Проф. Н. Н. Алексѣевъ.

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ПРАВѢ.

Курсъ лекцій, прочитанныхъ въ Таврическомъ Университетѣ въ 1918 19 году.

СИМФЕРОПОЛЬ.
1919.

Предисловіе.

Предлагаемыя лекціи представляютъ собою переработку моей популярной книги „Введеніе въ изученіе права". Нѣкоторыя страницы этой послѣдней перепечатаны здѣсь цѣликомъ, многое вновь написано и переработано.

Условія, при которыхъ печатались лекціи, мало благопріятствовали нормальной научной работѣ. Я не говорю уже о необычности общей политической конъюнктуры; я хочу сказать объ отсутствіи мало-мальски сносныхъ техническихъ средствъ, необходимыхъ для научныхъ занятій: подъ руками не было библіотеки, и только съ величайшими трудностями, пользуясь услугами добрыхъ людей, удалось достать кое-какія нужныя книги. Очень помогло то, что случайно мнѣ удалось вывести изъ Германіи нѣкоторыя новинки по философіи права, къ которой, кстати сказать, за послѣдніе четыре года пробудился большой интересъ у нѣмцевъ.

Многія изложенныя мысли болѣе подробно обоснованы въ моихъ „Очеркахъ по общей теоріи государства", которые должны были появиться въ Москвѣ минувшей осенью въ изданіи Московскаго Научнаго Института. Но я не знаю, какова судьба этой книги, и не могъ ни разу сослаться на нее.

Симферополь, 25-го декабря
(7-го января) 1918-19 года.

ГЛАВА I-я.

НАУКА О ПРАВѢ.

§ I. Догматическая юриспруденція.

Когда говорятъ о юриспруденціи, подъ именемъ этой науки обычно разумѣютъ ту древнюю отрасль человѣческаго знанія, начало которой было положено еще римскими юристами. Это римское наслѣдство воспринято было, какъ извѣстно, новѣйшей европейской культурой, на римскомъ правѣ построившей свою юридическую образованность, подобно тому, какъ эта культура на Платонѣ и Аристотелѣ строила свои первыя основы научныхъ и философскихъ знаній. Изъ двухъ, одинаково для своего времени, величественныхъ и одинаково устарѣлыхъ построекъ созидалась средневѣковая наука—изъ схоластической философіи съ одной стороны и юриспруденціи съ другой. Великимъ школамъ схоластическихъ философовъ противостояли не менѣе знаменитыя въ свое время школы средневѣковыхъ юристовъ; съ именами Абеляра, Альберта Великаго, Ѳомы Аквинскаго и др. конкурировали имена ученыхъ докторовъ юриспруденціи Ирнерія, Булгара, Бартоля, Бальда и пр.

Задачи и пріемы этой старой науки общеизвѣстны и не требуютъ продолжительнаго объясненія; опредѣляются они потребностями правовой жизни и вытекаютъ изъ повседневной юридической практики. Всякое примѣненіе дѣйствующаго права требуетъ пониманія законовъ и умѣнія толковать ихъ. Каждый законъ есть нѣкоторое болѣе или менѣе совершенное словесное выраженіе мысли законодателя. Слова, въ которыхъ воплощенъ законъ, являются внѣшнимъ техническимъ пріемомъ для изъясненія этой мысли. Одинъ и тотъ-же законъ, какъ и всякая мысль, можетъ быть выраженъ въ разныхъ словахъ, можетъ имѣть множество различныхъ редакцій. Главное въ законѣ—это мысль, а не словесно-грамматическая форма выраженія: грамматическую форму закона можно сравнить съ рудой, которая содержитъ истинный металлъ; металломъ-же этимъ является внутренній смысловой составъ каждой правовой нормы. Кромѣ того, любой законъ не является отдѣльнымъ, независимымъ и не связаннымъ съ другими законами правиломъ. Въ законахъ есть своя внутренняя логическая связь и своя особая и болѣе или менѣе совершенная система. Всякое дѣйствующее право есть продуктъ человѣческой мысли и человѣческой логики, поэтому система законовъ не можетъ не быть системой логической и разумной —системой, которая въ идеалѣ, по крайней мѣрѣ, должна быть лишена противорѣчій и зіяній. Поэтому уже самая элементарная юридиче-

ская практика требуетъ толкованія или интерпретаціи законовъ. Изъ этой интерпретаціи родится то, что обычно называютъ догмой права или догматической юриспруденціей *).

Задачи *догматической юриспруденціи не имѣютъ глубокихъ качественныхъ* отличій отъ юридической практики толкованія законовъ, какъ она ведется въ судахъ и правительственныхъ учрежденіяхъ. Характерною особенностью, такъ называемаго, научнаго толкованія права является сравнительная несвязанность буквой закона—несвязанность, которой въ значительной степени лишенъ судья, — и съ вмѣстѣ тѣмъ тѣ широкія задачи обобщенія, которыя для практическаго юриста являются только побочными, а для научнаго изученія главными и опредѣляющими. Во всемъ остальномъ академическая юриспруденція глубоко родственна работѣ практическаго юриста приближаясь къ послѣдней и по своимъ цѣлямъ и по своимъ методамъ и по своему общему духу. И для нея главнымъ и существеннымъ является выясненіе внутренняго смысла законовъ, отысканіе въ нихъ логической связи, установленіе системы—слѣдовательно—въ широкомъ смыслѣ этого слова свободная, систематическая интерпретація права.

Подобная наука по своей методологической природѣ принадлежитъ къ разряду наукъ, удачно называемыхъ описательными науками, изучающими индивидуальные и историческіе факты. Каждый дѣйствующій законъ, каждая положительная система права являются въ сущности говоря единичными, не повторяющимися историческими фактами,

*) Юристы различаютъ слѣдующіе виды толкованія законовъ: 1) *Грамматическое* и *логическое*; первое имѣетъ въ виду самый грамматическій способъ выраженія законовъ, познаніе особенности языка, его исторіи; второе состоитъ въ установленіи смысла закона на основаніи общихъ правилъ логики. 2) *Систематическое* и *историческое*: въ первомъ обращаютъ вниманіе на соотношеніе одновременно существующихъ юридическихъ нормъ; во второмъ—на отношеніе нормъ, слѣдующихъ другъ за другомъ во времени, другими словами, на объясненіе смысла нормы путемъ сравненія ея съ соотвѣтствующими нормами, дѣйствовавшими ранѣе и нынѣ отмѣненными. 3) *Распространительное* и *ограничительное*: первое имѣетъ мѣсто тогда, когда буква закона уже, чѣмъ мысль законодателя (законъ говоритъ „подсудимый", разумѣя здѣсь и мужчину и женщину); второе тогда, когда, наоборотъ, буква закона идетъ далѣе мысли законодателя. 4) *Доктринальное* или то, которое совершается путемъ свободнаго изслѣдованія, и *легальное*, совершающееся путемъ юридическихъ нормъ (путемъ закона, т. н., *аутентическое* толкованіе, и путемъ обычая—толкованіе *узуальное*). 5) Различаютъ еще особый видъ *аналогическаго* толкованія, которое имѣетъ мѣсто тогда, когда законъ вообще молчитъ о данномъ случаѣ. Напримѣръ, законодатель ничего не говоритъ о заключеніи договора или объ оскорбленіи по телефону; въ такомъ случаѣ приходится поступать *по аналогіи*, подыскивая сходныя казусы и разсуждая, что подобно имъ должны быть рѣшены отношенія, возникшія по телефонному разговору. Когда аналогическое толкованіе сообразуется съ отдѣльными нормами права мы имѣемъ *аналогію закона*; когда она сообразуется съ общимъ духомъ законодательства, мы имѣемъ *аналогію права*. Наконецъ, въ качествѣ подготовительной стадіи къ толкованію законовъ, существуетъ еще *критика* источниковъ права, т. е. опредѣленіе подлинности нормъ и ихъ существованія. „Изъ правилъ, созданныхъ для критики и интерпретаціи закона, образовалась цѣлая наука",—говоритъ Пухта,—„юридическія *гр. цеметыка*—наука безплодная, поверхностная, сухая". Ср. Курсъ римскаго гражданскаго права, т. I, 1874, стр. 48.

напримѣръ римское право, право англійскаго парламента, русскіе гражданскіе законы и т. д. Догматическая юриспруденція имѣетъ цѣлью изучить эти факты, уяснить ихъ особенности, сходства и различія. Главная задача лежитъ здѣсь конечно въ описаніи и классификаціи. Задача юриста-догматика подобна задачѣ анатома или задачамъ ботаника, ставящаго передъ собою конкретную цѣль изученія флоры данной страны. Различіе заключается только въ томъ, что передъ взоромъ юриста стоятъ не физическіе предметы, не мускулы и кости, не цвѣты и деревья, а отвлеченныя положенія, законы и нормы. Описаніе этихъ послѣднихъ заключается въ описаніи ихъ смысла. Пожалуй и право имѣетъ свой скелетъ, но скелетъ этотъ есть умственная связь отдѣльныхъ правовыхъ положеній. Въ результатѣ научнаго описанія правовыхъ нормъ получается цѣльная система данного права. Разрозненный историческій матеріалъ становится логически продуманнымъ цѣлымъ, въ которомъ связи установлены, противорѣчія вскрыты, общіе принципы найдены и изъ нихъ отвлечены частныя ихъ примѣненія.

Всякое подобное описательное и классификаціонное изслѣдованіе не лишено, конечно, нѣкотораго обобщающаго матеріала; однако обобщенія здѣсь имѣютъ свою границу и по цѣлямъ своимъ пріурочены къ познанію конкретныхъ историческихъ фактовъ. Обобщенія догматической юриспруденціи не суть тѣ погашающія всякія различія обобщенія, къ которымъ стремятся науки абстрактныя; это суть, скорѣе, то что мы называемъ типами, то есть обобщеніями, при помощи которыхъ мы лучше всего понимаемъ индивидуальные факты. Таковы напримѣръ грамматическія правила какого нибудь опредѣленнаго историческаго языка, которыя также суть обобщенія, но обобщенія относительныя, годныя только для даннаго явленія. Кто хочетъ изучить англійскій языкъ, тотъ долженъ имѣть дѣло съ этими конкретными правилами англійской грамматики, а не съ тѣми общими законами языка, которые устанавливаетъ наука общаго языкознанія или отдѣлы психологіи, изучающіе явленіе человѣческой рѣчи вообще. Подобнымъ образомъ и догматическая юриспруденція имѣетъ свои общіе принципы, но они суть принципы опредѣленной области права, напр. права римскаго, русскаго, гражданскаго, публичнаго, а не принципы права вообще. Эти послѣднія конечно существуетъ, но ихъ не можетъ установить та описательная и преслѣдующая цѣли классификаціи наука, которую мы называемъ догматической юриспруденціей.

Вотъ эта-то наука, догматическая юриспруденція, ведущая свое начало, какъ мы говорили отъ глубокой древности и покрытая пылью вѣковъ, возникли прежде всего при разработкѣ римскаго *гражданскаго* права. Институтъ собственности, различнаго рода договоры, установленія семейнаго и наслѣдственнаго права были первымъ подтвергнутымъ описанію и системастизаціи матеріаломъ. Только въ новое время, приблизительно начиная съ конца XVII вѣка, догматическому изученію стали подвергаться другіе области права—право государственное, адми-

нистративное, уголовное и т. д. Но, строго говоря, лишь XIX вѣку удалось выполнить эту задачу въ широкомъ и послѣдовательномъ видѣ, создавъ догматическую юриспруденцію различныхъ областей права,—и въ особенности же догму права публичнаго. Когда примѣненіе формально-юридической методы получило такое широкое развитіе, тогда упрочилось издавна существовавшееся мнѣніе, согласно которому догма права считалась по преимуществу юридической дисциплиной, призванной рѣшать всѣ вопросы, передъ юристомъ возникающіе. Юридическая догматика стала такимъ образомъ нѣкоторымъ универсальнымъ познавательнымъ методомъ, превратилась въ своеобразную философію положительнаго права. Слово „юристъ“ стало равнозначнымъ съ словомъ „юристъ-догматикъ“, юридическая догматика покрыла собою всѣ другіе запросы юристовъ. Когда такъ думали въ доброе старое время, въ глубокомъ средневѣковьѣ, это объяснялось низкимъ уровнемъ средневѣковой науки. Въ наше же время такой взглядъ проистекаетъ изъ своеобразнаго ослѣпленія успѣхами одного изъ отдѣловъ юридической науки. Успѣхи эти, какъ бы они не были значительны, не должны затемнять ту истину, что юридическая догматика, будучи важной и достойной областью знанія, преслѣдуетъ очень ограниченныя цѣли и не можетъ рѣшить всѣхъ вопросовъ юриспруденціи. Чтобы убѣдиться въ этомъ, нужно понять, гдѣ лежатъ и въ чемъ заключаются границы такъ называемаго догматическаго изученія права?

Надо признать, что нападки на догматическую юриспруденцію и критика ея методовъ ведутъ начало также изъ глубокой древности. Въ эпоху расцвѣта римскаго права Цицеронъ, какъ извѣстно, называлъ юриспруденцію знаніемъ жидкимъ,- пріютомъ буквоѣдства. Мартинъ Лютеръ считалъ юридическую науку грязнымъ ремесломъ которое имѣетъ въ виду одну цѣль,—разбогатѣть*). Одинъ изъ извѣстныхъ юристовъ XVIII вѣка, родоначальникъ исторической школы, Гуго, упрекалъ юриспруденцію въ излишней приверженности къ авторитетамъ, въ консерватизмѣ, въ отсутствіи безкорыстныхъ научныхъ стремленій и въ человѣконенавистничествѣ**) Гёте, какъ извѣстно, вложилъ слѣдующія слова въ уста Мефистофеля:

„Сказать вамъ правду, милый другъ,
Я юридическихъ наукъ
И самъ вполнѣ не одобряю.
Изъ края въ край, изъ рода въ родъ
Законъ наслѣдственный идетъ
— Болѣзнь народа родовая;
А результатъ,—увы и ахъ!
Добро перемѣняетъ время
Во зло; *благодѣяньe*—въ бремя.
О горе внукамъ! О правахъ,
Присущихъ съ дѣтства человѣку
И рѣчи не было отъ вѣку.

*) Стр. L. Kuhlenbeck, Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu andern Wissenschaften 1905, p. 8.

**) Hugo, Lehrbuch der Juristischen Encyclopädie, 131 г.

Упреки эти повторялъ и XIX вѣкъ, ихъ повторяетъ и наше время. Не такъ еще давно появилась весьма нашумѣвшая книга Альфреди Боци, въ которой онъ упрекаетъ догматическую юриспруденціи въ приверженности къ схоластическимъ методомъ и предлагаетъ построить юридическую науку совсѣмъ на новыхъ началахъ*). И дѣйствительно, консерватизмъ догматической юриспруденціи—поразителенъ. Со времени римлянъ методы всѣхъ другихъ наукъ пережили стадію интенсивнаго развитія, догматическая-же юриспруденція въ своихъ методологическихъ пріемахъ остановилась на одномъ мѣстѣ. Даже революціонная роль эпохи возрожденія и реформаціи не была для юристовъ слишкомъ значительной: эта эпоха приблизила юристовъ къ непосредственному познанію источниковъ римскаго права, утраченныхъ и позабытыхъ въ теченіе среднихъ вѣковъ, но не совершила никакого переворота въ самихъ методахъ юриспруденціи, по прежнему сводящихся къ логическому анализу, этому старому средству схоластиковъ. Чтобы не преувеличить этихъ упрековъ въ консерватизмѣ, нужно помнить что этотъ послѣдній обусловливается самимъ предметомъ изслѣдованія юриста-догматика и самими поставленными догмой права задачами. Задача юриста догматика, по правильному замѣчанію Канта, заключается не въ томъ, чтобы разсуждатъ о самомъ законодательствѣ, но въ томъ, чтобы исполнять дѣйствующія предписанія права. Поэтому для догмы права каждая нынѣ дѣйствующая правовая норма должна казаться наилучшей. Безспорно, такое предположеніе очень условно, однако *оно совершенно необходимо* для нуждъ юридической практики. Мы говорили уже, что догматическая юриспруденція выросла изъ дѣятельности судьи и администратора, на чѣмъ же другихъ можемъ руководствоваться эта дѣятельность, какъ не дѣйствующимъ закономъ? Было бы крайне опасно замѣнить этотъ законъ личнымъ „усмотрѣніемъ", судейской совѣстью и субъективнымъ пониманіемъ справедливости. „Справедливость шельмецкая вещь"—какъ говорилъ одинъ старый англійскій писатель. „Для закона у насъ есть мѣрило. Справедливость же измѣряется совѣстью того, кто является канцлеромъ, и, какъ эта послѣдняя бываетъ шире и уже, такъ и справедливость. Это все равно, какъ если бы образцомъ для мѣры, которую мы называемъ футомъ, мы приняли канцлерскую ногу. Какая бы это была неопредѣленная мѣра! У одного канцлера нога длинная, у другого—короткая, у третьяго—ни то ни се. То же самое и съ совѣстью канцлера"**). По этому юристъ-практикъ долженъ держаться закона, и ему подражать должна также та область юриспруденціи, которая задачей своей ставитъ познаніе и истолкованіе положительнаго права. Догма права создается въ помощь юридической практикѣ, она является, въ сущности говоря, чисто практической дисциплиной, не столько наукой, сколько видомъ техники. „Что нужно знать, чтобы по закону судить лю-

*) Altred Bozi, Die Weltanschauung der jurisprudenz, Hannover, 1911.

**) Приведено у І. А. Покровскаго. Основныя проблемы гражданскаго права, 1918. стр. 81.

дей? вотъ ея основной вопросъ. Мѣняются права и законодательства, но вопросъ этотъ остается, и остаются вмѣстѣ съ нимъ пріемы, при помощи которыхъ вопросъ этотъ рѣшается. Пріемы эти суть логическій анализъ нормъ, ихъ классификація и систематизація. Къ пріемамъ этимъ прибѣгали древніе юристы, прибѣгаемъ теперь мы, будутъ прибѣгать наши потомки, пока будетъ существовать право, какъ совокупность юридическихъ нормъ.

Но повторяемъ, пріемы эти очень условны и относительны. Въ высшей степени ошибочно думать, что ими безусловно исчерпывается познавательный интересъ юриста. Уже сама догма права ставитъ передъ нами вопросы, которые не могутъ быть рѣшены средствами простого логическаго анализа законовъ. Дѣйствующее право каждаго народа никогда не представляетъ собою замкнутой въ самой себѣ и вполнѣ завершенной системы, въ которой нѣтъ никакихъ противорѣчій и имѣется отвѣтъ на всѣ возможные вопросы жизни и практики. Бываютъ случаи, когда законъ молчитъ о данномъ казусѣ или когда онъ говоритъ неясно и противорѣчиво. Положительное право далеко отъ идеала, въ немъ встрѣчаются иногда настоящія прорѣхи, подлинныя зіянія, которыя невозможно заполнить путемъ догматическаго изученія. Самое большее, что можетъ сдѣлать здѣсь догматика—это вскрыть данныя противорѣчія. Разрѣшить же ихъ можно только путемъ свободнаго правового творчества, которое уже не можетъ чувствовать себя связаннымъ съ существующимъ правомъ. Передъ потребностью такого творчества стоитъ иногда уже судья, и многія законодательства прямо приписываютъ судьѣ право свободнаго восполненія законовъ въ исключительныхъ случаяхъ ихъ неясности и молчанія *). Популярное на Западѣ теченіе такъ называемаго *свободнаго* права настаиваетъ на томъ, чтобы судьѣ была присвоена въ широкой степени такая способность правотворчества, пользуясь которой онъ выходилъ бы уже изъ власти формальнаго закона и чувствовалъ себя съ нимъ несвязаннымъ. Но многіе отрицательно относятся къ свободной правотворческой дѣятельности судьи, считая, что это есть дѣло законодательства. Однако и законодательство есть юридическая дѣятельность,—юристъ-же законодатель не можетъ руководствоваться въ своей дѣятельности исключительно дѣйствующимъ правомъ. По содержанію своему законодательная дѣятельность всегда является выходомъ изъ существующаго права, созданіемъ чего-то новаго, въ существующемъ не содержащагося. Въ дѣятельности законодательства и правотворчества юристъ призванъ не только къ исполненію существующихъ законовъ, но и къ разсужденію о томъ, что такое *право вообще*, что такое истинное, справедливое право, долженствующее вступить въ жизнь и замѣнить право старое, отжившее. Законодатель, стало быть, долженъ знать не только то, что соотвѣтствуетъ установленнымъ закономъ, но и то, что *соотвѣтствуетъ справедливости*. Это есть новая научная задача,—за-

*) Ср. объ этомъ вышецитированное сочиненіе *І. А. Покровскаго*, стр. 64 и слѣд.

дача *политики права*. Задача эта ставится въ самой догматической юриспруденціи, но не можетъ быть рѣшена средствами этой послѣдней.

Далѣе, чтобы проникнуть въ смыслъ законовъ, для этого часто необходимо бываетъ понять цѣль, которая руководила законодателемъ, уяснить историческія условія, въ которыхъ законъ выросъ, изучить соціальныя причины его возникновенія. Въ этомъ пунктѣ научная задача догматической юриспруденціи непосредственно соприкасается съ задачами историка и соціолога. Безъ историческихъ и соціологическихъ знаній юридическая наука превращается въ сухую и безплодную діалектеку, каковой въ значительной степени была средневѣковая юриспруденція. Такъ передъ юридической наукой возникаетъ новыя заданія, разрѣшаемыя въ новой вѣтви юридическихъ знаній, *въ исторіи и соціологіи права*.

И, наконецъ, ограниченность догматической юриспруденціи обнаруживается въ ея неспособности формулировать общіе принципы права. Когда въ XIX вѣкѣ догматическое изученіе права получило широкое распространеніе, догматическая юриспруденція разбилась на цѣлый рядъ отдѣльныхъ и въ значительной степени самостоятельныхъ дисциплинъ, несвязанныхъ никакой общей идеей и не объединенныхъ общей системой. „Каждая юридическая дисциплина“ — какъ мѣтко говоритъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей — „имѣла свою общую“ часть и свои „общія“ основныя понятія. „Общая часть“ гражданскаго права давала свои логическія опредѣленія, призванныя удовлетворять мѣстнымъ нуждамъ этого послѣдняго,—какъ-то опредѣленія права вообще, правового субъекта и объекта, субъективнаго и объективнаго права, юридическаго дѣйствія, причиной связи, преступленія, проступка и т. д. „Общая часть“ уголовнаго права въ свою очередь давала свои опредѣленія основныхъ юридическихъ явленій, трактуя снова о субъектѣ и объектѣ права, юридическомъ дѣйствіи, преступленіи, причинной связи и т. д. „Общая часть“ государственнаго права присоединяла сюда свои юридическія понятія о правѣ, правовомъ сужденіи, правовомъ субъектѣ, правомѣрности и т. д. И это различіе мѣстныхъ нуждъ каждой отдѣльной дисциплины порождало изобилующую противорѣчіями множественность логическихъ опредѣленій. Такъ гражданское право опредѣляло юридическую личность, какъ субъектъ имущественныхъ правъ. Напротивъ того, согласно представленіямъ государственнаго права, юридическая личность государства есть субъектъ первоначальнаго господства. Гражданское право усматривало въ преступленіи нарушеніе отдѣльныхъ правъ, напротивъ того, уголовное право видѣло въ немъ нарушеніе самого правопорядка. Цѣлая бездна понятій, цѣлый хаосъ опредѣленій,— и безъ всякой надежды отыскать выходъ изъ этого лабиринта противорѣчій“...*)

Изображенное состояніе въ значительной степени характерно и для современнаго положенія догматической юриспруденціи, общіе прин-

*) G. A. Wielkowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914, p. 13.

ципы которой лишены систематической связи и истиннаго единства Отдѣльныя дисциплины спорятъ другъ съ другомъ, отрицаютъ другъ друга и уничтожаютъ. Цивилистъ съ точки зрѣнія созданнаго имъ понятія права склоненъ отрицать право международное; международники и государственники создаютъ такое опредѣленіе права, которое совершенно не подходитъ для цивилиста. Такое положеніе дѣлъ съ необходимостью ставитъ передъ юристомъ новыя задачи, которыя могутъ быть разрѣшены въ особомъ, обобщающемъ роды знанія,—*въ общей теоріи или въ философіи права.* Кто хочетъ измѣрить прогрессъ, испытанный юридической наукой, начиная съ древнихъ временъ и до нашихъ дней, тотъ долженъ обратить свой взоръ не на догму права, поражающую своимъ консерватизмомъ, а на вышеназванные отдѣлы юридическихъ знаній,—на исторію и соціологію права, на правовую политику, на философію и общую теорію права. Древность только предчувствовала возможность этихъ наукъ. Гордый своимъ правомъ Римъ почти ничего не сдѣлалъ для ихъ обоснованія. Рожденіе этихъ наукъ совершилось въ эпоху европейской курльтуры,—причемъ самой молодой изъ нихъ является исторія и соціологія права, а болѣе старыми правовая политика и философія права.

§ 2. Теоріи естественнаго права и проблема правовой политики.

Политика права имѣетъ съ догматической юриспруденціей то общее, что она также преслѣдуетъ практическія цѣли и является, слѣдовательно, не столько наукой, сколько искусствомъ или родомъ научно-построенной техники. Если догматическую юриспруденцію называютъ иногда наукой нормативной, то тѣмъ болѣе названіе это подходитъ къ политикѣ права. Разница только въ томъ, что догматическая юриспруденція имѣетъ дѣло съ изученіемъ нормъ дѣйствующаго права, политика-же—съ нормами права желательнаго, справедливаго, идеальнаго. Вопросъ о правовомъ и соціальномъ идеалѣ издавна занималъ вниманіе политиковъ и философовъ. Въ исторіи политической мысли вопросъ этотъ связанъ съ проблемой такъ называемаго *естественнаго* права. Уже греческая философія противопоставляла то, что установлено закономъ (νόμῳ) тому что имѣетъ значеніе и цѣнность по самой природѣ (φύσει) и изъ этого противопоставленія искусственныхъ человѣческихъ установленій природной справедливости выросла идея естественнаго права. Римскому судьѣ дѣйствующимъ римскимъ правомъ предписано было обращаться въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ тому, о чемъ учитъ естественная справедливость,—къ bonum et aequum по самой природѣ. И соотвѣтственно этому римская юриспруденція учила о существованіи jus naturale quod natura omnia animalia docuit. Христіанская культура придала этой идеѣ религіозное толкованіе: идея естественнаго права истолкована была какъ вѣчный, божественный законъ, установленный божественной мудростью—divina quaedam providentia. Законъ этотъ, какъ высшая справедливость, какъ право Божьяго Града, противопоставлялся тѣмъ извращеннымъ началамъ, которыя лежали въ основаніи историческихъ уч-

режденій и институтовъ. Заимствованная у древности и своеобразно перетолкованная средневѣковыми христіанскими писателями, идея естественнаго права сыграла выдающуюся роль въ исторіи западно-европейской политической культуры. Уже въ теченіе среднихъ вѣковъ разнообразными политическими писателями формулированы были подъ видомъ естественнаго права различные политическіе принципы, которые впослѣдствіи были положены въ основаніе политическаго устройства новѣйшихъ западно-европейскихъ государствъ, напр., идея наводовластія или народнаго суверенитета, ученіе о неотчуждаемыхъ правахъ личности, ученіе о связанности государства правомъ, о верховенствѣ государственной власти, о раздѣленіи властей, устройствѣ федеративнаго государства и т. д. Эпоха возрожденія и реформаціи освободила эти теоріи отъ ихъ средневѣковой религіозной формы, придала имъ свѣтскій видъ и сблизила съ методами впервые зародившейся тогда науки о природѣ. Такъ возникли тѣ великія системы новой естественно-правовой политики, авторами которыхъ были Гуго Гроціи, Гоббсъ, Спиноза, Локкъ, Кумберлэндъ, Пуфендорфъ и др. Жанъ-Жакъ Руссо, этотъ вдохновитель политическихъ идей французской революціи, далъ блестящую сводку естественно-правовымъ теоріямъ въ своемъ „Общественномъ договорѣ". Англійская, американская и французская политическая культура съ ея новѣйшими демократическими учрежденіями воплотила эти политическія теоріи въ жизнь, придала имъ плоть и кровь, построила по ихъ образцу государства. Можно безъ преувеличенія сказать: жизнь современнаго демократическаго государства есть реализованная теорія естественнаго права.

Однако, характеризованныя нами политическія задачи являлись основной, но далеко не единственной проблемой старыхъ естественно-правовыхъ теорій. Однимъ изъ существенныхъ недостатковъ науки объ естественномъ правѣ нужно считать чрезвычайное разнообразіе и нерасчлененность вопросовъ, которые она рѣшала и ставила. Ученіе объ естественномъ правѣ не только было политикой права, но нѣкоторой универсальной наукой, разрѣщающей всѣ возможныя проблемы юриспруденціи и соціологіи. Причемъ проблемы эти, различныя и самостоятельныя по своему научному смыслу, смѣшивались другъ съ другомъ, взаимно переплетались и составляли одно весьма искусственно составленное цѣлое. Современное научное сознаніе, необходимо требующее методологической продуманности и расчлененности своихъ предпосылокъ, не можетъ не отнестись критически и отрицательно къ не расчлененной сложности естественно-правовыхъ ученій. Изъ единой науки естественнаго права приходится выдѣлить едва-ли не половину ея содержанія, чтобы идея политики права предстала въ чистомъ своемъ видѣ.

