К. А. Кузнецовъ

ОЧЕРКИ ПО ТЕОРІИ ПРАВА



Доходъ съ изданія поступаетъ въ пользу Попечительства о Недостаточныхъ Студентахъ при Новороссійскомъ Университетѣ.

Дозволено военной цензурой.



236
41

Изданіе А. А. ИВАСЕНКО. Одесса 1915.

Типографія Акціонернаго Южно-Русскаго Общества Печатнаго Дѣла.
(Пушкинская ул., соб. д. № 18).

„Jura autem omnia sunt incorporalia et videri non possunt".
Bracton, De Legibus et consuetudine Angliae (I, 5, 7).

Эти немногія страницы—фрагментъ изъ лекцій по теоріи права, прочитанныхъ мною въ 1914—1915 г. въ Новороссійскомъ Университетѣ. Почему одинъ фрагментъ, почему не иной—на такой вѣроятный вопросъ отвѣчу, что здѣсь дѣло идетъ о пунктахъ, которые слишкомъ бѣгло, или же не въ свободномъ отъ возраженій видѣ, трактуются въ общепринятыхъ руководствахъ по теоріи права.

Въ конкретномъ разрѣзѣ здѣсь сдѣлана вмѣстѣ съ тѣмъ попытка подчеркнуть необходимость не игнорированія, но строгаго методологическаго выдѣленія всего „неправового"—„метаюридическаго" какъ сказалъ Еллинекъ. Внимательный читатель сумѣетъ подмѣтить, что несмотря на многочисленность отступленій и въ область соціологіи, и политическихъ принциповъ, и даже національной психологіи, «чистая» правовая точка зрѣнія съ подобными вещами въ противоестественную связь не вступаетъ.

Это одинъ изъ тѣхъ пунктовъ, на которые я постоянно обращаю вниманіе своихъ слушателей. Другой пунктъ не подчеркнутъ здѣсь столь рельефно, какъ онъ того заслуживаетъ, но все же есть намеки и на него. Подобный пунктъ заключается въ послѣдовательномъ отрицаніи категоріи «бытія» въ примѣненіи къ праву: взамѣнъ ставится столь же послѣдовательное примѣненіе категоріи «смысла». Не что такое право «есть», а что такое есть правовой способъ «осмысленія» человѣческихъ взаимозависимостей—вотъ подходъ, который я, быть можетъ, съ опасностью слиш-

комъ частаго повторенія, стараюсь дѣлать убѣдительнымъ для своихъ слушателей.

Такой подходъ не есть для нашихъ дней какое либо философское прозрѣніе, и, тѣмъ не менѣе, какъ далеко правовѣдѣніе отъ того, чтобы учесть въ своихъ предѣлахъ эти и аналогичные результаты интенсивной работы, которая направлена на выясненіе принциповъ «знанія»—въ частности соціальнаго знанія! Укажу на одинъ характерный примѣръ. Я всего менѣе отношу себя къ отрицателямъ проф. Петражицкаго: вѣдь въ этомъ «отрицаніи» не въ малой долѣ повиненъ самъ почтенный профессоръ. Повиненъ онъ именно тѣмъ, что наиболѣе спорные пункты своихъ воззрѣній дѣлаетъ ихъ центромъ, на нихъ хочетъ принимать силу критическаго удара. Такова его теорія «эмоцій», оказавшаяся въ концѣ концовъ «терминологическимъ открытіемъ». Кистяковскій и Гинцбергъ хорошо выяснили, что дѣло здѣсь идетъ объ описательной психологіи, а ею, разумѣется, люди занимались и до появленія книги проф. Петражицкаго. Не совершая революціи въ этой области, онъ бросаетъ, однако, мимоходомъ массу плодотворнѣйшихъ мыслей. Сошлюсь хотя бы на все его ученье объ „интуитивномъ правѣ“. Я не могу всего этого коснуться здѣсь подробно, но я хотѣлъ лишь сдѣлать предупрежденіе, что выбирая именно у проф. Петражицкаго примѣръ неправильнаго подхода къ правовымъ явленіямъ, я вовсе не собираюсь игнорировать многіе здоровые элементы его воззрѣній. Примѣръ, о которомъ идетъ рѣчь, заключается въ томъ, что проф. Петражицкій находитъ возможнымъ говорить о степени „интенсивности“ правовыхъ переживаній: препятствія или дразненія вызываютъ у насъ подъемъ „правового“ чувства, мы волнуемся, горячимся, у насъ энергичнѣй бьется пульсъ, учащается дыханье и т. под. Всѣ эти различныя степени „интенсивности“ суть выраженіе различныхъ status-овъ нашего „бытія“, онѣ соотвѣтствуютъ тѣмъ „реальнымъ“ перемѣнамъ, которыя происходятъ въ нашей психикѣ, въ нашей физіологической структурѣ. Но если мѣняется „интенсивность“, съ какой мы право переживаемъ, то слѣду-

етъ ли отсюда, что мѣняется и самое „право“? Конечно, проф. Петражицкій откажется отъ того, чтобы поставить „размѣръ“ нашихъ претензій къ нашему сосѣду въ зависимость отъ того обстоятельства, горячо ли, равнодушно ли мы эти претензіи поддерживаемъ. Долгъ въ 100 руб. есть долгъ въ 100 руб., какъ бы ни раздувались наши ноздри, какъ бы ни надувались жилы на лбу.

Что же отсюда слѣдуетъ? Слѣдуетъ то, что «интенсивность“, категорія извѣстнаго „оттѣнка бытія“, не можетъ быть нами перенесена въ ту область, гдѣ царитъ не „бытіе“, а „смыслъ“, съ его собственными, специфическими оттѣнками. Конечно, съ нашей экономіей въ терминахъ, мы говоримъ, что право „мѣняется“, говоримъ о правовомъ „развитіи“—какъ говоримъ о „смѣнѣ“ температуры, „развитіи“ зародыша, но все это лишь внѣшнее сближеніе, которое не должно переходить въ опасное смѣшиваніе. Право не „мѣняется“ и не «развивается»: на мѣсто одного способа «осмысленія», „расцѣнки“ человѣческихъ отношеній мы ставимъ другое «осмысленіе», другую «расцѣнку», на мѣсто одного критерія расцѣнокъ мы ставимъ другой критерій. Прежній законъ не «обращается» въ новый, этотъ послѣдній не есть результатъ „перемѣнъ“, происшедшихъ съ первымъ: онъ есть нѣчто по отношенію къ старому закону самостоятельное, какъ самостоятельно одно «значеніе», одинъ «смыслъ» къ другому «значенію», къ другому «смыслу». «Данность» права есть «данность“ извѣстнаго угла зрѣнія: заняли мы другой уголъ зрѣнія, и того прежняго угла ужъ нѣтъ, потому что онъ былъ данъ, лишь поскольку мы опредѣленнымъ образомъ на вещи смотрѣли.

Нужно ли все это юристу? Да, нужно. Нужно не только потому, что и юристъ долженъ знать пути своего знанія: непродуманность принциповъ мѣшаетъ и болѣе практической, технической юриспруденціи. Сколько напрасныхъ усилій напр. эта послѣдняя потратила на то, чтобы понять, что такое юридическое лицо «есть». Въ своемъ наивномъ заблужденіи она полагала,

что «бытіе» физическаго лица для юриспруденціи внѣ сомнѣній. Въ дѣйствительности она пыталась примѣнить категорію «предметности» по отношенію къ «юридическимъ лицамъ», не продумавши всю неправомѣрность ея примѣненья по отношенію къ «лицамъ физическимъ». Люди полагали, что правовая личность «дана» столь же «непосредственно» какъ «данъ» столъ, «данъ» человѣкъ, въ качествѣ обладателя двухъ глазъ, ушей... Лишь въ послѣднее время правовѣды нашли, что и субъективность «естественной» личности столь же «искусственна», столь же—условный способъ осмысленія людскихъ отношеній, какъ и субъективность лицъ «искусственныхъ», юридическихъ.

На этомъ я и закончу свое предисловіе: и такъ ужъ оно перешагнуло всѣ требованія пропорціональности по отношенію къ тому немногому, что далѣе слѣдуетъ.

Лишь два-три слова о литературѣ предмета. Эти страницы возникли изъ набросковъ къ лекціямъ: такой характеръ за ними и сохраненъ. Лекціи же по «теоріи права», въ первую очередь, должны давать уясненіе принциповъ правового явленія, а не сводку «мнѣній» объ этихъ принципахъ. Поэтому я и не считалъ нужнымъ удѣлять много мѣста «исторіографіи» мнѣній чужихъ или своихъ собственныхъ. «Интеллигентный читатель», какъ любятъ говорить авторы англійскихъ предисловій, сумѣетъ восполнить мысленно этотъ пробѣлъ. Онъ отмѣтитъ напр., что въ первой главѣ я очень многимъ обязанъ той «расчисткѣ», какую въ области соціологіи произвелъ Зиммель. Отмѣтитъ онъ, быть можетъ, и другіе пункты близости точекъ зрѣнья...

I.

„Par pari imperare non potest".
Azo ad Dig. IV, 8, 4.

Правовое отношеніе, какъ говорятъ учебники по энциклопедіи права, есть «жизненное» отношеніе, признанное объективнымъ правопорядкомъ. Иногда на мѣсто «жизненнаго» отношенія ставятъ терминъ «соціальнаго отношенія».

Ясное дѣло, что отсылать насъ за отвѣтомъ къ «жизни» значитъ въ сущности никакого отвѣта не давать или вѣрнѣе намекать на нѣкоторыя смутныя представленія, которыя въ каждомъ изъ насъ живутъ—представленія, для которыхъ мы не подыскали опредѣленной формулы, чувствованія, не вылившіяся въ законченныя понятія. Когда начинаютъ говорить о «соціальномъ» отношеніи, то здѣсь совершается извѣстное выдѣленіе изъ «жизни»: имѣютъ въ виду отношенія между людьми. Очевидно, что для того, чтобы люди такъ или иначе относились другъ къ другу, нужно, чтобы между ними было общеніе, хотя вовсе не необходимо, чтобы это общеніе носило непосредственный характеръ, вовсе не необходимо «личное» общеніе. Если каждый изъ насъ можетъ составлять исходный пунктъ соціальнаго отношенія, то его заключительнымъ пунктомъ можетъ стать любое число «подобныхъ намъ» — «n+1» человѣческихъ личностей. Въ такомъ смыслѣ понятіе «служенія человѣчеству», «общечеловѣческой солидарности» полны специфическаго значенія: мы ставимъ здѣсь свою волю въ опредѣленное отношеніе къ безконечной суммѣ намъ подобныхъ единицъ. Наличіе

конкретности въ тѣхъ лицахъ, къ которымъ мы «относимъ» себя, ничуть не отражается на основномъ фактѣ, именно на томъ, что мы мыслимъ свое бытіе не изолированнымъ, а какъ бы вошедшимъ въ качествѣ одного изъ звеній въ общій планъ соціальнаго цѣлаго.

Именно «планъ», а не «соціальный организмъ». «Соціальнаго» въ насъ лишь то, что мы можемъ быть взяты какъ нѣчто, подчиняющееся опредѣленному «располаганію» относительно другъ друга, а не то, что мы часть нѣкой «сущности», нѣкотораго «высшаго существа», въ которое мы входимъ въ качествѣ атома, не имѣющаго самостоятельнаго бытія. Соціальный планъ, соціальное «располаганье» человѣческихъ единицъ можетъ являться результатомъ нашей собственной иниціативы, нашей собственной расцѣнки нашей позиціи относительно другихъ людей, или же мы можемъ подчиняться расцѣнкѣ, критерій которой внѣ насъ: въ области ли права, религіознаго откровенія и т. п. Этотъ планъ можетъ охватывать все человѣчество, а можетъ и суживаться до небольшой группы лицъ, бытіе коихъ мы тѣсно сплетаемъ со своимъ бытіемъ. Но «соціологизированье» нашего бытія по существу остается однохарактернымъ въ томъ и въ другомъ случаѣ. Конечно, безъ конца варіироваться способны характеръ и интенсивность этого отнесенія себя къ другимъ лицамъ. Мы можемъ отдавать цѣликомъ свое бытіе на служеніе той или иной группѣ лицъ или можемъ полагать этому «отдаванію» опредѣленный предѣлъ; мы можемъ поступать такъ исключительно въ силу добровольныхъ мотивовъ или подъ диктовку всевозможной недобровольной мотиваціи. Повсюду исходный пунктъ одинаковъ: мы мыслимъ себя, свое бытіе такъ или иначе соотносящимся къ бытію другихъ людей.

Въ такомъ случаѣ соціальная связь есть нѣчто «мыслимое»? И задача соціологіи, слѣдовательно, сводится къ констатированію разнообразнѣйшихъ формъ этихъ «мыслимыхъ» связей, ихъ дифференцированія и синтезированія, борьбы и перекрещиванья? Поскольку на эти вопросы мы отвѣтимъ утвердительно, постольку

мы тѣмъ самымъ подчеркнемъ, что соціологіи какъ и правовѣдѣнію приходится имѣть дѣло не съ явленіями бытія, а съ явленіями смысла. Такъ оно и есть: разница лишь въ томъ, что соціологъ констатируетъ «фактъ» наличія тѣхъ разнообразныхъ мыслимыхъ плановъ, съ помощью которыхъ люди опредѣляютъ свою позицію относительно другихъ людей, а правовѣдъ эти планы подвергаетъ «оцѣнкѣ» путемъ сравненія ихъ съ тѣмъ «мыслимымъ» планомъ, который онъ признаетъ планомъ «должнымъ». Разница въ подходѣ не исключаетъ общности матеріала, надъ которымъ оперируютъ и соціологъ, и правовѣдъ. И этотъ матеріалъ есть «смыслъ», который наполняетъ собою человѣческія взаимоотношенія. Именно на игнорированіи или же на неотчетливости въ пониманіи этого исходнаго пункта покоились и до извѣстной степени все еще покоятся поиски того, что такое общество «есть».

Подобные поиски достигли своего наибольшаго напряженія въ теоріи «соціальныхъ организмовъ», гдѣ проблема бытія общества разрѣшалась съ помощью смѣлыхъ аналогій съ «организмомъ», взятымъ въ естественно-научномъ смыслѣ. Но все равно какъ «организмъ», живущій и размножающійся, не есть еще «личность», бытіе, взятое въ совсѣмъ иномъ разрѣзѣ, нежели біологическомъ, такъ точно и «организмъ соціальный», даже если бы онъ имѣлся въ наличіи, не способенъ намъ изъ своей «органичности» объяснить свою «соціальность». Вѣдь не физіологическое же его качество имѣется здѣсь въ виду? Теорія соціальныхъ организмовъ можетъ быть безвозвратно оставлена, но это еще не означаетъ, чтобы прекратилось стремленье опредѣлить бытіе общества какъ «факта».

Даже столь невинное на взглядъ и ничего какъ будто не говорящее опредѣленіе общества какъ «совокупности» человѣческихъ личностей—въ сущности глубоко невѣрно. Невѣрно потому, что оно хочетъ брать общество какъ нѣкоторую «массу», какъ нѣкоторое «бытіе», «данное» въ томъ же смыслѣ, въ какомъ «даны» массы другихъ предметностей. И пусть

тѣ, кто говоритъ объ обществѣ какъ «совокупности» человѣческихъ личностей не ссылаются на то, что они не собираются общество смѣшивать съ кучей бревенъ. Они все же смѣшиваютъ, поскольку рѣшаются говорить о совокупности «личностей»: одну личность такъ же мало можно ставить въ нѣкоторую совокупность съ другой личностью, какъ одну мысль «прибавлять» къ другой «мысли». Личность есть именно носительница смысла, смысловъ, и если люди намъ говорятъ объ обществѣ какъ о «совокупности» личностей, то этимъ они обнаруживаютъ тенденцію брать общество подобно другому какому нибудь «совокупному» или «коллективному» «бытію». Тогда почему же не бревна вмѣсто человѣческихъ личностей? Разрѣзъ мысли, въ концѣ концовъ, одинъ и тотъ же. Онъ и лежитъ въ основѣ той отрасли знанія, которая именуетъ себя статистикой «соціальныхъ явленій»· послѣдняя выводитъ среднія цифры рожденій, смертей, браковъ, писемъ, опущенныхъ безъ адреса, и т. под. болѣе или менѣе поучительныхъ вещей. Здѣсь человѣческая личность— берется именно какъ слагаемое извѣстной суммы, и, по существу, нѣтъ никакой разницы между тѣмъ, чтобы вычислить среднюю смертность «чернолѣсья», или какого-нибудь «чернокожаго племени». Квалификація «соціальности» здѣсь является не показателемъ того, что люди обѣщаютъ намъ объяснить природу «общественныхъ явленій», а того, что результаты исчисленій, «выведеній среднихъ» относятъ не къ одной человѣческой личности, а ко «многимъ», къ той «отдѣльной» человѣческой личности, которая наиболѣе «обычно» встрѣчается въ предѣлахъ извѣстной общественной группы.

