Труды Петроградского кооперативного института учрежд. общ. опт. зак. для потребит. общ.



Проф. Я. М. Магазинер.

SE
M 12

ЛЕКЦИИ

ПО

ГОСУДАРСТВЕННОМУ ПРАВУ

(Общее государственное право).

(Читаны во Втором Петроградском Университете и в Петроградском Кооперативном Институте).

ПЕТРОГРАД,
18-я Государственная типография, Лештуков, 13
1919.

ТОГО ЖЕ АВТОРА:

Самодержавие народа, Опыт социально-политической конструкции суверенитета. Спб., 1907, ц. 80 к.

Чрезвычайно-указное право в России (ст. 87 Осн. зак.), Спб., 1911, ц. 1 р.

Юридическое значение манифеста 17 октября 1905 года, М., 1915 ц. 40 к.

Политическая идея М. М. Ковалевского, в связи с характеристикою его личности, Пгр., 1917, ц. 50 к.

Республика, ее сущность и важнейшие демократические формы, Пгр., 1917, ц. 75 к.

Положение о выборах в Учредительное Собрание с 10 приложениями Комментарии Я. М. Магазинера и Э. Э. Понтовича, Пгр. 1917, ц. 1 р. 50 к.

Л. Ольстон, Краткий очерк современных конституции, перев. под редакциею и с дополнениями Я. М. Магазинера, Пгр., 1917, ц. 1 р. 25 к.

Швейцарская конституция, перев. под редакциею и с предисловием Я. М. Магазинера, Пгр., 1917, ц. 70 к.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Глава I. Существо государства.

стр.

§ 1. Психологическая теория государства 2
§ 2. Классовая теория государства 3
§ 3. Двойственная природа государства 7
§ 4. Задачи государства и цели права 9

Глава II. Элементы государства.

§ 1. Территория и население . 15
§ 2. Государственная власть . 17

Глава III. Происхожденіе государства.

§ 1. Теории теологическая, договорная и патримониальная 23
§ 2. Теории патриархальная, насилия и марксизма . .
§ 3. Постановка вопроса и выводы 29

Глава IV. Методы изучения государства.

§ 1. Характер государственно-правовых норм 44
§ 2. Социология и гос. право, их различия и объект . . 46
§ 3. Социологическая и юридическая точки зрения . 48

Глава V. Источники государственного права.

стр.

§ 1. Закон 50
§ 2. Обычай 55
§ 3. Практика государственных учреждений . . . .
1. Обычная практика . . 57
2. Прецедент 57
3. Соглашение 59
§ 4. Не-право 60

Глава VI. Юридическая природа государства и его органы.

§ 1. Государство, как субъект, объект и отношение . . 64
§ 2. Орган государства . . . 67
1. Романисты 67
2. Отто Гирке 68
3. Г. Еллинек 69
4. Л. Дюги 70
5. А. Бертелеми 72
6. М. Ориу 72
7. Э. Гёльдер и Ю. Биндер. 78
8. Н. И. Лазаревский . . 79
9. Н. М. Коркунов 81
10. Три основные теории органа 81

Глава VII. Учение об органе, какъ представителе государства.

§ 1. Чье право осуществляет орган? 83

стр.

§ 2. Орган—представитель государства 96
1. Юридическое лицо и представительство . . 97
2. Народное представительство 102
3. Монарх 105
§ 3. Отличительные признаки органа 109

Глава VIII. Суверенитет и важнейшие свойства суверенной власти.

§ 1. Независимость 119
§ 2. Единство 122
§ 3. Всемогущество 125
§ 4. Вечность 126
§ 5. Неделимость, неотчуждаемость, непогашаемость . 130

Глава IX. Разделение властей; трехчленное деление и учредительная власть.

§ 1. Монтескье и конституанта. 132
§ 2. Современная постановка вопроса 133
§ 3. Учредительная власть и конституция 138

Глава X. Главнейшие государственные формы.

§ 1. Формы государства: федерация, автономия и самоуправление 142
§ 2. Формы правления: монархия и республика 144

стр.

1. Конституционная монархия 145
2. Представительная республика 148
§ 3. Формы государственного устройства 149
1. Самодержавие 150
2. Парламентаризм . . . 150
3. Народоправство. . . . 164
А. Народная воля в системе представительства 165
Б. Народное законодательство: референдум и инициатива . 170
В. Оценка народного законодательства . 180

Глава XI. Глава государства в республиках и монархиях.

§ 1 А. С. Алексеев и Ф. Ф. Кокошкин 189
§ 2. В. М. Гессен 191
§ 3. Н. М. Коркуновъ и С. А. Котляревскій 192
§ 4. Г. Еллинек 192
§ 5. Эд. Бернацик 194
§ 6. Монарх—высший орган; следствия этого признака. 195
1. Безответственность . . 198
2. Безсрочность 201
3. Абсолютное veto . . . 204
4. Роспуск парламента . 212

Дополнение . . . . . 217—219.

Указатель . . . . . 221—234.

ПРЕДИСЛОВИЕ.

Русская оригинальная и переводная литература государственного права далеко не бедна учебными средствами. Кроме трех классических курсов по *общему* конституционному праву *А. Эсмена*, *А. Дайси* и *В. Орландо*, и трех наиболее выдающихся курсов по *русскому* конституционному—*Н. М. Коркунова*, *В. В. Ивановского* и *Н. И. Лазаревского*, мы имеем три „глубоко-задуманных монументальных синтетических труда последних трех лет *В. М. Гессена*, Основы конституционного права, 2 изд., Спб., 1918, *С. А. Котляревского*, Власть и право, М., 1915, и *Б. А. Кистяковского*, Социальные науки и право, М., 1916. Затем, крупную и незаменимую ценность для значительного числа вопросов *общего* государственного права представляют труды *А. Д. Градовского*, Начала русского государственного права, Спб., 1875, *А. С. Алексеева*, Русское государственное право, 4 изд., М., 1897, и бар. *Б. Э. Нольде*, Очерки русского государственного права, Спб., 1911. Особенно важные элементы для общего государственного права, достигающие иногда исключительного значения, содержит в себе труд *Л. И. Петражицкого*, Теория права и государства, Спб., 1907, а отчасти—курсы *Н. М. Коркунова*, Лекции по общей теории права, Спб., 1908, и *П. Г. Виноградова*, Очерки по общей теории права, М., 1915. Своеобразное, суммарное изложение этих элементов — у *Ад. Меркеля*, Юридическая энциклопедия, Спб., 1902, *И. Колера*, Введение в науку права, Спб., 1903 и *Густ. Радбруха*, Введение в науку права, М., 1915. Не мало интересных и новых учений и фактов — в новейших курсах *Г. Ф. Шершеневича*, Общая теория права, М., 1912, *О. В. Тарановского*, Учебник общей теории права, Юр., 1917 и *А. И. Елистратова*, Основные начала административного права, 2 изд., М., 1917. Наконец, необходимо указать на студенческое издание курса *М. М. Ковалевского*, Лекции по конституционному праву, Спб., 1909, новый курс *С. А. Корфа*, Русское государственное

право, М., 1915 и обширное учебно-справочное руководство *В. Вильсона*, Государство, М., 1905. Полезно также отметить три популярных сжатых очерка общего характера: *Е. В. Спекторского*, Государство, Спб., 1918; *К. Н. Соколова*, Современная республика, Спб., 1918 и *Я. М. Магазинера*, Республика, ее сущность и важнейшие демократические формы, Спб., 1917.

Все эти книги представляют собою либо основные и специальные руководства по данной ветви государственного права, либо работы общего, не-монографического характера, охватывающие значительную массу коренных вопросов государственной науки. Но во всех этих работах вопросы общего государственного права освещаются или только в определенных его областях или бегло, от случая к случаю.

Что же касается специальных курсов, посвященных *общему* государственному праву, то, кроме значительно устаревшего *Б. Н. Чичерина*, Общее государственное право, М., 1894, (не говоря уж о *Л. Блюнчли*, Общее государственное право, М., 1865), затем, одностороннего и неполного *Л. Гумпловича*, Общее учение о государстве, Спб., 1910, (а также *М. А. Рейснера*, Государство, М., 1911), наконец, пестрого и неточного *Ю. Гачека*, Общее государственное право, Р., 1913 (и *А. А. Жилина*, Учебник государственного права, Спб., 1916), мы имеем три недосягаемо-законченных и образцовых, каждый по своему, курса: *Г. Еллинека*, Общее государственное право, 2 изд., Спб., 1908, *Л. Дюги*, Конституционное право, М., 1908 и *Ф. Ф. Кокошкина*, Лекции по общему государственному праву, М., 1912. Из них, однако, *Еллинек*, при всей точности, полноте и глубине своих положений, крайне труден для усвоения его студентами; *Дюги*, при всей оригинальности, широте и значительности своих мыслей, во многом темен и противоречив; *Кокошкин*, при всех достоинствах ясности, простоты и краткости, не содержит ряда проблем общего государственного права или они слишком бегло в нем освещены (источники государственного права, методы изучения государства, формы государства, его устройства и управления). Кроме того, по многим вопросам, курсы эти не впитали в себя целого ряда учреждений, учений и фактов, возникших и сложившихся в XX веке: фактический позитивно-правовой материал, ряд новейших работ по методологии государственных наук и по положительному праву некото-

рых передовых стран Запада, перечислить которые здесь нет возможности; они большею частью указаны в тексте, в литературе по каждому отделу.

Но самое главное—эти три лучших курса почти распроданы или совершенно недоступны. Не имея поэтому возможности рекомендовать своим слушателям курс и ни минуты не претендуя заменить какое-либо из указанных руководств, я решил систематизировать свои заметки по государственному праву, накопившиеся в течение ряда лет преподавания, и дать сжатый очерк важнейших идей и фактов общего государственного права современности, какою ее застали европейская война и русская революция. Я воздержался от глубокого искушения учесть те ценные уроки, которые даны нам этими обоими мировыми сдвигами, во-первых, потому, что они теперь могут быть освещены только с определенной партийно-политической точки зрения, неоправдываемой в учебнике; во-вторых, потому, что ни война, ни революция еще не закончены, и всякие выводы, построенные на опыте последних нескольких лет, если они противоречат политическому опыту последних нескольких столетий, были бы преждевременны и не продуманы до конца. Только кое-где допущены мною беглые замечания, как кажется, бесспорного теперь для всех свойства; затем, в разных частях работы приведены положения новой русской конституции 10 июля 1918 г., насколько это было возможно в учебнике *общего*, а не русского, государственного права, при чем в гл. IX, § 2, дано изложение центральных элементов конституции 10 июля 1918 г.

Что касается основного предмета изучения, то совершенно объективно излагается то, что является современным государственным *правом* или составляет его *идейно-правовую* основу: одобрение того, что автору нравится, и укоры тому, что автору не нравится, только разрушили бы цельность изложения, и на место объективно-данной, целостной правовой системы явилось бы одно лишь субъективное отражение ее в уме автора, раздвоенное одобрением одного и осуждением другого. Вместе с тем, везде в работе имеется в виду *средний тип современного государства*; поэтому политические формы, имеющие теперь уже только исторический интерес, как и политические формы будущего, приняты во внимание только, как вспомогательные элементы; в против-

ном случае, из синтеза прямо-противоположных систем ничего, кроме общих мест, получить невозможно было бы. Поэтому всюду идет речь о среднем типе государства современной культуры, и где только возможно, учитываются как *пережитки* прошлого, так и *тенденции* будущего развития, поскольку это облегчает понимание основных идей нашей науки, т. е. *общего* государственного права.

Сознаю все несовершенства своей работы, на которую смотрю, только как на начало осуществления большой и трудной задачи, и которую решился выпустить только в виду ее безусловной необходимости для целей преподавания. Заранее благодарю за всякое замечание, направленное к ее исправлению и усовершенствованию.

В заключение не могу не выразить сердечной признательности профессору В. М. Гессену за глубокие и ценные замечания, высказанные по поводу работы и побудившие меня усилить и развернуть некоторые коренные ее элементы.

Октябрь, 1918 года

P. S. Книга эта испытала на себе все политические бури истекающего 1918 года: она писалась в период действия Брест-Литовского договора, исправлялась—во время военного разгрома австро-германской коалиции и печаталась—в разгаре стихийной социально-политической революции в побежденных монархиях центральной Европы. Где еще возможно было считаться с этими фактами, я стремился сделать это, не предрешая будущего и фиксируя законченную работу настоящего. Несомненно, что в глубине потрясенного быта Европы творится новое право. Но это возникающее право не делает излишним изучение дореволюционного права: те элементы старого права, которые жизненны, сохранят и в дальнейшем свое значение; те же, которые осуждены, должны быть изучены хотя бы потому, что как бы глубоко и безвозвратно они ни разрушались, надо *знать* их для того, чтобы успешно их преобразовать или заменить новыми. Вот почему они не устранены из книги, хотя для многих из них уже пробил тот час, о котором можно сказать: „ultima forsan“...

Декабрь, 1918 г

ГЛАВА I.

Существо государства.

Г Еллинек, Общее учение о государстве, Спб, 1908; *Л Дюги*, Конституционное право, М, 1908, *его же*, Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, Спб., 1909, *Л І Петражицкий*, Теория права и государства, Спб. 1907; *П И Новгородцев*, Кризис современного правосознания, М, 1909; *С. А Котляревский*, Власть и право, М. 1915, *Б. А Кистяковский*, Социальныя науки и право, М., 1916; *Н. И Палиенко*, Учение о существе и правовой связанности государства, Харьк., 1908, *Г Ф. Шершеневич*, Общая теория права, I—IV, М, 1910-1912; *Л. Гумплович*, Общее учение о государстве, Спб, 1910; *К. Маркс*, Собрание исторических работ, Спб, 1906; *F. Engels*, E Durings Umwalzung in der Wissensshaft, 7 изд, 1910; *Л. Вольтман*, Исторический материализм, Спб. 1901, *Антн Менгер*, Новое учение о государстве, Спб, 1909, *его же*, Народная политика, Спб, 1907, *Hugo Preuss*, Ein Zukunftstaatsrecht, (о Менгере), Arch. d. offent Rechts, 1903, B XVIII.

Что такое государство, где его источники и в чем его цели—эти вопросы до сих пор не решены в науке права, и самые противоположные ответы даны на этот вопрос. В то время, как одни видят смысл государства в том, что оно устраняет войну всех против всех в обществе и в интересах общего блага укрощает стихию хищных инстинктов в человеке,—другие, напротив, видят в государстве орудие борьбы господствующих общественных классов против подавленных и подчиненных классов, простое средство их угнетения и порабощения, ради удовлетворения худших инстинктов себялюбивой жадности и жестокости. Согласно первому воззрению, государство *прекращает* войну внутри общества, согласно второму—государство *организует* эту

борьбу и становится на сторону одной из борющихся сторон, на сторону сильнейшей и командующей части общества.

§ 1. Психологическая теория государства Многочисленные противоречивые и неудачные попытки исчерпать в каком нибудь одном направлении многогранную сущность государства привели к вопросу: да возможно ли определить его сущность,—и даже создали род правового нигилизма: да существует ли государство, как реальность? Говорят, что государства, как реальности нет; что государство есть лишь идея, организующая поведение людей; что для принуждения людей к повиновению, люди создали особое отвлеченное, никем никогда невиданное существо, назвали его государством и требуют подчинения ему *(Л. І. Петражицкий)*.

Развивая основные элементы этого учения, можно сравнить нереальность государства с нереальностью какого-нибудь языческого божества: жрецы этого божества, как жрецы современного государства, требуют подчинения своему божеству, и его именем повелевают верующим; но когда исчезает эта вера, все видят, что никакого божества нет, а есть власть жрецов. То же и с государством: как божество существует не во вне, а внутри человека, и социальный смысл его в том, чтобы вызвать общественно-необходимое поведение человека, так и государство само по себе не существует, а есть только душевное переживание человека, который этим путем побуждается к общественно-полезному поведению и обессиливается для поведения общественно-вреднаго.

Такова психологическая теория государства, если сделать из нея необходимые социологические выводы. Справедливо, что „сущность“ государства мы познать не можем, но из этого не следует, что государство не есть реальность, как не зная, напр., „сущности“ электричества, мы не отрицаем однако его реальности, можем изучать его проявления, его свойства и применять их в интересах общественнаго блага. Психологическая теория, далее, верно определяет те душевные переживания, которые порождаются идеею государства, но эти переживания порождаются не отвлеченною идеею государства, не голым *представлением* о нем, а самим государством, как фактом.

Государство есть *организованный народ*, живущий на определенной территории и охваченный особаго рода властною организациею; не *чувство* связанности друг с другом,

а действительная *связанность*, как фактическая взаимная зависимость, составляет основной элемент государства, но только *один* из элементов, а именно—*власть*. Само же государство есть не идея и не чувство, а особаго рода соединение людей со всею материальною обстановкою, которая их окружает, и со всеми материальными ценностями, которыми они обладают. Реальным и вечным содержанием этого соединения является население. Справедливо было замечено, что, в противовес известной формуле Людовика XIV—„Государство—это я",—французский народ с бо̀льшими основаниями мог бы сказать о себе: „Государство—это мы". Государство есть особой формы соединение людей; исчезнут эти люди—не станет государства, разорвется связь между людьми—и на месте государства останется одна „буйная людская пыль". Психологическая теория правильно передает правовые представления, вызываемые в членах государственного союза фактом совместной жизни в государстве, но она строит государство, не как факт, а как переживание гражданина, т. е. подходит к государству с точки зрения идеалистической, а не реалистической: справедливо, что она изучает не выдуманные душевные явления, а действительно-происходящие, но она заменяет реально существующие во-вне *условия и отношения* реально-существующим *представлением* о них; она изучает не самые отношения. а их образ в психике человека.

§ 2. Классовая теория государства. Такую же противоположность в точках зрения мы встречаем и там, где сущность государства выводят из его *целей*. Одни говорят, что государство существует во *всеобщем* интересе; не во имя интересов группы, класса или сословия существует государство, а в интересах всего народа, равноценнаго и равноправнаго во всех своих частях и единицах. Другие, напротив, утверждают, что государство существует в интересах определенных господствующих в обществе *классов*, и действует оно исключительно в интересах этих классов: нет и не может быт общего для всех классов государственного интереса, а есть интерес отдельных классов; государство же существует для охраны определенных интересов и для исполнения воли господствующих классов.

Обе эти теории также рассматривают государство под двумя совершенно разными углами зрения. Первая теория

говорит о том, во имя чего существует государство *по праву*, во имя чего оно должно существовать, в чем оно само должно видеть смысл своего существования; одним словом это— точка зрения должного, а не сущего,—того, что должно быть, а не того, что есть. Это есть *юридическая* точка зрения на государство. Вторая теория, построенная с *социологической* точки зрения, говорит не о том, каким должно быть государство по праву, а о том, как оно действует *на деле*, и во имя чего оно существует, если судить его не по правилам, которые оно должно себе ставить, а по мотивам, которыми оно руководится на деле.

Наука общего государственного *права*, как это видно из самого ее названия и как это будет показано по существу (гл. IV, §§ 2 и 3), рассматривает государство с вышеуказанной, *юридической* точки зрения, т. е. исходит из *обязанности* всякой государственной власти действовать не в классовом, а в общегосударственном интересе; эта *обязанность* не снимается с государства тем *фактом*, что в действительности идеальной и незаинтересованной власти, одинаково ко всем справедливой, никогда не существовало. Когда мы говорим, что по закону опекун получает власть над опекаемым исключительно ради блага опекаемаго, а не для собственного обогащения,—то это бесспорное положение современного *права*; но что *на деле* множество опекунов пользуются своею властью именно для личного обогащения, а не для блага опекаемаго,—это не менее бесспорный факт современной *действительности*. То же происходит с классовым и общегосударственным интересом у правящих: когда мы видим своекорыстие господствующих классов, правящих государством, то самое наше осуждение их за это своекорыстие возможно лишь с точки зрения *права*, которое обязывает их действовать во имя *общегосударственного*, а не классового интереса, между тем как они действуют наоборот.

В чем же заключается этот общегосударственный интерес? Современное право дает ему следующее содержание и обоснование. Прежде всего, с точки зрения права, общий интерес всех членов общества заключается в охране целости и успешности всей культурно-хозяйственной системы общества, в обеспечении за данным обществом полной *свободы самоопределения* как в среде других общественных систем, так и в своих внутренних отношениях. Поэтому каковы бы

ни были противоречия классовых интересов внутри государства, как бы противоположны ни были эти интересы и как бы пристрастно ни защищало государство интересы господствующих классов,—право предполагает интересы, общие для всех классов. Это не значит, что *общие* интересы *тождественны*; напротив, они часто противоположны и отличаются друг от друга, прежде всего,—*по объему*, ибо один класс имеет огромные блага от общения, другой—незначительные; затем, интересы эти различны по *содержанию*, ибо разные классы ищут совершенно различных благ в общении; наконец, эти интересы различны по *напряжению*, ибо один убежден, что „пролетарии не имеют отечества“ или же,—ubi bene, ibi patria, а для другого—нет места на земле вне даннаго общения; напр., Сократ или Дантон, которые предпочли принять смерть от своего отечества, чем бежать из тюрьмы за его пределы: „нельзя унести отечество на подошвах своих башмаков“ (Дантон). Это значит, что государственное общение дает своим членам некоторые, иногда различные, часто противоположные, но всегда очевидные блага, почти незаменимые для свободного члена общения. Как бы различны ни были эти блага у различных общественных групп, у всех у них имеется один общий интерес: как бы потом ни *делить* общественные блага, все заинтересованы в том, чтобы благ этих было больше, а не меньше, и чтобы охранены были те блага, которые имеются. Само собою ясно, что *регулирование сил природы*, будь то шлюзы в Голландии или система орошения в Индии и Египте, есть интерес, общий всему населению; защита от стихии землетрясения, воды или огня,—такой примитивный интерес понятен сразу в своей всеобщности. Но и более сложный, пропитанный живыми противоречиями общественности, интерес *военной защиты* государства, направленный на ограждение целости хозяйства и культуры страны, охраняет интерес, общий всем классам, ибо разрушение хозяйственной системы, ея расстройство или падение ея производительной способности ударяет по всем классам. Исторически возможны такие положения, когда в защите даннаго государства заинтересованы только определенные его классы, ибо они извлекают исключительно для себя высшие блага государственного общения, устраняя от этих благ и от власти другие классы.

Тогда устраненные классы в такой же мере заинтересованы не в защите, а в падении этой системы: они готовы потерять часть наличных государственных благ, чтобы с бо́льшею выгодою для себя поделить их остаток. Но возлагать надежды на военный разгром своей страны—значит надеятся на стихию, которою никто управлять не в силах: никто не может знать, как далеко вглубь пойдет разрушение данной хозяйственной системы, сколько еще благ останется нетронутымъ этим разрушением и сохранит ли вообще данная система *свободу самоопределения* и самостоятельного перераспределения общественных благ. С этой точки зрения, можно сказать, что армия есть как бы доспехи, покрывающие тело народа: пробиты доспехи, и обнажается живое тело народа. Правда, военный разгром, которому подверглась Пруссия со стороны Франции при Іене и Ауерштедте в 1806 году и, наоборот, не меньший разгром, которому подвергла Пруссия—Францию в 1871 г.,—оба эти военные бедствия послужили для обеих стран толчком к обновлению и возрождению их культурно-хозяйственной системы: но из того, что величайшия несчастия служили часто великим закалом для характера человека или народа, не следует, что надо желать этих несчастий, искать их или идти им навстречу, так как исход их никому и никогда еще не был обезпечен. Это—колоссальный исторический риск, которому угнетенные классы подвергают себя только в таком режиме, господство которого губит страну не меньше, чем военный ее разгром. Таким образом, с точки зрения права, каково бы ни было напряжение борьбы классов внутри данной хозяйственной системы,—ее защита от ударов извне есть общий интерес всех классов, ибо конечная цель всякой классовой борьбы есть завоевание возможности руководить хозяйством страны, играть в нем решающую роль; но даже завоевав эту возможность, невозможно ею пользоваться, раз судьба *всей* хозяйственной системы зависит не от входящих в нее людей, а от внешней, чужестранной и враждебной силы, для которой эта система—не господствующая *цель*, а подчиненное *средство*, для осуществления чуждых и даже враждебных этой системе, целей. Вот почему так предостерегал еще *Макиавелли* против приглашения иностранной военной помощи для победы во внутренней классовой борьбе.

Таково обоснование общего интереса в современном праве; ниже (§ 3) мы увидим, насколько оно правильно. Конечный же его вывод тот, что 1) общим интересом диктуется одна из главнейших целей государства—защита хозяйства и культуры от внешних опасностей, будь то сила природы или враждебное общество и что 2) тем же общим интересом диктуется обезпечение *жизни, имущества и чести* граждан: убийства, разбои и насилия составляют угрозу для всех членов общества, а устранение их составляет интерес всех классов общества, хотя бы какой-нибудь из них в исключительных условиях и сам угрожал этим благам во имя своих классовых целей. Внешняя и внутренняя безопасность есть самый основной, примитивный интерес всеобщего характера, который государство охраняет. И здесь государственная власть формально выступает, как орган всего общества; то, что оно охраняет неравномерно и несправедливо различные классы, как во-вне, так и внутри государства—зависит от сравнительной силы классов, и с правовой точки зрения осуждается, ибо, формально, для современного государства, недопустимы какие бы то ни было различия в заботах о безопасности жизни, имущества и чести граждан как внутри государства, так и во внешних его отношениях.

§ 3. Двойственная природа государства. Для правильного и исчерпывающего понимания государства, недостаточно ограничиться только одною указанною стороною государства, где оно выступает, как орган всего общества и в интересах всего общества. Таким государство должно быть по *идее* своей, по тому единственно возможному оправданию, которое заложено в самой его основе. Однако, на деле, государство есть далеко не то, чем оно является по праву. По праву, оно должно быть бесстрастным *судьею* между борющимися классами; оно должно держать весы правосудия в твердых руках, не колеблющихся ни от каких личных или классовых пристрастий; на деле же оно обычно не в силах отрешиться от этих пристрастий, и, в борьбе между классами, не „парит“ над ними, а является заинтересованною *стороною* в этой борьбе: не потому, что оно сознательно и умышленно нарушает чуждые ему классовые интересы, а потому, что органами государственной власти являются представители тех классов, которые организуют хозяйственную, культурную и политическую жизнь страны. Естественно, что

они проникнуты понятиями, психологией и интересами этих классов не за страх, а за совесть.

Добросовестный орган власти в современном государстве не вправе и не будет ставить пред собою определенный классовый интерес, который он будто бы должен защищать в ущерб общегосударственному. Напротив, было бы полным пренебрежением и нарушением коренной обязанности органа, если бы он забыл о том, что как государство, так и он сам существуют во всеобщем интересе, и во имя его одного они должны действовать.

Но на деле орган власти принадлежит к определенному общественному кругу, имеет определенные общественные идеалы и убеждения и не может не верить, что благо целого в решающей степени и прежде всего зависит от блага определенных классов.

Процветание общества, его интересы и благополучие сливаются в сознании органа власти с успехами известных общественных классов, и, в идее руководясь благом целого, орган власти на деле руководится благом той части целого, которая представляется ему фактором решающим и важнейшим для блага целого. Так создается двойственная природа государственной власти: существуя во всеобщем интересе всех классов общества, она охраняет интерес определенных его групп, и будучи обязана специально защищать эти группы лишь в интересах целого, оно кончает тем, что защищает целое лишь в интересах этих групп

Только преодолев эту сложную двойственную природу государства, можно правильно понять его существо. Надо помнить, что по праву государство может оправдать свои действия лишь тогда, когда будет доказано, что оно действовало во всеобщем интересе и особая защита определенного класса может быть юридически оправдана только тогда, когда будет установлено, что только таким путем возможно было охранить интерес целого. Поэтому исключительная и самодовлеющая защита класса в ущерб и за счет интересов целого есть извращение *правовой* роли государства, как бы часто это извращение ни наблюдалось.

Сколько бы нарушений собственности ни происходило в современном обществе, оно не перестает быть оттого обществом, основанным на частной собственности, ибо нарушение права не уничтожает еще самого права. Сколько бы

раз отдельный судья, вопреки закону, ни отпустил социально-сильнаго преступника, сколько бы раз ни склонил он безнаказанно в его пользу весы правосудия,—он не может своими *противоправными* действиями отменить то *правовое* начало, что граждане равны пред законом, и потому судья обязан судить „не взирая на лица". Таково соотношение 1) факта и права, и 2) государства и права; такова роль государства пред лицом права, таковы те *требования*, которые граждане в праве обращать к государству

§ 4. Задачи государства; кодекс социальной дуэли. Обратимся теперь к рассмотрению тех *требований*, которые предъявляются к современному государству, т. е. тех задач, которые возлагаются на государство современным правом. Но прежде необходимо сделать два важных замечания. Первое из них заключается в том, что всякая правовая система рассчитана на *замиренное*, а не революционное состояние общества; предполагается окрепшая и развитая государственная власть, подавившая все попытки сопротивления и организовавшая свое длительное, неограниченное во времени господство. Разумеется, и в недрах этого замиренного правопорядка классовая борьба не прекращается, а лишь уходит в глубь и принимает видимо смягченные формы; сама борьба однако идет, и для права возникает реальная и неустранимая задача—организовать условия этой борьбы, раз еще немыслимо прекратить ее. Задача права и заключается в том, чтобы — пока продолжается мирное состояние, обычно длящееся десятилетиями — указать заранее те определенные условия, возможности, цели и средства борьбы, которые допустимы или, напротив, исключены на этот ближайший исторический период. В этих созданных правом берегах и течет жизнь, пока накопление созревших классовых противоречий и *неразрешимость их в пределах данной правовой системы* приводят всю систему к крушению и гибели, т. е разражается революция, для которой нормы мирного правопорядка имеют условное значение.

Второе из упомянутых нами замечаний заключается в том, что в науке права идет речь о государстве, каким оно *само себя считает обязанным быть*, а не каким бывает на деле; изучаются обязанности государства, которые на нем лежат, а не поступки его, которыми оно их нарушает. Эти обязанности строятся современным правом следующим об-

разом. При наличности обостренной борьбы классов в современном гражданском обществе, несомненно, что эти классы уничтожали бы друг друга в гражданской войне, и вечная ненависть, злоба и месть исключали бы самую возможность гражданского общества, еслибы не мысль о некотором общем интересе, связывающем все эти классы. Государство и призвано охранять этот общий интерес, и в споре между классами искать таких путей, таких мер и общих правил, которые вели бы к обезпечению этих общих интересов, а также тех классовых и личных интересов, которые содействуют благу целого или совпадают с ним. Таким образом, если государственная власть по источнику своему является классовою, то по задачам своим она должна стоять над классовою борьбою; формально, она является судьею в борьбе классов, и даже более того: она вырабатывает правила этой борьбы. В этом, с точки зрения правовой, заключается важнейшая задача государства.

Чтобы ввести классовую борьбу в некоторое русло, чтобы поток этой борьбы не разрушал самой возможности общественной жизни, необходимо ограничить средства и формы социальной борьбы, надо устранить из нея те, которыя исключают самую общественную жизнь, подрывают возможность ее развития и создают излишние страдания; вместе с тем надо и положительно наметить основные условия и формы общественной борьбы. Одним словом — надо создать *кодексъ правилъ социальной дуэли*, чтобы классовая борьба не превратилась в классовую расправу, чтобы победа не сводилась к разгрому, а поражение не означало бы рабства; вместе с тем надо обезпечить равенство прав и обязанностей в борьбе, а также одинаковые для всех борющихся условия ее возникновения, течения и прекращения. Таковы задачи того кодекса, который обязана создать государственная власть. Этот кодекс есть право. На деле оно проникнуто далеко не равенством, беспристрастием и гуманностью; но чем ближе к современности, тем менее отрицает государственная власть, что именно этими началами *должен* быть проникнут этот кодекс.

В основу этого кодекса, т. е. права, современное государство полагает три идеи. Прежде всего, должна быть обеспечена самая *возможность социальной жизни*. Этой цели служат те области права, которые охраняют личную и иму-

щественную безопасность, т. е. организация властей в государстве,—в том числе армии и бюрократии, — уголовные и гражданские законы и судопроизводство; затем, законы, обеспечивающие государственные финансы, а также народное хозяйство и народную культуру, их источники и развитие, наконец—доступность продуктов хозяйства и культуры широким массам народа; достаточно здесь указать и на задачи государства в области народного хозяйства, науки, искусства, образования, здоровья, благоустройства, призрения и т. д.

Дальнейшею задачею государства является обезпечение *возможности социальной борьбы*. Государство не создает социальной борьбы; оно безсильно также ее прекратить; оно способно лишь организовать ее и ввести в берега. Подавление социальной борьбы ведет к остановке в развитии хозяйства и культуры; не допускать проявлений этой борьбы и видеть в ней социальную болезнь, значит забывать о творческих результатах этой борьбы; к тому же, если это—болезнь, то подавлять ее, загонять внутрь социальнаго организма, не значит лечить ее.

Если один класс отдан в жертву другому, если сопротивление социальному гнету невозможно, то общество живет как на вулкане, и возрастание недовольства, подобно накоплению пара, способно разорвать сдавливающую его оболочку. Государство вправе вмешаться в борьбу классов, не в утопической надежде прекратить эту борьбу и не в реакционных целях помочь сильнейшей стороне, а только для того, чтобы обезпечить возможность самой борьбы, чтобы в обществе не было безответных и беззащитных рабов, отданных на произвол безответственных и недосягаемых господ, чтобы каждая группа общества могла бороться за свои права, если эта борьба не угрожает первой и основной задаче государства—возможности социальной жизни. Для того, чтобы каждая общественная группа могла бороться за свои права, необходимо, прежде всего, экономическое раскрепощение личности, ее гражданское равенство и политическая неприкосновенность, различные формы гражданской свободы, а также активные политические права, как избирательное право и право на государственные должности; сюда же относится право экономической борьбы, включая признанное современным государством право стачки,

бойкота и т. п., а также права меньшинства в парламенте, на выборах и т. п.,—все права, уже частью признанные современным законодательством или административно-судебною практикою, частью стоящие в первой очереди ближайших государственных задач.

Наконец, перед современным государством все больше выдвигается третья задача—сделать социальную борьбу человечнее, свести к минимуму жертвы и страдания, неизбежные в этой борьбе, т. е. обезпечить *минимум затрат на социальную борьбу*. В условиях современности, невозможно говорить о социальном мире, который будто бы призвано водворить государство; но если социальная борьба неизбежна, то отнюдь не неизбежно, чтобы она велась в безудержных формах, диктуемых даже не голым классовым интересом, а одною только классовою ненавистью, без всякаго внимания к тому общему интересу, который имеют обе борющияся стороны в целости и продуктивности самой культурно-хозяйственной системы, как некоторого общего целого. На обязанности государства лежит—стремиться к тому, чтобы во внутренней борьбе, как и в международной, существовало и действовало правило: „воюющие не пользуются неограниченным правом в выборе средств нанесения вреда непріятелю", почему и запрещается даже на войне предательские убийства, причинение напрасных страданий, лишение судебной защиты, бомбардировка незащищенных жилищ и строений и пр. (ст. 22—25 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, 1907 г.) Излишне доказывать, что и теперь ни во внешней ни во внутренней борьбе не соблюдаются те принципы, которыми продиктованы эти запрещения. Но если теперь приемы социальной борьбы еще достаточно жестоки, то прежде они были гораздо хуже. Как в средние века феодал мог убить непокорнаго крестьянина, а в Польше это право сохранилось вплоть до XVIII в., так и, взаимно, крестьяне в своих восстаниях, не только жгли замки феодалов, но и убивали их самих. Так в XVIII в., рабочие, увольняемые с фабрик вследствие введения машин, сокращающих человеческий труд, бросались на машины, разбивали их, а в конфликтах убивали предпринимателей. Приемы борьбы с обеих сторон были свирепые, хотя не всегда целесообразные.

В настоящее время речь идет не о прекращении этой борьбы, что недостижимо, но о смягчении ее форм, очело-

вечении ее приемов, хотя и без понижения их действенной силы, и, кроме того, об ограждении некоторого постоянного социального интереса, общего и важного для всех борющихся. Речь идетъ даже не о притуплении этой борьбы или ослаблении ее темпа и силы, а только о затрате минимальных средств на данный эффект борьбы и о неприкосновенности некоторых общих социальных ценностей. Как в машине, без вредного трения, понижающаго эффект полезной работы, нѣт однако и самой полезной работы, так и в современной общественной жизни, без социального трения, без классовой борьбы нет и не может быть полезного всему целому эффекта, хотя бы эффект этот и понижался от этого вредного социального трения. Но как в машине стараются понизить коэффициент вредной работы, так и в обществе власть обязана стремиться к возможному минимуму разрушений, вызываемых социальною борьбою, к минимализации социальнаго трения, так чтобы в ряде случаев соотношение сил борющихся было бы видно и *до борьбы*, и без борьбы решало бы конфликт. Стремленне к уменьшению трения можно видеть, напр., в примирительных камерах, куда передаются дела по спорам между предпринимателями и рабочими, гдѣ, следовательно, спор разрешается без непосредственной схватки между борющимися сторонами и где устраняется один из вреднейших моментов всякой стачки: кто бы, в результате стачки, ни остался в выигрыше, рабочие или предприниматель, *вся* хозяйственная система потеряла ту массу ценностей, которая могла бы быть, но не была произведена за время стачки. Между темъ, при передаче дела в примирительную камеру, работа не прекращается, всякие наступательные действия с обеих сторон считаются недопустимыми, а затем решение камеры вступает в действие с момента возникновения спора; с этого момента рабочим уплачивается повышенная плата, если она присуждена камерою и т. д.

Это наиболее яркий пример для той роли государства, которая заключается в экономии средств на социальную борьбу. Так и в международных отношениях, государства не в состоянии устранить того соперничества, которое существует между ними, но за последние десятилетия не мало сделано для того, чтобы, путем договоров, конгрессов, международных судов, не-военных средств борьбы и т. п.,

уменьшить поводы и размеры вооруженных столкновений, а также очеловечить формы этих столкновений. Даже европейская война 1914—1918 г., несмотря на жестокие удары, которые она нанесла принципам международнаго общения, только на время задержала, но не парализовала рост и силу указанной тенденции.

Итак, три основных задачи государства сводятся к обеспечению *возможности социальной жизни, возможности социальной борьбы* и *минимума затрат на эту борьбу*.

ГЛАВА II.

Элементы государства.

Г. Еллинек, Л. Дюги, Ф. Ф. Кокошкин—Курсы, *C. Bornhak*, Allgemeine Staatslehre, Berl., 1896, *Н М. Коркунов*, Русское государственное право I, Спб., 1909; *Е. А. Котляревский*, Власть и право, М., 1915; *Н. И. Лазаревский*, Русское государственное право, I, Спб. 1917; *Г. Ф. Шершеневич*, Общая теория права, М., 1910—1912; *В. В Ивановский*, Учебникъ государственнаго права, Казань, 1910, *Ю Гачек*, Общее государственное право, Рига, 1913, *А А. Жилин*, Учебник государственнаго права, Спб 1916, *G Jellinek*, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freib., 1892 (2 Aufl—1905), *Л А Шалланд*, Юридическая природа территориальнаго верховенства, Спб., 1903, *Н. И Палиенко*. Учение о существѣ права и правовой связанности государства, Харьк., 1908, *М Ниогон*, Principes de droit public, P., 1910; *его же*, La souveraineté nationale, P., 1912; *Н. И Палиенко*, Суверенитет, Яросл., 1903; *Е. В Спекторский*, Государство, Спб. 1918; *К. М Тахтарев*, От представительства к народовластию, Спб., 1907; *Я М. Магазинер*, Самодержавие народа, Спб., 1907

Мы видели, что основу государства составляет народ, шире говоря—все *население* государства. Это и есть первый, решающий элемент государства. Два другие его элемента—*власть* и *территория*, при всей их важности, только дополняют основной элемент, дают ему известную организацию (власть) и устойчивую основу (территория). Но и власть и территория сами по себе, без народа, лишаются всякаго социальнаго значения и не могут быть предметом изучения социальных наук; напротив, народ, и при отсутствии определенной территории и даже без государственной власти, представляет собою некоторый самодовлеющий социальный организм; таковы, напр., бродячие или кочевые народы на догосударственной ступени своего развития.

§ 1. Территория и население. Территория, по господствующему учению, имеет двоякое значение. Во 1-х, она является обязательным и неустранимым *элементом* государства, ибо государство всегда предполагает оседлую жизнь его членов. Государство должно иметь въ своей безпредельной власти определенную территорию, ибо только тогда оно может осуществлять свою власть наиболее полно и совершенно, а если бы на той же территории была другая, конкуррирующая власть, то, при величайшем миролюбии обеих властей, неизбежно возникли бы споры и пререкания о компетенции, т. е. о том, на что каждая власть имеет право и где граница между полномочиями обеих властей, очевидно, что эти споры и пререкания были бы неразрешимы никаким судом, ибо над государством нет высшей принудительной власти, которая могла бы действовать помимо его согласия и правомерно принуждать его к тому, чего оно не желает исполнить. Во 2-х, территория является пространственным *пределом* господства над всеми, кто пребывает на этой территории, т. е. не только над гражданами данной страны, но и над иностранцами: в целом ряде вопросов, они подпадают под власть даннаго государства в силу одного факта нахождения их на его территории. О территории см. также гл. VII, § 1.

Население, как это заметил еще *Руссо* об отдельных гражданах, также выступает в двойном качестве: как народ, оно является *обладателем* государственной власти; кроме того, население, в котором имеются и лица, неправоспособныя к управлению, является не обладателем власти, а подданным власти, *не субъектом, а объектом власти*, так как на него распространяется деятельность государства, т. е. население является не только активным, но и пассивным элементом государства. Как же, возможно такое расдвоение народа: он в одно и то же время и активный субъект государственной власти и пассивный объект этой власти, он и сам творит веления этой власти и он же ей подчиняется?

Интересный ответ на этот вопрос предложил *Opiy*: он устанавливает, прежде всего, основное понятие народа, как активной, *командующей* силы, осуществляющей в государственном управлении ряд бесспорных идей; таков народ на выборах, при непосредственных голосованиях законов, при выступлении на войну, когда он решает высшие вопросы

существования государства и т. п. Но кроме этой активной управляющей и решающей части населения, надо не забывать всей вообще массы населения, в том числе неправоспособных, которая *пассивна* и только подчиняется, но не командует. Она только создает некоторые бесспорные идеи, но не осуществляет их в управлении; напр., подавляющая масса французскаго народа, независимо от возраста, пола, религии и правоспособности своих членов, имеет бесспорное убеждение в недопустимости и невозможности уступки кому-либо Кале, и т. п. Таким путем *Орг* отличает активное и пассивное понятие народа, как повелителя и подданного, как субъекта и объекта, как целое и часть, как основной *элемент* всего государства и один из его *органов*.

Это деление граждан на правящих и управляемых было чуждо античной демократии, где гражданином считался только тот, кто мог *осуществлять* государственную власть: по *Аристотелю*, гражданин есть тот, кто участвует в обсуждающей, решающей и судебной власти: все должны управлять каждым и каждый, в свою очередь—всеми, т. е. каждый поочередно является то правящим, то управляемым. Но с тех пор, как абсолютизм расколол народ на резко неравные части правящих и управляемых, это деление народа, хотя и в смягченном виде существует и ныне. Сообразно этому делению народа на „активных“ и „пассивных“ граждан, обостренному еще во времена первой французской революции, публичные права граждан распадаются на две группы. Одни права, права *активные*, дают гражданину право *участвовать в государственном управлении*,—таково право выбирать на государственные и общественные должности, а также и право занимать эти должности, в частности—активное и пассивное избирательное право в парламент и органы самоуправления, право занимать и замещать должности в армии, бюрократии, суде, школе, церкви и т. д. Другие права, права *пассивные*, обезпечивают гражданину не право на осуществление государственной власти, а право на надлежащее *отношение* к нему этой власти, т. е. известные пределы *личной свободы*: здесь, во 1-х, права *внутренней* свободы—свобода совести, религиозной, политической, научной, эстетической; во 2-х, права *общения* с другими—свобода слова устного и печатного, в том числе свобода переписки и свобода преподавания; затем—свобода собраний и союзов;

в 3-х, свобода *внешнего* самоопределения—свобода передвижения, занятий и образования; в 4-х, *гарантии* личной свободы, т. е. 1) неприкосновенность личности, жилища и собственности; 2) право защиты своих прав чрез органы государственной власти, в том числе право уголовного, гражданского и публичного исков к нарушителю своих прав, будь он частное лицо или орган власти.

§ 2. Государственная власть. Наибольшие споры, сомнения и искания возбудил третий элемент государства—*власть*. Те, которые отрицают реальность самого государства в указанном выше смысле, (гл. 1, § 1), конечно, отрицают и реальность власти, т. е. для них власть есть лишь известный душевный процесс в самом властвующем и в подвластном. Переживание одним связанности и переживание другим—закрепленности за собою этой связанности, вот что составляет природу власти (*Л. И. Петражицкий*). Еще дальше идет в этом направлении *Н. М. Коркунов*, говоря, что для власти решающим признаком является то, что происходит в душе не у властвующаго, а у подвластнаго: иногда властвующий господствует над подвластным, хотя бы и не желал этого или даже ничего не знал о своей власти над чужой душою. Из этого *Н. М. Коркунов* выводит учение о власти, как о силе, вытекающей из некотораго чисто-психическаго процесса; процесс этот сводится к сознанию зависимости человека от человека.

Не трудно однако видеть, что в государстве сознание зависимости не есть одно только душевное переживание, одна лишь порабощающая идея, с устранением которой падает и порождаемое ею рабство. Сознание зависимости есть лишь отражение в сознании людей действительной, фактической зависимости, в которой находятся одни люди от других, одна часть общества от другой, отдельный человек от всего общества. Эта реальная зависимость заключается в том, что действия людей связаны в определенномъ направлении, т. е. они могут совершать одни действия и не могут совершать других; точнее говоря, общественная зависимость есть необходимость для одних людей действовать согласно указаниям других, в свою очередь не свободных в своей общественной роли, а совершающих действия, диктуемые объективною общественною необходимостью.

Зависимость одних людей от других не находится в одном только воображении или сознании зависимаго; зависимость эта существует на деле, и основана она на таком распределении сил в обществе, что *возможности одних ограничены возможностями других* Общественная *сила* есть возможность действовать, а *право* есть квалифицированная, усиленная возможность действовать, защищенная всею силою общественнаго союза; *власть* же есть возможность не только самому действовать, но и *определять чужія действія.* Возможность для одной стороны определять чужое поведение и необходимость для другой подчинять свое поведение чужой воле—вот обе стороны одного и того же понятия *власти.* Власть не есть только внутренний, психический процесс,—а власть есть внешний, объективный результат такого распределения сил во внешнем мире, которое на одной стороне создает возможность повелевать, а на другой необходимость подчиняться; сознание же отражает, констатирует эту *фактическую обстановку* и необходимость вытекающаго из нее поведения, но не в сознании, воле или чувстве заключается власть, а в таком *неравенстве* общественных групп, что одни из них имеют силу определять поведение других.

Ошибочно думать, как это не раз делал *Ф. Лассаль*, что под силою надо понимать силу оружия или денег, военную и финансовую мощь; это лишь следствия совсем иной общественной силы—экономическаго господства, т. е. решающей роли в организации народнаго хозяйства, ибо та общественная группа, которая может организовать и вести народное хозяйство, неизбежно должна овладеть и вооруженными силами страны и ея финансовыми средствами, т. е. деньги и войско обычно находятся в руках того, кто организует экономическую жизнь страны. Это происходит потому, что обычно *факт* экономическаго господства закрепляется в *праве* политическаго руководства, а в состав политическаго руководства входят и руководство армией и управление денежною системою государства. Более того, количественно- или качественно-решающее ядро армии обычно бывает даже частью экономически-господствующих классов И как во всяком общественном хозяйстве есть организаторы и организуемые, руководители и руководимые,—так то же деление находим мы и в армии, бюрократии и в дру-

гих политических учреждениях страны; правда, деление это не всегда является застывшим, и организаторы часто меняются местами с организуемыми, но принцип политического неравенства в строении общества сохраняется, и иерархии в экономике соответствует сходная иерархия в политике.

Представленное выше неравенство и является душою и источником власти. Очевидно, что само по себе неравенство, как простой факт, еще не создает всей сложной психической обстановки власти. Необходимо, чтобы это неравенство в какой бы то ни было форме прошло чрез психику властвующего и подвластного, чтобы создать длительное *господство* и *подчинение*, т. е. те элементы, на которые может быть разложена власть. Для организации властвования, необходимо, чтобы властвующие ощутили его возможность, а подвластные—его необходимость, как надо, напр., чтобы по крайней мере инстинкт самосохранения у побежденного выбирал между смертью и рабством и чтобы длительное подчинение являлось для подвластного более предпочтительным, чем мгновенное сокрушение от руки властителя.

Но как очевидно, что не инстинкт самосохранения, а бессилие побежденнаго составляет основу рабства, так и не *сознание* зависимости, а *факт* превосходства сил у властвующего составляет основу власти. Сущность же ее—объективная возможность определять чужое поведение на одной стороне и такая же объективная необходимость подчиняться этому руководству—на другой.

Для наличности власти не требуется *сознание* зависимости, достаточна сама зависимость: я буду находится во власти другого и тогда, когда не буду сознавать этого; сознание может быть обмануто или затемнено так, что оно не сумеет открыть зависимости там, где она есть и где она фактически определяет зависимое поведение. Для власти важна лишь сама зависимость, а не представление о ней.

Но с того момента, как появляется сознание зависимости, должно неизбежно явиться и сознание *необходимости* подчинения силе, от которой человек зависит. Для того, чтобы оставаться в зависимости, чтобы терпеть ограничения в свободе поведения, надо иметь убеждение или инстиктивно чувствовать, что повиноваться необходимо, потому ли что этого требует религия, мораль, право или просто потому,

что сопротивляться бесполезно: последний мотив обычно и является решающим, он же и составляет главнейшую основу государственной власти.

В самом деле, никакая власть не производила серьезнаго плебисцита по вопросу о своей правомерности; она не спрашивает население, признает ли оно власть; если она встречает всеобщее повиновение, основанное на убеждении в ее необходимости или бесполезности сопротивления ей, хотя бы это убеждение было не свободно, а продиктовано страхом пред насилиями власти,—то этого повиновения,—в особенности, со стороны армии, бюрократии, церкви и вообще органов управления и суда,— достаточно, чтобы держать весь правопорядок и чтобы добиться признания данной власти, как высшей власти, и внутри государства и во вне. Таким путем, чрез всеобщее подчинение, создается основа для вревращения голой фактической власти в высшую правовую, т. е государственную власть. Но для этого она должна выступать, как власть не только фактическая, но и *правовая*, т. е. все ее действия, которые она сама считает законными, все граждане должны также считать таковыми, пока не установлено противное; поэтому, все части государства и все его классы должны быть достаточно *замирены*, т. е. *добровольно*, без применения силы, исполнять веления государственной власти, не оказывая ей никакого массового сопротивления или по крайней мере отступая всякий раз пред возможностью применения силы со стороны повелевающаго государства.

Таким образом, решающим ядром всякой власти является факт *зависимости*, как оборотная сторона *господства*, при чем в государстве—власть есть господство над всем обществом тех его групп, которыя организуют хозяйство и культуру страны. Это основное и решающее ядро всякой общественной власти обрастает целым рядом вторичных, но огромной важности образований. Прежде всего, фактическое господство сопровождается своеобразными социально-психическими явлениями *массового преклонения* пред авторитетом власти, т. е. признания высших ее качеств и неограниченных ее возможностей; вокруг господствующей власти создается ореол обожания и признания безусловного превосходства ее велений над всеми другими. Затем, с могущественною силою действует сила привычки и *подражания*,

ибо после ряда случаев повиновения власти, все труднее становится ей в этом отказать, и таким образом к *преклонению* прибавляется *традиция*. Можно указать целый ряд других социально-психических факторов, укрепляющих и усиливающих основной момент социально-экономического господства и подчинения: напр., мотивы морали, религии, искусства и т. д. Все вышеуказанные моменты являются постоянными спутниками современной государственной власти; без них есть только не полный и слабый зародыш власти, но не развитой и законченный тип современной государственной власти.

Отсюда видно, как ошибочно, по примеру *Л. Гумпловича*, видеть сущность государственной власти в голом факте *завоевания*: помимо того, что не всякая государственная власть возникала путем завоевания,—само по себе завоевание есть только один из источников власти, но не единственный и далеко не *достаточный* ее источник. С точки зрения последующей организации господства, завоевание есть только *вооруженное доказывание* своей силы; доказывание своей силы составляет одно из главнейших оснований власти и оно имеет целью непрерывно поддерживать в сознании подвластных факт их длящейся зависимости. Это доказывание совершается сперва путем *одоления* в борьбе и подавления попыток сопротивления—после победы. Затем, когда открытое сопротивление преодолено, задача сводится к постоянному *предупреждению* ослушания путем непрерывной демонстрации силы и безполезности сопротивления ей. Таким образом, воля подвластных подавляется сперва путем *физического* ее преодоления, а затем—путем *психического* ее обезсиления, в первом случае сила *действует*, во втором—она *угрожает*.

Когда угрозы будущего зла или обещания будущего блага начинают определять поведение подвластных, т. е. на место прямого *физического* принуждения становится *психическое* давление, тогда создается прочная почва для дальнейшего развития государственной власти, так как в ее чисто материальную основу вплетается сперва—*социально-психический*, а затем и *правовой* фактор.

Особенно важно превращение власти из фактической в *правовую*. Обычно государственная власть и право возникают и развиваются как два самостоятельных явления, не

зависящих друг от друга (*Г. Еллинекъ*, *Б. А. Кистяковскій*). Но постепенно государственная власть становится *хранительницею* всей массы действующаго права и даже *источникомъ* решающей массы права. В идее и в идеале, развитая государственная власть действует только *по праву*, и *всякий акт власти обязательно должен иметь правооснование*: в этом и заключается сущность *правового государства*. Постепенно складывается даже убеждение, что не только всякий *акт* власти, но и *всякая власть обязательно должна иметь правооснование*, т. е. чисто-фактическая власть только тогда становится государственною властью, когда организует свое фактическое господство на правовых основаниях, когда властвующие возводят *факт* своего господства в общее *право* страны. Невозможность свергнуть это господство или убеждение в его целесообразности приводят к тому, что это господство получает признание, прямое или косвенное, открытое или молчаливое, со стороны решающей части населения. То, *что есть* в силу одного того, что существует, превращается в то, *что должно быть*; в этом заключается убедительная сила факта,—то, что *Еллинекъ* назвал „нормативною силою факта“. Таким образом, фактическая власть превращается в *высшую правовую*, т. е. государственную власть.

Кроме сказаннаго, согласно господствующему учению, власть должна обладать еще одним правовым признаком, который отличает государственную власть от всякой другой власти: она должна быть *первоначальною*, непроизводною властью, т. е. не может быть другой власти, от которой данная власть получила бы свои полномочия; напр., *автономная* провинция, как и всякая другая *самоуправляющаяся* часть государства, получает свою власть от государства или пользуется своею властью с согласия государства, и потому сама является не государством, а лишь частью его; напротив, центральная государственная власть ни от кого своей власти не получила, и даже без всякаго признания извне, законно действовать может, т. е. обладает первоначальною, непроизводною властью. В этом и заключается главнейшее отличие государственной власти от всякой другой в государстве.

ГЛАВА III.

Происхождение государства.

Г Еллинекъ и *Л. Дюги*—Общие курсы; *А Эсмен*, Общия основания конституционнаго права, Спб , 1898. *В Орландо*, Принципы конституционнаго, права, М , 1907; *І Колер*, Философия права и универс. история права; К , 1913; *Л. Гумплович*, Общее государственное право, Спб., 1910 *Эд Дженкс*, Происхождение верховной власти, Спб., 1907; *А. Менгер*, Новое учение о государстве, пер. подъ ред Б. А Кистяковскаго, 2 изд., Спб., 1909 и Народная политика, Спб , 1907; *Г. Л. Мауреръ*, Введение въ историю общиннаго, подворнаго, сельскаго и городского общественнаго устройства и общественной власти, М., 1880, *А Г. Постъ*, Зачатки государственных и правовых отношений, М , 1901; *L. Morgan*, Ancient Society, N Jork, 1878; *Ф Энгельс*, Происхождение семьи, частной собственности и государства. Спб., 1899, *Н. И. Зибер*, Право и политическая экономия (Собр соч , т. II, Спб , 1900; *М М Ковалевский*, „Государство", въ Нов энцикл слов Брокгауза и Ефрона; *Н И Кареев*, Поместье государство и сословная монархия средних веков, Спб , 1913; *Р. Гнейст*, История государственных учреждений Англии, М , 1885; *Г Кох*, Очерки по истории политических идей и госуд управления, М., 1906

Многочисленные теории, посвященные вопросу о происхождении государства, могут быть разделены на две группы: одне действительно исследуют *происхождение* государства, другие же посвящены не столько происхождению, сколько *обоснованию* государства. Среди последних наиболее выдвигаются теологическая, договорная и патримониальная теории; среди первых—теории патриархальная, насилия и марксизма.

§ 1. *Теории теологическая, договорная и патримониальная. Теологическая* теория учит, что сам Бог установил государство, а государь есть его наместник на земле, как по учению римской церкви, папа—наместник Христа на земле в делах не только духовных, но и светских. Уже философы античной древности (*Платон, Аристотель*) считали законы откровением и даром богов, а по кодексу Юстиниана, государь является посланником Божьим на земле; согласно средневековой формулы, король держит свою власть только от Бога и от самого себя (ne tient de nulluy fors de Dieu et luy).

Теории эти, господствовавшие в древних теократиях и в античных государствах, а позднее характерные для неограниченной монархии, вызвали один из самых живых протестов *Руссо*: „Повинуйтесь властям. Если это должно

означать: уступайте силе,—предписание хорошо, но излишне; я ручаюсь, что оно никогда не будет нарушено. Всякая власть от Бога, я это признаю; но от него также всякая болезнь. Значит ли это, что запрещено приглашать врача?" (*Ж. Ж. Руссо*, Обществ. договор, 1762, кн. I, гл. III).

2 *Теория общественнаго договора* или договорная теория, выводит государство из первоначального соглашения людей между собою „вступить в общество и образовать единое политическое тело" (*Локк*, 1632—1704). „Я предполагаю,— гласит знаменитая гл. IV кн I „Общественнаго договора" *Руссо*,—я предполагаю, что люди дошли до такого момента, когда препятствия, вредящия сохранению их существования в естественном состоянии, превышают своим сопротивлением силы, которыя каждый индивидуум может затратить, чтобы удержаться в этом состоянии. Тогда это первобытное состояние не может больше продолжаться, и род человеческий погиб бы, еслибы не изменил образа своего существования. А так как люди не могут производить новыя силы, а могут только соединить и направить существующия, то у них нет другого средства для самосохранения, как образовать посредством соединения сумму сил, которая могла бы превзойти сопротивление, пустить эти силы в ход посредством одного двигателя и заставить их действовать согласно".

„Тотчас же, вместо отдельной личности каждаго договаривающагося, этот акт ассоциации порождает моральный и коллективный организм, состоящий из стольких же членов, сколько собрание имеет голосов и получающий посредством этого самого акта свое единство, свое общее „я", свою жизнь и волю". „Что касается членов союза, то они коллективно носят название народа, в частности, как участники верховной власти, называются *гражданами*, а *подданными*, как подчиненные законам государства". „Каждый из нас отдает свою личность в общее владение и всю свою силу подчиняет верховному распоряжению общей воли и в общем организме мы получаем каждаго члена, как нераздельную часть целого".

Вслед за энтузиазмом, который вызвала договорная теория школы *естественного права* в XVII и XVIII веках в Англии и на континенте,—наступила реакция. Созданная в порыве героической борьбы третьего сословия со старым порядком за государственную власть, договорная теория пала

вместе с крушением того политического движения, которое ее создало: на пороге XIX века, теоретики реакционного затишья после бури, утомленные безуспешною борьбой, разочарованные в своих идеалах, с холодной рассудительностью подвергают переоценке договорную теорию (*историческая школа*). Прежде всего, устанавливается, что возникновение государства путем договора людей, находившихся в естественном состоянии—никогда не имело место, как *исторический факт*. Но *Гоббс*, (1588—1679), *Блекстонъ* (1723—1780), *Руссо* (1712—1778) и *Кант* (1724—1804) и не конструируют таким образом своей договорной теории: для них речь идет не о том, что *исторически* имело место, а о том, что *логически* лежит в основании государственного общения: „Хотя общественный договор, говорит *Блекстон*, ни в одном случае не был формально выражен при установлении какого-либо государства, однако, *по природѣ и разуму*, онъ долженъ всегда подразумеваться и предполагаться в самом акте совместного существования, а именно, должно подразумеваться, что целое должно будет защищать все свои части и что каждая часть будет подчиняться воле целаго, и что (взамен этой защиты) каждый индивидуум будет подчиняться законам общества“ (цит. у *А. Эсмена*, 129). Договорную теорию надо принимать, по верному определению *Ш. Боржо*, 21, как чисто *логическое* объяснение тех взаимных отношений, которые существуют между гражданами свободного государства.

