. 1855. Статья VII. *Рѣдкинъ*, Обозрѣніе литературы по юридической энциклопедіи. Въ юридическихъ запискахъ, изд. Рѣдкинымъ и Яновичемъ-Яневскимъ, т. V, Спб. 1860, *Карасевичъ*, Энциклопедія права. Курсъ лекцій. Ярославль, 1872. Вып. 1. Во Временникѣ Демидовскаго юридическаго лицея. *Звѣревъ*, Энциклопедія права въ ряду юридическихъ наукъ. Юридическій Вѣстникъ. 1880, № 1.

щимся или предметомъ, или пріемомъ изученія, противуполагаютъ энциклопедическое изученіе права.

Эта послѣдняя отрасль правовѣдѣнія и составляетъ предметъ моего курса. Изъ всѣхъ юридическихъ наукъ она менѣе всѣхъ опредѣлилось. Ея постановка до сихъ поръ остается весьма шаткой. Даже вопросъ о существованіи и возможности существованія такой науки—вопросъ спорный.

Если обратиться къ обыденному словоупотребленію, то въ немъ дѣйствительно энциклопедія не обозначаетъ особой науки. Подъ энциклопедіей разумѣютъ не науку, а кругъ наукъ. Напримѣръ, говорятъ объ энциклопедіи наукъ Бэкона, Вольфа, Конта, разумѣя при этомъ установленныя ими классификаціи наукъ. Примѣняя названіе энциклопедіи къ сочиненіямъ, разумѣютъ подъ энциклопедіями книги, содержащія въ томъ или другомъ порядкѣ, хотя бы и въ алфавитномъ, обозрѣніе содержанія болѣе или менѣе обширной группы наукъ; иногда даже всѣхъ наукъ.

Такое пониманіе энциклопедіи находитъ себѣ основаніе и въ этимологіи этого слова. Оно образовалось изъ греческаго выраженія ἐγκύκλιος παιδεία обозначавшаго кругъ наукъ, входившихъ въ составъ средняго образованія. Съ тѣмъ же значеніемъ выраженіе это употреблялось и римлянами. Собственно же слово энциклопедія, циклопедія (эта форма употребляется и теперь въ англійскомъ языкѣ) или даже просто педія, вошло въ употребленіе не ранѣе XVI столѣтія. Первая книга, носящая это названіе, есть сочиненіе Рингельберга: Ringelbergius, Lucubrationes vel potius absolutissima kyklopaideia, 1541. Тутъ собраны статьи по грамматикѣ, діалектикѣ и риторикѣ и, въ особомъ отдѣлѣ: «chaos» помѣщено все, неподходившее подъ названныя рубрики [1]).

Перенося такое пониманіе энциклопедіи въ частности на энциклопедію права, и подъ нею разумѣютъ не болѣе какъ общій, краткій очеркъ содержанія всѣхъ вообще юридическихъ наукъ въ совокупности [2]). Какъ и всякій другой энциклопедическій сборникъ, такая юридическая энциклопедія можетъ служить весьма полезнымъ пособіемъ при общемъ энциклопедическомъ образованіи. Человѣкъ, не имѣющій въ виду спеціальнаго изученія юридической науки, съ большимъ удобствомъ почерпнетъ общее ознакомленіе съ ея основными положеніями и об-

[1]) *Капустинъ*, юридическая догматика, вып. I, М. 1868, стр. 14.

[2]) Первая юридическая энциклопедія: Hunnius, Encyclopaidia juris universi. Colon. 1638.

щимъ характеромъ изъ энциклопедическаго изложенія, дающаго краткій очеркъ всего содержанія различныхъ юридическихъ наукъ.

Но для чего излагать энциклопедію правъ, какъ это дѣлается въ германскихъ и нашихъ университетахъ, юристамъ, избравшимъ изученіе права своею спеціальностью?

Зачѣмъ же такая двойственность, зачѣмъ излагать напередъ кратко, поверхностно то, что будетъ преподано затѣмъ въ другой разъ уже настоящимъ научнымъ образомъ? Отвѣтъ подъ рукой. Неудобно начинать изученіе права съ спеціальныхъ наукъ, напр. гражданскаго или государственнаго права: излагая части, онѣ предполагаютъ уже знакомство съ цѣлымъ рядомъ общихъ юридическихъ понятій, напр. о правѣ въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ, объ юридическомъ институтѣ, о правоспособности и дѣеспособности, и т. п. Даже исторія права и та предполагаетъ уже знакомство съ этими понятіями, такъ какъ всякая исторія есть прежде всего переводъ историческихъ явленій на языкъ современныхъ понятій, а исторія права—на языкъ современныхъ юридическихъ понятій.

Такимъ образомъ дѣйствительно чувствуется потребность въ особомъ курсѣ, вводящемъ въ изученіе права, и устраняющемъ этимъ въ изученіи права, необходимость начинать прямо съ частей, съ частей цѣлаго, остающагося вовсе неизвѣстнымъ.

Но соотвѣтствуетъ ли этой цѣли предлагаемое средство, это очень сомнительно. Сомнительно, чтобы краткій очеркъ всѣхъ частей правовѣдѣнія могъ дѣйствительно ввести въ изученіе правовѣдѣнія. Если неудобно начинать съ подробнаго изученія частей, то также неудобно начать и съ неподробнаго, такъ какъ неудобство это обусловлено не подробностью, а частностью, отрывочностью изученія.

Если человѣкъ ознакомится съ значеніемъ главнѣйшихъ терминовъ, съ раздѣленіемъ науки на отдѣльныя отрасли и содержаніемъ каждой изъ нихъ, его изученіе права не сдѣлается еще отъ этого осмысленнѣе. Получить краткое понятіе о частяхъ — не значитъ еще получить понятіе и о цѣломъ. Соединеніе частей въ одно живое цѣлое не есть вовсе такое легкое и простое дѣло, чтобы оно само собой давалось каждому ознакомившемуся съ частями. Это доказывается уже тѣмъ, что, какъ увидимъ ниже, до сихъ поръ общая система права составляетъ еще предметъ контроверзъ.

Можно даже сказать, что краткое обозрѣніе всѣхъ частей правовѣдѣнія еще менѣе годно для того, чтобы ввести начинаю-

щаго въ изученіе права, чѣмъ спеціальное изученіе одной какой-нибудь отрасли. Спеціальное изученіе, не стѣсненное требованіями легкости и краткости, можетъ удѣлить достаточно времени на разсмотрѣніе данной отрасли именно въ связи съ цѣлымъ. Излагая все содержаніе данной отрасли правовѣдѣнія, сразу вводишь изучающаго in mediаs res. Богатство содержанія заинтересовываетъ его, а строгая научность изученія пріучаетъ къ научному методу изслѣдованія. Краткое, конспектообразное изложеніе, напротивъ, уже по скудости содержанія вовсе не можетъ заинтересовать. Будучи легкимъ, оно не проникаетъ въ глубь предмета и вмѣсто зерна даетъ только скорлупу.

Къ этимъ сомнѣніямъ, вытекающимъ изъ условій преподаванія, присоединяется рядъ другихъ. Потребность въ общемъ знакомствѣ съ наукой, какъ съ цѣлымъ, чувствуется не только приступающими къ ея изученію. И спеціалистъ, самостоятельно разработывающій частные вопросы науки, чувствуетъ туже потребность. Развитіе науки ведетъ все къ большей и большей спеціализаціи. Каждому отдѣльному изслѣдователю приходится все болѣе и болѣе ограничивать область его самостоятельныхъ изслѣдованій. Въ XVII столѣтіи мы еще можемъ указать на Лейбница, какъ на примѣръ ученаго, работавшаго почти по всѣмъ различнымъ наукамъ. Но въ настоящемъ столѣтіи мы не найдемъ лучшаго примѣра возможной универсальности, какъ А. Гумбольтъ, ограничивавшійся лишь рамками одного естествознанія. А теперь нельзя указать и такого даже изслѣдователя, какъ Гумбольтъ. Само естествознаніе дробится на множество частныхъ отраслей и этому дробленію нѣтъ предѣла. Хотя въ меньшей степени то же явленіе замѣчается и въ правовѣдѣніи. Между старыми юристами самостоятельное изученіе всѣхъ отраслей права не было рѣдкостью. Еще въ первой половинѣ настоящаго столѣтія можно указать немало писателей, одинаково извѣстныхъ въ исторіи двухъ или трехъ юридическихъ наукъ. Таковъ, напримѣръ, H. S. Zachariae, публицистъ и цивилистъ, H. A. Zachariae, публицистъ и криминалистъ, Блунчли, международникъ, публицистъ и цивилистъ, и т. п. Но теперь и въ правовѣдѣніи все болѣе и болѣе даетъ себя чувствовать развивающаяся спеціализація.

Сосредоточеніе самостоятельнаго изслѣдованія въ болѣе ограниченной сферѣ, требуемое развивающейся спеціализаціей, не обусловливаетъ однако необходимымъ образомъ узкости и мелочности получаемыхъ отъ такого спеціальнаго изслѣдованія научныхъ результатовъ. И строго-спеціальное изслѣдованіе можетъ, при надлежащей постановкѣ, привесть къ широкимъ результа-

тамъ, проливающимъ свой свѣтъ на все человѣческое міровоззрѣніе. Лучшее доказательство этому примѣръ Дарвина. Будучи зоологомъ и оставаясь имъ, онъ пришелъ однако къ установленію въ своемъ ученіи о происхожденіи видовъ такого широкаго обобщенія, что на немъ строится теперь цѣлое новое міровоззрѣніе, съ полнымъ правомъ называемо «дарвинистическимъ». Но для такой плодотворности спеціальнаго изученія надо дать ему надлежащую постановку, надо, работая надъ частнымъ вопросомъ, не терять изъ виду общихъ задачъ познанія, надо на разработку частностей смотрѣть не какъ на цѣль, а какъ на средство. Словомъ, каждый спеціалистъ, какъ бы частенъ ни былъ предметъ его изслѣдованія, долженъ ставить себѣ цѣлью знаніе, какъ одно цѣлое. Для этого необходимо уже имѣть представленіе о наукѣ, какъ о цѣломъ, соотвѣтствующее данной стадіи развитія научнаго знанія. Но откуда возьметъ его спеціалистъ? Выработать его самъ можетъ далеко не всякій. Геніямъ оно дается, правда, легко, какъ бы само собой. Но людямъ среднихъ дарованій потребовалось бы для этого такъ много труда, что имъ не осталось бы времени для разработки своей спеціальности, потому что «краткое обозрѣніе содержанія различныхъ наукъ» рѣшительно не способно привесть къ объединяющему представленію о наукѣ, какъ о цѣломъ. Такое краткое обозрѣніе не можетъ точно также опредѣлить соотношенія даннаго частнаго вопроса, служащаго предметомъ изученія спеціалиста, съ другими научными вопросами. Не можетъ потому, что по краткости своей большинства частныхъ вопросовъ оно и не коснется.

Такимъ образомъ, энциклопедія, въ обыденномъ ея пониманіи, не способна удовлетворить ни учебной, ни, тѣмъ болѣе, научной потребности, въ обобщающемъ представленіи о наукѣ, какъ о цѣломъ.

Эти недостатки постановки энциклопедіи, какъ краткаго и легкаго обзора, эта нецѣлесообразность въ пониманіи энциклопедіи, какъ конспекта другихъ наукъ, не могла не обратить на себя вниманія. Прежде всего въ германской литературѣ была выражена мысль о необходимости дать энциклопедіи, для того чтобы она дѣйствительно могла достигать своей цѣли, значеніе настоящей, самостоятельной науки.

Съ особенной силой развилъ эту мысль Шеллингъ въ своихъ «Чтеніяхъ объ академическомъ изученіи». Согласно своему общему міровоззрѣнію, по которому все въ мірѣ находится въ органической связи, онъ и на науку смотрѣлъ, какъ на живой организмъ. Отдѣльныя отрасли ея — не мертвыя, механическія части,

а также живые органы живаго цѣлаго. Какъ органъ любаго организма можетъ быть понятъ лишь тогда, когда мы будемъ его изучать въ связи съ цѣлымъ организмомъ, такъ и каждая отрасль науки можетъ быть понята и изучена настоящимъ образомъ только въ связи съ цѣлымъ. Поэтому, прежде изученія спеціальныхъ отраслей, необходимо ознакомиться съ наукой, какъ однимъ цѣлымъ. Этой цѣли и должна служить энциклопедія, имѣющая своимъ предметомъ цѣлокупное изученіе всей области человѣческаго вѣдѣнія и являющаяся, такимъ образомъ, не одной изъ спеціальныхъ наукъ, а наукой наукъ, стоящей надъ другими науками, потенцированной наукой, уже содержащей въ себѣ все то, что съ подробностью раскрывается въ наукахъ спеціальныхъ.

Ученіе Гегеля представляетъ еще болѣе смѣлый и стройный синтезъ. Въ немъ весь міръ является ничѣмъ инымъ, какъ непрерывнымъ саморазвитіемъ абсолюта, саморазвитіемъ діалектическимъ. Этотъ синтетическій взглядъ онъ распространилъ и на науку, которая сама, являясь однимъ изъ моментовъ діалектическаго развитія, также представляетъ въ своихъ отрасляхъ моменты діалектическаго движенія. Поэтому естественно онъ требовалъ изученія отдѣльныхъ отраслей въ связи съ цѣлымъ, такъ какъ спеціальныя науки являются для него лишь моментами діалектическаго развитія одной цѣлой науки.

Нельзя отрицать важную заслугу, оказанную развитію энциклопедіи ученіями Шеллинга и Гегеля. Благодаря имъ, установился болѣе глубокій взглядъ на энциклопедію и явилость стремленіе разработывать ее, какъ самостоятельную науку. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не указать и на слабую сторону того понятія объ энциклопедіи, какъ самостоятельной наукѣ, какое сложилось подъ вліяніемъ идей Шеллинга и Гегеля. Совершенно справедливо, что каждый частный вопросъ долженъ быть изучаемъ не иначе, какъ въ связи съ цѣлымъ: иначе изученіе лишится живаго значенія и плодотворности. Но это требованіе одинаково справедливо въ отношеніи каждой науки, какъ общее необходимое условіе истинной научности. Поэтому нельзя видѣть въ этомъ пріемѣ изученія особенность одной только энциклопедіи. Чтобы быть самостоятельной наукой, она должна имѣть особый самостоятельный предметъ. Въ отвѣтъ на это мы находимъ указаніе, что энциклопедія обнимаетъ собою содержаніе всѣхъ отдѣльныхъ наукъ. Къ такому опредѣленію предмета энциклопедіи вполнѣ примѣняется справедливое возраженіе Конопака [1]), что или энциклопедія не

[1]) *Konopak.* Begriff der Encyclopedie.

есть одна изъ наукъ, или она не можетъ обнимать собою содержаніе всѣхъ отдѣльныхъ наукъ.

Болѣе удачное опредѣленіе энциклопедіи, какъ самостоятельной науки, имѣющей свой особый, отличный отъ другихъ наукъ предметъ, мы находимъ у Огюста Конта, въ его Курсѣ положительной философіи.

Въ первоначальномъ состояніи нашихъ знаній не существуетъ никакого опредѣленнаго раздѣленія интеллектуальнаго труда; всѣ науки разрабатываются одновременно одними и тѣми же лицами. Это состояніе человѣческаго знанія, сначала неизбѣжное, измѣняется мало-по-малу по мѣрѣ того, какъ развиваются отдѣльныя отрасли знанія. Въ силу закона, необходимость котораго очевидна, каждая отрасль научной системы незамѣтно отдѣляется отъ ствола, какъ только достаточно расширилась, чтобы стать предметомъ отдѣльнаго изученія, т.-е., чтобы собой одной занять всю дѣятельность нѣсколькихъ умовъ. Этому раздѣленію различныхъ категорій изслѣдованій между различными группами ученыхъ мы обязаны тѣмъ замѣчательнымъ развитіемъ, какое обнаружилось на нашихъ глазахъ въ каждой отдѣльной отрасли знаній. Это, очевидно, указываетъ на невозможность у современныхъ ученыхъ той общности изученія, которая представлялась въ древности столь обыкновеннымъ и легкимъ дѣломъ. Однимъ словомъ, раздѣленіе труда умственнаго, все болѣе и болѣе развивающееся, есть одинъ изъ характеристическихъ признаковъ современнаго развитія знаній.

Но, признавая всю плодотворность результатовъ такого раздѣленія, нельзя, съ другой стороны, не быть пораженнымъ капитальными неудобствами, какія оно порождаетъ въ своемъ настоящемъ состояніи: чрезмѣрной частностью идей, занимающихъ каждаго отдѣльнаго изслѣдователя. Это неудобство до извѣстной степени неизбѣжно, но мы можемъ устранить самую худую сторону этого, не устраняя самаго раздѣленія занятій.

Средствомъ для этого не можетъ, очевидно, служить возвращеніе къ прежнему отсутствію раздѣленія занятій: это значило бы вмѣстѣ съ тѣмъ отказаться отъ дальнѣйшаго развитія наукъ. Средство это, напротивъ, заключается въ дальнѣйшемъ развитіи самаго раздѣленія занятій. Стоитъ только сдѣлать изъ изученія общихъ положеній, научныхъ общностей (généralités scientifiques) еще новую отдѣльную спеціальность. Пусть новый классъ ученыхъ, приготовленныхъ для этого, не занимаясь исключительно изученіемъ какой-нибудь отдѣльной изъ существующихъ наукъ, займется единственно изслѣдованіемъ современнаго состоянія ихъ,

опредѣленіемъ духа каждой изъ нихъ, выясненіемъ ихъ взаимнаго отношенія и связи, сведеніемъ, если возможно, ихъ частныхъ принциповъ къ меньшему числу общихъ принциповъ, строго держась положительнаго метода. Если другіе ученые будутъ руководиться общими принципами, такимъ образомъ установляемыми, и вмѣстѣ съ установляющими ихъ изслѣдователями взаимно повѣрять свои результаты, то тогда раздѣленіе труда въ области научной дѣятельности можетъ быть развито до крайнихъ предѣловъ безъ того, чтобы наука потерялась въ частностяхъ, деталяхъ, безъ того, чтобы за деревьями мы перестали видѣть лѣсъ [1]).

Такимъ образомъ, Контъ существенно отличается отъ нѣмецкихъ философовъ во взглядѣ на энциклопедію. И онъ признаетъ необходимость образовать особую общую науку, чтобы парализовать вредныя послѣдствія все развивающагося раздѣленія труда. Но онъ не придаетъ этой наукѣ значенія науки наукъ, не говоритъ, что она должна собою обнимать все содержаніе другихъ наукъ. Напротивъ, по взгляду Конта, и эта наука есть одна изъ спеціальныхъ наукъ, отличающаяся отъ другихъ тѣмъ, что предметъ ея не частности, а общности. Понятно, что при такомъ взглядѣ на энциклопедію возраженія, подобныя тѣмъ, что сдѣлалъ Конопакъ, уже не имѣютъ никакого значенія.

Энциклопедія, не ставящая себѣ задачей обнять въ краткомъ очеркѣ все содержаніе отдѣльныхъ наукъ, а изслѣдующая свой особый предметъ — общія стороны разнообразныхъ правовыхъ явленій, получаетъ характеръ общаго ученія о правѣ или общей теоріи права. Потребность въ такомъ общемъ ученіи сознавалась уже довольно давно, но прежде въ немъ видѣли нѣчто отличное отъ энциклопедіи, долженствующее стать на ряду съ ней. Таково воззрѣніе Фалька [2]). Онъ предлагаетъ замѣнить разработку естественнаго права общей теоріей права, которая бы содержала изложеніе общихъ юридическихъ истинъ, получаемыхъ путемъ анализа положительныхъ юридическихъ принциповъ. Распространеніе эта мысль о необходимости выработки общаго ученія о правѣ получила лишь въ самое послѣднее время. Съ особенной подробностью развиваетъ ее Мюллеръ [3]).

Онъ опредѣляетъ общую теорію права, какъ систему основъ права (das System der Rechtsgründe). Помимо практическихъ

---

[1]) *Comte*, Cours de philosophie positive, 3 edition, 1869, I, pp. 25—29.

[2]) *Falck* Juristische Encyklopädie. 1821. 4 Ausgabe. 1839. ss. 73—90.

[3]) Die Elemente, s. 16—35.

цѣлей, задача правовѣдѣнія представляется двоякой. Во-первыхъ оно обработываетъ практическій матеріалъ права въ систематическомъ, спекулятивно-идеалистическомъ, историческомъ и эмпирико-реалистическомъ направленіяхъ; затѣмъ изъ полученнаго такимъ образомъ, правоваго матеріала оно извлекаетъ общія основы права, обработываетъ ихъ, сообразно ихъ внутренней связи, въ цѣльную (geschlossenen) систему общей теоріи права и примѣняетъ ихъ какъ руководящіе принципы для оцѣнки имѣющагося матеріала права и для развитія права и правовѣдѣнія. — Сама общая теорія правъ, конечно, не можетъ никакъ имѣть непосредственнаго примѣненія въ жизни, ибо она содержитъ только общія основы права, а не отдѣльныя правоположенія, опредѣляющія дѣйствительныя житейскія отношенія. Невозможно также изъ ея общаго содержанія путемъ интерпретаціи, путемъ логическаго и діалектическаго развитія понятій образовать практическое право. Движеніе и развитіе права имѣетъ свое основаніе въ элементахъ естественныхъ житейскихъ отношеній. Теоретикъ же изъ этихъ отношеній и изъ порождаемаго ими практическаго права извлекаетъ общія понятія. Такимъ образомъ и теорія права зависитъ отъ реальныхъ отношеній, а не наоборотъ.

Дѣятельность теоретика должна быть направлена къ тому, чтобы понять практическое право и реальныя людскія отношенія какъ одно связное цѣлое, этотъ общій организмъ разложить на его отдѣльные органы и элементы, опредѣлить ихъ соотношеніе и взаимодѣйствіе, нормы и цѣли ихъ дѣйствія, а также назначенія какъ цѣлаго, такъ и частей. Въ особенности общая теорія провѣряетъ практическое отношеніе съ его технической и логической (begriffliche) стороны, выясняетъ руководящіе правовые принципы изъ совокупности, связи (Zusammenhang) и сущности общественнаго организма и сводитъ ихъ къ общимъ основамъ людской дѣятельности въ обществѣ и государствѣ. Общая теорія права есть, такимъ образомъ, краеугольный камень системы правовѣдѣнія; она связываетъ отдѣльныя дисциплины и ихъ содержаніе въ одно цѣлое. Общая теорія права для того, чтобы соотвѣтствовать своей цѣли, должна прилагать къ своему содержанію масштабъ строгой объективности и избѣгать всякихъ субъективныхъ построеній. Если теперь собственному содержанію отдѣльныхъ дисциплинъ предпосылаются общія соображенія, то это потому, что мы не имѣемъ еще годной теоріи права и что каждый юристъ ощущаетъ потребность изложить часть своихъ воззрѣній на право.

Точно также Альбертъ Постъ, въ своемъ новѣйшемъ сочи-

ненiи [1]) выражаетъ убѣжденіе, что, съ развитіемъ правовѣдѣнія, какъ отрасли положительной науки объ обществѣ (этнологіи), не будетъ болѣе и рѣчи объ исторіи и философіи права, какъ о двухъ отдѣльныхъ наукахъ. Рядомъ съ исторіей права можетъ сохраниться лишь общее ученіе о правѣ (eine allgemeine Rechtswissenschaft), которая будетъ имѣть, на сколько она установляетъ явленія правовой жизни, — эмпирическій характеръ, на сколько объясняетъ причины этихъ явленій — философскій. Но объ эти отрасли правовѣденія, исторія права и общее ученіе о правѣ, будутъ находиться въ ближайшей связи между собой.

П. Мюллеръ и Постъ, говоря объ общей теоріи права, оставляютъ совершенно безъ разсмотрѣнія вопросъ объ ея отношеніи къ энциклопедіи. Первый изъ нѣмецкихъ юристовъ, высказавшійся въ смыслѣ необходимости отождествленія энциклопедіи и общей теоріи права, былъ Шютце. Своему курсу энциклопедіи права онъ и даетъ такую именно постановку, какъ это можно видѣть изъ напечатаннаго имъ плана своихъ лекцій. Самый курсъ остается, къ сожалѣнію, ненапечатаннымъ.

Между новѣйшими русскими энциклопедистами отождествленіе энциклопедіи права съ общей его теоріей почти общепринято. По крайней мѣрѣ всѣ печатные курсы энциклопедіи, за исключеніемъ Неволина и Рождественскаго, даютъ только общее ученіе о правѣ [2]). Капустинъ даже замѣняетъ названіе энциклопедіи названіемъ «общей догматики». Но, какъ справедливо замѣтилъ Карасевичъ, это названіе неудобно, такъ какъ, по установившемуся словоупотребленію, догма противополагается исторіи и обозначаетъ прикладную науку права.

Это различіе русскихъ энциклопедій отъ нѣмецкихъ, изъ которыхъ даже лучшія, даже наиболѣе систематическія, какъ напримѣръ, Фалька, Вальтера, Аренса, Варнкенига, представляютъ неболѣе какъ совокупность краткихъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, съ небольшимъ общимъ къ нимъ введеніемъ, находитъ себѣ объясненіе въ самомъ складѣ нашего юридическаго образованія. У нѣмцевъ преподаваніе права, сво-

[1]) Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis von Dr. All. Herm. Post, Richter in Bremen. I Band. Oldenburg 1880, s. 2.

[2]) *Реннекампфъ*. Очерки юридической энциклопедіи. Кіевъ. 1868. 2 изд. 1880. *Капустинъ*. Юридическая догматика. 2 выпуска. М. 1868. *Карасевичъ*. Энциклопедія права. Выпускъ I. Ярославль. 1871. (Временникъ Яросл. лицея № 1). *Деларовъ*. Очерки по энциклопедіи права. Томъ I. Спб. 1878.

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

дится, по выраженію Лоренца, къ изложенію одного гражданскаго права въ разнообразныхъ его видахъ. Другія отрасли права, можно сказать, только терпимы. Немудрено потому, что введеніемъ въ изученіе науки права у нихъ служитъ не общее ученіе о правѣ, а просто предварительное изложеніе того же гражданскаго права, римскаго и германскаго, да иногда еще, какъ у Пюттера, Аренса, Варнкенига, всеобщая исторія права. Совершенно въ иныя условія поставлено преподаванія права у насъ. Русскіе университеты никогда не знали диктатуры гражданскаго права. Гражданское право не заслоняетъ у насъ права публичнаго, не заслоняетъ и политическихъ наукъ. Я уже указывалъ, что еще во времена Петра I юридическое образованіе соединяется у насъ съ политическимъ. Поэтому русскій энциклопедистъ не можетъ, по примѣру нѣмцевъ, сосредоточить своего вниманія на одномъ гражданскомъ правѣ, онъ не можетъ свести свой курсъ къ краткому изложенію всего того, что въ другихъ курсахъ излагается подробно. При разнообразіи преподаваемыхъ предметовъ это сдѣлало бы изложеніе слишкомъ пестрымъ. Условія нашего университетскаго преподаванія требуютъ отъ энциклопедиста не «краткихъ очерковъ», а энциклопедіи, какъ общаго ученія о правѣ.

§ 26. Философія и исторія права.

Но при такомъ опредѣленіи энциклопедіи, какъ общаго ученія о правѣ, естественно является вопросъ, какъ же относится она къ философіи права? Въ чемъ ихъ различіе? Для Конта наука общности и есть философія, такъ что у него энциклопедія, въ указанномъ смыслѣ, сливается съ философіей.

Нѣмецкіе мыслители, напротивъ, отличая энциклопедію отъ философіи, основывались при этомъ на принятомъ у нихъ противуположеніи наукъ философскихъ и эмпирическихъ. Это различіе, сравнительно, новое и возникло собственно на нѣмецкой почвѣ. У древнихъ философія сливалась съ наукой вообще, она была для нихъ наукой, объединяющей отдѣльныя познанія, изучающая то, что всѣмъ имъ обще. Такъ у Аристотеля философія обнимаетъ собою и математику, и физику, и этику и поэтику. Но т. н. имъ *первая философія* (πρώτη φιλοσοφία), которой древніе его комментаторы придали названіе метафизики (потому что она слѣдовала за физикой), имѣла своимъ предметомъ изученіе основъ или принциповъ всего сущаго. — Лишь позднѣе этому названію метафизики, указывавшему лишь на порядокъ

отдѣльныхъ ученій у Аристотеля, придали значеніе знанія сверхъчувственнаго.

Въ Англіи и до сихъ поръ философія, какъ и у Аристотеля, обозначаетъ науку вообще. Но на континентѣ, и особенно въ Германіи, подъ философіей разумѣютъ особое знаніе, имѣющее сверхъчувственный, неопытный источникъ. Такое пониманіе философіи явилось въ то время, когда, подъ вліяніемъ философской системы Вольфа и свойственнаго ей примирительнаго направленія, установлены были двѣ параллельныя системы наукъ, раціональныхъ и эмпирическихъ. Какъ извѣстно, Бэконъ противопоставилъ силлогистическому методу—методъ индуктивный. Англійскіе мыслители, Ньютонъ и Локкъ, слѣдовали Бэкону. Но Лейбницъ явился защитникомъ силлогистическаго, дедуктивнаго метода Декарта. Для обоихъ направленій, однако, философія была синонимомъ науки. Вольфъ, послѣдователь Лейбница, допустилъ, однако, компромиссъ. Принявъ въ наукѣ и силлогизмъ, и индукцію, онъ не съумѣлъ сдѣлать этого лучше, какъ узаконивъ существованіе двухъ параллельныхъ наукъ объ одномъ и томъ же предметѣ. «Вольфъ подарилъ, говоритъ проф. Троицкій [1]), титулъ науки и системѣ знаній per sillogismum, и системѣ знаній per inductionem; но эпитетъ той и другой науки отличаютъ въ немъ пристрастіе схоластика и картезіанца. Наука per inductionem названа была *эмпирической*, наука per sillogismum—*раціональною*. Чтобы понять, къ какой наукѣ должны были склоняться симпатіи нѣмецкихъ ученыхъ, надобно припомнить, что до этого времени эмпириками назывались обыкновенно такіе врачи, которыхъ искусство основано было на однихъ практическихъ замѣчаніяхъ надъ дѣйствіями лекарствъ, иначе сказать, которые не были подготовлены къ своей практикѣ знаніемъ анатоміи, физіологіи и паталогіи человѣческаго тѣла. Вольфъ употребилъ слово эмпирическій, какъ синонимъ индуктивнаго, но ассоціація невыгодныхъ понятій съ первымъ терминомъ должна была производить свое дѣйствіе на научныя симпатіи, бросая невыгодный свѣтъ на индуктивную науку. Напротивъ, наука раціональная, или per sillogismum, удержала за собой подаренный ей еще схоластикою княжескій титулъ философіи. Такъ, что наука per sillogismum, или раціональная, и философія остались у Вольфа синонимами, какъ и въ самые темные вѣка схоластическаго варварства. — Это вольфово разграниченіе между философіею и не-философіею надобно всегда имѣть въ виду, чтобы не поте-

[1]) Нѣмецкая психологія въ текущемъ столѣтіи. Москва, 1867, стр. 119.

ряться въ лабиринтѣ нѣмецкой терминологіи. Философія занимается у нихъ всѣми предметами знанія, — и веществомъ, и духомъ, но занимается по методамъ схоластики, представляя философіи обрабатывать тѣ же предметы по методу Бекона». Это раздѣленіе было перенесено и въ науку права, и сохраняется въ нѣмецкой литературѣ до сихъ поръ.

Такъ Краузе, основатель такъ-называемой органической школы правовѣдѣнія, ученія которой пользовались въ послѣднее время въ Германіи и Италіи особенной популярностью, опредѣляетъ философію права, какъ познаніе права и государства въ чистомъ разумѣ. Поэтому она не исчерпываетъ всей науки права, которая объемлетъ всякаго рода познаніе о правѣ, слѣдовательно и историческое познаніе права, или исторію права, которая есть познаніе о томъ, что люди признаютъ правомъ на этой землѣ (auf dieser Erde) и чему они дали силу, какъ праву, въ гражданской жизни и гражданскомъ законодательствѣ. — Напротивъ, философія права познаетъ, что само въ себѣ есть правое сообразно съ разумной природой людей, народовъ, человѣчества, независимо отъ всякой исторіи, отъ всякаго историческаго законодательства и государства; слѣдовательно философія ищетъ познать, что есть вѣчно правое и, слѣдовательно, будетъ правымъ вездѣ, во всей вселенной для всѣхъ разумныхъ существъ, для всякаго духа. Предметъ философіи есть. такимъ образомъ, чистое понятіе права, или идея, которую она должна воплотить въ наглядный образъ—идеалъ права и государства [1]). Въ подобномъ же родѣ опредѣляетъ философію права одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ публицистовъ Австріи—Лоренцъ Штейнъ. Философія права, по его словамъ, есть систематическое познаніе основывающагося на вѣчно неизмѣнной органической сущности личности вѣчно неизмѣннаго (ewig gleichen) права, права въ себѣ, чистаго правопонятія [2]).

Эти опредѣленія философіи права, какъ особой науки, всецѣло покоятся на такихъ предпосылкахъ, которыя рѣшительно отвергаются наукой. Они предполагаютъ существованіе вѣчнаго права; мало того, они предполагаютъ возможность познавать не только явленія, но и сущности, именно сущность человѣческой природы, и изъ такого познанія думаютъ вывесть вѣчную идею права въ себѣ. Но современная наука, вѣрная положительному

[1]) *Krause*, Das System der Rechtsphilosophie. Leipzig. 1874, ss. 3—5.

[2]) *Stein*, Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft Deutschlands. 1876, s 112.

методу, не задается познаніемъ безотносительнаго, абсолютнаго, познаніемъ самыхъ сущностей. Оставляя въ сторонѣ такія мечтательныя цѣли, она ограничивается болѣе скромной, но вмѣстѣ и болѣе положительной задачей изученія явленій и подмѣчаемыхъ въ нихъ однообразій.

Только такое познаніе возможно для человѣка. Возможность сверхчувственнаго, метафизическаго знанія сущностей есть совершенно бездоказательное и весьма сомнительное предположеніе. Старыя попытки обоснованія возможности метафизическаго познанія признаются несостоятельными самими современными метафизиками. Метафизическія системы, явившіяся послѣ Канта, признаютъ необходимымъ условіемъ возможности метафизическаго познанія тожество мышленія и бытія, но ничѣмъ не доказываютъ дѣйствительнаго существованія этого условія. «Поэтому», говоритъ Эдуардъ Гартманъ—самый ярый метафизикъ и потому особенно компетентный судья въ этомъ вопросѣ,—все это философствованіе покоилось на условіи, висящимъ совершенно на воздухѣ, все это философствованіе вытекало изъ недоказаннаго предположенія» [1]). О себѣ самомъ, впрочемъ, Гартманъ утверждаетъ, что ему удалось разрѣшить эту основную проблему всякой метафизики, удалось доказать возможность познанія сверхчувственнаго. Онъ хвалится, что доказалъ индуктивно на основаніи опыта, тождество мышленія и бытія, или, по крайней мѣрѣ, чрезвычайно большую вѣроятность этого тождества [2]). Мы не можемъ входить здѣсь въ подробную оцѣнку этого «индуктивнаго» доказательства мышленія и бытія. Мы можемъ сослаться на приведенный выше образчикъ гартмановскихъ доказательствъ: на его доказательство громадной вѣроятности истинности телеологическаго объясненія міра. По этому примѣру можно судить о всемъ вообще характерѣ гартмановской аргументаціи, представляющей и въ цѣломъ тотъ же характеръ довольно наивнаго фокуса. Да иначе и не могло быть, разъ цѣлью ставится познаніе сверхчувственнаго съ методами эмпирическаго знанія, всецѣло основывающагося на данныхъ чувственнаго. Нелѣпа самая мысль о возможности познать посредствомъ опыта, т.-е., посредствомъ чувствъ—сверхчувственное.

Въ настоящее время, если философія отстаивается, какъ самостоятельная наука, то уже не въ смыслѣ сверхчувственнаго познанія сущностей, а лишь въ смыслѣ болѣе обобщеннаго зна-

---

[1]) Philosophie des Unbewussten, 8 Aufl. II, s. 464.

[2]) Тамъ же, s. 464—466.

нія, но источникъ и методъ ея тотъ же, что и другихъ наукъ. Такъ понимаетъ философію Огюстъ Контъ: для него философія есть общая система человѣческихъ знаній [1]). Основатель эволюціонизма Герберть Спенсеръ повторяетъ тоже опредѣленіе философіи: необъединенное знаніе есть знаніе не научное; объединенное отчасти — наука; объединенное вполнѣ — философія [2]). Льюисъ отстаиваетъ, правда, возможность метафизики, но подъ нею онъ не разумѣетъ сверхчувственнаго познанія и потому противуполагаетъ ее метэмпирикѣ, какъ *эмпирическую метафизику*. Для метафизики, пользующейся тѣмъ же самымъ положительнымъ методомъ, какъ и всѣ другія науки, есть лишь «наука общихъ началъ» и занимаетъ относительно науки положеніе нѣсколько аналогичное отношенію алгебры къ ариѳметикѣ. Предметъ ариѳметики — количества; алгебра же имѣетъ дѣло не съ количествами, а съ ихъ отношеніями. Такъ и предметъ науки — законы чувственныхъ явленій, предметъ же метафизики — не эти законы, но законы законовъ, исчисленіе ихъ дѣйствій [3]).

Къ этому сводится и опредѣленіе проф. кіевскаго университета Козлова. «Предметъ философіи», говоритъ онъ, «есть міръ, какъ цѣлое изъ всѣхъ извѣстныхъ вещей, явленій, событій и слѣдовательно въ ней мы должны искать положеній или сужденій, которыя бы имѣли въ виду все, что входитъ въ человѣческое сознаніе, какъ сущее, какимъ-либо опредѣленнымъ способомъ [4]). Но этотъ міръ, служащій предметомъ философіи, не есть «*готовое цѣлое*» въ себѣ (an sich), какъ гдѣ-то и когда-то *законченный синтезъ* безконечнаго ряда міровыхъ состояній, однимъ словомъ: какъ абсолютно-замкнутое существо. Не это фантастическое представленіе составляло и можетъ составлять предметъ философіи: оно только, въ силу разныхъ историческихъ обстоятельствъ, было подставлено подъ истинное понятіе міра, какъ *цѣлаго*, состоящаго изъ *вещей, явленій, событій*, не синтезированныхъ гдѣ-то помимо нашего сознанія, но ждущихъ своего синтеза въ немъ, т.-е. въ области, гдѣ эти вещи, явленія, событія *суть* какъ такія, и гдѣ въ понятіи бытія готова *всеобъемлющая форма*, могущая вмѣстить ихъ въ какомъ бы то ни было дѣйствительно данномъ количествѣ. Но эта форма вовсе не гарантируетъ намъ дѣйствительнаго синтеза вещей, а указываетъ

[1]) Cours de philosophie positive, I, p. 5: Le système général des conceptions humaines.

[2]) Основныя начала, стр. 144.

[3]) *Люисъ*. Вопросы о жизни и духѣ, I, 1875, стр. 67, 68.

[4]) Философскіе этюды, I, 1876, стр. 68.

только возможность его. Такъ что «подлинной задачей» философіи всегда было не «познать міръ, какъ заготовь-законченное цѣлое, а лишь построить понятіе міра» [1]).

Если признать, согласно съ этимъ, что задача философіи заключается лишь въ высшемъ обобщеніи научнаго знанія, то энциклопедія, какъ общее ученіе о правѣ, и философія права сольются въ одно, имѣя одну и ту же задачу—обобщеніе матеріала, представляемаго наукой права.

Такой взглядъ находитъ уже себѣ между юристами сторонниковъ, даже въ Германіи. Уже Фридлендеръ, отстаивая важное значеніе энциклопедіи, утверждалъ вмѣстѣ съ тѣмъ невозможность существованія еще и философіи права, какъ особой науки [2]). Но опредѣленнымъ образомъ необходимость слитія, отождествленія философіи и энциклопедіи было признано впервые въ русской литературѣ, именно проф. Карасевичемъ [3]). Въ современной германской литературѣ представителемъ этого взгляда является Меркель. Онъ полагаетъ, что должно вовсе и безусловно отвергнуть философію права, какъ науку, черпающую свой матеріалъ изъ какого-то особаго источника, помимо изученія дѣйствительно существующаго права. Философія права, по его мнѣнію, можетъ быть признана только въ смыслѣ общаго ученія о правѣ, занимающаго въ общей системѣ науки права такое же мѣсто, какое въ каждой спеціальной наукѣ занимаетъ ея общая часть. Но все-таки это воззрѣніе далеко еще не получило общаго признанія. Напротивъ, оно встрѣчаетъ еще много противниковъ, выходящихъ при томъ изъ разнообразныхъ основаній. Одни, какъ напр. Шютце, отстаиваютъ старое раздвоеніе философіи права и положительнаго правовѣдѣнія. На ихъ взглядъ, то общее ученіе, о которомъ говоритъ Меркель, это энциклопедія права. «Философія же права есть часть практической философіи, т. е. той философіи, которая примѣняетъ формальные законы мышленія дедуктивнымъ методомъ къ обоснованію абсолютнаго и его идейнаго содержанія. И именно та часть, которая занимается идеей права, выводя ее изъ высшаго понятія и затѣмъ изслѣдуя ее въ ея логическомъ развѣтвленіи. Философія права относится къ положительному правовѣдѣнію, какъ идеальный юридическій порядокъ къ реальному настоящаго и прошедшаго времени. Это довольно туманное различеніе Шютце поясняетъ на примѣрахъ,

[1]) Тамъ же, стр, 28—30.

[2]) Iuristische Encyclopadie oder System der Rechtswissenshaft. 1847, s. 143.

[3]) Энциклопедія права, стр. 12. Къ нему присоединяется и *Деларовъ*. Очерки, I, стр. 10.

показывающихъ, въ чемъ различіе между философскимъ и положительно—правовымъ изученіемъ юридическихъ институтовъ. Онъ беретъ для этого наиболѣе важные институты: договоръ, собственность, государство, наказаніе. Для догматика или историка обязательность договоровъ несомнѣнный фактъ, отъ котораго онъ отправляется, какъ отъ даннаго. Напротивъ, философъ не можетъ обойти вопроса, обязательны ли договоры, и, если да, то почему? Точно также относительно института частной собственности философъ задается вопросомъ о томъ, на сколько она согласима съ идеей права и въ особенности съ притязаніемъ (Anrecht) всѣхъ на имущество, какъ объектъ удовлетворенія потребности. Юристъ-историкъ лишь *случайно* встрѣчается съ подобными вопросами. Относительно государства философія права ставитъ вопросъ о томъ, является ли оно разумной необходимостью или *лишь* историческимъ продуктомъ? Какая форма правленія согласна съ разумомъ? Образуется ли оно по *своей сущности* изъ договора и т. п. [1]).

Но и эти примѣры не убѣдительны. Насколько подобные вопросы вообще могутъ подлежать научному разрѣшенію, безъ разрѣшенія ихъ не можетъ обойтись и положительное правовѣдѣніе. Юристъ догматикъ не можетъ не поставить вопроса объ условіяхъ обязательности договора, а выяснить эти условія невозможно безъ выясненія самаго основанія его обязательности. Съ другой стороны такіе вопросы, какъ вопросы о согласной съ разумомъ формѣ правленія, должно признать совершенно праздными, такъ какъ оцѣнка формъ правленія не можетъ быть сдѣлана безъ соображенія съ данными историческими условіями.

Другіе въ своихъ возраженіяхъ противъ отождествленія энциклопедіи и философіи права выходятъ изъ совершенно противуположныхъ основаній. Такъ Мюллеръ [2]) полагаетъ, что главное условіе развитія правовѣдѣнія есть рѣшительное отдѣленіе его отъ философіи. И это, по его мнѣнію, обусловлено не характеромъ только современныхъ философскихъ системъ, но вообще существомъ философіи. Философія имѣетъ своей задачей выясненіе послѣднихъ основаній познанія всего сущаго. Но эти послѣднія основанія могутъ служить объясненію лишь самыхъ общихъ свойствъ всѣхъ вещей вообще, а не особенныхъ свойствъ отдѣльной группы явленій, напр. юридическихъ. Въ нашей лите-

[1]) Stutze 10, 12, 13, 14.

[2]) *Paul Müller*, Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung, s. 38 ff.

ратурѣ въ такомъ же смыслѣ высказался въ послѣднее время Н. Сергіевскій [1]).

Этотъ взглядъ всецѣло основанъ на такомъ пониманіи философіи, которое, какъ мы показали, теперь признается ошибочнымъ. Вліяніе нѣмецкихъ философскихъ школъ дѣйствительно во многомъ задержало развитіе науки права, обращая вниманіе юристовъ на такіе вопросы, которые вовсе не могутъ получить научнаго рѣшенія. Но отъ данной философской системы нельзя еще заключить къ философіи вообще.

Въ самое послѣднее время въ нашей литературѣ былъ высказанъ еще одинъ взглядъ на соотношеніе философіи и энциклопедіи права. Взглядъ этотъ, довольно своеобразный, принадлежитъ г. Звѣреву.

По его мнѣнію, энциклопедія не имѣетъ самостоятельнаго предмета изученія, а главное содержаніе свое черпаетъ изъ философіи права. Энциклопедія есть повтореніе философіи, но повтореніе не полное. Она не повторяетъ философію всю отъ начала до конца: она беретъ изъ нея лишь то, что требуется отъ введенія условіями преподаванія. Философія права составляетъ самостоятельную науку, тогда какъ энциклопедія служитъ только предметомъ преподаванія; а потому первая относится ко второй, какъ оригиналъ къ своей, не совсѣмъ точной, копіи. Будучи введеніемъ въ юридическія науки и извлекая свое содержаніе изъ философіи права, энциклопедія предлагаетъ заимствованныя ею свѣдѣнія, какъ готовыя результаты науки, изображаетъ всю область права въ видѣ сложившейся и законченной системы юридическихъ положеній, насколько это возможно при данномъ состояніи правовѣдѣнія. Наоборотъ, философія относится къ тому же самому матеріалу, какъ къ объекту своихъ изслѣдованій, и не только излагаетъ результатъ этихъ изслѣдованій, но и указываетъ путь, которымъ они добыты. Отсюда первая излагаетъ, вторая изучаетъ; первая носитъ на себѣ догматическій характеръ, вторая—критическій. Если энциклопедія ставитъ себѣ задачею ввести начинающаго въ изученіе спеціальныхъ юридическихъ наукъ, философія права имѣетъ въ виду быть послѣднимъ словомъ, заключеніемъ этого изученія, если первая служитъ для того, чтобы начертать планъ предстоящихъ занятій и показать путь, по которому надлежитъ идти, то послѣдняя предназначается для того, чтобы окинуть разомъ все пройденное про-

[1]) Философскіе пріемы и наука уголовнаго права. Журналъ гражданскаго и угол. права, 1879, № 1.

странство, привести пріобрѣтенныя свѣдѣнія въ порядокъ, дать отчетъ въ завершенной работѣ [1]).

Воззрѣніе г. Звѣрева не можетъ не возбудить нѣкоторыхъ недоумѣній. Прежде всего, развѣ можно опредѣлить энциклопедію просто, какъ предметъ преподаванія, да еще противупоставлять предметъ преподаванія—наукѣ? Какъ будто наука не есть предметъ преподаванія? Какъ будто, если энциклопедія есть изложеніе философіи—сама философія не составляетъ также предмета преподаванія? Вѣроятно г. Звѣревъ хотѣлъ сказать, что энциклопедія есть лишь особый *пріемъ* преподаванія философіи права. Но и съ такой поправкой взглядъ г. Звѣрева все-таки не можетъ не возбудить сомнѣній. Онъ говоритъ, что въ энциклопедіи дается догматическое, въ филофіи критическое изложеніе однихъ и тѣхъ же вопросовъ. Онъ даже прибавляетъ, что энциклопедія излагаетъ результаты, не указывая пути, которымъ они добыты. Не думаемъ, чтобы г. Звѣревъ хотѣлъ этимъ сказать, что энциклопедистъ долженъ излагать все голословно, бездоказательно. Такой пріемъ не годенъ ни въ какомъ преподаваніи, а тѣмъ болѣе въ университетскомъ. Думаемъ, что онъ хотѣлъ сказать лишь то, что энциклопедистъ не останавливается на изложеніи контроверзъ, раздѣляющихъ между собой различныя научныя школы, что онъ излагаетъ ученіе о правѣ, какъ одно стройное цѣлое, что въ этомъ смыслѣ онъ излагаетъ не критически, а догматически. Но если такъ, то и тутъ въ основѣ лежитъ небольшое недоразумѣніе. Выборъ того или другого изложенія не есть дѣло произвола. Если по данному вопросу не установилась еще общепризнанная научная теорія, безъ критическаго изложенія не обойтись, если не хочешь заставить принимать излагаемое на вѣру.

Итакъ философія права не можетъ быть признана отличной отъ энциклопедіи наукой. Философія права и энциклопедія права одно и тоже.

При такомъ пониманіи энциклопедіи, какъ общаго ученія о правѣ, тождественнаго съ философіей права, само собой опредѣляется ея отношеніе къ другимъ юридическимъ наукамъ. Энциклопедія даетъ общее ученіе о правѣ, другія науки—спеціальныя ученія объ отдѣльныхъ отрасляхъ права. Нѣкотораго поясненія можетъ требовать развѣ только отношеніе энциклопедіи къ всеобщей исторіи права, или, какъ у насъ иногда называютъ, сравнительная исторія законодательствъ.

---

[1]) *Звѣревъ*. l. c. 35—39.

Подобно общему ученію о правѣ, она не ограничивается какою нибудь отдѣльною отраслью права. Ея задача—прослѣдить и выяснить постепенное развитіе юридической охраны отъ самой грубой и неполной ея формы въ первобытныхъ обществахъ до самыхъ сложныхъ ея формъ въ современныхъ культурныхъ государствахъ. Касты и всеобщая подача голосовъ, кабала и кооперативныя товарищества, рабство и свобода печати—все это одинаково входитъ въ область ея изслѣдованій.

Отсюда легко можетъ явиться мысль, что всеобщая исторія права съ удобствомъ можетъ замѣнить общее ученіе о правѣ. Однако, при ближайшемъ разсмотрѣніи, такое заключеніе оказывается ошибочнымъ. Дѣло историка прежде всего переводъ историческихъ формъ на языкъ современныхъ понятій. Но для этого необходимо предварительное знакомство съ этими понятіями—а ознакомленіе съ ними и есть дѣло общаго ученія о правѣ. Какъ мы можемъ изслѣдовать исторію соотношенія частнаго и публичнаго права, разграниченія уголовной и гражданской подсудности, исторію собственности, исторію договора, брака и т. п., если не опредѣлимъ этихъ понятій? Несомнѣнно, что при установленіи этихъ понятій можно и должно пользоваться указаніями исторіи права. Но установленіе этихъ понятій, хотя и съ помощью историческаго матеріала, и самое историческое развитіе ихъ—два разныхъ вопроса. Историческое развитіе понятій и научная ихъ выработка идутъ не всегда одними путями. Вырабатывая понятіе, мы не всегда отправляемся отъ древнѣйшаго. Древнѣйшее по самой своей отдаленности можетъ весьма трудно поддаваться нашему пониманію, и нерѣдко мы достигаемъ его пониманія лишь съ трудомъ, лишь съ помощью относительнаго сравненія съ современнымъ и восходя отъ современнаго все къ болѣе и болѣе древнимъ формамъ, слѣдовательно, идя какъ разъ по противоположному пути тому, какимъ шло самое историческое развитіе.

Поэтому должно признать, что всеобщая исторія права и общее ученіе о правѣ двѣ различныя науки, имѣющія свои особыя задачи и незамѣнимыя одна другою. Но какое же ихъ взаимное соотношеніе?

Въ виду того, что исторія изучаетъ право въ историческомъ развитіи, а общее ученіе установляетъ общія юридическія понятія, развитіе которыхъ изучаетъ исторія, въ виду этого можетъ показаться, что исторія права и общее правоученіе относятся другъ къ другу, какъ динамика къ статикѣ. Общее ученіе изучаетъ право въ его недвижномъ строѣ, съ точки зрѣнія закона

сосуществованія, коэкзистенціи, а исторія изучаетъ право въ его движеніи, съ точки зрѣнія законовъ послѣдовательности. Однако такое представленіе о ихъ взаимномъ соотношеніи не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Общее ученіе не можетъ игнорировать движенія права; такъ какъ общее ученіе должно путемъ отвлеченія отъ частностей установлять общія понятія, а частности эти въ своемъ историческомъ развитіи идутъ не ровнымъ шагомъ, однѣ отстаютъ, другія опережаютъ средній уровень историческаго развитія, то, установляя общія понятія, невозможно не принимать въ соображеніе и историческаго движенія права. Поэтому динамическое изученіе права есть интегральная часть общаго ученія о правѣ.

Чѣмъ же отличается общее ученіе отъ исторіи права?

Исторія права и общее ученіе о правѣ относятся другъ къ другу, какъ конкретная наука къ абстрактной. Абстрактная наука изучаетъ предметъ аналитически, она выдѣляетъ извѣстную силу, изолируетъ ее, и изслѣдуетъ какъ бы дѣйствовала она въ такой изолированности. Абстрактная наука не изучаетъ того, какъ въ дѣйствительности происходятъ отдѣльныя конкретныя явленія, являющіяся всегда продуктомъ совмѣстнаго дѣйствія многихъ факторовъ. Она изслѣдуетъ, что произвелъ бы тотъ или другой факторъ въ отдѣльности. Если она и обращаетъ вниманіе на вліяніе другихъ факторовъ, то лишь съ отрицательной, такъ сказать, цѣлью, чтобы вычесть это вліяніе, умственно устранить его. Наука конкретная, напротивъ, идетъ путемъ синтеза. Она изучаетъ дѣйствіе силъ въ ихъ конкретномъ проявленіи, слѣдовательно всегда во взаимной ихъ связи. Она изслѣдуетъ какъ соединяются въ дѣйствительности различныя силы и какія конкретныя явленія они производятъ своимъ совмѣстнымъ дѣйствіемъ. Такъ и общее ученіе о правѣ изучаетъ право, какъ отдѣльный, самостоятельный факторъ общественной жизни, принимая во вниманіе другія стороны общественной жизни лишь для того, чтобы точнѣе опредѣлить дѣйствіе собственно права, чтобы опредѣленнѣе отграничить его отъ другихъ соціальныхъ факторовъ. Напротивъ, исторія права изучаетъ то, какъ въ дѣйствительности развивалось право въ исторіи человѣчества, не какъ изолированный факторъ, а какъ общій продуктъ разнообразнѣйшихъ историческихъ сочетаній различнѣйшихъ соціальныхъ факторовъ. Теорія права есть отрасль абстрактной науки—соціологіи, исторія права отрасль конкретной науки—общей исторіи человѣчества.

§ 27. Задача энциклопедіи права.

Въ литературѣ указываются различныя цѣли, въ виду которыхъ можетъ быть преподаваема энциклопедія. Прежде всего преподаваніе ея *вводитъ* въ изученіе отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Въ виду этой цѣли общему ученію о правѣ присваиваютъ иногда названіе введенія въ науку права (напр. *Eschbach*, Introduction générale à l'étude de droit.), или пропедевтики (напр. Штекгардтъ. Юридическая пропедевтика). Энциклопедія дѣйствительно представляется вводной наукой въ томъ смыслѣ, что предварительное ея изученіе служитъ необходимымъ условіемъ изученія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Прежде ознакомленія съ отдѣльными сторонами права необходимо узнать, что такое право вообще и какое мѣсто занимаетъ оно въ общемъ строѣ общественной жизни. Но введеніе въ изученіе права не есть единственная цѣль, достигаемая изученіемъ энциклопедіи. Такъ, даже съ той же учебной точки зрѣнія, энциклопедія можетъ имѣть значеніе науки дополнительной. При раздробленіи правовѣдѣнія на нѣсколько спеціальныхъ наукъ могутъ оказаться такіе вопросы, которые не войдутъ ни въ одну изъ нихъ. Кромѣ того, въ силу случайныхъ условій, могутъ оказаться и другіе, болѣе крупные пробѣлы. Общее ученіе о правѣ само собою восполнитъ ихъ. Наконецъ, общее изученіе о правѣ, служитъ лучшимъ средствомъ для ознакомленія съ правомъ и въ интересѣ пополненія общаго образованія, въ которомъ и наука права должна, конечно, занять свое мѣсто.

Указываютъ тоже, что энциклопедія можетъ имѣть и значеніе заключительнаго курса, имѣющаго цѣлью объединить весь тотъ разрозненный матеріалъ, какой изучающій получилъ изъ спеціальныхъ юридическихъ курсовъ; но, какъ справедливо замѣтилъ Ортлофъ, потребность въ такомъ курсѣ можетъ явиться только при недостаткѣ курса энциклопедіи, какъ курса вводнаго. Иначе матеріалъ, почерпнутый изъ спеціальныхъ курсовъ, не можетъ представиться необъединеннымъ, разрозненнымъ.

Всѣ упомянутыя до сихъ поръ цѣли сводятся къ одной общей учебной цѣли. Но энциклопедія, или общее ученіе о правѣ, имѣетъ не только учебную функцію.

Какъ самостоялельная наука, энциклопедія служитъ не только цѣлямъ изученія науки права, но и разработкѣ ея. Конечно, имѣя дѣло съ болѣе общими вопросами, съ болѣе широкими обобщеніями, энциклопедія пользуется данными другихъ наукъ юридическихъ, пользуется ихъ обобщеніями, какъ матеріаломъ

для своихъ, болѣе широкихъ обобщеній. Но она не есть вовсе паразитъ, высасывающій изъ другихъ наукъ ихъ лучшіе соки, и ничего не дающій взамѣнъ. Другія науки въ свой черед пользуются выводами энциклопедіи. И можно сказать, не боясь ошибиться, что она можетъ дать имъ даже болѣе, чѣмъ онѣ ей. Не слѣдуетъ представлять собѣ дѣло такъ, чтобы работа энциклопедиста начиналась лишь тогда, когда спеціально юридическое изслѣдованіе уже дало готовые результаты. Спеціалистъ долженъ обращаться къ энциклопедіи не только въ концѣ, но и въ началѣ своего изслѣдованія. Выборъ и постановка вопроса для научнаго изслѣдованія дѣло очень важное и трудное. Для того, чтобы изслѣдованіе могло дать научные результаты, надо выбрать вопросъ, который бы находился въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ современнымъ состояніемъ науки. Иначе, будучи изолированнымъ, отрывочнымъ, не находясь ни въ какой связи съ современнымъ состояніемъ и движеніемъ науки, полученный результатъ не можетъ быть ею усвоенъ и неизбѣжно затеряется. А когда настанетъ та стадія развитія науки, въ которой такое изслѣдованіе, такой результатъ былъ бы какъ разъ кстати, во время, онъ окажется забытымъ, и пожалуй вновь, вторично придется передѣлывать сдѣланное. Только при основательномъ знакомствѣ съ современнымъ положеніемъ общихъ ученій, составляющихъ предметъ энциклопедіи, можно при постановкѣ и выборѣ вопроса дѣйствовать сознательно, а не слѣпо, наугадъ. Только при этомъ условіи можно опредѣлить, недостаточная разработка какихъ именно частностей мѣшаетъ опредѣленно установить то или другое общее научное положеніе, составляющее въ данный моментъ развитія науки наиболѣе важный вопросъ.

Получивъ отъ энциклопедіи указаніе о выборѣ и постановкѣ вопроса, подлежащаго изслѣдованію, изслѣдователь обращается къ спеціальной работѣ, къ частностямъ, подробностямъ, чтобы получить отвѣтъ на поставленный вопросъ. Но когда отвѣтъ найденъ, онъ снова обращается къ энциклопедіи, на этотъ разъ для того, чтобы повѣрить добытый результатъ. Если результатъ этотъ не одни фактическія данныя, а содержитъ въ себѣ научное обобщеніе, такая энциклопедическая повѣрка рѣшительно необходима.

Данный результатъ можетъ быть признанъ твердо установленнымъ научнымъ положеніемъ только тогда, когда онъ будетъ критически провѣренъ по соображенію со всею наукой, какъ цѣлымъ. Нерѣдко гипотеза или обобщеніе представляются вполнѣ состоятельными въ примѣненіи къ какой-нибудь отдѣльной отрасли науки. Но если сопоставить ихъ съ данными другихъ отраслей

науки или съ ея общими началами, они оказываются вовсе негодными.

Но энциклопедія не только направляетъ выборъ и постановку вопросовъ спеціальныхъ изслѣдованій да повѣряетъ ихъ результатъ: она и сама изслѣдуетъ и добываетъ результаты въ области общихъ вопросовъ права.

Вслѣдствіе недостаточнаго развитіи энциклопедіи, какъ общаго ученія о правѣ, въ настоящее время и общіе вопросы разрабатываются спеціальными науками. Такъ, ученія о нормахъ, о структурѣ юридическихъ отношеній, — разработываются цивилистами; ученія о внутренней сторонѣ дѣйствій, о неправдѣ — криминалистами; ученія объ основныхъ принципахъ права, свободѣ, равенствѣ, — публицистами. Но отсюда являются весьма неблагопріятныя послѣдствія. Вопросъ рѣшается или крайне узко и односторонне, или, что еще хуже, получаются два рѣшенія вмѣсто одного. Такъ, благодаря тому, что ученіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ разработывалось почти исключительно цивилистами, установилось весьма одностороннее его опредѣленіе, какъ *facultas agendi*. И даже теперь выставленное Іерингомъ болѣе широкое опредѣленіе его, какъ охраненнаго интереса, далеко еще не получило общаго признанія. Такъ, благодаря параллельной разработкѣ ученія о неправдѣ цивилистами и криминалистами, вопросъ о существованіи объективной неправды получаетъ два противоположныхъ отвѣта: цивилисты признаютъ существованіе объективной неправды, криминалисты отрицаютъ.

Такимъ образомъ, общее ученіе о правѣ имѣетъ свое мѣсто какъ въ системѣ обученія, такъ и въ разработкѣ права. Ограничивать значеніе его какою нибудь одной изъ указанныхъ частныхъ цѣлей нѣтъ основанія. Всѣ эти цѣли — введеніе и дополненіе, общее руководительство и общая критика, суть только частныя примѣненія общей задачи этого ученія — выясненія права, какъ цѣлаго.

Общее ученіе, въ отличіе отъ спеціальной разработки отдѣльныхъ сторонъ предмета, имѣетъ значеніе во всякой отрасли знанія. Но должно замѣтить, что въ наукѣ права оно еще болѣе необходимо, чѣмъ въ другихъ. Это обусловливается особеннымъ свойствомъ источниковъ, съ которыми имѣетъ дѣло юристъ. Возьмемъ для примѣра медицину. Связь между разстройствомъ отдѣльныхъ органовъ, между разстройствомъ питанія и нервной системы, между мѣстнымъ травматическимъ поврежденіемъ и общимъ состояніемъ организма — выражается самымъ наглядным

образомъ въ самомъ изучаемомъ предметѣ, въ больномъ организмѣ человѣка.

Совсѣмъ другое мы видимъ въ правѣ. Конечно, и отдѣльныя юридическія отношенія находятся между собой въ связи и связи тѣсной. Но ни сами они, ни эта связь между ними не представляются наглядными, осязательными, и притомъ юристъ не непосредственно изучаетъ ихъ. Онъ изучаетъ собственно обычаи, законы, судебныя рѣшенія, сдѣлки частныхъ лицъ, но весь этотъ матеріалъ представляется на первый взглядъ разрозненнымъ, и притомъ, чѣмъ выше развитіе права, тѣмъ эта разрозненность больше.

Въ современномъ строѣ вы, напримѣръ, не отыщете закона, который бы вообще охранялъ имущественные, экономическіе интересы лица, но найдете цѣлый рядъ отдѣльныхъ законовъ, изъ которыхъ одни охраняютъ его имущество отъ только еще грозящей ему опасности уменьшенія, или гибели: таковы, напр. законъ о силѣ и значеніи документовъ, укрѣпляющихъ права на имущества, нотаріальные акты, законы о запрещеніяхъ, опека надъ имуществомъ малолѣтнихъ, умалишенныхъ, расточительныхъ. Другіе охраняютъ отъ посягательства уже наступившаго и притомъ выразившагося въ формѣ уголовнаго преступленія, напр., кражи, разбоя, мошенничества, растраты. Третьи охраняютъ отъ такъ называемой на языкѣ юристовъ неправды гражданской, т.-е. такого посягательства на чужое право, посягательства незаконнаго, которое, въ отличіе отъ неправды уголовной, не влечетъ однако за собою наказанія, а только возстановленіе нарушеннаго права. Охрана имущества частныхъ лицъ противъ органовъ государства составляетъ предметъ опять особыхъ законовъ. Такъ, противъ чрезмѣрнаго или неравномѣрнаго обложенія податями гарантіей служатъ съ одной стороны законы, опредѣляющіе порядокъ утвержденія смѣтъ государственныхъ или земскихъ доходовъ и расходовъ и порядокъ финансоваго контроля; съ другой—порядокъ самой раскладки и взиманія. Противъ нарушенія имущественныхъ правъ и интересовъ частными дѣйствіями и распоряженіями администраціи охраняютъ законы объ организаціи такъ называемой административной юстиціи. Такимъ образомъ имущество частнаго лица охраняется цѣлой системой законовъ, составляющихъ порознь предметъ полицейскаго, гражданскаго, уголовнаго, государственнаго, финансоваго, административнаго права. Изученіе любой изъ этихъ отраслей правовѣдѣнія можетъ вамъ дать знаніе и пониманіе только какой нибудь одной формы охраны имущественныхъ интересовъ. Но

только въ общемъ ученіи о правѣ можно найти цѣльную картину охраны этихъ интересовъ, только изъ него можно узнать, на сколько вообще, а не въ данной только формѣ охраняются дѣйствительно имущественные интересы.

Какіе же вопросы должны составить содержаніе энциклопедіи права для того, чтобы она могла выполнить эту задачу общаго, цѣлостнаго объясненія права?

При изученіи всякаго явленія представляются два общихъ вопроса: *чѣмъ* вызвано это явленіе и *что* оно само вызываетъ? Другими словами: какъ происходитъ явленіе и какъ оно дѣйствуетъ. Отвѣчая на первый вопросъ, мы разсматриваемъ изучаемое явленіе какъ продуктъ, какъ слѣдствіе другихъ явленій его обусловливающихъ; при рѣшеніи втораго вопроса изучаемое явленіе представляется намъ само, какъ причина другихъ. Эти два вопроса должны быть поставлены и при изученіи правъ. Энциклопедисты должны прежде всего объяснить право, какъ продуктъ психическихъ и соціальныхъ условій, а затѣмъ объяснить дѣйствіе права и на отдѣльныхъ личностей и на цѣлое общество.

Независимо отъ этихъ двухъ вопросовъ, такимъ общимъ, не относящимся ни къ одной изъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ вопросомъ, представляется вопросъ объ общемъ характерѣ, исторіи, и пріемахъ изученія права.

Такимъ образомъ содержаніе энциклопедіи сводится къ тремъ основнымъ вопросамъ, долженствующимъ составить предметъ трехъ частей моего курса: 1) изученіе права 2) образованіе права и 3) дѣйствіе права.

§ 28. Литература энциклопедіи.

Въ силу того, что энциклопедія до самаго послѣдняго времени понималась лишь какъ обзоръ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, литература ея, конечно, не можетъ представлять самостоятельнаго преемственнаго развитія. Каждый составлявшій энциклопедію, основывался при этомъ не на старыхъ и устарѣвшихъ энциклопедіяхъ, а на современной ему литературѣ по отдѣльнымъ отраслямъ права, и слѣдовательно каждое отдѣльное сочиненіе по энциклопедіи стоитъ въ преемственной связи не съ предшествующими энциклопедіями, а съ современной ей литературой по другимъ юридическимъ наукамъ. Тѣмъ не менѣе ознакомленіе со старой литературой энциклопедіи представляетъ

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб Вас. Остр., 2 л., 7.

большой интересъ, такъ какъ даетъ возможность съ большой экономіей времени получить наглядное представленіе о постепенномъ историческомъ развитіи правовѣдѣнія.

Первымъ сочиненіемъ по энциклопедіи права обыкновенно признается Speculum judiciale Дурантиса, но едва ли справедливо. Основаніемъ этому послужило то, что содержаніе Зерцала относится и къ римскому и къ каноническому праву. Но одно это обстоятельство не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ признать Зерцало Дурантиса энциклопедіею. Во-первыхъ, оно обнимаетъ собою не все право: въ немъ не содержится вовсе феодальнаго права. Римское же право такъ тѣсно связано съ каноническимъ, что совмѣстное ихъ разсмотрѣніе требовалось помимо всякихъ энциклопедическихъ цѣлей. Къ тому же Зерцало Дурантиса имѣетъ чисто практическій характеръ.

Правильнѣе относить возникновеніе энциклопедической литературы къ XVI вѣку, когда явилось множество произведеній методологическаго и систематическаго характера, относившихся ко всѣмъ отраслямъ права.

Изъ нихъ особеннаго вниманія заслуживаетъ сочиненіе уже извѣстнаго намъ Лагуса. Methodica juris utriusque traditio 1543 [1]). Эта книга должна быть признана первой систематической энциклопедіей права [2]). Она обнимаетъ собою не только частное и публичное право, но также положительное и философское, и все его сочиненіе сообразно съ этимъ дѣлится на двѣ части: I pars philosophica и II pars historica [3]). Въ первой изъ нихъ разсматривается происхожденіе права (законодательство и обычаи), истолкованіе и примѣненіе законовъ, аналогія, фикціи, кромѣ того тутъ же изложено его ученіе объ естественномъ правѣ, уже извѣстное намъ. Во второй части говорится о положительномъ правѣ. Тутъ характеризуются отдѣльные институты (forma juris), при чемъ относительно каждаго ставятся слѣдующіе четыре вопроса: 1) кому принадлежитъ право? 2) какъ оно пріобрѣтается? 3) какъ оно теряется? 4) какъ оно охраняется?

---

[1]) Оно имѣло до конца столѣтія, по крайней мѣрѣ, еще семь изданій и кромѣ того два раза было издано въ переработкѣ Фрейгіута. Все это указываетъ на большой его успѣхъ. См. *Stintzing*, s. 300.

[2]) Фридлендеръ по странной ошибкѣ считаетъ ее библіографіей! Encyclopädie, s. 14.

[3]) Поэтому нельзя согласиться съ Рѣдкинымъ, будто первый, включившій въ энциклопедію обозрѣніе содержанія философіи права, былъ Шмальцъ, издавшій энциклопедію въ 1790 году. (Обозрѣніе литературы. стр. 396).

Названіе энциклопедіи права появляется не ранѣе XVII столѣтія.

Первое произведеніе съ такимъ названіемъ есть книга Гунніуса: Encyclopædia juris universi. Colon. in folio. 1638 [1]). Гунніусъ (1583—1636) былъ профессоромъ правъ сначала въ Виттембергѣ, потомъ въ только что открытомъ (въ 1608 г.) университетѣ въ Гиссенѣ, и затѣмъ снова въ Витгенбергѣ. Въ 1630 году онъ перешелъ на службу къ трирскому архіепископу и вмѣстѣ съ тѣмъ принялъ католичество. Онъ оставилъ по себѣ и кромѣ энциклопедіи нѣсколько сочиненій [2]). Энциклопедія издана уже послѣ его смерти. Она представляетъ обозрѣніе права по совершенно внѣшней системѣ. Все сочиненіе дѣлится на пять частей: 1) τὰ πρῶτα (jus, personæ), 2) de judiciis et processu judiciario; 3) de contractibus; 4) de materia ultimarum voluntatum (гдѣ разсматривается и наслѣдованіе по закону).