Не замѣчая «основной неправильности» опредѣленія общества какъ „совокупности человѣческихъ личностей“, люди, однако, готовы сознаться въ «недостаточности» подобнаго опредѣленія. Намъ говорятъ, что «общество есть совокупность человѣческихъ личностей», вступающихъ между собою въ рядъ «соціальныхъ взаимодѣйствій». Ученье объ обществѣ есть т. о.

ученье о «соціальной психологіи» *). Разумѣется, этимъ не хотятъ сказать, что «индивидуальные» психологическіе процессы замѣняются нѣкими иными «соціальными» процессами: вѣдь и гипнотизеръ можетъ добиться атрофіи чужой воли, но не можетъ свою волю «вложить» въ психику гипнотизируемаго: въ такомъ способѣ выражаться всегда долженъ быть подчеркнутъ смыслъ фигуральности. Поэтому, когда говорятъ о соціальной психологіи, то на дѣлѣ имѣютъ въ виду не столько своеобразные «соціально-психическіе» процессы, сколько «соціальное содержаніе» индивидуальныхъ психическихъ процессовъ. Весь вопросъ въ томъ именно и заключается, чтобы опредѣлить, какое же содержаніе нашей психики, нашего «я»—«соціально»? То, которое мы «получили» отъ другихъ людей, въ противоположность тому, что создали собственными усиліями? Но въ такомъ случаѣ вопросъ бы шелъ не столько о томъ, что относится, сколько о томъ, что не относится къ «соціальнымъ» элементамъ нашего «я». Гдѣ границы того, чѣмъ мы считаемъ себя обязанными общенію съ другими людьми? Съ этой точки зрѣнія «все» можно было бы назвать «соціальнымъ» содержаніемъ «я», если только это «все» дано со стороны. Но, съ другой стороны, если поставить вопросъ не «фактически», т. е., если отвлечься гипотетически отъ того «факта», что многое въ нашемъ сознаніи не наше, то почему не «представить» это многое продуктомъ исключительно личнаго творчества? То, что далъ одинъ человѣкъ, могъ бы дать и другой «на его мѣстѣ»? «Все» въ нашемъ сознаніи можемъ быть фактически «соціальнымъ», т. е. даннымъ со стороны, но и это же «все» гипотетически можетъ быть создано «каждымъ изъ насъ». Въ первомъ случаѣ «все»—соціально, во второмъ—«ничего».

---

*) Ср. по этому поводу статью С. Франка «Сущность соціологіи» (Русская Мысль, Сентябрь 1910, а также въ сборникѣ «Философія и Жизнь»). Авторъ приходитъ къ выводу, что соціологія и есть соціальная психологія. Онъ ссылается при этомъ на Тарда (Tarde) и на Больдвина (Baldwin).

Мы чувствуемъ себя зашедшими въ какой то безплодный тупикъ, потерявшими специфичность въ понятіи «соціальнаго явленія», если оно оказывается «всѣмъ», или же чувствуемъ себя потерявшими самое понятіе «соціальнаго явленія», если оно оказывается «ничѣмъ».

Гдѣ же выходъ? Думается, что правильный подходъ къ «соціальному» содержанію индивидуальнаго сознанія уже намѣченъ выше. Дѣло не во вліяніи людей другъ на друга, не въ законахъ «подражанья»—вѣдь есть и животныя, способныя на подражанье: я самъ знаю фоксъ-терьера, который научился у кошки умываться лапкой. Что изъ того, что на улицѣ на каждомъ шагу встрѣчаются субъекты, одѣтые «будто по формѣ»! Дѣло въ нѣкоторомъ спеціальномъ «смыслѣ», который объясняетъ эту стереотипность костюма. «Подражательность» лишь тогда въ нашихъ глазахъ становится «соціальнымъ явленіемъ», если мы принимаемъ во вниманіе, что за нею стоитъ особая «расцѣнка» позиціи отдѣльной личности по отношенію къ прочимъ: «я» подражаю, потому что не хочу быть «хуже другихъ». Иными словами я мыслю себя, отношу себя къ другимъ людямъ, хочу относительно нихъ занимать опредѣленное мѣсто—это мѣсто не должно быть ниже, нежели у людей того круга, къ которому я себя «причисляю». Подобное «причисленіе» въ его безконечныхъ подвидахъ, напряженностяхъ, перекрещиваніяхъ и есть предметъ соціологіи Здѣсь мы и нащупываемъ особый «смыслъ», себѣ довлѣющій: онъ и составляетъ предметъ соціологіи, составляетъ «соціальное явленіе».

Гдѣ же, однако, соціальное отношеніе, съ поисковъ котораго мы начали? Выводъ ясенъ: въ дѣйствительности дѣло идетъ не о соціальномъ «отношеніи», а о соціальномъ «отнесеніи», не о нѣкой данности, сущность которой мы бы напрасно пытались уловить, а о нѣкомъ смыслѣ — смыслѣ позиціи, которую человѣческая единица занимаетъ относительно иныхъ, подобныхъ ей человѣческихъ единицъ. Наше соціальное бытіе вытекаетъ не изъ того, что мы — политическое или общественное животное, а изъ того, что, оставаясь

«индивидуальнымъ животнымъ», мы въ то же время не «изолированное животное», т. е., что свое бытіе мы «согласуемъ» съ бытіемъ болѣе или менѣе опредѣленной массы намъ подобныхъ, человѣческихъ единицъ. Способовъ этого «согласованія» можетъ быть множество, а соціологія пытается это «множество» сводить къ извѣстной ограниченности, къ суммѣ основныхъ типовъ.

Человѣческія личности могутъ согласоваться по началу «уравниванія». Мы мыслимъ себя стоящими на одной линіи въ ряду намъ подобныхъ. Въ силу чего? Отвѣтовъ можетъ быть не мало: вмѣстѣ со стоиками мы отвѣтимъ, что каждый изъ насъ есть носитель тождественнаго себѣ «λόγος»-а, разума; вмѣстѣ съ Кантомъ мы можемъ это равенство открыть въ присутствіи въ каждомъ изъ насъ категорическаго императива, безусловнаго нравственнаго велѣнія; наконецъ мы можемъ опираться на смутное чувство «близости», «подобія себѣ»—чувство, которое даже институтъ рабства не въ состояніи заглушить до конца. Каковы бы однако, ни были предпосылки, на основаніи которыхъ мы приходимъ къ идеѣ равенства, соціологическій смыслъ ея тождественъ: свое индивидуальное бытіе мы ставимъ, полагаемъ рядомъ съ бытіемъ другихъ человѣческихъ единицъ. Мы не хотимъ, чтобы наше бытіе тяготѣло надъ бытіемъ тѣхъ, кто около насъ, равно какъ и не хотимъ, чтобы чужое бытіе становилось поверхъ нашего, подчиняло бы его себѣ. Мы можемъ, однако, два равныхъ бытія мыслить соподчиненными одному общему подчиняющему началу. Это и есть конечная соціологическая основа правовой квалификаціи явленій: равнаго намъ мы подчиняемъ не себѣ, а тому третьему элементу, который сокращенно можетъ быть обозначенъ какъ «право». Равенство въ соподчиненіи не влечетъ здѣсь взаимнаго подчиненія.

Это соціологическое свойство правовыхъ явленій, признающихъ соотношеніе лицъ на началѣ равенства, по своему правильно, исходя изъ физіологическаго тождества, выразили аѳиняне, когда ихъ послы заявляли жителямъ Мелоса, что право «существуетъ только между

равными по силѣ» (Θукидидъ V, 85, цит. у Бузескула, Античность и современность, 1914, стр. 49—50) — между соціологически, сказали бы мы, равновѣсомыми единицами. Масштабъ для этой развѣски можетъ, конечно, безъ конца мѣняться, но тамъ, гдѣ нѣтъ предварительнаго уравниванія, нѣтъ и права, нѣтъ правового соотношенія. Мы остановились на правѣ, но, разумѣется, есть и другія явленія, гдѣ процессъ «соціальнаго отнесенія» покоится на «уравниваніи», «уподобленіи» себя «равнымъ себѣ». Возьмите «дружбу» въ ея соціологическомъ значеніи. Стоики, въ частности Цицеронъ, старательно отмѣчали, что о дружбѣ можно говорить лишь въ томъ случаѣ, если во взаимоотношеніяхъ тѣхъ, кто называетъ себя друзьями, отсутствуютъ соображенія пользы. (De Amicitia, VIII 27): «Quapropter a natura mihi videtur potius, quam ab indigentia, orta amicitia, applicatione magis animi cum quodam sensu amandi, quam cogitatione quantum illa res utilitatis esset habitura», — «въ основѣ происхожденія дружбы лежитъ естественное начало, а не потребность въ поддержкѣ: здѣсь на лицо скорѣе нѣкое душевное тяготѣнье, связанное съ чувствомъ любви, нежели соображенье о томъ, какая польза проистечетъ изъ дружеской связи». Тамъ, гдѣ «соображенія пользы», тамъ ужъ и нѣтъ дружбы въ ея идеальномъ и соціологическомъ значеніи: польза влечетъ за собою зависимость въ тѣхъ или иныхъ видахъ, а если идеальная сторона дружбы заключается въ сліяніи душъ, въ созданіи атмосферы внутренняго единенія, то соціологическій ея аспектъ выражается въ полномъ уравниваніи, отождествленіи себя съ тѣмъ, съ кѣмъ это единеніе возможно. Тотъ же Цицеронъ хорошо подмѣтилъ подобное свойство дружескихъ «отнесеній»: (op. cit. VII, 23) «verum enim amicum qui intuetur, tanquam exemplar aliquod intuetur sui» — «тотъ кто лицезритъ вѣрнаго друга, лицезритъ какъ бы подобіе самого себя». Иными словами соціологія дружбы протекаетъ подъ знакомъ взаимнаго уравниванія.

Разумѣется, процессъ соціологическаго уравниванія весьма варіируется по его интенсивности и экстен-

сивности. Мы можемъ уподоблять себя другимъ человѣческимъ единицамъ въ извѣстномъ лишь отношеніи, выдѣляя себя въ другомъ. Подобное нахожденіе по сосѣдству двухъ началъ: соціальнаго равенства и соціальнаго неравенства не можетъ, однако, непримѣтнымъ образомъ не вліять другъ на друга, производя своеобразныя, непредусмотрѣнныя исторіей послѣдствія. Примѣромъ пусть послужитъ идея равенства людей «въ Богѣ». Одинъ современный изслѣдователь соціологіи религіозныхъ явленій—Troeltsch—хорошо выразилъ соціологическое значеніе христіанства, указавши на то, что Христосъ всѣхъ людей поставилъ на «равное» разстояніе отъ Бога («Alle sind gleich in dem Abstand vom Gott» p. 62, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, 1912). При всѣхъ позднѣйшихъ оговоркахъ христіанская церковь не отказалась отъ этого столпа Христова вѣроученья. Конечно, и Зевсъ есть отецъ «боговъ и людей», но это «отцовство» божества подчеркиваетъ скорѣе зависимость всѣхъ и всего отъ верховнаго правителя, «исхожденіе» міра отъ высшаго начала, нежели элементъ «равноцѣнности» каждой міровой единицы въ глазахъ Бога. Всѣ люди зависятъ отъ Бога - это, конечно, знаетъ и Христосъ: вѣдь безъ Бога не упадетъ ни одинъ волосъ съ нашей головы, но ударенье у Христа лежитъ не здѣсь, какъ у грековъ, а въ томъ что всѣ люди равно Богу дороги, а слѣдовательно и равно близки. Естественный отсюда выводъ религіозной соціологіи это неправомѣрность какой бы то ни было іерархической градаціи въ отношеніяхъ къ Богу, и исторія церкви, какъ учрежденія, призваннаго дѣйствовать въ «несовершенныхъ» условіяхъ земной жизни, знаетъ рѣдкіе моменты внутренняго успокоенія: въ ней всегда есть элементы, которые хотятъ истинѣ вѣроученья о равенствѣ въ Богѣ придать значеніе истины церковно-организаціонной. Такія движенья какъ кальвинизмъ съ его тягой къ «первобытному христіанству», къ демократизаціи церковной общины есть лишь наиболѣе яркая вспышка этихъ, никогда не потухавшихъ до конца стремленій.

Какъ разъ именно примѣръ кальвинизма для насъ интересенъ въ томъ отношеніи, что на немъ мы убѣждаемся въ способности одного какого либо соціологическаго масштаба вліять заразительно на другой. Равенство въ Богѣ всегда заставляло быть на сторожѣ неравенство церковно-организаціонное, а заодно и неравенство политико-экономическое. Образъ короля, идущаго въ Каноссу на покаяніе, «равно» платящаго за грѣхъ передъ Богомъ, не можетъ не дѣйствовать соблазнительно на умы «подданныхъ»: нѣтъ ли равенства и въ «земной» отвѣтственности? Болѣе того, если люди равны другъ другу передъ престоломъ Всевышняго, то нѣтъ ли покушенія на божественную мудрость, если люди оказываются неравными въ государственныхъ дѣлахъ? Религіозный соціологическій масштабъ, равенство передъ Богомъ, если не даетъ б. м. непосредственнаго толчка, то все же оказываетъ существенную поддержку соціологическому масштабу въ области политики: равенство передъ Богомъ, не требуетъ ли оно равенства передъ государствомъ?