Однако и в этом, рационалистическом своем смысле, договорная теория не была оставлена своими многочисленными противниками. Против нея выдвигался тот довод, что договор не только фактически не был, но и *логически* не мог служить причиной возникновения государства, что взаимное положение граждан в государстве не может стать понятным из предположения „молчаливого договора“ между ними, так как идея договора и обязательной его силы есть продукт продолжительного исторического развития; кроме того, простое согласие еще далеко не рождает безусловной связанности индивида (*Еллинек*, 156).

Но едва ли не самым главным недостатком договорной теории является крайняя абстрактность ея положений и их оторванность от исторической действительности. „Так как каждый человекъ“, решительно говорит *Руссо*, „рожден свободным и господином самого себя, то никто не может

его подчинить без его согласия под каким бы то ни было предлогом". Между тем, в действительности, „человек" никогда не рождается свободным, в смысле способности его, на основании мнимо-естественных, прирожденных задатков своей натуры, выбрать для себя тот гражданский порядок, который отвечалъ бы этимъ задаткам. Он вынужден вступить в „договор" с той средой, в которой родился, взять от нея физическую и духовную свою организацию, а становясь гражданином, застает готовым тот гражданский строй, который не им организован, который требует подчинения себе, изменить который он может в лучшем случае, в меру своего социальнаго значения, не зависящаго от его свободнаго, в смысле *Руссо* выбора.

Все эти возражения против договорной теории государства должны быть, однако, в настоящее время заменены не столько дальнейшей критикой этой теории, сколько выяснениемъ ея *исторической* роли. Давно уже было замечено, что она служила всегда определенным политическим задачам. В самом деле, представление о государстве, как об общественном союзе, возникшем в силу добровольнаго *согласия индивидов* вступить в этот союз, такое представление, во 1-х, стремится отнять у государственной власти ея *божественный* характер и направлено против ее носителя, монарха, как воплощения Божества на земле: государство предстает пред индивидом, как создание его свободной воли, которая одна, и притом по собственному желанию, создала государственное общение; во 2-х, раз государство есть создание человеческой воли, то от той же воли зависит его *преобразование* и исправление всех ошибок и преступлений, совершенных государством: индивиды и общества, для которых данныя государственныя учреждения становятся оковами, могут *расторгнуть* первичный договор, т. е. не обязаны повиноваться своему правительству и могут даже низложить его (*Руссо*). Отсюда один шаг к знаменитой ст. 35 французской конституции 1793 года, принятой, но не проведенной в жизнь Конвентом: „Когда правительство нарушает право народа, восстание составляет для народа и для каждой его части самое священное из прав и самую насущную обязанность".

Эти два принципа-делегированный (порученный) характер монархической власти и законом признанное право восстания народа против своих правителей.—непосредственно

выведенные из договорной теории,—явились идейной опорой третьего сословия в борьбе с феодально монархическим режимом в период революции 1789—93 г.г. Теория общественнаго договора послужила также идейным фундаментом для северо-американских конституций XVII– XVIII веков. Что касается договорной теории, как объяснения *происхождения* и бытия государства, то, как мы видели, ни исторический, ни логический ея смысл не дают ответа на эти вопросы.

3. Глубоко отличается от договорной теории *патримониальная* теория государства. Она получила наиболее законченное выражение в учении *К.-Людв. фонъ Галлера* (1768—1854). Враждебное школе естественнаго права и теории народнаго суверенитета, как принципам, лишенным исторической почвы, учение *Галлера* устанавливает, что европейския государства созданы не общественным договором, а фактической силой *собственности*. С незапамятных времен, люди разделялись на господ и рабов, могущественных собственников и безсильных бедняков. Собственники владели землей, и князья были лишь богатыми и сильными землевладельцами. Государство, таким образом, возникло из факта владения землей, ибо всякая территория была некогда собственностью князей, церкви или корпораций. Правители господствуют над подвластною им территорией в силу своего исконнаго права собственности на нее; для них управление государством—Privatsache, частное их дело, а государство—их личное имение, вотчина (Patrimonium).

Народ есть просто собрание арендаторов на земле собственника князя; княжеские чиновники, т. е. лица, ведущия частное хозяйство князя, именуемое государством,—вступают в такия же отношения к населению, как управляющий помещика к арендаторам его земель; точно также, армия призвана охранять лишь монарха и близких его. Таким образом, историческое и логическое начало и цель государства—монарх, власть котораго безусловно независима и отнюдь не является делегированной, порученной ему народом; напротив, он сам вызвал к жизни и собрал воедино народ своего государства, дав ему место на своей территории.

Теория эта, встретившая живое сочувствие Фр. Вильгельма III и IV, строила государство, как частную собственность, как *вотчину государя*, а граждан рассматривала, как его бесправных подданных и зависимых арендаторов. Съ

другой стороны, упирая в один из элементов государства—территорию—и выводя из него все остальные, провозглашая, что государства возникли из первичнаго права поземельной собственности,—эта теория служила практическим целям феодальной аристократии и феодальной церкви. Не трудно видеть неправильность и исключительно-политическое, а не научное значение этой теории государства: очевидно, прежде всего, что невозможно объяснить происхождение государства, учреждения *публично-правового*, существующего в общественных интересах, из учреждения *частно-правового*, каким является личная земельная собственность. Кроме того, проникнутое пережитками средневековых, феодально-правовых воззрений на территорию, как источник и основу государственной власти, в духе старо-французскаго юриста *Луазо* (1609),—учение Галлера игнорирует народ и его исконную социальную мощь, упуская из виду, что исконным социальным порядком был именно чуждый частной собственности и неравенства родовой строй, что только исходя из этого строя, далекого от частной собственности, можно объяснить, каким образом до-государственное социальное неравенство привело общество к необходимости создания государственной власти.

Кроме того, в настоящее время не может быть более сомнения, что мнимо-исконное право собственности короля на территорию своего государства противоречит данным науки. Во многих случаях установлено, что не та незначительная личная земельная собственность, которая принадлежала королю, явилась исторической основой его абсолютистских прав на власть и землю, а исторически сложившееся право распоряжение общиной землей, не поделенной еще в частную собственность. Верно, что только король имел право отдавать в аренду поселенцам общую землю, но верно и то, что земля эта *принадлежала* не ему, а общине, и что право распоряжения было дано ему действительно-исконным собственником земли, общиной. Именно из этого права *распоряжения* и возникло право *собственности* короля на народную землю: большая часть англійскаго folcland, народной земли, стала terra regis, королевской землей, въ Норвегии, клад, найденный в общей земле, принадлежит королю, и т. д. Но в Германии, королевское господство над всей землей в стране никогда не укоренялось и даже при

самом своем возникновении подверглось значительным ограничениям (*Г. Людв. Маурер*, §§ 47, 95; *Н. И. Кареев*, 307).

Наконец, сама земельная собственность есть продукт весьма длительного социального процесса, и если частная собственность на движимые вещи (одежду, оружие, утварь) возникла сравнительно рано, то общая собственность на недвижимые вещи, обычно держится очень упорно, и еще до сих пор у негров, малайцев и у других племен господствует воззрение, что *земля принадлежит племени*, но может быть передаваема для обработки отдельному лицу или семейству, и тогда владелец пользуется защитою до тех пор, пока он трудится над нею, обрабатывает ее или желает обрабатывать (*И. Колер*, 46—48).

Таким образом, патримониальная теория не объясняет, а извращает действительный процесс возникновения собственности и государства, ради *обоснования* прав абсолютизма.

§ 2. *Теории патриархальная, насилия и марксизма.* Не менее яркою апологиею аристократическаго абсолютизма является *патриархальная* теория. Государство возникло из разросшейся семьи, а монарх такой же отец своим подданным, как древний патриарх — членам своей семьи: таково существо патриархальной теории государства. Основной ея вывод,—и, въ сущности, к этому выводу вся теория и приспособлена,—заключается в том, что подданные обязаны повиновением своим монархам, ибо монарх *исторически* является их отцем, и на праве отеческой власти может требовать послушания и покорности подданных.

Не говоря уж о том, что патріархальная семья далеко не всюду являлась исконной формой общества, что групповой брак и матриархат (господство женщины в семье, родство и наследование по женской линии), как общественные формы, во многих случаях были открыты, как первичные формы общественнаго быта (*А. Герм. Постъ*, 18),—даже оставляя все это в стороне, мы должны признать, что патриархальная теория является не столько научною доктриною, сколько политическим оружием в руках абсолютизма против покушений на власть со стороны народа, и потому неминуемо должна в себе заключать все черты научного извращения прошлого в угоду политическим притязаниям настоящего. „Государство, говорит *М. М. Ковалевский* 533, далеко не является первым общежительным союзом людей.

Ему предшествовали во времени иные порядки. Замиренной средой являлись *роды*, а еще в более отдаленную эпоху союзы, построенные на начале самозащиты свойственников, объединенных происхождением от общей *родоначальницы*. Запрещение браков в их среде и отсутствие индивидуальнаго присвоения имуществ устраняли в них возможность внутренних раздоров и поддерживали единство самой группы". Таким образом, первоначальною формою общения был *родовой строй*, и уж дальнейшее развитие его приводит к власти *вождя*, признанного несколькими родами.

2. Новейшая теория *насилия*, представителями которой являются *Людвиг Гумплович* (1838—1909) и *Антон Менгер* (1841—1907), выводит происхождение государства из насилия человека над человеком. Так, *Гумплович* 47, говорит: „История не представляет нам ни одного примера, где бы государство возникало не при помощи акта насилия, а как-нибудь иначе. Кроме того, государство всегда являлось в результате насилия одного племени над другим; оно выражалось в завоевании и порабощении более сильным чужим племенем более слабаго, уже оседлаго населения". Учение *А. Менгера*, весьма близкое к теории *Л. Гумпловича*, представляет собою сочетание теории силы у *софистов*— с одной стороны и у *Т. Гоббса* с *Е. Дюрингом*—с другой; сюда же вплетены некоторые, элементы учений *Лассаля* и *Маркса*, учения которых, впрочем, *Менгер* отвергает.

„Всякое право, читаем мы в „Новом учении о государстве", вплоть до настоящего времени, возникло в конечном счете из отношений, основанных на власти". „Государственный и правовой порядок... образовался путем *насилия*, в интересах узких жизненных кругов", а „современное государство создалось и укрепилось почти исключительно путем военных успехов". „Древнейший социалистический строй был вытеснен из народной жизни путем насилия" и т. д.

На первый взгляд может показаться, что между теорией насилия и историческим материализмом есть много общего: так полагает, повидимому, *Еллинек*, объединяя теории насилия софистов и учение *Маркса* и *Энгельса* под общей рубрикой „теории силы". Это объединение нельзя однако считать правильным, так как момент *произвола*, которым проникнуты теории насилия, глубоко противоречит моменту *закономерности*, из которого исходит исторический материализм

Теория насилия, как первичного фактора правотворчества, выгодно отличается от договорной, напр., теории тем, что не только восходит к до-государственному состоянию общества, но и стремится взять за исходную точку анализа *до-правовой* строй жизни Она восходит к тем общественным условиям, когда право еще не дифференцировалось от других регуляторов социальной жизни-религии, морали и пр., а вместе с ними образовывало слитныя, мгновенныя реакции общества на внешние и внутренние удары,-реакции, которые служили орудием психического приспособления группы к борьбе с природой за жизнь и развитие. Таким образом, теория насилия выводит право и государство из *факта* насильственного завладения, а не факт завладения и власти из права по договору.

Однако теория *Гумпловича* о том, что государства „нигде и никогда" не возникали иначе, как путем завоевания не соответствует прежде всего историческим фактам, ибо „античные государства-города развились—из первобытных общин, а швейцарския республики только отражали завоевателей, сами же завоеваниями не занимались" (*Б. А. Кистяковский*, 473). Затем, как было замечено, теория насилия прекращает анализ именно в том месте, где он становится особенно интересным: она не доходит до вопроса, какия же *условия* позволили известным социальным группам не только фактически захватить власть, но и превратить голый *факт* завладения в признанное общественным союзом *право?*

По меткому замечанию *Н. И. Зибера*, 767, „учреждение частной собственности должно уже существовать, прежде нежели разбойник может присвоить себе чужое имущество, и таким образом, сила, хотя и изменяет положение владения, но не в состоянии создать частную собственность, как таковую". Так же точно, насилие само по себе не в состоянии создать государственную власть, а, напротив, оно пользуется *наличным* социальным и психическим аппаратом властвования, и только перемещает его из рук в руки.

Наконец, теория насилия не дает ответа на главный вопрос: почему сильные *захотели* и *сумели* подчинить себе слабых: „Так как *неравенство в силе* и умственных способностях отдельных индивидов всегда существовало и, пожалуй, всегда будет существовать, то эта теория (теория насилия) означает не что иное, как то, что общественныя

различия имеют основание в самой природе и должны остаться навсегда, самое большее, что может случиться, это изменение их формы. В виду таких выводов теории насилия, является совершенно непонятным, почему именно противники классовых различий отдали ей предпочтение. Теория насилия не только безутешна, но и не объясняетъ ничего. Разъ мы можем сделать из этой теории вывод, что классовыя различия имеют основание в самой природе, что они вечны, то делая дальнейшие выводы из нея, мы придем к заключению, что они *всегда существовали*, с тех пор, как существует человечество. Однако, мы знаем, что это неверно: мы знаем, даже больше: мы знаем, что первобытное равенство лишь постепенно уступало место неравенству, и что каждый шагъ в этом направлении соответствует отдельной ступени культурного развития. Различие между более сильными, более способными и менее способными, всегда существовали и будут существовать и нисколько не могут объяснить нам, почему у всех народов на той или иной ступени культурного развития та или иная группа якобы более сильных и умных людей почувствовала потребность подчинить недалеких и более слабых и почему это удалось сделать именно на этой ступени развития?" *(К. Каутский*, Представительное правление, Спб., 1905)

3. Ответ на поставленный вопрос стремится дать учение *марксизма*. Согласно этому ученію, вопрос о причинах образования государства есть вопрос об условиях, в силу которых органы *родового* строя утратили свою социальную крепость и сменились *государственными* учреждениями. Зародыш этого процесса необходимо искать в основной предпосылке возникновения государства—в развитии земледелия. Основной движущей силой, создавшей новый, государственный порядок, были резкие и глубокия изменения в характере родового *коммунистического* производства, которое, благодаря выросшей производительности труда и общественному его разделению, стало вытесняться *индивидуалистическим*. Чем дальше развивался этот процесс и сопровождавшее его нарождение и развитие частной собственности, тем слабее становились родовые, кровные узы, тем настойчивее была необходимость в таких учреждениях, которые должны были поддерживать и защищать юную частно-хозяйственную организацию производства и покоющуюся на ней частную соб-

ственность от пережитков родового строя, не знавшаго ни частной собственности, ни общественных мер к ее защите. В новом обществе, благодаря усложнению жизни и расслоению общества на группы с различными интересами, является необходимость в совершенно новых учреждениях, которые заменили бы собою органы родового строя, созданные принципиально-иными условиями жизни и приспособленные к совершенно инымъ формам общества.

Интересно отметить, что на эту чисто-экономическую точку зрения в объяснении причин возникновения государства становится и *Г. Еллинек:* „Развитая форма общения, которую мы теперь только и называем государством, начинается с переходом людей к *оседлому* образу жизни... С *оккупацией земли* становится необходимым гораздо более сложный порядок собственности, чем на предшествующих ступенях экономического развития. Необходимо установить точную границу между общинным и частным имуществом; семья, как экономический союз, все более расчленяется и развивается; эксплоатация рабочей силы начинается с установлением домашнего рабства, которое уже само по себе превращаетъ войну в постоянную, направленную на пріобретение несвободных работников деятельность общества. Экономические различия вызываютъ *расслоение общества*, а там, гдѣ победившие племена устанавливают свое господство над побежденными, развивается противоположность господствующего и подвластного класса, кладущая свой отпечатокъ на всю организацию общества. Все эти отношения укрепляются присоединяющимся еще чувствомъ их закономерности“.

Образец перехода от родового строя к государственному *Энгельс* видит въ Афинах героического периода, когда зарождались элементы государственности. „Земля, как показывает история, была уже поделена и перешла в частную собственность; производство товаров и торговля ими достигли известного развития... Купля и продажа земельных участков, прогрессивное разделение труда между земледелием и ремеслами, торговлей и мореплаванием повели к различным *перемещениям* жителей Аттики“ (*Фр. Энгельс*, 66—67).

Эти перемещения разбили рамки родовых организаций, и в пределах одной и той же территории смешались члены различных родов, в силу чего органы родового строя должны

были уступить место *территориальному* учреждению, общему для всей Аттики совету; племена слились в один народ, и „над обычным правом племен и родов возникло Афинское народное право; афинский гражданин получил право и законную защиту в новых местах своего поселения, вне своего рода и племени. Это был первый шаг к уничтожению родового быта". Новое общество основалось на принципах территории и собственности.

„Для того, чтобы быть гражданином государства, говорит *Л. Морган*, необходимо было быть гражданиномъ дема. Лицо голосовало и подвергалось обложению в своем деме: к военной службе оно призывалось также из своего дема" (*Lewis Morgan*, 272). Последовавшее затем разделение афинскаго народа на эвпатридов (благородных), геоморов (земледельцев) и демиургов (ремесленников), предоставило эвпатридам привилегию на занятие общественных должностей, и, таким образом, „*обычное* замещение должностей родового уклада лицами только известных семейств—обратилось в неоспоримое их *преимущество*, эти семейства, сильные своим богатством, выделились из рода в особое привилегированное сословие, которое поддерживала зарождающаяся государственная власть"...

Таким образом „в *Афинах* государство образовалось непосредственно и прямо вследствие расчленения общества на классы, развившияся в самом родовом союзе".—„Что же касается *Рима*, то здесь, даже еще до конца так называемого царского периода, старое родовое устройство, покоившееся на личных узах кровного родства, распалось, и на его мѣсто было поставлено новое действительное государственное устройство, основанное на территориальном делении и имущественном различии" (121). Здесь, въ Риме „родовое общество становится замкнутой аристократией среди многочисленного, стоящего вне ее безправного, но подлежащего известным обязанностям плебса; победа плебеев разрушает старое родовое устройство и на его развалинах воздвигает государство, в котором скоро совершенно растворяется родовая аристократия и плебеи.—Наконец, у *германцев*, завоевателей Римской империи, государство возникает непосредственно вследствие покорения огромных чужеземных областей, к господству над которыми не приспособлена родовая организация" (167).

Несколько иную трактовку вопроса об образовании государства—в частности, у германских племен—находим мы у *К. Каутского*, 10-14. В то время, как *Энгельс* выводит установление государства у германцев из необходимости держать в повиновении покоренные ими страны Западной Европы, *Каутский*, описывая происхождение государства у германцев, не ограничивается чисто *внешним* моментом завоевания, понятным и естественно-вытекающим из развития племени-*завоевателя*, но необоснованным для хода развития *покоренного* племени, он стремится показать, каким образом родовой союз, в силу *внутренней необходимости*, под давлением потребностей собственнаго развития, вынужден перейти к государственному порядку. „Чем больше земледелие, а наряду с ним и скотоводство, делались главным источником доходов мелких общин и патриархальных семейств, тем меньше женщины могли собственными силами справляться с этими работами. Во времена Тацита, в сельско-хозяйственных работах уже помогали рабы, равно как и свободные, но неспособные к ношению оружия мужчины, члены семьи: мальчики, юноши, старики. Но вскоре и воинам пришлось приступить к этим работам. Охотник и воин во время переселения народов становится земледельцем. теперь он привязан к дому, как и женщина, а так как высокая степень развития, достигнутая в то время земледелием, не допускает уже перенесения жилища с места на место, то с этих пор люди и *прикрепляются к земле*, становятся оседлыми. Этот переворот в способе производства приводит к перевороту и во всем социальном и политическом строе".

Причина этого переворота заключается в том, что война у диких племен является центральным пунктом борьбы племени за жизнь: это есть или борьба за территорию для охоты или пастбища, или грабеж соседних цивилизованных племен; напротив, для общества, в хозяйственной деятельности котораго начинает решительное преобладать земледелие, для него война не только не является условием его существования и богатства, но, наоборот, помехой и вынужденной необходимостью, которая, мало вознаграждая его, часто расстраивает его хозяйство.

Поскольку, однако, война не зависит от его воли, ибо часто является экономической необходимостью для его соседей,—земледельческое общество вынуждено вести войны,

которые чем чаще, тем губительнее для его хозяйства. „При таких условиях, чтобы не лишиться всего, земледельцу приходится жертвовать частью своего достояния. На этой ступени культурнаго развития, труд достигает уже такой степени производительности, что обыкновенно доставляет больше, чем необходимо производителю и его семье. Этот излишек дает возможность земледельцу нанять себе защитников. Снабжая средствами особый класс людей, обрабатывая их поля, сооружая и поддерживая в исправности их дома, земледельцы дают этим людям возможность предаваться военному ремеслу без всякаго ущерба для своего хозяйства... Такова экономическая основа касты воинов. Эта каста, в зависимости от исторических условий, при которых она образовалась, принимает самые разнообразные формы: эта военная аристократия состоит то из начальников племен или родов и других должностных лиц общины, их свиты и слуг, то какое-нибудь варварское племя, вторгшееся в страну, принимает на себя функции, а, следовательно, и привилегии дворянства, то орды наемников выполняют эту роль и т. д.“. Так создается экономическая основа для политическаго господства *дворянства*.

Но и с общественным управлением, с законодательством и судом произошло то же самое, что с воинскою повинностью. Общественные отношения все более и более усложнялись; развивалось разделение труда; возникали классовые и профессиональные различия; частная собственность возрасла, как по размерам, так и по значению; в обществе образовались противоположные интересы; задачи общественного управления, законодательства и суда делались все многочисленнее, разнообразнее и затруднительнее... Удобнее всего было передать эти обязанности тем самым лицам, которые взялись выполнять воинскую повинность,—иногда же эти функции исполнял особый класс или каста (жрецы)“. Таким образом, „корень господства духовенства и военной аристократии лежал в их *экономической необходимости*“, но вместе с ростом их общественного значения, росла их все более неограниченная власть. Родовая организация должна была пасть. На ея место стало *государство*.

Итак, каковы же, по учению марксизма, отличительные черты государства, разбившие рамки родового строя и подорвавшия крепость его учреждений. Во-1-х, члены

зарождающагося государства образуют единство не в силу *кровной* связи, между собою, а вследствие общности *территории*: массовые *перемѣщения* населения и развившаяся поземельная *собственность* приводят к тому, что за основание государственного деления принимается уже не род, а земельная единица (дем в Афинах). Во-2-х, с дроблением общества на классы, обще-народная военная организация уже не могла удовлетворить новой потребности общества— охранять свой порядок, т. е неравенство, для этой цели нужна была особая, отличная от всего народа *вооруженная сила*: не говоря уж о свободных бедняках, „90 тысяч афинских граждан составляли лишь привиллегированное сословие среди 365 тысяч рабов“ (*Энгельсъ*). Для поддержания такого порядка родовые органы не были приспособлены: их смепило государство, с его войском, предназначенным для борьбы не только с внешним, но и с внутренним врагом, с его принудительным обложением для содержания этого войска и охраны классового господства.

В чьих же руках находилась государственная власть в различные исторические эпохи? „Так как, говорит *Энгельс*, государство возникло из потребности сдерживать классовые противоречия и так как, в то же время, оно возникло внутри этих классовых противоречий, то обычно оно становится государством сильнейшего, экономически-господствующего класса, который при его помощи, делается и политически-господствующим классом и таким путем приобретает новыя средства для подчинения и эксплоатации угнетеннаго класса. — Так, *античное* государство было, прежде всего, государством рабовладельцев для подчинения рабов; *феодальное* государство — организацией дворянства для подчинения крепостных крестьян, а современное *представительное* государство является орудием эксплоатации наемного труда капиталом“.

§ 3. Постановка вопроса и выводы. Обращаясь к оценке изложенного учения, нельзя не видеть, что—несмотря на пробелы, о которых речь будет ниже — оно представляет значительные преимущества пред другими теориями, в частности—теориею насилия *Менгера* и *Гумпловича*. Прежде всего, правильна сама постановка вопроса, согласно которой центральным пунктом проблемы о происхождении государства является вопрос: какие новые потребности *до-государ-*

ственного общения создали *необходимость* в государстве? Какова была та историческая необходимость, которая сломила родовую или племенную организацию общества и направила социальное развитие в сторону новой общественной формы, государственной.

Такая постановка вопроса, во-1-х, исключает мысль о *случайном* характере возникновения государства. Помимо принципиальной неправильности такой постановки вопроса,—при обсуждении его, необходимо иметь в виду, что такой всеобщий институт, как государство, не мог образоваться в различных местах в силу причин, по *Еллинеку*, принципиально-различных и потому в большей или меньшей мере случайных. Как бы ни были велики эти различия в силу индивидуальных особенностей места и времени,— необходимо должны были быть некоторые *принципиально-общия* условия, чтобы даже в самой своеобразной среде возник этот однохарактерный по существу своему институт. Этой точке зрения не противоречит справедливое замечание *Еллинека*, что невозможно подробно определить „процесс образование государств, ибо здесь можно установить только самые общие *типы*", каких он и приводит несколько: объединение в виду общей опасности, потребность в новых местах для охоты и пастбищ, грабеж соседних племен и др. Но, во 1-х, множественность типов, которая устанавливается *Еллинеком*, такова, что подрывает принципиально-однородную природу государства: типы, приводимые им, не заключают в себе ничего принципиально-общего и при том характерного для государства; во-2-х, эти типы скорее призваны объяснить происхождение различных *до-государственных* общений, но не дать схему перехода общества к государству.

Указанная постановка вопроса, во-2-х, исключает также мысль о *правовом* характере возникновения государства; теперь уже нет возможности сомневаться в *чисто-фактическом* характере процесса образования государства: это— процесс не правовой, а в известном смысле до-правовой.— „Первичный процесс образования государств, говорит *Еллинек*, был таким образом процессом правообразования, так что государство и право и исторически уже изначала были связаны друг с другом. Когда выяснилась беспочвенность естественно-правовых учений, должна была стать ясной и

тщетность попыток юридически конструировать возникновение государств".

Наконец, в 3-х, невозможно мыслить возникновение государства, как *скачок*, дату котораго можно логически установить: то, что этот факт сопровождался насилиями и войнами, не отнимает у него характера долгого и исторически-закономерного процесса, начало и конец котораго одинаково трудно фиксировать в определенной точке. Указанная постановка вопроса не можетъ дать исторически-конкретной в деталях картины образования всех государств, но она имеет целью социологически-конструктивным путем вывести общий принцип перехода общества к государству и проследить этот принцип в исторически-известных фактах, приведших общество к государству.

Принцип этот сводится к тому, что государство обязано своим возникновением перевороту в экономических условиях жизни родового общества, неравенству, основанному на частной земельной собственности. Изменения в производственных отношениях и разделение общества на классы влекут за собою изменения в организации общественной власти: родовые органы заменяются государственными.

Чисто-экономическое объяснение возникновения государства не является теперь специальною принадлежностью марксизма. Мы видели, что и *Еллинек* выводит государство из экономических изменений в обществе, связанных с переходом к земледелию, с укреплением частной собственности и с расслоением общества на классы. Затем, и другие исследования показывают, что путь возникновения афинского, римского и германского государств не является исключительной особенностью именно этих государств. Так у *Руд. Гнейста* (1816—1895) мы находим данныя, что даже своеобразное во многих отношениях общественное развитие *Англіи* дает нам аналогичные черты развивающегося государственного порядка.

В Англии, возникновение государства у англо-саксов совпадает с развитием частной собственности, обособлением военной, административной и судебной функций, беззащитностью земледельческого населения от внешнего врага и от гнета частной собственности. „С окончательным выделением личной собственности, главные должности *военного и судебного управления* переходят к классу *крупных землевладельцев*,

которые с тех пор и получают значительное влияние на общественную жизнь. Благодаря своему имущественному превосходству, высшие классы добиваются того, что за них назначается большая вира; они имеют большее значение в войске и на суде; присяге их дается большее значение; наконец, в постановлении судебных приговоров, решающий голос принадлежит им же . Тягость воинской повинности, непосильная для мелкого землевладения, невыгодные условия съемки земли и службы у крупных владельцев—становятся орудиями, при посредстве которых власти, склонные радеть только об интересах высших классов, все устраивают к невыгоде народа.. В сердцевину свободных „сотен" врываются господские дворы и находящиеся в зависимости общины; уцелевшие же аллодиальные крестьяне все менее и менее в состоянии защищать себя и выполнять лежащие на них общинные повинности". Развивающияся противоречия классовых интересов требовали общественной власти, хотя бы *условно* поставленной вне этой борьбы. В недрах стараго общества возникает, развивается и крепнет королевская власть. (*Руд Гнейст*, История государственных учреждений Англии, М., 1885, стр. 12—14).

Переходя к ближайшему рассмотрению теории *Энгельса*, необходимо указать, что эта теория обходит молчанием главнейший момент в возникновении государства: в ней недостает исследования того *переходного* момента, который соединял родовую и территориальную власти Выходит, что обычно государственная власть не была связана никаким преемством с родовою, что родовая власть просто медленно угасала, в то время, как государственная возникала и расцветала. Вместе с тем, однако, и сам *Энгельс* отмечает, что в некоторых странах государственная власть возникала из преобразованной родовой власти. Но и независимо от этого указания, между обеими властями должна была быть *преемственность функций* военных, хозяйственных и др.; между тем у *Энгельса* вопрос этот остается совершенно темным

Причина такого пробела в учении Энгельса заключается в некотором *преувеличении полицейских функций государства*, как хранителя порядка, основанного на *насилии* Насилие есть только *форма* осуществления определенных задач государства; задачи же эти не только не исчерпываются применением насилия, т. е полицейскими функциями, но

и не в них даже заключается центр тяжести государственной деятельности, как это подчеркнул *Лассаль* в своем презрительном обозначении „государство—ночной сторож". Полицейские функции и насилие играют решающую роль в *отживающих* политических системах (абсолютизм); напротив, в момент создания *нового* жизнеспособного политического порядка, его создатели и вдохновители недолго пользуются насилием, ибо они и без него увлекают за собою решающую массу общества, которая приветствует и поддерживает новую, высшую государственность Класс, ведущий общество к новым высшим целям, находит свои силы и свои задачи не в полицейских функциях государства, а в своей освободительной роли: „В этот момент он братается и сливается со всем обществом; в этот момент его смешивают со всем обществом, его сознают и признают *представителем всего общества*, в этот момент права и требования этого класса представляют действительно права и *требования самого общества*, он действительно является головою общества и его сердцем. Только *во имя прав всего общества* отдельный класс может предъявлять права на всеобщее господство" (*К. Маркс*). В этих словах гениально передано то, что недостает построению *Энгельса*: критикуя философию права Гегеля, *Маркс* с большою силою подчеркнул в государственной власти, перешедшей к прогрессивному общественному классу, не только ее классовую, но и *общественную* природу Для *Маркса*, государственная власть, если она не разлагается, а полна жизненных творческих сил есть не только классовая, но и общественная власть, т. е. она служит не только интересам определенных классов, но и интересам целого, ибо благо целого также составляет интерес господствующего класса или группы: для того, чтобы извлекать блага из данной экономической системы, надо прежде всего *охранить целость самой системы*, надо организовать ее наиболее производительным и целесообразным образом. Вот первая, главная и решающая задача, которую инстинктивно или сознательно брала на себя всякая общественная власть, будь то родовая или государственная. Абсолютизм обычно очень сильно выражает это в своей опекающей, регламентирующей роли, особенно в области хозяйства (меркантилизм, протекционизм). Но ту же задачу неизбежно преследует *всякая* общественная власть.

Защита и организация общественного хозяйства и культуры и является тою функциею, которая преемственно передавалась от древней патриархальной, кочевой организации, возникшей из приручения скота, к оседлой земледельческой, построенной на более широком и общем разделении труда. И здесь и там хозяйство обычно организуется и руководится *старейшими* членами общины, как носителями *общественного опыта*, т. е. уже на этой ступени раскрывается природа всякой экономической власти, как господства основанного на *зависимости организуемого труда отъ организующего опыта*, носителями которого являлись тогда патриарх или домовладыка. Здесь же выступает истинная природа всякой общественной власти, как *организатора и регулятора общественного хозяйства*, независимо от того, сосредоточена ли эта власть в одном центре,—как это видим в патриархальной власти, переходящей в царскую власть,—или эта регулятивная власть распылена между рядом самостоятельныхъ хозяйств, организуемых властью главы каждого отдельного хозяйства,—как мы это видим в античном домовладыке, pater familias, или средневековом феодале. При этом под организациею надо понимать, во 1-х, *распределение* общественных функций, путем их разложения на простейшие элементы, и во 2-х, *воссоединение* этих разрозненных функций в некотором единстве, так что получается максимальный общественный результат (*В. Оствальд*, Организация и организаторы, М., 1912, стр. 17).

Эта задача организации и защиты общественного хозяйства стоит пред всякою общественною властью, будь то власть родовая или государственная. Основною задачею той и другой власти является защита общественного хозяйства от внешних и внутренних опасностей и всякого рода меры к его упорядочению и усовершенствованию. Различие же между властями родовою и государственою заключается не столько в различии их задач, сколько в различии тех культурно-хозяйственных систем, во главе которых стоят эти власти: в родовом строе хозяйство является *коллективным* (охота, рыболовство, отчасти скотоводство и земледелие), в государстве же хозяйство становится *индивидуальным*. Тесная связь между индивидуальным хозяйством и государством проявляется в том, что, по мере возникновения индивидуального хозяйства, слабеют органы родовой власти

и возникают органы власти государственной: индивидуальное хозяйство делает возможным и укрепляет индивидуальное *накопление*, а накопление имуществ делается источникомъ новой власти, и прежняя родовая власть, основанная на кровном родстве, сменяется новою личною властью, основанною на имущественном превосходстве и силе. „Переход от звероловства к быту пастушескому и земледельческому, делая возможным накопление имуществ, тем самым становится условием сосредоточения власти в руках людей зажиточных“. (*М. М. Ковалевский* 534).

Накопление же имуществ стало возможно благодаря возникновению, развитию и усовершенствованию *орудий*. Уменье делать орудия создало глубокую пропасть между членом родового союза, в одиночестве безличным и бессильным, и развивающимся типомъ обладателя и творца орудий: уменье делать орудия вывело человека из животного состояния, („человек есть животное, делающее орудия“ — *В. Франклинъ*), и это же искусство создало и укрепило глубокое неравенство между обладателями орудий и другими членами общества; благодаря ему, разрушается хозяйственное единство и однородность общества, исчезает *однородность* и *равноценность* его членов, и обессиливается власть, построенная именно на этих качествах членов общения, на равенстве их личных трудовых средств и усилий.

Процесс распада этого общения усиливается еще и от следующего. Переход человека от охоты к скотоводству сопровождается укреплением связи между человеком и вещью: достаточно сопоставить эту связь в охотничий период, когда связь человека с вещью крайне поверхностна и непрочна и когда он едва научился делать первые грубые орудия,—со скотоводством, когда крепнет личная связь человека с совершенствуемыми орудиями и с разводимым скотом: эта связь с вещью еще более возрастает в земледельческий период, когда создается длительная и постоянная связь с обрабатываемой землею, сложным жилищем и развитыми орудиями. Этот процесс углубления и закрепления *связи человека с вещью*, т. е. процесс развития собственности, сопровождается распадением *связи человека с человекомъ* и распылением родовой общины; место уз родства занимают узы принуждения, кровная связь заменяется

связью соседской, на место родовой власти является территориальная, т. е. зародыш государственной власти.

Таким образом, государство явилось формою новой связи между людьми, новою формою их совместной жизни, новой формою организации их сил и деятельности, своеобразною формою защиты и упорядочения новой хозяйственной системы, построенной на индивидуальном хозяйстве и личной собственности. Но если на заре своего развития, государство призвано было защитить юную индивидуально-хозяйственную систему, то из этого не следует, вопреки мнению *Энгельса*, что с падением индивидуально-хозяйственной системы, должно неминуемо пасть и государство: государство будет жить до тех пор, пока будут существовать охватывающие все общество задачи, осуществление которых по плечу государству, и только ему одному. Поэтому и социализм, в отличие от анархизма, возлагает на государство широчайшие задачи в деле организации будущего общества (*Лассаль*, *Менгер*, *Бебель*). С этой точки зрения, без регулирующего и охранительного аппарата власти не обойтись и обществу будущего, вот почему и мысль о безвластной организации будущего общества едва ли можно основать на положительных данных науки.

ГЛАВА IV.

Методы изучения государства

Г Еллинек—Курс и System der subjectiven offentlichen Rechte. Freib, 1892 (2 изд 1905). *Е Ehrlich*, Grundlegung der Sociologie des Rechtes, B, 1913, *Н Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tub, 1911 *Б А Кистяковский*, Социальные науки и право, М, 1916. *его же*, Методология и ее значение для социальных наук (Юридич Вестник, 1917, кн II—IV), *В В. Ивановский*, Учебник государственного права, Казань, 1910, *Н И Палиенко*, Задачи и пределы юридического изучения государства. Жур. Мин Юст, 1912, кн II—III (о Кельсене), *Ф В. Тарановский*, Юридический метод в государственной науке. Варш, 1904; *его же*, Учебник энциклопедии права, Юр, 1917: *Л Гумплович*, Социология и политика, Спб, 1895: *его же*, Общее госуд право, Спб 1910; *М А Рейснер*, Государство, ч I—III, Спб, 1911—12, *М М Ковалевский*, „Государство" и „Общество", Нов Энцикл Слов Брокгауза и Ефрона, т 14 и 29; *В М Гессен*, „Государство", там же, *Н И Кареев*, Введение в социологию. 2 изд, Спб. 1907, *К М Тахтарев*, Социология, Птр. 1918.

§ 1. Характер государственно-правовых норм. Всякое общественное явление можно изучать с самых разнообразных точек зрения, и прежде всего с точки зрения соответствия

данного явления *закону сущего* или *закону должного*. Законы сущего устанавливают, по каким путям фактически *в конечном итоге* идет жизнь и развитие данного общественного явления или всего общественного целого; таковы законы общественной жизни, устанавливаемые *социологией*. Законы должного указывают те правила, согласно которым шла бы общественная жизнь, если бы в ней действовал исключительно данный закон должного; напр., закон нравственный заключает в себе те правила, которым следуют люди в данном обществе, когда они повинуются одному лишь этому закону, не взирая на требования других законов общества, юридического, эстетического, религиозного, утилитарного, т. е. наибольшей пользы и т. д. Точно также юридический закон, т. е. право, представляет собою те нормы, согласно которым действовали бы люди, если бы ими руководил только правовой мотив, или, что еще показательнее, как фактически действуют люди, когда ими руководит один лишь правовой мотив, которому они свободно отдаются или который побеждает в борьбе с другими мотивами — политики, религии, морали, пользы и т. д.

Обычно правила должного противополагают правилам сущего в ином смысле: различают *нормативное* и *каузальное* познание, т. е. науки, о том, что должно быть, и науки о том, что есть. При этом иногда говорят, что правила должного вовсе не являются теми правилами, которые фактически действуют; они только указывают, как должно действовать,—но в действительности моральное, правовое и пр. поведение обычно глубоко разнится от того, которое диктуется законом должного; отсюда вечные противоречия сущего и должного. Но такое понимание права, морали и других важнейших и активнейших регуляторов общественной жизни рисует их какими то испорченными орудиями, которые никак не могут обезпечить преследуемой ими цели: это не жизненные, фактически действующие нормы, а скорее отвлеченные пожелания, которые общественною властью выставляются, но мимо которых жизнь обычно проходит, постоянно их нарушая.

Такое понимание права, является однако малоценным и в научном и в общественном отношениях, так как право отрывается от жизни, и оба следуют по своему особому пути, при чем научное познание права весьма слабо свя-

зывается с научным познанием жизни. То, что в таких случаях называется правом, следует называть правовым *идеалом*, представлением о наилучшем праве, целью напряженных стремлений, далеко еще не достигнутых. Право же есть не отдаленная цель, а уже осуществившееся *достижение*. Дело не в тех требованиях, которые ставятся людям, а в тех правилах, которыми они в действительности руководятся

В свете такого реалистического понимания, право теряет оторванный от жизни характер: оно выступает, как *фактически-действующее правило*. Норма, которая уже перестала действовать, т. е. определять поведение людей, но есть больше норма права; так же точно норма, которая фактически *еще* не осуществляется, а пока только зреет и складывается, хотя ей принадлежит бесспорное будущее, также не есть право, т. е. *пережиток* отжившаго прошлого и *тенденция* будущего развития не могут быть включены в систему *действующего* права. Закон страны только фиксирует это сложившееся и действующее право, или создает новое право, которому обеспечивает возможность быть фактически действующим правилом. Противоречие между правилом, которое *формально* поддерживается государством — каков, напр., писанный закон,—и юридическим правилом, которое *фактически* действует—каков, напр., конституционный обычай, полно содержания и смысла. В некоторой степени, это противоречие всегда существует, поскольку писанное право не поспевает за фактически-действующим, но, в идее, оба вида права стремятся к полному и совершенному совпадению, ибо люди, заинтересованные в фактическом правиле, стремятся превратить его в писанное право, т. е. охраняемое силою всего общественного союза; государство же, заинтересованное в том, чтобы писанное право не осталось на бумаге, стремится превратить его в фактически-действующее правило.

§ 2. Социология и государственное право, их различие и объект. Ошибочно думать, что правовые нормы *полновластно* действуют в каждом из тех определенных случаев, для которых эти нормы созданы Если бы человек действовал под влиянием одного лишь правового мотива, это было бы еще возможно; но в результате борьбы в человеке правового с другими мотивами, побеждает не всегда правовой

мотив: человек нередко предпочитает нарушить предписание права ради требования морали, религии или интереса. и потому то фактическое поведение человека, которое является результатом действия *всех* различных правил, диктующих ему его поведение, конечно, отличается от того поведения, которое является результатом следования *одному* какому нибудь мотиву или правилу одного определенного рода. То поведение, которое является результатом следования человека правилам одной лишь морали или религии, или права, или эстетики и пр. является поведением нравственным, религиозным, правовым или эстетическим и изучается соответственными специальными науками. То же поведение, которое в конечном итоге вытекает из действия всех вообще мотивов или в результате победы одного из этих мотивов над другими, является предметом изучения не одной какой либо специальной общественной науки, а некоторой синтетической науки об общественном явлении—*социологии*.

Таким образом социология и право различаются по объекту изучения, т. е имеют каждая свой *особый* предмет исследования: это есть поведение, диктуемое *одним* (право) либо *многими* (социология) регуляторами общественной жизни. Поэтому право дистиллирует, выделяет свой объект-особаго рода, правовое поведение, а социология рассматривает общественное явление, как некоторое единство, и берет его в непременной связи с другими общественными явлениями. Напр., явление государственнаго властвования социология разсматривает, как некоторое единство, которое является результатом действия норм права, нравственности, религии, быта, целесообразности и пр., и не только норм поведения человека, но и наличных средств, технических, экономических и финансовых, а также внешних сил природы, международной среды и т. д. Из анализа действия этих факторов, социология выводит *социальные законы*, которые отличаются от законов юридических тем, во 1-х, что они обычно действуют не для одной определенной, специальной группы социальных явлений, а для всей совокупности общественных явлений, воплощенной в реальных фактах общественной жизни, т. е. главным образом в *конкретном* поведении людей, и во 2-х, что даже та или иная *специальная* группа явлений рассматривается социологиею, как неразрывная *часть* некоторого целого, а не как система,

замкнутая в себе и подвергнутая особому специальному закону,—т. е. право, напр., рассматривается социологиею не изолированно от других специальных общественных категорий,—экономики, культуры, морали и пр.,—а в неразрывной *связи* с ними, как *часть* единой и живой общественности.

§ 3. Социологическая и юридическая точки зрения. Мы видим, следовательно, что и социология и право имеют свой собственный предмет изучения, особую специфическую сферу явлений: *право* выделяет из всей массы общественных явлений одну специальную их группу и устанавливает норму должного, фактически в них действующую; *социология* изучает все вообще без изъятия общественные явления, выводит закон сущего, по которому они возникают, живут, развиваются и умирают.

Не совсем точно поэтому говорить о *методах* юридическом и социологическом; правильно говорить о двух самостоятельных *науках* права и социологии. Строго говоря, метода только два: это великие, вечные, всеобъемлющие методы дедукции и индукции, проникающие почти во все науки К ним примыкают методы, действующие в определенных науках или вытекающие из определенных познавательных доктрин, как методы материалистический, идеалистический, диалектический, и т. п. Но как неверно утверждать, что существуют не наука статистики или психологии, а лишь методы статистический или психологический, так же точно социология и право дают не методы познания, а самую научную *материю* знания. Однако допустимо говорить о юридической и социологической точках зрения на то или иное общественное явление; но и здесь речь идет в сущности не об одном, а по крайней мере о двух явлениях. Мы говорим, напр., что власть, с социологической точки зрения, есть состояние зависимости подвластного от властвующего, и этим мы определяем их внешнее положение и те *фактические* возможности, которые открыты для властвующего и закрыты для подвластного. Когда же мы говорим о власти с правовой точки зрения мы имеем в виду только *правовые* возможности, т. е. возможности открытые при действии и соблюдении норм права. Другими словами, рассматривая факт с правовой или социологической точки зрения, мы изучаем и освещаем не одно и то же явление, а различные явления, хотя и протекающие в пределах не-

которого единства, так что являются его элементами, но элементы эти всегда различны.

То же происходит и при изучении государства. Социология берет государство, как сложное явление, создающееся в результате подчинения людей множеству самых разнообразных социальных сил, включая и различные мотивы и правила поведения: экономика, право, мораль, религия, искусство, наука, школа, печать и т. д. — таковы те силы, которые приводят людей к государству и удерживают их в нем. Социология рассматривает те явления, которые фактически происходят в государстве,—возникают и протекают под действием различных факторов, борющихся за решающую силу влияния; она рассматривает те *социально-политическия силы*, которыми питается государственная система, которые определяют ее характер и предрешают ход ее развития. Государственное же право рассматривает государство, с точки зрения только *правовых мотивов* поведения властвующих и подвластных, поскольку эти мотивы определяются *фактически-действующими нормами*. Государственное право рассматривает государство, как орган всего общества, как учреждение действующее во всеобщем, а не групповом интересе: такова норма, признаваемая современным государством. Социология же изучает действительное поведение государства, в виду двойственной природы его власти, как органа всего общества, и в то же время представительницы определенных групповых интересов. Государственное право изучает те установленные правом во всеобщем интересе требования, которые взаимно, по праву, могут предъявлять друг другу органы власти и граждане государства; социология же изучает законы, по которым эти требования фактически выполняются или нарушаются властью и гражданами; она изучает движущие силы политического развития, намечает тенденции, проявляющиеся с настойчивою необходимостью в различных широтах и в разные эпохи, исследует те *постоянные* силы, которые стремятся исторгнуть данную правовую систему из *временного* состояния равновесия, анализирует те временные условия или противоположные силы, которые удерживают еще эту систему в прежнем ее состоянии.

Совершенно иными являются задачи государственного права. Оно рассматривает государство, как замкнутую в себе

правовую систему, подчиненную *внутренней* логике своего бытия, законам своего собственного, правового равновесия. Своеобразный предмет науки государственного права—это особые, *публично-правовые отношения* 1) *между самими властями*, 2) *между властями и гражданами* и 3) *между гражданами*, поскольку все эти отношения существуют в общественных интересах.

ГЛАВА V.

Источники государственного права.

G. Jellinek. Gesetz und Verordnung, Freib, 1887; *его-же:* Конституции, их изменения и преобразования, Спб., 1907; *его-же:* Борьба старого права с новым, М, 1908, *М Hauriou*, Principes de droit public, P, 1910, *В Энсон*, Английский парламент, его конституционные обычаи и законы, т. I, Спб. 1908; Корона—т II, Спб., 1914; *А В. Дайси*, Основы госуд. права Англии, М, 1907, *П Г. Виноградов*, Очерки по теории права, М., 1915, *Г. Радбрух*, Введение в науку права, М., 1915, *А. Д. Градовский*, Начала русского госуд права, Спб, 1875; *А. С. Алексеев*, Русское госуд. право, М., 1897; бар *Б. Э. Нольде*, Очерки руского госуд. права, Спб, 1911; *Н. И. Лазаревский*, Русское госуд. право, Спб, 1917 (4 изд.); *Н. И. Палиенко*, Основные законы и форма правления в России, Яр., 1911, *С А. Корф*, Русское государственное право, М., 1915; *Р. Иеринг*, Юридическая техника, Спб, 1906 (Извлеч, из Geist d Romischen Rechts, 1883, II), *Бернг. Виндшейд*, Учебник пандектного права, Спб, 1874; *Ю. Барон*, Система рим. гражд. права, Спб., 1909; *С. А Муромцев*, Гражд право древнего Рима, М, 1883; *И. Г. Оршанский*, Исследования по русскому праву, („О законных предположениях и их значении"), Спб, 1892; *Н. И. Лазаревский*, Судебная и административная практика, как источник права (Вестн. гражд. права, 1916, кн. I); *П. И Люблинский*, Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса, Пгр, 1917; *Е. В. Васьковский*, Руководство к толкованию и применению законов, М, 1917; *Я. М. Магазинер*, Юридическое значение манифеста 17 октября 1905 года, М., 1915

Источниками права называются *общеобязательные* формы выражения права, т. е. такие нормы, за которыми общественная власть признает общеобязательную правовую силу и которые способны порождать права и обязанности неопределенного числа граждан. Такими источниками для государственного права являются 1) закон; 2) обычное право; 3) практика государственных учреждений и 4) не-право, ставшее исходною точкою нового правопорядка.

§ 1. Закон, точнее говоря, всякое вообще писанное право,— в том числе указы и распоряжения высших органов упра-

вления,—имеет теперь подавляющее значение и является самым могущественным источником права. Но тот, кто стал бы на основании одного писанного, законного права судить о действующем праве страны, на каждом шагу становился бы втупик и не мог бы ориентироваться в самых элементарных вопросах правовой жизни государства. Поэтому, во 1-х, необходимо писанное право восполнять из других источников; во 2-х, необходимо уметь извлекать из писанного права максимум заложенных в нем или предположенных им идей и норм; необходимо познать те огромные *„скрытые силы“*, которые в нем заключены, и те молчаливо-признаваемые им *предпосылки*, без которых оно не могло бы действовать. Этой цели служит толкование закона.

Толкование применимо и в обычном праве, но особо важное значение имеет оно для закона. Достаточно пока отметить три главнейших вида толкования: 1) словесное; 2) логическое и 3) систематическое.

Словесное толкование имеет целью установить *буквальный* смысл толкуемой нормы, т. е. точное значение *слов*, в ней употребленных. Напр., в русских основных законах 1906 г. царская власть названа „самодержавною“: что значит это слово? Означает ли оно единодержавие, т е. абсолютизм, или что нибудь другое? Толкование соответствующих статей должно прежде всего выяснить словесный смысл этого выражения, и показать, что самодержавие значит, что царь *сам держит* свою власть, а не получил ее от кого либо другого, из какого нибудь внешнего источника, от какой нибудь другой власти; другими словами, термин „самодержавие“ означает *непроизводность* царской власти от какой либо другой власти, а не единодержавие, т. е. не исключает участия других органов в верховной власти.

Логическое толкование выходит за пределы словесного толкования: оно устанавливает не только словесный, но и внутренний, *логический* смысл закона; если это необходимо, оно выходит за пределы данной нормы и сопоставляет ее с другими нормами. Напр., если закон является *специальною* нормою, т. е. выделяющею из общей массы явлений одну *специальную группу*, в частности, если данная норма налагает на определенную группу граждан обязанности (*налоги*) то она должна быть, в сомнительных случаях, толкуема в *ограничительном* смысле, т. е. уже своего буквального объема.

Если же закон является *общею* для всех нормою, то он должен быть, в случае разумного сомнения, толкуем *распространительно*,—напр., при перечислении категорий лиц, которым предоставлено то или иное *частное* право (право приобретать собственность); напротив, *публичные права не предполагаются*, и если определенно данной группе законом не предоставлены, то она их не имеет, и т. д.

Систематическое толкование дает возможность раскрывать неясности и восполнять пробелы даннаго права: если закон неясен или прямо молчит по данному вопросу, то ответ на него может быть извлечен из данного права только исходя из того, что оно представляет собою замкнутую *систему*, лишенную пробелов, т. е. там, где она не дает специальнаго ответа на данный вопрос, ответ этот надо получить путем толкования наличных норм права, предполагая между ними органическое и логическое единство, свойственное системе. (Против безпробельности права—*С. А. Котляревский*, Власть и право, 353). Напр., французский закон не дает ясного ответа на вопрос, ответственно ли правительство только пред нижней палатою парламента, или также и пред верхнею, сенатом. Путем систематическаго толкования конституции, *А. Эсмен* приходит к выводу, что коренною основою ответственности министерства предъ нижнею палатою является возможность *роспуска* этой палаты; а так как сената, по закону, распустить нельзя, то и ответственности министров пред ним обосновать невозможно. В отступление от этого общепринятого способа толкования, в Швейцарии новейший закон дает иное предписание судье, при наличности пробела или неясности в праве: судья должен тогда, если ни писанное ни обычное право не дают ему ответа, применить к данному делу такую норму, которую он создал бы, если бы сам был законодателем.

Каждый из этих трех основных приемов толкования, дополняется иногда еще *историческим* толкованием, т. е. выяснением смысла данного закона по тому тексту, который предшествовал толкуемому тексту.

Наконец, нельзя не отметить противоположности между *научным*, т. е. свободным толкованием закона, которое дает ему юрист и которое на будущее время ни для кого не имеет формально-обязательной правовой силы,—и *легальным*, т. е. таким толкованием, которое по закону обязательно для

всякого на будущее время; таковы, напр., *аутентическое* толкование, т. е. толкование закона самою законодательною властью, или *административные* разъяснения, делаемые админ. властью по уполномочию закона; напр., у нас разъяснения Сената по административным, а отчасти даже и по судебным делам; эти толкования имеют значение *легального*, т. е. обязательного по закону толкования: в частности, особому присутствию Сената дано было право легального толкования закона Временного правительства 20 июля 1917 г. о выборах в Учредительное Собрание.

Своеобразными правовыми фигурами являются *фикции* и *презумпции*. Отчасти их можно отнести к приемам толкования права. *Презумпция* есть законное предположение наличности или отсутствия данного признака в лице или вещи; напр., презумпция невиновности (praesumptio boni viri) заключается в том, что всякий предполагается невиновным, пока не доказано противное, презумпция законности действий, исходящих от органов власти, означает, что все должностные действия предполагаются законными, пока не будет установлено противное, т. е. что данное действие незаконно и т. д.

Презумпция основана на своеобразных *эмпирических обобщениях*, т. е на истинах, выведенных из *правового опыта*; в силу известного единообразия и повторяемости человеческих действий в однородных условиях, предполагается, что при наличности известных условий—неизбежно должны быть и связанные с ними последствия. Таким образом, презумпция есть предположение, выведенное из *юридической гипотезы о единообразном составе правовых фактов:* на основании массового опыта выводится законное предположение, создается основательное ожидание, что и дальше будет так, как было; если же в отдельном случае ожидание и не оправдается, то единичными отклонениями можно пренебречь, ибо право вообще расчитано не на единичные явления, а на массовое поведение, на то, что в большинстве случаев бывает (plerumque fit).

Могут быть и другие мотивы для той или иной презумпции: недопустимость и вредность каких-либо сомнений по поводу того или иного факта, и тогда факт считается по праву уже установленным, хотя бы в отдельном случае его не было на лицо; напр., вышеуказанная презумпция

законности должностных действий: чтобы охранить престиж органов власти, все их действия предполагаются законными, пока не будет доказана определенная противозаконность какого-либо из них. При этом существуют даже презумпции, которых нельзя и опровергать, т. е. нельзя доказывать, что в данном случае они не оправдываются на деле: это т. н. praesumptio juris et de jure, т. е. *неопровержимыя* презумпции, в отличие от обыкновенных презумпций, praesumptio juris, которые имеют силу только до тех пор, пока не будут опровергнуты для даннаго случая.

Фикция, в отличие от презумпции, заведомо *противоречит действительности*, но тем не менее, ради охраны важного общественного интереса, норма повелевает *признавать* наличность отсутствующаго признака или *отрицать* наличность имеющагося признака. Напр., в праве древняго Рима, претор, желая судить иностранца не по особому, существовавшему для иностранцев праву, а по общему праву, римскому, прибегал к фикции, что он судит не иностранца, а римлянина:—ac si civis Romanus esset (как если бы он был римским гражданином), т. е. претор приписывал иностранцу признак римского гражданства, которого заведомо иностранец не имел. К такой же фикции прибегали английские юристы еще в средние века, когда хотели оградить безответственность короля: они создали для этого фикцию, что „король не может творить зла“ (the king can do no wrong),— что заведомо противоречит действительности, в которой король, как смертный, наделенный ограниченными душевными силами, не может не впасть когда-нибудь в тот или иной неправильный поступок. Такая фикция казалась необходимою для устранения каких бы то ни было обвинительных предположений или суждений о поступках короля: король не может творить зла,—следовательно, исключается всякая правовая оценка его действий,- он безответствен пред чьим бы то ни было судом. Если же его именем совершены действия незаконныя, то ответственности подлежат те министры, которые действовали его именем или внушали ему *злые советы*, т. е. фикция непогрешимости короля казалась необходимою для обоснования ответственности министров (Об этой фикции—гл. XI, § 1).

Таким образом фикция отличается от презумпции тем, что презумпция в отдельном случае может быть *вероятна*,

но фикция—совершенно *ирреальна*: иностранец — никогда не римлянин; король, как всякий человек, способен совершать зло и т. д. Презумпции и фикции еще в значительном числе наполняют право, особенно—уголовное и государственное. *Р. Іеринг* и *С. А. Муромцев* справедливо считают фикцию приемом нисшей юридической техники: фикции с успехом могут быть устранены простым определением закона или легальным его истолкованием; напр., безответственность короля, все действия котораго предполагаются правильными, теперь уже не строят на фикции его непогрешимости, а без правовых мотивов, устанавливаютъ прямым велением закона на одном только *политическомъ* основании: „Особа государя священна и неприкосновенна“ (ст. 5 осн. зак. 1906 г.).

§ 2. *Обычное право* есть фактически и однообразно соблюдаемое, хотя государством и не предписанное правило массового поведения; *частота* повторения и *убеждение* в правомерности поведения — основные элементы обычнаго права.

Сила обычного права весьма различна в разных странах. Исключительную силу обычное право имеет в Англии, где оно, под именем common law, равняется по силе закону (statute law) и даже выше писанного закона, если закон, противный обычному праву, является противным неписанной конституции Англии. Но эта огромная сила обычного права в Англии является исключением, слабеющим пережитком былой мощи обычного права, когда оно было не только высшим, но и единственным источником права у всех народов на определенной ступени их развития,— напр., в России времен „Русской Правды“, т. е. около XI в., или в Западной Европе времен „варварских (салической правды, баварской правды и других „варварских законов“), т. е. около V—IX в.в.

Теперь обычное право имеет наибольшую силу в области частного права, где оно успешно борется с *диспозитивнымъ* писанным правом, т. е. с правом, которое само по себе не является обязательным, так что каждому предоставляется поступать в данном вопросе по личному усмотрению, но если такого усмотрения нет на лицо, то вступает в действие диспозитивная, т. е. восполняющая норма; напр., там, где нет завещания, наследование идет по закону, т. е. по

диспозитивной норме, восполняющей недостаток личного распоряжения на случай смерти.

Однако диспозитивное право имеет не малое значение и в публичном праве, где оно также восполняет невыраженную волю тех или иных субъектов публичного права. В случае закрытия общества, имевшого целью осуществление или защиту публичного интереса, имущество такого общества получает то назначение, какое указано в его уставе, т. е. согласно индивидуальной воле самого общества. Но если воля общества о будущей судьбе его имущества не выражена в его уставе, то вступает в действие диспозитивная норма, которая предписывает в таком случае передать оставшееся имущество правительству для употребления по назначению, наиболее отвечающему цели общества (ст. 29 русских правил 4 марта 1906 г. об обществах и союзах).

С такою диспозитивною нормою может вполне успешно бороться обычно-правовая норма, в том смысле, что постепенно может сложиться *обычай*, устанавливающий определенный порядок употребления оставшегося имущества, напр передачи его в собственность органа местного самоуправления, а не правительству; этот обычай, вследствие повального его применения, может получить такую огромную силу, что фактически именно этот обычай, а не воля учредителей общества, составивших его устав, разрешит этот вопрос, и таким образом исключить применение диспозитивнаго закона. Здесь обычай не отменяет, а наперед устраняет действие диспозитивной нормы; точнее говоря, диспозитивный *обычай* парализует диспозитив *закон*. Но тот же *диспозитивный* обычай, очевидно, безсилен против *принудительного* закона, т. е. нормы, не допускающей личнаго усмотрения в данном вопросе, т. е. jus dispositivum парализовать jus cogens.