Если въ прежнихъ своихъ сочиненіяхъ, написанныхъ до обращенія въ каталичество, онъ весьма рѣзко относился къ папской власти и возставалъ противъ обязательности каноническаго права, ссылаясь на то, что нѣтъ божественной заповѣди, которой не противорѣчило бы какое нибудь папское постановленіе [3]), въ энциклопедіи какъ католикъ, онъ, напротивъ, выступаетъ рѣшительнымъ защитникомъ каноническаго права и признаетъ ересь наказуемой и даже влекущей за собой смертную казнь.

Гунніусъ признается всѣми историками литературы юридической энциклопедіи, не только первымъ, но и единственнымъ употребившимъ его въ XVII вѣкѣ. Но это ошибочно. Черезъ два года послѣ выхода въ свѣтъ книги Гунніуса, въ 1640 году во Франкфуртѣ явилось сочиненіе подъ заглавіемъ: Encyclopaedia juris publici, privatique, civilis, criminalis, feudalis. autore Ioanne Philippo *à Vorburg*. Эта книга начинается съ рѣчи Галлуція о значеніи всеобщей энциклопедіи, послѣ чего слѣдуетъ предисловіе самого Форбурга объ юридической энциклопедіи. Затѣмъ сама книга состоитъ изъ двухъ частей, весьма неровныхъ по объему: 1) собраніе юридиче-

---

[1]) Оно было затѣмъ издаваемо вновь въ 1642, 1658 и 1675 годахъ. У многихъ энциклопедистовъ годъ появленія этой книги обозначается невѣрно. Причиной этому служитъ съ одной стороны то, что у Будера (Bibliotheca juris selecta, 1743, s. 315) приведенъ безъ оговорки только годъ послѣдняго изданія, 1675, съ другой, что у Фридлендера (Encyclopädie s. 22) по очевидной опечаткѣ стоитъ вмѣсто 1638—1683. Изъ русскихъ писателей у Будера заимствовалъ годъ Рѣдкинъ. (Обозрѣніе литературы, стр. 383); у Фридлендера—Капустинъ (Догматика, I, стр. 17).

[2]) Списокъ ихъ у *Stintzing*, Geschichte, I, s. 702—705.

[3]) De interpretatione et authoritate juris libri duo Gissae, 1615.

скихъ правилъ, Nux regularis juridica, sive accurata, et articulosa Enucleatio atque expositio omnium juris civilis regularum, составленное Вольфгангомъ Сигизмундомъ а Форбургъ, ашафенбургскимъ деканомъ, и 2) юридическій словарь.

Кромѣ этой энциклопедіи Форбурга, въ 1675 г. вышло, также неупоминаемое никѣмъ изъ энциклопедистовъ, сочиненіе Унферферта подъ сокращеннымъ названіемъ «Paediae Jurisprudentiae» [1]). Онъ такъ опредѣляетъ «педію»: paediae vocabulum proprie significat institutionem puerilem, qua, si bona sit, τῶν παίδων animi ad virtutes et bonas artes capessendas subiguntur (pag. 2). Цѣлей «педіи» онъ насчитываетъ семь: между прочимъ опредѣленіе границъ отдѣльныхъ наукъ (1), опредѣленіе источниковъ и критеріевъ научныхъ истинъ (3) научнаго метода (4) и ознакомленіе съ литературными пособіями (7) [2]). Сообразно съ этими цѣлями распадается и изложеніе книги. Вся она дѣлится на 23 главы, содержащія исключительно изложеніе общихъ вопросовъ, подобныхъ указаннымъ нами, а отнюдь не изложеніе содержанія отдѣльныхъ наукъ. Поэтому книга Унферферта по своему содержанію должна быть поставлена значительно выше книги Гунніуса.

Въ XVIII вѣкѣ въ юридическо-энциклопедической литературѣ проявляются два существенно различныхъ направленія. Мы видѣли что это столѣтіе было эпохой наибольшаго разъединенія теоріи и догмы. Эта двойственность замѣтна и въ энциклопедіяхъ. Одни изъ нихъ написаны подъ вліяніемъ догматическаго или положительнаго, какъ его тогда называли направленія. Такова, напримѣръ, энциклопедія Стефана Пюттера [3]), который собственно и ввелъ названіе энциклопедіи въ общее употребленіе и вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣлилъ отъ энциклопедіи методологію, что едва-ли можно считать заслугой.

Другія энциклопедіи принадлежатъ къ философскому направленію. Таковъ характеръ произведеній Неттельбладта, извѣстнаго послѣдователя Вольфа. Онъ написалъ нѣсколько руководствъ по энциклопедіи, пользовавшихся въ свое время большою извѣстностью. Съ начала настоящаго столѣтія замѣчается большое оживленіе въ юридико-энциклопедической литературѣ. Появляются

[1]) *Joachimi Martini Unverfaerth*, j. u. d. De paedia jurisprudentiae liber unus quo universalis et verae jurisprudentiae omnis institutio acroamatice traditur Hallae Saxon. 1675.

[2]) Pædia, p. 7—13.

[3]) *St. Pütter*, Entwurf einer juristischen Encyclopädie. Gitting, 1757.

энциклопедіи подъ вліяніемъ кантовой философіи [1]), исторической школы [2]), Шеллинга [3]), Гегеля [4]).

Изъ новѣйшихъ энциклопедій лучшими признаются Аренса [5]) Варнкенига [6]) и Вальтера [7]). Всѣ они написаны подъ вліяніемъ, болѣе или менѣе сильнымъ, органическаго ученія. Большою извѣстностью пользуется также энциклопедія Гольцендорфа [8]). Но это не болѣе какъ сборникъ отдѣльныхъ статей, принадлежащихъ различнымъ авторамъ. Онъ состоитъ изъ двухъ частей. Въ первой статьи, содержащія изложеніе отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, расположены въ систематическомъ порядкѣ. Во второй статьи по частнымъ вопросамъ—въ алфавитномъ.

Изъ энциклопедій на французскомъ языкѣ, вообще не многочисленныхъ, можно указать Русселя [9]), Эшбаха [10]) и Намюра [11]). Изъ русскихъ—Дегая [12]), Неволина [13]), Рождественскаго [14]), Капустина [15]), Ренненкампфа [16]). Карасевича [17]) и Делярова [18]).

---

[1]) *Reitmeier*, Encyclopädie und Geschichte des Rechts in Deutschland. 1785.
Schmalz, Encyclopädie des gemeinen Rechts. 1790, 1804.

[2]) *Hugo*, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, 1792, 8 Ausg. 1835.
Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen Vorlesungen. 1825.
Falck, Juristische Encyclopädie. 1821. 5 Ausg. 1851.

[3]) *Rudhart*, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1823.

[4]) *Abegg*, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1823.
Pütter, Karl, Der Inbegriff der Rechtswissenschaft, oder juristische Encyclopädie und Methodologie. 1846.
Friedländer, Juristische Encyclopädie oder system der Rechtswissenschaft, 1847.

[5]) *Ahrens*, Juristische Encyclopädie, 1857.

[6]) *Warnkönig*, Juristische Encyclopädie, 1853.

[7]) *Walter*, Juristische Encyclopädie, 1856.

[8]) *Holtzendorff*, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. I; Systematische Darstellung. 4 Aufl. 1882. II. Rechtslexikon. 3 Aufl. 1881.

[9]) *Roussell*, Encyclopedie du droit. 1843.

[10]) *Eschbach*, Introduction générale à l'etude du droit. 1856.

[11]) *Namur*, Cours d'encyclopedie du droit. 1875.

[12]) *Дегай*, Пособія и правила изученія россійскихъ законовъ или матеріалы къ энциклопедіи, методологіи и исторіи литературы россійскаго права. Москва, 1831.

[13]) *Неволинъ*, Энциклопедія законовѣдѣнія. 1839—1840, 2 изд. 1857.

[14]) *Рождественскій*, Энциклопедія законовѣдѣнія. 1863.

[15]) *Капустинъ*, Юридическая догматика. 1868.

[16]) *Ренненкампфъ*, Очерки юридической энциклопедіи, 1868. 2 изд. 1880.

[17]) *Карасевичъ*, Энциклопедія права. 1872.

[18]) *Деляровъ*, Очерки энциклопедіи права. 1878.

КНИГА ВТОРАЯ.
ОБРАЗОВАНІЕ ПРАВА.

ГЛАВА I.

Право и законы природы.

§ 29. *Законъ и норма.*

Наблюденіе показываетъ намъ, что человѣкъ въ своей дѣятельности руководствуется двоякаго рода правилами, двоякаго рода обобщеніями: *законами*, указывающими, какъ дѣйствительно, въ силу естественной необходимости, совершаются явленія, и *нормами*, указующими человѣку, что онъ долженъ дѣлать въ силу требованій нравственнаго долга, справедливости или хотя бы благоразумія. Законы имѣютъ характеръ безусловный. Они осуществляются, помимо воли и даже сознанія человѣка, необходимымъ, роковымъ образомъ. Нормы, напротивъ, являются правилами условными. Осуществленіе ихъ требуетъ содѣйствія человѣческой воли и потому онѣ имѣютъ лишь на столько силы, на сколько желательна та цѣль, къ осуществленію которой онѣ ведутъ. Если бы человѣчество не нуждалось въ благоразуміи и справедливости, если бы оно извѣрилось въ святости нравственнаго закона — всѣ эти нормы потеряли бы всякое значеніе. Но какъ бы ни мѣнялись воззрѣнія и чувства человѣчества, законы природы остаются тѣми же, сохраняютъ всю свою силу. Это потому, что законъ есть выраженіе того, что есть; норма — того, что должно быть.

Въ какомъ же отношеніи другъ къ другу стоятъ законы въ научномъ смыслѣ и нормы? Опредѣленное рѣшеніе вопроса

представляется весьма важнымъ, такъ какъ имъ обусловливается основное различіе въ пониманіи природы права.

Въ литературѣ существуетъ три различныхъ отвѣта на этотъ вопросъ. Одни (идеалисты) полагаютъ, что нормы замѣняютъ собою въ отношеніи къ дѣятельности человѣка дѣйствіе законовъ природы. Человѣкъ, при такомъ воззрѣніи, признается свободнымъ въ смыслѣ неподчиненія его законамъ необходимости. Взамѣнъ ихъ, дѣятельность человѣка регулируется правилами, осуществляемыми не иначе, какъ чрезъ посредство человѣческой воли. Отъ человѣка зависитъ соблюдать или не соблюдать ихъ. Несоблюденіе ихъ возможно и влечетъ за собой только укоры совѣсти или наказаніе здѣсь, на землѣ, со стороны предержащей власти, или на небесахъ отъ Бога. При такомъ пониманіи дѣла весь міръ представляется раздѣленнымъ на двѣ половины: сферу необходимости, сферу внѣшней природы, гдѣ царятъ неуклонно, необходимо дѣйствующіе законы, и сферу свободы, сферу духовную, гдѣ нѣтъ необходимости, гдѣ дѣйствуютъ только нормы, лишь указующія намъ должное и нуждающіяся для своего осуществленія въ содѣйствіи нашей воли.

Такое пониманіе соотношенія закона и нормы всецѣло опирается на признаніе законовъ причинами явленій,—заблужденіе, къ сожалѣнію, слишкомъ распространенное. Если понимать законъ, какъ причину явленій, если думать, что явленія совершаются такъ, а не иначе, потому что существуютъ въ мірѣ законы, какъ какія-то особыя силы, заставляющія явленія совершаться опредѣленнымъ образомъ, то, конечно, придется раздѣлить на обособленную сферу область явленій, вызываемыхъ нашею волею, такъ какъ въ отношеніи къ нимъ очевидно, что причина ихъ не законъ, а воля.

Но въ дѣйствительности законы вовсе не должны быть признаваемы причинами явленій. Законъ скорѣе результатъ, нежели причина. Современное научное понятіе закона сводится къ подмѣченному людьми однообразію явленій. Формула, выражающая этотъ однообразный порядокъ явленій и есть законъ. Причины явленій суть силы; законъ указываетъ только, какимъ образомъ совершаются явленія, производимыя тѣми или другими силами. Законъ не объясняетъ, *почему* совершается явленіе, а только *какъ* оно совершается.

При такомъ правильномъ пониманіи закона, нѣтъ никакого основанія не распространять дѣйствія законовъ и на человѣческую дѣятельность. Наши дѣйствія вызываются сознательною волею — это безспорно. Но это объясняетъ только, *почему* мы

дѣйствуемъ: потому что въ насъ есть воля, побуждающая насъ къ дѣятельности. Но этимъ однимъ еще не объясняется, *какъ* мы дѣйствуемъ. Природа всѣхъ людей представляетъ извѣстныя общія свойства и эта общность приводитъ къ тому, что въ дѣятельности замѣчается въ общемъ извѣстное однообразіе. Будучи нами подмѣчено и формулировано, это однообразіе составитъ законъ нашей дѣятельности. Такимъ образомъ, понятіе закона, какъ подмѣчаемаго однообразія явленій, примѣнимо одинаково и къ человѣческой дѣятельности. Нельзя сказать, чтобы законы въ отношеніи къ ней не дѣйствовали, чтобы они должны были тутъ замѣняться чѣмъ либо другимъ.

Прямую противоположность разсмотрѣнному воззрѣнію составляетъ такое пониманіе соотношенія нормъ должнаго и законовъ, что между ними нѣтъ принципіальнаго различія: то, что мы называемъ нормами должнаго, нравственностью, правомъ, есть не болѣе, какъ наша догадка о тѣхъ законахъ, которыми съ необходимостью опредѣляется наша дѣятельность. По несовершенству нашему мы не можемъ достигнуть полнаго, абсолютнаго знанія, но безконечно къ нему приближаемся, замѣняя однѣ догадки объ управляющихъ нами законахъ другими, все болѣе и болѣе приближающимися къ истинѣ.

Но и такое рѣшеніе вопроса, подобно выше разсмотрѣнному, грѣшитъ грубымъ смѣшеніемъ существенно различныхъ понятій. Какъ то основывалось на смѣшеніи законовъ явленій съ ихъ причинами, такъ это на игнорированіи существеннаго принципіальнаго различія между нормами и законами. Различіе это, совершенно недопускающее возможности видѣть въ правѣ только человѣческую догадку о законахъ, управляющихъ человѣческою дѣятельностью, сказывается, главнымъ образомъ, въ двухъ отношеніяхъ.

Во-первыхъ, право не есть помимо воли и сознанія людей существующій порядокъ, людьми только подмѣчаемый, какъ это имѣется въ отношеніи къ законамъ. Если даже признать существованіе абсолютнаго и вѣчнаго права, всетаки дѣйствительное осуществленіе его не совершается помимо сознанія и воли людей. И абсолютное, вѣчное право мыслимо только, какъ требованіе соблюденія извѣстнаго поведенія людьми, и не какъ само собой установляющееся однообразіе ихъ поведенія.

Составители извѣстной декларації правъ гражданина и человѣка, признавая свободу, равенство и братство неизмѣнными началами права, не могли вмѣстѣ съ тѣмъ не признать, что забвеніе ихъ людьми мѣшало долгое время ихъ осуществленію.

Но законы въ научномъ смыслѣ не зависятъ отъ того, знаютъ ли ихъ люди, или нѣтъ. Они дѣйствуютъ одинаково и до открытія ихъ людьми, и послѣ. Открытіе Ньютономъ закона тяготѣнія ничего не измѣнило къ порядкѣ явленій тяготѣнія. И до Ньютона, и послѣ него сила тяготѣнія остается неизмѣнно прямо пропорціональной массѣ и обратно пропорціональной квадрату разстояній. Напротивъ, если сравнить общество античное, которому чужда была идея равенства, и современное общество, усвоившее эту идею, мы увидимъ между ними существенное различіе, хотя бы въ существованіи рабства.

Другое рѣзкое отличіе законовъ отъ права — это ихъ неуклонное, не допускающее нарушеній, дѣйствіе. Законъ есть необходимый порядокъ. Право, напротивъ, непрестанно нарушается даже тѣми, кто знаетъ и признаетъ его. Поэтому нельзя сказать, чтобы право было порядкомъ необходимымъ. Оно порядокъ обязательный, но это совсѣмъ не то, что необходимый. Обязанность мы хотя и должны не нарушать, но все же можемъ ее нарушить. Противъ необходимости же мы безсильны, мы не можемъ не слѣдовать необходимости. Необходимость освобождаетъ даже отъ обязанности: ad impossibilium nulla obligatio.

Такимъ образомъ, какихъ бы воззрѣній на право мы ни держались, мы не можемъ не придти къ тому заключенію, что право не представляетъ главныхъ отличительныхъ свойствъ закона въ научномъ смыслѣ.

Если оба разсмотрѣнные нами взгляда оказываются не выдерживающими критики, то остается только признать, что нормы, а въ частности и правовыя нормы, существенно, принципіально отличны отъ законовъ, но что вмѣстѣ съ тѣмъ они не замѣняютъ собою въ отношеніи человѣческой дѣятельности законовъ; нормы должны въ такомъ случаѣ быть признаны явленіями, имѣющими, какъ и всѣ другія явленія, свои законы.

Необходимость принятія такого взгляда на нормы вообще, и на право въ частности, лучше всего подтверждается тѣмъ, что только при немъ мы не приходимъ къ необходимости признать существованіе естественнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, если между нормами и законами нѣтъ принципіальнаго различія, если это одно и то же, или если нормы замѣняютъ собою для человѣческой дѣятельности законы, то въ обоихъ случаяхъ онѣ не могутъ быть продуктами этой дѣятельности, онѣ должны стоять надъ нею, быть вѣчными, неизмѣнными, какъ и законы природы—словомъ, должно существовать рядомъ съ измѣнчивымъ,

созданнымъ людьми правомъ, и право естественное. Допустить же существованіе естественнаго права, какъ мы сейчасъ покажемъ, рѣшительно невозможно.

§ 30. *Естественное право.*

Теоріи естественнаго права могутъ быть раздѣлены на двѣ группы. Одни признаютъ на ряду съ правомъ положительнымъ, исторически слагающимся, и выражающимся въ обычаяхъ, судебной практикѣ, постановленіяхъ правительства, существованіе естественнаго права, какъ особой, самостоятельной системы юридическихъ нормъ, всегда неизмѣнныхъ. Такого взгляда держались собственно представители школъ естественнаго права XVII и XVIII столѣтій. Другіе, и прежде всего римскіе юристы, признавая существованіе необходимаго, неизмѣннаго естественнаго права, видѣли въ немъ лишь составную часть права положительнаго.

Первое изъ этихъ воззрѣній представляетъ логическую несообразность, такъ какъ при послѣдовательномъ развитіи неизбѣжно приходитъ къ отрицанію положительнаго права, существованіе котораго между тѣмъ представляетъ неоспоримый и вполнѣ очевидный для каждаго фактъ.

Что признаніе самостоятельнаго существованія естественнаго права приводитъ, дѣйствительно, къ отрицанію положительнаго права, въ этомъ не трудно убѣдиться. Системы положительнаго права различныхъ народовъ и различныхъ историческихъ эпохъ существенно различаются другъ отъ друга и потому невозможно, чтобы всѣ онѣ были согласны съ велѣніями естественнаго права. Очевидно, напротивъ, что большинство постановленій положительнаго права имъ противорѣчитъ. Но какъ же они могутъ имѣть обязательную силу, если они противорѣчатъ вѣчнымъ, абсолютнымъ началамъ права естественнаго? Словомъ, получается нѣчто совершенно несообразное. Мы должны допустить существованіе рядомъ другъ съ другомъ двухъ правъ. Одного вѣчнаго, абсолютнаго, согласнаго съ идеей справедливости, словомъ, права праваго, и почему-то въ большинствѣ случаевъ не примѣняющагося, не дѣйствующаго, не находящаго себѣ осуществленія, и другаго права, противорѣчащаго вѣчнымъ началамъ справедливости, слѣдовательно неправаго и почему-то все-таки называемаго правомъ! Понятно поэтому, что послѣдовательные представители школъ естественнаго права, какъ, напр., Руссо, приходили къ отрицанію положительнаго права. Они

признавали за нимъ силу лишь на столько, на сколько оно являлось согласнымъ съ правомъ естественнымъ. Но это, конечно, все равно, что признавать силу и значеніе за однимъ лишь естественнымъ правомъ.

Римское пониманіе естественнаго права, какъ одного изъ элементовъ положительнаго права, представляется болѣе логичнымъ, но за то оно совершенно противорѣчитъ даннымъ наблюденія. Въ системахъ положительнаго права рѣшительно нѣтъ такихъ положеній, которыя бы представлялись естественно необходимыми, и потому заключались бы во всякомъ безъ исключенія положительномъ правѣ. Приводимые обыкновенно примѣры такихъ, яко бы естественно необходимыхъ, положеній въ дѣйствительности представляютъ только юридическія правила, установляемыя по поводу естественныхъ различій въ лицахъ или вещахъ. Таково, напр., юридическое различіе людей — по возрасту, вещей недвижимыхъ и движимыхъ, потребляемыхъ и непотребляемыхъ. Различія, имѣющіяся тутъ въ виду, конечно, естественны и существуютъ независимо отъ воли законодателя. Но усвоеніе этимъ различіямъ юридическаго значенія не есть повсемѣстный, общій, естественно необходимый, а напротивъ, исторически слагающійся фактъ, который въ одномъ мѣстѣ, въ одну эпоху существуетъ, въ другихъ—нѣтъ. Такъ, напр., дѣти моложе 10-ти лѣтъ, очевидно, во Франціи, также какъ въ Россіи, не могутъ, по недостаточному своему развитію, подвергаться уголовной отвѣтственности, но только въ Россіи существуетъ законъ, согласно которому противъ дѣтей, не достигшихъ десяти лѣтъ, не можетъ быть вчиняемо уголовное преслѣдованіе, во Франціи же такого закона нѣтъ и потому тамъ возможно и даже дѣйствительно бывали такіе примѣры, что вчиналось уголовное преслѣдованіе противъ дѣтей 3 — 5 лѣтъ. Это показываетъ, что различіе по возрасту есть, дѣйствительно, различіе естественное, но что само по себѣ юридическаго значенія оно не имѣетъ. Юридическое значеніе оно получаетъ лишь въ силу постановленія закона, которое можетъ существовать, можетъ и не существовать.

Убѣжденіе въ существованіи естественнаго права играло такую видную роль въ исторіи юридической науки, да и теперь еще пользуется такимъ распространеніемъ, что невозможно ограничиться однимъ лишь доказательствомъ его ошибочности. Необходимо, кромѣ того, остановиться на объясненіи того, какимъ образомъ могло сложиться и получить почти общее признаніе это ученіе объ естественномъ правѣ.

Объясненіе этой вѣры въ существованіе на ряду съ положительнымъ особаго естественнаго права слѣдуетъ искать прежде всего въ двойственности нашихъ сужденій о справедливомъ. Мы опредѣляемъ справедливость дѣйствія всего чаще сообразно съ тѣмъ, согласно ли оно съ требованіями положительнаго права, закона или обычая. Но иногда и самыя требованія положительнаго права подвергаются подобной же оцѣнкѣ, признаются справедливыми или нѣтъ. И вотъ, по свойственной нашему уму наклонности установлять антитезы, мы выводимъ отсюда слишкомъ поспѣшное заключеніе о существованіи двухъ правъ: одного исторически-складывающагося, выражающагося въ обычаяхъ и законахъ различныхъ человѣческихъ обществъ; другого вѣчнаго, неизмѣннаго, необходимаго, служащаго, поэтому, мѣркой для оцѣнки историческихъ формъ права. Установленіе различія естественнаго и положительнаго права представляетъ поэтому полнѣйшую аналогію тому, какъ наблюдая въ опытѣ нашемъ по необходимости только то, что *есть*, мы составляемъ, однако, понятіе *небытія*, наблюдая исключительно временно преходящія явленія, мы посредствомъ простой антитезы составляемъ понятіе вѣчнаго; наблюдая только смертныя существа — понятіе безсмертія, наблюдая только несовершенное — понятіе совершенства, наблюдая только ограниченныя силы — понятіе всемогущества, наблюдая вообще только относительное — понятіе безусловнаго. Кому ясно, что различіе естественнаго и положительнаго права есть только плодъ подобной антитезы, тотъ, конечно, не станетъ приписывать этому различію реальнаго значенія, не станетъ выводить изъ него существованія двоякаго рода юридическихъ нормъ, какъ не станетъ утверждать, что существуетъ *небытіе*, представляющее точно также только антитезу сущаго. Но сознательное отношеніе къ процессу образованія нашихъ понятій является сравнительно поздно, да и то далеко не у всякаго. Люди обыкновенно склонны вѣрить, что каждому имѣющемуся у нихъ понятію непремѣнно соотвѣтствуетъ и нѣчто реальное. Мы видѣли, что на такой вѣрѣ въ безусловное соотвѣтствіе понятій сущему основывались всѣ системы до-кантовскаго раціонализма. А это-то и была эпоха процвѣтанія ученій объ естественномъ правѣ.

Другое основаніе вѣры въ естественное право коренится въ томъ характерѣ необходимости, съ какимъ представляемъ мы себѣ юридическія нормы. На первый взглядъ можетъ показаться, что признаніе историческаго происхожденія и, слѣдовательно относительнаго значенія всѣхъ юридическихъ принциповъ безъ исключенія, непримиримо съ этимъ присущимъ людямъ созна-

ніемъ необходимости юридическихъ нормъ. Но, сопоставляя, сравнивая между собой то, что разными людьми и въ разное время считалось необходимымъ, мы легко замѣтимъ, что такое сознаніе необходимости имѣетъ во многихъ случаяхъ чисто субъективное значеніе. Чаще всего необходимымъ кажется намъ просто привычное. Такъ какъ Лактанцій опровергалъ ученіе о шарообразности земли невозможностью якобы представить себѣ антиподовъ, у которыхъ ноги, по его выраженію, должны бы быть выше головы. Теперь, однако, никто не затруднится представить себѣ антиподовъ. Причина затрудненія въ томъ для Лактанція была, очевидно, единственно непривычка. Аристотель считалъ движеніе внизъ, какъ болѣе привычное, естественнымъ, движеніе вверхъ [1])—насильственнымъ и потому полагалъ, что первое совершается всегда съ наростающею скоростью, второе — съ убывающею. Современная механика не присвоиваетъ, однако, какой-либо особой естественности ни тому, ни другому.

Съ неменьшимъ удивленіемъ, читаемъ мы теперь, въ Пандектъ завѣренія римскихъ юристовъ, что прелюбодѣяніе постыдно отъ природы, а нарушеніе опекунскихъ обязанностей только въ силу обычая (Ульпіанъ), что яды, не употребляемые для лекарственныхъ цѣлей, - не могутъ быть по природѣ своей объектомъ купли-продажи (Гай).

Но одною привычностью нельзя объяснить всѣхъ случаевъ признанія какого либо юридическаго правила естественнымъ уже потому, что нерѣдко естественными признаются и такія начала, которыя отнюдь не могутъ быть признаны наиболѣе распространенными въ положительномъ правѣ, имѣющими въ немъ общее значеніе. Такъ римскіе юристы признавали естественнымъ, что бы юридическое отношеніе прекращалось тѣмъ же путемъ, какъ и установляется, хотя требованіе такого соотвѣтствія формъ установленія и прекращенія вовсе не имѣло въ римскомъ правѣ значенія общаго правила. Такъ и теперь равенство признается обыкновенно требованіемъ естественной справедливости, хотя только въ современномъ быту оно начинаетъ понемногу вытѣснять царившее прежде неравенство. Такъ многіе представители школы естественнаго права считали основой этого права неограниченную свободу, хотя она нигдѣ не находила себѣ дѣйствительнаго осуществленія.

Чтобы объяснить происхожденіе, такого рода убѣжденій, слѣ-

[1]) Для твердыхъ и жидкихъ тѣлъ, а для огня и воды естественнымъ считалось движеніе вверхъ.

дуетъ обратить вниманіе на присущую наклонность предпочитать во всемъ простое сложному. Что въ силу своей простоты легче усвоивается нашимъ умомъ, то мы и склонны считать болѣе правильнымъ, болѣе истиннымъ, или даже имѣющимъ особое, высшее значеніе. Такъ долгое время признавалось безспорнымъ, что орбиты небесныхъ тѣлъ должны быть кругами, такъ какъ кругъ наисовершеннѣйшая линія. Такъ долгое время считалось аксіомой, что природа дѣйствуетъ всегда самыми простыми средствами. Совершенно также должно объяснить обычное признаніе наиболѣе простыхъ юридическихъ формъ и принциповъ естественными.

Всѣ приведенныя нами объясненія возникновенія вѣры въ естественность тѣхъ или другихъ юридическихъ принциповъ, при кажущемся ихъ разнообразіи, имѣютъ одно общее основаніе, сводятся къ одному общему объясненію. Раскройте въ самомъ дѣлѣ въ Логикѣ Дж. Ст. Милля пятую книгу, трактующую о заблужденіяхъ, и вы увидите, что все, сказанное мною о происхожденіи вѣры въ естественное право, есть только примѣненіе къ интересующему насъ вопросу того, что Милль говоритъ о первой группѣ логическихъ заблужденій—о заблужденіяхъ съ перваго взгляда или заблужденіяхъ апріорныхъ [1]). Другими словами: вѣра въ естественное право обязана своимъ происхожденіемъ логическому заблужденію, заключающемуся въ безосновательномъ принятіи за очевидное и необходимое положенія, вовсе не представляющагося такимъ въ дѣйствительности.

§ 31. Относительность различія права и неправа.

Признаніе вѣры въ естественное право плодомъ логическаго заблужденія дѣлаетъ рѣшительно невозможнымъ принять ни одно изъ разсмотрѣнныхъ нами воззрѣній на соотношеніе юридическихъ нормъ и законовъ въ научномъ смыслѣ. Будемъ ли мы видѣть въ нормахъ замѣну законовъ, или только догадку о нихъ людей, мы одинаково придемъ къ принятію этого ошибочнаго ученія о существованіи естественнаго права. Однако, вопросъ этотъ нельзя же оставить безъ отвѣта, такъ какъ рѣшеніемъ его опредѣляется постановка всего изученія права.

Отправляясь отъ того установленнаго нами положенія, что существованіе естественнаго права не можетъ быть принято, мы должны признать, что юридическіе законы не суть ни законы

[1]) *Логика*, II, стр. 283—303.

въ научномъ смыслѣ, ни нѣчто замѣняющее ихъ дѣйствіе въ отношеніи къ человѣческой дѣятельности. Остается признать ихъ особаго рода явленіями, опредѣлить законы которыхъ и составляетъ задачу науки права. Только съ такимъ пониманіемъ правъ, не какъ закона, а какъ явленія, согласимо безусловное отрицаніе естественнаго права. Признавая право явленіемъ, мы признали его существенно отличнымъ отъ законовъ въ научномъ смыслѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и не замѣняющимъ ихъ дѣйствующими совмѣстно съ ними.

Но разъ мы признаемъ, что право должно быть понимаемо не какъ одинъ изъ законовъ общественныхъ явленій, а только какъ извѣстная ихъ группа, для насъ совершенно мѣняется вся постановка науки права. Если право есть идея, правящая жизнью человѣческаго общества, или законъ этой жизни — правое есть согласное съ этой идеей или съ этимъ закономъ, — неправое то, что противорѣчитъ идеѣ или закону права. Различіе праваго и неправаго, при такой постановкѣ вопроса, является различіемъ абсолютнымъ, основывающимся на абсолютно неизмѣнной идеѣ или законѣ. При такомъ взглядѣ на дѣло основной задачей науки служитъ опредѣленіе этой идеи или закона. Не опредѣливъ ихъ, нельзя сдѣлать ни шагу въ научномъ изученіи права, по той простой причинѣ, что безъ этого мы не знаемъ, что право, что нѣтъ, не знаемъ, что должно составить самый предметъ нашего изслѣдованія.

Въ такомъ направленіи и дѣйствительно шла почти вся старая литература по общимъ вопросамъ права. Прежде всего и во чтобы то ни стало требовалось найти основной принципъ права, какъ мѣрило, критеріумъ, для различенія праваго отъ неправаго. Этотъ принципъ права долженъ былъ явиться своего рода философскимъ камнемъ, долженствующимъ разъ навсегда указать намъ секретъ опредѣленія абсолютно-праваго порядка, годнаго вездѣ и во всякую эпоху историческаго развитія. Мы видѣли съ вами, въ чемъ думали находить этотъ философскій камень справедливости. Общительность, страхъ, влеченіе къ благу, усовершенствованіе, свобода, равенство, гармоническое развитіе и рядъ подобныхъ принциповъ поочереди выставлялись въ этой роли, и всѣ они не выдержали практической пробы. Дѣйствительная жизнь народовъ съ ея пестрымъ содержаніемъ рѣшительно не укладывалась въ тѣ рамки, какія думала ей предначертать эта алхимія права. И еслибъ для научнаго изученія права не было инаго, болѣе твердаго пути, пришлось бы стать на сторону тѣхъ, которые, отчаявшись найти какую-либо твердую

скихъ опору для науки въ этихъ эфемерныхъ построеніяхъ, съуживаютъ задачу правовѣдѣнія до простаго искусства толкованія отдѣльныхъ національныхъ системъ права, искусства, служащаго исключительно непосредственнымъ потребностямъ практики.

Но съ признаніемъ права совокупностью явленій, для научнаго изученія открывается другое направленіе. Съ признаніемъ права лишь совокупностью явленій, прежнее абсолютное противуположеніе праваго и неправаго замѣняется чисто относительнымъ ихъ различеніемъ. Въ явленіяхъ нельзя найти абсолютнаго противуположенія. Такъ, напр., различіе тепла и холода есть различіе совершенно относительное; что по Реомюру будетъ холодомъ, то по Фаренгейту тепломъ. Все зависитъ отъ выбраннаго мѣрила и абсолютнаго мѣрила нѣтъ.

Физикъ, изслѣдуя явленія тепла и холода, ставитъ задачей не опредѣленіе «абсолютнаго» различія между тепломъ и холодомъ, а выясненіе особенностей этой группы явленій въ сравненіи съ другими, напр., съ явленіями свѣта, электричества.

Точно также ставится вопросъ и въ изслѣдованіи права, когда подъ нимъ разумѣютъ совокупность правовыхъ явленій. Различіе праваго и неправаго (Recht und Unrecht) является при такомъ воззрѣніи *относительнымъ* и слѣдовательно измѣнчивымъ; что у одного народа и въ данную эпоху признается правымъ— у другаго неправымъ. Мало того, и въ отношеніи къ данной стадіи исторической жизни опредѣленнаго народа различіе это относительно, относительно по необходимости, такъ какъ нѣтъ неизмѣннаго мѣрила. Такъ судья, становясь на точку зрѣнія дѣйствующаго права, признаетъ правымъ то, что согласно съ закономъ, обычаемъ. Публицистъ, имѣющій дѣло не съ примѣненіемъ закона, а съ его оцѣнкой можетъ и самый законъ считать неправымъ, а противуположное ему правымъ. Другой публицистъ, отправляясь отъ другихъ сужденій, произнесетъ и другое сужденіе о правомъ и неправомъ, третій еще новое. При такой относительности различія праваго и неправаго задача науки права не можетъ быть ограничена изученіемъ одного лишь праваго. Какъ механикъ изучаетъ одинаково и скорое, и медленное движеніе, физикъ—явленія тепла и холода, такъ и юристъ реалистъ, признающій право совокупностью явленій, относитъ къ кругу своихъ изслѣдованій и правое, и неправое. Основное значеніе получаетъ для него не различіе праваго и неправаго, а различіе права и неправа, (Recht-Nicht-Recht) того, что относится къ группѣ правовыхъ явленій и того, что къ нимъ вовсе не относится.

Конечно, сводя мысленно отличительный моментъ данной группы явленій къ нулю или безконечности, мы можемъ представить себѣ какъ абсолютныя противуположности безправіе и право. Но это будутъ только представляемые нами предѣлы правовыхъ явленій, не имѣющіе никакого практическаго значенія. Тамъ, гдѣ бы имѣлся абсолютный нуль права, не примѣнимо различіе праваго и неправаго, оно не имѣетъ тамъ смысла. И дѣйствительная историческая жизнь народовъ, конечно, никогда не представитъ намъ этихъ предѣльныхъ пунктовъ. Мы вездѣ имѣемъ дѣло съ такимъ различіемъ праваго и неправаго, которое далеко не достигаетъ ни нуля, ни безконечности.

Словомъ, для реалиста нѣтъ вовсе надобности искать опредѣленія абсолютнаго различенія праваго и неправаго; онъ не можетъ признать такое различіе, онъ распространяетъ свое изученіе одинаково на правое и неправое, кладя въ основу отграниченія предмета своего изслѣдованія не различіе праваго отъ неправаго, а права отъ того, что не есть вовсе право. Конечно, и теперь найдется много такихъ, что сочтутъ признаніе относительности права непростительной ересью. Но, вглядываясь въ ходъ постепеннаго развитія науки права съ конца XVIII вѣка, мы легко можемъ замѣтить, какъ этотъ принципъ относительности мало-по-малу завоевываетъ себѣ все болѣе и болѣе широкое признаніе. Школа естественнаго права является представительницей строго абсолютной теоріи права. Но эта теорія предполагала познаніе абсолютнаго существа человѣческой природы и сокрушилась объ рѣшительную невозможность найти объективную мѣрку для различія того, что естественно въ человѣкѣ и что нѣтъ. Историческая школа дѣлаетъ первый шагъ къ признанію относительности права, выдвигая ученіе о національномъ характерѣ права. Если у каждаго народа свое особенное право, то ужъ нельзя говорить объ абсолютныхъ принципахъ. Но и опредѣленіе народнаго духа, его свойствъ, отграниченіе ихъ отъ свойствъ индивидуальнаго духа оказалось также невозможнымъ, какъ и разграниченіе въ самомъ человѣкѣ «естественнаго» и «не естественнаго». Приходилось или принять мистическое ученіе Пухты, олицетворявшее народный духъ, или, оставаясь на болѣе реальной почвѣ, признать, что народный духъ есть лишь общее означеніе совмѣстнаго проявленія духа составляющихъ народъ индивидовъ. А если такъ, то народный духъ уже не можетъ имѣть никакого опредѣленнаго содержанія; слѣдовательно, и право каждаго даннаго народа не опредѣлено заранѣе въ своемъ со-

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

держаніи, не есть мирный, само собой развивающійся плодъ народнаго духа, а напротивъ есть результатъ борьбы разнообразныхъ интересовъ, представляемыхъ различными членами—народами, и измѣняется вмѣстѣ съ ходомъ борьбы. Все это и призналъ Іерингъ, провозгласивъ такимъ образомъ полную относительность принциповъ права по ихъ содержанію. Въ одномъ только отношеніи не рѣшился онъ признать относительности права. Признавая, что содержаніе правовыхъ принциповъ рѣшительно не можетъ быть опредѣлено, что оно относительно, измѣнчиво, онъ полагаетъ вмѣстѣ, что источникъ этихъ принциповъ всегда и необходимо одинъ и тотъ же: государственная власть. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи онъ не признаетъ относительности права. Но какъ, мы показали выше, отождествленіе права съ закономъ не можетъ быть выдержано и отнюдь не требуется реализмомъ. Такимъ образомъ нѣтъ препятствій признать возможность установленія права и не государственной властью, нѣтъ препятствій признать полную относительность права: и по содержанію, и по источнику.

Признаніе полной относительности различія праваго и неправаго имѣетъ весьма важное значеніе.

Во-первыхъ, съ этой только точки зрѣнія возможно установить единое понятіе права, обнимающее всѣ явленія правовой жизни. Въ сужденіяхъ о правѣ всегда и вездѣ замѣчается нѣкоторая двойственность. Съ одной стороны отдѣльныя дѣйствія лицъ обсуждаются съ точки зрѣнія согласія или несогласія ихъ съ дѣйствующимъ правомъ, съ другой и самодѣйствующее право подвергается обсужденію съ точки зрѣнія болѣе общихъ принциповъ. При абсолютномъ различеніи праваго и неправаго это не можетъ себѣ найти инаго объясненія, какъ въ признаніи существованія двоякаго права — положительнаго и естественнаго. Но ученіе объ относительности различенія праваго и неправаго даетъ другое объясненіе. Разнообразіе сужденія о правѣ правомъ и неправомъ оно примиряетъ съ единствомъ права, оно сводитъ это разнообразіе сужденій къ разнообразію тѣхъ критеріевъ, какія примѣняются къ опредѣленію праваго.

Во-вторыхъ, самое построеніе науки является при этомъ болѣе цѣльнымъ. Съ господствующей до сихъ поръ точки зрѣнія наука права должна имѣть своимъ предметомъ исключительно право. Между тѣмъ существуетъ даже цѣлая юридическая наука уголовное право—изучающая правонарушенія. Правда, криминалисты обыкновенно утверждаютъ, что настоящій предметъ ихъ науки наказаніе, а преступленіе они изслѣдуютъ только какъ

предположеніе наказанія. Но стоитъ просмотрѣть любой курсъ уголовнаго права, чтобы увидѣть, что главное тутъ изученіе именно преступленія, а вовсе не наказанія. Ученіе объ относительности различенія праваго и неправаго, относя и правое и неправое къ предмету юридическихъ наукъ, устраняетъ надобность въ такихъ натяжкахъ.

Наконецъ, въ третьихъ, признаніе относительности права устраняетъ всякіе мотивы къ ограниченію предмета правовѣдѣнія той или другой частной формой правовыхъ явленій. Разъ, все право относительно, нѣтъ основанія исключать изъ круга изучаемыхъ юристомъ явленій и субъективнаго сознанія о правѣ. Конечно, такое сознаніе по необходимости относительно, и въ этой его относительности видѣли прежде, да и теперь многіе еще видятъ основаніе недопустимости субъективное правосознаніе ставить наряду съ началами «положительнаго» или «естественнаго» права. Но разъ все право признается относительнымъ, нѣтъ болѣе препятствія подводить подъ понятіе права всякое сознаніе права, будетъ ли оно индивидуальнымъ или общимъ. И это, конечно, сообщаетъ изученію права лишь большую полноту, даетъ болѣе надежную почву, такъ какъ общее правосознаніе вырабатывается изъ индивидуальнаго, и юридическая теорія, игнорирующая индивидуальное правосознаніе, не можетъ объяснить развитіе права и потому представляется какъ бы висящей въ воздухѣ.

ГЛАВА II.

Право, какъ явленіе психическое [1]).

§ 32. Индивидуальное психическое развитіе.

До послѣдняго времени психологія знала только два крайнихъ направленія, одинаково несостоятельныхъ въ своей односторонности, интуитивизмъ и сенсуализмъ. Одни признавали существованіе въ нашемъ духѣ врожденныхъ идей, такъ что каждый отдѣльный индивидъ мыслился ими надѣленнымъ независимо отъ опыта уже опредѣленнымъ духовнымъ складомъ,

---

[1]) *Троицкій*, Нѣмецкая психологія въ текущемъ столѣтіи М. 1867. *Ribot*, La psychologie anglaise contemporoine. 2 édition. 1875. *Гербертъ Спенсеръ*, основанія психологіи. 4 тома. Спб. 1876. *Bain* The emotions and will 2 od. 1865.

повторяющимся неизмѣнно въ каждомъ представителѣ человѣческаго рода. Сенсуалисты, напротивъ, полагали человѣка являющимся въ міръ съ душею, лишенною всякаго опредѣленнаго содержанія, представляющею своего рода tabula rasa, которую опытъ жизни уже наполняетъ тѣмъ или другимъ содержаніемъ. При такомъ взглядѣ каждый индивидъ есть нѣчто вполнѣ обособленное отъ другихъ, начинающееся съ абсолютнаго начала и всѣмъ обязанное своему личному, и притомъ внѣшнему, опыту. Но зато съ другой стороны человѣкъ являлся безусловно зависимымъ отъ внѣшняго на него воздѣйствія, лишеннымъ всякой самостоятельности, всякой самодѣятельности. Для сенсуалиста человѣкъ былъ не болѣе, какъ искусно сдѣланнымъ автоматомъ.

Несмотря на все различіе исходныхъ точекъ этихъ психологическихъ теорій, онѣ представляютъ два общихъ недостатка. Во-первыхъ, обѣ онѣ одинаково чужды идеѣ психологическаго развитія. Во-вторыхъ, обѣ онѣ не способны дать естественнаго объясненія относительной самостоятельности и самодѣятельности личности.

Идея психическаго развитія вообще явилась весьма недавно. Конечно, издавна не могъ не признаваться фактъ передачи отъ поколѣнія къ поколѣнію извѣстнаго, накопленнаго опытомъ, запаса знаній. Но этимъ все и ограничивалось. Преемственнымъ считалось только знаніе; чувства и воля считались непередаваемыми отъ поколѣнія къ поколѣнію. И во всякомъ случаѣ самый духъ нашъ считался неизмѣннымъ. Его представляли себѣ однимъ и тѣмъ же на всѣхъ стадіяхъ исторіи человѣчества. Для интуитивиста человѣкъ во всѣ эпохи своего существованія на землѣ, являлся съ однимъ и тѣмъ же, никогда не мѣняющимся запасомъ врожденныхъ идей. Для сенсуалиста—съ точно также неизмѣнной безсодержательностью духа. Такимъ образомъ, психическое развитіе ограничивалось узкими рамками отдѣльной индивидуальной жизни. Между чередующимися поколѣніями не признавалось въ этомъ отношеніи никакой преемственности.

Рука объ руку съ этимъ отрицаніемъ преемственнаго психическаго развитія идетъ и невозможность для интуитивистовъ и для сенсуалистовъ естественнаго объясненія относительной самостоятельности человѣческой личности по отношенію къ внѣшней средѣ. Для сенсуалиста человѣкъ былъ машиной, автоматически реагирующей на внѣшнія воздѣйствія. Устраните всякое внѣшнее на нее воздѣйствіе, и она останется недвижимой, такъ какъ лишена безусловно всякой самостоятельной активности. Интуитивисты, правда, признавали за человѣкомъ самодѣятельность, но

они не могли объяснить ее иначе, какъ выдѣливъ человѣка изъ естественной совокупности явленій, связанныхъ между собой причинною связью, и приписывая ему свободную, не подчиняющуюся никакому опредѣленному закону, волю.

Современная опытная психологія, какъ она развилась главнымъ образомъ въ Англіи, одинаково отвергаетъ обѣ указанныя теоріи, признавая ихъ слишкомъ односторонними. Она не признаетъ существованія врожденныхъ идей въ томъ безусловномъ смыслѣ. какъ ее понимали интуитивисты. Но она точно также не раздѣляетъ и сенсуалистическаго ученія, будто вся наша психическая жизнь можетъ быть вполнѣ объяснена изъ личнаго, и притомъ только внѣшняго, опыта. Современная психологія занимаетъ среднее положеніе между двумя этими крайними взглядами. Она признаетъ, что вся наша психическая жизнь можетъ быть объяснена изъ опыта, но не изъ одного лишь внѣшняго опыта, а также и изъ внутренняго, не изъ одного только личнаго индивидуальнаго опыта, но и изъ коллективнаго опыта цѣлаго человѣчества. Поэтому духовная жизнь уже не признается простымъ результатомъ внѣшняго воздѣйствія на человѣка окружающей его среды. Получаемое имъ изъ внѣшняго опыта дополняется и модифицируется данными опыта внутренняго. Поэтому идеи наши, будучи по отношеніи къ цѣлому человѣчеству безусловно опытнаго происхожденія, по отношенію къ отдѣльнымъ личностямъ могутъ быть и врожденными, унаслѣдованными нами отъ предковъ. При такой точкѣ зрѣнія, устраняются оба указанные нами недостатка прежнихъ воззрѣній. Человѣкъ не представляется уже автоматомъ, только отвѣчающимъ на внѣшнее воздѣйствіе. Движенія его души могутъ возбуждаться и данными внутренняго опыта. Совершающіеся въ нашемъ тѣлѣ физіологическіе и патологическіе процессы и общее состояніе организма, порождающее въ насъ чувство бодрости или недомоганія, свѣжести или утомленія, могутъ вызывать дѣятельность духа, независимо отъ всякаго непосредственнаго внѣшняго воздѣйствія. Если къ этому присоединить дѣйствіе унаслѣдованныхъ нами отъ предковъ чувствъ, склонностей, вкусовъ, то относительная самостоятельность человѣка найдетъ въ себѣ вполнѣ естественное объясненіе и намъ не будетъ никакой надобности прибѣгать къ противоположенію человѣческихъ дѣйствій всѣмъ другимъ явленіямъ, не къ чему будетъ признавать его волю свободной.

Точно также устраняется современной психологической теоріей и игнорированіе преемственнаго психическаго развитія.

Если идеи и чувства наши представляются продуктомъ вѣковаго опыта цѣлаго человѣчества, отдѣльныя личности и поколѣнія связываются между собою преемственной связью. Психическая жизнь каждаго отдѣльнаго поколѣнія есть лишь посредствующее звено, соединяющее жизнь прошлыхъ поколѣній съ жизнью будущихъ. Преемственная связь психическаго развитія чередующихся поколѣній обусловлена психической наслѣдственностью, которая при такомъ воззрѣніи получаетъ весьма важное значеніе.

Наслѣдственная передача свойствъ предковъ потомкамъ уже издавна обращала на себя вниманіе [1]). Но только въ новѣйшее время наслѣдственность сдѣлалась предметомъ спеціальныхъ изслѣдованій Люкоса, Гальтона, Рибо, Декандоля; собрано большое число фактовъ, убѣждающихъ въ наслѣдственной передачѣ не только физическихъ, но и психическихъ свойствъ, психическая наслѣдственность все еще многими отрицается. Отрицатели психической наслѣдственности ссылаются на то, что собраннымъ по этому вопросу фактамъ нельзя придавать значенія научнаго доказательства. Тутъ собрано только относительно небольшое число случаевъ повторенія у потомковъ тѣхъ же свойствъ, которыя замѣчались и у предковъ, но вовсе не приняты въ соображеніе остальные неизслѣдованные случаи. Поэтому, весьма вѣроятно, что факты повторенія способности въ извѣстныхъ родахъ могутъ быть объяснены просто игрою случая, подобно тому, какъ при выниманіи наудачу номеровъ можетъ случиться, что вынуты нѣсколько номеровъ подрядъ. Собранные факты были бы убѣдительны лишь тогда, когда они бы относились ко всѣмъ родамъ, живущимъ, напримѣръ, въ данной мѣстности. Тогда только можно бы было съ увѣренностью рѣшить вопросъ фактическими данными.

Сила этого возраженія, однако, далеко не такова, какъ можетъ показаться на первый взглядъ. Во первыхъ, нѣкоторыми изслѣдователями разсмотрѣна наслѣдственная преемственность способностей у всѣхъ извѣстныхъ представителей опредѣленнаго класса лицъ, напр. судей (у Гальтона), ученыхъ (у Декандоля). При этомъ ими приняты во вниманіе какъ положительные, такъ и отрицательные факты. Конечно, нельзя не согласиться, что такія наблюденія относительно не многочисленны и не точны. Но за то доказательность этихъ наблюденій усиливается характе-

[1]) Такъ у Лукреція (De rerum natura) находимъ, между прочимъ, такое мѣсто:

Fit quoque, ut interdum similes exsistere avorum
Possint, et referant pro avorum saepe figuras.

ромъ полученныхъ результатовъ. Если бы сходство способностей было дѣломъ случая, то повтореніе способности дѣлалось бы все болѣе невѣроятнымъ съ каждымъ новымъ поколѣніемъ. Но на дѣлѣ мы видимъ совершенно другое. Разъ способность передана однимъ лицомъ другому, вѣроятность въ передачѣ и дальнѣйшимъ представителямъ рода не уменьшается, а возрастаетъ. Не зависимо отъ этого характера статистическихъ данныхъ, относящихся къ наслѣдственности, она имѣетъ за себя и общія, весьма убѣдительныя соображенія.

При возраженіяхъ противъ наслѣдственности обыкновенно принимаютъ во вниманіе только индивидуальныя способности. Но для полнаго выясненія вопроса необходимо идти общимъ порядкомъ и обращать вниманіе на наслѣдственность не индивидуальныхъ только особенностей (напр. на наслѣдственность какого-нибудь особеннаго таланта), а и на наслѣдственность общихъ характерныхъ чертъ, свойственныхъ цѣлымъ народностямъ, расамъ и всему роду человѣческому. По отношенію къ общимъ родовымъ признакамъ человѣка наслѣдственность стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Если мы не признаемъ наслѣдственную передачу отъ поколѣнія къ поколѣнію общихъ физическихъ и психическихъ свойствъ, то невозможно будетъ и признаніе самаго понятія человѣка, потому что физическая и психическая структура человѣка, будучи всегда однообразною, опредѣляетъ и самое понятіе человѣка. Мы представляемъ себѣ человѣка съ опредѣленными физическими и психическими качествами, такъ что уже незначительное уклоненіе отъ этихъ качествъ производитъ на насъ впечатлѣніе уродства. Но, признавая наслѣдственность общихъ физическихъ и психическихъ свойствъ человѣка, мы вмѣстѣ съ тѣмъ должны признать наслѣдственными и такія качества людей, которыя отличаютъ одну расу отъ другой, одну національность отъ другой. Эти свойства, которыя не являются общими видовыми свойствами, а представляются присущими различнымъ разновидностямъ, также, несомнѣнно, подлежатъ закону наслѣдственности. Иначе необъяснимъ общеизвѣстный фактъ существованія у каждой народности своеобразнаго склада духовныхъ способностей. Затѣмъ остается еще одна только группа свойствъ, которыя не суть ни общечеловѣческія свойства, ни свойства извѣстной расы или національности, а суть свойства индивидуальныя. По отношенію только къ нимъ можно сомнѣваться въ дѣйствіи закона наслѣдственности. Такимъ образомъ, въ результатѣ оказывается, что громадное количество свойствъ человѣка (общевидовыя свойства, свойства расы и національности) всегда яв-

ляются наслѣдственными и затѣмъ остается небольшая и сравнительно не важная группа свойствъ, личныхъ, индивидуальныхъ, въ наслѣдственности которыхъ существуетъ сомнѣніе. Такое сопоставленіе уже само по себѣ является вѣскимъ доказательствомъ въ пользу признанія закона наслѣдственности. И если индивидуальныя качества не всегда являются наслѣдственными, то это не можетъ еще служить опроверженіемъ самаго закона наслѣдственности. Такъ какъ индивидуальныя качества являются качествами болѣе частными, то для унаслѣдованія ихъ требуются гораздо болѣе сложныя условія, чѣмъ для унаслѣдованія общеродовыхъ качествъ. Вотъ почему индивидуальныя качества не всегда переходятъ по наслѣдству.

Такимъ образомъ какъ по невѣроятности повторенія случайныхъ особенностей въ цѣломъ рядѣ поколѣній и притомъ все съ большимъ и большимъ постоянствомъ, такъ и въ виду того, что наслѣдственность наиболѣе общихъ и важныхъ психическихъ свойствъ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія, слѣдуетъ признать, что указанныя возраженія противъ психической наслѣдственности не имѣютъ большой силы. Если законъ наслѣдственности не всегда примѣняется къ незначительной группѣ индивидуальныхъ особенностей, то за то мы видимъ, что громадное количество общечеловѣческихъ свойствъ, равно какъ и свойствъ національныхъ, всегда наслѣдственны. При этомъ нужно обратить вниманіе на то, что данное соображеніе получаетъ особенное значеніе съ точки зрѣнія теоріи развитія. Прежде, когда, согласно съ гипотезой спеціальнаго творенія, полагали, что существуютъ видовые, неизмѣнные типы, по которымъ образуется каждая отдѣльная особь даннаго вида, можно было проводить принципіальное различіе между видовыми свойствами съ одной стороны и свойствами индивидуальными съ другой. Тогда можно было представлять себѣ дѣло такъ, что каждое животное, каждая особь должна стремиться по возможности къ полному воплощенію всѣхъ видовыхъ свойствъ, къ полному воплощенію типа. Конечно, при случайныхъ обстоятельствахъ могутъ появляться уклоненія, но эти уклоненія не переходятъ по наслѣдству, а напротивъ, стремятся къ вымиранію, потому что каждое животное стремится къ поддержанію своего типа, такъ что всякое уклоненіе отъ типа подлежитъ уничтоженію. При такомъ воззрѣніи возможно принципіальное различіе между общими и индивидуальными свойствами. Въ этомъ случаѣ можно даже выставить два закона: законъ наслѣдственности, какъ законъ сохраненія типичныхъ родовыхъ и

видовыхъ свойствъ и законъ вымиранія, исчезновенія всякаго уклоненія отъ типа.

Но если, какъ это утверждаетъ гипотеза развитія, типы животныхъ образуются путемъ постояннаго накопленія индивидуальныхъ особенностей, которыя, можетъ быть, появляются и случайно, но затѣмъ, если оказываются полезными животнымъ, какъ сообразныя съ внѣшнею обстановкою, передаются наслѣдственно изъ рода въ родъ, все болѣе упрочиваясь и распространяясь, то мы должны смотрѣть на родовыя, типичныя свойства, какъ на продуктъ накопившихся и окрѣпшихъ индивидуальныхъ особенностей. Поэтому, признавъ законъ наслѣдственности для общихъ свойствъ даннаго вида, мы не можемъ не признать его и для свойствъ индивидуальныхъ. Мало того, самое образованіе видовыхъ особенностей необходимо предполагаетъ наслѣдственность индивидуальныхъ особенностей.

Нельзя не указать еще на одно соображеніе. Мы знаемъ, что нельзя провести рѣзкой, раздѣльной грани между явленіями психической и физической жизни, такъ какъ психическая жизнь является обусловленной жизнью физической. Слѣдовательно, если по отношенію къ физической жизни признать законъ наслѣдственности, то необходимо его допустить и по отношенію къ жизни психической. Такимъ образомъ, не защитники психической наслѣдственности должны представить доказательства въ пользу своей теоріи, а напротивъ, противники этой наслѣдственности должны дать доказательства въ пользу того, что наслѣдственности психическихъ свойствъ не существуетъ, потому что вся вѣроятность за то, что и психическія свойства наслѣдственны.

Изслѣдуя наслѣдственность, конечно, нельзя ограничиться однимъ собираніемъ и описаніемъ фактовъ наслѣдственности, а необходимо также выяснить самые законы наслѣдственности, и въ этомъ направленіи уже сдѣлано кое-что. Рибо различаетъ четыре формы наслѣдственности. Существуетъ, во-первыхъ, наслѣдственная передача свойствъ отъ предковъ по прямой нисходящей линіи. Затѣмъ, существуетъ наслѣдственность, извѣстная подъ именемъ *атавизма*, въ силу которой извѣстныя физическія и психическія особенности передаются не отъ родителей къ дѣтямъ, а отъ дѣда къ внуку и даже отъ прадѣда къ правнуку. Эти два рода наслѣдственности являются общераспространенными. Но рядомъ съ ними стоятъ и другіе, не такъ распространенные виды наслѣдственности. Такъ существуетъ наслѣдственность не непосредственная, а косвенная — наслѣдственность въ боковой линіи. Бываютъ примѣры, что данное лицо не обладаетъ свой-

ствами своихъ родственниковъ по прямой восходящей линіи, а обладаетъ свойствами дяди или тетки. Наконецъ, существуетъ наслѣдственность, такъ сказать, чрезъ вліяніе. Эта наслѣдственность остается еще пока въ отношеніи къ людямъ спорнымъ фактомъ, но должно предположить, что она существуетъ у людей, потому что по отношенію къ животнымъ (напр. лошадямъ) она доказана несомнѣнно. Подъ наслѣдственностью путемъ вліянія разумѣются такіе случаи, когда ребенокъ наслѣдуетъ качества не своихъ родителей, а прежняго мужа своей матери или прежней жены своего отца. Мужъ умираетъ, и его жена выходитъ вторично замужъ. Отъ этого новаго сожительства является ребенокъ, который наслѣдуетъ свойства не своего отца, а перваго мужа своей матери. Примѣры такого рода наслѣдованія встрѣчаются и въ исторіи. Эта самая непонятная форма атавизма.

Что касается косвеннаго наслѣдованія, т.-е., наслѣдованія свойствъ отъ тетки или дяди, то это наслѣдованіе можетъ быть сведено къ атавизму. Дѣйствительно, мы можемъ объяснить это наслѣдованіе не иначе, какъ предположеніемъ, что извѣстнаго рода свойства передаются родоначальникомъ двумъ потомкамъ, но у одного изъ нихъ они сказываются, а у другаго остаются скрытыми, но въ дальнѣйшемъ потомствѣ дѣлаются настолько развитыми, что могутъ быть легко замѣчены. Такимъ образомъ и можетъ быть объяснена передача свойствъ отъ прадѣда къ внуку. Слѣдовательно, и здѣсь мы видимъ связь потомковъ съ предками въ восходящей прямой линіи.

Говоря объ атавизмѣ и косвенномъ наслѣдованіи, я указывалъ на необходимость предположить возможность такихъ случаевъ, когда извѣстныя качества передаются ближайшему потомству въ зачаточномъ состояніи, такъ что они на первый разъ исчезаютъ отъ наблюденія, а затѣмъ дѣлаются доступными. Это предположеніе подтверждается и явленіями прямаго непосредственнаго наслѣдованія. Замѣчено было, что каждый организмъ какъ бы обладаетъ способностью развитія, въ извѣстной только степени, что въ данномъ организмѣ нельзя безгранично развивать извѣстную способность, такъ что если въ извѣстныхъ представителяхъ рода та или другая способность развилась въ значительной степени, то въ слѣдующемъ затѣмъ потомствѣ она ослабѣваетъ. Если въ данномъ родѣ замѣчается извѣстная способность, то въ началѣ идетъ ея развитіе, такъ что появляются все болѣе и болѣе талантливые потомки и наконецъ является наиболѣе талантливый, геній, превосходящій всѣхъ своихъ предковъ по таланту. Но вслѣдъ затѣмъ замѣчается уже не возра-

станіе таланта, а его упадокъ. Если отецъ былъ музыкантомъ и сынъ развилъ значительно музыкальную способность, то у его дѣтей уже замѣчается упадокъ этой способности. Подобное волнообразное движеніе талантливости и вообще передача свойствъ по наслѣдству должны быть также поставлены въ соотношеніе съ возможностью скрытой передачи способностей. Мы можемъ объяснить это такъ, что организмъ стремится передать всѣ свои свойства потомству, но для этого нужны извѣстнаго рода условія. Если отецъ сильнѣе матери, то онъ передаетъ дѣтямъ больше своихъ свойствъ, чѣмъ мать и обратно. Кромѣ того, передача свойствъ ослабляется еще истощеніемъ. Если извѣстное свойство развивалось, изощрялось подрядъ нѣсколькими представителями рода, то способность къ передачѣ его истощается и нужно время для того, чтобы она опять накопилась и обнаружилась въ явной формѣ. Такимъ то образомъ и можетъ быть объяснена передача въ скрытой формѣ. Въ теченіи времени отдыха накопляются силы, которыя въ послѣдующемъ поколѣніи обнаруживаются въ очевидной формѣ.

Законъ наслѣдственности имѣетъ важное значеніе для соціальныхъ наукъ, потому что онъ является основною связью между отдѣльными индивидами и цѣлымъ человѣческимъ родомъ или данною національностью, такъ что, признавая законъ наслѣдственности, мы можемъ разсматривать всѣ способности и наклонности физическія и психическія не какъ продуктъ индивидуальной жизни, а какъ продуктъ коллективной жизни людей.

§ 33. Свобода воли [1]).

Изъ всѣхъ способностей человѣческаго духа наиболѣе значенія для юриста имѣетъ воля. И первый вопросъ, представляющійся въ этомъ отношеніи, есть вопросъ о томъ, есть ли воля особая, самостоятельная сила нашего духа или только опредѣленная группа психическихъ явленій? Для разрѣшенія этого вопроса необходимо выяснить, что собственно слѣдуетъ понимать подъ способностями духа.

Наблюдая явленія психической жизни, мы замѣчаемъ, что они не представляются намъ однородными. Весьма рѣзкія особенно-

[1]) *Schopenhauer*, Ueber die Freiheit des menschlichen Willens. (Въ его Die beiden Grundprobleme der Ethik, 2 Aufl. 1860). *Foullé* La liberté et le determinisme.

Hertz, Das Unrecht. 1880. § 11: Das Freiheits problem im Rechta. *Binding*, Die Normen und ihre kesertretung, II, § 32, (съ указаніемъ литературы).

сти отдѣляютъ одну группу психическихъ явленій отъ другой и такихъ группъ не мало. Языкъ, представляющій историческую регистрацію понятій, выработываемыхъ народомъ въ силу постепенно наростающаго опыта, даетъ довольно богатый словарь для обозначенія различныхъ явленій психической жизни: ощущенія, чувства, умъ, разумъ, разсудокъ, желаніе, воля, память, воображеніе и т. д. Эти различныя выраженія представляютъ, однако, одно существенное неудобство: они недостаточно опредѣленны. Примѣняя эти названія къ отдѣльнымъ психическимъ явленіямъ, мы сейчасъ замѣчаемъ, что одно понятіе сливается съ другимъ. Да къ тому же эта классификація душевныхъ явленій, представляется языкомъ слишкомъ дробно. Отсюда естественное стремленіе всѣхъ изучавшихъ психологію свести эти различныя формы душевной дѣятельности по возможности къ небольшому числу основныхъ формъ. На сколько тутъ дѣло ограничивалось одной классификаціей, такое стремленіе представляется вполнѣ законнымъ. Но господствовавшая прежде въ философіи наклонность къ олицетворенію общихъ понятій, повела и въ психологіи къ тому, что вмѣсто научной классификаціи явленій психическихъ, построено было метафизическое ученіе объ отдѣльныхъ психическихъ способностяхъ. Подъ волей или умомъ стали разумѣть не опредѣленный родъ психическихъ явленій, а особую способность духа, служащую особой причиной данной группы явленій. При этомъ бытіе этой способности отдѣлялось отъ существованія явленій. Способности эти представлялись самостоятельными силами, могущими дѣйствовать и не дѣйствовать, могущими вступать другъ съ другомъ въ борьбу, сдерживать другъ друга, другъ друга подчинять.

Это ученіе о существованіи нѣсколькихъ самостоятельныхъ способностей духа встрѣчается еще у Платона и у Аристотеля. Но особенное развитіе оно получило въ системахъ Вольфа и Канта. Вольфъ различалъ двѣ душевныя способности: способность познанія и способность желанія, причемъ каждая подраздѣлялась на высшую и нисшую. Кантъ принималъ существованіе трехъ отдѣльныхъ способностей: познанія, чувствованія и желанія. Изъ нихъ первенствующая — способность познанія, такъ какъ она опредѣляетъ другія, проявляясь въ трехъ видахъ, Verstand, Vernunft, Urtheils kraft.

Не трудно показать несостоятельность этого ученія о существованіи особыхъ способностей духа, дѣйствующихъ, какъ самостоятельныя силы. Ученіе это не удовлетворяетъ элементарнымъ условіямъ всякой научной гипотезы. Во-первыхъ, она безъ вся-

кой нужды вводитъ множество предполагаемыхъ дѣятелей, дѣйствительное существованіе которыхъ ничѣмъ не подтверждается. Во-вторыхъ, она ничего въ сущности не объясняетъ. Сказать, что паденіе есть дѣйствіе «падательной» силы, не значитъ объяснить явленіе паденія. Но точно такое же достоинство имѣютъ утвержденія, что познаніе есть дѣйствіе познавательной способности, желаніе—желательной и т. д. Въ-третьихъ, она противорѣчитъ и фактамъ. Если бы нашъ духъ состоялъ изъ нѣсколькихъ самостоятельныхъ способностей, то тогда бы отдѣльныя явленія нашей психической жизни должны бы были представляться вполнѣ различными. Мысль не могла бы соединяться съ чувствомъ, чувство съ желаніемъ и т. п. Въ дѣйствительности же наблюденіе постоянно встрѣчается съ подобными явленіями и нѣтъ рѣшительно возможности подмѣтить такія психическія явленія, которыя бы были вполнѣ чистыми проявленіями какой-нибудь одной изъ пресловутыхъ способностей духа.

Въ силу этихъ недостатковъ, гипотеза о душевныхъ способностяхъ не какъ о простыхъ классификаціонныхъ терминахъ, а какъ о самостоятельно дѣйствующихъ силахъ должна бы была быть отвергнута даже, еслибъ ее нечѣмъ было замѣнить. Лучше вовсе отказаться отъ всякой гипотезы въ объясненіи данныхъ явленій, нежели принимать такую, которая неудовлетворяетъ элементарнымъ условіямъ всякой научной гипотезы. Но въ дѣйствительности вопросъ и не ставится вовсе такъ рѣзко. Въ современной научной психологіи уже имѣется гипотеза, вполнѣ удовлетворяющая требованіямъ, какія ставятся въ отношеніи къ научнымъ гипотезамъ. Это теоріи ,исходящія изъ ученія *о единствѣ духа*. Это ученіе ведетъ свое начало еще отъ Локка и давно получило право гражданства въ англійской психологической литературѣ. Въ Германіи первымъ выставилъ ученіе объ единствѣ духа Гербартъ. А въ послѣднее время ученіе это стало почти общепринятымъ. Видными представителями этого направленія являются: Вундтъ, Тэнъ, Спенсеръ. Особенной стройностью отличается ученіе Спенсера. Онъ развиваетъ свою психологическую теорію въ связи съ своимъ общимъ эволюціонистическимъ міровоззрѣніемъ. Но ученіе собственно о волѣ лучше всего разработано Бэномъ.

Бэнъ объясняетъ явленія воли общимъ психологическимъ закономъ ассоціаціи. Воля представляется не прирожденной, первоначальной способностью нашего духа, а уже плодомъ психическаго развитія. Первоначально мы дѣйствуемъ безсознательно. Къ дѣйствію побуждаетъ насъ самопроизвольная активность нашего

организма, обусловливающаяся накопляющейся, въ силу совершающихся въ немъ жизненныхъ процессовъ энергіей. Такъ двигается утробный зародышъ; такъ дѣйствуютъ, бѣгаютъ, кричатъ дѣти, такъ дѣйствуемъ и мы совершенно безцѣльно послѣ долгаго, утомительнаго бездѣйствія. Но каждое совершонное нами безсознательное дѣйствіе оставляетъ послѣ себя въ нашемъ сознаніи два представленія: о самомъ дѣйствіи и о его послѣдствіяхъ, пріятныхъ и непріятныхъ. Въ силу повторенія такого опыта, эти два представленія все прочнѣе и прочнѣе ассоціируются въ нашемъ сознаніи и когда мы затѣмъ вспоминаемъ о данномъ дѣйствіи, это представленіе вызываетъ въ насъ и ассоціировавшееся съ нимъ представленіе о пріятныхъ или непріятныхъ послѣдствіяхъ, и потому самое дѣйствіе представляется желательнымъ или нежелательнымъ. Чѣмъ ассоціація такихъ представленій прочнѣе, тѣмъ опредѣленнѣе наши рѣшенія, чѣмъ слабѣе—тѣмъ и желанія неопредѣленнѣе. Но и съ образованіемъ сознательныхъ желаній одного воспроизведенія представленія о данномъ дѣйствіи и его пріятномъ послѣдствіи еще недостаточно для того, чтобы совершилось это дѣйствіе. Многое, представляющееся намъ желательнымъ, остается нами неосуществленнымъ: video meliora proboque, deteriora sequor. Это объясняется тѣмъ, что представленіе само по себѣ не можетъ вызвать дѣятельности, необходимо, чтобы съ появленіемъ желанія совпало извѣстное напряженіе энергіи нервной системы. Одни и тѣ же желанія, смотря потому, въ какомъ состояніи находится наша нервная система, въ возбужденномъ или угнетенномъ состояніи, могутъ переходить или не переходить въ дѣйствіе. Но не только состояніе нашего организма обусловливаетъ способность нашихъ желаній переходить въ дѣйствіе. Большое значеніе могутъ имѣть и пріобрѣтенныя привычки. Смѣются надъ купеческой дочкой, наивно заявившей, что она можетъ танцовать только отъ печки. Извѣстно, напримѣръ, что Гёте не могъ работать въ роскошно убранныхъ комнатахъ. Наконецъ, бываютъ прямо характеры совершенно пассивные. Маниловы при всякихъ условіяхъ способны лишь устилать адъ добрыми намѣреніями. Такимъ образомъ, воля обусловлена всегда двумя обстоятельствами: установившейся ассоціаціи представленій о данномъ дѣйствіи и объ его послѣдствіяхъ и дѣятельнымъ состояніемъ организма, дающимъ возможность желанію перейти въ дѣйствіе.