Приведенные примѣры были взяты изъ области соціологіи «уравниванія». И слѣдуетъ еще разъ отмѣтить, что въ основѣ правовой соціологіи лежитъ именно эта соціологія, а не соціологія «подчиненія», какъ казалось бы на первый взглядъ. Когда мы «относимъ» себя къ другимъ человѣческимъ единицамъ и, наоборотъ, другія человѣческія единицы къ себѣ по масштабу правовой взаимообусловленности, то это значитъ, что подобная взаимообусловленность есть результатъ не нашей «власти» надъ другими лицами или же другихъ лицъ надъ нами, а результатъ дѣйствія нѣкотораго третьяго элемента: лишь этотъ послѣдній привелъ въ извѣстную связь лица, принципіально несвязанныя, независимыя, а слѣд. въ итогѣ и «равныя». Подобный третій элементъ можетъ выступать въ качествѣ ли «договора», — «jus inter partes» или въ качествѣ «jus supra partes», въ качествѣ «закона, обычая». Поскольку мы подчиняемся договорнымъ опредѣленіямъ, мы подчеркиваемъ наличность подчиненности не въ отно-

шеніяхъ другъ къ другу, а къ нѣкоей организаціи надъ нами, служащей источникомъ обязательности договоровъ. Если представить себѣ реализованнымъ идеалъ анархическаго порядка, выводящаго право исключительно изъ соглашенія сторонъ, то здѣсь ячейкой организаціи, стоящей надъ контрагентами, и будутъ сами контрагенты, но только не индивидуально, а коллективнымъ образомъ. Нѣтъ, однако, принципіальной разницы въ соціологическомъ смыслѣ между подобной эмбріональной формой организаціи, подчиняющей себѣ отдѣльныя единицы, и самой развитой—вплоть до современной, государственной. Соціологическое тождество и тамъ, и здѣсь выражается въ томъ фактѣ, что масштабомъ берется не принципъ равенства, не-подчиненности, а наоборотъ не-равенства, подчиненности. И если мы сказали, что основа правовой соціологіи базируется на взаимномъ «уравненіи», то естественно, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о чемъ то другомъ, нежели о явленіи специфически «правовомъ». И дѣйствительно, правовое отношеніе, «отнесеніе» людей другъ къ другу въ правовомъ масштабѣ, не имѣетъ мѣста тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ отношеніяхъ «властныхъ», отношеніяхъ по «власти». Насъ смущаютъ такія понятія какъ «правомѣрная власть», «властвованіе на основахъ права». Зависимость правомѣрная, «должная» все же есть, однако, зависимость. Зависимость раба оть господина можетъ, какъ и зависимость гражданина отъ государства, мыслиться какъ нѣчто «правомѣрное», и тотъ, кто читалъ Аристотеля знаетъ, что — не безъ нѣкоторыхъ оговорокъ и недомолвокъ—власть господина дѣйствительно мыслилась какъ власть правомѣрная. Слѣдуетъ ли, однако, отсюда, что отношенія между господиномъ и между рабомъ мыслились какъ отношенія «правовыя»? *) Насъ

*) «Cum servo nulla actio est»—говоритъ намъ Гай (Dig. L, 17,107). Когда онъ пытается обосновать мѣропріятія противъ жестокаго обращенія съ рабами, то его аргументація такова: «male enim nostro jure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio» (Inst. 1,53)

не должны смущать подобныя параллели: наши основанія «подчиненія» властвующей организаціи совершенно, разумѣется, иныя, нежели въ тѣ дни, когда родъ людской дѣлили на естественно властвующихъ и естественно повинующихся. Но при всемъ «идейномъ» различіи «соціологическая» суть власти не можетъ не быть въ основѣ тождественной. Какія бы культурныя формы ни принимало властвованіе современнаго государства надъ его гражданами, въ какія бы гуманныя формы ни выливалось властвованіе современнаго отца надъ тѣми, кто въ его «manus»-ѣ, соціологическій базисъ, съ его неустранимостью, все тотъ же: одна воля, единичная, или коллективно сорганизованная, опредѣляетъ другую волю. Пусть наше подчиненіе «условно», пусть мы готовы на него соглашаться лишь при наличіи «внутренняго авторитета» у того, кому мы подчиняемся. Для соціолога важенъ, однако, основной фактъ: мы «относимъ» себя къ чему то, внѣ насъ стоящему, не по масштабу «уравненія», а по масштабу «градаціи», расположенія по тѣмъ или инымъ ступенямъ неравенства. И этотъ основной фактъ не можетъ быть понятъ въ правовыхъ категоріяхъ.

Именно на его игнорированіи покоятся безконечныя попытки правовѣдѣнія самый «базисъ» взаимоотношеній государства и гражданина вывести изъ права, сдѣлать «правовымъ» фактъ подчиненія одного элемента другому. Создаются теоріи, вродѣ той, которая хочетъ сущность «правового» отношенія между государствомъ и гражданиномъ видѣть въ возможности «односторонняго волеизъявленія» со стороны перваго по адресу второго. Но вѣдь подобная терминологія есть лишь фиговый листокъ, за которымъ при внимательномъ анализѣ не можетъ не обнаружиться изначальная нагота власти—въ какихъ бы сложныхъ, утонченныхъ формахъ она ни выступала. «Одностороннее» волеизъявленіе, одностороннее обязываніе не есть правовая категорія именно потому, что оно служитъ выраженіемъ «зависимости» одной стороны отъ другой. «Право можетъ быть только между равными по силѣ».

Этой «соціологической» истины не выкинешь и изъ современнаго обихода. И у «правового государства» нашихъ дней есть элементъ «imperium»-а. Онъ практически необходимъ, и нѣтъ, думается, какой либо надобности подвергать его маскировкѣ. Вѣдь этимъ дается лишь пища схоластическому уклону юридическаго мышленія. И критика проф. Петражицкаго по адресу тѣхъ, кто право выводитъ изъ государства, чтобы тотчасъ же вывести государство изъ права, вполнѣ заслужена.

Въ послѣднее время, впрочемъ, въ юридической литературѣ замѣчается стремленіе выйти изъ подобнаго заколдованнаго круга. Я разумѣю напримѣръ книгу голландскаго юриста H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, 1905. Здѣсь дѣлается попытка право, правовую норму вообще «ни откуда» не выводить. Свою точку зрѣнія Краббе опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ: согласно ученію о «суверенитетѣ права» существуетъ «лишь одинъ, изначальный, естественный, на себя опирающійся, самостоятельно значущій авторитетъ и это есть авторитетъ права», (p. 31) «По отношенію къ подобному, всѣхъ и вся подчиняющему авторитету, государство въ такомъ же положеніи какъ и остальныя лица» (ibid.). Сказать все это значитъ въ сущности воспроизвести хотя бы древне-греческую точку зрѣнія на право. Для древняго грека право дѣйствуетъ помимо человѣческой и, если угодно, и божественной воли: оно столь же изначально и извѣчно въ его дѣйствіи какъ космосъ, одинъ изъ принциповъ котораго законы человѣческіе и составляютъ. Какъ, однако, быть съ «фактомъ» измѣненія, порой насильственнаго, нѣкоторыхъ изъ этихъ законовъ, замѣны ихъ другими? Здѣсь то и возникаетъ та двойственность въ пониманіи права, которая, будучи осознана софистами, перейдетъ въ болѣе позднюю теорію: черезъ греческихъ стоиковъ въ творенія стоиковъ римскихъ, къ цивилистамъ, отцамъ церкви... Кто рѣшится говорить о «послѣднемъ» звеніи этого двойственнаго пониманія правовой нормы—особенно въ наши дни возобновленія интереса къ идеѣ естественнаго права? Но въ томъ то и заключается отличіе

людей, продумывающихъ до конца свое отношеніе къ естественному праву, отъ «скрытыхъ» его послѣдователей какъ Краббе, что у первыхъ идея естественнаго права есть результатъ той или иной формы ея обоснованія, въ то время какъ у вторыхъ она виситъ на воздухѣ. Если рядъ извѣстныхъ нормъ имѣютъ на насъ свое притязаніе, то слѣд. въ наличіи должно быть состояніе нашей зависимости, подчиненности нѣкому источнику этихъ нормъ. Теорія Краббе есть теорія естественнаго права—но только безъ анализа его источника. А какъ только мы заговоримъ объ источникѣ правовыхъ нормъ, позитивныхъ или естественныхъ, мы не можемъ обойтись безъ анализа соціологіи взаимоотношеній по поводу права.

Когда древній грекъ обосновывалъ свое право, значущее «*φύσει*» (по природѣ) въ противоположность тому, которое значитъ «*θέσει*».(по установленію),то онъ мыслилъ человѣческое общество, какъ часть космическаго порядка. Критеріемъ принадлежности къ нему можетъ быть начало «животности»: отголосокъ этого пониманія мы встрѣчаемъ въ извѣстномъ изрѣченіи Ульпіана, у котораго естественное право есть то, «quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est» (Dig. I, 1,1), право, «которому природа научила всѣ живыя существа: вѣдь оно свойственно не только роду человѣческому, но и всѣмъ земнороднымъ животнымъ, обитателямъ морей и воздуха». Уже у Гезіода, однако, мы наталкиваемся на отрицаніе такого широкаго пониманія предѣловъ господства «справедливости»: эта послѣдняя, въ глазахъ поэта, есть исключительно достояніе рода «человѣческаго», на долю же міра «животнаго» выпадаетъ «взаимное пожираніе» (Труды и Дни, 276 и слѣд.). Точка зрѣнія стоиковъ, съ ихъ подчеркиваніемъ «разумности» человѣческой природы, подобному исключенію міра животнаго изъ подчиненія законамъ справедливости сообщила принципіальное обоснованіе. Плутархъ цитируетъ слова стоиковъ о томъ, что

«οὐδὲν γὰρ ἡμῖν πρὸς τὰ ἄλογα δίκαιόν ἐστι» (Arnim, Stoic. vet. fragm. III, 91): «по отношенію къ неразумнымъ существамъ съ нашей стороны никакой справедливости спрашивать нельзя». Цицеронъ въ своемъ «Высшемъ благѣ» (III, 26), сославшись на стоика Хрисиппа, повторяетъ дословно ту же мысль. Въ основу «справедливости», кладется т. о. идея «человѣчности». Человѣческая личность мыслится какъ часть нѣкотораго широкаго общенія, которое, снося искусственныя, «установленныя», преграды въ видѣ «малыхъ градовъ», растворяетъ всѣхъ людей въ рамкахъ всеобъемлющаго града, «большого града»—по терминологіи стоиковъ. Естественное право выводится т. о. изъ нѣкотораго подобія «полиса», политическаго цѣлаго, съ той только разницей, что принадлежность къ нему основывается не на выполненіи опредѣленныхъ условій гражданственности («законъ сдѣлалъ изъ насъ то, что мы есть»—доказываетъ Сократъ въ «Критонѣ»), а на естественныхъ, врожденныхъ качествахъ «человѣка», т. е. на его разумной природѣ. У стоиковъ, до конца не сбросившихъ съ себя традиціонныхъ пріемовъ мышленія, понятіе «общенія», съ которымъ связывается наличіе суммы «естественныхъ правъ», подчиняющихъ насъ себѣ, носитъ еще характеръ «политическаго», quasi государственнаго общенія. Поэтому и соціологизированье здѣсь совершается такъ, какъ если бы на мѣстѣ« большого града» стоялъ «градъ малый».—Мы остановились на ученьѣ стоиковъ о естественномъ правѣ, чтобы на этомъ примѣрѣ иллюстрировать, что и въ основу естественной справедливости полагается извѣстное состоніе зависимости человѣческой воли отъ нѣкой иной воли, въ данномъ конкретномъ случаѣ—воли общежитія, критерій котораго—объединеніе рода людского по признаку «человѣчности»,—«гуманности», какъ говорили римскіе стоики. Болѣе скрытую форму принимаетъ это состояніе соціальной обусловленности въ томъ естественномъ правѣ, которое исходнымъ пунктомъ беретъ отдѣльную человѣческую личность. На мѣстѣ политическаго или quasi-политическаго общежитія,

подчиняющаго себѣ человѣческую личность и диктующаго ей свои нормы возвышается, нѣкоторое «моральное» единеніе, союзъ морально равноцѣнныхъ человѣческихъ личностей. Отдѣльная личность—интерпретаторъ нормъ, опредѣляющихъ отношенія членовъ этого единенія, но «общеобязательность» ихъ выводится изъ того состоянія зависимости, «принадлежности», въ какомъ каждый индивидуумъ стоитъ по отношенію къ моральному космосу. Постулаты нашего «я» именно въ томъ смыслѣ «общеобязательны», что они не результатъ нашихъ субъективныхъ хотѣній, личнаго произвола, а слѣдствіе нашего подчиненія нѣкому моральному началу, общему всѣмъ человѣческимъ личностямъ и тѣмъ самымъ объединяющимъ ихъ въ нѣкое незримое общеніе *.)

Было бы крайне поучительной задачей прослѣдить детально эту варіирующуюся въ исторіи «соціологію» естественнаго права. Для насъ достаточно, однако, приведенныхъ примѣровъ **). Ихъ задача—иллюстрировать неизбѣжность извѣстнаго соотношенія «властованія», подчиненія одной воли другой волѣ для того,

---

*) Подобное объединеніе людей въ сумму «подобныхъ» другъ другу величинъ создаетъ иллюзію, что рѣшена проблема морали «въ соціальномъ разрѣзѣ» Но «формальное» тождество моральнаго начала не должно отъ насъ скрывать различія въ «содержаніи» его велѣній у отдѣльныхъ лицъ. А поэтому и принципъ «уподобленія» здѣсь не можетъ быть проведенъ безъ опасности «скрытой аморальности» Обо всемъ этомъ говорится въ послѣдней главѣ моего этюда.

**) Интересный матеріалъ въ этомъ отношеніи представляютъ собою новѣйшія попытки выводить идею права изъ понятія «общественной солидарности», какъ, напр., у Дюги. Послѣдній въ своемъ «Traité de droit constitutionnel, 1911, говоритъ, что «существуетъ и можетъ существовать лишь одно правовое велѣніе: содѣйствовать общественной солидарности» (vol. 1, p. 62). Это, конечно, и есть идея естественнаго права «pure and simple», какъ сказали бы англичане. Ея общеобязательность обосновывается путемъ утвержденія зависимости части отъ цѣлаго по принципу жизненной необходимости. Въ результатѣ, Дюги, этотъ мнимый революціонеръ въ области правовѣдѣнія, есть на дѣлѣ продолжатель естественно-правовой доктрины съ оттѣнкомъ утилитаризма.

чтобы обосновать «общеобязательность», «авторитетъ» права—позитивнаго ли, естественнаго ли. Поскольку Краббе съ своимъ ученіемъ о «суверенитетѣ права» безъ этого обоснованія думаетъ обойтись, постольку его попытка правовѣдѣнія впередъ не подвинетъ.

II.

„Majus imperio est submittere legibus principatum".
Codex, I, 14,4.

Право выводить изъ права, какъ дѣлаютъ другіе юристы, или ни откуда его не выводить, какъ дѣлаетъ Краббе, — въ научномъ отношеніи одинаково непродуктивно. Однако, эта научная непродуктивность вовсе ни есть доказательство неталантливости силъ, трудящихся надъ данной проблемой. Дѣло въ томъ, что часто здѣсь за «теоретической» внѣшностью скрывается практическая подкладка: инстинктивная боязнь, какъ бы утвержденіемъ нѣкой «соціологической зависимости» части отъ цѣлаго, индивидуума отъ государства—зависимости, не подлежащей правовой квалификаціи, не былъ подорванъ «правовой» характеръ отношеній между индивидуумомъ и государственными органами. И дѣйствительно для подобной боязни есть извѣстныя основанія. Особенно въ нѣмецкой юриспруденціи, но отчасти и во французской (административное право!) есть тенденція мыслить отношенія между гражданами и государствомъ, въ лицѣ его представителей, какъ отношенія, правда, правовыя, но на нѣкій особый ладъ, нежели отношенія гражданъ между собою. Со ссылкой ли, ничѣмъ не прикрашенной, на состояніе «подчиненности», какъ у нѣмцевъ, или же съ указаніемъ на «публичный интересъ», какъ у французовъ, по существу отстаивается все тотъ же взглядъ: именно, что въ своихъ взаимоотношеніяхъ индивидуумъ и государственный органъ не стоятъ на одной линіи. Если между ними, тѣмъ не менѣе, существуетъ «правовое»

отношеніе, то это есть специфическое отношеніе, поскольку оно подчинено дѣйствію не ординарнаго, «частнаго» права, а своеобразнаго «публичнаго». Въ чемъ сущность различія этихъ двухъ правовыхъ категорій?

Прежде чѣмъ отвѣтить на поставленный вопросъ, нужно устранить все то, что не имѣетъ прямого отношенія къ установленію чисто юридическихъ признаковъ классификаціи. Такимъ уклоненіемъ въ сторону для насъ явилось бы разграниченіе частнаго права отъ публичнаго по признаку характера «интересовъ», оберегать которые оба они призваны. Общеизвѣстно опредѣленіе изъ Ульпіана: «publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim» (Dig. I, 1, 1,),—«право публичное есть то, которое печется о положеніи римской державы, частное же —то, которое печется о пользѣ отдѣльныхъ лицъ: вѣдь есть вещи, полезныя для всѣхъ, а есть тѣ, которыя полезны для каждаго въ отдѣльности». Гораздо менѣе извѣстно, однако, что аналогичное разграниченіе было осознано и греческими юристами. Именно у Демосѳена, въ одной изъ его рѣчей, (Timocr. 192) есть такой отрывокъ: «*ἔστιν ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι δύο εἴδη περὶ ὧν εἰσὶν οἱ νόμοι καθ' ἁπάσας τὰς πόλεις, ὧν τὸ μέν ἐστι, δι' ὧν χρώμεθ' ἀλλήλοις καὶ συναλλάττομεν καὶ περὶ τῶν ἰδίων ἃ χρὴ ποιεῖν διωρίσμεθα καὶ ζῶμεν ὅλως τὰ πρὸς ἡμᾶς αὐτούς, τὸ δ', ὃν τρόπον δεῖ τῷ κοινῷ τῆς πόλεως ἕν' ἕκαστον ἡμῶν χρῆσθαι, ἂν πολιτεύεσθαι βούληται καὶ φῇ κήδεσθαι τῆς πόλεως*»—«существуютъ во всѣхъ государствахъ двоякаго рода законы: прежде всего тѣ, по которымъ мы вступаемъ во взаимныя отношенія, заключаемъ договоры, опредѣляемъ надлежащее употребленіе своего достоянія, живемъ цѣликомъ для самихъ себя. Другіе законы назначаютъ каждому подобающее мѣсто въ дѣлахъ управленія и попеченія о государствѣ» *).