Иногда сам закон приписывает обычаю восполняющую силу: когда закон молчит, вместо него должен действовать обычай. Так, новейшее право предписываетъ: „Ко всем правовым вопросам применяется закон, когда они предусмотрены его текстом или толкованием. Если из закона нельзя почерпнуть какого-либо предписания, то судья должен решать на основании *обычного* права, а где такового не имеется, то согласно правилу, которое он создал бы, как законода-

тель. Он следует при этом установленным учениям и традиции" (ст. 1 швейцарского гражданского уложения 1907 г.). Обычному праву разрешает следовать закон и в России: так, гражданский суд вправе руководствоваться общеизвестными местными обычаями (ст. 10^1 уст. гр. суд., изд. 1914 г.); затем, это право в свое время дано было и волостным судам в отношении местных обычаев у *крестьян* (ст. 135 общ. полож. о крест. и ст. 76 прил. к ст. 2 учр. суд. уст., изд. 1914 г.); затем *инородцы* имеют право управляться и судиться по их собственным обычаям (ст. 175 прил. 1 и 136 пол. об инор.) и *торговые* суды вправе применять торговые обычаи, если нет точного и ясного закона (ст. 327 уст. суд. торг.).

§ 3. *Практика государственных учреждений* распадается на три вида.

1. Прежде всего—*обычная* практика даннаго учреждения, однообразно, неизменно, непрерывно действующая, как правоубеждение данного органа власти. От обычного права обычная практика отличается тем, что оно управляет действиями не граждан вообще, а специально—*органов власти*; напр., в данном учреждении действует свой неписанный порядок разрешения данного рода вопросов; этому порядку неизменно следуют органы этого учреждения, и таким образом медленно и прочно складывается обычная практика данного учреждения. Напр., до 1867 г. министерство в Англии выходило в отставку, вследствие неблагоприятных для него голосований нижней *палаты* парламента, а после 1867—вследствие неблагоприятных ему *выборов* парламент. Это правило с огромною правовою силою руководило и руководит поведением английского министерства, хотя источником этой нормы является не закон, а только обычная практика правительства и парламента.

2. Совершенно своеобразным источником права является *прецедент*, играющий большую роль в государственном праве. что в основе обычной практики лежат два признака всякого обычая - *многократность* его повторения и *убеждение* в его правомерности. Обычная практика, как обычное право в действиях власти, должно заключать в себе оба этих признака; таким образом, следуя обычной практике, власть с правовою *убежденностью* следует тому, что она *многократно* до того делала. Прецедентом же является такое

поведение власти, которое имело место хотя бы *один* только раз, но может служить *примером* для последующаго поведения этой власти. Напр., если какое нибудь предложение, внесенное в парламент, имеет за себя столько же голосов, сколько и против—должно ли оно считаться принятым или же отвергнутым? Если парламент хоть раз решил этот вопрос так, что *отверг* такое предложение, как не имеющее за себя большинство, то и в другой раз должен решить этот вопрос в том же смысле, т. е, при равенстве голосов в парламенте, предложение отвергается.—Возьмем другой пример. Если, напр., закон не обязывает правительство обращаться к парламенту с изложением программы своей будущей политики, но правительство немедленно по вступлении в права власти, уже однажды это сделало, причем признавало это для себя обязательным, то можно сказать, что оно создало прецедент, т. е. пример для будущаго поведения правительства в таких же обстоятельствах.

Источником силы прецедента является то обстоятельство, что когда орган власти разрешает вопрос, для решения котораго нет ни специальнаго закона, ни определеннаго обычая, то он сам молчаливо создает *общую норму*, и разрешает данный случай в согласии с этой нормою, хотя бы он о ней ни слова не говорил, по той причине, что ему не дано права самостоятельно создавать общия нормы. Таковы судебные, административные и парламентские прецеденты. Раз проделанная работа при разрешении вопроса, не предусмотреннаго ни законом, ни обычаем не может и не должна пропасть.

Замечено было (*Н. И. Лазаревский*), что прецедент имеет силу по следующим соображениям: во 1-х, достигается *экономія* правовой мысли: то, что однажды разрешено в убеждении правомерности и правильности решения, нецелесообразно вновь разрешать, не считаясь с прежним решением; во 2-х, из *равенства* всех пред законом вытекает, что правильное для одних граждан, должно быть применено к другим; в 3-х, уважение учреждения к самому себе, его *престиж* не допускает, чтобы сегодня оно отказывалось от того, что признавало вчера.

Не трудно однако видеть, что все эти мотивы, обосновывающие силу прецедента, вытекают из того, что в основе его лежит *общая норма:* если для разрешения всех подоб-

ных вопросов уже создана общая норма, то она делает новую работу создания нормы *излишнею*; затем эта новая норма будет и *несправедлива*, ибо она обманывает ожидание тех, кто надеется на одинаковое к себе применение общаго правила; наконец, общия нормы, сменяемыя и отвергаемыя каждый раз по каждому новому делу, подрывают *престиж* той власти, которая их создала.

Прецедент имеет только руководящее, но не безусловно обязательное значение; при этом, особенно выдающуюся роль играют прецеденты, устанавливаемые высшими органами для нисших; напр., разъяснения Сената по судебным и административным делам. Но прецеденты могут пересматриваться и терять силу, особенно в виду новых прецедентов. Затем, для силы прецедента необходимо убеждение в его правомерности, как при его установлении, так и при последующем его применении. Отсюда право английских судей устанавливать, в мотивированном решении, негодность прецедента (wrong decision). Отсюда же отрицание силы прецедента за всеми действиями властей в период первой английской революции (1641—1660), ибо то, что творится властью в период революции, не может служить мерилом права для последующаго времени (интересныя замечания у *Дайси*, 434).

3. Весьма важным источником права являются *соглашения* между властями, разрешающия такие вопросы, которые не решены ни законом, ни обычаем, ни практикою учреждений. Соглашение отличается от *обычной практики* тем, что действие, на нем основанное, имеет силу, хотя бы оно совершено было впервые и один только раз, а от *прецедента* тем, что для силы соглашения необходимо участие не одной, а двух или более властей, и оно имеет обязательное значение для всех его участников.

По соглашению может быть установлена такая норма, которая прямо противоречит закону: если все высшия учреждения, которыя имеют право возражать против подобных соглашений, молчаливо в них участвуют или на них соглашаются, то эта норма будет действовать и будет иметь силу не только в том случае, для котораго она специально создана, но и на будущее время может приобрести значение прецедента или даже обычной практики. Напр., германский закон не знает тайных заседаний парламента; однако легко

себе представить такия обстоятельства, когда высшия власти государства найдут необходимым именно закрытое заседание; в этом случае достаточно соглашения между рейхстагом, союзных советом и правительством, чтобы тайное заседание не только состоялось, но и постановления его имели полную и бесспорную силу. На деле сам рейхстаг в своем регламенте принял постановление, допускающее тайныя заседания рейхстага, и если его пос ановления будут одобрены союзным советом и обнародованы императором, то соглашение между этими тремя властями, хотя бы оно было молчаливым, и хотя бы оно творило новое право, разрушая старое,—оно будет *правовым* источником действительности тайнаго заседания и постановлений, принятых в этом заседании.

4. *Не-право*, при некоторых обстоятельствах, также может служить источником права. По общему правилу, правонарушение, конечно, не может служить источником какого-либо права. Однако это консервативное правило, охраняющее непоколебимость даннаго порядка, сталкивается с наростающей потребностью в изменении даннаго порядка, хотя бы для этого пришлось разрушить его; эта потребность, возросшая до непреодолимой силы, приводит правопорядок к гибели. Но при этом обычно одним и тем же актом не только ниспровергается старый порядок, но и создается новый. Когда 21 сентября 1792 г. французский конвент в своем первом заседании провозгласил уничтожение монархии, он тем же самым актом установил во Франции республику. В 1850 г. прусский король Фридрих-Вильгельм IV своею единоличною властью, в нарушение конституции, отменил закон 1848 г. о выборах в парламент, и тем же путем в 1907 году был отменен старый и создан новый закон о выборах в Гос. Думу. В конце 1849 г. австрийский король Франц-Іосиф отменил конституцию, которую он сам дал в начале того же года, т. е. в основу новаго порядка было заложено не-право. В 1866 г. Пруссия поглотила Шлезвиг-Гомитинию, Ганновер, Кургессен и Нассау: война с ними или с Австриею в 1866 г. не могла оправдать этого поглощения, так как в силу германского союза (1815—1866), немецкия государства не имели права вести друг с другом войны.

Можно было бы привести множество других фактов, доказывающих, что новое право часто возникало из нару-

шения и даже разрушения стараго права: акт разрушительный был также и актом созидательным. Разрушение не только является фактической силою, прекращающею данный правопорядок, подобно стихии воды или вулканической лаве, погребающей данное общение, но и правовою датою, с которой ведет начало новый порядок, т. е. *источником* даннаго порядка. Акт 2 июня 1907 г. о выборах в Гос. Думу, сам по себе неправомерный, явился источником права, регулировавшего русскую государственную жизнь в течение следующего десятилетия (1907—1917). Тоже можно сказать о конституциях 1791, 1793, 1830 и 1848 г. во Франции.

Когда же *правонарушение может стать источником права*? Ошибочно отвечают в таких случаях: „когда оно удалось". При этом не замечают, что сколько бы „удачных", т. е. беспрепятственных, безнаказанных и даже может быть вознагражденных убийств ни было совершено в современном обществе, они останутся правонарушениями и не могут стать источниками общепризнаннаго права, потому что эти нарушения совершаются под покровом существующаго правопорядка, открыто до конца ему не противоречат и даже втайне расчитаны на его защиту. Правонарушение тогда только может стать источником права, когда оно совершено лицом или группою, имеющими или захватившими *власть над правопорядком*, и когда одна и та же точка—неправомерный акт—становится точкою пересечения двух резкоразличныхъ правовых фигур, двух последовательных, но различных между собою правовых систем, и то, что для одной изъ нихъ будет *правонарушением*, то для последующей будет *правоистсчником*. В этом и заключается правотворческая роль революции: для того, чтобы она могла сыграть эту роль, необходимы не только ея *успешность*, т. е. захват власти, но и фактическое осуществление тех *положительных* правовых начал, во имя которых революция совершена.

Каковы же те *правовые* основания, на которых держится *революционный порядок*, т. е. промежуточный, *переходный* правопорядок, непосредственно следующий за переворотом и являющийся колыбелью нового правопорядка, напр., во Франции 1789—1791 гг.? Прежде всего, каково взаимоотношение старых и новых *органов* власти, а также старого и нового *законодательства*. Устраняются ли старые органы и старые законы в силу самого переворота или нет? Чтобы

получить правильный ответ на эти вопросы, надо помнить, что революция есть *борьба за верховную власть*. Удачная революция есть захват этой власти; обладатели же этой верховной власти могут допустить к совместному с собою властвованию отдельных физических или юридических лиц, по своему усмотрению; но, очевидно, права допущенных к новой власти юридических лиц, хотя бы они были образованы по нормам старого правопорядка, основаны уже не на этих нормах старого порядка, а на голом *факте допущения к власти*.

Разумеется, невозможно юридически конструировать переворот: *революция не имеет правооснования*, ибо старого правопорядка, с точки зрения котораго можно было бы судить о перевороте, *уже* нет, а нового *еще* нет. Но точно также нельзя юридически конструировать допущения к власти органов возникающего правопорядка: здесь частью создаются новыя нормы, а частью, обрывками, возстановляется старый правопорядок; напр., прежде всего органы гражданской юрисдикции, как наиболее далекие от политики, допускаются к своим фунциям; затем допускаются суды уголовные, уже с оговорками и ограничениями; органы административные—после существенных преобразований в их составе и деятельности и т. д. Этот процесс допущения к власти имеет чисто-фактический характер; он основан на праве революции, т. е. на силе и общем ея признании, в виде повиновения.

Юридически здесь можно зафиксировать лишь тот момент, что если орган власти не встречает фактических препятствий к своей деятельности, он вправе и обязан ее *осуществлять по-прежнему* в новом правопорядке, поскольку это прямо не противоречит началам нового порядка,— по принципу непрерывности государства и права (гл. VIII, § 4). Это правовое положение основано не на определенном положительном правопорядке, а принадлежит к числу тех основных правоположений, которые лежат в основе всякаго правопорядка.

Но это положение относится только к *подчиненным* органам управления. Противоположное начало необходимо установить для *верховных* органов государства: так как сущность революции заключается в *смене суверенов*, то успешная революция сама по себе лишает власти прежние органы вер-

ховной власти, и хотя бы они *фактически* могли действовать, *юридически* их акты будут ничтожны. Поэтому те высшие органы старого порядка, которые не допущены к своим функциям новою властью и не захватили *верховной* власти в революционном порядке,—напр., Гос. Дума и Гос. Совет в 1917 г.,—не могут ссылаться на права свои, основанные на старом порядке: эти права пали вместе со своим основанием—правопорядком, который дал им жизнь.

Что же касается силы до-революционаго *права,* то всякий современный правопорядок исходит из идеи *непрерывности государства:* поколения сменяются, но лицо государства бессмертно. В идее так же бессмертно и действующее право: пока не явились законные или фактические силы, которые бы прервали его существование, оно живет и действует; сила этого принципа была признана, с известными ограничениями, и в России после революции 27 февраля 1917 г., а отчасти и после 25 октября 1917 г. С политической точки зрения, легко себе представить, к чему привела бы противоположная точка зрения: если существует не всякое право само по себе, как таковое, а лишь то право, которое *положительно* и особо признано новою революционною властью, то пока эта власть разберется в огромной массе старого права и решит, что отменить и что сохранить,—перестанут действовать многочисленные нормы, на которых основана вся жизнь государства: налоги перестанут поступать, войска будут вправе бросить службу, убийства и насилия утратят свою противозаконность, и всякий сможет быть обездолен в высших своих благах.

Итак, *не-право* может явиться источником *нового права*; вместе с тем то же *не-право* может *освятить* непрерывную деятельность старого *права* и его органов, допустив эти органы к их функциям и не препятствуя дальнейшему функционированию старого законного права.

ГЛАВЫ VI и VII.

Юридическая природа государства; органы государства.

Г. Еллинек, *Л. Дюги*, *Г. Ф. Шершеневич*—Курсы; *Н. М. Коркунов*, Указ и закон, Спб., 1895; *его же*, Русс. госуд. право, I, Спб., 1909; *Н. И. Лазаревский*, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, Спб., 1905; *А. И. Елистратов*, Основные начала админ. права, М., 1917; *его же*, Должн. лицо и гражданин (Сборн. „Вопросы админ. права", I, М., 1916); *O. Gierke*, Die Genossenschaftsteorie und die deutsche Rechtssprechung, 1887; *его же*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, (рецензия на Лабанда—в Schmollers Jahrbücher, Lpz., 1883, Heft IV); *P. Laband*, Deutsches Reichsstaatsrecht, Tüb., 1908; *Jellinek*, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Fr., 1892; *Jos. Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Oesterreichs, Gratz, 1901; Ed. Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Arch. f. öffentl. Recht, 1890 (V); *L. Duguit*, L'état, les gouvernants et les agents, P., 1903; *А. Бертелеми*. Основания политической власти, Ж. М. Юст., 1916, кн. 1; *M. Hauriou*, Principes de droit public, P., 1910; *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatrechtslehre, Tüb, 1911;—*Ф. К. Савиньи*, Обязательственное право, Спб., 1876; *Р. Зом.* Институции, II, Спб., 1910; *В. Б. Ельяшевич*, Юридическое лицо, его происхождение и функции в рим. част. праве, Спб., 1910; *его же*. К учению о государственных имуществах в русском праве, („Право", 1913, №№ 36 и 37); *Л. С. Таль*, Трудовой договор, ч. II, Яр., 1918; *І. А. Покровский*, Основные проблемы гражд. права, Пгр., 1917; *Er. Kaufmann*, Das Wesen des Völkerrechts und die cl. rebus sic stantibus Tüb, 1911; *E. Hölder*, Natürliche und juristische Personen, Lpz, 1905; *J. Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Lpz., 1907.

ГЛАВА VI.

Юридическая природа государства и его органы.

§ 1. Государство, как субъект, объект и отношение. Что же такое государство с юридической точки зрения? Рассматривая государство с социологической точки зрения, мы видели, что государство есть особого рода союз оседлых людей, под некоторою первоначальною властью, ни от кого не заимствованной и не зависящей. Какова же юридическая природа этого союза? Определить юридическую природу какого-либо учреждения значит найти *более общее понятие*, которому данное понятие подчинено, как его разновидность, и определить особенности этой разновидности, в отличие от смежных понятий. По учению *П. Лабанда*, нет в государстве такого правового понятия, которое не могло бы

быть возведено к более общему, как невозможно открытие новой логической силы или появление новой силы природы. Существует, напротив, и противоположное мнение, что невозможно определить с юридической точки зрения государство, ибо это есть высшее понятие в данном правопорядке, и невозможно определять государство с точки зрения права того же государства. „Государство, по словам *Г. Ф. Шершеневича*, есть источник права, и потому определение его в категории права логически недопустимо... Если юридические нормы исходят из государства, как возможно определить государство этими самыми юридическими нормами"? Поэтому возможно одно лишь социологическое, но не юридическое определение государства.

Не трудно, однако, видеть, что государство вовсе не является *логически* высшим и непревосходимо-общим понятием, и что юридические нормы, которыми руководится государство, исходят не исключительно только от самого государства. Прежде всего, государство выступает во-вне, по отношению к другим государствам, как определенная организация, действующая согласно определенным нормам права, которые созданы не данным государством, а всем международным оборотом. Следовательно, здесь государство действует по нормам права, которые, во 1-х, связывают и определяют во-вне его поведение, а во 2-х, не им созданы; нормы, которые государство при этом признает, составляют в иерархии норм высшие нормы, сравнительно с внутригосударственными нормами. Это возможно только потому, что государство не есть логически высшая и по объему обширнейшая форма общения: *международное общение*, членом которого является государство, шире его по объему и выше его по логическому охвату понятия общения; поэтому понятие государства можно вывести из более широкого и общего понятия международного общения, в котором государство выступает и рассматривается, как *член общения*, т. е. как *субъект прав и обязанностей*, подчиненный нормам между-государственного права: оно заключает договоры (о союзах, о займах), ведет войны, принимает и посылает дипломатических представителей и консульских агентов и т. д.

Равным образом государство и внутри страны, в своих частно-правовых имущественных отношениях к гражданам

и различным учреждениям выступает, как равноправный *член частно-правового общения*, т. е. носитель прав и обязанностей по имущественным отношениям, так, государство вступает в договоры с частными лицами, является собственником земель и предприятий,—словом, является субъектом частных прав и обязанностей в качестве *казны*.

Очевидно, что в международных и частно-правовых отношениях государство выступает, как субъект права, т. е., как *юридическое лицо*, ибо так называется всякий субъект права, не являющийся физическим лицом. Но если в международном и гражданском праве государство рассматривается почти исключительно, как юридическое лицо, то в государственном и административном праве изучаются не отношения государства, как целого, к другим субъектам прав, а в решающей степени те отношения, которые существуют между лицами, являющимися членами государственного общения, т. е. *между властями*, *между гражданами* и *между теми и другими*. Поэтому, не считая возможным ни свести государство к какому то единому „отношению", как это делает *Н. М Коркунов*, ни отождествить государство, т. е. организованный народ, с „системою отношений" между членами этого народа, как это делает *Н. И. Лазаревский*, надо видеть юридическую сущность государства во внешнем и внутреннем единстве его, как *юридического лица*. Это нисколько не исключает, а, наоборот, предполагает, сложную систему взаимоотношений между членами этого юридического лица, как мы это видим в юридическом лице частного права: во-вне это единый субъект права, но внутри он составляется из самостоятельных субъектов, выступающих *во-вне* только как *части* (органы, представители) целого: *внутри* же они связаны отношениями, как *самостоятельные* субъекты прав. Подобно тому, как в частном праве юридическим лицом является само соединение людей, его составляющих, а не только связывающие их отношения, так и в публичном праве государством является само *организованное общество людей*, а не одни только отношения между этими людьми. Так же, как и всякое другое юридическое лицо, государство *правоспособно*, т. е. способно иметь, приобретать и утрачивать *права*, но оно не имеет нормальной *дееспособности*, т. е. способности самостоятельно осуществлять свои права путем *юридических действий*; точнее говоря, государство дееспо-

собно только в лице своих органов, совершающих юридические акты от имени государства.

То же сравнение с частным юридическим лицом раскрывает неправильность другого определения государства, как *объекта*, т. е. предмета властвования главы государства. Разделенные полувеком, Людвиг *Галлер* (1768—1854) и Макс *Зейдель* (1846—1901), одинаково понимают государство: государство есть объект власти короля, как в средние века король считался собственником всей государственной территории. Фактически оно так и бывает, когда все другие члены государственного общения, кроме короля, самостоятельно не участвуют в управлении государством и не могут совершать никаких действий от имени государства. Как в частном обществе одно лицо является иногда фактическим собственником всего достояния общества, все же другие органы общества являются простыми ставленниками владельца, исполняющими его волю, а вовсе не реальными субъектами прав, действующими от имени общества, в качестве его самостоятельных органов,—так и при абсолютизме государство иногда является голою формою, одною только видимостью для осуществления неограниченной единоличной воли короля. Такие явления бывают, такие государства фактически возможны, но их устройство не может быть возведено в общее правило для современного государственного права, ибо современное государство рассматривает всех лиц, действующих от его имени, как свои органы: как бы самостоятельны и независимы эти органы ни были, государство для них есть *не объект их власти, а источник ее:* государство дало им власть, и только от его имени и в его интересах они могут ее осуществлять.

§ 2. Органы государства. Правильное и полное представление о государстве возможно только въ связи с выяснением роли его органов. Что такое орган государства?

1. *Романисты.* Для ответа на этот вопрос юристы древнего Рима пользовались понятием государства, как фиктивной личности (persona ficta), которая реально не существует, но создана для служебных, практических целей. В реальном мире этой persona ficta не соответствует живой субъект: это голое юридическое понятие, созданное для упорядочения правовых отношений, объединения их в один центр, сосредоточения ответственности и т. д.; благодаря этому понятию,

возможно выступление государства, как собственника, должника, кредитора, тяжущегося и т. д. Юристы исходили при этом из очевидной неспособности фиктивного лица *действовать* во-вне; вследствие этого, за него должны действовать живые люди, наделенные тем, чего лишено это юридическое лицо, т. е. живою, действующею волею. Эти-то дееспособные люди, выступающие от правоспособного, но лишенного дееспособности лица, государства, и являются органами этого лица, органами государства

Это учение, которое держалось до XIX в., находило опору в учениях романистов: *Савиньи* (1779—1861) видит в государстве „искусственный суррогат" личности; *Дернбург* (1829—1907) считает всякую вообще *корпорацию* (т. е. соединение нескольких физических лиц в одно юридическое лицо) не волеспособною, а *Пухта* (1798—1846) говорит: „Юридические лица—это лица невидимые (моральные, мистические), физически несуществующие и потому представляющиеся юридическою фикциею (personae fictae)".

2 *Отто Гирке.* Против этой доктрины с большой силою выступили *О. Гирке*, а за ним *Г. Еллинек*. *Гирке* противополагает фантому, вымышленной личности государства—*реальную личность коллектива*; эта коллективная личность не только право-, но и дееспособна. Орган государства есть часть этой живой коллективности, как физическая личность проявляет себя во-вне только чрез свои органы (напр., пишущая рука или видящий глаз, как учил еще *Гуго Гроций* (1583—1644),— так и личность высшего порядка, государство, действует чрез свои части-органы, но действующим лицом является и считается само государство. Отличие органа государства от органа тела, однако, в том, что орган государства обладает собственными, *личными правами* и несет такие же личные обязанности в отношении государства, т. е. орган власти и государство могут правостоять друг другу, как самостоятельные субъекты прав и обязанностей: государство может требовать от органа известных действий и подвергать его взысканиям, а орган вправе требовать от государства известных действий и имеет особое право на исполнение своих функций.

3. *Г. Еллинек* углубил и ярче выяснил некоторые моменты учения *Гирке*, а в ряде пунктов с ним разошелся. Так, государство у него не конкретная, живая личность, а

отвлеченное, абстрактное лицо, только вспомогательное логическое понятие, которому в реальности никакое единое лицо не соответствует; это есть логическая, а не реальная категория (Denkform).

Такою же чисто логическою фигурою является понятие органа, как одного из элементов государства; органы и государство не разные личности, а, наоборот, одно и то же лицо, ибо только в органах своих и существует государство; вне этих органов государства нет, без органов от государства остается одно „юридическое ничто". Поэтому между государством и его органами так же не может быть никаких юридических отношений, как между человеком и его рукою,— и как рука не может иметь никаких субъективных прав в отношении человека, так не может их иметь орган в отношении государства. Действие органа—это действие самого государства, ибо органы—это само государство, der wollende Staat selbst.

Но, как надо отличать от реального *населения* государства само *государство*, как объединяющую население логическую категорию, так надо отличать *носителя* органа от самого *органа*: у данного *носителя органа*, как конкретного физического лица, отличного от юридического лица государства, могут и должны быть правовые отношения с государством: „Положение органа занимает всегда, конечно, индивид, юридически никогда вполне не сливающийся с органом. Государство и носитель органа являются поэтому двумя не совпадающими личностями, между которыми возможны и необходимы разнообразные юридические отношения. Так, напр, все права и обязанности чиновников по отношению к государству представляют собою права и обязанности не государственных органов, а носителей органов. Жалованье получает носитель органа, а не орган, и точно также дисциплинарное наказание постигает первого, а не последнего"! Равным образом государство имеет субъективное право требовать определенного поведения от носителя органа, напр., оно запрещает превышение или бездействие власти. Государство имеет право на своеобразное *дистиллирование*, выделение из *личной* воли физического лица *государственной* волц, но и это, конечно, только логическая, а не хирургическая операция! Эти воззрения *Еллинека* обострены и доведены до крайности у *И. Лукаса*. Он справед-

ливо отмечает известную неясность и даже противоречие в понятии органа у *Еллинека*: то это—лицо, то это не-лицо; *Лукас* подчеркивает именно „безличность и безвольность органа", ибо воля может быть только у лица, а не у безличной *части* этого лица (Lukas, 17, 19—22).

4. *Л. Дюги*. Эти воззрения на природу органа встретили резкую критику в лице *Л. Дюги* (L. Duguit), *М. Ориу* (M. Hauriou), *А. Бертелеми* (A. Berthelemy). *Дюги* отказывается признавать юридическую личность государства; это—та же романистическая фикция. Органы—это физические личности, *держатели фактической власти* сильных над слабыми; напрасно искать законных источников происхождения этих органов; их происхождение чисто фактическое, а не законное. Поэтому у них нет никаких субъективных, собственных прав на власть, они осуществляют только *объективное право* желать и действовать согласно с общею и безличною нормою права и принуждать к тому же и других. Таким образом, нет никакого юридического лица государства, а есть лишь определенные физические лица, фактически властвующие; это факт, все остальное химеры.

Если, как говорит *Еллинек*, у государства собственной воли нет, а есть только воля его органов, то возникает вопрос, чья же воля создала органы: ведь государство создать их не могло, потому что без органов оно само по себе никакой воли не имеет и никаких действий совершать не может, следовательно оно не может создать и органы. Мы попадаем в заколдованный круг: пока нет органов, нет и государства, а пока нет государства—нет и органов: что же возникает раньше, и откуда каждое берется?

Далее, *Еллинек* особенно выдвигает понятие *непосредственного* органа, т. е. такого, который получает свои права и полномочия непосредственно от конституции, который никому не подчинен и ни пред кем не отвечает за содержание своей деятельности; таков монарх или парламент,—в отличие от *посредственных* органов, напр., министров, т. е. органов, содержание деятельности которых определяется непосредственным органом и которые подчинены ему, смещаемы им и ответственны пред ним.—Но,—возражает *Дюги*,—сводя к одному понятию непосредственного органа такие глубоко различные понятия, как глава государства и парламент, органическая теория бессильна дать ответ, какой

же орган является *верховною инстанциею* государственной жизни, кто истинно-творческий, первичный орган, создатель всех других — primaire, générateur de tous ces organes: раз есть несколько непосредственных органов, то какой же из них ест тот, который создает организацию и взаимоотношение всех других органов, т. е. и свою собственную компетенцию? Это основное различение, без познания которого нет полного разрешения проблемы; она расплывается в смутном понятии непосредственного органа.

Наконец, особенно глубокие противоречия у *Еллинека* в его построении народа, как органа государства: народ у него, прежде всего, основной *элемент* государства, наряду с территориею и властью; но народ в то же время есть и *орган* государства, ибо народ, напр., выбирает президента (в Соед. Штатах) или депутатов парламента; при этом, народ действует, как орган, как орудие осуществления задач государства. Таким образом, у *Еллинека* народ одновременно есть и орган государства, т. е. только *часть* государства, и в то же время *весь* тот материал, из которого составляется государство; выходит, что *часть* целого и его *субстрат* могут совпадать в одном и том же существе, т. е., что народ является своим собственным органом

Но основная ошибка *Еллинека* заключается, по мнению *Дюги*, в том, что он строит фиктивное лицо, государство, когда реально существуют только люди, властвующие и подвластные. Так же ошибочно думать, что властвующие *создают* какое-нибудь и чье-нибудь право. Нет, их основное отличие от подвластных не в том, что они заново *создают*, а в том, что они *констатируют* то или иное, существовавшее и до них право. При этом одни органы констатируют *объективное* право, т. е. *общие* и общеобязательные нормы; это органы суть правящие органы, *правители* (*gouvernants*); другие же органы создают *субъективное* право, т. е *специальное*, конкретное право тех или иных определенных лиц; эти органы—суть *исполнители* (*agents*).

Правители и исполнители не вправе вторгаться во взаимные права друг друга. Но есть органы, в которых сочетается и правитель, и исполнитель, таков, напр., *президент* республики: он исполнитель, когда создает, вернее — констатирует субъективное положение определенных лиц; тогда он простой исполнитель, подчиненный в силу этого контролю

административного суда, так что можно обжаловать в судебном порядке его действия, как исполнителя. Но когда он издает *общие* нормы, в виде указов по управлению, тогда он действует в качестве не исполнителя, а правителя, и его акты подлежат не *правовому* обжалованию в *суд*, а *политическому* контролю *парламента*. Впрочем, парламент может критиковать акты исполнения под предлогом наличности в них политической тенденции, а президент может уклоняться от административного суда, настаивая на политическом характере актов исполнения: это результат двойственного положения президента, как правителя и исполнителя.

5. *А. Бертелеми*. Идеи *Дюги* нашли себе развитие, а вместе с тем и некоторую критику в работах *Бертелеми* и особенно *Орiу Бертелеми* также отвергает юридическое лицо в публичном праве, особенно—государство. публичная власть принадлежит фактически-правящим, а не мнимическому лицу государства. Основанием всеобщего подчинения является *фактическое осуществление* правящими своих функций на основе права. Но не сила их—создала это право, как свое самоограничение (как думает *Руд. Иеринг*), а сила только утилизировала то значение, которое всегда имело право у слабых: поэтому правящие стремились добиться добровольного подчинения управляемых, не прибегая к постоянному и непосредственному насилию и принуждению. Органы власти и суть лица, которым добровольно подчиняется население или, по крайней мере, большинство населения: в самом деле, если бы тот или иной гражданин *не желал* подчиняться своим властям, то никакая правовая сила не препятствует ему разорвать национальную связь путем выхода из государственного союза; оставаясь в союзе, он, очевидно, предпочитает длительное подчинение этой власти, какова бы она ни была, всем благам, которые мог бы дать ему выход из союза.

6. *М. Орiу*. Яркую и своеобразную теорию органа дает *Орiу*. В отличие от *Дюги*, *Орiу* не отрицает юридического лица государства; по его учению, единое лицо государства является результатом процесса объединения (*унификации*) разрозненных властей, возникавших в разное время в истории государства; государственное единство в образе юридического лица является воплощением единства народной воли. Органы же, по учению *Орiу*, являются властями, кото-

рые от имени народа осуществляют представительство народной воли.

Но что такое народная воля?—Отвечая на этот вопрос, *Орну* раскрывает две совершенно различных формы национальной воли: во-1-х, *общая воля*, т. е. воля всего населения страны, включая женщин, детей, неправоспособных и пр., и во-2-х, *командующая воля*, т. е. воля правящей части нации, как бы велика эта часть ни была; это — избиратели, парламент, администрация, все вообще активные граждане, участвующие в образовании государственной воли: это — сумма властей, воплощающих и представляющих общую волю.

Общая воля отличается от командующей тем, что она пассивна: ей свойственно подчинение и присоединение (sujétion et adhésion), напротив, командующая воля активна; ей свойственно господство и решительное действие (domination et action). Понятно, почему общая воля не может быть активною, и вынуждена на пассивность: чтобы стать активною, она должна была бы организоваться, т. е. выделить сходные элементы в различные группы; но тогда общая воля распалась бы на разные части (se fragmenterait en des organisations diverses), т. е. перестала бы быть единодушною. А единодушие—первое и главное свойство общей воли: она общая у *всех* членов общения; ее предметом является общее благо, она постоянна и актуальна, проста и однородна (constante et actuelle, simple et homogène). Это видно на простом примере: среди всех французов, какого бы положения они ни были, нет разногласия в том, что Калэ нельзя отдать англичанам; такова общая воля всего французского народа, а не только командующая, правящая его воля.

Эта общая воля единодушна, она преследует общее благо нации, она неизменна и *актуальна*, в том смысле, что это — воля не минувших и не будущих поколений, а наличного, живого населения страны,—а также и в том смысле, что она с особою силою обнаруживается при кризисах, угрожающих бытию государства, как война, революция и т. п., т. е. при актуальных событиях,—наконец, она актуальна и в том смысле, что она внушает командующей воле актуальные, полные энергии решения или энергично этим решениям препятствует. Но сама общая воля не действует, а только дает свое последующее согласие, свое adhésion на то,

что делает командующая воля. При абсолютизме, вместо командующей воли народа, видна только общая его воля, в форме массового послушания или, наоборот, в беспорядочных бунтах; кроме того, признание самой власти дается от имени народа церковью в акте коронации, а затем и сам народ присягает новой власти. В режиме демократии согласие или несогласие широких слоев народа на акты командующей воли становится светским (лаисизируется), и проявляется либо в непосредственном голосовании законов народом, или в молчаливом непризнавании и неприменении нежелательного закона.

Командующая воля, как бы она ни была по содержанию своему близка к общей воле, однако, только приближается к ней, но никогда с нею не сливается, как переменная величина не может совпасть со своим пределом. Воля избирателей, выбирающих парламент, ближе всего к общей воле, но не совпадает с нею, ибо устранены от выборов женщины, военные, дети, вообще—недееспособные и неправоспособные; таким образом, даже такая широкая командующая воля, как воля избирательная, отличается от общей воли, и *Эсмен* ошибочно отстаивает однородность общей воли, отвергая пропорциональное представительство: как можно считать избирательную волю общею волею, когда в ней выступает и действует организованная, т. е. частичная, а не естественная, т. е., *вся* общая воля?

Но если избирательная воля не есть общая воля, то еще меньше мыслимо говорить, что *парламентская* воля есть общая воля. Во-1-х, фактически общая воля и воля парламента часто расходятся. Во-2-х, законодательная воля даже народного собрания расходится с общею волею: а) не все имеют право быть членами народного собрания; б) вопросы решаются большинством голосов, а не единодушною общею волею; в) предмет закона есть всегда вещь *спорная* (chose contestable): иначе, если бы он пользовался общим признанием, то нечего было бы ждать его нарушения и незачем было бы его издавать; между тем, *общая* воля имеет своим предметом такие нравственные, правовые и культурные начала совместной безопасной жизни, которые ни в ком и никогда не могут вызвать никаких споров. В 3-х, законодательная воля осуществляется часто путем принуждения, а единодушной общей воле незачем и некому приказывать.

Но уже даже при выходе из законодательного аппарата, при превращении в закон, и даже при осуществлении идеи исполнительною властью, она часто еще не является бесспорною идеею; это иногда наступает значительное время спустя, когда закон растворяется в народном сознании и становится единодушною и бесспорною общею волею, как это было с введением и распространением Code civil во Франции.

Командующие власти, представляющие собою расщепленную командующую волю, и являются *органами* государства. Они представляют нацию по принципу *инвеституры*, т. е. их деятельность определяется следующими нормами: 1) Все власти действуют *от имени и в интересах нации*, т. е. общей воли, их повелительницы. 2) Они *обязаны* так действовать в силу положения, созданного для них, и мер, принятых против них; таковы, напр., предосторожности в конституционном праве, которые имеют целью не дать правительству или конституционному монарху стать сильнее нации. 3) Они *автономны*, хотя и подконтрольны; это значит, что власть их основана не на том, что их будто бы уполномочила общая воля, а на том, что они действуют от имени общей воли, неспособной действовать,—*сообразно их понятиям о том, какова эта общая воля*: в этом, между прочим, сущность народного представительства. 4) Они имеют *бенефиций*, т. е. орган инвестируется, облекается *выгодным* положением, которое он боялся бы потерять за неправильные действия (напр., опасение не быть переизбранным).

Отличие инвеституры от делегации заключается в том, что делегация *передает чужую* власть, инвеститура—дает возможность осуществлять *свою* власть, признает автономию осуществляющей власти. Однако правительство управляет, а граждане повинуются условно: ожидается, что народ примет и исполнит приказы правительства. Но это может и не случиться; закон или приказ либо *молчаливо* не исполняются, либо вызывают против себя *открытое* возмущение.

Народ таким путем следит за правящими, но вовсе не дает им власть, не делегирует им свою власть, как утверждает делегационная доктрина. Правящие уже обладают властью, когда нация получает конституционную организацию, т. е. исторически правительство предшествует нации;

поэтому общая воля так же мало создает правительственную власть, как не создает она власти капиталиста над рабочим или мужа над женою. Пора признать, наконец, что народ имеет только *избирательную* и *учредительную власть*, но, по крайней мере, он их действительно имеет и осуществляет, ибо он может отказать в повиновении властям и избирать новые власти.

Чтобы правильно понять органы народного представительства, надо помнить, что это представительство есть автономный орган, но его автономия должна быть согласована с автономией правительства и с автономией избирателей. Путем такого взаимного согласования достигается единство и всех других властей; но с особою силою это единство обеспечивается тем, что все власти имеют одну задачу—представлять собою общую волю. Имея пред собою образ единодушной и бесспорной общей воли, все власти действуют солидарно и под взаимным контролем, что еще больше усиливает их единство, их соответствие единой народной воле.

Значение и роль командующей воли заключается в том, что во всякое время в обществе есть ряд идей, хотя и не бесспорных, но таких, которые во что бы то ни стало должны быть осуществлены: эти идеи не бесспорны, так как оне новы, но они истинны и неотложны, т. е. невозможно ждать с их осуществлением, пока они станут общеизвестны и бесспорны. Напр., можно сказать, что необходимость сильной армии во Франции признана общею волею французского народа, но сильный флот является спорною идеею, которую, может быть, необходимо и неотложно осуществить, но на это способна уже не общая, а командующая воля.

Для осуществления таких частных национальных воль, существуют отдельные командующие власти, каждая из которых воплощает какую-либо одну основную часть национальной воли. Таким образом, задача командующих воль—осуществление пока еще новых, частных национальных воль.

Но деятельность командующих воль необходима вместе с тем и для самой общей воли: для существования и господства бесспорных идей необходим постоянный и непрерывный приток *новых* спорных идей, и переработка спорных идей в бесспорные осуществляется командующею волею,

расщепленною, в целях специализации, на ряд отдельных командующих воль.

Каждая бесспорная идея проходит своеобразный путь зарождения и развития: сперва она является внутреннею, невыраженною волею, *желанием* тех или иных людей; она медленно зреет и крепнет. Затем идея попадает в круг общего *обсуждения*: это и есть первый и важный момент в процессе превращения спорной идеи в бесспорную, когда чрез печать и все прочие формы распространения и внедрения в общество идея начинает становиться все более бесспорною. Печать является особенно могучею силою в этой переработке спорных идей в бесспорные; потому-то свобода публичного обсуждения так дорога режиму, основанному на народном суверенитете, и отсюда сила журнализма в свободных странах. Проделав путь широкого и общего обсуждения, идея подвергается дальнейшей переработке в бесспорную: она вступает в стадию осуществления, *исполнения*; для этого существуют три общественных власти: избирательная, законодательная и исполнительная; судебная власть является одною из форм исполнительной власти.

Таким образом, идея проходит три стадии: *желание*, *обсуждение и исполнение*, т. е. нормальный для психологии отдельного человека путь. Эти три момента являются основными элементами одной национальной командующей воли: сперва желание, потом—обсуждение и, наконец—исполнение.

Таким образом, учение *Орю*, в главнейших своих определениях понятия органа, сводится к тому, что *органы* являются составными частями нации, выступающей не в виде пассивной управляемой массы населения, а в активной форме самоуправляющегося народа. Органы являются совокупностью физических лиц, организованных в учреждения с автономными правами, т. е. эти права принадлежат им самим, а не составляют чье-то чужое право, ими будто бы только осуществляемое, но не им принадлежащее. Это право является их собственным правом прежде всего *исторически*, ибо право органов власти предшествовало народному верховенству, созданному лишь революцией. Но и *логически* все власти автономны, т. е. осуществляют *свою* власть; хотя они действуют и от имени и в интересах народа, но их действия *правомерны* в меру их последующего признания или утверждения народом. Действуя, орган бе-

рет на себя риск и опасность, что его действия и распоряжения встретят противодействие и не получат осуществления, а когда они осуществляются, то их судьба и сила и в дальнейшем зависят от поведения народа, который может их признавать и им подчиняться,—или нет.

7. *Э. Гельдер* и *Ю. Биндер*. Весьма близкую к воззрениям *Дюги* и отчасти *Ориу* теорию мы находим у *Гельдера* (E. Hölder) и у близкого ему *Биндера* (J. Binder), а также у *Н. И. Лазаревского* и примкнувшего к нему *А. И. Елистратова*. *Гельдер* определяет орган, как физическое лицо, действия которого считаются действиями всего общественного союза. Орган есть живая физическая личность; она осуществляет не чужую, а *собственную* власть. Она действует по своей воле, но в чужом интересе и при том не только в интересе определенных лиц, но и определенной идеи: судья—представитель не только государства, но и права; священник—представляет собою не только церковь, но и религию; художник—академию и искусство Представительство чужих интересов основано на возможности или необходимости охранения некоторых прав, временно не существующих или прекративших свое существование,—это *Ruherechte*, спящие права. Права эти, на время их „спа", сами по себе не существуют, напр., личность малолетнего, опекаемого спит, ибо его права и обязанности—предмет будущего осуществления, но в настоящее время малолетний прав своих не имеет. Это потому, что раз какие-нибудь права или обязанности не имеют законного представителя, то их нет вовсе ни у представляемого, ни у возможного в идее их представителя; напр., к спящему только потому не назначается представитель во время его сна, что недееспособность сонного весьма коротка и в любой момент может прекратиться.

Роль органа заключается в своеобразной опеке, которой подвергает нас государство. Мало того, оно предписывает гражданам ряд обязательных действий в их общем интересе, как, напр., распоряжения по санитарной полиции. Государство еще, кроме того, возлагает на *некоторых* заботы обо *всех*; в виду ненадежности слабого индивида и его добровольных соединений, забота об общих интересах осуществляется чрез *представителей*, т. е. лиц, *несущих по должности заботу о других*. Поэтому функция представителей есть не только власть, но и долг (sowohl Macht als Pflicht).

Но эта забота есть не чужое, а свое право: опекун над малолетним или регент государства осуществляют *свое* право, хотя и в чужом интересе, ибо права имеет не малолетний король, а регент, вопреки мнению *Энекцеруса*, полагавшего, что королю в колыбели принадлежит власть, которую осуществляет регент: пока король не способен *управлять* государством, он не имеет *права* управлять, а право это принадлежит регенту. Таким образом, регент в общественном интересе, а опекун—в частном, осуществляют *свою власть*, оба исправляют должность, а не осуществляют свое субъективное право. Разница лишь в том, что право регента замещает *публичное* право короля, а право опекуна — *частное* право подопечного. Таким образом, *Гельдер* сходится с *Оригу* в том, что орган осуществляет свою собственную власть, но в публичных интересах, т. е. в интересах всего общества, и в этом—существо и отличие власти органа, он имеет собственное право охранять интересы целого.

Биндер, во многом не соглашаясь с *Гельдером*, также. однако, находит, что орган осуществляет свое, а не чужое право; доказательством тому служит и то, что в римском и германском праве, не знавших представительства, опекун и родитель, действуя за детей, осуществляли не чужое, а свое право, ибо каждый может осуществлять только свое право, и по закону никто не может действовать от чужого имени (nemo alieno nomine lege agere potest). Право органа отличается от всякого другого права тем, что оно есть вместе с тем и *обязанность*, и что подобно всякому другому представительству оно осуществляется *в интересах представляемого.* Регент осуществляет свои права в интересах короля; потому-то, в ограждение королевских прав, запрещены, напр., изменения конституции Баварии во время малолетства короля: надо, чтобы регент не мог посягнуть на права короля.

8. *Н. И. Лазаревский*,—если иметь в виду его „Ответственность за убытки“ и т. д.,—отрицает природу представительства за органом: нельзя назвать представителем того, кто сам определяет объем и содержание своих полномочий; напр., французский парламент может издать закон, определяющий его права, и закон этот вступит в силу и будет действовать без всяких других легальных оснований, кроме воли парламента. В действительности, орган есть живое,

конкретное физическое лицо, которому вручены определенные полномочия и который их осуществляет как свое право; нет ни отвлеченной „должности", ни юридического лица, а есть совокупность полномочий (*должность*) и совокупность *физических* лиц, образующих правящий механизм. Государство, поскольку оно вступает в отношения с третьими лицами (напр., 1) в международных отношениях, 2) в частно-правовых отношениях и 3) к чиновникам), есть субъект,—но как правительство, т. е. совокупность органов, оно есть сумма субъектов, а не субъект. Неправильно утверждение, что в международном праве государство есть субъект, а в государственном, административном и гражданском праве государство есть отношение, ибо то, что в одном случае является отношением, никак не может в другом случае стать субъектом. Отличие физического лица-органа от других физических лиц заключается в том, что его личное мнение и воля имеют *преимущественное* значение пред волею частных лиц.

Н. И. Лазаревский предвидит следующие возражения против установленных им положений. Могут, во-1-х, сказать, что права имеет отвлеченная *должность*, а не конкретное физическое лицо. Но с таким же успехом, замечает *Н. И. Лазаревский*, можно сказать, что права имеет не конкретное лицо, а отвлеченный „собственник", „вдова" и т. д. Подобно тому, как сам *конкретный*, живой человек имеет *частные* права, так же лично он имеет и права *публичные*, и эти права принадлежат именно ему, как самостоятельной личности, а не как части какого-то невиданного и отвлеченного лица государства.

Возможно также, во-2-х, возражение, что *непрерывное* существование данной должности, при смене физических лиц, ее занимавших, показывает, что есть постоянные свойства и права у самой должности, а не у конкретных ее представителей. Но и это, по мнению *И. Ц. Лазаревского*, неосновательно: непрерывность должности есть следствие особого свойства *актов* государства, сохраняющих бессрочную и неизменную юридическую силу, хотя бы должность или автор акта не существовали больше, а данную должность занимало другое физическое лицо, т. е. непрерывность создается юридическою неизменностью всех *актов* данной должности, а не непрерывным существованием какой-то бессмертной отвлеченной должности.

В своем курсе „Русс. госуд. право“ *Н. И. Лазаревский* указывает на то, что конструкция государства, как юридического лица, недостаточна в государственном праве, где изучаются взаимоотношения определенных органов государства и населения между собою, а не отвлеченного лица государства к другим лицам. Государство есть система юридических отношений органов власти и населения, а также органов государства между собою; субъектами этих отношений, в том числе и органами, могут быть и юридические лица, напр., земства, города и пр. Но совокупность отношений внутри государства приводит его к самосознанию во-вне, в качестве самостоятельного субъекта прав, т. е. юридического лица.

9. *Н. М. Коркунов.* Своеобразное построение органа дает *Н. М. Коркунов.* Для него государственная власть есть сила, основанная на сознании людьми своей зависимости от государства; поэтому носителями государственной власти являются не одни органы власти, а все граждане, ибо их сознание зависимости создает силу власти и ее единство. Органы—распорядители, диспозитарии этой силы. Единство государства не в единстве воли органов, а в единстве *силы*, которою они распоряжаются: сила одна, а управляют ею независимые, самостоятельные воли (напр., суд, самоуправление), даже борющиеся между собою, а не только не истекающие из одного источника или из одной личности. Да это и не нужно для единства общения: как и государство, семья ведь тоже отношение, а единства в ней не меньше, чем в государстве; между тем в акционерном обществе, которое считается личностью, единства меньше, чем в семье-отношении.

10. *Три основные теории органа.* Рассматривая изложенные различные учения об органе, можно заметить, что характер всякой данной теории органа зависит от того, какая теория государства лежит в ее основе.

Когда полагали, что государство есть persona ficta, т. е. лицо, реально не существующее, а одна лишь правовая *фикция*, то приходили к тому, что из недееспособности этого отвлеченного, нереального существа вытекает необходимость в таких реальных, физических лицах, которые могли бы действовать за это лицо, неспособное действовать, но способное иметь права и обязанности; из недееспособности го-

сударства вытекала восполняющая его дееспособность органов государства. Таким образом, здесь государство—правоспособно, а орган дееспособен; *государство недееспособно, орган—неправоспособен,* ибо все права, какие создаются его действиями, являются правами государства, а не его органа, правами: когда глава военного отряда захватывает на войне неприятельскую государственную собственность, то он действует от имени государства, неспособного воевать, но способного иметь и приобретать права на военную добычу. Таким образом, *орган и государство—разные лица*: государство правоспособно, но не дееспособно, а орган, наоборот, дееспособен, но не правоспособен

Прямо противоположно учение *Еллинека*: *орган и государство это не разные лица, а одно и то же:* орган есть часть государства, но сам орган вовсе не есть физическое лицо, а есть такое же правовое понятие, как и государство. Государство есть *не фикція, а абстракція,* которой в реальности соответствует ряд действительно происходящих явлений власти и подчинения; однако, само по себе государство есть лишь способ объяснить эти явления, мыслить их без внутренних противоречий, но государство и эти явления — вовсе не одно и то же. Как бы близки ни были государство и конкретные люди, его составляющие, это совершенно разные категории: государство есть категория логическая, в частности, *целевая,* созданная для известных целей порядка и свободы, а люди—реальное явление, существующее в природе и доступное чувственному восприятию. Такою же логическою категорией, как и государство, является орган, как часть государства: государство существует только в органах; когда действует орган, это действует государство, и иначе, как чрез органы оно и не действует и не существует. Здесь государство есть начало и конец правопорядка. оно хочет и оно действует, оно имеет права и оно их осуществляет, оно законодательствует, судит и управляет, а орган государства, сам по себе, в отношении государства никаких личных прав не имеет. Следовательно,—и этот вывод делает *Лукас,* критикуемый, однако, *Еллинеком,*—нельзя сказать, что орган вообще *лицо*; оно может быть мыслимо, только как безличная, безвольная и безправная *часть* государства, которое, напротив, имеет и личность, и волю, и права в лице своих органов; в них и через них оно существует, дейст-

вует, вступает в права и обязательства Из всего этого возможен только один вывод, хотя *Еллинек* его не делает: государство и право- и дееспособно, а органы, как безличные его части, ни право- ни дееспособны; дее- и правоспособны только физические лица, выступающие в роли органов, но не органы сами по себе, как части абстрактного лица государства.

Французские теории, (особенно—*Дюги*, *Бертелеми*), отчасти теории *Гельдера* и *Биндера*, а у нас — *Н. И. Лазаревского* в его „Ответственности"... и *А. И. Елистратова*, отвергают все эти свойства государства, его право-и дееспособность, по той простой причине, что самого-то государства не существует, существуют только живые люди, органы; они право- и дееспособны, а государства — нет; это вредная, запутывающая дело фикция. Если же государства нет, то нет и вопроса о том, что оно право-или дееспособно; дееспособны лишь одни органы, они же и правоспособны.—Против волеспособности государства высказывается также *В. В. Ивановский*: „происходит чудесная метаморфоза; неволеспособное становится волеспособным; чего не дала природа, то дали юристы".

Итак, в этих трех воззрениях сменяются три основных момента в понимании роли органа: *романистическая* теория считает государство только правоспособным, а орган только дееспособным; теория *Еллинека* в конечных из нее выводах *Лукаса* признает государство и право- и дееспособным, а орган—лишенным того и другого; теория *Дюги* право- и дееспособность приписывает одному только органу, а государство вообще считает несуществующим, и потому неспособным к правам или действиям, создающим правовые последствия, т. е. неправо-и недееспособным.

Какое же из всех изложенных воззрений наиболее правильно? Какова действительная природа органа? Ответ на этот вопрос мы рассмотрим в следующей главе.

ГЛАВА VII.

Орган, как представитель государства.

§ 1. *Чье право осуществляет орган?* Из всех изложенных учений наиболее сильным и твердым шагом вперед, по сравнению с германскими доктринами, созданными почти пол-

века назад (*Гирке*, *Еллинек* и *Лабанд*), является учение *М Ориу*. Мы не можем положить его в основу всего нашего изложения, ибо это было бы возможно только при соответствующей разработанности этого учения и испытанности его применения ко всем главным вопросам публичного права. Так как эта разработка еще, однако, не произведена, то очевидно, что это невозможно сделать в кратком курсе, который излагает, по преимуществу, общепринятую доктрину. Но не следует из-за этого игнорировать и затушевывать ту исключительной важности проблему, которую выдвигает это учение; даже в учебных целях важно дать защиту некоторым элементам этого учения, а выдвинутую им проблему поставить, развернуть и обострить, даже не дав ей окончательного разрешения, а ценя в этом учении прежде всего ту сильную и свежую струю, которую оно вносит в вопрос об органах государства, и, в особенности, в вопрос о том, чье право осуществляет орган, когда действует от имени государства. Мы видели, какие споры вызывает этот вопрос. В то врамя, как *Еллинек* утверждает, что орган вообще не имеет никаких субъективных, лично ему принадлежащих прав, а осуществляет только права, принадлежащие государству,—*Ориу*, *Гельдер*, *Биндер*, *Н. И. Лазаревский* подчеркивают, что орган осуществляет свое собственное право.

Отвечая на поставленный вопрос, мы не можем, конечно, согласиться с тем, что орган имеет какое-то собственное, вне правопорядка стоящее, право, а думаем, напротив, что права органа даются ему правопорядком, единым, непрерывным и первоначальным источником всякой власти; этим правопорядком орган и создан, и руководим, и облечен властью. Но трудно вместе с тем согласиться, что эти права, полученные органом для использования их во всеобщем интересе, являются не его правами, а „*чужими*“ правами. В частности, французская делегационная доктрина учит, что обладателем всех вообще публичных прав является народ, что он передал, *делегировал* свои права определенным властям и что эти различные органы власти только *осуществляют* эти права, но *принадлежат* они народу. При этом строится общая теория, по которой чрез акт уполномочия орган на время получает права народа и, таким образом, действуя, он осуществляет не свои, а чужие права.

Не трудно, однако, видеть, что делегационная теория противоречит ряду самоочевидных фактов положительного права. Прежде всего, если орган осуществляет чужое право, то всякий орган должен быть *подотчетен* и *ответствен* за все свои действия пред тем, чьи права он осуществляет, т. е. он должен давать отчет народу (или иному органу государства) и нести пред ним ответственность. Но это противоречит современному праву: напр., парламент и его члены не подотчетны народу в системе представительства; затем, безответствен и неподотчетен монарх; неподотчетны и высшие судьи. Если бы все они осуществляли чужое право, они не могли бы быть безответственны или неподотчетны — С другой стороны, за действия, совершенные при осуществлении чужого права, должен был бы отвечать именно обладатель этого права, т. е. народ или государство; между тем, у нас, напр.,—да обычно и на Западе—государство не отвечает за действия своих органов, выступавших в качестве представителей публичной *власти* (государство отвечает лишь за те действия органа, которые он совершил, как агент *казны*, т. е. представитель, гл. обр, *хозяйственных* интересов государства).

Затем, невозможно себе представить такое чужое право, которое отдается другому лицу *навеки* (напр., наследственному монарху); в то же время оно, по какому то правовому чуду, остается *чужим* правом для того, кто его *получил*, и *своим* для того, кто его навеки *отдал*.

Какое реальное значение может иметь для народа право, которое он отдал *безсрочно*, напр., монарху или наследственному члену верхней палаты,—и при этом не имеет никакой возможности, в путях закона, *отнять это право*? Бессрочно и безвозвратно отданное право невозможно все еще считать своим; это не реальное право, а самоутешительная фикция, лишенная жизненной ценности.

Наконец, там, где лицо, осуществляет не свое, а исключительно чужое право и в чужом интересе, там *воля* осуществляющего не имеет никакого значения, и, напротив, решающее значение имеет воля того, чье право осуществляется; напр., дипломат, являющийся на международный конгресс с определенною инструкциею от своей отечественной власти, выражает не свою волю, а волю пославшего его высшего органа государства, согласно данной ему инструк-

ции. Равным образом, когда, во времена сословного представительства, в средние века, на собрание сословий государства, в столицу, являлся депутат от какой-нибудь сельской или городской общины, то он сперва выяснял, что требуется от его общины, т. е. сколько налогов, вооруженных людей и т. п. она должна дать; затем он уезжал к пославшим его, узнавал их *волю*, и уж после того осуществлял эту *чужую, а не свою волю*. Так, когда, во время столетней войны были собраны в Париже генеральные штаты (1355 г.), то духовенство Нормандии сразу согласилось на налоги, но горожане сослались на неполноту своего мандата, уехали домой и вернулись только через месяц, заявляя, что они дают согласие на налоги под условием устранения некоторых злоупотреблений и введения некоторых реформ (*G. Picot*, Histoire des états généraux, 1888. P. 32). — См. гл. X, § 3, 3, Б.

Но современные депутаты парламента действуют совсем иначе: они не только не обязаны никаким отчетом пред своими избирателями, не только пред ними за свою деятельность не отвечают, но и не обязаны считаться с их волею, а действуют по собственной воле, по убеждению своей совести Более того, всякие *инструкции* избирателей, которые они хотели бы дать своим представителям, запрещены законом и ничтожны. Как ни старались организовать эту зависимость воли депутатов от воли избирателей (напр., во Франции), как ни реальна потребность в ней,—насколько известно, этого нигде в чисто-представительной системе не удалось достичь, ибо для этого пришлось бы в корне преобразовать положение депутата, и из представителя сделать его механическим рупором избирателей. Но если это так, если орган по праву может не считаться с волею народа (хотя на деле он это и делает), то возникает вопрос, можно ли сказать, что он осуществляет *чужое* право, раз тот, кому это право принадлежит, не вправе ни определять, ни контролировать когда бы то ни было об'ем и характер осуществления этого „*своего*“ права? Недопустимость каких бы то ни было инструкций и вообще *правового* давления народа на волю органа—подчеркивает полную свободу органа в осуществлении своего права: если бы это право было чужим, то оно не могло бы быть всегда так независимо от этой чужой воли.

Наконец, против общего утверждения, что всякий представитель осуществляет не свое, а чужое право, можно также общим образом указать, что если представитель всегда осуществляет чужие права, т. е. раз все свои права представитель получает от представляемого, то из этого вытекало бы, что у представителя не может быть таких прав, каких нет у представляемого, потому что никто не может дать другому больше прав, чем сам имеетъ (nemo plus juris transferre potest quam ipse habet). Но этому противоречит как раз обратное явление. Допустимы и существуют такие факты, когда у представителя имеются права, которых лишен представляемый; напр., по германскому Civilprozessordnung 1877 г. и по французскому Code de procédure civile 1806 г., установлена т. н монополия адвокатуры, т. е. она имеет исключительное право судебного представительства; сами же тяжущиеся не в праве лично искать судебной защиты (Anwaltszwang). Таким образом, представитель здесь имеет право, которого лишен представляемый, и следовательно, осуществляя право представительства, он осуществляет свое, а не чужое право. Равным образом, малолетний, очевидно, не имеет права подписывать договоры, на совершение которых закон дает право только его представителю, опекуну. Вообще, дееспособность не есть что-либо иное, чем *право*, а именно—право совершать юридические акты. Но если у правоспособного нет дееспособности, то это значит, что у него нет некоторого определенного права, которое есть у его законного представителя. Можно ли при таких условиях сказать, что представитель осуществляет не свое, а чужое право?