И прежде всего ученія естественнаго права весьма часто смѣшивали вопросъ о правовомъ и соціальномъ идеалѣ съ вопросомъ объ историческомъ происхожденіи государственныхъ и правовыхъ союзовъ.

Громадную роль при этомъ сыгралъ извѣстный общечеловѣческій миѳъ о существованіи нѣкогда на землѣ „золотого вѣка“, о раѣ земномъ, въ которомъ люди жили поистинѣ въ совершенныхъ условіяхъ общежитія. Съ точки зрѣнія этого миѳа проблема будущаго соціальнаго строя становилась проблемой права прошлаго, извѣчнаго, нынѣ позабытаго и едва таящагося въ памяти людей, затемненной всѣми несовершенствами исторіи и такъ называемой цивилизаціи. Если существовало когда-то такое „естественное“ состояніе человѣческой жизни, то вся послѣдующая исторія была постепенной порчей первоначальнаго совершенства, была, собственно говоря, исторіей потеряннаго рая. Но и въ искаженныхъ соціальныхъ формахъ современности смутно отражается еще старая правда, которую хранитъ иногда народная память. Люди когда-то жили свободными и равными; увеличившееся наееленіе, голодъ, бѣдность, возникшая отсуда борьба привелн ихъ къ необходимости установленіе порядка и власти. Власть эта была построена на первоначальномъ соглашеніи людей, на общественномъ договорѣ, о которомъ позабыли нынѣшніе властители, да и позабыло большинство народа. Вспоминая объ этихъ древнихъ историческихъ основахъ всякаго правового и государственнаго устройства, мы тѣмъ самымъ закладываемъ фундаментъ для построенія всякаго будущаго нормальнаго общенія. Общество, право, государство должны быть построены на свободномъ соглашеній всѣхъ. Гдѣ нѣтъ договора, тамъ власть и право не имѣетъ законныхъ основъ. Такъ наивный романтизмъ гипотезы земного рая становится революціонной силой для разрушенія существующихъ учрежденій и даетъ основы для постройки будущаго нормальнаго и справедливаго соціальнаго порядка.

Извѣстно, что этотъ историческій романтизмъ школы естественнаго права былъ излюбленнымъ пунктомъ для нападенія критики. Было время, когда считалась своеобразнымъ открытіемъ та истина, что исторія не знаетъ никакого естественнаго состоянія между людьми и что государственный и правовой порядокъ не произошли путемъ договора.Нынѣ истина эта стала банальностью, о которой не приходится говорить въ наукѣ. Конечно, исторически не существовало никакого общественнаго договора и естественнаго состоянія, однака отсюда еще не слѣдуетъ, что учившіе о нихъ были простыми невѣждами. Пусть исторически договорная гипотеза ошибочна, умаляется ли тѣмъ самымъ ея политическая цѣнность? Утверждая, что всякій нормальный политическій порядокъ долженъ быть результатомъ свободнаго соглашенія, школа естественнаго права выставила одну изъ наиболѣе соблазнительныхъ политическихъ гипотезъ, подъ вліяніемъ которой западно-европейская кулътура начала великую перестройку своихъ учрежденій. Этимъ и объясняется вышеуказанное огромное значеніе школы естественнаго права, не умаляемое тѣмъ, что ея представители были плохими историками. Къ тому же нужно добавить, что историческое направленіе гипотезъ естественнаго права не было общераспространен-

нымъ и единственнымъ. Наука естественнаго права, связавъ политику съ исторіей, въ то же время придала проблемѣ соціальнаго идеала и другое значеніе, которое образуетъ новую пристройку въ сложномъ зданіи старыхъ естественно-правовыхъ ученій.

Тѣ политическіе принципы, которые были формулированы школой естественнаго права, имѣли не только значеніе историческихъ гипотезъ; сверхъ того имъ была приписана и нѣкоторая чисто философская функція,—имъ была приписана роль понятій, объясняющихъ теоретическую сущность правовыхъ явленій. Говоря *о происхожденіи* права, сторонники естественно-правовыхъ теорій далеко не всегда понимали вопросъ о происхожденіи, какъ историко-генетическую проблему. Когда они говорили о происхожденіи, они разумѣли подъ этимъ послѣднимъ логическую связь идей, а не временно-историческій процессъ. Такъ математика учитъ насъ, что линія „происходитъ" изъ движенія точки, а плоскость изъ движенія линіи. Значитъ-ли это, что дѣйствительно всѣ существующія линіи и плоскости, „произошли" отъ того, что существовали нѣкогда соотвѣтственныя имъ точки и линіи, которыя реально двигались и реально ихъ образовывали? Ясно, что не съ этимъ временно-реальнымъ процессомъ имѣетъ дѣло математика, когда она говоритъ о происхожденіи; она имѣетъ дѣло съ гипотезой, которая позволяетъ намъ умственно уразумѣть природу геометрическихъ величинъ. Но съ такими, именно, *идеальными* гипотезами имѣла дѣло и естественно-правовая школа въ лицѣ своихъ лучшихъ и наиболѣе выдающихся представителей. И въ общественной философіи предлагала она руководствоваться тѣми-же надежными пріемами идеальной конструкціи, примѣненіе которыхъ было такъ успѣшно въ математикѣ и механикѣ. Когда математикъ опредѣляетъ свои фигуры, онъ обращается не къ дѣйствительнымъ тѣламъ въ пространствѣ, но къ идеямъ, которыя онъ усматриваетъ въ своей душѣ, и при помощи этихъ идей онъ стремится понять конструктивное происхожденіе величинъ. „Ученые, привыкшіе заниматься изслѣдованіемъ состава естественныхъ тѣлъ, считаютъ недостаточнымъ ограничиваться разсмотрѣніемъ ихъ внѣшняго вида,... но преимущественной ихъ задачей является болѣе глубокое изслѣдованіе и разложеніе вещей на части, изъ которыхъ они состоятъ", Изъ этихъ частей и нужно конструировать вещь, чтобы понять черезъ ея *идеальное происхожденіе* ея сущность. Но подобнымъ же образомъ долженъ поступать и соціальный философъ. Онъ также долженъ разлагать изучаемый имъ предметъ на идеальные элементы; при помощи ихъ онъ долженъ строить опредѣленія, которыя учатъ насъ, какъ конструируется предметъ, и позволяютъ такимъ образомъ понять его природу. Сторонники гипотезъ естественнаго права думали, что такимъ первоначальнымъ элементомъ, на который разлагается общество, является надѣленная инстинктомъ самосохраненія человѣческая личность. Личность есть соціальный атомъ, и общественныя явленія слагаются изъ отношеній между физическими

атомами. Гипотеза объ естественномъ состояніи и объ общественномъ договорѣ въ такой ея формулировкѣ пріобрѣтаетъ новый неполитическій и неисторическій смыслъ;—смыслъ *теоретической конструкціи*, при помощи которой мы стремимся уразумѣть внутреннюю сущность и необходимость правопорядка.*)

Такимъ образомъ мы видимъ, что политическія понятія, выработанныя въ школѣ естественнаго права, являются не только идеальными критеріями справедливаго права, но и тѣми „созидающими" идеями, которыя отвѣчаютъ на вопросъ: „откуда" право? Наряду съ *политической* функціей они отправляютъ, слѣдовательно, чисто *теоретическую* функцію познанія, содержать въ себѣ познавательный принципъ, *черезъ* который и *отъ* котораго „происходитъ" право.**) Эту послѣднюю задачу можно было бы назвать *философски-правовой*—и она является совершенно самостоятельной задачей, не совпадающей ни съ задачами догматической юриспруденціи, ни съ задачами политики и исторіи права. Однако, школа естественнаго права не чувствовала самостоятельнаго значенія этого вопроса и сливала его съ вопросомъ политическимъ. Представители школы думали, что рѣшеніе его сводится къ нахожденію нѣкоторыхъ имѣющихъ безусловное значеніе политическихъ принциповъ, которые должны одновременно выполнять и роль гипотезъ, объясняющихъ сущность права, и роль идеальныхъ правовыхъ положеній, изображающихъ основы совершеннаго правопорядка, и даже роль гипотезъ историческихъ. Получался такимъ образомъ запутанный клубокъ проблемъ, превращающій науку естественнаго права въ своеобразно универсальный и методологически нерасчлененный родъ знанія.

Восемнадцатое столѣтіе было кульминаціоннымъ пунктомъ въ развитіи старыхъ ученій естественнаго права. Ккажется, что конецъ столѣтія этого сконцентрировалъ въ себѣ всю ту коллосальную политическую энергію, которая таилась въ нѣдрахъ западно-европейскаго общества—энергію, перешедшую въ актуальное состояніе въ моментъ французской революціи, превозгласившей принципы естественнаго права въ качествѣ своихъ лозунговъ. Вслѣдъ за французской революціей политическая энергія западно-европейской культуры пала, и вмѣстѣ съ тѣмъ потеряли свое обаяніе ученія естественнаго права. Когда девятнадцатый вѣкъ подвергъ суровой критики теорію естественнаго права, онъ съ одинаковымъ отрицаніемъ отнесся ко всему сложному содержанію естественно-правовыхъ ученій. Пшеница не быда отдѣлена отъ плевелъ, вся вѣками сложенная постройка была принана нипригодной. Такъ на долгіе годы утратили свое значеніе идея политики права, какъ самостоятельная проблема изслѣдованія. Она воскресла только въ послѣдней четверти XX вѣка, въ томъ научно-политическомъ теченіи, кото

*) Ст. мое Введеніе въ изученіи права, стр. 179 и слѣд.

**) Ср. Б. П. Вышеславцевъ. Этика Фихте. стр. 14.

рое носитъ названіе „возрожденія естественнаго права". *) Вмѣстѣ съ вновь поднявшимся интересомъ къ политическому творчеству пробудился также интересъ и къ старымъ теоріямъ естественнаго права, изъ которыхъ наши современники надѣются почерпнуть руководящіе политическіе принципы и методы для ихъ познанія. Нельзя отрицать великаго значенія за этимъ движеніемъ, уже обогатившимъ науку многими цѣнными изысканіями; но въ то же время нельзя упускать изъ вида, что далеко не все въ теоріяхъ естественнаго права достойно возрожденія. Есть смыслъ возродить позабытую науку о политическихъ идеалахъ, но ненужнымъ и даже вреднымъ надо признать возрожденіе той запутанности понятій, которая царствовала въ старыхъ теоріяхъ естественнаго права.

Современныя задачи политики права сводятся, прежде всего, къ уясненію тѣхъ основныхъ задачъ и цѣлей, которыя ставитъ себѣ эта наука. И прежде всего нужно подчеркнуть, что политика права есть не теоретическая наука, ставящая проблему обоснованія права, но родъ практическаго знанія, передъ которымъ, какъ и передъ всякой практической дисциплиной, возникаютъ двѣ основныя задачи: 1) познаніе цѣлей и принциповъ нормальнаго правового общенія и 2) познаніе тѣхъ средствъ, при помощи которыхъ принципы эти могутъ быть проведены въ жизнь. Нужно поэтому различать *политику цѣлей* отъ *политики средствъ*, какъ двѣ по существу своему различныя проблемы знанія. Первая имѣетъ въ виду *научную* формулировку правовыхъ идеаловъ, вторая—*научное* познаніе путей къ ихъ осуществленію. Стремленіе придать познанію идеаловъ нашихъ *научную* форму вполнѣ законно, если только уяснить себѣ, о какой наукѣ здѣсь идетъ рѣчь. Наука о правовомъ идеалѣ является ничѣмъ инымъ, какъ родомъ описательнаго знанія, которое, въ противоположность догматической юриспруденціи, учитъ не о дѣйствующихъ законахъ, но о „справедливомъ" правѣ,—не о сущемъ, а о должномъ. Трудно возражать противъ возможности осуществленія такого рода знанія, ибо каждая историческая эпоха и каждый народъ, за исключеніемъ народовъ умирающихъ, имѣютъ свои политическіе идеалы, и идеалы эти должны быть разумно опознаны и формулированы. Какъ существуетъ система права дѣйствующаго, положительнаго, такъ можетъ существовать и система права еще не дѣйствующаго, но желательнаго и справедливаго. Созданіе таковой системы есть своеобразная научная задача, не совпадающая ни съ задачами объяснительнаго научнаго изслѣдованія, ни съ задачами догматической юриспруденціи. Носителемъ справедливаго права является народное правосознаніе. Въ своихъ глубокихъ чувствахъ и переживаніяхъ таитъ народъ то, что онъ считаетъ справедливымъ и истиннымъ, задача же ученаго заключается въ умѣніи опознать этотъ

*) Ср. *П. И. Новгородцевъ*, Историческая школа юристовъ, 1896; *В. М. Гессенъ* Возрожденіе естественнаго права, 1902; *П. И. Новгородцевъ*. Нравственный идеализмъ въ философіи права въ „Проблемахъ идеализма". 1903. Изъ многочисленный иностранной литературы отмѣтимъ Charmont, La Renaissance du droit naturel, 1910. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912.

политическій идеалъ и его формулировать. Мы не можемъ не признать очень удачнымъ выраженіе Л. І. Петражицкаго, который считаетъ такъ называемое естественное право въ этомъ политическомъ его смыслѣ *правомъ интуитивнымъ*, т. е. такимъ, которое не имѣетъ никакого внѣшняго воплощенія въ историческихъ и культурныхъ учрежденіяхъ, но исходитъ изъ внутренняго убѣжденія, присущаго человѣческому правосознанію. Старая наука естественнаго права и стремилась формулировать эту правовую интуицію людей, стремилась придать ей раціонально-научную форму. Однако, совершенно ошибочно было бы полагать, что подобная научная формулировка правовыхъ идеаловъ можетъ когда-либо пріобрѣсти тѣ качества чисто теоретическаго знанія, съ которыми имѣютъ дѣло точныя науки. Идеалы можно обнаружить и описать, но нельзя доказать ихъ такъ, какъ мы доказываемъ математическія теоремы. Научная форма правовой политики есть форма конкретнаго и описательнаго, но не теоретическаго и объяснительнаго знанія.

Когда конечныя цѣли и идеалы правового общенія обнаружены и формулированы, остается еще вопросъ, какъ ихъ провести въ жизнь. Это есть новая самостоятельная и мало разработанная въ наукѣ проблема, которой до сихъ поръ занимались болѣе государствовѣды, чѣмъ юристы. Политика средствъ, какъ наука о правильныхъ и справедливыхъ способахъ государственнаго управленія, также есть весьма старая область знанія, ведущая свое начало еще отъ Аристотеля. Но политика средствъ, какъ спеціальная наука о способахъ правотворчества и законодательства, до сихъ поръ еще является поставленной, однако, нерѣшенной проблемой. Пріоритетъ въ постановкѣ этой проблемы, по крайней мѣрѣ, въ области гражданскаго права, безспорно принадлежитъ Л. І. Петражицкому*). По его мнѣнію, существо политики права сводится къ научно-обоснованному предопредѣленію" причиннаго дѣйствія права или, иными словами, къ изученію „тѣхъ результатовъ, наступленіе которыхъ слѣдуетъ ожидать въ случаѣ введенія извѣстныхъ правоположеній, и къ выработкѣ тѣхъ началъ, введеніе коихъ путемъ законодательства (или инымъ путемъ, напримѣръ, въ международной области) въ систему дѣйствующаго права сдѣлалось бы причиной извѣстнаго желательнаго эффекта". **) Право, „какъ психическій факторъ общественной жизни" извѣстнымъ образомъ дѣйствуетъ на поведеніе людей, совершенствуетъ это поведеніе иисправляетъ. Л. І. Петражицкій увѣренъ, что „современемъ будетъ развита обширная теорія этого дѣйствія права съ болѣе обильнымъ и богатымъ содержаніемъ, чѣмъ все теперешнее, такъ называемое „общее ученіе о правѣ", обладающее еще вообще крайне скуднымъ характеромъ.***) Въ своихъ вышедшихъ въ свѣтъ сочиненіяхъ Л. І. Петражицкій даетъ цѣлый рядъ цѣнныхъ указаній на предшествующую исторію и практику политики права, обѣщая въ

*) Leo v. Petrazicki, Die Fruchtverteilung, 1892. (р. п. *Л. Петражицкій*, Права добросовѣстнаго владѣльца, 2-е изд. 1902). *Его-же*, Die Lehre vom Einkommem, Bd. II II, 1893—95, а также и цитируемыя ниже сочиненія.

**) Введеніе въ изученіи права и нравственности, изд. 2, 1907, предисловіи, стр. VI,

***) Теорія права и государства, т. II, 1907, стр. 644.

будущемъ посвятить этимъ проблемамъ большое самостоятельное изслѣдованіе. Наука политики права въ этихъ своихъ заданіяхъ всецѣло совпадаетъ съ тѣмъ, что мы называемъ „политикой средствъ". Существеннымъ недостаткомъ воззрѣній Л. І. Петражицкаго является то, что политика права въ его пониманіи какъ будто и исчерпывается этими задачами. Вопросъ о цѣляхъ и идеалахъ правообщенія не выдвигается, какъ самостоятельная проблема: рѣшеніе вопроса этого Л. І. Петражицкій надѣется получить путемъ изслѣдованія „причиннаго дѣйствія права". „Дѣйствующая въ каждый данный моментъ система правовыхъ нормъ",—говоритъ Л. І. Петражицкій,—„является преходящей ступенью соціальнаго воспитанія и должна быть по мѣрѣ выполненія своей воспитательной функціи замѣнена другой системой правового, импульсивнаго и педагогическаго воздѣйствія, приспособленной къ уже достигнутому уровню народной психики. *Идеаломъ является достиженіе совершенно соціальнаго характера, совершенное господство дѣйственной любви въ человѣчествѣ*".*) Но что же такое этотъ „совершенный соціальный характеръ"? Въ какія юридическія формы воплощается это „господство дѣйственной любви"? И откуда, наконецъ, явился самъ идеалъ этотъ въ наукѣ, которая стремится познать соціальный результатъ дѣйствія права? Въ построеніяхъ Л. І. Петражицкаго идеалъ этотъ какъ-бы сваливается съ неба, между тѣмъ онъ и проблемы, съ нимъ связанныя, могутъ быть темой для цѣлаго ряда самостоятельныхъ научныхъ изысканій. Тему эту разрабатываетъ „политика цѣлей" или наука о соціальномъ идеалѣ, издавна служившая предметомъ изслѣдованія въ различныхъ естественно-правовыхъ теоріяхъ. Полемика новѣйшихъ представителей школы естественнаго права съ Л. І. Петражицкимъ и сводится главнымъ образомъ къ указанію на то, что его политика права, ставя чрезвычайно важныя проблемы, упускаетъ изъ вида главнѣйшее и существеннѣйшее -вопросъ о конечныхъ цѣляхъ и идеалахъ правообщенія.**)

§ 3. Историзмъ и соціологизмъ въ наукѣ о правѣ.

Историческое знаніе нерѣдко противопоставляютъ соціологическому, утверждая, что первое описываетъ индивидуальныя событія, второе же изслѣдуетъ общіе законы, управляющіе соціальными явленіями. Однако, нельзя не отмѣтить, что это противопоставленіе исходитъ изъ невѣрнаго взгляда на соціологію, какъ на точную, естественную науку, законы которой столь же общи, какъ законы физики. На самомъ дѣлѣ соціологическіе законы суть обобщенія, значеніе которыхъ не простирается далѣе извѣстнаго, довольно узкаго круга явленій—именно, далѣе отношеніе между людьми въ обществѣ. Но подобныя, относительныя обобщенія можетъ дѣлать и исторія, поскольку она задается

*] Введеніе въ изученіи прсва, стр. VII.

**) Ср полемику между Л. І. Петражицкимъ и П. И. Новгородцевымъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ", первые номера журнала.

не только чисто описательными и изобразительными, но и объяснительными цѣлями. Слѣдуетъ также добавить, что и по предмету своему исторія очень близка соціологіи, поскольку она изучаетъ соціальную жизнь людей, какъ она строится во временномъ процессѣ. Такимъ образомъ даже съ отвлеченно-методологической точки зрѣнія между этими науками должна быть нѣкоторая близость. Если-же мы присмотримся къ ихъ фактическому отношенію, то мы увидимъ, что онѣ всегда были родными сострами. Значительную часть соціологіи образуютъ чисто историческія изысканія; и въ свою очередь научно построенная исторія,—исторія, которая не только хочетъ описывать, но и понимать,—не можетъ не быть исторіей соціологической. Въ развитіи науки историзмъ и соціологизмъ всегда идутъ рука объ руку, и выводъ этотъ, вѣрный для всей области историческихъ и соціологическихъ знаній, всего болѣе подтверждается въ изслѣдованіяхъ юридическихъ.

Историческое направленіе въ юриспруденціи связывается съ именемъ *исторической школы юристовъ**) Подъ именемъ исторической школы разумѣютъ одно изъ значительныхъ направленій нѣмецкой юридической науки, созданное Савиньи и Пухтой и оказавшее величайшее вліяніе на послѣдующее развитіе европейской науки о правѣ. Нужно различать историзмъ въ наукѣ о правѣ въ широкомъ смыслѣ этого слова отъ специфическихъ теорій, образующихъ внутреннее содержаніе такъ называемой исторической школы юристовъ. Общія предпосылки историзма въ юриспруденціи гораздо болѣе ранняго происхожденія, чѣмъ ученія Савиньи и Пухты. Ихъ слѣдуетъ искать въ разнообразныхъ историческихъ тенденціяхъ, развившихся на почвѣ разложенія западно-европейскаго раціонализма XVII и XVIII вв. Уже философская система Лейбница, въ противоположность картезіанству и спинозизму, имѣетъ до нѣкоторой степени историческій характеръ. Въ связи съ этимъ Лейбницъ не только интересовался разработкой различныхъ историческихъ проблемъ, но и по отношенію къ юриспруденціи выставилъ требованіе, чтобы изученіе исторіи предшествовало изученію права. Эти историческія тенденціи еще болѣе благопріятную почву нашли въ англо-французской опытной или эмпирической философіи. Естественно-правовая теорія Локка имѣетъ явно-историческій уклонъ. Подъ вліяніемъ принциповъ эмпирической философіи находился какъ извѣстно, Монтескье, который въ своемъ „Духѣ законовъ“ задался цѣлью показать, какъ подъ вліяніемъ различныхъ естественныхъ и историческихъ условій создаются законы и учрежденія различныхъ народовъ. Идеи Лейбница и отчасти Монтескье привились въ XVIII столѣтіи въ нѣмецкой юриспруденціи, гдѣ возникла такъ называемая геттингенская школа юристовъ. По мнѣнію главнаго ея представителя, Гуго, право должно быть изучаемо „въ его исторической своеобразности и независимо отъ непосредственныхъ практическихъ цѣлей“. Право не есть продуктъ сознательнаго творчества, но оно развивается само собою въ историческомъ

*) Послѣдующее является переложеніемъ моей статьи „Историческая школа юристовъ“ напечатанной въ 19 томѣ новаго энциклопедическаго словаря Брокгауза и Эфрона.

процессѣ. Поэтому писанными законами не исчерпывается то, что мы называемъ правомъ: наряду съ законодательными нормами имѣются нормы, добровольно принимаемыя народомъ,—обычное право. Въ этихъ идеяхъ содержатся уже основные моменты теоріи исторической школы юристовъ. Однако, Гуго, какъ и вообще историзмъ XVIII вѣка, не поднялся еще до сознанія общей закономѣрности, господствующей въ исторіи; другими словами, теорія его не стала еще достаточно соціологичной. Исторически измѣнчивое содержаніе положительнаго права зависитъ, по мнѣнію Гуго, отъ чисто-случайныхъ. внѣшнихъ обстоятельствъ, Въ противоположность этому Савиньи и Пухта учатъ *о необходимости* въ историческомъ развитіи права, *о закономѣрности* историческаго процесса. Они вносятъ въ историческое изученіе права значительный соціологическій элементъ,—и это едва-ли не самое главное пріобрѣтеніе, которое сдѣлалъ историзмъ въ правѣ со времени выступленія на свѣтъ исторической школы юристовъ.

По внутреннему содержанію своему теорія исторической школы юристовъ весьма многообразна. Она слагается изъ цѣлаго ряда отдѣльныхъ элементовъ, связанныхъ между собою не внутренно-логической, но внѣшней, психологической связью. Нужно различать четыре основныхъ линіи, образующихъ внутреннее существо исторической школы юристовъ. *Во-первыхъ*, выступаетъ чисто историко-эмпирическое наслоеніе, которое можно свести къ вліянію геттингенской школы и ея предшественниковъ. Ближайшимъ образомъ изъ него вытекаетъ стремленіе Савиньи и Пухты къ догматическому изученію римскаго права, которое, согласно программѣ исторической школы, не должно быть оторваннымъ отъ исторіи. Самъ Савиньи, а затѣмъ Пухта дали блестящіе образцы догматической обработки римскаго права, одухотворенной въ то-же время богатѣйшими историческими знаніями источниковъ и глубокимъ пониманіемъ историческаго духа и смысла юридическихъ институтовъ. *Во-вторыхъ*, мы имѣли дѣло съ тѣмъ, что можно назвать *соціологическимъ* моментомъ въ теоріяхъ исторической школы. Право есть продуктъ человѣческаго духа, но этотъ послѣдній необходимо обусловленъ общей культурной исторіей каждой націи. Поэтому настоящее каждаго народа всецѣло заключается въ его прошедшемъ, и понять настоящій правопорядокъ можно только исторически. Равнымъ образомъ и будущее право обусловлено всѣмъ прошедшимъ и настоящимъ, Поэтому, при созданіи новаго права, дѣло идетъ не о свободномъ выборѣ между хорошимъ и дурнымъ, но о необходимомъ процессѣ умиранія стараго и творчества новаго. Объ этомъ можно сожалѣть, это можетъ радовать, но этого нельзя измѣнить. Общее признаніе необходимой закономѣрности историческаго процесса Савиньи и Пухта дополняютъ существенными соображеніями о самой природѣ и о самомъ содержаніи этой закономѣрности. Закономѣрность исторіи имѣетъ характеръ закономѣрности органическихъ явленій. Право выростаетъ изъ народнаго духа, во внутренномъ, національномъ, непрерывномъ и самобытномъ процессѣ, какъ выростаютъ языкъ и нравы,—безсозна-

тельно, постепенно, безболѣзненно. Здѣсь подтверждается, уже защищаемый Гуго, взглядъ на обычай, какъ на преимущественный источникъ правообразованія, а равно и обосновывается отрицаніе значенія сознательнаго законодательнаго творчества. Часто называютъ эти идеи исторической школы романтическими, и дѣйствительно философія нѣмецкаго романтизма—и даже шире, нѣмецкій послѣкантовскій идеализмъ—оказали существенное вліяніе на выработку взглядовъ Савиньи и Пухты. Любопытно отмѣтить, что за двѣнадцать лѣтъ передъ тѣмъ, какъ Савиньи высказалъ впервые основныя положенія своей теоріи, молодой Гегель предвосхитилъ многіе взгляды исторической школы*). Самое понятіе „народнаго духа", не встрѣчающееся въ первыхъ сочиненіяхъ Савиньи, было заимствовано Пухтой изъ философіи права Гегеля **). Понятіе же органическаго развитія Савиньи и Пухта взяли изъ философіи Шеллинга, въ который нужно искать источникъ столь любимыхъ представителями исторической школы сравненій развитія права съ безсознательнымъ и постепеннымъ ростомъ языка, нравовъ, культуры изъ внутреннихъ силъ духовной жизни. *Третья* доктрина, входящая въ составъ теорій исторической школы юристовъ, могла бы быть названа *политической*. Ученіе исторической школы несправедливо было-бы считать только историко-соціологической гипотезой; это ученіе, сверхъ того, было своеобразнымъ политическимъ міросозерцаніемъ. Подобно своимъ предшественникамъ, представителямъ старой естественно-правовой школы, Савиньи не можетъ обойти вопроса о цѣнности права, только вопросъ этотъ не ставился имъ, какъ самостоятельная научная проблема, но своеобразно рѣшался среди другихъ научныхъ вопросовъ. „Живущее въ народѣ право есть единственно разумное". Сила положительнаго права, его значимость, лежитъ въ тайникахъ народнаго духа. Савиньи начинаетъ такимъ образомъ говорить не о томъ, что есть, но о томъ, что *должно* быть. То что растетъ органически, есть лучшее, идеальное, а потому и наиболѣе желательное. Отсюда вытекаетъ враждебность исторической школы къ раціоналистическому духу предшествующей эпохи и главнымъ образомъ къ политическому раціонализму французской революціи, съ его общечеловѣческимъ, ненаціональнымъ, естественно-правовымъ идеаломъ, съ его сконностью къ произвольной ломкѣ освященныхъ вѣковыми традиціями учрежденій и политическихъ формъ. Въ этомъ отношеніи Савиньи, наряду съ многими писателями реставраціонной эпохи, является одной изъ типичныхъ фигуръ той реакціи, подъ знаменемъ которой новый, проникнутый историзмомъ XIX вѣка выступилъ противъ стараго, раціонально-матиматическаго, картезіанскаго духа предшествующей эпохи. И наконецъ, *четвертую* и послѣднюю составную часть ученій исторической школы юристовъ можно было бы наз-

*) Въ статьѣ „Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts.".