При такомъ объясненіи явленій воли конечно не можетъ быть и рѣчи о свободѣ воли, о неподчиненіи ея закону причинности. Если воля не есть особая самостоятельная сила, если

это только опредѣленная группа однородныхъ психическихъ явленій, происходящихъ въ перемѣжку съ явленіями другихъ категорій, то какой же смыслъ можетъ имѣть ученіе о свободѣ воли? Говорить, что воля, такъ понимаемая, свободна, это по справедливому замѣчанію Локка, все равно, что называть добродѣтель трехугольной. Невозможно произвольно вырвать изъ ряда психическихъ явленій явленія извѣстнаго рода и признать ихъ свободными. Признавъ это, намъ пришлось бы признать одинаково свободными и всѣ другія психическія явленія и чувства, и идеи, потому что наши желанія непрерывно чередуются и чувствами и идеями, и неподчиненность причинной связи нашихъ желаній устранила бы и вообще примѣнимость причинной связи психической жизни. Но этого не рѣшится утверждать никто. Ежеминутный опытъ самымъ несомнѣннымъ образомъ свидѣтельствуетъ намъ, что мы не властны ни надъ ходомъ нашего мышленія, ни надъ нашими чувствами. Мы не можемъ въ мышленіи не подчиняться, законамъ логики, мы не можемъ произвольно вызывать въ себѣ то или другое чувство.

Но такъ какъ ученіе Бэна о волѣ пока представляется еще лишь гипотезой, хотя и весьма прочно поставленной и такъ какъ вопросъ о свободѣ воли имѣетъ для юриста чрезвычайно важное, можно сказать, основное значеніе, то намъ необходимо разсмотрѣть этотъ вопросъ пообстоятельнѣе и при томъ внѣ связи съ какой-либо опредѣленной психологической гипотезой.

Для возможности получить опредѣленное рѣшеніе необходимо прежде всего позаботиться о правильной постановкѣ вопроса.

Свобода воли противополагается понятію закономѣрности: что же мы должны разумѣть подъ законами? Въ общежитіи, подъ вліяніемъ ходячихъ воззрѣній, законъ въ научномъ смыслѣ часто смѣшивается съ закономъ юридическимъ, или съ закономъ божественнымъ, а въ силу этого смѣшенія, иногда и въ самой наукѣ проводятся ложные взгляды. Подъ закономъ въ смыслѣ юридическомъ, или въ смыслѣ вѣлѣній божественныхъ разумѣются велѣнія, предписывающія людямъ или инымъ существамъ поступать такъ или иначе. Говоря о законахъ, какъ о заповѣдяхъ божественныхъ, обыкновенно признаютъ ихъ причиною нашихъ обязанностей къ Богу; юридическіе законы точно также являются причиною нашихъ юридическихъ обязанностей. Если издается законъ, воспрещающій извѣстныя дѣйствія, то онъ возлагаетъ на насъ обязанность воздерживаться отъ этого дѣйствія. Слѣдовательно, въ этомъ смыслѣ законъ есть воспрещающая сила, причина явленія. Какъ самое слово «законъ», такъ и соотвѣт-

ствующее ему понятіе было перенесено съ ученій юридическихъ на ученіе о природѣ. По теологическимъ воззрѣніямъ міровыя явленія слѣдуютъ предписанію божества. Какъ люди получили отъ Бога заповѣди, такъ и міръ получилъ отъ Него особенный завѣтъ, который онъ долженъ исполнять. Слѣдовательно, тотъ и другой порядокъ, т.-е. порядокъ людской жизни и жизни природы является обусловленнымъ волею божества. Воля божества и тамъ, и здѣсь является воспроизводящею и нормирующею причиною, причиною всѣхъ причинъ. Если этотъ взглядъ на законъ съ теологической почвы перевести на научную, то это неизбѣжно влечетъ за собой смѣшеніе понятій. Наука хотя и усвоила себѣ терминъ этотъ, но придаетъ ему другое значеніе. Подъ закономъ въ научномъ смыслѣ разумѣются не чьи-либо велѣнія, какъ производящія причины извѣстныхъ явленій, а лишь подмѣченное людьми *однообразіе явленій*.

Не-законы суть причина явленій, а силы. Возьмемъ, напр., тяготѣніе. Сила тяготѣнія есть причина явленій тяготѣнія, а законъ, гласящій что сила тяготѣнія прямо пропорціональна массѣ и обратно пропорціональна квадрату разстояній, не есть причина, а только подмѣченное нами однообразіе этихъ явленій, только формула, выражающая общій порядокъ явленій тяготѣнія.

Такое понятіе закона въ научномъ смыслѣ такъ прочно установилось въ наукѣ, что оно одинаково принимается и позитивистами [1]) и метафизиками, наприм., Гартманомъ [2]). Если законъ есть подмѣченное людьми однообразіе явленій, то, конечно, нельзя смотрѣть на законъ, какъ на причину, и слѣдовательно и самое соотношеніе закономѣрности и случайности, получаетъ иной характеръ. Дѣйствительно, если мы будемъ смотрѣть на законъ, какъ на силу производящую явленія, то мы должны будемъ вмѣстѣ съ тѣмъ признать, что рядомъ съ однообразными явленіями, причина которыхъ законъ, существуютъ разнообразныя явленія, причина которыхъ случай, т.-е., мы должны будемъ признать двѣ силы: законъ и случайность. Но если мы будемъ держаться установленнаго положительной наукой взгляда, что законъ есть не сила, не причина явленій, то тогда мы и случай не можемъ считать особой силой, дѣйствующей на ряду съ зако-

[1]) *Милль.* Логика, I, стр. 508. *Льюисъ.* Вопросы о жизни и духѣ, I, стр. 105.

[2]) *Hartmann.* Philosopie des Unbewussten, 8 Aufl. 11, s. 96. Die Gesetze sind nicht in der Luft schwebende Existenzen, sondern blosse Abstractionen von Kräften und Stoffen, nur weil diese Kraft und dieses Stoff eine solche und ein solcher *sind* nur darum *wirken* sie auf diese Weise... Diese Constanz des *so-wirkens* aber ist es, was wir Gesetz nennen.

нами. Мы объяснимъ дѣло тѣмъ, что однообразіе явленій обусловливается однородностью силъ и что при совокупномъ дѣйствіи нѣсколькихъ силъ, иногда совершенно разнородныхъ, замѣчаются видоизмѣненія закона, выражающаго дѣйствіе какой-нибудь одной силы.

Признавая законъ ни чѣмъ инымъ, какъ подмѣченнымъ однообразіемъ явленій, а вовсе не силою или причиною, производящею явленія, мы можемъ избѣгнуть и въ вопросѣ о свободѣ воли вреднаго смѣшенія понятій. Въ самомъ дѣлѣ, если законъ есть сила, есть причина явленій, то вопросъ о свободѣ воли какъ силѣ, дѣйствующей на ряду съ закономъ, сведется къ вопросу о томъ: *можетъ ли и воля быть причиной явленій?* Воля только тогда можетъ быть причиною явленій, если не всѣ явленія подчиняются дѣйствію закона, т.-е., съ точки зрѣнія этого ошибочнаго представленія о законѣ, не всѣ имѣютъ законъ своей причиной. При такомъ взглядѣ на законъ, признаніе того, что воля можетъ быть причиной явленій, равносильно выдѣленію явленій, ею производимыхъ, изъ сферы дѣйствій закона и признанію ея свободной. Такая постановка вопроса о свободѣ воли при правильномъ пониманіи закона въ научномъ смыслѣ, какъ формулы, выражающей однообразный порядокъ явленія, является, напротивъ логическою несообразностью. Если законъ не есть вовсе причина явленій, то признаніе того, что и воля можетъ быть причиною явленій не ведетъ къ выдѣленію ея изъ сферы дѣйствія закона. При признаніи, что законъ есть только формула, выражающая однообразный ходъ явленій, вопросъ о свободѣ ставится совершено иначе. Внѣшній опытъ не представляетъ намъ такихъ явленій, которыя бы могли быть разсматриваемы какъ абсолютныя начала послѣдующихъ явленій. Внѣшнія явленія представляютъ намъ непрерывный рядъ причинъ и слѣдствій, такъ что мы не имѣемъ такихъ явленій, которыя бы, будучи причиною послѣдующихъ явленій, не были бы и сами результатомъ предыдущихъ. Такимъ образомъ, нѣтъ такихъ абсолютныхъ началъ, которыя бы обусловливали послѣдующія явленія, не будучи обусловлены предыдущими. Всякое явленіе мы должны разсматривать какъ одно изъ звеньевъ непрерывной цѣпи причинъ и слѣдствій. Всѣ явленія представляютъ намъ однообразіе въ томъ отношеніи, что каждое изъ нихъ является причиною послѣдующихъ и результатомъ предыдущихъ и не одно изъ нихъ не является абсолютнымъ началомъ другихъ явленій. Это свойство явленія и называется закономъ причинности или

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

принципомъ причинности. Относительно внѣшняго опыта нѣтъ никакого сомнѣнія въ существованіи этого закона: внѣшній опытъ даетъ намъ только результаты, а не абсолютныя начала, не даетъ такихъ фактовъ, которыми бы самопроизвольно начинался новый самостоятельный рядъ явленій. Весь вопросъ о свободѣ воли сводится къ тому, не представляетъ ли нашъ внутренній опытъ, въ противуположность внѣшнему, чего нибудь другаго, не свидѣтельствуетъ ли нашъ внутренній опытъ, что акты воли, наши желанія представляютъ въ себѣ абсолютныя начала, которыя являются причиной послѣдующихъ явленій, т.-е., нашихъ дѣйствій и ихъ послѣдствій, не являясь въ тоже время результатомъ предыдущихъ явленій? Если акты воли не имѣютъ причины, а сами являются абсолютными началами, съ которыхъ начинается самостоятельный рядъ явленій, то тогда можно было бы сказать, что наша воля не подчинена закону причинности, что, являясь причиной другихъ явленій, она сама не имѣетъ причины, т.-е., что она свободна; если же, напротивъ, акты нашей воли являются результатами предыдущихъ впечатлѣній, желаній, побужденій, характера, то тогда воля не свободна, а подчинена общему закону причинности. Слѣдовательно, весь вопросъ о свободѣ воли сводится къ тому, подчинены ли наши акты воли закону причинности, или нѣтъ, т.-е., вопросъ здѣсь состоитъ не въ томъ, служитъ ли воля причиною явленій или нѣтъ, а въ томъ, имѣетъ ли она сама причину? Къ сожалѣнію большинство изслѣдователей смѣшиваетъ эти два вопроса: служитъ ли воля причиною явленій, и имѣетъ ли она сама причину, между тѣмъ какъ вопросы эти не имѣютъ ничего общаго между собой. Никто, даже самый рьяный защитникъ свободы воли, не признаетъ свободной воли у сумасшедшаго, между тѣмъ несомнѣнно, что и воля сумасшедшаго можетъ быть причиной явленій. Съ помощью такой ясной и опредѣленной постановки вопроса мы можемъ избѣжать двухъ наиболѣе обиходныхъ заблужденій, а именно: 1) того, будто бы фатализмъ тождественъ съ отрицаніемъ свободы воли, и 2) того, будто можно подыскать такую формулу, которая явилась бы примиреніемъ свободы съ причинностью.

Фатализмъ имѣетъ въ виду лишь вопросъ о томъ, есть ли воля причина явленій и отвѣчаетъ на него отрицательно, вовсе не затрогивая вопроса о томъ, имѣетъ ли она сама причину. Фатализмъ признаетъ, что всякое явленіе предопредѣлено свыше, такъ что въ силу фатума, тяготѣющаго надъ людьми, всякое событіе совершается съ роковой необходимостью, нисколько не зависимо отъ воли людей и ихъ дѣйствій. Какъ бы человѣкъ ни

старался избѣгнуть извѣстнаго событія, оно все таки наступаетъ съ роковой необходимостью, если относительно этого было предопредѣленіе. Старается ли человѣкъ избѣгнуть смерти или нѣтъ, она всетаки наступаетъ, будучи предопредѣлена и не наступаетъ, если не предопредѣлена, какъ бы человѣкъ ни искалъ смерти. Слѣдовательно, ученіе фаталистовъ сводится къ тому, что внѣшнія событія не зависятъ отъ воли и дѣйствій людей и что вообще явленія вызываются не другъ другомъ, а какою то силой, извнѣ ими управляющей. Человѣкъ не властенъ располагать внѣшними событіями, не можетъ измѣнять ихъ, какъ бы онъ этого ни желалъ и что бы онъ для этого ни дѣлалъ. Это воззрѣніе покоится на признаніи какой то силы, стоящей внѣ цѣпи явленій, оно отрицаетъ причинную связь между явленіями и привноситъ понятіе о чудѣ.

Этотъ фаталистическій взглядъ, являющійся, повторяю, отрицаніемъ не свободы воли, а самаго закона причиной связи явленій, не рѣдко, какъ это ни странно, раздѣляется тѣми изъ поборниковъ всеобщей силы закона причинности, которые въ своихъ аргументахъ опираются на данныя статистики.

Статистика указываетъ намъ, что извѣстныя произвольныя дѣянія людей, при данныхъ общественныхъ условіяхъ, повторяются ежегодно съ неизмѣннымъ однообразіемъ. Число убійствъ, самоубійствъ, браковъ и т. п., повторяется ежегодно съ столь-незначительнымъ колебаніемъ, что это колебаніе меньше, чѣмъ колебаніе въ числѣ случаевъ смерти и рожденія. Это доказываетъ намъ, говорятъ фаталисты, что произвольныя дѣйствія людей подчиняются въ такой же степени однообразію, какъ и случаи непроизвольные (смерть, рожденіе и т. п.). При ложномъ воззрѣніи на законъ и при непониманіи, въ чемъ состоитъ вопросъ о свободѣ воли, дѣло обыкновенно представляется такимъ образомъ, будто статистика даетъ намъ выводы, доказывающіе существованіе закона, требующаго, чтобы извѣстное число преступленій, самоубійствъ и т. д., непремѣнно было совершено просто потому, что существуетъ такой законъ. Однако въ дѣйствительности статистика не оправдываетъ такихъ выводовъ. Если законъ есть подмѣченное однообразіе явленій, то онъ не есть причина этихъ явленій. Поэтому нельзя сказать, что ежегодно повторяется приблизительно одинаковое количество самоубійствъ потому, что существуетъ такой статистическій законъ. Напротивъ, однообразіе здѣсь замѣчается потому, что условія, побуждающія къ самоубійству, остаются одинаковыми; при измѣненіи же этихъ условій измѣняется и число самоубійствъ. Слѣдовательно, статистика не

доказываетъ, что законъ является причиною самоубійствъ, она только указываетъ на то, что ежегодно повторяющееся опредѣленное число самоубійствъ опредѣляется извѣстными постоянными причинами. Если бы самоубійство опредѣлялось абсолютною свободою воли, то такого однообразія нельзя было бы получить. Но при этомъ всегда должно помнить, что однообразіе есть продуктъ цѣлаго ряда силъ, производящихъ общественныя явленія. Дѣйствительно, нельзя себѣ представить, чтобы статистическіе законы выражали собою извѣстнаго рода велѣнія, независимыя отъ людей и принуждающія ихъ совершать убійства, самоубійства, вступать въ бракъ и т. п., что уклоненія отъ этого велѣнія нужно приписать индивидуальной волѣ, противящейся данному статистическому закону. Нельзя олицетворять статистическіе законы. Они не суть сила, которую можно олицетворять и представлять себѣ какъ бы въ борьбѣ съ индивидуальной волею.

Выясненіе существеннаго различія между фатализмомъ и признаніемъ воли, подчиненной общему закону причинности, значительно облегчаетъ рѣшеніе интересующаго насъ вопроса. Разъ отрицаніе свободы воли не ведетъ необходимымъ образомъ къ принятію фаталистическаго ученія, исчезаетъ главный, основный мотивъ, склоняющій къ признанію воли свободной. Признаніе воли несвободной не ведетъ въ такомъ случаѣ ни къ какимъ страшнымъ выводамъ и вопросъ можетъ быть сведенъ на почву объективной, научной аргументаціи. Другое весьма распространенное заблужденіе, коренящееся подобно только что разсмотрѣнному въ логической ошибкѣ, есть убѣжденіе, будто можно найти среднее рѣшеніе вопроса, будто можно и должно признать волю какъ-то полу-свободной. Стремленіе найти такое среднее рѣшеніе стоитъ въ ближайшей связи съ смѣшеніемъ фатализма и отрицанія свободы воли. Примирительныхъ теорій держатся обыкновенно тѣ, кто сознаетъ невозможность отстаивать свободу воли, но боясь прійти къ фатализму, не рѣшается прямо и безусловно ее отвергнуть.

Несостоятельность средняго рѣшенія вопроса, если оно будетъ выражено въ простой и не осложненной формѣ, очевидна сама собой. Невозможно, чтобы воля была вмѣстѣ и свободна, и не свободна. Но сторонники примирительныхъ теорій не ставятъ вопроса въ такой ясной формѣ. Ихъ разсужденія представляютъ дѣло въ значительно осложненномъ видѣ, а потому и требуютъ болѣе внимательнаго анализа. Я остановлюсь здѣсь на трехъ наиболѣе остроумныхъ попыткахъ построить такого рода примирительныя теоріи.

Первая изъ нихъ принадлежитъ Фулье. Фулье старается показать, что даже исходя изъ предположенія, что воля несвободна, рядомъ послѣдовательныхъ разсужденій неизбѣжно приходимъ къ допущенію нѣкоторой доли свободы. Положимъ говоритъ онъ, что воля не свободна, что все ея движенія необходимымъ образомъ опредѣляются присущими намъ чувствами и идеями. Если такъ, то мы должны допустить, что и идея свободы воли, будучи усвоена нами, дѣлается также опредѣляющимъ стимуломъ нашей воли. И дѣйствительно мы можемъ наблюдать, что люди, убѣжденные въ свободѣ воли, руководясь этой идеей, поступаютъ приблизительно такъ, какъ будто они и въ самомъ дѣлѣ были свободны. Чѣмъ сильнѣе въ человѣкѣ это убѣжденіе, чѣмъ болѣе онъ пріучается руководиться имъ и только имъ въ своихъ поступкахъ, тѣмъ поведеніе его все болѣе и болѣе приближается къ такому, образу дѣйствій, какой долженъ бы быть у человѣка и дѣйствительно, реально свободнаго. Поэтому, если человѣкъ и не свободенъ, то все-таки онъ, руководясь въ своихъ дѣйствіяхъ идеей свободы, можетъ поступать какъ свободный, приближаясь все болѣе и болѣе къ идеалу свободы. Этотъ идеалъ неосуществимъ для человѣка вполнѣ, но приближаться къ нему онъ можетъ безпредѣльно.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что человѣкъ, руководясь ложнымъ представленіемъ о свободѣ воли, можетъ во многихъ случаяхъ поступать такъ, какъ будто онъ и въ самомъ дѣлѣ былъ свободенъ. Идея свободы можетъ при благопріятныхъ къ тому условіяхъ сдѣлаться господствующимъ мотивомъ всей его дѣятельности. Изъ желанія себѣ и другимъ доказать свободу своей воли, онъ можетъ подавлять самыя сильныя, самыя естественныя побужденія своей природы. Но какъ бы ни насиловалъ человѣкъ свою природу, увлекаясь идеей свободы, онъ не станетъ оттого ни на грошъ свободнѣе. Онъ станетъ только рабомъ, слѣпымъ и жалкимъ, одной идеи, одного влеченія. Такой человѣкъ все равно, что маніакъ, воображающій себя испанскимъ королемъ. Утверждать, подобно Фулье, что увѣренность въ свободѣ уже дѣлаетъ человѣка свободнымъ, это все равно, какъ если сказать, что такой маніакъ можетъ стать немножко испанскимъ королемъ.

Большую глубину представляетъ аргументація Рида. Причинной связью, по его мнѣнію, невозможно объяснить всѣхъ явленій воли. Если бы воля не имѣла ни доли свободы, то, въ тѣхъ случаяхъ, когда на нее дѣйствуетъ два совершенно равносильныхъ, но противоположныхъ другъ другу мотива, мы бы не могли прійдти ни къ какому рѣшенію. Если бы, напримѣръ, испытывая

жажду, мы находились передъ двумя совершенно одинаковыми стаканами воды, мы должны бы были испытывать совершенно одинаковое влеченіе къ каждому изъ нихъ и послѣдовали бы примѣру буриданова осла, умершаго съ голоду межъ двухъ равныхъ стоговъ сѣна. Въ дѣйствительности однако мы не испытываемъ такой печальной судьбы и дѣлаемъ выборъ даже между абсолютно тождественными предметами. Въ этой то способности выбора при совершенномъ равенствѣ противоположныхъ мотивовъ и заключается наша свобода. Когда одинъ изъ мотивовъ сильнѣе, мы не властны ему противиться, не властны подчиниться слабѣйшему. Но при равенствѣ мотивовъ мы свободны выбрать тотъ или другой.

Какъ видите, Ридъ весьма съуживаетъ рамки нашей свободы. Случаи полной равносильности противоположныхъ влеченій довольно рѣдки и потому допущеніе такой ограниченной свободы не имѣло бы большаго практическаго значенія. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ человѣкъ оказался бы дѣйствующимъ несвободно. Тѣмъ не менѣе и ученіе Рида не можетъ быть принято. Во-первыхъ, нельзя сказать, что при равенствѣ мотивовъ человѣкъ все-таки всегда способенъ былъ сдѣлать опредѣленный выборъ. Случаи колебанія, нерѣшительности нерѣдки. Нерѣдко человѣкъ, какъ невѣста въ гоголевской «Женитьбѣ», рѣшительно не можетъ сдѣлать выбора. Очень часто мы страдаемъ отъ своей собственной нерѣшительности. Во-вторыхъ, и тѣ случаи, когда человѣкъ при полномъ равенствѣ мотивовъ все-таки дѣлаетъ выборъ, могутъ быть легко объяснены и безъ помощи предположенія о существованіи свободы воли. Дѣло объясняется очень просто закономъ ассоціаціи идей. Если человѣкъ разъ уже испыталъ вредныя послѣдствія нерѣшительности, то всякій разъ, пока онъ вновь испытываетъ состояніе нерѣшительности, у него неуклоннымъ образомъ возникаетъ представленіе о могущемъ произойти вредѣ, и онъ рѣшается на первое, что попадется подъ руку.

Въ послѣднее время сдѣлалось весьма популярнымъ, между прочимъ и въ нашей литературѣ, такое воззрѣніе, что человѣкъ подчиняется въ своихъ дѣйствіяхъ закону причинности, но не такъ, какъ явленія внѣшней природы. Особенность человѣческихъ дѣйствій видятъ въ томъ, что онѣ опредѣляются не одними внѣшними предъидущими, но и внутренними. Поведеніе человѣка опредѣляется не одними извнѣ имъ испытываемыми впечатлѣніями, но и его душевнымъ состояніемъ, и его характеромъ. Это, конечно, такъ. Но тоже самое можно сказать и относительно,

напр., паденія камня, которое точно также опредѣляется не однимъ только движеніемъ бросающей руки, но и свойствами камня: если бы бросили не камень, а пухъ, онъ не упалъ бы, а разлетѣлся. И тутъ, слѣдовательно, явленіе опредѣляется и внѣшними и внутренними, по отношенію къ камню, предъидущими. Конечно, свойства человѣка сложнѣе, но это уже вопросъ лишь степени. Кромѣ того въ этомъ воззрѣніи очевидно смѣшиваются два существенно различныхъ вопроса. Подъ свободой воли нельзя разумѣть только независимость отъ внѣшнихъ воздѣйствій. Спиноза, напр., слѣдуя Декарту, утверждалъ, что матерія абсолютно не можетъ воздѣйствовать на духъ, и тѣмъ не менѣе отрицалъ свободу воли. Поэтому, если бы даже дѣйствія наши опредѣлялись исключительно внутренними предъидущими, отсюда еще нельзя бы было заключить, что воля наша свободна. Если внутреннія предъидущія ее опредѣляютъ съ необходимостью, она все-таки несвободна.

Итакъ, всѣ попытки дать примирительное рѣшеніе вопроса оказываются несостоятельными. Приходится ставить вопросъ категорически: воля или свободна, или нѣтъ; нельзя считать ее какъ то полусвободной.

При такой постановкѣ вопросъ чрезвычайно упрощается и рѣшеніе его не допускаетъ никакихъ сомнѣній. Признаніе полной, абсолютной свободы воли такъ рѣзко противорѣчитъ самымъ общеизвѣстнымъ фактамъ, что она вовсе не находитъ себѣ теперь сколько нибудь выдающихся защитниковъ. Сгруппируемъ въ кратцѣ тѣ основанія, которыя говорятъ противъ возможности допустить существованіе свободы воли.

Прежде всего законъ причинной связи есть совершенно общій, не знающій никакихъ исключеній, распространяющій свою силу на всѣ явленія міра. Поэтому, только положительныя и серьезныя основы могутъ насъ побудить къ предположенію, что именно воля, и она лишь одна, не подчиняется этому закону. Мы увидимъ ниже, что такихъ основаній не существуетъ. Затѣмъ извѣстно, что общая экономія міровыхъ явленій основывается на законѣ сохраненія силы. Свобода воли несовмѣстима съ этимъ закономъ. Свободное движеніе воли есть движеніе, не опредѣляющееся своими предъидущими, а слѣдовательно и независящее отъ потраченной на нее энергіи. Къ этому нельзя не присоединить еще и то соображеніе, что свободная воля есть логическая несообразность. Каждая вещь для того, чтобы существовать, должна существовать какимъ либо опредѣленнымъ образомъ: это необходимое условіе ея тождества съ самой собой. Но свободная воля есть нѣчто несуществующее никакимъ опре-

дѣленнымъ образомъ, т. е. очевидный non sens. Обращаясь къ условіямъ человѣческой жизни, мы видимъ, что зависимость духовной жизни отъ организма, фактъ теперь уже безспорный и признаваемый всѣми, даже и метафизиками, напр. Гартманномъ. Но если психическія явленія зависятъ отъ совершающихся въ организмѣ процессовъ, подчиненныхъ закону причинной связи, то какъ могутъ сами они не подчиняться закону причинности? Мало того, мы уже знаемъ, что ученіе о свободѣ воли мыслимо только при предположеніи существованія въ нашемъ духѣ нѣсколькихъ самостоятельныхъ силъ, что представляется совершенно устарѣлой психологической теоріей.

Обращаясь отъ этихъ общихъ соображеній къ даннымъ наблюденія, находимъ, что онѣ точно также говорятъ противъ допустимости существованія свободы воли. Намъ заурядъ приходится сознавать себя не властными надъ собою. Человѣкъ, привыкшій анализировать свои поступки, можетъ во многихъ случаяхъ напередъ сказать, что можетъ и чего не можетъ онъ сдѣлать при данныхъ условіяхъ. Когда мы недовольны собой, когда мы хотимъ въ чемъ либо измѣниться, исправиться, мы дѣйствуемъ всегда такъ, что въ основу своего поведенія кладемъ предположеніе о несвободѣ нашей воли. Мы удаляемся отъ тѣхъ, кто имѣетъ на насъ дурное вліяніе, ищемъ дѣла, которое бы отвлекло насъ отъ старыхъ привычекъ и вкусовъ, мѣняемъ свою обстановку, удаляемся въ новую мѣстность, чтеніемъ книгъ, бесѣдами съ людьми стараемся настроить себя на новый ладъ, и т. п. Все это совершенно несовмѣстимо съ предположеніемъ свободы воли. Если воля свободна, то съ какими бы людьми мы ни сходились, какія бы книги ни читали, на какой бы ладъ ни настраивали своихъ мыслей, въ какой бы обстановкѣ ни находились, все это не можетъ ни къ чему повести, такъ какъ свободная воля ничѣмъ не опредѣляется. Такимъ образомъ, уже самонаблюденіе заставляетъ признать волю не свободной.

То же самое, но еще съ большей силой, доказываетъ наблюденіе поведенія другихъ. Всѣ отношенія наши къ другимъ людямъ основаны на томъ предположеніи, что ихъ воля несвободна. Мы подмѣчаемъ ихъ характеръ, изучаемъ, какъ дѣйствуютъ на нихъ тѣ или другіе мотивы, и, руководясь полученными этимъ путемъ данными, устроиваемъ свои къ нимъ отношенія. Будь воля свободна и никакія прочныя отношенія между людьми не были бы возможны. Мы бы не знали тогда, чего ждать отъ людей и не могли бы никакъ на нихъ воздѣйствовать. На томъ же предположеніи несвободы воли основано все

искусство воспитанія. Если бы воля ребенка ничѣмъ не опредѣлялась, его бы нельзя было воспитывать.

Однако, и самонаблюденіе, и наблюденіе другихъ отдѣльныхъ лицъ не представляется строго объективнымъ наблюденіемъ. Во всемъ этомъ слишкомъ много простора субъективному отношенію. Потому бо́льшую цѣну имѣютъ въ данномъ вопросѣ статистическія данныя, показывающія, что самыя, казалось бы, произвольныя дѣйствія людей совершаются изъ году въ годъ съ замѣчательнымъ постоянствомъ въ числѣ, и слѣдовательно доказывающія, что и эти, яко бы, произвольныя дѣйствія также закономѣрны, какъ и все въ мірѣ. Убѣдительность этого статистическаго аргумента нерѣдко стараются поколебать тѣмъ соображеніемъ, что постоянство статистическихъ цифръ, относящихся къ большему числу случаевъ, объясняется просто закономъ среднихъ чиселъ и потому не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія вопроса о свободѣ воли. Но такому возраженію едва ли можно придавать серьезное значеніе. Нѣтъ сомнѣнія, что постоянство статистическихъ цифръ объясняется закономъ среднихъ чиселъ. Но самая примѣнимость къ дѣйствіямъ человѣка этого закона уже доказываетъ ихъ закономѣрность. Дѣло въ томъ, что законъ среднихъ чиселъ самъ уже предполагаетъ общую закономѣрность явленій. Если естествоиспытатель, по возможности, увеличиваетъ число опытовъ для того, чтобы устранить вліяніе индивидуальныхъ особенностей подвергаемыхъ опыту животныхъ на получаемыя имъ цифры, то такой пріемъ необходимымъ образомъ предполагаетъ, что и эти индивидуальныя особенности закономѣрны, что и онѣ обусловливаются постоянно дѣйствующимъ закономъ. Тамъ, гдѣ вмѣшался бы какой нибудь не закономѣрный дѣятель, гдѣ замѣшалось бы, напр., чудо, тамъ законъ среднихъ чиселъ былъ бы неприложимъ. Вліяніе сверхъестественной силы нельзя устранить увеличеніемъ числа наблюденій именно потому, что сверхъестественныя силы не предполагаются дѣйствующими по какому либо неизмѣнному закону. Но то же самое должно сказать и относительно воли, если она свободна. Свобода воли неизбѣжно должна бы была сдѣлать законъ среднихъ чиселъ неприложимымъ къ человѣческимъ дѣйствіямъ.

Противъ всѣхъ перечисленныхъ аргументовъ защитники свободы имѣютъ въ запасѣ лишь одинъ серьезный доводъ. Они ссылаются на то, что мы нерѣдко сознаемъ себя свободными. Самый фактъ безспоренъ. Дѣйствительно, сознавая себя въ однихъ случаяхъ несвободными, въ другихъ мы сознаемъ себя

свободными. Нерѣдко при колебаніи различными влеченіями мы дѣлаемъ выборъ безъ всякаго сознательнаго къ тому мотива и отсюда заключаемъ, что мы дѣйствовали въ данномъ случаѣ ничѣмъ неопредѣляясь, свободно. Весь вопросъ въ томъ, можно ли объяснить такіе случаи какъ либо иначе, не прибѣгая къ ученію о свободѣ воли. Если искать, какъ обыкновенно дѣлаютъ, объясненія нашихъ поступковъ исключительно въ сознаваемыхъ нами мотивахъ, то другое объясненіе невозможно. Но внимательное изученіе явленій психической жизни показало, что въ нихъ вообще играютъ весьма важную роль на ряду съ сознательными и безсознательные элементы, то объясненіе подобныхъ показаній дается само собой. Если мы не сознаемъ никакого мотива, побуждающаго насъ къ совершаемому дѣйствію, это не значитъ, чтобы воля въ данномъ случаѣ ничѣмъ не мотивировалась. Это значитъ только, что опредѣлившій ее мотивъ есть мотивъ несознательный.

Такимъ образомъ, эта единственная опора ученія о свободѣ воли отнюдь не можетъ быть признана неотразимымъ аргументомъ, который одинъ могъ бы перетянуть всѣ вышеизложенныя доказательства несостоятельности этого ученія.

§ 34. *Нравственное развитіе* [1]).

Мы должны теперь перейти къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, возможно ли, съ точки зрѣнія принятаго нами взгляда на волю, объясненіе нравственности? Существованіе тѣхъ или другихъ нравственныхъ правилъ фактъ несомнѣнный и чрезвычайно общій. Поэтому, если бы объясненіе этого факта представлялось невозможнымъ при отрицаніи свободы воли, это обстоятельство не могло бы не поколебать тѣхъ выводовъ, къ которымъ мы пришли въ объясненіи явленій воли. Къ тому же, право стоитъ въ самой близкой связи съ нравственностью и для пониманія при объясненіи процесса образованія нельзя обойти и происхожденія нравственности.

Мы видѣли, что воля образуется въ силу ассоціаціи представленія о данномъ дѣйствіи съ представленіемъ о тѣхъ послѣдствіяхъ, какія влекло за собой это дѣйствіе. Если послѣдствія эти пріятны, дѣйствіе представляется желательнымъ для насъ,

---

[1]) *Baumann*, Handbuch der Moral nebst Abriss der Rechtsphilosophie 1879. *Hartmann*, Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins. Prolegomena zu jeder künftigen Ethik. 1879. *Спенсеръ*. Основанія науки о нравственности. Спб. 1880.

если непріятны—нежелательнымъ. Но, по мѣрѣ того, какъ прогрессируетъ умственное развитіе человѣка, ассоціаціи идей пріобрѣтаютъ въ его умѣ все болѣе и болѣе широкій характеръ. Представленіе о данномъ дѣйствіи ассоціируется въ сколько нибудь развитомъ умѣ уже не съ однимъ представленіемъ о ближайшемъ, непосредственно обусловливаемымъ этимъ дѣйствіемъ ощущеніемъ, но и съ представленіемъ о цѣломъ рядѣ болѣе или менѣе отдаленныхъ послѣдствій дѣйствія. Весьма немногія побужденія взрослаго представляются столь же простыми, какъ побужденіе младенца ловить грудь матери, обусловливающееся непосредственными слѣдствіями даннаго движенія въ видѣ извѣстныхъ осязательныхъ и вкусовыхъ ощущеній. Побужденіе, влекущее дикаря на охоту, уже несравненно сложнѣе.

Ему приходится при этомъ затрачивать такое количество мускульной работы, какое значительно превышаетъ количество работы, само по себѣ доставляющее удовольствіе. Если онъ рѣшается переносить утомленіе, то только ради того, сравнительно отдаленнаго, наслажденія, какое сулитъ ему, въ случаѣ удачи, утоленіе чувства голода. Къ тому присоединяются еще опасенія возможной неудачи, возможныхъ бѣдствій отъ дикихъ зрѣрей и т. п. Такимъ образомъ, ассоціація идей, лежащая въ основѣ такого желанія, является весьма сложной. Но понятно, что съ развитіемъ общественной жизни, съ усложненіемъ той среды, въ какой приходится дѣйствовать человѣку, съ усложненіемъ обстоятельствъ, съ какими ему приходится считаться при своихъ разсчетахъ на будущее, ассоціація идей, обосновывающая рѣшимость человѣка на тотъ или другой поступокъ, все болѣе и болѣе усложняется. Мѣняется и самъ человѣкъ. Онъ дѣлается менѣе экспансивнымъ, менѣе поддается аффектамъ, пріучается принимать въ соображеніе не одно настоящее, но и будущее, и при томъ все болѣе и болѣе отдаленное будущее. Все это ведетъ къ возрастанію сложности образующихся въ его умѣ ассоціацій.

Но съ усложненіемъ ассоціацій они естественно теряютъ опредѣленность, устойчивость. Чѣмъ болѣе человѣкъ размышляетъ, тѣмъ менѣе онъ рѣшителенъ. Чѣмъ отдаленнѣе тѣ предполагаемыя послѣдствія, которыя онъ принимаетъ въ соображеніе при выборѣ того или другаго образа дѣйствій, тѣмъ больше мѣста сомнѣніямъ и колебаніямъ. Неопредѣленность послѣдствій предпринимаемыхъ дѣйствій вселяетъ уже въ дикаря смутное сознаніе, что результатъ его предпріятій обусловленъ не одними лишь тѣми условіями, какія онъ можетъ предвидѣть, но и еще чѣмъ-то, ему невѣдомымъ. У него является смутное

сознаніе связи зависимости между отдѣльными его поступками, зависимости, естественныя условія которой онъ не можетъ прослѣдить.

Отсюда естественный выводъ, что въ каждомъ данномъ рѣшеніи нельзя руководствоваться лишь только соображеніями, непосредственно относящимися къ вѣроятному результату даннаго поступка. Результатъ этотъ во многихъ случаяхъ слишкомъ гадателенъ и потому только склоняетъ къ нерѣшительности. А между тѣмъ рѣшиться такъ или иначе нужно. И вотъ человѣкъ ищетъ какую нибудь дополнительную основу для рѣшенія, болѣе постоянную, а главное болѣе опредѣленную, не оставляющую мѣста сомнѣніямъ. Въ этомъ исканіи опредѣленной, недопускающей сомнѣній, основы для рѣшенія всѣхъ частныхъ вопросовъ человѣческаго поведенія и заключается начало всей нравственности. Неразвитой дикарь неспособенъ, конечно, возвыситься до такого широкаго обобщенія, чтобы представить себѣ все свое поведеніе прошлое, настоящее и будущее, какъ одно связное цѣлое. Еще менѣе способенъ онъ рѣшать каждый частный вопросъ по соображенію съ этимъ цѣлымъ, основываясь на своего рода теоріи вѣроятности. Къ тому же свидѣтельства опыта, проанализировать которыя надлежащимъ образомъ онъ не въ состояніи, какъ бы указываютъ ему исходъ въ совершенно другомъ направленіи. Онъ замѣчаетъ, что обстоятельства, повидимому не имѣющія никакого отношенія къ предпринимаемому имъ дѣйствію, какъ бы вліяютъ на его результаты. Онъ замѣчаетъ, напр., что ясное или сѣрое облачное небо, страшный или веселый сонъ, пріятная или непріятная случайныя встрѣчи и т. п. обстоятельства обыкновенно совпадаютъ съ благопріятнымъ или неблагопріятнымъ исходомъ предпріятія. Мы объяснимъ такіе факты весьма просто психологическими условіями. То или другое состояніе атмосферы не можетъ, вліяя на нашъ организмъ, не вліять вмѣстѣ съ тѣмъ и на наше душевное состояніе, возбуждая или угнетая нашу нервную систему, точно также дѣйствуютъ и всѣ случайныя впечатлѣнія. Но разъ наши силы возбуждены, конечно, возростаютъ и наши успѣхи во всякомъ совершаемомъ нами дѣлѣ, если хоть сколько нибудь оно зависитъ отъ нашей энергіи, находчивости, выдержки, умѣнья. При угнетенномъ состояніи нервной системы мы не такъ внимательны, не такъ скоро соображаемъ, всякое препятствіе еще болѣе угнетаетъ насъ и въ результатѣ полный неуспѣхъ дѣла. Первобытный человѣкъ, конечно, не могъ объяснить дѣло такимъ образомъ, Онъ видѣлъ во всемъ этомъ чудодѣйственное

сверхъестественной силы, онъ видѣлъ въ томъ таинственное предзнаменованіе его судьбы. Разъ напавъ на эту мысль, онъ все болѣе и болѣе развиваетъ ее. Онъ уже не ограничивается тѣмъ, чтобы руководствоваться такими случайно представляющимися ему предзнаменованіями, но самъ ищетъ ихъ, не только внимаетъ таинственному голосу судьбы, но и самъ ее вопрошаетъ, поступая совершенно такъ же, какъ и современный изслѣдователь, недовольствующійся наблюденіемъ, и восполняющій его опытомъ. Словомъ, этимъ путемъ развивается рядъ разнообразнѣйшихъ суевѣрій, но и возникаютъ гаданія. Суевѣріе есть первичная форма нравственности.

Суевѣрія весьма долго играли первенствующую роль въ жизни человѣчества. И до сихъ поръ они не утратили значенія и многіе представители цивилизованной части человѣчества не эманципировались еще отъ вѣры въ «чохъ и сонъ». Но въ сколько нибудь развитомъ обществѣ, съ суевѣріями всегда конкурируетъ и другая, болѣе новая форма нравственности, которую можно назвать пошлой моралью.

По мѣрѣ того, какъ развивается людское общеніе, по мѣрѣ того, какъ крѣпнутъ общественныя связи, зависимость человѣка отъ общества, естественно, получаетъ перевѣсъ надъ его зависимостью отъ внѣшней природы. Чувствуя себя все болѣе и болѣе зависимымъ отъ общества, человѣкъ, естественно, начинаетъ соображать свое поведеніе съ мнѣніемъ своихъ сородичей или соплеменниковъ. Это подчиненіе совершается незамѣтно, безсознательно, въ силу воспитанія, въ силу инстинктовъ подражанія и симпатіи, и находитъ себѣ сильную поддержку въ интересахъ самаго общества. И вотъ, въ цѣломъ рядѣ вопросовъ человѣкъ начинаетъ руководствоваться уже не суевѣрнымъ толкованіемъ явленій природы или гаданіями, а тѣмъ, «какъ пошло» въ его родѣ, въ его племени или общинѣ. Но суевѣріе вытѣсняется этой моралью, какъ пошло, не вполнѣ. Установившіеся обычаи не разрѣшаютъ всѣхъ представляющихся въ жизни вопросовъ. Многое, что имѣетъ большое значеніе для личности, совершенно безразлично для общины. По такимъ вопросамъ сохраняютъ всю свою силу суевѣрія и гаданія.

Конечно, и пошлая мораль не обходится безъ сверхъестественной санкціи. И она ищетъ свой источникъ въ чемъ нибудь чудесномъ, обыкновенно въ непосредственномъ откровеніи божествъ. Пріобрѣтаемый такимъ образомъ сакральный характеръ, а также условія самаго образованія этой морали, придаютъ ей строго консервативный и формальный характеръ. Всякій обычай,

чѣмъ болѣе старѣетъ, тѣмъ болѣе крѣпнетъ, тѣмъ болѣе представляется неприкосновеннымъ, а имѣющій за собою, кромѣ стародавняго существованія, еще и сверхъестественную санкцію и тѣмъ болѣе. Вмѣстѣ съ тѣмъ правила, слагающіяся путемъ обычая, имѣютъ всегда частный, казуистическій характеръ. Имѣя своимъ созерцаніемъ не общія начала, а ихъ частное, конкретное выраженіе, онѣ неизбѣжнымъ образомъ ведутъ къ преобладанію формы надъ содержаніемъ.

Все дѣлаетъ эту традиціонную мораль несовмѣстимой съ общественнымъ прогрессомъ. Ко всякому новшеству она по самому существу своему враждебна. Жить такъ, «какъ пошло» — вотъ ея альфа и омега. Всякое свѣжее вѣяніе, всякое стороннее вліяніе подкапываютъ силу этой морали.

Между тѣмъ, условія исторической жизни народовъ нудятъ ихъ выйти изъ замкнутости, обособленности. Завязываются между ними сношенія. Человѣкъ узнаетъ, какъ живутъ другіе народы и у него уже не можетъ сохраниться наивное убѣжденіе, будто жить такъ только и возможно, какъ живутъ его соплеменники. Онъ видитъ предъ собою совершенно иной складъ жизни, манящій его къ себѣ всею прелестью новизны. Во всякомъ случаѣ онъ не можетъ удержаться отъ сопоставленія и сравненій, у него не можетъ не явиться относительно обычаевъ и нравовъ общества неустранимый вопросъ: почему такъ, а не иначе, почему онъ долженъ подчиняться этимъ стародавнимъ обычаямъ? Словомъ, является неизбѣжно критическое отношеніе ко всему тому, что прежде казалось ему чѣмъ-то святымъ, неприкосновеннымъ, очевиднымъ само собой.

Разъ явилось критическое отношеніе къ установившейся пошлой морали, оно порождаетъ въ личности потребность раціональнаго обоснованія руководящихъ принциповъ поведенія. Но понятно, что такое обоснованіе дѣло далеко не легкое. Трудность тутъ главнымъ образомъ обусловливается тѣмъ, что въ теченіи долгихъ вѣковъ господства суевѣрія и пошлой морали, человѣчество самою исторіей воспиталось такъ, что въ немъ развились вкусы, наклонности, стремленія, обусловленныя и соотвѣтствующія этимъ первоначальнымъ формамъ нравственности. А тутъ, съ пробужденіемъ критическаго отношенія къ тому, какъ пошло изстари, человѣкъ задаетъ себѣ неразрѣшимую задачу найти разумное основаніе всему этому пестрому агломерату влеченій, сложившихся въ немъ подъ вліяніемъ того именно, что онъ теперь силится отвергнуть. Освобождаясь отъ слѣпаго подчиненія суевѣрію и пошлой морали, человѣкъ не хочетъ

признать въ этихъ низвергнутыхъ кумирахъ причину и основаніе того, что теперь составляетъ его характеръ, его духовную физіономію. При такомъ положеніи дѣла понятно, что эманципирующаяся отъ суевѣрія и пошлой морали нравственность теряетъ всякую опредѣленную основу. Самыя противоположныя теоріи оспариваютъ другъ у друга господство и всѣ одинаково не удовлетворяютъ нравственнаго чувства человѣка.

Дѣйствительно, едва ли что можетъ сравниться съ многочисленностью нравственныхъ системъ. Каждый сколько-нибудь выдающійся, сколько-нибудь оригинальный мыслитель даетъ свою своеобразную теорію нравственности. А сколько еще различныхъ оттѣнковъ принимаетъ она у отдѣльныхъ его послѣдователей! Но все это разнообразіе теорій можно свести къ нѣсколькимъ главнымъ направленіямъ. Не вдаваясь въ изложеніе даже главнѣйшихъ теорій, я ограничусь лишь указаніемъ этихъ главныхъ направленій и ихъ взаимнаго соотношенія, какъ я его понимаю.

Естественные инстинкты человѣческой природы склоняютъ человѣка искать руководящаго начала поведенія въ присущемъ каждому стремленіи къ счастью. Но критическій анализъ моралиста становится, смотря по направленію, въ различное отношеніе къ этому принципу счастья: или въ отрицательное, или въ положительное. Видя крайнюю сложность и взаимную противорѣчивость условій счастья, чрезвычайную трудность ихъ осуществленія и совершенную безпримѣрность полнаго счастья, какъ нельзя болѣе естественно начать съ вопроса о томъ, стоитъ ли въ самомъ дѣлѣ игра свѣчъ, стоитъ ли гнаться за этимъ призрачнымъ идеаломъ счастья, которое, какъ блуждающій огонекъ, только манитъ издали, но никому не дается въ руки? Отвѣтить на это отрицательно, значитъ встать на ту почву, на какой стоятъ циники и стоики, полагающіе нравственный идеалъ въ полномъ освобожденіи отъ желаній и влеченій. Но такая точка зрѣнія есть какъ бы остановка на полъ-дорогѣ. Если счастье не можетъ служить намъ цѣлью, то не должны ли мы стремиться къ прямо противоположному—къ страданію. Сдѣлать этотъ шагъ, значитъ перейти уже къ прямому аскетизму.

Конечно, и стоицизмъ и аскетизмъ имѣютъ высокое воспитательное значеніе. Но, какъ общій принципъ поведенія, и тотъ и другой совершенно несостоятельны. Я уже не говорю о томъ, что такія ученія всегда останутся достояніемъ меньшинства, такъ какъ большинство никогда не откажется отъ стремленія къ счастью. Но, что гораздо важнѣе, такое отрицательное отно-

шеніе къ счастью не можетъ быть принципомъ активнымъ, не можетъ быть принципомъ дѣятельности. При послѣдовательномъ развитіи, и стоицизмъ, и аскетизмъ приводятъ не только къ отрицанію стремленія къ счастью, но и къ отрицанію дѣятельности вообще. Человѣкъ, который бы безусловно ничего не желалъ, представлялъ бы, конечно, картину полной бездѣятельности. А послѣдовательно проведенное умерщвленіе плоти не можетъ не привесть къ самоубійству, и во всякомъ случаѣ аскетъ не можетъ быть дѣятельнымъ. Такимъ образомъ, отрицательное отношеніе къ счастью необходимымъ образомъ переходитъ къ отрицанію дѣятельности вообще и потому, конечно, не можетъ быть руководящимъ началомъ дѣятельности.

Прямою противоположностью этимъ отрицательнымъ принципамъ нравственности представляются нравственныя начала, опирающіяся на положительное отношеніе къ счастью людскому. Они признаютъ счастье цѣлью. Но въ пониманіи счастья, блага, замѣчается существенное различіе. Для однихъ благо есть лишь непосредственное личное наслажденіе; для другихъ основой нравственно добраго служитъ лишь чужое благо. Стоитъ, говорятъ представители перваго изъ этихъ воззрѣній, отказаться отъ ложнаго предразсудка, будто человѣкъ обязанъ заботиться не только о личномъ счастьѣ, но и о благѣ другихъ, и задача установленія строго-опредѣленныхъ правилъ поведенія разрѣшается сама собой. Стоитъ признать все то, что не можетъ быть сведено къ эгоистическимъ побужденіямъ, лишь грубымъ предразсудкомъ, и самая возможность столкновеній эгоистическихъ и общительныхъ стремленій исчезнетъ.

Но такая точка зрѣнія находитъ себѣ противника въ самой душѣ человѣка. Каковы бы ни были причины этого, но несомнѣнный фактъ, что исторія человѣческаго рода сложилась такъ, что въ душѣ нашей выработались не только эгоистическіе, но и общительные инстинкты. Мы не властны уничтожить или заглушить въ себѣ ни тѣ, ни другіе. Потому теорія нравственности, опирающаяся на одностороннее признаніе тѣхъ или другихъ инстинктовъ въ отдѣльности, въ силу этого самаго уже представляется неудовлетворительной. Неудовлетворительна теорія исключительнаго себялюбія; неудовлетворительна и теорія, исключительно опирающаяся на требованіе любви къ ближнему. Но эта послѣдняя теорія страдаетъ и внутреннимъ противорѣчіемъ. Если забота о счастіи, о наслажденіи, есть нѣчто худое, то почему забота о *чужомъ* наслажденіи можетъ быть, напротивъ, содержаніемъ нравственнаго идеала? И, наоборотъ, почему то,

что есть нравственно доброе, на сколько оно относится къ другому, дѣлается злымъ, не добрымъ, будучи отнесено къ собственной личности?

Утилитаріанизмъ думаетъ избѣжать и этого противорѣчія и односторонности исключительныхъ принциповъ себялюбія и человѣколюбія, признавая мѣриломъ нравственно-добраго не свое только и не чужое только счастіе или пользу, но счастье, пользу вообще — пользу всего человѣческаго рода, или, какъ выражается Бентамъ, наибольшую пользу наибольшаго числа людей.

При этомъ подъ пользой разумѣются не одни только матеріальныя блага, но также и умственныя, эстетическія наслажденія. Если такъ понимать пользу, то, конечно, утилитарная доктрина устранитъ и противорѣчія, и односторонность, но только вмѣстѣ съ тѣмъ она и не дастъ никакого разрѣшенія вопроса. Никогда нельзя быть увѣреннымъ, въ чемъ заключается польза всѣхъ или польза, хотя бы, большинства. Вопросъ этотъ даетъ мѣсто безконечнымъ сомнѣніямъ, безконечному разнообразію мыслей и рѣшительно не можетъ получить опредѣленнаго, объективнаго, для всѣхъ очевиднаго разрѣшенія. Потому, если принять утилитарный принципъ, мы не получимъ въ немъ того дополнительнаго основанія для разрѣшенія нашихъ колебаній, которое бы могло сообщить нашему поведенію твердую опредѣленность; а для этого именно человѣкъ и нуждается, какъ мы показали, въ нравственномъ принципѣ.

Итакъ всѣ попытки найти принципъ нравственности въ опредѣленіи того, *что* должно дѣлать, оказываются неудовлетворительными. Остается поискать его въ опредѣленіи того, *какъ* должны мы дѣйствовать. Твердо опредѣленное правило для нашего поведенія мы получили бы тогда, если бы каждый отдѣльный поступокъ могли соображать со всѣмъ нашимъ поведеніемъ въ теченіи всей жизни. Въ представленіи о нашемъ поведеніи, настоящемъ и будущемъ, какъ объ одномъ цѣломъ, мы бы получили общую основу всегда опредѣленную, всегда неизмѣнную для рѣшеній всѣхъ нашихъ вопросовъ поведенія. Всѣ отдѣльные поступки наши оказались бы тогда въ полной гармоніи другъ съ другомъ и мы бы никогда не раскаивались въ прошлыхъ поступкахъ, такъ какъ никакой прежній поступокъ не могъ бы тогда мѣшать намъ въ будущемъ. Но составить себѣ полное представленіе о своемъ поведеніи въ теченій всей жизни крайне трудно. Мы не можемъ представить себѣ самихъ себя

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

такими, какими мы никогда еще не были. Ребенокъ не можетъ себя представить съ душевнымъ настроеніемъ взрослаго, юноша— съ душевнымъ настроеніемъ старика. Однако мы знаемъ, что всѣмъ намъ приходится пройти поочереди всѣ возрасты жизни. А неблагоразумное поведеніе въ молодости можетъ отрѣзать для насъ возможность спокойной и счастливой старости. Точно также легко можетъ въ будущемъ измѣниться и наше общественное положеніе, а человѣку, никогда неиспытавшему нужды, также непонятно чувство бѣдняка, какъ юношѣ чувства старика. Поэтому сообразить каждый отдѣльный поступокъ со всѣми возможными перемѣнами въ нашей будущей судьбѣ возможно только однимъ путемъ: мысленно относя каждый представляющійся намъ о нашемъ поведеніи вопросъ къ другимъ лицамъ. То рѣшеніе, которое окажется пригоднымъ для всѣхъ и должно быть принято нами, какъ самое надежное, какъ такое, въ которомъ мы никогда не раскаемся, ибо, будучи пригодно для всѣхъ, оно, конечно, окажется пригоднымъ и для насъ самихъ во всякомъ положеніи, въ какомъ бы мы не очутились. Другими словами, нравственный принципъ, какъ дополнительная общая основа нашихъ рѣшеній, заключается въ томъ, что мы должны дѣйствовать такъ, чтобы правило нашихъ дѣйствій могло служить правиломъ дѣйствій всѣхъ и каждаго. Но это и есть категорическій императивъ Канта.

Мы можемъ этимъ и кончить. Если намъ удалось объяснить возможность не только аскетизма, но даже кантовскаго нравственнаго принципа, отнюдь не предполагая волю нашу свободной, то мы вполнѣ достигли нашей цѣли: доказать, что объясненіе существованія нравственныхъ доктринъ вовсе не требуетъ признака воли свободной.

§ 35. Происхожденіе права.

Правовое требованіе, какъ психическое воздѣйствіе, обусловленное общимъ правовымъ принципомъ, предполагаетъ, что этотъ принципъ раздѣляется, признается и тѣмъ, къ кому обращается мое требованіе. Иначе онъ не будетъ сознавать обязанности, соотвѣтствующей моему праву. Другими словами, всякое правовое отношеніе между людьми предполагаетъ завѣдомо общепризнанный ими правовой принципъ. Но какимъ образомъ образуются такіе общепризнанные правовые принципы? Самый простой отвѣтъ на это тотъ, что принципы эти установляются взаимнымъ соглашеніемъ. И въ самомъ дѣлѣ, очень часто люди договари-

ваются руководствоваться въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ извѣстнымъ принципомъ. Но вотъ въ чемъ дѣло: каждый такой договоръ уже предполагаетъ существованіе нѣкоторыхъ общепризнанныхъ принциповъ. Для возможности договорнаго установленія общепризнанныхъ началъ поведенія, необходимо по крайней мѣрѣ предварительное признаніе обязательности договоровъ. Какъ же устанавливается признаніе этого начала? Нельзя же и тутъ предположить соглашеніе: это было бы circulus vitiosus.

Договорное происхожденіе права также невозможно, какъ и договорное происхожденіе языка. Когда уже существуетъ языкъ, можно по соглашенію вводить новыя слова въ употребленіе; такъ вводятся, напримѣръ, новые научные термины. Но невозможно самое возникновеніе языка объяснить этимъ путемъ, потому что когда нѣтъ языка, нельзя сговориться. Такъ и договорное установленіе правовыхъ нормъ уже предполагаетъ существованіе права, какъ необходимой почвы, на которой только и могутъ явиться такіе договоры.

Другіе объясняютъ происхожденіе права одностороннимъ велѣніемъ авторитета. Сила внушаетъ людямъ безотчетное уваженіе и они склонны подчиняться велѣніямъ того, кто въ ихъ глазахъ является авторитетомъ. Въ этомъ есть доля истины. И несомнѣнно, уваженіе къ авторитету, его обаяніе играетъ значительную роль въ образованіи права. Но однимъ велѣніемъ авторитета нельзя объяснить первичнаго возникновенія права. Уваженіе къ авторитету побуждаетъ людей къ повиновенію. Но повиновеніе не то же, что право. Повиновеніе можетъ принимать весьма различныя формы и то повиновеніе, которое обусловливается чувствомъ права, само уже предполагаетъ необходимо признаніе за самимъ авторитетомъ п р а в а установлять юридическія нормы. Иначе это будетъ повиновеніе, не имѣющее юридическаго характера, каково, напр., повиновеніе изъ страха, или безотчетное, инстинктивное повиновеніе. Кромѣ того право первоначально мыслится, какъ нѣчто необходимое, независящее отъ воли человѣка. Праву приписывается божественное, или вообще сверхестественное происхожденіе. Поэтому содержаніе правовыхъ нормъ не могло зависить отъ людскаго произвола. Люди должны были находить его готовымъ, сложившимся помимо ихъ воли и сознанія. Откуда же бралось это содержаніе? Очевидно, что теорія, объясняющая происхожденіе права велѣніемъ авторитета, не можетъ дать на это отвѣта. Авторитетъ этотъ былъ обыкновенно мнимый, существовавшій только въ воображеніи людей и

потому не могущій быть дѣйствительнымъ источникомъ содержанія юридическихъ нормъ. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда повелѣвающимъ авторитетомъ являлись люди, возникаетъ новый вопросъ: какимъ образомъ другіе приходятъ къ признанію за этими личностями права установлять обязательныя для всего общества нормы. Слѣдовательно такому установленію опять-таки предшествуетъ уже признаніе за авторитетомъ извѣстнаго права. И мало того, никогда, даже въ деспотическомъ государствѣ, мы не встрѣтимъ возведенія произвола въ принципъ. И деспотъ всегда предполагается дѣйствующимъ согласно съ требованіями справедливости, а дѣйствія деспота могутъ быть признаны несправедливыми. А если такъ, то основаніе различія праваго и неправаго не есть уже одна только воля деспота.

Ничего также не объясняетъ и ученіе исторической школы. Она, какъ извѣстно, объясняла происхожденіе права народнымъ правосознаніемъ. Но не объясняла вовсе, откуда берется, какъ слагается это народное правосознаніе. А въ доказательство того, что право творится именно народною жизнью, а не жизнью какой-либо другой общественной группы, она не могла привесть другихъ доводовъ, какъ взятыхъ изъ священнаго писанія.

Въ священномъ писаніи, говоритъ Пухта [1]), происхожденіе рода человѣческаго изображается такъ, что въ началѣ былъ одинъ человѣкъ, затѣмъ два, мужчина и женщина, а потомъ рожденные отъ нихъ. Первые люди составляли, такимъ образомъ, съ самаго начала опредѣленный союзъ — союзъ семейный. Первая семья, размножаясь, подѣлилась на нѣсколько семей и развилась въ племя, въ народъ, который, точно также размножаясь, подѣлился на новыя племена, ставшія въ свой чередъ народами. Все это такъ естественно, что и языческія сказанія повторяютъ тоже самое. Важно въ этомъ то, что мы, такимъ образомъ, не находимъ ни одного момента, когда бы люди жили, не составляя какого-либо органическаго цѣлаго.

Народное единство основывается на единствѣ происхожденія, обусловливающемъ не только тѣлесное, но и духовное родство. Но родства одного недостаточно для образованія народа: иначе былъ бы одинъ народъ. Обособленіе одного народа отъ другого опредѣляется ихъ территоріальнымъ обособленіемъ, при чемъ къ естественному единству привходитъ и другое, выражающееся въ политической организаціи (Verfassung), чрезъ что народъ становится государствомъ. Государство не есть естественный союзъ.

[1]) Gewohnheitsrecht, I, s. 133.

Оно образуется волею: государственный строй есть выраженіе общей воли о томъ, что составляетъ существо государства. Эта общая воля не могла, однако, непосредственно и первоначально имѣть никакого другого источника, какъ естественное согласіе, единомысліе (natürliche Uebereinstimmung). Такимъ образомъ государство, конечно, образуется непосредственно волею, но воля эта, а слѣдовательно чрезъ ея посредство и само государство, коренится въ естественномъ соединеніи. Народъ здѣсь понимается, какъ естественное цѣлое. Этимъ исключается возможность его дѣйствованія (Wirksamkeit), ибо дѣйствовать можетъ только отдѣльный субъектъ, а не цѣлое, какъ простая идея, какъ incertum corpus. Дѣйствіе народа въ естественномъ смыслѣ, можетъ заключаться лишь въ незримомъ, обусловленнымъ самымъ его понятіемъ, т.-е., этимъ родствомъ, вліяніи его на принадлежащихъ къ нему членовъ. Къ такимъ проявленіямъ народной жизни (Thätigkeiten der Volk) принадлежитъ и право. Вліяніе климата и т. п. на людей — не непосредственно, а только чрезъ посредство національности, свойства которой опредѣляются климатомъ, и которая затѣмъ уже вліяетъ на своихъ членовъ. Индивидъ способенъ къ правосознанію не какъ индивидъ, не какъ членъ семьи, а только, какъ членъ народа. Этимъ право отличается отъ индивидуальнаго сознанія. Существованіе правовой свободы предполагаетъ, что волѣ человѣка противустоитъ другая воля, которую онъ частью признаетъ чужою, для него внѣшнею волею, частью же также и своею, именно, какъ основывающуюся на и ему принадлежащемъ убѣжденіи. Человѣкъ становится личностью и получаетъ права въ силу того, что его воля есть вмѣстѣ и особая, и общая (einzelner und allgemeiner), что она и совершенно самостоятельна, и вмѣстѣ дѣйствуетъ лишь, какъ основывающаяся на общемъ убѣжденіи. Что право могло возникнуть только въ народной жизни, Пухта доказываетъ слѣдующимъ образомъ: когда былъ сотворенъ одинъ только человѣкъ, его волѣ могла быть противупоставлена только воля Бога, совершенно уничтожавшая волю человѣка. Когда существовала только семья, а не народъ, мужъ былъ господиномъ жены, не имѣвшей никакой воли, отличной отъ его воли. И тоже самое должно сказать и относительно другихъ членовъ семьи. Такимъ образомъ, только въ народѣ могло явиться противуположеніе воль, необходимое для возникновенія права. Но этимъ доказывается только, что народъ causa instrumentalis права. Надо еще доказать, что онъ и его causa principialis.

Въ правѣ различимы двѣ стороны: 1) убѣжденіе въ томъ, что есть право и 2) осуществленіе, приложеніе этого убѣжденія

(geltendmachung). Право, которое не можетъ быть осуществлено, не есть право. Мало того, случайнаго осуществленія, напр., войной, недостаточно, потому что *чистая естественная* сила (Gewalt) случайно только служитъ праву, какъ можетъ служить и неправу. Соотвѣтствующая праву правозащита возможна только чрезъ посредство особаго органа общей воли, слѣдовательно чрезъ посредство государственной организаціи (Verfassung im Staate). Поэтому только та воля можетъ быть источникомъ права, которая приводитъ къ образованію государства, т.-е., воля народа. Нельзя государство считать творцомъ права. Государство только органъ выраженія общей воли, которая существуетъ до него и творитъ право. Но до государства право не существуетъ, такъ какъ нѣтъ органа для выраженія общей воли. Но подъ народомъ, какъ творцомъ права, не слѣдуетъ понимать народа, какъ противоположность правительству.

Нельзя также думать, что дѣятельность народа слагалась изъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ, изъ нея образовалась. Тутъ Пухта полемизируетъ съ Шлегелемъ. Онъ называетъ этотъ взглядъ «поверхностнымъ и тривіальнымъ». Убѣжденіе индивида не переходитъ въ убѣжденіе народа, народъ свое сознаніе не получаетъ отъ отдѣльнаго лица [1]).

Неудовлетворительность этого объясненія происхожденія ясна сама собой. Оно всецѣло опирается на совершенно недоказанныя и весьма сомнительныя предположенія, совершенно произвольно принимаемыя Пухтой за аксіомы.

Чтобы найти лучшее объясненіе происхожденія права, необходимо прежде всего уяснить себѣ, въ чемъ именно тутъ вопросъ. Мы знаемъ, что въ современномъ быту право творится и развивается сознательною дѣятельностью человѣка. Вопросъ въ томъ, какимъ образомъ первоначально возникло сознаніе права? И вся трудность вопроса этого въ томъ, что сознаніе всегда предполагаетъ уже готовый объектъ, готовое содержаніе. Конечно, объектъ одного акта сознанія можетъ быть данъ предшествующимъ ему, также сознательнымъ актомъ. Но когда рѣчь идетъ о первоначальномъ возникновеніи сознанія о чемъ-либо, то предшествующаго сознательнаго же акта, относящагося къ тому же самому, не можетъ быть. Поэтому остается предположить, что

[1]) Die zusammenlebenden bilden ein organisches Ganzes, dessen Glieder sie sind, von dessen Geist sie also durchdrungen werden. Darin liegt nun aber auch, dass der Recht nicht in den Ueberzeugung der Einzelnen seine Quelle haben kann sondern diese vielmehr ihre Quelle in dem Volksgeist hat. Gewohnheitsrecht, I, 154.

объектъ сознанія данъ тутъ безсознательнымъ актомъ, что содержаніе впервые являющемуся правосознанію дается безсознательнымъ процессомъ. Какимъ же образомъ это можетъ произойти? Какимъ образомъ безсознательные процессы могутъ привесть къ сознанію юридическихъ нормъ?

Въ разрѣшеніи этого вопроса большую помощь можетъ оказать сопоставленіе происхожденія права съ происхожденіемъ воли и языка. И тутъ, и тамъ вопросъ заключается одинаково въ объясненіи первоначальнаго возникновенія извѣстныхъ явленій сознательной дѣятельности человѣка. Поэтому знакомство съ теоріями, объясняющими происхожденіе воли и языка, даетъ намъ указаніе на то, какимъ путемъ возможно подойти къ научному объясненію и происхожденія права.

Мы знаемъ уже, что происхожденіе воли Бэнъ объясняетъ безсознательнымъ, непроизвольнымъ процессомъ ассоціаціи представленій, вызываемыхъ непроизвольными дѣйствіями человѣка и сопровождающими ихъ ощущеніями [1]). Подобнымъ образомъ объясняетъ Штейнталь и происхожденіе языка. Человѣкъ, подъ вліяніемъ аффекта, непроизвольно произноситъ извѣстные звуки. Эти звуки производятъ и на него самаго, и на другихъ извѣстное впечатлѣніе. Съ повтореніемъ такихъ случаевъ мало-по-малу установляется все болѣе и болѣе прочная ассоціація представленій о данномъ звукѣ и о томъ впечатлѣніи, какое онъ производитъ. Представленіе объ этомъ впечатлѣніи вызываетъ въ сознаніи человѣка, въ силу установившейся ассоціаціи, представленіе о вызывающемъ его звукѣ и если впечатлѣніе ему желательно онъ уже намѣренно произноситъ звукъ. Въ этой ассоціаціи и заключается объясненіе перехода непроизвольно произносимыхъ звуковъ въ сознательно произносимыя слова. Представленіе о впечатлѣніи, производимомъ звуками, и составляетъ значеніе слова.

Мнѣ кажется, что совершенно такимъ же путемъ можно объяснить и происхожденіе права. Въ силу одинаковости условій и несложности отношеній въ первобытномъ обществѣ, люди въ немъ естественно ведутъ совершенно одинаковый образъ жизни.

Малое развитіе сознательной мысли, скудость и ограниченность испытываемыхъ впечатлѣній, сильно развитая наклонность къ подражанію приводятъ къ тому, что первобытный человѣкъ въ большинствѣ случаевъ дѣйствуетъ также, какъ и другіе, также какъ отцы и дѣды. Въ силу этого, въ каждомъ изъ нихъ обра-

[1]) Смотри книгу II, стр. 225.