Интересно отметить, что у нас была сделана весьма ценная попытка вообще устранить из частного права понятие дееспособности, как ненужное, ибо правоспособность была бы пустым звуком, если-бы не означала „способность к юридическим *действиям*“; правоспособность означает не способность к *обладанию* правами, а способность самостоятельно эти права *осуществлять*; правоспособный это тот, кто способен сам осуществлять свои права. В проекте гражданского уложения (Спб., 1903), в кн. I, Общия положения, 36, изложено: „Для современного общества является бесспорным то начало, что каждый человек есть суб'ект прав, что он может иметь и приобретать права, пользоваться ими наравне

с другими, селиться, заниматься промыслом, торговлею, где пожелает, а также, что он имеет право на личную неприкосновенность, честь и свободу и право на имя, ему принадлежащее". Но, продолжает проект, такое понятие правоспособности совершенно безбрежно, оно ничего не дает, оно является общим местом. Другое дело „правоспособность в смысле способности лица к юридическим действиям": „Закон и судебная практика употребляют термин правоспособность исключительно в смысле способности лица к юридическим *действиям*". — Иными словами, в сфере гражданско-правовых отношений нельзя назвать лицо *правоспособным*, если оно не вправе самостоятельно совершать юридические *действия*!

Преимущества излагаемого учения заключаются, во-1-х, в том, что если орган осуществляет *свое* право, то получает обоснование его *личная ответственность* пред гражданами за свои действия; это повлечет более осторожное взвешивание своих действий и большую осмотрительность в обращении с народными интересами; во-2-х, если орган осуществляет не безграничное право народа, которое открывает пред органом необ'ятные возможности усмотрения и произвола, а всего только свое, определенное, *ограниченное право*, то это замыкает право органа в определенные, строгие границы, исключающие произвол, но зато бронирующие орган в пределах своего права; в-3-х, собственное право органа заключается, по выражению *Дюги*, в праве исполнять свой долг, т. е. этим подчеркивается повинностный, служебный характер органа, и сводит его роль к праву *общественного служения*, а не личного властвования под покровом народного верховенства.

Может показаться, что орган, осуществляющий *чужое* право, есть нечто более зависимое, чем орган, осуществляющий *свое* право. Но это только видимая оболочка: новая доктрина *Дюги* и *Ориу* разрушает только *иллюзию* власти народа, а не самую власть. Когда говорят, что народ имеет все права, но ни одного из них не в силах осуществить, то это „метафизика" в худшем смысле этого слова: лучше сказать, что народ имеет определенные, ограниченные права, а остальные права если прежде и принадлежали ему, то ныне правопорядком отданы другим лицам, и по закону не могут быть у них отняты, — чем тешить народ иллюзией каких-то прав, которые он всего только на несколько сто-

летий от себя отчудил, но которые все же „принадлежат“ ему. Невозможно считать своими те права, которые без революции или нарушения закона невозможно вновь себе вернуть. Подобные права, по бессмертному выражению Ливия, представляют собою magis nomen, quam proesidium, и как невозможно дать юридически-ценную конструкцию монархии с опустошенным содержанием, где все права номинально принадлежат королю, но *осуществление* их перешло совсем в другие руки, так же точно нельзя сказать, что в представительной республике все *права* принадлежат народу, но он сам может только выбирать своих представителей, а *осуществление* всех прав, ему принадлежащих, он отдал парламенту, правительству и судьям.

В высшей степени интересно, что учение, отделяющее, как нечто равноценное, человека от его тени, правовую действительность от ее метаюридических отражений, что это учение появлялось на исторической сцене всякий раз во время или накануне кризисов власти

В 1689, когда надо было признать факт потери трона Иаковом II, лорды пытались спасти легальную сторону дела тем, что Иаков II сохранил бы *право* на трон, а Вильгельм III Оранский получил бы только *осуществление* этого права: но палата общин в классической своей резолюции пренебрегла этими попытками извратить правовую сущность происшедшего переворота, объявив, что кто отнимает у короля *осуществление* власти, отнимает у него самую *власть*. (Об Иакове II: *T. Моколей*, VIII, 462).—В 1771 году Руанский парламент писал Людовику XVI: „Законодательная власть вся в ваших руках, но *осуществление* ее ограничено деятельностью ваших судов“.—В начале XIX в., в эпоху господства монархического принципа, также стремились прикрыть некоторое опустошение абсолютизма, произведенное созданием народного представительства, и реставрировали старое учение о том, что право и *осуществление* права могут находиться в разных руках, что королю принадлежит вся полнота *прав* государственной власти, а парламенту *осуществление* одного из этих прав, права законодательства (конституции Гессена, Бадена, Саксонии и т. д.).—Ту же точку зрения заняли авторы наших основных законов 1906 г., как это прекрасно показано у *Н. И. Палиенка*—„Основные законы и форма правления в России“, 1911.

Все эти попытки разделить право и его осуществление диктуются чисто-политическою задачею: дать утешение гордости того, кому оставляется „право“ и у кого одновременно отнимается его „осуществление“. Но теория *права* не может создавать системы из обманов *политики*: все это—средства извратить правовую действительность, а не правильно ее описать и объяснить, ибо право, которое не осуществляется и не может быть даже при желании осуществлено, не есть право.

С изложенной точки зрения, легко раскрывается—часто ненужное, а обычно и ложное—понятие о народе, как о *недееспособном*, у которого есть права, но нет способности самостоятельно осуществлять их. Необходимо, прежде всего, различать *народ*, как совокупность право-и дееспособных граждан, и народ, в смысле совокупности всего вообще *населения* страны, как право-и дееспособного, так и лишенного этих качеств. Население в целом, действительно, недееспособно, но когда речь идет о народе, т. е. о правоспособной *массе активного гражданства*, то народ выступает, как орган власти, т. е. не как пассивный *объект* управления, а как активный *субъект* значительной массы прав, и в зависимости от государственного правопорядка, народ может иметь различные степени политической дееспособности. В системе абсолютизма, он политически почти недееспособен, если не считать его участия в выборах местного самоуправления и судей или признания царствующего монарха в форме присяги и повиновения его властям. В системе народного представительства, народ имеет дееспособность в определенном объеме: он выбирает парламент, но ни законодательной, ни правительственной, ни судебной власти ему не дано. В режиме прямого правления народа, дееспособность народа почти полная; здесь народ сам утверждает законы, т. е. осуществляет законодательную власть, но на ряду с этим—что мало важно—он сам не судит и не управляет, а только выбирает судей и правителей. В далекой древности, народ обладал тою примитивною всеобщностью функций, которая отличает дикаря от европейца: здесь нет того разделения функций, без которого есть *фактическая* возможность сделать все вообще, что вздумается, но нет систематической *правовой* организации этой возможности. Здесь народ сам стихийно творил *законы*, в виде обыч-

ного права; так же стихийно, вне продуманной правовой целесообразности, принимал он в народных собраниях необходимые для всего народа меры *управления*, и, наконец, в тех же собраниях сам непосредственно творил *суд* по всем делам; однако, и здесь очень рано выделяется роль вождя, жреца, патриарха и т. д

Мы видим, следовательно, что народ никогда не делает всего того, что фактически мог бы делать: обычно он поручает защиту своих прав и интересов людям, действия которых получают такую же полную юридическую силу, как если бы их совершил сам народ. Если народ при этом сохраняет за собою участие в *осуществлении* этого права, то это значит, что данное право по-прежнему ему принадлежит, но только в уменьшенном объеме; напр., права законодательства в непосредственной демократии народ не утрачивает, ибо сам осуществляет это право, хотя бы и вместе с парламентом; кроме того, он может, при помощи своей широкой законодательной власти, отнять или изменить права всех вообще властей в государстве, включая парламент. Но в системе представительства у него законодательной власти нет, ибо она принадлежит парламенту и короне; нет у него здесь также права судить и управлять, ибо эти права осуществляются правительством и судами, и он сам не властен ни отменять, ни изменять права.

Из сказанного, между прочим, видно, что не существует единого понятия *политической дееспособности*: народ может иметь право на одни акты власти (напр., выборы) и не иметь его на другие (напр., законодательство); это юридически вполне возможно, по аналогии с различными видами *личной* дееспособности: напр., по дореволюционному русскому праву, избирательное право в Гос. Думу имели лица, старше 25 лет, а право государственной службы давалось лицам, достигшим 16 лет; или: гражданское совершеннолетие у нас наступает в 21 год, избирательное же право—по закону временного правительства от 20 июля 1917 г. о выборах в Учредительное Собрание—наступало в 20 лет, а по конституции Российской социалистической Советской республики от 10 июля 1918 г.—избирательная дееспособность наступает в 18 лет (ст. 64).

Итак, мы видели, что приписываемая народу законодательная власть—в системе представительства ему в дей-

ствительности не принадлежит и что, следовательно, в Норвегии, где по конституции, ст. 49, „*народ* осуществляет законодательную власть при посредстве стортинга“ (парламента),—или в Румынии, ст. 31, где народ может осуществлять все государственные власти „только путем делегаци“, — что и в Норвегии и в Румынии народ имеет не больше прав, чем в Соединенных Штатах, где в конституции откровенно сказано, что „вся законодательная власть, здесь установленная, будет предоставлена конгрессу С.-Штатов“ (также парламенту) ст. I, разд. 1 конституции 1787 г., или в Бельгии, где сказано почти то же самое (ст. 26)

Иногда за народом провозглашаются еще права на государственную *территорию*; напр., Французская конституция 1793 г., ст. 120 или Португальская 1826 г., ст. 3, говорят о территории, как о принадлежащей *нации*. Любопытно, что такие же права верховного обладания территориею приписывают себе нередко и *государи*; так, в старой, дореволюционной Франции и Англии, а также в Германии до начала XIX в, короли считали территорию государства в своем верховном обладании.

В России, также по дореволюционному праву (ст. 696 зак. гражд.), „верховное обладание государственными имуществами принадлежит единственно самодержавной власти императорского величества“. Хотя этому положению закона противоречило даже доконституционное право (до 1906 г.), во многих своих элементах, а ст. 20 осн. зак. 1906 г. прямо выделяла из собственности государства, в особую категорию „*личную* собственность“ государя и „имущество *государево*“, т. е. принадлежащее ему, как органу государства,—но по мысли Н. М. Сперанского, государство, в лице государя, имеет особое *верховное право собственности* на территорию государства, т. е. над обыкновенным правом собственности отдельных подданных, над простым dominium eminens, возвышается *верховная* собственность государства на всю вообще территорию данной страны, dominium supereminens. В силу этого своеобразного права на территорию, государь мог распоряжаться территориею России, понимая под „распоряжением“ технический термин для всякого рода отчуждения (продажи, мены, дарения и пр.). Хотя путем толкования соответственных законов и договоров и можно было бы до-

казать, что он действует от лица государства, но буквальный текст приведенного закона, говорящего о „верховном обладании“ государя, а не государства, подкрепляется и текстом соответствующих международных договоров. Так, по договору 18/30 апреля 1867 г. С.-А. Соединенные Штаты купили за 7.200 000 долларов золотом Российские Северо-Американские колонии (Аляску); ст. 1 этого договора начинается буквально так: „его величество император всероссийский сим обязуется уступить С.-А. Соединенным Штатам, немедленно по обмене ратификаций, *всю территорию*, с *верховным на оную правом, владеемым ныне его величеством* на Американском материке (avec droit de souveraineté actuellement possedé par sa majesté), а также прилегающие к ней острова“. С этою территориею, гласит ст. 2, „связано право собственности на все публичные земли и площади, земли никем не занятые, все публичные здания, укрепления, казармы и другие здания, не составляющие частной собственности“ (Полн. Собр. Зак., т. XLII, 1867, № 44518). Таким образом, здесь довольно ясно видно, что „верховное обладание“ государственною территориею „принадлежит единственно самодержавной власти“.

Обе эти конструкции (права *народа* и права *монарха* на территорию) вполне соотвествуют положению вещей, когда 1) *монарх* неограниченно распоряжается территориею в публично-правовом отношении (напр., продажа Аляски в 1867 г. Россиею С. Штатам), или 2) когда *народ* решает судьбу своей территории непосредственным голосованием (С. Штаты, Швейцария, Австралия). Но в странах компромисса между монархическим и народным суверенитетом, который мы наблюдаем в начале XX в. почти во всей Европе, там, во-1-х, конструкция некоторого верховного права *собственности* на территорию должна быть прежде всего решительно отвергнута потому, что собственность на землю теперь может быть только на *частном* праве, у отдельных физических и юридических лиц, не исключая и государства, как казны, т. е., как лица частного права; во-2-х, в виду вышеизложенного компромисса между монархическим и республиканским принципами, публичное *положительное* право современного представительного государства знает права на территорию только всего *государства*, а не отдельных его *органов*, так что говорят, напр., о принадлежности россий-

ской территории не тому или иному государю или народу России, а юридическому лицу, государству Российскому

Итак, в самой развитой системе представительства, у народа, как органа государства, есть только одно коренное, огромной важности, право: это—*избирательное право*, причем в Америке и Швейцарии это есть право выбирать, а иногда и отзывать, не только законодателей, но и судей, чиновников и гласных, т. е. право замещения должностей по законодательству, суду, управлению и самоуправлению. Кроме того, в некоторых странах народу принадлежит *учредительная* власть, не только в виде права выбирать членов учредительного парламента, ибо тогда это есть один из элементов избирательного права народа, но в виде особого *права народа изменять свою конституцию*, вследствие чего конституция не может быть изменена без прямого голосования самим народом предлагаемых ее изменений. Это право есть у народа в Швейцарии, в Австралии и в штатах Северо-Американского союза.

В других же странах у народа есть не учредительная власть, как право, а *фактическая* власть в любой момент пересматривать основы своего политического существования и изменять их; но это уже не *право* народа, а вопрос фактической его *силы*, и даже иногда силы не всего народа, а только активной группы лиц, совершивших переворот и захвативших в свои руки учредительную власть.

С этой точки зрения народный суверенитет означает не то, что все *права* публичной власти принадлежат народу, а только то, что все *власти* исходят от народа, т. е. что всякая власть должна иметь своим конечным правоисточником избрание или признание народа, т. е. народ имеет право создавать, смещать и перемещать все органы власти. Право это велико и реально; все же остальное лишено жизненного содержания; никаких других прав у народа нет, и бесполезно их ему лишь на словах приписывать. Доказательство этому мы видели на примере законодательства: в системе парламентаризма право законодательства принадлежит парламенту, т. е. он осуществляет *свое* право,—а не право народа, на время переданное парламенту. В самом деле, если бы это право принадлежало народу, то он мог бы и сам его осуществить или, по истечении какого-нибудь указанного законом срока, оно возвращалось бы к народу, либо

он мог бы отнять его у того, кому он на время его передал. Между тем, народ не только никогда не может по праву устранить того, кто осуществляет его „собственное“ право, но даже и по истечении срока избрания, имеет одно только право—выбирать новый парламент, но не самостоятельно творить законы, как бы он этого ни хотел. У него есть одно только право — выбрать людей, которые высоко ставили бы авторитет его воли, прислушивались к ее требованиям и осуществляли ее веления, но все здесь в конечном счете зависит от доброй воли избранных (гл. X, § 3, 2; гл. VII, § 2, 2): закон не обязывает их исполнять волю избравшего их округа и даже всему народу не дают *правовой* возможности прямо провести свою политическую волю, отличную от воли представителей. Единственное право, которое здесь есть у народа—это право выбрать законодателей.

Если, таким образом, у народа нет права устранять до срока свои органы, ни совершать вместо них акты государственной власти, то невозможно утверждать, что у него есть власть законодательная, правительственная или судебная, ибо каждая такая власть есть *право совершать акты*, из нее вытекающие. Мы видели, что у народа обычно есть только одно право, которым защищен целый ряд реальных положительных его благ; у народа есть распоряжение этими благами только в виде *выбора*, по своему усмотрению, лиц для управления этими благами. Иначе, в другом порядке, народ не может *осуществлять* свои права, — если под осуществлением понимать *совершение правовых актов*, из данного права вытекающих, а не *пользование фактическими благами*, на данном праве основанными. Так как, однако, народ не имеет целесообразных *правовых* средств защиты этих своих благ и прав, то он создает органы, которые должны своими *правовыми* актами охранять, накоплять, перемещать и совершенствовать народные права и блага. У органа имеется только одно право—защищать права народа в его целом, частях и единицах, т. е. вобще *распоряжаться правами народа*, но зато это собственное право органа, хотя и ограниченное известным сроком и задачами. По истечении этого срока или по исполнении этих задач, орган утрачивает свое право, но оно не „возвращается“ к народу, а народ осуществляет свое основное, хотя и не везде одинаково глубокое *право—выбирать* своих должностных лиц. В наиболь-

шей полноте народ это право сохраняет за собою в республике, где всякая власть в конечном счете исходит от народа. Но иногда народ соглашается на существование у себя такого правопорядка, когда раз допущенное им право какого-либо органа власти, он не может уже по своему усмотрению отнять у этого органа. Это бывает при укреплении наследственной монархии, обычно возникавшей из монархии избирательной, где народ еще сохранял право смещения своего главы.

§ 2. *Орган-представитель государства.* Мы изложили доводы, которыми можно защищать то положение *Орігу*, что орган осуществляет свое, а не чужое право: у органа есть право *распоряжения чужими правами*, но самое право распоряжения есть право органа, а не того, кому принадлежат права. Между тем, с точки зрения господствующего учения, орган распоряжается чужими правами не в силу своего права, а в силу права, принадлежащего государству; он осуществляет не свое право, а „право государства": действуя, он выступает не от своего имени, как особая личность, а только, как часть некоторого целого, как „орган" некоторого правового „организма", подобно тому, как видящий глаз или пишущая рука творят не свою волю и осуществляют не свое право, а волю и право человека, видящего или пишущего: как пишет человек, а не рука, так совершает юридические акты не орган, а государство; государство через органы осуществляет свое право, т. е. орган осуществляет право государства Это учение, при всех своих недостатках, выше уже нами указанных, имеет, однако, то преимущество пред всеми другими, что оно исходит из такого яркого и испытанного символа общественного единства, как идея государства-личности или *юридического лица*. Между тем *Орігу*, внешне признавая эту идею, во многом решительно ее отрицает. В этом отчасти заключается причина того, что учение *Орігу* об органе, при всех его достоинствах свежести, глубины и значительности не может быть в настоящее время догматизировано, возведено в систему и последовательно проведено в публичном праве.

К этому надо прибавить самое главное: во-1-х, учение *Орігу* должно еще пройти долгий и почетный путь монографической разработки и проверки на частных вопросах публичного права, чтобы стать школьною идеею, на которой

могло бы быть построено преподавание современного публичного права; во-2-х, современное публичное право базируется на совершенно иных идеях, и если построить учение о государстве на воззрениях*ъ* *Орігу*, то придется не раз наталкиваться на необъяснимые и противоречащие факты и учреждения положительного права. Вот почему и *Л. Дюги*, и *Н. М. Коркунов*, отрицающие идею юридического лица государства, курсы свои вынуждены были построить с полным признанием этой идеи в построениях или в способе изучения главнейших институтов государства.

1. *Юридическое лицо и представительство.* Действительно, без идеи юридического лица, как исходной точки в построении государства, в настоящее время обойтись невозможно. Мы не раз подчеркивали, что государство, как известного рода соединение людей, существует; что оно так же реально, как реальны эти люди; что слова государство „может, хочет или делает" указывают лишь на то, что „могут, хотят и делают" эти люди; что государство заключается в самих людях, не в их душах, а в их конкретных физических существах, и все, что мы приписываем государству, мы, в сущности, приписываем людям, его составляющим, или тем, кто за них действует.

Вместе с тем и научно и политически необходимо понятіе государства, как юридического лица, ибо если ограничиться распыленною массою отдельных граждан, то не к кому единому прикрепить право *требовать от каждого* того, что принадлежит *всем*, право требовать исполнение тех обязанностей, которые лежат на каждом гражданине в отдельности и на всех вместе гражданах *солидарно*, так что *неисполнение* обязанности одним влечет *усиление бремени* для других.

Затем, понятие юридического лица с большою правовою силою передает идею *единства* государства; по меткому замечанию *Орігу*, идея юридического лица воплощает результат многовекового исторического процесса *унификации*, объединения в систему всех разрозненных властей в государстве. Без этой идеи мы стояли бы пред механическим мировоззрением просветителей XVIII века, которому государство рисовалось, как механическое соединение независимых и обособленных индивидов. Юридическое лицо преодолевает этот безграничный индивидуализм, сплетая членов общения в сплошное единство, с единою волею и единым интересом вовне.

С этой точки зрения, понятие юридического лица имеет огромное *юридико-техническое* значение в государственной науке (*Р. Иеринг* и *Г. Ф. Шершеневич*). Юридическое лицо есть технический прием, аналогичный фикции, но это не измышление, противное действительности, а *юридическая гипотеза*: она истинна и ценна не сама по себе, а по тем правовым следствиям и удобствам, которые она представляет. Подобно фикции, юридическое лицо рано или поздно уступит место другому, более совершенному техническому приему, но пока этого другого приема окончательно не найдено, пока не извлечены и не испытаны все юридические его последствия, необходимо сохранять и совершенствовать существующий прием до замены его лучшим.

Таким образом, юридическое лицо есть своеобразная юридико-техническая фигура, соотвегствующая несовершенству наших правовых представлений (или, м. б., правовой действительности), которым не хватает целостного понятия коллективной личности; эта техническая фигура необходима только для тех отношений, где народ, в лице государства, выступает как целое, т. е., главным образом, в международном и частном праве, а также во всяких взаимных отношениях государства и его органов к отдельным личностям.

Рассматривая ближе природу юридического лица и его органов, мы видим, что по господствующему учению юридическое лицо есть соединение людей, связанных каким-нибудь *общим* интересом, который как бы „выносится за скобку“ (*Н. М. Коркунов*) и для защиты которого создается *абстрактный*, но не фиктивный обладатель прав, *субъект права*, который в отличие от простых, *физических* лиц является сложным, *юридическим* лицом. Это лицо, поскольку речь идет о государстве, есть *корпорация*, т. е. единая совокупность *людей* (universitas parsonarum), реально существующих и действующих, но не в виде простой суммы одинаковых величин, а в форме некоторого *организованного единства*, члены которого имеют *общий, хотя и не одинаковый* интерес, а самое абстрактное лицо способно, для блага своих членов, иметь и приобретать права, т. е. является правоспособным. Но так как естественную волю может иметь только физическое лицо, а несколько физических лиц из своих естественных воль не могут составить единую естественную волю, то приходится установить известный поря-

док, каким образом из *естественных* воль членов данного союза, иногда весьма различных или даже противоположных, образуется единая *юридическая* воля данного общения, т. е. каким путем естественная воля *некоторых* членов данного союза становится и повсюду признается юридическою волею *всех* членов этого общения; в таких случаях говорят, что эти лица выражают волю данного союза, или, точнее, что воля этих лиц *считается* волею всего общения. Лица, воля которых признается волею данного общения, называются *органами* данного союза, т. е. органами данного юридического лица, в частности, *органами государства*.

Таким образом, согласно общепринятой доктрине современного государства, все вообще *права* публичной власти принадлежат государству, как юридическому лицу, т. е. организованному в государство народу. Государство, и только оно одно *обладает* всеми реальными благами общения; но имея широкие и разнообразные *интересы*, государство не способно само по себе иметь *волю* для их осуществления, защиты и т. п. Между тем, согласно учению *Эд. Бернацика* и *Г. Еллинека*, всякое *субъективное право* слагается из двух одинаково необходимых элементов, *формального* „я так хочу“ и *материального* „таков мой интерес“, т. е. право слагается из *воли* и *интереса* (у *Бернацика*, 232: воля и *цель*). Так как государство, как соединение различных людей, с различными желаниями, стремлениями и пр., не может иметь единой естественной *воли*, а только *интересы*, то недостающая ему для обладания правами воля заменяется волею физических лиц, являющихся его органами. Нет никакой надобности в той фикции, которую *Еллинек*, последовательно проводя свою точку зрения, мог бы устранить: нет нужды говорить, что в актах органа „хочет“ само государство, der wollende Staat; государство ничего хотеть не может, оно только может иметь, приобретать и утрачивать права, но воле его органов придается такая же правовая сила, как если бы это была воля самого государства. Вот почему для каждого правового акта государства необходимо, чтобы государство имело на него *право*, т. е., чтобы соответствующий компетентный орган выразил на этот акт, совершаемый в *интересах* государства, свою *волю*; тогда есть налицо два необходимые элемента для субъективного права государства

на этот акт и для действительности данного акта; тогда он считается актом воли самого государства.

Какова же социальная и правовая роль органа? В обществе, даже самом примитивном или анархическом неизбежны люди, которые защищают не только свои собственные интересы, но и интересы своих сочленов; даже обезьяньи стада выставляют сторожа или самца-вождя, а в человеческих обществах уже очень рано появляются всякого рода лица, действующие *для и за всех* или многих. Помимо представителей *культа*, достаточно указать на *вооруженную силу* всякого данного общества: ведь она всегда является только частью всего общества, т. е одни люди выступают и действуют за и для других людей. При этом, иногда они защищают *одинаковые* по направлению интересы всех членов данного общества, напр., защита военной безопасности,— иногда *различные* интересы тех же людей: важно то, что одни действуют в интересах других.

Когда общество становится государством, то в особом порядке выделяются из среды его люди, на которых возлагается *право-обязанность защищать права и интересы всех.* Люди эти, и суть органы государства. Они действуют не только прямо в интересах всего целого, но и косвенно, охраняя интересы какой-либо его части, но эти действия не могут противоречить интересам целого. Для осуществления своей задачи органы получают право *распоряжения средствами* лиц, входящих в данное общение, их материальными рессурсами, их личными усилиями и действиями, вообще всеми личными и материальными средствами данного общения, направляя и изменяя поведение его членов в общих интересах. Действуя в интересах всех и охраняя права всех, органы государства обычно имеют право действовать по собственной воле, по собственному воззрению о полезности или необходимости своих действий, при чем право это ограничено тою целью, для которой оно дано органу; цель эта—*охранять интересы всех средствами всех.* Но, действуя за всех и для всех, орган выступает не от собственного имени, не сам от себя, а от имени всего общества, за него и вместо него, сосредоточивая в себе, как в фокусе, силу и энергию всего общественного целого. При этом *воля* целого выражается либо в *избрании* органа, либо в *повиновении* тем его требованиям, которые народ признает правильными.

Собирая все эти первоначальные, основные признаки органа, мы видим, что орган есть лицо, имеющее правообязанность действовать от имени общества и защищать интересы всех его членов при помощи представленных в его распоряжение общественных средств. Но человек, имеющий право распоряжаться чужими правами при помощи чужих средств и от чужого имени, есть не что иное, как представитель того лица, чьими правами он распоряжается. Если же он распоряжается этими правами не по личной *воле* обладателя прав, а по безличному велению *закона*, то он является *законным* представителем того, чьи права он охраняет; напр., опекун малолетнего есть его законный *представитель*. Орган и есть законный представитель членов данного общения, организованных в государство, т. е. *орган есть законный представитель государства*.

Против теории органа - представителя есть два сильных возражения. Первое принадлежит *Еллинеку*: он исходит из того, что представитель и представляемый—всегда *разные* лица, а орган есть *часть* государства, т. е. представитель и представляемый оказались бы слиты в одном и том же лице.— Допустим, что представитель и представляемый всегда разные лица; но орган, в качестве самостоятельной личности, выступает от имени государства, тоже как самостоятельной личности. Другими словами, орган, действуя от имени всех членов общения, этим выделяет себя из среды всех, как особую самостоятельную правовую личность, отличную от лица тех, кого он представляет. Конечно, как один из „всех", он несет последствия своих же действий, сделанных от имени всех и диктующих поведение всем, но он подчинен этим последствиям не как орган, а как обыкновенный гражданин. Как один из „всех", орган есть часть целого, часть государства, но выступая от всех тех, часть которых он оставляет, он не перестает быть их представителем оттого, что он вместе с тем выступает и от самого себя: в частном праве член правления не перестает быть представителем общества оттого, что является вместе с тем акционером, и приобретая права или вступая в обязательства от имени общества, он создает тем самым и свои собственные права и обязанности.

Второе возражение выдвинул *Н. И. Лазаревский*. По его мнению, орган—не представитель потому, что объем прав

представителя обычно зависит от представляемого; между тем, такой представитель, как парламент, имеет право сам определять границы своих прав; если, напр, французский парламент расширит свои права, то, независимо от воли представляемого им французского народа, расширение это будет иметь полную силу. Прежде всего, парламент является представителем *государства*, воля которого выражается в *законе* и определяет волю парламента: закон, пока он не изменен особым законодательным актом парламента, так же определяет границы прав парламента, как и всякого другого органа государства. Затем, если иметь в виду также и то, что парламент является представителем не только государства, но и избирателей, то не совсем верно, что объем прав представителя зависит от представляемого; в законном представительстве, права представителя совершенно не зависят от представляемого: права опекуна определены в *законе* и от воли опекаемого не зависят.

Кроме того, представляемый может дать неограниченное полномочие представителю и вместе с тем предоставить ему право—по своему усмотрению ограничивать и расширять это полномочие,—так что, напр., представитель может расширить те конкретные рамки, в которых до сих пор пользовался своими неограниченными полномочиями: имея право делать *все*, что он пожелал бы, он может ограничить себя фактически только *частью* того, что ему доступно по праву, а затем сколько угодно расширить эту часть права, лишь бы он не выходил за пределы самого права. Ведь представляемый ничем не связал своего представителя, полагаясь на самоограничение последнего, и если тот одно время пользовался своим полномочием в сокращенном объеме, а потом в расширенном, то это—его право; представляемый же не может жаловаться на злоупотребление уполномоченного или запретить ему делать это, а может только, если он на расширение не согласен, парализовать его, *прекратив неограниченное полномочие* и заменив его ограниченным. Пока же полномочие неограничено, представитель вправе, в пределах его, как угодно определять пределы своих прав.

2. *Народное представительство.* В применении к народному представительству, вышеизложенные соображения о природе представительства вообще — нуждаются в некоторых дополнениях и оговорках. Парламент есть *орган госу-*

дарства, но не прямо предуказанный в своем составе законом, а избираемый народом, т. е., по терминологии *Еллинека,* он есть орган не первичный, а вторичный: первичными органами являются монарх или народ, потому что они никаким другим органом не создаются, и только безличный *закон* определяет *порядок их призвания к власти.* Напротив, парламент состоит из лиц, которые законом не предуказаны, а свободно избраны народом, т. е. закон определил лишь общим образом те *группы,* из которых может быть избран парламент, но эти группы настолько многолюдны, достигая иногда миллионов людей, что определение закона имеет весьма ограниченную силу на ряду со значением самого акта избрания; другими словами, в определении *индивидуального* состава первичного органа ничья *воля* не имеет значения, а в создании вторичного органа—чужая воля, и даже *усмотрение,* имеют решающее значение. С этой точки зрения, парламент является не только органом государства, но и органом другого органа, его избирающего,—*народа,* как корпуса избирателей; в этом смысле, парламент является представителем народа, воля его рассматривается, как воля народа, и потому выраженная воля народа неизбежно обязательна для парламента.

Разумеется, данное национальное право может дать такую организацию этому представительству, как будто народ предоставил парламенту *неограниченные* права и сохранил за собою только право—выбирать таких депутатов, которые не злоупотребят неограниченностью своей власти; пока же он не отнимает у данной палаты ее неограниченного права пользоваться своими полномочиями, она вправе ими пользоваться в объеме, более широком, чем она это до сих пор делала.

Более того, согласно этой суженной конструкции народных прав, не только *объем* прав парламента не зависит от народной воли, но и самое *содержание* деятельности парламента предоставлено его усмотрению, и воля народа не может определять воли парламента: это не противоречит идее *законного* представительства, ибо — продолжая аналогию — ведь закон потому-то и предписывает учреждение опеки, что не признает *воли* того, чьи *интересы* он опекает; наоборот, следование представителя воле опекаемого может даже служить основанием для устранения его от предста-

вительства, ибо воля капризного ребенка или ненормального человека может толкать их к личной или имущественной катастрофе.

Там, где народ рассматривается, как малолетний, там и не может быть иного, более проникнутого народною свободою построения представительства. Там не только народ не в праве определять поведение своих представителей, но, наоборот, они определяют его поведение, как это бывает в частном праве при опеке над личностью. Но такое бесправное положение народа, если он его терпит и ему покоряется, невозможно переделать тем, что мы станем отрицать его существование, или будем говорить, что те, кто навязывают народу свою волю вопреки его собственной, не являются его представителями: если народ живет в таком порядке, и не изменяет, а соблюдает его, это значит, что он не может или не хочет дезавуировать тех, кто по закону страны выступает, как его представители, призванные определять его волю, но сами не обязанные с нею считаться: как бы далек ни был такой порядок от должного, он не противоречит правовой идее представительства, взятой в ее существе.

Но как мы видели, даже в более развитой системе представительства, парламент, в пределах закона, обладает полною свободою действий и не обязан подчиняться воле народа. Согласно общим началам представительства, и здесь, представитель действует согласно своим собственным убеждениям об интересах, ему вверенных, и представляемый не в праве диктовать то или иное содержание его воли и деятельности, пока он остается в пределах полномочия.

В случаях разногласия со своим представителем, у представляемого имеется одно бесспорное право—отнять полномочие у своего представителя. Если же мы обычно наблюдаем *подчиненность* представителя воле представляемого, то, поскольку мы не имеем дело с разложением представительной правовой системы—это явление не правовое, а *фактическое:* игнорируя волю представляемого, представитель рискует потерей своего полномочия, но не за неправомерность своих действий, а за простое *несовпадение* их с волею представляемого. Последний не вправе требовать этого совпадения, но он в праве отнять полномочие без всяких *правовых оснований*, на основании одних *фактических мотивов*,

включая и мотив несовпадения воли представителя с волею его, представляемого. На этих началах построена ответственность правительства — пред парламентом и парламента — пред избирателями там, где парламент, действующий в разрез с волею народа, подлежит роспуску, и народу предоставляется выбрать новых своих представителей. В этой области, однако, намечаются, в течение последних десятилетий совершенно новые факты и тенденции, которые более подробно изложены в гл. X, § 2.

3. *Монархъ.* Обращаясь от парламента, как органа государства, к монарху, нельзя не видеть, что труднее всего признать представителем государства — монарха, который свое право выводит не из чьего-либо полномочия, а из Божьей милости, из фактической своей власти, из исторических своих задач и других источников не-правового характера (морального, религиозного, политического и т. п.). Но, во-1-х, воля монарха участвует в образовании воли государства, т. е. его воля, одна или совместно с волею других представителей, признается волею государства; следовательно, нельзя отрицать, что он является представителем государства. Во-2-х, если даже забыть, что монархия возникала в конечном счете в силу ее признания и подчинения ей со стороны народа, если даже забыть, что монарх действует на основании законов государства, представителем которого монарх является, — то и тогда невозможно отрицать, что для представительства совсем не требуется полномочие представляемого: не говоря уже о законном представительстве за недееспособного, достаточно иметь в виду такой правовой институт, как *фактическое представительство*, т. е. представительство без полномочия. Здесь, очевидно, согласие и уполномочие со стороны представляемого может явиться лишь впоследствии, а представительство от этого не перестает быть таковым. Монархия весь свой пафос именно в том и сосредоточивает, что даже и без легальной воли государства в прошлом и без *воли* народа в настоящем, она обещает стремиться к *благу* народа и государства; что, не ссылаясь на *полномочия* народа, она действует исключительно в его *интересах*; что распоряжаясь правами и обязанностями народа, она одна претендует на силу и право обязывать и управомочивать народ своего государства, особенно—в отношениях с другими государствами, где монарх,

с очевидностью действует, как представитель, ибо ни на каком другом основании он в международном обороте действовать не может.

В отношении монарха, как органа, возникает еще один важный вопрос: можно ли считать представителем того, чьи полномочия не могут быть никем легально прекращены? Когда английский король Иаков II в 1688 г. был вынужден бежать во Францию от революции, то, для придания законности смещению его с престола, учредительный парламент (Convention Parliament) создал фикцию, что сам король отрекся от трона (*В. Энсон*, II, 209). Точно так же, по французской конституции 1791 г., король за некоторые особо важные преступления не низлагается законодательным корпусом, а считается легально отказавшимся от своих полномочий; напр., когда он откажется принести присягу или возьмет назад данную им присягу, либо покинет Францию и не вернется, когда его пригласит парламент, либо, наконец, станет во главе армии и направит ее против народа, или не помешает такому предприятию, прикрытому его именем (ст. 5—7 конституции 1791 г.; не совсем полно у *В. М. Гессена*, 156). Эти исторические факты показывают, как твердо убеждение, что права монарха по самой своей природе никем не могут быть законно прекращены; оне бессрочны, и только путем легальной фикции—их можно извне прекратить.

Не трудно видеть, что это обычное положение всякого первичного органа не только в публичном, но и в частном праве. Невозможно отрицать, что *общее собрание* членов юридического лица является не более, как его органом, но полномочия его не могут быть прекращены средствами и силами самого юридического лица, т. е. в пределах внутреннего правопорядка, установленного его уставом. Равным образом, нельзя прекратить полномочия *народа* в республике, ибо он сам—источник всех полномочий, а своих полномочий он не получает ни от кого. Так же точно нельзя легально прекратить полномочия *монарха*, ибо никто их ему не дал, никто не вправе их и отнять. Когда в средние века на Западе и в России народ мог низлагать своих князей, то этому соответствовало право народа избирать их. Нечего говорить, что в современной актуальной монархии народ этого сделать не может, ибо здесь за народом не при-

знается такой дееспособной воли, чтобы он в любой момент имел право, без всяких ограничений, располагать своею судьбою и свободно доверять ее тем, кого он сам свободно выберет. Правопорядок такой монархии исходит из той идеи, что народ—дитя, которому закон дает несменяемого по его воле представителя, заступника и защитника, в лице монарха.

Однако, хотя монархический правопорядок отрицает за народом право прекращать монархические полномочия, но воля народа и в монархии имеет огромное значение: согласие народа признавать власть монарха и подчиняться ей, без сопротивления и вооруженной борьбы, имеет решающее значение прежде всего для *прочности* правопорядка. Кроме того, воля народа признавать данный монархический строй имеет исключительно важное значение в *международном* общении. Вся сила монарха во внешних сношениях зависит от возможности для него *обеспечивать исполнение народом* тех действий, к которым обяжется монарх от имени государства. Как только оказывается, что монарх бессилен обеспечить исполнение его народом того, что монарх от его имени возьмет на себя,—он будет бессилен выступать во вне, как представитель своего государства. Наоборот, узурпатор, который, как Наполеон I, сумеет с успехом обязываться от имени своего народа, будет признан представителем своего государства, как бы сомнителен ни был *источник* его монархических полномочий.

Из сказанного видно, как велико *фактическое* значение воли народа даже в системе абсолютизма; но чем демократичнее государственный порядок, тем больше и *правовое* значение этой воли для государственных органов, как в сфере законодательства, так и в области суда и управления. В системе абсолютизма имеет значение только стремление народа к определенным фактическим *благам*, но он не может определять *правовые* пути, к этим благам ведущие. Чем свободнее, однако, народ, тем глубже предопределяет он правовые *средства*, которые должны обеспечить его конечные *желания*. Тогда народ намечает не только определенные жизненные свои потребности и желания, но и диктует все определеннее те правовые и политические средства, которыми они должны быть достигнуты. Напр., народ и при абсолютизме может иметь желание приобрести выход к морю,

а монархия может это желание народа осуществить; при парламентаризме народ не ограничится одним заявлением такого желания, но активно выберет такой парламент, который бы это желание за него осуществил путем заключения соответствующего международного договора; в народоправстве же народ сам в народных собраниях примет этот договор, т. е. сам *создаст* то правовое *средство*, которым он осуществит свое конечное *желание*.

Таким образом, в абсолютной монархии, каково бы ни было фактическое значение воли народа, она там не имеет решающего *правового* значения. То же можно сказать и о представительной республике; и здесь народ имеет право только выбрать своих представителей, а сам непосредственно осуществлять свои определенные задачи он не может. Только в непосредственной демократии народ достигает полного политического совершеннолетия, когда он сам может действовать и принимать окончательные решения, не нуждаясь ни в чьем одобрении. Но режим непосредственной демократии требует особой высоты культурных, экономических и политических предпосылок, без которых он и в правовом и в политическом отношениях способен играть только реакционную роль. Так же точно и наоборот, абсолютизм, при котором народ играет роль недееспособного, соответствует такой ступени народного самосознания, когда он соглашается на бессрочные и неограниченные полномочия монарха, и уж затем должен произвести революцию, если желает вновь получить для себя эти полномочия.

Но ошибочно строить, в духе теории естественного права, особое, никогда не умирающее право народа на все государственно-правовые полномочие, которые должны к нему вернуться, раз он их требует, у кого бы в руках они ни были. Это была не позитивно-, а естественно-правовая идея,— и даже не столько правовая, сколько политическая идея, которая играла в XVII и XVIII в.в. революционную роль в борьбе третьего сословия с абсолютизмом: она была выдвинута против враждебной ей идеи о *безвозвратности* полномочий, когда-то переданных народом монарху. Идея временной передачи народных прав монарху, при сохранении за народом права потребовать их обратно, эта идея не могла, конечно, считаться *правовою* идеею в режиме абсолютной монархии; здесь эта идея была не правовою, а револю-

ционною; она была заимствована из высшего правового порядка, из республиканского, где все власти, исходя от народа, только *на срок* исходят от него, после чего неизбежно вновь к нему возвращаются. Эта идея была тою внешнею для абсолютизма точкою, опираясь на которую революция могла посягнуть на *вечные* права монархии, в пользу *срочных* полномочий республики. Когда французская, якобинская конституция 1793 г. говорит, что народные права неотчуждаемы и непогашаемы давностью, то она выставляет правовой принцип *республики*, который не годится для правовой конструкции монархических учреждений, т. е. этот принцип не является настолько всеобщим, чтобы служить для конструкции всякого вообще современного органа государства.

§ 3. *Отличительные признаки органа.* В чем же отличие органа государства от других представителей? Справедливо было бы сказать, что, в отличие от других представителей, орган есть, по общему правилу, представитель не только живых, конкретных людей нынешнего дня, но и *будущих* поколений, благо которых он должен охранять, т. е., что орган представляет не простую *сумму* определенных лиц, а некоторое их *единство*, независимо от перемен происходящих в личном составе этого единства. Это совершенно справедливо. Однако, и в частном праве представитель юридического лица представляет интересы не только наличных, но и будущих его членов. Можно лишь сказать, что это отличие весьма *часто* можно наблюдать, сравнивая положение различных органов государства с положением представителей в частном праве; но часто наблюдаемое различие не есть различие неизменное и постоянное, вытекающее с естественною необходимостью из самой природы понятия органа.

Можно также сказать, что представитель в частном праве и орган—в публичном имеют только те права, которые им *специально* предоставлены. Того права, которое им прямо не дано, у них нет: напр., по общему правилу, уполномоченный не вправе передавать своего полномочия (delegata potestas non delegatur), если только это право передачи ему прямо не предоставлено. Это правило одинаково действительно для права передоверять как частные, так и публичные права. Но в этом отношении наблюдается существенное

различие между частным и публичным представительством: публично-правовые акты, по общему правилу, обязательно совершать только *лично* и ни в коем случае не чрез представителя: напр., нельзя осуществлять свое избирательное право через уполномоченного, хотя дореволюционное русское право в отдельных случаях это допускало; не может также депутат парламента осуществлять свои полномочия чрез представителя и т. д. В частном же праве огромное большинство прав можно осуществлять именно чрез представителя. Можно, однако, указать и на отдельные *публичные* права, *осуществимые* также чрез представителя (напр., парламент в отдельных случаях может уполномочивать главу государства или министра на издание некоторых актов законодательного характера); вместе с тем, можно указать и на отдельные *частные* права, *неосуществимые* чрез представителя (напр, вступление в брак по полномочию). Но, по общему правилу, различие это в подавляющем большинстве случаев наблюдается.

Далее, следует отметить, что орган обычно *односторонне* назначается, иногда даже *принудительно*, ибо акт назначения или избрания носит характер возложения обязанности; между тем, представитель действует обычно по соглашению с представляемым, и акт уполномочия носит характер предоставления права. Но достаточно вспомнить фигуру опекуна, с его повинностным характером, и, наоборот, чиновника, назначаемого на службу по его усердной просьбе,—чтобы различие это, верное по общему правилу, в ряде случаев отказывалось служить.

Наконец, представитель в частном праве обычно ничего не может *приказать* представляемому, а орган—может, и может даже *принудить* к исполнению своего приказа.—Но и это различие не имеет постоянного характера: бывает и наоборот, что, напр., опекун и приказывает и принуждает, а орган часто имеет только совещательную роль, и ни приказать, ни принудить не может.

Как бы важны, наконец, ни были эти различия, которые только в исключениях не оправдываются, их нельзя считать коренными, глубокими и постоянными, а вопрос о различии между органом и другими представителями остается все же нерешенным. Разумеется, если бы не было в частном праве институтов юридического лица и законного пред-

ставительства, то различие это могло бы быть гораздо легче и проще намечено; но эти оба института делают вопрос крайне сложным, и можно, пожалуй, наметить один только решительный признак, который отличает орган от всякого другого представителя. Признак этот вытекает из различия между частным и публичным правом, как оно было намечено *Л. И. Петражицким*, *Руд. Штамлером*, *Эр. Кауфманом* и недавно—*И. А. Покровским*.

Решающую особенность публичного права *И. А. Покровский* сводит к тому, что отношения, им регулируемые, стянуты к одному центру и основаны на принуждении т. е., что они проникнуты *централизацией* и *субординацией*, как мы это видим на организации армии и финансов государства. Напротив, частно-правовые отношения рассеяны по бесчисленным центрам, лишь свободно осуществляющим свои права, т. е. здесь, вместо централизации и субординации, мы находим децентрализацию и координацию. На основе этого различия, совершенно справедливого в существе своем, можно построить и различие между органом и другими представителями.

Поскольку правовым образом не связаны между собою отдельные хозяйства в обществе, постольку представители отдельных частных лиц ничем не связаны друг с другом: нет, напр., ничего общего между странствующим представителем капиталистического предприятия и управляющим какого-нибудь полу-феодального поместья.—Совершенно иным представляется положение органа. Орган не есть изолированная, самостоятельная, оторванная от целого единица: орган есть всегда *часть* некоторого *единства, принудительно организованного*; от имени этого единства орган действует, его права и интересы он создает и изменяет, охраняет и прекращает. Из этого положения органа, как части целого, вытекают два важных следствия. Во-1-х, орган должен непременно принадлежать к тому государственному союзу, от имени которого он действует: поэтому *недопустимо иностранное подданство* или гражданство органа данного государства,—чего не требуется от других представителей. Исключением является русская конституция 10 июля 1918 г., которая дает „*все политические права*“, т. е. и право быть органом государства всем трудящимся иностранцам, живущим в России; основание этой нормы—„солидарность

трудящихся всех наций“ (ст. 20 и пр. 2 к ст. 64 конституции). Во-2-х, составляя часть принудительно организованного единства, орган так неразрывно и *принудительно связан* с другими частями той же организации, что связь эта по произволу органа не может быть расторгнута. Нерасторжимость этой связи вытекает из единства всей организации, направленной на охрану общества извне и изнутри, на *организацию и защиту единого правопорядка и единой хозяйственной системы*, при чем общественное единство складывается в организацию, иерархически-централизованную или децентрализованную, но всегда организация эта имеет черты *системы*, т. е. известной предустановленной *взаимо-зависимости* ее частей.

Эта взаимо-зависимость выражается в постоянном и организованном *взаимо-контроле*, при чем низшие органы контролируются высшими, как мы это наблюдаем в суде и управлении, а те и другие контролируются законодательными учреждениями или тою властью, которая эти органы создает и путем их назначения контролирует их состав и обеспечивает характер их деятельности. Одною из важнейших форм контроля является рассмотрение жалоб на действия органа, при чем граждане имеют также право обращаться за *судебною* защитою своих прав, нарушенных органом власти, и для этого им предоставлено право гражданского, уголовного и публичного исков к органу, нарушившему их право.

Возможность *обжалования* составляет одно из существенных отличий положения органа государства: здесь действия представителя, совершенные в пределах его полномочия, могут быть отменены действиями другого представителя, — чего не допускает частное представительство, где действия представителя, совершенные в пределах его полномочия, обязательны для представляемого и отмене путем обжалования не подлежат. Этот многосторонний контроль могущественно содействует исполнению органами власти одной из важнейших их функций—*обеспечения права* путем охраны, восстановления и созидания права, так как, испытывая на себе постоянный контроль со стороны правомерности их действий, органы власти с особою энергиею побуждаются к соблюдению и охране права. Вот почему постоянный взаимо-контроль органов за правомерностью их действий

влечет за собою то общее правило, что все действия органа государства считаются правомерными, пока не доказано противное (*презумпция законности* актов государственной власти).

В отмеченных признаках и заключается отличие органа от других представителей. Это отличие сводится к тому, что орган есть часть единой для всех органов организации, принудительно организованной в систему и построенной на взаимо-контроле ее частей, с возможностью жалобы на них по начальству, привлечения их к суду или отмены их действий, — предполагаемых, однако, всегда правомерными, пока не доказано противное. Что же касается *внешней* черты, дающей наилучшее средство для отличия органа государства, то она заключается в особом праве органа—*от имени государства совершать юридические акты*, охраняющие или изменяющие, создающие или прекращающие частные или публичные права и обязанности народа в его целом, частях и единицах. Эта способность совершать в чужом интересе и от чужого имени юридические *акты*, *влекущие изменения в чужой правовой сфере*, является одною из самых замечательных черт представительства; в силу этого, напр., договор с иностранным государством, заключенный законными представителями данного государства, создает права и обязанности для представляемого ими государства,—подобно тому, как частно-правовой договор, заключенный поверенным, обязывает и управомочивает лицо, от имени которого он заключен.

Своеобразною особенностью органа является и та *цель*, которая правомерно поставлена пред органом. Эта цель заключается в стремлении к *общественному* благу,—в работе во имя общественных, а не личных интересов,—между тем, как цель всякого другого представителя—*личное* благо определенного лица или ограниченного круга лиц. В этом отношении представляется справедливым и глубоким то различие, которое установлено *Л. И. Петражицким* между властью служебною и господскою: власть *служебная* есть средство для обеспечения блага общественного союза—напр., власть главы семьи, рода, племени, государства; здесь, в идее, власть *служит* интересам той группы, над которой она властвует; здесь подвластные являются *целью* для властвующих. Напротив, для власти *господской*, для власти рабо-

владельца, крепостника, капиталиста, подвластные—только *средства* для его личных, имущественных и других целей, а он сам для себя является целью.

Против этого недавно выступил *Л. С. Таль* в своей ценной работе о трудовом договоре, где он подчеркивает, что *всякая* правовая власть заключается в свойственном ей элементе общественного *служения*. С этой точки зрения, ныне вообще нет власти для своих личных целей, а, напротив, „всякая власть в современной правовой жизни есть социально-служебная функция", и власть владельца фабрики также принадлежит ему не ради удовлетворения только его интересов, но и в интересах всего народного хозяйства.

Но если стереть грань между органом государства, напр., членом парламента и руководителем предприятия, потому только, что его деятельность преследует цели общественного блага, то орган растворится не только среди других представителей, но и среди вообще всех общественных деятелей. Мы придем тогда к воззрению *Рих. Шмидта*, для которого орган есть всякий кто *как-нибудь действует для общества* (цит. у *Н. Kelsen*). Но это уж несомненное преувеличение, на основе которого понятие органа расширяется у *Р. Шмидта* до того, что и присяжный, участвующий в одном заседании и частный обвинитель, требующий публичного наказания, все это на данное время органы государства. Еще труднее идти за ним, когда он утверждает, что даже тот, кто убьет богохульника, во исполнение народной мести, и даже солдат, ведущий переговоры с неприятелем,—оба они, и убийца и солдат, также выступают, как органы. Но еще дальше идет *А. И. Елистратов*, который не только соглашается с *Л. Дюги* и *Г. Жезом* (*G. Jèse*), что солдат есть должностное лицо, но и сам считает должностным лицом всякого, кто „выполняет миссию, признаваемую в данное время общественно-необходимою и обязательною",— напр., должностными лицами должны считаться и родители, воспитывающие ребенка.

Но тогда, справедливо замечает по аналогичному поводу *Г. Кельсен*, почти все граждане—органы государства: рождая детей, они исполняют главную роль общественного союза—самосохранение; затем, говорит *Кельсен*, рабочие, предприниматели, купцы, помещики—все это будут органы, ибо они исполняют функцию в интересах целого.

В действительности, однако, только мотив *цели* выводит нас из этого полного смешения понятий. Научное познание становится невозможным, если увлечься исканием одного сходства между понятиями. Различие же здесь слишком ярко, чтобы его не заметить. Если *побочным* следствием преследования личного интереса является общественное благо, то пред нами не орган, а рядовой гражданин. Поэтому, очевидно, что владелец предприятия, получающий прибыль, не может быть поставлен в одну категорию с судьею, получающим жалованье: для предпринимателя, как хозяйственной и *правовой* категории, *прибыль—есть цель* его деятельности,—для судьи же, как органа, *жалованье—есть средство* для беспрепятственного исполнения своей работы. Для предпринимателя общественное благо, м. б., является косвенным следствием его работы, для судьи—это главный результат, к которому он, как судья, стремится. Если могут быть предприниматели, которые видят цель своей деятельности в общественном служении, то *не этим* их субъективным взглядом определяется их *правовое* положение, т. е. их права и обязанности, а объективным их положением, как известной правовой и хозяйственной категории. Судья, который выносит решения для того, чтобы получать жалованье, есть такое же отклонение от правового типа, как предприниматель, для которого прибыль есть только средство жить и заботиться о своих рабочих. Действительное различие между органом и прочими деятелями в интересах общественных лежит в *специальной* цели общественного служения у первых и в *косвенном* осуществлении этой функции у последних

ГЛАВА VIII.

Суверенитет и важнейшие свойства суверенной власти.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен—Курсы; *Н И. Палиенко*, Суверенитет, Яр, 1903, *G Meyer-Anschutz* Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1905; *H Rehm*, Allgemeine Staatslehre, Lpz, 1907, *C Bornhak* Allgemeine Staatslehre, Berl, 1896, *Rob Redslob*, Abhangige Lander, Lpz, 1914; *E. Lingg*, Die staatsrechtliche Stellung Bosniens und der Herzegovina (Arch f. offentl, Recht 1890), *J. Hausmann*, Deutsches Reich, als Bundesstaat (Arch f. offentl Recht, 1914, 1—2), *H. Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899, *P Heilborn*, Grundbegriffe des Volkerrechts (Handbuch des Volkerrechts, изд. *Stier-Somlo*), 1912; *Фр. Лист—В. Э Грабарь*, Международное право в систематическом изложении, 4 изд., Юр, 1917; *St Leacock*, Elements of political science, L, 1906; *L Duguit*, L'état, les gouvernants et les agents, P, 1903; *его же*, Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, Спб., 1909; *М М. Ковалевский*, Лекции по конституционному праву, Спб, 1909; *Ф В. Тарановский*, Учебник энциклопедии права, Юр., 1907; *В. М. Гессен*, Государственная власть. Нов энцикл. слов. Брокгауза и Ефрона, т. 14, 399; *П А Покровский*, О государственной власти, Юрид. записки, 1914, вып 21—22; *В. Ильин* Государство и революция, Пгр., 1918; *К. Т Тахтарев*. Общество и государство, Пгр., 1918; *G. Treitschke*, Politik, Lpz., 1897; *Ант. Менгер*, Новое учение о государстве, Спб. 1909; *Я М Магазинер*, Самодержавие народа, Спб, 1907; *Законодательные акты Франции* (декларации прав и конституции 1789—1875), Спб, 1905.

В пределах государства нет власти выше, чем власть государственная: ее правовой авторитет выше всякой другой власти, ее веления имеют высшую правовую силу; одним словом, это—*верховная* власть, т. е. такая, выше которой нет в государстве. Верховная власть иначе называется *суверенною*, от латинского слова superanus, superior, перешедшего в старо-французское слово sovrains, что означает верховный, выше которого нет в государстве; по выражению французского юриста XIII века *Бомануара*, „cascuns barons est *sovrains* en sa baronnie", т. е. каждый барон — государь в своей баронии. Со времен *Ж. Бодена* (1530—1596), суверенитет, т. е. верховенство, считалось обязательным признаком государственной власти; другими словами, *всякая* данная государственная власть обязательно является суверенною, *верховною* т. е. она никогда не имеет над собою никакой высшей власти.

В настоящее время, после ряда новых политических фактов, выдвинутых историею XVIII и XIX вв., господ-

ствующее в науке мнение не считает этот признак необходимым, обязательным для государства: существуют государства с *несуверенною* властью, т. е. хотя высшая власть в них лишена верховенства, они не перестают быть государствами. Таковы, напр., государства, входящие в состав федераций, т. е. союзного государства, как Пруссия, составляющая часть Германской федерации: прусская государственная власть не является верховною, суверенною, так как над нею возвышается общегерманская государственная власть, так что, напр., общегерманский закон, изданный германскою центральною властью, стоит выше закона прусского и может отменить его, если он противоречит общегерманскому. Очевидно, следовательно, что прусская государственная власть не может считаться суверенною, верховною, ибо есть власть выше нее, власть обще-германская, которая и является верховною. Таким образом, Пруссия не имеет верховенства, суверенитета, но от этого не перестает быть государством. Следовательно, суверенитет не есть обязательный признак всякого государства, ибо могут быть государства несуверенные.

Равным образом, существуют ограничения верховной власти государства *извне*, путем установления зависимости от *иностранной* власти (*вассалитет*); напр., Болгария, в тридцатилетие 1878 — 1908 гг., была государством несуверенным, вассальным, так как признавала над собою верховенство Турции, своею *сюзерена*, и в силу этого не могла заключать политических договоров с другими государствами, иначе как через Турцию и, наоборот, договоры, заключенные Турциею, были для нея обязательны, а во внутренних отношениях с Турциею Болгария признавала ея суверенитет тем, что платила Турции ежегодную дань (в $3^1/_2$ милл. франк.), что болгарский князь выбирал себе у султана фирман на княжение и т. п.

В отличие от несуверенных, *вассальных* государств, как Болгария до 1908 г., существуют суверенные, *покровительствуемые* государства (*протектораты*), которые сохраняют свой суверенитет, но, по международному договору с более сильным государством, попадают в фактическую зависимость от него: это—связь внешняя, международно-правовая, а не внутренняя, государственно-правовая. В силу этого, вооруженное выступление *покровительствуемого*, т. е. *суверенного*,

государства, против покровительствующего государства— есть *война*, т. е. международно-правовое отношение между *формально-равными*, суверенными государствами; но такое же выступление *вассального*, т. е. *несуверенного*, государства против своего сюзерена—есть *восстание*, т. е. государственно-правовое *преступление*, правомерно-подавляемое сюзеренною государственною властью, как *формально-высшею*, а не равною властью. Поэтому вооруженное выступление против Турции „вассальной“ до 1908 года Болгарии формально было бы мятежом, хотя фактически Болгария и до 1908 года являлась почти независимым государством; напротив, „покровительствуемая“ Италиею миниатюрная республика Сан-Марино формально могла бы находиться с Италиею в состоянии „войны“, хотя фактически, в сравнении с Италиею, эта республика — не больше гнезда ласточки под крышею монументального дворца.

В виду таких фактов, как несуверенные государства в федерации и вассальные государства в международных отношениях, пришлось признать, что суверенитет не есть необходимый, обязательный признак государства и что могут быть государства и несуверенные. Однако, и до сих пор существуют мнения (напр., *Дюги*), что государство без суверенитета не есть государство, и раз в союзном государстве суверенна центральная власть, то это значит, что оно-то и является государством, а члены союзного государства вовсе не государства, а лишь более или менее независимые *части* государства.

Против этого мнения говорит, однако, то, что у этих „частей“ есть основное свойство всякого государства—собственная, *первоначальная* власть, ни от кого не полученная и никем неотменимая; это — власть свободного самоопределения, в пределах, установленных для себя самим государством при вступлении в союз, т. е. собственная учредительная власть. Эта первоначальная власть самоопределения, *первоначальная учредительная власть* и составляет основной признак государства, а для обладания этим признаком нет нужды непременно обладать суверенною, верховною властью; достаточно, чтобы государственная власть, ограниченная данною территориею, была первоначальною, ни от кого не заимствованною властью, с принципиально-безграничною компетенциею, т. е. чтобы она имела право на все, от чего

она прямо не отказалась при вступлении в союз или впоследствии.

Но если суверенитет не является необходимым признаком государства, то он во всяком случае является *нормальным*, обычным признаком. Государства, умаленные в безграничности своего права на самоопределение, являются исключениями из общего правила, как умаленные в своей автономии несовершеннолетние или расточители в сфере частного права. Нормальным типом государства является полновластная, никем не ограниченная организация, выше которой нет другой в том же государственном союзе, т. е. нормальным признаком государственной власти является ее суверенитет. Сущность суверенитета сводится к верховенству власти, к тому, что выше нее нет власти в государстве (*P. Laband*, I, 1901, 53· „Die oberste höchste Rechtsmacht, welche *keine* andere *über* sich hat, nennen wir souverän"). Из этого признака вытекает ряд других важных признаков суверенной государственной власти.