**) Какъ показалъ это Brie, Der Volksgeist bei Hegel und in der der historischen Rechtsschule. „Archiv für Rechts und Wirtsphilosophie". 1908.

вать *философски-правовой**). По общему признанію, историческая школа юристовъ никогда не занималась спеціально проблемами *философіи* права, одноко, ея философскія воззрѣнія едва-ли могутъ быть обойдены молчаніемъ. И это потому, что исторической школой былъ выставленъ новый и чрезвычайно оригинальный философскій взглядъ на сущность права. Взглядъ этотъ можетъ быть сведенъ къ слѣдующей простой мысли, которая очень часто ускользаетъ отъ взора изслѣдователей, затѣмняя такимъ образомъ общее значеніе исторической школы: право по собственному признанію Савиньи, есть *сила или функція* народа. Народъ же не есть случайный аггрегатъ индивидуумовъ, какъ думали представители естественно-правовой мысли, но подлинный организмъ. Проявленіемъ этой органической жизни народа является право, наряду съ языкомъ, религіей, нравами и т. п. Ученые юристы говорятъ обычно или объ отдѣльной самодавлѣющей личности, или же о конгломератѣ отдѣльныхъ лицъ, вродѣ кучи камней, При этомъ право считаютъ случайнымъ изобрѣтеніемъ отдѣльныхъ личностей или случайнымъ соглашеніемъ многихъ. Но отдѣльный, изолированный человѣкъ является научной выдумкой, „нѣтъ никакого единичнаго и изолированнаго человѣческаго существованія"! Реальнымъ существованіемъ обладаетъ народъ, который является органическимъ цѣлымъ съ совершенно особыми присущими ему силами и процессами. Право есть, стало быть, явленіе *соціально-органическое.*

Вліяніе исторической школы на послѣдующее развитіе юридической мысли было чрезвычайно многообразно и разпространялось по вышеочерченнымъ четыремъ главнымъ направленіямъ, образующимъ внутренній составъ теорій Савиньи и Пухты. Но въ качествѣ одного изъ главныхъ результатовъ, порожденныхъ этимъ вліяніемъ, нужно назвать созданіе особой области историко-соціологическихъ изысканій въ наукѣ о правѣ. Со времени Савиньи въ науку о правѣ прочно вошла мысль, что изслѣдованіе историческихъ условій происхожденія права и наблюденіе проявляющихся здѣсь законовъ есть самостоятельная проблема научнаго изслѣдованія. Послѣдователи Савиньи и Пухты отвергли многіе моменты теоріи исторической школы. Ученіе о народномъ духѣ, объ органическомъ, безболѣзненномъ развитіи права, объ обычаѣ, какъ преимущественномъ источникѣ правотворчества, все это было сдано въ архивъ: но основная проблема теоріи осталась незыблемой, и подъ вліяніемъ ея идея соціологіи права пріобрѣла право гражданства. Наблюдая дальнѣйшую исторію этой идеи, мы видимъ, что она постепенно обособляется отъ связанныхъ съ нею политическихъ, философскихъ и др. элементовъ теоріи исторической школы, проясняетъ свою методологическую природу и превращается въ самостоятельную научную задачу, открытіе которой можетъ съ правомъ приписать себѣ девятнадцатое столѣтіе.

*) Ср. мое Веденіе въ изученіе права, стр. 80.

Однимъ изъ замѣчательнѣйшихъ послѣдователей исторической школы юристовъ былъ Рудольфъ фонъ-Іерингъ, которому принадлежатъ классическія формулировки задачъ и цѣлей такъ называемой соціологіи права. Подобно своимъ учителямъ, Іерингъ исходитъ изъ мысли, что „право есть объективный *организмъ* человѣческой свободы", „извнутри образовавшійся и законченный продуктъ исторіи", а не „внѣшнее собраніе произвольныхъ опредѣленій, которое обязано своимъ происхожденіемъ размышленію законодателя" *). Такимъ образомъ въ основаніе своего изслѣдованія онъ ставитъ представленіе о правѣ, какъ объ организмѣ, которому присущи всѣ свойства истинно-органическихъ явленій—„единство во множествѣ, индивидуальность, внутренній ростъ и т. д.". Но каждый организмъ можетъ подвергнуться двойному изученію,—*анатомическому* и *физіологическому*; первое имѣетъ своимъ предметомъ его составныя части и ихъ отношеніе другъ къ другу, т. е. его структуру, второе—его функціи". Первое составляетъ задачу догмы права, второе проблему соціально-историческихъ изысканій. Въ отличіе отъ теорій исторической школы юристовъ, въ которыхъ эти двѣ проблемы находятся въ смѣшанномъ, неотдифференцированномъ видѣ, у Іеринга мы наблюдаемъ полнѣйшее ихъ расчлененіе. Это суть двѣ самостоятельныя научныя задачи, которыя по существу своему совершенно не совпадаютъ. Одно дѣло анатомическое строеніе юридическаго института, другое дѣло его функція. „Могутъ быть институты различнаго анатомическаго строенія съ одинаковыми или сходными функціями, напр., завѣщаніе и donatio mortis cusa, древне-германскій закладъ въ формѣ fiducia (перенесеніе собственности) и новѣйшій pignus, cessio и delegatio, cura и tutela, уничтоженіе иска и лишеніе права давностью владѣнія противной стороны и т. д. Наоборотъ строеніе можетъ быть сходнымъ или въ одномъ и томъ-же институтѣ остаться по существу тѣмъ-же, а функціи могутъ очень расходиться, какъ, напримѣръ, при государственномъ устройствѣ республики (римской), которое въ началѣ императорскаго времени осталось тѣмъ-же по своему анатомическому строенію. Нашъ юридическій методъ придаетъ, къ сожалѣнію, *слишкомъ большое значеніе анатомическому строенію институтовъ и слишкомъ малое ихъ функціямъ*" **). Нѣтъ ничего ошибочнѣе изученія права, какъ философской системы, *только* со стороны его духовнаго содержанія, его логическаго построенія и единства. Пусть съ этой точки зрѣнія оно будетъ и образцовымъ произведеніемъ, но этимъ еще не рѣшается вопросъ о его истинномъ достоинствѣ; послѣднее лежитъ въ его функціяхъ, т. е. въ его практической годности. Какая польза въ томъ, что машина производитъ впечатлѣніе художественнаго произведенія, если она, какъ машина никуда не годится?***) „Ни одно уложеніе, ни одинъ теоретическій сборникъ права какого бы то ни было

*) R. von Ihering, Geist des römischen Rechts. 2-te Aufl. 1866, § 3, Р. п. Духъ римскаго права, 1875, стр. 21.

**) Ibid., § 4; р. п. стр. 43.

***) Ibid. § 4; р. п. стр. 41.

времени не можетъ быть понять *безъ знанія реальнаго состоянія этого народа и этого времени.* Почему правовыя положенія существуютъ, какое ихъ назначеніе, будутъ-ли они поддержаны жизнью въ своемъ дѣйствіи, или она воспрепятствуетъ имъ и т. д.—на всѣ эти вопросы даетъ отвѣтъ только сама жизнь". Если юристъ-догматикъ методологически отвлекается отъ разсмотрѣнія этихъ жизненныхъ функцій права, то для юриста соціолога въ изученіи ихъ лежитъ главный интересъ. Задачи соціологіи права сводятся къ изученію соціальныхъ функцій юридическихъ институтовъ, къ познанію причинъ, вызвавшихъ ихъ къ жизни, и условій, объясняющихъ ихъ измѣненіе, развитіе, рожденіе и смерть.

Съ того времени, какъ Іерингомъ были сдѣланы вышеприведенныя формулировки, соціологическія изслѣдованія въ области права разрослись въ обширную и самостоятельную отрасль науки. Іерингъ примѣнилъ свои методологическіе принципы къ изученія римскаго права, многочисленные сторонники соціологическаго метода примѣнили его по праву другихъ народовъ и другихъ историческихъ періодовъ. Въ особенности же плодотворнымъ оказался соціологическій методъ въ примѣненіи къ изученію первобытныхъ учрежденій, сравнительно-историческое наблюденіе которыхъ обогатило соціологію права цѣлымъ рядомъ существенно-важныхъ обобщеній, касающихся соціальныхъ функцій юридическихъ институтовъ, ихъ происхожденіе и развитія.*)

§ 4. Идея философія права.

Наука о правѣ, такъ же какъ и всякая другая область знанія, не можетъ не ощущать потребности въ высшихъ и систематическихъ обобщеніяхъ. Съ одной стороны, это постулируется самымъ изучаемымъ въ юриспруденціи предметомъ: то, что мы называемъ „правомъ", измѣнчиво по своему существу, оно рождается, возникаетъ, существуетъ, измѣняется, старѣетъ, умираетъ. „Добро"—какъ говорятъ вышецитированныя слова поэта—„перемѣняетъ время во зло; благодѣянье—въ бремя". Но развѣ въ этомъ круговоротѣ правовыхъ идей не обнаруживается ничего постояннаго и неизмѣннаго? Какъ бы ни были разнообразны и непостоянны юридическія явленія, въ нихъ должно проявляться нѣчто *всеобщее*, разъ мы ихъ, несмотря на все разнообразіе, все же называемъ *юридическими.* Если бы этого всеобщаго не проявлялось, мы потеряли бы всякій критерій, отличающій правовыя явленія отъ всѣхъ другихъ; мы не вправѣ были бы подводить ихъ подъ общее понятіе „права". И далѣе, къ обнаруженію единаго лица или всеобщей природы юридическихъ явленій ведутъ насъ потребности научнаго знанія. Мы видѣли уже, что право изучается въ различныхъ наукахъ и каждая изъ нихъ образуетъ свое понятіе о правѣ. Можетъ-ли наука оставаться при такой множественности понятій? Не обязана-ли она во всѣхъ нихъ попытаться узрѣть нѣчто единое, цѣльное, всеоб-

*) Изъ новѣйшей литературы нужно указать на трудъ Ehrlich'a, Grundlegung der Sociologie des Rechts. 1912.

щее? Вопросъ о „всеобщемъ“ въ правѣ и является предметомъ изслѣдованія въ особомъ родѣ знанія, который мы называемъ *философскимъ*.

Эту задачу обобщающаго знанія ставитъ передъ собою также возникшая и популярныя во второй половинѣ XIX вѣка наука, которая носитъ названіе *общей теоріи права**). И она, какъ извѣстно, задается цѣлью изучить тѣ наиболѣе общіе принципы, которые лежатъ въ основаніи измѣнчиваго по своему содержанію, дѣйствующаго права различныхъ народовъ и различныхъ историческихъ періодовъ. Однако, въ отличіе отъ философіи, общая теорія права стремится итти путемъ эмпирическимъ, основываясь на изученіи „положительнаго историческаго матеріала“.

Поэтому основнымъ обобщеніямъ своимъ общая теорія права склонна приписывать только цѣнность историческую, слѣд., очень относительную. Накакихъ безусловныхъ и универсальныхъ идей здѣсь быть не можетъ, такъ какъ предметъ самъ измѣнчивъ по существу и все, что изъ него извлечено, неизбѣжно должно нести на себѣ печать временности. Въ общей теоріи права дѣло идетъ о нахожденіи нѣкоторыхъ типичныхъ явленій, которыя можно получить путемъ отвлеченія отъ всего индивидуальнаго, свойственнаго только единичному. Въ этомъ отношеніи общая теорія права хочетъ итти старой, испытанной дорогой, по которой шло описательное естествознаніе. Вѣдь изслѣдователь природы, когда онъ приступаетъ къ ея изученію, начинаетъ съ наблюденія единичнаго, чтобы путемъ отвлеченія дойти до нѣкоторыхъ обобщеній, называемыхъ эмпирическими законами природы. Шествуя далѣе по пути этихъ обобщеній, естествоиспытатель приходитъ, наконецъ, къ болѣе общимъ законамъ и, наконецъ, къ самымъ общимъ истинамъ, опредѣляющимъ бытіе того, что мы называемъ природой. Путемъ такихъ послѣдовательныхъ обобщеній рекомендуютъ итти и юристу. Построенная такимъ методомъ общая теорія права будетъ соотвѣтствовать общей ботаникѣ, или общей біологіи, —наукамъ строго эмпирическимъ, построеннымъ на основаніи опыта и наблюденія. Поэтому-то современное естествознаніе совершенно чуждо метафизикѣ и сознательно отклоняетъ отъ себя рѣшеніе вопросовъ о томъ, какова „сущность“, или какова „реальность“ изучаемыхъ имъ явленій. Сознательно долженъ отвести эти вопросы и юристъ, поскольку онъ призванъ двигать науку свою тѣми-же испытанными методами, которые привели къ тріумфу старшую сестру гуманитарныхъ знаній, науку о природѣ**).

Но существуетъ несомнѣнное несоотвѣтствіе между этимъ эмпирическимъ уклономъ „общей теоріи права“ и тѣми выводами, которыя получаются въ результатѣ примѣненія ею эмпирическихъ методовъ. Если мы присмотримся къ истинамъ, высказываемымъ въ этой наукѣ, то мы увидимъ, что онѣ помимо ея воли неизбѣжно выливаются въ аподиктическую и безусловную форму. „Гдѣ есть общество“—такъ го-

*) См. мое Введеніе въ изученіе права, стр. 11 и слѣд.

**) Ср. изложеніе задачъ общей теоріи права у Г. Ф. Шершеневича, общее ученіе о правѣ, § 4. стр. 39.

воритъ общая теорія права въ лицѣ одного изъ ея представителей— „тамъ должны быть и правила общежитія“*) „Соціальныя нормы не есть ни сужденіе, ни совѣтъ, ни просьба, но *всегда* повелѣніе“..**) *Всякій* законъ, въ какую бы грамматическую форму не былъ онъ облеченъ, *всегда* представляетъ собою норму или правило поведенія... „*Всякая* норма права—приказъ“***) „*Вся* права въ своей совокупности покоятся на почвѣ права“. „*Все* право существуетъ для людей и черезъ людей“****), „Право *всегда* и *повсюду* устанавливаетъ должное поведеніе людей“*****) Со стороны нѣкоторыхъ сторонниковъ подобной „опытной“ общей теоріи права прямо выставляется даже требованіе создать такое опредѣленіе права, которое должно „охватывать“ „*всѣ правовыя явленія*“, совершенно независимо отъ того, „пользуются ли они признаніемъ со стороны государства, или кого бы то ни было, называютъ ли ихъ обычно правомъ юристы или нѣтъ, или же они относятъ нѣкоторыя изъ этихъ явленій къ не праву— нравомъ, морали, религіи etc.“ „Словомъ. оно обнимаетъ всѣ явленія права, какъ таковыя *безъ исключенія*“******). Однако, можно безошибочно сказать, что не было еще ни одного юриста-который сдѣлалъ бы свое опредѣленіе права, добросовѣстно изучивъ всѣ историческія „права“ всѣхъ временъ и народовъ, или по крайней мѣрѣ одного опредѣленнаго культурно-историческаго періода. Но если бы даже и нашелся такой юристъ, который дѣйствительно попытался бы изучить всѣ доступныя для наблюденія историческія „права“ и на основаніи этого изученія сдѣлать свое опредѣленіе „права“, то и онъ не могъ бы выдавать это опредѣленіе за общеобязательное и безусловное, такъ какъ исторія знаетъ много эпохъ позабытыхъ, много памятниковъ утерянныхъ, много источниковъ погибшихъ. Нельзя исчерпать всего эмпирическаго матеріала, доставляемаго исторіей, тѣмъ болѣе, что теченіе времени еще не кончилось, исторія еще не прекратилась и будущее подарить насъ новыми правовыми образованіями, новыми институтами и источниками, До тѣхъ поръ, пока все это не исчерпано во всей полнотѣ—нельзя выдавать эмпирически построенное опредѣленіе за общеобязательное. И вообще нужно сказать, что идея, такъ называемой, универсальной эмпиріи, которая берется все изучить, принадлежитъ къ идеямъ ложнымъ. Явленія міра—безконечно разнообразны, и объять ихъ въ простомъ эмпирическомъ знаніи нѣтъ никакой возможности. Если мы и высказываемъ какія-либо достовѣрныя положенія, то достовѣрность ихъ, конечно, не черпается изъ обыкновеннаго наблюденія, а скорѣе предполагается, какъ условіе самого наблюденія. Чтобы получить знаніе истинно достовѣрное, для этого необходимо произвести такое умственное усмотрѣніе, которое по природѣ

*) *Першеневичъ*, I. с. стр. 152.
**) Ibid., стр. 153.
***) Ibid., стр. 281.
****) *Ф. Регельсбергеръ.* Общее ученіе о правѣ, стр. 1—2,
*****) *Ѳ. В. Тарановскій.* Учебникъ энциклопедіи права, стр. 67.
******) Школа проф. *Л. І. Петражицкаго.* Цитата принадлежитъ ученику Л. І. Петражицкаго *П. Е. Михайлову*, Проблема права въ „Новыхъ идеяхъ въ правовѣдѣніи“, сборникъ № 4, стр. 58.

своей шло бы далѣе всѣхъ возможныхъ отдѣльныхъ случаевъ, выходило-бы за предѣлы опыта, оперировало бы съ понятіемъ „вообще". Предлагаемыя общей теоріей права опредѣленія и претендуютъ на это „вообще", тогда какъ методологическія предпосылки общей теоріи права его неспособны дать. Вопро́съ о томъ, *что таков право?* или совсѣмъ не нужно ставить, или нужно обладать способностью рѣшить его въ формѣ всеобщей, переступая предѣлы мѣста и времени, условія соціальныя и историческія.

Въ самой идеѣ „общей теоріи права" не можемъ не вскрыть мы, поэтому, нѣкоторой неразрѣшимой трудности. Слово „общій" содержитъ по смыслу своему такое требованіе, которое не можетъ быть разрѣшено путемъ наблюденія отдѣльныхъ случаевъ. Если же мы откажемся отъ этого требованія и придадимъ понятію „общій" ограничительное толкованіе, если мы будемъ разумѣть подъ нимъ „общій для данныхъ случаевъ" и не болѣе того,—тогда общая теорія права должна рѣшительно отказаться отъ безусловной формы своихъ сужденій и не менѣе рѣшительно перестроить все свое научное зданіе. Ей придется говорить уже болѣе скромнымъ языкомъ, напр., „въ условныхъ предѣлахъ изученнаго здѣсь матеріала право устанавливаетъ должное поведеніе людей", въ этихъ предѣлахъ „оно существуетъ для людей и черезъ людей" и т. д. Однако, болѣе богатое наблюденіе опытнаго матеріала и развитіе историческаго процесса можетъ рѣшительно измѣнить характеръ права. Съ этой точки зрѣнія возможно, что далеко не *всякое* право будетъ устанавливать должное и будетъ существовать для людей и черезъ людей и т. д. Нельзя отрицать за знаніемъ, которое оперировало бы съ такими сужденіями, нѣкоторой относительной цѣнности; однако, такое знаніе не можетъ претендовать на имя „общей теоріи". Оно будетъ чѣмъ угодно, но не „общей теоріей права".

Построеніе „общей" теоріи права необходимо предполагаетъ способность выходить за предѣлы наблюденія единичныхъ явленій и усматривать „всеобщее". Кто отрицаетъ эту возможность умственнаго усмотрѣнія всеобщихъ отношеній и связей, для того построенія общей науки о правѣ является проблемой невыполнимой. Но при такомъ пониманіи общая теорія права превращается въ философскую науку или въ философію права. Ибо свойственная уму нашему способность видѣть предметы „вообще" является основаніемъ для того рода знанія, который называется философскимъ. Философія и есть, въ сущности говоря, интуиція тѣхъ всеобщихъ идей, которыя могутъ быть предметомъ нашего знанія, какъ могутъ быть имъ и единичныя, конкретные предметы, составляющіе объектъ изученія частныхъ наукъ.

Всеобщія идеи эти предполагаются. конечно, и всякой частной наукой. Но частная наука догматически ихъ *предполагаетъ*, не уясняя ихъ внутренней сущности, не спрашивая объ ихъ собственномъ, внутреннемъ содержаніи. Въ этомъ отношеніи есть сходство между любой частной наукой,—будь то какая-либо отрасль положительнаго право

вѣдѣн:я, или же какая-либо частная наука о природѣ,—несмотря на существенныя различія объектовъ этихъ нукъ. Какъ любая естественная наука основывается на *общей идеѣ природы, какъ суммы всеобщихъ законовъ*, такъ и любая частная наука о правѣ предполагаетъ идею *права вообще*. Но ни та, ни другая изъ нихъ, стремясь къ изученію фактовъ, не задается вопросомъ о своихъ предпосылкахъ. Не философскій вопросъ о смыслѣ основной своей идеи, но практическая полезность составляетъ дѣйствительную основу успѣшнаго существованія и процвѣтанія любой частной науки. Въ этомъ отношеніи всякая частная наука по существу своему прагматична. Если знанію удалось отыскать удачный уголъ зрѣнія, при помощи котораго удобно привлекаются одни факты и отталкиваются другіе, если эта удача соединена еще съ практической полезностью въ жизненномъ и соціальномъ обиходѣ, существованіе науки вполнѣ обезпечено. Иныхъ основаній и нѣтъ для дѣленія юриспруденціи на уголовное право, финансовое право, торговое право, банковое право и т. д. Требовать иныхъ критеріевъ для оправданія частной науки является излишней роскошью. Догматичностью частныхъ наукъ объясняется столь часто встрѣчающійся фактъ незаконнаго перенесенія методовъ одной области знанія на другую, ей совершенно чуждую. Всякая частная наука консервативна, она вырабатываетъ опредѣленный кругъ познавательныхъ пріемовъ и средствъ, обращаетъ примѣненіе ихъ въ привычку, пытается при помощи ихъ рѣшить всѣ проблемы знанія, познать всѣ объекты міра Когда мѣсль захватываетъ новую область предметовъ, она начинаетъ примѣнять къ нимъ предвзятые и заранѣе выработанные пріемы, забывая, что объектъ новъ, что свойства его индивидуальны, что также индивидуализированы должны быть и способы его изученія. И въ томъ случаѣ, если путемъ даже прямыхъ непослѣдовательностей и натяжекъ, удается приспособить чужой методъ къ новому объекту, такъ что въ результатѣ получается рядъ сужденій, удовлетворяющихъ и чувству истинности и практическимъ потребностямъ жизни, можетъ возникнуть новая наука, покоящаяся на чистыхъ методологическихъ недоразумѣніяхъ, но фактически живущая и даже процвѣтающая. Все это было бы невозможно. если бы наука не была догматичной, если бы она рождалась съ полнымъ философскимъ сознаніемъ своего смысла и своей идеи. Но для каждой науки наступаетъ часъ, когда она должна проснуться отъ своего догматическаго сна. Такъ рождается философія частной науки, призванная выяснить особенность и индивидуальность ея основной идеи. Существованіе философіи частныхъ наукъ—философіи природы, жизни, духа, права и т. д.—объясняется этой потребностью каждой науки прійти къ собственному самоуясненію и тѣмъ самымъ опредѣлить дѣйствительную индивидуальность изучаемаго въ каждомъ данномъ случаѣ объекта. Можно сказать, что каждая зрѣлая наука должна имѣть свою философію, ибо тогда только наука достигаетъ истиннаго познанія того, что ей дано и положено. Ошибочно было бы, впрочемъ, думать, что тогда, когда наступитъ моментъ истинно крити-

ческаго научнаго творчества, когда наука будетъ познавать не какъ спящая, а какъ бодрствующая, сгладятся границы между ней и философіей. Моментъ самоуясненія для науки не является повтореніемъ старыхъ пріемовъ и методовъ, но подлинно новымъ актомъ, до высоты котораго простое фактическое знаніе никогда не поднималось и подняться не можетъ. Философія и эмпирія въ этомъ смыслѣ слова суть двѣ совершенно различныя задачи. Частная наука изучаетъ тотъ или иной объектъ, изучаетъ множество объектовъ, но она не ставитъ вопроса о томъ, чѣмъ является весь этотъ родъ изучаемыхъ объектовъ *въ цѣломъ*. Наука о цриродѣ изучаетъ физическіе предметы, но спрашиваетъ-ли она, что такое природа въ цѣломъ? Біологія изучаетъ живую матерію, но нужно-ли ей знать, что такое жизнь въ цѣломъ? Юристы, какъ говорилъ Кантъ, все еще ищутъ опредѣленія права. Справедливо прибавляютъ: юристы никогда не найдутъ опредѣленія права, какъ естествоиспытатели не отвѣтятъ на вопросъ, что такое природа вообще? Когда частная наука ставитъ эти вопросы, она превращается въ философію. Причемъ частная наука должна всегда помнить, что вопросы эти нельзя рѣшить средствомъ самой частной науки, не впавъ въ ошибочную метафизику. Для рѣшенія ихъ нужна помощь философіи. Въ методахъ всякой частной науки нѣтъ предпосылокъ, которыя позволяли-бы ей разсуждать съ такой степенью всеобщности, какую требуетъ поставленный вопросъ о предметѣ „вообще“.

Можно сказать также, что вопросъ о мѣстѣ права въ мірѣ, въ различныхъ планахъ сущаго,—является главнымъ вопросомъ философіи права. И дѣйствительно, философія любой частной области знанія не можетъ обойтись безъ оріентаціи на другихъ наукахъ, изучающихъ другіе предметы міра. Философія призвана выяснить индивидуальное лицо даннаго рода объектовъ, лежащую въ ихъ основаніи особую идею, особый только имъ присущій планъ объективаціи. Но такую проблему можно рѣшить только путемъ нѣкотораго универсальнаго созерцанія. Истинный ликъ предмета прежде всего познается изъ сопоставленія его съ другими,—въ особенности съ тѣми, которые наиболѣе отличаются отъ него по своему внутреннему смыслу. Здѣсь и лежитъ объясненіе силы философской діалектики, издавна привлекающей вниманіе философовъ. Въ противоположностяхъ мы сталкиваемся съ предметами наиболѣе различествующими, полярность противоположностей есть лучшая проба для опредѣленія индивидуальнаго смысла каждаго входящаго въ нихъ члена. Когда противоположности сталкиваются, въ процессѣ этомъ онѣ обнаруживаютъ свой истинный индивидуальный ликъ, свою подлинную сущность. Черезъ противоположность индивидуальное существо достигаетъ своего высшаго напряженія, и для знанія, которое главной своей цѣлью ставитъ обнаруженіе этой напряженности индивидуальнаго, ничего не остается, какъ прибѣгнуть къ испытанію противоположностей, къ философской діалектикѣ. Въ діалектикѣ-же философія необходимо освобождается отъ связи съ опредѣлен-

ной научной дисциплиной, переходитъ къ другимъ планамъ бытія и становится знаніемъ, истинно универсальнымъ.

Мы видѣли уже, что проблемы философіи права были поставлены и разработаны въ старой науки естественнаго права, однако нерасчлененность понятій мѣшала проблемамъ этимъ выкристализоваться во всей ихъ чистотѣ. Эпоха упадка естественно-правовой школы характеризуется также и упадкомъ интереса къ философіи права. Но съ послѣдней четверти XIX вѣка постепенно наблюдается пробужденіе интереса къ философски-правовымъ проблемамъ. Начало этому движенію положилъ германскій юристъ Бирлингъ, который одинъ изъ первыхъ, выставилъ мысль, что существуютъ нѣкоторыя неизмѣнныя начала права, изучаемыя въ особой наукѣ, которую онъ назвалъ „ученіемъ о юридическихъ принципахъ“ *). Наука эта отличается отъ ученій естественнаго права тѣмъ, что она имѣетъ дѣло не съ вѣчными по своему содержанію правовыми нормами, которыя стремились открыть представители естественно-правовой школы, но съ формальными и необходимыми предпосылками всякаго права. Небезъизвѣстный германскій философъ, Вильгельмъ Шуппе, развилъ подобныя же взгляды въ своей статьѣ, посвященной историко-сравнительному методу въ юриспруденціи.**) Существуетъ взглядъ, что истинное понятіе о правѣ мы получимъ лучше всего путемъ сравнительнаго изученія историческихъ учрежденій различныхъ народовъ. Шуппе стремиться показать ошибочность этого взгляда, развивая мысль, что для сравненія двухъ предметовъ нужно предварительно имѣть одно общее понятіе о нихъ. Понятіе права предполагается сравнительно-историческимъ изученіемъ, а не извлекается изъ него. Чтобы достигнуть идеи права нужно „выйти за предѣлы исторически даннаго“ и вступить на „твердую почву логической теоріи“***) Подобныя же мысли развивалъ подъ вліяніемъ философіи Канта въ различныхъ своихъ сочиненіяхъ Рудольфъ Штаммлеръ****). Во Франціи къ этимъ идеямъ самостоятельно подходили Рогэнъ и Пикаръ*****). Въ новѣйшее время сторонникъ философіи Гуссерля, Рейнахъ пытался построить цѣлую систему „апріорныхъ основъ“ гражданскаго права, исходя изъ мысли, что тѣ „формы, которыя мы обычно называемъ специфически правовыми въ такой же мѣрѣ обладаютъ бытіемъ, какъ числа, деревья и дома; бытіе это независимо отъ того, воспринимаютъ-ли его люди или нѣтъ, и въ особенности же независимо оно отъ положительнаго права“******). Такимъ образомъ возможно созданіе цѣлаго ряда всеобщихъ и необходимыхъ сужденій о правѣ составляющихъ содержаніе особой наукѣ,—апріорнаго ученія о правѣ. Наконецъ, Феликсъ Сомло въ своемъ

*) Bierling. Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, 1894. Также Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bde, 1877, 1883.