зуется увѣренность, что при одинаковыхъ условіяхъ всѣ будутъ поступать одинаково. Человѣкъ ожидаетъ такого одинаковаго, обычнаго поведенія, онъ разсчитываетъ на него, и въ этомъ разсчетѣ располагаетъ и устраиваетъ свои собственныя дѣла. Если затѣмъ въ какомъ-либо частномъ случаѣ онъ обманется въ своихъ разсчетахъ, если кто-либо поступитъ въ отношеніи къ нему не такъ, какъ онъ ожидалъ, не такъ какъ другіе обыкновенно поступаютъ въ подобныхъ случаяхъ, человѣкъ испытываетъ чувство недовольства, гнѣва. Онъ обращается къ обманувшему его надежды съ нареканіями, онъ старается отмстить ему. По мѣрѣ того какъ такія столкновенія повторяются, представленіе о нарушеніи установившагося, обычнаго поведенія ассоціируется съ представленіемъ о притязаніяхъ, о гнѣвѣ, о мести со стороны тѣхъ, кто терпитъ ущербъ отъ такого нарушенія. И вотъ, въ силу этого, прежнее инстинктивное, безсознательное, само собой складывавшееся, соблюденіе обычаевъ переходитъ въ сознательное. Теперь обычай соблюдается уже не въ силу только безсознательной привычки, безсознательной къ тому склонности, а въ силу представленія о тѣхъ непріятностяхъ, какія влечетъ за собой нарушеніе обычая. Слѣдовательно, привходитъ уже сознаніе обязательности обычая. Обычай соблюдается и тогда, когда есть интересъ, есть стремленіе его нарушать,—соблюдается ради избѣжанія, тѣхъ непріятностей, тѣхъ невзгодъ, какія влечетъ за собой нарушеніе. Возникновеніе такого сознанія объ обязательности (opinio necessitatis) и превращаетъ простое обыкновеніе, соблюдаемое безсознательно, инстинктивно, въ сознательно соблюдаемый, въ признаваемый обязательнымъ юридическій обычай, являющійся первоначальной формой выраженія юридическихъ нормъ. Такимъ образомъ возникновеніе права обусловлено сознательнымъ соблюденіемъ извѣстныхъ правилъ поведенія, какъ обязательныхъ, но содержаніе этихъ первоначальныхъ юридическихъ нормъ не творится сознательно. Оно дается безсознательно сложившимися обыкновеніями.

Такое происхожденіе права дѣлаетъ возможнымъ существованіе совершенно безцѣльныхъ юридическихъ правилъ. И дѣйствительно, мы находимъ въ каждой національной системѣ права, такіе институты, существованіе которыхъ рѣшительно не можетъ быть объяснено съ точки зрѣнія цѣлесообразности и объясняется только безсознательнымъ ихъ установленіемъ [1]).

---

[1]) См. статью *Кулишера*, въ „Вѣстникѣ Европы“, 1882, № 1. Слѣды первобытной культуры.

§ 36. Понятіе права.

Признаніе относительности права чрезвычайно облегчаетъ объясненіе правовыхъ явленій, такъ какъ при этомъ совершенно устраняется вопросъ объ абсолютномъ мѣрилѣ права и получается возможность начать дѣло прямо съ конкретныхъ фактовъ. Въ частныхъ, конкретныхъ своихъ проявленіяхъ, право представляется намъ всегда, какъ возможность чѣмъ либо воспользоваться. Право на землю есть возможность ею пользоваться, право иска есть возможность искать на судѣ охраны нарушеннаго права, право законодательной власти есть возможность установлять общеобязательныя юридическія нормы, право на нейтральность, напримѣръ, санитарнаго персонала есть возможность пользоваться неприкосновенностью и во время военныхъ дѣйствій. Вопросъ: имѣю ли я право? всегда можетъ быть замѣненъ вопросомъ: могу-ли я? И наоборотъ: отсутствіе права указываетъ на невозможность чего либо.

Не всякая, однако, возможность есть право. На ряду съ возможностью юридической, мы знаемъ возможность фактическую, логическую, эстетическую, нравственную. Необходимо поэтому разграничить всѣ эти виды возможности отъ интересующей насъ возможности правовой. Начнемъ съ фактической. Мы противуполагаемъ правовую возможность — фактической. Мы не признаемъ права на все фактически возможное, и наоборотъ не все, на что мы признаемъ право, фактически возможно. Такъ всѣ преступныя дѣйствія фактически возможны: фактически невозможныя дѣянія было бы безсмысленно запрещать закономъ и облагать наказаніемъ. Но никто, однако, не имѣетъ права на совершеніе такихъ дѣяній. Такъ, съ другой стороны, признавая за государствомъ право карать преступниковъ, мы не можемъ не признать вмѣстѣ съ тѣмъ того факта, что нерѣдко осуществленіе такой кары оказывается фактически невозможнымъ. И такъ юридическая и фактическая возможность не совпадаютъ. Въ чемъ же ихъ различіе? Фактическая возможность обусловливается конкретными особенностями каждаго даннаго частнаго случая. Окажется ли фактически возможнымъ наказать преступника—зависитъ отъ того, какъ сложатся конкретныя обстоятельства въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Удастся ли или нѣтъ обнаружить виновнаго, удастся ли его найти и задержать, удастся ли доказать его виновность на судѣ, удастся ли исполнить постановленный судомъ приговоръ — все это такіе вопросы, рѣшеніе которыхъ зависитъ всецѣло отъ особенностей каждаго конкретнаго

случая и вовсе не обусловливается какими либо общими идеями. Какъ бы ни представлялось необходимымъ неукоснительное преслѣдованіе преступниковъ, какъ бы высоко мы ни ставили интересы уголовнаго правосудія — это можетъ сдѣлать насъ болѣе энергическими въ производствѣ уголовнаго розыска, но не можетъ обезпечить намъ фактической возможности поимки и наказанія виновнаго въ каждомъ частномъ случаѣ. Обстоятельства всегда могутъ сложиться такъ, что отыскать и наказать преступника окажется рѣшительно невозможнымъ. Фактическая возможность, повторяю, зависитъ исключительно отъ особенныхъ обстоятельствъ каждаго конкретнаго случая.

Совершенно другое видимъ мы относительно возможности юридической. Подробности фактической обстановки конкретнаго случая тутъ не имѣютъ никакого значенія. Если дѣяніе, совершенное лицомъ, подходитъ подъ понятіе преступленія, лицо подлежитъ по праву наказанію и это нисколько не мѣняется отъ того, что виновный не обнаруженъ, не розысканъ или бѣжалъ изъ подъ стражи. Вопросъ о томъ, можно ли лицо по праву наказать, рѣшается лишь на основаніи того, представляетъ ли данный случай наличность существенныхъ признаковъ наказуемаго дѣянія или нѣтъ. Всѣ другія особенности даннаго конкретнаго случая не имѣютъ никакого значенія для разрѣшенія вопроса о правѣ. Но фактическая возможность ими то и обусловливается.

На этомъ основаніи мы можемъ сказать, что юридическая возможность (право) обусловливается соотвѣтствіемъ фактическихъ обстоятельствъ какой-либо общей идеѣ, фактическая — конкретными особенностями каждаго даннаго случая. Постараемся, однако, обосновать это различіе болѣе общимъ образомъ.

Фактическая возможность есть понятіе исключительно субъективное. Съ объективной точки зрѣнія все въ мірѣ представляется необходимымъ и нѣтъ вовсе мѣста возможности. Если что либо не совершается, значитъ оно и не могло совершиться, если совершилось, то оно совершилось необходимо. Принципъ причинной связи безусловно не допускаетъ признанія объективнаго значенія возможности. И возможнымъ мы называемъ то, для совершенія чего имѣются въ наличности всѣ условія, за исключеніемъ какого либо одного, нами отдѣляемаго. Объективно, конечно и отсутствіе и одного изъ необходимыхъ условій дѣлаетъ данное явленіе также невозможнымъ, какъ если бы отсутствовали и всѣ условія. Но съ субъективной точки зрѣнія это можетъ составлять больше различіе, основывающееся на особенности недостающаго условія. Такъ, когда я заявляю, что за-

хоти я, и я могъ бы сдѣлать то-то и то-то, это значитъ, что всѣ условія, кромѣ моего собственнаго желанія, на лицо. Но такъ какъ воля наша несвободна, то объективно отсутствіе моего хотѣнія дѣлаетъ дѣло столь-же невозможнымъ, какъ если бы отсутствовало и какое либо внѣшнее условіе. Мы говоримъ при этомъ о возможности только потому, что мысленно опускаемъ зависимость даннаго дѣйствія между прочимъ отъ наличности у насъ опредѣленнаго желанія и принимаемъ во вниманіе только зависимость его отъ внѣшнихъ условій. Точно также поступаемъ мы говоря, напр., что могли бы еще поспѣть на поѣздъ, еслибъ у извощика была не такая кляча. Только вмѣсто воли мы выдѣляемъ изъ общей совокупности условій скорость ѣзды и принимаемъ въ соображеніе зависимость даннаго обстоятельства (неопозданія на поѣздъ) отъ всѣхъ другихъ условій, за исключеніемъ этого.

Конечно и правовая возможность есть понятіе субъективное. Имѣю я право или нѣтъ при наличности достаточной къ тому причины, я совершу данное дѣйствіе необходимымъ образомъ, и точно также, если недостаетъ какого-либо изъ необходимыхъ къ тому условій внѣ меня и во мнѣ самомъ, я также необходимо не совершу его. О возможности же юридической мы говорили только потому, что при этомъ игнорируемъ зависимость нашихъ дѣйствій отъ рода внѣшнихъ и внутреннихъ условій, представляющихся въ каждомъ конкретномъ случаѣ и принимаемъ въ соображеніе лишь соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе даннаго дѣйствія какой либо болѣе или менѣе отвлеченной идеѣ, какому либо отвлеченному понятію. Такимъ образомъ, различіе юридической и фактической возможности опредѣляется тѣмъ, что мы принимаемъ въ соображеніе при обсужденіи возможности даннаго дѣйствія конкретныя обстоятельства даннаго случая или соотвѣтствіе его какому нибудь отвлеченному понятію.

Выяснивъ различіе фактической и юридической возможности, не трудно опредѣлить ихъ соотношеніе. Практическое значеніе юридическая возможность можетъ имѣть лишь тогда, когда она не превышаетъ фактической. Право на фактически невозможное дѣйствіе неосуществимо. Излишекъ юридической возможности надъ фактической самъ по себѣ, непосредственно не приноситъ управомоченному лицу никакой пользы. Можно сказать общимъ образомъ, что право есть ограниченіе фактической возможности. потому что право, совпадающее съ фактической возможностью, ничего не измѣняетъ въ фактически установившемся порядкѣ вещей, а право, превышающее фактическую возможность, практи-

такое право, превышающее фактическую возможность, и вовсе лишено было значенія. Право на все равносильно, правда, полному отсутствію права, потому что практически такое право на все сводится къ предѣламъ фактической возможности и ничѣмъ не измѣняетъ моего положенія, сравнительно съ тѣмъ, какъ если бы вовсе не существовало никакого права. Такое право на все не имѣетъ значенія даже какъ новый стимулъ, побуждающій къ расширенію предѣловъ фактической возможности, потому что и безъ такого права всякій естественно стремится сдѣлать для себя фактически возможнымъ все желательное. Но если признается за кѣмъ-нибудь частное, ограниченное право, представляющееся ниже фактической возможности, то такое несоотвѣтствіе отдѣльнаго права съ фактической возможностью получаетъ весьма вѣрное психическое значеніе. Выдѣляя данный интересъ, признанный правомѣрнымъ, но фактически не осуществимый изъ ряда другихъ практически-неосуществимыхъ интересовъ, такое признаніе права, превышающаго фактическую возможность, сосредоточиваетъ на этомъ интересѣ усиленное вниманіе и наше, и другихъ лицъ, оно, такъ сказать, подчеркиваетъ неосуществимость этого интереса и потому возбуждаетъ съ удвоенной силой стремленіе такъ измѣнить фактическую обстановку, чтобы сравнять фактическую возможность съ юридическою. Къ общему непріятному чувству неосуществимости желаемаго присоединяется тутъ еще раздраженіе отъ сознанія обманутой надежды. Поэтому и одно признаніе права безъ обезпеченія фактической возможности его осуществленія уже имѣетъ значеніе, значеніе творческое. Оно является новымъ, лишнимъ стимуломъ къ дѣйствительному осуществленію права.

Мы разграничили понятія юридической и фактической возможности. Юридическая возможность отличается отъ фактической своей обусловленностью и общей идеей. Но затѣмъ и не всякая обусловленная общей идеей возможность есть право въ собственномъ смыслѣ слова. Когда мы говоримъ объ логически, нравственно, эстетически возможномъ, то во всѣхъ этихъ случаяхъ мы подразумѣваемъ точно также возможность, обусловленную общей идеей. И въ подобныхъ случаяхъ иногда даже употребляютъ слово право; напримѣръ, говорятъ о правѣ сдѣлать извѣстный логическій выводъ. Но конечно между такимъ правомъ и правомъ, напр., по заемному обязательству слишкомъ существенное различіе, такъ что въ первомъ случаѣ мы употребляемъ слово право лишь фигурально, лишь въ переносномъ, а не въ собственномъ смыслѣ. Постараемся же выяснить точнѣе, въ чемъ тутъ различіе.

Когда мы говоримъ о логической возможности [1]), то имѣемъ въ виду мышленіе какого-либо одного субъекта и его обусловленность законами логики. Конечно, можетъ иногда имѣется на лицо и соотношеніе мышленія двухъ различныхъ субъектовъ, когда, напр., въ спорѣ возникаетъ вопросъ, можетъ ли одинъ изъ спорящихъ сдѣлать опредѣленный выводъ изъ мысли, высказанной его противникомъ. Но такое соотношеніе вовсе не предполагается понятіемъ логической возможности. Вопросъ о логической возможности можетъ возникнуть и тогда, когда я размышляю наединѣ въ своемъ кабинетѣ. Тоже самое должно сказать и относительно эстетической возможности. Тутъ точно также отнюдь не предполагается отношенія къ другому субъекту. Но совершенно иное дѣло юридическая возможность. Она необходимо предполагаетъ отношеніе къ другому субъекту и въ этомъ смыслѣ, если хотите, она есть внѣшняя возможность. Когда нѣтъ отношенія субъекта къ субъекту, право не возможно. Поэтому, когда въ юридическомъ отношеніи остается только одинъ субъектъ, если, напр., кредиторъ наслѣдуетъ послѣ своего должника—право долѣе существовать не можетъ. Нельзя быть должнымъ самому себѣ, но споръ мысленно можно продолжать и послѣ того, какъ вашъ противникъ удалился, можно спорить и съ самимъ собой, оцѣнку своего художественнаго произведенія можно сдѣлать и самому.

Итакъ юридическая возможность отличается отъ всякой другой возможности, обусловленной общей идеей, тѣмъ, что она есть возможность въ отношеніи къ другому. Но что значитъ: возможность въ отношеніи къ другому? Это значитъ, что мы можемъ требовать отъ него то, на что сознаемъ за собой возможность. Другими словами: право есть психическое воздѣйствіе человѣка, основанное на сознаніи имъ возможности, обусловленной какой-либо общей идеей. Мы пришли, слѣдовательно, къ тому самому опредѣленію права, какое дано было нами въ первой книгѣ.

Эстетическая возможность не имѣетъ ничего общаго съ юридической. Напротивъ, логическая возможность играетъ весьма важную роль и въ правѣ. Выводы изъ юридическаго принципа, обусловливающаго собою отдѣльныя права, могутъ быть дѣлаемы, конечно, не иначе, какъ посредствомъ мышленія и потому подчиняются требованіямъ логики. Въ этомъ смыслѣ логически невозможное невозможно и юридически. Логическая невозможность

[1]) Разграниченіе права и нравственности будетъ дано ниже въ особомъ параграфѣ.

исключаетъ право. Но не наоборотъ. Юридически невозможное можетъ быть логически возможнымъ.

Понятіе права, какъ обусловленной, какой-либо общей идеей возможности, заключаетъ въ себѣ два элемента: субъективный и объективный. Субъективный элементъ это самая юридическая возможность. Мы называемъ ее субъективнымъ элементомъ, такъ какъ она представляется свойствомъ управомоченнаго субъекта. Объективный элементъ составляетъ обусловливающая правовую возможность общая идея. Она мыслится нами, какъ объективное основаніе нашего субъективнаго права.

Субъективный элементъ представляетъ, впрочемъ, двѣ стороны: активную и пассивную. Активная сторона — это обусловленная правомъ возможность или короче: право, въ субъективномъ смыслѣ, правомочіе (Rechtsbefugniss). Но право необходимо предполагаетъ существованіе и *правообязанности*. Для того, чтобы я могъ воспользоваться своимъ правомъ, необходимо, чтобы другой выполнялъ соотвѣтствующую этому праву обязанность. Такъ, для того, чтобы я могъ пользоваться своею собственностью, необходимо, чтобы другіе уважали мое право собственности; для того, чтобы я могъ осуществить свое право по векселю, необходимо, чтобы векселедатель произвелъ уплату; для того, чтобы я могъ воспользоваться охраной моихъ правъ судебною властью, необходимо, чтобъ судья добросовѣстно выполнялъ свои обязанности; для того, чтобы я могъ пользоваться общественной дорогой, необходимо, чтобы ея никто не загораживалъ, и т. д. Такимъ образомъ активное дѣйствіе права (правомочіе) всегда предполагаетъ и пассивное дѣйствіе (правообязанность). Тоже самое можно сказать и наоборотъ.

Правда, бываютъ случаи, когда правообязанность существуетъ безъ соотвѣтствующаго права, но такое одностороннее существованіе правообязанности всегда временное и можетъ быть лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда субъектъ права временно лишь отсутствуетъ (напр., когда бумага на предъявителя, брошенная кѣмъ-нибудь, остается временно безъ владѣльца, обязанность уплаты по этой бумагѣ не прекращается) или еще не народился, (напр., когда дѣло идетъ объ обязанностяхъ, налагаемыхъ въ интересахъ утробнаго младенца по правилу: nasciturus pro jam nato habetur quoties de commodis ipsius partus quaeritur).

Совокупность права и соотвѣтствующей обязанности называется юридическимъ отношеніемъ. Субъекты правъ и обязанности суть субъекты отношенія. То, пользованіе чѣмъ составляетъ содержаніе права, есть объектъ отношенія.

Объективный элементъ права, заключающійся въ обусловливающей юридическія отношенія идеѣ, выражается также въ двоякой формѣ. Собственно правовая идея есть всегда нѣкоторое общее начало, общій принципъ (власти, равенства, свободы). Но осуществленіе этого начала въ юридическихъ отношеніяхъ совершается посредствомъ соблюденія извѣстныхъ правилъ, опредѣляющихъ, какимъ образомъ можетъ быть достигнута реализація правоваго принципа. Такія правила, обусловленныя какой-либо опредѣленной цѣлью, называются вообще *нормами* [1]). Если эта цѣль правовый принципъ, норма получаетъ характеръ нормы юридической. Нормы не составляютъ исключительной принадлежности права. Нормативный характеръ имѣютъ и правила гигіены, терапіи и т. п., законы логики, эстетики, нравственности. Все это, какъ юридическія нормы, суть правила условныя, гипотетическія. Соблюденіе ихъ обязательно лишь настолько, насколько желательна та цѣль, къ осуществленію которой они ведутъ.

Хотя логически цѣль, обусловливающая норму, должна ей необходимо предшествовать, но въ сознаніи людей можетъ быть и наоборотъ. А въ историческомъ развитіи права и всегда отдѣльныя нормы предшествуютъ сознанію обусловливающаго ихъ правоваго принципа. Человѣкъ можетъ только инстинктивно стремиться къ извѣстной цѣли, онъ можетъ лишь смутно чувствовать ее, а отдѣльныя нормы, ею обусловленныя, могутъ быть уже вполнѣ сознательно приняты имъ, какъ правила его поведенія. Принципъ гораздо отвлеченнѣе, гораздо общѣе, чѣмъ отдѣльныя, обусловленныя имъ, правила. И такъ какъ умственное развитіе людей всегда идетъ отъ частнаго къ общему, отъ конкретнаго къ абстрактному, то въ обычаяхъ и законахъ обыкновенно выражаются только правила, нормы, а не принципы и только дѣятельность юристовъ приводитъ къ выводу изъ этихъ правилъ и къ опредѣленному формулированію лежащаго въ основѣ ихъ принципа.

Общимъ содержаніемъ юридическихъ нормъ служитъ предписаніе, велѣніе поступать опредѣленнымъ образомъ. Но ни одна норма не содержитъ въ себѣ совершенно безусловнаго велѣнія. Ни одна не требуетъ соблюденія опредѣленнаго поведенія во всѣхъ возможныхъ случаяхъ безъ исключенія. Напротивъ, каждая норма даетъ только условное велѣніе. Соблюденіе предписаннаго ею образа дѣйствія требуется только при извѣстныхъ условіяхъ. Даже такая норма какъ: «не убей» не безусловна. При необ-

[1]) *Jellinck*, Recht, Unrecht, Strafe, s. 21.

ходимой оборонѣ убійство дозволено, а солдаты и палачи даже обязаны убивать непріятелей и преступниковъ. Поэтому, каждая норма, какъ условное велѣніе, кромѣ указанія предписываемаго образа дѣйствія, содержитъ и опредѣленіе тѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, наличностью которыхъ обусловливается обязательность соблюденія этого образа дѣйствія. Каждая норма можетъ быть сведена къ такой общей формулѣ: если,—то. Такимъ образомъ каждая норма по логическому своему составу распадается на двѣ части: *предположеніе*, гипотеза, т.-е., указаніе фактическихъ предположеній примѣненія нормы (Thatbestand) и *распоряженіе*, диспозиція, т.-е., указаніе предписываемаго образа дѣйствія. «Въ первой части законъ, такъ сказать, соображаетъ, во второй—онъ повелѣваетъ» [1]).

Логическій составъ нормъ уголовнаго права представляется нерѣдко совершенно иначе. Различаютъ именно не предположеніе и распоряженіе, а распоряженіе и санкцію, подъ которой разумѣютъ опредѣленіе послѣдствій уклоненія отъ осуществленія распоряженія нормы. Дѣло представляется такъ, будто уголовный законъ содержитъ велѣніе объ опредѣленіи послѣдствій неповиновенія этому велѣнію. Но если внимательно вглядѣться въ логическій составъ нормъ, установляющихъ наказанія за преступленія, то увидимъ, что и они точно также подходятъ подъ указанную формулу. Если, напримѣръ, законъ опредѣляетъ за убійство каторжныя работы, то убійство есть фактическое предположеніе примѣненія этого закона, а присужденіе къ каторжнымъ работамъ—распоряженіе, осуществленіе котораго обусловлено фактомъ убійства. Санкція же тутъ не опредѣлена. Ее мы должны искать въ тѣхъ законахъ, которые содержатъ распоряженіе на тотъ случай, если органы карательной власти государства уклонятся отъ осуществленія обращеннаго къ нимъ велѣнія карать преступниковъ. Особенность нормъ уголовнаго права въ томъ, что предположеніе ихъ заключается всегда въ нарушеніи какой-либо другой нормы. Поэтому онѣ служатъ санкціей другихъ нормъ, но собственной своей санкціи и онѣ не содержатъ [2]).

Логическій составъ нормы не слѣдуетъ смѣшивать съ ея

---

[1]) *Цитовичъ*, Курсъ русскаго гражданскаго права, I, 1878, стр. 61.

[2]) *Binding*, Die Normen und ihre Uebertretung, I, 1872, 1. Авторъ, указавшій съ полнымъ основаніемъ на обыкновенное заблужденіе криминалистовъ, будто уголовный законъ слагается изъ велѣнія и его санкціи, различаетъ *норму* (какъ запрещеніе извѣстныхъ дѣяній) и *уголовный законъ* (какъ установленіе за совершеніе ихъ наказанія). Но и уголовный законъ есть конечно норма—норма дѣятельности органовъ карательной власти.

выраженіемъ въ законодательныхъ постановленіяхъ. Логическій составъ всегда одинаковъ. Формы выраженія могутъ быть различны. По различію формъ выраженія, можно различать законы *повелительные* и *запретительные*. Но все ихъ различіе въ формахъ выраженія, потому что каждый запретъ можетъ быть выраженъ въ формѣ повелѣнія, и наоборотъ.

Норма нерѣдко выражается нѣсколькими постановленіями законодателя, такъ что только ихъ совокупность выражаетъ норму въ ея цѣломъ. Потому мы различаемъ юридическія нормы и положенія (Rechtssätze), подъ которыми разумѣются такія отдѣльныя постановленія. Норма есть всегда повелѣніе. Не можетъ быть ни опредѣлительныхъ, ни позволительныхъ нормъ, такъ какъ это противорѣчитъ самому существу нормы, какъ гипотетическаго, условнаго правила. Правило не можетъ быть опредѣленіемъ, указывающимъ не должное, а существующее. Правило не можетъ быть и дозволеніемъ, такъ какъ дозволеніе есть отказъ отъ установленія правила. Но правило можетъ быть, конечно, велѣніемъ дозволять что-либо. Напр., судъ долженъ дозволить подсудимому воспользоваться всѣми средствами защиты. Но и такое велѣніе дозволять есть все-таки велѣніе.

Правоположенія, напротивъ, могутъ быть и опредѣлительными и дозволительными. Опредѣлительныя правоположенія имѣются въ тѣхъ случаяхъ, когда опредѣленіе смысла употребленныхъ въ законѣ выраженій выдѣляется въ особое постановленіе, или особую статью закона. Дозволительныя правоположенія бываютъ троякаго рода. Во-первыхъ, перечисленію запрещеній нерѣдко ради наглядности изложенія предпосылается общее дозволеніе, напр., постановляется, что всѣмъ и каждому дозволяется вступать въ договоры и затѣмъ дается родъ исключеній, опредѣляется, кто не можетъ вступать въ договоры. Во-вторыхъ, дозволительныя правоположенія могутъ служить лишь ближайшимъ ограниченіемъ выраженнаго въ другомъ правоположеніи запрещенія. И, наконецъ, въ третьихъ, они могутъ имѣть историческое значеніе, содержа въ себѣ лишь указаніе на отмѣну прежде существовавшаго запрещенія.

§ 37. Право и принужденіе.

Еще со временъ схоластики весьма распространено воззрѣніе признающее принужденіе существеннымъ отличительнымъ

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

признакомъ права [1]). Но особенное развитіе оно получило съ начала прошлаго столѣтія, когда право, какъ совокупность нормъ, осуществленіе которыхъ поддерживается принужденіемъ, было противупоставлено нравственности, недопускающей вовсе принужденія, требующей непремѣнно свободнаго подчиненія. Томазій, Кантъ и особенно Фихте довели это различіе до прямой противуположности права и нравственности, какъ правилъ внѣшней и внутренней жизни человѣка. Основаніемъ такому противуположенію служило, конечно, дуалистическое міровоззрѣніе. Разъ духъ и матерія, въ духѣ декартова ученія, признаются двумя независимыми субстанціями, внѣшній и внутреній міръ являются двумя совершенно разъединенными, совершенно разнородными сферами. Между ними нѣтъ взаимной связи, взаимнаго вліянія; каждый изъ нихъ существуетъ самъ по себѣ, у каждаго свои особые законы, въ каждомъ дѣйствуютъ и особыя силы. Міръ внѣшній и міръ внутренній это два противуположныхъ полюса. Внѣшній порядокъ, право, не можетъ поэтому поддерживаться внутренними стимулами. Оно по необходимости опирается исключительно на внѣшнюю силу, на принужденіе. Между принужденіемъ и силами внутренней духовной жизни нѣтъ ничего общаго, нѣтъ никакихъ соединяющихъ переходовъ. Принужденіе не можетъ, слѣдовательно, имѣть какой-либо внутренней, психической основы: оно есть самостоятельное, послѣднее основаніе дѣйствія права.

Таковъ послѣдовательный выводъ, къ которому приводитъ строгое, абсолютное разграниченіе внутренней и внѣшней сферы. Но подобное разграниченіе современной наукой безусловно отвергается. Мы знаемъ, что душевная наша жизнь обусловлена физической и наоборотъ, что физіологическіе процессы постоянно переходятъ въ психическіе, психическіе—въ физіологическіе, и строгое разграниченіе ихъ часто дѣло невозможное. Словомъ, духовная и физическая стороны нашего бытія не суть двѣ старательно размежеванныя половинки: а, напротивъ, они, такъ сказать, взаимно проникаютъ другъ друга, они на каждомъ шагу приходятъ во взаимное соприкосновеніе. При такомъ взглядѣ на дѣло казалось бы само собой должно было пасть мнѣніе, будто

[1]) Донеллъ приводитъ весьма любопытный аргументъ, выставлявшійся схоластиками въ подтвержденіе тождества права и силы: „Quidam volunt, jus dictum esse per metathesin, ut sin *ius* quasi *vis* conversis literis; quod rei minime convenit. Nam neque vis omnis jus est; et si qua justa est, prope est, ut vis non sit appellanda. (*Donelli*, Commentarii de jure civili, 1. I, c. 4, § 2). Этотъ аргументъ повторилъ однако еще Лютеръ *Göschel* Zerstreute Blätter, II, 1835, s. 424, 425.

право, какъ внѣшій порядокъ, должно непремѣнно основываться въ своемъ дѣйствіи на принужденіи. Вѣдь при взаимной обусловленности физической и духовной жизни внѣшнее принужденіе не можетъ не вызывать душевныхъ движеній и слѣдовательно принужденіе и духовные стимулы идутъ всегда рука объ руку, обусловливая другъ друга. Да и самое признаніе права *внѣшнимъ* порядкомъ должно бы было потерять свое прежнее значеніе. Такое обозначеніе теряетъ теперь свою прежнюю опредѣленность, такъ какъ внѣшнее и внутреннее уже не представляются намъ, какъ прежде, безусловными противоположностями. И дѣйствительно органическая школа, которая какъ мы видѣли, исходитъ изъ признанія взаимной обусловленности всѣхъ явленій міра, а слѣдовательно въ частности и всѣхъ сторонъ человѣческой жизни, не признаетъ, чтобы право было совокупностью только внѣшнихъ условій; не признаетъ также и того, чтобы принужденіе было его существеннымъ признакомъ. Казалось бы къ тому же выводу, и даже еще съ бо́льшею необходимостью, должны придти тѣ, кто, не стараясь проводить, подобно Краузе, сомнительнаго разграниченія между условіемъ и причиной, не обинуясь, распространяютъ примѣненіе принципа причинности на всѣ явленія безъ изъятій. Если кто, то именно реалисты должны бы были отринуть то разграниченіе права и нравственности, которое въ правѣ видитъ законъ внѣшній, опирающійся на принужденіе, въ нравственности—законъ нравственности, опирающійся на внутренніе духовные стимулы. Но тутъ повторилась обыкновенная въ такихъ случаяхъ исторія: реализмъ, явившійся какъ естественная реакція противъ царившаго долгое время въ наукѣ права идеализма, впалъ въ другую крайность. Какъ теоріи врожденныхъ идей былъ первоначально противопоставленъ грубый сенсуализмъ, все сводившій къ внѣшнему опыту, такъ и современный реализмъ въ юриспруденціи склоненъ правомъ признавать лишь то, что опирается на силу внѣшняго принужденія. Въ послѣднее время это, очень распространенное между изслѣдователями положительнаго права, мнѣніе нашло себѣ сильную поддержку и общее теоретическое обоснованіе въ извѣстномъ произведеніи Іеринга «Цѣль въ правѣ» [1]). Тѣмъ не менѣе въ этомъ ученіи нельзя не видѣть крупнаго заблужденія. Какъ я

[1]) Zweck im Recht, I, 318. Die gangbare Definition lautet-Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden *Zwangsnormen*, und sie in meinen Augen vollkommen das Richtige getroffen. Die beiden Momente, welche sie in sich schliesst, sind die der *Norm* und die der Verwirklichung durch den *Zwang*.

постараюсь сейчасъ доказать, принудительность не есть ни основное, ни даже общее свойство правовыхъ явленій.

Прежде всего принужденіе не есть основная принадлежность права. Основнымъ свойствомъ называютъ такое, которое предполагается всѣми другими, изъ котораго они всѣ вытекаютъ, такъ что безъ этого свойства нельзя себѣ и представить явленія. И наоборотъ: основное свойство обусловливаетъ уже собою всѣ остальныя, такъ что мы можемъ себѣ представить явленіе съ однимъ этимъ свойствомъ, ибо оно содержитъ въ себѣ, такъ сказать, всѣ остальныя. Но принужденіе вовсе не стоитъ въ такомъ отношеніи къ праву. Мы можемъ себѣ представить право безъ принужденія. Если бы общество все состояло изъ людей святыхъ, принужденіе было бы совершенно излишне: каждый бы и такъ уважалъ чужое право и выполнялъ свои обязанности. Но право все-таки бы существовало, такъ какъ для того, чтобы я могъ добровольно исполнить свои обязанности и воздать каждому свое, нужно, чтобы было опредѣлено, въ чемъ мои обязанности и въ чемъ заключается это «свое» каждаго. Даже въ отношеніи къ обыкновенному обществу грѣшныхъ, нельзя не признать, что юридическій порядокъ тѣмъ прочнѣе, тѣмъ нормальнѣе, чѣмъ рѣже примѣняется принужденіе [1]). Но немыслимо право, которое бы всецѣло и исключительно опиралось на одно только принужденіе. Немыслимъ такой порядокъ вещей, при которомъ никто не выполнялъ бы своей юридической обязанности добровольно, если бы каждаго приходилось принуждать къ повиновенію закону; немыслимъ, потому что кто же бы тогда сталъ принуждать? [2]).

Все это такъ ясно, такъ очевидно, что считающіе принужденіе существенной принадлежностью права, не рѣшаются утверждать, чтобы одно принужденіе было достаточно для поддержанія силы права [3]). Они обыкновенно ставятъ вопросъ нѣсколько иначе. Они утверждаютъ только, что хотя силы права, его могущество и не основывается только на принужденіи, но что принужденіе все-таки есть необходимое предположеніе всѣхъ дру-

[1]) *Ziller*, Allgemeine philosophische Ethik, 1880, s. 221. Man ist auch wenigstens allgemein überzeugt, dass Rechtsleben um so gesünder sei, je weniger Zwang angewendet zu werden brauche.

[2]) *Ahrens*, Encyclopädie, 1857, s. 43. *Trendelenburg*, Naturrecht, s. 19. 89. *Jellinek*, Recht, Unrecht, Strafe, s. 50. *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, 1877, s. 51. *Thilo*, Die theologisirende Rechts und Staatslehre, 1861 s. 330.

[3]) *Jhering*, Zweck im Recht, I, s. 556. *Schäffle*, Bau und Leben des socialen Körpers, I, 1881, s. 663.

тихъ основаній господства права; что если бы право не имѣло за собой принужденія, то всѣ другія основанія его силы, нравственное и религіозное чувство, убѣжденіе въ его разумности, полезности и т. п. потеряли бы свое значеніе [1]). Дѣло въ томъ, что право предполагаетъ взаимность. Я обязанъ уважать права другого, если онъ самъ уважаетъ мои. Если же я подвергаюсь неправомѣрному нападенію, я не обязанъ уже стѣсняться уваженіемъ къ правамъ нападающаго: vim vi repellere licet. Потому добросовѣстное исполненіе юридическихъ обязанностей предполагаетъ увѣренность въ томъ, что они будутъ соблюдаемы всѣми. Точно также разумность или полезность правовыхъ нормъ только и мыслима подъ условіемъ ихъ общаго соблюденія всѣми. Если законы будутъ исполняться одними благоразумными людьми, а людямъ неблагоразумнымъ будетъ предоставлена свобода нарушать требованія закона, то и самый разумный законъ превратится въ нелѣпый. Очень разумно, напримѣръ, требованіе, каждое зачумленное или хотя бы только подозрительное животное немедленно убивать. Но оно разумно лишь подъ условіемъ общаго его соблюденія. Если же хотя бы нѣсколько легкомысленныхъ людей не выполнятъ его, то всѣ стѣсненія, перенесенныя болѣе благоразумными, окажутся безплодными, такъ какъ больной скотъ легкомысленныхъ хозяевъ, оставленный ими въ живыхъ, послужитъ достаточнымъ разсадникомъ заразы.

На первый взглядъ подобные аргументы могутъ показаться неотразимыми. Но вглядѣвшись въ нихъ внимательнѣе, не трудно замѣтить, что они бьютъ дальше цѣли, что они или ничего не доказываютъ, или доказываютъ уже слишкомъ много. Дѣйствительно, если право можетъ быть соблюдаемо лишь подъ условіемъ его неуклоннаго соблюденія всѣми безъ исключенія, то оно попросту *никогда*не можетъ соблюдаться. И тамъ, гдѣ существующее право имѣетъ за собой принудительную санкцію, оно можетъ быть нарушаемо. Нѣтъ власти въ мірѣ, которая была бы въ состояніи силою принудить всѣхъ и каждаго къ повиновенію всѣмъ ея велѣніямъ. Съ другой стороны, люди вообще въ своихъ дѣйствіяхъ, руководствуются не увѣренностью, потому что она почти никогда недостижима, а только вѣроятностью, которая практически оказывается достаточно пригодной основой нашего поведенія. Такъ, при соблюденіи права люди довольствуются вѣроятностью его соблюденія въ большинствѣ случаевъ. Будетъ ли право

[1]) Смотри въ особенности у *Fichte*, Grundlage des Naturrecht, 1796, I, s. 163—179 Изъ современниковъ у *Lasson*, System der Rechtsphilosophie. 1882, s. 205—207.

имѣть принудительную санкцію или нѣтъ, увѣренности въ его соблюденіи во всѣхъ случаяхъ не можетъ быть. Ни при какихъ условіяхъ нельзя быть увѣреннымъ, что всѣ зачумленныя животныя будутъ немедленно умерщвлены. Но для разумности такого требованія достаточности вѣроятности, что большинство изъ нихъ будетъ умерщвлено, потому что и этимъ уже значительно уменьшится вѣроятность широкаго распространенія чумы. Вѣроятность же соблюденія закона въ большинствѣ случаевъ, единственно возможная, не обусловлена вовсе принужденіемъ. Такъ, вѣроятность соблюденія правила объ умерщвленіи зачумленныхъ животныхъ едвали болѣе увеличится при установленіи принудительныхъ къ тому мѣръ, нежели при общемъ распространеніи убѣжденія въ разумности такого правила.

Итакъ принудительность не есть основное свойство права. Но оно не есть и *общее* свойство правовыхъ явленій.

Какъ на это указалъ уже Бирлингъ [1]), ученіе, признающее принужденіе существеннымъ признакомъ права, могло сложиться и получить значительное распространеніе, только благодаря тому, что до сихъ поръ всѣ общіе вопросы юридической теоріи разработываются или цивилистами, или въ примѣненіи къ институтамъ гражданскаго права. Общіе догматическіе вопросы входятъ обыкновенно въ изложеніе гражданскаго, да и содержаніе системы естественнаго права главнымъ образомъ заключается въ анализѣ институтовъ частнаго права.

Но стоитъ только обратиться къ институтамъ публичнаго права, чтобы увидѣть невозможность считать принужденіе общею принадлежностью всякаго права. Политическія права прежде всего могутъ быть нарушены именно правительственными органами. Спрашивается: какъ же они могутъ въ томъ случаѣ охраняться принужденіемъ? [2]).

Но на это намъ, пожалуй, скажутъ, что еще вопросъ: точно ли публичное право—право? Вѣдь говоритъ же Реннекампфъ, что «права публичныя не имѣютъ всегда строго юридическаго характера» [3]). А Гумпловичъ, такъ тотъ прямо заявляетъ, что «если частное право—право, то государственное право не должно называться правомъ, а какъ-нибудь иначе», ибо они *качественно* различны [4]). Оставляемъ потому въ сторонѣ публичное право.

[1]) *Bierling*, l. c., s. 11: Die Lehre von den allgemeinen Grundbegriffen gehörte gewissermasen zur Domaine des Privatrechts.

[2]) *Thon* Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, s. 6.

[3]) Очерки юридической энциклопедіи 1868, стр. 159.

[4]) *Gumplowicz*, Rechtsstaat und Socialismus, s. 13.

Но и въ частномъ правѣ развѣ каждое право можетъ быть принудительно осуществлено?

Развѣ не остаются и гражданскія претензіи часто неосуществленными, хотя бы потому, что судъ мирволитъ отвѣтчику или самъ отвѣтчикъ заблаговременно укрылъ все свое имущество въ надежное мѣсто? [1]).

Впрочемъ, можетъ быть, дѣло надо понимать нѣсколько иначе. Можетъ быть, признавая принужденіе существенною принадлежностью права, понимаютъ не такъ, чтобы каждое конкретное правовое притязаніе во всѣхъ случаяхъ, при всякихъ фактическихъ условіяхъ могло быть принудительно осуществлено, а лишь въ томъ, что всякое право «вообще» «при нормальномъ порядкѣ вещей» *способно* быть принудительнымъ путемъ осуществлено. Слѣдовательно тутъ рѣчь идетъ не о фактической, конкретной возможности принужденія, а лишь объ общей, предполагаемой, идеальной. Если такъ, то уже нельзя говорить, что каждое право *можетъ* быть принудительно осуществлено. Слѣдуетъ сказать лишь, что въ отношеніи каждаго права *должна бы* существовать возможность принудительнаго его осуществленія. Нельзя не замѣтить, что при такой постановкѣ вопросъ становится крайне неопредѣленнымъ и во всякомъ случаѣ изъ вопроса о томъ, каковы *суть* свойства права, превращается въ вопросъ о томъ, каковы бы *должны* быть они. Но пусть будетъ такъ! Допустимъ и такую постановку. Выигрываетъ ли отъ этого въ убѣдительности оспариваемый нами взглядъ? Нисколько. Прежде всего, многія нормы вовсе и не предполагаютъ принудительнаго ихъ осуществленія. Нормы, послѣдствіемъ нарушенія которыхъ является принудительное осуществленіе содержащагося въ нихъ велѣнія, составляютъ только часть юридическихъ нормъ. Если считать юридическими только такія нормы, то пришлось бы исключить изъ числа юридическихъ всѣ тѣ нормы, послѣдствіемъ нарушенія которыхъ является наказаніе, такъ какъ наказаніе не есть, конечно, принужденіе къ осуществленію той нормы, нарушеніе которой составляетъ фактическое предположеніе наказанія [2]).

Нетрудно затѣмъ показать, что значительное число правовыхъ требованій не способно вовсе къ принудительному осуществленію [3]). Принудительно осуществляемы могутъ быть, соб-

[1]) *Geyer*, Phil. Eint. in Holtzendorf's Encyclopedie, 4 Aufl. 1882, s. 5.

[2]) *Thon*, Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für Privat- und öffentliche Recht de Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1880, VII, B. Heft 2) s. 245.

[3]) *Kühnast*, Jhering's Definition des Rechts (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgbn. von Rassow und Küntzel, 1880, № 2—4) s. 155. Es

ственно говоря, только такія юридическія требованія, которыя заключаются въ требованіи *не дѣлать* что-либо или въ требованіи *предоставленія какой-либо вещи или пользованія ею*. Но требованія, относящіяся къ *содѣянію*, въ особенности къ личнымъ услугамъ, не могутъ быть осуществлены посредствомъ принужденія. Нельзя человѣка силою заставить выполнять какой-либо трудъ. Его можно подвергнуть наказанію; но наказать не значитъ заставить. Могутъ быть случаи, и дѣйствительно бываютъ, когда человѣкъ скорѣе пойдетъ на висѣлицу, нежели исполнитъ то, что отъ него требуютъ.

Во всей нашей аргументаціи, говоря о принужденіи, мы разумѣли, принужденіе физическое: къ нему только и относятся всѣ наши доводы. Возможно, конечно, и иное пониманіе принужденія. Такъ Іерингъ, признавая принужденіе (Zwang) существеннымъ признакомъ права, разумѣетъ при этомъ не только физическое, но и психическое принужденіе [1]). Конечно, отчего же не понимать дѣла и такъ. Но только надо помнить, что при такомъ пониманіи такъ расширяется самое понятіе принужденія, что споръ дѣлается совершенно безпредметнымъ. Если подъ принужденіемъ разумѣть и психическое принужденіе, то конечно, принужденіе сопутствуетъ каждому правому явленію. Но *такое* принужденіе стоитъ не только за правовыми нормами, но и за принципами нравственности, и за догматами религіи и даже за логическими и эстетическими законами. Сознательное нарушеніе нравственнаго долга неразлучно съ представленіемъ объ униженіи человѣка въ своихъ собственныхъ глазахъ и въ глазахъ другихъ. Грѣхъ вызываетъ за собой представленіе о божьемъ гнѣвѣ и божьей карѣ. Нарушеніе законовъ логики—о лживости и ненадежности получаемыхъ выводовъ. Нарушеніе законовъ прекраснаго—о непріятномъ чувствѣ безобразія. И всѣ такія представленія о непріятномъ, нежелательномъ въ какомъ-либо отношеніи производятъ такое же психическое принужденіе, какъ и представленія о предстоящемъ гражданскомъ взысканіи или уголовной карѣ. Разумѣется тутъ представляется чрезвычайное разнообразіе въ степени, въ силѣ принужденія. Но принужденіе, служащее цѣлямъ права, далеко не всегда есть сильнѣйшее. Страхъ гнѣва божія или

---

scheint aber auch, als ob die Frage wohl aufgeworfen werden darf, ob überhaupt die Erfüllung irgent einer Rechtspflicht und insbesondere die Leistungsabsicht erzwingbar ist.

[1]) Іерингъ (Zweck im Recht, 239) говоритъ собственно о *психологическомъ* принужденіи, что совершенно безсмысленно, такъ какъ психологическій значитъ относящійся къ *наукѣ* о душѣ.

страхъ общественнаго позора можетъ быть несравненно сильнѣе страха какого-нибудь денежнаго взысканія или кратковременнаго ареста; такимъ образомъ, если ужъ мы станемъ говорить о психическомъ принужденіи, то нѣтъ никакого основанія видѣть въ принужденіи отличительный признакъ одного только права. Психическое принужденіе причастно всему, что имѣетъ какое-нибудь отношеніе къ человѣческому сознанію. Слѣдовательно, говоря, что право опирается на психическое принужденіе, мы говоримъ только, что велѣніе юридическихъ нормъ обращено къ человѣческому сознанію: не болѣе.

Итакъ нельзя въ принужденіи видѣть существенный, отличительный признакъ права. Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы принужденіе, и именно физическое принужденіе не играло въ правѣ весьма видной роли. Значеніе его въ юридической жизни обусловливается прежде всего тѣмъ, что развитіе юридическаго порядка всегда приводитъ къ воспрещенію всякаго частнаго насилія (vis privata). Въ сколько-нибудь развитомъ юридическомъ быту допускается осуществленіе принужденія только со стороны общественной власти. Таково по крайней мѣрѣ общее правило. Затѣмъ и органы власти должны пользоваться принужденіемъ только для осуществленія правомѣрныхъ требованій. Въ силу этого нормальный порядокъ вещей въ современныхъ культурныхъ обществахъ таковъ, что принужденіе служитъ исключительно праву. Въ этомъ, и только въ этомъ смыслѣ можно сказать, что принужденіе есть исключительная принадлежность права. Но, конечно, это совсѣмъ не то же, что признать принудительность общимъ свойствомъ права, или видѣть въ принужденіи необходимое основаніе права. Мы говоримъ только, что съ прогрессомъ общественная жизнь стремится къ возобладанію надъ силой и пользуется ею, насколько она является пригоднымъ средствомъ для осуществленія права. Но право можетъ обойтись и безъ принужденія, и не всякое право осуществимо чрезъ принужденіе.

Установленіе монополіи, такъ сказать, принужденія за общественной властью имѣетъ весьма важное значеніе. Оно не только обезпечиваетъ условія мирнаго общежитія и сообщаетъ бо́льшую твердость тѣмъ правамъ, которыя могутъ быть принудительно осуществляемы, но это вліяетъ косвенно и на упроченіе всѣхъ правъ вообще. Случаи принудительнаго осуществленія права, при государственной монополіи принужденія почти всегда успѣшнаго, не могутъ не производитъ на умы сильнаго впечатлѣнія, и потому въ глазахъ большинства, не имѣющаго яснаго понятія

о томъ, каковъ предѣлъ возможнаго примѣненія принужденія, представленіе о правѣ, невольно ассоціируется съ представленіемъ о принудительномъ его осуществленіи. Въ наивномъ правосознаніи, чуждомъ критическаго анализа, всегда живетъ поэтому убѣжденіе о возможности принудительнаго осуществленія всякаго права безъ исключенія. Эта наивная увѣренность имѣетъ большое значеніи въ юридическомъ быту, но ей не можетъ быть мѣсто въ наукѣ; потому что, какъ мы видѣли, она не можетъ выдержать пробы строгаго анализа.

§ 38. Право и нравственность.

Выводъ, къ которому мы пришли при обсужденіи вопроса о соотношеніи права и принужденія можетъ, однако, возбудить одно сомнѣніе, нами еще не разсмотрѣнное. Непризнаніе принужденія существеннымъ признакомъ правовыхъ явленій не уничтожаетъ ли всякое различіе между правомъ и нравственностью, не представляется ли съ нашей точки зрѣнія совершенно необъяснимымъ такое различіе? И подобнымъ сомнѣніямъ можно дѣйствительно найти основаніе въ томъ взглядѣ на соотношеніе права и нравственности, какой выработался и установился въ прошедшемъ столѣтіи и до сихъ поръ пользуется большою популярностью. Взглядъ этотъ, впервые выраженый Томазіемъ, сводитъ различіе нравственности и права именно къ вынуждаемости. Тѣ обязанности, къ выполненію, которыхъ можно принудить, суть юридическія; тѣ которыя недопускаютъ принудительнаго исполненія — нравственныя. Вслѣдъ за Томазіемъ такое разграниченіе права и нравственности было усвоено и развито Кантомъ и особенно Фихте. Послѣдній доводитъ это различіе до прямого противуположенія, такъ что у него право уже вовсе теряетъ всякій этическій характеръ, являясь лишь внѣшнимъ, механическимъ установленіемъ, обезпечивающимъ возможность людскаго общенія. Историческое значеніе этого ученіе безспорно. Въ свое время оно оказало весьма серьезную услугу, явившись реакціей противъ господствовавшаго тогда стремленія на все распространять принужденіе, всего достигать чрезъ принужденіе и у Томазія, напримѣръ, оно идетъ рука объ руку съ ученіемъ о неприложимости принужденія въ вопросахъ совѣсти, вѣры. Но теоретическое значеніе этого ученія теперь уже совершено поколеблено. Правда въ учебникахъ это ученіе, видящее въ принужденіи отличительный признакъ права отъ нравственности, удерживается многими и до сихъ поръ.

Но серьёзными мыслителями, не дорожащими готовыми формулами и не принимающими ихъ безъ всякой критики, этотъ взглядъ уже давно отвергнутъ. Самъ Фихте, доведшій въ своемъ Grundlage des Naturrechts 1796 ученія Томазія до крайности, въ позднѣйшую стадію своего философскаго развитія отказался отъ него. Въ System der Rechtslehre, 1812, онъ уже не противуполагаетъ права и нравственности, а напротивъ рѣшительно сближаетъ ихъ между собой, признавая право за необходимое условіе осуществленія нравственности. Этому примѣру Фихте послѣдовало и большинство современныхъ изслѣдователей вопроса о соотношеніи права и нравственности. Они также отказываются отъ рѣзкаго противоположенія права нравственности. Они признаютъ сблизить вновь эти, совсѣмъ было разобщенныя, понятія. Конечно, такое сближеніе не доходитъ до полнаго отрицанія различія между правомъ и нравственностью. Но сближеніе права съ нравственностью приводитъ неизбѣжно къ тому, что и въ правовыхъ явленіяхъ обращаютъ должное вниманіе на ихъ психическую сторону, и слѣдовательно и къ невозможности отстаивать за принужденіемъ значенія существеннаго, основнаго свойства права. И дѣйствительно, многіе приходятъ къ такому именно заключенію. Мы можемъ указать не одну теорію, строющую различіе права и нравственности вовсе не на признакѣ принудительности. Такъ Еллинекъ [1]) видитъ въ правѣ ничто иное какъ этическій минимумъ. Право, по его мнѣнію, есть совокупность тѣхъ нравственныхъ требованій, которыя на одной стадіи общественнаго развитія признаются безусловно необходимыми, признаются за conditio sine qua non самого общенія. Все, что въ нравахъ содержится сверхъ этого есть уже нравственность въ отличіе отъ права. Соблюденіе собственно нравственныхъ требованій только желательно, а не необходимо: это своего рода роскошь. Нерѣдко, конечно, таково бываетъ соотношеніе права и нравственности. Но нельзя сказать, чтобы такъ было всегда, чтобы такое соотношеніе было необходимо, какъ обусловленное самымъ существомъ права и нравственности. Достаточно указать на возможность противорѣчія права и нравственности, на возможность признанія безнравственнымъ не только того, что право допускаетъ, но и того также, что право требуетъ. Если право требуетъ безнравственнаго, нельзя же въ такомъ требованіи видѣть «этическаго минимума».

Другое разграниченіе права и нравственности, независимо

[1]) *Jellinek*, Recht, Unrecht, Strafe. 1878.

отъ признака принудительности, исходитъ изъ противуположенія личности и общества. Нравственность тяготѣетъ къ особи, право— къ обществу. Нравственность есть норма индивидуальной жизни, право—общественной. Такое разграниченіе права и нравственности, съ значительными впрочемъ уклоненіями въ подробностяхъ, принимаютъ напр. Шталь, Редеръ, Шеффле. Шталь [1]) стоитъ на теологической почвѣ; Редеръ [2]) на идеалистической; а Шеффле отправляется отъ сравненія человѣческаго общества съ организмомъ.

Ни одно изъ этихъ обоснованій не можетъ быть признано удовлетворительнымъ. Но самая мысль вполнѣ вѣрна. Нравственность дѣйствительно есть норма индивидуальнаго поведенія; право же необходимо предполагаетъ соотношеніе по крайней мѣрѣ двухъ личностей и потому всегда есть норма общаго поведенія нѣсколькихъ лицъ. Право, какъ мы видѣли, есть взаимное психическое воздѣйствіе людей, основанное на сознаніи возможности, обусловленной какой-либо общей идеей [4]). А такое психическое воздѣйствіе необходимо предполагаетъ, что обусловливающій наши права принципъ раздѣляется, признается тѣми, на кого мы производимъ воздѣйствіе. Иначе психическое воздѣйствіе такъ же невозможно, какъ говорить съ человѣкомъ на непонятномъ ему языкѣ. Конечно, и нравственность опредѣляетъ, между прочимъ, и наши отношенія къ другимъ. Но она указываетъ намъ только, какъ мы въ отношеніи къ нимъ должны поступать, и вовсе не предполагается при этомъ, чтобы данный нравственный принципъ раздѣлялся и этими другими. Каковы бы ни были нравственныя убѣжденія другого, мои нравственныя обязанности въ отношеніи къ нему отъ этого не мѣняются. Потому нравственный принципъ мыслимъ, какъ строго индивидуальный принципъ, какъ принципъ, признаваемый одной единственной личностью въ цѣломъ мірѣ. И такой нравственный принципъ, составляющій исключительное достояніе одной только личности, въ отношеніи къ ней проявитъ такое же дѣйствіе, какъ если бы онъ былъ и принципомъ, раздѣляемымъ многими милліонами людей. Напротивъ, правовой принципъ, признаваемый однимъ только человѣкомъ, былъ бы также безсиленъ, какъ и языкъ, понятный кому-нибудь лишь одному.

Въ связи съ этимъ стоитъ и различіе, весьма существенное,

---

[1]) *Stahl*, Die philosophie des Rechts, 5 Aufl. 1878. B. II. Abth. 1, s. 191.

[2]) *Röder*, Grundzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosofie, 2 Aufl., I 1860, s. 110.

[3]) *Schäfle*, Bau und Leben des socialen Korpers, 2 Aufl. I, 1881, s. 593.

[4]) Смотри стр. 14.

нравственныхъ и юридическихъ обязанностей. Нравственная обязанность обусловливается непосредственно нравственнымъ принципомъ. Поэтому она совершенно не зависитъ отъ того, требуетъ ли кто-нибудь ея выполненія, заинтересованъ ли кто въ этомъ, или нѣтъ. Юридическая обязанность обусловливается, напротивъ, правовымъ притязаніемъ, и если никто не заинтересованъ въ ея выполненіи, она падаетъ сама собой. Нравственныя обязанности въ этомъ смыслѣ безусловныя, юридическія—условны. Поэтому только въ правѣ имѣетъ значеніе правило, что volenti non fit injuria; къ нравственности оно неприложимо. Если кто бьетъ свою прислугу и та не жалуется, о правонарушеніи тутъ не можетъ быть рѣчи. Но нравственная сторона поступка этимъ нисколько не скрашивается. Точно также только къ праву приложимо и начало давности. Давность основывается именно на томъ, что, съ теченіемъ времени, интересъ, связанный съ возстановленіемъ нарушеннаго права или съ наказаніемъ преступника исчезаетъ, испаряется. А разъ нѣтъ интереса, связаннаго съ данной юридической обязанностью, уничтожается и самая обязанность. Съ нравственной же точки зрѣнія, давность не имѣетъ никакого значенія. Пройди хоть три давности, но если совершенное преступленіе не искуплено, оно все по прежнему будетъ мучить совѣсть и требовать покаянія, мзды.

Такимъ образомъ, непризнаніе принужденія существенной принадлежностью права, отнюдь не приводитъ къ смѣшенію права съ нравственностью, и отождествленію ихъ другъ съ другомъ.

Каково же соотношеніе права и нравственности?

Наблюденіе показываетъ намъ, что право и нравственность могутъ приходить въ столкновеніе. Можно имѣть право на такія дѣйствія, которыя, съ нравственной точки зрѣнія, недозволительны, какъ, напримѣръ, взысканіе богачемъ съ бѣднаго какой-нибудь ничтожной суммы денегъ, отказъ другому въ вещи, которая самому совсѣмъ не нужна. Бываютъ случаи, когда право даже требуетъ того, что считается нравственно недопустимымъ. Таковъ, напримѣръ, jus primæ noctis. Отсюда легко можетъ явиться мысль, что право и нравственность различаются принципіально и по содержанію, что содержаніе всегда и по необходимости различно, мало того, совершенно разнородно. Въ этомъ смыслѣ многіе различаютъ право и нравственность, какъ внѣшнее и внутреннее. Думаютъ, что право есть норма исключительно внѣшней дѣятельности, а свобода только внутренней. Но, во-первыхъ, все это различіе внѣшняго и внутренняго

крайне условно и относительно. А во-вторыхъ, нравственность не исключительно относится къ внутреннему міру: вѣдь, не довольствуется же она одними пожеланіями; она требуетъ дѣлъ, а дѣла относятся уже къ сферѣ внѣшней. И, что важнѣе всего, сопоставляя содержаніе юридическихъ и нравственныхъ, нельзя замѣтить принципіальнаго различія ихъ содержанія. Право содержитъ и правило чисто нравственнаго характера. Такъ, можно взыскивать съ бѣдняка, требуя отдачи хотя бы послѣдняго его имущества, однако, не безусловно. Постель, носильное платье и орудія, необходимыя для отправленія ремесла, служащаго ему источникомъ средствъ существованія, ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ продажѣ на удовлетвореніе судебнаго взысканія. Вмѣняется вообще доносить объ извѣстныхъ противузаконныхъ поступкахъ, но близкая родня освобождается вообще отъ дачи свидѣтельскихъ показаній. Договоры вообще обязательны для контрагентовъ; но если въ нихъ заключено что либо противное доброй нравственности, то это уже достаточная причина ихъ недѣйствительности.

Правда, есть группа нравственныхъ правилъ, не могущихъ вообще быть обращенными въ правила юридическія, потому что въ данной сферѣ правовыя требованія вообще неприложимы, неосуществимы. Таковы всѣ тѣ нравственныя требованія, осуществленіе которыхъ обусловлено наличностью извѣстнаго чувства. Если бы, напримѣръ, и были признаны права требовать отъ другаго любви или вѣры въ данный религіозный догматъ, такія права не имѣли бы никакого значенія, потому что человѣкъ не властенъ надъ своими чувствами. Признавая даже принципъ, обусловливающій за другимъ возможность требовать отъ меня любви или вѣры, я все-таки не могу по заказу любить и вѣрить. Исторія знаетъ примѣры преслѣдованія, напр., ересей, фактически это приводило только къ удержанію отъ проявленія еретической вѣры, а не къ уничтоженію самой вѣры въ еретическій догматъ. Точно также безсильно право и надъ убѣжденіями. Если человѣкъ признаетъ даже, что обязанъ въ своихъ убѣжденіяхъ согласоваться безусловно съ требованіями кого-нибудь другаго, напр., правительства, онъ все-таки окажется не въ состояніи убѣдить себя въ томъ, что ему представляется логической нелѣпостью. И тутъ точно также преслѣдованіе какихъ-либо убѣжденій препятствуетъ только ихъ обнаруженію, но не измѣняетъ убѣжденій. Есть, слѣдовательно, такія стороны человѣческой жизни, къ которымъ правовыя требованія неприложимы. Но это не составляетъ исключительно особенности вну-

тренней нашей жизни. И среди внѣшнихъ явленій общественной жизни можно указать такія, которыя не могутъ быть нормированы правомъ. Таковы, напр., цѣны: право не можетъ ихъ регулировать. И современное законодательство, сознавъ свое безсиліе въ этомъ отношеніи, отказывается отъ регулированія цѣнъ, точно также, какъ оно отказывается и отъ регулированія чувствъ или убѣжденій. Нельзя, слѣдовательно, сказать, чтобы сфера права совпадала со сферой внѣшнихъ отношеній: не ко всѣмъ и внѣшнимъ отношеніямъ приложимо право. Но нельзя ли найти какое-нибудь иное общее основаніе для опредѣленія границъ правовой сферы? Мнѣ кажется, что это невозможно. Такого общаго основанія не существуетъ. Предѣлы приложимости права не постоянны, они измѣнчивы, подвижны. Они опредѣляются не только самымъ существомъ права, но и складомъ общественной жизни, а онъ непрестанно мѣняется. Если право прежде склонно было вмѣшиваться въ людскія убѣжденія, то это объясняется въ извѣстной степени тѣмъ, что сами убѣжденія основаны были тогда не на доказательствахъ, а на слѣпомъ уваженіи къ авторитету, и потому требованіе, исходящее отъ авторитета, дѣйствительно, могло ихъ измѣнить. Точно также устраненіе въ настоящее время регламентаціи экономическихъ отношеній непосредственно обусловлено капиталистической формой производства. Поэтому нѣтъ никакого ручательства, что отношенія, къ которымъ теперь право приложимо, въ будущемъ не будутъ признаны недопускающими юридической регламентаціи, и наоборотъ.

ГЛАВА III.

Соціальныя условія.

§ 39. Механическая и органическая теоріи [1]).

Если воля человѣка должна быть признана подчиняющейся общему закону причинности, то есть ли основаніе сохранять

---

[1]) *Espinas.* Des sociétés animales. 2 édition augmentée d'une introduction sur l'histoire de la sociologie eu général. 1878 (есть русскій переводъ). *Спенсеръ.* Изученіе соціологіи.

Де-Роберти. Соціологія. 1880. *Lilienfeld* Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft Bl. I—IV Mitau 1879. (Первый томъ есть и на русскомъ языкѣ, но имя автора означено лишь буквами П. Л.). *Спенсеръ.* Основанія соціологіи 2 тома 1876—1877. *Schäffle.* Bau und Liben des socialen Körpers. 2 Ausgabe. 1881.

изстари установившееся отдѣленіе явленій общественной жизни отъ явленій природы? Если и тамъ, и здѣсь дѣйствуетъ одинъ и тотъ же законъ причинности, если тамъ и здѣсь одинаково не имѣетъ мѣста свобода, то какое же различіе между сферою общественной жизни съ одной стороны и сферою природы — съ другой?

И дѣйствительно, при попыткахъ научнаго построенія теоріи общества, нерѣдко склоняются къ уподобленію общества естественнымъ аггрегатамъ. При этомъ одни думаютъ найти объясненіе общественныхъ явленій въ законахъ, опредѣляющихъ существованіе механическихъ аггрегатовъ, другіе въ законахъ органической жизни. Сообразно съ этимъ можно различать два воззрѣнія на общество—механическое и органическое.

Механическое воззрѣніе въ настоящее время находитъ уже мало сторонниковъ. Но въ XVII и XVIII столѣтіяхъ оно было общимъ убѣжденіемъ и раздѣлялось лучшими представителями научной мысли. Господство механическаго воззрѣнія на общество обусловливалось частью тѣмъ, что въ то время наибольшаго развитія достигло именно изученіе математики и механики, частью царившими тогда психологическими ученіями. Ученію о врожденныхъ идеяхъ противуполагалась тогда сенсуалистическая теорія, согласно которой человѣкъ является въ міръ безъ всякаго психическаго запаса и все содержаніе духа получается отъ испытываемыхъ имъ въ теченіи своей индивидуальной жизни впечатлѣній, а съ прекращеніемъ этой индивидуальной жизни полученный психическій запасъ исчезаетъ безслѣдно и накопленіе его для всякаго индивида должно начинаться съизнова. Понятно, что обѣ эти психологическія теоріи представляются одинаково чуждыми историческаго пониманія. Если каждый индивидъ получаетъ непосредственно одинъ и тотъ же запасъ врожденныхъ идей, если каждый долженъ накоплять ихъ для себя и только для себя путемъ личнаго опыта—то очевидно, каждый стоитъ совершенно обособленно, независимо отъ прошлыхъ поколѣній. Каждое поколѣніе само себѣ господинъ. Каждое поколѣніе живетъ какъ знаетъ и только для себя.

Отсюда естественный выводъ, что общежитіе есть продуктъ воли наличнаго поколѣнія. Люди не родятся, не развиваются въ обществѣ, а свободно вступаютъ въ общество. Установленіе общества обусловливаетъ нуждами и потребностями наличныхъ индивидовъ. Пока интересы не побуждаютъ ихъ вступить въ общество, или пока они не сознаютъ, что общество является подходящимъ средствомъ для удовлетворенія ихъ интересовъ, они жи-

вутъ, не соединяясь въ общество, изолированно, въ такъ называемомъ *естественномъ состояніи*. И точно также, когда стимулы, побудившіе людей образовать общество, исчезаютъ, они вновь возвращаются въ до общественное, естественное состояніе. Словомъ, общество, подобно механическимъ аггрегатамъ, опредѣляется въ своемъ существованіи одними лишь условіями настоящаго: оно есть произведеніе настоящаго поколѣнія, его настоящихъ интересовъ.

Механическое пониманіе общества, выразилось также и въ томъ, что человѣкъ внѣ общества, въ до-общественномъ состояніи предполагался совершенно такимъ же, какъ и въ обществѣ. Часть механическаго аггрегата не мѣняется отъ того, что будетъ отдѣлена или еще не включена въ аггрегатъ какая-нибудь шестерня, нисколько не мѣняется отъ того, вставлена она въ машину или нѣтъ. Но отдѣльный органъ живаго организма, будучи отдѣленъ или гибнетъ, или во всякомъ случаѣ значительно измѣняется, продолжая существованіе, какъ самостоятельный организмъ. Съ точки зрѣнія механической теоріи, человѣкъ подобно части механизма и внѣ общества предполагался надѣленнымъ тѣми же способностями, тѣми же чувствами, наклонностями, что и членъ общества. Мало того, полагали даже, что человѣкъ въ естественномъ состояніи находился на той же ступени интеллектуальнаго развитія, что и въ обществѣ. Иначе, конечно, естественный человѣкъ не могъ бы составить такой сложной и отвлеченной идеи, какъ идеи объ обществѣ, общественной власти, индивидуальной свободѣ, тѣмъ болѣе, что въ естественномъ состояніи онъ не могъ наблюдать ничего, соотвѣтствующаго этимъ понятіямъ. Между тѣмъ у всѣхъ, писавшихъ объ естественномъ состояніи, установленіе обществъ является результатомъ сознательнаго стремленія установить общественную власть, которая бы могла обезпечить осуществленіе людскихъ интересовъ, причемъ никогда не упускалось изъ виду опредѣленіе отношенія этой вновь учреждаемой власти къ индивидуальной свободѣ. Въ этомъ всѣ сторонники гипотезы объ естественномъ состояніи сходны. Но за тѣмъ въ представленіи о томъ, какъ шла жизнь людей въ естественномъ состояніи, замѣчается большое разногласіе. Воззрѣнія наиболѣе выдающихся представителей этого воззрѣнія, или такъ называемой школы естественнаго права, весьма удачно охарактеризованы Шопенгауеромъ. «Былъ, говоритъ онъ, поставленъ вопросъ, какъ должны отнестись другъ къ другу два человѣка встрѣтившіеся впервые? Пуффендорфъ думалъ, что они сойдутся

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., д. 7.

съ любовью; Гоббесъ, напротивъ, думалъ, что враждебно. По мнѣнію же Руссо, они прошли бы молча другъ мимо друга» [1]).

Все это ученіе объ естественномъ состояніи и объ образованіи общества путемъ свободнаго и сознательнаго акта людей, побуждаемыхъ къ тому своими интересами въ настоящее время, какъ я уже сказалъ, всѣми оставлено. Теперь не только отвергаютъ дѣйствительность подобнаго до-общественнаго состоянія — наблюденіе нигдѣ не представляетъ такого состоянія, а тѣмъ болѣе образованія общества вновь — но отвергаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и годность такого рода фикціи для научнаго объясненія общественныхъ явленій. Такого взгляда держался, напримѣръ, извѣстный нѣмецкій публицистъ Карлъ Соломонъ Цахарія. «Противуполагая, говоритъ онъ, государству естественное состояніе, этимъ вовсе не хотятъ сказать, что люди когда-либо дѣйствительно жили въ естественномъ состояніи.—Если даже люди всегда жили въ государствахъ—все-таки слѣдуетъ различать государство и естественное состояніе. Ибо человѣкъ можетъ составить себѣ о чемъ бы то ни было понятіе не иначе, какъ сравнивая данный предметъ съ ему противуположнымъ или хотя бы и сроднымъ но отличнымъ отъ него» [2]). Человѣкъ съ современной точки зрѣнія является, напротивъ, не только членомъ, но и продуктомъ общества. Внѣ общества мы его не можемъ его себѣ представить, по крайней мѣрѣ такимъ же, какъ въ обществѣ. Внѣ общества немыслимо развитіе симпатическихъ или альтруистическихъ чувствъ, немыслимъ даръ слова, и вмѣстѣ съ тѣмъ немыслимо конечно и достиженіе человѣкомъ той высокой степени умственнаго развитія, которой онъ такъ рѣзко отличается отъ животныхъ. Представленіе объ этомъ пресловутомъ естественномъ состояніи людей также безполезно для соціолога, какъ для физіолога безполезно было бы представленіе объ отдѣльномъ, изолированномъ существованіи отдѣльныхъ органовъ живаго тѣла.

Такимъ образомъ ученіе объ естественномъ состояніи должно быть отвергнуто безусловно. Но вмѣстѣ съ тѣмъ должно признать, что оно имѣетъ большое историческое значеніе. Оно несомнѣнно является первой попыткой дѣйствительно научнаго объясненія общественныхъ явленій. До того общественная жизнь разсматривалась какъ продуктъ дѣйствія какой-нибудь сторонней, независящей отъ самого общества и его элементовъ силы, напр. воли *божества*.

---

[1]) Parerga, II, s. 244, § 118.

[2]) *Zachariä*. 40 Bücher von Staat, 2 Ausg. 1838 B. I, s. 49.