§ 1. *Независимость.* Как мы видели, суверенитет государственной власти означает, что она является верховною, т. е., что нет власти выше нее. Это верховенство воплощается в какой-нибудь *одной* власти, будь то одно физическое лицо (самодержец) или несколько лиц, объединенных в некоторое правовое единство („король в парламенте", т. е. король и обе палаты парламента), при чем особенность этой верховной власти заключается в том, что права ее *не ограничены ничьею чужою властью*, ничьею законною волею вообще, т. е., что эта власть юридически-независима, не подчинена какой бы то ни было повелевающей власти. *Независимость* эта вытекает из того, что выше суверенной власти нет и не может быть власти в государстве. В этом ее отличие от всякой другой власти, действующей в ее пределах: всякая такая другая, несуверенная власть может действовать только в меру *управомоченности* или *признания* ее другою, высшею властью. Суверенная власть в таком признании или правомочии от высшей власти не нуждается, ибо выше нее нет власти, и следовательно, ей не от кого себя производить или получать признание: над нею нет высшего правового авторитета или высшего правопорядка, от которого суверенная власть заимствовала бы свою власть или даже отдельное право. Если бы такой высший правовой авторитет

существовал, то он и был бы верховною, суверенною властью, но тогда уж над ним, в силу его суверенности, не существовало бы высшего авторитета, не могло бы быть власти, от которой он выводил бы свои права. Таким образом, из верховенства вытекает независимость государственной власти, ибо высшая власть не может быть зависима от другой власти.

Из независимости вытекает, во 1-х, *верховенство права*, данного суверенного государства, т. е. право, исходящее от данного государства, есть *высшее* для его граждан; всякое иное право, исходящее от иного правопорядка, совершенно необязательно для граждан, если в той или иной форме не признано их отечественною суверенною властью. Напротив, для граждан несуверенного государства непосредственно-обязательную силу имеют нормы той высшей государственности, в которую входит их отечественное государство. Напр., для гражданина Баварии, входящей в Германию, непосредственную обязательную силу будут иметь законы не только Баварии, но и Германии, ибо Бавария есть несуверенное государство и оно подчинено германскому правопорядку, который для нее выше баварского, так что законы Германии могут отменять противоречащие им законы Баварии. Но какое-нибудь международное обязательство, взятое на себя суверенною Германиею, будет только тогда обязательно для германцев, если оно было принято и распубликовано германскою государственною властью, как закон Германии, ибо для германца высшим правовым авторитетом обладает право и закон именно самой Германии, а не какого-нибудь высшего правопорядка; право Германии есть для него высшее право, а всякое иное, хотя бы международное право, ниже отечественного суверенного права.

Во-2-х, из независимости суверенной власти вытекает, что суверенное государство для своего легального существования и деятельности *не нуждается в признании* других государств; оно законно существует и действует до этого признания и независимо от него; признание только облегчает его рост и развитие его международных отношений, но признание не является необходимым для самого возникновения государства или для его законной деятельности (*P. Heilborn*). Напротив, для несуверенного государства, решающим моментом является признание его, как государства, либо его сувереном (напр., признание Болгарии Турциею),

либо каким-нибудь федеративным союзом (напр., признание возникающего нового штата в С. Штатах со стороны союзной власти). Необходимость такого признания государства извне стоящею, высшею для него властью—вытекает из *зависимого* характера *несуверенной* власти и резко противоречила бы *независимости суверенного* государства. Поэтому, там где хотят подчеркнуть, что у государства нет суверенной власти, там стараются оформить ее зависимый и даже производный характер путем особых актов признания; напр, Болгарский князь Александр должен был получить в 1879 г. фирман на княжение от турецкого султана Абдул-Гамида в Константинополе, т. е. в особенно подчеркнутой форме должен был получить *признание своей власти* от выше стоящей суверенной власти.

Из того, что суверенная власть есть высшая в стране, вытекает также, что все другие власти могут действовать на территории суверенного государства только в силу управомоченности их этою высшею властью или в силу признания их этою властью, т. е. *все власти исходят от суверенной* власти или признаны ею. Так, в самодержавном государстве всякая власть исходит в конечном счете от самодержца: все берет в нем свое начало и исходит от него (Tout fuit al commencement in luy et vient de luy); судья, напр., есть зеркало, отражающее образ короля (*Блэкстон*); решения и приговоры судов, а также постановления административных органов выносятся именем короля, ибо всякая власть исходит от короля и действует его именем; даже независимые от короля органы, напр., органы самоуправления и отчасти суда, существуют и действуют в силу признания их королевскою властью и до тех пор, пока они признаются этою властью. В республиканских государствах, полномочия всех властей в конечном счете выводятся из активного избрания или признания этих властей другим суверенным органом, *народом*, который считается выше всех стоящею государственною властью. Между тем, в пределах несуверенного государства может действовать власть, которая не только является высшею по отношению к высшей на данной территории власти, но и действует *вопреки воли* этой власти. Напр., до 1918 г., согласно германской конституции, император имел право силою принуждать к соблюдению конституции то из государств, входящих в германский союз, ко-

торое не стало бы исполнять велений конституции; для этого ему дано было право *экзекуции*, которое он осуществлял с разрешения союзного совета (т. е. совокупности представителей всех государств, входящих в германский союз). Это значит, что если бы, напр., Бавария нарушила обще-германскую конституцию, то, в силу несуверенности Баварии и подчиненности ее высшему, чем баварский, правопорядку, германскому,— на территории Баварии могла бы действовать, в качестве высшей власти, не власть баварская, а германская, т. е. высшие органы Баварии были бы обязаны терпеть *законное* вторжение на ее территорию союзных войск, по постановлению союзного совета и под командованием германского императора; сопротивление же этому вторжению рассматривалось бы как *восстание* против законной власти.—Если же, наоборот, *суверенное* государство нарушает договор с иностранною державою, то вторжение войск этой державы для возстановления силы нарушенного договора, как нарушение международного мира, дает право государству, подвергшемуся нападению, защищаться всею своею вооруженною силою; возникшее при этом вооруженное столкновение между государствами есть не противоправный мятеж, а правомерная защита своего понимания смысла, причины и цели договора; это *не восстание, а война*, т. е. способ разрешения спора, ограниченный правовыми формами, порождающий известные права и обязанности для обоих сторон и т. д.

Из того же верховенства вытекает и недопустимость какого-либо *обжалования* суверенной власти; юридически невозможны жалобы на монарха или парламент, ибо это— суверенные органы, т е. нет высшей власти, которая могла бы быть высшею инстанциею над ними, а в случае нарушения ими права, могла бы в законном порядке судить об их действиях и принуждать их к исполнению вынесенного против них решения: высшее место никем не может быть судимо (Summa sedes a nemine judicetur).

§ 2. *Единство.* Мы видели, что раз суверенная власть является высшею, то она не может быть в какой-либо подчиненной зависимости от другой высшей власти (независимость). Но если не может быть власти выше, чем верховная, то не может быть и равной ей, т. е. *не может быть двух в одно и то же время верховных властей*, а есть только *одна* верховная, т. е. суверенная; следовательно, все другие власти

не могут быть равны ей: иначе, раз была бы равная ей, т. е. тоже выше всех других стоящая власть, то суверенная власть не была бы выше нее, т. е. не была бы суверенною. Таким образом, суверенная власть в государстве может быть только одна; всякая другая власть либо будет подчинена суверенной власти либо получать в ней свое начало, либо нуждаться в *допущении к власти*.

Суверенная власть является *единой*, т. е. единственною высшею властью в государстве, и такою она является для всей территории государства, т. е. на всем его протяжении нет и не может быть места, где она не являлась бы высшею властью, т. е. такою, веления которой должны исполняться вопреки велениям всякой иной власти, и от которой зависит создать или допустить к власти всякую иную организацию, претендующую на власть. Это значит, что во всех самых отдаленных углах государства суверенная власть является высшею, и что ее веления проникают во все части государства, как бы далеки или недосягаемы они ни были. Это значит, что, будучи единою, суверенною, власть является в то же время *вездесущею*, т. е. что она суверенна во всех пунктах государства. Только этим можно объяснить то правило, что закон вступает в силу и в таких местах государства, куда он фактически даже попасть не может. Напр., по германскому праву, закон вступает в силу во всякой местности в Германии на 15-й день после его издания в Берлине (в Reichsgesetzblatt), хотя бы, как отмечает *Лабанд*, закон не получился в данном месте или даже вообще не мог бы получиться (осажденная крепость, недоступный остров и т. п.).

Признак вездесущности государственной власти является другою стороною признака единства: раз суверенная власть едина на всей территории, то тем самым сказано, что она проникает всюду на данной территории, т. е. что она вездесуща. Это прямой вывод из верховенства власти; если она высшая для данной территории, то она нигде не может быть юридически-превзойдена конкурирующею властью, ибо повсюду такая власть окажется юридически ниже суверенной власти, как самой высокой.

Вполне мыслимы такие места на территории государства, куда фактически не проникают веления суверенной власти, напр., девственные пространства в западных штатах С.-Аме-

рики или далекие тундры Сибири, но неосуществление какого либо права—в области публичного права—не создает той давности, которую мы встречаем в частном праве. Здесь возможно говорить о давности политической, но не правовой, т. е. впоследствии могут оказаться, сложиться или окрепнуть *фактические* препятствия к осуществлению суверенных прав, но *право* на их осуществление не прекращается. Напр., население забытой окраины начинает все более и более, по культурным, экономическим, религиозным и другим связям, тяготеть к другому государственному общению и все труднее становится приобщить его к политической жизни того государства, которое имеет права в отношении этой окраины; права эти не прекращаются, но создаются такие непреодолимые политические трудности для их осуществления, что очень скоро победоносная сила политического развития создает и *правовую* связь там, где уже имеется налицо связь политическая, и вообще—*фактическая*, т е. окраина разрывает прежние правовые связи и создает новые или становится политически независимым государством. Бывает также, что суверенная власть не осуществляется в данном месте вследствие невозможности преодолеть *противодействие* со стороны какой-либо власти, возникшей в отдаленной или недосягаемой части государства. Но это уже значит, что в данной части суверенная власть не является верховною, т. е. суверенною, и, следовательно, эта часть вышла из данного государственного верховенства.

Из сказанного следует, во-1-х, что ни в одном пункте государства не может правомерно возникнуть или действовать *независимая* власть, которая бы действовала без управомочия или допущения со стороны суверенной власти; действия такой самопроизвольной власти, если только они молчаливо не допущены суверенною властью, неправомерны, а распоряжения ее необязательны для населения, если эти действия или распоряжения в чем либо несогласны с актами суверенной власти. Во-2-х, *иностранная* государственная власть не вправе вмешиваться в чужую государственную сферу и осуществлять в ней акты своего властвования, если они в чем-либо противоречат велениям суверенной власти или с нею конкурируют.

На одной и той же территории не могут действовать две суверенные власти („*непроницаемость государства*“), разве

только оне совместно создадут новые, как бы совершенно особые органы для управления данною территориею, сливающие воедино две разнокачественные суверенные власти. Таковы *кондоминат* (или кондоминиум, вернее—коимпериум), т. е. совместное властвование Австрии и Пруссии над Шлезвиг-Голштиниею в 1864—66 г.г. или Австрии и Венгрии в 1878—1908 г.г.—над Босниею и Герцеговиною. Формально суверенитет Турции над этими двумя областями в период 1878—1908 г.г. не прекратился, ибо формально Босния и Герцеговина были переданы Австро-Венгрии только „для временного занятия и управления"; формально, Турция отказалась от своих верховных прав на Боснию и Герцеговину лишь в 1908 г., после их аннексии Австро-Венгриею, и получила тогда от Австро-Венгрии 54½ милл. крон, хотя, формально, эта сумма была уплачена только за государственные имущества Турции, находившиеся в уступленных ею областях и перешедшие теперь к Австро-Венгрии. Важно здесь отметить, что хотя формально суверенные права Турции были в 1878—1908 г.г. лишь приостановлены, а не погашены,—но все права властвования на этой территории фактически осуществляли Австрия и Венгрия, в лице наместника, главы военной и гражданской власти, назначаемого императором, т. е. единым главою обоих государств. Возможность двух суверенных властей на одной и той же территории здесь зависела от того, что противоречия и столкновения между этими властями заранее исключались тем, что обе они сосредоточены были в *единой личности* императора и что император, т. е. единый глава Австрии и Венгрии, назначал наместника, который осуществлял две различные суверенные власти, но соединенные в *одну* особую австро-венгерскую власть, единую не только в лице императора, но и в ряде других властей, общих для обеих половин монархии.

§ 3. *Всемогущество.* Из того, что нет власти выше суверенной, вытекает, что она может сделать все, что фактически в силах выполнить народ данного государства. Это следует из того, что всякий орган вообще—есть в известном объеме правомочный *распорядитель наличным фондом народной силы*, и, обычно, чем шире власть органа, тем большею массою народных средств вправе он распоряжаться. Суверенный же орган, как верховный распорядитель всем фондом народной силы, имеет право оперировать с макси-

мумом народных средств и обязываться во вне в максимальном объеме, какой только допускают фактические возможности, открытые пред данным народом во всей его совокупности. Поэтому государство не может освободиться от своих обязательств только потому, что те или иные его органы отказываются исполнить то, что обещали другие его органы, уполномоченные обязываться от имени государства. Напр., когда суверенная власть, в договоре с иностранною державою, обязывается изменить свое таможенное, морское или полицейское законодательство или управление и даже судебную свою организацию, то она не вправе потом ссылаться на то, что она не могла достигнуть обещанного результата в своих законодательных или иных органах: как суверенная власть, она предполагается юридически достаточно мощною, чтобы осуществить обещания, зависящие от воли ее органов: если же эти органы не исполняют обещанного ею, то на всем государстве лежит ответственность за нарушение данного от его имени обещания.

Справедливо, однако, и то, что суверенная власть не может обязываться и обещать определенное поведение своих органов в отдельных *конкретных* случаях, где применяется действующее или же вновь созданное по международному договору право страны: суверенная власть может обязываться к изменению общих норм, но не обязана, напр., посягать на независимость своих судов и диктовать им то или иное определенное решение конкретных дел, доходящих до суда, в порядке осуществления обещанных суверенною властью общих норм.

§ 4. *Вечность.* Суверенное государство признается вечным, т. е. оно ни на минуту не прекращает своего существования. За ним признается как бы *юридическое бессмертие*, ибо над ним не может быть такой внешней правовой власти, которая, в качестве высшей, могла бы прекратить его государственное существование, прервать его навсегда.

По классическому замечанию *Блэкстона*, „Генрих, Эдуард, Георг умирают, но король переживает их всех"; „король не умирает никогда" (The king never dies), т. е. хотя фактически почти всегда происходит перерыв между царствованием королей, но этот перерыв юридически не признается имевшим место; иначе все судебные решения, все акты администрации и прочие акты, совершенные в промежуток между

двумя царствованиями, как совершенные без участия или согласия управомоченной власти, будут неправомерны или ничтожны. Король здесь является только символом, воплощением непрерывности, вечности суверенного государства, которое живет вечно, несмотря на смерть своих представителей. Подобно тому, как сохраняется единство организма, пока он живет, несмотря на отмирание отдельных его клеток, так отмирание не только отдельных органов государства, но и целых поколений народа не разрушает правового тождества государственного организма, пока он жив.

Однако, в то время, как умирание и смерть организма неизбежны,—*государство, в идее, бессмертно и вечно*, т. е. в то время, как всякий организм, в силу одних только *внутренних* причин своего развития, неизбежно умирает, уж в силу одного того, что он живет,—государство, вопреки взгляду *В. Дрэпера* на нацию, не подчинено таким внутренним законам неизбежного умирания, и, напротив, принципиально оно существует вечно, пока *внешняя сила факта* не приведет его к гибели. Даже прямой акт самоубийства государства еще не влечет за собою его смерти: что бы ни заявляло государство о своей готовности уничтожиться, в каком бы торжественном акте оно ни выражало волю прекратить свое существование,—одного этого самоубийственного акта еще недостаточно, чтобы государство прекратилось.

Только *фактическая смена* старой суверенной власти новою иностранною властью прекращает жизнь государства. Но до тех пор, пока государство предоставлено *внутренним* силам своего права, оно юридически безсмертно: оно *может*, но отнюдь *не должно* погибнуть от внутренних причин, как это обязательно для организма. С точки зрения права, государство продолжает существовать, какие бы фактические изменения и разрушения ни происходили и в составе наций, населяющих государство, и в формах самого государства. Как правовая личность, государство безсмертно: граждане умирают, но лицо государства вечно.

Только фактическая сила может положить конец существованию государства, будь то медленный процесс разложения или моментальная его гибель. Легко себе представить, напр., небольшое государство, поглощенное стихией воды (остров, потонувший в океане), либо государство, по-

гребенное землетрясением, опустевшее от выселения и расселения его жителей или завоеванное и поглощенное другим государством—это все чисто-фактические силы, способные прекратить существование государства. Но государство может прекратиться и по таким фактическим обстоятельствам, которые созданы *чисто-политическим* процессом: государство может довести правовой процесс самоуничтожения до фактического прекращения государства. Так, в 1904 г. Корейская империя отдала себя под покровительство Японии и обязалась пользоваться японскими советами; в 1905 г. Япония получила право контролировать и направлять внешнюю политику Кореи, а в 1907 г.—право утверждать все акты управления Кореи, в том числе—назначение на все высшие административные должности; в 1909 г. Япония получила в свои руки судебную организацию Кореи и тюремное дело, а в 1910 г. Корея заключила с Японией договор, по которому корейский император отказался от всех своих верховных прав в пользу Японского императора, и через неделю Корея по указу микадо стала простою японскою провинциею.

Пример Кореи интересен тем, что здесь имел место процесс медленного правового умирания государства. Начало этому процессу было положено актом 1904 г., когда Корея перестала быть независимым государством и отдалась под покровительство Японии. Но только фактическое присоединение Кореи к Японии, превращение ее в японское генерал-губернаторство был концом Кореи, как государства.

Из идеи вечности государства *А. Эсмен* выводит три следствия: 1) Все *международные договоры* сохраняют свою силу, как бы ни изменилась форма того государства, которое их заключило; напр., договоры, заключенные при монархии, сохраняют свою обязательную силу и для республики, сменившей монархию. 2) *Законы* сохраняют свою силу, как бы ни изменилась форма государства, их издавшего; напр., доныне применяются во Франции законы, изданные до революции 1789 г., несмотря на то, что с тех пор трижды пала во Франции монархия (1792, 1848, 1871) и одновременно трижды вводилась республика. 3) *Денежные обстоятельства* государства также сохраняют свою силу, несмотря на смену той государственной формы, при которой эти обстоятельства были выданы. Таким образом, международные

договоры и обязательства, а также законы государства сохраняют свою силу, как бы ни менялась форма государства, которое дало свое согласие на эти акты.

Легко, однако, видеть, что этим перечислением *А. Эсмен* неправильно *сужает* объем тех актов государственной власти, которые имеют неотменимое значение. В самом деле, не только перечисленные акты (законы, договоры, обязательства), но *все вообще акты государства имеют вечное значение*, т. е. сохраняют свою силу, пока не будут отменены в одной из допустимых государством форм правообразования, т. е. законом, обычаем или практикою учреждений (гл. V, § 3). Не только законы, но и административные и судебные акты имеют полную силу на неограниченное время, если эта сила не отнимается у них новым государственным актом или особо-действующею для них нормою правопорядка; например, обязательное постановление администрации или земства имеет такую же вечную силу, как закон или международный договор, т е. он действует безграничное время, если только в нем самом не указан ограниченный срок его действия или он не убивается более общею нормою или специальным законом и т. п. Но акты суверенной власти имеют то значение, что они не могут быть отменены иначе, как суверенною же властью, т. е. их изменение возможно, лишь пройдя через аппарат суверенной воли; акты же других властей, обычно, этого свойства не имеют, т. е. они могут быть погашены актами иной, высшей власти, чем та, которая их создала (гл. V, § 4). Тем не менее все они обладают принципиально-вечным действием, пока не отменены или иным образом не погашены особым актом государственной воли; если бы, напр., начальник полиции издал правила для обезпечения безопасности от автомобильной езды, то хотя бы произошла революция или полиция была упразднена, ее акты продолжали бы сохранять свою силу, пока именно эти акты не были бы лишены силы новою властью, преемственно принявшею на себя функции старой упраздненной власти.

Более того, принципиальною вечностью обладают не только акты государственных органов, но и сами *органы*: сколько бы лиц ни сменялось на данной должности, сама должность непрерывна, пока не будет прямым или особым актом государства уничтожена. Поэтому, когда происходит

революция, то все органы государства,—исключая суверенные органы, против которых и направлена революция,—все органы сохраняют свои места и продолжают свои функции, пока имеют фактическую возможность, т е. пока они прямо не устранены от власти. Таким образом, из вечности суверенного государства вытекает *вечность его органов и актов их воли* (Гл. V, § 4).

§ 5. *Неделимость, неотчуждаемость* и *непогашаемость*. Независимо от изложенных четырех свойств суверенной власти, французская революция 1789—1795 г.г. выдвинула ряд других ее свойств: она провозгласила, что суверенитет *неделим, неотчуждаем* и *непогашаем*,—и дала этим формулам особое истолкование, вложила в них особый смысл.

Под *неделимостью* суверенитета понималась тогда недопустимость раздела верховной власти между различными органами. Эта власть принадлежит всему народу, и только ему одному; ни один человек, ни одна группа не могут сказать, что верховная власть принадлежит кому-либо из них в части своей, что эта власть поделена между кем-либо или принадлежит кому-либо вместе с народом. Это значит, что суверенная власть неделима, что она может принадлежать *целиком* только одному *народу*.

Неотчуждаемость суверенной власти означает невозможность ее передачи кому-либо народом-сувереном: *Руссо* опровергает учение *Гоббса*, который утверждал, что народ в праве передать свою верховную власть государю, и что власть королей есть переданная в их руки власть народа. *Руссо* не допускал возможности передать кому-либо, отчудить верховную власть, как отчуждают собственную вещь в частной жизни; как нельзя человеку отчудить, продать свою личность, так не может народ отчудить свою верховную власть, свое верховное право самоопределения, составляющее высшее содержание коллективной личности народа. В этом смысле суверенная власть неотчуждаема.

Непогашаемость суверенной власти означает, что никакая давность не может освятить насильственного захвата власти. Противоположное правило действует в частном праве, где давность владения погашает, уничтожает законное право собственности и дает начало новому праву собственности, хотя бы оно возникло противозаконно (а в России—даже и преступно). Между тем, в публичном праве суверенная власть

непогашаема, т. е. насильственный захват власти не становится правомерным, как бы долго этот противозаконный захват ни продолжался; напр, узурпатор прав народа не становится законным сувереном, и посягательство его на суверенную власть народа не может быть признано легальным, ибо суверенная власть непогашаема никакою давностью.

При всей яркости и значительности этих идей, особенно в свете истории права и под углом зрения естественного права, их справедливость для общей теории суверенитета не может быть признана. В них речь идет только о суверенной власти *народа*, а все другие государственные формы, кроме народовластия, признаются неправомерными, т. е. вычеркиваются целые столетия из истории права только потому, что они не соответствуют правовым идеалам данной исторической эпохи. Только с точки зрения должного, с точки зрения естественного права, можно говорить о том, напр., что суверенитет непогашаем. В правовой действительности, даже незаконная власть, если она упрочилась и стала источником соблюдаемого и защищаемого права, признается и во вне и внутри, как законная власть, а права прежней суверенной власти погашенными. Тем более это справедливо, когда сама суверенная власть передает свои права новой власти, как в случае добровольного отречения короля от своей власти в пользу народного представительства. Затем, раз вообще возможна *передача* верховной власти из рук в руки, то это означает *отчуждаемость* суверенитета. Наконец, не мало сомнений возбуждает и *неделимость* суверенной власти: во 1-х, власть далеко не везде принадлежит *народу*, как единому целому; во 2-х, она, обычно, *поделена* между несколькими органами власти.

Таким образом, общее и решающее значение для теории суверенитета имеют четыре свойства суверенной власти: *независимость* и *единство*, *всемогущество* и *вечность* суверенной государственной власти.

Оценивая изложенное учение о суверенитете государства с точки зрения должного, а не сущего, мы видим, что это учение от верхушки до основания проникнуто таким преклонением пред всемогущею государственною властью, которое близко к ее обожествлению. Все эти аттрибуты государства, его всемогущество, вечность, вездесущность, единство, все это—аттрибуты божества, до сравнения с которым

поднимается, таким образом, государство. Таковы господствующие правовые представления нашей эпохи, но даже и среди этих представлений все более поднимает голову правовая идея, противоположная всепоглощающей власти государства—идея *личности-самоцели*, во имя которой действует и существует государство и *основные права* („Grundrechte"), которой должны быть непереходимым барьером для самой всемогущей власти (*Я. М. Магазинер*, Политическая идея М. М. Ковалевского, Спб., 1917).

ГЛАВА IX.

Разделение властей; трехчленное деление и учредительная власть.

Г Еллинек, Л Дюги, А Эсмен, Ф Ф Кокошкин—Курсы *O. Bornhak*, Allgemeine Staatslehre, Berl., 1896, *Ch L Montesquieu*, De l'esprit des lois (1748). P. 1907; *А.С Алексеев*, Политическая доктрина Ж Ж Руссо, М, 1905, *М М. Ковалевский*, От прямого народоправства к представительству, М, 1906, т III; *L. Duguit*, L'état, le droit objectif et la loi positive, P., 1901, *Н М. Коркунов*, Указ и закон, Спб, 1895, *В М Гессен*, Основы конституционного права, 2-е изд, Спб, 1918; *его же*, Теория правового государства (в сборнике „Политический строй современных государств", I, Спб, 1905), *Н. И. Лазаревский*, Русс госуд право, 4-е изд., Спб, 1917; *І. В. Михайловский*, Очерки философии права, Томск, 1914; *Ю Гачек*, Общее государственное право, II—III, Рига, 1913, *А. Токвиль*, Демократия в Америке, М, 1897; *Дж Брайс*, Американская республика, I, М., 1889, *А. Дайси*, Основы госуд. права Англии, М, 1907; *Ф Лассаль*, „Сущность конституции" и „Что же теперь?" Ростов-на-Дону. 1905, *Г Еллинек*, Конституции, их изменения и преобразования, Спб, 1907; *В М Гессен*, „Конституция" и „Конституционная монархия" в Нов энцикл словаре Брокгауза и Ефрона, т 22, 554, 556; *С. А Котляревский*, Конституционное государство, Спб, 1907; *Э. Э Понтович*, Развитие конституции и учредительная власть, Пгр, 1917; *Ш. Боржо*, Учреждение и пересмотр конституций, I—II вып, Спб., 1905 (3-е изд, М, 1918).

§ 1. *Монтескье и Конституанта.* При описанном выше всемогуществе государственной власти отдельная личность совершенно бессильна при столкновении с органами этой единой, всемогущей, вечной и ни от кого не зависящей власти. Это с особенной ясностью видно в системе абсолютизма, где власть—все, личность—ничто. Этот факт послужил исходною точкою теории *Монтескье* о разделении властей („Дух законов", 1748). Чтобы ослабить эту страшную

в своей сосредоточенности силу государства — надо ее рассеять, разделить. Тогда ее части будут друг друга удерживать от тирании и произвола: законодательная и судебная власти будут контролировать исполнительную, а судебная и исполнительная будут подчинены актам власти законодательной. Там, где все власти сосредоточены в одних руках, там личная свобода подавлена, там необходимо царит произвол, будь то деспотизм султана в Турции или абсолютизм республиканского совета в Венеции. Свободу личности мы находим в Англии, ибо там государственная власть разделена и находится в разных руках. Таким образом, по *Монтескье*, разделение властей имеет целью ограничить всемогущество государственной власти во имя политической свободы *личности*.

Конституанта (французское учредительное собрание 1789—91 гг.) совершенно иначе понимала и строила разделение властей: если верховная власть, которая принадлежит всему народу и только народу, будет сосредоточена в руках одного человека или собрания, то этот полновластный человек или неограниченное ничем собрание захватят всю власть и отнимут у народа его верховенство. Чтобы этого не было, чтобы вся власть неотъемлемо оставалась в руках народа, каждый орган власти должен быть ограничен *определенными задачами* и правами, и государственная власть должна быть сосредоточена не в одном учреждении, а распределена, разделена между несколькими органами. Таким образом, по этому учению, государственная власть должна быть разделена между несколькими органами, для предупреждения чьего-либо посягательства на *народное верховенство*.

§ 2. Современная постановка вопроса. Современное понимание разделения властей исходит из весьма важной юридико-политической задачи: установить *иерархию между актами* государственной власти. Некоторые теоретики различают государственные акты по их *содержанию* (по материальному признаку), говоря, что *закон*—это *общая* и *абстрактная* норма, *указ* — это *частная* и *конкретная* мера, *судебное* решение или приговор—это акт, *восстановляющий* нарушенное право или *охраняющий* право от нарушения. Это есть *трехчленное* разделение государственных актов (акты законодательства, суда и управления). Наряду с ним существует

двучленное деление: управление и суд сливаются в одно понятие *исполнения* законов, следовательно, здесь различаются только *законодательство*, создающее общие и абстрактные нормы, и *исполнение*, осуществляющее эти нормы в частных конкретных обстоятельствах, путем суда и управления (*Руссо*, а из новейших юристов—*Дюги*) Все эти различения, если они отчасти и справедливы, весьма расплывчаты, неточны и практически несовершенны.

Гораздо точнее и определеннее общепринятое разграничение актов по их *форме* (по формальному признаку): если акт издан *монархом и парламентом* или одним парламентом—это *закон*; если он издан *единолично главою государства*—это *указ*; если он исходит от учреждения, организованного, как *часть общей судебной системы*, то пред нами—*судебный акт*.

К этой классической триаде следует прибавить четвертый акт, акт исходящий от *учредительной* власти данной страны—это акт конституционный, т. е. сама *конституция* или ее изменение. Таким образом, акты, по значению своему и по юридической своей силе, различаются прежде всего по тому, *от какого органа они исходят*: это признак ясный, бесспорный и практически незаменимый. Его практическая важность основана на том, что государственные акты, исходя от самых разнообразных органов, могут быть *противоречивы* или разногласны: кому же из них отдать предпочтение в юридической силе? Очевидно, тому акту, который исходит от наиболее *авторитетной*, высшей в стране власти, при чем власть эта может состоять из нескольких органов, образующих единую власть; напр., парламент и король образуют единую законодательную власть.

Эта высшая власть диктует свои веления низшим властям, причем акты этих низших властей, если противоречат актам власти высшей, не имеют силы. Указ, т. е. единоличный акт короля, акт власти *правительственной*, не может противоречить закону, т. е. акту короля и парламента, акту власти *законодательной*. По тому же основанию акт одного только парламента в монархии, т. е. другой *половины* законодательной власти, не может также противоречить закону, т. е. акту *всей* власти законодательной; это — как бы указ палаты, аналогичный по силе указу короля. Акты судебной власти не должны также противоречить закону и кроме того законным актам правительства. Наконец, в некоторых

странах, напр., в Соединенных Штатах, акты *всех* властей—и законодательной, и судебной, и правительственной,—не могут противоречить конституции, т. е. актам четвертой власти, *учредительной*. Зато в пределах своей компетенции каждая власть совершенно независима от других, и ее акты неотменимы другою властью.

Чтобы выдержать и строго проводить это различие между актами разных властей по их *силе*, надо твердо установить различие между этими властями. и ясно отделить их друг от друга, надо предупредить смешение в одних руках права издавать эти различные по силе акты, ибо иначе затруднится их различение. Кроме того, доступность *одному и тому же* лицу актов *разной* силы приведет к чрезмерно частому пользованию именно теми актами, которые имеют *наивысшую* силу. Но тогда сам властвующий, по известному яркому образу, попадет в положение царя Мидаса, прикосновение которого обращало *все* предметы в золото, так что он не мог ни есть, ни пить, т. е он очутился в самой тяжелой *зависимости* от избытка собственной своей *власти*. Невозможно, чтобы каждое слово, каждое распоряжение человека, какую бы власть он ни имел, обязательно имели *высшую* в государстве силу и распространялись на все решительно предметы государственного управления; надо, напротив, разделить эти различные предметы управления и передать их разным органам; затем надо освободить, *эмансипировать друг от друга органы*, издающие разные акты, а юридическую силу самых *актов* определять по правовой силе тех *органов*, от которых эти акты исходят. При этом, как мы видели, надо различать четыре власти: учредительную, законодательную, правительственную и судебную.

Наиболее полное воплощение принципа разделения властей представляет собою политический строй С.-А. Соединенных Штатов, где все четыре власти имеют свой обособленный круг ведомства и могут только „мешать“ друг другу, но не принуждать к *сотрудничеству* в одном и том же направлении. Напротив, парламентаризм, где парламент активно вмешивается в политику правительства и положительным образом ее определяет, парламентаризм есть уклонение от строгой идеи разделения властей.

Решительное отрицание разделения властей по формальному моменту мы находим в русской конституции 10 июля

1918 года. Здесь различаются *четыре* высших власти: 1) *судебная* власть принадлежит системе судебных учреждений, во главе с „Верховным судебным контролем“, который в случае замеченных им самим противоречий в решениях высших кассационных судов, имеет право „выносить объединяющие принципиальные решения“, обязательные для всех областных кассационных судов на будущее время; но законодательная власть может *отменить* по своему усмотрению те акты Верховного судебного контроля, которые она найдет неправильными; таким образом, обычно единая и высшая судебная власть, кассационная—раздроблена и поставлена под контроль еще высшей власти, Верховного судебного контроля, но и его решения могут быть отменены актами еще высшей власти, законодательной (Декрет о суде, № 2, ст. 6, Собр. узак и распор. рабоч. и крест. правительства, Отд. I, № 26, 7 марта 1918 г.); декретом о суде (Собр. узак., 23 июля 1918 г., № 52) судебный контроль и областные суды временно заменены *единым* Кассационным судом по гражданским и уголовным делам в Москве; касс. суд частью утверждается, частью назначается законодательною властью (ц. и. к.), которая в праве и *отзывать*, т. е. смещать, всех членов касс. суда. Затем, 2) *правительственная* власть принадлежит Совету народных комиссаров, коему дано „общее управление делами“ республики (ст. 37 конституции); он состоит из 17 членов; каждый из них и весь Совет целиком назначаются и смещаются законодательною властью (ст. 35 и 49, п.). 3) *Законодательная* власть принадлежит центральному Исполнительному комитету, который состоит из 200 членов и избирается 4) *Съездом советов* (ст. 28 и 35), т. е. собранием делегатов, посланных городскими советами депутатов и губернскими съездами депутатов (ст. 25).

При такой организации центральной власти, в основе ее лежат местные, *городские и сельские советы*, составленные из рабочих и крестьян; городские советы сами, непосредственно, посылают своих представителей на всероссийский съезд советов (по 1 депутату на 25 000 избирателей), а сельские советы выбирают сперва своих представителей на уездные съезды, потом уездные съезды выбирают представителей на губернские съезды, и уже губернские съезды посылают своих представителей на всероссийский съезд советов (по 1 депутату на 125.000 жителей, при чем в губернских съез-

дах участвуют и представители от городских советов, ст. 25).

Таким образом, основание власти составляют местные советы, сельские и городские, из которых создается „высшая власть“ республики—Съезд советов (ст. 24). Эта власть есть не только „высшая“, но и верховная: это власть *учредительная*, т. е. исключительно она одна в праве изменить „основные начала“ конституции; затем только она в праве ратификовать мирные договоры с иностранными государствами (ст. 49—52). Но учредительная власть отчасти принадлежит также и Исполнительному комитету (ст. 49), который по преимуществу является органом власти законодательной. Равным образом, законодательная власть отчасти принадлежит также и Совету народных комиссаров, но только тогда, когда надо осуществить „мероприятия, требующие неотложного исполнения“; в других случаях крупные общеполитические меры представляются Советом народных комиссаров на утверждение Исполнительного комитета (ст. 41).

Итак, по конституции 10 июля 1918 г., верховная власть, суверенитет, принадлежит Съезду советов; он является по преимуществу властью учредительною; ступенью ниже стоит Исполнительный комитет, который является по преимуществу властью законодательною (а отчасти и учредительною) и избирается Съездом советов; еще ступенью ниже стоит Совет народных комиссаров, обладающий правительственною (а отчасти и законодательною) властью, назначаемый и смещаемый Исполнительным комитетом, при чем народные комиссары могут все входить в состав Исполнительного Комитета; наконец, четвертая высшая власть, судебная, дана Верховному судебному контролю, который также подчинен Исполнительному комитету; тем же Исп. комитетом назначаются и смещаются все члены кассационного суда, представляемые судами или комиссариатом юстиции.

Другими словами, власть законодательная, в лице Исполнительного комитета, господствует над властями правительственною и судебною, в лице Совета народных комиссаров и Верховного судебного контроля, (а отчасти—Кассационного суда); сама же законодательная власть ограничена властью учредительною. Съездом советов. Эта организация власти имеет следующие особенности, отличающие ее от господствующего типа распределения власти: во 1-х, не прямые

выборы населением власти законодательной, а избрание ее властью учредительною; во 2-х, зависимость власти судебной от власти правительственной на местах, как в назначении, так и в смещении судей,—а также зависимость ее в руководстве кассационными судами от власти законодательной или: зависимость от той же, законодательной, власти членов кассационного суда, назначаемых и смещаемых этою властью; в 3-х, предоставление одной и той же власти, напр., учредительной, двум различным органам (Съезду советов и Исполнительному комитету), так что каждый из этих органов может в известном объеме самостоятельно осуществлять учредительную власть; в 4-х, акты всех четырех властей различаются не столько по их юридической *силе*, сколько по *предметам*, которых они касаются; напр., нет правила, что акты Совета комиссаров (указы) не могут противоречить актам Исполнительного комитета (законам), хотя есть правило, что Исполнительный комитет может отменить любой акт Совета комиссаров (ст. 40) и Верховного судебного контроля (ст. 6 декрета о суде), т. е сами по себе акты законодательные не имеют бо́льшей силы, чем акты административные и судебные, но могут получить эту бо́льшую силу, если она им будет специальным законом дана.

§ 3. *Учредительная власть* (гл. VII, § 1, 94). Выше всех других властей стоит власть учредительная. Мы ставим ее наряду с тремя другими, хотя это обычно не делается, потому, что она удовлетворяет основному условию, характеризующему другие три власти: она имеет формально-отличную от них природу, ибо учредительные акты либо исходят от *особого органа* учредительной власти (учредительного собрания или конвента в отдельных штатах Сев. Америки) или же эти акты в *особом порядке* создаются (напр., двукратными голосованиями парламента и т. п.).—Гл. X, § 3, 3.

Таким образом, мы видим, что между учредительною и законодательною властями существует глубокое принципиальное различие и по форме и по существу. Нам представляется поэтому крайне спорною та мысль, что тенденция развития этих властей идет в сторону их слияния воедино (*Э. Э. Понтович*). Даже Англия, где парламент „все может", где как будто, следовательно, слиты в одном органе и учредительная и законодательная власти, даже Англия показывает нам, что как раз в последние десятилетия парламент по

конституционным вопросам не решается действовать сам, а запрашивается сам народ, т. е. для учредительной власти постепенно создается, как в Швейцарии, иной орган (народ и парламент), чем для простого законодательства (парламент); народ запрашивается также о важнейших актах законодательства, ибо они составляют, если не по формальной силе, то по существу—конституционное право.

Но и в Швейцарии, где народное законодательство распространяется и на простые и на конституционные законы, граница между обеими областями права достаточно глубока. В 1874 г. в Швейцарии был принят факультативный референдум для законов, а в 1891 — народная инициатива для частичных изменений конституции (гл. X, § 3, 3). Но оба эти акта только закрепили существующее различие учредительной и законодательной властей: принципиальная разница между ними была еще раз, в 1874 и 1891 г.г., подтверждена, и обыкновенные законы как были, так и остались для народа более неподвижными, чем конституция.

Да и всегда ли хорошо, если конституция может быть с такою же легкостью изменена, как обыкновенный закон? Все зависит от того, кем создана конституция, чьи права она по преимуществу защищает и от чьих покушений она преимущественно защищена. Если она создана в момент исключительного напряжения воли и мысли народа, то разумно и справедливо, чтобы она в таких же особых, приподнятых условиях, а не в будничном, случайном составе палаты изменялась. Думается, что в этом лежит *политическая* основа неизменности конституции обыкновенным законодательным путем: исключительной *важности* конституции соответствует охраняющие ее *трудности* ее изменения.

Но кроме этой, политической, стороны, здесь важна и конструктивно-логическая сторона: конституция—это *общие основания*, принципиальные основы, развитием которых являются обыкновенные законы: более общие истины остаются неизменным руководством для более частных. Как административный и судебный акты не могут противоречить закону, так закон не может противоречить конституции. Для этого обыкновенный закон и конституционный закон должны иметь *различную* юридическую *силу*: конституция имеет высшую формальную силу в стране и потому не может быть изменена органом, уполномоченным на издание низших актов,

законов, ибо если воля *одного и того же* органа будет иметь два разных качества, то очень трудно гарантировать их *различную* правовую силу.

Нельзя также согласиться с тем взглядом, что конституция стремится оградить права *народа*, в его целом, частях или единицах от власти государства, а поскольку народ слился с государственною властью, ему не от кого защищаться, и усиленная прочность конституции перестает играть свою роль. Справедливо, что социальная функция конституции заключается иногда в стремлении оградить права народа, но чаще всего—в совершенно противоположном желании оградить права *властвующих*. Это легко признать, если только вспомнить огромное число дарованных королями конституций: в них абсолютизм, вынужденный на уступки, дал минимум того, что от него требовали и чем можно было на время успокоить народ. Опасаясь дальнейших покушений на свои права, король в той же конституции создает ряд затруднений к дальнейшему ограничению своей власти, т. е. к изменению конституции, и она получает усиленную, сравнительно с обыкновенными законами, прочность.

Даже средневековые договорные хартии Англии 1215 и Венгрии 1222 г. между королем и феодалами имели целью не только ограждение прав сословий, но и прав короля: пока он соблюдает эту конституцию, он имеет право осуществлять все свои *прерогативы*, которые тем шире, чем меньше о них упоминается в хартии. Очевидно, что король также заинтересован в *неувеличении* своих уступок, как феодалы—в *неуменьшении* этих уступок, т. е. оба договаривающихся имеют *общий* интерес в *возникновении* конституционного акта, хотя этот интерес каждого из них и направлен в противоположную сторону.

С точки зрения социологической, прочность конституции вытекает из того, что она, обычно, результат революции и всегда—дитя *борьбы* общественных сил; естественно, что победившая сила, особенно если она опасается, что последующее политическое развитие может повернуться против нее, гарантирует себя усиленною прочностью конституционного акта, т. е., боясь потерять больше, фиксирует то, что у нее еще осталось. Напротив, оптимизм суверена, уверенного и в будущей своей власти и не исчерпавшего всех

возможностей своего развития, влечет за собою легкость изменений конституции.

Другими словами, если конституцию создает сторона, которая лишь боится потерять, а новых приобретений не ждет (германские конституции), то она затрудняет изменения конституции; если же конституцию создает сторона, которая надеется еще приобрести, а потерять не может, то она особых затруднений изменению конституции не ставит (романские конституции: Бельгия).

Во всяком случае, малоподвижность конституции создается отнюдь не исключительно для успокоения побежденных, угнетенных и устраненных от власти; для их успокоения устанавливается только их участие в изменении конституции. Что до малоподвижности конституции, то она служит обеим сторонам, но в различной степени: либо *преобладает* гарантия прав *победителя*, либо гарантия прав *побежденного*, либо пред ними—*компромисс*, в особой прочности которого заинтересованы обе стороны. Напр., наши основные законы 23 апреля 1906 г. могли быть изменены только по почину государя (защита в пользу монархии, ст. 7 осн. зак.), а без согласия палат они не могли быть изменены даже в чрезвычайных обстоятельствах (защита в пользу народного представительства, ст. 87).

Об изменении конституции—гл. X, § 1 и § 3, 3; гл. XI, § 6, 3. Интересные и ценные замечания о *социологическом* и *логическом различии функций* законодательства, суда и управления у *Н. А. Гредескула*, К учению об осуществлении права (интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права), Х., 1900, стр. 80—82, 94—102, 216—30, 234.— О взаимоотношениях суда и администрации—*А. М. Кулишер*, Господство права и административное принуждение, Яр., 1911.

ГЛАВА X.

Главнейшие государственные формы.

Г Еллинек, Л. Дюги, В Орландо, В М. Гессен и *Н И Лазаревский*,— Общие курсы, *К Н Соколов*, Парламентаризм, Спб., 1912; *его-же*, Современная республика, Пгр., 1917, *К М. Тахтарев*, От представительства к народовластию, Спб., 1907, *его-же*, Современное государство, М, 1915 („Итоги науки"), т. XI; *С А Корф*, Федерализм, Спб., 1917, *Я М. Магазинер*, Чрезвычайно-указное право въ России. Спб., 1911 и *„Право"* 1914, № 9, *его-же*. Современный парламентаризм, („Совр. мир", 1908, VI), и Г Еллинек об эволюции конституц. учреждений („Вопросы общественедения"), II, Спб., 1908); *его-же*, Республика, Пгр 1917; *С А Корф*, Автономные колонии Великобритании, Спб., 1914; *М Я Лазерсон*, Автономия и федерация, Пгр., 1917, *его-же*, Национальность и государственный строй, Пгр., 1918 —Отдельные страны: *В Беджгот*, Гос строй Англии, М., 1905; *G S. Maine*, Popular government, L., 1885; *С Лоу*, Гос строй Англии, Спб., 1908; *А. Л Лоуэлль*, Гос. строй Англии, М., 1915, *Дж. Брайс*, Американская республика, ч. I—III, М 1889—90; *В Вильсон*, Государство, М 1905, и Гос строй Соед Штатов, Спб., 1909, *J Freund*, Das offentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tub., 1910. *А Дюнан*, Народное законодательство в Швейцарии, Спб., 1896, *J Schollenberger*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berl., 1905, *Andre Lebon*, Das Verfassungsrecht der Franzosischen Republik, Tub., 1909, *P Errera*, Das Staatsrecht des Konigreichs Belgien, Tub., 1911 (В VII серии „Das offentl Recht der Gegenwart"); *E Brusa*, Das Staatsrecht des Konigreichs Italien (в Handbuch'e Marquardsen'a), Freib., 1892, *J. Ulbrich* Oesterreichisches Staatsrecht (В X серии „Das off R d Gegenwart"). Tüb., 1909, *L de Hartog*, Das Staatsrecht des Konigreichs der Niederlande, Freib., 1887 (Marquardsens Handbuch, I, 4), *E. Goos* и *H Hansen*, Das Staatsrecht des Konigreichs Danemark, Freib., 1889 (Ib., II, 3); *T H Aschehoug*, Das Staatsrecht der Vereinigten Konigreiche Schweden und Norwegen, Freib., 1886 (Ibid.), *P. Fahlbeck*, La constitution suedoise, P., 1905; *А Лоуэлль*, Правительства и политические партии в государствах Зап. Европы, М., 1905; *Г Джефсон*, Платформа, ее возникновение и развитие (история публичных митингов в Англии), т I—II, Спб., 1901.

§ 1. *Формы государства.* Во-первых, государства разделяются по своей форме на 1) *унитарные*, т. е. единые, 2) *федеративные*, т. е. союзные, и 3) *конфедеративные*, т. е. союзы государств. Это разделение основано на том, какие отношения существуют между *частями* государства и его *центральными* органами.

Унитарным государством называется такое, в котором части его пользуются некоторой *самостоятельностью* лишь в области *управления и суда* (местное самоуправление и вы-

борный суд), а право законодательства принадлежит только центральным органам государства, напр., общегосударственному парламенту и королю; таковы: Норвегия, Италия и Испания, части которых пользуются только местным *самоуправлением*.

Федеративным называется государство, части которого сами являются *государствами*, но не вполне самостоятельными *не суверенными*), так как над ними возвышается союзная власть: по конституции 1871 г., Бавария есть часть Германии, и в то же время—сама по себе государство, хотя и подчиненное законодательству (рейхстаг и союзный совет), высшему суду (имперский суд) и управлению (союзный совет и император) союзной власти. Как государство, Бавария, имеет и собственные высшие органы не только суда и управления, но и *законодательства*. К союзным государствам, кроме Германии, принадлежат Швейцария и С.-А. Соединенные Штаты.

Конфедеративным государством называется постоянный и всесторонний союз государств, сохранивших, несмотря на общие для всего союза учреждения, полную свою независимость (*суверенитет*). Таковы следующие союзы государств (конфедерации): Австро-Венгрия до 1918 года; Швеция и Норвегия до 1905 г., когда их союз распался; Швейцария с 1815 до 1848 г.; в 1848 г. она превратилась из союза государств—в союзное государство; Германия с 1815 до 1867 г.г.

Особенность федерации заключается в том, что государства, входящие в ее состав, участвуют, как самостоятельные политические организмы, в создании высших органов союза, и их собственная *конституция* может быть изменена только ими самими, а не союзной властью. Например, каждый штат Соединенных Штатов и каждый кантон Швейцарии посылают по два представителя в верхнюю палату парламента, (сенат в Соединенных Штатах и кантональный совет в Швейцарии). Кроме того, союзный парламент не может изменить *конституцию* отдельного штата или кантона,—хотя федеральный закон вообще имеет силу отменить *закон* отдельного государства (*Reichsrecht bricht Landesrecht*). Подобно федеративным частям Швейцарии и Соед. Штатов, Бавария, как таковая, также посылает 6 представителей в союзный совет Германии, и, таким образом, влияет на волю союза, но союзная власть не может изменить конституцию Баварии, ибо это—право государственной власти самой Баварии.

Этим признаком государство, входящее в федерацию, отличается от *автономной* провинции единого государства: организация автономной области, во 1-х, и по своему происхождению, и в своем дальнейшем существовании и функционировании, в решающей мере зависит от центральной власти, так что центральная власть сохраняет право *контроля* над местною, в форме утверждения ее законов, высших должностных лиц и т. п.,—что́ недопустимо в федерации, где у государства-члена объем прав часто гораздо уже, чем у автономной области, но права эти оно осуществляет *бесконтрольно* (*М. Я. Лазерсон*, 20); во 2-х, в *создании* центральной власти автономная провинция иногда вовсе и не участвует; напр., автономная Канада не участвует в создании английской государственной власти, а конституция Канады может быть изменена по воле Англии.—В особом положении находятся такие неполные государства или „государственные обломки" (*Staatsfragmente*, по обозначению *Еллинека*), как автономная до 1917 г. Финляндия или Кроация до 1918 г., представлявшие собою высшую полноту автономии (О федерации—гл. VIII, §§ 1 и 2).

§ 2. *Формы правления.* Во-вторых, государства различаются по форме правления; это различие имеет задачей указать, кто, по праву, является источником власти в государстве. Здесь различаются два основных чистых типа: неограниченная *монархия*, где правовым источником всякой власти в государстве являются индивидуально-определенные физические *лица*, одно или два, и *республика*, где все власти в конечном счете черпают свои полномочия в *народе*,—фактически в известной части народа, которая, без противодействия другой части, говорит и действует от имени всего народа и распоряжается его средствами. Сообразно этому, все действия власти в республике (напр., судебные решения) совершаются „именем народа", а в монархии—„по указу" монарха.

Заметим, что республиканская идея не есть достояние какого либо определенного *класса* или *партии*; в России в 1917 году республику отстаивали не только социалистические, но и демократические партии; то же мы видим в С.-А. Соединенных Штатах и во Франции. Равным образом, в различных странах и в разные *эпохи* различные классы организовали республику; достаточно вспомнить аристократиче-

скую республику Венеции, современную северо-американскую республику и парижскую коммуну 1871 года. Однако, преданность социалистических партий республике объясняется неосуществимостью социализма в иной политической форме, кроме республиканской, т. е. социализм и монархия несовместимы. Особенно сильно выдвигается идея республики в периоды революций, как в моменты высшего напряжения воли народа к самоопределению; объясняется это тем, что республика есть наиболее целостная и полная форма *самоопределения народа*, т. е. здесь самоопределение народа не ограничено никакою *независимою от него властью*, как в монархии. То же относится к самоопределению победоносного в революции общественного *класса*.

Промежуточным типом между республикою и монархиею, как двумя основными формами правления, является *конституционная монархия*, представляющая компромисс между двумя вышеуказанными противоположными принципами, республиканским и монархическим: в конституционной монархии имеется *два* источника власти, совершенно независимых один от другого: монарх, назначающий правительство, и народ, избирающий парламент. Здесь, и народ, и монарх действуют по непосредственно им принадлежащему, *непроизводному* праву, т. е. они не заимствуют своей власти от какого бы то ни было другого органа; иначе говоря, власть народа так же непроизводна, как и власть монарха.

1. Конституционная монархия. Конституционная монархия может быть двух типов: либо парламент сильнее монарха, и поэтому преобладает над ним, как в Бельгии или в Италии; либо монарх преобладает над парламентом, как в Пруссии или в России до 1917 г. Первый тип, романский, есть порождение революции, когда народ сам создает свою конституцию и даже своего короля, как в Бельгии в 1831 г.; второй тип, германский, есть результат самоограничения королевской власти, вынужденной на уступки народным движением: чтобы не лишиться всего, король ограничивает свою власть в пользу народного представительства и дает конституцию, которая называется дарованною (*октроированною*), в отличие от *революционной*, завоеванной самим народом.

Оба эти типа, романский и германский, сходятся, однако, в том, что, по праву, монарх и здесь, и там есть *высший*

орган государства, выше которого нет другого, т. е. в лице парламента имеется лишь *равный* королю орган, но не высший. Таким образом, хотя в конституционной монархии считается, что монарх и народ одинаково черпают свои полномочия в законе,—но каждый из них, в свою очередь, является высшим, совершенно самостоятельным и независимым один от другого, источником полномочий всех других созданных им органов. В странах романского типа, в Бельгии, Италии, как и в Англии, фактическая сила парламента так велика, что он сильнее короля, и король на деле бессилен пойти против парламента; но он долго был *в праве* это сделать, ибо, по монархической форме правления, он есть высший орган государства, не подчиненный парламенту и независимый от него. Если же теперь так сложились политическия силы, что король уж даже и не в праве этого сделать, если он не в праве идти против воли народа, в лице его парламента, то это значит, что данная монархия только по имени еще называется монархиею, а на деле она уже совсем близка к республике; такова Англия, которую иногда называют монархиею с республиканскими учреждениями.

Но ошибочно думать, что в Англии король имеет не больше значения, чем президент в республике. Прежде всего, король самый *долговечный* из всех других высших органов государства, ибо все другие высшие органы избираются или назначаются на определенный срок, или в любой момент, по вине своей, могут быть устранены от своей должности или преобразованы. Король же существует, несмотря на смену лиц и учреждений, несмотря ни на какой срок или вину свою: он есть орган несменяемый и не допускающий никакого перерыва в своем существовании. Достаточно вспомнить, что самое продолжительное в XIX веке царствование продолжалось 64 года (королева Виктория: 1837—1901), а самый долговечный в XIX-XX веке английский парламент просуществовал лишь около 8 лет (с декабря 1910 г. до ноября 1918 года).

В силу своего положения, король всегда, с детства, находится у самого центра всех важнейших государственных дел, имеет возможность знать и изучать самые сложные, секретные и важные государственные дела, и этот многолетний государственный опыт он может противопоставить

воле только-что назначенного первого министра или его товарища, если бы они столкнулись с ним в споре по какому либо вопросу. Это обстоятельство имеет особое значение в делах *иностранной* политики, в виду значительной роли короля в международных сношениях, в объявлении войны, заключении мира и в договорах с иностранными государствами.

Конечно, в важнейших вопросах король обязан совещаться с министрами, назначенными из партии парламентского большинства, их контроль и мнение для короля имеют огромное значение,—но надо иметь в виду те продолжительные и личные его связи с монархами других стран, которые дают ему значительную свободу и силу действовать согласно своим убеждениям и желаниям, особенно в условиях *тайны*, окружающей иностранную политику. Замечено, что личное отношение короля и к вопросам внутренней политики оценивается часто очень высоко периодическою печатью (*С. Лоу*). Не мало значения имеет король и в назначениях на *военные* должности; напр., королева Виктория, несмотря на противодействие, добилась назначения главнокомандующим одного из герцогов королевского дома. В *церковных* назначениях король выступает в качестве главы англиканской церкви, и до самого последнего времени назначал архиепископов, епископов и деканов по своему выбору (*Лоуэлль*).

Много зависит от короля в управлении *колониями*, в издании *указов*, которые немедленно вступают в действие и уж потом одобряются парламентом, или же указов, текст которых сперва доводится до сведения парламента, и которые вступают затем в действие, если нет протестов палаты и т. д. Даже и в Англии, говорит *Еллинек* („Изменения“ etc), право отказа в утверждении закона не утратило своего значения, как средство, тормозящее законодательство; мы знаем, какое упорное сопротивление оказывала Виктория некоторым законодательным планам своих кабинетов, и какою тяжелою борьбою добился Гладстон ее разрешения на внесение в парламент законопроекта об ирландской автономии; надо полагать, что отклонение этого проекта палатою лордов в 1893 году совершилось не без влияния королевы; она с нескрываемою радостью приняла известие об отклонении проекта лордами, и эта известная ее вражда к свободе Ирландии придала силы лордам отклонить этот проект.

2. *Представительная республика.* Переходя от форм монархии к формам представительной республики, мы видим, что есть два республиканских типа: американский и французский. В Соединенных Штатах президент избирается народом на 4 года, через выборщиков, голосующих за указанное им избирателями лицо; во Франции президент избирается парламентом на 7 лет, при чем обе палаты парламента соединяются в общем Национальном Собрании и выбирают президента. Затем, министры в Соединенных Штатах ответственны пред президентом, который их сам, с согласия сената, назначает, а во Франции министры ответственны пред парламентом, недовольство которого заставляет министров выходить в отставку.

Останавливаясь на вопросе о сравнительных качествах обеих этих форм республики, мы должны отметить, что, согласно республиканскому принципу, президент должен быть, по возможности, наименее крупною политическою фигурою, чтобы не стеснять народного самоопределения в лице парламента. Поэтому он чувствует и держит себя более зависимо во Франции, где он избран парламентом, где и все министры ответственны не пред президентом, а пред парламентом. Между тем, в Соединенных Штатах президент может успешно противостоять парламенту и даже бороться с ним, согласно тому классическому, хотя и ложному доводу, что каждый из депутатов избран только одним округом, а он, президент, избран всем народом (как будто *весь* парламент избран не *всем* народом). Вот почему, между прочим, во Франции президент ни разу не воспользовался своим правом и не вернул парламенту ни разу для нового обсуждения закон, принятый парламентом,—а в Соединенных Штатах президент за сто лет своего существования 433 раза отказался подписать законы, принятые американским парламентом (конгрессом).

Затем, при всенародном избрании, для того, чтобы данное лицо прошло в президенты, его должна поддерживать самая могущественная партия в стране, т е. он будет ставленником *одной партии* и будет потом на все места назначать, по возможности, членов этой своей партии, помогших ему стать президентом,—а при выборе президента парламентом, где представлены все партии и где выбор президента будет делом соглашения между ними, президент едва ли может

быть партийным ставленником и будет обязан своим избранием не одной из партий, а компромиссу между ними; это заставит его считаться со всеми партиями, а не с самою сильною из них. Наконец, сильная личность, избранная всем народом, может сыграть цезаристскую роль в стране, где еще недавно царил абсолютизм, а республиканская идея не глубоко еще вросла в народное сознание,—особенно имея в своем распоряжении министров, ответственных пред ним, а не пред парламентом. Все это доказывается захватом власти 2 декабря 1851 г. Луи-Наполеоном, президентом второй французской республики (1848—1851).

Но если современный французский тип имеет ряд преимуществ пред американским, то он имеет и недостатки: срок избрания французского президента весьма продолжителен (7 лет); ответственность его с трудом могла бы быть осуществима; права его в области иностранной политики очень широки (право заключения некоторых договоров и союзов с иностранными государствами); сравнительно велик цивильный лист (1.200.000 фр., против 6.000 фр., получаемых швейцарским президентом, или 150.000 долларов, получаемых президентом С.-А. Соединенных Штатов) и значительны его права над сильною и централизованною бюрократиею и магистратурою, благодаря праву президента назначать на высшие должности по управлению и суду. Но даже при всех этих данных, президент не играет во Франции серьезной и самостоятельной политической роли. Наряду с этим растет движение и против всемогущества парламента. В последнее время, как отмечает Еллинек, „часто раздавалось столь свойственное демократии требование предоставить народу не одни избирательные права, но и *непосредственное* участие в решении важнейших вопросов, и поставить депутатов в юридическую зависимость их избирателей“.

§ 3. *Формы государственного устройства.* В-третьих, государства различаются по существу своего государственного *устройства.* Это разделение имеет целью дать ответ на вопрос, кому фактически принадлежит верховная власть в государстве. Здесь также можно наметить три основных типа: 1) *самодержавие*, где верховная власть в государстве сосредоточивается в руках монарха; 2) *парламентаризм*, где решающая сила государственной власти находится в руках

парламента, руководящего политикой правительства и 3) *народоправство*, где народ сам непосредственно осуществляет свою верховную власть; например, в швейцарском кантоне Аппенцель народ сам издает законы, избирает себе правительство, высший суд и парламент, который только *подготовляет* законы для утверждения их народом, но сам не в праве их окончательно утверждать.

Между этими тремя основными типами существуют смешанные и переходные формы.