**) Schuppe. Die Methoden der Rechtsphilosophie, Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft, 1884, Bd. V.

***) Schuppe. Der Begriff des Rechts. Grünhut Zeitschrift, 1883, Bd. X. p. 394.

****) Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, Festgabe zu Windscheids Doctorjubilaum, 1896, 2-te Aufl. 1906. Die Lehre von dem richtigen Recht, 1902 и др.

*****) Roguin, La Regle de droit, 1889; Picard, Le droit pur, 1908.

******) Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, 1913, I Bd., 2 Theil.

новѣйшемъ капитальномъ трудѣ вышедшимъ въ 1917 году*), пытается построить особую *основную науку* о правѣ, которая по главнымъ заданіямъ своимъ должна отвлекаться отъ „всякаго конкретнаго содержанія правовыхъ нормъ", обращая главное вниманіе на то „что вообще нужно понимать подъ юридической нормой и что можно высказать о правовыхъ нормахъ, какъ таковыхъ". Несмотря на всѣ разногласія этихъ авторовъ, всѣхъ ихъ объединяетъ одна мысль—именно, мысль о необходимости построенія особой философской науки о правѣ. Мысль эта въ настоящее время стала весьма распространеннымъ научнымъ теченіемъ, захватившимъ широкій кругъ юристовъ. Чрезвычайно ясную формулировку придалъ ей въ первой вводной статьѣ новаго журнала, посвященнаго разработкѣ проблемъ философіи права, упомянутый уже нами германскій юристъ Рудольфъ Штаммлеръ**). Каждое правовое положеніе или норма права, по его мнѣнію, содержитъ въ себѣ два элемента. Первый слагается изъ тѣхъ особенностей, посредствомъ которыхъ данная норма отличается отъ другихъ, второй, напротивъ, сводится къ общимъ свойствамъ того, что мы называемъ правоположеніемъ. Любой параграфъ конституціи, любой законъ, любое юридическое дѣйствіе чиновника или частнаго человѣка, любое правопритязаніе и т. д. обнаруживаютъ въ себѣ нѣчто общее, связываются о идеѣ права и объединяется послѣдней въ нѣкоторое цѣлое. Первый элементъ права подвиженъ и текучъ по своему существа; онъ составляетъ измѣняющееся и историческое содержаніе правоположеній. Но онъ пронизанъ общей идеей права, которая непрерывной нитью связываетъ всѣ правовыя явленія и сама уже не подвержена измѣненіямъ. Эта идея права не можетъ быть въ свою очередь правовымъ положеніемъ или нормой, ибо въ такомъ случаѣ она снова слагалась бы изъ двухъ вышеупомянутыхъ моментовъ—изъ измѣнчиваго и постояннаго. Наука, которая изучаетъ идею права, должна обращать свое вниманіе только на этотъ второй элементъ и должна абстрагироваться отъ перваго. Поэтому она должна имѣть дѣло не съ юридическими нормами, но съ познаніемъ того всеобщаго, которое составляетъ условіе всякаго права. Такимъ образомъ, философія права и есть ученіе о томъ *„что въ вопросахъ права можетъ быть разсматриваемо, какъ общезначимое"*.

---

*) Felix Somlo. Juristische Grundlehre, 1917.

**) R. Stammler. Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis, I Bd., 1914. Болѣе подробно тѣ-же мысли развиваются въ новомъ капитальномъ сочиненіи автора Theorie der Rechtswissenschaft, 1911. Критическій разборъ см. у J. Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915.

ГЛАВА II-я.

ПРАВО, КАКЪ НОРМА.

§ 1. Сущность юридическаго нормативизма и его обоснованіе.

„Право есть норма"—таково самое простое, самое распространное и самое понятное опредѣленіе права. Исходя изъ этого, создавшагося еще въ донаучномъ сознаніи опредѣленія, юристы образовали одно изъ основныхъ понятій общей теоріи права—понятіе *права въ объективномъ смыслѣ этого слова* (объективнаго права). Объективное право есть ничто иное, какъ совокупность юридическихъ нормъ. Названіе „объективный" произошло отъ того, что обычное словоупотребленіе придаетъ понятію права еще и другое, *субъективное* значеніе,—именно, когда мы говоримъ: я *имѣю право* (я управомоченъ). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ идея права связывается нами логически съ понятіемъ личности, субъекта, носителя правъ и обладателя ими, тогда какъ „юридическія нормы не стоятъ ни въ какомъ отношеніи къ субъекту". „Напротивъ"—какъ правильно замѣчаетъ Н. М. Коркуновъ—„онѣ имѣютъ болѣе общій и болѣе отвлеченный характеръ, онѣ не пріурочены къ опредѣленному субъекту и потому.... называются *правомъ въ объективномъ смыслѣ*"[1])

Вотъ это понятіе объективнаго права современная юридическая теорія и считаетъ основной идеей всего правовѣдѣнія. „Все, что существуетъ въ жизни права"—какъ говоритъ одинъ изъ выдающихся новѣйшихъ юристовъ—„что составляетъ такъ сказать субстанцію всякаго права и всякаго правомочія,—все это исключительно сводится къ юридическимъ нормамъ; *только онѣ являются непосредственно данными, примитивными величинами, все-же остальное суть понятія производныя*".[2]) Это воззрѣніе на норму права, какъ на подлинно первичное правовое явленіе, мы называемъ *юридическимъ нормативизмомъ*. Юридическій нормативизмъ есть старая научная теорія, которая многими древнѣйшими юристами была принята безъ всякаго спеціальнаго обоснованія, чисто догматически. Предпосылкой ея является взглядъ, что право обычно выражено въ правоположеніяхъ или нормахъ и что практическій юристъ прежде всего имѣетъ дѣло съ этими послѣдними. Но въ новѣйшее время юридическій нормативизмъ получилъ глубокое философское обоснованіе въ такъ называемомъ нормативизмѣ философскомъ. Этотъ послѣдній ведетъ свое начало изъ особаго истолкованія философіи Иммануила Канта,—творца одной изъ замѣчательнѣйшихъ философскихъ системъ, вліяніе которой въ XIX вѣкѣ было настолько значи-

[1]) Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 1908, стр. 119.
[2]) Iulius Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912, p. 20,

тельно, что не поддается даже приблизительному учету современниковъ. Возникшая во второй половинѣ прошлаго столѣтія особая школа истолкователей Канта или неокантіанцевъ обратила особое вниманіе на идею нормы и на связанное съ нею понятіе долженствованія. Идею нормы сдѣлалъ центромъ спеціальныхъ философскихъ изысканій извѣстный германскій философъ, одинъ изъ выдающихся неокантіанцевъ, Вильгел. Виндельбандъ и школа его многочисленныхъ учениковъ. Нѣкоторыя философскія гипотезы Виндельбанда были прямо заимствованы юристами и послужили философской основой для юридическаго нормативизма. Такъ взглядъ на право, какъ на норму, связалъ себя съ одной изъ самыхъ вліятельныхъ новѣйшихъ философскихъ системъ,—съ системой Канта, о которой сложилось преданіе, что ее еще никому не удалось опровергнуть.

Сущность идей Виндельбанда въ ихъ первоначальной формулировкѣ сводится къ тому, что наша духовная жизнь подчинена двойному законодательству: законодательству природной необходимости или естественной обусловленности и законодательству нравственнаго, идеальнаго опредѣленія или законамъ должнаго. Когда мы стоимъ подъ вліяніемъ перваго изъ нихъ, мы находимся во власти природнаго фатума, мы принуждены къ нашимъ поступкамъ естественною силою вещей, мы должны исполнять ихъ, такъ какъ не можемъ дѣйствовать иначе (это выражается нѣмецкимъ словомъ müssen); и, наоборотъ, когда нами руководятъ законы должнаго, поведеніе наше предоставлено собственному самоопредѣленію, правиламъ нашей внутренней свободы, которыя мы *должны* исполнять, какъ свободныя требованія, какъ идеальные постулаты (идея нравственнаго долга sollen) [1]). Законы необходимости суть, законы бытія, законы должнаго суть нормы. Обычно, мы сливаемъ проблему долженствованія съ проблемой нашей моральной дѣятельности. „Однако"—говоритъ Виндельбандъ—„то же самое противорѣчіе между велѣніемъ и естественной необходимостью... встрѣчается и въ другихъ областяхъ; только здѣсь объ этомъ знаютъ лишь немногіе". „Зрѣлый культурный человѣкъ обладаетъ не только нравственной, но и логической и эстетической совѣстью". Представленія, при помощи которыхъ мы стараемся познать міръ, съ точки зрѣнія психологіи также являются связанными законами необходимости, также вовлечены въ общую связь естественной обусловленности и природныхъ законовъ. „Но кто стремится къ истинѣ, тотъ чувствуетъ себя отвѣтственнымъ за свои представленія и знаетъ, что и въ этой области имѣется система предписаній, которыя онъ долженъ выполнить и отъ которыхъ болѣе или менѣе уклоняется реальный процессъ его мышленія. Такимъ образомъ, и здѣсь дѣйствительности, подчиненной законамъ природы, противостоитъ сознаніе правилъ, опредѣляющихъ цѣнность того, что мыслится въ силу причинной необходимости" [2]). „Сходно"—продолжаетъ Виндельбандъ—„обстоитъ дѣло и въ области эстетики. Въ какихъ случаяхъ окружающій насъ міръ—будетъ-ли то природа или продукты человѣ-

[1]) Ср. очеркъ „Нормы и законы природы" въ Прелюдіяхъ" стр. 195 и сл.
[2]) Ibid., стр. 198.

ческой дѣятельности—вызываетъ въ насъ чувство одобренія или неодобренія—это несомнѣнно вытекаетъ всегда съ необходимостью изъ природы нашей душевной жизни. Но кто вѣритъ въ идеалъ красоты тотъ знаетъ, что нравиться должны лишь извѣстные образы, тогда какъ другіе, которые, быть можетъ, и вызываютъ съ естественной необходимостью пріятное возбужденіе чувствъ, не должны нравиться; такимъ образомъ, и тутъ нормальный способъ чувствованія противопоставляется реальному"*). Такимъ образомъ, міръ должнаго или міръ нормъ представляетъ особое и богатое царство отношеній, совершенно отличное отъ реальнаго міра дѣйствительности. Это суть двѣ особыя системы совершенно различной природы. Нельзя смѣшивать ихъ съ отношеніями „духовнаго" къ „физическому", какъ это очень часто дѣлаютъ. Противоположность между нашей психической жизнью и жизнью физической природы не такъ уже велика, и во всякомъ случаѣ не носитъ того принципіальнаго характера, какъ противоположность между „сущимъ" и „должнымъ". Наша психическая жизнь также подчинена законамъ естественной необходимости, изучаемымъ особой наукой, психологіей. „Такимъ образомъ, психологическіе законы суть принципы объясняющей науки, изъ которыхъ должно быть выведено происхожденіе отдѣльныхъ фактовъ душевной жизни... Психологія со своими законами объясняетъ, какъ мы фактически мыслимъ, фактически чувствуемъ, фактически желаемъ и дѣйствуемъ". Наоборотъ, „законы", заложенные въ нашей логической, этической и эстетической совѣсти, *не стоятъ ни въ какой связи съ фактами*, къ которымъ они относятся. Они говорятъ лишь о томъ, каковы должны быть эти факты, чтобы заслужить всеобщее одобреніе въ качествѣ истинныхъ, добрыхъ, прекрасныхъ. И такимъ образомъ они—не законы, согласно которымъ развитіе явленій должно объективно совершаться или субъективно пониматься, а идеальныя нормы, на основаніи которыхъ опредѣляется цѣнность того, что совершается съ естественной необходимостью. Эти нормы суть, слѣдовательно, правила оцѣнки"**),

Изложенныя нами философскія воззрѣнія не могли не оказать самаго широкаго вліянія на юриспруденцію. Они ставятъ передъ каждымъ юристомъ вопросы, которые являются коренными вопросами юридической науки: къ какому же міру законовъ принадлежитъ право,—къ міру-ли естественной необходимости, или къ міру должнаго? чѣмъ крѣпко и сильно оно,— физической-ли неизбѣжностью своихъ дѣйствій, или нормативной силой своихъ предписаній? И какъ будто-бы отвѣтъ на эти вопросы напрашивается самъ собою, является почти самоочевиднымъ. Право состоитъ изъ предписаній или нормъ, вѣдь это ясно каждому. И разъ такъ, не можетъ быть особыхъ сомнѣній въ томъ, что въ юридической области мы имѣемъ дѣло не съ реальными отношеніями фактовъ, но съ міромъ идеальныхъ нормъ, „Нормативность" права обязываетъ перенести „юридическое" изъ міра „фактовъ" въ

*) Ibid.
**) Ibid., стр. 201.

міръ „должнаго". Юриспруденція во всѣхъ ея развѣтвленіяхъ должна быть истолкована, какъ наука, цѣлью которой является не объясненіе реальныхъ отношеній, а оцѣнка ихъ. „Существуютъ двоякаго рода правила—говоритъ одинъ изъ извѣстныхъ представителей этого направленія, нѣмецкій государствовѣдъ Георгъ Еллинекъ,—„такія, которыя выражаютъ причинную связь явленій, и затѣмъ такія, которыя должны быть осуществлены человѣкомъ, его мыслью и дѣяніямъ,—другими словами, правила существованія и правила долженствованія... *Правовѣдѣніе не есть поэтому наука о законахъ существующаго, а наука нормативная*" *)

Но какъ ни просты на первый взглядъ эти выводы, вопросъ о нормативной природѣ права при болѣе глубокомъ его разсмотрѣніи является вопросомъ сложнымъ, наталкивающимся на цѣлый рядъ трудностей и ставящимъ передъ наукой значительное количество довольно сложныхъ проблемъ. Этимъ объясняется, почему столь блестящіе представители этой школы не пришли еще къ единообразнымъ взглядамъ и считаютъ свою теорію не вполнѣ „разработанной" **). Главная трудность, встающая передъ нормативистами, заключается въ рѣшеніи вопроса о *родѣ долженствованія*, проявляющемся въ области юридическихъ нормъ. На самомъ дѣлѣ, есть-ли это *долженствованіе нравственное*, или же какая-то другая область должнаго, отличная отъ велѣній этической совѣсти? Если слѣдовать классификаціи Виндельбанда, которая знаетъ три рода нормъ (логическія, этическія и эстетическія), приходится признать, что правовымъ нормамъ не можетъ быть присуще какое-либо *особое* долженствованіе. Но въ то же время отъ юриста не можетъ укрыться и совершенно специфическая природа „юридически должнаго",— столь отличная отъ постулатовъ логики, отъ требованій этической совѣсти и эстетическихъ оцѣнокъ. Этотъ вопросъ о природѣ юридически должнаго вноситъ въ воззрѣнія сторонниковъ нормативной теоріи права значительныя различія, которыя можно свести къ слѣдующимъ основнымъ группамъ теорій.

1) Чисто этическій нормативизмъ, подчеркивающій преимущественно нравственную природу права. Примыкая къ системамъ великихъ нѣмецкихъ идеалистовъ, давшихъ человѣчеству классическіе примѣры этическаго обоснованія права, направленіе это у насъ въ Россіи наиболѣе ярко представлено въ трудахъ П. И. Новгородцева. ***) П. И. Новгородцевъ считаетъ, что правовой нормативизмъ свое необходимое завершеніе можетъ найти только въ этикѣ. Это „логически вытекаетъ изъ самаго понятія права, какъ нормативнаго требованія" ****). Конечно, право можно изучать и съ другихъ, не этическихъ точекъ зрѣнія, но всѣ онѣ

*) Г. Еллинекъ, Общее ученіе о государствѣ, СПБ, 1903 стр. 11.

**) Мнѣніе одного изъ извѣстныхъ представителей этого направленія, Б. А. Кистяковскаго. Соціальныя науки и право, Москва. 1916 стр, 300.

***) Близко къ нему стоитъ и кн. Е. Н. Трубецкой въ своемъ учебникѣ Энциклопедіи права.

****) Ср. статью П.Н. Новгородцева, „Нравственный идеализмъ въ философіи права" въ сборникѣ „Проблемы идеализма", 1902, стр. 280.

имѣютъ значеніе подготовительное, значеніе техническихъ подходовъ къ правовымъ проблемамъ, а не самого ихъ рѣшенія по существу. Такъ возможно изучать право съ точки зрѣнія формально-позитивной догматики, не выходящей „изъ сферы обработки дѣйствующаго права". Этой точки зрѣнія обычно и придерживаются юристы, но она является только техническимъ пріемомъ, а не истинно-научнымъ методомъ. „Она не идетъ въ глубь индивидуальнаго правосознанія и остается на поверхности нормативныхъ опредѣленій, не достигая ихъ жизненнаго корня" *). Можно изучать эмпирическое содержаніе нашего правосознанія, какъ „внутренно-психическаго индивидуальнаго переживанія", но и этотъ научный пріемъ не поднимаетъ насъ на высоту чисто субстанціальнаго разсмотрѣнія предмета. „Здѣсь совершается необходимое расширеніе теоретическаго поля зрѣнія, но это не болѣе какъ путь и ступень, оставаясь на которыхъ, мы еще не можемъ притти отъ эмпирическихъ явленій къ идеальнымъ началамъ" **) Истинный „подъемъ" къ этимъ послѣднимъ требуетъ „перехода къ этикѣ, къ ученію о должномъ" ***) Сказаннымъ опредѣляется отношеніе этической теоріи права къ ученію о естественномъ правѣ, защитникомъ котораго выступаетъ П. И. Новгородцевъ. По мнѣнію П. И. Новгородцева, ученія естественнаго права съ глубокой древности своей и до нынѣшнихъ временъ были „совокупностью идеальныхъ (нравственныхъ) представленій о правѣ" ****). „Обозначеніе источника этихъ представленій въ качествѣ природы, разума, высшаго нравственнаго порядка и т. п. имѣло цѣлью противопоставить вытекающія изъ нихъ требованія установленіямъ положительнаго права, опирающимся на авторитетъ власти. Природа, разумъ и т. п. наименованія служили лишь общимъ обозначеніемъ для совокупности этическихъ стремленій, отражавшихъ на себѣ нравственныя тенденціи и общественныя потребности времени" *****). Поэтому построеніе этической теоріи права не можетъ не воспользоваться всѣмъ опытомъ естественно-правовой мысли, рѣшавшей подъ другимъ названіемъ ту-же самую задачу. И поэтому для сторонника этической теоріи права является чрезвычайно существеннымъ пробудить нынѣ интересъ къ старымъ и позабытымъ своимъ предшественникамъ, „возродить" старую идею естественнаго права.

2) Логическій нормативизмъ******), придающій особое значеніе логическимъ свойствамъ правоположеній. По внѣшней формѣ своей всякая юридическмя норма есть сужденіе или по крайней мѣрѣ можетъ быть выражена въ сужденіи. Но всякой нормѣ, какъ сужденію должны быть присущи всѣ свойства сужденій, какъ о нихъ учитъ современная логика. Всякое

*) Ibid., стр. 280—81. О взглядахъ П. И. Новгородцева на юридическій методъ см. статью „Государство и право" въ „Вопросахъ философіи и психологіи" кн. 74 и. слѣд. 1904.

**) Ibid.

***) Ibid.,стр. 279.

****) Ср. П. И.Новгородцевъ, Истор. школа юристовъ, Москва, 1896 стр. 2и сл

*****) Ibid., стр. 4.

******) Направленіе это представлено слѣдующими авторами: Brodmann, vom Stoffe des Rechts, 1397. И. А. Ильинъ Сила и право въ „Вопр. фил. и психологіи" за 1909 годъ. Münch, Kultur und Recht, 1918.

сужденіе имѣетъ смыслъ или нѣчто означаетъ. Это „значеніе“ сужденія, если разсматривать его, какъ абстрактно-логическую категорію, является чисто *идеальнымъ* опредѣленіемъ, независимымъ отъ вопросовъ существованія и реальности. Сужденіе, даже самое нелѣпое, напримѣръ 2×2=5, *означаетъ* нѣчто (именно, означаетъ грубую ошибку) независимо отъ того, дѣлаетъ-ли кто-нибудь эту ошибку или не дѣлаетъ, признаетъ-ли ошибкой или не признаетъ. Допустимъ, что въ порядкѣ реальностей наступитъ такое положеніе дѣлъ, что въ теченіе тысячелѣтій никто не сдѣлаетъ этой ошибки, однако такое положеніе дѣлъ никакъ не отразится на смыслѣ сужденія 2×2=5, какъ не отразится и обратное,—именно, ежеминутное допущеніе ея людьми. Если отвлеченный смыслъ сужденія безразличенъ къ вопросамъ существованія и реальности, то ему не могутъ принадлежать также свойства, которыми характеризуются реальные предметы. Реальные предметы существуютъ или не существуютъ, сужденія-же бываютъ истинными и ложными; реальные предметы никогда не бываютъ тождественны другъ другу (въ мірѣ, какъ говорилъ Лейбницъ, нельзя отыскать двухъ абсолютно сходныхъ листочковъ), сужденія, на оборотъ, должны быть тождественны по своему смыслу (логическій законъ тождества); реальные предметы могутъ обладать въ одно и тоже время совершенно противоположными свойствами (предметъ можетъ быть и чернымъ и бѣлымъ), сужденія-же не могутъ обладать противорѣчивымъ смысломъ, не могутъ содержать въ себѣ противорѣчій; реальные предметы находятся другъ къ другу въ отношеніи реальныхъ причинъ и слѣдствій, сужденія относятся другъ къ другу, какъ логическія основанія и вытекающіе изъ нихъ выводы (законъ логическаго основанія) и т. д.

Всякая норма, какъ сужденіе, принадлежитъ, по мнѣнію сторонниковъ логическаго нормативизма, къ этому идеальному міру чистаго смысла или значимости (Geltung) со всѣми его особыми опредѣленіями. И юридическія нормы, пріобрѣтая форму сужденій, пріобщаются къ міру чистой идеальной объективности. Внутренняя природа права не можетъ получить иного, лучшаго способа выраженія, чѣмъ въ формѣ нормы или объективнаго права. Объективное право есть не воплощеніе случайнаго произвола, но выраженіе нѣкотораго всеобщаго правового разума. Наука объ этомъ разумѣ есть правовая логика, которая издавна нашла свое примѣненіе въ формально-юридическомъ изученіи юридическихъ нормъ. „Логическое изученіе правовыхъ институтовъ и ихъ взаимной связи есть такимъ образомъ наиболѣе законный продуктъ научнаго мышленія, постулируемый ничѣмъ инымъ, какъ самой правовой идеей. Правовой разумъ, воплощающійся въ объективномъ правѣ, есть ничто иное, какъ логическій строй живого права,—права, созданнаго культурой или культуры, проникнутой правомъ. Юридическая логика поднимаетъ этотъ разумъ на степень научнаго сознанія“ *) Философіи права не нужно искать поэтому какихъ-то своихъ путей и методовъ, ей достаточно погрузиться въ формально-

*) Münch, L. c., p. 29.

юридическія конструкціи, и передъ его умственнымъ взоромъ встанетъ міръ чистаго смысла, въ которомъ раскрывается истинное содержаніе правовой идеи. Поэтому формально—юридическое понятіе о правѣ является логическимъ prius всѣхъ другихъ понятій о правѣ. Въ немъ право выражаетъ свою подлинную сущность, въ немъ юристъ изучаетъ истинный голосъ права.

3) Нормативизмъ юридическій, утверждающій совершенно особую и самостоятельную природу юридическаго долженствованія. Это направленіе въ нормативной теоріи права наиболѣе ярко представлено нѣмецкимъ ученымъ Гансомъ Кельсеномъ. Развивая и углубляя начала нормативной философіи, Кельсенъ очень рѣзко проводитъ непереходимое различіе двухъ противоположныхъ стихій, сущаго и должнаго. Въ двухъ различныхъ смыслахъ употребляемъ мы слово „законъ"—въ естественно-научномъ или объяснительномъ и въ нормативномъ. Противоположность между законами природы и нормами покоится на полной и совершенной различности бытія и долженствованія. „Примѣняя къ чему-либо категорію бытія, я могу къ тому же самому примѣнить и категорію долженствованія,—въ обоихъ случаяхъ я высказалъ нѣчто *совершенно различное*" *). Долженствованіе, подобно бытію, есть вполнѣ самостоятельная и первоначальная категорія. Долженствованіе есть особый модусъ мышленія, подобный прошедшему или будущему времени или сослагательному наклоненію. Поэтому бытіе и долженствованіе являются какъ бы двумя особыми мірами**). Кельсенъ ссылается на слова одного изъ старыхъ сторонниковъ этой философіи, выяснившаго съ большой ясностью дуализмъ сущаго и должнаго. „Изъ того, что нѣчто *существуетъ*, слѣдуетъ, что нѣчто *было* или *будетъ*, но никогда и ни въ коемъ случаѣ не слѣдуетъ, что нѣчто должно быть. Нѣчто можетъ имѣть характеръ долженствованія, но отсюда не слѣдуетъ, что оно существовало ранѣе или существуетъ теперь или будетъ существовать въ будущемъ. Бытіе и долженствованіе суть поэтому совершенно различные основные способы мышленія... Основаніемъ для отличія бытія отъ долженствованія является то, что долженствованіе, оставаясь долженствованіемъ и пребывая имъ, не можетъ перейти въ бытіе или родиться изъ бытія. Конечно, долженствованіе можетъ сливаться съ опредѣленнымъ бытіемъ, но оно по своему существу не обусловливается ни имъ, ни какой-либо другой временно предшествующей этому бытію вещью, и само не можетъ быть этой вещью"***). Поэтому противоположность между бытіемъ и долженствованіемъ не смягчается тѣмъ, что между ними можетъ быть нѣкоторое реальное отношеніе. Противоположность имѣетъ формально-логическій смыслъ и остается, пока мы не сойдемъ съ логической почвы. Съ логической точки зрѣнія между бытіемъ и долженствованіемъ нѣтъ никакого перехода, ихъ раздѣляетъ непереходимая пропасть. Вопросъ объ основѣ должен-

*) Ср. Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, s. 7.
**) Ibid., s, 7—8.
***) Lotze, Sein und Sollen, 1869, s. 74.

ствованія приводитъ насъ снова къ долженствованію, какъ вопросъ объ основаніяхъ бытія приводитъ насъ снова къ бытію. Конечно, содержаніемъ долженствованія можетъ быть нѣкоторое бытіе. Фактическое можетъ имѣть нѣкоторую нормативную силу, однако съ точки зрѣнія психологическаго разсмотрѣнія, а не формально-логическаго. Спрашивая о „просхожденіи" долженствованія, мы тѣмъ самымъ покидаемъ область должнаго и переходимъ въ область объясненія фактовъ. Само должное не можетъ быть ни къ чему сведено, не можетъ быть ничѣмъ объяснено; это есть нѣкоторый первичный, невыводимый фактъ (Urtatsache). Отсюда выясняется глубочайшая ошибочность тѣхъ научно-фнлософскихъ теорій, которыя стремятся связать нормативность съ реальными душевными процессами человѣческой личности. Нельзя считать норму „проявленіемъ" человѣческой воли, ибо воля, какъ и все психическое, принадлежитъ къ міру реальнаго бытія и по существу своему не имѣетъ ничего общаго ни съ должнымъ, ни съ нормами. Поэтому между нашей волей и должнымъ можетъ существовать самое непримиримое противорѣчіе: я могу желать то, что не считаю должнымъ, и могу считать должнымъ нѣчто, противорѣчащее моей волѣ*)

Оригинальной особенностью теоріи Кельсена является взглядъ, что долженствованіе въ его *чистомъ* видѣ проявляется отнюдь не въ нашей нравственной дѣятельности, *но въ области права.* Поэтому юридически должное не только обладаетъ своей собственной природой но въ немъ наиболѣе характерно обнаруживается самое существо нормативности. Въ противоположность чисто этическому ученію о правѣ нормативизмъ Кельсена не призываетъ юриспруденцію подняться на высоту этической теоріи, напротивъ, въ мірѣ юридическихъ формъ онъ надѣется почерпнуть наиболѣе надежныя основы для обоснованія теоріи должнаго. По мнѣнію Кельсена, если мы будемъ изучать нравственное поведеніе отдѣльной человѣческой личности, то часто мы можемъ наблюдать здѣсь тѣсное сліяніе субъективнаго желанія съ объективной нравственной нормой. Принципы такъ называемой автономной морали и заключаются въ томъ, что собственное сознаніе личнаго долга считается компетентнымъ рѣшать вопросы объ объективной правильности нашего поведенія. Норма отожествляется здѣсь нерѣдко съ особой опредѣленной волей субъекта,—фактъ, наличность котораго не можетъ наблюдаться въ правовомъ поведеніи. Послѣднее—всегда гетерономно, т.-е. въ немъ объективная норма никогда не сливается съ моей собственной волей и ея закономъ**). Въ то время, какъ нормы морали только по внѣшней видимости диктуются личности извнѣ, нормы права необходимо исходятъ изъ нѣкоторой силы, стоящей всегда внѣ личности и подчиняющей себѣ эту послѣднюю при помощи фактическаго господства. Эта сила есть сила государственнаго авторитета, приводя-

*) Ibid. s. 17—18.
**) Ib:d., s. 56.