Отсюда заключили, что и самый строй общественной жизни опредѣляется не природой общества и составляющихъ его элементовъ, а внѣ общества стоящей силой. Общество являлось пассивнымъ, инертнымъ матеріаломъ для дѣйствія чуждой ему и притомъ сверхъ естественной силы. Ученіе естественнаго права представляло напротивъ общество, какъ продуктъ естественнаго дѣйствія его собственныхъ составныхъ элементовъ, общественная жизнь являлась не рядомъ явленій, вызваннымъ и направляемымъ внѣшнею сверхестественною силой, а самоопредѣляющимся дѣйствіемъ элементовъ общества людей. Характеръ общества опредѣлялся не чуждою волею, а природой его элементовъ. Такой взглядъ представляетъ несомнѣнно весьма важный шагъ впередъ по пути научнаго пониманія общественныхъ явленій. Ошибка тутъ заключалась лишь въ опущеніи изъ виду того, что сами составные элементы общества являются продуктомъ общественной жизни, что потому и они сами имѣютъ исторію, что они не представляются неизмѣнными, что они не падаютъ съ неба готовыми, а родятся отъ людей, также жившихъ въ обществѣ и передавшихъ имъ путемъ наслѣдственности и примѣра большое историческое наслѣдіе индивидуальныхъ и общественныхъ навыковъ, съ которыми, каковы бы они не были, а приходится считаться.

Въ настоящее время разсмотрѣнное механическое воззрѣніе на общество имѣетъ значеніе лишь историческое, какъ прямая противуположность преобладающему теперь органическому воззрѣнію, явившемуся какъ реакція противъ односторонняго механическаго пониманія соціальныхъ явленій.

Первый рѣшительный ударъ механической соціальной теоріи былъ нанесенъ, какъ и слѣдовало ожидать, историческимъ направленіемъ. Если главная ошибка механическаго воззрѣнія заключалось въ игнорированіи опредѣляющаго вліянія на общественную жизнь *прошедшаго*, то естественно, что первыми его противниками должны были явиться тѣ, которые цѣлью своей поставили изученіе этого игнорируемаго прошедшаго.

Этому повороту особенно содѣйствовали успѣхи языкознанія, выяснившаго закономѣрный ходъ историческаго развитія языка. Прежде и въ языкѣ склонны были видѣть такое же искусственное установленіе, такое же изобрѣтеніе людей, какъ и въ общественной организаціи. Но научное изученіе языка привело къ представленію объ органическомъ характерѣ его роста и этотъ выводъ языкознанія, какъ мы видѣли, привелъ и въ правовѣдѣніи къ образованію исторической школы.

Ища аналогіи для построенія своего ученія, историческое направленіе естественно обратилось къ органическому міру, гдѣ *прошедшее* является важнымъ опредѣляющимъ моментомъ. И вотъ механическое и органическое, обозначающія основное дѣленіе явленій природы, стало выраженіемъ двухъ противуположныхъ воззрѣній на общество.

Органическое воззрѣніе есть продуктъ новаго времени и явилось не ранѣе конца прошлаго столѣтія. Мы можемъ конечно и раньше, даже въ глубокой древности, встрѣтить сближенія, уподобленія общества человѣку или другому животному. Діалогъ Платонъ Политейя весь построенъ на уподобленіи государства человѣку. Самъ Гоббезъ, этотъ основатель ученія объ естественномъ состояніи, сравнивалъ государство съ левіаѳаномъ. Но эти сравненія еще очень далеки отъ органическаго воззрѣнія. Дѣло въ томъ, что раньше вовсе не существовало понятія организма съ тѣмъ особымъ значеніемъ, какое ему придаютъ теперь [1]). И государство—левіаѳанъ Гоббеза, есть лишь громадная машина. Это не живой организмъ, а только автоматъ. Гоббезъ, будучи рѣшительнымъ матеріалистомъ, естественно не могъ признавать принципіальнаго различія между машиной и животными. Но также смотрѣли на дѣло и картезіанцы.

Для Декарта и его послѣдователей, также какъ и для матеріалистовъ, животныя представлялись не болѣе какъ машинами, двигающимися автоматически. Такъ же представлялась и природа человѣческаго тѣла. Душа играетъ по отношенію къ нашему тѣлу лишь роль безучастнаго свидѣтеля. Этотъ взглядъ на соотношеніе тѣла и души, какъ мы знаемъ, раздѣлялся и Спинозой и Лейбницемъ. Конечно такое воззрѣніе раздѣлялось не всѣми. Но механическому пониманію животной жизни противопоставлялась теорія анимизма, имѣвшая своихъ представителей уже въ лицѣ Пиѳагора, Платона, Аристотеля, Гиппократа, и въ средніе вѣка въ лицѣ Парацельза, Ванъ-Гельмона, а также схоластиковъ. Но полное свое выраженіе и развитіе она нашла лишь въ ученіи знаменитаго медика прошедшаго столѣтія, Сталя. Согласно этой теоріи анимизма тѣло есть лишь инертное орудіе нѣкой высшей и нематеріальной силы, лишенное всякой самодѣятельности. У Парацельза и Ванъ-Гельмона мы находимъ ученіе о существованіи въ нашемъ организмѣ цѣлаго ряда такихъ нематеріальныхъ силъ, археевъ, приводящихъ въ дѣйствіе раз-

[1]) *Claude Bernard.* La science experimentale. 1878, pp. 149—212. „Définition de la vie: les théories anciennes et la science moderne".

личные органы нашего тѣла. У Сталя всѣ эти археи замѣняются одной силой—душой, являющейся невидимымъ механикомъ, заправляющимъ ходомъ всѣхъ отправленій организма. Такимъ образомъ представители механической и анимистической теорій расходились совершенно въ объясненіи причины явленій животной жизни, но само тѣло, и у тѣхъ, и у другихъ одинаково понималось, какъ подобіе механизма. И картезіанецъ, и анимистъ въ организмѣ видѣли не болѣе какъ машину. Вся разница въ томъ, что одинъ считалъ эту машину дѣйствующей автоматически, другой—пассивнымъ орудіемъ души, лишеннымъ всякой самодѣятельности. При исключительномъ господствѣ такихъ воззрѣній на явленія жизни не могло, конечно, явиться опредѣленнаго противуположенія механическаго и органическаго воззрѣнія. Такое противуположеніе могло явиться только съ образованіемъ теоріи витализма, основателемъ которой былъ Ксавье-Биша [1]). Биша, жившій въ началѣ настоящаго столѣтія, утверждалъ, что причину жизненныхъ явленій должно искать не въ какомъ-то высшемъ, нематеріальномъ началѣ, но напротивъ въ свойствахъ той матеріи, въ которой совершаются жизненныя явленія. По мнѣнію Биша явленія жизни объясняются особыми жизненными свойствами (propriétés vitales), присущими живой матеріи, составляющей организмъ.

Эти жизненныя свойства не только отличны, но, можно сказать, противуположны общимъ физическихъ и химическимъ свойствамъ матеріи. Физическія свойства вѣчны и не отдѣлимы отъ матеріи. Жизненныя, свойства, напротивъ преходящи. Мертвая матерія, входя въ составъ организма, проникается ими, но только на время, такъ какъ по существу своему эти жизненныя свойства истрачиваются, потребляются съ теченіемъ времени. Представляя въ началѣ возростаніе, въ зрѣломъ возрастѣ они какъ бы неподвижны, но затѣмъ съ ходомъ жизни все слабѣютъ и, наконецъ, къ ея переходу совсѣмъ исчерпываются. Этимъ и объясняется развитіе и смертность живыхъ существъ. Вся жизнь есть ничто иное, какъ борьба жизненныхъ свойствъ съ физическими. Здоровье и болѣзнь суть ничто иное какъ различныя перепитіи этой борьбы. Выздоровленіе знаменуетъ собою побѣду жизненныхъ свойствъ. Побѣда физическихъ свойствъ есть смерть.

Доктрина витализма не могла, конечно, не произвесть полнаго переворота, въ воззрѣніи на соотношеніе механическихъ и органическихъ явленій. Она установляла, во-первыхъ рѣзкое

[1]) Его Anatomie générale явилось въ 1801 году. Онъ умеръ въ 1802 г.

противуположеніе мертвой и живой матеріи механизма и организма, наукъ физическихъ и біологическихъ, и этимъ обусловливала возможность опредѣленно формулированнаго противоположенія механическаго и органическаго воззрѣнія. Во-вторыхъ, витализмъ привелъ къ развитію идеи внутренней взаимной зависимости всѣхъ частей организма, другъ отъ друга и отъ цѣлаго, а не внѣшняго только ихъ соотношенія, и къ признанію за организмомъ самостоятельной активности, самодѣятельности, причину которой видѣли теперь въ свойствахъ цѣлаго и его частей.

Совпаденіе развитія историческаго направленія съ одной стороны, и появленія виталистической теоріи съ другой привело къ тому, что рука объ руку съ историческимъ изученіемъ общественныхъ явленій шло развитіе органическаго ихъ пониманія.

Мы знаемъ, что представители исторической школы постоянно говорили объ организмѣ народной жизни, объ органической природѣ правъ и т. п.

Дѣло не ограничивается одними внѣшними сближеніями общественной и животной организаціи. Въ философской системѣ Шеллинга выражается глубоко задуманное и весьма послѣдовательно проведенное органическое міросозерцаніе, объяснявшее и общественную жизнь по аналогіи съ жизнью органическою. И эта идея органическаго пониманія явленій общественной жизни дѣлается, можно сказать, одной изъ самыхъ популярныхъ, самыхъ распространенныхъ идей настоящаго столѣтія. Она нашла себѣ представителей среди мыслителей самаго разнообразнаго направленія. Между прочимъ и среди соціологовъ-позитистовъ весьма распространено признаніе общества организмомъ. Такой характеръ представляетъ и соціологическое ученіе самаго Конта, и тутъ связь органическаго ученія объ обществѣ съ теоріей витализма сказывается съ полною очевидностью. Контъ въ біологическомъ своемъ ученіи отправляется отъ ученія Биша [1]) о жизненныхъ свойствахъ. Онъ отвергаетъ правда существованіе антагонизма между жизненными и физическими свойствами и даже признаетъ гармонію организма и окружающей его среды существеннымъ условіемъ жизни [2]). Указываетъ также на замѣтные слѣды вліянія на Биша метафизическихъ ученій и потому предлагаетъ нѣкоторыя поправки въ подробностяхъ. Но вліяніе метафизики онъ считаетъ постороннимъ придаткомъ, значительно къ

[1]) Comte, Cours de philosophie positive, 4 édition, t. III, 1877. 14 lècon, pp. 187 et ss. (писано въ январѣ 1836 года).

[2]) L. c. p. 201: une harmonie entre l'être vivant et le milieu correspondant caractérise évidement la condition fondamentale de la vie.

тому же сглаженнымъ въ позднѣйшемъ произведеніи Биша [1]). Основная же идея теоріи витализма остается руководящимъ началомъ и для Конта, недопускающаго и мысли о томъ, чтобы явленія жизни могли быть сведены къ явленіямъ физическимъ и химическимъ, чтобы они могли быть поняты и объяснены, какъ ихъ модификація [2]).

Раздѣляя такимъ образомъ установленное Биша противуположеніе явленій жизни всѣмъ другимъ, Контъ естественно пришелъ къ признанію общества организмомъ, такъ какъ нельзя отрицать значительнаго сходства явленій жизни и явленій общественности.

Въ настоящее время теорія Биша уже оставлена наукой. Рѣзкое разграниченіе жизненныхъ и не жизненныхъ явленій, выставленное имъ, не могло выдержать строгаго анализа и современная физіологія видитъ въ жизни лишь своеобразную модификацію дѣйствія тѣхъ же силъ, коими вызываются явленія въ неорганическомъ мірѣ. Клодъ Бернаръ, напримѣръ, сводитъ всѣ особенности живыхъ существъ къ тому, что явленія, наблюдаемыя въ нихъ опредѣляются воздѣйствіемъ не одной только внѣшней среды, но и особой средой внутренней, которой надѣленъ каждый организмъ. При такомъ взглядѣ на жизнь органическій и не органическій міръ настолько сближаются, что уже не можетъ быть удерживаемо ихъ рѣзкое противуположеніе въ духѣ витализма. Вмѣстѣ съ тѣмъ теряется основаніе для признанія общества организмомъ. Если явленія органическаго и неорганическаго міра не представляютъ противуположности, или они относятся другъ въ другу, какъ различныя модификаціи дѣйствія однихъ и тѣхъ же силъ, сходство, замѣчаемое въ явленіяхъ общественной и органической жизни, не даетъ еще права, сближая общественныя и жизненныя явленія, противополагать ихъ вмѣстѣ явленіямъ неорганическимъ. Для обоснованія такой классификаціи необходимо кромѣ того доказать, что сходство общественныхъ и органическихъ явленій значительно ближе сходства явленій органическихъ и неорганическихъ и, что съ другой стороны — это особенно важно — различіе явленій общественности и явленій жизни представляется менѣе существеннымъ, нежели различіе явленій органическаго и неорганическаго міра. Если при сходствѣ явленій общественности съ явленіями жизни окажется, что сходство это не превышаетъ сходства органическаго и неорганическаго міра, что различіе между ними по крайней мѣрѣ

[1]) L. c. p. 425—451.
[2]) L. c. p. 215.

столь же значительно и какъ различіе жизненныхъ и не жизненныхъ явленій, то нѣтъ никакого основанія, соединяя воедино жизнь и общественность, противополагать ихъ не органическому, а наоборотъ слѣдуетъ принять тройную классификацію: явленія неорганическія, органическія и общественныя.

На это сторонники органическаго воззрѣнія на общество обыкновенно не обращаютъ вниманія и сосредоточиваютъ всю свою аргументацію на доказательствѣ существованія сходства между обществомъ и организмомъ, возможности сближенія совершающихся въ нихъ процессовъ. Таковы, напримѣръ, аргументаціи Лиліенфельда и Спенсера. Они намѣчаютъ соотвѣтствіе въ явленіяхъ жизни и общественности, указываютъ, что общество подобно организму растетъ, дифференцируется въ строеніи, спеціализируется въ функціяхъ, выдѣляетъ изъ себя части, способныя къ самостоятельному существованію, и отсюда заключаютъ, что общество есть ничто иное, какъ организмъ. Между тѣмъ уже общій характеръ параллели, проводимой между явленіями общественности и жизни, способенъ подорвать довѣріе къ ея убѣдительности. Рядомъ съ безспорно поразительнымъ соотвѣтствіемъ тѣхъ и другихъ явленій въ подробностяхъ, въ общемъ параллель эта можетъ быть установлена лишь при соблюденіи одного условія, существенно подрывающаго значеніе всего этого сближенія. Аналогія общества и организма необходимо требуетъ сравненія явленій самой развитой общественности одновременно и съ развитыми формами органической жизни, и съ самыми низшими ея проявленіями: иначе невозможно найти органическихъ аналогій всѣмъ явленіямъ общественности. Такимъ образомъ, при несомнѣнно существующемъ соотвѣтствіи въ подробностяхъ, нѣтъ соотвѣтствія въ цѣломъ. Нельзя сказать, чтобы высшія формы общественности соотвѣтствовали высшимъ формамъ органической жизни, низшія—низшимъ. Наоборотъ, во многомъ высшія формы общественной жизни гораздо ближе подходятъ именно къ низшимъ формамъ органической, нежели къ высшимъ. При такомъ отсутствіи общаго соотвѣтствія естественно возникаетъ сомнѣніе: полно, точно ли общество организмъ, не есть ли оно особый порядокъ явленій, только частью сходныхъ съ явленіями органической жизни?

Другой общій недостатокъ этой аналогіи общества и организма заключается въ крайней неопредѣленности, а потому и произвольности. Стоитъ только сравнить между собой изложеніе Спенсера и Лиліенфельда, чтобы убѣдиться въ этомъ. Спенсеръ полагаетъ, что лица, составляющія общества, могутъ, смотря по различію

ихъ общественнаго положенія, соотвѣтствовать различнымъ клѣточкамъ организма. Рабочіе классы соотвѣтствуютъ пищеварительнымъ органамъ, правительственные классы нервнымъ и т. п. Напротивъ, Лиліенфельдъ полагаетъ, что люди всегда соотвѣтствуютъ только нервнымъ клѣточкамъ, такъ что нервная система общества слагается не изъ однихъ только правительственныхъ органовъ, какъ думаетъ Спенсеръ, а изъ всѣхъ лицъ, составляющихъ общество. Нервная система общественной группы — это все населеніе. Другія же системы слагаются не изъ людей; напримѣръ, система распредѣлительная—это пути сообщенія. Различіе, полагаю, весьма существенное. И тѣмъ не менѣе и Спенсеръ, и Лиліенфельдъ, каждый на свой ладъ, но съ одинаковымъ успѣхомъ проводятъ полнѣйшую, до мельчайшихъ подробностей, аналогію между обществомъ и организмомъ.

Наконецъ, третій общій недостатокъ всего этого органическаго воззрѣнія на общество, обусловленный двумя уже указанными, это тотъ, что оно не можетъ удовлетворить той цѣли, ради которой вообще установляются научныя гипотезы. Научная гипотеза служитъ ускоренію примѣненія дедуктивнаго метода къ извѣстной отрасли знанія. Но разъ нѣтъ общаго соотвѣтствія въ соотношеніи формъ органической жизни и формъ общественности, разъ самыя уподобленія общества и организма допускаютъ широкій просторъ произволу, органическая теорія не можетъ служить сколько-нибудь прочной основой научныхъ дедукцій. И дѣйствительно до сихъ поръ все органическое ученіе не дало никакихъ новыхъ выводовъ, новыхъ пріобрѣтеній. Оно дало только новую форму, уже имѣвшемуся на лицо матеріалу, новую систему изложенія, новыя рубрики, новую терминологію. Но рѣшительно ничего новаго по содержанію. Такимъ образомъ уподобленіе общества и организма по меньшей мѣрѣ безплодно. Но можно съ большимъ основаніемъ утверждать, что оно даже и прямо вредно. Эти сопоставленія явленій общественности и органической жизни, представляя широкій просторъ изощренію остроумія и игрѣ воображенія весьма заманчивы, и потому легко могутъ отвлечь умъ отъ другой, менѣе легкой и заманчивой, но болѣе плодотворной работы: собиранія новаго матеріала для выясненія особенностей явленій общественности.

Таковы общіе недостатки органической теоріи. Каковы же подробности?

Обращаясь къ подробностямъ проводимой Спеосеромъ параллели, мы тутъ наряду съ несомнѣннымъ сходствомъ замѣчаемъ и существенныя различія. Двѣ формы роста, наблюдаемыя

въ жизни естественныхъ организмовъ повторяются дѣйствительно и въ развитіи общественныхъ союзовъ. И общество ростетъ или въ силу присоединенія извнѣ общественныхъ группъ, или въ силу размноженія собственныхъ членовъ. Но ростъ путемъ присоединенія извнѣ представляетъ въ общественной жизни модификаціи, рѣшительно немыслимыя въ жизни организма. Ростъ путемъ присоединенія извнѣ встрѣчается лишь въ организмахъ, не представляющихъ сколько-нибудь дифференцированнаго строенія. Въ отношеніи организмовъ, обладающихъ различной сложной организаціей онъ не встрѣчается. Напротивъ, въ общественной жизни эта форма роста встрѣчается даже при самой сложной, самой дифференцировавшейся общественной организаціи. Поэтому исторія обществъ человѣческихъ заурядъ представляетъ намъ примѣръ того, какъ отъ одного общества къ другому присоединяется какой-либо органъ, имѣющій спеціальную функцію и сохраняющій ее послѣ своего присоединенія къ новому общественному аггрегату. Въ исторіи современныхъ государствъ мы найдемъ множество примѣровъ присоединенія рѣзко обособленныхъ земледѣльческихъ округовъ, промышленныхъ центровъ, торговыхъ рынковъ, крѣпостей, портовъ—а все это съ точки зрѣнія Спенсера особые, дифференцировавшіеся органы общественнаго тѣла. Такой же характеръ имѣютъ переселенія или переходъ изъ одной стороны въ другую отдѣльныхъ личностей, когда они сохраняютъ свою профессію, когда членъ иностранной династіи дѣлается правителемъ государства, когда переселяются ремесленники, техники, капиталисты, профессора и т. п. Спенсеръ правда утверждаетъ, будто бы эмиграція играетъ въ исторіи народовъ такую ничтожную роль, что ее можно вовсе не принимать въ соображеніе. Но стоитъ вспомнить хотя бы только переселеніе негровъ въ Америку въ старое время, или теперь переселеніе въ нее же китайцевъ, наконецъ, и всю исторію Америки вообще, чтобы понять совершенную голословность и произвольность такого утвержденія Спенсера.

Точно также и процессъ спеціализаціи функцій представляетъ въ общественной жизни чрезвычайно существенныя особенности. Выдѣленіе, обособленіе функцій несомнѣнно и въ обществѣ есть признакъ извѣстной степени развитія. Такъ, войско, первоначально состоявшее изъ всего населенія, со временемъ обособляется и постоянныя арміи наемныя или набираемыя принудительно представляютъ уже вполнѣ обособленный элементъ общественной организаціи. Но между тѣмъ, какъ въ организмахъ прогрессивное развитіе на всѣхъ своихъ стадіяхъ представляетъ

неизмѣнный процессъ спеціализаціи и дифференціаціи, въ общественной жизни мы видимъ не то. Въ обществѣ спеціализація не безгранична; когда процессъ этотъ достигаетъ извѣстной предѣльной стадіи, начинается развитіе въ обратномъ направленіи. Такъ введенная теперь почти во всѣхъ государствахъ общая воинская повинность безъ сомнѣнія ослабляетъ обособленность арміи и представляетъ какъ бы возвратъ къ тому времени, когда войскомъ была не часть народа, а весь народъ въ цѣломъ. Это соображеніе приводитъ насъ къ другому различію, также весьма существенному. Въ организмѣ каждая клѣточка причастна лишь одной какой-либо строго опредѣленной функціи. Одна и та же клѣтка не можетъ быть поочередно то нервной клѣткой, то клѣткой поджелудочной желѣзы. Но въ обществѣ мы находимъ именно такое чередованіе функцій. Одинъ и тотъ же человѣкъ поочередно можетъ пахать землю, быть церковнымъ старостой, присяжнымъ засѣдателемъ, членомъ общиннаго или провинціальнаго управленія, членомъ законодательнаго собранія, а пожалуй и президентомъ республики. И это смѣшеніе разнообразнѣйшихъ функцій не уменьшается, а напротивъ, растетъ съ развитіемъ общества.

Въ отношеніи къ размноженію замѣчается почти тоже, что и въ отношеніи къ росту. Общество не только на всѣхъ стадіяхъ своего развитія удерживаетъ низшія формы размноженія, дѣленія и почкованія, но и вообще не знаетъ другихъ. Мало того, и самое распаденіе или отдѣленіе частей государства представляетъ въ дѣйствительности лишь самое поверхностное, внѣшнее сходство, ограничивающееся тѣмъ, что и въ томъ и въ другомъ отдѣляется нѣчто, продолжающее самостоятельное бытіе. Но размноженіе организмовъ поддерживаетъ родовую жизнь, отдѣлившіяся особи представляютъ тотъ же типъ, принадлежатъ вмѣстѣ съ своими предками къ одному виду. Въ общественной исторіи отдѣленіе частей даетъ совершенно другіе результаты. Если части государства отдѣлятся, то это обусловливается всегда значительной, такъ или иначе сложившейся, особностью отдѣляющейся провинціи. Обыкновенно въ такихъ случаяхъ существуетъ даже антагонизмъ, національный, религіозный, политическій и т. п. При такихъ условіяхъ отдѣлившаяся часть, конечно, не можетъ не представить въ своей семостоятельной организаціи существенныхъ рѣзкихъ отличій, сравнительно съ организаціей государства, отъ котораго она отдѣлилась. Примѣръ сѣверо-американскихъ штатовъ или славянскихъ княжествъ, какъ нельзя лучше это подтверждаютъ. Каждое отдѣльное государство имѣетъ рѣзко опре-

дѣленную индивидуальность и къ государствамъ поэтому рѣшительно непримѣнимо понятіе родовой жизни.

Въ ближайшей связи съ размноженіемъ стоитъ вопросъ о смертности обществъ. Дѣйствительно смертность, ограничивая существованіе особи, въ отношеніи къ жизни цѣлаго вида является основнымъ условіемъ прогресса. Вмѣстѣ съ тѣмъ смертность особей находитъ себѣ противовѣсъ въ неограниченномъ никакимъ предѣльнымъ срокомъ существованіи цѣлаго вида. И видъ можетъ исчезнуть съ лица земли. Но нельзя сказать, чтобы онъ былъ смертенъ въ томъ же смыслѣ какъ и отдѣльная особь, погибающая неизбѣжно не только при неблагопріятныхъ условіяхъ, но и при самыхъ благопріятныхъ—естественною смертью отъ старости. Поэтому, гдѣ нѣтъ видовой жизни, гдѣ мы находимъ только жизнь индивидуальную, тамъ естественно ожидать отсутствія естественной смертности. Безпримѣрность естественной смерти обществъ, не знающихъ ни размноженія, въ смыслѣ продолженія рода, ни родовой жизни, находитъ себѣ такимъ образомъ вполнѣ простое объясненіе. А соображенія Спенсера, будто безпримѣрность случаевъ естественной смерти обществъ есть явленіе лишь временное, вызванное недостаточнымъ еще развитіемъ международныхъ отношеній, есть весьма грубый софизмъ, Если дикарь склоненъ всякую смерть приписывать чьему-либо насилію или колдовству, то это находитъ себѣ объясненіе въ особенности его міросозерцанія, въ его суевѣріяхъ, словомъ имѣетъ чисто субъективную причину. Дикіе звѣри стоятъ гораздо ниже и первобытнаго человѣка, но случаи естественной смерти межъ ними не безпримѣрны и никто не сомнѣвается въ ихъ смертности. Значитъ объясненіе, даваемое Спенсеромъ неизвѣстности случаевъ естественной смерти, недостаточно, и невозможно съ нимъ согласиться, чтобы эта особенность общественной жизни не имѣла значенія. Если принять въ соображеніе указанную связь между смертностью и родовой жизнью, то эта черта получаетъ напротивъ весьма глубокій смыслъ.

Точно также едва ли можно признать удавшимся старанія Спенсера умалить значеніе двухъ другихъ упоминаемыхъ имъ существенныхъ различій между обществомъ и организмомъ.

Дискретность общества онъ старается представить только кажущейся и для этого приравниваетъ территорію, имущество, домашнихъ животныхъ къ омертвѣлымъ менѣе жизненнымъ частямъ организма каковы кости, волосы, верхній покровъ кожи. Но эти составныя части организма суть вмѣстѣ съ тѣмъ и продуктъ совершающихся въ немъ процессовъ и этимъ суще-

ственно отличаются отъ могущихъ иногда попасть въ организмъ, такъ называемыхъ инородныхъ тѣлъ. Да и съ такими даже натяжками не устранишь дискретности общества, если не игнорировать только совершенно произвольно общественныхъ союзовъ, неимѣющихъ опредѣленной территоріи. Такова, напр., церковь. Ея дискретность не можетъ быть ничѣмъ замаскирована, такъ какъ она состоитъ изъ разрозненныхъ, иногда очень мелкихъ и удаленныхъ другъ отъ друга, частей различныхъ государствъ. Точно также безусловно дискретно, напримѣръ, еврейство, представляющее тѣмъ не менѣе весьма опредѣленное единство и потому не могущее не быть признанной одной изъ общественныхъ единицъ. Да и территоріальныя общенія могутъ принимать такія формы, при которыхъ дискретность нельзя замаскировать никакими натяжками. Таковы случаи чрезполосности государственной территоріи, а также государствъ, имѣющихъ колоніи.

По вопросу объ отношеніи частей къ цѣлому въ обществѣ и въ организмѣ Спенсеръ останавливается только на вопросѣ, что является въ томъ и въ другомъ цѣлью и что средствомъ. Намъ кажется, что вопросъ этотъ совершенно праздный. Всякое самосознающее существо полагаетъ себя цѣлью, а все другое средствомъ. Человѣкъ считаетъ одинаково средствомъ для своихъ цѣлей и тѣ клѣточки, изъ коихъ самъ состоитъ, и то общество, въ составъ котораго входитъ, какъ составной элементъ. Это понятіе цѣли совершенно субъективное и еслибъ клѣточки обладали самознаніемъ онѣ, конечно, считали-бъ себя цѣлью, а организмъ, ими составляемый, средствомъ. На такой субъективной почвѣ невозможно получить никакого опредѣленнаго научнаго вывода. Оставляя въ сторонѣ телеологію, мы можемъ найти другую болѣе объективную постановку этого вопроса о соотношеніи частей и цѣлаго. Будемъ ли мы считать человѣка цѣлью, а общество—средствомъ или наоборотъ, мы во всякомъ случаѣ не можемъ не замѣтить существеннаго различія между отношеніями человѣка къ обществу и клѣтки къ организму, мы не можемъ отказать въ признаніи за человѣкомъ большей самостоятельности сравнительно съ клѣткой. Клѣтка всегда составляетъ исключительную принадлежность одного организма, она не можетъ быть одновременно причастна жизни нѣсколькихъ организмовъ. Она не можетъ временно оставить свой организмъ въ чужомъ. Въ организмѣ не могутъ находиться временно клѣточки—иностранцы. Между тѣмъ какъ въ общественной жизни иностранцы—заурядное явленіе. Поэтому воздѣйствію на себя одного организма клѣтка не можетъ найти противовѣса въ воздѣйствіи

другого организма, также включающаго ее въ себѣ. Для человѣка такое положеніе относительно общества не только возможно, но съ ходомъ цивилизаціи дѣлается все болѣе и болѣе общимъ фактомъ. Человѣкъ можетъ быть одновременно членомъ нѣсколькихъ разнородныхъ общественныхъ союзовъ, несовпадающихъ въ своихъ границахъ. Такъ, напр., нашъ подданный можетъ быть германской національности и членомъ католической церкви. При такихъ условіяхъ власти каждаго даннаго общества противустоитъ уже не изолированная, безсильная личность, а напротивъ личность, опирающаяся на поддержку другихъ общественныхъ союзовъ. Но, что еще важнѣе, при такихъ условіяхъ каждая отдѣльная личность не является продуктомъ исключительно даннаго общественнаго союза, а продуктомъ совмѣстнаго воздѣйствія нѣсколькихъ разнородныхъ союзовъ и, такъ какъ разныя личности принадлежатъ различнымъ союзамъ, то этимъ обусловливается большое разнообразіе индивидуальныхъ особенностей и населеній современныхъ государствъ, а иногда даже прямой разладъ, антагонизмъ личности съ окружающей ее общественной средой.

Итакъ, прослѣдивъ шагъ за шагомъ параллель, проводимую Спенсеромъ между обществомъ и организмомъ, мы наряду съ несомнѣнно существующимъ сходствомъ нашли по каждому изъ намѣченныхъ пунктовъ и существенныя особенности. Попытаемся же эти отдѣльныя особенности свести какъ-нибудь во-едино, найти имъ общее основаніе.

Если мы обратимся къ наукамъ, изслѣдующимъ явленія неорганическаго міра, то мы увидимъ, что тамъ всегда изслѣдованіе отправляется отъ изученія данныхъ условій, такъ что каждое явленіе опредѣляется наличностью тѣхъ условій, которыя дѣйствуютъ въ данное время. Для того, чтобы изучить свойство какого-нибудь химическаго вещества или законы движенія какого-нибудь тѣла, нѣтъ необходимости обращаться къ самому происхожденію этого вещества или движенія, къ опредѣленію того, какимъ образомъ явилось данное движущееся тѣло и каковъ источникъ движенія. Мы можемъ разсматривать данное движеніе, совершенно игнорируя источникъ движенія, тотъ толчекъ, которымъ вызвано движеніе. Такимъ образомъ въ неорганическомъ мірѣ все опредѣляется настоящимъ. Въ механикѣ, физикѣ, химіи нѣтъ ученія о развитіи, нѣтъ исторіи или чего-нибудь такого, что можно было бы назвать эмбріологіей. Механическій агрегатъ, напр. куча камней, можетъ существовать неопредѣленное время, если не нарушены условія равновѣсія, но онъ можетъ распасться во вся-

кое время, если эти условія нарушены. Приспособиться къ внѣшнимъ условіямъ онъ не можетъ. Такимъ образомъ существованія механической группы обусловливается настоящимъ, прошлое не даетъ ему энергіи, которая поддерживала бы его существованіе вопреки измѣнившимся обусловіямъ. Вотъ почему механическій агрегатъ не знаетъ естественной смерти. Куча камней можетъ существовать безконечно, но она можетъ и очень скоро распасться, если измѣнены условія. Словомъ, прошлое нисколько не вліяетъ на ея судьбу.

Если мы обратимся къ явленіямъ органическаго міра, то тамъ замѣтимъ совершенно другое, а именно тамъ изученіе отдѣльныхъ явленій не мыслимо безъ разсмотрѣнія послѣдовательнаго развитія. Если въ наукѣ объ явленіяхъ органическаго міра отбросить ученіе объ ихъ генезисѣ, то останется одна номенклатура. Для изученія природы живыхъ существъ необходимо обратиться къ разсмотрѣнію индивидуальнаго ихъ образованія, но этого мало, необходимо указать еще мѣсто, занимаемое даннымъ видомъ животныхъ въ общей цѣпи органическихъ твореній, указать, какъ они развиваются изъ зародыша, такъ что изслѣдованіе генезиса является необходимою принадлежностью всякой науки данной области. Зоологъ, не обращающійся къ эмбріологіи, не можетъ выяснить научнымъ образомъ ни одного изъ явленій органической жизни.

Если мы обратимся къ условіямъ существованія механическихъ агрегатовъ и органическихъ тѣлъ, то и здѣсь замѣтимъ значительную разницу. Куча камней можетъ распасться во всякое время при нарушеніи условій равновѣсія, между тѣмъ какъ всякое животное обладаетъ жизненностью, данною ему при рожденіи, обладаетъ извѣстною способностью приспособляться къ измѣняющейся внѣшней обстановкѣ, оказываетъ сопротивленіе неблагопріятнымъ условіямъ. Спенсеръ опредѣляетъ жизнь какъ способность приспособляться къ внѣшнимъ условіямъ. Это значитъ, что всякое животное можетъ приспособляться къ внѣшнимъ условіямъ, такъ какъ его существованіе опредѣляется прошлымъ, т. е. той энергіей, которая имъ получена при рожденіи. Организмъ самъ можетъ измѣняться, примѣняясь къ внѣшнимъ условіямъ жизни. Такимъ образомъ неорганическій міръ опредѣляется настоящимъ, а органическій настоящимъ и прошедшимъ. Законы наслѣдственности показываютъ, что прошлое всего человѣческаго рода и можетъ быть даже всего органическаго міра обусловливаетъ уже въ извѣстной степени характеръ и жизнь каждой отдѣльной человѣческой особи. Каждый животный зародышъ

получаетъ извѣстный запасъ энергіи, которая затѣмъ тратится на приспособленіе къ внѣшнимъ условіямъ жизни.

Если внѣшнія условія будутъ не благопріятны, то трата энергіи будетъ быстрѣе, если они благопріятны-медленнѣе, но какъ бы ни были они благопріятны все-таки необходимо наступитъ моментъ полнаго истощенія этой энергіи. Каждое живое существо погибаетъ не случайно, а погибаетъ потому, что оно истратило данную ему при рожденіи энергію для борьбы съ внѣшними условіями.

Обратившись отъ міра органическаго и неорганическаго къ міру общественныхъ явленій, необходимо прежде всего посмотрѣть, опредѣляются ли явленія въ этой сферѣ настоящимъ или прошедшимъ, или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ, или, наконецъ, чѣмъ-нибудь новымъ? Несомнѣнно, что общіе законы, которые управляютъ явленіями органическаго и неорганическаго міра, одинаково примѣняются и къ явленіямъ общественной жизни. Въ самомъ дѣлѣ, для общества имѣетъ важное значеніе настоящее, напр. тѣ условія, въ которыхъ стоитъ данное государство въ международномъ союзѣ. Возьмемъ, напр., Бельгію и Швейцарію. Несомнѣнно, что ихъ существованіе опредѣляется настоящими условіями. Географическое ихъ положеніе таково, что ни одно большое государство не можетъ допустить захвата территорій этихъ государствъ.

Но рядомъ съ настоящимъ для общества имѣетъ важное значеніе и прошлое. Каждое поколѣніе имѣетъ извѣстное вліяніе на развитіе общественной жизни въ будущемъ съ одной стороны, и каждое поколѣніе получаетъ богатое наслѣдство отъ отцевъ съ другой стороны. Жизнь и складъ общества тѣмъ болѣе опредѣляются прошедшимъ, чѣмъ болѣе это прошедшее богато историческими событіями, такъ что слабое общество въ настоящемъ можетъ, однако, существовать, если оно богато прошлымъ. Возьмемъ, напр., Римскую имперію. Она существовала въ теченіи долгаго времени послѣ того, какъ настоящія условія несомнѣнно вели къ паденію. Ея прошлое было такъ богато, что даже варвары, разрушившіе ея политическое могущество, не могли не преклониться предъ величіемъ ея цивилизаціи.

Но рядомъ съ прошлою историческою жизнью, опредѣляющею складъ общественной жизни, и рядомъ съ настоящими благопріятными и неблагопріятными условіями стоитъ еще третій важный элементъ, составляющій отличительную черту общественныхъ явленій. Въ силу того, что человѣкъ одаренъ сознаніемъ и памятью, онъ переносится отъ прошедшаго къ будущему. Память и желаніе это двѣ стороны одного и того же явленія. То, что

человѣкъ накопилъ въ опытѣ въ прошедшемъ, такъ или иначе онъ переноситъ въ будущее. Словомъ, онъ способенъ создавать представленіе о будущемъ, создавать идеалы. Существованіе этихъ идеаловъ или отсутствіе ихъ, ихъ характеръ, все это чрезвычайно важные моменты, опредѣляющіе общественную жизнь. Животное, истративъ всю энергію, погибаетъ при неблагопріятныхъ настоящихъ условіяхъ. Напротивъ, общество не погибаетъ, какъ бы ни были неблагопріятны условія въ настоящемъ, если только его идеалы въ данное время представляются сильными. Конечно, могутъ быть обстоятельства, которыя могутъ помѣшать образованію новыхъ идеаловъ, вслѣдствіе чего общество можетъ погибнуть, но эти обстоятельства случайныя. Такимъ образомъ, общество опредѣляется тремя моментами: настоящими условіями жизни, прошедшими и тѣми идеалами, которые образуются на основаніи прошедшаго опыта.

Зависимость явленій общественности не только отъ настоящаго и прошлаго, но и отъ представленій членовъ общества отъ будущаго ведетъ, конечно, къ большей сложности ихъ и къ большей относительности самостоятельности. Эту большую сложность и относительность можно еще пояснить такимъ образомъ. По остроумному объясненію Клода Бернара, большая сложность органической жизни обусловливается тѣмъ, что организмъ, кромѣ внѣшней среды, окруженъ, такъ сказать, еще и особой ему только свойственной и имъ самимъ для себя вырабатываемой внутренней средой (milieu interieur), которую составляютъ главнымъ образомъ жидкости его тѣла. Благодаря этой внутренней средѣ, организмъ можетъ сохранять высокую температуру и высокую степень влажности и въ холодной, и сухой средѣ. Этимъ создается относительная независимость организма отъ окружающей его въ каждый моментъ внѣшней среды и вмѣстѣ съ тѣмъ установляется его зависимость отъ прошлаго, такъ какъ внутренняя среда организма есть продуктъ его дѣятельности въ прошломъ. Перенося туже точку зрѣнія на общество, мы можемъ сказать, что общество окружено какъ бы тройкаго рода средой: 1) окружающей его въ данное время внѣшней средой, слагающейся изъ совокупнаго воздѣйствія на него географическихъ условій и другихъ, совмѣстно съ нимъ существующихъ, обществъ; 2) средой внутренней, слагающейся изъ унаслѣдованныхъ обществомъ отъ прошлой его исторіи обычаевъ, учрежденій, и наконецъ 3) особой идеальной, духовной средой, слагающейся изъ вырабатываемыхъ чело-

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., д. 7.

~~тываемыхъ~~ обществомъ идей, представляющихъ догадку человѣчества о будущемъ.

Въ этой тройкой обусловленности явленій общественности настоящимъ, прошлымъ и будущимъ или, иначе, внѣшней (физической), внутренней (органической) и идеальной, духовной средой и заключается общее основаніе всѣхъ намѣченныхъ выше частныхъ различій общества отъ организма.

Говоря, что общество опредѣляется въ своей жизни какъ особымъ факторомъ идеями, мы этимъ признаемъ, что связь, соединяющая членовъ общества воедино, духовнаго, психическаго характера, и этимъ вполнѣ объясняется дискретность общества. Дѣйствительно, психическія явленія тѣмъ больше всего и отличаются отъ явленій матеріальнаго міра, что они не пространственны, а потому духовная связь не предполагаетъ матеріальнаго соприкосновенія въ пространствѣ. Этимъ же объясняется и возможность для человѣка принадлежать одновременно къ различнымъ обществамъ и въ составѣ одного и того же общества къ различнымъ органамъ. Не будучи пространственны, идеи не представляются и взаимно непроницаемыми. Особенностью духовной связи, соединяющей членовъ общества, объясняется наконецъ и возможность роста путемъ присоединенія и въ дифференцировавшемся обществѣ.

Съ другой стороны обусловленностью явленій общественности будущимъ объясняется и то, что общества не знаютъ естественной смерти. Въ организмахъ энергія ихъ жизнью ихъ непремѣнно исчерпывается и чѣмъ дѣятельнѣе ихъ жизнь, тѣмъ скорѣе. Въ обществѣ хотя также совершается расходъ энергіи, но расходъ возмѣщается образованіемъ новой силы въ формѣ руководящихъ и одухотворяющихъ общество идеаловъ. Старые обычаи распатываются, старыя учрежденія — дѣлаются негодными, но это еще не ведетъ къ смерти общества. Если только въ немъ сохраняется способность психическаго творчества, если оно еще способно создавать себѣ идеалъ, старые, дряхлѣющіе обычаи замѣнятся въ немъ новой, свѣжей вѣрой, и общество найдетъ въ ней новый источникъ жизни. Поэтому это общество не имѣетъ предѣльнаго срока жизни. И оно, конечно, можетъ погибнуть, но оно не знаетъ, какъ и механическіе агрегаты, естественной смерти. Отсутствіемъ же естественной смерти, какъ мы указывали уже, вполнѣ объясняется и отсутствіе размноженія, такъ какъ одно другимъ прямо обусловлено.

Такимъ образомъ органическое воззрѣніе на общество, какъ необъясняющее всѣ особенности явленій общественности, должно

быть замѣнено *психическимъ* [1]), признающимъ въ идеалахъ отличительный факторъ общественныхъ аггрегатовъ и ставящимъ явленія общественности на ряду съ явленіями неорганическаго и органическаго міра, какъ третью самостоятельную группу явленій міра надорганическаго.

Но, отвергая органическую теорію, мы не можемъ не признать ея заслугъ для обществовѣдѣнія. Если механическое воззрѣніе на общество имѣетъ важное историческое значеніе, то точно такое же значеніе нужно признать и за органическимъ воззрѣніемъ. Но механическое воззрѣніе отрицало исторію, значеніе прошедшаго для общественныхъ явленій, между тѣмъ какъ органическое воззрѣніе признало преемственную связь между общественными явленіями, указавъ, что они опредѣляются не только настоящимъ, но и прошедшимъ. Вотъ почему органическое воззрѣніе дало новый толчокъ научному уясненію общественныхъ явленій. Однако эта исторія остановилась на полдорогѣ. Какъ это ни странно со стороны Спенсера, который является отцомъ эволюціонизма, но онъ, сочтя необходимымъ оглянуться назадъ, обративъ свое вниманіе на прошедшее, не пошелъ дальше, не обратилъ вниманія на то, что общество въ своемъ развитіи опредѣляется не только настоящимъ и прошедшимъ, но и представленіемъ о будущемъ. Теорія развитія состоитъ въ томъ, что она не останавливается на настоящемъ, что она не выводитъ всѣхъ условій индивидуальнаго и общественнаго развитія изъ настоящаго, а кладетъ въ свое основаніе понятіе постояннаго прогресса. Вотъ почему и Спенсеру нужно бы было, не ограничиваясь прошедшимъ, а взглянуть впередъ, указать намъ, что общество опредѣляется въ своемъ развитіи представленіемъ о будущемъ и такимъ образомъ выйдти изъ односторонности. Не споря о словахъ, мы можемъ назвать и общество организмомъ, но такимъ, который представляетъ свои особенности, сводящіяся къ особенной силѣ образованія представленій о возможномъ будущемъ, образованія идеаловъ.

Такое объясненіе вполнѣ удовлетворяетъ тѣмъ требованіямъ, которыя должны быть поставлены относительно данной гипотезы. Дѣйствительно, первыя требованія относительно гипотезы заключаются въ томъ, чтобы тѣ причины, къ которымъ сводится та или другая группа явленій, были истинными причинами (vera

[1]) Во второмъ изданіи своей книги Шеффле приходитъ къ тому же выводу: Die menschliche Gesellschaft ist eine rein geistich (psychisch) bevirkte, durch Ideenzeichen und durch Kunsthandlungen vollzogene untheilbare Lebensgemeinschaft organischer Individüen, Bau und Leben, I, s. 1.

causa), т.-е., чтобы онѣ были замѣчены какъ сила въ отношеніи данной группы явленій, а если нѣтъ, то чтобы повѣрка ихъ была возможна, чтобы реальное существованіе ихъ могло быть доказано. Подобному требованію удовлетворяетъ представленное нами положеніе.

Повѣрка выставленной гипотезы заключается въ томъ, что выводы, какіе можно получить изъ нея дедуктивнымъ путемъ, должны быть согласны съ дѣйствительными явленіями. Такъ, если способность образованія идеаловъ является спеціальною особенностью общественныхъ явленій, то мы должны придти къ тому выводу, что чѣмъ сильнѣе эта способность, тѣмъ развитѣе должно быть общежитіе. Это вполнѣ подтверждается въ дѣйствительности. Если сравнить общество культурное, въ которомъ общеніе является первою потребностью для каждаго члена общества, съ жизнью народовъ, живущихъ въ дикомъ состояніи, то можно замѣтить рѣзкое различіе, такъ какъ дикарь очень легко отказывается отъ общенія. Если мы обратимъ вниманіе на способности дикаря, то также увидимъ рѣзкое различіе между способностями людей, живущихъ въ дикомъ состояніи и людей, живущихъ въ обществѣ. Чѣмъ слабѣе общественныя узы между людьми, тѣмъ меньше въ нихъ развиты интеллектуальныя способности, тѣмъ меньшую роль у нихъ играетъ забота о будущемъ. Извѣстно, что первобытный человѣкъ тѣмъ именно и отличается, что онъ живетъ настоящимъ, не заботясь о будущемъ, что онъ не накопляетъ матеріаловъ, не заводитъ связей съ людьми, которые могли бы пригодиться ему въ будущемъ.

Вторымъ выводомъ указанной теоріи является то, что если представленіе о будущемъ, способность составленія идеаловъ прямо пропорціональна развитію общественности, то тѣ условія, которыя способствуютъ развитію психической способности къ образованію идеаловъ, должны служить вмѣстѣ съ тѣмъ и условіями развитія общественной жизни. Дѣйствительно, условія психическаго развитія отдѣльнаго человѣка и условія развитія общества совпадаютъ. Если въ организмѣ самостоятельность отдѣльныхъ клѣточекъ обратно пропорціональна развитію цѣлаго организма, то въ обществѣ мы не видимъ того, чтобы самостоятельность отдѣльныхъ членовъ уменьшалась по мѣрѣ развитія общественной жизни, а напротивъ, самостоятельность отдѣльныхъ членовъ общества, индивидуальная ихъ способность составляетъ первое условіе развитія общества. Гдѣ подавляется развитіе индивидуальной мысли, тамъ невозможно развитіе идеаловъ, тамъ общество вырождается, задерживается въ своемъ развитіи какъ

во внутреннихъ, такъ и во внѣшнихъ международныхъ отношеніяхъ, и если такое состояніе общества будетъ продолжительнымъ, то это можетъ отозваться весьма гибельно на обществѣ. Далѣе, если условія развитія психическихъ способностей совпадаютъ съ условіями развитія общественной жизни, то мы должны признать, что тотъ кругъ людей, гдѣ представленіе о будущемъ играетъ первенствующую роль, представляется крѣпко связаннымъ и потому могущимъ дать надлежащій отпоръ временнымъ неблагопріятнымъ условіямъ. Вся, напр., жизнь евреевъ опредѣляется представленіемъ о будущемъ, ожиданіемъ Мессіи, а потому, несмотря ни на какія неблагопріятныя условія, между ними существуетъ такая связь, которой могутъ позавидовать другія народности.

Если общественныя отношенія опредѣляются силою и степенью развитія идеаловъ, выставляемыхъ отдѣльными лицами, то нужно признать, что общественная жизнь при настоящихъ данныхъ условіяхъ можетъ измѣниться сообразно съ идеалами, выставленными отдѣльными членами общества и что на развитіе общественной жизни могутъ имѣть вліяніе ложныя, ошибочныя представленія о будущемъ. Такъ напр. не смотря на несомнѣнную ложность религіозныхъ представленій магометанъ, эпоха господства магометанской вѣры была вмѣстѣ съ тѣмъ и эпохою процвѣтанія магометанскаго міра. Если, такимъ образомъ, даже ложные идеалы имѣютъ важное вліяніе на развитіе общественной жизни, то мы должны признать, что идеалы могутъ быть крайне разнообразными и что для развитія общественной жизни нельзя ставить извѣстныхъ предѣловъ, извѣстнаго типа, за который общество не можетъ перейти. Для организмовъ существуетъ извѣстный предѣлъ, извѣстный типъ, дальше котораго они не идутъ и съ достиженіемъ котораго они служатъ только цѣлямъ размноженія, цѣлямъ рода. Въ обществѣ мы замѣчаемъ совершенно обратное явленіе: съ измѣненіемъ идеаловъ можетъ совершенно измѣниться общественная жизнь. Если идеалы такъ широки, что могутъ обнимать равнообразныя группы людей по занятіямъ, по привычкамъ, по національностямъ и т. п., то они могутъ лечь въ основу весьма широкаго единенія людей между собою. Поэтому нужно признать несправедливымъ представленіе исторической школы, которая въ началѣ нынѣшнаго столѣтія обратилась къ изученію прошлаго и подъ вліяемъ этого изученія составила такое представленіе, что, подобно тому, какъ для каждаго организма есть опредѣленный типъ, форма, въ предѣлахъ которой могутъ совершаться небольшія измѣненія, такъ у каждаго

народа есть опредѣленный національный духъ, опредѣленныя свойства, въ предѣлахъ которыхъ онъ развивается. Это ученіе явилось въ политикѣ протестомъ противъ стремленія перенести на континентъ политическія учрежденія Англіи. Противъ этого стремленія и высказалась историческая школа, по мнѣнію которой государственное устройство Англіи пригодно только для одной Англіи, такъ какъ оно соотвѣтствуетъ національному духу Англичанъ, между тѣмъ какъ Франція, Германія и другія страны должны развиваться особымъ путемъ, сообразно національнымъ особенностямъ ихъ типа. Какъ птица не можетъ сдѣлаться млекопитающей, а млекопитающее птицей, такъ точно ни одно государство не можетъ уклониться отъ пути, соотвѣтствующаго національному его духу. Это воззрѣніе ложно, такъ какъ съ измѣненіемъ общественныхъ идеаловъ можетъ измѣниться и самая форма общественнаго развитія. Доказательствомъ тому можетъ служить вліяніе одного народа на жизнь другого. Если идеалы являются руководящею силою въ общественной жизни, то должно признать, что они могутъ быть созданы не только на основаніи собственнаго опыта, но и на основаніи того, что мы видимъ въ исторіи народовъ. Изучая строй другаго народа, его политическое развитіе, члены даннаго общества могутъ включить въ свои идеалы представленія другаго народа. Такимъ образомъ сношеніе между народами можетъ служить однимъ изъ элементовъ, опредѣляющихъ общественныя отношенія.

§ 40. Формы общенія.

Людское общеніе можетъ принимать весьма разнообразныя формы, и главное различіе между ними заключается въ томъ, какъ они возникаютъ помимо-ли воли людей, или въ силу ихъ сознательнаго соглашенія. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть общеніе необходимое, непроизвольное; во второмъ—произвольное. Примѣрами общеній перваго рода могутъ служить національное общеніе, семья, государство; примѣрами втораго—товарищества, акціонерныя компаніи, клубы, ученыя общества и т. п. Это различіе въ способѣ возникновенія отражается на всемъ складѣ обществъ того и другого типа. Подчиненіе человѣка обществу, въ которое онъ вступилъ по своему желанію, не можетъ быть значительно, такъ какъ онъ можетъ всегда и выйти изъ него. Напротивъ, зависимость человѣка отъ того общества, къ которому онъ принадлежитъ помимо своей воли, понеобходимости несравненно сильнѣе.

Что касается въ свою очередь непроизвольныхъ общеній, то они представляютъ три различныхъ типа: они могутъ основаться или на единствѣ происхожденія (семья, племя), или на единствѣ совмѣстной жизни (община, государство), или, наконецъ, на единствѣ интересовъ (т. н. общество въ тѣсномъ смыслѣ слова). Конечно, извѣстная солидарность интересовъ существуетъ между членами всякаго общія; но въ другихъ общеніяхъ она является результатомъ общенія (напр. въ семьѣ, государствѣ), а не его основаніемъ. Въ обществѣ же солидарность интересовъ есть основаніе общенія, а не результатъ.

Нетрудно замѣтить, что это классификація непроизвольныхъ общеній вполнѣ соотвѣтствуетъ различію трехъ моментовъ, которыми обусловливается явленіе общественности. Въ общеніяхъ основанныхъ на единствѣ происхожденія первое мѣсто занимаетъ вліяніе прошлаго; въ общеніяхъ, основанныхъ на совмѣстной жизни —вліяніе настоящаго; въ общеніяхъ, основанныхъ на единствѣ интересовъ—вліяніе будущаго.

Долгое время въ наукѣ признавалось ~~существованіе~~ существованіе общенія только двухъ первыхъ типовъ и главнымъ образомъ семьи и государства. Только съ конца прошлаго столѣтія появляется убѣжденіе, что рядомъ съ государствомъ существуютъ другія сферы общенія, что люди, будучи гражданами одного государства, могутъ быть членами разныхъ другихъ обществъ, могутъ вступать даже въ такія общенія, членами которыхъ состоятъ граждане другихъ государствъ. Впервые эту мысль высказалъ Шлётцеръ въ своемъ государствовѣдѣніи, гдѣ онъ высказалъ желаніе образовать особую науку, которая бы изслѣдовала общенія, являющіяся внѣ государства и которую онъ предполагалъ назвать (по подобію метафизики, изучающей явленія, лежащія внѣ природы) метаполитикою, какъ такую науку, которая изслѣдуетъ явленія, лежащія внѣ государственной, политической жизни. Шлётцеръ однако ограничился только этимъ желаніемъ. Онъ былъ натолкнутъ на этотъ пробѣлъ свойственною нѣмецкимъ ученымъ систематичностью. Выбранное имъ названіе было неудачно. Указаніе Шлётцера не имѣло практическихъ послѣдствій и въ разъясненіи этого вопроса почувствовалась необходимость только тогда, когда, въ началѣ нынѣшняго столѣтія, появилась школа, извѣстная подъ общимъ именемъ соціалистовъ. Эта школа обратила вниманіе на то, что одной политической реорганизаціи не достаточно, что рядомъ съ политической реорганизаціей должна идти и реорганизація общественная. Словомъ, соціалисты рядомъ съ понятіемъ о политической революціи вы-

ставили понятіе о другой революціи, которая имѣетъ дѣло не съ извѣстною государственною формою, а съ общественнымъ бытомъ, который продолжаетъ существовать независимо отъ того или другаго строя государственной жизни, и такимъ образомъ практически выдвинули вопросъ объ изученіи той сферы общенія, между людьми, которя существуетъ рядомъ съ государствомъ и имѣетъ самостоятельное бытіе.

Почти одновременно съ появленіемъ соціалистическихъ ученій, одинъ изъ видныхъ представителей германской философіи, Гегель, сдѣлалъ попытку установить посредствующее звено между отдѣльнымъ индивидомъ и его семьею—съ одной стороны и государствомъ — съ другой. Гегель представляетъ развитіе общественной жизни не по двумъ ступенямъ, а по тремъ. Семья является у него не непосредственнымъ основаніемъ государства какъ было до сихъ поръ. Въ его ученіи семья является положеніемъ, тезисомъ, антитезисомъ котораго является не государство, а такъ называемое гражданское общество, представляющееся результатомъ распаденія семьи. Гражданское общество противополагается единству семьи и является переходною стадіей, антитезисомъ къ слѣдующему моменту—синтезу, къ государству, воплощающему въ себѣ единство семьи и рознь гражданскаго общества. Однако, Гегель, хотя и призналъ, что изученіе общества не можетъ идти прежнимъ традиціоннымъ порядкомъ, въ рамкахъ изученія семьи и государства, но не далъ опредѣленной выработки новому ученію о гражданскомъ обществѣ и не установилъ самостоятельнаго понятія о гражданскомъ обществѣ. Дѣйствительно по общему діалектическому характеру Гегелевской философіи всѣ формы у него являются текущими, переходящими. Всѣ явленія представляются переходными моментами отъ тезиса къ синтезису, а сообразно тому и гражданское общество принимаетъ у него характеръ антитезиса, вся функція котораго заключается въ процессѣ общественнаго развитія только въ томъ, чтобы противопоставить единству семьи рознь другой формы общенія и такимъ образомъ взойти къ высшей формѣ общенія, къ государству. Такимъ образомъ ученіе о гражданскомъ обществѣ не имѣетъ у Гегеля самостоятельнаго значенія, являясь только переходнымъ моментомъ въ развитіи общественной жизни, которая должна завершиться развитіемъ государства.

Подъ вліяніемъ Гегеля, а еще больше подъ вліяніемъ ученія соціалистовъ, Лоренсъ Штейнъ въ своемъ критическомъ изслѣдованіи ученія соціалистовъ и коммунистовъ, изданномъ подъ общимъ названіемъ „Исторія соціальныхъ движеній во Франціи“

также старался выставить свое понятіе объ обществѣ. Слѣдуя примѣру Гегеля, въ діалектическомъ развитіи онъ ставитъ опредѣленные моменты, замѣняющіе другъ друга и выражающіеся въ развитіи общественной жизни. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ ближе подходитъ къ внутренному содержанію гражданскаго общества. Изслѣдуя ученіе соціалистовъ, онъ долженъ былъ поставить вопросъ: что такое общество, что такое та соціальная реформа, революція, о которой говорятъ соціалисты. Нужно сказать, что условія государственной жизни, вызвавшія ученіе соціалистовъ, были именно таковы, что они должны были обратить главныхъ образомъ вниманіе на экономическую жизнь. Революція, сломившая абсолютизмъ королей, дала большую свободу одному сословію, такъ называемому третьему сословію, буржуазіи, капиталистамъ, но затѣмъ большая часть населенія, составляющая полунезависимый четвертый классъ, оставлена была внѣ вліянія этой политической реформы. Для четвертаго класса наиболѣе важнымъ вопросомъ является вопросъ экономическій, такъ какъ безъ хозяйственнаго обезпеченія его существованія, никакіе вопросы права для него не имѣли значенія. Съ этой точки зрѣнія и смотритъ на общество Л. Штейнъ, а именно видитъ въ немъ сферу экономической жизни. Такимъ образомъ, слѣдуя общей методѣ Гегеля и находясь подъ непосредственнымъ вліяніемъ ученія соціалистовъ, Л. Штейнъдалъ одностороннее понятіе обществу. У него также семья является представителемъ единства, а гражданское общество представителемъ розни, вызванной экономическою жизнью, между тѣмъ какъ функція государства состоитъ въ томъ, чтобы возстановить единство, нарушенное борьбою экономическихъ интересовъ.

Однако на такомъ одностороннемъ понятіи ученія объ обществѣ нельзя было остановиться. Дѣйствительно, скоро замѣтили, что хотя система развитія общества у Гегеля и Л. Штейна представляется стройною и законченною, но она представляетъ собой крупные недостатки, оставляя въ сторонѣ многія формы общенія, не подходящія подъ принятую тріаду, а между тѣмъ немогущія быть разсматриваемыми въ современной жизни какъ составная часть государства. Вопросъ о самостоятельной формѣ общенія практически возникъ еще раньше по отношенію къ религіозной формѣ общенія. Религіозныя догмы служили основаніемъ обширнаго самостоятельнаго соединенія людей и притомъ такого, которое не совпадало ни съ границами, ни съ цѣлями государства. Но въ средніе вѣка, когда церковь сама получила правительственныя функціи, самостоятельность религіознаго обще-

нія не была наглядною и церковь получила политическую окраску. Тоже самое нужно сказать и относительно протестантскихъ религіозныхъ общеній. Въ Германіи церковь была государственнымъ учрежденіемъ, такъ что органы правительства были высшими органами церковной власти. Но по мѣрѣ развитія началъ религіозной свободы, по мѣрѣ того, какъ церковь отдѣлялась отъ государства, система отождествленія церкви съ государствомъ падала, фактъ самостоятельнаго существованія религіознаго общенія не могъ не обратить на себя вниманія. Легко было замѣтить что церковь не имѣетъ экономической подкладки, что она стоитъ рядомъ съ государствомъ, не составляя его составной части, потому что одна и таже церковь обнимаетъ собой нѣсколько государствъ, и притомъ въ формѣ такихъ типовъ общественной организаціи, по отношенію къ которымъ государство не можетъ быть разсматриваемо ни какъ часть, ни какъ цѣлое. Въ виду этого въ Германской литературѣ явились попытки дать болѣе широкое развитіе ученію объ обществѣ и притомъ съ двоякой точки зрѣнія. Такъ, съ одной стороны представители органической школы примѣнили къ ученію объ обществѣ органическое воззрѣніе. Изслѣдуя различныя стороны индивидуальной жизни, они думали, что отдѣльныя силы общества должны соотвѣтствовать особеннымъ потребностямъ человѣческой природы и соотвѣтственно этому, долженъ появиться цѣлый рядъ общеній, изъ которыхъ каждое удовлетворяло бы особенныя потребности человѣка. Такъ, школа удовлетворяетъ воспитательную потребность, экономическое общеніе удовлетворяетъ хозяйственныя цѣли, церковь — религіозныя, государство служитъ цѣлямъ права и т. под. Такимъ образомъ, представители органической школы пришли къ сознанію цѣлаго ряда общеній, изъ которыхъ каждое является самостоятельнымъ организмомъ, удовлетворяющимъ извѣстнымъ потребностямъ.

Однако и на такомъ воззрѣніи нельзя было остановиться. Дѣйствительно, Р. Моль въ своей интересной статьѣ «О наукахъ общественныхъ и государственныхъ», главный предметъ которой составляетъ изслѣдованіе природы общества и помѣщенной въ 1-мъ томѣ его Geschichte und Litteratur der Staatswissenchaften, сдѣлалъ то вѣское возраженіе по отношенію къ воззрѣнію Аренса, что у него является множественность различныхъ общеній (школа, церковь, различныя экономическія общенія и т. п.), но нѣтъ общаго понятія общества въ отличіе отъ государства. Дѣйствительно, если мы возьмемъ церковь и тѣ общественныя единицы, которыя возникаютъ въ силу экономической жизни, то увидимъ

между ними существенное сходство. Въ самомъ дѣлѣ, церковныя общества возникаютъ въ силу единства интересовъ, въ силу того, что опредѣленная группа людей исповѣдуетъ одни и тѣ же религіозные догматы, ощущаетъ потребность въ однихъ и тѣхъ же религіозныхъ требахъ и обрядахъ, въ силу чего она и составляетъ единое общеніе. Тоже самое мы замѣчаемъ и въ тѣхъ группахъ, которыя зарождаются на почвѣ экономической жизни: классы рабочихъ, купцовъ, землевладѣльцевъ, земледѣльцевъ, банкировъ имѣютъ въ своемъ основаніи общій интересъ, подобно тому, какъ имѣетъ его и церковь. Различіе между этими группами и церковью заключается только въ содержаніи основанія: въ экономическихъ группахъ основаніемъ является общій экономическій интересъ, а въ церковныхъ общеніяхъ — общій религіозный интересъ, но въ томъ и другомъ случаѣ основаніемъ общенія является единство интересовъ.

Продолжая свои наблюденія и изучая различныя формы общенія между людьми, Р. Моль замѣтилъ, что такихъ различныхъ родовъ общеній много. Такъ, въ каждомъ государствѣ кромѣ церкви и экономическихъ общеній существуютъ еще сословныя общества, которыя представляются также группами людей, соединенныхъ однимъ общимъ интересомъ. Отдѣльныя сословія суть ни что иное, какъ люди, занятые отправленіемъ одной опредѣленной функціи и потому соединенныя однимъ общимъ интересомъ. Дворянство, горожане и крестьяне — вотъ три сословія, изъ которыхъ каждое соединяется особеннымъ общимъ интересомъ. Въ настоящее время сословія переходятъ въ классы, но эти классы, замѣняющіе сословія, представляются также опирающимися на единство интересовъ (общность образованія, занятій и т. п.). Если обратить вниманіе на внутренній строй современныхъ государствъ, то увидимъ, что отдѣльныя части государства (провинціи, сельскія общины и т. п.) имѣютъ также свою самостоятельную общую жизнь, имѣютъ свои самостоятельные и отличные отъ государства интересы, которые могутъ даже приходить въ столкновеніе съ интересами государства. Эти общіе интересы основаны на совмѣстной жизни на опредѣленномъ ограниченномъ пространствѣ. Современное распредѣленіе государствъ не совпадаетъ съ различіемъ національностей. Тѣмъ не менѣе національное единство объединяетъ дробныя части народностей, принадлежащія разнымъ государствамъ. Такимъ образомъ Р. Моль путемъ наблюденія дошелъ до той мысли, что существуетъ цѣлый рядъ общественныхъ группъ, которыя имѣютъ своимъ основаніемъ общность интересовъ.

Каждая общественная группа существенно отличается тѣмъ, что въ основѣ ея лежитъ единство интересовъ. Эти интересы могутъ быть согласны съ интересами государства, но могутъ съ ними и не совпадать. Такъ, мѣстности, лежащія на границахъ двухъ государствъ, могутъ имѣть общіе интересы въ установленіи и обезпеченіи санитарныхъ условій, регулированіи охоты и т. п. Точно также различныя государства могутъ имѣть общій интересъ въ регулированіи судоходства по рѣкѣ, протекающей по ихъ территоріямъ. Такимъ образомъ, мѣстное общеніе, вытекающее изъ факта сожительства на одной территоріи, можетъ не совпадать съ предѣлами одного государства. Указанныя общія черты общества даютъ возможность соединить всѣ отдѣльныя группы людей въ одно общеніе, отличное отъ семьи и отъ государства. Такимъ образомъ общество по опредѣленію Р. Моля есть совокупность такихъ общественныхъ группъ.

Воззрѣніе Моля на самостоятельное значеніе общества на ряду съ государствомъ въ настоящее время пользуется наибольшею популярностью. Указывая на различныя общественныя группы, основанныя на единствѣ интересовъ, Моль предлагаетъ изучать общество независимо отъ государства и въ своей статьѣ дѣлаетъ попытку указать цѣлую систему общественныхъ наукъ, которыя бы стояли на ряду съ науками государственными.

Въ общемъ ученіе Моля объ обществѣ можетъ быть принято, но въ частностяхъ оно требуетъ исправленій. А именно нельзя согласиться съ Молемъ въ томъ, чтобы національность, члены которой соединяются единствомъ происхожденія и общины, члены которой связаны фактомъ сосѣдства, могли быть относимы къ общественнымъ группамъ, основаніе которыхъ есть единство интересовъ. Если люди одной національности или члены одной общины и имѣютъ общіе интересы, то во всякомъ случаѣ общность интересовъ является тутъ не основаніемъ общенія, а его результатомъ. Національность, община существуютъ раньше, чѣмъ у лицъ, къ нимъ принадлежащихъ, является общность интересовъ. Напротивъ, церковь только и создается единствомъ исповѣданія, экономическія группы только и образуются въ силу общности экономическихъ интересовъ.

§ 41. Власть.

Для юриста изъ всѣхъ формъ общественнаго единенія людей наибольшее значеніе представляетъ государство, такъ какъ отличительная принадлежность этой формы общенія — государ-

ственная власть—является главнѣйшимъ факторомъ и развитія, и охраны права. Что же такое власть?

Власть, какъ элементъ общественной жизни, основывается на неустранимомъ фактѣ взаимной зависимости людей. Дѣствительно, сама природа людей приводитъ ихъ къ взаимной зависимости другъ отъ друга.

Это создается троякаго рода условіями: физіологическими, экономическими и психическими. Уже физіологическія различія пола, возраста, ведутъ къ взаимной зависимости людей. Для удовлетворенія половаго влеченія, индивидъ нуждается въ сближеніи съ индивидами другаго пола. Рождающійся ребенокъ требуетъ попеченій родителей, дряхлыя родители—попеченій дѣтей. Къ этому присоединяется дѣйствіе физіологическаго же закона наслѣдственности. Въ силу этого закона люди одного происхожденія представляютъ между собой сходство въ физическомъ и психическомъ отношеніи и такимъ путемъ само собой установляется естественная группировка людей независимо отъ ихъ воли, по племеннымъ различіямъ. Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на передачу людьми другъ другу болѣзней и путемъ заразы, и путемъ наслѣдственной передачи, такъ что и въ отношеніи здоровья они зависимы другъ отъ друга.

Точно также и потребность человѣка пользоваться силами внѣшней природы, служащая основаніемъ экономической дѣятельности, приводитъ къ взаимной же зависимости людей. Силы отдѣльнаго человѣка оказываются слишкомъ слабыми въ борьбѣ съ представляемыми окружающей средой препятствіями и люди видятъ себя вынужденными прибѣгнуть къ сотрудничеству въ двоякой его формѣ: къ простому сотрудничеству, т.-е., къ производству работы соединенными силами, сообща, и къ сотрудничеству сложному или, такъ-называемому раздѣленію труда, при чемъ каждый дѣлаетъ разное, но каждый для всѣхъ и всѣ для каждаго.

Психическая жизнь человѣка еще болѣе увеличиваетъ эту взаимную зависимость людей, такъ какъ потребность въ обмѣнѣ мыслей есть одна изъ самыхъ сильныхъ въ человѣкѣ, вообще чрезвычайно тяжело переносящемъ одиночество. И зависимость людей другъ отъ друга въ психическомъ отношеніи тѣмъ сильнѣе, что въ психическомъ развитіи человѣка соціальный факторъ играетъ, можно сказать, первенствующую роль. Нашъ душевный складъ есть въ большей своей части не наше личное достояніе, а продуктъ жизни того общества, къ которому мы принадлежимъ. Стоитъ только напомнить важную роль, какую

играетъ въ психическомъ развитіи языкъ, являющійся по самому существу своему непремѣнно продуктомъ общественной жизни, непремѣнно общій всему обществу, отнюдь не могущій быть особой принадлежностью даннаго только индивида.

Установляющаяся такимъ путемъ взаимная зависимость людей возрастаетъ въ силѣ, по мѣрѣ развитія общественной жизни. Даже физіологическія условія зависимости дѣйствуютъ все съ большей и большей силой. Съ развитіемъ общественной культуры время, въ теченіи котораго человѣкъ находится въ зависимости отъ своихъ родителей, все болѣе удлиняется. Связи, соединяющія супруговъ дѣлаются интензивнѣе, такъ какъ отношенія ихъ не ограничиваются уже только половой и воспитательной сферой, но получаютъ и нравственное содержаніе. Къ дѣйствію наслѣдственности присоединяется воспитаніе, прививающее къ воспитываемому и то, что почему либо не унаслѣдовано имъ отъ предковъ. Возрастающая густота населенія и большая тѣсность жилищъ дѣлаетъ все большей и санитарную, такъ сказать, зависимость людей.