1. *Самодержавие*, как сосредоточение всего фонда государственной силы и права в руках одного или двух лиц, в настоящее время является для Европы таким же вымершим государственным строем, как аристократическая республика типа Венеции или теократическая монархия типа древней Іудеи. После падения самодержавия в России (1906 г.), в Черногории (1905) и в Турции (1908 г.), оно в чистом виде имеет для Европы только исторический интерес, и лишено теоретического значения для современного государственного права. Поскольку же политические приемы и идеи самодержавия продолжают существовать в прикрытом виде в конституционном порядке („ложно-конституционализм", Scheinkonstitutionalismus), мы имеем дело с конституционною монархиею особого типа (дуализм), о котором мы будем говорить ниже.

2. *Парламентаризм и дуализм.* Парламентаризм,—как сосредоточение всей государственной мощи в руках народного представительства, парламента,—являлся, до европейской революции 1918 года, тою политическою формою, к которой шло развитие почти всех западных стран. К началу четырехлетней войны (1914—1918), решающая политическая власть принадлежала парламенту в Англии, Франции, Бельгии, Голландии, Венгрии, Италии, Португалии, Норвегии. Другие же страны еще не давали картины того *преобладания парламента над правительством*, которое обязательно для парламентаризма; в них, наоборот, правительство преобладало над парламентом: таковы, напр., Япония, Пруссия и другие германские государства, а отчасти еще Испания и Сербия. Но процесс парламентаризации европейских государств, начавшийся в октябре 1918 г. с Германии, Пруссии, Саксонии и т. д., решительно покончил со старым порядком в этих странах. Какова будет политическая форма, ко-

торую после революции воспримет Германия и ее отдельные части,—теперь предрешить трудно. Для решения этого вопроса созывается в Феврале 1919 года общегерманское учредительное собрание.

Своеобразны отношения в Швеции, в Соединенных Штатах и других американских республиках, для которых Соединенные Штаты обычно служили конституционным образцом: там глава государства имеет значительную самостоятельную сферу, в которой его власть защищена от парламента (напр., в области внешней политики).

В странах, где парламент преобладает над правительством, режим называется *парламентарным*; противоположный порядок, где правительство, с королем во главе, преобладает над парламентом, называется *дуалистическим*. Последнее название об'ясняется тем, что здесь есть *не один* фактически решающий центр власти, в лице парламента, как мы это видим в парламентаризме, а *два* центра власти, король и парламент, которые стоят друг против друга, как две самостоятельные и независимые политические силы, из которых король опирается на силу армии, бюрократия и церкви, его поддерживающих, а парламент—на волю массы избирателей, его создавших. Эти две силы, король и парламент, хотя формально имеют общий источник в законе, но фактически это—противостоящие друг другу силы, не имеющие общего источника, а связанные лишь *компромиссом*.

Дуализм есть смягченное самодержавие, с уклоном его к постепенному политическому падению; в дуализме мы видим сочетание, вернее — механическое соединение двух противоположных политических систем, двух принципов, двух правопорядков — самодержавия и парламентаризма. Дуализм есть переходный тип от самодержавия к парламентаризму: поэтому дуалистический порядок даже в *правовых* своих элементах никогда не бывает неподвижно-фиксированным; в нем вечная борьба между элементами парламентаризма и самодержавия: парламент стремится парализовать мощь короны, а корона—силу парламента. Дуалистический порядок держится до тех пор, пока борьба эта продолжается: когда окончательно побеждает парламент, тогда падает дуализм, и его место занимает парламентаризм, как это было в Англии после избирательной реформы 1832 г.; когда подавляющую победу одерживает корона,

происходит временное или окончательное возвращение к самодержавию, как это было в России в 1906 г. после роспуска первой Гос. Думы и в Турции в 1876 г. после фактической отмены конституции, восстановленной лишь после революции 1908 г.

Несмотря, однако, на борьбу за власть между парламентом и правительством в дуалистическом строе, неправильно думать, что здесь между ними возможно длительное *принципиальное* разномыслие, между тем как в парламентаризме между ними существует неизменное единомыслие. Мы стремились доказать это в другом месте (Чрезвычайноуказное право в России, 1911) следующими соображениями. Во 1-х, последние десятилетия в практике парламентаризма показывают, что парламентарное министерство далеко не является безвольной игрушкой или безличной копией парламента; о предустановленной гармонии между ними так же трудно говорить, как и о тождестве воли парламента и избирателей; постольку парламентарная система не только иногда является ареной разномыслия между парламентом и министерством, но это разномыслие далеко не всегда разрешается в пользу парламента (Англия, Франция, Бельгия), особенно после *роспусков* и *перегруппировок* партий.

Во 2-х, полувековой опыт дуалистического порядка свидетельствует, что законодательная машина, при принципиальном разномыслии парламента с правительством, абсолютно не может сдвинуться с места, либо происходят тягчайшие нарушения конституции, воскрешаются абсолютистские приемы управления, и фактически-невыносимое положение разрешается или тем, что парламент подчиняет своим взглядам правительство и создает министерство по своему образу и подобию, как это было в золотой век английского парламентаризма, после первой избирательной реформы 1832 г. (1832—1867),—или же, наоборот, правительство создает парламент, способный работать с ним в единогласии, как это было в Пруссии после роспуска Национального Собрания и изменения избирательного закона в 1849 г.; в первом случае государство переходит к парламентарному режиму; во втором—*тогда только* и упрочивается дуалистический режим.

Достигается ли необходимое единомыслие путем изменения избирательного закона (Англия, 1832; Пруссия, 1849;

Россия, 1907), или путем медленного развития существующих учреждений и их взаимного приспособления, или тем и другим путем одновременно, — здесь существенно важен результат: требуемое логикой конституционного строя *принципиальное согласие* между парламентом и министерством, поскольку оно вообще возможно, необходимо должно ранее или позже установиться, ибо оно является необходимым условием нормального функционирования всякой представительной системы. Не только парламентаризм, но и дуализм требуют от парламента и правительства известного согласия в основных принципах и исходных точках законодательства, и это согласие неотвратимо должно быть достигнуто, хотя бы ценою конституционных конфликтов, анти-парламентских роспусков и глубоких потрясений самой конституционной системы.

Поэтому, сочетание, например, правительства, абсолютистски настроенного, с парламентом, проникнутым парламентарными тенденциями, представляет собою не более, как взрывчатое соединение. Франция в марте 1830 года и Россия в июле 1906 года утверждают это положение с такой же силой, как Англия времен Долгого парламента и Великой демонстрации 1641 года, события 1642—49 г.г. показывают, что сочетание феодального правительства с буржуазным парламентом противоречит, как выражались в эту эпоху, природе вещей. Поэтому все силы дуалистического режима направлены на борьбу с раздвоением власти.

Катастрофичность подобных соединений показывает также, что трудно мыслить, как нормальное политическое состояние, сотрудничество консервативного правительства с либеральным парламентом; если бы, в момент политического кризиса или мертвой зыби, эти две силы и оказались в силу необходимости сопряженными, то это было либо перед пораженiем, либо перед отречением одной из них от самой себя: рельефною иллюстрациею этого положения может служить история борьбы правительства с парламентом во время военно-бюджетного конфликта 1862 — 66 г.г. в Пруссии и в периоды 1878 и 1886 г.г. в Германии.

Историческая пропасть между парламентарной и дуалистической системами обнаруживается в том, что если в таких странах, как Англия, правительство создается по подобию парламента, то в странах, подобных Пруссии до 1918 г., напро-

тив, настроения, решения и даже состав парламента часто настолько складываются под влиянием правительства и в желательном для него направлении, что здесь воля парламента есть часто творение правительства. Это достигается тем, что на основе избирательного закона, обычно созданного самим правительством и часто дающего ему послушное большинство, нередко возвышается сложная надстройка различных форм зависимости парламента от правительства и разнообразных средств восстановить согласие между ними, если оно было нарушено ростом новых общественных сил в стране или перегруппировкою партий в парламенте, т. е. необходимое единство здесь достигается давлением, компромиссом и политической игрой (стр. 26—28).

Все это приводит к тому, что преобладание короны над парламентом в дуалистическом порядке обеспечивается, во 1-х, предрешением *состава* парламента, чрез цензовый избирательный закон, благодаря которому в парламент избираются лица, безопасные для прерогатив короны; это действие закона еще усиливается благодаря *давлению* на выборах в пользу правительства. Во 2-х, *настроение* парламента, часто покорное пред волею короны, поддерживается скрытою угрозою возможного его роспуска, опасностью антипарламентской политики во время прекращения занятий парламента и принятием популярных мер внепарламентским путем. В 3-х, правительство подчиняет своей воле решения парламента путем воздействия на отдельных *депутатов*, в форме разных форм их заинтересовывания выгодами или устрашения преследованиями.

Таким образом, в отличие от парламентаризма, где правительство образуется по образу и подобию парламента, в дуализме короною принимаются все меры к тому, чтобы парламент был подобен правительству. Несмотря, однако, на все эти меры, парламент все же, обычно, является не послушным орудием правительства, а представителем народа, который его избрал, насколько это возможно при всех вышеуказанных мерах правительства. Поэтому всем указанным выше силам воздействия—парламент может противоставить свою силу и *значение для народа*, мощь которого он представляет: во 1-х, как орган *протеста* против политики правительства, как средство *пропаганды* гонимых идей и как место *информации* общества о том, что недоступно оглашению

в печати; во 2-х, как могущественное средство *организации* общественных сил и общественного мнения, путем постоянной и систематической оценки фактов общественности; в 3-х, как орган *устрашения* чиновничества угрозою привлечения к ответственностт за незаконные действия и публичного осуждения за нецелесообразные действия; в 4-х, как учреждение, самое существование которого поднимает у отдельной личности *гражданское самосознание* и сознание своих прав по отношению к всемогущей власти государства.—Как мы уже видели, демократическое движение в странах австро-германской коалиции в конце 1918 года, начавшееся с парламентаризации управления в Германии, Пруссии, Саксонии и т. д., ведет Европу к полному крушению дуализма. Займет ли его место парламентаризм или совершенно иная, демократическая система, покажет ближайшее будущее.

В чем же *правовое* различие между парламентаризмом и дуализмом? Различие это надо искать в объеме и *характере* власти *правительства*. Во 1-х, в дуализме правительство осуществляет *важнейшие* государственные функции: армия, флот, бюрократия, дипломатия, школа, церковь—все в руках правительства, с королем во главе. Поэтому правительство, полновластное в важнейших областях народной жизни, является *центром* государственной системы, без которого жизнь государства моментально остановилась бы, а парламент имеет *вспомогательное* и побочное значение; если бы он перестал функционировать, жизнь могла бы продолжать свое нормальное течение. В парламентаризме же таким центром, в котором сосредоточены все решающие государственные функции и мимо которого они пройти не могут, является парламент. Во 2-х, в дуализме *политика правительства определяется короною*, а в парламентаризме политика правительства определяется парламентом.

Из этого вытекает ряд других различий. Прежде всего, раз правительство обязано в своей политике руководиться указаниями монарха, то всякие другие указания для него необязательны, т. е. необязательно *единомыслие* между парламентом и правительством. Затем, правительство *отвечает* пред тою властью, которая руководит его политикою, т. е. пред *королем*, а не пред парламентом. Наконец, если король в праве руководить политикою правительства, то раз

оно не подчиняется его руководству, он в праве его сменить, а для правильного исполнения его указаний, он вправе *свободно избирать* нужное ему правительство (*Ю. Гачек*).

Всем этим правам *монарха* мы в парламентаризме находим соотвествие в правах *парламента*. В частности, *ответственность* министров пред *парламентом*, составляющая коренную особенность парламентаризма, аналогична такой же ответственности министров пред короною в дуализме и является логическим выводом из права парламента определять политику правительства: орган, обязанный исполнять руководящие указания высшей власти, должен быть, конечно, ответствен пред этою властью за свои действия.

Поэтому в парламентаризме, правительство выходит в отставку, когда действия его порицает парламент, а в дуализме—корона; потому же в дуализме министр может просить короля о своей отставке, когда не хочет или не может исполнять руководящих указаний короля; напр., министры Баварии имеют это право по закону 4 июня 1848 года; в 1801 г. Питт младший вышел в отставку из-за несогласия короля Георга III уравнять в правах с англичанами католиковъ Ирландии, только-что присоединенной к Англии

Ответственность министров в парламентаризме является не только *юридической*, т. е. за действия, не соответствующие *закону*, но и *политической*, т. е. за действия, не соответствующие той *политике*, которую парламент считает обязательною для правительства, т. е. за простое *несовпадение* политических оценок у правительства с парламентом.

Нам приходилось уже в другом месте („Современный парламентаризм“), отмечать, что в постановке ответственности министров за последние десятилетия произошли глубокия изменения, которые с особою силою сказались в Англии. Мы имеем в виду *возрастающую зависимость министерства от избирателей* и падающую зависимость министерства от парламента. С этой точки зрения, можно сказать, что современный парламентаризм переживает глубокий кризис, что он все резче и решительнее обнаруживает тенденцию всякого государственного строя—развиваясь, исчерпывать себя, свою роль, свои задачи, свое значение.

Этот факт дал целому ряду политических писателей основание говорить о „кризисе современного парламентаризма“, имея в виду его „опустошение“, Aushöhlung, и падение

творческой его роли, а также переход законодательного строительства жизни от парламента к народу, как это наблюдается в Швейцарии с ея инициативой и референдумом. Так, *Фальбек*, 106—114, комментируя швейцарские учреждения, замечает, что федеральное собрание (парламент) разделяет власть с народом, „с которым оно, без сомнения, и впредь будет делить ее все больше и больше“, что референдум и инициатива „превратили народ в действительный орган управления“, и что, „с развитием этих институтов, влияние и престиж федерального собрания пойдут на убыль: тот факт, что оно не является уж более главным государственным органом и что *над ним стоит другой* орган власти (народ),—должен неизбежно привести его к падению“.

По существу этого взгляда на развитие народовластия, необходимо заметить, что он охватывает лишь одну сторону современного политического развития и игнорирует огромную силу совершенно иной тенденции. Как бы высоко мы ни оценивали мощное развитие народовластия, как бы велики ни были его завоевания за счет политической силы парламентаризма, огромное значение надо признать за тем фактом, что к завоеванию функций и власти современного парламента стремится не только народ, но к той же цели увлекает логика социального и политического развития и *правительственную* власть, при чем эти две силы порою сталкиваются, порою власть одной служит опорой для притязаний и роста другой. Невозможно отрицать, что история парламентаризма за последние полвека есть история роста значения исполнительной власти, что парламент, сохраняя в потенции огромную власть, фактически все более и более подчиняется руководству кабинета, как это отмечает тот же *Фальбек* и многие политические писатели до и после него относительно Англии.

Рост правительственной власти отметил еще в 1885 году *Г. С. Мэн*, 114: „Кабинет, который путем ряда конституционных фикций наследовал всю власть короны, впитал в себя всю власть короля над законодательством, и даже больше того“. Указав на то, что кабинет может распустить парламент, посоветовать королю воспользоваться своим правом veto и задержать меру, на какой бы стадии ни находилось ее обсуждение в палатах (например, конец сессии 1884 г.,—когда была задержана избирательная реформа),

Мэн продолжает: „Кабинет сделался единственным источником... всего конституционного законодательства“ и „хотя кабинет, как таковой, совершенно неизвестен закону, он открыто является английским учреждением, власть и влияние которого все более и более возрастают; кроме того, что его полномочия превышают уже теперь законодательную власть короны, он *овладел почти всею законодательной властью парламента*, лишив его, в частности, всего права инициативы“ (благодаря тому, что фактически парламент перегружен министерскими биллями).

Государствоведы, говорит *Мэн*, порицают комиссии (американского) конгресса, критикуют институт спартанских эфоров и венецианский совет десяти, как учреждения, сила которых была огромна, но деятельность которых была окутана непроницаемой тайною. „Многие из этих писателей—англичане; между тем, они как-будто совершенно не сознают, что их собственная страна управляется тайным советом. Трудно сомневаться, что *тайна*-то и составляет силу кабинета“. Здесь *Мэн* имеет в виду действительную недоступность для кого бы то ни было делопроизводства кабинета, в противоположность тому, что, напр., в Швеции риксдаг (парламент) рассматривает и контролирует протоколы заседаний государственного совета, т. е. министерства.

Обращаясь к будущему английского парламентаризма и резюмируя свои замечания, *Мэн* резко высказывает мысль, что „мы быстро идем (we are drifting) к образу правления, который связан с грозными событиями“... Он не колеблется утверждать, что повторятся времена якобинской диктатуры, когда во главе государства станет однопалатный парламент, вооруженный всею полнотою учредительной власти и не знающий иного закона, кроме своего желания: „то будет теоретически-полновластный Конвент, управляемый фактически-полновластным Комитетом общественной безопасности“... (р. 126). (Все это почти осуществилось во время европейской войны 1914—1918 гг., при ничтожестве лордов по закону 1911 года и полновластии кабинета, взявшего в свои руки ведение войны. — Ценные соображения и факты о взаимоотношениях лордов и общин—у *М. Я. Острогорского*, Конституционная эволюция Англии, Пгр., 1916).

В то время, как *Мэн* своим анализом проникает в будущее английского парламентаризма и бичует его недостатки, *Беджгот*, 89, 93, 354,—почти за двадцать лет до *Мэна* (1867), отмечает те же явления, как достоинства и преимущества английской системы, и приветствует в современной ему Англии то, что *Мэн* осуждает уже не как преходящий факт современности, но как угрожающую своим ростом тенденцию будущего развития. Материальные потребности нашего века, констатирует *Беджгот*, нуждаются в сильной исполнительной власти. Нация, лишенная сильной исполнительной власти, не может быть столь счастлива, здорова и сильна, как нация, обладающая ею. С этой точки зрения, он предпочитает парламентарное правление президентскому, ибо последнее лишено, по его мнению, „запаса революционной силы", при нем „невозможна диктатура"; между тем, „парламентарная или кабинетская конституция во времена, действительно опасные, обладает тем, что мы можем назвать запасом власти, приспособленным и необходимым для чрезвычайных нужд".

Интересно отметить следующее: подобно тому, как *Мэн* (1885), через 20 лет после *Беджгота* (1867), резко и определенно подчеркивает то, что *Беджгот* намечает лишь в общих и еще недостаточно решительных чертах, так через 20 лет после *Мэна* мы читаем уже совершенно определенные, не оставляющие никаких сомнений строки, рисующие картину разоружения английского парламента и усиления его кабинета (*С. Лоу*, 1906). После обычных перечислений всего того, что „может" палата общин, следует—тогда еще довольно необычная характеристика того, чего она *не может*. Говорится о том, что как ни велики ее права, „она претерпевает эволюцию, которой подвержено большинство политических организмов. Многие из ее полномочий перешли в другие руки. Ее верховенство ограничено ростом соперничающих с нею сил. В некоторых областях ее собственные *слуги сделались ее господами*. Корона сохранила, по крайней мере, ту же власть, какую имела при устранившейся от дел королеве. Кабинет получил большую власть и овладел многими из тех аттрибутов, которые коммонеры продолжают еще воображать своими". Кроме, может быть, избрания министерства, трудно указать область, где власть палаты не уменьшилась бы по

сравнению с прежними ее правами (следуют факты, иллюстрирующие эту мысль).

„Голосование в пользу какой нибудь перемены или реформы, читаем мы дальше о палате общин, раз оно не получило оффициального штампа, есть не более, как демонстрация, лишенная действительного веса. Палата общин приняла резолюции в пользу установления жалованья депутатам, ограничения „наследственного принципа“ и другие им подобные резолюции „академического“ характера. Но министры их игнорируют, а печать обсуждает их, как проявления воодушевления или каприза“. Подобные решения палат „являются поразительной иллюстрацией того положения, что действительная законодательная власть перешла от всей палаты к ее исполнительному комитету“ (*S. Low*, The governance of England, L., 1906, p. p. 58, 35, 69—72).

Во всех этих взглядах, высказанных через равные промежутки в течение последних 50-60 лет, варьируется один и тот же мотив,—быть может, и чрезмерно подчеркнутый,—все они различными словами выражают и оттеняют одну и ту же мысль: министры из делегатов и слуг парламента становятся в целом ряде областей *независимою силою* в конституции страны, и этот факт должен быть оценен не как субъективно-поставленная цель исполнительной власти, а как объективно-данная тенденция ее развития, как процесс, который имеет глубокие корни и в общем ходе социально-политического развития современного общества, и в предоставленных министерству полномочиях, и в том своеобразном отношении, в которое становится министерство к народу: через угрозу роспуска парламента и обращения к избирателям министерство может производить давление на парламент в сторону большей его уступчивости.

Вот этот-то рост новой конституционной силы и нельзя упускать из виду при оценке значения кризиса современного парламентаризма и новых форм народовластия. Между тем, очевидно, что парламент опустошается не только—или даже не столько—народовластием, сколько возрастающею властью министров, *министериализмом*. Отношения между этими двумя явлениями, народовластием и министериализмом, складываются пока на почве парламентаризма, но нет сомнения, что в странах развитого парламентаризма—центр тяжести политической жизни стремится перенестись в эти

две сферы, правительственную и народную, или пока в одну из них. Парламент теряет свое былое значение, — но кто будет преемником его полномочий, исполнительная власть или народные собрания, оба вместе или один из них—эти вопросы еще ждут своего разрешения от жизни не меньше, чем от теории.

Вслед за *С. Лоу*, яркую и отчетливую картину новейших тенденций в развитии парламентаризма дал *Г. Еллинек* (*Я. М.*, „Георг Еллинек об эволюции конституционных учреждений"). Вслед за *Г. Мэном*, *В. Энсоном* и *С. Лоу*, он констатирует невероятное для старой теории *разоружение парламента*, усиление исполнительной власти и рост влияния избирателей в наиболее развитых парламентарных странах. До 1867 г., т. е. до второй избирательной реформы, в Англии думали, что министерство должно уйти в отставку, раз оно потеряло большинство в *нижней палате*. В настоящее время решающим моментом в этом вопросе являются новые *выборы* в палату общин, и даже дополнительные выборы во время ее сессии, т. е. место палаты общин заняли избиратели.

В то же время парламент утрачивает свою политическую силу и авторитет в пользу кабинета. Уже *С. Лоу*, которого *Еллинек* во многих местах целиком повторяет, указывал на то, во 1-х, что в настоящее время в руках кабинета сосредоточивается вся *законодательная инициатива*, т. е парламентом управляет партийный комитет большинства палаты: это происходит от того, что парламент непрерывно занят министерскими законопроектами; таким образом, ни один проект оппозиции не будет рассмотрен правящим большинством палаты, раз комитет этого большинства, министерство, того не желает. Во 2-х, *В. Энсон* указал на обширные полномочия министерства в области *внешней политики*, где парламенту принадлежит лишь функция контроля, и здесь особо надо выделить полномочия министерства в заключении договоров с иностранными державами. *Еллинек*, подчеркивая растущую роль монарха в области внешней политики, не колеблется утверждать, что „внешняя политика Британской империи получает в настоящее время импульс от короны". Таким образом, король и министерство пользуются почти решающей властью в этой области.—Если присоединить сюда, в 3-х, обширные полномочия министер-

ства *вне палат*, рельефно отмеченные *Фальбеком* для централизованной Франции, т. е. роль министерства в сфере внутреннего управления,—то политическая сила современного парламентарного министерства выступит пред нами далеко не в том бледном свете, в каком она рисовалась уму теоретиков полвека тому назад.

В настоящее время роли настолько переменились, что уже не палата грозит министерству отставкой, а министерство угрожает своим выходом в отставку палате. Назначая новые выборы, министерство подвергает правящее большинство данной палаты риску потерять свои места в пользу оппозиции, и так мало опирается палата на избирателей, так велика уверенность министерства в правильности своей политики, что кабинет ставит парламенту на выбор se sonmettre ou se demettre, идти за министерством или быть распущенной (действительная сила этой угрозы, как отмечает *С. Лоу*, увеличивается еще и оттого, что избирательная компания требует от депутатов огромных расходов). Такое положение вещей сообщает особую силу и вес министерству в палате, и в такой же мере обезоруживает парламент. (Ср. *Г. Спенсер*, Опыты, Спб., 1866, I, 453).

Но и помимо усиления министерства и роста влияния электората (избирателей), парламенты теряют свою силу под влиянием ряда внутренних условий своего быта и развития. *Еллинек* намечает три ряда причин существующего недовольства парламентскими учреждениями, падения их популярности, авторитета и силы. Первая из них та, что все *избирательные системы* построены на основе крайне условной, всегда произвольной и никогда не удовлетворяющей все слои и оттенки мнений в обществе: „проблема правильного, справедливого избирательного права абсолютно не разрешима“. Вторая причина политической слабости парламентов и их непопулярности лежит в характере современных *политических партий*. Узость противоречивых партийных интересов, раздробление парламента на партии, не объединенные общею великой целью--создает „нездоровую политику фальшивых компромиссов“ партий с правительством и „отталкивает широкие круги народа от парламентов“. Наконец, возникает вопрос о способности—вернее, „неспособности парламентов выполнять возложенные на них задачи. *Парламентское законодательство* никуда не годится:

оно партийно, легкомысленно, бессвязно“ и только по случайности—выборы дают сведующих и специально-подготовленных депутатов. Понятно, что контроль за деятельностью министерства, за ее законностью и целесообразностью, выполняется крайне несовершенно, хотя, в то же время, функция контроля становится господствующим, основным содержанием деятельности парламента. Естественно, что министерство, сплоченное, облеченное обширными полномочиями и находящееся в центре всего управления страной,—более, чем импонирует палате. „Конституционное развитие,—резюмирует свои замечания *Еллинек*,—непрерывно сопровождалось возрастающим усилением правительственной власти“.

Такова картина падения парламентаризма, набросанная *Еллинеком*. Мрачность ее красок должна быть отнесена отчасти за счет огульной характеристики представительных учреждений в парламентарных и дуалистических государствах, в странах старого и молодого конституционализма. В такой общей характеристике неизбежно должно игнорироваться то существенное обстоятельство, что парламентаризм исчерпал свои задачи и силы лишь в странах, где он давно уже достиг расцвета своих сил и пережил его; но там, где он еще только начинает свое политическое бытие, где пред ним еще стоят громадные творческие задачи, там подобные пессимистические картины во всяком случае преждевременны, там слабость парламента является результатом совершенно противоположных условий, чем в парламентарных государствах. Если в парламентарных странах слабость и непопулярность парламентов является следствием чрезмерного их развития, то в молодых конституционных странах—результатом их недостаточного развития. То же, mutatis mutandis, надо сказать о силе правительственной власти, которая в молодом дуализме сильна, как еще неослабевшая самодержавная власть, а в старом парламентаризме—как чрезмерно развившая свои полномочия исполнительная власть.

Во всяком случае, о парламентаризме, как о дряхлеющем учреждении, можно говорить только там, где народ сам, непосредственно берет в свои руки государственное управление, где власть его неограниченно возрастает и где все власти не только *исходят* от народа, но и могут быть

им *беспрепятственно смещены*. Такой порядок есть прямое народное правление, или непосредственная демократия.

3. *Непосредственная демократия*. Мы уже рассмотрели особенности т. н. *представительной* республики, т. е. такой, где власть народа выражается, главным образом, в том, что он *выбирает* в парламент своих представителей. Нам остается рассмотреть еще формы *непосредственной* республики, где народ не только выбирает парламент, но и *утверждает законы*, выработанные парламентом или даже сам народ создает эти законы; кроме того, народ непосредственно выбирает и смещает своих судей и чиновников, решает вопросы войны и мира и т. д. В настоящее время такой порядок мы находим в Швейцарии.

В далекой древности это было всеобщим явлением: место *закона* занимал обычай, который создавался, конечно, непосредственно самим народом, в интимных его глубинах без всякого посредства представителей; затем, народ сам непосредственно в своих народных собраниях творил *суд* над нарушителями обычая; наконец, народ непосредственно, в тех же собраниях своих, принимал различные меры *управления* своими делами, т. е. избирал должностных лиц, решал вопросы войны и мира, и т. д. После городов-республик античной Греции и Рима, непосредственное республиканское правление мы находим в средние века на противоположных концах Европы: в городах северной Италии, северной Германии и северной России—в Новгороде (до 1478 г.) и Пскове (до 1510 г.), а до XIII в. и в других русских землях.

Новгородская республика управлялась верховным своим органом-*вечем*, т. е. собранием всех полноправных граждан, при чем все главнейшие задачи государственной власти осуществлялись непосредственно самим народом на вече: здесь создавались законы, когда обычай стал закрепляться, дополняться и вытесняться законом; здесь на вече народ решал все вопросы управления, т. е. избирал князя и посадника, которые предводительствовали на войне, судили, распределяли землю в управление и т. п.; вече само избирало владыку; оно контролировало и обсуждало действия своих выборных; вече решало вопросы о войне и мире;— наконец, вече творило суд, напр., в 1136 г. вече судило князя и осудило его на изгнание. Сходное устройство существовало и во *Пскове*. Основною чертою новгородского

народоправства было то, что здесь почти все власти сосредоточены были в руках народа, и он сам непосредственно эти власти *осуществлял*, т. е. все важнейшие государственные дела решал сам народ, а не через представителей.

Порядок этот, в эпоху образования многолюдных обширных самодержавных государств, удержаться не мог, и непосредственная республика пала в России под ударами Московского великого князя, как пала она и на севере Италии от руки тиранов. Вся новая история, полная фактов, неотвратимо ведущих от самодержавия народа к самодержавию короля, и к концу XVIII в. почти во всей Европе, исключая Англию, Венгрию, Польшу и Скандинавию, мы застаем сосредоточение всех властей в руках монарха, т. е. самодержавие. Девятнадцатый век наполнен борьбою между королями и народами, и в результате этой борьбы мы видим почти всюду введение народного представительства и неуклонный рост его силы. Парламенты постепенно сосредоточивают в своих руках все большую власть, все шире и неограниченнее их господство, все больше они приближаются к такой системе, где вся решающая сила государственной власти сосредоточена в руках парламента (парламентаризм), как когда-то вся эта власть была сосредоточена в руках короля (самодержавие) или народа (народоправство).

А. Народная воля в режиме представительства. Но, наряду с ростом политической и правовой силы парламента, росла в XIX в. и власть самого народа. В странах господства парламента, как, напр., Англия, в течение XIX в. все большую силу приобретало правило, в силу которого воля народа на выборах, т. е. воля избирателей, должна всецело руководить представителями народа при решении самых важных политических вопросов. Если, напр., палата лордов не соглашалась на какую-нибудь меру, принятую палатою общин, то единственным судьею между палатами признавался народ: тогда распускали палату общин, и народ на новых выборах указывал, одобряет ли он меру, принятую распущенною палатою, и вообще одобряет ли он политику этой палаты: таким образом, новая палата знает, чего именно хочет народ. Другими словами, здесь народ не успокаивается на том, что он выбрал депутатов, а уж затем их дело законодательствовать, народ же в это вмешиваться не может. Здесь, в Англии, народ часто своими выборами непосредственно

как бы *голосует* за ту или иную *меру*, и даже за ту или иную *политику*, т. е. народ сам непосредственно, через головы своих представителей, законодательствует и управляет.

Путем выборов, однако, народ не непрерывно, а лишь от времени до времени проявляет свою власть, т. е. от случая к случаю; между тем этого далеко не достаточно. Необходимо постоянное, систематическое, изо дня в день проявление народной воли, чтобы парламент не разошелся в настроениях и стремлениях с народом. Этой цели непосредственного влияния народа на парламент служат всякого рода *союзы*, в особенности профессиональные союзы и политические партии. Партии своею могущественною организованною силою производят часто сильнейшее давление на парламент и, обычно, диктуют ему его решения, ибо ведь и законы являются ни чем иным, как результатом соглашения между главными партиями в стране или парламенте.

Орудием весьма сильного давления народа на парламент являются также *петиции*: особенно энергичную агитацию в пользу своих петиций развили в 40-хъ годах XIX в. чартисты (1838—1848), требуя всеобщего избирательного права, ежегодного парламента, равномерного перераспределения избирательных округов (знаменитые 6 пунктов петиции 1838 г.); эта петиция была покрыта 1.200.000 подписей (1839). Петиция 1842 г. собрала до 3.000.000 подписей. Несмотря на непосредственный неуспех чартистского движения, петиции, как орудие борьбы и непосредственного давления народа на парламент, производили огромное впечавление и около 10 лет держали страну в напряженном внимании к требованиям чартистов.

Не менее могущественным средством давления общественного мнения на парламент является *печать*: и здесь народ, в лице выразителей ежедневно меняющегося общественного мнения, заявляет о своих желаниях, требованиях, недовольстве или одобрении по поводу актов парламента.

Но с особенною силою непосредственные требования народа выражаются в народных *собраниях*. Трудно преувеличить значение так называемой *платформы*, т. е. речей на народных митингах: в Англии влияние платформы очень часто является решающим, и это влияние вытекает их того духа самодеятельности и самоуправления, которым проникнут английский народ. Значение митингов зависит от

того, что здесь каждый до самоотверженія заражается воодушевленіем своего соседа, чувствует прилив мужества от близости своих единомышленников, причем чувство собственного достоинства и силы у него возрастает от сознания того, что он как-бы непосредственно участвует в государственном управлении и что от энергии его мысли и воли зависит решение важнейших вопросов государственной политики. „Нельзя же утверждать, писал один английский публицист, защищая платформу, нельзя же утверждать, что английский народ имеет право вмешиваться в управление его делами только один раз в течение семи (после 1911 г.—*пяти*) лет, и что это вмешательство строго ограничивается единственною функциею—выбором депутатов. Если бы это было так, то стоит только подумать, как велика *власть*, которою облекаются эти депутаты, как трудно было бы найти людей, достойных столь широких полномочий, и как нелепо было бы выбирать их более, чем на несколько месяцев".

Но „даже еслибы срок парламентских полномочий был сокращен до трех лет, то в столь *изменчивой* сфере, как политические дела, все же случаются такие непосредственные события, относительно которых представитель не имел никакой возможности предварительно согласиться с своими избирателями и должен оставаться в совершенной неизвестности относительно их стремлений и взглядов, а часто и интересов, если он не имеет случая слышать их свободное выражение от них самих. Какое-нибудь *неожиданное* столкновение с иностранными державами, какая-нибудь новая мера, касающаяся торговли, какое-нибудь нововведение в системе налогов, какое-нибудь чрезвычайное проявление прерогатив власти, всякие такие случайности требуют общения между парламентом и народом, общения, которое в надлежащей и полной мере могут осуществить только публичные митинги".

Это было написано в 1812 году. Так сто лет тому назад защищалось в Англии непосредственное участие народа в управлении государственными делами, путем влияния народных собраний на парламент. В 1830-хъ годах, по словам *Г. Джефсона*, „в Вестминстере существовал обычай, по которому представители должны были ежегодно появляться пред своими избирателями для *отчета* о своих

действиях и для получения тех *инструкций* относительно будущего, в которых в данное время представлялась надобность, подобный же обычай существовал и во многих других крупных избирательных округах. Это давало возможность известного контроля над представителем, а перспектива лишиться своих полномочий по окончании парламентского срока усиливала для последнего значение этого контроля".

Непосредственное влияние народа на парламент все возрастало, и к концу XIX в. *Джефсон*, сравнивая значение речи в парламенте с речью на митинге, приходит к тому выводу, что „парламентские дебаты, при всем своем значении, оказывают воздействие лишь на слушающих их членов палаты и до некоторой степени на главных политических деятелей данного времени: но для общества вообще, до которого они, обыкновенно, доходят в значительно сокращенной форме, они представляют гораздо меньший интерес и далеко не составляют единственного источника политических сведений, как это было в прежнее время. В этом отношении платформа в значительной мере заступила место парламента. Самые важные и животрепещущие общественные вопросы теперь дебатируются вне парламента и по большей части успевают получить вполне законченное и определенное разрешение прежде, чем перейти в парламент для законодательных или исполнительных целей. Политические деятели говорят и отвечают один другому через всю страну совершенно так же легко, как члены палаты друг другу, и вся нация слушает и принимает участие в прениях; при всяком же серьезном политическом кризисе, когда стране приходится решать вопрос большой важности, вместо решения вопроса голосованием в четырех стенах палаты, громко звучит парламентский колокол, парламент распускается, и страна сама решает вопрос, при помощи бросаемых в урну избирательных бюллетений, которые сосчитываются и возвещают это решение при новом открытии парламента. В этом есть нечто бесспорно великое, пленяющее воображение, вызывающее горделивое чувство. Это и есть истинное народное самоуправление, торжество демократии".

Для иллюстрации сказанного, приведем один только пример значения платформы: в 1884 г. палата лордов не хотела согласиться на расширение избирательного права, уже одоб-

ренное палатою общин. Лорд Сольсбери, глава консерваторов в палате лордов, прикрыл тогда реакционную политику палаты лордов следующим, по форме безупречным, объяснением: „Мы не отказываемся подчиниться решению народа, каково бы оно ни было... Но теперь, когда мнение народа в действительности не было спрошено, когда на последних общих выборах он не имел никакого понятия о том, что ему может предстоять, я чувствую, что мы обязаны, как охранители его интересов, обратиться к министерству с просьбою апеллировать к народу, и результат покажет нам, как поступать дальше".

Результат этот не оправдал ожиданий палаты лордов. Когда народ на митингах был призван к решению спора между палатами, то за три месяца в Англии было устроено около 1700 публичных митингов, на которых участвовало несколько миллионов человек, при чем министры и бывшие министры произнесли на митингах не менее 85 речей. Здесь, на этих народных собраниях и была решена так называемая третья избирательная реформа 1884 г. (после реформ 1832 г. и 1867 г.), увеличившая число избирателей почти втрое, на 2.000.000 человек.

Таким образом, народ и при господстве парламента находит пути своего непосредственного влияния на законодательство, и все глубже развивает это влияние через парламентские *выборы и митинги*, *союзы* и *партии*, *печать* и *петиции*. Каждая из этих форм влияния действует с непрерывною и неотразимою силою, пока последний исторический толчек не завершит многолетнего процесса созидания и разрушения: vulnerantomnes, ultima necat...—Но все указанные пути влияния народа на законодательство имеют чисто *фактический* характер, т. е. хотя парламент к ним прислушивается и с ними считается, но он *не обязан* это делать: это влияние фактическое, а не правовое, и, в конце концов, парламент, желающий остаться глухим ко всем требованиям народа на митингах, в печати, петициях и союзах, — парламент, пока он заседает, в праве поступать, как он сам считает правильным, а не как того требуют митинги, печать или его избиратели. Более того, во всех почти конституциях есть правило, что депутаты независимы от избирателей, не обязаны даже отчетом пред ними, не могут получать от них никаких указаний, инструкций и т. п.

Если в Англии, Бельгии, Италии и других странах господства парламента депутаты все же часто прислушиваются к требованиям народа, то это—отчасти дело их политической совести или расчета, отчасти требование нового, складывающегося права, но это не есть правило сложившегося и гарантированного государственного права. Это видно из того, что если бы парламент не пожелал обратить внимания на требования народа, то теперь не оказалось бы еще никаких законных средств заставить его сделать это. Конечно, такой, проникнутый началами демократии народ, как английский, едва ли спокойно отнесся бы к парламенту, пренебрегающему голосом народа, и нашел бы в себе достаточно *политической* силы, чтобы заставить парламент исполнить свою волю, но если бы парламент не уступил политическому давлению, у народа осталось бы только прибегнуть к силе, т. е. революции, для того, чтобы осуществить свою волю; а в путях закона народ этого сделать не мог бы, ибо последнее слово в делах законодательства принадлежит парламенту, а не народу.

Допустим даже, что в таких странах, как Англия или Бельгия, влияние народа на парламент из фактического становится все более правовым, т. е. если бы парламент не считался с этим влиянием, то это было бы уже нарушением некоторого нового права, в силу которого парламент *обязан* повиноваться требованиям народа по каждому отдельному вопросу. Даже допуская это, легко видеть, как трудно обнаружить в таких странах мнение действительного большинства правоспособных граждан, а поскольку его можно обнаружить, это осуществимо лишь по самым огромным, решающим, волнующим все общество вопросам, и при том только тогда, когда мнение народа сложилось решительным и подавляющим образом в пользу определенного решения. Нетрудно видеть, насколько редки те случаи, когда все эти условия имеются налицо, и как бесконечно велико число тех случаев, когда мнение народа не зафиксировано, и последнее слово по огромному большинству важнейших вопросов законодательства и управления принадлежит, в конце концов, не народу, а парламенту.

Б. Народное законодательство. Референдум и инициатива. Но есть в Европе страна, где народу в делах законодательства принадлежит именно последнее слово. Эта страна —

Швейцария. Там, в четырех кантонах—Ури, Гларусе, Аппенцеле и Унтервальдене — сохранилось от средних веков непосредственное, вечевое управление всеми делами государства-кантона. Ежегодно, в мае, все полноправные граждане кантона собираются на общее народное собрание, ландсгемейнде, (Landsgemeinde), при чем каждый должен явиться лично: посылать вместо себя уполномоченного нельзя, а не явившийся подвергается штрафу (до 5 франков). Вносить предложения может всякий, при чем предложить новый закон или изменение старого может хотя бы *один* человек, а предложение об изменении конституции должно исходить от *нескольких* человек. Не допускаются какие-либо *поправки* к закону: он дожен быть принят или отвергнут; иногда запрещены также и *дебаты*, почти невозможные в таком многолюдном собрании.

На этих собраниях народ *непосредственно* принимает или отвергает предложенные ему законы. Он голосует также *налоги*, *займы* и *бюджет*. Здесь народ сам непосредственно выбирает свое *правительство* и свой высший *суд*. Таким образом, и здесь, как некогда в Новгородской или Флорентинской республиках, верховная власть сосредоточена непосредственно в самом народе, в народном собрании, которое является источником всех властей в государстве

Примером такой непосредственной республики может служить кантон Аппенцель. Он распадается на два полукантона—Аппенцель-Ауссероден и Аппенцель-Иннерроден, из которых каждый имеет свою конституцию. Согласно конституции 1876 г, „кантон Аппенцель-Ауссероден есть *демократическая республика*“, в которой „государственная власть принадлежит *народу*; он осуществляет ее, в предписанных конституцией формах, непосредственно на ландсгемейнде и посредственно чрез избираемые им учреждения“ (ст. 1). „Ландсгемейнде есть собрание всех пользующихся правом голоса жителей страны и является высшею властью кантона“; ландсгемейнде выбирает правительство (7 членов правительственного совета) и высший суд (11 членов). Ландсгемейнде может во всякий данный момент изменить конституцию (ст. 45).

Не менее интересно здесь положение парламента: он избирается не на ландсгемейнде, т. е. не в едином для всего кантона народном собрании, а по избирательным округам и

власть его в законодательных делах крайне ограничена. Он может только *подготовлять* законопроекты и всякие вообще другие предложения (бюджет, налоги) для утверждения их народом. Кроме того он имеет некоторые права в области управления (издает указы, необходимые для исполнения велений конституции и законов, принимает жалобы на правительственные распоряжения, назначает некоторых низших судей и чиновников и т. п.). Таким образом, здесь парламент играет роль как бы *правительства*; как в странах парламентарных, правительство есть комиссия, выделенная из состава парламента для управления и выработки законопроектов, а парламент контролирует это правительство и утверждает его проекты,—так и парламент в странах народоправства играет роль правительственного совета при народном собрании. Под контролем народа, парламент управляет, но не законодательствует, ибо он—орган *не верховный, а подчиненный*; он действует под руководством суверена-народа, и народу принадлежит последнее слово в делах обыкновенного и конституционного законодательства.

Совершенно иное устройство мы находим в остальных 18 кантонах Швейцарии. И здесь верховная власть принадлежит народу, но здесь парламент имеет значение не безвластной подготовительной комиссии, а является *участником в законодательной власти*, так что мимо парламента не может пройти ни один закон на народное утверждение. Однако, влияние и роль парламента в разных кантонах различны. Обычное устройство кантональной власти таково. Народ избирает на 3—4 года, всеобщим голосованием по округам, парламент, всегда состоящий из *одной палаты*. Правительство и суд выбирались прежде, обычно, парламентом, но теперь уже в значительном большинстве кантонов правительство избирается непосредственно самим народом. Оно, обычно, бывает *коалиционного*, смешанного из разных партий, состава, причем министры остаются в своей должности, хотя бы парламент был недоволен их действиями, ибо правительство здесь считается непосредственно с народом и имеет *не партийный, а деловой* характер, т. е. осуществляет не программу определенной партии, а ряд мер, требуемых и одобряемых всею неорганизованною в партии массою граждан, в лице большинства правоспособных граждан.

Но самою замечательною особенностью этого кантональ-

ного устройства является референдум и инициатива. *Референдум* происходит от термина, которым пользовались еще в конце средних веков, когда Швейцария была союзом самостоятельных и независимых государств. Государства эти отправляли своих послов на общий сейм, но не для окончательного решения возникающих там вопросов, а для выслушивания их и *донесения* о них (ad audiendum et *referendum*) пославшим их государствам, а самые вопросы решались уже на последующем сейме, когда делегат, побывав дома, получал соответствующие инструкции, как голосовать на сейме. (Ср. гл. VII, § 1). Такой „референдум" существовал в XVIII веке не только для всего Швейцарского союза, но и в отдельных его частях, которые, в свою очередь, также составляли союз более мелких независимых общин и имели свои местные сеймы (в Валлисе и Граубюндене).

Впервые *всенародное* голосование в Швейцарии имело место в 1802 г, когда Наполеон I предложил на голосование всего швейцарского народа новую, так называемую вторую гельветическую конституцию. При этом было объявлено, что конституция вступит в силу, если против нее не выскажется большинство полноправных швейцарцев. Оказалось, что за нее голосовало всего около 72.000 граждан, воздержалось сколо 167.000 граждан и против нея голосовало около 92.000 граждан, т. е. она собрала за себя очевидное меньшинство и против себя имела значительное большинство. Но *воздержавшиеся*, как не голосовавшие против нее, были сочтены *согласившимися*, вследствие чего было провозглашено, что „конституция получила согласие огромного большинства граждан, призванных вотировать в Гельвеции".

Этот способ голосования, при котором народ должен *отвергнуть* закон большинством всех *имеющих право* голосовать, а не большинством фактически *голосующих*, называется правом *народного veto*. Это есть, в сущности, право народа требовать *отмены* изданного закона: если большинство народа пожелает, закон падает; но если требует отмены закона меньшинство, хотя бы оно было в большинстве при голосовании, то закон вступает в действие. Здесь, следовательно, считается, что законодательная власть принадлежит не народу, а кому-то другому,—народ же может лишь мешать своим veto осуществлению этой чужой законодатель-

ной власти и может парализовать ее, если с исключительным напряжением и энергиею заявит свою волю. Такое нарядное veto было распространено в кантонах Швейцарии в 30-х и 40-х годах XIX в.

Не трудно видеть, что оно спекулировало на равнодушие народа, на недостаток его энергии, активности и интереса к государственным делам: как трудно добиться, чтобы фактически голосовало большинство всех имеющих право голоса, видно из того, что в Швейцарском союзе среднее число голосующих избирателей составляет около 60% всех имеющих право голоса. Еще не было случая, чтобы закон утверждался большинством всех имеющих право голоса; всегда закон принимается только большинством фактически голосующих, а не имеющих только право голосовать. При таких условиях, если бы народ мог отвергать только те законы, против которых высказалось большинство имеющих право голоса, то это свело бы на нет все народное право голосования законов; поэтому право veto справедливо было названо подделкою народного голосования. Сильное общественное движение в Швейцарии в 1830—48 г.г. привело почти всюду к замене права veto референдумом

Референдум есть право народа не отвергать только, а давать свое положительное *утверждение* законам, выработанным парламентом, причем законопроект парламента считается утвержденным, если за него высказалось большинство голосующих, а не всех, имеющих право голосовать. При *обязательном* референдуме *всякий* закон обязательно должен быть передан на утверждение народа, и, как говорится о монархе, „без его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения", т. е., по аналогии с утверждением закона монархом, требуется положительный акт утверждения со стороны народа для того, чтобы закон получил полную силу, а без этого утверждения есть только проект закона, но не закон. От этой формы обязательного референдума отличается произвольный, *факультативный* референдум, который означает, что не все законы передаются на утверждение народа, а только те, которых он *потребует*, т. е. референдум факультативный есть право известной части народа (30.000 граждан в Швейцарском союзе) потребовать всенародного голосования закона, принятого парламентом. Другими словами, 30.000 граждан могут до-

биться референдума для данного закона, т. е. сперва превратить закон парламента в простой законопроект, а потом этот законопроект может стать законом уже только в случае положительного его утверждения всем народом.

Наиболее широкое распространение референдум получил в Швейцарии и С.-А. Соед. Штатах. После гражданской войны в 1847 г. в Швейцарии, когда семь католических кантонов, отделившихся в особый союз (Зондербунд), были побеждены союзною властью,—Швейцария в 1848 г. из союза суверенных государств (Staatenbund) стала единым суверенным союзным государством (Bundesstaat), с конституцией, которая обязывает все кантоны иметь у себя *республиканскую* форму правления и обязательно подвергать конституцию кантона *народному голосованию*, т. е. кантоны не могут иметь у себя другой формы правления, кроме республиканской, и конституция каждого кантона может вступить в силу только после утверждения ее непосредственным голосованием всего народа в данном кантоне. Точно также конституция может быть и изменена только с непосредственного согласия самого народа, т. е. и изменения конституции должны быть подвергнуты непосредственному голосованию народа.

Эти положения остаются в силе и теперь, по конституции 1874 г.; они означают, что во всех кантонах Швейцарии существует обязательный референдум для конституционных законов. Этот же самый конституционный референдум существует и для швейцарского союза: никакое изменение союзной конституции невозможно без согласия большинства граждан и большинства (11½ из 22 кантонов); наприм., ныне действующая конституции Швейцарии, утвержденная всенародным голосованием 19-го апреля 1874 г., была принята 340.199 гражданами (против 198 913) и 14½ кантонами (против 7½). Это решительное большинство, давшее жизнь конституции, дало ей и особую прочность в ее главнейших моментах; вместе с тем, трудности всенародного голосования конституции не помешали тому, что она за время 1874—1905 г.г. была пересмотрена 14 раз, и в 1891 г. была значительно усовершенствована расширением права народной инициативы.

Еще в 1848 г. швейцарский народ получил драгоценное право конституционной *инициативы*, т. е. народ сам, по собственному почину, а не только по предложению пар-

ламента, имел право изменять свою *конституцию* Но до 1891 г. это право толковалось в том смысле, что народ в праве возбуждать требование лишь об *общем* пересмотре конституции; право же *частичного* пересмотра конституции было признано правом народа лишь в 1891 г.

Чтобы добиться общего пересмотра, достаточно постановления одной из палат парламента или заявления, подписанного 50.000 гражданами о желательности пересмотра конституции. Тогда весь народ запрашивается, нужен ли пересмотр, и если народ даст утвердительный ответ, то парламент распускается, а новый парламент производит пересмотр конституции, после чего народ утверждает или отвергает то, что выработано парламентом.

При частичном пересмотре замечательно то, что 50.000 граждан в праве *сами* выработать *в окончательном виде проект* изменения конституции, и хотя бы парламент не согласился с проектом, он все же обязан передать проект на утверждение народа: он может лишь сопроводить его своим *контр-проектом*, и народу предоставить решение, какой из двух проектов лучше. Но те же 50.000 граждан вправе также дать парламенту *общее* указание—изменить в определенном направлении данные статьи конституции (одну или несколько), и если парламент с этим несогласен, то также запрашивается весь народ, желательно ли требуемое изменение конституции, а после утвердительного ответа народа парламенту ничего не остается, как *подчиниться и выработать требуемое изменение конституции*, хотя бы это было противно его убеждению.

Вся эта постановка народной инициативы в изменении конституции вытекает из основного взгляда на парламент, не как на всемогущего повелителя, которому принадлежит последнее решающее слово по всем вопросам государственной жизни,—а как на подготовительный аппарат при верховном органе государства—при народе. Парламент может и сам вырабатывать конституционные законы, но без утверждения народа они не имеют никакой силы (обязательный конституционный референдум). Но, главное—народ не только пассивно утверждает то, что выработано парламентом, но и сам, по собственному своему почину, творит новое конституционное право. Он сам, непосредственно, создает новые основы своего существования и развития; он сам, до дета-

лей, вырабатывает свои конституционные законы (конституционная инициатива): любые 50.000 граждан, чрез голову парламента, могут предлагать народу законы, и такие законы, принятые народом, вступают в силу, хотя бы против них решительно голосовал весь парламент в лице обеих своих палат. Более того, повинуясь воле народа, парламент вырабатывает проекты законов, с которыми он сам несогласен только потому, что воля народа есть высший закон страны.

Такая форма управления государством есть наиболее целостное воплощение идеи демократической республики, ибо здесь у народа есть прежде всего *учредительный референдум*, т. е. власть народа непосредственно изменять свою конституцию. В швейцарском союзе существует еще и законодательный референдум, в факультативной форме: 30.000 граждан или 8 кантонов могут потребовать любой из обыкновенных законов, принятых парламентом на всенародное голосование; требование это заявляется письменно, т. е. открыто, при чем правоспособность каждого подписавшегося удостоверяется местною властью. Если в течение 90 дней со дня принятия закона не поступило требования от 30.000 граждан или 8 кантонов передать закон на всенародное голосование, то он немедленно вступает в действие и вносится в собрание законов; если же, по требованию граждан, закон передается на народное голосование и народ его отвергает, он теряет свою силу и считается как бы несуществующим. *Референдуму не подлежат* в Швейцарском союзе ни *бюджет*, ни *финансовые* меры, ни *международные договоры*. Напротив, в отдельных кантонах только бюджет нигде не подвергается референдуму (*Дюнан*), а финансовые меры (займы, налоги, государственные расходы, продажа государственных имуществ) во многих кантонах подлежат референдуму; в меньшинстве кантонов народному голосованию подлежат и договоры кантонов с другими кантонами или иностранными государствами.

Референдум теперь существует во всех кантонах Швейцарии (кроме Фрейбурга, где народ сам высказался против референдума), при чем обязательный референдум существует во всех кантонах для конституционных законов, а в большинстве кантонов—и для обыкновенных законов; законодательная инициатива существует почти во всех кантонах.

Кроме Швейцарии, референдум практикуется в Австралии и С.-А. Соединенных Штатах. В *Австралии* принят *конституционный референдум*: конституция 1900 г., с трудом одобренная референдумом 1898 г., была принята референдумом 1899 г. По акту 1900. г., изменение конституции, принятое парламентом, чтобы стать законом, должно быть одобрено большинством правоспособных граждан и большинством штатов, после чего лишь может быть утверждено английским парламентом и королем. Равным образом, требуется референдум в данном отдельном штате, если австралийский парламент желает изменить границы этого штата или число его представителей в парламенте.

В *С.-А. Соединенных Штатах*, союзная конституция, без референдума, изменяется парламентом союза (конгрессом) и утверждается парламентами или учредительными собраниями отдельных штатов; для этого требуется принятие поправки к конституции большинством в $^2/_3$ каждой палаты конгресса и в $^3/_4$ всех наличных штатов союза; напр., в 1919 году таким путем была внесена поправка в конституцию, воспретившая с 1 июня 1919 г. производство и продажу крепких напитков в Соединенных Штатах, а также ввоз этих напитков из-за границы. Таким образом, в американском союзе народ непосредственно не участвует в изменении союзной конституции. Но в отдельных штатах, изменение конституции почти всюду может вступить в силу только после одобрения этого изменения народом (*конституционный референдум*). Кроме того, там развивается и конституционная *инициатива*: в 1902 г. штат Орегон постановил, что инициатива изменения конституции может исходить от определенного процента избирателей, и их предложение ставится на голосование народа во время ближайших выборов (в С.-А. Соединенных Штатах референдум и выборы производятся одновременно). В 7 штатах существует законодательный референдум и законодательная инициатива (Мэн, Миссури, Монтана, Невада, Оклагама, Орегон и Южная Дакота). Право veto губернатора бессильно в отношении как инициативы, так и референдума (*Ю. Фрейнд*).

Референдум существует в Соед. Штатах и в местном самоуправлении. Во 1-х, в некоторых штатах, ряд законов вступает в действие только в тех частях штата, которые приняли данный закон непосредственным голосованием на-

рода. Во 2-х, во многих городах приняты референдум и инициатива (5—25% избирателей могут возбудить инициативу), в связи с так называемою *комиссионною системою*: вместо многолюдного городского совета (Думы), народ непосредственно выбирает малочисленный распорядительный и исполнительный комитет или „*комиссию*“ (Управу), которая находится под непосредственным контролем народа. Комиссия состоит из 3—9 членов, избирается на 1—4 года, может назначать на все должности и контролируется избирателями через референдум и инициативу. Система эта имеет большой успех в Соединенных Штатах и широко распространяется; за 1907 — 1910 г.г. ввели у себя эту систему около 20 штатов; типичны города Гальвестон и Демуан.

На американской почве расцвел также другой швейцарский институт—*отозвание* (Abberufungsrecht, recall). Как мы уже отмечали, кроме депутатов и гласных, большинство должностных лиц в штатах избирается также непосредственно народом. Так, *губернаторы* в штатах избираются непосредственно народом; *судьи* только в шести штатах назначаются губернатором и в пяти штатах—парламентом, а во всех остальных, т. е. более, чем в 35 штатах, судьи избираются народом на сроки 6, 8, 12 и 14 лет (из бывших поверенных); избираются также народом судебный пристав и секретарь суда. В милиции линейные офицеры избираются солдатами, а штабные—назначаются губернатором, начальником милиции.

Чтобы бороться с злоупотреблениями отдельных выборных лиц (депутатов, гласных, чиновников, судей), в Соединенных Штатах существует у народа право *до срока прекращать полномочия* этих лиц,—подобно тому, как в Швейцарии для борьбы народа с неугодной ему политикою парламента, у него есть в некоторых кантонах право отозвания *всех* депутатов кантонального парламента, т. е. народ, как монарх, может *распустить* парламент. Американское отозвание, таким образом, отличается от Швейцарского тем, что оно *индивидуально*, и потому часто более действительно: в Швейцарии народ может распустить только весь парламент, но он ничего не может сделать с отдельным депутатом, пока срок его полномочий не истек.

Отозвание возникло впервые в местном самоуправлении (в 1903 г. оно было принято в Калифорнии); в 1908 г. пар-

ламент штата Орегона принял отозвание всех выборных и депутатов; в 1911—1912 г. отозвание утвердилось в Калифорнии, Аризоне и Вашингтоне; в них отозванию подлежат и судьи.

Отозвания могут требовать 15—25% избирателей, причем интересы отзываемого обеспечиваются тем, что отозвание не может быть потребовано ранее истечения 6 месяцев со дня вступления его в должность; затем, он в праве представить свои объяснения, которые, вместе с просьбою об его отозвании, сообщаются избирателям; он в праве также баллотироваться наряду с кандидатами, которых прочат ему в преемники; наконец, отзывающие должны иногда вносить *залог* в размере издержек на организацию выборов, при чем залог не возвращается, если избиратели не выскажутся за отозвание. Иногда одно только движение в пользу отозвания влечет добровольную отставку отзываемого; так добровольно ушел городской голова в Лосс-Анджелосе.

Исключительное значение отозвание, неправильно называемое отзывом, имеет в русской конституции 10 июля 1918 г. Все должностные лица, избранные в местные *советы* депутатов (областные, губернские, уездные и волостные) могут быть отозваны избирателями: „избиратели, пославшие в совет депутата, имеют право во всякое время отозвать его“ и выбрать нового (ст. 78 конституции). Затем, и *судьи* всех степеней, начиная с первой и кончая членами Верховного судебного контроля, могут быть отозваны избравшими их местными советами; равным образом, и члены Кассационного суда отзываются центральным Исполнительным комитетом, который их назначает или утверждает в должности (ст. 2. прим. 4, п. 6 декрета о суде, Собр. узак. и расп. 7 марта 1918, № 26 и прим. к ст. 8 декрета о суде, Собр. узак., 23 июля 1918 г., № 52).

В. Оценка референдума и инициативы. Мы рассмотрели референдум, инициативу, отозвание, veto, выбор судей и исполнителей самим народом. Среди всех этих учреждений наибольшее принципиальное значение имеют референдум и инициатива. Не только при своем возникновении и не только теперь, но долго еще референдум будет служить предметом самых ожесточенных споров. Является ли он орудием прогресса или реакции, обеспечивает ли он благо народа или вредит ему, нужен ли он или вреден?

Любопытно, что самые противоположные партии высказываются в пользу референдума: на Западе многие консервативные партии давно уже возлагают большие надежды на *консервативную* силу непосредственной власти народа, особенно в виду охранительной тенденции крестьянства. Не говоря уже о консерваторах в Швейцарии, которые решительно отстаивают референдум,—и в Англии консерваторы не раз предлагали разрешить референдумом те вопросы, по которым они сталкивались с палатою общин. Лорд Розберри предложил, как общее правило, чтобы всякий раз, когда палата лордов расходится с палатою общин, спор их разрешался референдумом. Это значило бы, что палата лордов, вместо отказа в одобрении законопроекта, имела бы силу по собственному произволу в любое время назначить народное голосование по поводу законопроекта: в 1909 г. лорды, отказавшись утвердить т. н. „социалистический" бюджет, принятый нижнею палатою, также требовали референдума.