щая въ исполненіе нормы, не считаясь съ нашими личными намѣреніями и склонностями. Отсюда слѣдуетъ, что въ правѣ характеръ нормативности выраженъ гораздо чище и гораздо ярче, чѣмъ въ морали. *Юриспруденція есть нормативная наука по преимуществу, а право по преимуществу есть область должнаго.* Правовымъ нормамъ нормативность присуща въ превосходной степени. Поэтому, если и возможно допустить существованіе психологической или соціологической этики, которая рѣшала бы проблемы морали, оріентируясь на фактическихъ душевныхъ и коллективныхъ переживаніяхъ, то психологическое или соціологическое построеніе юриспруденціи является по истинѣ методологической нелѣпостью. Такая юриспруденція будетъ психологіей или соціологіей права или, еще вѣрнѣе, правовой жизни, но никакъ не правовѣдѣніемъ. Правовѣдѣніе есть чистая нормативная наука, которая предметомъ своимъ имѣетъ правовую значимость юридическихъ нормъ. Значимость эта совершенно независима отъ „признанія" нормъ тѣмъ или инымъ мыслящимъ или волящимъ субъектомъ. „Признаніе" есть субъективный актъ, который означаетъ самоподчиненіе личности извѣстнымъ законамъ. „Признаніе" нормы не тожественно съ знаніемъ ея, съ постиженіемъ ея смысла и ея объективнаго значенія. Юристъ и призванъ изучать эту объективную значимость нормъ, другими словами, призванъ отвѣтить на вопросъ: какъ *должны* поступать люди сообразно юридически должному, нзависимо отъ ихъ личнаго отношенія къ праву, отъ ихъ субъективныхъ оцѣнокъ, отъ признанія нормъ справедливыми или несправедливыми *).

Изъ изложеннаго слѣдуетъ что нормативизмъ Кельсена не только не обнаруживаетъ склонности къ подведенію юридически должнаго подъ болѣе широкую область этическихъ оцѣнокъ, но, наоборотъ, онъ призываетъ насъ къ полному обособленію области права отъ этики. Правовая связанность, по мнѣнію Кельсена, вытекаетъ совсѣмъ изъ другого источника, чѣмъ нравственная, обѣ онѣ *совершенно независимы* другъ отъ друга въ своей нормативной природѣ**). И Кельсенъ не является сторонникомъ теоріи естественнаго права, но открытымъ его противникомъ. Онъ считаетъ теорію естественнаго права теоріей нынѣ отжившей***). Нормативизмъ Кельсена имѣетъ не этическій, но государственный и оффиціальный характеръ. Основнымъ юридическимъ явленіемъ Кельсенъ считаетъ правовое положеніе (Rechtsatz) или норму, истекающую изъ государственнаго авторитета. Тамъ, гдѣ нѣтъ этого внѣшняго авторитета, тамъ и нѣтъ правовыхъ нормъ, и когда говорятъ о „нормахъ" права естественнаго, это есть словоупотребленіе далеко неправильное. Естественно-правовыя „нормы" обладаютъ характеромъ этическимъ, а не юридическимъ****).

*) Ibid., s. 44 сл.
**) Ibid., s. 56.
***) Ibid., s. 568.
****) Ibid 569.

4) Къ четвертой группѣ нужно отнести тѣ теоріи, которыя, не сходя принципіально съ точки зрѣнія нормативизма, развиваютъ однако такія воззрѣнія, которыя обозначаютъ собою созданіе новой, ненормативной теоріи права. Зачатокъ этихъ воззрѣній, правда, въ довольно неразвитой формѣ, можно замѣтить у извѣстнаго, цитированнаго нами выше, нѣмецкаго юриста Георга Еллинека. Еллинекъ, помѣщая юридическое въ царствѣ „должнаго". признаетъ, однако, что юридическія нормы могутъ относиться какимъ-то образомъ къ реальному бытію, поскольку онѣ являются нормами „дѣйствующими". „Какъ дѣйствующія, юридическія нормы имѣютъ двойственный характеръ: *онѣ являются не только чѣмъ-то должнымъ, но и чѣмъ-то существующимъ*"*). „Положительное право отличается отъ всѣхъ волевыхъ нормъ тѣмъ, что оно, въ качествѣ реальной силы, производитъ опредѣленное, подлежащее учету дѣйствіе. *Въ этомъ направленіи право составляетъ поэтому предметъ науки о существующемъ*"**). Еллинекъ, какъ видно изъ цитированныхъ словъ, приписываетъ юридическимъ нормами какое-то промежуточное положеніе между міромъ бытія и міромъ долженствованія. Гораздо далѣе его идутъ нѣкоторые новѣйшіе представители нормативной теоріи права, и изъ нихъ наиболѣе интересенъ выдающійся ученикъ Еллинека, нашъ извѣстный русскій юристъ Б. А. Кистяковскій. Не отвергая въ общемъ основныхъ принциповъ нормативной философіи, Б. А. Кистяковскій считаетъ, однако, „опаснымъ" недоразумѣніемъ тотъ ея уклонъ, согласно которому бытіе безусловно противопоставляется долженствованію. „Нѣкоторые идеалисты",—говоритъ онъ—„стремясь обосновать самостоятельность долженствованія, приходятъ въ своихъ разсужденіяхъ къ заключенію, что оно во всемъ противоположно бытію. Они утверждаютъ, что наука имѣетъ дѣло съ даннымъ міромъ, т.-е. съ извѣстнымъ бытіемъ, напротивъ, предметъ всякой этики, не исключая и этики соціальной, есть нѣчто заданное, т.-е. лишь долженствующее быть". Но разсужденіе это безусловно ошибочно. Прежде всего само эмпирическое бытіе зачастую бываетъ не только даннымъ, но и заданнымъ. Эмпирическое бытіе вѣчно движется, вѣчно рождается и становится. Но, съ другой стороны „и должное не есть нѣчто лишь заданное". „Таковымъ оно является только, какъ психическое переживаніе, или какъ предметъ волевыхъ рѣшеній. Но этически должное не остается лишь въ сферѣ нашего сознанія, въ видѣ этическихъ рѣшеній, а и проявляется постоянно во внѣ въ видѣ этическихъ дѣйствій. Такимъ образомъ изъ заданнаго оно постоянно превращается въ данное"***). Эта область осуществленнаго долженствованія составляетъ особый міръ культуры, который возвышается рядомъ съ міромъ природы и переростаетъ его****). Право и принадлежитъ не только къ міру чистаго долженствованія, но и къ

*) Г. Еллинекъ, Право совр. государства, стр. 12.
**) Ibid.
***) Ср. Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, Москва, 1916, стр. 249 и слѣд.
****) Ibid., стр. 25.

міру культуры. Этотъ міръ культуры слагается изъ цѣлой системы воплощенныхъ и матеріализированныхъ цѣнностей, изъ системы объективированныхъ произведеній человѣческаго духа. „Притомъ участіе въ нихъ матеріальныхъ элементовъ крайне различно. Съ одной стороны, мы имѣемъ такія культурныя блага, въ которыхъ при ихъ чисто духовной природѣ матеріальные элементы составляютъ безусловно существенную часть. Таковы произведенія скульптуры и живописи... Однако, съ другой стороны, среди культурныхъ благъ мы имѣемъ также и произведенія литературы и музыки, отношеніе которыхъ къ матеріальному міру совсѣмъ иное"*). Всѣ эти культурныя блага имѣютъ подлинную реальность, а не принадлежатъ только къ міру должнаго. Подобной же реальностью обладаетъ и право, хотя реальность эт отличается и чисто своеобразными чертами. „Ее слѣдуетъ поставить приблизительно по серединѣ между реальностью произведеній скульптуры и живописи, съ одной стороны, и произведеній литературы и музыки—съ другой. Но всетаки ее приходится признать немного болѣе близкой къ реальности перваго вида культурныхъ благъ, чѣмъ второго. Вѣдь ясно, что право не можетъ существовать безъ субстанціальныхъ элементовъ общественной организаціи, которые составляютъ его неотъемлемую часть"**).

Воззрѣнія Б. А. Кистяковскаго мы характеризовали уже, какъ выходъ изъ нормативной теоріи права. И дѣйствительно, нормативность права въ теоріи этой хотя и не отрицается, но подвергается существеннѣйшимъ ограниченіямъ. Для Б. А. Кистяковскаго право является *не только нормой*. Нормативность является лишь одной стороной права, причемъ сторона эта отнюдь не противополагается міру реальнаго бытія. *„Нормативное понятіе права"*—говоритъ Б. А. Кистяковскій—„съ одной стороны, упирается въ *сферу чистыхъ этическихъ цѣнностей*, съ другой,- оно коренится въ *культурныхъ благахъ общественности*"***). Поэтому для Б. А. Кистяковскаго помимо этической стороны права особое значеніе пріобрѣтаетъ изученіе его соціальной природы, въ которой обнаруживается культурно-общественное значеніе юридическихъ институтовъ. Поэтому-же Б. А. Кистяковскому особенно далекъ и чуждъ крайній юридическій нормативизмъ, представленный Кельзеномъ и сродными ему ученіями. Для Б. А. Кистяковскаго *сила права* опредѣляется не только тѣмъ, что оно нѣчто предписываетъ, но и тѣмъ, что оно въ извѣстномъ смыслѣ существуетъ. Нормативная теорія приходитъ здѣсь къ тѣмъ старымъ и распространеннымъ воззрѣніямъ на право, которыя усматривали въ правопорядкѣ проявленіе нѣкоторыхъ реальныхъ силъ, обнаруживающихъ актуальность права и способность его къ дѣйствію.

*) Ibid., стр. 335.

**) Ibid., стр. 336.

***) Ibid., стр. 317 курсивъ автора.

§ 2. Понятіе нормы.

Чтобы критически отнестись къ нормативной теоріи права, нужно произвести предварительныя изслѣдованія о томъ, *что же такое норма?* Нормативная теорія права оставляетъ этотъ вопросъ безъ разсмотрѣнія, отвѣтъ на него считаетъ какъ бы самоочевиднымъ, откуда и проистекаетъ рядъ затрудненій, связанныхъ съ этой общераспространенной и и защищаемой крупными авторитетами теоріей.

Всякая норма есть сужденіе—вотъ самое общее опредѣленіе нормы. И всякой нормѣ, какъ сужденію, должны быть присущи всѣ логическія свойства сужденій, какъ о нихъ учитъ современная логика. Всякое сужденіе имѣетъ смыслъ или нѣчто означаетъ. Смыслъ этотъ неизмѣненъ, подчиненъ закону тождества, логически непротиворѣчивъ, можетъ служить основаніемъ для логическаго вывода цѣлаго ряда другихъ нормъ и т. д. Совершенно правы тѣ изъ нормативистовъ, которые подчеркиваетъ этотъ *логическій* характеръ нормъ, упуская только изъ вида, что онъ свойственъ не только нормамъ вообще и не только нормамъ юридическимъ, но всѣмъ безъ исключенія сужденіямъ. Съ точки зрѣнія этого формально-логическаго смысла и его всеобщихъ опредѣленій всѣ безъ исключенія сужденія оказываются сходными, между ними стираются всякія различія и индивидуальность ихъ погашается въ абстракціяхъ. Нельзя не довольствоваться подобными опредѣленіями если поставить цѣлью опредѣленіе того, *въ чемъ нормы подобны всѣмъ другимъ сужденіямъ*; однако, это есть задача логики, а не философіи права. Когда юристъ примѣняетъ идею нормы, его интересуютъ не столько эти общія опредѣленія, его интересуютъ болѣе индивидуальныя особенности, отличающія нормы отъ другихъ видовъ сужденій. Утверждая, что право есть норма, юристъ хочетъ сказать, что право есть *особое* сужденіе, не похожее не другія сужденія, отличное отъ нихъ. Въ чемъ же заключается отличіе это и гдѣ его нужно искать?

Искать отличіе это нужно не въ формально-логическихъ свойствахъ тѣхъ сужденій, которыя мы называемъ нормами; напротивъ того, оно опредѣляется тѣмъ предметомъ, о которомъ говорится въ сужденіи. Каждое сужденіе имѣетъ такой предметъ, ибо не можетъ быть сужденій, которыя вообще *ни о чемъ* не говорятъ, не можетъ быть сужденій безпредметныхъ. Но предметы эти могутъ быть весьма различны, и различія ихъ являются основой, объясняющей намъ особую природу сужденій, называемыхъ нормами.

Существуютъ сужденія, предметомъ которыхъ являются общія и необходимыя свойства различныхъ вещей. Сужденіе: 2×2=4 говоритъ объ общихъ свойствахъ величинъ, сужденіе: „всѣ люди смертны“ говоритъ объ общихъ свойствахъ человѣка, сужденіе: „всякое тѣло, погруженное въ воду, теряетъ свой вѣсъ настолько, насколько тяжелъ объемъ вытѣсненной имъ воды, говоритъ объ общихъ свойствахъ матеріи и т. д. Но существуютъ другой родъ сужденій, предметомъ которыхъ являются не общія и необходимыя свойства, *а только возможности.*

„Лампа стоитъ на столѣ“ „слово бѣлый пишется черезъ ѣ“, „жена именуется по званію мужа“, „приплоды и приращенія животныхъ принадлежатъ ихъ хозяину“—все это сужденіе о возможностяхъ, ибо лампа можетъ стоять и не на столѣ, слово бѣлый по новому правописанію пишутъ безъ ѣ, жена при матріархатѣ не именовалась по званію мужа и т. д. Подобныя сужденія, которыя можно было бы назвать сужденіями *о предметахъ эвентуальныхъ* въ свою очередь распадаются на два вида: одни изъ нихъ, высказывая одну изъ возможностей, относятся къ ней совершенно *безразлично*, другія-же приписываютъ осуществленію данной возможности нѣкоторое *преимущество*. Безразлично, стоитъ ли лампа на столѣ или на полу, но для принятыхъ правилъ грамматики *небезразлично*, пишется ли слово „бѣлый“ черезъ ѣ, или нѣтъ. По старому правописанію писать бѣлый черезъ е считалось *безграмотнымъ*, Точно также считается при принятыхъ законахъ *незаконнымъ*, если жена именуется не по званію мужа. Такія эвентуальныя суждены, которыя содержатъ въ себѣ небезразличное отношеніе къ опредѣляемому предмету, можно назвать *сужденіями цѣнности*.

То, что обычно называютъ нормами, есть родъ подобныхъ суждeній цѣнности, въ которыхъ цѣнное характеризуется, какъ должное. Идея долженствованія и есть одинъ изъ способовъ для выраженія того, что опредѣленной возможности приписывается особое значеніе. Когда я высказываю норму: „должно любить ближнихъ“, я отлично знаю, что любовное отношеніе къ людямъ есть одна изъ рѣдкихъ возможностей ел овѣческаго поведенія, я знаю, что наиболѣе часто проявляется въ мірѣ какъ разъ другая, противоположная возможность, но я открыто высказываю даннымъ сужденіемъ одобреніе тѣмъ отношеніямъ, которыя направляются любовью. Поэтому данное сужденіе по смыслу своему вполнѣ совпадаютъ съ сужденіемъ: „любовь къ ближнимъ хороша“. Это послѣднее не содержитъ въ себѣ долженствованія и не является нормой, однако же можетъ быть всегда передѣлано въ норму, можетъ пріобрѣсти нормативный способъ выраженія. Такимъ образомъ, нормативность и долженствованіе суть ничто иное, какъ одинъ изъ способовъ выраженія цѣнности.

Вопреки Кельсену мы должны сказать, что „должное“ ни въ коемъ случаѣ не является имѣющей онтологическій смыслъ категоріей, но только способомъ рѣчи, имѣющимъ чисто условную цѣнность.

Способъ рѣчи этотъ имѣетъ свои, весьма ощутительныя неудобства. Дѣло въ тъ томъ, что понятія „должно“ „нужно“ по смыслу чрезвычайно *многозначны*, и различныя значенія эти зависятъ отъ тѣхъ цѣнностей, про которыя въ каждомъ данномъ случаѣ идетъ рѣчь. „Чтобы вылѣчить болѣзнь, *должно* придерживаться опредѣленнаго режима“, „*должно* любить ближнихъ“, „ты *долженъ* это сдѣлать, потому что я такъ хочу“, „я *долженъ* 100 рублей“ и т. д. Въ первомъ случаѣ говориться о *необходимости* примѣнять извѣстныя средства для достиженія опредѣленныхъ цѣлей, во второмъ—*о внутреннемъ вельніи* совѣсти,

въ третьемъ—о *внѣшнемъ приказаніи*, въ четвертомъ о *юридической обязанности*. И насколько цѣнность здоровья, цѣнность внутренняго самоопредѣленія, цѣнность внѣшняго согласія съ волей другихъ людей и цѣнность обѣщанія, лежащаго въ основаніи договора о займѣ суть различныя вещи, насколько же различны и соотвѣтствующія значенія понятія должнаго. И, само собою разумѣется, настолько же различны по предмету своему соотвѣтствующія сужденія, которыя нормативная теорія называетъ общимъ именемъ нормы.

Въ общемъ можно признать правильность взгляда тѣхъ, кто утверждаетъ, что норма только по формѣ своей является сужденіемъ.*) Напротивъ того по своему содержанію норма всегда относится къ какому-либо предмету, особенности котораго нужно имѣть въ виду для опредѣленія существа нормъ и ихъ различныхъ видовъ.

§ 3. Виды нормъ.

Когда говорятъ о разныхъ видахъ нормъ, попытки ихъ классификаціи дѣлаются обыкновенно безъ всякаго отношенія къ вопросу о цѣнности. Разсматривая „должное", какъ самостоятельную категорію, полагаютъ, что она сама можетъ быть достаточнымъ принципомъ для классификаціи. Послѣдствіемъ этого бываетъ значительное суженіе области тѣхъ сужденій, которыя мы называемъ цѣнностными. Во вниманіе принимаютъ не всѣ сужденія о цѣнностяхъ, которыя могутъ обращены при желаніи въ форму долженствованія, то только нѣкоторыя изъ этихъ сужденій, обычно выражаемыя въ такой формѣ. Сюда принадлежатъ прежде всего сужденія нравственныя. Виндельбандъ открылъ цѣнностный элементъ въ логическихъ и въ эстетическихъ сужденіяхъ. Юристы присоединяютъ сюда еще сужденія правовыя. Этимъ и исчерпивается область долженствованія, согласно ученію нормативистовъ. Между тѣмъ эта область имѣетъ гораздо болѣе широкіе размѣры. Она можетъ охватывать собою всѣ сужденія объ эвентуальныхъ предметахъ, разъ только въ суждніяхъ этихъ проглядываетъ элементъ цѣнности. И насколько разнообразны могутъ быть эти предметы, настолько разнообразенъ и смыслъ идеи должнаго.

Къ сферѣ возможностей могутъ принадлежать прежде всего предметы и отношенія идеальные. Такъ логическіе законы, какъ мы видѣли, принадлежатъ къ сферѣ такихъ идеальныхъ опредѣленій, но наша мысль, подчиняющаяся этимъ законамъ, связана ими не по принципу безусловной необходимости, но по началу возможности. Наша мысль *можетъ быть* истинной, *но можетъ и ошибаться*. Истина мы приписываемъ цѣнностное значеніе, а потому и законы логики, наприм., законы тождества, противорѣчія и пр. могутъ быть выражены въ формѣ долженствованія. Долженствованіе это предметомъ своимъ имѣетъ общія и идеальныя условія мышленія, и можно съ правомъ сказать, что здѣсь должное не совпадаетъ съ сущимъ. Подобнымъ же образомъ,

*) Ср. Walter Jellinek, Gesefz, Gesetzanwendung un Zweckmässigkeitserwagung 1913, p. 31.

къ сферѣ возможностей могутъ принадлежать и наши идеи о нравственномъ совершенствѣ, или о будущемъ идеальномъ общественномъ строѣ. Здѣсь также дѣло идетъ объ отношеніяхъ нереальныхъ и недѣйствительныхъ, ибо идеалы наши никогда еще цѣликомъ не реализировались въ дѣйствительности, да, вѣроятно, никогда и не реализуются. И снова мы вправѣ сказать, что здѣсь должное не совпадаетъ съ существующимъ. Однако, ошибочно было бы думать, что такое отношеніе между сущимъ и должнымъ наблюдается всегда и вездѣ. Къ области возможныхъ предметовъ могутъ принадлежать и такіе, которые всецѣло реальны. Подобныя возможности могутъ имѣть значенія цѣнностей, и поэтому онѣ могутъ облекаться въ форму долженствованія. Примѣры такихъ возможностей даетъ намъ прежде всего окружающая насъ природа. Явленія природы претекаютъ по необходимымъ законамъ, но конкретное сочетаніе природныхъ силъ—случайно и даетъ просторъ многимъ возможностямъ. Имѣя въ своихъ рукахъ горючее вещество, напр., газъ, мы можемъ сжечь его такъ, что онъ дастъ больше или меньше свѣта. Эту возможность и используетъ технологія. Она учитъ о средствахъ, при помощи которыхъ изъ силъ природы можно получить максимумъ благъ. Она имѣетъ дѣло также съ цѣнностями, сужденія о которыхъ можно обратить въ форму долженствованія. „Чтобы получить максимумъ свѣта, *должно* поступать опредѣленнымъ образомъ“, „чтобы сохранить здоровье, *должно* придерживаться опредѣленнаго режима“—таковы нормы, которыя могутъ быть названы техническими.

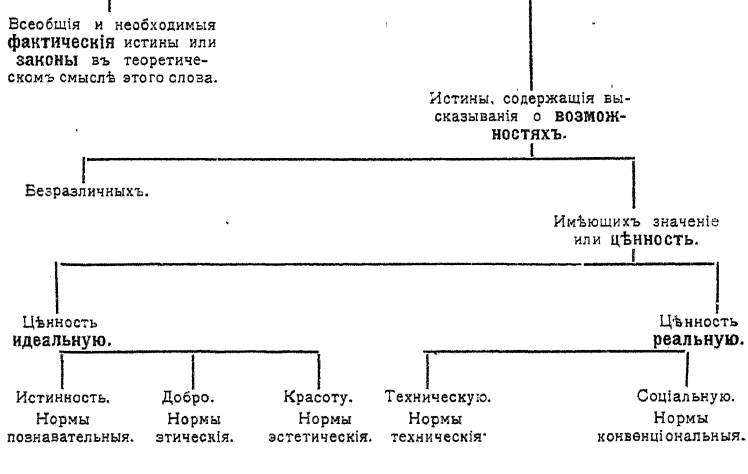
Въ нормахъ этихъ долженствованіе есть ничто иное, какъ одна изъ цѣнныхъ реальныхъ возможностей; ни о какомъ противоположеніи сущаго и должнаго не можетъ быть здѣсь и рѣчи.

Многіе считаютъ, что подобныя техническія правила не сутъ нормы, но особо формулированные законы природы. Однако, истинные законы природы безцѣльно и даже нелѣпо формулировать въ видѣ нормъ, ибо они говорятъ не о возможностяхъ, но о необходимости. Если мы говоримъ, „всякое тѣло, погруженное въ воду *должно* потерять свой вѣсъ настолько, насколько оно вытѣснило воды“—мы вкладываемъ въ понятіе „должно“ смыслъ необходимости. Тѣло *не можетъ* потерять иного количества вѣса, а, слѣдовательно, оно *необходимо потеряетъ его*. Но свѣтильный газъ *можетъ дать* больше свѣта въ горѣлкѣ Ауэра, чѣмъ въ обыкновенномъ газовомъ рожкѣ. Возможность получить больше свѣта есть техническая цѣнность и ее можно формулировать въ видѣ нормы. Такимъ образомъ, есть существенное различіе между техническими нормами и законами природы, и нѣтъ никакого основанія отожествлять тѣ и другіе. Предметомъ технической нормы является одна изъ естественныхъ возможностей, имѣющая характеръ реальной цѣнности.

Но существуетъ большое количество подобныхъ нормъ, предметомъ которыхъ являются не идеальныя и мыслимыя только отношенія,

но чисто реальныя возможности. Къ числу ихъ принадлежатъ, напримѣръ, правила языка, правила обхожденія съ людьми, правила моды, правила различныхъ игръ,—словомъ вся область нормъ, объединяющихся общимъ именемъ правилъ *конвенціональныхъ* или *условныхъ*. Можно назвать также эти нормы *соціальными*, ибо основаніемъ ихъ является молчаливое или открытое признаніе со стороны извѣстной общественной единицы нѣкоторыхъ цѣнностей. Нормы эти регулируютъ извѣстное направленіе соціальнаго поведенія, которое въ здоровыхъ условіяхъ представляетъ собою постоянную, реальную линію человѣческихъ поступковъ. То, что *должно*, ежедневно и ежечасно становится сущимъ, возможное и потенціальное постоянно актуализируется. Кто сѣлъ играть въ винтъ, тотъ *долженъ* соблюдать правила игры; въ то же время онъ отлично знаетъ, что это „должное" но есть далекій идеалъ, а необходимая для успѣха игры реальная возможность. И онъ настолько увѣренъ въ осуществленіи этой возможности, что рѣзкія отступленія отъ нея способны возбудить прямое удивленіе, иногда даже неудовольствіе и негодованіе. Вопросъ объ отличіяхъ такихъ нормъ отъ техническихъ—весьма затруднителенъ, если только не принимать въ соображеніе лежащихъ въ основаніи ихъ цѣлей и цѣнностей. Эти послѣднія заключаются въ полученіи максимума пользы, когда дѣло идетъ о нормахъ техническихъ, и въ различныхъ духовныхъ преимуществахъ урегулированнаго общенія, когда дѣло идетъ о нормахъ конвенціональныхъ.

Все вышеизложенное можно изобразить въ слѣдующей таблицѣ, резюмирующей проблему классификаціи сужденій съ ихъ чисто предметной и цѣнностной стороны:



§ 4. Особенности правовыхъ нормъ.

Вопросъ объ отличіяхъ правоположеній отъ другихъ видовъ нормъ принадлежитъ по числу вопросовъ, пользующихся особымъ вниманіемъ общей теоріи и философіи права. При этомъ подчеркивая преимущественно нормативный характеръ права, юристы въ особенности интересовались отличіями правоположеній отъ нормъ нравственныхъ, такъ какъ въ этихъ послѣднихъ особенно ясно выдѣленъ характеръ нормативности и элементъ долженствованія. Напротивъ, другія виды нормъ не шли въ расчетъ, и отличія ихъ отъ правовыхъ предписаній не привлекали особаго вниманія. Съ другой стороны, характерныя особенности правовыхъ нормъ изучались обыкновенно внѣ всякой связи съ тѣми цѣнностями, которыя лежатъ въ основаніи нормативныхъ сужденій. Въ результатѣ такого подхода по вопросу нерѣдко получались совершенно вѣрныя, но отвлеченныя и нуждающіяся въ дальнѣйшихъ объясненіяхъ опредѣленія. Если свести выводы этой сложной работы юристовъ въ одно цѣлое и освободить отъ противорѣчій, то они предстанутъ передъ нами въ слѣдующемъ видѣ.

Характерной особенностью той группы нормъ, которыя основываются на идеальныхъ цѣнностяхъ (познавательныхъ, этическихъ, эстетическихъ), является *безусловный* характеръ вытекающаго изъ нихъ долженствованія. „Нормы въ этомъ смыслѣ слова„—какъ говоритъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей—„суть непосредственно очевидныя, первоначальныя и неразложимыя правила, къ которымъ мы относимся, какъ къ послѣднимъ данностямъ. Исходя отсюда, мы называемъ ихъ необходимыми и всеобщими“*) Непосредственное убѣжденіе въ томъ, что онѣ и только онѣ должны быть осуществлены, составляетъ ихъ наиболѣе выразительный признакъ. Хотя нѣкоторыя изъ правовыхъ нормъ и могутъ, повидимому, притязать ни подобную безусловность, напр, нормы права естественнаго, однако, въ большинствѣ случаевъ юридическія нормы обнаруживаютъ совершенно иной, болѣе относительный способъ долженствованія. Нѣтъ сомнѣнія, что правоположенія, запрещающія убійство, пытки, насилія и т. д., *безусловно* обязательны, такъ же какъ безусловно обязательны и предписанія морали. Подобнымъ же образомъ безусловную обязательность обнаруживать можетъ правовой идеалъ, опредѣляющій правила совершеннаго общежитія. Однако, мы считаемъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что наши представленія о будущемъ совершенномъ правовомъ строѣ *могутъ* воплотиться въ внѣшне обязательныя для всѣхъ людей учрежденія, *могутъ* образовать своеобразное зданіе „внѣшней правды“, которая будетъ дѣйствовать и независимо отъ ея „запечатленности“ въ душахъ людей. Также и предписанія, запрещающія убивать, насиловать, подвергать мученіямъ и т. д. становятся *юридическими* не потому, что они внутренно обязательны для каждаго, но потому, что люди сознаютъ невозмож-

*) См. F. S o m l o, Juristische, Grundlehre, 1917, p. 59.