Возрастаніе силъ дѣйствія экономическихъ условій зависимости совершается еще въ большей прогрессіи. Тутъ дѣйствуетъ съ одной стороны возростаніе потребностей, съ другой—увеличивается раздѣленіе труда.

Общественное развитіе неразрывно связано съ развитіемъ умственнымъ и нравственнымъ, оно расширяетъ умственный кругозоръ людей, оно расширяетъ и нравственные ихъ интересы, распространяя все на большій и большій кругъ лицъ нравственную солидарность.

Такимъ образомъ, съ развитіемъ общественной жизни неразрывно соединено и возрастаніе зависимости людей другъ отъ друга. Но это не ведетъ отнюдь къ полному порабощенію индивида обществу, къ полному порабощенію индивидуальной самостоятельности. Напротивъ, мы видимъ, что общественное развитіе ведетъ обыкновенно къ большему расширенію и обезпеченію личной свободы. Это объясняется тѣмъ, что зависимость индивида отъ общества выигрывая съ развитіемъ въ *силѣ*, теряетъ все болѣе и болѣе въ *исключительности*, благодаря разнообразію тѣхъ общеній, къ которымъ принадлежитъ индивидъ. На первыхъ ступеняхъ развитія культуры всѣ стороны человѣческой жизни обнимаются однимъ общеніемъ, всѣ интересы человѣка находятъ себѣ удовлетвореніе въ одномъ союзѣ. Общественное развитіе, какъ мы показали выше, приводитъ, напротивъ, къ осложняющейся дифференціаціи общеній, такъ что на ряду съ

государствомъ слагается цѣлый рядъ разнообразнѣйшихъ общественныхъ союзовъ, къ которымъ ко всѣмъ человѣкъ можетъ принадлежать одновременно. Понятно, что зависимость отъ каждаго отдѣльнаго изъ этихъ союзовъ является какъ бы противувѣсомъ зависимости человѣка отъ другихъ союзовъ и такимъ образомъ ни одинъ изъ этихъ союзовъ не можетъ поглотить собою индивида, не можетъ задавить индивидуальной самостоятельности.

Проистекающая изъ этой зависимости индивида отъ общества сила воздѣйствія общества на индивида и есть общественная власть. Изъ предыдущаго слѣдуетъ ясно, что общественной власти личность всегда противустоитъ съ извѣстной долей самостоятельности. Общественная власть есть именно воздѣйствіе общества на индивида, а не поглощеніе одного другимъ.

Если бы общество, подобно механическимъ аггрегатамъ, опредѣлялось въ своей жизни лишь условіями настоящаго, власть общественная, возникающая изъ взаимной зависимости составляющихъ общество людей, власть была бы просто суммой ихъ личныхъ силъ. Но такъ какъ жизнь общества опредѣляется, подобно организмамъ, и его прошедшимъ и кромѣ того вырабатываемыми людьми идеалами, то дѣло разрѣшается не такъ просто. Общественная власть не является только суммой индивидуальныхъ силъ; она есть нѣчто бо́льшее.

1. Во первыхъ, общественная власть опирается не только на соотношеніе составляющихъ общество силъ въ настоящемъ, но и на прошлое, которое можетъ служить для нея источникомъ новой силы. Въ правящемъ классѣ вырабатываются путемъ наслѣдственной передачи и особо къ тому приспособленнаго воспитанія особая способность и привычка къ властвованію. Въ членахъ этого класса естественно складывается увѣренность въ успѣхѣ, въ повиновеніи имъ другихъ и это сообщаетъ ихъ властвованію особую рѣшительность и энергію, придающія ему силы. Съ другой стороны, и въ самихъ подвластныхъ точно такимъ же путемъ и наслѣдственной передачи и соотвѣтственнаго воспитанія вырабатывается наклонность къ добровольному подчиненію, даже своего рода потребность подчиненія. Къ тому же господство, къ которому привыкли издавна, которое унаслѣдовали отъ предковъ, не кажется оскорбительнымъ. Ко всему этому присоединяется невольное преувеличеніе силъ власти вслѣдствіе привычной ассоціаціи, идеи власти и идеи ея господства, преобладанія, необходимаго ей подчиненія. Всякое велѣніе власти въ силу установившейся ассоціаціи идей возбуждаетъ мысль о необходимости ему подчиниться, о возможности для власти велѣніе свое

осуществить принудительно, сломить силой всякое себѣ сопротивленіе. Поэтому даже въ тѣхъ случаяхъ, когда въ дѣйствительности власть не могла бы силою поддержать свое велѣніе, когда она оказывается физически безсильной, она тѣмъ не менѣе встрѣчала себѣ повиновеніе.

Другой важный элементъ силы общественной власти это то, что она можетъ явиться носительницей прогрессивныхъ идей, руководительницей общества. Въ такомъ случаѣ она находитъ себѣ опору въ сочувствіи наиболѣе прогрессивныхъ, и слѣдовательно наиболѣе дѣятельныхъ, наиболѣе жизненныхъ элементовъ общества. Бездѣятельное правительство, не умѣющее поставить себѣ достаточно высокую цѣль и ограничивающееся боязливымъ обереганіемъ существующаго statu quo, по необходимости, должно быть слабымъ по тому, что развитіе общественное идетъ въ такомъ случаѣ естественно помимо власти, опережаетъ ее, и власть является въ силу этого несоотвѣтствующей измѣнившимся условіямъ и потребностямъ общественной жизни. Только такая власть можетъ вести за собой общество, которая сама идетъ и притомъ къ сознательной и опредѣленной цѣли.

Власть общественная существуетъ вездѣ, гдѣ существуетъ общество. Такъ говорятъ о власти семьи надъ своими членами, о власти церкви, общинъ и т. п. Но *государственная власть* представляетъ существенныя особенности сравнительно съ другими видами общественной власти. Отличительная особенность государственной власти заключается въ независимой и единой ея организаціи. Мы можемъ поэтому опредѣлить государственную власть какъ независимо и принудительно организованную и объединенную общественную силу [1]).

Первый признакъ, заключающійся въ этомъ опредѣленіи, это организація. Этимъ признакомъ государственная власть отличается отъ силы, напр., международнаго союза, общественныхъ группъ. Та сила, какую проявляетъ, напр., не имѣющая политическаго единства и политической организаціи, народность есть сила неорганизованная, выражаемая въ неопредѣленномъ вліяніи, не имѣющемъ никакой твердой формы, никакого органа для своего проявленія. И въ государствѣ, конечно, имѣется такое неорганизованное воздѣйствіе однихъ членовъ на другія. Но насколько такое воздѣйствіе неорганизовано, оно и не составляетъ элемента государственной власти. Только тѣ элементы

[1]) Подобнымъ образомъ опредѣляетъ государственную власть *Waitz*, Politik, s. 16. Die Staatsgewalt ist die Einheit der in dem Staat vorhandenen Kräfte.

общественной силы являются элементами государственной власти, которые получили опредѣленную организацію. Такъ, напр., наслѣдственность дѣлается элементомъ государственной власти, когда оно находитъ себѣ выраженіе въ организаціи государства, въ наслѣдственности престола, въ сословныхъ преимуществахъ. Только тѣ мѣстныя особенности, которыя признаны въ административномъ или политическомъ дѣленіи страны. Иначе, эти элементы общественной силы составляютъ только общую фактическую почву, на которой развивается государственная власть, не является ея составными элементами и могутъ стоять къ ней даже въ отношеніи антагонизма.

Но организованною силой можетъ быть не одна государственная власть. Организацію могутъ имѣть и группы людей, свободно соединяющихся для научныхъ, художественныхъ, филантропическихъ и тому подобныхъ цѣлей. Отъ силъ такихъ союзовъ государственная власть отличается тѣмъ, что она *принудительно* организована, между тѣмъ всѣ такіе союзы имѣютъ свободную организацію, не опирающуюся на принужденіе.

Независимостью государственная власть отличается отъ подчиненныхъ ей общественныхъ организацій—общины, провинціи, въ которыхъ имѣется принудительная организація, но не независимая, а подчиненная государственной.

Четвертый и послѣдній признакъ государственной власти—единство. Этимъ признакомъ государственная организація отличается отъ организаціи союза государствъ, которыя только *соединяетъ*, но не *объединяетъ*. Государственная власть напротивъ не есть только сумма различныхъ силъ, только соединеніе, но слитіе ихъ во едино. Отдѣльныя силы могутъ сохранить свое существованіе только какъ подчиненные, зависимые элементы. Единство государственное находитъ себѣ выраженіе главнымъ образомъ въ двухъ отношеніяхъ: въ единствѣ юридическаго порядка и въ единствѣ экономическомъ. Такъ какъ власть государственная есть единая и независимая, то правовая охрана интересовъ подданныхъ не можетъ не найти въ ней по крайней мѣрѣ нѣкотораго объединенія. Принудительность власти ведетъ къ необходимости матеріальныхъ средствъ и потому государство составляетъ всегда и хозяйственную единицу, образуя отдѣльное, самостоятельное принудительное хозяйство.

Указываютъ и другіе признаки или свойства государственной власти святость, непроодолимость, непрерывность. Но свойства эти не есть общіе. Святость слишкомъ условное понятіе и не

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр. 2 л., 7.

имѣетъ значенія для науки. Непреодолимость противорѣчитъ дѣйствительности, такъ какъ нерѣдко государственная власть оказывается безсильной въ борьбѣ съ враждебными ей силами. О непрерывности можно говорить лишь покуда сохраняется данная организація. Съ перемѣною организаціи нарушается и непрерывность власти.

Приведенное нами воззрѣніе на государственную власть раздѣляется, однако, далеко не всѣми. Въ современной литературѣ господствуютъ напротивъ два рѣзко отличныхъ отъ этого взгляда на государственную власть. Одни видятъ въ ней *волю* государства [1]). Такое опредѣленіе весьма удобно для юридической теоріи государства, какъ юридическаго лица, но оно не можетъ быть принято въ соціологическомъ ученіи. Во-первыхъ, оно предполагаетъ признаніе государства личностью на подобіе человѣка. Отличительное свойство личности есть единство самосознанія, чего едва ли можно найти у государства, такъ какъ въ государствѣ нѣтъ центральнаго органа сознанія. Сознаніе имѣется тутъ только въ отдѣльныхъ людяхъ, составляющихъ государственное общество и такое сознаніе въ государствѣ не объединено, а раздроблено.

Во-вторыхъ, опредѣленіе государственной власти, какъ воли государства, даже при признаніи государства личностью можетъ быть допущено, только съ точки зрѣнія идеалистической германской психологіи, признающей въ духѣ существованіе отдѣльныхъ силъ, способностей, изъ которыхъ одною и является воля. Мы показали выше несостоятельность этого ученія о существованіи въ духѣ отдѣльныхъ самостоятельныхъ силъ. Съ точки зрѣнія научной психологіи, о волѣ можно говорить только, какъ объ особой группѣ психическихъ явленій, и, слѣдовательно, рѣшительно невозможно переносить понятіе воли на государственную власть, которая не есть вовсе группа явленій, а опредѣленный самостоятельный факторъ общественныхъ явленій, сопроизводящая ихъ сила. Наконецъ, въ-третьихъ, между государственной властью и волею не имѣется вовсе и аналогіи потому, что воля для осуществленія своихъ опредѣленій нуждается въ содѣйствіи другой физической силы, которой она ставитъ только цѣли, не имѣя возможности сама непосредственно ихъ реализировать. Государственная же власть не есть такой факторъ общественной жизни, который ставилъ бы только цѣли, предоставляя осуществленіе ихъ другимъ факторамъ. Государственная власть, напро-

[1]) *Gerber*, Grundzüge, § 7. Die Staatsgewalt ist die Willenmacht eines persönlich gedachten Organismus.

тивъ, сама непосредственно и принудительнымъ образомъ осуществляетъ свои цѣли, а потому и называется *властью*—названіе неприложимое къ волѣ.

Другое воззрѣніе, болѣе новое, но также весьма популярное, видитъ въ государственной власти только матеріальную силу, главнымъ образомъ экономическую, рѣшительно игнорируя въ ней психическій и нравственный элементы. Это воззрѣніе развито съ особенной послѣдовательностью Гумпловичемъ [1]). Онъ утверждаетъ, что государственная власть есть ничто иное, какъ господство имущихъ надъ неимущими и что основаніемъ ея является частная, неравномѣрно распредѣленная собственность, являющаяся въ современномъ быту средствомъ господства, подобно тому, какъ въ древности ту же функцію выполняло рабство. Поэтому власть не можетъ быть признана самостоятельнымъ факторомъ общественной жизни. Власть означаетъ собою лишь силу владѣльческаго класса.

Но если частная, неравномѣрно распредѣленная собственность есть единственное основаніе власти, то спрашивается, что же охраняетъ неприкосновенную собственность противъ массы неимущихъ, которыхъ всегда больше? Гумиловичъ отвѣчаетъ на это, что власть, и впадаетъ такимъ образомъ въ безъисходный кругъ. Основаніемъ власти и признается собственность, а основаніемъ собственности опять-таки власть. Выходитъ, власть сама себѣ служитъ основой. Очевидно необходимо признать, что основаніе власти не въ одной собственности, не въ одномъ имущественномъ неравенствѣ. Но въ такомъ случаѣ падаетъ и утвержденіе Гумиловича, что власть имѣетъ только экономическое основаніе и что поэтому она никогда не можетъ занять самостоятельно положенія въ отношеніи къ имущему классу. Если основаніе власти не въ одномъ только имущественномъ неравенствѣ, то она и не можетъ быть признана тождественной съ силой имущаго класса.

§ 42. Право, какъ общественный порядокъ.

Существованіе и развитіе каждаго сложнаго цѣлаго предполагаетъ сохраненіе неприкосновенными частей. Это одинаково справедливо и въ отношеніи къ явленіямъ неорганическимъ, и къ явленіямъ органическимъ. Если бы дѣйствіе какой либо части механизма разрушало другія части механизмъ не могъ бы долго работать. Если бы одинъ какой либо органъ въ живомъ

[1]) *Gumplowicz*, Rechtsstaat und Sociulismus. 1881.

тѣлѣ, работая и развиваясь на счетъ другихъ, лишалъ бы ихъ питанія, нормальное развитіе цѣлаго организма сдѣлалось бы невозможнымъ. Это правило не можетъ не примѣняться и къ явленіямъ общественности. И тутъ точно также жизнь и развитіе цѣлаго обусловлено сохраненіемъ и разрѣшеніемъ всѣхъ тѣхъ факторовъ, которые составляютъ общественную жизнь. Односторонне развитіе какого нибудь одного фактора общественной жизни, губительно отзывающееся на дѣйствіи другихъ факторовъ, не можетъ не отозваться самымъ вреднымъ образомъ и на цѣломъ обществѣ.

Тамъ, гдѣ соединеніе различныхъ элементовъ въ одно сложное цѣлое, механическое, связь между ними матеріальная, тамъ, конечно, механическими же приспособленіями достигается и координація функціонированія различныхъ элементовъ. Но въ обществѣ, основывающемся на психическомъ единствѣ и координація дѣятельности различныхъ элементовъ достигается инымъ путемъ. Факторомъ, установляющимъ такую координацію, въ обществѣ является ничто иное, какъ *право*. Что право исполняетъ такую функцію въ обществѣ, что оно опредѣляетъ и установляетъ общественный порядокъ—это признаютъ всѣ. Но относительно того, каковъ этотъ порядокъ, что онъ опредѣляетъ, существуютъ довольно различныя воззрѣнія.

Когда общество представляется не болѣе какъ простымъ, механическимъ аггрегатомъ извѣстнаго числа отдѣльныхъ личностей, когда не личность считается продуктомъ общественной жизни, а само общество продуктомъ произвольнаго соглашенія личностей, словомъ, когда принимается механическое воззрѣніе на общество, тогда естественно единственнымъ дѣятельнымъ факторомъ общественной жизни признается индивидъ и его сознательная воля. Поэтому и общественный порядокъ при такомъ механическомъ воззрѣніи на общество не можетъ заключаться ни въ чемъ иномъ, какъ въ опредѣленномъ разграниченіи сферы свободнаго проявленія отдѣльныхъ индивидуальныхъ воль. Отмежевываемая при этомъ каждому индивиду сфера свободнаго проявленія его воли, сфера, въ которой господствуетъ безраздѣльно его воля и признавалась его правомъ въ субъективномъ смыслѣ. А право объективное составляетъ нормы, опредѣляющія разграниченіе индивидуальныхъ воль. Это воззрѣніе и до сихъ поръ остается господствующимъ, и мы его найдемъ въ ходячихъ опредѣленіяхъ учебниковъ [1]).

Но въ настоящее время его господство уже поколеблено

[1]) *Windscheid* Pandekten, I, § 37, опредѣляетъ право, какъ „ein von Recht-

и прежде всего ученіемъ органической школы. Отвергнувъ механическое воззрѣніе на общество, школа эта естественно не могла удержать и пониманія объективнаго права, только какъ нормы разграниченія индивидуальныхъ воль. Ея пониманіе права, мы знаемъ, гораздо шире. Право для нея есть совокупность условій гармоническаго развитія личности. Но субективное право и органическая школа по старому опредѣляетъ какъ ограниченную юридической нормой волю [1]). Первымъ, рѣшительно отбросившимъ въ опредѣленіи права моментъ воли былъ Іерингъ въ третьемъ томѣ своего «Духа римскаго права». Для него и субъективное право не есть ограничиваемая воля. У него воля замѣняется интересами. Соціальной функціей права онъ признаетъ не разграниченіе воль, *а охрану интересовъ* [2]).

Іерингово объясненіе общественной функціи права представляетъ безъ сомнѣнія много преимуществъ сравнительно со старымъ объясненіемъ права, какъ разграниченія воль. При старомъ воззрѣніи юридическая наука неизбѣжно получаетъ крайне формальный характеръ въ томъ смыслѣ, что не обращается вниманія на содержаніе людской дѣятельности, на тѣ стремленія, нужды, потребности, которыя руководятъ ею, а только на ея внѣшнія формы. Такимъ образомъ юриспруденція не можетъ вовсе выяснить ни жизненнаго значенія юридическихъ институтовъ, ни условій, которыя ихъ вызвали къ существованію, ни цѣлей, осуществленію которыхъ они служатъ.

Напротивъ юристъ видящій, въ правѣ охрану интересовъ, невольно, само собой побуждается къ болѣе глубокому изученію юридическихъ институтовъ. Изслѣдуя тѣ интересы, которые руководятъ и дѣятельностью людей, и охраняются созданнымъ ими правомъ, онъ получаетъ возможность пойти дальше простаго изученія формъ юридической охраны. Онъ объясняетъ чѣмъ она вызвана, какъ вліяетъ она на теченіе и развитіе общественной жизни, въ чемъ содѣйствуетъ ему, въ чемъ мѣшаетъ. Онъ получаетъ возможность понять историческую смѣну юридическихъ

---

sorduuug verlichene Wollendürfen", *Kuntze*, Wendepunkt der Jurisprudenz, s. 32, опредѣляетъ право, какъ организованную волю, подобно тому, говоритъ онъ, какъ языкъ есть организованная мысль, искусство — организованное чувство, религія— организованная вѣра.

[1]) Das Recht ist aber auch ein subjictiver Princip und drückt als solches die Bezichung *des* Willens oder der Freiheit zu der objectiven Rechtsnorm aus. *Ahrens*, Encyclopedie, 51.

[2]) Geist, III, § 60. Rechte sind rechtlich geschutzte Interessen. Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses.

формъ, обратившись къ изученію измѣненій характера и направленія охраняемыхъ ими интересовъ. Въ отношеніи къ дѣйствующимъ и нарождающимся формамъ онъ получаетъ возможность опредѣленнѣе развить и довести до должной полноты то, что является предъ нимъ лишь въ видѣ зародыша, зачатка, потому что, изучая измѣненіе интересовъ, онъ можетъ опредѣлить и то, какъ должны измѣниться, или въ какомъ направленіи — развиться, и формы ихъ юридической охраны.

Подобное же вліяніе эти различные взгляды должны имѣть и на законодателя. Первый изъ нихъ удаляетъ его отъ жизни; второй приближаетъ. Воля, если брать ее независимо отъ содержанія, представляется одинаковой у всѣхъ людей, какъ одна изъ общихъ формъ психической жизни. Отсюда мысль о независимости права отъ условій времени и мѣста, о возможности руководствоваться при изданіи законовъ соображеніями совершенно отвлеченнаго свойства [1]). Напротивъ интересы разнообразятся до безконечности, смотря по различію лицъ, времени, мѣста. Законодатель, считающій ихъ содержаніемъ права, не можетъ не обратить вниманія на изученіе дѣйствительнаго житейскаго склада того общества, для котораго предполагается издать законъ. Изданіе законовъ при такомъ взглядѣ на право немыслимо безъ изученія интересовъ общества, ихъ оцѣнки, выясненія ихъ взаимнаго соотношенія.

Наконецъ различіе взглядовъ на содержвніе права должно отозваться и на широтѣ функцій права. Если охраняется воля, безъ обращенія вниманія на разнообразіе возможнаго ея содержанія, то естественно могутъ быть установлены только общія условія охраны, одинаково примѣнимыя ко всякаго рода содержанію. Но такого рода общія условія могутъ быть только отрицательнаго характера, ограничивающіяся охраной отъ прямаго нарушенія неприкосновенности лица, стѣсненія его со стороны другихъ. Напротивъ, если имѣется въ виду охрана интересовъ, то условія охраны приноравливаются къ особенностямъ

---

[1]) Даже *Stein*, не смотря на существенно историческій характеръ своихъ воззрѣній, своимъ пониманіемъ права заимствованнымъ у Гегеля приводится къ тому, что утверждаетъ будто das Recht *seinen* Princip *nach auch* ganz gleichgültig gegen seinen Inhalt ist.... es ist nicht erst da durch das werdende Leben, sondern durch den einfachen Begriff desselben (Gegenwart, 94). И даже еще больше: „*Das Recht an sich hat gar keine Geschichte*“, sondern das was wir die Geschichte dasselben zu nennen pflegen ist die Geschichte des Lebens in denjenigen Punkten, in welchen dasselbe zu Rechtsbegriffen wird. (s. 100).

каждаго интереса, а потому могутъ имѣть и положительный характеръ.

Уже это сравненіе различія вліянія двухъ взглядовъ на право и юриспруденцію говоритъ въ пользу воззрѣнія Іеринга. Но помимо этого, можно указать еще и другіе доводы, убѣждающіе уже въ томъ, что пониманіе права какъ разграниченія волъ рѣшительно не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ явленіямъ юридической жизни, не можетъ дать намъ объясненія многихъ изъ нихъ.

Въ любомъ дѣйствующемъ правѣ можно найти постановленія, по которымъ воля охраняется не безусловно, а только подъ тѣмъ условіемъ, что она направлена къ осуществленію такого интереса, который признается подлежащимъ охранѣ. Наиболѣе общій примѣръ такого рода есть то общепринятое положеніе, что не всякой договоръ можетъ притязать на судебную охрану, а только такой, который касается существенныхъ интересовъ. Ни одинъ судъ въ свѣтѣ не приметъ искъ о понужденіи къ исполненію обѣщанія протанцовать съ человѣкомъ первый вальсъ и это потому, что интересъ танцовать первый танецъ непремѣнно съ даннымъ лицомъ считается недостаточно важнымъ для того, чтобы въ отношеніи къ нему могла быть примѣняема юридическая охрана.

Кромѣ несущественныхъ не подлежатъ охранѣ еще и такіе интересы, которые противны доброй нравственности. Договорамъ, касающимся такихъ интересовъ, также отказываютъ въ судебной охранѣ. Такъ напр. договоръ о непотребствѣ ни одинъ судъ не признаетъ дѣйствительнымъ.

Другое доказательство невозможности удерживать старое воззрѣніе заключается въ томъ, что права присвоиваются и такимъ лицамъ, у которыхъ нѣтъ воли. Примѣрами могутъ служить охраненіе интересовъ зародыша, находящагося еще въ утробѣ матери, идіотовъ, умалишенныхъ, дѣтей.

Наконецъ, охраненіе интересовъ совершается иногда помимо или даже противъ воли лица. Примѣры такого рода охраны мы видимъ въ институтѣ опеки надъ несовершенолѣтними и расточителями, въ обязательномъ обученіи грамотѣ, въ обязательной прививкѣ оспы.

Эти соображенія убѣждаютъ, что признаніе содержаніемъ права воли не объясняетъ всѣхъ юридическихъ институтовъ, такъ какъ существуютъ права, которыя положительно невозможно разсматривать, какъ охрану воли. Наоборотъ нельзя найти права, которое бы не охраняло въ дѣйствительности ка-

кого нибудь интереса и тѣмъ не менѣе имѣло практическое значеніе. То обстоятельство, что многіе юридическіе институты вполнѣ объяснимы съ той точки зрѣнія, что право есть разграниченіе воль, нисколько не говоритъ противъ опредѣленія права, какъ охраны интересовъ, потому, что обезпеченіе за индивидомъ извѣстной сферы, въ которой онъ свободно можетъ проявлять свою волю, также есть одинъ изъ интересовъ и слѣдовательно пониманіе права какъ охраны интересовъ гораздо общее, нежели пониманіе его, какъ разграниченія воль: первое обнимаетъ собою второе, какъ частный случай охраны интересовъ.

Нельзя не указать, также и на то, что пониманіе права какъ разграниченія ~~интересовъ~~ необходимымъ образомъ ведетъ къ чисто индивидуалистическому пониманію права. Воля всегда индивидуальна, у каждаго своя воля и потому старое пониманіе права приводитъ къ противоположенію индивида съ его правомъ обществу. Между тѣмъ дѣйствительный юридическій порядокъ представляетъ множество такихъ правъ, которыя рѣшительно не могутъ быть пріурочены къ одному опредѣленному индивиду. Старая теорія для объясненія такихъ явленій юридической жизни не знаетъ иного средства, какъ ученіе о такъ называемыхъ юридическихъ лицахъ, которымъ, подобно индивидамъ, присвоиваются права. Но юридическое лицо есть фикція, въ силу которой та или другая группа лицъ или даже извѣстное имущество разсматриваются какъ особая личность, совершенно также какъ индивидъ являются субъектомъ правъ и юридическихъ обязанностей. Такъ разсматривается напр. государство, акціонерныя компаніи, различныя корпораціи, благотворительныя учрежденія и т. п. Какъ пріемъ юридической конструкціи, такая фикція дѣло вполнѣ законное. Это наиболѣе простой и удобный пріемъ для опредѣленія дѣйствія права. Но для философскаго объясненія самой возможности существованія такихъ правъ, которыхъ нельзя пріурочить къ отдѣльному индивиду, подобная фикція совершенно негодится. Тутъ фикціи не умѣстны. Замѣна же воли интересомъ даетъ намъ полную возможность объяснить подобныя явленія правъ безъ помощи фикцій. Воля есть принадлежность индивидуальнаго духа. Интересъ человѣка напротивъ въ самой незначительной степени опредѣляются его индивидуальной организаціей. Наибольшая часть интересовъ человѣка является продуктомъ жизни его въ обществѣ и потому имѣетъ общественный характеръ. Интересы человѣка не могутъ быть, подобно его личной волѣ, противуполагаемы обществу. Громадное большинство интересовъ общи всѣмъ, другіе — общи по крайней мѣрѣ

отдѣльнымъ группамъ лицъ и лишь ничтожное количество интересовъ имѣютъ вполнѣ индивидуальный характеръ. Поэтому пониманіе права, какъ охраны интересовъ, приводитъ къ замѣнѣ прежней индивидуалистической теоріи права теоріей общественной. Право понимается не какъ нѣчто противуполагаемое индивидомъ обществу, а напротивъ какъ нѣчто созидаемое обществомъ и предоставляемое имъ индивиду. И дѣйствительно, теорія права Іеринга и его послѣдователей представляется съ такимъ характеромъ общественной теоріи права.

Однако, несмотря на всѣ эти достоинства выставленнаго Іерингомъ пониманія права, какъ охраны интересовъ, нельзя принять иначе, какъ съ однимъ довольно существеннымъ его видоизмѣненіемъ.

Нельзя именно согласиться съ тѣмъ, чтобы право было *охраною* интересовъ. Если держаться строго такого пониманія права, то придется признать, что, если бы въ какомъ либо обществѣ охранялся всего какой-либо одинъ интересъ, а всѣ другіе интересы стояли внѣ охраны, этотъ охраненный интересъ все-таки былъ правомъ и, слѣдовательно, отношеніе его субъекта къ субъектамъ другихъ, не охраненныхъ интересовъ, есть отношеніе юридическое напр. отношеніе деспота къ вполнѣ безправому народу, отношеніе отца къ безправымъ членамъ патріархальной семьи, отношеніе гражданъ къ иностранцамъ въ тѣ историческія эпохи, когда за ними не признавалось права способности, отношеніе господина къ рабу. Но это прямо противорѣчитъ тому, что право можно имѣть только въ отношеніи къ лицамъ также пользующимся правовой охраной, юридическія отношенія возможны только между правоспособными личностями. Можно имѣть право *на раба*, но не *въ отношеніи къ рабу*. Это потому, что интересъ, охраняемый напр. правомъ пожизненнаго пользованія рабомъ стѣсняется, ограничивается въ своемъ осуществленіи не интересами раба, которые вовсе не принимаются въ соображеніе, вовсе не охраняются, а лишь интересами другихъ правоспособныхъ лицъ напр. собственника раба, въ отношеніи къ которому я имѣю свое право пользованія и интересы котораго также, какъ и мои, охраняются правомъ. Напротивъ, въ отношеніи къ правоспособнымъ лицамъ нельзя имѣть право *на нихъ*. Такъ, когда вы нанимаете слугу, то въ силу договора найма вы пріобрѣтаете право въ отношеніи къ нанятому лицу, но не на него, а только на его дѣйствіе.

Проф. Муромцевъ думалъ избѣжать этого затрудненія, внеся въ самое опредѣленіе права то добавленіе, что право есть охрана,

даваемая общественнымъ союзомъ только противъ препятствій, возможныхъ со стороны прочихъ членовъ союза [1]). Для этого то у него и выставлено различіе защиты перваго и втораго рода [2]). Но такая поправка не можетъ пособить дѣлу. Правда, при ней отношеніе къ безправымъ иностранцамъ уже не подводится подъ понятіе юридическаго отношенія. Но за то она приводитъ неизбѣжно къ отрицанію и всего международнаго права, такъ какъ отличительный характеръ международныхъ отношеній въ томъ и заключается, что субъекты ихъ—члены различныхъ общественныхъ союзовъ. И при томъ отрицаніе тутъ неизбѣжно именно въ отношеніи къ такимъ частямъ международнаго права, юридическій характеръ которыхъ всего несомнѣннѣе. Дѣйствительно, держась взгляда Муромцева, можно еще признать юридическій характеръ за такой защитой интересовъ, которая совершается коллективными мѣрами по соглашенію всего европейскаго международнаго союза или великихъ державъ (напр., дѣятельность священнаго союза, замѣна санъ стефанскаго договора берлинскимъ), такъ какъ тутъ защита дается международнымъ союзомъ одному изъ своихъ членовъ противъ другаго [3]), но придется отрицать юридическій характеръ защиты, напр., противъ перепечатки за-границею книги безъ разрѣшенія автора, противъ посягательства на жизнь человѣка—совершенное человѣкомъ, находящимся за-границею того государства, гдѣ находится потерпѣвшій. Въ подобныхъ случаяхъ охрана дается противъ препятствій, находящихся внѣ охраняющаго союза и потому, согласно опредѣленію Муромцева, это не есть правовая защита. Являясь такимъ образомъ въ данномъ отношеніи слишкомъ узкимъ, его опредѣленіе въ другихъ отношеніяхъ остается слишкомъ широкимъ. Всякая охрана противъ препятствій, со стороны членовъ охраняющаго союза, хотя бы они не были правоспособны, хотя бы ихъ интересы и не охранялись, согласно этому опредѣленію есть право. Слѣдовательно, и отношеніе господина къ рабу, и отношеніе къ лицу объявляемому внѣ покровительства законовъ будетъ юридическимъ.

Чтобы избѣжать этихъ нелѣпыхъ выводовъ, слѣдуетъ обратить вниманіе, что юридическое отношеніе мыслимо только между субъектами правоспособными, т.-е. такими, интересы которыхъ признаются подлежащими охранѣ. Поэтому юридическое отноше-

---

[1]) *Муромцевъ*. Опредѣленіе, стр. 68.

[2]) Смотри стр. 244.

[3]) *Муромцевъ*, Опредѣленіе, стр. 132.

ніе всегда предполагаетъ соотношеніе охраняемыхъ интересовъ и, слѣдовательно, право должно быть понимаемо не какъ охрана только, а какъ разграниченіе охраняемыхъ интересовъ. Такъ какъ связь, соединяющая членовъ общества воедино имѣетъ психическій характеръ, то такое разграниченіе интересовъ можетъ достигаться не иначе, какъ выработанной идеей, опредѣляющей нормальное соотношеніе разнообразныхъ интересовъ, составляющихъ содержаніе общественной жизни. Включая этотъ новый моментъ въ данное нами прежде опредѣленіе права [1]), мы-получимъ болѣе полное и содержательное: право есть взаимное психическое воздѣйствіе людей, основанное на сознаніи возможности, обусловленной какой-либо признанной ими общей идеей, опредѣляющей взаимное соотношеніе интересовъ, составляющихъ содержаніе общественной жизни.

§ 43. *Право и власть.*

Если право есть разграниченіе интересовъ, если въ своемъ прогрессивномъ развитіи оно все болѣе приближается къ такому ихъ разграниченію, чтобы всѣ интересы были поставлены въ гармоническое соотношеніе другъ къ другу, чтобы дѣятельность различныхъ лицъ, осуществляющихъ всевозможныя интересы была вполнѣ координирована, то понятно самó собой, что развитіе юридическаго порядка должно по необходимости привесть къ тому, что и тотъ интересъ, содержаніе котораго составляетъ право, интересъ поддержанія юридическаго порядка, самъ также будетъ координированъ съ другими, что государственная власть, главный факторъ образованія и охраненія права, также подчинится въ своей дѣятельности праву. И дѣйствительно, наблюденіе надъ исторической жизнью государствъ показываетъ намъ, что съ развитіемъ общественнаго порядка право признается обязательнымъ и для органовъ государственной власти, ограничиваетъ и проявленіе государственной власти въ видахъ обезпеченія осуществимости другихъ интересовъ культурнаго общества.

Послѣдователи школы естественнаго права основывали эту обоюдообязательность права, эту неприкосновенность правъ и по отношенію къ государственной власти на существованіи естественнаго права независимаго отъ государства, и имѣвшаго силу и значеніе еще до установленія государственной организаціи.

[1]) Смотри стр. 14.

Естественныя права гражданъ являлись съ такой точки зрѣнія ихъ прирожденными, жизненными, абсолютными правами, не государственной властью созданными, а потому и неприкосновенными для нея.

Но такая постановка ученія о гражданской свободѣ должна была пасть вмѣстѣ съ паденіемъ ученія объ естественномъ правѣ. Теперь отрицаютъ существованіе естественнаго права, принимается существованіе только положительнаго права, создаваемаго дѣятельностью государственной власти. А такое положительное право не можетъ имѣть безусловнаго, абсолютнаго значенія и неизбѣжно получаетъ лишь относительную обязательность.

Понятно, что отрицая безусловное значеніе за правами, отрицая естественныя права, признавая ихъ исторически сложившимися и измѣняемыми, признавая ихъ положительный характеръ, мы должны выяснить на какомъ основаніи можно требовать, чтобы эти права были охраняемы государственною властью, которая сама создаетъ ихъ? Дѣйствительно, на первый взглядъ это представляется страннымъ. Понятно, что государственная власть охраняетъ созданныя ею права, регулируетъ законодательствомъ и охраняетъ ихъ осуществленіе судебною дѣятельностью. Понятно, что государственная власть можетъ обезпечить личность, здоровье, нравственное достоинство, тѣлесную неприкосновенность одного лица по отношенію къ другимъ лицамъ. Но на какомъ основаніи и въ силу чего сама государственная власть стѣсняетъ себя въ своей собственной дѣятельности, ради огражденія правъ, которыя она же создала. Если въ виду общихъ потребностей народа является необходимымъ для государственной власти стѣснить права однихъ для охраненія правъ другихъ, то зачѣмъ ей стѣснять самую себя? Она является творцомъ этихъ правъ, а слѣдовательно, казалось бы, она можетъ, не стѣсняясь нарушать эти права, разъ они ее въ чемъ-либо стѣсняютъ, разъ они служатъ помѣхой къ достиженію ея цѣлей? Современная наука уже поставила этотъ вопросъ и попыталась разрѣшить его. Это сдѣлано именно Іерингомъ въ его «Zweck im Recht». Онъ весьма подробно разсматриваетъ отношеніе государственной власти къ праву и выясняетъ тѣ условія, въ силу которыхъ государственная власть побуждается къ уваженію правъ, а съ другой стороны и тѣ условія, которыя обезпечиваютъ, что государственная власть будетъ дѣйствительно уважать въ своей дѣятельности неприкосновенность частныхъ лицъ. Не трудно видѣть, что вопросъ становится на ту почву, что если права охраняютъ одни интересы однихъ людей по отношенію къ другимъ,

то государственная власть иногда можетъ потребовать стѣсненія и такихъ правъ, интересы которыхъ вообще сохраняются ею. Такъ, напр., наказывая уголовныхъ преступниковъ, государственная власть лишаетъ ихъ охраны такихъ интересовъ, которые охраняются ею по отношенію къ другимъ лицамъ, не преступникамъ,—она лишаетъ преступниковъ личной свободы, подвергая ихъ тюремному заключенію, и можетъ даже предать ихъ смертной казни въ виду поддержанія господства юридическаго порядка, въ виду того, чтобы другимъ была обезпечена неприкосновенность правъ. Точно также въ своей полицейской дѣятельности государственная власть устанавливаетъ стѣснительныя условія для предупрежденія какихъ-нибудь преступленій или какого-нибудь случайнаго нанесенія вреда отдѣльнымъ лицамъ. Въ этой сферѣ государственная власть можетъ ставить болѣе или менѣе важныя стѣсненія, напр., можетъ потребовать, чтобы отдѣльныя лица не носили оружія и вообще можетъ установить цѣлый рядъ условій въ отношеніи образа жизни. Въ опасное время, когда, напр., грозитъ чума или какая-нибудь другая заразительная болѣзнь, государственная власть можетъ въ весьма значительной степени вмѣшиваться въ самую частную жизнь людей, нормируя тѣ дѣйствія, которыя такъ или иначе могутъ содѣйствовать распространенію заразы. Слѣдовательно, вообще можно сказать, что государство въ своей дѣятельности можетъ нарушить или стѣснить тѣ интересы отдѣльныхъ лицъ, которыя вообще охраняются въ отношеніи людей другъ къ другу. Является такимъ образомъ вопросъ, имѣетъ ли государство безусловное право нарушать въ своей дѣятельности интересы и права отдѣльныхъ лицъ, или же въ этомъ отношеніи должны быть поставлены какія-нибудь границы? Понятно, что если такихъ границъ не можетъ быть поставлено, то не можетъ существовать никакой свободы, такъ что въ данномъ случаѣ отдѣльныя лица являются совершенно безправными, потому что хотя они и имѣютъ извѣстныя права въ отношеніи согражданъ, то въ отношеніи правительства эти права являются безсильными. Іерингъ въ своемъ сочиненіи указываетъ на тѣ мотивы, которые побуждаютъ государственную власть къ самоограниченію, заставляетъ ее не нарушать, наиболѣе существенныя права гражданъ. Прежде всего, дѣятелями, осуществляющими функціи государственной власти, являются члены того общества, въ которомъ должна дѣйствовать данная государственная власть. Понятно, что чѣмъ болѣе развито это общество, тѣмъ болѣе въ немъ крѣпко такъ-называемое правовое чувство, т.-е. свойство,

въ силу котораго человѣкъ оскорбляется, когда нарушается какой-нибудь интересъ, издавна за нимъ охраняемый. Если всякое нарушеніе права вызываетъ въ членахъ общества сильную реакцію, то и въ самыхъ органахъ правительства незаконныя распоряженія встрѣтятъ реакцію. Слѣдовательно, если бы правительство стало предпринимать цѣлый рядъ мѣръ, ведущихъ къ нарушенію болѣе или менѣе существенныхъ правъ человѣка, если бы оно не стало стѣсняться въ нарушеніи наиболѣе существенныхъ правъ, то въ самихъ агентахъ власти явилось бы сопротивленіе выполненію такихъ мѣръ. Государственная власть не могла бы найти исполнителей своихъ велѣній. Но этотъ мотивъ, въ силу котораго въ самыхъ органахъ правительства, руководимыхъ правовымъ чувствомъ, встрѣтили бы препятствіе мѣры, направленныя къ нарушенію наиболѣе существенныхъ правъ человѣка, не особенно силенъ, потому что онъ можетъ имѣть значеніе лишь въ тѣхъ государствахъ, гдѣ политическая свобода имѣетъ за собою извѣстное историческое прошлое, слѣдовательно, гдѣ правовое чувство могло дѣйствительно достаточно развиться и окрѣпнуть. Только тамъ дѣйствительно не нашли бы исполнителей такія мѣры центральной власти, которыя были бы направлены къ нарушенію важнѣйшихъ правъ гражданъ (напр., къ нарушенію неприкосновенности принципа личной свободы, неприкосновенности частнаго жилища и т. п.).

Но рядомъ съ указаннымъ мотивомъ имѣется еще другой, который является болѣе общимъ, такъ какъ кругъ его примѣненія гораздо болѣе обширенъ, онъ находитъ себѣ примѣненія во всѣхъ обществахъ, не только въ тѣхъ, гдѣ политическая свобода успѣла окрѣпнуть и войти въ нравы, но и въ тѣхъ, гдѣ она представляетъ болѣе или менѣе новое явленіе. Іерингъ указываетъ на то, что правомѣрность есть первое условіе политической силы. Грубая физическая сила никогда не можетъ имѣть такого значенія, какое имѣетъ сила, дѣйствующая согласно съ указаніемъ разума, соблюдающая извѣстнаго рода политику. Лучшая политика, по мнѣнію Іеринга, есть правомѣрность. Понять это весьма не трудно. Въ самомъ дѣлѣ, государственная власть, стѣсняя, ограничивая себя, ряди правомѣрнаго образа дѣйствій, не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ не укрѣплять себя, потому что это ограниченіе усиливаетъ прежде всего правовое чувство въ обществѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что главная опора всякой государственной власти есть ничто иное, какъ высокое развитіе чувства законности. Государственная власть никогда не можетъ опираться исключительно на физическую силу

уже потому, что правительство въ каждомъ государствѣ всегда является меньшинствомъ въ обществѣ, слѣдовательно, если въ какомъ-нибудь государствѣ правительство опиралось бы исключительно на физическую силу, то оно было бы очень не прочно въ своей власти, потому что подданные, существенные интересы которыхъ нарушались бы имъ, легко могли бы сообразить, что ихъ интересы нарушаются силою, которая не имѣетъ прочной подкладки, потому что власть находится въ рукахъ меньшинства. Дѣйствительно, если возьмемъ даже деспотіи Востока, то и тамъ государственная власть не опирается исключительно на физической силѣ, а имѣетъ религіозную подкладку. Въ Турціи, напр., султанъ является представителемъ не только свѣтской власти, но и религіозной,—и въ религіозномъ чувствѣ народа онъ находитъ болѣе важную опору, нежели въ непосредственномъ физическомъ принужденіи. Но конечно, въ государствахъ нетеократическихъ, въ такихъ, гдѣ религіозная власть не слита съ государственною, правительство не можетъ находить достаточной подкладки въ религіозномъ чувствѣ. Конечно, большинство религій предписываетъ подчиненіе государственной власти, но подобное предписаніе представляется слишкомъ общимъ,—оно не имѣетъ непосредственнаго частнаго отношенія къ данной власти, а потому не представляется имѣющимъ достаточно важнаго значенія. Вотъ почему въ такихъ государствахъ наиболѣе важною опорою для власти является чувство законности, потому что оно побуждаетъ гражданъ исполнять велѣнія законодателя и служитъ лучшею гарантіею того, что предписанія законодателя найдутъ себѣ подчиненія въ отдѣльныхъ гражданахъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда гражданамъ приходится стѣснять себя въ своихъ отношеніяхъ къ государственной власти. Понятно, что это чувство законности съ одной стороны составляетъ основную силу для правительства, заставляя подданныхъ добровольно подчиняться его велѣніямъ, а съ другой стороны заставляетъ государственную власть ограничивать себя въ своихъ дѣйствіяхъ, потому что недеспотическая государственная власть является главнымъ препятствіемъ для развитія чувства законности. Для того, чтобы въ обществѣ сложилось чувство законности, необходимо прежде всего, чтобы законъ исполнялся строго тѣми же людьми, которые стоятъ выше всего въ обществѣ, т.-е. органами правительства.

Рядомъ съ указаннымъ соображеніемъ, въ силу котораго правительство, въ видахъ развитія чувства законности, не должно нарушать наиболѣе важныхъ правъ гражданъ, является другое

основаніе, въ силу котораго законномѣрная власть является наиболѣе цѣлесообразною и политичною. Именно: Іерингъ указываетъ на то, что рядомъ съ чувствомъ законности второю основною силою всякой государственной власти является правильная организація. Дѣйствительно, правильная организація даетъ большую экономію силъ и является такимъ образомъ однимъ изъ основаній силы государственной власти. Если отношенія между подданными съ одной стороны, и между подданными и правительствомъ съ другой стороны устроены надлежащимъ образомъ, тогда соблюдается большая экономія силы, а въ противномъ случаѣ замѣчается значительная ихъ потеря. Между тѣмъ правильная организація въ государствѣ можетъ быть достигнута только тогда, когда велѣнія закона признаются обязательными не только въ отношеніяхъ гражданъ между собою, но и въ отношеніяхъ гражданъ къ правительству, т.-е. когда законъ связываетъ не только дѣятельность отдѣльныхъ лицъ, но и дѣятельность правительственныхъ агентовъ. При правильной организаціи государства во избѣжаніе злоупотребленій необходимо, чтобы дѣятельность правительственныхъ органовъ была подвергнута опредѣленному контролю. Но понятно, что если правительство не признаетъ никакихъ неприкосновенныхъ правъ у гражданъ по отношенію къ себѣ, то тогда подобный контроль надъ правильнымъ функціонированіемъ органовъ государственной власти представляется невозможнымъ, потому что одинъ центральный надзоръ правительства надъ подчиненными ему органами представляется далеко недостаточнымъ. Агенты государственной власти въ своей совокупности ничтожное меньшинство въ сравненіи съ обществомъ и для успѣшнаго функціонированія они должны быть разсѣяны по всему государству, а между тѣмъ надзоръ центральной власти надъ дѣйствіями ея органовъ можетъ быть дѣйствителенъ только по отношенію къ тѣмъ органамъ, которые дѣйствуютъ непосредственно предъ глазами, а не по отношенію къ тѣмъ, которые дѣйствуютъ вдали отъ центральной власти. По отношенію къ послѣднимъ надзоръ центральной власти является безсильнымъ. Поэтому, если государственная власть не признаетъ извѣстныхъ правъ за подданными по отношенію къ ея органамъ, то нижнимъ органамъ правительства будетъ предоставленъ совершенный произволъ, что противорѣчитъ правильной организаціи государства. Злоупотребленія низшихъ органовъ представляются болѣе важными въ томъ смыслѣ, что по отношенію къ нимъ центральная власть является безсильною, такъ какъ надзоръ центральной власти по отноше-

нію къ низшимъ органамъ невозможенъ. Только тогда мелкіе органы правительства, разсѣянныя по всему государству, будутъ дѣйствовать законномѣрно, когда тѣ лица, съ которыми они сталкиваются въ своей дѣятельности, будутъ признаны правоспособными, пользующимися правами не только по отношенію другъ къ другу, но и по отношенію къ органамъ правительства, когда государственный строй будетъ основанъ на той идеѣ, что по крайней мѣрѣ наиболѣе существенныя прав~~а~~ граждан признаются неприкосновенными, не только для другихъ гражданъ, но и для органовъ правительства.

Такимъ образомъ существуютъ два основанія, въ силу которыхъ государственная власть не нарушаетъ своею дѣятельностью наиболѣе важныхъ правъ гражданъ, а именно: 1) то, что государственная власть, ограничивая самую себя правомъ, тѣмъ самымъ усиливаетъ въ обществѣ чувство законности, которое является главнымъ основаніемъ ея силы, и 2) то, что устанавливая обязательность юридическихъ нормъ, обязательность права не только для отдѣльныхъ гражданъ, но и для своихъ органовъ, государственная власть вмѣстѣ съ тѣмъ организуетъ правильную дѣятельность и тѣмъ экономизируетъ свои силы. Эти два основанія и являются причиною того, что государственная власть въ каждомъ государствѣ, въ своемъ развитіи стремится къ тому, чтобы установленныя ею права были обязательными не только въ отношеніяхъ гражданъ между собою, но и въ отношеніяхъ гражданъ къ государственной власти. Эти два основанія являются мотивами, побужденіями, принуждающими государственную власть къ таковому образу дѣйствій. Но, конечно, отдѣльные органы правительства могутъ болѣе или менѣе ясно сознавать эти мотивы. Въ отдѣльныхъ органахъ правительства эти мотивы оказываются весьма различны, а потому въ каждомъ государствѣ необходимо установить извѣстныя гарантіи для того, чтобы недостатокъ пониманія этихъ мотивовъ не велъ къ нарушенію существенныхъ правъ гражданъ, не велъ къ дѣйствіямъ незаконномѣрнымъ. Вотъ почему во всѣхъ конституціонныхъ государствахъ существуетъ цѣлый рядъ гарантій, обезпечивающихъ законномѣрность дѣйствій не только отдѣльныхъ органовъ правительства, но и самаго правительства. По мнѣнію Іеринга, такими гарантіями самоограниченія правительственной власти являются: 1) организація государства, и 2) тоже самое правовое чувство. Онъ указываетъ на то, что чувство законности тѣсно

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., 7.

связано и даже обусловлено чувствомъ права. Человѣкъ склоненъ уважать права только того, кто самъ уважаетъ его права.

Поэтому, когда государственная власть не уважаетъ неприкосновенности правъ гражданъ, то это ведетъ къ реакціи, выражающейся въ подрывѣ чувства законности, ослабленіе лойяльности, уваженія къ государственной власти. Мы видимъ, что въ тѣхъ государствахъ, гдѣ юридическій порядокъ не проченъ, не обезпеченъ подлежащими гарантіями, болѣе часты насильственныя дѣйствія гражданъ противъ органовъ власти. Напротивъ, тамъ, гдѣ государственная власть строго уважаетъ неприкосновенность правъ отдѣльныхъ гражданъ, тамъ сильна и законность, лойальность, тамъ каждый отдѣльный гражданинъ проникнутъ особеннымъ уваженіемъ къ дѣятельности властей. Другою гарантіею является организація государства. Если для обезпеченія власти наиболѣе важное значеніе имѣетъ организація правительства, то для обезпеченія законности наиболѣе важною является организація законодательной и судебной власти. Организація судебной власти является одною изъ главныхъ гарантій того, что государственная власть будетъ ограничивать себя въ своей дѣятельности правомъ. Предполагается, что судебная власть организуется какъ совершенно самостоятельная, независимая и неподчиненная какой-нибудь другой власти административной и что въ тѣхъ случаяхъ, когда административная власть въ своей дѣятельности сталкивается съ правами отдѣльныхъ гражданъ, разборъ дѣла принадлежитъ суду, въ организаціи котораго приняты мѣры, чтобы онъ дѣйствовалъ совершенно самостоятельно и независимо. Но организаціи одной судебной власти представляется недостаточною для полнаго обезпеченія законности, потому что судебная власть не дѣйствуетъ по своему собственному усмотрѣнію. Обсуждая дѣятельность тѣхъ или другихъ органовъ государственной власти по отношенію къ отдѣльнымъ подданнымъ, судебная власть, естественно, должна имѣть прочную опору въ законѣ. Если бы судебная власть не опиралась въ своей дѣятельности на постановленія законодателя, то она имѣла бы возможность подчинить себѣ другія власти и сдѣлаться верховною властью. Въ этомъ случаѣ, удерживая другія власти отъ нарушенія закона, но сама, не будучи ничѣмъ сдерживаема въ своихъ приговорахъ, она могла бы сама нарушать права отдѣльныхъ лицъ, подобно тому, какъ ихъ могутъ нарушать отдѣльныя распоряженія административной власти. Слѣдовательно необходимо обезпеченіе въ томъ, чтобы судебная власть въ своей дѣятельности была ограничена. Если судебная власть не отдѣ-

лена ~~отъ~~ своей дѣятельности отъ власти правительственной, то въ этомъ случаѣ нѣтъ гарантій для правильной ея дѣятельности. Точно также нѣтъ полной гарантіи законномѣрности и въ томъ случаѣ, если законодательная власть не отдѣлена отъ административной, гдѣ законодательство осуществляется при соучастіи народнаго собранія, потому что при соединеніи исполнительной и законодательной власти каждое повелѣніе главы прйвительства имѣетъ силу закона и безусловно обязательно для самаго суда.

Такимъ образомъ неприкосновенность правъ гражданъ въ отношеніи къ государственной власти находитъ себѣ объясненія и съ реалистической точки зрѣнія, и при непризнаніи существованія естественнаго права, прирожденныхъ правъ.

Но, конечно, при такой обстановкѣ вопроса эта неприкосновенность правъ не является съ характеромъ абсолютнымъ; она напротивъ, относительна, т.-е. зависима отъ разнообразныхъ условій мѣста и времени такъ, что степень неприкосновенности правъ гражданъ въ различныя эпохи и въ различныхъ государствахъ представляется крайне разнообразной. Но только ученіе о такой относительной неприкосновенности правъ и соотвѣтствуетъ исторической дѣйствительности.

Смотря по тому, достаточно ли развитіе права такой ступени, когда оно признается обязательнымъ и для государственной власти или нѣтъ, различаютъ правовое государство (Rechts staat) и полицейское государство (Polizeistaat). Въ полицейскомъ государствѣ государственная власть руководствуется въ своей дѣятельности только соображеніями цѣлесообразности, нисколько не ограничиваясь правомъ. Поэтому общему благу въ немъ нерѣдко приносятся въ жертву самые дорогіе интересы личности.

Въ правовомъ государствѣ, напротивъ, и государственной власти ставятся юридическія границы и интересы личности не поглощаются, не подавляются требованіями общаго блага, а только ограничиваются ими.

ГЛАВА IV.

Формы образованія права.

§ 44. Положительное право.

Подобно тому, какъ развитіе мышленія вообще находитъ себѣ внѣшнее выраженіе въ языкѣ, въ которомъ прогрессивное развитіе мышленія знаменуется появленіемъ словъ, выражающихъ все болѣе и болѣе общія понятія, такъ и развитіе правосознанія находитъ себѣ внѣшнее выраженіе въ юридическихъ обычаяхъ, являющихся первымъ объективнымъ выраженіемъ слагающихся юридическихъ нормъ. Разъ норма выразилась въ обычаѣ, она уже перестаетъ быть только фактомъ субъективнаго сознанія. Она получаетъ объективное существованіе, становится внѣшнимъ фактомъ, съ которымъ субъективное сознаніе должно считаться, какъ съ независящимъ отъ него, объективно даннымъ фактомъ. Зарождаясь въ сознаніи, норма постепенно съ помощью силы, привычки и инстинкта подражанія получаетъ вполнѣ объективное значеніе, выразившись въ обычаѣ. Обычай есть первоначальная, но однако не единственная форма объектированія правосознанія. Оно находитъ себѣ также объективное выраженіе въ судебной практикѣ и законодательныхъ постановленіяхъ, которыя подобно обычаю даютъ юридической нормѣ внѣшнее, независимое отъ сознанія бытіе. И каждая изъ этихъ формъ имѣетъ свои условія, свои законы развитія, не совпадающія съ условіями и законами развитія субъективнаго правосознанія. Поэтому объективированіе нормъ въ обычаяхъ, судебной практикѣ, законахъ, вызываетъ весьма существенныя измѣненія въ общемъ складѣ права. Усложняясь оно теряетъ свою простоту, единство. Оно двоится на право непосредственно выражающееся въ субъективномъ сознаніи и на право объектировавшееся, существующее и и развивающееся независимо отъ субъективнаго сознанія.

Внѣшнее выраженіе нашихъ мыслей, желаній никогда не можетъ вполнѣ соотвѣтствовать ихъ содержанію. Тѣмъ болѣе, когда эта форма есть объектировавшійся продуктъ дѣятельности многихъ лицъ, цѣлаго народа. Мы постоянно чувствуемъ затрудненія выразить словами движенія нашей души со всею точностью. Мы выражаемся обыкновенно такъ блѣдно и шаблонно, что утрачивается весь ихъ колоритъ, да многое и въ содержаніи.

Немудрено поэтому, что объектировавшаяся юридическая

норма не можетъ вполнѣ соотвѣтствовать субъективному правосознанію не только всѣхъ и каждаго, но и правосознанію большинства, даже отдѣльному субъективному правосознанію она можетъ соотвѣтствовать только случайно. Обычно-правовая норма, являясь результатомъ дѣятельности цѣлаго народа не можетъ вполнѣ соотвѣтствовать ничьему индивидуальному правосознанію, такъ какъ при образованіи обычая всѣ индивидуальныя особенности стираются. Это понятно. Но и законъ не можетъ вполнѣ выражать волю самаго законодателя. Чтобъ убѣдиться въ этомъ стоитъ посмотрѣть на то, какъ различно толкуютъ въ конституціонныхъ странахъ, только что изданный законъ членами парламента, даже членами того большинства, которое провело законъ.

Въ силу этого право съ образованіемъ объектировавшихся нормъ раздвояется на право живущее въ субъективномъ сознаніи, неопредѣленное, измѣнчивое, подвижное, и право, выразившееся въ нормахъ, опредѣленное, мало-подвижное. Одно идетъ какъ бы нога въ ногу съ развитіемъ общества, со всѣми совершающимися въ его средѣ измѣненіями; другое то отстаетъ, то опережаетъ жизнь, никогда не идя вровень съ нею. Это несоотвѣтствіе, конечно, большое неудобство, но вполнѣ выкупается выгодой большей опредѣленности.

Такимъ образомъ, хотя все право слагается исторически, все, во всемъ своемъ составѣ есть продуктъ исторической жизни общества, но все-таки и въ этомъ историческомъ правѣ является раздвоеніе, которое и дало поводъ къ установленію различія положительнаго и естественнаго права. Основываясь на указанномъ нами раздвоеніи права мы будемъ называть *положительнымъ правомъ* то, которое выразилось въ объектировавшихся нормахъ, противуполагая не неизмѣненному естественному праву, а также измѣнчивому праву, не выразившемуся въ нормахъ, а живущему въ субъективномъ сознаніи людей и выражающемуся въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, которыя никогда не опредѣляются одними нормами.

Такое пониманіе положительнаго права вполнѣ соотвѣтствуетъ съ положительной стороны обычному его пониманію и отличается отъ него только со стороны отрицательной, т.-е. въ томъ, что оно не противуполагается естественному праву. Я противополагаю положительное право какъ продуктъ общественной жизни субъективному правосознанію, какъ продуктъ индивидуальнаго духа. Но и тѣ, кто признаетъ противуположеніе естественнаго и положительнаго права, понимаютъ подъ положительнымъ правомъ

ничто иное, какъ совокупность нормъ, выразившихся въ обычаяхъ, законахъ и судебной практикѣ. Само положительное право однако также не можетъ избѣжать дальнѣйшаго раздвоенія. Реализація нормъ совершается дѣятельностью учрежденій, состоящихъ изъ людей, которые не могутъ, конечно, быть вовсе лишены извѣстныхъ субъективныхъ убѣжденій о правомъ. И вотъ, въ силу этого, дѣятельность учрежденій, реализирующихъ нормы положительнаго права, складывается подъ вліяніемъ двухъ опредѣляющихъ факторовъ: положительнаго права и субъективнаго правосознанія судей. Поэтому судебная практика всегда имѣетъ нѣсколько творческое значеніе и право, какъ оно выражается въ судебной, никогда не совпадаетъ въ точности съ правомъ, какъ оно выразилось въ обычаѣ или законѣ.

Основа дѣйствія права вообще лежитъ въ жизненныхъ условіяхъ общежитія. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что право дѣйствуетъ въ человѣчествѣ, какъ необходимое и единственное средство установить хотя нѣкоторую гармонію постоянно сталкивающихся индивидуальныхъ интересовъ, не разрушая общества и не отдавая въ жертву интересамъ общественнаго порядка самостоятельныхъ отдѣльныхъ людей и ихъ свободу. Держась другихъ воззрѣній на самое существо права, приходимъ и къ соотвѣтственному измѣненію этого отвѣта.

Такъ Stahl говоритъ, что «Gottes Ordnung ist der Grund des Anhshens des Rechts». Для Канта основа обязательности права вообще лежитъ въ его разумности. Для Бентама—въ возможно большей полезности, возможно большему числу людей. Но теперь насъ занимаетъ не этотъ вопросъ. Говоря объ основѣ дѣйствія юридическихъ нормъ, я имѣю въ виду вопросъ о томъ, почему въ данномъ государствѣ, въ данномъ обществѣ дѣйствуетъ именно данная система положительнаго права со всѣми ея особенностями, со всѣми ея отличіями отъ другихъ системъ права, дѣйствующихъ рядомъ съ нею во времени и въ пространствѣ.

Необходимость юридическаго порядка есть общій законъ для всякаго общежитія людей въ извѣстной степени его развитія. Но этотъ непреложный законъ сказывается на дѣлѣ въ самыхъ разнообразныхъ формахъ. Потому что въ каждомъ отдѣльномъ обществѣ дѣйствуетъ не только право вообще, но и опредѣленная индивидуальная система юридическихъ нормъ, свойственныхъ именно этому обществу. Право, какъ порядокъ общественной жизни, находится по необходимости въ постоянномъ взаимодѣйствіи съ временными и мѣстными условіями, и потому, чтобы удовлетворить своему назначенію, не остаться мертвою буквою и дѣйствительно

дать подходящую форму чередующимся явленіямъ общественной жизни, оно должно принять и соотвѣтствующую форму. И притомъ, эти своеобразно слагающіяся нормы являются дѣйствующими независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли они божескимъ заповѣдямъ, требованіямъ разума,—нѣтъ, эти нормы дѣйствуютъ независимо отъ такого согласія, дѣйствуютъ самостоятельно, и въ этой самостоятельности заключается положительность дѣйствующаго права [1]).

Все это и приводитъ къ вопросу о самостоятельной основѣ дѣйствія каждой положительной правосистемы.

Право не есть подобно такъ-называемымъ физическимъ, природнымъ силамъ, представляющимъ нѣчто существующее помимо дѣйствія человѣка, нѣчто объективно ему противополагаемое. Напротивъ, это есть порядокъ, установляемый самими людьми для себя. Подчиняется ли въ своей дѣятельности человѣкъ закону причинности, или дѣйствуетъ свободно, произвольно, — въ данномъ вопросѣ это безразлично. Какъ бы то ни было, право по закону причинности или по закону свободы все же создается не помимо, а напротивъ не иначе, какъ чрезъ дѣятельность человѣка, чрезъ его посредство. Затѣмъ право есть нормы взаимныхъ отношеній, есть порядокъ общественный. Поэтому потребность въ правѣ и самая возможность его образованія дается только общежитіемъ. Внѣ людскаго общенія право не мыслимо, оно существуетъ лишь настолько, насколько существуетъ между людьми общеніе.

Такимъ образомъ, право не есть нѣчто извнѣ налагаемое на людей, а есть продуктъ людей, соединившихся въ общеніи, такъ что право требуетъ людскаго общенія и обнимаетъ лишь тѣхъ людей и тѣ стороны человѣческихъ интересовъ, стремленій, какія составляютъ содержаніе общенія. Самое право, потребность въ которомъ возникаетъ вмѣстѣ съ образованіемъ общенія, полагается въ каждомъ отдѣльномъ общеніи самимъ же общеніемъ, какъ норма взаимныхъ отношеній его участниковъ. Въ каждомъ данномъ общежитіи право дѣйствуетъ какъ выработанное для общенія имъ самимъ.

Праву, полагаемому для себя самими людьми, противополагаютъ божеское право [2]), Jus divinum, какъ тоже положительное право. Многіе народы признавали откровенное право, напр., индусы, евреи. Эти нормы признаются дѣйствующими потому,

[1]) Stahl, II, s. 221.

[2]) Warnkönig, § 38; Falkk, §§ 58—65; Stahl, § 65.

что исходятъ отъ божества. Но въ дѣйствительности они получили значеніе дѣйствующаго права лишь чрезъ признаніе ихъ таковыми въ народномъ сознаніи.

И откровенное право дѣйствуетъ лишь въ томъ народѣ, который, вѣря въ его откровенность, признаетъ его для себя обязательнымъ. Поэтому, конечно, нельзя признавать обязательнымъ Моисеевъ законъ—развѣ только онъ прямо будетъ признанъ дѣйствующимъ, какъ это было сдѣлано въ Ienaische Hofgerichtsordnung — постановлявшемъ, что божескія заповѣди должны первенствовать передъ всѣми другими законами. Противъ общеобязательности Моисеева закона, идеи, возникшей не ранѣе VII столѣтія, возставалъ еще и съ очень неосновательными доводами Ѳома Аквинскій. Но воззрѣніе это упорно держалось въ общественномъ мнѣніи. Еще Гуго Гроцій прямо дѣлитъ jus positivum на jus divinum и jus humanum. При заселеніи Сѣв. Америки, благочестивые англійскіе пересенцы, бѣжавшіе въ Новый Свѣтъ отъ гоненія за вѣру, объявили въ своемъ обществѣ положенія Священ. Писанія дѣйствующимъ правомъ. Но въ настоящее время это воззрѣніе уже совсѣмъ отброшено. Даже такой теологизирующій философъ, какъ Шталь, считаетъ невозможнымъ принять самое понятіе откровеннаго права, точно также, какъ и естественнаго и допускаетъ только Offenbarungsgebote an das Recht. Таково, напр., соблюденіе субботы, правила о недопустимости браковъ между родственниками; но все это, какъ и требованія разума, не имѣетъ непосредственнаго дѣйствія. Das Berucht auf jenem einem entscheiedenden Grundsatze, dass eben nur die menschliche nicht von Gott gerichtete Ordnung Recht ist.

Итакъ, основа дѣйствія положительнаго права заключается въ томъ, что оно создается жизнью того самаго общества, въ которомъ дѣйствуетъ и въ каждомъ обществѣ имѣетъ силу, только имъ самимъ установленное положительное право. Исключенія изъ этого правила существуютъ только кажущіяся. Случается иногда, что въ извѣстномъ общеніи дѣйствуетъ право, сложившееся внѣ его, въ рядомъ съ нимъ стоящемъ общеніи, и въ такомъ случаѣ получается различіе права туземнаго и заимствованнаго.

Напоминаю, что мы теперь имѣемъ въ виду не матеріальное различіе, не различіе по содержанію, а формальное различіе по основѣ дѣйствія. Поэтому, если законодатель черпаетъ свой матеріалъ, частью изъ иноземнаго права, частью изъ туземныхъ обычаевъ, и все это выливается въ одну общую форму, тутъ нѣтъ еще различія туземнаго и иноземнаго права. Но можетъ

быть и дѣйствительно бываетъ такъ, что иноземное право въ цѣломъ своемъ составѣ получаетъ дѣйствіе въ извѣстной странѣ. Представитъ ли этотъ случай исключеніе изъ того начала, что положительное право всегда исходитъ изъ того самаго общенія, которое служитъ сферою его примѣненія? Въ германской имперіи съ XIII — XIV вѣка получило значеніе дѣйствующаго права—право римское и притомъ не сливаясь съ германскимъ, дѣйствуя на ряду съ нимъ. На первый взглядъ можетъ показаться, что такой фактъ вполнѣ опровергаетъ выставленное нами положеніе, будто право дѣйствуетъ только въ томъ общеніи, отъ котораго полагается Но для рѣшенія вопроса мало установить самый фактъ принятія рецензіи римскаго права, надо обратиться къ разсмотрѣнію того пути, какимъ совершилась эта рецепція.

Corpus juris civilis представляетъ собою законодательное право, три сборника, изданныхъ актами законодательной власти, сообщившей имъ свой авторитетъ. Перенесенное же въ Германію, оно становится правомъ обычнымъ. Слѣдовательно формально, по отношенію къ основѣ своего дѣйствія, оно совершенно обновляется. Въ Германіи corpus juris civilis дѣйствуетъ уже не какъ воля римскаго императора, а какъ германскій обычай. Слѣдовательно, матеріально, совершенно чужеземнаго происхожденія, формально это право, какъ германское положительное право, представляется исходящимъ отъ германской націи.

Поэтому въ Германіи римское право признается дѣйствующимъ лишь въ томъ объемѣ, въ какомъ оно усвоено, какъ обычное германское право. Усвоеніе его совершилось черезъ дѣятельность глоссаторовъ. Но глоссаторы занимались истолкованіемъ не всѣхъ частей corporis juris civilis—эти неистолкованныя, неглоссированныя части и не получали дѣйствія въ Германіи: Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia.

Это усвоеніе римскаго права имѣетъ практическій интересъ и для нашего отечества. Такъ какъ, благодаря этому усвоенію, римское право дѣйствуетъ, какъ вспомогательный источникъ права въ нашихъ остзейскихъ провинціяхъ, составлявшихъ въ прежнее время, подъ господствомъ ливонскаго ордена, ленъ священной римской имперіи, т. е. старогерманской имперіи. Римское право было рецепировано всѣми почти государствами современной европейской культуры. Во Франціи, оно никогда не переставало дѣйствовать на югѣ, а позже легистами оно было рецепировано и для всей французской территоріи. Но даже въ Англіи и Россіи—государствахъ, наиболѣе отличающихся самобытнымъ развитіемъ права, таже рецепція совершилась, если и

не въ общемъ видѣ, какъ въ другихъ, но по крайней мѣрѣ практической и особенной юрисдикціяхъ, особенныхъ судахъ. Такъ въ Англіи, кромѣ церкви, которая, по выраженію старой поговорки vivit lege romana, римское право нашло себѣ примѣненіе въ юрисдикціи суда адмиралтейства. Послѣдній руководствовался средневѣковымъ сборникомъ международныхъ обычаевъ, извѣстнымъ подъ именемъ Rôles d'Oleron, но пополнялся постановленіями рамскаго права. Въ Россіи рецепція римскаго права и права Византійскаго—церковныя его переработки, примѣнялась духовными судами. Но такъ какъ, юрисдикція духовныхъ судовъ прежняго времени была очень широка — усвоеніе римскаго права получило у насъ форму такъ называемыхъ кормчихъ книгъ, и оказало не малое вліяніе на все почти праворазвитіе и особенно на семейное право. Въ греко-римской переработкѣ jus civile проникло даже на Кавказъ, въ Грузію. Вторая часть Уложенія грузинскаго царя Вахтанга V, жившаго въ концѣ семнадцатаго столѣтія содержитъ въ себѣ нѣкоторые законы Льва Мудраго, Константина и другихъ византійскихъ императоровъ, относящіяся до судопроизводства. Грузинское право отличается необыкновенно широкими размѣрами заимствованія. Кромѣ упомянутыхъ законовъ византійскихъ императоровъ, въ это уложеніе царь Вахтангъ порядкомъ заимствовалъ изъ Пятикнижія Моисея и изъ армянскихъ законодательствъ. Кромѣ того, съ установленіемъ зависимости Грузіи отъ Россіи стали примѣняться переведенныя на грузинскій языкъ Уложеніе Соборное 1649 г. и Воинск. Уставъ Петра Великаго, такъ что туда вошло черезъ воинскій уставъ даже саксонское право.