Напротив, в Бельгии консерваторы высказались против референдума, предложенного королем в 1892 г. для всех тех законопроектов, которые король не пожелает утвердить. Против референдума, как реакционной в некоторых условиях силы, высказался также *К. Каутский*, в полемике с *Риттингаузеном*; он, между прочим, указал на тот известный факт, что когда в 1872 г. Швейцарский *парламент* выработал проект конституции с референдумом и инициативою, то народ отверг этот проект, и принял его в 1874 г, когда *инициатива* была исключена из него; таким образом, говорит *Каутский*, члены парламента оказались более демократичными, чем народ (*K. Kautsky*, Parlamentarismus und Democratie, Lpz., 1911).

Во всех этих противоположных мнениях надо различать два вопроса: 1) о *принципе* референдума и 2) о его значении в той или иной *определенной стране*. Бесспорно, что он даст положительные результаты не во всякой стране и не при всяких условиях и что для плодотворности его применения необходимы значительной высоты социально-политические условия. Но очень часто референдум отвергается, как *принцип*; он осуждается, как учреждение, *неспособное* дать плодотворные результаты, как бы хорошо оно ни было организовано. Так, противники референдума указывают на незна-

чительное (около 60%) число участвующих в народном голосовании; „результат баллотировки не отражает точно общественного мнения, потому что в большинстве случаев противники закона являются в бо́льшем числе, чем его сторонники, так что люди, остающиеся дома, в общем стоят за него“ (*А. Лоуэлль*).—Но 60%—вовсе не малое число для голосования законов, ибо и выборы часто не привлекают бо́льшего количества голосующих. Кроме того, там, где хотят достичь наибольшего числа голосующих, там референдум делают не только правом, но и обязанностью,—и этому дается соответственная постановка, при чем даже налагаются штрафы за неподачу голоса; напр., в Цюрихе, после закона о штрафах 1890 г., число поданных голосов поднялось до 64,2%.

Наконец, бесполезно являться народу к урнам для голосования *всех* законов и постановлений: сложные и специальные законы мало его интересуют, и нет особой нужды в том, чтобы разъяснять народу смысл законов, имеющих техническое или специальное значение. Поэтому естественно, что народ—как, вероятно, и депутаты в парламенте,—участвует более энергично в голосовании законов, имеющих широкое общественное значение: напр., в народных голосованиях 1891 г. число голосующих доходило до 63,8%, в 1894 г.—до 71,9%, а в 1898 г, по вопросу о выкупе железных дорог союзною властью, голосовало 80% правоспособных граждан. Понятно также, что народ проявляет абсентеизм при голосовании менее важных или *специальных* законов, имеющих техническое значение и мало понятных для не-специалистов. Вот почему, напр., швейцарский народ не потребовал на свое утверждение обязательственное право 1911 года: специальный, сложный и разнохарактерный закон с трудом мог бы быть целиком одобрен народом. Это, впрочем, не сняло бы с парламента обязанности все же передать на народное голосование и этот закон, состоящий из 880 статей самого разнообразного содержания; в переходных постановлениях закона, п. II, парламент (союзное собрание) постановляет: „На основании союзного закона от 17 июня 1874 г. о народном голосовани законов и постановлений Союза, союзному совету поручается опубликовать настоящий закон“ (*H. Oser*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht, Zür., 1912).

Говорят еще, что при референдуме *нет обсуждения* закона, а все являются только для голосования; когда в некоторых местах председатель голосующего собрания пытался вызвать присутствующих на обсуждение закона, то он ничего не мог добиться, так как никто не хотел говорить. Указывают на полную непоправимость этого положения, так как, согласно старинной пословице, легко подвести лошадь к воде, но как заставить ее пить? — Однако, именно отказ от обсуждения, равнодушие к обсуждению показывает, что голосующие являются к подаче голоса с определенным, уже выработанным мнением, которого они не хотят даже проверять новым обсуждением. Это показывает, что в печати и собраниях законы достаточно обсуждаются до момента голосования, и нет нужды в новом их обсуждении пред самым голосованием.

Находят также, что референдум *ослабляет чувство ответственности* у депутатов, раз они знают, что их голосование закона в парламенте еще не окончательное, и может быть еще исправлено народным голосованием.—Но если бы в парламенте были такие легкомысленные законодатели, то даже и у них чувство ответственности должно только обостриться от сознания, что труды их могут быть или непременно будут подвергнуты всенародному суду, как это бывает при обязательном референдуме.

Наконец, говорят, что референдум *раздробляет партии* и уменьшает их значение.—Действительно, значение партии заключается в том, что когда гражданин в современном государстве голосует за данную партию, он тем самым высказывается за известную *систему* управления, ибо это — единственное влияние, которое ему доступно при представительной системе. Кроме того, когда, напр., англичанин выбирает депутата (после 1911 г.—на пять лет), он должен очень доверять своему избраннику: он должен помнить, что в течение этих 5 лет депутат формально не зависит от избирателя и может делать и голосовать, как хочет. Единственная гарантия для избирателя — это *партийное знамя*, под которым выступает будущий депутат на выборах, т. е. доверие избирателя основано на кредите, который он оказывает партии; человек может изменить ему, но партия, существующая—как, напр., либералы в Англии—сотни лет, не может его обмануть, и доверяя партии, он голосует за ее кан-

дидата. На этом и основана парламентская сила партий: избиратель бессилен *контролировать* и требовать к ответу своего избранника, но партия это может, и оттого избиратель голосует за ее кандидата. При референдуме же значение депутата гораздо меньше: если даже все депутаты сойдутся на законе, неугодном народу, то народное голосование легко может уничтожить закон, как песчинку. Поэтому избирателю нечего бояться своего избранника, незачем связывать себя на много лет вперед с известною партиею; он самостоятельно и непосредственно может следить за работами парламента, и без всякой партии может отказывать в утверждении законопроектов, которые ему не нравятся.

Эти соображения составляют, однако, только одну сторону дела. Надо иметь в виду еще и то, что политические партии существуют не только для одной парламентской работы: у партии имеется не только политическая, но и *экономическая программа*, осуществимая не только чрез законодательство, но и чрез общественную борьбу, и сила партий основана не только на их парламентской, но и на общественной роли. При таких условиях, сила партий, хотя и ослабляется референдумом, но не настолько, чтобы партии утратили свое руководящее и организующее значение как в социально-политической борьбе, так и в народных голосованиях.

Еще два замечания о недочетах референдума. Говорят, что народ не любит законов, слишком *сложных* и объемлющих разнообразные вещи. — Но это хорошо, ибо народ желает отчетливо понимать, что он утверждает. *Скупость*, которую проявляет народ при референдуме, также во всяком случае лучше привычки сорить народными деньгами, которая свойственна некоторым представительным республикам.

Но обеспечивает ли референдум действительное *благо* народа? „Мне говорят, ответил на это Диог в 1831 г., о народном благе, как об исходной точке. Но дело идет вовсе не о *благе*, а о *праве* Иначе можно было бы сказать, что самою лучшею формою правления является конституционная монархия".

Но если отрицательные стороны референдума, как принципа, не имеют большого значения, то положительные его стороны заслуживают исключительного внимания. Референдум есть школа *политического воспитания* народа: мало того, что народ учится, законодательствуя,—его стараются учить

тем более усиленно, что народ-законодатель не может быть невежествен. Он должен знать, как можно больше, шире и полнее; иначе государству грозит остановка и гибель, если народ, не понимая значения предлагаемых ему мер, будет отвергать их, когда они необходимы, или принимать их, когда они гибельны. Затем, референдум есть *регулятор гармонии* между парламентом и народом: парламент в каждом народном голосовании видит для себя ясное указание той политики, которой ждет и требует от него народ. Наконец, путем референдума и инициативы, народ непосредственно сам создает единое и целостное *национальное право*; здесь получает смысл, как теория общественного договора с ее учением о праве, как продукте общей воли народа, так и теория исторической школы, ибо здесь право есть действительно продукт народного духа; благодаря этому создается интерес к родному праву, близость к нему, стремление защищать его, как действительно свое родное право.

Остается рассмотреть главное возражение против референдума: народ, говорят, консервативнее своих представителей. Есть ряд фактов, когда народ в Швейцарии принимал *реакционные* меры, *отвергаемые* парламентом: помимо указанного выше факта 1872 г., в 1893 г. народ принял антисемитское предложение, запретившее убой скота по еврейскому способу, хотя парламент предложил народу отвергнуть это предложение. Однако, антисемитский смысл этого народного голосования подвергается сомнению: „трудно сказать, что больше склоняло народ к этому решению—гуманность или нетерпимость" (*Ф. Куртин*). Были случаи, когда народ отвергал меры охраны труда,—напр., в 1893 г. народ отверг „*право на труд*", т. е право каждого безработного требовать для себя от государства „достаточно вознаграждаемого труда",—при чем некоторые объясняют это тем, что даже Бебель и Либкнехт находили неосуществимым это требование в современном государстве В 1879 г. народное голосование отменило запрещение смертной казни, т. е восстановило казнь во всей Швейцарии, *хотя смертная казнь была запрещена еще недавно, в* 1874 *г.*; референдум подтвердил решение парламента, разрешившего смертную казнь. В 1894 г. парламент предложил поправку в конституции, давшую парламенту „возможность издать закон, обязывающий рабочих присоединяться к рабочим *союзам*", а народное голо-

сование отвергло эту поправку,—как объясняют, из неприязни к социалистическим принципам.

Можно было бы привести много других случаев, когда Швейцарский народ был недостаточно восприимчив к идеям свободы и прогресса. Но можно привести и ряд случаев, когда он очень сознательно и самостоятельно осуществлял эти идеи. В 1875 г. народное голосование утвердило закон об обязательности гражданского брака и о возможности развода на всей территории союза, — и это несмотря на ожесточенную борьбу против этого закона и на вмешательство даже папы Пия IX, обратившегося к народу с особым посланием по этому вопросу: закон был утвержден, хотя и нерешительным большинством 213 199 против 205.069, но именно благодаря народному утверждению закона, его нельзя было впоследствии поколебать.

В 1877 г. народ принял закон об 11-часовом рабочем дне, в то время, как в других странах Европы он был значительно длиннее. В 1898 г. народное голосование утвердило закон о выкупе железных дорог из монопольного обладания частных лиц в государственную собственность, несмотря на то, что народ пугали „миллиардным долгом", принимаемым на себя страною. В 1880 г. принята народом конституционная поправка об обязательном страховании рабочих (283.228 против 92.200). В 1918 г. народное голосование высказалось за пропорциональные выборы в национальный совет.

Таким образом, народ принимал и отвергал законы самого разнообразного содержания, и невозможно одобрять или порицать референдум по этим данным. Парламент также принимает как радикальные, так и консервативные законы,— это зависит от исторического момента, от данного состава палаты и от особенностей каждого данного случая, и как по результатам парламентских голосований нельзя судить о парламентском правлении, так и народные голосования не дают основания для восхваления или осуждения референдума, ибо голосования эти—самого разнообразного свойства.

Но даже допуская, что народ может быть консервативнее своих представителей, нельзя из-за этого осуждать и отвергать принцип референдума. Ведь если это так, то надо отнять у народа и всеобщее избирательное право, ибо деревня

часто бывает реакционнее города, и для прогресса, может быть, было бы лучше, если бы временно ограничить состав избирателей городскою демократиею. Но, не говоря уже о том, что это рассуждение в корне нарушает основную идею демократии, идею равноправности и равноценности нации во всех ее частях, надо иметь в виду, что, как говорил *Лассаль*, всеобщее избирательное право в самом себе носит исцеление от всех тех зол, которые оно могло бы принести. То же можно сказать о референдуме: как школа политического опыта, референдум поднимает сознание народа, и весьма скоро народ перестает отставать от своих представителей, а если допустить благодетельные реформы для народа, исходящие от его представителей вопреки его сознательному в этом участию и согласию на это, то мы станем на точку зрения просвещенного абсолютизма, с его правилом—все для народа, но не через народ. Но жизненно и мощно только то, что выходит из недр самого народа, что прошло чрез его сознание и волю, а этому служит именно референдум и народная инициатива, т. е. право народа создавать по собственному почину новые законы, обыкновенные и конституционные. Эта инициатива дает также выход его революционной энергии, легально перестраивающей и преобразующей все, что можно изменить в рамках существующей хозяйственной системы и даже вне ее пределов.

Инициатива и референдум действительно враждебны всякого рода *насильственным* стремлениям *меньшинства* народа,— но когда в большинстве общества созрели стремления к самой решительной и безвозвратной ломке всех сложившихся экономических и политических отношений, то в режиме народоправства есть больше всего средств для успешного и прочного осуществления этих стремлений и меньше всего к тому препятствий, ибо здесь, в странах непосредственного народоправства, нет и не может быть таких самостоятельных политических сил, как монархия, бюрократия, церковь, армия, аристократия,—все могущественные силы, которые находят достаточные средства для борьбы против угрожающих им парламентских решений. Ошибочно, поэтому, думать, что в парламентарных странах достаточно получить парламентское большинство, и вся политическая власть уже тогда окажется в руках того, кто сможет распоряжаться этим большинством: указанные выше полити-

ческие силы вынесут тогда борьбу за стены парламента, и борьба между старым и новым миром неизбежно должна принять формы неудержимой и неустранимой гражданской войны. Напротив, в системе непосредственного народоправства, где эти силы, как самостоятельные политические факторы, ослаблены или совсем уничтожены,—там не исключено, что самые грандиозные перестройки могут осуществиться и не в путях гражданской войны, ибо здесь все, действительно, зависит от воли большинства народа, и если оно чего-нибудь требует, то нет такой силы в обществе, которая, без преступления, могла бы ему в этом отказать,—ибо здесь господствует правило: все для народа и все через народ. Следовательно, все вопросы сводятся к достаточной *политической сознательности народа*, его неподкупности и убежденности в своих интересах и идеалах.

Обозревая все изложенные нами политические формы, не трудно видеть, что при всем разнообразии и резкой определенности трех описанных выше политических систем—*самодержавия*, *парламентаризма* и *народоправства*, между ними существуют переходные формы, чрез которые одна система связывается с другою и все вместе образуют некоторый круг, замкнутый *логически*,—но не *исторически*, как учили *Полибий*, *Макиавелли* и *Вико*. Так, между самодержавием и парламентаризмом мы находим *дуализм* типа Пруссии до 1918 года. Между парламентаризмом и народоправством—*представительную демократию* типа Соединенных Штатов, а между демократиею и самодержавием—*демократический цезаризм* типа второй империи Наполеона III или римского принципата.

ГЛАВА XI.

Глава государства в монархиях и республиках.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен, В. Орландо—Курсы. *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Freib., 1887; *Carl Walther*, Das Staatshaupt in den Republiken, Breslau, 1907 (из серии „Abhandlungen aus dem Staats-und Verwaltungsrecht", von Brie und Fleischmann, Heft XIV); *Edm. Bernatzik*, Republik und monarchie, Freib, 1892; *J. Lukás*, Die rechtliche Stellung des Parlaments etc., Gratz, 1901; *H. Rehm*, Das rechtliche Wesen der Deutchen monarchie. (Arch f d offentl Recht, 1909); *Otto Mayer*, Republikanischer und monarchischer Bundesstaat (Archiv d. offentl. Rechts, 1903); *Jos Berthelemy*, Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes, P, 1906; *А. С Алексеев*, Безответственность монарха и ответственность правительства, М, 1907; *Н М Коркунов*, Русс. госуд. право, I. Спб, 1909; *В. М. Гессен*, „Монархия" в Нов. Энц Слов Брокгауза и Ефрона; *С. А. Котляревский*, Власть и право, М, 1915, *его же*, Конституционное государство, Спб, 1907; *Ф. Ф Кокошкин*, Лекции по общему госуд праву, М, 1912; *К Н Соколов*, Парламентаризм, Спб, 1912; *М. Б Горенберг*, Глава государства (в Сборн. „Конституционное государство", Спб, 1905); *П Матме*, Роспуск парламента, Спб, 1905, *Я М. Магазинер*, Республика, ее сущность и важнейшие демократические формы, Пгр, 1917, *его-же*, Республика или монархия („Право", 1917, № 9), *Ш Сеньобос*, Политическая история современной Европы, Спб., 1899, *К. Пельтан*, История Франции от 1815 г до наших дней, Спб, 1903.

Мы уже указали выше различие между монархиями и республиками. Из этого различия мы выведем и особенности в положении монарха и президента. Положение это определяется различными исследованиями по самым разнообразным признакам. Разногласие мнений в этом старинейшем вопросе так велико, что и до настоящего времени вопрос этот остается неразрешенным. Ближайшие причины безуспешности этих попыток заключаются, во 1-х, в трудности дистиллировать, очистить элементы юридические от исторических; напр., в Англии; во 2-х, в том, что признаки различия между монархиею и республикою, обычно, между собою не связываются, не выводятся из некоторого единого принципа, а без этого вопрос правильно даже не может быть поставлен. Так, *Н. И. Лазаревский*, 67, указывает, три признака власти монарха—пожизненность, безответственность и неизменность прав монарха без его согласия; однако, какова связь между этими признаками? какой из них первичный, и какие производны? откуда, наконец, признаки эти выведены? на эти вопросы ответа нет.

§ 1. *А. С. Алексеев*, и *Ф. Ф. Кокошкин*. Были попытки свести различие между монархом и президентом и к одному решающему признаку. Останавливаясь на самых главных построениях этого рода, мы видим, что *А. С. Алексеев* и *Ф. Ф. Кокошкин* видят рассматриваемое различие в *наследственности* монарха и выборности президента. Действительно, теперь все монархи наследственны; выборных монархий больше нет. Но выборность логически не противоречит природе монархии, и исторически избирательные монархии не раз бывали. Короля можно выбрать пожизненно, и этим не подрывается его положение, как высшего органа, ибо никогда не может наступить момент, когда он почувствовал бы над собою высшую власть: пока он жив, такой власти в монархии нет. При этом не имеет решающего значения то, что монарх не властен над судьбою короны после смерти: он не властен в этом и при других формах монархии, а не только при избирательной; напр., при наследовании престола *по закону*, от монарха, очевидно, тоже не зависит, к кому перейдет корона. Эта власть над судьбою короны и после смерти—принадлежит монарху только в *завещательной* монархии, когда он сам вправе назначить себе преемника, как это было в России по закону Петра I (1722), который, впрочем, чаще нарушался, чем соблюдался. Но при *законной* престолонаследии, когда лицо наследника не зависит от монарха, а предуказано безличною силою закона, права монарха на корону пожизненны и не имеют силы на время после смерти: особенно ясно раскрывается это положение при отсутствии *ближого* законного наследника, когда короне предстоит перейти в далекие боковые линии.

Для наследственного монарха, у которого нет потомства, способного занять трон после его смерти, корона его также пожизненна, как для пожизненного монарха, после смерти которого предстоит избрание ему преемника. Конечно, политические различия здесь весьма велики, но правовое их значение не таково, чтобы от них в корне менялась форма правления. Наконец, история дает нам многочисленные примеры избирательной монархии: Польша (1569—1795) и Венгрия (1301—1687), Англия и Франция до XIII в., Россия в XVII в., Германская империя с XIII в. по 1806 г. и папская область до 1871. В то же время, существовала такая наследственная республика, как Голландия,

в которой со времени Вильгельма III установилось наследственное штатгальтерство.

§ 2. *В. М. Гессен.* Таким образом, наследственность монархии является признаком, хотя и обычным, но не безусловно необходимым: достаточно и пожизненности, чтобы глава государства являлся монархом, а не президентом. Но и *пожизненность* нельзя признать решающим и первичным признаком монархии, как ее конструирует *В. М. Гессен*: „От республиканского главы государства монарх отличается прежде всего наследственным или, по крайней мере, пожизненным характером своей власти... *Пожизненность* власти — существенный момент в историческом понятии монархии. Логически-необходимым следствием пожизненного характера монархической власти является *безответственность* монарха. Само собою разумеется, что гражданская ответственность монарха нисколько не противоречит пожизненности его власти; но ей противоречила бы уголовная ответственность, угрожающая монарху утратой престола".

Изложенное учение вызывает ряд возражений. Прежде всего легко указать на некоторые другие государственные органы, которые пожизненны и даже наследственны, но из этого логически не вытекают другие признаки, свойственные монархии, в том числе безответственность. Напр., лорды не только пожизнены, но и наследственны (пэры Англии); однако, за политическое преступление пэр *ответственен*, в порядке билля об опале, bill of attainder, т. е. судебного приговора законодательной власти.— Мыслима даже такая высшая пожизненная должность, которая была бы *сменяема* в уголовном порядке, т. е. пожизненности не противоречит уголовная ответственность, угрожающая утратою положения; напр., допустима должность высшего судьи, пожизненного, но сменяемого за уголовные правонарушения; таким образом, он будет властью пожизненною, однако, не безответственною, и при некоторых условиях — сменяемою.

Таким образом, сама по себе пожизненность не является исключительным признаком монарха, и даже несменяемость его сама по себе не исключает суда и наказания за уголовные правонарушения. Если, однако, пожизненность монарха имеет ту исключительную особенность, что она не может быть ни при каких условиях прервана, то это вытекает из самостоятельного признака монархии — из ее *безот-*

ветственности, но нельзя вывести безответственность из пожизненности. Наконец, если бы даже пожизненности нисколько не угрожала ответственность монарха, т. е. если бы монарху даже безусловно обеспечена была бы пожизненность и он не мог бы потерять трон ни при каком наказании, то очевидно, что всякая уголовная судимость противоречит природе монархии, где монарх ни за что и *ни в каком объеме* не ответствен. Таким образом, пожизненность не есть первичный и всеобъясняющий признак, а, напротив, производный и сам нуждающийся в объяснении. В частности, он бессилен выяснить источник безответственности монарха и, напротив, сам объясняется безответственностью.

§ 3. *Н. М. Коркунов и С. А. Котляревский.* Наиболее важный и постоянный признак монархии—*безответственность*, выдвигаемый *Н. М. Коркуновым*, *С. А. Котляревским* и многими другими Но безответственность также не есть первичный признак: остается вопросом, на чем построена безответственность монарха, из каких его свойств вытекает то, что он должен быть безответствен; напр., *Бернацик* выводит безответственность монарха из того, что он осуществляет *свое собственное* право, а не чужое, как президент; следовательно, ему не перед кем отвечать за использование *своего* права. Независимо от вопроса о верности этого объяснения по существу, оно проникает глубже, чем простая ссылка на факт безответственности: чтобы доказать, что это—признак не только существенный, но и необходимый, недостаточно его описательно констатировать, а надо его *логически вывести* из другого, более коренного признака. Кроме того, безответственностью невозможно объяснить другие обычные признаки монархии; напр., из нее нельзя ни вывести, ни объяснить право законодательной санкции.

Своеобразны различения, предложенные *Г. Еллинеком* и *Э. Бернациком.*

§ 4. *Еллинек.* Взгляд *Еллинека* на монархию проникнут некоторою двойственностью. В разных местах своих исследований он видит особенность монархии в том, что монарх приводит в движение весь государственный правопорядок, что без согласия монарха не может быть изменено его положение в государстве, что он вправе ставить на карту существование государства (путем объявления войны) и что всё это делает его высшим органом, воля которого имеет

исключительно важное значение в государстве. В дальнейшем, однако, *Еллинек* не концентрирует и не углубляет этой характеристики монарха, а дает совершенно иную теорию различия между монархиею и республикою. Согласно этой теории, в монархии воля государства выражается *индивидуальною физическою* волею определенного лица, а в республике воля государства выражается *коллективною юридическою* волею нескольких лиц. Поэтому в монархии воля определенного физического лица, стоящего во главе государства, совпадает с волею государства, а в республике —воля тех или иных физических лиц, управляющих государством, может и не совпадать с волею государства. Напр., в самодержавной монархии индивидуальная физическая воля монарха совпадает с волею государства, а в республике, управляемой коллегиею, воля хотя бы нескольких членов коллегии, составляющих ее большинство, образует волю государства, а воля меньшинства может даже противоречить воле государства. Таким образом, воля государства не совпадает с физическою волею лиц, составляющих правящий аппарат государства; здесь воля государства создается не простою физическою волею всех правящих, а некоторою их юридическою волею, за которую выдается физическая воля некоторых из них, а воля других оставляется в стороне.

Против этого различия монархии и республики *Понт. Фальбек* замечает, что в республике воля президента есть также физическая воля, а воля монарха выражается также юридическим путем, ибо она есть не только физическая, но и юридическая воля. Но и независимо от этих справедливых замечаний *Фальбека*, воля современного конституционного государства образуется в главнейших делах (напр., законодательных) не одним лицом, монархом, а этим лицом вместе с коллегиею, парламентом: следовательно, неверно противопоставление индивидуальной и коллективной воли; во 2-х, и в монархии и в республике воля государства образуется одним и тем же, именно юридическим путем, при чем юридическая воля не совпадает с физическою волею,— все равно, образуется ли эта юридическая воля государства по большинству голосов в *одной* республиканской коллегии или путем сложения *нескольких* последовательных воль палат и монарха.

Но даже и в самодержавной монархии не все, что хочет

монарх, есть воля государства, ибо его желания вовсе не ограничены вопросами государственного управления (напр. частно-правовые его распоряжения и отношения). Затем, воля его только тогда признается волею государства, когда она выражена установленным в законе или вообще—праве путем. И в монархии и в республике юридически важен не способ *образования* воли, не *процесс* воления,—а порядок *проявления* воли; между тем он мало разнится в монархии и республике, если следовать признаку *Еллинека*. Практическая непригодность этого признака видна из того, что он приводит *Еллинека* к определению Германской империи, как *республики*,—в то время, как *Отто Майер* справедливо обозначил ее даже в 1903 году, как „сочную монархию“ (vollsaftige Monarchie).

§ 5. *Эд Бернацик* определяет монарха, как лицо, правящее *по собственному праву*, а президента, как лицо, действующее по порученному праву; монарх осуществляет свое собственное право („eigenes Recht auf das Amt“), а президент—чужое право, принадлежащее государству. В старой Франции, где существовала продажа судейских должностей, судья осуществлял собственное право, которое он сам себе купил или унаследовал, а не получил от имени чужой власти: так и монарх имеет собственное право на трон, доставшийся ему по наследству, как его собственное благо и право, а не чужое, кем-то ему будто бы на время переданное; такое чужое. условное право может быть только у избираемого президента, облекаемого *временною* властью.— Близко к Бернацику, *Г Рем* (*H. Rehm*, Allgemeine Staatslehre, 1907 § 64) определяет монарха, как Eigenkönig, а не Volkskönig, т. е. как короля по собственному праву, а не от лица народа. (Доктрина 1830 г. у *В. М. Устинова*, II, 1915, 22—26).

Справедливо, однако, было замечено, что в современном государстве весьма трудно отличить собственное от не-собственного права (*С. А. Котляревский*, Власть и право, 237), тем более, что, как мы видели, права всех органов государства являются их собственными, а не чужими правами. Если же не разделять этого взгляда на государственные органы, то конструкция *Бернацика* противоречит тому пониманию государства, в силу которого ни у одного органа, включая и монарха, нет „собственных“ прав, а все права органа принадлежат государству, от его имени и в его

интересах органом осуществляются (*Н. И. Лазаревский*, 66). Указывалось также, что теория *Бернацика* несовместима с учением о народном суверенитете, в силу которого даже монарх черпает свою власть в том, что и он, как другие органы, открыто или молчаливо признается органом народа, и правит не по собственному праву, а как признанный народом орган государства: именно не как Eigenkönig, а как Volkskönig. Такова постановка монархической власти в Бельгийской и Итальянской монархиях, где король царствует Божьею милостью и волею народа: это значит, во-1-х, что он производит свою власть от Божественной воли, т. е. его власть *непроизводна* ни от какой земной воли; во-2-х, сам народ установил монархию, т. е. эту непроизводность воли короля. Таким образом, здесь „Божьею милостью и волею народа" означает, что *волею народа* установлена *непроизводная* королевская власть.

§ 6. *Монарх — высший орган; следствия этого признака.* Действительное отличие монарха от президента вытекает из уже намеченного (в гл. X, § 2) противоположения монархического и республиканского принципов. Мы видели, что отличие монархии от республики заключается в том, что в республике все власти исходят от народа, в монархии—целиком или частью от короля, независимого от народа. Страна, где власти целиком и исключительно исходят от короля, есть монархия самодержавная; там же, где эти власти только частью исходят от короля, а часть их, в том числе парламент, исходит от народа, там пред нами—монархия конституционная.

Это особое положение монарха, как единственного или хотя бы равноправного источника государственной власти, является однако производным, и вытекает из более первичного и основного признака монарха — из того, что он есть *высший* орган государства. Мы употребляем это понятие не в том смысле, какой ему дан *Еллинеком*, т. е. что монарх приводит в движение весь правопорядок, ставит на карту судьбу государства и т. д.,—а в том, что ни один орган государства не может быть выше монарха; самое большее—монарху могут быть *равные* органы, но выше него не может быть власти в государстве.

Будучи высшим, монарх не должен выводить свои права от другого, более высокого органа, но будучи сам верхов-

ною, суверенною властью или по крайней мере одним из ее элементов, монарх является источником других властей, создаваемых им для успешного осуществления своих суверенных прав, и оттого монарх есть *независимый от народа источник власти в государстве*. В абсолютной монархии он обычно является *единственным* источником всякой власти, но во *всякой* монархии глава государства прямо или косвенно *участвует в процессе возникновения любой власти*: он либо прямо назначает судей и других должностных лиц, либо утверждает их избрание, либо созывает и открывает различные учреждения или по его приказу они призываются к деятельности лицами, действующими его именем или по его назначению и т. д. (парламент, самоуправление, административный суд). Наконец,—как было уже, кажется, замечено,—прямо или косвенно монарх участвует во всех вообще актах государственной воли, будь то закон, указ или судебный акт, созданный именем монарха,—и в этом одно из самых резких его отличий от президента.

Из сказанного видно, что монарх не только сам своих прав ни от какой высшей власти не производит, но, наоборот, является прямым или косвенным источником всех других властей в государстве; поэтому об английской короне уже давно было замечено, что король есть initium, caput et finis parlamenti, т. е. король созывает, возглавляет и распускает парламент, и таким образом участвует в создании и прекращении даже такой независимой от короля власти, как парламент. Это происходит потому, что король есть *обязательный участник верховной власти* в государстве, т. е. над ним нет и не может быть высшей власти, от которой он производил бы свои права,—даже более того, не может быть вообще—помимо короля возникшей и мимо него идущей, от него независимой и с ним не координирующейся власти в государстве. Президент же, напротив, не будучи никогда элементом верховной власти, сам по себе все права свои, указанные в законе, основывает на избрании народа или народного органа—парламента; следовательно, над ним есть власть высшая, которая его создала и уполномочила, а сама эта власть способна возникнуть, существовать и прекратиться, не считаясь с его волею. Избрание или призвание короля есть *чисто-фактическое* обстоятельство, безразличное или несущественное с юридической точки зрения, хотя и

важное с точки зрения политической; избрание же для президента есть *правовое* основание его власти.

Власть монарха считается юридически непроизводною, т. е., как говорилось о короне в средние века, монарх держит свою власть от Бога и больше ни от кого (tient de nulluy fors de Dieu et luy; ср. *E. Brusa*, 108; положение итальянского короля: §§ 11—13). Даже если народ призвал или избрал монарха, то, заняв престол, монарх освобождается от исторической основы своей власти, и юридически его власть так же непроизводна, как у наследственного короля. Он всегда царствует „Божьею милостью", т. е. не зависит ни от какой земной власти; при этом монарх „Божьею милостью" может быть им вместе с тем и „волею народа" (Бельгия 1830—31 г., Италия 1849—1866; гл. XI, § 5). Но воля народа в монархии не является высшею волею над королем, ибо основная особенность королевской власти в том и заключается, что она не знает над собою никакой высшей власти: когда такая власть является, когда народ выступает со своей исконною властью на историческую сцену и осуществляет свою власть, тогда прекращается монархия.

Только революционным, а не законным путем может быть осуществлена власть над монархом: когда англичане в 1649 г. казнили короля Карла I или французы в 1793 г.— короля Людовика XVI, то они судили и казнили уже не короля, а обыкновенного гражданина. Король был свергнут революцией, и короля уже в момент суда не существовало.

В республике президент всегда ниже парламента или народа, которые своим избранием дали ему жизнь, это выражается, напр., в том, что во Франции и в С.-А. Соединенных Штатах президент может быть предан суду нижнею палатою парламента, палатою представителей, а судит его верхняя палата, сенат,—т. е. парламент имеет право привлечь президента к уголовной ответственности и осудить его. В монархии же король никогда не может быть ниже какого бы то ни было органа власти; он—по крайней мере, равен ему; напр., в конституционной монархии король принципиально равен парламенту в том смысле, что ни король, ни парламент не могут диктовать друг другу направление деятельности, не могут определять содержание деятельности друг друга, и уж, конечно, ни о каком суде парламента над королем или короля над парламентом не может быть речи.

Из этого коренного различия в положении монарха и президента, из того, что монарх есть высший орган, которому могут быть только равные, но над которым не может быть высших,—вытекает ряд главнейших отличий монарха от президента.

I. *Безответственность.* Раз над монархом нет высшей власти, то, очевидно, что некому его и судить. Даже гражданские иски могут быть предъявлены к нему только с соблюдением известных условий (разрешение короля в Англии), хотя, впрочем, условия эти теперь являются простою формальностью. Затем, в Бельгии король подсуден общим судам только в гражданских делах по *имуществам* своим; тогда вместо короля выступает его прокуратор, согласно старо-французскому правилу: только король выступает в суде чрез прокуратора („nul ne plaide par procureur fors le roi"), *P. Errera*, 1909, §§ 46—59. Но если *имущество* короля еще может быть предметом судебного удовлетворения, то над *личностью* его никакой суд силы не имеет. Ответственность монарха пред уголовным судом означала бы наличность власти над монархом, судящей его и осуществляющей право наказания; но тогда сам монарх уже не был бы высшею властью. Справедливо, что над конституционным монархом есть власть законодательная, т. е. он подчинен законам, и не может своими единоличными действиями нарушать законы. Но если законодательная власть выше монарха, то ведь, сам монарх в ней участвует, ибо она состоит из монарха и парламента; следовательно, здесь монарх подчиняется воле, в создании которой он сам участвует, и которая не может установить ничего без его согласия, ибо, как гласит ст. 9 осн. зак. 1906 г., без его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения.

Очевидно, что не случайностью является его участие в той высшей власти, которой он подчиняется: именно потому, что он—высший орган, невозможно существование какого бы то ни было органа выше него, в который он сам не входил бы. Для суда же над королем немыслимо создать такую комбинированную власть, в которой он участвовал бы, ибо он судил бы самого себя; создание же этой власти без него означало бы подчинение его вне и над ним стоящей власти. Отсюда уже рассмотренная нами в гл. V § 1 фикция—„король не может творить зла" (the king can do no

wrong): нельзя вообще судить, критиковать короля; он не подлежит никакому ни суду ни осуждению, ибо он не может творить зла.

Из безответственности короля английские юристы выводят следующие важные положения: во 1-х, как мы видели, невозможность *суда* над королем; во 2-х, невозможность издания им незаконных *приказов*, т. е. раз он *не может* творить зла, то он юридически *не может* издать незаконного приказа, и если кто исполняет незаконный приказ, ссылаясь на то, что он исходит от короля, то эта ссылка никого не может извинить, т. к. никакого незаконного приказа, исходящего от короля, юридически быть не может; другими словами, если такой приказ фактически и существует, то юридически он считается не существующим. Хотя приказ короля, даже явно незаконный, фактически и производит огромное давление на совесть и волю чиновника или судьи, но они в праве рассматривать его, как юридическое ничто, ибо в мире *правовых* явлений он просто *не существует* и может быть игнорируем; в 3-х, если фактически издан от имени короля незаконный приказ, то подлежат суду и наказанию его *министры*, ибо сам он зла творить не может, а если зло сотворено его руками, то произойти это могло только благодаря „злым советам" его министров, которые за эти злые советы и отвечают, т. е. из безответственности короля вытекает ответственность его министров.

Итак, из того, что монарх есть высший орган в государстве, вытекает, что не может существовать какой бы то ни было высший орган над монархом, который мог бы осуществить свою власть над ним,—ибо тогда уж нет монарха, т. е. высшего органа, а есть ответственный чиновник, которого судят за неправильные действия.

В этом то и заключается одно из главнейших отличий монархии от республики: президент, в идее ответственен,—монарх безответствен. Чтобы судить монарха, его надо раньше лишить престола и сделать обыкновенным гражданином, т. е. совершить революцию; а чтобы судить президента, надо лишь исполнить закон; напр., в С.-А. Соединенных Штатах президент ответствен пред парламентом (конгрессом), при чем обвиняет его нижняя палата конгресса, а судит верхняя—сенат. Так судил сенат президента Джонсона в 1868 г. за политику противо-

действия воле парламента, стремившегося уравнять негров в политических и гражданских правах с белыми, после междуусобной войны севера с югом (1861—1865); Джонсон не был осужден сенатом только потому, что не хватило одного голоса для составления тех двух третей голосов сената, которые необходимы для обвинительного приговора.

В С.-А. Соединенных Штатах президент ответствен не только за преступные и вообще незаконные действия, но и за вредную для государства политику. Во Франции ответственность президента значительно уже, соответственно его *меньшей власти*; он отвечает только за государственную измену (haute trahison). При этом еще также отмечают (*Н. И. Лазаревский*, Лекции, 1913), что ответственность французского президента „практически невозможна", ибо хотя он и отвечает за государственную измену, но это постановление конституции осталось мертвою буквою, так как не было издано особого уголовного закона, определяющего понятие государственной измены и условий ответственности за это преступление, а так как нельзя наказывать за деяние, преступность которого законом не определена (nullum crimen sine lege), то невозможно подвергать ответственности президента за неопределенное законом понятие государственной измены (об ограниченной ответственности французского президента—также *К. Н. Соколов*, 301).

В этих соображениях упущено однако из виду, что, благодаря разрешению конституции, парламент может в любое время издать соответствующий закон, во всех подробностях определяющий условия и порядок ответственности президента,—а президент обязан будет этот закон обнародовать, и таким образом, парламент вправе организовать ответственность президента помимо его согласия, ибо конституция твердо установила его ответственность в ее основных, решающих моментах. Вот почему, хотя практически судебная ответственность президента не организована во Франции, но она отнюдь не „практически невозможна", и именно возможность ее заставляет французского президента выходить в отставку, если парламент того пожелает, как это было с президентом Греви в 1887 году, когда палата вотировала против кабинета и *требовала отставки Греви*, когда он вступился за своего зятя Вильсона, обвиняемого в продаже орденов

2. *Безсрочность.* Если бы монарх, подобно президенту, избирался на определенный срок, то над ним оказалась бы коллегия, его выбирающая, и тогда он перестал бы быть высшим органом. Коллегия, которая лишь на короткое время выпускает высшую власть в государстве из своих рук, а затем при жизни главы государства неизбежно вновь ее получает и отдает, кому пожелает,—такая коллегия, разумеется, была бы высшею властью в государстве Достаточно подумать о подавляющей правовой и политической силе французского парламента, выбирающего президента.

То же бывало во время священной Римской империи (до 1806 г.), когда над германским *императором* преобладала коллегия курфюрстов, т. е. князей, избиравших императора. Если формально власть императора все же была высшею, то потому, что эта власть была *пожизненною*,—и раз избранный, император уже выходил из зависимости от своих избирателей, которые не должны были вновь решать вопроса о его же власти: оставить ему ее на новый срок или передать другому лицу. В силу той же пожизненности продолжает держаться и независимость *папы* от избравших его кардиналов: будучи избран на всю жизнь, папа уже перестает зависеть от воли кардиналов. То же явление мы наблюдаем и в *завещательной* монархии, где престол передается по завещанию монарха: и здесь власть, от которой зависело вступление монарха на трон, прекращается одновременно со вступлением монарха на престол. Другими словами, во всех этих случаях монарх защищен от власти избирающего его органа или смертью избирающего (завещательная монархия), или своею пожизненностью,—точнее, неотъемлемостью своих прав,—т. е., вообще говоря, власть избирающего *прекращается*, как только *возникает* власть избранного.

В силу изложенного, обязательным признаком монархии является ее бессрочность, т. е. по крайней мере *пожизненность*. Срочных монархий до сих пор, насколько известно, не бывало. Но и пожизненность практически недостаточна для прочной и ясно выраженной монархии, и она в тенденции стремится стать наследственностью (*С. А. Котляревский*); поэтому избирательная монархия средних веков и нового времени в Англии, Венгрии и Польше фактически переходила в наследственную.

Итак, пожизненность является для монархии тем наименьшим сроком, при котором она может вообще существовать. Но если даже пожизненность является на практике недостаточным сроком для существования монархии, ибо пожизненность—это тот тонкий волосок, на котором еще только и может держаться избирательная монархия,—то уж во всяком случае пожизненность является тем *наименьшим* сроком, при котором мыслимо существование монархии: избрание монарха на меньший срок делает его зависимым от некоторой над ним стоящей, избирающей его власти, т. е. отнимает у него его основное качество высшего органа. Избрание на срок противоречит таким образом коренному признаку монарха, его качеству высшего органа: но оно противоречит также и его безответственности. Безответственность монарха, обеспеченная ему только в течение определенного срока, а после этого срока допускающая суд над монархом, привлечение его к уголовной ответственности, такая безответственность есть не что иное, как *отсроченная ответственность*, т. е. нельзя назвать власть монарха безответственною, раз он все-таки может быть подвергнут ответственности, хотя бы и по окончании того срока, на который он избран. Он не может ни сознавать себя ни действовать, как высший орган, раз он может подлежать суду после истечения срока своих полномочий.

Но нельзя также предположить, что хотя полномочия монарха даны ему на срок, но безответственность ему обеспечена навсегда, ибо такое положение и юридически и политически невозможно: во 1-х, как представить себе без непоправимого удара по престижу монарха, нескольких бывших монархов, ставших чьими-то подданными по прекращении своих полномочий; во 2-х, можно сказать заранее, что такая монархия, в действительности, не будет срочною, ибо монарх без труда может воспользоваться своею фактическою общественною силою и обеспеченною ему полной безответственностью, для превращения своей временной должности, по крайней мере в пожизненную Другими словами, если бы возможно было создать *срочную* монархию с *вечною* безответственностью монарха, то это значило бы заложить в самом законе страны неустранимое противоречие между *обязанностью* сложить временную власть и политическою неизбежностью ее *нарушения*, т. е. безответственность

обеспечила бы безнаказанность за переворот для захвата бессрочной власти; следовательно, самая срочность монархии была бы неосуществима.

Таким образом, безответственность может быть только на всю жизнь, т. е. пока существует безответственный орган, он не может быть подвергнут ответственности: это видно также из того, что и парламент, как целое, не ответствен в течение всего срока своего существования, и кроме того, он ни одного дня не существует и не может существовать иначе, как высший, а в силу этого и безответственный орган.

Итак, бессрочность монархии вытекает из положения монарха, как высшего и безответственного органа. Напротив, президент, как орган, ниже парламента стоящий, не может быть забронирован от парламента и от народа своею бессрочностью. Он не может обладать бессрочностью, когда ее лишен даже парламент, который, в идее, стоит выше президента, и тем не менее также избирается *на срок*.

Не трудно видеть, что срочность президентской власти вытекает из ее ответственности: почти невозможно привлечь к ответственности высшее должностное лицо республики, пока оно занимает свою должность, так что, еслибы оно еще и не на срок выбиралось и не возвращалось бы затем в ряды обыкновенных граждан, то оно было бы почти недосягаемо для суда и обвинения, т. е. безсрочность президентской власти явилась бы огромным препятствием к ее ответственности. Поэтому президент сохраняет свою власть только в течение определенного срока, по истечении которого он снова становится обыкновенным гражданином, сливается со своею остальною массою граждан. В одном отношении он, благодаря своему бывшему президентству, даже как бы умален в правах: он не может быть в некоторых странах снова избран. Так, в Португалии, по конституции 1911 г., президент, избираемый на 4 года, может быть переизбран только через 4 года после истечения срока своих полномочий. В С.-А. Соединенных Штатах, как и во Франции, президент может быть переизбран: так были переизбраны Вашингтон (1792), Вильсон (1916), и другие президенты в С. Штатах, и Греви (1885)—во Франции. Но со времени отказа Вашингтона от третьяго избрания (1796), конституционный обычай в Соединенных Штатах не позволяет президенту принять третье избрание.

3 *Абсолютное veto.* Если пожизненность и безсрочность являются обязательными признаками монархии, то другие два признака—право утверждения законов и роспуска парламента—являются правами обычными, но не необходимыми для монархии (naturalia, а не essentialia). Право утверждать законы, т. е., следовательно, право отказывать в их утверждении, вытекает также из установленного выше положения монарха, как органа, выше которого нет в государстве, Еслибы монарх не в праве был отказать в утверждении законопроекта, выработанного другою властью, то легко представить себе, что эта другая власть, напр., парламент, настаивает на таком законе, которым уничтожается самая монархия. Но, очевидно, что власть, которая имела бы силу заставить монарха подчиниться законам, выработанным ею одною, без его участия и даже помимо его воли, такая власть была бы высшею над монархом властью, раз от нее зависело бы даже самое существование власти монарха.

Возможно возражение, что монарх подчиняется *старым законам*, до него изданным, т. е. подчиняется над ним стоящей воле. Но эти законы созданы уже несуществующею властью, ибо не могут быть одновременно на лицо и прежний монарх, на эти законы согласившийся, и парламент, их одобривший. Следовательно, ныне-то нет живой, действующей власти, королю повелевающей, и потому он сохраняет свое положение, как высшего органа. Но еслибы он был обязан подчиняться актам власти, при нем существующей, то эта власть, разумеется, и была бы высшею, над ним поставленною

Если, таким образом, коренным отличием положения монарха является его право *абсолютного* (безусловного) veto, т. е. право утверждать законопроекты и отказывать в их утверждении, то у президента, напротив, может быть только *суспенсивное* (отлагательное) veto, т. е он может только раз отказать в обнародовании закона и вернуть его в парламент для нового обсуждения. Если потом парламент снова примет тот же закон, то он вступает в силу, даже вопреки воле президента; при этом вторичном голосовании закона, требуется в Соединенных Штатах уже две трети голосов в каждой палате парламента; во Франции же, где у президента даже нет полноценного права veto (хотя бы суспенсивного), даже этого усиленного большинства не требуется.

Это различие между правом veto в монархии и в республике очень существенно, и оно вытекает из того, что монарх есть равноправный, равномочный с парламентом участник в законодательстве, и без его согласия, акты парламента—только проекты закона, но не законы. В республике же, законодательная власть принадлежит только парламенту, а президент в этой власти ни равной, ни меньшей доли не имеет (хотя буква американской конституции с этим расходится, о чем ниже); в сущности президент может только задержать вступление закона в действие, помешать ему начать немедленно действовать, но если парламент настаивает, то закон получает полную силу и вопреки воле президента.

Исключением среди монархий, в отношении права veto, является Норвегия, где король имеет *отлагательное* veto: в 1821 г, стал законом, вопреки воле короля, дважды отвергнутый королем, законопроект об упразднении дворянства, после того, как парламент в третий раз принял его. Равным образом, в Англии король уже с 1707 г. не отказал ни разу в утверждении законопроекта, принятого парламентом. В этом нет ничего удивительного, так как даже в менее свободных странах, как Пруссия и Австрия, короли почти ни разу не отказывали в утверждении парламентских законопроектов, и даже у нас за 1906—1917 г.г. Николай II отказал в утверждонии только двух законопроектов, принятых уже обеими палатами: об отпуске средств на содержание морского генерального штаба в 1909 г. и об отмене ограничений, связанных с лишением или снятием духовного сана в 1911 г.

Но дело в том, что одна возможность для монарха воспользоваться своим абсолютным veto парализует энергию свободного политического творчества парламента,—в виду явной безнадежности многих актов этого творчества, если они попадут на утверждение монарха, имеющего власть по своему усмотрению отвергнуть любой законопроект парламента.

Известно, что даже в Англии Георг III и Георг IV задержали на 28 лет уравнение католиков в правах (1829 г.). Что же касается Норвегии и Англии, то республиканский дух многих учреждений в этих странах не подлежит сомнению, и ясно, что отлагательное veto есть учреждение

республиканское, вытекающее из устранения главы государства от решающей роли в делах законодательства,— что противоречит монархическому стилю государственного здания, ибо монарх, как высший орган государства, не может играть подчиненной роли в законодательстве и подчиняться законам, изданным без его согласия и даже вопреки его воле.

Но в отношении Англии надо иметь в виду и то, что право veto короля еще далеко не вполне уничтожилось. Во I-х, публичные права не знают юридической давности (*Еллинек*), а только давность политическую, и право не умирает от одного непользования им: как мотивирует Анджело у Пушкина воскрешение закона, долго бездействовавшего,—„закон не умирал; он был лишь в усыпленьи, теперь воспрянул он!“ Во-**х**, пользование правом veto продолжается в отношении законопроектов, принятых в колониях Англии, а при благоприятных условиях veto может быть воскрешено и в других областях, особенно в случае посягательства на права короны. „Авторы трудов об английском праве, говорит *Еллинек*, 504, постоянно утверждают, что корона потеряла свое право veto „*by disuse*“ (вследствие неупотребления); но такое утверждение могло явиться продуктом только совершенно не-юридического мышления. Своим правом изъявлять *согласие* на законодательные проекты она всегда пользовалась. В случае же отказа в royal assent, (королевское согласие), необходимом по английскому праву для всякого закона, кто мог бы заменить его, не узурпируя прав короля? *Бедджот*..., явно преувеличивая, говорит о королеве Виктории, что она „должна была бы подписать свой собственный смертный приговор, если бы это было единогласно предложено ей обеими палатами“. Это не соответствует и политическому положению дела. Кто мог бы вообще принудить короля к чему бы то ни было“?

Королевское veto сохранилось бы даже и в том случае, если бы был принят предложенный в 1892 г. бельгийским королем референдум для тех законопроектов, которых он не пожелает утвердить. Этот референдум призван был поддержать авторитет короны, не имеющей достаточно самостоятельной силы для отказа в утверждении законопроектов, одобренных парламентом: не имея силы для отказа в санкции, король задерживает законопроект, не давая ему

утверждения и обращаясь к народу, когда он уверен в нежелании народа утвердить данный законопроект. Формально создавалось бы такое положение, что не король уничтожил неугодный ему законопроект, а сам народ. Таким путем пристиж короля защищался бы от критики врагов короны, а вмешательство короля и задерживание непопулярных актов парламента должно было оживить „королевскую прерогативу“ и доставить ей новых друзей в народе. Но этот план, как и большинство компромиссов подобного рода, по справедливому замечанию Ливия, neque amicos parat neque inimicos tollit (не приносит друзей и не устраняет врагов), именно потому, что королевская санкция остается здесь все же в достаточно сильной роли. Там, где король сам не решится пойти против парламента, он легко сделает это, пользуясь правом передать вопрос на решение народа, т. е. его право veto таким путем не уничтожается, а получает только своеобразную постановку: воля короля может быть по силе своей противопоставлена воле парламента, как *равноценная* ей воля, и от народа зависит отдать предпочтение одной из этих двух воль, как более правильной для данного случая.

Что касается Норвегии, то, как мы видели, ее конституция (1814 г., ст. 112) не признает за королем абсолютного veto в делах законодательства, а дает ему только право суспенсивного veto. В этом пункте конституция Норвегии совпадает с французскою конституциею 1791 г., с испанскою 1812 г. и с португальскою 1822 г.:—всё конституции монархические по форме и республиканские по существу, ибо предоставляли парламенту власть над королем, т. е. король не был в них высшим органом; напр., как мы видели, конституция 1791 г. создала особое понятие легального отречения от престола: король считается отрекшимся от престола, если откажется принести присягу, или будет участвовать в войне против Франции и т. д.; в таком случае король как бы сам отрекается от престола,—но это есть в существе своем *низложение короля* законодательным корпусом (гл. VII, § 1; *В. М. Гессен*, 157).

Разумеется, при такой власти парламента над королем, не может быть речи о монархии в данной стране: в ней республиканская сущность лишь прикрыта прозрачною монархическою оболочкою. Республиканская природа этих кон-

ституций выступает также и в том, что в них верховным и при том единственно верховным органом признается лишь *народ*. Король и парламент—только представители народа; они—не высшие органы государства, а только уполномоченные высшего органа: в случае спора между ними, они должны обращаться к единственному суверену, народу, и он укажет, кто из обоих его представителей прав в возникшем споре. Поэтому, по Норвежской конституции, всякий *закон*, на который не согласен король, должен быть принят тремя очередными стортингами, после *трех* последовательных *выборов*, т. е. народ должен трижды выразить свое согласие на законопроект, принятый парламентом (ст. 79), а при детальных изменениях *конституции—дважды*, путем двух последовательных выборов в стортинг (ст. 112)

По мнению *Еллинека*, 506, „наличность и пределы королевского veto при изменениях *конституции* являются в Норвегии спорными как теоретически, так и на практике... Против права санкции говорит то соображение, что образцом для норвежского основного закона послужила французская конституция 1791 г.... На наш взгляд следует, однако, при всех обстоятельствах признать правильными соображения Бернацика, который... *приписывает королю абсолютное* veto по отношению ко всем вотумам стортинга, касающимся самого *понятия королевской власти*, так что спорная область должна быть ограничена всеми другими решениями стортинга, направленными на изменение конституции. Заключительная статья конституции (ст. 112), которая воспрещает всякие изменение, противоречащия принципам конституции, только в этом смысле и может быть истолкована, ибо только такое толкование ее не противоречит существу монархии".—Во всяком случае, фактически король во время конфликта со стортингом в 1884 г. требовал себе абсолютного veto при изменениях конституции (*T. H. Aschehoug*, 204).

Что же касается обыкновенных, не конституционных законов, то в конституции Норвегии, с дисгармоническою для монархии яркостью проведен принцип народного суверенитета; там речь идет не столько о преобладании парламента над короною, сколько о *преобладании народа над ними обоими*, и в случае их спора, призывается, в роли судьи между ними, сам народ. Между тем в республике

между президентом и парламентом, как неравноправными элементами конституции, весьма трудно юридически конструировать правовой конфликт даже в Соединенных Штатах, — где президента во многих отношениях стремились уравнять с палатами, дав ему „право мешать“ им: — даже там, если президент не согласен с законопроектом парламента, он извещает об этомъ палаты, и дело передается на решение не народа, а самого парламента. Если тот же парламент настаивает, т. е. еще раз принимает законопроект большинством двух третей голосов каждой палаты, то он становится законом даже вопреки воле президента. В изменении же конституционных законов президент и вовсе не участвует. То же самое происходит во Франции: президент не в праве отказывать в утверждении закона, принятого парламентом; он в праве лишь вернуть закон для нового обсуждения; если парламент вновь его принимает, — обыкновенным, а не усиленным большинством голосов, — закон должен быть опубликован президентом; президенту даже назначен в конституции определенный срок в 30 дней для обнародования закона, а в неотложных случаях он обязан опубликовать закон в 3 дня, если так постановит парламент (ст. 7 конституционного закона 16 июля 1875 г.).

Устранение президента от активного законодательства объясняется тем, что не только во Франции, но и в Соединенных Штатах палаты выше президента, который *не является составною частью верховной власти вообще*, и законодательной в особенности. Если конституция Соединенных Штатов говорит об „одобрении“ президентом „законопроекта“, после чего лишь он становится законом, то, как выяснено выше, эти словесные обозначения (ст. I разд. VII конституции) не соответствуют реальному значению президента в законодательном процессе. Как справедливо замечает по другому поводу *Еллинек*, научная критика не должна слепо подчиняться тексту конституции, объяснимому теперь только с исторической точки зрения. В данном случае американская конституция следовала английской юридической терминологии; по существу же она устранила президента от законодательной власти в первой же статье первого раздела конституции: „*Вся законодательная власть*, здесь установленная, будет предоставлена *конгрессу* Соединенных Штатов, который будет состоять из сената и палаты представителей“.

Легко видеть, однако, что и суспенсивное veto, данное президенту, может иметь значительную *политическую* силу: если президент обладает политическим весом, то его отлагательное veto может оказаться сильнее, чем абсолютное veto короля, лишенного политической силы в своей стране, как мы это видим на примере Англии и Соединенных Штатов. Если же президент политически слаб, то это приводит к тому, что во Франции президент ни разу не воспользовался своим правом требовать нового обсуждения закона (что даже не есть право отлагательного veto, ибо *положительное* согласие президента на закон вовсе и не требуется): это происходит потому, что для предъявления такого требования парламенту, президент должен получить от соответственного министра согласие на это требование, в виде скрепы министра, ибо без такой скрепы приказы президента не могут быть исполнены. Между тем министр, ответственный пред парламентом, конечно, не может дать такой скрепы для противодействия закону, принятому тою самою палатою, к большинству которой он сам принадлежит; министр, который дал бы подобную скрепу, немедленно был бы вынужден выйти в отставку вместе со всеми другими министрами, образующими солидарное между собою правительство (*В. Орландо*, 182).

Но если во Франции президент не может фактически воспользоваться своим правом задержать закон, которого он не одобряет, то в Соединенных Штатах президент этим правом пользовался довольно часто: 433 раза за 100 лет, при чем только 7% этих задержанных президентом законопроектов были потом вторично приняты парламентом, а остальные 93% так и не вступили в жизнь, ибо потеряли смысл, остроту или цель. Разумеется, это дает президенту значительное влияние на конгресс (парламент); обычно, однако, только в вопросах менее важных, где парламент не настаивает, последнее слово фактически остается нередко за президентом,—но в важных, принципиальных случаях достаточно парламенту настаивать—и создается то усиленное большинство, которое необходимо для осуществления задержанной президентом меры; так было, напр., во время президентства Джонсона (1865—69), проводившего путем veto рабовладельческую политику, но неизменно отступавшего пред энергическими подтверждениями конгресса, ко-

торый усиленным большинством вновь принимал задержанные Джонсоном законопроекты, и они становились законами вопреки его воле.

Таким образом, одно из важнейших отличий монарха от президента сводится к их различной роли в делах законодательства: в то время, как король является обязательным участником во всяком законодательном акте, и без положительного согласия короля закон не может иметь силы,— президент прямо устраняется от положительного участия в законодательстве: как общее правило, *король имеет абсолютное veto, а президент—не более, чем отлагательное.*

На ряду с отлагательным veto, которое заставляет президента подчиняться категорически повторенному желанию парламента, существует еще и другая особенность его положения в делах законодательных; мы имем в виду его полное подчинение парламенту в делах *конституционного* законодательства. Если бы парламент пожелал даже упразднить самую должность президента, т. е. в корне преобразовать конституцию, парламент может это сделать самостоятельно, и президент не может даже путем отлагательного veto в этом участвовать (*Еллинек*). В Соединенных Штатах конституция изменяется по воле двух третей каждой из обеих палат парламента и трех четвертей всех парламентов или учредительных собраний отдельных штатов, а во Франци конституцию в праве изменить лишь национальное собрание, т. е. общее собрание обеих палат парламента по большинству голосов,—президент же в обоих случаях не может ни парализовать, ни задержать ни одного конституционного изменения, в том числе изменяющего или упраздняющего самую президентскую должность. Прямо противоположное положение мы находим в монархии, где монарх не только обязательно участвует в создании обыкновенных законов, но особая роль, часто еще бо́льшая, ему принадлежит в конституционном законодательстве: во всяком случае, он непременный, даже в Норвегии, участник учредительной власти, т. е. права изменять конституцию, в том числе и положение короля в государстве.

Греческая конституция 1864 г., ст. 107, совершенно запрещает общий пересмотр конституции (как будто это запрещение можно чем-нибудь обеспечить от нарушения, если органы учредительной власти решили этим запреще-

нием пренебречь); только *частичный* пересмотр, т. е. изменение некоторых определенных статей конституции, и при том *не основных* статей, считается допустимым. Из этого, нам думается, не следует, что в Греции „конституционный пересмотр совершается помимо короля“ (*С. А. Котляревский*, Власть и право, 239). Как мы только-что видели, общего пересмотра и пересмотра основных положений греческой конституции не может предпринять никто, ибо конституция никому не дает этого права. Следовательно, прежде всего, по конституци, *основное* положение короля не может быть без его участия правовым путем поколеблено. Что же касается *не основных* статей конституции, то на деле всякие вообще изменения конституции, затрагивающие как основные, так и не основные ее элементы, производились *при участии короля*: в 1911 г. король Георг I утвердил изменения конституции, принятые учредительным собранием, о признании литературного, а не разговорного языка, оффициальным языком государства; о запрещеии офицерам выставлять свои кандитатуры на выборах в парламент; о несменяемости прокуратуры и пр.

Таким образом, король является обязательным участником учредительной власти, и положение короля без его согласия изменено быть не может. Этим и объясняется тот факт, что переход от монархии к республике совершался до сих пор в Европе только путем революции, так как король добровольно не соглашался на отмену монархической власти, как бы ограничена эта власть на деле ни была.