ность устроенія безъ нихъ своей общественной жизни. Эта *фактическая невозможность* жить иначе, какъ при допущеніи этихъ правилъ, является новымъ, чуждымъ нравственности мотивомъ, который входитъ въ жизнь права и опредѣляетъ собою даже возможность того, что юридическій законъ отвлекается въ нѣкоторыхъ случаяхъ отъ соображеній совѣсти и требуетъ только внѣшняго подчиненія извѣстнымъ принципамъ. „Думай въ душѣ, какъ хочешь, только не убивай" —вотъ новая тенденція, опредѣляющая собою смыслъ юридическаго долженствованіе. Правовая норма можетъ довольствоваться внѣшнимъ соотвѣтствіемъ съ тѣмъ, что она предписываетъ, она можетъ ограничиться тѣмъ, чтобы поведеніе было только *легальнымъ*. Поэтому ненарушимость ея есть *внѣшняя*, а не внутренняя, ненарушимость извѣстнаго направленія поступковъ, а не ненарушимость убѣжденій.

Что касается до спеціальнаго отличія нормъ юридическихъ отъ нормъ нравственныхъ, то здѣсь могутъ быть выставлены слѣдующія, въ значительной степени несомнѣнныя соображенія. Нормы права въ отличіе отъ нормъ нравственныхъ, обладаютъ всеобщимъ, неиндивидуальнымъ, шаблоннымъ характеромъ. „Законъ права—*одинъ для всѣхъ*, всѣ должны ограничивать свою свободу *одинаковымъ*, *точно опредѣленнымъ образомъ*. Онъ есть законъ свободы, но не отдѣльнаго лица, а свободы всѣхъ и обращенъ ко всѣмъ; напротивъ, законъ нравственный обращенъ ко мнѣ одному, онъ есть *индивидуальная заповѣдь для отдѣльнаго индивидуума*, обращенная къ непосредственному сознанію каждаго. Здѣсь нѣтъ однородности и одиноковости въ выполненіи общаго закона, напротивъ, „*что заповѣдано одному, то заповѣдано и другому*". Здѣсь также единство, но не абстрактное единство одинаковыхъ дѣйствій, принужденныхъ соблюдать одинаковые законы,— здѣсь *органическое единство индивидуальныхъ заповѣдей*, которыя никогда не противорѣчатъ другъ другу, ибо, что заповѣдано одному,—не заповѣдано другому; здѣсь нѣтъ нарушеній и *нѣтъ надобности въ законѣ*, ихъ устанавливающемъ; пути индивидуальностей, какъ и пути планетъ, не сталкиваются другъ съ другомъ."*) Этими двумя свойствами юридическихъ нормъ,—ихъ *гетерономностью* и *шаблонностью*—опредѣляются рядъ дальнѣйшихъ особенностей, отличающихъ правоположенія отъ предписаній нравственныхъ: 1) по происхожденію своему нормы нравственности истекаютъ изъ индивидуальной совѣсти, тогда какъ сознательное образованіе правовыхъ нормъ въ обществѣ всегда совершается при помощи внѣшнихъ средствъ,—приказовъ полномочной власти, обсужденія и голосованія въ парламентѣ, опроса гражданъ или референдума и т. д. Развитый правопорядокъ вырабатываетъ сложный техническій аппаратъ для правотворчества. Такъ, въ конституціонномъ государствѣ законы, какъ извѣстно, при своемъ образованіи проходятъ четыре стадіи: а) законодательная иниціатива или починъ, подъ которымъ разумѣется особый актъ управомоченныхъ на это органовъ—ми-

*) Ср. Б П. Вышеславцевъ, Этика Фихте, стр. 428 со ссылкой на Фихте.

нистровъ, парламента, монарха или всего народа при т. н. народной инициативѣ,—сводящійся къ предложенію издать новый законъ; б) обсужденіе и принятіе закона путемъ голосованія въ одной или двухъ палатахъ; в) санкція или утвержденіе закона, принадлежащее главѣ государства, монарху или президенту, а иногда и всему народу, когда народъ этотъ обладаетъ правомъ налагать veto на законъ или подвергать его всенародному обсужденію (референдуму); г) публикація или обнародованіе закона совершаемое особо управомоченными на то органами въ установленномъ порядкѣ; со времени акта публикаціи законъ вступаетъ въ силу и становится обязательнымъ для гражданъ.*) Ничего подобнаго не существуетъ при образованіи нравственныхъ нормъ, да и вообще нелѣпо представлять, чтобы нравственныя предписанія вырабатывались при помощи какой-либо технической организаціи, подвергались голосованію и т. п. Только одинъ голосъ имѣетъ дѣйствительное право рѣшать вопросъ о томъ, что нравственно должно,—это внутренній голосъ индивидуальной совѣсти. Этотъ голосъ не молчитъ и тогда, когда голосуются законы, однако юридическая норма является въ результатѣ *внѣшняго примиренія* отдѣльныхъ голосованій (право большинства), а не только внутренняго убѣжденія. 2) По способу своего осуществленія и исполненія правовыя нормы не связаны съ опредѣленнымъ лицомъ, но могутъ быть выполнены каждымъ. „Исполненіе правовыхъ обязанностей", какъ справедливо говоритъ Л. І. Петражицкій, „возможно безъ участія и какой-либо жертвы со стороны обязаннаго, лишь-бы было доставлено кѣмъ-либо, хотя-бы совершенно посторонними лицами, управомоченному то, что ему причитается. Напр., племянникъ надѣлалъ долговъ; кредиторъ обращается къ его дядѣ; дядя уплачиваетъ долги; требованія нормы права при этомъ удовлетворены правовыя обязанности племянника исполнены.**) Подобное исполненіе обязанностей постороннимъ лицомъ въ области нравственности, конечно, невозможно. Этой особенностью правоположеній объясняется смыслъ такъ называемаго юридическаго представительства. Я могу передать исполненіе своихъ правовыхъ обязанностей другому человѣку, причемъ онъ не будетъ здѣсь простымъ моимъ орудіемъ, но *за меня* будетъ

*) Между моментомъ публикаціи закона и моментомъ вступленія его въ силу устанавливается, обычно, нѣкоторый промежутокъ времени съ цѣлью; 1) дать возможность населенію ознакомиться съ законами, 2) установить точно моментъ прекращенія обязательности стараго права и моментъ начала обязательности новаго. Иногда этотъ срокъ указывается въ самомъ законѣ (vocatio legis); по большей-же части законодательства опредѣляютъ общія условія вступленія въ силу законовъ, напр., 93 ст. нашихъ основныхъ законовъ: „законъ получаетъ обязательную силу со времени назначеннаго для того въ самомъ законѣ срока, *при неустановленіи-же такового срока—со дня полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ коемъ законъ напечатанъ*". Нѣкоторыя законодательства устанавливаютъ опредѣленное количество дней для вступленія законовъ въ силу (10 дней въ Бельгіи, 14 дней въ бывшей Германской имперіи).

**) Ср. Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. I, стр. 148.

вести мои дѣла (присяжный повѣренный, опекунъ и т. п.*) 3) Нормы права, обладая отмѣченнымъ выше *общимъ*, *шаблоннымъ* характеромъ по своему содержанію не могутъ не быть точно *опредѣленными*. Опредѣленность эта для нравственныхъ нормъ, по правильному замѣчанію Л. І. Петражицкаго, „не только не была бы необходима, но *была бы* прямо вредною". „Съ точки зрѣнія нравственнаго совершенствования"—говоритъ Л. І. Петражицкій—„желательно, чтобы нравственныя начала допускали, сообразно силамъ даннаго индивида, растяженіе, движеніе все выше и выше въ дѣлѣ ихъ осуществленія и поощреніе и увлеченіе другихъ примѣромъ, не давая повода ни для самодовольства по поводу точнаго исполненія требуемаго и остановки въ совершенствованіи, ни для отчаянія и отказа отъ исполненія вообще въ случаѣ слабости этическихъ силъ. Нравственность должна быть для людей общимъ руководящимъ идеальнымъ свѣтомъ, который, съ одной стороны, даетъ возможность соотвѣтственнаго скромнаго движенія и приближенія и для слабыхъ и, съ другой стороны, заставляетъ двигаться все выше и выше и сильныхъ. Вмѣсто точно опредѣленныхъ указаній: въ какихъ случаяхъ обязательно что-либо, что и сколько требуется, ни больше, ни меньше, она должна давать такіе директивы, которые бы давали различнѣйшія степени осуществленія, отъ скромнѣйшихъ до высочайшихъ" **). И, наоборотъ, можно показать, что для юридическихъ отношеній неопредѣленность и расплывчатость содержанія правовыхъ нормъ является совершеннымъ зломъ. Регулируя внѣшнимъ образомъ отношенія между людьми, расплывчатыя нормы были бы постояннымъ поводомъ для постоянныхъ недоразумѣній и споровъ. Л. І. Петражицкій остроумно приводитъ, въ качествѣ примѣра, слѣдующій вымышленный законъ, послѣдствія примѣненія котораго были бы поистинѣ ужасны: „служившіе долгое время вѣрою и правдою имѣютъ право на полученіе отъ тѣхъ, которымъ они служили, единовременнаго вознагражденія достаточнаго размѣра или соотвѣтственной пенсіи"***). Совершенно ясно, что растяжимость всѣхъ основныхъ положеній подобнаго законодательнаго акта привела бы къ тысячи недоразумѣній, конфликтовъ, ссоръ и споровъ. Юридическія нормы должны вполнѣ точно опредѣлять тѣ право-

*) Теорія гражданскаго права различаетъ два вида представительства—*необходимое* и *добровольное*. „Необходимое представительство"—говоритъ Н. М. Коркуновъ—„имѣетъ мѣсто въ отношеніи къ тѣмъ лицамъ, которыя сами не могутъ совершать юридическихъ дѣйствій, каковы недѣеспособныя юридическія лица, лишенныя естественной способности дѣйствовать и нуждающіяся поэтому въ помощи представляющихъ ихъ органовъ. Добровольное представительство имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, способное и само совершить юридическое дѣйствіе, поручаетъ совершеніе его другому лицу по соглашенью." См, Лекціи по общей теоріи права, стр. 163. Теорія публичнаго права вводитъ новое понятіе *политическаго представительства*, которое нужно строго отличать отъ представительства гражданско-правового. Политическій представитель (напр,, депутатъ въ парламентѣ) не есть представитель опредѣленныхъ лицъ, но всей націи. Дѣятельность его носитъ характеръ не защиты частныхъ интересовъ, но публичной службы.

**) *Л. І. Петражицкій*, 1. с. стр. 170.

***) 1. с., стр. 170.

отношенія, которыя онѣ устанавливаютъ, въ противномъ случаѣ правопорядокъ утрачиваетъ одно изъ основныхъ своихъ преимуществъ,— свойство опредѣленности и точности. 4) Общность и опредѣленность юридической нормы тѣсно связаны съ ея раціональной, логической природой. Каждая юридическая норма въ идеалѣ своемъ должна быть истиной, логически связанной со всѣми остальными правовыми положеніями. Объективное право, или совокупность юридическихъ нормъ, не можетъ не быть при этихъ своихъ свойствахъ *цѣльной системой* истинъ, находящихся въ взаимной логической связи. Этотъ *систематическій* характеръ отличаетъ объективное право отъ нормъ нравственныхъ. Нравственныя нормы никогда не имѣютъ тенденціи пріобрѣтать ту систематическую форму, какъ нормы юридическія. Форма *кодекса* и связанная съ ней дѣятельность *кодификаціи* является для нравственныхъ нормъ чѣмъ-то въ значительной степени чуждымъ. Тотъ, кто взялся-бы составить систематическій кодексъ нормъ дружбы или любви, поистинѣ заслужилъ-бы названіе педанта. Но этотъ педантизмъ составляетъ одно изъ основъ всякой юридической лѣятельности. Онъ проявляется уже на самыхъ раннихъ ступеняхъ цивилизаціи, какъ полуинстинктивная потребность, подъ вліяніемъ которой собираются, записываются и систематизируются обычаи старины. Порожденіемъ этой полуосознанной потребности являются древніе кодексы различныхъ народовъ. На болѣе высокихъ ступеняхъ своего развитія потребность эта удовлетворяется посредствомъ своеобразной юридической техники. Вырабатывается особая профессія *юристовъ*, призваніемъ которой является систематическая разработка положительнаго права. Какъ далека эта сторона юридической дѣятельности отъ отношеній нравственныхъ? Если педантизмомъ кажется систематическая кодификація нравственныхъ нормъ, то что-же приходится сказать о томъ, кто пожелалъ бы сдѣлать изъ морали профессію? Возможно моральное учительство, какъ особое высшее признаніе, но обыденная профессія моралиста была бы однимъ изъ самыхъ невыносимыхъ съ точки зрѣнія морали занятій. И, наконецъ, въ 5), нормы права, въ отличіе отъ нравственныхъ нормъ, болѣе опредѣленно допускаютъ возможность, въ случаѣ нарушенія ихъ, *принудительной санкціи*. Именно, мы имѣемъ здѣсь въ виду организацію физическаго принужденія, столь обычную въ каждомъ развитомъ правопорядкѣ. Подобная организація противорѣчитъ идеѣ нравственности, ибо исполненіе нравственныхъ предписаній всецѣло зависитъ отъ внутреннихъ велѣній нравственно дѣйствующей воли. Нельзя насильно стать „милымъ“, нельзя принудить къ дружбѣ, къ любви и. т. д., но можно заставить исполнять юридическія обязанности и уважать права. Поэтому каждый правопорядокъ молчаливо предполагаетъ, что при нѣкоторыхъ условіяхъ онъ *можетъ* требовать принудительнаго осуществленія, тогда какъ порядокъ нравственный падаетъ тотчасъ же, какъ только возникаетъ хотя бы скрытое предположеніе о его принудительномъ, недобровольномъ введеніи. *).

*) Ср. Введеніе въ изученіи права, стр. 132.

Эти разнообразныя отличія убѣждаютъ насъ въ томъ, что правоположенія по природѣ своей гораздо ближе къ нормамъ, основывающимся на реальныхъ цѣнностяхъ, чѣмъ къ нормамъ идеальнымъ. Однако, существуютъ значительныя различія между отдѣльными видами реальныхъ нормъ и нормами правовыми. Такъ, прежде всего правовыя нормы, въ отличіе отъ нормъ техническихъ, обладаютъ особымъ характеромъ ненарушимости и заповѣданности. Всякій юридическій законъ, какъ бы онъ ни былъ несправедливъ, есть законъ, слѣдовательно, онъ долженъ соблюдаться: dura lex, sed lex. Разъ изданный, законъ тяготитъ къ исполненію, обязываетъ даже верховную и несвязанную волю. Узы закона лежатъ даже на неограниченномъ монархѣ, если онъ не является простымъ тираномъ и деспотомъ. Въ силу этого неисполненіе закона квалифицируется, какъ *вина* и *неправда*. Напротивъ того, техническія нормы не устанавливаютъ ничего святого и ненарушимаго. Здѣсь то, что удобнѣе, въ любой моментъ вытѣсняетъ менѣе удобное, и дѣло идетъ объ отысканіи наибольшаго выгоды и наибольшей пользы. Нарушеніе ихъ, если оно послѣдовало и не изъ соображеній пользы, не характеризуется, какъ вина, но какъ техническій промахъ, недостатокъ ловкости и умѣнія.

Всего болѣе трудно формулировать тѣ отличія, которыя отдѣляютъ правоположенія отъ нормъ конвенціональныхъ. Повидимому, въ значительномъ количествѣ случаевъ нормы эти прямо совпадаютъ Такъ изъ числа многочисленныхъ конвенціональныхъ нормъ, принадлежащихъ къ разряду обычаевъ и соціальныхъ привычекъ, многія являются нормами юридическими,—обычаями въ правовомъ смыслѣ этого слова. И если существуютъ совершенно несомнѣнныя отличія другихъ видовъ конвенціональныхъ нормъ отъ нормъ юридическихъ (напр., правилъ языка, моды и т. п.), то отличія эти лежатъ не въ свойствахъ долженствованія, но въ цѣляхъ и цѣнностяхъ, которыя въ каждомъ данномъ случаѣ имѣются въ виду. Не сходя съ плоскости чисто формальнаго разсмотрѣнія, можно сказать, что въ общемъ правовыя нормы, въ отличіе отъ другихъ конвенціональныхъ правилъ, обнаруживаютъ особливо универсальный, всеобъемлющій характеръ. Онѣ преслѣдуютъ не какія-либо ограниченныя и строго опредѣленныя цѣли, но цѣли урегулированія соціальной жизни вообще со всѣми разнообразными самостоятельными задачами и потребностями. Поэтому правопорядокъ имѣетъ характеръ нѣкоторой универсальной формы, охватывающей собою весь сложный комплексъ соціальной жизни людей. Нѣтъ такой стороны въ жизни урегулированнаго правомъ общества, которая бы не соприкасалась какъ-нибудь съ правомъ и не зависѣла отъ него. Отсюда и происходитъ универсальность правовыхъ нормъ, отличающая ихъ отъ другихъ видовъ конвенціональныхъ правилъ.

Но каковы бы ни были всѣ эти особенности правовыхъ нормъ, объяснить ихъ можетъ только разсмотрѣніе цѣнностей, лежащихъ въ основѣ всякаго правопорядка. Только въ связи съ послѣдними изло-

женныя особенности правовыхъ нормъ теряютъ свой отвлеченный характеръ, утрачиваютъ формальную природу, пріобрѣтаютъ значеніе необходимыхъ послѣдствій, вытекающихъ изъ сущности правовыхъ явленій.

§ 5. Виды правовыхъ нормъ.

Попытки классификаціи правовыхъ нормъ неоднократно дѣлались юристами. Наиболѣе существеннымъ недостаткомъ такихъ классификацій является то, что въ основаніе ихъ полагался принципъ нормативности и долженствованія, а не принципъ цѣнности. Правоположенія получали такимъ образомъ неправильное, однобокое освѣщеніе, и классификація правовыхъ нормъ пріобрѣтала односторонній характеръ. Наиболѣе извѣстная изъ такихъ попытокъ считаетъ, что внутреннимъ существомъ юридическихъ нормъ являются *вѣленія* или *приказы*. Такъ, по мнѣнію Н. М. Коркунова, „юридическія нормы, какъ и всѣ вообще нормы, суть правила долженствованія и въ этомъ смыслѣ велѣнія. Будучи правиломъ должнаго, онѣ не могутъ дозволять, описывать, а всегда повелѣваютъ".*) Н. М. Коркуновъ не отрицаетъ того, что въ законодательныхъ памятникахъ юридическія нормы могуть быть средактированы не какъ повелѣнія, а какъ нормы опредѣлительныя, описательныя, дозволительныя. Но, по его мнѣнію, „если въ законодательномъ актѣ содержится статья, представляющаяся по формѣ своей опредѣленіемъ, она въ дѣйствительности, въ практическомъ своемъ примѣненіи, все-таки сводится къ велѣніямъ.**) Если законъ опредѣляетъ, что такое собственность, это значитъ онъ повелѣваетъ однимъ охранять ее, другимъ воздерживаться отъ посягательства на нее. Иногда законъ принимаетъ форму описательную, напримѣръ: „*Имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи законовъ*", или напр., *законъ о выборахъ въ парламентъ*. Но описательная форма скрыто содержитъ въ себѣ *повелѣніе поступать по закону, придерживаться извѣстнаго порядка выборовъ и т. д.* По мнѣнію Н. М. Коркунова, *болѣе всего сомнѣній возбуждаютъ такъ* называемыя дозволительныя нормы, которыя встрѣчаются въ любомъ законодательномъ памятникѣ. Изъ нихъ всего болѣе обращаютъ на себя вниманіе тѣ юридическія постановленія, которыя гласятъ, что извѣстныя учрежденія *могутъ* предпринимать тѣ или другія дѣйствія, напримѣръ, полиція можетъ при нѣкоторыхъ условіяхъ требовать содѣйствія войскъ. Но Н. М. Коркуновъ полагаетъ, что и въ данномъ случаѣ имѣется наличность повелѣнія. Учрежденію такими законами „вовсе не дается простое дозволеніе, а возлагается двойная обязанность: и оцѣнить надобность мѣры, и примѣнить ее въ случаѣ признанія необходимости". Поэтому, если законъ говоритъ, что полиція *можетъ* обращаться къ содѣйствію военной силы, это значитъ, что „въ случаѣ

*) *Н. М. Коркуновъ*, Лекціи по общей теоріи права, 1908, стр. 120.

**) Ibid., стр, 121.

признанной ею надобности она и *должна* это сдѣлать".*) Менѣе сом нѣнія возбуждаютъ тѣ дозволительныя нормы, которыя отмѣняютъ какія-либо запрещенія, и, стало быть, нѣчто дозволяютъ. „Отмѣна запрещенія"—говоритъ Н. М. Коркуновъ—„есть, конечно, дозволеніе, но она не уставливаетъ новой нормы, а только уничтожаетъ старую"**). Равнымъ образомъ бываютъ чисто редакціонныя дозволительныя нормы, которыя служатъ какъ бы вступленіемъ къ изложенію другихъ нормъ, содержащихъ повелѣніе; неправильно отрывать ихъ отъ этихъ послѣднихъ и выдѣлять въ какой то особый видъ нормъ. Наконецъ, къ категоріи мнимо-дозволительныхъ нормъ нужно отнести нормы, устана вливающія альтернативныя обязанности, т. е. предоставляющія право дѣлать то или иное на выборъ „Но само собой разумѣется,"—говоритъ Н. М. Коркуновъ—„что и альтернативность велѣнія есть все-таки велѣніе, и альтернативныя нормы поэтому повелительныя нормы. Дозволительнаго въ нихъ развѣ то, что онѣ представляютъ выборъ между двумя альтернативными обязанностями. Но, конечно, юридическое значеніе ихъ не въ дозволеніи выбора, а въ запрещеніи сдѣлать выборъ внѣ устанавливаемой ими альтернативы"***). Такимъ образомъ, „всѣ юридическія нормы суть велѣнія"; велѣнія эти могутъ быть или положительными или отрицательными, т. е. собственно велѣніями и запрещеніями. Но это различіе не абсолютно, такъ какъ „любое велѣніе можно выразить въ формѣ запрета и любой запретъ въ формѣ велѣнія"****).

Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что элементъ повелѣнія присутствуетъ въ каждой юридической нормѣ, однако наличность его можетъ имѣть совершенно разное значеніе. Различіе это легко понять, если сравнить слѣдующія двѣ нормы: „Лица православнаго исповѣданія всѣхъ, безъ различія, состояній могутъ вступать въ бракъ" и „монашествующимъ и посвященнымъ въ іерейскій или діаконскій санъ, доколѣ они въ семъ санѣ пребываютъ, бракъ вовсе запрещается „(ст. 1 и 2, т. X свода законовъ гражданскихъ). Во второмъ изъ этихъ положеній имѣется *прямое повелѣніе* опредѣленной категоріи лицъ воздерживаться отъ вступленія въ бракъ. Напротивъ, первое положеніе *прямо* ничего не повелѣваетъ. Если въ немъ и есть повелѣніе, то только *косвенное*, адресованное къ священно-служителямъ, которые *должны* въ случаѣ желанія брачущихся совершать таинство брака, или къ другимъ лицамъ, *обязаннымъ* признавать этотъ бракъ со всѣми его юридическими послѣдствіями. Но поставимъ вопросъ, исчерпывается-ли все содержаніе даннаго постановленія этимъ косвеннымъ велѣніямъ? Не содержитъ-ли въ себѣ этотъ законъ, при наличности косвеннаго велѣнія, еще и нѣкоторыхъ прямыхъ, но отнюдь *не повелительныхъ* функ-

*) Ibid., стр. 123.

**) Ibid., стр. 123.

***) Ibid., стр. 124.

****) Ibid., стр. 124.

ціи? Легко видѣть, что функціи эти дѣйствительно имѣются, и въ законѣ онѣ выражаются понятіемъ „могутъ“. Законъ отнюдь *не повелѣваетъ* всѣмъ лицамъ православнаго исповѣданія вступать въ бракъ онъ *предоставляетъ* имъ право вступать въ бракъ, причемъ распоряженіе такимъ правомъ находится исключительно въ рукахъ управомоченнаго. Большинство нормъ гражданскаго права сводится къ такимъ *предоставленіямъ* и содержитъ въ себѣ только *косвенныя велѣнія*. Н. М. Коркуновъ, критикуя понятіе дозволительныхъ нормъ, совершенно не принимаетъ въ разсчетъ, что весь нашъ гражданскій оборотъ покоится на автономіи, т. е. на предоставленіи свободы и дозволеніи пользоваться ею. Опредѣляя право собственности, законъ никому *не повелѣваетъ* имѣть собственность. Кто хочетъ ничего не имѣть, ему не возбраняется остаться нищимъ. Опредѣляя различнаго рода договоры, гражданское право подчеркиваетъ, что основой ихъ является не принудительное повелѣніе, но личная свобода. „Всѣ способы пріобрѣтенія правъ“ –говоритъ ст. 700 нашего X тома—„закономъ опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи“. „Произволъ и согласіе должны быть свободны“ (ст. 701).

Несмотря на всѣ соображенія сторонниковъ взгляда на правовыя нормы, какъ на повелѣнія, приходится признать существованіе такихъ правовыхъ постановленій, которыя открыто содержатъ *предоставительныя* функціи. И такимъ образомъ оправдывается старое воззрѣніе, утверждавшее множественность функцій юридическихъ нормъ, —воззрѣніе, формулированное еще словами Модестина: „Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire“. Многіе представители современной теоріи права въ общемъ придерживаются этого воззрѣнія, исправляя его только въ частности. Такъ, по мнѣнію извѣстнаго романиста, Виндшейда, *цѣль противоположеній* состоитъ вообще въ томъ, чтобы опредѣлить, какимъ образомъ, на основаніи различныхъ фактическихъ предположеній, образуются границы господства воли сталкивающихся между собою индивидовъ... Но служить этой цѣли положенія могутъ различнымъ образомъ, или непосредственно или посредственно. Непосредственно они служатъ ей, соединяя съ извѣстнымъ событіемъ какое-либо господство воли, управомочіе; такого рода правоположенія можно назвать *управомочивающими*. (напр., залогодержатель имѣетъ право удерживать вещь у себя до полученія удовлетворенія). Посредственно: 1) тѣмъ, что они подробнѣе опредѣляютъ то, что установлено управомочивающими правоположеніями (*объяснительныя* или *опредѣлительныя* положенія, напр., завѣщаніе должно быть составлено въ присутствіи 7 свидѣтелей); 2) тѣмъ, что они объявляютъ извѣстное событіе неспособнымъ доставить извѣстное право (*отрицательныя* правоположенія, напр., проигрышъ можно не уплачивать).“ *) Классификація эта, весьма популярная у цивилистовъ и романистовъ,

*) Виндшейдъ, Учебникъ пандектнаго права, т. I, СПБ. 1874, стр. 60.

помимо того, что она исходиитъ изъ чисто случайныхъ, редакціонныхъ признаковъ, страдаетъ, еще двумя слѣдующими недостатками. Во-первыхъ, ея предположенія о цѣляхъ правообщенія покоятся на наблюденіи только гражданско-правовыхъ отношеній и потому являются слишкомъ узкими. Въ этихъ гражданско-правовыхъ отношеніяхъ индивидуумы выступаютъ, какъ одинаково соподчиненные единому правопорядку, и потому здѣсь дѣло идетъ дѣйствительно о справедливомъ разграниченіи ихъ сталкивающихся воль. Но сверхъ того право регулируетъ еще и отношенія власти и подчиненія,—отношенія, въ которыхъ дѣло идетъ уже не о прямомъ или косвенномъ предоставленіи правъ, но о *наложеніи обязанностей*. Правоположенія, созданныя съ этими цѣлями, отправляютъ иныя функціи, чѣмъ правоположенія частнаго права. Было бы ошибочно упрощать эти функціи и сводить ихъ опять таки къ повелѣніямъ. Мы не отрицаемъ, что въ нихъ можетъ быть и элементъ повелѣнія (напр., въ правоположеніяхъ Устава о всеобщей воинской повинности, въ правоположеніяхъ, опредѣляющихъ податныя повинности гражданъ и т. п.), однако имъ однимъ не исчерпываются функціи публично-правовыхъ нормъ. Юридическія нормы, устанавливающія начала избирательнаго права, напримѣръ, не содержатъ въ себѣ прямыхъ велѣній и въ то же время не могутъ быть отожествлены съ управомочивающими правоположеніями права частнаго: въ то время какъ частныя права, какъ было уже сказано, находятся всецѣло въ свободномъ распоряженіи ихъ владѣльцевъ (ихъ можно отчудить, продать, подарить, отдать въ пользованіе, заложить и т п.), публичныя права въ значительной степени изъяты изъ этого распоряженія; кто продаетъ свое избирательное право, тотъ совершаетъ преступленіе. Слѣдовательно, юридическія нормы „предоставляющія“ избирательныя права гражданамъ, „предоставляютъ“ ихъ какимъ-то особымъ образомъ. Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ новымъ видомъ правовыхъ нормъ, которыя совершенно игнорируетъ наука гражданскаго права.