Рецепція иноземнаго права можетъ совершиться и законодательнымъ актомъ. Такъ напр., заимствованъ былъ французскій гражданскій кодексъ въ Царствѣ Польскомъ, въ Бельгіи, Италіи и т. д. Примѣръ подобной же рецепціи мы видимъ въ исторіи средневѣковыхъ городовъ, входящихъ въ составъ Остзейскаго края. Такъ городу Ригѣ было пожаловано ея основателемъ и епископомъ Альбрехтомъ I право торговаго города Висби; отличавшагося разноплеменностью своего населенія, такъ что каждая народность имѣла въ немъ свою улицу. Интересенъ юридическій бытъ города Ревеля. Ему датскимъ королемъ Эрикомъ V въ 1248 г. пожаловано было Любекское право. По понятіямъ того времени любекскій магистратъ составлялъ высшую инстанцію для города Ревеля, такъ что ревельскій магистратъ непремѣнно обращался съ вопросомъ къ любекскому, и получалъ отъ него опредѣленіе, Ordeele. Вслѣдствіе этого, въ Ревелѣ дѣйство-

вало любекское право не только въ томъ его составѣ, какимъ оно представляется въ моментъ рецепціи, но и съ позднѣйшими дополненіями и измѣненіями. Въ свою очередь Ревель находился въ подобныхъ же отношеніяхъ къ городу Нарвѣ.

Въ юго-западной Россіи города получили пожалованное отъ польскихъ королей, подтвержденное по присоединеніи и московскими царями, магдебургское право. Во всѣхъ приведенныхъ примѣрахъ, иноземное право открыто, безъ измѣненій его формы заимствуется для примѣненія въ извѣстномъ общеніи, но основою его дѣйствія въ этомъ общеніи служитъ именно это заимствованіе, т. е. воля мѣстной власти. Поэтому и заимствованіе права тѣмъ не менѣе представляется исходящимъ въ формальномъ отношеніи отъ того самаго общества, въ которомъ оно дѣйствуетъ.

§ 46. Объемъ и сила нормъ положительнаго права.

Различнымъ содержаніемъ юридическихъ отношеній опредѣляется и различіе юридическихъ нормъ. Одна и таже норма не можетъ опредѣлить всѣхъ отношеній. Отсюда—необходимое ограниченіе дѣйствія каждой юридической нормы только тѣми отношеніями, къ которымъ она примѣнима. Въ этомъ смыслѣ объемъ дѣйствія каждой юридической нормы представляется ограниченнымъ, и самое различіе объема дѣйствія можетъ быть опредѣлено лишь статистическими данными, какъ часто встрѣчается въ дѣйствительной жизни то или другое юридическое отношеніе. Этотъ статистическій вопросъ самъ по себѣ очень важенъ для законодателя, и подобнаго рода статистическія данныя чрезвычайно полезны, если рѣчь идетъ de lege ferenda, т. е. объ изданіи новаго закона. При установленіи новой юридической нормы, вопросъ о цѣлесообразности ея имѣетъ конечно рѣшающее значеніе, и потому очень важно знать, какъ часто и вообще найдетъ ли себѣ примѣненіе предположенная къ установленію норма въ дѣйствительности.

Совершенно иное дѣло при судебномъ разбирательствѣ или вообще, когда дѣло идетъ de lege lata. Для правильнаго разрѣшенія даннаго юридическаго вопроса совершенно безразлично рѣдкій ли это случай, или нѣтъ. Если же и при разсужденіяхъ de lege lata возникаетъ вопросъ объ объемѣ дѣйствія извѣстной юридической нормы, то подъ объемомъ тутъ разумѣютъ нѣчто другое.

Примѣненіе юридическихъ нормъ кромѣ различія самаго со-

держанія юридическихъ отношеній опредѣляется иногда и другими особенностями и различіями ихъ. Таковы различія субъектовъ, объектовъ. особенной цѣли юридическаго отношенія, мѣста его совершенія или возникновенія. Одинаковыя по содержанію своему отношенія могутъ опредѣляться различными нормами, смотря потому, кто является ихъ субъектами. Такъ, напр., у насъ юридическія отношенія православныхъ супруговъ опредѣляются уставами восточной церкви, а отношенія супруговъ мусульманъ — кораномъ.

Въ этомъ техническомъ смыслѣ, *общемъ* по объему своего дѣйствія, называется то право, примѣненіе котораго къ юридическому отношенію опредѣляется его существеннымъ содержаніемъ; *особеннымъ*—такое, примѣнимость котораго обусловлена наличностью случайныхъ особенностей, не измѣняющихъ существеннаго содержанія отношенія, его общаго характера. Примѣры: военно-уголовное право, мѣстные законы, торговое право и т. п.

Особенныя нормы не слѣдуетъ смѣшивать съ привиллегіями: норма всегда есть общее правило и потому нельзя и говорить о нормѣ относящейся, къ частному случаю. Привиллегія, устанавливающая чье-нибудь индивидуальное право, какъ право субъективное, есть только источникъ правомогія, а не нормы. Особенныя нормы, хотя и имѣютъ въ виду особенности, но не индивидуальныя.

Юридическія нормы ограничиваютъ индивидуальный произволъ и опредѣляютъ его состояніе съ совмѣстнымъ существованіемъ свободы другихъ. Онѣ легко могутъ приходить въ столкновеніе съ личными стремленіями участниковъ даннаго отношенія, которые поэтому станутъ стремиться къ тому, чтобы опредѣлить отношеніе вопреки постановленію существующаго права. Какую же силу имѣютъ юридическія нормы по отношенію къ такому противодѣйствію ея примѣненію со стороны индивидуальной воли? Сила эта различна, какъ различны и сами юридическія отношенія.

Всякое юридическое отношеніе прежде всего касается его непосредственныхъ участниковъ. Но во всякомъ, сколько-нибудь развитомъ обществѣ возникаетъ извѣстная степень солидарности между всѣми его членами, увеличивающаяся вмѣстѣ съ развитіемъ; благодаря этому, правомѣрное опредѣленіе нѣкоторыхъ отношеній интересуетъ все общество, нѣкоторыя общія условія юридическихъ отношеній признаются имѣющими важность для всѣхъ. Отсюда и между юридическими нормами установляется

такое различіе, что примѣненіе однихъ является безусловнымъ, независящимъ отъ воли случайныхъ участниковъ отношенія; такъ что сила объективнаго права не можетъ быть парализировано волею частныхъ, отдѣльныхъ лицъ. Это такъ называемое прецептивное, абсолютное право, jus cogens. Но въ жизни каждаго общества возникаетъ и масса такихъ отношеній, тотъ или другой способъ опредѣленія которыхъ представляется для общества неважнымъ или же, хотя и важнымъ, но стѣсненіе индивидуальной свободы въ которыхъ почему-нибудь неудобно. Въ этихъ случаяхъ примѣненіе объективнаго права можетъ быть устранено произвольнымъ, автономичнымъ опредѣленіемъ отдѣльныхъ лицъ. Это приводитъ къ понятію нормъ диспозитивныхъ, распредѣлительныхъ (Renneнkampфъ), vermittelnde (Savigny). Такія нормы получаютъ примѣненіе только въ случаѣ недостатка спеціальнаго, нарочитаго опредѣленія со стороны участниковъ отношенія или по ихъ небрежности, или по желанію ихъ подчиниться опредѣленію дѣйствующей общей нормы. Таковы, напримѣръ, законы о порядкѣ наслѣдованія, примѣняющіеся только въ случаѣ несуществованія завѣщанія.

Если вопросъ о примѣнимости юридическихъ нормъ рѣшенъ, возникаетъ другой: какъ подчинить господству права индивидуальную волю, стремящуюся нарушить, переступить указанныя ей нормой границы? Юридическія отношенія не самоцѣльны, люди вступаютъ въ нихъ для удовлетворенія своимъ потребностямъ. Этимъ указывается и средство подчинить индивидуальную волю господству общаго юридическаго правила. Власть, охраняющая права, должна позаботиться о томъ, чтобы, при нарушеніи постановленій дѣйствующаго права, не наступало, не слѣдовало предположеннаго удовлетворенія извѣстной потребности, другими словами, чтобъ дѣйствіе, нарушающее юридическія нормы, не влекло за собою предположенныхъ послѣдствій, результатовъ, чтобы дѣйствіе, по отношенію къ своей цѣли оказалось *ничтожнымъ*. Нормы, нарушеніе которыхъ влечетъ ничтожность дѣйствія, называются *совершенными* (leges perfectae).

Правонарушительное дѣйствіе можетъ не вести безусловно ни къ какимъ послѣдствіямъ, разсматривается, какъ несостоявшееся, несовершенное: это такъ называемая *безусловная ничтожность*, напр., словесные договоры продажи недвижимости. Если же дѣйствіе не влечетъ за собою только нѣкоторыхъ изъ предположенныхъ послѣдствій, то получается ничтожность *относительная*, напр., вексель, выданный замужней женщинѣ, безъ согласія мужа сохраняетъ силу простаго заемнаго обязательства.

Однакожъ, дѣйствіе уже само въ себѣ можетъ заключать удовлетвореніе потребности. Если я заставляю васъ силою подписать заемное обязательство, то объявленіе его ничтожнымъ совершенно разстраиваетъ мой замыселъ. Одно принужденіе меня не удовлетворяетъ. Но представьте, что я попользовался яблоками въ чужомъ саду, съѣлъ ихъ. Признаніе этого дѣйствія ничтожнымъ можетъ развѣ позабавить меня только, и тѣмъ только способствовать пищеваренію. Но и въ первомъ примѣрѣ, однимъ признаніемъ ничтожности выданнаго обязательства, очевидно, еще не вполнѣ удовлетворить требованіямъ справедливости. Я, правда, ничѣмъ не могу покорыстоваться отъ моего неправаго дѣла, но и не теряю ничего, остаюсь какъ былъ. За то объектъ моего насилія совершенно безвинно подвергался принужденію и риску отъ возможности не доказать факта принужденія.

Какъ быть въ подобныхъ случаяхъ, когда или самое дѣйствіе содержитъ уже въ себѣ удовлетвореніе потребности, или причиняетъ другому стѣсненіе его свободы, или прямой вредъ? Въ подобныхъ случаяхъ, когда признаніе дѣйствія ничтожнымъ не можетъ помочь потому, что послѣдствія уже наступили или должны непремѣнно поступить независимо отъ признанія (напр. нанесеніе смертельныхъ ранъ), остается только одно средство— связать съ нимъ невыгодныя послѣдствія для субъекта дѣйствія.

Нормы, нарушеніе которыхъ влечетъ за собою ничтожность по отношенію къ предложеннымъ послѣдствіямъ и связанныя съ нимъ другія невыгоды—называются, leges plus quam perfectae.

Бываютъ отношенія, при которыхъ признаніе правонарушительныхъ дѣйствій ничтожными повлечетъ за собою невыгоды для третьихъ лицъ. Въ этихъ случаяхъ можно ограничиться соединеніемъ съ правонарушительнымъ дѣйствіемъ невыгодныхъ послѣдствій. Это будутъ leges minus, quam perfectae.

Нормы, нарушеніе которыхъ не влечетъ за собою ни ничтожности, ни выгодныхъ послѣдствій, называются leges imperfectae. Существованіе такихъ, какъ бы безсильныхъ, нормъ требуетъ нѣкотораго объясненія. Leges imperfectae встрѣчаются, главнымъ образомъ, въ сферѣ публичнаго права, т. е. по отношенію къ такимъ юридическимъ институтамъ, субъектами которыхъ являются всѣ, вся масса народа или, по крайней мѣрѣ, многочисленные классы и группы. Движущей силой въ такихъ отношеніяхъ является коллективная воля, для выраженія которой создаются особые органы. Конституціей органа можетъ быть уже наперед обезпечена правомѣрность выражаемой имъ воли, могутъ быть предупреждены правонарушительныя дѣйствія. Этимъ

и объясняется изобиліе въ публичномъ правѣ leges imperfectae. Но абсолютнаго совершенства въ устройствѣ такихъ органовъ достигнуть невозможно, такъ какъ органы эти все же слагаются изъ отдѣльныхъ людей. Если слишкомъ стѣснить сферу личнаго самоопредѣленія членовъ такого учрежденія — организація сдѣлается слишкомъ неподвижной, мертвенной, неудовлетворяющей требованіямъ жизненнаго развитія и движенія общества. Сдѣлайте организацію болѣе жизненной, подвижной, болѣе примѣнимой къ конкретнымъ условіямъ и потребностямъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ вы непременно дадите возможность сказаться индивидуальнымъ стремленіямъ человѣка. Поэтому существованіе особо-организованныхъ учрежденій для выраженія воли, движущей публичными отношеніями, только объясняетъ, но отнюдь не оправдываетъ существованіе leges imperfectae. Въ настоящее время, это уже сознается. И старую конституціонную школу, полагавшую все спасеніе въ надлежащей организаціи правительственной машины, въ пресловутомъ раздѣленіи, равновѣсіи властей, можно теперь признать уже отжившей свой вѣкъ. Теперь сознали уже необходимость юридической, судебной охраны и въ сферѣ публичнаго права.

§ 47. Источники права [1]).

Мы сказали, что неизбѣжное несоотвѣтствіе положительнаго права съ субъективнымъ правосознаніемъ, хотя и представляется зломъ, но зломъ, съ избыткомъ выкупаемымъ тою опредѣленностью и внѣшнею распознаваемостью, какою отличается положительное право. Нетрудно, дѣйствительно, убѣдиться въ важномъ значеніи опредѣленности и распознаваемости юридическихъ нормъ. Говоря о происхожденіи права, мы указали, что оно устанавливается прежде всего, какъ опредѣленный порядокъ взаимныхъ отношеній людей. Человѣкъ ждетъ отъ другого соблюденія въ одинаковыхъ случаяхъ одинаковаго поведенія и, если его ожиданіе неоправдывается, онъ требуетъ отъ несоблюшаго удовлетворенія за понесенныя имъ невыгоды. При такихъ условіяхъ каждый естественно задается вопросомъ, какъ распознать общіе признаки тѣхъ нормъ права, соблюденіе которыхъ обязательно въ данномъ обществѣ, отъ имѣющихъ лишь субъективное значеніе, откуда узнать эти общепризнанныя нормы. Всякому важно опредѣлить напередъ,

---

[1]) *Puchta*, Gewohnheitsrecht, I, s. 143—148; Vorlesungen, I. *Savigny*, System, I, s. 6—57. *Müller*, Die Elemente der Rechtsbildung, ss. 426—448.

съ возможною точностью, при соблюденіи какихъ именно правилъ, онъ можетъ быть обезпеченъ отъ всякаго притязанія со стороны другихъ и соблюденія чего именно онъ можетъ требовать отъ нихъ самихъ. А это возможно только относительно объективировавшихся нормъ и потому ученіе о формахъ, въ какихъ совершается это объективированіе, получаетъ для юриста весьма большое значеніе.

Эти формы объективированія юридическихъ нормъ называются *источниками права*. Таково значеніе, придаваемое выраженію «источники права», какъ техническому термину. И для возможности надлежащаго пониманія ученія объ источникахъ права весьма важно не смѣшивать техническаго понятія источниковъ съ другими понятіями въ обыденномъ словоупотребленіи также обозначаемыми этимъ словомъ.

Прежде всего слѣдуетъ предупредить отъ смѣшенія понятія источника права, какъ признака общеобязательности нормы, съ понятіемъ источника, какъ средства познанія (fontes ex quibus notitia juris hauritur) съ понятіемъ историческаго памятника— значеніе, съ какимъ обыкновенно употребляется это слово въ наукахъ историческихъ. Эти понятія могутъ и совпадать, но такое совпаденіе дѣло случайное и вовсе не предполагается существомъ этихъ понятій. Если мы имѣемъ подлинный текстъ какого либо закона, то законъ этотъ есть вмѣстѣ и источникъ права въ техническомъ смыслѣ, и источникъ нашего познанія о правѣ. Но если текстъ закона до насъ не дошелъ, и мы узнаемъ о существованіи и содержаніи закона изъ другихъ источниковъ, какъ это напримѣръ, случилось съ leges XII tabularum, lex Voconia и др. то такой законъ все таки остается источникомъ права, но уже не есть источникъ нашего познанія о правѣ. Точно также, если мы узнаемъ о какомъ либо крестьянскомъ юридическомъ обычаѣ изъ сочиненій Ефименко или Пахмана, то эти сочиненія служатъ источникомъ познанія, а самый обычай —источникомъ права.

При всемъ различіи эти понятія нерѣдко смѣшивались, особенно въ старину. Такъ у римскихъ юристовъ, очевидно, въ силу такого смѣшенія [1]), установилась классификація права на писанное и неписанное (jus scriptum, jus non scriptum) причемъ это различіе понималось буквально, такъ что къ письменному праву относились не только законъ, но и эдиктъ претора, и responsa prudentium. Не требовалось однако, чтобъ право при самомъ воз-

[1]) *Puchta*, Gewohnheitsricht, I, 62.

никновеніи уже облекалось въ письменную форму [1]). Поэтому записанный обычай оставался все таки неписаннымъ правомъ [2]),— это послужило основаніемъ къ установленію нѣкоторыми новыми юристами различія между *писаннымъ* и только *записаннымъ* правомъ.

Несмотря на невозможность этого различія, оно старательно сохранялось и даже развивалось новыми юристами. Еще Тибо ставитъ это дѣленіе во главѣ классификаціи источниковъ права [3]). У Глюка [4]) это различіе развито съ большимъ стараніемъ, и онъ принимаетъ, подобно многимъ другимъ, различіе jus scriptum sensu grammatico и jus scriptum sensu juridico, къ которому относятся только одни законы [5]).

Другое смѣшеніе понятія, имѣющее болѣе современное значеніе, есть смѣшеніе понятія источника права, какъ признака его общеобязательности съ понятіемъ о томъ, откуда черпается и чѣмъ опредѣляется самое содержаніе юридическихъ нормъ. Такое смѣшеніе установилось въ силу того главнымъ образомъ, что до исторической школы думали, что право творится произволомъ законодателя. Воля законодателя признавалась единственной и послѣдней причиной установленія тѣхъ или другихъ юридическихъ нормъ. Велѣніе верховной власти соблюдать опредѣленную являлось при такомъ взглядѣ было и единственнымъ признакомъ обязательности нормы, и единственной силой ее создавшей. Признавая закономѣрность развитія, мы, конечно, не можемъ признавать законъ силой творящей право: это только форма, въ которой право, вырабатываемое всѣми элементами общественности, находитъ себѣ внѣшнее выраженіе. Законодатель не произвольно творитъ право, онъ не властенъ устанавлять нормъ, не подготовленныхъ ходомъ общественной жизни. Законы, имѣющіе такое содержаніе, остаются мертвой буквой, лишенной практическаго значенія. Поэтому законодательство не есть источникъ права въ смыслѣ силы его творящей. Вопросъ объ источникахъ права въ этомъ смыслѣ есть, конечно, совершенно отличный отъ нами теперь разсматриваемаго. При такой постановкѣ вопроса, рѣчь будетъ уже не о признакахъ общеобязательности, а объ факторахъ, участвующихъ въ образованіи права.

---

[1]) Jus scriptum quod ab initio litteris mandatum est.

[2]) *Savigny*, System, I, s. 106. *Austin*, Lectures, II, p. 527.

[3]) *Thibaut*, Versuche, II, 1817. Ueber die gewöhnliche Eintheilung der Rechtsquellen s. 237.

[4]) *Glück*, Commentar, 2 Aneg. B. I, 1797, s. 430—440.

[5]) Это различіе удерживаетъ еще *Austin*. Lectures. II. p. 528.

Понимая источники права въ такомъ смыслѣ, можно согласиться съ Адикесомъ [1]), что общій источникъ права есть субъективный разумъ, или какъ мы бы сказали, субъективное сознаніе. Всѣ другіе фъкторы вліяютъ на правообразованіе только чрезъ посредство нашего сознанія. Божественныя велѣнія, природа вещей; требованія разума, соображенія цѣлесообразности, внушенія нравственнаго долга—все это можетъ вызвать образованіе соотвѣтствующихъ правовыхъ нормъ лишь тогда, когда будетъ воспринято человѣческимъ сознаніемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ общее сознаніе есть лишь сумированіе субъективнаго сознанія отдѣльныхъ личностей. Поэтому субъективное сознаніе дѣйствительно является, какъ бы фокусомъ, въ которомъ сосредоточивается дѣйствіе всѣхъ факторовъ правообразованія. Но источникомъ права въ техническомъ смыслѣ оно не можетъ быть признано, потому что субъективное сознаніе какой либо нормы не есть признакъ ея общеобязательности, не есть форма ея объективированія.

Если строго держаться этого техническаго значенія, то источниками права можно признать только обычай, судебную практику и законъ. Все другое не можетъ быть признано источникомъ. Нельзя признать источникомъ права *природу вещей* уже потому, что природа эта разными людьми понимается весьма различно, и вопросъ о томъ, какое изъ этихъ различныхъ пониманій общеобязательно можетъ быть рѣшенъ только свѣркой съ обычаемъ, судебной практикой и закономъ. То пониманіе, какое выразилось въ этихъ формахъ, и есть общеобязательное. Тоже самое должно сказать и о *справедливости*, также понимаемой весьма различно и также получающей объективную опредѣленность только при томъ условіи, что она найдетъ себѣ выраженіе въ указанныхъ источникахъ положительнаго права. Наконецъ, къ этой же категоріи мнимыхъ источниковъ слѣдуетъ отнести, и по тѣмъ же основаніямъ, и *науку права*.

§ 48. Значеніе источниковъ права.

Какое же значеніе имѣетъ выраженіе юридической нормы въ обычаѣ, законѣ, или судебной практикѣ? Обыкновенно это понимаютъ такъ, что проявленіе нормы въ этихъ формахъ и есть ея возникновеніе. Норма, не ставшая ни закономъ, ни обычаемъ, ни судебной практикой, не существуетъ какъ юридическая норма. Такое воззрѣніе можетъ быть поддержано съ нѣкоторымъ осно-

[1]) *Adickes*, Zur Lehre von Rechtsquellen 1872.

ваніемъ развѣ только въ отношеніи къ законамъ. При законодательномъ опредѣленіи нормъ, изданіе закона даетъ ему обязательную силу. Неизданный законъ не имѣетъ никакой силы. Это только мысль о законѣ, предположеніе. Но если мы обратимся къ обычаю или къ судебной практикѣ, то увидимъ, что норма очевидно должна существовать раньше, чѣмъ выразится въ обычаѣ или въ судебной практикѣ, должна уже до того признаваться обязательной; иначе ее не примѣняли бы, на ней не основывали бы судебныхъ рѣшеній. Если же норма должна быть признана существующей и до проявленія ея въ источникахъ права, то уже нельзя видѣть въ этомъ проявленіи возникновенія нормы.

Какъ мы уже говорили, источникъ права имѣетъ значеніе лишь признака общеобязательности выражающейся въ немъ нормы. Законъ или обычай не суть основаніе обязательности, основаніе силы нормы, а только признакъ. Дѣйствовать можетъ и норма, не выразившаяся еще ни въ законѣ, ни въ обычаѣ, ни въ судебной практикѣ, и такое дѣйствіе нормы есть необходимое предположеніе образованія обычая и судебной практики. Но дѣйствіе такой нормы менѣе опредѣленно; такъ какъ оно лишено внѣшняго признака своей обязательности, то нельзя опредѣлить напередъ, общимъ образомъ объемъ ея дѣйствія, нельзя сказать напередъ къ какимъ частнымъ случаямъ она приложима, къ какимъ нѣтъ. Приложимость ея къ каждому отдѣльному случаю должна быть особо доказана. Напротивъ, объемъ дѣйствія нормы, выразившейся въ общихъ источникахъ права, напередъ можно опредѣлить, на основаніи общихъ началъ, опредѣляющихъ объемъ дѣйствія источниковъ права. Но, спѣшимъ оговориться, это различіе только количественное, различіе въ степени, а не въ существѣ. Это всего лучше доказывается тѣмъ, что вполнѣ опредѣленъ только объемъ дѣйствія законовъ. Только въ отношеніи къ нимъ можно общимъ образомъ опредѣлить объемъ дѣйствія, какъ по пространству, такъ и по времени. Объемъ дѣйствія по времени обычаевъ и судебной практики не поддается общему опредѣленію. Въ отношеніи къ нимъ нельзя указать точно момента, съ какого начанается дѣйствіе той или другой, выразившейся въ нихъ, нормы. Обычай слагается мало по малу, незамѣтно и нѣтъ никакой опредѣленной грани между еще только слагающимся и уже сложившимся обычаемъ. Судебная практика выражается въ болѣе опредѣленной формѣ, въ формѣ судебныхъ рѣшеній, имѣющихъ вполнѣ опредѣленную дату. Но выраженіе нормы въ су-

дебномъ рѣшеніи уже предполагаетъ признаніе этой нормы обязательной и раньше, такъ какъ судебное рѣшеніе относится всегда къ предшествующимъ событіямъ.

Въ прямой связи съ относительной опредѣленностью объема дѣйствія нормъ положительнаго права стоитъ и другая ихъ отличительная особенность: они всегда предполагаются общеизвѣстными. Поэтому съ одной стороны никто не можетъ отговариваться невѣденіемъ положительнаго права: предполагается, что всякій можетъ легко ознакомиться съ нормой, выразившейся въ томъ или другомъ источникѣ, потому если кто не воспользуется этой возможностью, долженъ самъ и платиться за это. Съ другой стороны существованіе нормъ положительнаго права, какъ общеизвѣстныхъ, не требуется доказывать суду: онъ самъ ихъ знаетъ, jura novit curia. Доказываются только факты, а не нормы.

Однако это предположеніе о знакомствѣ суда съ содержаніемъ дѣйствующихъ нормъ оправдывается на дѣлѣ далеко не по отношенію ко всѣмъ видамъ нормъ. Изъ туземнаго права судья можетъ легко не знать обычнаго права. Обычное право есть именно тотъ видъ права, въ образованіи котораго юристы не принимаютъ участія. Оно слогается помимо, независимо отъ нихъ и ихъ дѣятельности. Истинные знатоки обычнаго права не юристы, а тѣ, кто соблюдаетъ и творитъ обычно-правовыя нормы своимъ житейскимъ обиходомъ. Обычное право отличается особенною частностью, оно измѣняется съ каждою мѣстностью и съ каждымъ классомъ лицъ. Поэтому сторонамъ часто легче собрать доказательства дѣйствительнаго существованія обычнаго права, нежели судьѣ, который стоитъ совершенно внѣ той сферы, той среды, гдѣ дѣйствуетъ данный обычай. Точно также судья не можетъ знать право всѣхъ иностранныхъ государствъ. Добросовѣстное изученіе и туземнаго права отнимаетъ уже слишкомъ много времени. Къ тому же случаи примѣненія иноземныхъ нормъ слишкомъ рѣдки. По этому относительно обычнаго и иноземнаго права выставленное начало: jura novit curia не проводится съ полною строгостью.

Относительно обычнаго права прежде держались даже того взгляда, будто оно составляетъ вопросъ факта и потому всегда должно быть доказано стороной, которая на него ссылается, иначе судья не можетъ примѣнять его хотя, бы оно и было ему извѣстно помимо такихъ доказательствъ. Это потому, что по правилу состязательнаго процесса судья, какъ судья, знаетъ лишь тѣ фактическія обстоятельства, которыя обнаружились на судебномъ

разбирательствѣ по данному дѣлу: non refert quod notum sit judici, si notum non sit in forma judicii. Этотъ крайній взглядъ раздѣляли, напр. Hofacker, Wening-Ingenheim. Онъ представлялся, впрочемъ, совершенно послѣдовательнымъ выводомъ изъ тогдашней теоріи происхожденія обычнаго права, теоріи механической. Если дѣйствіе обычно-правовой нормы зависитъ единственно отъ простого фактическаго соблюденія извѣстнаго обычая, то, конечно, и вопросъ о существованіи обычнаго права представляется вопросомъ факта, какъ это признается современной наукой относительно обыкновеній. Обыкновенія тѣмъ и отличаются отъ юридическаго обычая, что не заключаютъ въ себѣ opinio necessitatis, и, составляя простое фактическое соблюденіе того или другого образа дѣйствія, должны быть отнесены къ вопросамъ факта, а не права.

Указанное крайнее возрѣніе однако же плохо мирилось съ основными процессуальными началами, такъ какъ превращало норму въ фактическое обстоятельство. Потому многіе, какъ напр. Thibaut [1]) и Gönner [2]), извѣстные противники Savigny по вопросу о кодификаціи, смягчали его въ ущербъ послѣдовательности, допуская, что въ случаѣ общеизвѣстности обычая онъ можетъ разсматриваться какъ вопросъ права. Въ случаѣ же малоизвѣстности и они считали его вопросомъ факта. Такое различеніе представлялось, однако, совершенно произвольнымъ. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, возможно объяснить подобное превращеніе вопроса факта въ вопросъ права и наоборотъ, смотря по степени знакомства суда съ мѣстными или другими обычаями? Дѣло въ томъ, что, оставаясь на почвѣ механической теоріи образованія обычнаго права, невозможно было придти къ удовлетворительному рѣшенію этого вопроса.

Для Пухты и Савиньи, благодаря ихъ болѣе близкому къ истинѣ ученію о происхожденіи обычнаго права вопросъ ставился совершенно иначе. Они, не обинуясь признали, что существованіе обычно правовыхъ нормъ всегда и безусловно составляетъ вопросъ права; что обычное право, какъ и всякое право, предполагается всегда извѣстнымъ суду ex officio и что только въ виду фактической невозможности для судьи быть знакомымъ со всевозможными обычаями дозволяется въ случаѣ сомнѣнія въ существованіи даннаго обычая ожидать отъ сторонъ ссылки на обычай и требовать доказательства его существованія. Но если

[1]) 1772—1840.
[2]) 1746—1827.

стороны ссылаются на извѣстный судьѣ обычай, то, понятно, ему нѣтъ никакой надобности требовать доказательства. Мало того. Даже въ случаѣ неизвѣстности обычая онъ остается вопросомъ права и потому къ нему непримѣнимы тѣ процессуальныя правила, которымъ подчиняется повѣрка фактическихъ данныхъ. Таково, напр., постановленіе статей 82 и 367 у. гр. с., что судъ не въ правѣ самъ собирать доказательства и справокъ. По вопросу о существованіи юридическаго обычая судья можетъ и самъ принять дѣятельное участіе въ пріисканіи доказательствъ и собираніи справокъ.

Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ общаго правила о дѣйствіи обычнаго права. Есть только частныя указанія о крестьянскихъ обычаяхъ въ положеніи 19 февр., о примѣненіи мѣстныхъ обычаевъ въ уст. гр. суд. ст. 130, о коммерчискихъ обычаяхъ въ уставѣ торговомъ (св. зак. т. XI) да еще объ обычаяхъ инородцевъ въ 2 ч. II тома свод. зак. да въ уложеніи о наказ.

Крестьянскіе и инородческіе обычаи примѣняются особыми судами, самое производство въ которыхъ въ значительнѣйшей степени опредѣляется обычаемъ.

Ст. 130 уст. гр. суд. опредѣляетъ, что мировой судья можетъ примѣнять мѣстные обычаи не иначе, какъ по ссылкѣ на нихъ сторонъ.

Въ уставѣ торговомъ ст. 1408 и 1714 установляютъ начало примѣненія обычнаго права судомъ ex officio. Первая изъ нихъ, именно 1408, п. 4 постановляетъ, что докладная записка о разбираемомъ дѣлѣ должна содержать въ себѣ законъ, а при недостаткѣ его, принятые въ торговлѣ обычаи. Еще яснѣе ст. 1714. «Въ тѣхъ случаяхъ, говорится въ ней, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ». Слѣдовательно тутъ обычай ставится совершенно наравнѣ съ закономъ. Такъ понимается это и практикой. Основывая свое рѣшеніе на торговомъ обычаѣ, судъ не указываетъ въ немъ тѣхъ источниковъ, изъ которыхъ онъ почерпнулъ о немъ свѣдѣнія, такъ что въ рѣшеніяхъ обычаи постоянно приводятся, какъ извѣстные ex officio [1]).

Самое удостовѣреніе въ существованіи обычая можетъ быть получено чрезъ испрошеніе мнѣнія торговыхъ депутацій, бирже-

[1]) *Туръ*, Практика сбп. коммерческаго суда, 1874, стр. 220, 232.

выхъ комитетовъ, и отдѣльныхъ свѣдущихъ лицъ [1]). Во Франціи въ прежнее время было въ ходу нотаріальное укрѣпленіе обычно правовыхъ положеній, особенно торговыхъ. Такъ согласно эдикту 1700 года, мнѣніе негоціантовъ, утвержденное коммерческой палатой (chambre de commerce), получало значеніе т. наз. actes de notoriété [2]).

Тѣ же самыя правила, какъ къ обычному праву, примѣняются и къ праву иноземному. Вопросъ о существованіи того или другого положенія иноземнаго права есть безусловно вопросъ права. Но такъ какъ судьѣ невозможно знать право всего свѣта, то и допускается ознакомленіе судьи съ иноземными правами чрезъ требованіе свѣдѣній и доказательствъ отъ самихъ сторонъ, ссылающихся на него.

Это начало принято и нашимъ законодательствомъ. Ст. 709, уст. гр. суд. постановляетъ, что въ случаѣ затрудненій въ примѣненіи иностранныхъ законовъ, судъ можетъ просить министерство иностранныхъ дѣлъ войти въ сношеніе съ подлежащимъ иностраннымъ правительствомъ о доставленіи заключенія по возникшему сомнѣнію. Слѣдовательно, тутъ допускается активное участіе суда въ собираніи доказательствъ, чего не могло бы быть, если бы вопросъ о существованіи положеній иноземнаго права относился къ вопросамъ факта.

§ 49. Обычное право [3]).

Обычное право есть первоначальная форма положительнаго права. Тѣмъ не менѣе признаніе обычая самостоятельнымъ источникомъ права установилось лишь во-второй четверти настоящаго столѣтія. До того, единственнымъ самостоятельнымъ источникомъ права признавалось законодательство. Однако, лишь не многіе рѣшались безусловно отрицать обязательную силу обычаевъ. Наиболѣе извѣстными представителями этого мнѣнія въ прошломъ столѣтіи были Томазій и Грольманъ. Самое большее, что они допускали, это признаніе обычая за основаніе предполагать, су-

[1]) *Цитовичъ*, Торговое право, стр. 91.

[2]) *Merlin* Répertoire. voce Paréte

[3]) *Glück*, Ausfuhrlihe Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, 2. Ausg. B. I, 1797. s. 442 u. ft. *Klötzer* Versuch eines Beytrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. 1813. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht. 2 Bb. 1828. 1837. *Böhlau*, Mecklenburgisches Landrecht. B. I. 1871, s. 315. *Adickes*, Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872. *Сергѣевичъ*, Опыты изслѣдованія обычнаго права; въ „Наблюдателѣ", 1882 г., №№ 1 и 2.

ществованіе согласнаго съ нимъ договора или закона. Большинство, напротивъ не рѣшаясь отрицать факта существованія обычнаго права, не признавало однако за нимъ самостоятельнаго значенія. Въ демократическихъ государствахъ, гдѣ законодательная власть принадлежитъ народу, обычное право признавалось лишь особой формой законодательства. Основа обязательной силы закона и обычая принималась одна и таже — воля народа, въ одномъ случаѣ получается прямое выраженіе, въ другомъ она выражается въ фактахъ, по которымъ уже заключаютъ о ея существованіи, (facta concludentia) На почвѣ такихъ воззрѣній выработалось понятіе о молчаливо установленномъ законѣ, lex tacita, [1]), замѣнявшее собою для республикъ понятіе обычнаго права. Къ монархическимъ государствамъ, особенно самодержавнымъ, какими были большинство государствъ Европы въ прошломъ столѣтіи, такое объясненіе было, конечно, неприложимо такъ какъ въ нихъ законодательная власть не принадлежитъ народу. Поэтому тутъ для объясненія обязательности обычнаго права прибѣгали къ ученію о признаніи силы обычая законодателемъ. Утверждали, что обычай получаетъ обязательную силу лишь подъ условіемъ согласія на то законодательной власти (consensu imperantis). Споръ шелъ только о томъ, каково должно быть это согласіе: общимъ ли въ отношеніи ко всѣмъ обычаямъ вообще (consensus generalis) или спеціальнымъ для каждаго отдѣльнаго обычая (consensus specialis)? Одни требовали, какъ напр. Шеманъ, спеціальнаго согласія, для всѣхъ обычаевъ безразлично; другіе напр. Гуфеландъ, Тибо, Глюкъ, только для обычаевъ дрогирующихъ законъ. Гепфнеръ, Вальдекъ, Кестнеръ признавали достаточнымъ во всѣхъ случаяхъ одного общаго согласія. Спеціальное предполагалось выраженнымъ молчаливо, посредствомъ допущенія властью примѣненія обычая. Общее согласіе, напротивъ, считали прямо выраженымъ въ Corpus juris civilis.

Несостоятельность всѣхъ этихъ теорій очевидна. Они или основаны на совершенныхъ произвольныхъ фикціяхъ, или приводятъ къ безисходному кругу. Совершенно фиктивно ученіе о тождествѣ народной воли, выражающейся въ обычаѣ демократическихъ государствъ и въ законахъ, издаваемыхъ народнымъ собраніемъ. Народное собраніе въ лучшемъ случаѣ представляетъ собою одно лишь наличное поколѣніе народа, а обычай вырабатывается постепенно жизнью цѣлаго ряда чередующихся поколѣній. Законоустановительное значеніе имѣетъ лишь воля, вы-

[1]) *Glück*, Commentar, I, s. 450. *Klötzer* s. 285.

развившаяся въ опредѣленныхъ формахъ, обычное право создается внѣ всякихъ формъ. Не болѣе какъ фикція и пресловутое молчаливая санкція обычая законодателемъ уже потому, что не законы предшествуютъ обычаямъ въ исторической послѣдовательности, а наоборотъ обычаи законамъ и потому не законъ обычаю, а обычай закону служитъ основаніемъ. Самая власть государя первоначально основывается и опредѣляется ничѣмъ инымъ, какъ именно обычаемъ. Что же касается прямо выраженнаго общаго согласія въ corpus juris civilis, то достаточно напомнить, что самъ онъ не можетъ считаться въ новое время имѣющимъ законодательную силу. Какъ реципированный самой жизнью, а не введенный въ дѣйствіе какихъ-либо законодательнымъ актомъ, онъ самъ долженъ быть признанъ имѣющимъ силу лишь обычнаго права.

Всѣмъ этимъ теоріямъ нанесенъ былъ рѣшительный ударъ ученіемъ исторической школы, и въ особенности класическимъ трудомъ Пухты «Обычное право», до сихъ поръ остающимся лучшимъ, капитальнѣйшимъ изслѣдованіемъ по обычному праву. Пухта не только признаетъ за обычнымъ правомъ вполнѣ самостоятельное значеніе нисколько необусловливаемое согласіемъ на его дѣйствіе законодателя, но даже признаетъ за обычаемъ первенство предъ закономъ. «Основа обычнаго права, говоритъ онъ [1]), есть естественная общность убѣжденія цѣлаго народа. Это непосредственное народное убѣжденіе выражается въ нравахъ (sitte); это осуществленіе въ нравахъ есть слѣдовательно непосредственное, своеобразное проявленіе обычнаго права. Нравы, обычаи суть точно также первоначальныя формы этого права, какъ система своеобразная форма права юристовъ, а слово — для права законодательнаго. Если же обычное право стоитъ въ такой тѣсной и необходимой связи съ естественнымъ понятіемъ народа, и есть результатъ непосредственной его дѣятельности въ отношеніи къ праву, то въ дѣйствительности не можетъ быть вовсе и вопроса возникнуть, имѣетъ ли обычное право силу и на какомъ основаніи? Ибо на это не можетъ быть другаго отвѣта какъ то, что обычное право существуетъ и дѣйствуетъ на томъ же основаніи, на какомъ и право вообще, на томъ же на какомъ имѣется народное убѣжденіе, на томъ же, наконецъ, на какомъ вообще существуютъ народы. Потому что, какъ скоро признаютъ народъ дѣйствительно существующимъ, то этимъ самымъ народному духу приписываютъ дѣятельность и слѣдовательно общее убѣжденіе о

[1]) Gewohnheitsrecht, I, s. 180.

моральной правовой свободѣ, и такъ какъ обычное право и есть это убѣжденіе въ его непосредственной, естественной формѣ, то съ существованіемъ народа неразлучно существованіе и обычнаго права. Еще менѣе можетъ быть сомнѣній, а слѣдовательно и надобности особаго обоснованія силы обычнаго права въ отношеніи къ другимъ источникамъ права. Ибо такъ какъ посредственное правовозникновеніе (чрезъ законъ и дѣятельность юристовъ) необходимо предполагаетъ непосредственное, такъ какъ если бы не было народа и непосредственнаго народнаго сознанія, не было бы ни государствъ, ни юристовъ, и слѣдовательно ни права юристовъ, ни законовъ, то самое существованіе этихъ формъ права подтверждаетъ уже силу обычнаго права, а отнюдь не ведетъ къ сомнѣніямъ въ ней».

Такимъ образомъ Пухта признавалъ вполнѣ самостоятельное значеніе, но только за обычаями цѣлаго народа. А между тѣмъ такихъ обычаевъ сравнительно мало. Гораздо больше существуетъ обычаевъ мѣстныхъ, сословныхъ и т. п. На это было указано уже Унтергольцнеромъ въ его рецензіи на книгу Пухты, а затѣмъ повторено Мюленбрухомъ и Кирульфомъ. Поэтому Савиньи думалъ исправить ученіе Пухты признавъ народное единство только общей необходимой почвой образованія обычая и основой его силы. Но подобно тому, какъ центральная власть можетъ издавать законъ не всегда для всего государства, а иногда и для отдѣльныхъ мѣстностей или сословій, такъ и непосредственное народное правосознаніе можетъ принять форму обычаевъ отдѣльныхъ мѣстностей или сословій, какъ органическихъ частей народа. Савиньи исходилъ при этомъ изъ общепринятаго въ исторической школѣ убѣжденія, что народное единство не есть продуктъ постепенной исторической интеграціи, а есть нѣчто изъ начала данное готовымъ. Не тому, однако, учитъ насъ исторія. Какъ это убѣдительно доказалъ В. И. Сергѣевичъ, дѣло начинается не съ общихъ обычаевъ, а съ частныхъ, изъ которыхъ мало по малу выробатываются общіе. И во всякомъ случаѣ, какъ бы мы не представляли себѣ процессъ образованія обычаевъ, и поправка Савиньи не объясняетъ существованіе такихъ обычаевъ, какъ церковные и международные, такъ какъ ихъ уже никакъ нельзя признать возникающими на почвѣ общаго народнаго единства.

Въ виду всего этого ученіе исторической школы должно быть признано неудовлетворительнымъ. И въ послѣднее время въ литературѣ замѣтна наклонность видѣть основу обязательности обычаевъ просто въ фактѣ давняго ихъ установленія. Съ особенной рѣшимостью высказываетъ это Адикесъ. По его мнѣ-

нію уже одно долгое существованіе даннаго обычая, ведетъ къ признанію его обязательности. Это объясняется прежде всего тѣмъ, что для юридическаго порядка гораздо важнѣе, чтобы вообще существовали какія нибудь опредѣленныя правила, нежели то, каково это правило. Но обычаи къ тому же въ большинствѣ случаевъ оказываются цѣлесообразными, такъ какъ создаются дѣятельностью заинтересованныхъ лицъ. Наконецъ, время вообще имѣетъ свойство придавать въ глазахъ людей всему особую устойчивость [1]).

Едва ли однако это объясненіе можетъ быть принято. Думая избѣжать односторонности ученія исторической школы, Адикесъ впадаетъ въ противуположную крайность. Историческая школа необходимо считала возможнымъ образованіе обязательныхъ обычаевъ только на почвѣ народнаго единства. Адикесъ вовсе не обращаетъ вниманіе на то, что обычай, какъ источникъ права, въ отличіе отъ простой привычки не есть всякій издавна соблюдаемый образъ поведенія, а только такой который соблюдается въ какомъ либо общеніи людей. Постоянство привычекъ людей, съ которыми имѣемъ дѣла, представляетъ также удобство; давность ихъ заставляетъ насъ мириться съ ними, хотя бы они нѣсколько и стѣсняли насъ. Но такая индивидуальная привычка не есть еще обычай и не можетъ служить признакомъ общеобязательности нормъ.

Отправляясь отъ того, что выше было сказано о положительномъ правѣ, намъ нетрудно выйти изъ этого затрудненія. Обычай есть одна изъ формъ объективировавшагося право-сознанія. Подобно тому, какъ выражая свои мысли рѣчью, человѣкъ пользуется грамматическими и стилистическими формами, выработанными общею жизнь народа, и въ силу того, его рѣчь становится выраженіемъ не только его мыслей, но и частью народнаго языка, а слѣдовательно и выраженіемъ народной мысли, такъ точно выражая во внѣ свое правосознаніе, человѣкъ пользуется выработаннымъ житейскимъ обиходомъ даннаго общенія формами, формами сглаживающими особность его дѣятельности, дѣлающими ее частью общей жизни, выраженіемъ коллективнаго правосознанія, словомъ — обычаемъ. Когда я дѣйствую согласно обычаю, въ соблюдаемомъ мною обычаѣ, мое правосознаніе выражается согласованнымъ съ правосознаніемъ всѣхъ другихъ соблюдающихъ тотъ же обычай, такъ какъ иначе не уложилось бы въ обычай и потому то обычай выражаетъ юриди-

[1]) Zur Lehre von Rechtsquellen s. 58.

ческую норму не мною только однимъ принимаемую, но всѣми принадлежащими къ тому общенію, гдѣ существуетъ данный обычай. Другими словами, не въ давности обычая, а въ его общности заключается основа его обязательности.

Въ прямомъ соотвѣтствіи съ указанными измѣненіями во взглядахъ на значеніе обычая шло развитіе ученія объ его происхожденіи. Обычное право образуется незамѣтно, самою жизнью общества внѣ какихъ либо опредѣленныхъ формъ и потому вполнѣ понятно что тутъ открывается широкое поле для споровъ. Мы не можемъ прямо, непосредственно наблюдать, какъ именно образуется обычное право. Мы можемъ разрѣшить этотъ вопросъ только путемъ болѣе или менѣе сложныхъ соображеній.

До Пухты господствовала по этому вопросу такъ называемая механическая теорія. Она объясняла происхожденіе юридическихъ обычаевъ просто фактическимъ, хотя бы случайнымъ даже соблюденіемъ того или другаго правила въ ряду однородныхъ случаевъ. Иначе и нельзя было понимать дѣло, разъ обязательность обычая считалась всецѣло обусловленной признаніемъ его законодателемъ. Юридическій характеръ обычая являлся при этомъ привходящимъ извнѣ, по волѣ законодателя, и вытекающимъ изъ самаго обычая. Но законодатель можетъ придать юридическое значеніе и случайно установившемуся однообразію.

Съ признаніемъ самостоятельнаго значенія обычая должно было конечно пасть и это объясненіе его происхожденія. Надо было найти въ самомъ обычаѣ и въ условіяхъ его образованія основаніе его обязательности. И вотъ взамѣнъ, механической, Пухта выставилъ прямо противоположную спиритуалистическую теорію происхожденія обычнаго права. Пухта утверждаетъ, что соблюденіе правила не создаетъ обычно-правовой нормы, а служитъ только ея внѣшнимъ выраженіемъ, дающимъ намъ возможность убѣдиться въ ея существованіи. Сама же по себѣ обычно-правовая норма существуетъ раньше ея соблюденія, раньше сознается уже какъ обязательная норма. Юридическій обычай тѣмъ и отличается отъ простаго обыкновенія, что является внѣшнимъ и притомъ сознательнымъ выраженіемъ уже раньше существующей въ народномъ правосознаніи нормы. Простыя же обыкновенія суть тѣ, которыя создаются путемъ случайнаго, безсознательнаго однообразія поведенія въ однородныхъ случаяхъ.

Уже Савиньи указалъ на невозможность принять это ученіе Пухты безъ нѣкоторыхъ поправокъ. Существуютъ такіе юридиче-

скіе обычаи, образованіе которыхъ рѣшительно невозможно объяснить сознательнымъ примѣненіемъ уже готоваго юридическаго воззрѣнія. Таковы, напримѣръ, сроки или число свидѣтелей при заключеніи сдѣловъ, опредѣляемыя обычаемъ. Юридическое воззрѣніе можетъ требовать только того, чтобы сроки или число свидѣтелей были вообще опредѣлены, но не можетъ самъ опредѣлить, каковъ именно долженъ быть срокъ въ томъ или другомъ случаѣ. Опредѣлить ли срокъ въ двѣ или три недѣли, этого, очевидно, нельзя рѣшить на основаніи какого-либо юридическаго принципа. Поэтому Савиньи полагалъ, что на ряду съ обычаями, слагающимися путемъ сознательнаго примѣненія къ частнымъ случаямъ уже имѣющейся въ народномъ сознаніи нормы, существуютъ и такіе юридическіе обычаи, которые слагаются, не смотря на свой юридическій и потому обязательный характеръ, путемъ несознательнаго, случайнаго соблюденія того или другаго образа дѣйствія, совершеннаго также, какъ и простыя обыкновенія. Но не трудно понять, что такая поправка въ сущности нисколько не исправляетъ теоріи Пухты, а напротивъ равносильна признанію ея несостоятельности, признанію невозможности посредствомъ ея объяснить происхожденіе всѣхъ юридическихъ обычаевъ.

Къ этому слѣдуетъ присоединить еще и другой недостатокъ, — эта теорія въ сущности ничего не объясняетъ. Она смотритъ на юридическій обычай, какъ на внѣшнее выраженіе уже раньше существующей нормы, но не даетъ, какъ мы видѣли уже, объясненія образованія этого народнаго правосознанія [1]).

Если принять тотъ взглядъ на происхожденіе права, который былъ изложенъ выше, то и происхожденіе обычнаго права объясняется очень просто. Излагая нашъ взглядъ на происхожденіе права, мы не могли уже тамъ не коснуться въ частности и обычнаго права, какъ первоначальной формы права. Согласно изложенному объясненію происхожденія права, мы должны признать, что содержаніе обычая опредѣляется помимо сознанія, но *юридическимъ* обычай дѣлается лишь тогда, когда въ соблюденіи его привзойдетъ сознаніе его обязательности. Сознаніе же обязательности является какъ послѣдствіе присущей людямъ наклонности ожидать при повтореніи одинаковыхъ условій и повторенія одинаковыхъ дѣйствій, въ силу чего они разсчитываютъ на соблюденіе другими установившаго, обычнаго порядка, и всякое отступленіе отъ него возбуждаетъ ихъ къ противодѣйствію. Принимая

[1]) Смотри стр. 323.

такой взглядъ, мы получаемъ возможность одинаково объяснять происхожденіе всѣхъ юридическихъ обычаевъ.

Любопытна также исторія ученія о признакахъ юридическаго обычая. У глоссаторовъ, напр. у Плацентина дѣло ограничивается требованіемъ лишь двухъ условій—долгаго времени и разумности. Но затѣмъ число ихъ все растетъ. Бартолъ насчитываетъ уже три условія: longum tempus, tacitus consensus populi, frequentia actuum. У послѣдователей его указывается еще два quod consuetudo sit introducta non erronea sed cum ratione и quod sit jus non scriptum. Затѣмъ все возрастая въ числѣ, они доходятъ къ началу настоящаго столѣтія до восьми (rationabilitas consuetudinis, diuturnitas temporis, consuetudo contradicto judicio firmata pluritas actuum, uniformitas actuum, continuitas actuum, actus publici, actus consuetudinis introductivi, opinio necessitatis). Но затѣмъ начинается снова сокращеніе, и напр., у Бёлау, опять какъ у Плацентина, выставляется лишь два условія: 1) обычай долженъ выражать собой юридическое убѣжденіе, и 2) быть старымъ обычаемъ [1]).

Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ, въ какомъ отношеніи обычай стоитъ къ закону: можетъ ли обычай отмѣнять законъ или нѣтъ? Самымъ правильнымъ рѣшеніемъ вопроса этого, представляется повидимому то, которое основываясь на томъ общемъ началѣ, что никакая норма, будетъ ли это законъ или что-либо другое, не можетъ притязать на вѣчное существованіе и не можетъ обезсилить будущихъ нормъ, рѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ.

§ 50. Судебная практика [2]).

Судебная практика имѣетъ много общаго съ обычаемъ. Подобно обычаю, и въ судебной практикѣ юридическія нормы выражаются не въ общей формулѣ, а лишь въ примѣненіи къ отдѣльнымъ, частнымъ случаямъ. И въ ней необходимымъ образомъ предполагается признаніе нормы обязательной раньше, чѣмъ она выразится въ какомъ-либо судебномъ рѣшеніи. И въ ней нѣтъ опредѣленности объема дѣйствія нормъ по времени. Немудрено поэтому, что многіе, а въ настоящее время даже

[1]) *Bohlau*, I, s. 327 und 336.

[2]) *Thering*, Unsere Aufgabe (Gesammelte Aufsätze, I, 1881, s. I—46). *Муромцевъ*, Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ (Юридическій Вѣстникъ 1880, № 11, стр. 377—393). *Мэнъ*, Древнее право, стр. 25 — 34. *Unger*, System der österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3 Aufl. 1868, s. 41. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, 5 Aft. 1878, B. II, 1 Abth., s. 151—257.

большинство, видятъ въ судебной практикѣ, или правѣ юристовъ вообще, ничто иное, какъ частную форму обычнаго права [1]). Однако противъ такого отождествленія ихъ можно привесть весьма вѣскія соображенія. Судебная практика занимаетъ какъ бы среднее, посредствующее мѣсто между обычаемъ и закономъ. Имѣя много общаго съ обычаемъ, она въ другихъ отношеніяхъ, напротивъ, сближается съ закономъ. Подобно закону, она образуется вполнѣ сознательно. Между тѣмъ, какъ обычай первоначально возникаетъ какъ простое обыкновеніе, слагающееся совершенно безсознательно, безъ всякой мысли объ юридическомъ нормированіи отношеній, судебная практика, подобно закону, возникаетъ въ силу сознательнаго стремленія къ реализаціи данной юридической нормы. Конечно, и обычай дѣлается юридическимъ обычаемъ только тогда, когда въ соблюденіе его привходитъ сознаніе его необходимости. Но содержаніе обычая дается всегда обыкновеніемъ, вырабатывается безсознательно. Юридическое сознаніе, превращающее простое обыкновеніе въ юридическій обычай, находитъ содержаніе уже готовымъ, уже опредѣлившимся. Напротивъ, судебныя рѣшенія, изъ коихъ слагается судебная практика, суть вполнѣ сознательные акты. Содержаніе каждаго отдѣльнаго судебнаго рѣшенія вырабатывается вполнѣ сознательно и именно ради юридическаго нормированія отношеній.

Другое отличіе судебной практики отъ обычая заключается въ томъ, что подобно закону, она создается *не обществомъ*, и не какимъ-либо отдѣльнымъ общественнымъ классомъ, а *учрежденіемъ*. Поэтому въ противоположность обычаю, познаваемому только изъ фактическихъ данныхъ судебная практика, подобно закону, имѣетъ юридически опредѣленную, аутентическую форму выраженія — подлинныя судебныя рѣшенія. Въ связи съ этимъ стоитъ и то, что судебная практика, подобно закону, обыкновенно возникаетъ въ письменной формѣ, между тѣмъ какъ письменное возникновеніе обычая немыслимо.

Такимъ образомъ, между обычаемъ и судебной практикой замѣчаются слишкомъ существенныя особенности, чтобы ихъ можно было отождествить, чтобы въ судебной практикѣ можно было видѣть лишь частную форму обычая.

---

[1]) *Wächter*, Pandekten, I, 1880, s. 112. *Stobbe*, Handbuch des deutschen Rechts, I, 1871, s. 146. *Малышевъ*, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, I, 1878, стр. 85. *Luders*, Das Gewohnheitscht, 1863, s. 70 und ff. *Forster*, Privtrecht, 3 Auflage, I, 1873, s. 73, *Bohlau*, Meklenb. Landrecht, I, 1871, s. 320.

Но отвергая возможность отождествленія судебной практики и обычая, не вынуждаемся ли мы этимъ самымъ къ отрицанію за судебной практикой значенія самостоятельнаго источника права? Если судебная практика не есть частная форма юридическаго обычая, то какъ же объяснить возможность самостоятельнаго возникновенія юридическихъ нормъ путемъ судебной практики? Вѣдь судъ призванъ лишь къ примѣненію существующаго права, вѣдь, разрѣшая частные случаи, онъ долженъ руководствоваться тѣмъ правомъ, которое уже существовало въ то время, когда эти случаи совершились: какимъ же образомъ его дѣятельность можетъ привесть къ выраженію новыхъ нормъ? Признать судебную практику самостоятельнымъ источникомъ права, не все ли это равно, что признать за судомъ право судить не по закону или обычаю, а по своему усмотрѣнію и такимъ образомъ возвесть въ общее правило судейскій произволъ?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что судъ долженъ судить по закону или обычаю, а не по своему усмотрѣнію, но этимъ отнюдь не исключается творческое значеніе судебной практики. Такъ и правительство въ конституціонныхъ государствахъ ограничено законами, изданными при соучастіи палатъ, и тѣмъ не менѣе правительственныя распоряженія (Verordnungen, ordonances, décrets), являются самостоятельнымъ источникомъ права. Такъ палаты во многихъ государствахъ ограничены конституціей, которую они не властны измѣнять, и тѣмъ не менѣе, и обыкновенные законы, а не одни только конституціонные, признаются источникомъ права. Тоже самое мы видимъ и въ отношеніи къ судебной практикѣ. Какъ изданіе обыкновенныхъ законовъ или правительственныхъ распоряженій по необходимости имѣетъ творческое значеніе, такъ и дѣятельность суда по самому своему существу не можетъ быть чужда творческаго элемента. Судъ, имѣющій дѣло съ практическими казусами, представляющими обыкновенно сплетенія разнообразнѣйшихъ юридическихъ вопросовъ, поставленъ въ необходимость примѣнять дѣйствующее законодательство, какъ одно логическое цѣлое; иначе ему не распутаться въ лабиринтѣ казуистическихъ вопросовъ. Между тѣмъ законодательство далеко не представляетъ изъ себя въ дѣйствительности такого цѣлаго. Оно слагается постепенно. Отдѣльныя его части вырабатываются подъ вліяніемъ различныхъ, даже часто противуположныхъ идей. А въ извѣстной степени это можно сказать даже относительно частей одного и того же законодательнаго акта, такъ какъ каждый почти законъ является про-

дуктомъ компромисса между разнообразнѣйшими стремленіями, правляющимися въ правительственныхъ сферахъ или въ парламентѣ. Рѣдкій законодательный актъ есть цѣльное выраженіе единой мысли. Если же единства логическаго нельзя найти въ самомъ законодательствѣ, его приходится пріискивать суду самостоятельно и это, конечно, творческая дѣятельность. Смотря потому, въ какое именно логическое соотношеніе поставлены будутъ отдѣльныя законодательныя постановленія, ихъ значеніе, смыслъ, объемъ можетъ быть существенно измѣненъ. Что при одной концепціи общей системы законодательныхъ постановленій можетъ явиться общимъ правиломъ, при другой можетъ быть низведено на степень строго ограниченнаго исключенія. Но, независимо отъ этого, въ каждомъ законодательствѣ встрѣчаются противорѣчія и неполноты. Для ихъ устраненія представляется обыкновенно нѣсколько путей и выборъ между этими различными, но одинаково возможными путями, дѣлаемый судебной практикой, имѣетъ опять-таки творческій характеръ.

Сводя законодательныя постановленія къ одному логическому цѣлому, устраняя ихъ противорѣчія, восполняя пробѣлы, судъ черпаетъ для того матеріалъ и руководящія начала въ выводахъ научнаго мышленія о правѣ. Въ силу этого многіе, особливо въ старое время, считали науку права самостоятельнымъ источникомъ права. А такъ какъ противорѣчія во мнѣніи отдѣльныхъ ученыхъ встрѣчались на каждомъ шагу, то были выработаны особыя правила для выбора между противорѣчивыми взглядами. Какъ общее правило признавалось, что судья долженъ руководствоваться общимъ мнѣніемъ ученыхъ (communis opinio doctorum). Но какъ рѣшить, какое мнѣніе есть общее? Для этого существовали тогда свои правила, и притомъ чисто внѣшнія, такъ сказать, механическаго характера. Communis opinio doctorum было бы то, которое раздѣлялось семью учеными или одинаково признавалось и Бартоломъ и глоссой (т.е. glossa ordinaria). Если же этимъ путемъ нельзя было сдѣлать выбора, то предпочтеніе отдавалось тому мнѣнію, которое раздѣлялось старѣйшими учеными: юристъ былъ тѣмъ авторитетнѣе, чѣмъ онъ древнѣе [1]). Эти правила, сложившіяся на почвѣ средневѣковой науки, не могли, конечно, удержаться въ новое время и были всѣми отброшены. Большинство, понимая вмѣстѣ съ тѣмъ невозможность замѣнить ихъ какими-нибудь другими опредѣленными прави-

[1]) *Puchta*, Gewohnheitsrecht, I, 164.

Типографія М. М. Стасюлевича. Сиб. Вас. Остр., 2 л., 7.

лами, которыя бы давали возможность вполнѣ объективнаго выбора между противорѣчивыми научными воззрѣніями, пришло весьма послѣдовательно къ признанію, что наука не есть самостоятельный источникъ положительнаго права. Но историческая школа признала это крайностью. Смѣшныя правила, сводившія выясненіе общаго мнѣнія ученыхъ чуть не къ простой ариѳметической выкладкѣ, должны, конечно, быть отброшены. Но отсюда не слѣдуетъ еще заключать, чтобы и вообще наука не имѣла значенія источника права [1]). Представители исторической школы не указали, однако, никакого объективнаго начала для руководства при выборѣ между противорѣчивыми научными воззрѣніями. Но если нѣтъ возможности сдѣлать объективно опредѣленнаго выбора, то нормы, нашедшія себѣ выраженія только въ наукѣ права, представляются лишенными всякой опредѣленности въ объемѣ ихъ дѣйствія, а слѣдовательно науку и нельзя признать источникомъ права въ техническомъ смыслѣ; т.-е. признакомъ обязательности. Признакомъ обязательности началъ, выработанныхъ наукой, можетъ служить лишь усвоеніе ихъ судебной практикой: другими словами: не теорія, а только практика есть самостоятельный источникъ права.

Признавая судебную практику самостоятельнымъ источникомъ права, мы должны оговориться, что это не слѣдуетъ понимать такъ, чтобы разъ принятое судомъ рѣшеніе какого-нибудь спорнаго вопроса безусловно связывало его на будущее время. Если каждый законъ можетъ быть замѣняемъ новымъ, если «на обыкъ есть перевыкъ», то, конечно, и судебная практика не можетъ быть обречена на неподвижность и застой. Но съ другой стороны, постоянство судебной практики и обусловливаемая имъ опредѣленность юридическихъ отношеній представляетъ, конечно, весьма важное значеніе. И судъ всегда будетъ склоненъ поддерживать то именно начало, которое уже принято предшествующей практикой, Нужно весьма серьезныя и вѣскія основанія, чтобы склонить судъ къ измѣненію установившейся въ немъ практики. Поэтому все вѣроятіе за то, что разъ принятое судомъ начало, будетъ поддерживаться ими и въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ.

§ 51. Законодательство [2]).

Законъ есть установляемая государственной властью юриди-

[1]) *Bohlau*, Meklenburgisches Landrecht, I, 1871, s. 283.

[2]) *Градовскій*, Начала русскаго государственнаго права, т. I. *Дитятинъ*, Курсъ гражданскаго права. Вып. I.

ческая норма. Нерѣдко опредѣляютъ законъ, какъ выраженіе воли государственной власти или государства [1]). Но такое опредѣленіе слишкомъ широко. Государственная власть можетъ выражать свою волю, безъ намѣренія придавать ей значеніе обязательной для гражданъ нормы. Таковы, напримѣръ, заключительныя слова манифеста объ освобожденіи крестьянъ: «осѣни себя крестнымъ знаменемъ, православный народъ, и призови съ нами Божіе благословеніе на твой свободный трудъ, залогъ твоего домашняго благополучія и блага общественнаго».

Съ другой стороны опредѣленіе закона, какъ «*прямаго* выраженія воли» [2]), не можетъ быть принято, за слишкомъ узкое. Если въ законѣ дано только общее правило, то нельзя сказать, чтобы въ немъ были *прямо* выражены и всѣ частныя изъ него выводы; между тѣмъ и онъ имѣетъ силу закона. Точно также, если законъ что-либо запрещаетъ въ точно перечисленныхъ случаяхъ, то во всѣхъ другихъ случаяхъ это считается по закону дозволеннымъ. Словомъ, силу закона имѣетъ не только то, что въ немъ прямо сказано, но и то, что логически вытекаетъ изъ сказаннаго.

Многіе также считаютъ необходимымъ включить въ опредѣленіе закона указаніе на то, что онъ издается не иначе, какъ установленнымъ на то порядкомъ. Но это совершенно излишне, такъ какъ при несоблюденіи такого порядка не будетъ акта государственной власти, а будетъ только личный актъ представителя верховной власти. Разъ онъ не соблюдаетъ установленныхъ нормъ, онъ не можетъ быть признанъ дѣйствующимъ отъ имени государственной власти. Поэтому наше опредѣленіе закона, какъ нормы, установляемой государственной властью, уже предполагаетъ соблюденіе нормъ, установленныхъ для дѣйствій, совершаемыхъ отъ имени государственной власти.

Въ данномъ мною опредѣленіи закона не упоминается также объ обнародованіи, признаваемомъ многими существенною принадлежностью закона. Это сдѣлано по той причинѣ, что исторія знаетъ примѣры законовъ не обнародовавшихся. А у насъ и въ настоящее время основные законы предусматриваютъ возможность изданія законовъ, подлежащихъ тайнѣ.

И по вопросу объ основаніи обязательности законовъ нѣтъ

---

[1]) *Puchta*, Gewohnheitsrecht, I, s. 107—167. *Savigny*, System, I, §§ 19 и 20. *Zachariä*, Vierzig Bücher IV, s. 1. Das Gesetz ist eine Willenserklärung des Souverains.

[2]) *Bohlau*, Mecklenburgisches Landrecht, I, s. 283. „Das Gesetz ist die directe Willens-Ausserung des Staates".

установившейся, общепризнанной теоріи. Представители школы естественнаго права видѣли это основаніе въ томъ, будто бы законъ основывается на соглашеніи. Каждый отдѣльный гражданинъ, по ихъ мнѣнію, долженъ подчиняться закону потому, что является участникомъ этого соглашенія. Одни, какъ Гроцій и Гоббезъ, понимали это такъ, что общимъ соглашеніемъ предоставляется опредѣленному лицу или учрежденію право изданія законовъ. Но во второй половинѣ это воззрѣніе замѣнилось другимъ, въ силу котораго каждый отдѣльный законъ разсматривался, какъ выраженіе общей воли. Такого взгляда держался не только Руссо, но также Кантъ, и его послѣдователи [1]). Теорія эта покоится на предположеніи, что соглашеніе, и притомъ всякое соглашеніе, обязательно, само по себѣ, и что обязательность его какъ очевидная не требуетъ ни доказательства ни дальнѣйшаго обоснованія [2]). Въ дѣйствительности мы видимъ, однако совершенно иное. Далеко не всякій договоръ признается обязательнымъ, а только такой, который удовлетворяетъ требованіямъ закона и слѣдовательно именно законъ является основой его обязательности. И во всякомъ случаѣ такое обоснованіе обязательной силы закона соглашеніемъ не болѣе какъ фикція вкорнѣ расходящаяся съ дѣйствительностью, гдѣ мы нерѣдко видимъ законы идущіе въ разрѣзъ съ общественнымъ мнѣніемъ.

Историческая школа и въ отношеніи къ закону считала основой его обязательности выраженіе въ немъ общаго народнаго правосознанія. Но это такая же фикція, какъ обоснованіе закона общимъ соглашеніемъ. Мы не оспариваемъ существованія общаго правосознанія. Но невозможно утверждать, чтобы всѣ законы только выражали общее народное правосознаніе. Законы могутъ и отражать развитіе народнаго правосознанія, могутъ и противорѣчить ему Въ государствахъ, неселеніе которыхъ состоитъ изъ различныхъ, еще необъединенныхъ совмѣстной политической жизнью національностей такое противорѣчіе какому нибудь изъ существующихъ въ государствѣ народныхъ правосознаній является даже необходимостью. А между тѣмъ обязательную силу имѣетъ каждый законъ независимо отъ его содержанія,

---

[1]) *Kant* Met. Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, s. 165 Die gesezgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen. Болѣе подробное развитіе этой мысли, что zu einem Gesetze im Staate ist die Zusammenstimmung Aller nothwendig смотри у *Tieftrunks*, Philos. Untersuchungen über das Privat und öffentliche Recht zur Erlantenung der Rechtslehre vom Kant B. II, 1798, s. 268.

[2]) Смотри *Bierling* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, s. 77.

Такимъ образомъ остается искать основаніе обязательности законовъ въ томъ, что они издаются властью, могущею съ одной стороны принудительнымъ образомъ поддержать ихъ осуществленіе въ жизни посредствомъ цѣлой системы органовъ, а съ другой стороны являющейся въ глазахъ массы авторитетомъ и потому каждое ея велѣніе вызываетъ почти инстинктивное себѣ повиновеніе.

Законы могутъ быть издаваемы вообще такими органами государственной власти, велѣніямъ которыхъ подчинены органы, призванные примѣнять законъ на практикѣ. Въ одномъ и томъ же государствѣ можетъ быть нѣсколько такихъ органовъ, а потому и законы различаются на нѣсколько видовъ по различію субъектовъ, ихъ издающихъ.

Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ законодательная власть отдѣлена отъ правительственной, различаютъ *законы* въ тѣсномъ смыслѣ (leges, lois, gesetze, statutes) и *указы* (ordonnances, décrets, verordnungen, ordinances). Законъ въ такомъ случаѣ есть норма установляемая съ соучастіемъ народнаго собранія; указъ—норма, установляемая одностороннимъ актомъ правительства. Понятно, что въ государствахъ самодержавныхъ это различіе указовъ отъ законовъ не можетъ имѣть практическаго значенія.