4. *Роспуск парламента.* Обычным правом монарха в конституционном государстве, будь оно дуалистическое или парламентарное, является право роспуска парламента, т. е. право до срока *прекращать* полномочия парламента и назначать выборы нового парламента. Исключение составляет Норвегия, где права роспуска у короля нет, а есть лишь право закрывать сессию парламента (стортинга) через два месяца после ее открытия, т. е. право устанавливать сроки *перерывов* занятий парламента; впрочем, король может закрыть и раньше стортинг, созванный им на *чрезвычайную* сессию.

Возможность для короля распустить в удобное для него время парламент (чаще всего-нижнюю его палату) влечет за собою значительное его влияние на ход работ палаты: в 1835 г. палата общин в своем адресе королю выразила со-

жаление, что роспуском предыдущего парламента было прервано и подвергнуто опасностям движение ряда реформ, отвечавших настойчивым и справедливым желаниям народа.

Право роспуска парламента, как и все другие вышеуказанные права монарха, также вытекает из положения монарха, как высшего органа: если бы, в конфликтах с парламентом, он всегда должен был уступать, он утратил бы положение высшего органа, так как признавал бы волю парламента высшею. Между тем, в конституционном государстве воля парламента и воля монарха юридически равноценны, кто бы из них фактически ни преобладал; следовательно, в конфликтах никто из них не должен подчиняться другому. Если они сами не в состоянии найти выход путем компромисса, остается путь обращения к третьей силе, избирателям, за разрешением спора; этим путем сохраняется формальная равноценность обоих высших органов, короля и парламента. Путем роспуска король защищает свое положение, как высшего органа, ибо, имея власть отвергать законы, парламент может остановить законодательную деятельность государства даже в дуалистическом режиме и этим путем получить преобладание над королем, — а в парламентарном режиме парламент, путем свержения министерства, получает возможность навязывать королю неугодное ему правительство, т. е. также получить подавляющее, даже правовое преобладание над королем. Право роспуска, таким образом, имеет то значение, что в дуалистическом режиме принуждает парламент к компромиссу с королем, а в парламентарном режиме до некоторой степени ограждает короля от навязываемого ему парламентом министерства, т. е. стремится защищать короля от обоих путей, ведущих парламент к преобладанию над королем, т. е. к низведению короля с положения высшего органа на степень подчиненного и зависимого.

Обращаясь к положению президента, мы видим, что он, по общему правилу, права роспуска парламента не имеет; это потому, что воля президента, в отличие от воли короля, не равноценна воле парламента, а ниже ее. Президент Соединенных Штатов права роспуска не имеет. Французский президент не может распустить верхнюю палату, сенат; нижнюю палату он в праве распустить лишь с согласия сената, но фактически этим правом президент не пользуется

с самого начала существования современной французской конституции 1875 года, т. е. с 1877 г., когда президент Мак-Магон, из политических расчетов, распустил парламент и вызвал в общество бурю негодования, заставившую его отказаться от своей политики и выйти въ отставку (*Ш. Сеньобос*, 136; *К. Пельтан*, 287—295).

Таким образом, во Франции президент сам по себе права роспуска не имеет, а он может распустить палату депутатов, только действуя вместе с сенатом, т. е. только в случае расхождения или *конфликта сената с палатою депутатов* президент в силах распустить палату. Следовательно, право роспуска принадлежит во Франции президенту вместе с сенатом, а *у одного президента этого права нет*. Это приводит к тому, что там право роспуска почти неосуществимо. Чтобы еще больше подорвать это право, закон вводит ряд ограничений власти президента после роспуска, на все то время, пока соберется новая палата. Прежде всего, он не в праве своею властью открывать дополнительные и чрезвычайные кредиты,—хотя нормально в промежутке между сессиями он имеет право на это (законы 1878 и 1879 г.г.). Затем, в случае незаконного роспуска парламента, все генеральные советы Франции (соответствующие русским губернским земским собраниям), собираются сами, по собственному праву, и выбирают каждое по два делегата, из которых составляется особое собрание для временного управления всем государствам, а сами советы обеспечивают общественный порядок на местах (*Loi Trévenienne*, 1872 г.).

Таковы главнейшие особенности и различия в положении главы государства монархического и республиканского. Двум *необходимым* признакам монархии, безответственности и бессрочности, соответствуют ответственность и срочность президентской власти; двум *обычным* признакам монархии, праву абсолютнаго veto и роспуска парламента, соответствует отсутствие этих признаков у президентской власти. Можно указать и другие признаки, менее постоянные, хотя обычно отличающие монархию от республики. Так, обычно, но не всегда, право объявления *войны* и заключения *мира* в монархиях принадлежит монарху, а в республиках—палатам. Затем, в монархиях особа главы государства окружена особым *блеском*, влекущим весьма значительный цивильный лист короля, т. е. государственные расходы на

монархию; в республике президент не окружается такою пышностью, и его небольшое жалованье вполне гармонирует с основным принципом демократии—*простотою*, которая одна позволяет видеть вещи в их истинном свете и освещает гражданам их истинные права и обязанности в государственном общении.

Несколько в стороне от разсмотренных типов республиканского главы государства стоит президент Швейцарии. Он избирается, как и все министры Швейцарии, парламентом, т. е. союзным собранием, но в отличие от других министров, избираемых на 3 года, президент выбирается из их среды на 1 год и не может быть переизбран на новый срок. *Он не является главою государства* и не в праве совершать никаких актов государственной власти, которые могли бы создать какие-либо обязательства для его государства, т. е, в отличие от французского или американского президента, он лишен права международно-правового представительства. Он только председатель совета министров и председательствует на всякого рода национальных торжествах; но его власть и его ответственность не больше власти и ответственности других министров, и заведывает он теперь любым из 7 министерств швейцарского союза, а не только внешнею политикою, как это было до 1888 года. Таким образом, в силу сказанного, главою государства в Швейцарии является не президент, а совет министров, т. е. союзный совет, которому принадлежит право международно-правового представительства.

ДОПОЛНЕНИЕ.

1. Гл. I, § 4, стр. 14. Интересно сопоставить с задачами, которые себе ставит современное государство, те критерии и цели, которые руководили деятелями „просвещенного абсолютизма“ XVIII в., — в частности, их главную идею о salus publica, общественном благе, как верховной цели и высшем критерии государственной власти: *K. Wolzendorf*, Aufklärung und Polizeistaat, Zeitschrift f. d. gesamte Staatswissenschaft, herausgegeb. von *K. Bücher*, 3 Mai 1917, IV Heft, S. 525 f. f. — Ценное освещение с социологической точки зрения некоторых правовых институтов, ограждающих общественный интерес, в особенности народного представительства, разделения властей и личной свободы,—в той же Zeitschrift *К. Бюхера*, 1914 г., IV, *Karl Lamp*, Die Grundlagen der modernen Staatsidee, S. 581—587.

2. Гл. II, § 1, стр. 15. О праве *распоряжения* государственною территориею—новая работа *Fr. Giese*, „Verfügungen“ über deutsches Staatsgebiet, Archiv des öffentl. Rechts, 1917, II, S. 181—189 f. f., где *уступка* территории рассматривается, как особого рода публично-правовое *обязательство*, а не передача *объекта*.

3. Гл. IV, § 2, стр. 48. Согласно изложенному, социология, во-первых, изучает все действующее право, как *социальный фактор*, т. е., как один из *элементов* общественности, как *часть* ее, а не замкнутую в себе систему (в отличие от учения о праве в *объективном* смысле). Во-вторых, социология изучает

индивидуальное право, как своеобразную *возможность*, открытую пред людьми, как особый *мотив*, определяющий их действия, наряду с другими мотивами и возможностями, но не как *единственный* мотив, подлежащий изучению, не как *единственную*, специально-обусловленную возможность, которою исчерпывается задача данной науки (в отличие от учения о праве в *субъективном* смысле).

4. Гл. V, § 3, 4, стр. 63. Решительное признание принцип непрерывности права получил в германской революции 1918—1919 гг., как для общегерманского права, так и для партикулярного, местного права отдельных германских государств.

5. Гл. X, § 3, 2. По вопросу о социальных источниках министериализма, интересно сравнить две работы *Спенсера*, разделенные полувеком: *Герб. Спенсер*, Научные, политические и философские опыты, т. I, Социальный организм, Спб., 1866, стр. 453, и *его же*, Факты и комментарии, Спб, 1903, стр. 49—50 и сл. В первой работе *Спенсер* выводит власть министерства из его *знания* политической жизни: это знание дает ему такую силу влияния на суждения и распоряжения короля, что он скоро становится как бы автоматическим центром, отражающим полученные им впечатления. В последней же работе, *Спенсер*, покидая почву органологических сравнений, выводит усиление министерства из развивающегося в Англии империализма: наблюдается своеобразное оживление варварства в английском обществе (*реварваризация*) и увлечение военною организациею во всех органах управления, которые всё более примыкают к военному типу (*регламентация*). Все это движение *Спенсер* объединяет понятием империализма, и доказывает, что оно угрожает индивидуальной и общественной свободе Англии.

6. Гл. XI, § 6, 3, стр. 207. Интересно, что новейшая временная конституция Баварии 1919 года вводит *народное голосование законов* при следующих условиях. Если законопроект ландтага (парламента) не будет утвержден правительством, то законопроект передается на народное голосование,— и если народ его *отвергнет*, то не только падает законопроект, но и распускается ландтаг, оказавшийся в дисгармонии с настроением народа. Если же народ *утвердит* законопроект, то выходит в отставку правительство, дисгар-

монирующее с волею народа. Таким образом, народ здесь является судьею между правительством и парламентом.

7. Гл. XI, § 6, 3, стр. 205. В 1917 году Врем. Правительство восстановило отвергнутый в 1911 году законопроект и провело отмену ограничений в правах белого духовенства и монашествующих, добровольно сложивших с себя духовный сан или лишенных его по суду (постан. 25 марта 1917 г., Сборник указов и постановлений Вр. Правительства, вып. I, отд. II, стр. 69; собр. узак., 1917, ст. 407).

8. Гл. XI, § 6, 3, стр. 209. В Женевской республике законы, выработанные парламентом по собственной его инициативе, должны быть переданы правительству для опубликования; но правительство, как глава государства, в праве в течение 6 месяцев не опубликовывать закона, если оно с ним несогласно, и вместе со своими возражениями возвратить его в тот же 6-месячный срок парламенту для нового обсуждения. Если затем парламент снова примет тот же текст закона, правительство обязано немедленно его опубликовать и привести в действие (конституция Женевы 1847 г., ст. ст. 53—54).

УКАЗАТЕЛЬ.

А.

Абсолютизм, 16, 27, 29, 41, 51, 67, 74, 89, 107, 108, 121, 132—3, 140—1, 144, 149—150, 151, 152 сл., 165, 187, 188, 193, 195 сл.
Абсентеизм, 182.
Абстракция, 2, 69, 82, 98.
Австралия, 93, 94. 178
Австрия, 60, 125, 205.
Автономия, 22, 142—144; автономия власти, 75, 77.
Авторитет власти, 20, 116 сл., 134, 161—163.
Адвокатура, 87, 179.
Adhésion (*у Орю*), 74.
Административная власть, 121, 129, 172; админ. акт, 53, 121, 196.
Agents (*у Дюги*), 71—72.
Активное гражданство, 15—16, 73—78, 88—96, 165—170 сл.; активные права, 15—16.
Акты власти, 22, 66, 67, 68 сл., 88—96, 113—114, 126—127, 128—129, 133—5, 138
Алексеев А. С., V, 50, 132, 189, 190.
Аляска, 93.
Аналогия, 103, 203.
Анархизм, 44
Англия, 24, 28, 54, 57, 59, 89, 91, 106, 133, 138, 140, 144, 146—7, 150—53, 156—162, 165, 166, 167—9, 170, 178, 181, 183, 189, 190, 191, 197—9, 205, 210, дополн. 5.
Аннексия, 125.
Антисемитизм, 185.
Античное государство, 16, 23, 31, 37, 164.
Аппенцель, 150, 171.
Аристократия, 28, 34, 36, 37, 144, 150, 187.
Аристотель, 16, 23.
Армия, 5—6, 18, 20, 27, 36, 37, 76, 86, 100, 111, 112, 151, 187; иностранная армия, 6, 36.
Аттрибуты суверенной власти, 119—131.
Аутентическое толкование, 53.
Афины: происхождение афинского государства, 33—34, 37.

Б.

Бавария, 79, 120, 122, 143, 156.
Баден, 89.
Баллотировка, см. Голосование.
Барон Ю. 50.
Бебель Авг., 44, 185.
Беджгот В., 142, 159.
Безответственность, 85; безответственность монарха, 54—55, 85, 189, 191—192, 197—203.
Безопасность, 7, 11.
Бельгия, 92, 141, 145, 146, 150, 170, 181, 195, 198, 206.
Бенефиций (у *Орю*), 75.
Бернацик Эд., 64, 99, 189, 192, 194, 208.
Бертелеми А., 64, 70, 72, 83; 189 (*Иос*).
Бессмертие государства, 62—63, 126—130.
Бесспорные идеи (у *Орю*), 73, 75—77.
Бессрочная власть, 85, 94 сл., 106, 109, 146, 191, 201—3.
Билль, об опале (bill of attainder), 191; см. закон и законопроект.
Биндер Ю., 64, 78, 79, 83, 84.
Блекстон В., 25, 121, 126.

Блеск (монархии), 214.
Блюнчли И. К., VI.
Бог, Божьею милостью, 23, 24, 26, 105, 195—7.
Боден Ж., 116.
Божественная теория, см. теологическая теория.
Бойкот, 12.
Болгария, 117—118, 120—121.
Большинство, 58, 161—162, 173, 187—8, 193.
Бомануар Ф., 116
Боржо Ш., 25, 132
Борнган К., 14, 116, 132.
Борьба классов, 1, 7—14, 37, 40 сл., 187.
Босния, 125.
Брайс Дж, 132, 142.
Брак, 29, 30, 110, 186
Бруза Е., 142, 197.
Буржуазия, 13, 37, 153.
Бюджет, 153, 171, 172, 177, 180
Бюрократия, 16, 20, 151, 155, 187.
Бюхер К, 217.

В.

Вальтер К, 189
Варварство, дополн 5.
Вассалитет, 117—118.
Васьковский Е. В., 50.
Вездесущность власти, 123.
Великобритания, см. Англия.
Венгрия, 140, 150, 165, 190, 201.
Венеция, 133, 149, 150, 158.
Верховенство, верховная власть, 20, 22, 24, 51, 60—63, 71, 116—132, 133, 149—50, 171, 172, 196 сл.
Верховенство права, 120.
Вето, 147—8, 157; народное вето, 173—174; veto губернатора, 178; в. суспенсивное (отлагательное) и абсолютное (окончательное), 204—212.
Вече, 164—165.
Вечность государства, 126—130.
Виктория, 146, 147, 206.
Вильгельм III Оранский, 89, 191.
Вильгельм IV Прусский, 27, 60.
Вильсон В., VI, 142.
Вино, 188.
Виндшейд Берн„ 50.
Виноградов П. Г., V, 50.
Владение, 130.
Власть, 2, 3, 14, 17—22, 30—32, 36, 42—44, 47, 48, 61—63, 70—72, 75—78 (*Ориу*), 78 сл, 81, 85—96 сл., 102—109, 116—132, 132—141, 143—6, 149—151 сл., 155—160, 164 сл., 165—188 (власть народа)
Внешняя политика, см. международная политика.
Военная служба, 5—6, 34, 40, 111, в организация, дополн 5.
Вождь, 30, 91
Война, 6, 12, 15, 30, 33, 35 сл., 60; 68, 118, 122, 147, 150, 158, 214; война гражданская, 10—14, 122, 175, 187—8; война европейская 1914—1918 г., VII—VIII, 14, 158; военный разгром, 6.
Войско, 5—6, 18, 36, 37, 63, 76, 86, 100, 111, 112, 151, 155.
Вольтман Л., I.
Вольцендорф К., дополн. 1.
Воля, 26, 56, 68 сл, 70, 193 сл., 73—78 (общая в), 80 (воля органа), 85 сл (воля представителя), 98—100, 103—109, 152 сл; воля народа, 165—188
Восстание, 9, 11, 24, 26, 118, 122, см революция.
Вотчина, 27.
Временное правительство 1917 г., 53, 91, дополн. 7.
Всемогущество, 125—126.
Всеобщее избирательное право, 186—7.
Вторичный орган, 103.
Выборность президента, 190.
Выборы, 15, 16, 57, 60—61, 91, 94—96, 136, 137, 161, 162—3, 167—9, 178—180.
Высший орган, 195—9, 201 сл.

Г.

Гаагская конвенция, 12.
Галлер К. Л, 27, 67.
Гарантии прав, 17
Гармония воль, 76, 105, 152—166, 185 206, 219.
Гартог Л., 142.
Гауеман И, 116.

Гачек Ю, VI, 14, 156
Гейльборн П, 116, 120.
Гельдер Э, 64, 78 — 79, 83, 84.
Генеральные штаты, 86, г. советы (во Франции), 214
Георг I (в Греции), 212
Георг III, 156, 205.
Германия, 28, 59 — 60, 91, 117, 120, 121—122, 123, 141, 143, 150—1, 153, 155, 164, 190, 194, 201, дополн. 4.
Германцы, 34, 35 — 36
Героический период, 33.
Герцеговина, 125.
Гессен В. М, V, 44, 106, 116, 142, 189, 191 — 192, 207.
Гизе Фр., 217.
Гирке Отто, 64, 68, 84
Глава государства, 70, 110, 125, 134, 151, 189 — 215. 219, см. монарх и президент.
Гладстон, 147.
Гларус, 171.
Гнейст Руд, 23, 39 — 40.
Гоббс Т., 25, 130.
Голландия, 5, 150, 190.
Голосование. 58, 74, 94, 173, 177, 180—186.
Голштиния, 60, 125
Горенберг М. Б, 189.
Город-государство, 31, 164.
Гос Е. и *Ганзен Г*, 142.
Господство, 9, 18. 19, 20 сл., 37 сл., 70 — 71, 140, 152 — 6, 160, 170.
Госуд. Дума 60, 61, 63, 91, 152,
Государство, его сущность 1 — 14; г., как идея, как переживание 2 — 3; его цель, 3; его оправдание, 7; его задачи, 8, 9, дополн. 1; двойственность его роли, 7—9; 49; г., как судья, как представитель общества 7, 49; г., как замиренная среда, 9; требования к г., 9; г. и право, 9, 22; его элементы, 14 — 22; г., как источник права, 22; отличие г. от общины, 22; происхождение г, 23; обоснование г., 23; функции г., 40 — 42 сл.; методы изучения, 44 — 50; источники права г., 50 — 63; юридическая природа г. и его органы, 64—116; имущество государственное, 92 —93, 125; правог., 4, 46 — 50, 66.
Грабарь В. Э., 116.
Градовский А. Д., V, 50.
Гражданин, 3, 5, 16, 24 — 26, 34, 50, 51, 52, 63, 81. 97, 120, 155.
Гражданская свобода, 11, 16, 132, 133, 165 — 170, 218.
Гражданская ответственность, 191,
Гражданский брак, 186.
Гражданское право; 56 — 57, 66, 87, 88, 189, 198; гражд. право Швейцарии, 52, 56, 182.
Греви, 200.
Греция, 164 (античная); (современная), 211 — 212.
Гроций Гуго, 68.
Группа социальная, 3, 8, 11, 18, 20, 41, 103.
Губернатор, 179
Gouvernants (у *Дюги*), 71 — 72.
Гумплович Люд., 11, 21, 23, 30 — 32, 37, 44.

Д.

Давление (на выборах), 154; давление народа на власть, 166 — 170 сл.,
Давность, 109, 124, 130 — 1, 206.
Дайси А. В, V, 50, 59, 132.
Дания, 142.
Дантон, 5.
Двоевластие, 15.
Дворянство, 36, 37
Двухпалатная система, 168—9, 181, 214.
Дебаты, 168, 171.
Дееспособность, 66, 68, 78 — 80, 81 — 83, 87 — 96, 102 — 109.
Действительность правовая, 2, 3, 17, 18, 45 сл, 53 — 54 сл., 90, 98, 131.
Действия правовые, 18, 53 — 54 сл., 66 сл., 85 — 96.
Декреты 1917—9 г.г., 136 — 8, 180.
Делегация, 26, 27, 75, 84 — 86 сл., 109 — 110.
Деловое министерство, 172
Демократическая республика, 170 — 188.
Демократия, 15, 90 — 91, 93, 94, 108, 168, 170, 187.
Демонстрация силы, 21.

Деньги, 18.
Депутат, 85, 86, 103, 148, 149, 154, 163, 166 — 9, 182—184.
Дернбург Г., 68.
Децентрализация, 111, 143—144.
Джефсон Г., 142, 167, 168.
Дженкс Эд., 23.
Джонсон Эндрью, 210.
Диалектика, 48, 156, 158 — 9,
Дигесты, 23.
Диктатура, 159, 187.
Диог, 184.
Дипломатия, 155.
Диспозитивное право, 55 — 56.
Дисциплинарная власть, 112.
Догматика (права), 4, 44 — 50.
Договор, 25, 87, 129, 140, 149, 177.
Договорная теория, 24 — 27, 31.
Долгий парламент, 153.
Должное и сущее, 4, 22, 45, 48, 131 — 2.
Должностное лицо, 22, 53 — 54, 164.
Должность, 80, 129 — 130, см. должностное лицо и орган.
Dominium eminens и supereminens, 92.
Домовладыка, 42.
Допущение к власти, 62 — 63, 123, 124.
Дрэпер Вил., 127.
Дуализм, 150 — 156, 188, 213.
Духовенство, 36, 86, 205, 219, см церковь.
Дюги Л., VI, 1, 14, 23, 64, 70 — 72, 78, 83, 84, 88, 97, 114, 116, 118, 132, 134, 142, 189.
Дюнан А., 142, 177.
Дюринг Евг, 1, 30.

Е.

Египет, 5.
Единомыслие, 152 — 164.
Единообразие поведения, 53.
Единство общества, власти, 4 — 7 сл., 24, 25, 30, 41 — 43, 66, 72, 73 — 8, 81, 96, 97, 109, 111 — 13, 122—5, 127.
Елистратов А. И., V, 64, 78, 114.
Еллинек Г., VI, 1, 14, 22, 23, 25, 30, 33, 38, 39, 44, 50, 64, 68 — 71, 82 — 84, 99, 101, 103, 116, 132, 142, 147, 149, 161, 162 — 3, 189, 193, 194, 195, 206, 209, 211.
Ельяшевич В. Б., 64.
Епископ, 147.
Естественное право, 24 — 27, 38, 108, 131 — 2.
Etats généraux, 86.

Ж.

Жалоба, 112, 113, 122, 172
Жалование, 69, 115, 215.
Жез Гаст., 114.
Женева, дополн. 8.
Женщина, 29, 35, 76.
Жизнь, 7, 61.
Жилин А. А., VI, 14.
Жрецы, 2, 36.

З.

Зависимость, 17—22, 42, 72, 81, 117, 135, 154, 156—163, 195—205, 213; з. депутата от избирателей, 167 — 9, 179 — 180, 183.
Завоевание, 21, 30 — 32, 34. 36.
Завещательная монархия, 190, 201.
Заем, 171, 177.
Закон, законодательство. 10 — 14, 15, 23, 24, 36, 45, 50 — 56, сл., 61 сл. 70 — 71, 74 — 75 сл., 79, 90 — 92 102, 128 — 9, 133 — 8, 148, 157 163 — 4, 170, 172, 173, 178 сл. 196, 204 — 13, дополн. 6 и 8.
Законность актов власти, 22, 53, 59 — 63, 77, 112 — 3, 124, 200.
Законодательная власть, 53, 61 сл., 77, 89 — 92 сл., 133 — 8, 157, 163, 164, 172, 204 — 13, см. закон.
Законодательная инициатива, 158, 161, 171 сл., 181 сл.
Закономерность общественной жизни, 30 — 32, 38, 45, 47 сл.; з. поведения 33, 45, 55 — 63, 198 — 202, 207.
Законопроект, 161, 171 — 176, 205 сл.
Замиренность (госуд. общения), 9, 20.
Захват власти, 61—63, 130—1, 107, 187, 203.
Занятие и управление (территориею), 125
Запрос, 155.
Защита военная, 5 — 6, 36, 42, 100.
Зейдель Макс, 67.

Землевладельцы. 37, 39 — 40.
Земледелие, 32 сл, 35 сл., 42 — 43
Земля, 27 — 29, 33
Земство, 81, 129, 214.
Зибер Н. И., 23, 31.
Злоупотребление (правом), 4, 8, 102, 179, 214.
Зом Руд., 64.
Зондербунд, 175

И

Иаков II, 89, 106
Иерархия: в экономике и политике, 19, 37; иерархия норм, 65, 133 сл.; иерархия актов, 133 — 5, 138.
Иеринг Руд, 50, 55, 72, 98.
Иудея, 150.
Jus publicum, jus cogens, 16, 111, 28, 50, 52, 56, 66, 72.

Ивановский В. В., V, 14, 44, 83.
Идеал (правовой), 8, 22, 45, 131 — 132.
Идеология, 8
Идея бесспорная, 15, 16, 73 — 78.
Избирательная монархия, 96, 190, 197, 201 — 202.
Избиратели, 73, 74, 86, 102 — 105, 136, 148 — 9, 156, 162, 165, 166 — 9, 178 — 180 сл, 183 — 5
Избирательное право, 11, 16, 76, 77, 91, 103, 110, 136, 152, 154, 162, 166, 168, 186 — 7.
Изменение конституции, 94, 139 — 41, 152 — 3, 171, 175—6, 178, 182 сл., 08, 211 — 212
Ильин В., 116.
Императивный мандат, 86.
Император, 121 — 2, 125
Империализм, Дополн. 5
Имущество государственное, 92 — 93, 125.
Инвеститура, 75.
Индивидуальное хозяйство, 32, 42, 44
Индивид, 3, 24 — 26, 69, 78, 97.
Индия, 5.
Инициатива изменения конституции, 139, 157, 158, 170 — 1 сл.; инициатива законодательная, 158, 161, 171, 181; инициатива народная, 170, 171, 175 — 7, 178, 181 сл., 187.
Инородцы, 57.
Иностранец, 15, 54, 111 — 112.
Иностранная политика см., международная политика.
Инстанция высшая, 122.
Инструкция избирателей, 85 — 86, 169, 173
Интерес общий, 1, 3 — 14, 49, 56, 97, 98, 100, 103, 114, дополн. 1; личный, 4, 47, 72, 114; классовый, 1, 3 — 14, противоречия классовых интересов, 5. 3 сл, 40; интерес чужой, 78 сл; партийный интерес, 162
Ирландия, 147, 156
Ирреальность в праве, 55, см., фикция.
Искусство, 11, 16, 21, 78.
Иск, 17, 112.
Испания, 143, 150. 207.
Исполнит. власть, 71, 77, 132 — 8, 156 — 164
Историч. действительность, 25; историч. оценка, 26, 27, 31, 131, историческое толкование, 52, 209.
Историческая школа, 25, 185.
Источники права, 50 — 63
Италия, 118, 143, 145, 146, 150 164. 170, 195, 197.

К.

Кабинет, см Правительство и Министерство.
Казна, 66, 67, 68, 85, 92 — 93
Казнь смертная, 185.
Канада, 144.
Кандидат (на выборах), 180, 183 — 184
Кантон-государство, 143 — 4, 171 — 3 сл, 175 сл.
Кант Э., 25
Капитал и труд, 37, 76, 114; капиталист, 76, 114 — 5.
Кардиналы, 201.
Кареев Н. И., 23, 29, 44.
Карл I, 197.
Каста, 36.
Католики (их эмансипация), 156, 205; католич. кантоны, 175.
Каузальность, 45.
Каутский Карл., 31 — 32, 35 — 36, 181.

Кауфман Эр, 64, 111.
Нельсен Г., 44, 64, 114
Кистяковский Б А, V, 1, 22, 23, 31, 44
Классификация государств. 142 сл.
Класс, 1, 3 — 4, 18, 33, 37, 40, 49, 144; расслоение общества на классы. 33, 34 сл, 39 сл.
Классовая борьба, 1, 7—14 сл., 37, 40 сл.
Коалиционное правительство, 172.
Ковалевский М М, V, 23, 29, 43, 44, 116, 132
Князь, 27, 164 — 5
Кокошкин Ф Ф, VI, 14 132. 189, 190
Колер Иос., V, 23, 29.
Коллегия, 193.
Коллектив, 24, 68, 98
Коллективное хозяйство, 32, 42.
Колонии, 147.
Командующая воля (*у Ориу*), 73
Комиссии парламента, 158.
Комиссионная система (в Соед Штатах), 179
Комитет (партийный), 161.
Common law, 55.
Коммуна 1871 г., 145.
Коммунизм первобытный, 32 сл.
Компетенция, 110, 113, 126
Компромисс, 93, 141, 149, 151, 154, 162 207, 213
Конвент, 26, 158.
Конгресс с.-американский, 148, 158, 197, 199, 200, 204, 209, 210, 211. международный, 13, 85 — 86.
Кондоминат, 125, 157
Консерваторы, 169, 181.
Конституанта, 133.
Конституция, 94, 122, 134 — 41, 143 — 4, 175 — 6, 182, 200, 208, 211, — 12; 1791 г.—106, 133, 207; 1793 г.—26, 92, 109; к. XVII — XVIII в. — 27, 61; к. 1875 г.—52; к Англии,—55, к. России 1918 г.— 91, 111, 135—137, 180, и. Франции — 52, 61, 106, 133; к. Германии — 143; к. Швейцарии— 171 сл. 215, 219, см. основные законы 1906 г.
Конституц. монархия, 145-147, 150, 184.
Конституционный референдум, 175 — 6, 177, 178.
Конструкция (юридическая), 39, 62, 64, 89, 93, 103, 109, 195 сл.
Контроль, 75, 76, 85 — 6, 112, 167 — 9. 172; контроль суда, 72, 133 сл.; контроль парламента, 12, 156, 158, 163; к центра, 144; к. народа, 165 —170 сл, 184, 206, 218.
Конфедерация, 142 — 3.
Концентрация (власти), 133, 135 — 8.
Координация, 111.
Корея, 128.
Корнунов Н. М, V, 14, 17, 64, 66, 81, 97, 98, 132, 189, 192
Король, 23, 27 — 29, 54, 67, 79, 89, 92, дополн. 5 см монарх.
Коронация, 74
Корпорация, 68, 98.
Корф С. А, V, 50, 142
Котляревский С А V, 1, 14, 52, 132, 189, 192, 194, 201, 212
Кох Готфр., 23
Крестьяне, 12, 37, 40, 57, 181, 194
Кризис парламентаризма, 156 — 164
Критика текста закона, 209
Кроация, 144
Кровная связь, 37, 43.
Культура, 4, 6, 7, 11, 20, 42 сл, 108
Куртн Ѳ, 185

Л.

Лабанд П, 64 — 65, 84, 119, 123
Лазаревский Н. И, V, 14, 50, 58 — 59. 64, 66, 78, 79 — 81, 83, 84, 101 — 102, 132, 142, 189, 200.
Лазерсон М. Я., 142, 144.
Лампе К. дополн. 1.
Ландсгемейнде, 171
Ландтаг (Баварский), дополн.
Лассаль Ферд., 18, 30, 41, 44, 132, 187.
Лебон Андре, 142.
Легальное толкование, 52 — 53.
Легислатура, см. роспуск
Либералы, 183
Ливий Т., 89, 206.
Линкольн Ст., 116.
Линг Э., 116.
Лист Фр., 116.
Личность, 68, 69, 80, 132 (личность-самоцель), 130, 132 — 3; личные права, 11, 16, 43, 68, 155, 166—169, дополн. 5

Логическое толкование, 51, 52.
Ложно-конституционализм, 150 — 156.
Локк Дж., 24
Лорды, 147, 158, 164, см палата лордов.
Лоуэлль А Л., 142, 147, 182
Лоу Сидней, 142, 147, 159 — 160, 161, 162.
Луазо, 30.
Лукас Иос, 64, 69 — 70, 82 — 83, 189.
Люблинский П И., 50.
Людовик XIV, 3; Людовик XVI, 89, 197
Людовик-Наполеон, 149

М

Магазинер Я. М., VI, 14, 50, 116, 132, 142, 161, 189
Магистратура, 90, 94, 115, 149, 194, 196.
Майер Отто, 189, 194
Макиавелли Ник, 6, 188.
Мак-Магон, 214.
Маколей Т.' 89
Мандат императивный, 86
Марквардсен, Госуд. право отдельных стран Запада, 142,
Маркс Карл, 1, 30, 41; марксизм, 3, 6, 32 — 40, 181.
Материализм, 30, 32 — 40, 48
Материнское право, матриархат, 29.
Матте П, 189.
Маурер Г. Л., 23, 29
Международное право, 12, 13, 65, 80, 98, 106; международное представительство, 85—86, 92 — 93, 106 — 108, 113, 117, 161, 192, 215; м. обязательство, 120, 126, 92 — 93, 107, 128 — 9, 149. 161, дополн. 2; м. политика, 147, 137. 149, 151, 161.
Мейер-Аншютц, 116.
Менгер Антон, 1, 23, 30 — 32, 37, 44, 116.
Меньшинство, 12, 161, 173, 187—188.
Меркантилизм, 41.
Мернель Ад., V.
Метод догматический и социологический, 44 сл.
Милиция, 179.
Министериализм, 158—160, дополн 5.
Министерство, 52, 57, 148 — 164, дополн. 5.
Министр, 54. 70, 148, 210, 215.
Митинги, 166 — 169.
Михайловский И В, 132.
Монарх,-хия, 23, 26 — 30, 42, 51, 54 — 55, 60, 67, 70, 75, 85, 89, 90, 92 — 3, 96, 105 — 109, 121, 122, 125, 144 — 7, 149 — 164, 189—215,
Монархический принцип, 89, 93, 145 — 7, 194—198 сл, 208.
Монтескье Ш. Л., 132 — 133.
Мораль, 19, 21, 31, 45, 47, 74, 105
Морган Л., 23, 34.
Мотив (поведения), 4, 45 — 47, 49, 104 — 105.
Муниципальный см самоуправление.
Муромцев С. А., 55.
Мэн Г. С., 142, 157 — 159, 161

Н.

Назначение, 110, 149. 156.
Наказание, 69, 114, 185, 191-2, 198-202.
Наказ (регламент), 60.
Накопление, 43.
Налоги, 37, 51, 63, 171, 172, 177
Наместник, 125.
Нападение, 30, 36
Напитки крепкие (их запрещение), 178.
Наполеон 1, 107, 173.
Наполеон III, 149, 188.
Народная воля, 24, 73 — 78, 90 — 96, 102-109, 164-188, 197, 207, 213, 218.
Народное верховенство, 27, 77, 86, 88, 90 — 96, 139 — 140, 163 — 5, 171 — 188, 195, 208.
Народное голосование, 74, 93, 139, 164-166, 170-171, 173-188, 207, 218.
Народное представительство, 76, 86, 89 — 96, 102—109, 150—164, 165—170, 171, 172, 174 — 177 сл. 196, 197, 199-201, 204-7 сл., 209 сл., 112 сл.
Народоправство, 90, 91, 94, 108, 139, 150, 164 — 188.
Народ, 2, 3, 14 — 17, 24, 26, 27 сл. 71 — 78, 85, 86, 88 — 96, 100, 103 — — 109, 121, 130 — 131, 132, 138 — — 41, 144, 145 — 6, 148, 157, 160, 161, 164, 165 — 188, см. выше.
Нарушение права, 8, 9, 17, 59 — 63, его предупреждение, 21, н. конституции, 60 — 63, 122, 152 — 3.
Население, 2, 3, 14, 1
77, 90, см. народ.

Насилие, 20, 30 — 32, 40, 60 — 63, 70, 152 — 3, 187, 202
Наследственность власти монарха, 190, 201
Наука права, 4, 45 — 50, 90, научное толкование права, 52
Национальное собрание: франц. 148; прусс. 152, герм 1919 г., 151
Нация, 72. 73 — 78, 88 — 96, 127, см народ
Негры (рабовладельческая политика), 210
Неделимость суверенитета, 130 — 131
Независимость (суверенной власти) 119 — 122
Неопровержимость (презумпции), 54
Необходимость объективная, 17 — 19, 35, 36, 38.
Неотчуждаемость (суверенитета), 109, 130 — 131
Непогашаемость (суверенитета) 109, 130 — 131
Неподвижность конституции, 138—141.
Непопулярность парламентов, 162-163.
Непосредственная демократия, 15, 90 — 91, 93, 94, 149, 164 — 188
Не-право, как источник права 61—63.
Непрерывность права, 62 — 63, 80, 126 — 30, дополн 4.
Непроизводность власти, 22, 51, 148. 195—197.
Непроницаемость государства, 124—5
Неравенство. 18, 19, 28, 30 — 32, 34, 37, сл , 43
Несменяемость. 146, 191 — 2, см бессрочность
Несуверенное государство, 116 — 119, 120 — 122, 143 — 4.
Нигилизм правовой, 2
Низложение, 106, 197, 207
Новгород, 164 — 165, 171
Новгородцев П. И, 1.
Нольде Б. Э., V. 50
Норвегия, 28, 92, 143, 150, 205, 207, 208, 211—2.
Норма, 44 сл., 49, 50 сл., 58 сл., 65, 70 — 72, 126, 133 — 8, 139; нормативная сила факта, 22
Носитель власти, 69.
Нравственность, 45, 47, 74, 105; см. мораль

О.

Обжалование, 112, 122
Область, 125, 144.
Обложение, 37, 51, 86, см. налоги
Обломки государственные. 144.
Обнародование, 60. 120, 182, дополн 8
Обожествление власти, 23, 131 — 2
Оборона (государства), 5 — 7, 36, 42, 100
Обоснование государства, 23 25 сл
Образование государства, 23 — 44
Обсуждение (закона). 77 171, 183
Общая воля, 73 — 78, 185
Общее благо, интерес 1, 3 — 14. 41, 49, 73. 78, 97, 98, 114 — 115, 184 дополн 1
Общее госуд. право, V — VIII, 4. 46— — 50, 66, 150
Общественный договор, 24 — 27, 185
Общественное мнение, 73, 74, 75, 76 77, 166, 168 — 9, 170.
Общество, 1 — 14, 24 — 25 сл., 29 — — 32 сл , 37. 41 — 44, 67, 73—78 100, 168-9, 187; общества и союзы, 56, 101, 114, 166, 169, 185.
Община, 28, 35 — 36, 40, 42 — 43, 173
Общность целей, 1, 3 — 14, 41. 49, 97 — 100, 114.
Объективное право, 70 — 72.
Объект власти, права, 15, 67. 90, дополн 2.
Обычай, 55 — 57 сл., 164, 167 — 8.
Обычное право, 34, 55 — 57 сл , 167—8
Обязанности государства, 4, 9, 65, 126; обязанности гражданина, 52, 63, 97, 120.
Обязательное постановление, 129
Обязательный референдум, 175 сл
Обязательства государства, 107, 120 126, 128 — 129, дополн 2
Обязательственное право (Швейцарии), 182.
Ограничительное толкование, 51
Однопалатный парламент, 158, 172.
Оккупация: земли, 33; чужой территории, 125
Октроированная (дарованная) конституция, 145
Опека государства, 41, 78.
Опекун, 4, 78—79, 87, 102, 103, 104, 110.

Оппозиция, 161 — 162
Оптимизм, 140.
Опыт общественный, 42; опыт правовой, 53
Организация, 42; о хозяйства, 9, 11, 18, 20, 40 — 42 сл.; о власти, 18
Организм, 11, 14, 24, 127; органическая теория, 66, 70 — 71, доп. 5.
Орган государства, 8, 16, 42 — 3, 53, 57—63 (верхов и подчин органы), 66, 67 — 115, 125, 129 — 30, 133 — 141; первичный орган 103, 106 высший орган, 195—215
Орегон, 178
Ориу М., 14, 15, 16, 50, 64, 72 — 9, 84, 88, 96, 97
Орландо В., V, 23, 142, 189, 210
Орудие, 43.
Оружие, 18
Оршанский И Г., 50
Оседлое состояние, 15, 30, 33, 35
Основные законы 1906 г., 51, 55, 89, 141.
Оствальд В., 42.
Острогорский М. Я., 158.
Осуществление права, 4, 16, 62, 72, 77, 78, 79, 84 — 96, 124, 165.
Ответственность, 85, 88, 106, 149, 168, 183, 191, 198—203; о правительства, 52, 148, 155 — 6
Отозвание, 94, 136 — 8, 179 — 180.
Отечество, 5 — 6
Отеческая власть, 29
Отречение (от трона), 106, 131, 207.
Отставка (правительства), 156 сл., 162, 210
Отчет, 85 — 86, 167 — 9
Охота, 35, 38, 42 — 43

П

Палата нижняя, 157 — 163; палата общин, 157 — 162, 165, 181, палата лордов, 147, 158, 164, 168 — 9, 181.
Палиенко Н И., 1, 14, 44, 50, 89, 116.
Папа, 23, 190, 201.
Парламентаризм, 108, 135, 149 — 164, 187 — 8, 213
Парламент, 52, 57, 59, 59 — 60 (закрытое заседание), 70, 72, 74, 79, 85, 86, 89 сл., 102 — 109, 122, 134 сл., 146, 148 — 9, 150 — 164, 165 — 170 сл., 172 — 9, 183, 185, 187 — 8, см народ представительство
Партия, 144 — 5, 147, 148 — 9, 152, 154, 161, 162, 166, 172, 183 — 184.
Пассивные права, 16
Патриархальная теория, 29 — 30.
Патриотизм, 5 — 6.
Патримониальная теория, 27 — 29.
Пельтан К., 214.
Первичный орган, 103, 106
Первобытное общество, 24 сл., 29 — — 32 сл.
Первоначальность госуд власти, 22, 118.
Переворот, 9, 11, 26, 59, 60 — 63, 89, 94, 106, 203.
Перегрин, 54.
Перегруппировка партий, 152, 154.
Передвижение, 17, 33
Пережиток, 46, 55.
Переизбрание, 75.
Перераспределение благ, 6.
Пересмотр конституции, 94, 139 — 41, 152—3, 171, 175—6, 208, 211—212.
Петиция, 166, 169
Петражицкий Л И., V, 1, 17, 111, 113
Петр I, 190.
Печать, 16. 77, 166.
Писанное право, 46, 50 — 55 сл.
Питт, 156.
Платон, 23.
Платформа (речи на митинге), 166 — — 169.
Плебисцит, 20.
Плебс, 34.
Племя, 29 — 33, 35 сл.
Поведение, 2, 4, 17, 18, 19, 45 — 47 — — 49, 53 (единообразие п), 55 сл.
Повинность, 36, 88.
Подданство и гражданство, 16, 24, 27, 29, 54, 111 — 112.
Подотчетность, 85, 166 — 168
Подчинение и господство, 9, 18, 19, 20, 23, 29, 62, 70 — 72, 105, 140
Пожизненность (монарха), 189, 190 — 191, 201—203.
Познание нормативное и каузальное, 45

Покровительство (в междун праве), 117 сл , 128
Покровский И А, 64, 111, 116.
Полибий, 188
Политика, политический 26, 28, 29, 49, 55, 72, 90, 105, 124, 128, 146, 170; политика и экономика, 19, 35 — 37, 139; политика правительства, 155 — 164, 165 — 6
Полиция, полицейские функции, 40 — 41, 78. 129
Полномочие, 85 — 87, 102 — 109, 110, 112, 124.
Польша, 12, 165, 190, 201
Подражание, 20
Понтович Э Э, 132, 138
Поправки (к законопроекту), 171
Пост А Г., 23, 29
Португалия, 92, 150, 203
Потребность (общественная), 9 — 11 60, 107 — 108.
Правда (сборн обычн. права), 55.
Правительство, 26, 52, 56, 57, 71, 90, 105, 133 — 8, 150 — 164, 170, 172.
Право и факт, 4, 9, 18, 22, 31, 38, 45 сл., 60 — 63, см факт и право
Право, 131, 21 — 2, 44 — 50, сл , 56, дополн. 1; право публичное, 111, 16, 28, 50, 52, п. частное, 52, 55, 66, 111; п естественное, 24 — 27, 38, 108; п суб'ективное, 18, дополн. 1, право действующее, 45 сл , 51 — 60; право современное, его характер и задачи, 7 — 14; нарушение п , злоупотребление п , 4, 8; осуществление права, 4, 16, 62, 72, 77, 78, 79, 84—96, 206; см. осуществление и нарушение права, п. и классовая борьба, 9, п и государство, 38, источники п , 50 — 63, толкование п , 51 — 55; пробелы в п , 52 — 54
Правовое государство, 22.
Правообразование, 22, 38, 187, 196.
Правоосознование, 20, 22, 70, 104, 197
Правоотношение, 45, 50, 66, 69
Правопорядок, 26, 60 — 63, 84, 112
Правоспособность, 66—67, 68, 78, 81 — — 83, 87 — 96.
Правоубеждение, 55 — 60, 86
Практика госуд. учреждений, 57 — 60.
Предпосылки права, 51.
Представительство, 76, 78, 85 — 115.
Представительная республика, 148 — — 149; представительное государство, 37, 93, 102 — 109
Президент, 71 — 72, 148 — 9, 189 — 215.
Презумпция, 53, 113.
Прейсс Гуго, I
Прекращение государства, 126 — 130.
Преподавания свобода, 16
Прерогатива, 140, 105
Престиж власти, 53 — 4, 58 — 59, 207.
Престолонаследие, 190. 201.
Преступление, 9, 118, 130, 191 — 192, 198 — 203.
Прецедент, 57 — 59
Привилегия 34
Привычка повиновения, 20
Призвание (короля), 106, 197, 202
Признание (власти), 20, 22, 63, 74, 90, 105, 119, 120 — 121, 152.
Принуждение, 18 — 22, 43, 72, 74, 110, 111, 206,
Принудительный закон (jus cogens), 56.
Природа, 5, 7, 31 (борьба с п), 61.
Присяга граждан, 74, 90, короля, 106, 207
Пробелы в праве, 52 — 54
Провинция, 22, 144, см область
Программа правительства, 58.
Прогресс, 180, 186—7, 41.
Производность (власти), 121.
Произвол, 133, 88.
Производство индивидуальное и коллективное, 32
Пролетарии, 5, 13, 114; см. рабочие.
Пропаганда, 154
Протекционизм, 41
Просветители (франц.), 97; просвещенный абсолютизм, 187 и Дополн.
Простота (в демократии), 215
Протекторат, 117, 128
Протест, 154.
Пруссия, 6, 60, 117, 125, 145, 150, 152, 153, 188, 205.
Прямое народное правление, 94, см. непосредственная демократия.
Психологические предпосылки власти, 19 — 22.
Психологическая теория государства, 2 — 3, 17.

Псков, 164
Публичное право, 16, 28, 50, 52, 72, 80, 97, 109 сл., 110 — 14, 124
Пухта Г. Ф., 68.
Пэр (Англии), 191.

Р.

Рабочие, 12 — 13, 114, 115, 186.
Рабство, 19. 33, 35 — 37 сл, 210
Равенство, 3, 7, 9, 55, 58 — 59 (пред законом), 10, 16, 28, 43 (первобытное).
Равновесие (в праве), 50
Равноправие граждан, 3, 7, 9, 10, 16. 43, 187: равноправие короля и палат, 197, 205, 209, 213.
Радбрух Густ., V, 50.
Развитие, 25, 32, 38 — 39, 46, 49, 140, 157 — 164, 187.
Раздвоение власти, 152 — 156, 210.
Разделение властей, 132 — 141
Распоряжение землею, 28; р территориею, дополн. 2
Распределение социальных сил, 18, 42, 150 — 6, 187.
Распространительное толкование, 52
Расслоение общества, 33 — 37
Ратификация, 137, 214.
Рационализм, 25
Реакция, 24 — 25, 27, 180
Реализм (в праве), реальность, 2, 3, 17, 18, 45 — 47 сл, 97.
Революция, 9, 11, 24, 26, 27, 59, 60 — 63, 150, 219 (1917 и 1918 г. г), 73 — 74, 106, 129 — 130, 131, 145, 150, 152, 155, 170, 187, 199, 202, 218
Регентство, 79.
Регулятор социальный, 31, 42, 44, 45 — 47 сл, 185.
Редслоб Роб, 116
Рейснер М. А., VI, 44.
Рейхстаг, 60, 143.
Религия, 2, 16, 19, 21, 31, 47, 78, 105.
Рем Г., 116, 189, 194.
Республика, 60, 106, 109, 121, 144, 148 — 149, 164 — 188, 189 — 215
Республиканский принцип, 144, 195.
Референдум, 157, 170 — 188, 206 — 7, дополн 6.
Реформа, 26, 169, 187
Риксдаг (шведский парламент), 158
Рим, 34, 54, 67 — 68, 164.
Риттингаузен, 181.
Род, родовой строй, 28, 30 — 32 сл. 35 — 37 сл.
Розберри, 181.
Романисты, 67, 70, 81, 83,
Роспуск (парламента), 52, 105, 152, 154, 157. 160, 165. 168 — 9, 176, 179, 212 — 215
Россия, 51, 53, 55, 56, 57, 60, 61, 63, 89, 91, 92 — 3, 106, 110, 111, 130, 135 — 8, 141, 145, 150, 152, 153, 164, 165, 189, 190, 205. 219.
Румыния, 92.
Руссо Ж. Ж, 15, 23, 24 — 26, 130, 134,

С.

Савиньи, Ф. К., 64, 68.
Саксония, 150.
Самодержавие, 27, 29, 51, 67, 121, 149 — 151. 165, 188, 195.
Самодостаточность, 14.
Самообязывание, самоограничение власти, 9, 72
Самоопределение: общества — 4, 6, 130 — 131, 145, 148; личности — 16,
Самосохранение: государства — 6; личности — 19.
Самоуничтожение государства, 127 — 128.
Самоуправление, 22, 56, 90, 94, 121, 143, 166, 168, 178.
Санкция (утверждение), 77, 174 — 175, 204 — 212,
Сан-Марино, 118
Свобода, 11, 16, 88, 166 — 169, дополн. 5,
Связанность, 2, 17, 25, 124.
Связь кровная и территориальная, 34, 36 сл, 43; связь человека с вещью, 43; связь общественная, 72, 124; связь центра с окраиною 124, 142 — 144.
Сейм (в Швейцарии), 173.
Семья, 29, 30, 81, 113.
Сенат: франц., 52, 213 — 214; русс., 53, 59; америк., 143, 148.
Сеньобос Ш., 189, 214.
Сербия, 150.

Сессия, обыкновенная и чрезвычайная, 212, 214,
Сила природы, ее регулирование, 5. 24, социальная сила, 13, 18, 27, 30—32, 43, 61, 72, 170, 187; соотношение сил, 13, 18, 19, сила государства, 20, 23, доказывание силы, 21; сила юридическая, 51—63, 91, 133—9.
Сильные и слабые, 30—32, 70, 72,
Система права, 52, 61—63, дополн. 3.
Систематическое толкование, 52.
Скандинавия, 165.
Скрепа (министра), 210.
Словесное толкование, 51.
Служба государственная, 16, 34, 91, 110
Служение общественное, 88, 113—115
Собрания народные, 16, 166, 170—175
Собственность, 7, 8, 27—33 сл. (общая и частная с), 39, 42—44, 92—93, 130.
Совести свобода, 16.
Советская конституция 1918 г, 135—8, 91, 111, 180
Согласие, 24—26, 59—60, 74, 153, 154 сл. (парламента с правительством), 173, 206; см. гармония воль.
Соглашение, 24—27, 59—60, 119
Содержание (главы государства), 149, 214—215.
Соед Штаты, 71, 92—93, 94, 121, 123. 135, 138, 143, 144—5, 148—9, 151, 175, 178—180, 188, 197—204, 209—213.
Соединение людей, 3, 24—25, 66, 68 сл, 97, 98.
Сменяемость, 191; см. отозвание.
Смешение властей, 133—8
Сонолов К. Н., VI, 142, 189, 200.
Сократ, 5.
Солидарная ответственность, 148, 210.
Сольсбери, 169
Соотношение сил, 13, 18, 19, 195 сл., 213.
Сопротивление, 9, 19, 20, 21, 74, 75, 76, 122, 124, 147.
Соседство, 44.
Сословия, 3, 34, 86, 140.
Софисты, 30.
Социализм, 44, 91, 144—5, 186.
Социальная дуэль, 9—14
Социальная жизнь, 10—14.
Социальные науки, 14, 44 сл.
Социальное явление 2, 4, 5 сл., 14, 18—22, 45 сл, 47—48 сл.
Социально-психический фактор, 22.
Социология, социологическая точка зрения, 2, 4, 45—49, 64—65, 100, 140, дополн. 3.
Союзное государство, 117—118, 121—122, 142—4, 175
Союзное собрание, Союзный совет, 122, 143, 182, 215
Союз (общество), 166, 169, 185
Союз государств, 142—4, 172, 175
Спекторский Е. В., VI, 14
Спенсер Герб., 162 и дополн 5.
Справедливость. 64.
Средневековое государство, 23, 28, 86, 106, 116, 140, 164, 171—3.
Срочность власти, 108—9, 149,
Staatsfragmente (у *Еллинека*), 144.
Статистика, 48
Статут, 55
Стихия, 5. 6, 61, 127, 128.
Субординация, 111.
Субстрат государства (народ), 71.
Субъективное право, 11, 16, 18, 68, 69, 70, 71, 77, 78, 79, 80, 84—96, 98—100.
Субъект права, 15, 55, 66, сл, 68, 90, 98
Суверенитет, 60—63, 71. 77, 94, 116—133, 138—41, 142—4, 149—150, 170, 196 сл
Судебная власть, 36, 54, 62, 133—8
Судебное представительство, 87.
Суд, судья, суд. акт, 9, 36, 54, 56—59, 62, 72 (админ суд), 78, 90, 94, 112, 115, 122, 126, 133—138, 143, 164, 170, 179, 191—2, 197—200.
Суспенсивное вето, 204 сл,
Сюзеренитет, 117—118

Т.

Тайна, 147, 158
Таль Л. С. 64, 114.
Тарановский Ф. В., V, 44, 116.

Тахтарев К. М., 14, 44, 116, 142.
Тенденция, 46, 49, 159 — 160.
Теократия, 25, 150
Теологическая теория, 23
Территория, 14, 15, 26 — 28, 92 — 94, 121, 125, 178, дополн. 2.
Территориальное верховенство. 15, 92 - 94
Техника юридическая, 50 — 63, 55, 98
Tiers état, 24, 27, 108.
Тип, 38
Тиранния, 165
Тождество государства, 127 — 130.
Токвиль Ал., 132
Толкование права, его виды, 50 — 55
Традиция, 21, 40, 129.
Трейчке Г., 117.
Третье сословие, 24, 27, 108.
Трипель Г., 116
Трудовой принцип, 29, 111.
Труд, его разделение, 32, 34. 36, 42; производительность труда, 32, 36; труд и капитал, 37, 76; право на труд, 185.
Турция, 117 — 118, 120 — 121, 125, 133, 150, 152.

У

Убийство, 7
Уголовная ответственность, 191 — 2, 198 — 200.
Угрозы власти, 21, 154, 162,
Узурпатор, узурпация, 107, 130 — 1.
Указ 3 июня 1907 г., 61; указы по управлению, 72, 133—134, 138, 172
Ульбрих И., 142.
Унитарное государство, 142 — 3
Унификация (властей), 72, 97
Управление, см указ, администрация и акты власти
Ури, 171.
Усмотрение, 55 — 56, 77 — 78, 86, 88, 103, 104, 105, 133
Устав, 56
Устинов, В. М., 194
Устрашение, 154 — 155.
Утверждение (санкция), 77, 174 — 175, 204 — 212
Утилитарный мотив, 45,
Учредительная власть, 76, 94, 118, 133 — 41, 158, 208, 211 — 212; учредительное собрание, 53, 91, 106, 133, 150.
Учреждение, 57 — 60, 77, 192.

Ф.

Факт и право, 4, 9, 18, 22, 31, 38, 46, 60, 62, 67, 70 — 72, 94, 104, 118. 123, 124, 146, 151, сл., 169 — 170.
Факультативный референдум, 174 — 177
Фальбек Понт., 142, 157, 162
Федерация, 117 — 118, 121 — 2, 142 — 4, см. союзное государство
Феодал,-льный, 12, 28, 140, 153; феодальное государство, 37, 140
Фикция, 53 — 55, 67 — 68, 81, 83, 85, 98, 99, 123, 198 — 9.
Финансы, 18, 111, 177
Финляндия, 144
Фиск (казна), 66, 67, 68, 85, 92 — 93,
Флоренция, 171.
Форма государства, 128 — 129, 142 — 144
Форма правления, 144 — 149, 190
Форма госуд. устройства, 149.
Форма и существо, 40, 67, 99, 130.
Формализм, 46; формальный и материальный моменты, 99, 133—5. 138.
Франклин В., 43.
Франция, 6, 52, 60, 61, 75, 79, 86, 92, 106, 128, 130 144, 148 — 9, 150, 152, 162, 190, 194 — 204, 209, — 214.
Французские революции, 16, 27, 60, 61, 106, 128, 130 — 1, 197.
Франц Иосиф австрийский, 60, 125.
Фрейбург, 177.
Фрейнд Юл., 142, 178.
Функции государства, 40 — 42 сл., 129 — 30, 155 — 163; функция общественная, 114 — 115

Х

Хартия вольностей (Англия, 1215), 140
Христос, христианство, 23
Хозяйство, 4, 6, 7, 11, 18, 20, 35, 40 — 44, 114, 187.

Ц

Цезаризм, 149, 188
Централизация, 11, 142 — 143
Центр управления, 151. 155, 160 — 161, 163
Церковь, 16, 20, 27, 28, 74, 78, 147, 151, 155, 187
Целесообразность, как мотив повиновения, 19 — 22, 45; ц при контроле над правительством, 156, 163.
Цель и средство, 6.
Цивильный лист (содержание главы государства), 149, 215.
Цюрих, 182

Ч

Чартисты, 166
Частное право, 28, 52, 55, 111, 66, 98, 109 сл., 194, 198
Черногория, 150.
Честь, 7, 88
чиновник, 69, 94, 110, 155, 179.
Чичерин Б Н, VI.
Чрезвычайные обстоятельства. 141, 159
Чужестранец, 15, 54.

Ш.

Шалланд Л. А, 14
Швеция, 143, 150, 158
Швейцария, 31, 52, 56 — 57, 93, 94, 139, 143, 149, 157, 164, 171 — 186 215, 219.
Шершеневич Г Ф, V, 1, 14, 64, 65, 98
Школа, 155
Шлезвиг—Голштиния, 60, 125
Шмидт Рих, 114
Шолленбергер И, 142.
Штаммлер Руд, 111.
Штат, 93. 94, 121, 143, 178—179 сл.
Штраф (за неподачу голоса), 182

Э.

Экзекуция (в Германии), 122.
Экономия (в праве), 58.
Экономика - мическая борьба, 11 — 13; экономическое господство, 18
Экономическая точка зрения, 33; экономика и политика, 19, 35 — 37, 187.
Эксплоатация, 33, 37, 40.
Элементы государства, 14 — 22, 69, 71.
Энгельс Фр, 1, 23, 30, 33, 37, 40, 41, 44.
Энненцерус Люде, 79.
Энсон Вил, 50, 106, 161.
Эрлих Е, 44.
Эррера П, 142, 198.
Эсмен А, V, 23, 52, 116, 128 — 9, 132. 189

Ю.

Юридическая гипотеза, 53, 98.
Юридическое лицо, 62 — 63, 66 — 67 сл, 69, 70, 72, 80, 81 — 83, 96 — 100, 106, 126 — 30.
Юридический метод, 44 — 50. 218.
Юридическая норма, 44 сл., 49, 50 сл, 58, 64 — 5, 70 — 72
Юридическое отношение, 21, 197.
Юридическая техника, 55, 50 — 63
Юридическая точка зрения, 4, 44 — 50, 64 — 65, 218.
Юридическая фикция, 53 — 55, 67 — 8, 81, 83 85, 98, 99, см фикция.
Юристы, 52, 67 — 68.
Юстиниан, 23.

Я

Языческое божество, 2.
Якобинская конституция 1793 г, 26, 92, 109.
Япония, 128, 150

Важнейшие опечатки.

На	стр.	55	в 11	строке снизу	пропущено „ ... варварских *правд*“...
„	„	57	„ 7	„ „	„ *Мы видели*, что“...
„	„	60	„ 7	„ „	надо читать: „Голштинию“
„	„	61	„ 7	„ сверху	„ „ „*3* Іюня 1907“
„	„	86	„ 12	„ „	вместо „только“ надо „*почти*“
„	„	91	„ конце 2-го абзаца		пропущено: „ ... изменять *их* права“...
„	„	122	„ 15	строке снизу	пропущено: „обжалования *актов*“
„	„	128	„ 4	„ „	вместо „обстоятельства“ надо об*яза*тельства
„	„	162	„ 14	„ сверху	„ sonmettre надо so*u*mettre
„	„	194	„ 11	„ снизу	пропущено: „Учение о народном представительстве“