*) На эту цитату обратилъ вниманіе швейцарскій ученый A. Hug. Demosthenes als politischer Denker, стр, 81, въ «Studien aus dem class. Altertum, 1886.

Опредѣленіе Ульпіана лишь болѣе рельефно и сжато выражаетъ ту же мысль, что и у Демосѳена, именно, что наши интересы, какъ частныхъ лицъ и какъ участниковъ общественнаго цѣлаго, стоящаго надъ нами, вызываютъ къ жизни двѣ различныхъ группы нормъ. Въ одномъ разрѣзѣ мы живемъ «для себя», въ другомъ —«для цѣлаго».

Было бы совершенно неправильно думать, что подобное различіе права по характеру мотивовъ, вызывающихъ его къ жизни, чуждо тѣмъ странамъ, которыя, однако, отказались провести принципіальное юридическое различіе между правомъ частнымъ и публичнымъ. Взять хотя бы Англію. Послѣдніе годы она сдѣлала огромные шаги впередъ въ области соціальнаго законодательства: обезпечила, хотя и небольшимъ пенсіономъ лицъ, достигшихъ преклоннаго возраста (old age pension). Ввела страхованіе на случай болѣзни, безработицы. Обезпечила женщинамъ, сдѣлавшимся матерями, извѣстную поддержку. Наконецъ, путемъ учрежденія порайонныхъ комитетовъ, Англія намѣтила первый шагъ, чтобы установить минимальную заработную плату. Т. о. интересъ публичный, называйте его интересомъ соціальнымъ или иначе какъ нибудь, оказался занявшимъ почтенное мѣсто. Въ этомъ смыслѣ, разумѣется, у Англіи есть «публичное право», т. е. созданное въ виду публичныхъ интересовъ. Но дѣло идетъ не о томъ, что вызвало къ жизни данную систему права, а о томъ, каковъ ея юридическій вѣсъ въ сравненіи съ тѣмъ правомъ, которое своимъ происхожденіемъ обязано не соціальному, а частному, индивидуальному интересу. Если англійское юридическое міросозерцаніе, за исключеніемъ аномальныхъ періодовъ ея исторіи, отказалось объ эти группы правовыхъ нормъ, созданныхъ во имя различныхъ «интересовъ», подвергнуть какой либо разной правовой расцѣнкѣ, то въ этомъ сказался, помимо инстинктивной боязни «особаго» права наряду съ «ординарнымъ», несомнѣнный индивидуалистическій укладъ англійскаго характера. Поскольку житель континента разно расцѣниваетъ правовую силу

права частнаго и публичнаго, въ немъ не только сказывается вѣковыми традиціями абсолютизма впитанная реверенція передъ властью, органомъ власти, но и кромѣ того анти-индивидуалистическій складъ мышленія. Мы, живущіе на континентѣ, неисправимые «общественники», и если бы соціализмъ на континентѣ осуществился, то навѣрное это былъ бы болѣе «соціалистичный» соціализмъ, чѣмъ его англійскій двойникъ. Такъ и въ области права, Мало того, что въ области «мотивовъ» права мы скорѣе, нежели англичане, сдаемся въ пользу начала «общественнаго», подчиняемъ ему начало «индивидуальное: нѣтъ, мы готовы начало индивидуальное подчинять началу общественному, *поскольку оба они ужъ фиксировались въ правовыхъ нормахъ, получили, каждое въ своей сферѣ, юридическое признаніе.* И вотъ, если англичане на это не идутъ, то здѣсь сказывается, что индивидуализмъ для нихъ есть нѣчто, умѣющее за себя постоять. Пусть общественное и личное начало ведутъ долгую, кровавую борьбу, но разъ найденъ извѣстный «modus vivendi», найдены извѣстныя условія «перемирья», въ видѣ правовыхъ нормъ, то въ такомъ случаѣ оба начала «въ законныхъ предѣлахъ» совершенно равноправны, у каждаго изъ нихъ одинаковая юридическая сила, одинаковое притязанье на судѣ быть выслушаннымъ въ качествѣ равноправной, а не подчиненной стороны. Мы видимъ какъ здѣсь, казалось бы, такой узкотехническій вопросъ, какъ разграниченье частнаго и публичнаго права, приводитъ насъ къ глубокимъ, интимнымъ вопросамъ о психологическомъ складѣ той или иной національности.—Въ результатѣ, теорія о разграниченіи права публичнаго и частнаго по принципу «интересовъ», въ основѣ ихъ лежащихъ, покоится на томъ ошибочномъ выводѣ, что она, учитывая (возможное) различіе въ «мотивахъ» изданія нормъ частныхъ и публичныхъ, принимаетъ это различіе за установленіе нѣкоторой «правовой» разноцѣнности. «Исторію» нормъ она принимаетъ за ихъ правовое «настоящее».

Совсѣмъ въ иное русло направляетъ насъ то любопытное разграниченіе частнаго и публичнаго права,

какое, въ связи съ римскимъ правовымъ матеріаломъ, пытается провести Eug. Ehrlich въ своей книгѣ «Das jus civile, jus publicum, jus privatum», (Beitrage zur Theorie der Rechtsquellen, I, 1902). Авторъ доказываетъ, что противоположность между «jus privatum« и «jus publicum» ощущается римскимъ правосознаніемъ какъ различіе между тѣми нормами, которыя само общество, «естественнымъ» своимъ укладомъ вызвало къ жизни, и тѣми нормами, которыя являются результатомъ «искусственнаго» вмѣшательства въ общественныя отношенія со стороны государства. Право частное есть т. о. право, созданное обществомъ. Право публичное есть право, созданное государствомъ. Если право общественное (частное) пройдетъ черезъ стадіи легализаціи, будетъ закрѣплено въ формахъ lex-a, изъ этого не слѣдуетъ, что оно обратилось тѣмъ самымъ въ право публичное: формальный признакъ не влияетъ на его внутреннее существо. Въ своей интересной работѣ «Die Grundlegung der Soziologie des Rechts» (1913) Эрлихъ тѣ выводы, которые онъ сдѣлалъ путемъ обработки римскихъ источниковъ, ставитъ на гораздо болѣе широкій базисъ: онъ показываетъ, насколько неизбѣжно въ любую правовую систему вплетаются эти два начала, «естественнаго» и «искусственнаго»,—«общественнаго» и «государственнаго» права, насколько нераціонально съ точки зрѣнія правовой политики давать преобладающую роль второму элементу по сравненію съ первымъ, насколько непростительно со стороны научной теоріи игнорировать или едва лишь замѣчать наличіе иныхъ правовыхъ нормъ, помимо нормъ права «государственнаго» (исходящаго отъ государства). Не подвергая сомнѣнію значительность идей, которыя проповѣдуетъ Эрлихъ въ своей «Правовой соціологіи», а также въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ статей и докладовъ, слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что въ интересующемъ насъ пунктѣ онъ оставляетъ насъ съ нѣкоторыми недоумѣньями. Свести различіе между «частнымъ» и «публичнымъ» правомъ къ различію, между правомъ «естественно - возникшимъ» и «искусственно - создан-

нымъ», съ точки зрѣнія практическихъ постулатовъ юриспруденціи, значитъ не столько рѣшить проблему, сколько перенести ее въ другую плоскость. Но вѣдь и здѣсь вопросъ о «правовомъ» удѣльномъ вѣсѣ каждаго изъ элементовъ не можетъ не стать во весь ростъ. Не съ точки зрѣнія законодательной политики или же объективнаго правовѣдѣнія — а съ точки зрѣнія практическихъ задачъ правового оборота вопросъ идетъ о томъ, каково соотношеніе двухъ группъ правовыхъ нормъ, у которыхъ источникъ не одинъ и тотъ же (общество и государство)? Юридическая теорія можетъ быть повинна въ недооцѣнкѣ права «общественнаго», рожденнаго не формальнымъ путемъ, а естественнымъ складываньемъ жизненныхъ отношеній, но можно ли ту же теорію винить за то, что она для практическихъ цѣлей выставляетъ условія «значимости» права «общественнаго» наряду съ правомъ «государственнымъ», исходящимъ отъ государства?*) Вѣдь иначе создался бы ничѣмъ не разрѣшимый дуализмъ въ правовой системѣ, оказался бы нарушеннымъ тотъ принципъ «правового единства», который и является однимъ изъ «естественныхъ постулатовъ», современнаго юридическаго «формализма».

Упоминанія заслуживаетъ попытка «юридическое» различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ провести по признаку «подчиненія», присущаго въ «большей» мѣрѣ правоотношеніямъ публично-правовымъ и въ «меньшей» степени отношеніямъ частно-правовымъ. Эту попытку дѣлаетъ вѣнскій доцентъ H. Nawiasky, въ своемъ этюдѣ «Forderungs-und Gewaltverhältnis», (Festschrift für Zitelmann, 1913). Онъ увѣряетъ насъ, что неправильно абсолютно отождествлять или же абсолютно противопоставлять юридическую структуру частнаго и публичнаго права. Правильный выходъ — воспользоваться понятіемъ «конкретнаго различія» (p. 30):

---

*) Право «общественное» и есть, разумѣется, право «обычное». Предѣлы его значимости какъ «факта» соціальной дѣйствительности есть нѣчто совершенно отличное отъ вопроса о его «правѣ» быть подобнымъ «фактомъ»,

различія въ объемѣ, продолжительности правоотношеній. Но можно ли въ такомъ случаѣ выставить двѣ группы правоотношеній, такъ или иначе отграниченныхъ? Авторъ самъ видитъ, что нельзя: онъ рисуетъ картину «лѣстницы» правоотношеній, начинающейся съ самыхъ «меньшихъ» и кончающейся — самыми «высокими» ступенями «зависимости». Какъ опредѣлить, гдѣ же начинается «публичное», и гдѣ кончается «частное» правоотношеніе, онъ намъ не показываетъ, да и, разумѣется, не могъ бы показать. Его попытка доказываетъ, что и въ нѣмецкой литературѣ начинаютъ—больше инстинктивно—сознавать невозможность провести принципіальную противоположность между обѣими отраслями права. Этюдъ Навіяскаго интересенъ именно тѣмъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ внимательнымъ анализомъ безконечной массы теорій нѣмецкихъ правовѣдовъ,— теорій, призванныхъ установить «правовое» различіе между сферами частнаго и публичнаго права. Въ результатѣ, однако, послѣ тщетныхъ поисковъ выдерживающаго критику признака различія, авторъ изобрѣтаетъ еще одну «теорію», въ которую, повидимому, и самъ не очень вѣритъ. Но такова сила традицій: различіе должно быть найдено!

Неудивительно, что въ такомъ неуловимомъ пунктѣ приходится наталкиваться не на «communis opinio», а на «communis dubitatio doctorum». Подобное «dubitatio» выдается, однако, за «opinio». Извѣстный нѣмецкій процессуалистъ Fr. Stein, въ своей монографіи «Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung» (1912), такъ опредѣляетъ «господствующую» точку зрѣнія: «если извѣстное правоотношеніе покоится на подчиненіи одного лица подъ власть другого, будь это другое лицо государство или же иной публично-правовой союзъ, то такое правоотношеніе относится къ области публичнаго права. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ правовыя взаимоотношенія между двумя лицами независимы отъ публичной власти, тамъ на лицо частноправовое отношеніе» (р. 32). Ясно, что весь вопросъ

именно въ томъ: что значитъ «зависѣть» отъ публичной власти? Чѣмъ отличается эта форма зависимости отъ той, которая имѣетъ мѣсто въ отношеніи частноправовомъ? На эти вопросы въ «правовыхъ» категоріяхъ ни Штейнъ, ни ему подобные отвѣта не даютъ и не могутъ дать.

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

Крайне поучительно бросить бѣглый взглядъ на конституціонную исторію Англіи. Понятіе «публичнаго права», выступивши здѣсь въ XVI-мъ и въ особенности XVII-мъ столѣтіи, получило именно выраженіе «дискреціи», несвязанной закономъ, а связанной лишь соображеніями цѣлесообразности правительственной власти *). Очень ярко подобная точка зрѣнія была развита «совѣтомъ фиска» (the Court of Exchequer) по дѣлу купца, по имени Bate (1606), отказавшагося уплачивать та-

*) Вопросъ этотъ внимательно и интересно освѣщенъ въ монографіи W. H. Moore, Act of state in English Law, 1906. Пользуюсь случаемъ указать на эту работу, совершенно игнорируемую континентальными изслѣдователями.

моженныя пошлины на изюмъ сверхъ законной нормы. Рѣшеніе «совѣта» было не въ пользу Бэйта по слѣдующей мотивировкѣ: «королевская власть двоякаго рода —ординарная и абсолютная. Ординарная его власть служитъ пользѣ отдѣльныхъ подданныхъ, направлена на утвержденіе справедливости между ними, на опредѣленіе того, что «мое» и что «твое». Эта власть проявляется въ дѣятельности обычныхъ судовъ и цивилисты называютъ ее «частнымъ правомъ» или, по англійскому словоупотребленію, «обще-земскимъ правомъ»: это послѣднее не можетъ быть измѣнено безъ согласія парламента. Абсолютная власть короля имѣетъ своей цѣлью общее народное благо, «salus populi». Она вытекаетъ изъ того, что народъ есть тѣло, а король его глава; эту власть правильно обозначить какъ власть правительственную или управленія, и все равно какъ состояніе тѣла мѣняется отъ времени до времени, такъ же мѣняется и абсолютное право, сообразно королевской мудрости для общаго блага». Поэтому король «имѣлъ право» назначить на изюмъ болѣе высокія ставки, нежели тѣ, какія установилъ соотвѣтствующій актъ парламента. Подобное «правительственное право», противопоставляемое «частному праву», не называется здѣсь ipsis verbis «публичнымъ правомъ», но этотъ терминъ въ тѣ дни былъ въ ходу: Бэконъ Веруламскій говоритъ о «правильномъ и общепринятомъ—дѣленіи права на jus publicum и jus privatum: на первомъ зиждется власть правительственная, на второмъ—незыблемость частной собственности». Попадается даже англійскій эквивалентъ латинскаго термина jus publicum. Въ извѣстномъ процессѣ одного изъ «пяти», отказавшихся платить «корабельную» пошлину (Darnel's case), представитель короля обосновывалъ законность взиманія этихъ пошлинъ ссылкой на «law of state», на «государственное право», но все равно какъ англичанину нашихъ дней этотъ терминъ покажется мало «идіоматичнымъ», мало вяжущимся съ привычнымъ комбинированіемъ терминовъ, такъ и въ 17-мъ столѣтіи понятіе «публичнаго или государственнаго» права не

могло разсчитывать на успѣхъ. Гораздо болѣе было въ ходу другое выраженіе: «matter of state»—«матерія государственная». Оно дожило вплоть до нашихъ дней, но измѣнило свое значеніе. Если раньше имъ обозначалось «право дискреціи» со стороны правительственной власти по отношенію къ подданнымъ, то въ наши дни оно сохранилось въ примѣненіи къ отношеніямъ междугосударственнымъ, поскольку въ нихъ есть элементъ «усмотрѣнія» со стороны суверенныхъ государствъ. Вмѣстѣ съ исчезновеніемъ «дискреціи» во внутренне-государственныхъ или «муниципальныхъ», по англійской терминологіи, отношеніяхъ, исчезло изъ обихода англійской жизни и понятіе «публичнаго права».