Во многихъ конституціонныхъ государствахъ законы въ собственномъ смыслѣ подраздѣляются на *обыкновенные* и *основные* или *учредительные*, *конституціонные*, опредѣляющіе основы государственнаго устройства страны и основныя права гражданъ. При этомъ иногда законодательная власть парламента ограничивается одними обыкновенными законами. По вопросамъ же объ измѣненіи конституціи дается возможность высказаться такъ или иначе всему народу непосредственно. Въ Бельгіи, Голландіи, Румыніи и Греціи если палаты признаютъ необходимымъ въ чемъ либо измѣнить конституцію, то выборная палата послѣ того распускается, производятся новые выборы и проэктированное измѣненіе конституціи можетъ быть принято лишь вновь избранной палатой, такъ что вопросъ рѣшается представителями, выбранными народомъ именно для обсужденія предположеннаго измѣненія конституціи. Въ Швейцаріи, какъ въ союзѣ, такъ и въ отдѣльныхъ кантонахъ измѣненія конституціи получаютъ силу не иначе какъ съ одобренія общаго народнаго голосованія. Проэктъ считается принятымъ, когда за него выскажется большинство гражданъ, подавшихъ голоса, и большинство кантоновъ. Въ другихъ государствахъ конституціонные, законы издаются парламентомъ, но только съ соблюденіемъ особыхъ формъ. Такъ

напр. во Франціи проэктируемое измѣненіе конституціи должно быть обсуждено въ соединенномъ собраніи сената и палаты депутатовъ. Въ Англіи, гдѣ нѣтъ писанной конституціи, нѣтъ и формальнаго развитія между обыкновенными законами и основными.

Независимо отъ этого различія указовъ, эзконовъ и конституцій по различію центральныхъ и мѣстныхъ органовъ и законы (въ обширномъ смыслѣ) различаются на мѣстные и общіе. Такъ прежде всего въ союзныхъ государствахъ существуемъ нѣсколько законодательныхъ властей: общая, союзная и законодательная власть отдѣльныхъ членовъ союза. Но и въ другихъ государствахъ мѣстныя учрежденія могутъ пользоватся властью издавать обязательныя для мѣстнаго населенія нормы. Такимъ правомъ пользуются напр. у насъ губернское начальство и городское общественное управленіе.

Законъ тѣмъ существенно отличается отъ другихъ источниковъ права, что онъ представляетъ не актъ *примѣненія* нормы, какъ обычай или судебная практика, а актъ ея *установленія*. Поэтому дѣйствіе закона точно опредѣлено не только по отношенію къ мѣсту, но и по отношенію ко времени. Законы дѣйствуютъ только съ момента своего изданія, такъ что все, совершившееся до его изданія не подходитъ подъ его опредѣленія. Онъ можетъ быть изданъ, или на опредѣленный срокъ, или безсрочно, на неопредѣленное время. Въ первомъ случаѣ дѣйствіе закона прекращается съ истеченіемъ срока. Во второмъ, дѣйствіе закона прекращается отмѣной его или вновь изданнымъ закономъ или обычаемъ.

Основаніемъ для опредѣленія момента вступленія закона въ дѣйствіе принимается обыкновенно обнародованіе. У насъ законъ вступаетъ въ силу съ заслушанія его въ губернскомъ правленіи, куда онъ посылается при указѣ сенатомъ. Такъ какъ полученіе сенатскихъ указовъ не одновременно въ разныхъ губернскихъ правленіяхъ, то и вступленіе закона въ дѣйствіе совершается въ различныхъ мѣстностяхъ разновременно. Такой порядокъ крайне неудобенъ. Во-первыхъ, въ силу совершенной невозможности напередъ съ точностью опредѣлить, когда вновь изданный законъ вступитъ въ силу въ каждой данной мѣстности. Во-вторыхъ, потому, что онъ имѣетъ въ виду и обезпечиваетъ извѣстность закона собственно только правительственнымъ органамъ, а не населенію. Болѣе удобенъ порядокъ принятый во Франціи и Германіи. Тамъ законъ вступаетъ въ силу одновременно для всѣхъ частей государственной территоріи по истеченія опредѣленнаго

срока со дня напечатанія закона въ оффиціальномъ сборникѣ законовъ, во Франціи въ Bulletin des loix, въ Германіи въ Reichsanzeiger. Для колоній, впрочемъ, установленъ сравнительно болѣе долгій срокъ.

При изданіи особо важныхъ и обширныхъ законодательныхъ актовъ нерѣдко время вступленія закона въ дѣйствіе отлагается на болѣе или менѣе продолжительное время послѣ его обнародованія. Такъ было, напримѣръ, съ первымъ изданіемъ свода законовъ 1832 года, вошедшимъ въ силу только въ 1835 году, или съ судебными уставами 1864 года, вступившими въ дѣйствіе только съ 1866 года. Состояніе закона послѣ обнародованія, но до вступленія его въ дѣйствіе технически называется vacatio legis.

Обратной силы законъ не имѣетъ. Другими словами: законъ не долженъ быть примѣняемъ къ опредѣленію юридическихъ послѣдствій факта, совершившагося до вступленія закона въ силу. Лицо, совершившей дѣяніе въ такое время когда, оно не было запрещено уголовнымъ закономъ, не можетъ быть наказано, хотя бы послѣ того и былъ изданъ законъ, установляющій за такія дѣянія уголовное наказаніе.

Дѣйствіе закона прекращается или истеченіемъ срока, если законъ былъ изданъ на опредѣленный срокъ, или изданіемъ новаго закона, его отмѣняющаго. Изданія новой конституціи отмѣняетъ старую лишь въ тѣхъ ея частяхъ, которая замѣнена постановленіями новой. Остальныя же постановленія старой конституціи, начѣмъ не замѣненныя въ новой, сохраняютъ дѣйствіе и только теряютъ значеніе конституціоннаго закона. Такъ, по крайней мѣрѣ, практикуется во Франціи.

Дѣйствіе закона по мѣсту опредѣляется тѣмъ общимъ началомъ, что законъ имѣетъ силу лишь въ предѣлахъ того государства, властью котораго изданъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ распространяетъ свое дѣйствіе на всѣхъ, находящихся на территоріи государства, кто бы это ни былъ, туземный подданный или иностранецъ—безразлично. Единственнымъ исключеніемъ въ этомъ отношеніи представляются лица, пользующіяся по началамъ международнаго права *внѣземельностью*, именно главы государствъ, дипломатическіе агенты, вольные суда и отряды, и иностранцы въ нехристіанскихъ государствахъ. Юридическое положеніе этихъ лицъ во время нахожденія ихъ въ чужой территоріи опредѣляется такъ, какъ будто они не оставляли своего отечества, слѣдовательно, какъ будто они находятся внѣ той земли, въ которой въ дѣйствительности пребываютъ. Лица пользующіяся внѣземель-

ностью и въ чужой территоріи подчиняются дѣйствію своихъ отечественныхъ законовъ.

Законодательство слагается изъ ряда отдѣльныхъ постановленій издаваемыхъ одно за другимъ по мѣрѣ надобности. Такая дробность уже сама по себѣ представляетъ большія неудобства, затрудняя ознакомленіе съ законодательствомъ. Но это неудобство еще усиливается тѣмъ, что эти отдѣльныя постановленія, относясь по своему происхожденію иногда къ весьма различнымъ эпохамъ, представляются существенно разнородными, являясь выраженіемъ различныхъ, или даже противуположныхъ принциповъ, какими въ разное время руководствовалось правительство. Въ такомъ случаѣ неизбѣжны несоотвѣтствіе и противорѣчіе отдѣльныхъ частей законодательства между собой.

Поэтому систематическая обработка законодательства, соединеніе отдѣльныхъ его постановленій въ одно систематическое цѣлое представляется существенной практической потребностью. Такое объединеніе можетъ принимать двоякую форму: *инкорпораціи* и *кодификаціи* [1]).

Подъ инкорпораціей разумѣютъ такую форму систематической обработки законодательства, когда составитель ограниченъ въ выборѣ матеріала однимъ дѣйствующимъ законодательствомъ, когда имѣется въ виду измѣнить только форму, оставляя неизмѣненнымъ самое содержаніе. Инкорпорація даетъ объединеніе уже имѣющемуся на лицо законодательному матеріалу. Поэтому она, конечно, можетъ дать только внѣшнее объединеніе: противорѣчій въ самомъ содержаніи она устранить не можетъ. Примѣромъ инкорпораціи служитъ нашъ Сводъ Законовъ.

Кодификація не ограничивается измѣненіемъ только формы, она даетъ систематическое объединеніе и содержанія, а потому кодификаторъ не ограничивается однимъ дѣйствующимъ въ моментъ составленія кодекса законодательствомъ. Онъ можетъ черпать свой матеріалъ и изъ обычнаго права, и изъ судебной практики, и изъ иностраннаго права, и изъ научной литературы. Кодексъ является не новой только формой стараго закона, а новымъ закономъ въ полномъ смыслѣ слова. Такой характеръ имѣютъ наши Судебные Уставы 1864 года.

---

[1]) *Жинульякъ*, о кодификаціи и ея вліяніи на законодательство и на науку права. Въ Юрид. Вѣстникѣ за 1876 годъ.

§ 52. *Критика* [1]).

Изученіе и примѣненіе нормъ положительнаго права прежде всего предполагаетъ *критику* источниковъ [2]), т.-е. опредѣленіе того, что есть именно подлинная норма положительнаго права. Нельзя ни изучить, ни понять нормы, если не знаешь, что норма, и что нѣтъ. Названіе «критика» заимствовано изъ исторической науки, но въ приложеніи къ правовѣдѣнію она имѣетъ свои особенности.

Критика, какъ опредѣленіе подлинности аутентичности нормы въ цѣломъ, какъ опредѣленіе ея существованія, или такъ называемая высшая критика, находитъ себѣ примѣненіе ко всѣмъ источникамъ безъ различія. Существованіе обычно-правовыхъ нормъ познается изъ непосредственнаго наблюденія, соблюдаемыхъ обычаевъ, изъ юридическихъ пословицъ, изъ показаній свѣдущихъ лицъ, изъ сборниковъ обычаевъ и наконецъ изъ судебныхъ рѣшеній, основанныхъ на обычномъ правѣ [3]). Два первыя средства (непосредственное наблюденіе и пословицы) даютъ непосредственное, изъ первыхъ рукъ познаніе обычнаго права. Тутъ все дѣло сводится лишь къ тому, чтобы отличить простое обыкновеніе, отъ юридическаго обычая. Три послѣднія средства (показанія свѣдущихъ лицъ, сборники обычаевъ, судебныя рѣшенія) даютъ, напротивъ, познаніе лишь изъ вторыхъ рукъ. Поэтому при пользованіи этими средствами познанія независимо отъ различія обыкновеній и юридическихъ обычаевъ, долженъ быть поставленъ вопросъ и о томъ, на сколько достовѣрны представляющіяся намъ свидѣтельства и для рѣшенія его необходимо выяснить, насколько *могъ* и *желалъ* свѣдущій человѣкъ, составитель сборника или судья, вѣрно передать и формулировать обычноправовую норму. Судебныя рѣшенія наиболѣе достовѣрный источникъ познанія обычнаго права, такъ какъ они являются обыкновенно плодомъ тщательной повѣрки существованія юридическаго обычая со стороны судьи — юриста, слѣдовательно лица достаточно подготовленнаго къ такому дѣлу. Тоже должно сказать и относительно такихъ судовъ, въ которыхъ судьями являются не юристы, а представители народной

---

[1]) *Unger*, System, I, § 12, s. 73. *Savigny*, System, I § 38, 39. *Puchta*, Pandekten Vorlesungen, 5 Aufl. 1863, I, § 12, 13 (обычаи), 15 (законы). *Brinz*, Pandekten, I, § 3 подобно старымъ писателямъ относитъ критику къ толкованію.

[2]) Обыкновенно говорятъ только о критикѣ *законовъ*, но я не вижу никакого основанія къ такому ограниченію.

[3]) *Puchta*, Gewohnheitsrecht, II, 120—150. *Salza*, Gewohnheitsrecht въ *Weiske's*, Rechtslexikon.

мудрости. Конечно такой народный судъ менѣе способенъ къ точной и общепонятной формулировкѣ обычноправовыхъ нормъ, нежели судъ, состоящій изъ юристовъ, но за то народный по своему составу судъ обладаетъ непосредственнымъ знаніемъ обычаевъ. Наименьшую достовѣрность имѣютъ рѣшенія такихъ судовъ, въ составъ которыхъ входятъ лица одинаково чуждыя и народнаго правосознанія, и юридическаго образованія. Таковы напр. наши полу-грамотные волостные писаря, имѣющіе значительное вліяніе на практику волостныхъ судовъ.

Лучшимъ доказательствомъ достовѣрности сборника обычаевъ служитъ его популярность. Если сборникъ пользуется общепризнаннымъ авторитетомъ среди того самаго общества, обычаи котораго онъ передаетъ, то мы съ полной увѣренностью можемъ на него положиться. Показанія свѣдущихъ людей могутъ представляться въ трехъ различныхъ формахъ. Это могутъ быть, во-первыхъ, показанія отдѣльныхъ лицъ, по выбору суда или сторонъ. Во-вторыхъ, показанія собираются иногда посредствомъ общаго опроса мѣстнаго населенія, такъ сказать, посредствомъ повальнаго обыска. Это форма удостовѣренія въ существованіи обычнаго права существовала напр. во Франціи до 1667 года, когда были отмѣнены такія enquêtes par turbes. Наконецъ, въ третьихъ показанія, удостовѣряющія существованіе обычнаго права, могутъ исходить отъ какого-либо учрежденія, напр. отъ торговыхъ депутацій, биржевыхъ комитетовъ и проч. [1]). Во Франціи въ прежнее время было въ ходу нотаріальное удостовѣреніе юридическихъ обычаевъ, особенно торговыхъ. Такъ, согласно эдикту 1700 года, мнѣніе негоціантовъ, утвержденное торговой палатой (chambre de commerce), получало значеніе такъ называемыхъ actes de notoriété [2]).

Подобно обычаю, законъ и судебная практика могутъ быть намъ извѣстны или непосредственно, или изъ вторыхъ рукъ. Непосредственное знаніе черпается тутъ изъ подлиннаго текста закона или судебнаго рѣшенія, т.-е. изъ облеченнаго въ юридически опредѣленную форму. Подлиннымъ текстомъ признается во-первыхъ самый оригиналъ, подлинникъ закона или судебнаго рѣшенія, т.-е., тотъ экземпляръ ихъ, на которомъ имѣется собственноручная подпись главы правительства или судей; во-вторыхъ — оффиціальныя изданія законовъ и судебныхъ рѣшеній. Оригиналъ имѣетъ, конечно, большій авторитетъ, чѣмъ оффиціаль-

[1]) *Цитовичъ*, торговое право, стр. 91.
[2]) *Merlin*, Répertoire, voce Paréte.

ное изданіе, уже потому, что при печатаніи всегда возможны опечатки. Но онѣ возможны и въ оригиналѣ, въ видѣ описокъ, или даже опечатокъ, такъ какъ теперь обыкновенно и оригиналъ бываетъ печатный. Такіе опечатки или описки, замѣчаемыя въ оригиналѣ, могутъ быть исправлены при изданіи. Такимъ образомъ различіе достовѣрности оригинала и оффиціальнаго изданія весьма незначительно.

Довольно распространено мнѣніе, будто въ отношеніи къ оффиціальнымъ изданіямъ высшая критика не можетъ имѣть мѣста [1]). Но такое мнѣніе, какъ указалъ на это уже Пухта, совершенно ошибочно. Если не примѣнить къ оффиціальнымъ изданіямъ высшей критики, то придешь къ тому, что каждый клочекъ печатной бумаги, вышедшей изъ казенной типографіи, будешь считать закономъ. И къ тексту оффиціальныхъ изданій необходимо критическое отношеніе. Можетъ оказаться, что правительственное распоряженіе превышаетъ предѣлы правительственныхъ полномочій и относится къ такому предмету, который можетъ быть нормированъ не иначе, какъ закономъ, слѣдовательно въ конституціонныхъ государствахъ не иначе, какъ съ соучастіемъ парламента. Въ такомъ случаѣ распоряженіе, какъ незаконное, не можетъ имѣть для суда значенія закона. Можетъ оказаться также, что законъ противорѣчитъ постановленіямъ конституціи. Въ такомъ случаѣ и онъ, какъ неконституціонный, не имѣетъ силы.

Но высшая критика можетъ имѣть мѣсто въ отношеніи къ оффиціальнымъ изданіямъ не только тамъ, гдѣ существуетъ отдѣленіе учредительной власти отъ законодательной, и законодательной отъ правительственной, потому что каково бы ни было государственное устройство страны вездѣ же установлена для изданія закона какая-либо опредѣленная форма: удостовѣреніе въ наличности въ каждомъ данномъ случаѣ этой формы и будетъ тогда цѣлью высшей критики.

Точно также нельзя обойтись безъ высшей критики и по отношенію къ оффиціальнымъ изданіямъ судебныхъ рѣшеній. Рѣшеніе, вошедшее уже въ законную силу и могущее такимъ образомъ попасть въ оффиціальное изданіе, можетъ быть потомъ уничтожено, если будутъ доказаны по суду корыстные или иные личные виды судей по уголовному дѣлу (у. у. с. 935). Понятно,

---

[1]) Смотри напр. *Unger*, System, I, s. 73. *Böhlau*, Meklenburgisches Landrecht, I, 1871, s. 302. *Малышевъ*, курсъ гражданскаго права, I, стр. 281.

что такое рѣшеніе не можетъ считаться выраженіемъ началъ, принимаемыхъ судебной практикой.

Когда оффиціальнаго изданія не имѣется, то высшая критика источниковъ къ общимъ пріемамъ сводится исторической критики, такъ что юристъ тутъ всецѣло опирается на данныя исторической науки.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда юристъ имѣетъ дѣло съ письменными памятниками, кромѣ высшей критики требуется также примѣненіе низшей критики, называемой также критикой дипломатической. Низшая критика имѣетъ цѣлью своей установленіе вѣрнаго текста въ подробностяхъ, слѣдовательно, исправленіе описокъ и опечатокъ, восполненіе пропусковъ, исключеніе вставокъ, разстановку знаковъ препинанія. Въ отношеніи къ старинным рукописямъ всѣ эти операціи требуютъ большаго труда и умѣнья. Рукопись такая представляетъ обыкновенно непрерывный рядъ буквъ, ничѣмъ другъ отъ друга не отдѣленныхъ. Группировка буквъ въ слова и раздѣленіе ихъ знаками препинанія на предложенія есть первая задача критики. Затѣмъ идетъ исправленіе искаженій текста, имѣющихъ самое разнообразное происхожденіе, случайное и намѣренное. По различію пріемовъ, съ помощью которыхъ выполняется это дѣло, низшая критика подраздѣляется на *сравнительную*, основывающуюся на сравненіи различныхъ редакцій текста, и на *коньектуральную*, основывающуюся на соображеніяхъ, независимыхъ отъ текста (emendationes ex ingenio).

§ 53. Толкованіе.

Подъ толкованіемъ разумѣется выясненіе смысла юридическихъ нормъ. Толкованіе, какъ и критика, не составляетъ исключительной принадлежности юридическихъ наукъ; напротивъ, оно встрѣчается во всѣхъ наукахъ, имѣющихъ дѣло съ письменными источниками, напр., въ исторіи, богословіи. И можно указать такія правила, которыя имѣютъ одинаковое примѣненіе какъ въ толкованіи и критикѣ юридическихъ нормъ, такъ и въ толкованіи и критикѣ памятниковъ историческихъ, или догматическихъ религіозныхъ книгъ. Но критика и толкованіе юридическихъ нормъ представляютъ, и особенности такъ напр., въ критикѣ вопросъ о конституціонности закона представляетъ исключительную принадлежность юридической критики. Точно также и въ толкованіи. Поэтому въ немъ можно различать два элемента: общій и специфически-юридическій.

Общій элементъ заключается въ общихъ пріемахъ толкова-

нія: грамматическомъ и логическомъ. Каждый письменный источникъ содержитъ въ себѣ человѣческую *мысль*, выражаемую *словомъ*. Но, и мысль и слово подчиняются извѣстнымъ правиламъ: *логическимъ* и *грамматическимъ*. Для пониманія написаннаго, какъ и сказаннаго, необходимо знакомство съ этими правилами; истолкователь долженъ, по замѣчанію Savigny, воспроизвести мысленно весь тотъ процессъ, какимъ данный законъ сложился, облекаясь въ форму логическую и затѣмъ грамматическую, соотвѣтствующую его содержанію. Грамматическія правила съ теченіемъ времени измѣнятся; истолкователь долженъ поэтому примѣнять къ истолкованію каждаго даннаго закона грамматическія правила того времени, когда онъ составленъ, а не своего. Кромѣ того, подобно тому, какъ у каждаго писателя имѣются свои особенности языка, такія же особенности могутъ существовать, и обыкновенно существуютъ, и въ языкѣ законодателя. Поэтому грамматическое толкованіе предполагаетъ и изученіе этихъ особенностей.

Логическія правила неизмѣнны; но тѣ понятія, съ которыми оперируетъ логическое мышленіе, мѣняютъ свое содержаніе, понимаются различно. Поэтому при истолкованіи нормъ надо обращать вниманіе на измѣненіе значенія содержащихся въ нихъ понятій.

Предположеніе, что законодатель соблюдалъ при выраженіи своей воли правила логики и грамматики есть не болѣе какъ предположеніе. Поэтому, если мы какимъ-либо путемъ убѣдимся, что въ данномъ случаѣ законодателемъ допущена, что бываетъ далеко нерѣдко, грамматическая или логическая ошибка, предположеніе это теряетъ свою силу и мы не можемъ принять такого толкованія, которое обусловливается имъ. То же самое должно быть сдѣлано и въ томъ случаѣ, когда толкованіе, основанное на этомъ предположеніи, приводитъ къ очевидно нелѣпому выводу.

Для выясненія того, какъ въ дѣйствительности согласно съ волею законодателя, и можетъ быть вопреки грамматическимъ и логическимъ правиламъ, должно быть понимаемо сказанное въ законѣ, лучшимъ средствомъ является знакомство съ исторіей возникновенія даннаго закона. Для этого слѣдуетъ обращаться къ первоначальному законопроэкту, къ послѣдовательному ходу его измѣненій, къ преніямъ въ законодательномъ собраніи. Эти, такъ-называемые «матеріалы», лучше всего могутъ объяснить, какъ сложилось то или другое опредѣленіе закона, и слѣдова-

тельно, имѣя ихъ подъ руками, нѣтъ уже надобности прибѣгать въ этомъ отношеніи къ какимъ-либо предположеніямъ.

Такое же значеніе имѣетъ сравненіе статей нашего свода законовъ съ ихъ источниками. Составляя отдѣльныя статьи свода, законодатель имѣлъ въ виду выразить въ нихъ тѣ самыя нормы, которыя содержатся въ цитированныхъ подъ ними статьяхъ, а вовсе не создать новыя нормы взамѣнъ старыхъ. Поэтому узаконенія, на основаніи которыхъ составленъ сводъ, имѣютъ въ полномъ смыслѣ слова значеніе законодательныхъ къ нему матеріаловъ. Они представляютъ собою тотъ матеріалъ, откуда почерпнуто содержаніе свода. У насъ, правда, вошло въ обычай считать такую свѣрку статей свода съ отдѣльными указами, послужившими матеріаломъ для ихъ составленія, ничѣмъ инымъ, какъ историческимъ толкованіемъ. Но такой взглядъ, какъ будетъ показано ниже, совершенно ошибоченъ.

Большій юридическій интересъ имѣетъ особенный, специфическій элементъ толкованія, основывающійся на особенномъ соотношеніи между собой послѣдовательно смѣняющихся и одновременно существующихъ нормъ. Это соотношеніе представляется далеко не тождественнымъ съ соотношеніемъ, напр., памятниковъ историческихъ и литературныхъ. Совокупность историческихъ памятниковъ, относящихся къ опредѣленной исторической эпохѣ, не составляетъ вовсе чего-либо цѣлаго. Каждый изъ нихъ толкуется отдѣльно и появленіе новаго памятника не можетъ измѣнить смысла прежде существовавшихъ. Конечно, новые памятники могутъ помочь болѣе правильному пониманію старыхъ. Но смыслъ самъ по себѣ отъ этого не мѣняется. Совокупность одновременно существующихъ юридическихъ нормъ, напротивъ, представляетъ собою весь юридическій порядокъ даннаго общества и при томъ такъ, что каждая норма имѣетъ свою исключительную сферу примѣненія: къ одному и тому же предмету не можетъ быть одновременно примѣняемо нѣсколько нормъ. Поэтому совокупность юридическихъ нормъ есть одно цѣлое, составляетъ одну связную систему и появленіе новой нормы всегда измѣняетъ нѣсколько смыслъ прежде существовавшихъ нормъ, расширяя или ограничивая его. Въ этомъ отношеніи юридическія нормы сходны съ догматами религіи, которыя также составляютъ одно систематическое цѣлое.

Что касается соотношенія послѣдовательно слѣдующихъ другъ за другомъ нормъ, то и тутъ также сказывается этотъ взаимно-исключительный характеръ: новая норма отмѣняетъ относитель-

но опредѣляемаго ею вопроса дѣйствіе прежде существовавшихъ нормъ.

Это соотношеніе юридическихъ нормъ, смѣняющихся во времени, представляетъ также своеобразную ихъ особенность. Нечего и говорить, что позднѣйшій историческій памятникъ не имѣетъ силы болѣе древняго. А если они относятся къ одному и тому же времени, то даже наоборотъ, древнѣйшій долженъ предпочитаться новѣйшему. Но и религіозные догматы не представляютъ такого взаимно исключающаго соотношенія во времени. Богъ, какъ всемудрый, не можетъ самъ себѣ противорѣчить. И новый завѣтъ является не столькой отмѣной, сколько развитіемъ стараго.

Указанное нами взаимно исключающее соотношеніе юридическихъ нормъ придаетъ своеобразный характеръ юридическому толкованію, и смотря по тому, обращается ли вниманіе на соотношеніе одновременно существующихъ или послѣдовательно слѣдующихъ другъ за другомъ во времени, различаютъ толкованіе *систематическое* и *историческое*.

Подъ историческимъ толкованіемъ разумѣется объясненіе смысла нормы изъ соображенія ея съ нормой, дѣйствовавшей по тому же предмету въ моментъ установленія новой. Изъ этого опредѣленія историческаго толкованія слѣдуетъ съ очевидностью, что объясненіе статей нашего свода изъ соображенія цитированныхъ подъ ними узаконеній не есть историческое толкованіе. Статья не замѣняетъ тѣхъ указовъ, которыя подъ ней цитированы, потому что она есть лишь другое выраженіе той же самой нормы, какая заключается и въ нихъ. Поэтому тутъ нѣтъ на лицо перваго, необходимаго условія историческаго толкованія: сопоставленія двухъ чередующихся во времени нормъ. Сопоставленіе отдѣльныхъ узаконеній съ извлеченной изъ нихъ статьей имѣетъ совершенно такой же характеръ, какъ и сравненіе оригинала закона съ оффиціальнымъ его изданіемъ. Въ обоихъ случаяхъ сравниваются двѣ оффиціальныя формы выраженія одной и той же нормы.

Необходимость историческаго толкованія обусловливается тѣмъ, что нерѣдко концепція новаго закона всецѣло опредѣляется содержаніемъ имъ отмѣняемаго закона. Какъ иногда бываетъ невозможно понять отвѣтъ, не зная вопроса, на какой онъ послѣдовалъ, такъ и отмѣняющій законъ иногда не можетъ быть понятъ, если неизвѣстно содержаніе закона отмѣняемаго.

Если дѣло касается обширныхъ законовъ, объемлющихъ цѣлую отрасль правъ, то только внимательнымъ сличеніемъ стараго

и новаго закона можно опредѣлить, вполнѣ ли новый законъ отмѣняетъ старый и только ли его потому, что въ основу двухъ этихъ законовъ легко можетъ оказаться положенными существенно различныя пониманія предѣловъ данной отрасли права.

Новый законъ можетъ находиться въ различномъ отношеніи къ старому. Онъ можетъ его или вполнѣ отмѣнить (abrogatio), или замѣнять его новымъ постановленіемъ (obrogatio), или измѣнить его отчасти (derogatio) или дополнять его (subrogatio [1]).

Подъ систематическимъ толкованіемъ разумѣется выясненіе смысла нормы изъ соображенія ея соотношенія къ общей системѣ права. Поэтому объясненіе нормы по соображенію съ заголовкомъ того отдѣла законодательнаго акта, гдѣ она помѣщена, обыкновенно называемое у насъ систематическимъ толкованіемъ, есть только частная форма логическаго. Дѣло въ томъ, что система законодательнаго акта, размѣщеніе въ немъ отдѣльныхъ постановленій, статей въ томъ или другомъ порядкѣ, есть продуктъ логическаго развитія содержанія даннаго акта. Но нельзя же смѣшивать систему мышленія законодателя, подчиняющуюся законамъ логики, и систему нормъ дѣйствующихъ въ данномъ обществѣ, опредѣляющихся закономъ солидарности существующихъ явленій. Только послѣдняя можетъ служить основаніемъ систематическаго толкованія. Если не дѣлать этого различія, то получится такая несообразность. Выясненіе смысла закона по системѣ изложенія отдѣльной статьи (ибо въ каждой статьѣ есть своя система изложенія) будетъ толкованіемъ логическимъ; выясненіе же по системѣ расположенія статей другъ за другомъ — систематическимъ. А между тѣмъ понятіе статьи не есть опредѣленное: отъ составителя закона вполнѣ зависитъ слить нѣсколько статей въ одну или наоборотъ. Поэтому слѣдуетъ считать порядокъ изложенія отдѣльной статьи и порядокъ расположенія нѣсколькихъ статей безразлично основой логическаго, а не систематическаго толкованія.

Тутъ споръ не о словахъ только. Такъ какъ у насъ толкованіе по заголовнымъ именуютъ обыкновенно систематическимъ, то на немъ и успокоиваются, забывая вовсе о настоящемъ систематическомъ толкованіи.

Кромѣ различія толкованія по пріемамъ, въ старое время различали его также по субъекту, отъ котораго исходитъ толкованіе на *доктринальное* и *легальное*. Доктринальное толкованіе это то, которое совершается лицами, примѣняющими законъ и

[1]) *Glück*, Commentar, I, 514.

сила котораго основывается на его разумности. Легальное—это толкованіе, установляемое обычаемъ (узуальное) или даже самимъ законодателя (аутентическое) и основывающаяся не на разумности, а на авторитетѣ обычая или законодательной власти. Но, какъ на это указалъ уже Савиньи, толкованіе мыслимо только какъ толкованіе доктринальное. Такъ-называемое узуальное толнованіе это ничто иное, какъ обычай, такъ-называемое аутентическое—законъ. И практическое значеніе этого нелѣпаго выраженія—законодательное толкованіе закона сводится къ тому, что иногда, прикрываясь имъ, придаютъ закону обратную силу.

Съ толкованіемъ не слѣдуетъ смѣшивать аналогическаго примѣненія нормы. Толкованіе есть объясненіе нормы, аналогія — примѣненіе нормы къ случаямъ ею непредусматриваемымъ, но представляющимъ въ юридическомъ отношеніи аналогію съ тѣми случаями, для которыхъ они установлены. Смотря потому, примѣняется ли такимъ образомъ начало извлеченное изъ отдѣльнаго закона, или изъ цѣлой системы законодательства, различаютъ аналогію закона и аналогію права.

ГЛАВА V.

Частное и публичное право.

§ 54. Римская классификація.

Правовыя явленія весьма разнообразны. Подробное изученіе отдѣльныхъ группъ ихъ составляетъ задачу спеціальныхъ юридическихъ наукъ. Но и энциклопедическое изученіе права не можетъ обойтись безъ объясненія по крайней мѣрѣ самыхъ характерныхъ, самыхъ основныхъ особенностей отдѣльныхъ правъ. Для этого необходимо, конечно, установить общую классификацію правовыхъ явленій. Основнымъ дѣленіемъ права почти всѣми признается дѣленіе права на частное и публичное [1]). Но относительно того, въ чемъ основаніе этого различенія—до сихъ поръ нѣтъ согласія между юристами.

[1]) Нѣкоторыми на ряду съ частнымъ и публичнымъ правомъ признаются самостоятельными отраслями право церковное (Вальтеръ), международное (Варнкенигъ), общественное (Моль).

Типографія М. М. Стасюлевича. Спб. Вас. Остр., 2 л., д. 7.

Римляне сводили различіе частнаго и публичнаго права къ различію охраняемыхъ интересовъ, различая именно интересы частные и общіе. Publicum jus est, говоритъ Ulpianus (in l. 1 § 2 de justitia et jure) quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Это опредѣленіе находитъ себѣ сторонниковъ и до сихъ поръ. Брунсъ [1]) и Нейнеръ [2]) высказываются за него. Но большинствомъ юристовъ уже давно это дѣленіе было признано несостоятельнымъ. И дѣйствительно, выставленное римлянами различеніе представляется до такой степени неопредѣленнымъ, что рѣшительно не достигаетъ своей цѣли разграничить и опредѣлить различныя области права. И прежде всего нельзя противуполагать, такимъ образомъ, интересы общіе и частные. Съ одной стороны интересы только и существуютъ у отдѣльныхъ людей, такъ какъ только люди суть дѣйствительные реальные элементы общежитія. Общій интересъ есть ничто иное, какъ та или другая совокупность частныхъ интересовъ. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что все право установлено ради охраны интересовъ отдѣльныхъ лицъ, т.-е., частныхъ интересовъ. Съ другой стороны правовая охрана дается только тѣмъ интересамъ отдѣльныхъ лицъ, которые имѣютъ болѣе или менѣе общее значеніе или потому что они общи цѣлой группѣ лицъ, напримѣръ, охрана интересовъ врачей, или потому, что данный интересъ есть интересъ хотя одного отдѣльнаго лица, но занимающаго въ обществѣ такое положеніе, что его интересъ получаетъ общее значеніе напр. интересы монарха. Въ такомъ смыслѣ, наоборотъ, можно сказать, что всякое право охраняетъ общіе интересы.

Конечно, можно различать болѣе или менѣе общіе интересы. Но, не говоря уже объ относительности и неопредѣленности такого различія, оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительному различію частныхъ и публичныхъ отношеній. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатѣ неудачу всей кампаніи или по крайней мѣрѣ задержку операцій, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ, нежели выборы гласнаго въ городскую думу. Тѣмъ не менѣе подрядъ есть отношеніе частно-гражданское, а отношеніе по выборамъ — публичное. Точно также организація министерства двора представляетъ несравненно меньшій, несравненно менѣе общій интересъ, чѣмъ опредѣленія порядка пере-

[1]) Hotzendorffs, Encyclopädie, 3 Aufl. s. 340.
[2]) *Neuner*, Privatrechtsverhältnisse, s. 1.

хода недвижимости, или законы относящіеся къ личному найму. Но организація и министерства двора относится къ публичному праву, купля-продажа недвижимости и личный наемъ, къ частному [1]).

Неудовлетворительность римской классификаціи и главнымъ образомъ ея неопредѣленность вызвала цѣлый рядъ попытокъ исправить ее, дать ей болѣе опредѣленную формулировку, при чемъ все-таки исходятъ, какъ изъ основанія, изъ различія понятій частнаго и общаго, но облекаютъ это различіе въ другую форму.

Между этими попытками прежде всего обращаетъ на себя вниманіе классификація, возникшая еще подъ вліяніемъ школы естественнаго права, но до сихъ поръ находящая еще себѣ послѣдователей. Это именно классификація, основанная на противуположеніи простаго сосуществованія людей, и организованнаго общенія ихъ.

Основаніемъ такого противуположенія послужило ученіе школы естественнаго права о первоначальномъ естественномъ состояніи, въ смыслѣ состоянія до общественнаго. Право, которое дѣйствуетъ до соединенія людей въ гражданское общество, до основанія государства — есть частное. Оно продолжаетъ дѣйствовать и въ государствѣ, но дополняется уже постановленіями, имѣющими предметомъ опредѣленіе организаціи государства и порядка функціонированія его органовъ. Этотъ новый придатокъ и составляетъ право публичное. Его отношеніе къ частному таково, что оно служитъ обезпеченіемъ, упроченіемъ частнаго права. Все публичное право установляется лишь ради большаго упроченія господства частнаго права. Таково воззрѣніе на различіе частнаго и публичнаго, напр. у Канта [2]).

Эта классификація, обязанная своимъ происхожденіемъ ученію объ остественномъ состояніи, не раздѣлила, однако, судьбы этого ученія. Въ настоящее время «естественное состояніе» давно сдано въ архивъ науки, а классификація, опирающаяся на это пресловутое ученіе, все еще продолжаетъ быть ходячей монетой. Дѣйствительно, эта классификація, можно сказать, самая распространенная. Въ самой исторической школѣ, явившейся какъ реакція противъ школы естественнаго права, указанная классификація успѣла найти себѣ приверженцевъ въ лицѣ Пухты и

---

[1]) Въ новѣйшее время критику этой классификаціи далъ *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar. ss. 109—114.

[2]) Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, s. 161.

чрезъ его сочиненія главнымъ образомъ и сохранилась до нашего времени.

Пухта [1]) различаетъ права, смотря потому имѣетъ ли ихъ человѣкъ 1) какъ отдѣльное, единичное лицо, какъ индивидъ или 2) какъ членъ органическаго единства. Первое имѣетъ мѣсто при имущественныхъ правахъ—послѣднее, при семейныхъ, публичныхъ и церковныхъ. Имущественныя и семейныя права составляютъ частное право. Такимъ образомъ всѣ права распадаются на три группы: частное, публичное и церковное право.

Въ этой классификаціи замѣчается прежде всего непослѣдовательность. Если основаніемъ группировки является различіе правъ, принадлежащихъ человѣку, какъ индивиду, и правъ принадлежащихъ ему, какъ члену органическаго союза, то слѣдовало бы имущественное право противуполагать всему другому праву. Между тѣмъ Пухта соединяетъ имущественное право съ семейнымъ. Иные вносятъ въ систему Пухты поправку въ томъ смыслѣ, что все право дѣлятъ на частное и публичное, публичными считая тѣ права, которыя предполагаютъ существованіе организованнаго общенія людей, которыя не могутъ быть внѣ такого организованнаго союза; а частными—такія, которыя предполагаютъ лишь простое сосуществованіе, коексистенцію людей. При этомъ семейныя права относятъ къ разряду частныхъ, такъ какъ семейныя отношенія могутъ быть и внѣ государства. Въ такомъ видѣ классификація эта представляется болѣе послѣдовательной и стройной. Но все таки она не освобождается этимъ отъ коренного недостатка своего; она всецѣло основана на предположеніи о возможности существованія такого состоянія, когда люди сосуществуютъ, но не вступаютъ въ общеніе организованное, и что въ такомъ состояніи мыслимо существованіе права. Въ настоящее время все болѣе и болѣе устанавливается убѣжденіе, что право можетъ существовать только въ обществѣ. До общества нѣтъ и права. Къ тому же всякое общеніе имѣетъ извѣстную степень организаціи, даже случайно сошедшаяся толпа не представляется вовсе аморфной. Поэтому эта классификація только на первый взглядъ представляется точной и опредѣленной. Поясню это примѣрами.

Отношенія частнаго характера, напр. бракъ, мѣна, дареніе возможны, горятъ сторонники этой классификаціи, и тамъ, гдѣ нѣтъ государства, возможны хотя бы въ любой разбойнической шайкѣ, возможны между случайно сошедшимися въ пустынѣ

[1]) Vorlesungen über das heutige römische Recht 5 Aufl. B. I, s. 75.

людьми. Но отношенія публичнаго характера, напр., выборы въ въ парламентъ, мыслимы только при существованіи государства. Однако легко замѣтить, что эти примѣры могутъ быть съ равнымъ успѣхомъ обращены и противъ этой классификаціи. Выбирать членовъ парламента возможно только тамъ, гдѣ есть парламентъ; совершенно вѣрно: но и совершить нотаріальнымъ порядкомъ купчую или мѣновую можно тоже только тамъ, гдѣ существуютъ наторіальныя учрежденія, а слѣдовательно и государство. Съ другой же стороны принимать участіе въ обсужденіи общихъ дѣлъ, даже распоряжаться въ общихъ интересахъ, возможно во всякой случайно сошедшейся толпѣ. Напримѣръ, когда съ пароходомъ случается какое-нибудь несчастіе, а капитанъ оказываетъ слишкомъ мало энергіи, распорядительности или первый гибнетъ, пассажиры сообща обсуждаютъ свое положеніе и необходимыя мѣры, дебатируютъ, голосуютъ; наконецъ, выдѣляются изъ среды ихъ наиболѣе энергичные и становятся распорядителями. Конечно, при такомъ голосованіи пассажировъ нельзя говорить еще о правѣ голоса: это голосованіе фактическое. Но точно также и половое общеніе въ такой неорганизованной кучкѣ людей будетъ только фактическимъ; фактическимъ будетъ и мѣна, и дареніе.

Другой важный недостатокъ этой классификаціи тотъ, что если ее проводить послѣдовательно, то она приводитъ къ тому, что къ публичному праву должно относить отношенія между членами всякаго вообще союза, напр. товарищества, акціонерной компаніи, семьи, и т. п. Послѣдовательные ея сторонники и дѣлаютъ дѣйствительно такой выводъ, не останавливаясь предъ тѣмъ, что онъ совершенно измѣняетъ обычное, установившееся въ практической жизни и наукѣ, понятіе публичнаго права. Такъ напр. *Bähr* [1]) находитъ, что все право слѣдуетъ раздѣлять на Privatrecht и Genossenschaftsrecht. Первое обнимаетъ отношенія людей, какъ самостоятельныхъ индивидовъ, второе отношеніе ихъ, какъ членовъ одного организма общественнаго: товарищества, компаніи, церкви, государства. Публичное право является при этомъ лишь подраздѣленіемъ Genossenschaftsrecht. Это воззрѣніе раздѣляетъ и Gierke, (Гирке). Но въ такомъ измѣненіи классификація, представляясь болѣе стройной и послѣдовательной, страдаетъ совершеннымъ несоотвѣтствіемъ исторически сложившейся группировки отношеній.

Глава исторической школы, Савиньи, не раздѣляетъ по во-

[1]) Rechtsstaat, 1865.

просу о системѣ права воззрѣній Пухты. Его систему, принятую и Шталемъ, можно назвать *телеологическою*. Она представляетъ также модификацію римской классификаціи, но весьма существенно отличающуюся отъ той, что была принята Пухтой. У Пухты основой классификаціи являлось различіе правъ, смотря по тому, кому они принадлежатъ, самостоятельному ли индивиду, или члену органическаго цѣлаго. Савиньи и Шталь различаютъ юридическія отношенія *по ихъ цѣли*. Въ публичномъ правѣ, говоритъ Савиньи [1]), цѣлое является цѣлью, а отдѣльный человѣкъ занимаетъ второстепенное положеніе; напротивъ, въ частномъ правѣ отдѣльный человѣкъ является цѣлью, а цѣлое (государство) средствомъ». Тоже почти говоритъ и Шталь: одни юридическія отношенія имѣютъ цѣлью, задачей удовлетвореніе отдѣльнаго человѣка, другіе — соединеніе людей въ одно высшее цѣлое и регулированіе ихъ жизни въ этомъ единствѣ [2]).

Это различеніе юридическихъ отношеній по субъектамъ, являющимся ихъ цѣлью, въ новѣйшее время было развито полнѣе Іерингомъ въ его новой книгѣ Zweck im Recht [3]). Но, развивъ его, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ указалъ и истинное значеніе этого различія. Онъ различаетъ юридическія оношенія по субъектамъ цѣли, (Zwecksubjekt Destinatäre) на три класса: дестинатаріемъ служитъ или отдѣльное лицо, или общество, или государство. Но онъ не кладетъ этого различія въ основу системы права. Напротивъ, онъ указываетъ, что каждый отдѣльный институтъ можетъ имѣть дестинаріемъ то того, то другого рода. Такъ напр., собственность можетъ быть или частной, или общественной, или государственной.

И дѣйствительно, это различіе не можетъ быть принято основаніемъ системы правъ, такъ какъ система предполагаетъ классификацію институтовъ, а не тѣхъ формъ, какія можетъ послѣдовательно принимать одинъ и тотъ же институтъ.

Классификація Савиньи и Шталя представляетъ попытку соединить въ одно и классификацію по интересамъ, охрана которыхъ есть цѣль права, и классификацію по различію положенія субъекта, какъ самостоятельнаго индивида или какъ члена общественнаго организма. Подобное же соединеніе этихъ двухъ основаній классификаціи представляетъ и классификація Аренса. Аренсъ исходитъ изъ противуположенія конечной и непосредственной цѣли. Конеч-

[1]) System, I, s. 23.
[2]) Die Philosophie des Rechts, B. II. 4 Aufl. 1870 s. 300.
[3]) Das Zweck im Recht. B. I. 1877. s. 452.

ная цѣль всего права есть человѣческая личность, но она можетъ быть вмѣстѣ и непосредственною цѣлью даннаго юридическаго отношенія—тогда это будетъ отношеніе частнаго права. Или же непосредственною цѣлью будетъ служить общеніе, общественный организмъ, а не индивидуальная личность — тогда это будетъ отношеніе публичнаго права. Такимъ образомъ, конечная цѣль, конечная задача и публичныхъ, и частныхъ отношеній безразлично одна и таже: различенъ только *способъ ея выполненія*, осуществленія. Въ частномъ правѣ она осуществляется путемъ личнаго самоопредѣленія; въ публичномъ — путемъ совокупной дѣятельностью цѣлаго общества [1]).

Классификація Аренса, однако, тоже представляется неудовлетворительной; и у него, какъ и у Штали и у Савиньи, остается необъяснимымъ, какимъ образомъ и государство можетъ быть субъектомъ отношеній частно-гражданскаго характера. Когда государство покупаетъ, продаетъ, мѣняетъ, нанимаетъ, подражаетъ, и т. п., оно является цѣлью, а не средствомъ (Савиньи); поставка сапогъ на армію, очевидно имѣетъ цѣлью вовсе не удовлетвореніе отдѣльнаго человѣка (Шталь) и цѣль при этомъ достигается не одною индивидуальностью дѣятельностью, а и дѣятельностью всего государства, платящаго за сапоги (Аренсъ). Но кромѣ того, слѣдуетъ указать, что классификація Аренса представляется несостоятельной и потому, что всякая юридическая охрана предполагаетъ содѣйствіе, поддержку со стороны общества, а не одно только индивидуальное самоопредѣленіе.

§ 55. *Новѣйшія классификаціи.*

Неудача разсмотрѣнныхъ нами попытокъ исправленія римской классификаціи права побудила нѣкоторыхъ современныхъ юристовъ совершенно отказаться отъ выставленнаго римскими юристами основанія различенія частнаго и публичнаго права, и поискать взамѣнъ его другое. Одни изъ нихъ полагаютъ, что основаніемъ различія частнаго и публичнаго права должно быть признано различіе экономическихъ, имущественныхъ интересовъ и интересовъ другихъ категорій. Другіе совершенно отвергаютъ возможность различить частное и публичное право по различію интересовъ, и ищутъ основанія этого различія въ формальномъ различіи, въ различіи того, какую форму принимаетъ дѣйствіе того и другого права.

[1]) Encyclopädie, s. 117.

Перваго изъ этихъ воззрѣній держатся преимущественно русскіе цивилисты Мейеръ, Умовъ, и въ особенности Кавелинъ. Послѣднее было выставлено въ самое послѣднее время Томомъ и нашло себѣ сторонника и въ Муромцевѣ.

Кавелинъ [1]) полагаетъ, что обыкновенное разграниченіе публичнаго и частнаго права въ теперешнемъ его видѣ не имѣетъ за собой никакого теоретическаго основанія. Частное или гражданское право соединяетъ въ себѣ совершенно разнородныя части, соединеніе которыхъ по его мнѣнію объясняется единственно характеромъ рецепціи римскаго права въ новой Европѣ. Рецепировано было не все римское право, а только нѣкоторыя его части, представлявшія весьма мало общаго по содержанію. Тѣмъ не менѣе тѣ отрасли права, къ которымъ прилагались начала римскаго права, исключительно въ силу единства источника опредѣлявшихъ ихъ нормъ, были соединены въ одно цѣлое, получившее названіе гражданскаго права, jus civile, какъ римляне называли все свое право. Въ настоящее время, а у насъ въ Россіи въ особенности, нѣтъ уже никакого основанія сохранять эту группировку, такъ какъ исчезло и единственное прежде существовавшее основаніе соединить во едино то, что принято называть гражданскимъ правомъ, потому что гражданскія отношенія не опредѣляются уже болѣе римскимъ правомъ. Взамѣнъ этой старой, исторически сложившейся классификаціи, Кавелинъ предлагаетъ другую, по его мнѣнію болѣе раціональную и болѣе естественную. Онъ кладетъ въ основу всей классификаціи права различіе имущественныхъ и неимущественныхъ правъ. Теперешнее гражданское право должно превратиться въ право имущественное на томъ основаніи, что и теперь главное его содержаніе составляютъ именно имущественныя права, а все другое является какъ бы постороннимъ и случайнымъ къ нимъ придаткомъ. Потому изъ него должны быть исключены всѣ отношенія, не имѣющія имущественнаго характера, не касающіяся матеріальныхъ цѣнностей, каковы, напримѣръ, семейныя отношенія.

Съ другой стороны оно должно обнять собою *всѣ* имущественныя отношенія безъ исключенія, а потому къ нему должно быть отнесено много, что теперь причисляется къ публичному праву, напр., ученіе о взысканіи податей, о денежныхъ наказаніяхъ, о содержаніи и пенсіяхъ служащимъ и т. п.

[1]) Что такое гражданское право? 1864. Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ—1879. Какое мѣсто занимаетъ гражданское право въ системѣ права вообще? (Журналъ гражд. и угол. права, 1880, № 1).

На первый взглядъ такая группировка можетъ подкупить въ свою пользу кажущейся простотой и опредѣленностью. Но внимательное ея разсмотрѣніе открываетъ весьма вѣскіе доводы противъ возможности принять такую группировку. Прежде всего нельзя согласиться съ Кавелинымъ, что теперешнее понятіе о гражданскомъ правѣ было случайнымъ, лишеннымъ раціональнаго основанія. Если бы въ самомъ дѣлѣ гражданское право въ теперешнемъ его видѣ представляло, какъ это утверждаетъ Кавелинъ, ничто иное, какъ совокупность реципированныхъ частей римскаго права, то и тогда бы составъ его нельзя было считать случайнымъ. Если данныя только части римскаго права были реципированы, то причина этого, конечно, заключалась въ томъ, что только они соотвѣтствовали измѣнившимся условіямъ общественной жизни. Другими словами: реципированная часть представляетъ собою ту отрасль права, которая наименѣе измѣнчива, наименѣе зависитъ отъ особенностей общественнаго быта. И дѣйствительно гражданское право есть именно та отраль права, въ которой замѣчается наибольшая общность, единство, въ которой всего слабѣе отражаются различія историческихъ эпохъ и національностей. А это такое свойство, которое ужъ само по себѣ можетъ служить достаточно раціональнымъ основаніемъ для выдѣленія данныхъ отношеній въ особую группу.

Затѣмъ, какъ на это указалъ уже Муромцевъ, гражданское право далеко не тождественно съ реципированными частями римскаго права, да и самое сближеніе понятій jus privatum съ jus civile сложилось не ранѣе XVI столѣтія. Гражданское право въ совершенномъ его составѣ включаетъ такіе институты, какихъ вовсе не знало римское право, напр., право вексельное и потому едва ли можно утверждать, что соединеніе институтовъ, составляющихъ гражданское право въ одно цѣлое, объяснялось единственно ихъ, яко бы общимъ, источникомъ.

Простота и опредѣленность предлагаемой классификаціи также только кажущіяся. Отдѣлить имущественныя отношенія отъ неимущественныхъ—дѣло далеко не легкое, потому что почти всѣ отношенія имѣютъ и экономическое значеніе, касаются такъ или иначе и матеріальныхъ цѣнностей. Кавелинъ относитъ, какъ мы видѣли, къ гражданскому праву ученіе о денежныхъ наказаніяхъ; но вѣдь и другіе виды наказаній, хотя бы напр. ссылка можетъ также имѣть экономическое значеніе, и даже иногда преимущественно экономическое значеніе. Точно также если къ гражданскому праву относятся «государственная и общественная служ-

ба съ вознагражденіемъ» [1]) и даже воинская повинность [3]), то нѣтъ основанія, почему не отнести и ученіе о представительствѣ, которое также вѣдь имѣетъ и экономическую сторону, выражающуюся или въ получаемомъ представителями содержаніи, или, при безвозмездности функцій народнаго представителя, въ томъ расходѣ, какой онъ неизбѣжно несетъ при выполненіи своихъ функцій. Если къ гражданскому праву относится ученіе о призрѣніи бѣдныхъ, то, конечно, слѣдуетъ къ нему отнести и даровое начальное обученіе. Но, идя этимъ путемъ, мы, одно за другимъ, всѣ рѣшительно отношенія отнесемъ къ гражданскому праву.

Проектируемая Кавелинымъ система представляетъ также серьезныя неудобства для изложенія, такъ какъ неизбѣжно ведетъ къ раздѣленію того, что естественно связано между собою. Такъ напр., взысканіе податей и все остальное ученіе о налогахъ, содержаніе чиновникамъ и все остальное ученіе о государственной службѣ. Невозможно дать осмысленное изложеніе ученія о содержаніи, получаемомъ должностными лицами, внѣ связи съ общимъ ученіемъ о государственной службѣ и наоборотъ ученіе о государственной службы не можетъ быть понятно надлежащимъ образомъ, если изъ него исключить ученіе о содержаніи.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманіе и на то, что, опредѣляя гражданское право, какъ право имущественное, предлагаемая Кавелинымъ группировка не даетъ никакой положительной характеристики публичнаго права и вовсе не выясняетъ ихъ взаимнаго соотношенія.

Такія соображенія заставляютъ насъ признать систему Кавелина неудовлетворительной.

Формальная классификація, предложенная Тономъ, основываетъ различіе частныхъ и публичныхъ правъ на различіи тѣхъ послѣдствій, какія влечетъ за собой нарушеніе нормы. Если нарушеніе правъ влечетъ за собой установленіе для субъекта нарушеннаго права притязанія на возмѣщеніе причиненнаго ему ущерба—это частное право. Если, напротивъ, нарушеніе права влечетъ за собой только принятіе, извѣстныхъ мѣръ со стороны и по иниціативѣ общественной власти — это право публичное. Короче: частныя права это тѣ, которыя охраняются по иниціативѣ субъекта нарушеннаго права, публичныя — по иниціативѣ общественной власти независимо отъ желанія потерпѣвшаго.

Въ основаніе этой классификаціи положена совершенно вѣр-

[1]) Права по имуществамъ, стр. 326. [3]) Ibidem, 228.

ная мысль, что различіе частнаго и публичнаго заключается отнюдь не въ различіи тѣхъ интересовъ, которыя охраняются правомъ, а въ различіи того, *какъ* эти интересы охраняются. Дѣйствительно одинъ и тотъ же интересъ можетъ стать содержаніемъ и частнаго и публичнаго права. Такъ напр., въ старое время должности государственныя были объектомъ частнаго права и потому могли быть продаваемы. Въ современномъ—должностное лицо имѣетъ на занимаемую имъ должность только публичное право и потому не можетъ продавать своей должности. Въ этомъ примѣрѣ, слѣдовательно, одно и тоже отношеніе представляется намъ могущимъ приниматъ и частный и публично-правовой характеръ. Но нельзя согласиться съ Тономъ, чтобы различіе частнаго и публичнаго права заключалось въ различіи тѣхъ послѣдствій, какія влечетъ за собой нарушеніе права.

Во первыхъ различіе частныхъ и публичныхъ правъ проявляется не только при ихъ нарушеніи. Они различаются и не будучи нарушаемы. Такъ различны способы ихъ пріобрѣтенія. Частныя права по общему правилу—отчуждаемы, публичныя—нѣтъ.

Во-вторыхъ, нельзя сказать, чтобы только частныя права охранялись по иниціативѣ частныхъ лицъ. Существуютъ и преступленія, которыя преслѣдуются только по жалобѣ потерпѣвшаго. Тамъ же, гдѣ организована административная юстиція, право иска предоставляется частнымъ лицомъ и вообще въ случаѣ нарушенія ихъ публичныхъ правъ дѣйствіями администраціи.

Наконецъ, въ третьихъ—и это самое важное—право частнаго иска и воздѣйствіе общественной власти, какъ послѣдствія правонарушенія отнюдь не исключаютъ другъ друга, а могутъ совмѣстно сопровождать одно и тоже правонарушеніе. Напр., при кражѣ, при убійствѣ, противъ виновнаго не только вчинается уголовное преслѣдованіе, но можетъ быть также вчиненъ искъ со стороны потерпѣвшихъ частныхъ лицъ—со стороны обокраденнаго или со стороны родственниковъ убитаго. Но само собой разумѣется, что если такимъ образомъ послѣдствія и того, и другого рода могутъ наступать совмѣстно, различіе ихъ не можетъ быть основаніемъ различія частныхъ и публичныхъ правъ. Иначе пришлось бы допустить, что одно и тоже право можетъ быть и частнымъ и публичнымъ.

§ 56. Установленіе различія частнаго и публичнаго права.

Итакъ всѣ разсмотрѣнныя нами теоріи не даютъ удовлетворительнаго объясненія различія частнаго и публичнаго права. Прихо-

дится намъ самимъ подъискать объясненія этого различія. И разсмотрѣніе выставлявшихся до сего теорій даетъ намъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя указанія. Оно приводитъ къ тому убѣжденію, что нельзя искать основанія различія частнаго и публичнаго права въ различіи тѣхъ интересовъ, которыя даютъ содержаніе частно правовымъ и публично-правовымъ отношеніямъ. Основаніе различія слѣдуетъ искать въ различіи не фактическаго, бытоваго основанія этихъ отношеній, а въ различіи ихъ юридической формы. Но только нельзя это различіе сводить исключительно къ различію послѣдствій нарушенія тѣхъ и другихъ правъ. Различіе изъ представляется болѣе общимъ, проявляющимся и тогда, когда ни о какомъ нарушеніи нѣтъ и рѣчи. Надо, слѣдовательно, поискать объясненіе различія частнаго и публичнаго права въ различіи общаго характера юридической формы тѣхъ и другихъ отношеній.

Право, какъ мы видѣли, есть вообще возможность пользоваться чѣмъ-либо; эта возможность можетъ быть обезпечена лицу вообще въ двоякой формѣ. Самая простая форма — это отдѣленіе объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ; другими словами, установленіе различія моего и твоего. На такомъ различеніи моего и твоего основывается весь институтъ частной собственности, приводящій къ подѣленію опредѣленныхъ частей общаго народнаго богатства въ частное раздѣльное обладаніе. На этомъ же началѣ основывается и институтъ семьи, ограничивающій каждую отдѣльную сферу, какъ исключающую вмѣшательство сторонихъ лицъ.

Нерѣдко эта форма исключительно и принимается въ соображеніе такъ, что вопросъ о существованіи въ данномъ обществѣ права сводится къ вопросу о существованіи различія твоего и моего, а въ требованіяхъ коммунизма объ уничтоженіи частной собственности видятъ отрицаніе всякаго имущественнаго права. Но въ дѣйствительности эта, быть, можетъ простѣйшая форма не есть ни единственная, ни безусловно совершеннѣйшая, ни ко всему пригодная, ни, наконецъ, древнѣйшая. Рядомъ съ этой формой раздѣленія объекта, различенія моего и твоего, существуетъ еще другая форма — приспособленіе объекта къ осуществленію опредѣленнаго интереса.

Нетрудно убѣдиться въ невозможности одной первой формы охраны интересовъ. Существуютъ такіе объекты, которыхъ совершенно невозможно подѣлить между заинтересованными субъектами; нельзя, напримѣръ, подѣлить въ частное обладаніе части судоходной рѣки, общественной дороги, безъ того, чтобы не из-

мѣнить самаго характера этихъ объектовъ, безъ того, чтобы не сдѣлать совершенно невозможнымъ пользованіе ими, какъ путями сообщеній. Другіе объекты, хотя и могутъ быть распредѣляемы, но требуютъ сверхъ того и приспособленія. Такъ, для организаціи монетнаго обращенія недостаточно подѣлить золото и серебро между отдѣльными лицами, но надо еще приспособить ихъ для этой цѣли чеканкой и охраной отъ поддѣлокъ.

Итакъ, на ряду съ дѣленіемъ объектовъ въ частное обладаніе, на ряду съ установленіемъ различія моего и твоего, необходимо должна существовать еще другая форма, которая частью замѣняетъ первую, какъ напр., въ отношеніи къ путямъ сообщеній, частью выполняетъ ее, какъ въ отношеніи къ орудіямъ обмѣна. Эту вторую форму обезпеченія юридической возможности пользованія можно опредѣлить, какъ *приспособленіе* объекта въ противоположность его *дѣленію*, представляемаго первой формой. Такъ институтъ дорожнаго права, представляетъ приспособленіе опредѣленной части территоріи къ общему пользованію ею, какъ средствомъ сообщенія. Институтъ монетнаго права представляетъ приспособленіе металловъ къ пользованію ими, какъ орудіемъ обмѣна.

Первая форма одна недостаточна, но недостаточна также сама по себѣ и вторая форма; она не можетъ замѣнить собою первую. Конечно, возможно и не установлять частной собственности. Но если и не будетъ частной собственности—все-таки необходима охрана частнаго владѣнія. Немыслимъ такой порядокъ вещей, при которомъ за людьми не охранялось бы владѣніе находящимися въ ихъ пользованіи вещами. Если, напримѣръ, земля или предметы потребленія будутъ общей собственностью, все-таки каждый отдѣльный пользователь необходимо долженъ охраняться въ спокойномъ, ненарушаемомъ владѣніи тѣмъ участкомъ земли, или тѣми предметами потребленія и производства, которыя предоставлены ему въ пользованіе: иначе невозможно было бы и пользованіе. Поэтому, если не право собственности, то по крайней мѣрѣ охрана частнаго владѣнія безусловно необходима. Но право владѣнія, подобно собственности, основывается на подѣленіи объекта въ частное пользованіе, на установленіи различія моего и твоего. Вся разница въ томъ, что моимъ считается тутъ не то только, что мною пріобрѣтено опредѣленными въ законѣ способами, а вообще все то, что находится въ моемъ фактическомъ обладаніи.

Такимъ образомъ, обѣ эти формы обезпеченія юридической возможности равно необходимы. Онѣ не могутъ замѣнять другъ

друга. Всегда и вездѣ обѣ онѣ должны существовать, какъ двѣ необходимыя формы дѣйствія права. Поэтому съ большимъ удобствомъ можно бы было принять ихъ различіе за основаніе классификаціи правовыхъ явленій. Но совпадаетъ ли группировка, основывающаяся на такомъ различіи подѣленія объекта въ частное обладаніе и приспособленія его къ общему пользованію, съ исторически установившимся различіемъ частнаго и публичнаго права? Мнѣ кажется, что да.

Всѣ характеристическія особенности частнаго и публичнаго права вполнѣ объясняются различіемъ подѣленія объекта и его приспособленія. Наиболѣе характерныя различія частныхъ и публичныхъ правъ выражаются въ порядкѣ пріобрѣтенія тѣхъ и другихъ правъ, въ способахъ ихъ потери, въ различіи содержанія самаго права и въ соотношеніи права и обязанности. Права частныя пріобрѣтаются въ силу такого обстоятельства, которое имѣетъ индивидуальный характеръ, относится непосредственно и исключительно къ данному отдѣльному лицу и такой порядокъ пріобрѣтенія, конечно, вполнѣ необходимъ при подѣленіи объекта въ частное обладаніе: надо, чтобъ чѣмъ-нибудь опредѣлилась связь каждой отдѣльной части съ ея обладателемъ. Поэтому въ частномъ правѣ всегда строго различается правоспособность только и самое право. Правоспособность имѣютъ всѣ тѣ, кто вообще признается способнымъ получить обладаніе частью даннаго объекта. Право же имѣетъ только тотъ изъ правоспособныхъ, кто дѣйствительно получилъ въ обладаніе какую-либо опредѣленную часть. При приспособленіи объекта къ совмѣстному пользованію ничего подобнаго не можетъ быть. Такъ какъ тутъ пользуется совмѣстно цѣлая группа лицъ, то не требуется особаго акта пріобрѣтенія. Достаточно принадлежать къ группѣ, допускаемой къ пользованію извѣстнымъ образомъ приспособленнымъ объектомъ. Поэтому правоспособность и право тутъ совпадаютъ. И дѣйствительно такъ дѣло и представляется въ публичномъ правѣ. Всякій, напримѣръ, удовлетворяющій общимъ условіямъ избирательной правоспособности, имѣетъ и право голоса: для пріобрѣтенія права тутъ не требуется еще особаго, индивидуально къ данному объекту относящагося акта. Не такъ въ частномъ правѣ. Если я имѣю, напримѣръ, вексельную активную правоспособность, это не значитъ еще, что бы я и дѣйствительно имѣлъ къ кому-нибудь вексельную претензію.

Потеря публичныхъ правъ обусловливается утратой правоспособности и независимости отъ воли субъекта. Напротивъ, частныя права могутъ быть утрачиваемы и безъ измѣненія пра-

воспособности и при томъ по волѣ субъекта. Субъектъ можетъ отказаться отъ своего права, можетъ отчудить его, передать другому правоспособному по его выбору. И это также находитъ себѣ объясненіе въ указанномъ различіи подѣленія и приспособленія объекта. Право на объектъ, приспособленный къ совмѣстному пользованію цѣлой группы лицъ утрачивается только тогда, когда данное лицо перестаетъ принадлежать къ этой группѣ, и не можетъ быть переносимо на лицъ, непринадлежащихъ къ ней: у принадлежащихъ оно и такъ уже у всѣхъ имѣется; поэтому отчужденіе къ публичнымъ правамъ неприложимо.

Что касается содержанія правъ, то при подѣленіи объекта въ частное обладаніе приспособленіе его къ пользованію дѣлается уже самимъ обладателемъ по его усмотрѣнію; онъ приспособляетъ принадлежащее ему какъ и къ чему онъ хочетъ. Поэтому ему принадлежитъ въ отношеніи къ принадлежащему ему власть распоряженія. Онъ распоряжается объектомъ въ собственномъ интересѣ. Такимъ именно и представляется содержаніе частныхъ правъ: они включаютъ въ себѣ не только власть пользованія, но и власть распоряженія. Напротивъ, въ публичномъ правѣ власть распоряженія не составляетъ содержанія права; она составляетъ тамъ содержаніе обязанности. Такъ дорожная администрація имѣетъ власть распоряжаться дорогой, но это ея обязанность. Она не можетъ не пользоваться этой властью, она должна ею пользоваться и притомъ въ общемъ, а не въ своемъ частномъ интересѣ. И это опять-таки объясняется тѣмъ, что объектъ приспособляется тутъ къ совмѣстному пользованію всѣхъ проходящихъ и проѣзжающихъ по дорогѣ. Нельзя предоставить власть распоряженія каждому отдѣльно прохожему. Но, будучи предоставлена особо назначеннымъ для того должностнымъ лицамъ, она должна быть ими осуществляема въ общественномъ интересѣ.

Различіе подѣленія и приспособленія объекта обусловливаетъ и различіе въ соотношеніи права и обязанности, совершенно соотвѣтствующее различію въ этомъ отношеніи между частнымъ и публичнымъ правомъ. Когда объектъ дѣлится въ частное обладаніе отдѣльныхъ лицъ, субъектъ права всегда вполнѣ опредѣленъ. Напротивъ при приспособленіи объекта къ совмѣстному пользованію субъектами является цѣлая группа лицъ, опредѣленныхъ только общимъ родовымъ образомъ, а не индивидуально опредѣленныя личности. Но за то тутъ всегда съ точностью опредѣленъ субъектъ обязанности.

Такимъ образомъ, различіемъ подѣленія и приспособленія объекта объясняются удовлетворительнымъ образомъ всѣ особен-

ности частнаго и публичнаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ нетрудно доказать, что, основывая различіе частнаго и публичнаго на различіи подѣленія и приспособленія, мы легко можемъ объяснить существованіе частныхъ правъ и у государства. Если государству предоставляется власть надъ даннымъ объектомъ ради его приспособленія къ общему пользованію—это право публичное: таково право государства на дороги. Если же напротивъ данный объектъ предоставляется государству только для пользованія самимъ правительствомъ ради извлеченія изъ него средствъ для приспособленія другихъ объектовъ—это право частное: таково право государствъ на государственное имущество, доходы съ котораго идутъ на удовлетвореніе тѣхъ или другихъ задачъ государственнаго управленія.

Затѣмъ, если мы сводимъ различіе частнаго и публичнаго права къ различію подѣленія и приспособленія, мы получаемъ возможность объяснить возникновеніе разсмотрѣнныхъ нами классификацій: римской и русской, оказывается, что они принимаютъ въ основаніе одно изъ производныхъ второстепенныхъ особенностей частнаго и публичнаго права, коренящихся также въ различіи подѣленія и приспособленія.

Прежде всего не трудно замѣтить, что при подѣленіи объекта въ частное обладаніе отдѣльныхъ лицъ, воля этихъ лицъ получаетъ преобладающее значеніе. Какъ воспользуется каждый предоставленной въ его обладаніе частью, что онъ съ нею сдѣлаетъ, это зависитъ отъ его воли. Другіе по общему правилу не вмѣшиваются именно потому, что тутъ каждая часть предназначена стужить исключительно интересамъ своего обладателя. Совершенно иначе представляется дѣло, когда объектъ приспособляется къ извѣстному пользованію. Тутъ именно опредѣлено правомъ, *какъ* должно пользоваться объектомъ и притомъ приспособленіе совершается въ общемъ интересѣ цѣлой группы лицъ. Поэтому здѣсь уже не можетъ быть той свободы въ распоряженіи объектомъ, какъ при подѣленіи объекта въ частное обладаніе. Здѣсь, напротивъ, каждый отдѣльный пользователь поставленъ въ весьма опредѣленныя рамки, онъ ничего не можетъ измѣнить въ объектѣ по своему произволу, потому что одинаковое съ нимъ право на объектъ принадлежитъ цѣлому ряду лицъ. Поэтому первая форма дѣйствія правъ имѣетъ болѣе индивидуальный, частный характеръ, вторая — болѣе общественный. Преобладаніе въ частномъ правѣ имущественныхъ интересовъ, способность частныхъ правъ переходить въ право на цѣну объекта также объяснимо съ нашей точки зрѣнія. Когда отдѣль-

нымъ лицомъ присвоиваются отдѣльныя части объектовъ, служащихъ осуществленію людскихъ интересовъ, то очень часто оказывается несоотвѣтствіе между потребностью даннаго субъекта и принадлежащимъ ему объектомъ. Очень часто оказывается, что онъ не можетъ удовлетворить своей потребности имѣющимся у него объектомъ, что для этого ему необходимъ объектъ, находящійся въ обладаніи другаго. Единственно возможнымъ исходомъ въ такомъ случаѣ представляется мѣна своего на чужое. Поэтому мѣновая, покупная способность вещи получаетъ гораздо болѣе общее, болѣе важное значеніе, нежели другія качества вещи, пригодныя къ удовлетворенію только нѣкоторыхъ потребностей. Мѣновая же способность вещи дѣлаетъ ее способной служить всѣмъ потребностямъ безъ исключенія. А такъ какъ мѣновая способность вещи выражается ея цѣной, то и понятно, что каждое частное право всегда стремится перейти въ право на цѣну объекта

КОНЕЦЪ.

БИБЛІОТЕКА КОММУНИСТИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