Вторымъ недостаткомъ разбираемой нами классификаціи юридическихъ нормъ нужно признать общераспространенный взглядъ, что опредѣленному виду правоположеній могутъ быть присущи только однѣ, однородныя функціи. Согласно взгляду этому, разъ нормы повелѣваютъ, онѣ ничего не содержать, кромѣ повелѣваній, разъ управомочиваютъ, онѣ ничего не могутъ содержатъ, кромѣ предоставленій. Какъ будто бы не возможно, чтобы нормы одновременно выполняли различныя функціи и повелѣвали и предоставляли! Между тѣмъ анализъ любой управомочивающей или предоставительной нормы можетъ, какъ мы видимъ, съ очевидностью убѣдить, что, заключая въ себѣ прямыя предоставленія (напр., право вступать въ бракъ), она въ тоже время содержитъ и косвенныя повелѣнія (священнослужителямъ, чиновникамъ консисторіи, суду и т. д.). На эту особенность правовыхъ нормъ обращаетъ вниманіе въ своей теоріи права Л. І. Петражицкій, по ученію котораго всѣ вообще юридическія нормы *двухсторонни*: съ одной стороны, онѣ нѣчто повелѣваютъ (содержатъ императивы), съ другой стороны—нѣчто пре-

доставляютъ (содержать аттрибутивы)*). Слѣдуетъ признать принципіальную справедливость этой теоріи, хотя она и упускаетъ изъ вида, что функціи юридическихъ нормъ не двусторонни, *но многосторонни*. Въ этомъ отношеніи Л. І. Петражицкій по воззрѣніямъ своимъ по преимуществу остается цивилистомъ. Теорія его не приняла во вниманіе новѣйшихъ выводовъ, сдѣланныхъ наукой публичнаго права по вопросу о функціяхъ юридическихъ нормъ.

Исправляя первый недостатокъ разбираемой нами классификаціи, многіе юристы пришли къ заключенію, что существуетъ еще одна функція юридическихъ нормъ, которая опредѣляетъ собою природу особаго вида правоположеній: именно, въ юридическихъ нормахъ можно наблюдать наличность скрыто или открыто даннаго *обѣщанія*, которымъ законодатель ручается за добросовѣстное исполненіе правовыхъ предписаній**). Во многихъ правоположеніяхъ обѣщаніе это выражено *прямо*. Таковы всѣ такъ называемые конституціонные законы, въ основѣ своей сводящіеся къ обѣщанію поддерживать извѣстный государственный порядокъ. Нашъ манифестъ 17 октября, послужившій основаніемъ конституціонныхъ законовъ 1906 года, многочисленныя, встрѣчающіяся въ конституціонной исторіи хартіи, содержащія торжественныя обѣщанія относительно дарованія и гарантіи гражданскихъ правъ, служатъ наилучшимъ примѣромъ такого рода правоположеній. Но кромѣ того, можно защищать взглядъ, что каждое исходящее отъ государства правоположеніе въ скрытой и молчаливой формѣ заключаетъ обѣщаніе власти соблюдать право и подчиняться ему. Государство, творя право, связываетъ себя его предписаніями; происходитъ своеобразное самообязываніе государства. Такимъ образомъ приходится признать, что наряду съ приказомъ и предоставленіемъ, юридическія нормы содержатъ функцію обѣщанія и что существуетъ особый видъ правоположеній, который можно было бы назвать нормами самообязыванія.

Кромѣ этой новой стороны юридическихъ нормъ представители общей теоріи государства подмѣтили въ провоположеніяхъ и другія отличія, въ значительной степени игнорируемыя цивилистами. Мы обратимъ здѣсь вниманіе на взгляды одного изъ виднѣйшихъ представителей германскаго государствовѣденія, Георга Еллинека. Еллинекъ различаетъ, съ одной стороны, нормы повелительныя и дозволительныя, съ другой стороны,—нормы, надѣляющія людей извѣстной силой или способностью и нормы, отрицающія эти силы и способности. ***) Двѣ первыя группы нормъ предметомъ своимъ имѣютъ область признанной правомъ естественной человѣческой свободы. Онѣ предоставляютъ свободу эту, или ограничиваютъ ее: предоставленная свобода есть сфера

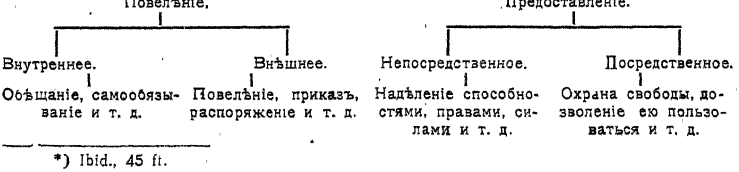
*) Л. І. Петражицкій, какъ извѣстно, считаетъ, что своимъ двустороннимъ характеромъ юридическія нормы отличаются отъ нравственныхъ. Но не разъ указывалось, что и нравственныя нормы не лишены аттрибутивнаго характера, и что, слѣдовательно, на этомъ признакѣ нельзя строить отличія права отъ нравственности.

**) Ср. F. Somlo, Juristische Grundlehre, p. 208.

***) G. Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte p. 52.

дозволеннаго, ограниченная—сфера *недозволеннаго*. Напротивъ того, вторая группа нормъ надѣляетъ правоспособнаго человѣка нѣкоторыми новыми способностями, которыми онъ не обладаетъ отъ природы, получая ихъ только въ правовомъ общеніи.*) Такъ, напримѣръ, право судебной защиты связано съ организаціей особыхъ учрежденій, судовъ, и нормы, установливающія эту защиту, надѣляютъ чѣловѣка такими силами, которыми онъ не владѣлъ отъ природы. Таково же и право участія въ образованіи государственной воли, право выборовъ въ парламентъ и т. д. По мнѣнію Еллинека, къ этому роду правъ не примѣнимы понятія „дозволеннаго“ и „недозволеннаго“. Если государство лишаетъ избирательныхъ право лицъ, не достигшихъ извѣстнаго возраста, это не значитъ, что имъ „не дозволено“ избирать. „Недозволенный“ поступокъ несетъ за собою рядъ юридическихъ послѣдствій, онъ юридически *небезразличенъ*, онъ приводитъ къ установленію *неправомѣрнаго состоянія*. Если „недозволено“ вторгаться въ права собственника, то всякій вторгающійся совершаетъ дѣяніе неправомѣрное и подлежитъ отвѣтственности. Наоборотъ, малолѣтніе могутъ сколько угодно выбирать, но участіе ихъ въ выборахъ будутъ просто *ничтожнымъ*. Тѣмъ, что недостигшій опредѣленнаго возроста подастъ свой голосъ, онъ не совершитъ *неправомѣрнаго* дѣянія, онъ совершитъ *ничтожный* актъ, который будетъ погашенъ при провѣркѣ выборовъ. Поступокъ его юридически безразличенъ. Равнымъ образомъ лицо недѣеспособное, напримѣръ, малолѣтній, можетъ оставлять сколько угодно завѣщаній, можетъ продавать свое имущество, можетъ искать на судѣ—и всѣ его дѣйствія будутъ *ничтожны*, а не *неправомѣрны*. Столо быть, неправильно сказать, что законъ „не дозволяетъ“ малолѣтнимъ искать на судѣ; законъ просто *не надѣляетъ* малолѣтнихъ *силой иска*: малолѣтніе юридически *неспособны* къ извѣстнымъ дѣйствіямъ, тогда какъ взрослые *способны* къ нимъ. По теоріи Еллинека, подобныя способности устанавливаются особымъ классомъ самостоятельныхъ правоположеній, надѣленныхъ такими функціями, о которыхъ умалчиваетъ наука гражданскаго права. И приходится сдѣлать выводъ, что наряду съ повелительными, предоставительными или дозволительными и самообязывающими нормами существуютъ еще правоположенія, надѣляющія извѣстными способностями, равно какъ и существуютъ особыя функціи этихъ нормъ.

Резюмируя все вышеизложенное, можно составить слѣдующую таблицу функцій юридическихъ нормъ:



*) Ibid., 45 ff.

Но нѣтъ никакой необходимости въ томъ, чтобы каждая изъ этихъ многообразныхъ функцій присуща была только одному, опредѣленному виду нормъ. Напротивъ того, наличность одной функціи не служитъ препятствіемъ къ тому, чтобы въ правоположеніяхъ, по крайней мѣрѣ скрыто, присутствовали и другія функціи. Манифестъ 17-го октября, содержащій въ себѣ *обѣщаніе* конституціонныхъ гарантій, на, дѣлялъ въ то же время русскихъ подданныхъ новыми политическими способностями—и прежде всего способностью участія въ образованіи государственной воли. И въ то же время онъ содержалъ повелѣнія органомъ власти, обязывалъ ихъ къ извѣстныхъ мѣропріятіямъ и дѣйствіямъ.

Правоположенія, въ этомъ актѣ установленныя, имѣли совершенно различныя функціи, но развѣ не обладаетъ такими же качествами и каждое правоположеніе? Если говорятъ объ *опредѣленной* функціи данной нормы, имѣютъ въ виду только то *общее логическое удареніе*, которое выражено словами законодателя. Опредѣленная функція—это то, что *открыто* подчеркиваетъ редакція правоположенія; но помимо открыто выраженнаго, каждая норма содержитъ и скрыться предположенія, въ которыхъ могутъ заключаться и повелѣнія, и предоставленія, и надѣленія свойствами и т. д.

Отсюда слѣдуетъ, что въ значительной степени безплодно пытаться построить классификацію юридическихъ нормъ, исходя изъ признаковъ чисто случайныхъ и внѣшнихъ,—именно, изъ редакціи нормы въ законоположеніяхъ, изъ способа рѣчи, а не изъ внутреннихъ, субстанціональныхъ принциповъ. Редактируя норму, законодатель можетъ выдвинуть впередъ, повелѣніе и умолчать о предоставленіи, но можетъ поступить и наоборотъ. Классификація, построенная на подобныхъ случайныхъ признакахъ, лишена какого-либо научнаго значенія. Исторія науки знаетъ много такихъ классификацій: ботаники классифицировали растенія по разнымъ случайнымъ признакамъ до тѣхъ поръ, пока не была создана современная *естественная* классификація, построенная на глубокихъ генетическихъ различіяхъ растительныхъ формъ; подобное же мы наблюдаемъ и въ зоологіи. Возможно предположить, что и наука о правѣ ожидаетъ еще своей научной классификаціи правоположеній.

§ 6. Реальность правовыхъ нормъ.

Нормативной теоріей права, какъ мы видѣли, былъ поставленъ чрезвычайно важный вопросъ о реальности объективнаго права. Причемъ мнѣнія нормативистовъ по вопросу этому глубоко разошлись. Если одни изъ нихъ, преимущественно подчеркивая логическую сторону нормативныхъ сужденій, отрицали малѣйшую связь объективнаго права съ идеей реальности, то другіе, наоборотъ, обращали главное вниманіе на соціально-психологическія и культурно-историческія условія правового регулированія и считали возможнымъ приписать право

воположеніямъ особый родъ реальнаго существованія*). Мы думаемъ, что рѣшеніе этого вопроса лишено какихъ-либо затрудненій, если только различать, съ одной стороны, логическую форму правоположеній, съ другой стороны—тѣ цѣнности, которыя составляютъ предметъ юридическихъ нормъ.

Всякая юридическая норма есть сужденіе, и поскольку мы будемъ разсматривать логическую природу этого сужденія, постольку мы не найдемъ въ ней ничего реальнаго. Вообще говоря, нѣтъ и не можетъ быть *реальныхъ* сужденій, реальными бываютъ только тѣ предметы, о которыхъ говорится въ сужденіяхъ. Сужденія бываютъ *истинными* или *ложными*, а не реальными или нереальными. Поэтому сужденія: „всѣ тѣла тяжелы", „всѣ вѣдьмы злы", „лѣшіе живутъ въ лѣсу" и т. д. по своей логической природѣ одинаково нереальны, хотя по предметамъ своимъ они въ одномъ случаѣ имѣютъ дѣло съ реальными силами природы, въ другихъ случаяхъ—съ чисто фантастическими и нереальными существами. Когда мы утверждаемъ эту *нереальность* сужденій, мы просто хотимъ сказать, что къ логической природѣ ихъ совершенно не подходятъ тѣ опредѣленія, которыми мы характеризуемъ окружающіе насъ физическіе предметы: предметы эти существуютъ, сужденія же нѣчто означаютъ, предметы эти бываютъ тяжелы, длинны, высоки и т. д., сужденія-же никакъ не могутъ обладать этими качествами, предметы вѣчно измѣняются, смыслъ же сужденій неизмѣненъ, онъ постоянно означаетъ нѣчто опредѣленное, а если онъ измѣнится, то это будетъ уже другое сужденіе, которое опять-таки будетъ обладать своимъ неизмѣннымъ смысломъ и т. д. Словомъ, ни одно изъ реальныхъ опредѣленій не можетъ подходить къ логической формѣ сужденій, а потому всѣ сужденія, включая и сужденія нормативныя, лежатъ по сравненію съ реальными предметами какъ бы другомъ измѣреніи. И поэтому положеніе: „мужъ обязанъ любить свою жену" съ *точки зрѣнія чистой логики* столь же нереально какъ и сужденіе: „всѣ тѣла тяжелы".

Но эти формально-логическія опредѣленія только косвеннымъ образомъ интересуютъ науку о правѣ. Юристъ призванъ изучать не общія и отвлеченныя свойства сужденій, но тѣ чисто предметныя свойства, наличность которыхъ отличаетъ правоположенія отъ другихъ видовъ логическихъ связей и истинъ. Поэтому и всѣ основныя понятія юриспруденціи не суть понятія о свойствахъ мыслящаго разума, но понятія объ особыхъ чисто реальныхъ цѣнностяхъ. Такимъ образомъ и понятіе объективнаго права для юриста не можетъ исчерпываться логическими свойствами юридическихъ нормъ: когда юристы говорятъ объ объективномъ правѣ, они мыслятъ нѣчто гораздо болѣе конкретное, они мыслятъ не только логическую форму нормативныхъ сужденій, они мыслятъ вмѣстѣ съ тѣмъ и тотъ чисто реальный правопорядокъ, который юридическими нормами устанавливается и регулируется. Въ силу это-

*) См. выше § 1 настоящей главы.

го идея объективнаго права неизбѣжно связывается съ идеей реальности, безъ которой она вообще потеряла бы все свое юридическое, а не только логическое содержаніе.

Старое и общепринятое въ теоріи права ученіе издавна выработало идею о двухъ видахъ объективнаго права,—о такъ называемомъ правѣ *положительномъ* или *позитивномъ* и о правѣ *естественномъ*. И, именно, подъ позитивнымъ правомъ юридическая теорія понимаетъ совокупность такихъ юридическихъ нормъ, которыя или обладали „дѣйствіемъ" или же нынѣ являются „дѣйствующими"; позитивное право, какъ таковое, противопоставляется такимъ юридическимъ нормамъ, которыя никогда не дѣйствовали, никогда не были воплощены въ историческія учрежденія и признавались людьми только какъ идеальные принципы возможнаго будущаго и совершеннаго общежитія, — право естественое. Легко видѣть, что оба эти понятія положительнаго и естествеинаго права по смыслу своему имѣютъ въ виду не общія логическіе свойства правоположеній, но образованы при помощи непосредственной оріентаціи на идеѣ реальнаго правопорядка, регулируемаго юридическими нормами. И поэтому они имѣютъ самое близкое отношеніе къ идеѣ реальности, столь далекой отъ чистой логической формы правовыхъ сужденій.

Когда мы говоримъ, что право „дѣйствуетъ", мы, конечно, имѣемъ въ виду отнюдь не юридическую норму, какъ сужденіе. Объективное право начинаетъ „дѣйствовать" не потому, что формулированныя въ общихъ положеніяхъ и написанныя въ законодательныхъ источникахъ законы пріобрѣтаютъ какую-то особую силу, которая позволяетъ имъ вмѣшиваться въ событіе реальнаго мира, двигать людьми, направлять и толкать въ опредѣленномъ направленіи ихъ поступки: юридическія нормы, какъ и всякія другія сужденія, никакой подобной силы пріобрѣсти не могутъ, и съ чисто физической точки зрѣнія нѣтъ ровно никакого отличія нормъ дѣйствующихъ отъ нормъ отмѣненныхъ и отъ нормъ никогда не дѣйствовавшихъ и только идеальныхъ. Основные законы, которыми опредѣлялось наше государственное устройство послѣ 1906 года, нынѣ не дѣйствуютъ, но если мы начнемъ изучать ихъ теперь, мы тотчасъ же убѣдимся, что отмѣна ихъ ровно никакъ не отразилась на ихъ грамматическомъ и логическомъ содержаніи. Законы, которые Платонъ написалъ въ своихъ проектахъ совершеннаго государственнаго устройства, продолжали бы сохранять всѣ свои логическія свойства, если бы когда либо стали дѣйствующимъ правомъ; и въ то-же время въ моментъ ихъ воплощенія въ жизнь къ ихъ логическимъ свойствамъ не прибавилось бы ни одной новой реальной черты, по прежнему они остались бы совокупностью опредѣленныхъ и обладающихъ извѣстнымъ смысломъ истинъ. То обстоятельство, что въ Крыму дѣйствуетъ X томъ нашихъ законовъ гражданскихъ, а въ Москвѣ не дѣйствуетъ, никакъ не отражается на логическомъ содержаніи этихъ законовъ: объективное право, въ нихъ изложенное, въ одинаковыхъ каче-

ствахъ предстоитъ и передъ умственнымъ взоромъ москвича и передъ умственнымъ взоромъ жителя Крыма. Иными словами, чтобы говорить о правѣ, которое дѣйствовало раньше или дѣйствуетъ теперь,—для этого нужно имѣть въ виду не логическую форму провоположеній, а нѣчто совершенно иное. *„Дѣйствіе" права есть не свойство нормъ, но свойство того правопорядка, который нормами регулируется.*

Понятіе позитивнаго права включаетъ въ себя, слѣдовательно, не только идею нормы, но и идею нѣкотораго *реальнаго* правопорядка,—идею историческихъ учрежденій, созданныхъ на основѣ извѣстныхъ правовыхъ нормъ и ими управляемыхъ. Съ этой точки зрѣнія нѣтъ ничего безсмысленнаго въ утвержденіи, что объективное право, становясь правомъ положительнымъ, тѣмъ самымъ пріобщается къ реальности, становится реальной величиной. Нѣкоторыя дальнѣйшія общепринятыя въ теоріи права понятія еще болѣе утверждаютъ мысль о близости идеи объективнаго права къ идеѣ реальности.

Современная общая теорія права включаетъ въ себя обыкновенно ученіе объ *источникахъ права.* При этомъ нужно замѣтить, что юридическая теорія понимаетъ подъ источникомъ права не тѣ историческія памятники, изъ которыхъ почерпается познаніе правовыхъ нормъ (fontes ex quibus notitia juris hauritur), какъ напримѣръ, различныя собранія законовъ, напечатанныхъ въ несистематической, исторической послѣдовательности, или приведенныя въ систему и обработанныя (кодифицированныя, какъ говорятъ юристы) своды законовъ; равнымъ образомъ и не тѣ соціально-историческія силы, подъ вліяніемъ которыхъ создалось право; подъ источникомъ права общая теорія понимаетъ *формы проявленія дѣйствующаго права.*

По совершенно справедливому замѣчанію Л. І. Петражицкаго, понятіе источника права въ этомъ смыслѣ слова совершенно совпадаетъ съ ученіемъ о *видахъ* позитивнаго права*). И дѣйствительно, когда современная общая теорія права приступаетъ къ изложенію того, *что же нужно считать* источникомъ права, она ограничивается перечисленіемъ видовъ права положительнаго: она учитъ, что источникомъ права является *обычай, законъ* и *судебное рѣшеніе.* Впрочемъ нѣкоторые юристы присоединяютъ къ названнымъ „формамъ проявленія права" еще *прецедентъ, природу вещей, справедливость, научное сознаніе* и т. д., другіе же, какъ напримѣръ, Коркуновъ рѣшительно это отвергаютъ. Этотъ споръ объ источникахъ права покоится на томъ, что одни изъ юристовъ, когда мыслятъ понятіе источника права, разумѣютъ формы проявленія *нынѣ* дѣйствующаго права,—права, имѣющаго значеніе въ современныхъ государствахъ; другіе-же юристы вкладываютъ въ понятіе источника права различныя историческія формы проявленія позитивнаго права вообще. Дѣйствительно, въ современномъ государствѣ позитивное право проявляется обычно въ обычаѣ, законѣ, судебномъ

*) Л. І. Петражицкій, Ученіе о правѣ, т. II. стр. 512.

рѣшеніи, но въ исторіи существовали многія другія формы проявленія позитивнаго права. Различные сборники правовыхъ изреченій, не имѣющіе оффиціальнаго характера и собранные частными лицами (какъ называетъ Л. І. Петражицкій*), „книжное право", напримѣръ, Саксонское Зерцало, Талмудъ, Шаріатъ, законы Ману и пр.), communis doctorum opinio или общепринятыя въ наукѣ мнѣнія, на которыя ссылались старые юристы, ученія отдѣльныхъ школъ юристовъ (напр, раввиновъ у евреевъ, Сабиніанцевъ и Прокульянцевъ у римлянъ, школы естественнаго права въ новое время), право юридической экспертизы, право, установленное изреченіями религіозныхъ учителей и моралистовъ (напр., ссылки на Библію, на Евангеліе) и пр.—все это играло роль источниковъ права въ тѣ историческіе періоды, когда государство еще не вполнѣ присвоило себѣ монополію правотворчества и когда дѣйствующимъ правомъ считалось многое изъ того, что произошло и помимо государства. Но съ ростомъ государственной централизаціи постепенно суживался кругъ формъ проявленія положительнаго права, и изъ этихъ проявленій пріобрѣтали юридическое значеніе только тѣ, которые признавались государствомъ или истекали изъ него. Поэтому многіе современные юристы склонны считать преимущественнымъ источникомъ права только законъ. По ихъ мнѣнію, въ настоящее время всецѣло побѣдилъ принципъ, согласно которому правомъ считается лишь то, что исходя изъ формальнаго акта законодательства, пріобрѣтаетъ характеръ открытаго волеизліянія государства**). Поэтому и обычное право можетъ быть источникомъ въ юридическомъ смыслѣ только тогда, когда оно является выраженіемъ государственной воли. „Если обычное право есть право, то правоположеніе, выраженное въ формѣ обычнаго права, должно означать тоже самое, что и правоположеніе въ формѣ закона***).

Подобное чисто государственное и оффиціальное пониманіе права является идеологіей государственной монополіи и централизаціи,—идеологіей, весьма популярной въ наше время. Однако, несмотря на свою распространенность, она имѣетъ и многихъ противниковъ, голосъ которыхъ за послѣдніе годы звучитъ все сильнѣе и сильнѣе. Рядъ современныхъ выдающихся юристовъ стремится показать, что государственное пониманіе права есть возникшая въ опредѣленный историческій періодъ, чисто политическая, ограниченная и ошибочная гипотеза; что право исторически старше, чѣмъ государство, что оно живетъ собственною независимой отъ государства жизнью и можетъ имѣть, слѣдовательно, свои негосударственныя и самостоятельныя формы проявленія****).

---

*) Ibid., т II, §§ 42, 43.

**) Kelsen, Hauptprobleme des Staatsrechtslehre, p. 38.

***) Ibid., p. 101.

****) Изъ новѣйшей литературы ср. E. Ehrlich, Die juristische Logic, 1918. На русскомъ языкѣ С. А. Котляревскій, Власть и право, 1914 и вышецитированныя сочиненія Л. І. Петражицкаго.

Изложенное состояніе вопроса объ источникахъ права убѣждаетъ насъ въ томъ, что формы проявленія положительнаго права исторически весьма разнообразны и не могутъ быть сведены наукой къ какимъ-либо необходимымъ категоріямъ. Въ сущности говоря, вопросъ объ источникахъ есть отчасти историческій, отчасти политическій вопросъ, а не вопросъ философіи права*). Но философія права извлекаетъ изъ изученія этого вопроса рядъ весьма цѣнныхъ выводовъ. И прежде всего мы видимъ, что сила права или такъ называемая *юридическая значимость не есть необходимое свойство правоположеній, но историческая функція даннаго правопорядка.* Такимъ образомъ при различныхъ соціальныхъ и историческихъ условіяхъ формы выраженія положительнаго права могутъ быть совершенно различны. Отсюда, далѣе, слѣдуетъ, что такъ называемая сила или *значимость права есть относительная и историческая категорія*: то, что можетъ имѣть значеніе дѣйствующаго права при однихъ условіяхъ, можетъ потерять всякое юридическое значеніе при другихъ.

Ученіе объ относительномъ характерѣ юридической значимости находитъ свое признаніе и у современныхъ представителей общей теоріи права,—преимущественно въ отдѣлѣ о „предѣлахъ дѣйствія права". Юридическая теорія различаетъ предѣлы дѣйствія объективнаго права *во времени* и *въ пространствѣ*. Что касается перваго, то теорія учитъ, что правоположенія *возникаютъ* и *прекращаются*. „Дѣйствіе правоположеній начинается съ возникновенія ихъ и оканчивается прекращеніемъ ихъ".**) Иными словами, теорія объективнаго права учитъ, что съ *юридической точки зрѣнія* нѣтъ и не можетъ быть какихъ-либо вѣчныхъ нормъ объективнаго права. Она учитъ, что юридическая сила или значимость не совпадаетъ съ идеей логическаго смысла сужденій, который по теоріи современныхъ логиковъ не подчиняется законамъ времени и лежитъ по ту сторону реальности, слѣдовательно, не возникаетъ и не прекращается. Ученіе это снова подтверждаетъ нашъ взглядъ, что понятіе объективнаго права включаетъ въ себя идею реальнаго правопорядка, отъ историческихъ учрежденій котораго въ концѣ концовъ и зависитъ дѣйствіе права во времени. Ибо возникновеніе и прекращеніе дѣйствія законовъ устанавливается реальными учрежденіями даннаго исторически сложившагося общества.***)

---

*) Какъ правильно отмѣчаетъ Штаммлеръ, Theorie der Rechtswissenschaft, 138.

**) Виндшейдъ. Учебникъ пандектнаго права, I. стр. 66.

***) О томъ, какъ законъ вступаетъ въ силу въ государствахъ современной культуры см. выше стр. 51 примѣч. Что касается до прекращенія дѣйствія законовъ, то вотъ какъ учитъ объ этомъ современная юридическая теорія: „Дѣйствіе правоположеній оканчивается съ ихъ прекращеніемъ. Это послѣднее можетъ быть опредѣлено самими правоположеніями, если они объявляютъ себя обязательными только на опредѣленное время или для извѣстныхъ временныхъ обстоятельствъ и условій (т. н. транзиторные, переходные законы, служащіе для перехода отъ одного юридическаго состоянія къ другому). Въ противномъ случаѣ правоположеніе существуетъ дотолѣ, пока не будетъ отмѣнено другимъ источникомъ права, закономъ или обычаемъ". Виндшейдъ, l. c., стр. 66.

Одинъ спеціальный вопросъ общей теоріи права съ особой силой убѣждаетъ насъ, что измѣненіе законовъ во времени съ юридической точки зрѣнія есть въ сущности говоря проблема о *смѣнѣ одного реальнаго правопорядка другимъ*. Мы говоримъ о такъ называемой *обратной силѣ законовъ*. Когда новый законъ отмѣняетъ законъ старый, дѣло идетъ здѣсь вовсе не о логическомъ отрицаніи одного сужденія другимъ сужденіемъ, дѣло идетъ здѣсь объ установленіи новыхъ *реальныхъ правоотношеній*. И возникаетъ вопросъ, какія правоотношенія имѣетъ въ виду новый законъ,—будущія или также и *прошедшія*, установленныя тогда, когда новый законъ еще не вошелъ въ силу? Напримѣръ, новый законъ устанавливаетъ наказаніе смертной казнью за преступленія, которыя раньше карались тюремнымъ заключеніемъ; спрашивается, нужно-ли подводить подъ дѣйствіе новаго закона тѣ преступленія, которыя были совершены до его изданія? Отвѣчая на этотъ вопросъ юридическая теорія въ общемъ приходитъ къ выводу, что законы обратной силы не имѣютъ. „Основаніе, почему въ случаѣ сомнѣнія не слѣдуетъ принимать, что законодатель желалъ подчинить новому правоположенію тѣ правоотношенія, кои возникли ранѣе, заключается въ томъ, что было бы вредно, если бы то, что уже разъ дано въ юридическомъ порядкѣ, отнималось новымъ распоряженіемъ: лица заинтересованныя имѣли право расчитывать, что установленный порядокъ будетъ продолжаться, они начали уже полагаться на него“ *). „Обратное дѣйствіе“—какъ говоритъ Лассаль, которому принадлежитъ едва-ли не лучшая монографія по названному вопросу—„не можетъ имѣть мѣсто, такъ какъ въ противномъ случаѣ гражданинъ можетъ сказать законодателю и судьѣ: если бы законъ соединялъ ранѣе мое дѣяніе съ такими послѣдствіями, я несовершилъ бы этого дѣянія; ибо я былъ свободенъ, совершать его или не совершать“.... „Законъ, имѣющій обратное дѣйствіе уничтожаетъ свободную волю человѣка“... „Какъ бы далеко ни простиралась сила законодателя, она никогда не можетъ вліять на то, чтобы человѣкъ имѣлъ другія желанія, чѣмъ тѣ, которыя онъ имѣлъ.**) „Поэтому обратное дѣйствіе закона есть наиболѣе разительное покушеніе на права, которое можетъ оказать законъ; оно является нарушеніемъ соціальнаго мира, уничтоженіемъ условій, вслѣдствіе которыхъ общество имѣетъ право на подчиненіе ему человѣка... Обратное дѣйствіе отнимаетъ у закона его характеръ; законъ, имѣющій обратное дѣйствіе, не есть законъ“ ***) Но несмотря на всѣ эти убѣдительные аргументы правило, согласно которому законы не имѣютъ обратной силы, имѣетъ большое количество исключеній, встрѣчающихся не только на практикѣ, но и признаваемыхъ теоріей. Законы, отмѣняющіе въ будущемъ рабство или крѣпостное право, не могутъ не вліять и на прежде возникшія правоотношенія, на ранѣе пріобрѣтенныя права,—не могутъ не имѣть

*) Виндшейдъ, I. c., стр. 69.