Но вѣдь не отстаиваютъ же «произвольную» власть правительства тѣ нѣмецкіе, а также французскіе правовѣды, которые тѣмъ не менѣе не видятъ основаній для отказа отъ излюбленнаго дѣленія права на публичное и частное? Что же заставляетъ ихъ придерживаться подобнаго раздвоенія правовыхъ нормъ? Мы видѣли, что нѣмецкіе юристы не дали намъ отчетливыхъ указаній касательно «юридическаго» принципа, разграничивающаго право публичное и право частное. Не даютъ его и французскіе правовѣды. Такъ напр. одинъ изъ признанныхъ авторитетовъ въ области публичнаго права—Оріу (Hauriou) въ его «Principes de droit public», похваливши Ульпіана за его классическое (выше цит.) опредѣленіе двоякости характера права, со своей стороны ровно никакихъ ссылокъ на «правовую» сущность публичнаго права не дѣлаетъ (ср. стр. 330—335, изд. 1910). Что же касается тѣхъ указаній, какія даются имъ въ «Очеркѣ административнаго права», (Précis de droit administratif, éd. 8-me, 1914), то они показываютъ, что Оріу принадлежитъ къ той категоріи правовѣдовъ, которые изъ основного постулата: признанія власти соціальной организаціи дѣлаютъ совершенно незаконный выводъ, именно, что въ аналогичномъ состояніи подчиненія, неравенства, отдѣльный гражданинъ стоитъ и къ публичнымъ органамъ. Подобный выводъ въ томъ отношеніи незаконенъ, что эти органы находятся

въ томъ же состояніи подчиненія къ соціальному цѣлому, съ помощью права ихъ положеніе опредѣлившему, въ какомъ и индивидуальные граждане. Подчиняясь соціальному цѣлому, эти послѣдніе, какъ и публичные органы, стоятъ въ отношеніи другъ друга какъ два принципіально равные элемента. Между ними поэтому въ подлинномъ «ординарномъ» смыслѣ—правовыя отношенія, на почвѣ ли договорныхъ условій или же какъ результатъ объективнаго права. Лишь отсутствіемъ подобнаго основного разграниченія могутъ быть объяснены фразы вродѣ тѣхъ, которыя мы встрѣчаемъ въ книгѣ Оріу. Административное право есть «поистинѣ автономная отрасль права» (V). Въ чемъ же этотъ автономный характеръ? Оріу объясняетъ намъ, что здѣсь дѣло идетъ о «правѣ могущественныхъ лицъ («personnages puissants»), правѣ публичной администраціи». «Эти лица... болѣе могущественны, нежели тѣ, кѣмъ они управляютъ: у нихъ по отношенію къ послѣднимъ имѣются полномочія властвованія, публичнаго характера. Мы стоимъ здѣсь передъ лицомъ права, которое, вмѣсто того, чтобы основываться, подобно современному гражданскому праву на равенствѣ сторонъ, основывается на нѣкомъ спеціальномъ status-ѣ и прерогативѣ той стороны, которая болѣе могущественна» (VII).

Между прочимъ, нельзя не отмѣтить, что подобный моментъ «могущества» въ устахъ представителей публичнаго, въ частности административнаго права, легко принимаетъ оттѣнокъ чисто «физической» силы. Поэтому и говорятъ о «прямомъ» дѣйствіи» (action directe), на которое способно государство черезъ свои «руки», черезъ органы администраціи. Но въ концѣ концовъ вопросъ о томъ, въ чьихъ рукахъ «могущество» въ подобномъ «энергетическомъ» смыслѣ можетъ быть рѣшенъ, такъ сказать, отъ казуса къ казусу. Въ правовомъ, однако, смыслѣ «могущество» государства совершенно аналогично какъ въ томъ случаѣ, когда путемъ изданія нормъ объективнаго права оно опредѣляетъ соотношенія между людьми, такъ и въ томъ случаѣ, когда эти соотношенія оно подтверждаетъ пу-

темъ примѣненія физической силы. Правовой смыслъ «могущества» какъ и всякій иной правовой смыслъ ни при какихъ условіяхъ не можетъ быть данъ «прямо»: будучи взято въ его непосредственномъ значеніи «дѣйствіе» органа власти есть «насиліе», хотя въ большинствѣ случаевъ и удающееся насиліе, одного или нѣсколькихъ человѣкъ, надъ однимъ или нѣсколькими субъектами. Лишь въ его «посредственномъ» смыслѣ, въ той интерпретаціи, которую мы въ него вкладываемъ, оно входитъ въ сферу права. Къ тому же было бы совершенно неправильно думать, что соціальная организація вліяетъ въ конечномъ итогѣ въ большей степени путемъ «конкретнаго» соприкосновенія гражданина съ органомъ власти, нежели путемъ его подчиненія подъ тѣ правила, которыми «цѣлое» регламентируетъ жизнь «части». Насколько рѣже, въ концѣ концовъ, средній гражданинъ испытываетъ на себѣ «прямое» воздѣйствіе государства, непосредственно ему диктующаго свои велѣнія, нежели воздѣйствіе «косвенное» черезъ нормы права, обращающіяся ко всѣмъ и каждому! Возвратимся, однако, къ Оріу.

«Право» гражданское, составляющее право ординарное, есть именно право равное для всѣхъ, а административное право есть нѣчто исключительное. Мы видимъ, какъ Оріу, развивая свою теорію, доходитъ до пониманія административнаго права какъ чего то основаннаго на «прерогативѣ», не «ординарности». Если бы мы не знали, что Оріу «политически» всего менѣе близокъ къ абсолютизму, то могло бы показаться, что онъ воспроизводитъ теорію, съ которой англичане покончили ужъ въ XVII в.: именно съ идеей нѣкотораго «особаго» права, свою «особливость» базирующаго на томъ, что здѣсь одна сторона «во власти» другой стороны и что дѣйствія этой послѣдней умѣряются не строгой, «обыкновенной» законностью, а соображеніями «народнаго блага». Путемъ правовыхъ категорій совершалось здѣсь избавленіе отъ права вообще. Разумѣется, не таковы практическія тенденціи, которыя опредѣляютъ Оріу и ему подобныхъ

съ ихъ идеей публичнаго, въ томъ числѣ административнаго права, какъ «особаго права». Наша задача выяснить, каковы же эти практическія тенденціи, осознанныя или порой подсознательныя. Самъ Оріу наталкиваетъ насъ на эти послѣднія, поскольку онъ говоритъ, что идея административнаго права какъ права «особаго» есть идея «централизованной» администраціи. Попытаемся уяснить себѣ эту нѣсколько неопредѣленную терминологію, поставивши на мѣсто «централизованной» администраціи «крѣпкую» администрацію.

Мы, разумѣется, не сдѣлаемъ какого либо новаго историческаго открытія, если скажемъ, что эта идея крѣпкой власти, которая обращалась въ идею крѣпкой административной власти, есть начало, оказавшееся способнымъ перешагнуть черезъ испытанія, которымъ учрежденія и понятія періода абсолютизма подверглись въ дни французской революціи. Впрочемъ, относительно администраціи съ ея спеціальными привилегіями эти испытанія, въ концѣ концовъ, и не были уже слишкомъ ригористическими. Въ крайне любопытной статьѣ Esmein-a, La question de la juridction administrative devant l'Assemblée constituante (въ Jahrb. d. öff. Rechts, 1911) ясно показано, какъ въ сущности легко рѣшился въ учредительномъ собраніи столь кардинальный вопросъ—именно тотъ, подчинять или не подчинять органы администраціи «обычной» юрисдикціи или же создать для нея особые трибуналы, какъ бы оттѣняя этимъ «особое» положеніе органовъ администраціи по сравненію съ «простыми» гражданами. Конечно, члены конституанты помнятъ безконечныя жалобы населенія, поддерживаемыя ходатайствами собраній чиновъ, объ отмѣнѣ «особой» юрисдикціи. (Эти жалобы, между прочимъ, объяснялись не тѣмъ, что населеніе рѣшалось поднимать руку на «особое» положеніе администраціи, а тѣмъ, что «ординарная» юстиція обходилась дешевле). Передъ конституантой стояла задача сравнять передъ лицомъ «ординарной» юстиціи органы администраціи и обыкновенныхъ гражданъ. Судя по дебатамъ, первое время именно въ сто-

рону уравненія конституанта и клонилась, но потомъ начались колебанія. Заговорили о невозможности рѣшать этотъ вопросъ, пока не рѣшенъ вопросъ о томъ, какова будетъ «система налоговъ». Какъ будто это не было безразлично для вопроса, нуженъ ли особый судъ наряду съ судомъ ординарнымъ! Очевидно, люди слишкомъ привыкли споры о законности налоговой ставки переносить на усмотрѣнія спеціальныхъ органовъ, стоявшихъ въ тѣсной связи съ администраціей: и въ «новомъ режимѣ» это могло оказаться необходимымъ! Уклонъ былъ сдѣланъ, и конституанта кончила закономъ 6—11 сентября 1790 г., который передалъ дѣло о незаконномъ взиманіи налоговъ въ руки административныхъ органовъ, такъ наз. департаментскихъ и дистриктіальныхъ директорій. Положимъ, это были органы не аналогичные старой, дореформенной администраціи: они покоились на народномъ избраніи. Но все же это не были органы «чистой», «ординарной» юстиціи. Слѣд. и конституанта вступила на путь созданія «особыхъ» условій для правового положенія администраціи. Этотъ основной постулатъ Наполеонъ лишь рѣзче подчеркнулъ, поскольку онъ (закономъ 28 плювіоза VIII г.) избираемыя народомъ директоріи обратилъ въ совѣты префектуры, не избираемыя, а назначаемыя.

Мы видимъ т. о. какъ старыя традиціи абсолютной монархіи оказываются, хотя и въ видоизмѣненной формѣ, доминирующими надъ умами людей, которые стремились къ новому порядку вещей. «Сила» монархіи понималась, однако, какъ власть несвязанная, свободная въ ея дѣйствіяхъ. Какъ же можетъ быть сильна власть, если ее связываютъ тѣ же путы, которыя связываютъ и ординарнаго гражданина? Не станутъ ли на ея дорогѣ органы «ординарной» юстиціи? И характерно, что въ Англіи, тоже пережившей періодъ «сильной», всюду вмѣшивающейся, все регламентирующей администраціи, какъ разъ тотъ же періодъ ознаменовывается стремленіями со стороны послѣдней выйти изъ подъ контроля «ординарной» судебной власти, перенести дѣла, возникающія по поводу «управленія», въ

особые, близкіе и подвластные администраціи органы. Я разумѣю XVI и XVII столѣтія. О чемъ только ни заботились Тюдоры и Стюарты: обо всемъ, начиная съ употребленія рыбы въ постные дни въ цѣляхъ развитія рыболовства и кончая совѣтами помѣщикамъ не засиживаться подолгу въ Лондонѣ, а жить на мѣстахъ и «быть гостепріимными»! Англія пережила свой періодъ «сильной» государственной власти, пережила и попытки создать для нея «особое» право, «особые» трибуналы. И не тѣмъ ли обстоятельствомъ, что сильная власть оказалась связанной съ властью абсолютной объясняется столь упорное, въ наши еще дни замѣчаемое, предубѣжденіе средняго англичанина противъ попытокъ государства регламентировать его существованіе? Если у французовъ подобная реакція оказалась принявшей болѣе слабыя формы, если, какъ мы убѣдились на частномъ случаѣ, идея «сильной», поставленной въ спеціальное положеніе, административной власти охотно поддерживается столь выдающимися юристами какъ Оріу, то единственно, что мы можемъ въ объясненіе привести, это указанье на крайнюю основательность школы, черезъ которую французская монархія провела французское общество. Съ этой школой можетъ сравниться и даже поспорить лишь та школа, черезъ которую прошло японское общество.

Итакъ, если въ основѣ идеи права публичнаго какъ системы права «особаго», выдѣленнаго изъ права «частнаго» ординарнаго, въ наши дни и не лежитъ идея власти «произвольной», то во всякомъ случаѣ здѣсь имѣется въ виду власть, поставленная въ настолько для нея «удобныя», сравнительно съ ординарными гражданами условія, чтобы эти послѣднія всячески способствовали ея «активности». Подобную боязнь «затормазить» власть въ ея дѣйствіяхъ, повліять на ихъ быстроту и рѣшительность снова нельзя не связать съ тѣмъ уклономъ въ сторону «общественности», въ сторону предпочтенія интересовъ «цѣлаго» передъ интересами отдѣльнаго гражданина, которую я ужъ констатировалъ у насъ «континенталистовъ». Выборъ идетъ

между «энергичной» администраціей, способной, однако, существенно задѣвать своей энергіей интересы отдѣльныхъ лицъ и администраціей, дѣйствующей не столь стремительно, но зато дающей бо́льшія гарантіи, что законные интересы гражданъ, хотя бы и временно, не окажутся пострадавшими. Если континентальное правовѣдѣніе, подъ лидерствомъ французскихъ публицистовъ, рѣшаетъ эту альтернативу въ пользу первой ея половины, то здѣсь и есть доказательство доминированья въ нашей идеологіи «цѣлаго» надъ «частью». Если выбирать между тѣмъ, что извѣстный налогъ «замедлитъ» попасть въ государственное казначейство или же, что онъ «попадетъ», хотя бы и съ вѣроятіемъ его возвращенія въ карманъ плательщика, то континентальный юристъ предпочтетъ послѣднее: пусть раньше будетъ удовлетворено «цѣлое», а затѣмъ ужъ удовлетворена часть, если только она считаетъ себя незаконно или чрезмѣрно поплатившейся въ пользу «цѣлаго»; при этомъ какъ бы молчаливо допускается, что органъ власти всегда будетъ въ своихъ дѣйствіяхъ блюсти именно интересы цѣлаго!

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

«Раньше выполненіе, а потомъ споръ». Здѣсь, однако, не кончаются тѣ «прерогативы» администраціи,

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

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

Какъ разъ именно этотъ послѣдній пунктъ долженъ былъ бы послужить для представителей административнаго права, настаивающихъ вмѣстѣ съ Оріу на его «автономности», къ уясненію того, что, подчеркивая «специфичность» юридическаго характера нормъ, опредѣляющихъ отношенія гражданъ и органовъ управле-

нія, люди въ итогѣ способны держаться не столько чего либо «специфическаго» сколько въ концѣ концовъ тѣхъ точекъ зрѣнія, которыя въ другихъ областяхъ права, не претендующихъ на «автономность» и на «особенность», оказываются уже оставленными, какъ нѣчто устарѣлое. Вѣдь что въ сущности означаетъ «созданіе спорнаго акта» какъ не въ высшей степени грубое представленіе о поводахъ возникновенія нашей отвѣтственности? Этимъ представленіемъ жила и болѣе ранняя доктрина гражданскаго права: и она требовала «непосредственнаго» вредоноснаго дѣйствія съ нашей стороны, чтобы этимъ оправдывалась наша отвѣтственность по отношенію къ потерпѣвшему. Время свое сдѣлало: гражданское право знаетъ утонченнѣйшіе поводы возникновенія нашей отвѣтственности. То же самое и въ области уголовнаго права. Идея, что не только наше прямое дѣйствіе, но и «упущеніе» способно подвергнуть насъ гражданской или уголовноправовой отвѣтственности, и здѣсь не сразу была найдена Вѣдь если правовое явленіе есть явленіе смысла, который мы вкладываемъ въ наши взаимоотношенія съ людьми, то здѣсь, какъ и въ области другихъ смысловъ, есть вещи, проще, легче дающіяся человѣческой мысли, а есть и то, что сложнѣе, дается съ бо́льшимъ трудомъ. Въ концѣ концовъ формы справедливости находятся въ нѣкомъ соотношеніи къ степени утонченности нашего умственнаго аппарата, его способности преодолѣвать неэластичность «реальныхъ фактовъ». Процессъ утонченія правовой отвѣтственности есть вмѣстѣ съ тѣмъ процессъ обостренія нашей способности на мѣсто «жизненныхъ связей» выдвигать болѣе сложныя «искусственныя», но практически необходимыя «связи». Это, конечно, нужно брать условно: всякая правовая «связь» есть нѣчто искусственное, такъ что всегда дѣло идетъ лишь о «бо́льшей» или же о «меньшей» степени и скусственности. Одинъ человѣкъ выбилъ другому зубъ. Съ точки зрѣнія «жизненной связи»: одинъ предметъ преодолѣлъ препятствіе, встрѣченное на пути въ видѣ другого предмета. Съ точки зрѣнія правовой: одинъ субъектъ «по-

винень» въ нанесеніи увѣчія другому человѣку. Гораздо труднѣе вставить это понятіе «виновности» между двумя субъектами въ случаѣ, когда зубъ будетъ выбитъ отъ паденія на тротуарѣ, неочищенномъ домовладѣльцемъ отъ льда вопреки «обязательному постановленію» объ очисткѣ. Здѣсь «правовая связь» дана не столь непосредственно, а поэтому люди и не сразу ее открываютъ.

«Сначала повиновенье, потомъ споръ» — по использованіи или неиспользованіи администраціей ея привилегій. Но и здѣсь не конецъ. Какой судъ? Континентальное административное право отвѣчаетъ, что судъ особый—трибуналъ «административной юстиціи». Мы ужъ видѣли, какъ идея особой юстиціи по дѣламъ, связаннымъ съ дѣломъ управленія оказывается не споткнувшейся о порогъ французской революціи. Конечно, въ наши дни ее защищаютъ иначе, чѣмъ стали бы защищать «полицеисты» XVIII вѣка. Дѣло, говорятъ намъ, не въ томъ, чтобы для администраціи создать болѣе «легкія» условія юстиціи или для отдѣльныхъ гражданъ менѣе «стойкія» гарантіи безпристрастія, а въ томъ, чтобы создать «спеціализацію» внутри юстиціи. Мы видимъ, какъ здѣсь путемъ вкладыванья иного смысла какъ бы мѣняется характеръ учрежденія, возникшаго и окрѣпшаго въ силу совершенно иныхъ соображеній. Новѣйшія стремленія въ области судоустройства отмѣчены тенденціей приблизить судью къ пониманію условій, среди которыхъ возникли тѣ дѣла, которыя ему предстоитъ рѣшать. Однако, не можетъ быть сомнѣній въ томъ, что административная юстиція «спеціальна» не въ смыслѣ «предметовъ», которые она вѣдаетъ, а въ смыслѣ «лицъ», которыя передъ нею проходятъ. Администрація—въ смыслѣ ея функцій слишкомъ широкое понятіе, чтобы ее можно было взять за одни общія скобки и подчинить одному виду «спеціальной» юстиціи. Въ лучшемъ случаѣ, это все же не «спеціальная», а «дублированная» ординарная юстиція.

Было бы всего менѣе правильно думать, что система административнаго права, какъ «особаго» права и

«особыхъ» трибуналовъ, призванныхъ примѣнять это право, не подвергалась и не подвергается на континентѣ критикѣ, подчасъ суровой. Въ частности французскіе порядки нашли далеко не утѣшительную оцѣнку въ основательной работѣ Jules Coumoul, Traité du pouvoir judiciare, 2-me ed, 1911. *). Но и въ другихъ странахъ нѣтъ недостатка въ критикахъ. Одна изъ обычныхъ жалобъ это недостаточная «логичность» при отнесеніи дѣлъ то къ «особой», административной, то къ «ординарной» юстиціи. Такъ напр. по поводу швейцарскихъ федеральныхъ порядковъ E. Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, 1910, не можетъ не выразить удивленія, почему напр. споръ о вознагражденіи солдата за ущербъ здоровью во время службы подлежитъ компетенціи административной юстиціи, а споръ о вознагражденіи владѣльца полей, вытоптанныхъ во время маневровъ, относится къ области юстиціи общегражданской. Недоумѣнья Фохта насъ ничуть не трогаютъ, потому что противно логикѣ проводить принципіальное различіе тамъ, гдѣ его нѣтъ. Другой поводъ для жалобъ—это инстинктивная боязнь «административныхъ судей» какъ либо умалить администрацію въ свободѣ ея дѣйствій. Таковъ напр. результатъ введенія административной юстиціи въ Бельгіи. Paul Errera, въ его „Traité de droit public belge“ 1911, прямо говоритъ относительно бельгійскихъ порядковъ, что «во многихъ случаяхъ господствуетъ произволъ и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда путь судебнаго спора обезпеченъ заинтересованнымъ лицамъ, судьи боятся пускаться въ ту область, гдѣ администрація должна остаться полной хозяйкой» (p. 246). Однако, какъ замѣчаетъ этотъ профессоръ и практическій дѣятель, административная юстиція обнаруживаетъ въ Бельгіи тенденцію къ «атрофированію». Эррера думаетъ, что причиной является отсутствіе высшаго административнаго

*) Ср. Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, а также статью H. Valleuroux, въ Économiste français, 4 févr. 1905. Объ работы цит. у Coumoul.

трибунала на подобіе французскаго Государственнаго Совѣта, но, думается, что это не такъ, и что въ дѣйствительности дѣло идетъ объ естественномъ отмираніи «особой» юстиціи въ современномъ государствѣ. Въ концѣ концовъ вѣдь и Оріу вынужденъ сознаться въ своемъ «Административномъ правѣ» (p. XI, 1914), что между обыкновенной и административной юстиціей наблюдается процессъ «постепеннаго сближенія», хотя онъ и думаетъ, что подобный процессъ нельзя представить дошедшимъ до полнаго сліянія.

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

гины власти въ иное положеніе, нежели обыкновенныхъ согражданъ. Таково, по крайней мѣрѣ, общее правило, и въ этомъ то и заключается коренное отличіе «англо-саксонской» системы отъ системы «континентальной».

Разумѣется, понятіе «фактически аналогичныхъ условій» не можетъ отличаться большой точностью, и тутъ все зависитъ отъ общей тенденціи англійскаго правосознанія, которое стремится не выдѣлять, а приравнивать позицію государственнаго органа къ позиціи частныхъ лицъ. И насколько эта тенденція носитъ общій характеръ видно хотя бы изъ положенія членовъ парламента. Въ сущности въ наши дни отъ знаменитыхъ привилегій, на отстаиванье которыхъ англійская палата потратила столько усилій, ничего, кромѣ историческихъ пережитковъ, не осталось. «Особое» положенье народному представителю нужно было въ тѣ дни, когда его хотѣли приравнять не къ прочимъ «гражданамъ», а къ прочимъ «подданнымъ». Въ одномъ англійскомъ роялистскомъ трактатѣ XVII в. [*]) мы читаемъ: «парламентскіе люди [т. е. члены парламента] остаются такими же королевскими подданными какъ и раньше: ихъ положеніе не мѣняется отъ того, что они избраны какъ рыцари графствъ или какъ бюргеры городовъ; отъ этого они нисколько не больше тѣхъ, отъ чьего имени они говорятъ». Слѣдующій любопытный пунктъ въ подобной программѣ растворенія народныхъ представителей въ единой массѣ подданныхъ, это взглядъ на парламентъ», какъ на «королевскій парламентъ»: хочетъ его король собрать — собираетъ, не хочетъ — распускаетъ; терпитъ онъ парламентскія рѣчи—хорошо, не терпитъ—и эти рѣчи должны смолкнуть. Въ подобной обстановкѣ, помимо всякихъ иныхъ причинъ, о которыхъ здѣсь не мѣсто говорить, и выросла доктрина о «парламентской привилегіи»— именно о «привилегіи», объ отступленіи отъ «общаго права», а не о какихъ либо особыхъ «публично-право-

[*]) Ср. мои «Опыты по исторіи политическихъ идей въ Англіи (XV—XVII вв,)», 1913, стр. 64—65.

выхъ нормахъ»! Съ тѣхъ поръ историческая ситуація измѣнилась: хотя англичанинъ и называетъ себя «подданнымъ», но это подданство уже не носитъ того характера, какой оно имѣло въ 16-мъ, въ 17-мъ столѣтіяхъ, въ эпоху претензій королевскаго абсолютизма. А если такъ, то и нѣтъ необходимости настаивать на «lex privata» по отношенію къ членамъ парламента. И дѣйствительно мы присутствуемъ при полномъ разложеніи этого lex-a. Взять свободу парламентскаго слова. Въ сущности «исторически» отстаивалась не свобода слова какъ таковая, а незаконность «вынесенія» за предѣлы парламента того, что въ немъ творится: вѣдь понынѣ его засѣданія не публичны (de jure). Въ наши дни, однако, сами члены занимаются подобнымъ «вынесеніемъ», издавая свои рѣчи. Распространяется ли на нихъ парламентская безотвѣтственность? Въ 18-мъ столѣтіи вопросъ шелъ не объ отвѣтственности коммонеровъ, а объ отвѣтственности тѣхъ, кто рѣшался помимо ихъ воли ихъ рѣчи опубликовывать. Лишь въ 19 мъ столѣтіи, съ тѣхъ поръ какъ парламентъ пересталъ чинить препятствія вынесенію своихъ дебатовъ на свѣтъ публичности, интересующій насъ вопросъ былъ поставленъ на практическую почву. Состоялось нѣсколько судебныхъ рѣшеній по дѣлу о клеветѣ съ парламентской трибуны,—клеветѣ, которой придано было распространеніе путемъ печати. Были осужденія виновныхъ членовъ парламента. Лишь «честное» (fair), не имѣющее спеціальныхъ цѣлей повредить именно данному лицу, распространеніе рѣчей, англійскій судъ готовъ неставить въ вину оратору Иначе на сцену выступаютъ обычные принципы суровой, какъ нигдѣ въ мірѣ, отвѣтственности, съ ея 100.000 штрафами, за «клевету» (libel). Такъ пробита одна брешь въ «особомъ» положеніи члена парламента: онъ подведенъ подъ дѣйствіе «общаго» права. Другой пунктъ: преслѣдованіе по суду лишь съ согласія палаты—такъ наз. парламентскій иммунитетъ. И здѣсь, за исключеніемъ когда то весьма существенной свободы отъ ареста за долги (имѣя именно ее въ виду, нѣкоторые добивались мѣста въ парламентѣ!)

—за исключеніемъ слѣд. этого пережитка старины, члены парламента приравнены къ остальнымъ гражданамъ: ихъ привлеченье къ суду должно лишь сопровождаться «извѣщеніемъ» на имя предсѣдателя, спикера. Наконецъ сошлюсь на третій пунктъ: привилегію отвѣчать за незаконность избранія передъ судомъ парламента. Съ 1868 г. эти дѣла переданы обычнымъ судамъ. Мы видимъ т. о. какъ совершается процессъ нивеллированья парламентскихъ привилегій, ихъ растворенія въ «общемъ» правѣ страны. Что же скажутъ на это защитники публичнаго права какъ «особой» правовой категоріи? То, что вчера «публично» сегодня «частно»—а возможно, что и наоборотъ? Очевидно, что дѣло здѣсь не въ принципіальныхъ отличіяхъ.

Къ какому же выводу приводятъ насъ наши попытки нащупать «практическую» подпочву выдѣленія права публичнаго въ особую категорію? Выводъ тотъ, что въ основѣ этого выдѣленія лежитъ такъ или иначе оправдываемая необходимость дать органу власти «привилегированную» позицію по сравненію съ частными лицами. Въ системѣ абсолютизма эта привилегированность въ сущности маскируетъ собою полное устраненіе правовой точки зрѣнія (право неограниченнаго усмотрѣнія). Въ системѣ конституціонализма эта привилегированность приняла, разумѣется, болѣе скромные размѣры и сводится къ ряду льготъ,главнымъ образомъ, въ области судебнаго процесса. Если, однако, практически вопросъ о публичномъ правѣ сводится къ идеѣ «правовыхъ привилегій», то у насъ и нѣтъ основаній говорить объ этой отрасли права какъ о нѣкой особой «сущности». Идея «правовыхъ привилегій—legum privatarum—не чужда и частному праву, но развѣ отсюда дѣлается выводъ, что правоотношенія, возникающія на почвѣ этихъ «частныхъ законовъ» не суть «частноправовыя»—«просто правовыя» отношенія? Такими же «просто правовыми» они остаются и въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ объ изъятіяхъ изъ общаго права въ пользу государственныхъ, коммунальныхъ и т. под. учрежденій. Т. о. когда говорятъ о нормахъ

публичнаго права, то разумѣютъ не столько особую ихъ «сущность», а особое ихъ «содержаніе». Это право —объ отступленіяхъ въ пользу тѣхъ или иныхъ учрежденій, тѣхъ или иныхъ лицъ. Вопросъ ужъ не теоріи, а законодательной политики, въ какой мѣрѣ эти отступленія возможны и желательны. Ихъ можетъ сводить до неизбѣжнаго минимума право англосаксонское, ихъ можетъ ставить въ широкіе предѣлы право континентальное.

III.

„In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est".
Paulus, Dig. L, 17, 90.

Всѣ эти разсужденія, вращавшіяся вокругъ частной проблемы правовой теоріи, неизбѣжнымъ образомъ выводятъ насъ, однако, на гораздо болѣе широкій путь, ставятъ передъ нами проблему гораздо болѣе широкаго размаха. Эту послѣднюю я назвалъ бы проблемой «основного единства права». Право можетъ безъ конца варіироваться въ его «содержаніи», но оно остается неизмѣннымъ въ его сущности. И эта его сущность есть идея справедливаго, «должнаго» порядка въ человѣческихъ взаимоотношеніяхъ. Сдвинувшись съ этой его оси, право въ силу инерціи будетъ еще нѣкоторое время описывать обороты, но это ужъ движенье мертвое, уклонившееся отъ подлиннаго назначенія. То, что нами воспринимается какъ право, лишено смысла внѣ идеи справедливости. Когда о правѣ говорятъ какъ о нѣкомъ «велѣніи», о «приказаніи», о властномъ урегулированіи людскихъ отношеній, то всѣ эти выраженія берутся нами въ правовомъ разрѣзѣ лишь поскольку мы ихъ, зачастую подсознательно, связываемъ съ «правомѣрностью» источника велѣнія, властвованія. Въ противномъ случаѣ рѣчь будетъ итти о чемъ угодно: о неизбѣжномъ, о минимальномъ въ смыслѣ общественныхъ бѣдъ, но только не о правовомъ порядкѣ. Съ этой точки зрѣнія всякое позитивное право — естественно въ томъ смыслѣ, что съ «настоящимъ, дѣйствующимъ» правомъ мы соединяемъ представленіе

о нормальномъ, соотвѣтственномъ ихъ природѣ, порядкѣ общественныхъ отношеній. Мы слѣд. ставимъ знакъ равенства между тѣмъ, что дѣйствуетъ, и между тѣмъ, что должно дѣйствовать. Поэтому и можно сказать, что всякое отождествленіе права «какъ такового» съ правомъ «дѣйствующимъ», есть идея естественнаго права, взятаго съ точки зрѣнія «настоящаго» момента. Подобное отождествленіе чаще всего дѣлается безъ того, чтобы мы его каждый разъ подвергали осознанію. У насъ какъ бы рѣшенъ ужъ вопросъ о томъ, что напр. государство есть источникъ естественныхъ, правильныхъ по отношенію къ данному конкретному моменту нормъ. Подобное «преюдиціальное» рѣшеніе живетъ въ умѣ каждаго юриста, поскольку право позитивное онъ беретъ какъ право, а не какъ насиліе. И дѣйствительно юридическій «позитивизмъ» новаго времени обратной своей стороной вылился въ своеобразной культъ «единой, неограниченной государственной власти», какъ источника правового порядка—«единственно мыслимаго» правового порядка. Дѣло, конечно, не въ томъ, что люди не могли «представить» другого, не отъ государства исходящаго права, а въ томъ, что другой порядокъ ими не могъ быть оправданъ. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что ихъ «позитивизмъ» былъ естественно-правовымъ «этатизмомъ» (état — государство). И когда юристы, вродѣ Бергбома (Bergbohm), открещивались отъ идеи естественнаго права, то они не замѣчали, что рубятъ подъ собою сукъ—поскольку они все же хотѣли оставаться правовѣдами, а не апостолами насилія, государственнаго или какого либо иного.

Люди этого порядка—счастливые люди: въ ихъ душѣ не живетъ та двойственность въ пониманіи права, какая встрѣчаетъ насъ уже на древнѣйшихъ ступеняхъ человѣческой исторіи. Бергбомъ и ему подобные не видятъ изъ за права позитивнаго права естественнаго потому, что «настоящее» право въ ихъ глазахъ и есть единственно мыслимое, единственно естественное право. Но такая уравновѣшенность дана не всѣмъ людямъ и не всѣмъ эпохамъ: какъ сказалъ Іерингъ, есть

поколѣнія, которымъ, подобно богатымъ наслѣдникамъ, замѣтна лишь мирная часть правового порядка. Въ нихъ нѣтъ ищущей выхода коллизіи между правомъ, котораго хотятъ, и правомъ, котораго хочетъ жизнь, Есть эпохи, когда подобная раздвоенность даетъ себя чувствовать особенно рѣзко, и это суть именно тѣ эпохи, когда право позитивное оказывается противоположностью права естественнаго. Это послѣднее противопоставляется первому какъ «должное»—«недолжному». Право позитивное берется въ такихъ случаяхъ не какъ порядокъ справедливыхъ, а какъ порядокъ принудительныхъ, въ ихъ невыносимости, отношеній.

Въ сущности, если вдуматься въ эту двойственность—такъ, какъ она выступила въ греко-римскихъ представленіяхъ, то тамъ она сводилась не столько къ противоположности «должнаго» и «недолжнаго», сколько къ противоположности «устойчиваго» и «временнаго», «всеобщаго» и «частнаго»: порядокъ «позитивный» все же есть порядокъ «правовой», хотя и менѣе «совершенный» *). То, чего не могли сдѣлать отдѣльные люди, въ качествѣ глашатаевъ естественнаго права, естественной справедливости, сдѣлала церковь въ качествѣ могущественной «организаціи»: лишь она рѣшилась объявлять не только чѣмъ то менѣе совершеннымъ, но

---

*) Любопытно разграниченіе Павла въ Дигестахъ (I, 1, 11): «jus pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile». Здѣсь въ основу опредѣленія кладется противоположность «вѣчнаго» и «временнаго». При этомъ «временность» выражена въ формѣ «частности».—Поскольку Сократъ отказывался спастись бѣгствомъ и наканунѣ смерти, доказывалъ своимъ ученикамъ необходимость повиновенія законамъ, постольку онъ выражалъ «общую» всему античному міросозерцанію тенденцію брать право, даже расходящееся съ велѣніями справедливости, все же какъ «право». Гораздо менѣе типична точка зрѣнія Цицерона. Вотъ что онъ говоритъ о цивилистахъ, излагающихъ право данной страны внѣ связи съ «jus universum»: «non tam justitiae, quam litigandi tradunt vias». (De Legibus, 1,5), Золотыя слова! Тутъ ясно осознанъ фактъ, что люди, излагающіе право внѣ его идеи, излагаютъ уже нѣчто иное, но только не право.

просто «неправовымъ» тѣ велѣнья, государственной власти, какія расходились съ ея собственными требованіями. И лишь церковь, въ своемъ лонѣ, сумѣла вырастить тотъ индивидуализмъ, то право отдѣльной личности, которое рѣшается свое «право» противопоставлять общественному «не-праву».

Естественное право нашихъ дней есть вещь довольно сложная. Съ одной стороны это совокупность тѣхъ требованій, корни которыхъ въ ростѣ рабочаго движенія. Здѣсь идея справедливаго порядка противопоставляется той суммѣ институтовъ, на которыхъ «буржуазія», собственники базируютъ «эксплоатацію» рабочихъ массъ. То, что юристъ называетъ позитивнымъ правомъ, здѣсь берется какъ не-право, какъ орудіе насилія. Что изъ того, что «рабочее» право не «дѣйствуетъ»? Изъ его «не-дѣйствія» не слѣдуетъ, что дѣйствуетъ «право». Праву естественному, какъ идеѣ грядущаго справедливаго порядка здѣсь противопоставляется, «не-правовой», но дѣйствующій порядокъ соціальныхъ отношеній.

Такова одна сторона современнаго естественнаго права. Но у этого послѣдняго есть другая сторона. Она выросла совсѣмъ въ иной обстановкѣ, хотя и не ставитъ себя во враждебную позицію по отношенію къ естественному праву рабочихъ массъ. Это другое естественное право выросло въ связи съ тѣмъ движеніемъ послѣднихъ десятилѣтій, какое отмѣчено усиленьемъ интереса къ идеалистическимъ системамъ философіи. Съ одной стороны здѣсь сказывалась реакція противъ исключительной гегемоніи естествознанья, противъ построенія «знанія» по типу «естествознанія», а съ другой стороны противъ тенденцій отождествлять «философію» съ «научнымъ знаніемъ», дѣлать изъ нея «обобщенное знаніе». Люди снова получали право подходить къ человѣческой культурѣ въ ея разностороннихъ проявленіяхъ не съ точки зрѣнія «желѣзной» закономѣрности, а внутренней ея цѣнности. Въ этомъ смыслѣ цѣлая группа «наукъ о культурѣ» оказалась освобожденной отъ естественнонаучныхъ трафаретовъ, мѣ-

шавшихъ ихъ свободному развитію. Это «научный» балансъ, который остался за новымъ философскимъ движеніемъ. Но оно по праву можетъ претендовать на нѣчто бо́льшее: люди хотѣли произвести не только критику научныхъ пріемовъ, но и снова выдвинуть «вѣчные вопросы» бытія: подлинность и мнимость познанія, свободу и связанность воли... Что изъ того, что и на этотъ разъ философія этихъ вопросовъ не рѣшила? Развѣ она не выполняетъ нѣкоторую высокую миссію, напоминая людямъ объ этихъ и подобныхъ нерѣшенныхъ вопросахъ? Есть какой то неустранимый оттѣнокъ вульгарнаго самодовольства въ чувствѣ «обладанья рѣшеньемъ»—будь то наинаучнѣйшее рѣшеніе. Самая геніальная научная мысль лишь для «vulgus»-а есть рѣшенье: для ея творца она лишь остановка, откуда онъ ясно видитъ новые безконечные вопросы... Весь тонъ молодого философскаго движенья, его стремленье подняться надъ дѣйствительностью не могли не породить и по отношенію къ праву извѣстнаго сдвига. На сцену выступила идея естественнаго права. Люди рѣшались говорить о нѣкоторыхъ высшихъ критеріяхъ, съ помощью которыхъ мы опредѣляемъ человѣческія отношенія какъ отношенія должныя или не-должныя· не въ буквѣ законовъ, не въ «позитивномъ» правѣ, а въ человѣческомъ сердцѣ нужно искать эти критеріи. Естественное право утверждалось т. о. какъ масштабъ для расцѣнки права позитивнаго. Это сумма идеальныхъ «представленій о правѣ», позволяющихъ намъ «судить» о внутреннемъ достоинствѣ права позитивнаго. Къ этому «сужденію» и сводилась роль естественнаго права въ его отношеніи къ праву позитивному.

Какъ, однако, быть въ случаѣ ихъ расхожденія? Сохраняютъ ли правовой характеръ тѣ нормы, которыя противорѣчатъ нашему правовому идеалу? Можно ли послѣ подобнаго неутѣшительнаго результата ихъ сопоставленія съ правомъ естественнымъ говорить о нихъ все же какъ о нормахъ «правовыхъ»? Новое, философское естественное право отвѣчало на подобный вопросъ утвердительно и тѣмъ самымъ обнаруживало

извѣстную робость передъ тѣмъ, чтобы додумать проблему до конца. Не трудно отыскать и причину подобной робости. Тѣ, кто отстаивали идею естественнаго права, какъ бы заранѣе предрѣшали ея «не-позитивность»: вѣдь приходилось бороться съ закоренѣлымъ предубѣжденіемъ, отстаивать нѣчто, бывшее въ вѣковомъ дискредитѣ! Довольствовались тѣмъ, что напоминали «философамъ позитивнаго права», этимъ философамъ естественнаго права «въ настоящемъ»,—напоминали имъ объ опасности замыканья въ этомъ настоящемъ. Вывести ихъ изъ подобнаго «довлѣнія моменту»—ужъ здѣсь была немалая заслуга со стороны тѣхъ, кто отстаивалъ идею естественнаго права. Но все же останавливаться на этомъ нельзя. Нужно сдѣлать слѣдующій шагъ. Этотъ шагъ заключается въ признаніи того, что правовой порядокъ, который не есть вмѣстѣ съ тѣмъ порядокъ справедливый, соотвѣтствующій велѣньямъ нашего внутренняго «естественнаго» закона, не можетъ ужъ нами переживаться какъ порядокъ правовой. Его дѣйствіе не есть съ этого момента нѣчто правомѣрное: онъ можетъ висѣть надъ нами во всей его неизбѣжности, формально мы можемъ выполнять его «велѣнія», признавать его не «худшимъ изъ золъ», не вѣрить въ скорую реализацію того, что намъ представляется справедливымъ, но все это съ «правомъ» ничего общаго не имѣетъ. Оно сошло съ оси, утратило связь со справедливостью. Все зависитъ отъ обстоятельствъ, все зависитъ отъ того, насколько широко ощущается въ обществѣ это «схожденіе» права со своей оси: если широко, то и не далекъ часъ, когда право, живущее лишь внѣшнимъ образомъ, перестаетъ быть «соціальнымъ фактомъ», чѣмъ то, механически управляющимъ человѣческими дѣлами.

Когда я говорю объ извѣстной робости, помѣшавшей новому естественному праву утвердить свою «позитивность», то этимъ я объясняю лишь одну сторону явленія. Была, однако, и другая сторона. Эта послѣдняя заключалась въ томъ, что идея естественнаго права выступила здѣсь въ самой широкой формули-

ровкѣ, именно какъ идея «безконечнаго соціальнаго совершенствованія». Въ такомъ случаѣ, и не возникалъ собственно болѣе узкій вопросъ о томъ, въ какомъ же соотношеніи стоятъ правовыя требованія, болѣе конкретно обрисованныя, къ правовой дѣйствительности. Припоминая аргументацію Аристотеля о «двойственномъ» государственно-правовомъ идеалѣ (болѣе широкомъ и болѣе узкомъ, болѣе отдаленномъ и болѣе близкомъ), можно сказать, что и то философское естественное право, о которомъ я говорю, имѣетъ въ виду именно «дальній» идеалъ съ его недостигаемостью. Оно не собирается выставлять «каталога» конкретныхъ естественныхъ правъ, и въ этомъ никто его не станетъ упрекать: иначе вѣдь изъ философскаго ученья оно обратилось бы въ политическую программу и тѣмъ исказило бы свою роль. Но не выставляя конкретныхъ естественно-правовыхъ требованій, слѣдовало бы все же продумать, каково же возможное соотношеніе между естественнымъ правомъ, претвореннымъ въ опредѣленную форму, и правомъ позитивнымъ. Я и рѣшаюсь утверждать, что на ихъ совпаденіи покоится пониманіе права позитивнаго какъ «права». Безъ этого естественнаго базиса то, что называется правомъ и что можетъ «дѣйствовать» подъ видомъ права, не есть ужъ право, а въ худшемъ случаѣ насиліе — въ лучшемъ меньшее изъ золъ. Право рождается для того, чтобы реализоваться. Реализуясь оно вскрываетъ свое назначенье: полагать справедливый порядокъ общежитія*). Но все равно какъ «не-реализація» не отнимаетъ у права характера нормы справедливости, такъ и «реализація» насилія не дѣлаетъ это послѣднее справедливымъ. Бетховенъ, котораго играютъ фальшиво, не становится «не-Бетховеномъ». Все равно какъ Бетховенъ, котораго совсѣмъ не играютъ, не перестаетъ быть Бетховеномъ. Право перестаетъ быть правомъ не потому, что отъ «неупотребленія» оно теряетъ юридическую силу (такъ

*) Тутъ нужно избѣжать недоразумѣнія: «реализуется» не право, а человѣческія отношенія складываются «по праву».

наз. дерогація путемъ non-usus-a), а потому, что съ нимъ перестаютъ связывать представленіе какъ о нормѣ справедливости, т. е. просто перестаютъ считать его правомъ И насиліе не отъ «времени» становится правомъ, а потому что его перестаютъ считать насиліемъ.

Право вѣрно себѣ, вѣрно своей основной идеѣ—утверждать справедловость между людьми. Въ этомъ смыслѣ оно стираетъ не только искусственнные барьеры вродѣ различія между правомъ частнымъ и публичнымъ, но и опрокидываетъ грани между правомъ «позитивнымъ» и «естественнымъ». Здѣсь то и сказывается «основное единство правовой идеи». «Есть правда и есть кривда». Таково народное воззрѣніе. Мудрость юристовъ ничего сюда не прибавила. И поэтому праву живется легче тамъ, гдѣ меньше дробятъ его на части. Если въ англо-саксонскомъ правѣ мы не нашли утвердившимся противопоставленіе права публичнаго праву частному, то съ другой стороны мы и не нашли бы тамъ рѣзко выраженной двойственности права позитивнаго и права естественнаго.

Право стремится быть выраженіемъ справедливости. Это и есть идея права. Но это вмѣстѣ съ тѣмъ и есть отвѣтъ на вопросъ о томъ, что такое—право. Иной „объективности“ у него нѣтъ. Поскольку люди хотятъ справедливаго порядка въ своихъ взаимоотношеніяхъ, постольку они тѣмъ самымъ „полагаютъ“ бытіе права и „даютъ“ его опредѣленіе - - „быть справедливымъ порядкомъ между людьми“. Но не обнаруживаетъ ли этимъ право свою интимнѣйшую природу: именно, что его „смыслъ“ и есть его „бытіе“?

IV.

„ταῦτα μὲν κράτει νομου, βίαν τε καὶ δίκην συναρμόσας, ἔρεξα...“

Σόλων (Fragm., Aristoteles, Res publica Athenensium, XII)

Если идея права — утверждать справедливость въ человѣческихъ отношеніяхъ, то можетъ ли быть право принудительной нормой, можно ли говорить о принудительности какъ о „признакѣ“ права? По поводу принудительности, какъ элемента, входящаго въ составъ „признаковъ“ права, горячо спорятъ одни отстаиваютъ, другіе столь же рѣшительно отрицаютъ подобный элементъ. Многое, однако, здѣсь зависитъ отъ того, каковъ исходный пунктъ въ аргументаціи. Разумѣется, право „реализуется“, жизненныя отношенія складываются „по праву“ вовсе безъ того, чтобы люди руководились лишь тѣмъ соображеніемъ, что право сумѣетъ реализоваться и вопреки ихъ волѣ, въ принудительномъ порядкѣ. Поэтому, когда спорятъ противъ „признака“ принудительности именно въ этомъ смыслѣ, то спорятъ не по адресу. Тѣ, кто отстаиваетъ принудительность въ правѣ, берутъ ее или должны брать не какъ неизбѣжную принадлежность въ любомъ конкретомъ случаѣ примѣненія правовой нормы, а какъ правомѣрное „послѣдствіе“ ея непримѣненія Вопросъ, обращенный къ отрицателямъ принудительнаго характера правовыхъ нормъ, долженъ, слѣдовательно, быть поставленъ такъ: признаютъ ли они правомѣрность осуществленія нормы въ принудительномъ порядкѣ въ случаѣ „невозможности“ ея реализаціи въ порядкѣ непринудительномъ?

Отвѣтъ на подобный вопросъ дается въ діаметрально противоположномъ смыслѣ въ зависимости отъ того, есть ли въ нашемъ моральномъ сознаніи санкція началу противленія или нѣтъ. Можно ли на несправедливость реагировать силой? Мы вправѣ на этотъ вопросъ «для самихъ себя» отвѣтить отрицательно. Нельзя насъ насильно потащить въ судъ осуществлять наши справедливыя притязанія. Но есть ли у насъ право рѣшить этотъ вопросъ отрицательно и „за другихъ"? Не заключалось ли бы въ подобномъ «рѣшеніи за другихъ» намека на «противленіе»? Когда мы говоримъ, что «каждый на нашемъ мѣстѣ» долженъ былъ бы поступить такъ, а не иначе—мы въ кругу «чистыхъ» моральныхъ постулатовъ, но когда мы свое рѣшеніе хотимъ навязать другому «на его мѣстѣ», то здѣсь эта «чистота» оказывается уже нарушенной. Въ данномъ случаѣ правы не тѣ, кто выставляетъ принципъ непротивленія въ непримиримой формѣ, а тѣ, кто даютъ «совѣтъ непротивленія». Такова въ сущности позиція христіанства. Оно не собирается уничтожить земныхъ судовъ, но оно не будетъ «совѣтовать» въ эти суды обращаться. Ап. Павелъ въ первомъ Посланіи къ Коринѳянамъ (VI, 1—2) выражаетъ сожалѣніе, что члены христіанскихъ общинъ готовы искать управу въ судахъ «неправедныхъ» (*«κρίνεσθαι ἐπὶ τῶν ἀδίκων»*), т. е. въ ординарныхъ, государственныхъ органахъ юстиціи. Но тотъ же Ап. Павелъ энергично отстаивалъ принципъ «Кесарю Кесарево».

Можно быть «непротивленцемъ» «за самого себя», но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы нужно было подвергать сомнѣніямъ чистоту «противленческихъ» постулатовъ. Внимательный анализъ долженъ подмѣчать различіе между «аморальнымъ насиліемъ» и «моральнымъ противленіемъ». Съ этимъ послѣднимъ можно «лично» не соглашаться, но отсюда не вытекаетъ право на подозрѣнія въ «моральности» настроенія противленцевъ. Въ концѣ концовъ, если «судъ земной» существуетъ какъ тысячелѣтнее учрежденіе, то въ основѣ его лежатъ не одни лишь утилитарныя соображенія (невоз-

можность безъ суда обойтись и т. под.), а соображенія и моральныя: убѣжденіе, что противленіе, въ основѣ котораго лежитъ соціальная справедливость, не должно въ моральномъ смыслѣ приравниваться къ безприципному насилію. Можно быть «лично» непротивленцемъ, «органически» не любить суда со всѣми его аксессуарами, какъ не любилъ Толстой *), но отсюда еще далеко до того, чтобы не допускать самой возможности вѣры въ правомѣрность «моральнаго противленія».

Мы видимъ т. о., какъ вопросъ о «принудительности» (конечной принудительности!) правовой нормы не есть вопросъ о «признакахъ», относительно которыхъ можно столь же «объективно» спорить какъ спорятъ о «признакахъ» тифозной горячки, а есть вопросъ, который насъ приводитъ къ послѣднимъ основамъ нашего моральнаго «я». Будучи переживаемы какъ велѣнія «должнаго» и притивленіе, и непротивленіе «по содержанію» одинаково равноцѣнны, хотя, разумѣется, никто не обвинитъ «противленца» въ самопротиворѣчіи, если это противленіе онъ постарается сводить до необходимѣйшаго минимума,

У критиковъ «правомѣрности» правового принужденія въ сущности были не малыя основанія противъ этой правомѣрности выступать и выступать рѣзко. Дѣло въ томъ, что у современнаго правовѣдѣнія наблюдалась и наблюдается опредѣленная тенденція въ анализѣ права подчеркивать не столько элементъ—«что собою право осуществляетъ», сколько элементъ—«какъ право себя осуществляетъ». Въ результатѣ получалось нѣкоторое искаженіе перспективы: элементъ «принудительности» въ правѣ заслонялъ собою элементъ «справедливости». Все это происходило отъ того, что на право, въ первую голову, смотрѣли какъ на путь къ «разрѣшенію спора», какъ на средство возстановленія

*) Ср. блестящую статью В. А. Маклакова объ отношеніи Толстого къ суду въ «Русской Мысли» за 1914 г.—Герой «Живого трупа», который въ «судѣ» самъ себѣ «творитъ судъ», т. е. стрѣляется,—вотъ символъ всей позиціи Толстого въ данномъ вопросѣ.

нарушеннаго равновѣсія силъ. При томъ, однако, игнорировалось, что идея судебнаго рѣшенія заключается не въ томъ, чтобы положить «конецъ препирательствамъ» сторонъ, а въ томъ, чтобы сказать, въ чемъ же «справедливость» между сторонами. Мало того, что подобный подходъ къ суду принижаетъ его жизненное призваніе: люди и по отношенію къ «спорящимъ сторонамъ» недооцѣниваютъ моментъ «поисковъ справедливости», переоцѣнивая въ то же время моментъ «неуживчивости». Къ этой точкѣ зрѣнія вполнѣ были бы примѣнимы слова Цицерона, что право берется здѣсь какъ «путь къ сутяжничеству» (litigandi viae). Это для «сторонъ», а для суда оно «путь къ прекращенію сутяжничества». Кто станетъ отрицать, что зачастую «на практикѣ» болѣе возвышеннаго критерія къ праву и не примѣняется? «Зачастую», но не всегда. Въ судъ люди все же идутъ и за тѣмъ, чтобы искать тамъ справедливости, а судьи все же рѣшаются думать, что эту справедливость сторонамъ отмѣриваютъ, когда они выносятъ свои «принудительныя рѣшенія». Не забудемъ къ тому же, что часто въ судѣ идетъ споръ не о правѣ, не о справедливости той или иной правовой нормы, а о вопросахъ «факта» (наличность, размѣръ причиненныхъ убытковъ и т. п.). Здѣсь спорятъ не о справедливости права и по вынесеніи рѣшенія жалуются не на принудительность права, а на то, что конкретныя обстоятельства не допускаютъ его примѣненія цѣликомъ или частью къ данному лицу. Съ другой стороны подвергается критикѣ порой не столько общая идея правовой справедливости, сколько частная. Будучи справедливымъ какъ «общее» право, данный правовой институтъ объявляется не достаточно эластичнымъ, чтобы умѣть учитывать индивидуальныя особенности конкретнаго случая. Усилія новѣйшихъ законодательствъ, которыя начинаютъ отдѣлываться отъ страха передъ «судейскимъ усмотрѣніемъ», къ тому и направлены, чтобы какъ можно меньше судью связывать «общей» нормой, а отмѣривать ему рамки, настолько широкія, что внутри ихъ достаточно мѣста и для справедливости «част-

наго казуса». Различіе между «*δικαιοσύνη*» и «*ἐπιείκεια*», греческаго права или же между «justice» и «equity» англійскаго начинаетъ рѣзче подчеркиваться континентальнымъ правовѣдѣніемъ. Оно обнаруживаетъ здѣсь нѣкоторую уступку въ пользу интересовъ «частнаго» передъ всепоглощающимъ доминированіемъ «общаго», «цѣлаго».

Такимъ образомъ даже въ «спорѣ о правѣ» не слѣдуетъ переоцѣнивать моментъ принудительности. А онъ именно переоцѣнивался тѣми, кто въ правѣ хотѣлъ видѣть «принудительное велѣніе» и больше ничего. Подчеркнутость подобной точки зрѣнія не могла не породить соотвѣтствующей реакціи: она и выразилась въ цѣломъ рядѣ попытокъ эту принудительность смягчить (Шершеневичъ съ его теоріей «психическаго» воздѣйствія) или совсѣмъ устранить (философы права, подобно кн. Е. Н. Трубецкому, выдвигающіе моментъ «свободы», которую обезпечиваетъ правопорядокъ) или же, наконецъ, напомнить людямъ, что есть «иное» право, опирающееся не на внѣшній авторитетъ общественной организаціи, а на его «внутреннюю значимость» (идея естественнаго права: настойчивымъ ея защитникомъ у насъ въ Россіи выступилъ П. И. Новгородцевъ).

Какую же позицію можемъ мы усвоить по отношенію къ этимъ разнообразнѣйшимъ коррективамъ принципа принудительности въ правѣ? Прежде всего начнемъ съ послѣдняго пункта. Предшествующее изложеніе имѣло цѣлью показать что идея «иного» права должна быть додумана до конца и вложена въ идею «этого» права. Есть единое понятіе права какъ нормы справедливости и если «это право» (называйте его «позитивнымъ правомъ») переживается не какъ нѣчто справедливое, то «это право» и не есть право. Что касается перваго пункта, именно, теоріи Шершеневича, то она правильно подчеркиваетъ «фактъ» дѣйствія правовой угрозы на человѣческія сердца, хотя и не на всѣ, но вѣдь это не есть рѣшеніе вопроса о «правѣ» права «угрожать» или же приводить угрозы въ исполненіе,

если «психическаго воздѣйствія» недостаточно. Наконецъ въ пунктѣ второмъ мы наталкиваемся на явное или порой замаскированное отрицаніе «принужденія», «противленія», какъ чего то «аморальнаго». Противъ подобной позиціи спорить нельзя: здѣсь мы касаемся послѣднихъ, «принципіальныхъ» моментовъ нашего духовнаго бытія. Нѣтъ аргументовъ, которые могли бы «переубѣдить» непротивленца, сдѣлать его противленцемъ, какъ и наоборотъ. Ясно лишь одно, что юристъ, который беретъ принудительность въ качествѣ «правомѣрнаго признака» права, рѣшилъ для себя «преюдиціальный» вопросъ: о «моральности» противленія. Нужно лишь безъ экивоковъ подчеркнуть, что мы здѣсь въ той области, гдѣ кончаются «доказательства» и начинаются «внутреннія убѣжденія».

Право есть такимъ образомъ справедливый порядокъ человѣческихъ взаимоотношеній, но это вмѣстѣ съ тѣмъ порядокъ, конечная принудительность котораго не противорѣчитъ нашему моральному сознанію. Въ подобномъ смыслѣ право есть «мораль противленія»: внутренне оправданное, обоснованное противленіе въ соціальныхъ отношеніяхъ. И право, конечно, раздѣляетъ въ этомъ судьбу всякой иной соціальной нормы, за которой стоитъ та или иная форма «реакціи». Страннымъ образомъ люди, которые съ такимъ пыломъ хотятъ устранить «противленіе» изъ состава понятія о правѣ, не оказываются этимъ противленіемъ шокированы, когда дѣло идетъ о принудительности такъ называемыхъ конвенціональныхъ нормъ. Позиція—совершенно непродуманная! Одно изъ двухъ: можно или принимать, или отрицать мораль противленія. Нельзя отрицать правомѣрность противленія по отношенію къ одному подвиду соціальныхъ нормъ и проходить мимо того же пункта по отношенію къ другому ихъ подвиду,

Изъ сказаннаго вытекаютъ существенныя послѣдствія. Мораль непротивленія построяется по свободному велѣнію нашего внутренняго закона: ея велѣнья общеобязательны въ томъ смыслѣ, что каждаго «на нашемъ мѣстѣ» мы гипотетически подчиняемъ ихъ дѣйствію, но

мы не собираемся подчинять каждаго «на его мѣсто» въ соціальномъ планѣ. Именно это послѣднее хочетъ дѣлать мораль противленія. Она говоритъ о томъ, что справедливо не только по отношенію къ намъ, но и къ каждому другому, независимо отъ того, готовъ ли тотъ другой «стать на наше мѣсто» или же нѣтъ.

Общеобязательность морали непротивленія и морали противленія носитъ такимъ образамъ совсѣмъ иное выраженіе. Въ первомъ случаѣ своей моралью, своей справедливостью мы никого не собираемся связывать, кромѣ какъ въ томъ смыслѣ, что каждый «на нашемъ мѣстѣ» долженъ поступать именно такъ, а не иначе. Во второмъ случаѣ мы свою норму дѣйствія беремъ какъ нѣчто обязательное не только для насъ «на нашемъ мѣстѣ», но и для другого «на его мѣстѣ». Этотъ соціальный масштабъ не можетъ не вліять на смыслъ того, что здѣсь утверждается въ качествѣ начала« общеобязательнаго». Почему въ самомъ дѣлѣ подобная норма обязательна для каждаго на его мѣстѣ»? Отвѣтъ можетъ быть только тотъ, что мы «себя и каждаго другого» подчиняемъ «общему» источнику нормъ. Извѣстную норму мы, такимъ образомъ, «объективируемъ», связываемъ не съ актомъ личнаго, хотя и вызваннаго самыми лучшими мотивами усмотрѣнія, а съ дѣйствіемъ нѣкотораго третьяго элемента. Пока стороны не сошлись на томъ, гдѣ же этотъ третій элементъ, до тѣхъ поръ между ними и не можетъ быть разговора о правовомъ нормированіи ихъ отношеній. То, что одна изъ сторонъ будетъ утверждать какъ нѣчто «общеобязательное», другая сторона будетъ воспринимать, быть можетъ какъ нѣчто «неизбѣжное», неотвратимое, но не какъ правомѣрное. Идея правомѣрности права есть идея «естественности» его источника

А этотъ естественный источникъ права и есть его «справедливый» источникъ. Все, разумѣется, здѣсь зависитъ «отъ времени и мѣста». И даже старое естественное право, когда оно стремилось извѣстную сумму правовыхъ нормъ связать съ источникомъ, который не

подверженъ дѣйствію «времени и мѣста», на самомъ дѣлѣ утверждало не столько незыблемость содержанія, сколько незыблемость самой идеи права. Поэтому критика естественнаго права со стороны исторической школы была критикой «неисторической», близорукой. Лишь въ наши дни начинаетъ выясняться не только принципіальное значеніе, но и историческая роль доктрины естественнаго права.

Тотъ, кто прочтетъ эти страницы, не останется ли подъ впечатлѣніемъ, что его хотятъ убѣдить какъ бы въ двоякости морали: одной — личной, другой — соціальной? Такое впечатлѣніе не соотвѣтствовало бы намѣреніямъ автора. Мораль одна, какъ и справедливость одна. Но ея смыслъ не можетъ не мѣняться въ зависимости отъ того, хотимъ ли мы ея постулаты выставить въ качествѣ общеобязательныхъ «для каждаго на нашемъ мѣстѣ» или же «для каждаго на его мѣстѣ въ соціальномъ планѣ». Каждый на нашемъ мѣстѣ пусть будетъ обязанъ все свое имущество раздать бѣднымъ. Это строго моральный постулатъ. Но онъ пересталъ бы имъ быть, если бы мы подобное требованіе предъявили къ каждому, независимо отъ его собственнаго моральнаго отношенія въ этомъ пунктѣ. Совсѣмъ другой вопросъ, если свое требованіе мы подкрѣпили бы ссылкой на его обязательность не только для насъ, но и для другого лица—на обязательность, вытекающую изъ того, что источникъ даннаго требованія «правомѣренъ» въ глазахъ обѣихъ сторонъ. Наше требованіе не носило бы здѣсь аморальнаго характера, ибо оно было бы здѣсь построено въ «соціальномъ разрѣзѣ». Поэтому то и нужно отнестись отрицательно къ новѣйшимъ попыткамъ «оріентировать» право на морали или же мораль на правѣ. Не оріентировать ихъ другъ на другѣ, а выяснить специфичность смысла морали въ личномъ и въ соціальномъ разрѣзѣ — въ этомъ, думается, подлинная и плодотворнѣйшая задача науки — въ томъ числѣ и науки о правѣ. А если будетъ выяснена эта специфичность, то и сдѣлаются ненужными разговоры о «преимуще-

ствахъ» «морали» передъ «правомъ». Оба равно хороши —каждое на своемъ мѣстѣ. Поэтому если опредѣленность, ограниченность правовыхъ велѣніи ставится имъ въ нѣкоторый минусъ, если «узости» права противо поставляется «широта» личной морали, то подобный подходъ есть результатъ смѣшенія понятій: «неопредѣленность» моральныхъ требованій, взятыхъ въ соціальномъ разрѣзѣ, была бы ихъ недостаткомъ, а не достоинствомъ. У морали въ личномъ и въ общественномъ порядкѣ—свой специфическій смыслъ, свое призваніе, въ итогѣ и своя цѣнность.



ОГЛАВЛЕНІЕ

Предисловіе 3
I. Соціальное отношеніе и соціальное взаимодѣйствіе 7
II. Правоотношеніе частное и публичное. . . . 24
III. Основное единство права. 49
IV. Принужденіе въ правѣ 57