**) Ferd. Lassalle, Die Theorie ber erworbenen Rechte, I, p. 48.

***) Слова Бенжамена Констана, приведенныя у Лассаля, L. c., p. 1.

обратной силы. Юридическая теорія донынѣ споритъ о томъ, какіе изъ законовъ подлежатъ правилу объ обратномъ дѣйствіи и какіе не подлежатъ, но, въ сущности говоря, это есть вопросъ не философіи, но политики права. Для философіи же право вопросъ объ обратномъ дѣйствіи законовъ имѣетъ то значеніе, что разъясняетъ составъ понятія о правѣ въ объективномъ смыслѣ этого слова: *понятіе это необходимо соприкасается съ идеей реальнаго правопорядка и имѣетъ такимъ образомъ самое тѣсное отношеніе къ идеѣ реальности.*

Что касается до границъ дѣйствія права въ пространствѣ, то юридическая теорія и въ этомъ вопросѣ приводитъ насъ къ выводамъ, совершенно сходнымъ съ вышеизложенными. Теорія права учитъ, что и по отношенію къ пространству дѣйствіе или значимость нормъ права не являются абсолютными. Нормы положительнаго права по дѣйствію своему всегда связаны съ опредѣленной общественной единицей, которая обычно связана съ опредѣленной территоріей. Дѣйствіе права ограничено прежде всего пространствомъ этой территоріи. Однако, границы эти не представляются абсолютными; дѣйствіе права при нѣкоторыхъ условіяхъ переходитъ ихъ и распространяться на чужую территорію. Въ странѣ, напримѣръ, живутъ супруги, вступившіе въ бракъ за границей. Считается-ли ихъ бракъ законнымъ или нѣтъ? Признаніе законности этого брака, принятое современными государствами, есть уже допущеніе дѣйствія чужого права въ предѣлахъ своей территоріи. Когда имѣетъ мѣсто подобное дѣйствіе чужого права, между нимъ и нормами мѣстнаго права получается извѣстная *коллизія* или *конфликтъ*. Правила, по которымъ разрѣшаются подобныя коллизіи, составляютъ предметъ особой науки частнаго международнаго права. Для философіи права не безинтересно при этомъ установить, что коллизія нормъ интересуетъ юриста не съ чисто логической точки зрѣнія, но съ точки зрѣнія реальныхъ правоотношеній, изъ коллизіи вытекающихъ. Правила о разрѣшеніи юридическихъ конфликтовъ *не суть правила о разрѣшеніи противорѣчій между сужденіями вообще, но нормы, устанавливающія правомочія и обязанности лицъ, подпавшихъ подъ дѣйствіе конфликтнаго права.* Правила эти не начертаны „въ какомъ либо одномъ всемірномъ кодексѣ; каждый правопорядокъ имѣетъ свои коллизіонныя нормы, часто даже не писанныя въ законѣ, а дремлющія въ судейскомъ правосознаніи и выявляющіяся въ судебной практикѣ. И потому колизіонныя нормы разныхъ правопорядковъ могутъ давать на одинъ и тотъ же вопросъ разные отвѣты—это фактъ, съ которымъ современное правосознаніе считается, но не мирится, и потому рядомъ съ изученіемъ существующихъ нормъ идетъ работа юриспруденціи всѣхъ странъ, направленная къ выработкѣ нормъ для возможнаго будущаго единаго международнаго частнаго права“ *) Такимъ образомъ мы видимъ, что вопросъ о дѣйствіи права въ пространствѣ также есть вопросъ, разрѣ-

*) М. И. Брунъ, Право и дѣеспособность физическаго лица въ конфликтномъ правѣ, 1915 стр. 4.

шаемый положительнымъ правомъ даннаго общества съ его исторически-сложившимися установленіями. И въ этой точкѣ понятіе позитивнаго права отсылаетъ насъ *къ идеѣ реальнаго правопорядка, внѣ котораго невозможно юридическое изученіе правоположеній.*

ГЛАВА III.

ПРАВОПОРЯДОКЪ.

§ 1. Правопорядокъ, какъ проявленіе физическихъ силъ.

Вопросъ о реальности права вывелъ насъ изъ области чисто нормативнаго опредѣленія юридическихъ явленій. Изучая его, мы подошли къ новой, уже ненормативной сторонѣ права,—къ идеѣ правопорядка. Юридическая теорія подъ именемъ правопорядка разумѣетъ обычно совокупность объединенныхъ въ нѣкоторое цѣлое юридическихъ нормъ, —совокупность, противостоящую отдѣльнымъ юридическимъ нормамъ въ ихъ изолированномъ существованіи. Однако, такое пониманіе идеи правопорядка не даетъ намъ ничего новаго по сравненію съ опредѣленіемъ права, какъ нормы. Подобное понятіе правопорядка всецѣло совпадаетъ съ идеей объективнаго права, которое слѣдуетъ мыслить не только, какъ отдѣльную норму права, но и какъ совокупность нормъ. Въ противоположность этому обычному словоупотребленію мы разумѣемъ подъ правопорядкомъ то чисто предметное содержаніе, которое раскрывается въ объективномъ правѣ въ видѣ особо урегулированныхъ отношеній и связей, образующихъ данный реальный или мыслимый только порядокъ юридическаго общенія. Вопросы о томъ, что такое по существу своему этотъ правопорядокъ, къ какой области предметовъ онъ принадлежитъ, каковы его основныя свойства и особенности,— суть важнѣйшіе вопросы философіи права. Въ рѣшеніи ихъ философія права шла тѣмъ обычнымъ путемъ, по которому всего чаще развивается исторія человѣческой мысли,—путемъ сравненій и аналогій. Въ исторіи науки мы постоянно наблюдаемъ то явленіе, что старыя и вполнѣ сложившіяся области знанія вліютъ на образованіе воззрѣній наукъ болѣе молодыхъ и менѣе сложившихся. Такъ было и въ философіи права: опредѣляя сущность правовыхъ явленій, она шла путемъ заимствованія изъ другихъ наукъ, путемъ аналогій съ ними. Она сравнивала правовыя явленія съ явленіями физическими, психическими, органическими и т. д., надѣясь такимъ образомъ опредѣлить сущность правопорядка. Мы начнемъ изученіе этихъ теорій съ той, которая пыталась представить правопорядокъ, какъ особое проявленіе чисто физическихъ силъ.

Воззрѣніе на право, какъ на силу, имѣетъ весьма древнее прошлое. Въ древности его придерживались уже софисты. Однака, идея „природы", „естественнаго закона", естественной силы" въ древней наукѣ

не были достаточно выяснены, а потому эти теоріи не достигаютъ въ древности значительной глубины. Уподобленіе права явленіямъ физическимъ пріобрѣтаетъ характеръ истинно-научной гипотезѣ только тогда, когда человѣческая мысль доходитъ до совершенной формулировки самой идеи природы. Это достигнуто было въ новое время, въ вѣкъ Коперника, Кеплера, Галилея, Ньютона и Лейбница. Естественно-научный идеалъ XVII вѣка оказалъ огромное вліяніе на разработку всѣхъ научно-философскихъ проблемъ и въ частности на философію права*). Тогда, именно, и возникла попытка послѣдовательнаго сближенія философіи права съ точнымъ естествознаніемъ и не только по медотологическимъ пріемамъ изслѣдованія, но по существеннымъ признакамъ самихъ изучаемыхъ предметовъ. Философы XVII столѣтія стремились построить философію права more physico et geometrico, т. е. посредствомъ тѣхъ математическихъ пріемовъ, какими Галилей изучалъ законы паденія тѣлъ, Ньютонъ—законы движенія тѣлъ небесныхъ. И въ результатѣ этихъ опытовъ и этихъ сближеній получилось, что по предметному составу своему право было объявлено точно такимъ же явленіемъ природы, какъ, скажемъ, движеніе или тяготѣніе. По ученію одного изъ величайшихъ представителей философіи XVII вѣка,—Спинозы, всѣ существующія вещи этого міра надѣлены извѣстнымъ количествомъ силы, которая является частью разлитой повсюду въ мірѣ мощи Божества. Посредствомъ силы этой каждая вещь стремится пребывать въ своемъ состояніи и самосохраняться. Это свойство вещей выражаетъ одинъ изъ основныхъ законовъ природы, законъ инерціи или косности, согласно которому каждая вещь дотолѣ пребываетъ въ своемъ состояніи, доколѣ не будетъ сдвинута какой-либо другой вещью. Этому закону подчинено все въ этомъ мірѣ,—и звѣзды, и камни, и звѣри, и люди**). „Съ этой точки зрѣнія мы не можемъ не признать никакой разницы между желаніями, возникающими изъ разума, и желаніями, возникающими изъ другихъ причинъ, ибо какъ тѣ, такъ и другія суть дѣйствія природы и выражаютъ ту естественную силу, которою человѣкъ стремиться утвердиться въ своемъ бытіи***). Но эта естественная мощь, принадлежащая всѣмъ вещамъ, и называется правомъ. „Я не признаю, говоритъ Спиноза, никакой разницы между людьми и другими индивидуумами природы, а также между разумными и лишенными истиннаго разума людьми, ибо то, что всякая вещь дѣлаетъ согласно закону своей природы, то она дѣлаетъ съ высшимъ правомъ, ибо она именно то и дѣлаетъ, къ чему она опредѣлена природой и ничего другого дѣлать и не можетъ" ****). „Рыбамъ, напримѣръ

*) Объ этомъ ср. мое сочиненіе „Науки общественныя и естественныя", а также глубоко-интересные труды Е. В. Спекторскаго, Проблема соціальной физики въ XVII столѣтіи, т. I—II.

**) Ср. воззрѣнія, развиваемыя Спинозой въ концѣ первой книги „Этики", а также въ кн. второй, теорема 13 и королларій къ ней. Также ср. „Политическій трактатъ" его (рус. пер. С. М. Роговина и Б. В. Чредина) гл. II, § 3, 4.

***) „Политическій трактатъ", гл. II, § 5.

****) Ср. „Богословско-политическій трактатъ". Сар. XVII. Ср. объ этомъ у С. Ф. Кечекьяна, Этическое міросозерцаніе Спинозы. М. 1914.

предназначено природой плавать и пожирать большимъ маленькихъ. Поэтому рыбы имѣютъ высочайшее естественное право на воду и большія на то, чтобы пожирать малыхъ" *). „Подъ правомъ природы", такъ резюмируетъ Спиноза свою мысль, „я понимаю законы или правила, согласно которымъ все совершается, т. е. самую мощь природы. И потому естественное право всей природы и слѣдовательно каждаго индивида простирается дотолѣ, доколѣ простирается ихъ сила и слѣдовательно, что каждый человѣкъ совершаетъ по законамъ своей природы, то онъ совершаетъ по высшему праву природы и имѣетъ въ отношеніи природы столько правъ, сколько имѣетъ мощи" **).

Что-же представляетъ собою съ точки зрѣнія этихъ воззрѣній правопорядокъ? Физицисты XVII вѣка любили сравнивать его съ физическимъ пространствомъ. На самомъ дѣлѣ, характернымъ свойствомъ отношеній правовыхъ является ихъ *одновременная многообразность*. Всякій правопорядокъ, въ особенности же въ развитомъ состояніи, представляетъ изъ себя нѣкоторую *данную заразъ* сложную и многообразную связь разумныхъ существъ. Въ этомъ отношеніи правопорядокъ похожъ на другія „многообразія", напр., на систему послѣдовательно расположенныхъ красокъ, или на рядъ находящихся во взаимной связи величинъ. Это свойство правопорядка давно уже обращало на себя вниманіе философовъ права, и изъ него какъ разъ исходили извѣстныя сравненія правопорядка съ *пространствомъ*. Еще въ XVII столѣтіи, въ школѣ естественнаго права, была формулирована интересная теорія особаго *„моральнаго пространства"*, при помощи которой философія права пыталась уяснить природу и свойства правовыхъ отношеній***). Въ правопорядкѣ люди и вещи стоятъ другъ къ другу въ опредѣленныхъ отношеніяхъ, являются какъ бы „размѣщенными". Каждый членъ правопорядка стоитъ на своемъ „мѣстѣ", занимаетъ свое „положеніе". Нахожденіе на опредѣленномъ мѣстѣ опредѣляетъ собою особое правовое состояніе человѣка, его правовой status. Это слово status означаетъ „прочное, устойчивое и установленное состояніе чего, бы то ни было какъ въ физической природѣ, такъ и въ человѣческомъ общежитіи" ****). Какъ пространство есть *порядокъ существованія* вещей такъ и статусъ есть *порядокъ существованія* людей въ обществѣ. И тамъ и здѣсь имѣемъ мы дѣло съ нѣкоторой одновременной и устойчивой координаціей предметовъ, образующихъ сложную систему отношеній. *****)

Помимо теоріи маральнаго пространства въ исторіи философіи права сыграла роль и еще одна аналогія, заимствованная также изъ

---

*) Ibid, Cap. XVI.

**) „Политическій трактатъ", гл. II, § 4.

***) Родоначальникомъ этой интересной теоріи былъ Пуфендорфъ. О немъ см. вышецитированное соч. Е. В. Спекторскаго, Проблема соціальной физики, т. I, II, а также мою книгу „Науки общественныя и естественныя".

****) Ср. Е. В. Спекторскій, 1. с., т. II, стр. 454.

*****) Ibid, стр. 543—4.

міра физическихъ отношеній,—именно, идея равновѣсія. Не разъ правопорядокъ пытались сравнивать съ *системой физическаго равновѣсія силъ*, изучаемаго въ наиболѣе древнемъ отдѣлѣ механики, въ статикѣ. Физическая система равновѣсія также является болѣе или менѣе прочнымъ состояніемъ дѣйствій или движеній, обладающихъ иногда очень сложнымъ характеромъ, какъ, напримѣръ, сложная система рычаговъ. Аналогія общественнаго порядка съ такой системой—весьма естественна и напрашивается сама собой, когда мы говоримъ, напримѣръ, о международномъ „равновѣсіи" государствъ, о „равновѣсіи" политическихъ силъ и т. д. Идею равновѣсія положилъ, какъ извѣстно, Монтескье въ основаніе своей теоріи раздѣленія властей. Подъ его вліяніемъ она до сей поры очень популярна среди французскихъ соціологовъ, экономистовъ и юристовъ. Вся жизнь современныхъ государствъ по воззрѣніямъ этой теоріи слагается изъ безчисленныхъ соціальныхъ равновѣсій, соединенныхъ въ сложную и запутанную систему. Одной изъ системъ равновѣсія являются и отношенія правовыя. Идея права, по существу своему, является идеей порядка, и это воззрѣніе, неясное многимъ изъ нашихъ современниковъ, являлось основнымъ принципомъ старой юриспруденціи. Но старые юристы смотрѣли на порядокъ, какъ на нѣчто предустановленное, положенное самимъ Божествомъ. „Согласно нашимъ современнымъ идеямъ, какъ говоритъ одинъ изъ современныхъ представителей ученія о равновѣсіи,—мы не признаемъ болѣе предустановленнаго порядка въ структурѣ обществъ; мы вѣримъ только, что существуетъ здѣсь опредѣленное направлнніе, являющееся для обществъ линіей ихъ прогресса; существуетъ соціальный идеалъ и существуетъ порядокъ вещей... но онъ не прудустановленъ, онъ рождается" *). Идеалъ этотъ никогда вполнѣ неосуществимъ для людей, и, стремясь къ нему, общества стоятъ передъ новымъ, неизвѣданнымъ, иногда прямо неизвѣстнымъ. Осуществляя его, общества совершаютъ какое-то коллективное движеніе, напоминающее движеніе армій. Общество и есть, въ сущности говоря, войско въ маршевомъ порядкѣ, стройная колонна людей, древнее agmen. Правовыя отношенія въ строеніи этой арміи и слагаются изъ цѣлаго ряда равновѣсій. Право прежде всего есть система соціальнаго мира, уравновѣшивающаго враждебные и противоположные интересы отдѣльныхъ людей, соціальныхъ группъ и классовъ. Безъ права нѣтъ и не можетъ быть мира; настоящій миръ, національный или интернаціональный, если онъ не хочетъ бытъ простой мечтой, всегда является миромъ, основаннымъ на правѣ **). Право уравновѣшиваетъ, далѣе, вѣчную противоположность между личностью и обществомъ. Каждая правовая система, отправляясь отъ этой противоположности, дѣлитъ между личностью и обществомъ всѣ права и создаетъ право индивидуума, съ одной стороны, и право общества, съ другой. Это основное раздѣленіе образуетъ соціаль-

*) M. Hauriou, Principes de droit public. 1910, p. 6.

**) Ibid., p. 30.

ный антогонизмъ и въ то же время создаетъ систему равновѣсія*). Наконецъ, правопорядокъ уравновѣшиваетъ имѣющіяся въ каждомъ обществѣ различныя системы быта,—бытъ гражданскій, публичный, коммерческій, военный и т. д. Эти формы быта находятся въ состояніи равновѣсія, причемъ гражданскій бытъ образуетъ какъ бы центръ всей системы, какъ бы составляетъ центральное свѣтило, около котораго вращаются остальныя. Основной особенностью системы правового равновѣсія нужно считать ея универсальный характеръ: она не стремится уравновѣсить только власть, какъ это мы наблюдаемъ въ системѣ политическаго равновѣсія, или только интересы, какъ это наблюдается въ экономическихъ отношеніяхъ, она охватываетъ собою все — и власть, и интересы, и всѣ другія области соціальной жизни **).

Изложенныя нами сравненія правопорядка съ пространствомъ и съ системой равновѣсія наводятъ на мысль, которая можетъ показаться очень соблазнительной для философіи права: если правопорядокъ есть нѣкоторое отношеніе между людьми, подобное отношеніямъ, изучаемымъ въ математикѣ и механикѣ, то нельзя-ли основные законы и правила этого отношенія выразить въ такихъ общихъ формулахъ, которыя по достовѣрности своей были бы подобны законамъ самыхъ точныхъ наукъ? Какъ будто-бы нѣтъ особыхъ основаній предполагать, что такая идея невыполнима. Если право есть особое отношеніе между людьми, то, повидимому, нѣтъ препятствій къ апріорному усмотрѣнію всѣхъ тѣхъ возможныхъ комбинацій, въ которыя можетъ вылиться это отношеніе. Какъ въ математикѣ изучаются всѣ возможныя сочетанія величинъ и выводятся общіе законы ихъ, какъ механика выводитъ всѣ возможные случаи равновѣсія силъ и строитъ свои общія формулы, такъ и юристу ничто не препятствуетъ усмотрѣть всѣ идеальные случаи координаціи соціальныхъ силъ, составляющихъ содержаніе правовыхъ отношеній. И достаточно было бы объяснить формулы эти всякому сомнѣвающемуся въ значимости права, чтобы внутренняя, заключающаяся въ нихъ достовѣрность убѣдила его въ неосновательности сомнѣній относительно необходимости и общеобязательности всякаго правопорядка. Такъ рождается популярная нѣкогда мысль, что юридическій законъ или норма права по существу своему ничѣмъ не отличенъ отъ закона природы. И подобно тому, какъ естественная наука, пользуясь своими точными методами, доходитъ до познанія ряда совершенно точныхъ законосообразностей, подобно этому и юриспруденція, если только она будетъ подражать естествознанію, способна будетъ формулировать систему необходимыхъ юридическихъ нормъ, по точности своей не отличающихся отъ законовъ механики, годную для всѣхъ временъ, для всѣхъ народовъ и при всѣхъ историческихъ условіяхъ.

Мы видимъ, что ученіе о правопорядкѣ, какъ проявленіи физическихъ силъ, есть весьма обоснованная теорія,—цѣльная философски

*) Ibid, p. 9—40.
**) Ibid., p. 31.

-правовая система, пытающаяся доказать свою истинность путемъ ссылки на выводы точныхъ наукъ. Но несмотря на солидность своихъ предпосылокъ, система эта не улавливаетъ сущности явленій, изъ которыхъ складывается правопорядокъ. Легко видѣть прежде всего, что по существу неправильно основное допущеніе Спинозы, согласно которому всякое проявленіе физической силы является правомъ. Магнитъ держитъ желѣзо, я также его держу. И то и другое суть проявленіе естественной связи чисто природныхъ силъ. Но означаетъ ли эта связь, что и магнитъ и я имѣемъ право на желѣзо? Я могу держать „свой“ кусокъ желѣза, могу держать и „чужой“ кусокъ желѣза. Я могу считать „своимъ“ тотъ кусокъ, который я фактически и не держу и даже не имѣю силы держать. Я могу считать „своимъ“ все желѣзо въ мірѣ, какъ многіе считаютъ, что земля принадлежитъ „по природѣ“ всѣмъ людямъ. Но я могу держать и то, что при полномъ сознаніи моемъ ни въ какомъ смыслѣ не принадлежитъ мнѣ. Простой фактъ держанія, или обладанія (detentio) не есть еще собственность и не есть право. Поэтому, физическіе предметы, если бы они не только сталкивались и сцѣплялись, но и были надѣлены къ тому же способностью размышлять объ этихъ столкновеніяхъ и сцѣпленіяхъ, далеко не всегда считали бы физическую связь связью правовой. Для того, чтобы имѣло мѣсто эта послѣдняя къ простому физическому обладанію, къ простой физической связи вещей долженъ быть прибавленъ какой-то плюсъ. Этотъ плюсъ не есть физическое отношеніе, онъ есть скорѣе актъ чисто духовнаго осмысливанія нѣкоторыхъ физическихъ связей. Кантъ называлъ основаніе права собственности основаніемъ „интеллигибельнымъ“, характеризуя этимъ понятіемъ то, что право собственности устанавливается нѣкоторымъ умственнымъ отношеніемъ къ физическимъ предметамъ, а не самой физической связью *). Если же мы примемъ эту физическую связь за существо правоотношеній утеряемъ всѣ признаки, на основаніи которыхъ право можно отличать отъ того, что не включаетъ въ себя никакихъ элеметнтовъ права. Мы не сможемъ отличить любое правомѣрное дѣяніе отъ неправомѣрнаго.

Нѣкто садится на велосипедъ и ѣдетъ, т.-е. производитъ нѣкоторое количество механическихъ движеній. Если это—собственный велосипедъ, его дѣйствія правомѣрны; если это велосипедъ чужой, они могутъ быть преступленіемъ. Между тѣмъ съ точки зрѣнія чисто физической эта поѣздка, какъ расходованье опредѣленной энергіи, какъ извѣстное механическое дѣйствіе, и въ томъ и въ другомъ случаѣ равнокачественны. Физическое движеніе остается тѣмъ-же физическимъ движеніемъ независимо отъ того, свой-ли это велосипедъ, или краденый. Правда, на краденомъ воръ поѣдетъ, можетъ быть, быстрѣе, чтобы его не догнали, но опять-таки болѣе быстрая или менѣе быстрая

*) Ср. Кантъ, Metaphysische Anfangsgründe der, Rechtslehre, Th., I s. 47 fl по изданію Hartenstein, Bd. V.

ѣзда *сама по себѣ*, какъ физическое явленіе, не обладаетъ никакими юридическими свойствами. Проявленіе физической силы не становится правомъ отъ того, что оно обладаетъ большей мощностью, сравнительно съ другимъ подобнымъ проявленіемъ. Механическій плюсъ ничего не даетъ въ смыслѣ права. Большая сила солнечнаго свѣта не имѣетъ равно никакого права по сравненію съ свѣтомъ свѣчи, такъ же какъ большая сила динамита не надѣляетъ его правомъ по сравненію съ порохомъ и не даетъ ему право на тѣ предметы, которые имъ рвутся и разрушаются. „Сила, какъ правильно говорилъ Руссо, есть мощь физическая, и я не вижу, какую мораль можно вывести изъ ея примѣненія. Уступать силѣ является актомъ необходимости, но не воли; самое большее, такую уступку можно счесть актомъ благоразумія. Въ какомъ-же смыслѣ уступка силѣ можетъ быть долгомъ“ *)? Слова эти убѣждаютъ насъ, что физическое „больше“ не рождаетъ права и тогда, когда мы говоримъ о взаимоотношеніяхъ существъ одушевленныхъ и разумныхъ. И здѣсь къ физическимъ отношеніямъ долженъ быть прибавленъ нѣкоторый нефизическій плюсъ, чтобы болѣе сильное стало правомѣрнымъ. Однимъ словомъ, всякое проявленіе физической силы само по себѣ вполнѣ безразлично къ праву. Тотъ плюсъ, который изъ физическаго отношенія дѣлаетъ отношеніе юридическое, принадлежитъ не къ міру игры естественныхъ силъ, но къ міру духовныхъ явленій.

Едва ли можно признать вѣрнымъ и то довольно популярное въ наше время истолкованіе теоріи силы, согласно которому правомъ мы называемъ не физическую силу вообще, а нѣкоторые спеціальные виды физическихъ силъ; наиболѣе популярной изъ этихъ теорій нужно считать ту, которая основаніемъ для права считаетъ силу экономическую. Согласно этой теоріи, исторія права и государства есть въ сущности исторія экономической зависимости однихъ соціальныхъ классовъ общества отъ другихъ, причемъ зависимость эта опредѣляется чисто физическими признаками: зависимые физически менѣе сильны, а тѣ, которые властвуютъ, властвуютъ благодаря своему экономическому преобладанію, являющемуся опять-таки ничѣмъ инымъ, какъ преобладаніемъ физическимъ. Однако весьма ошибочно предполагать, что фактъ, такъ называемаго, экономическаго господства тожественъ съ фактомъ физическаго преобладанія, съ фактомъ большей физической мощи. По правильному замѣчанію Коркунова, если чисто физически смѣрить количество единицъ силы, принадлежащихъ подвластнымъ, и сравнить его съ количествомъ силы, которыми обладаютъ властвующіе, то количественный расчетъ получится далеко не въ пользу послѣднихъ. Имущіе всегда составляютъ меньшинство, слѣдовательно, численное преобладаніе принадлежитъ какъ разъ неимущимъ, да и личная физическая сила въ современной общественной жизни не имѣетъ большого значенія. Если бы среди насъ явился Геркулесъ, изъ своей силы онъ могъ

*) Ж. Ж, Руссо, Объ общественномъ договорѣ, пер. подъ ред. Д. Е. Жуковскаго, глз. стр. 11.

бы извлечь развѣ только ту выгоду, что сталъ бы показывать себя въ балаганахъ*). Поэтому такъ называемый владѣльческій классъ господствуетъ надъ большинствомъ не благодаря чисто физическому преобладанію, но благодаря своеобразному психическому вліянію, или пользуясь своимъ умѣніемъ, техническимъ навыкомъ и т. д. Какъ только это психическое вліяніе пропадаетъ, такъ съ ясностью обнаруживается, что физическая сила лежитъ не на сторонѣ властвующихъ, а на сторонѣ подвластныхъ.

Но значитъ ли это, что на ихъ сторонѣ лежитъ также и право? Такой взглядъ довольно популяренъ въ нѣкоторыхъ революціонныхъ ученіяхъ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія чисто матеріалистической философіи, но нельзя не признать его совершенно уничтожающимъ самую идею права. Если на сторонѣ возставшаго большинства лежитъ право, то это не потому, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ большей силой и съ большимъ количествомъ. Право за угнетенными можно признать, потому что они *угнетенные*, потому что въ ихъ притязаніяхъ наличествуетъ элементъ справедливости, или, по крайней мѣрѣ, элементъ какого-либо духовнаго „больше“. Если и онъ отсутствуетъ, если основа ніемъ для новыхъ правопритязаній является только большее количество единицъ механической силы, утрачивается всякая мѣра для правовой оцѣнки. Въ такомъ случаѣ дѣйствія большинства могутъ быть столь же насильническими, какъ и дѣйствія отдѣльнаго человѣка, обладающаго хорошими кулаками и развитыми мышцами. Съ точки зрѣнія философіи права можно установить вполнѣ точныя различія между простымъ грабежомъ и истиннымъ революціоннымъ дѣйствіемъ, хотя послѣднее всегда будетъ „неправовымъ“ для юриста, исходящаго изъ положительныхъ правовыхъ установленій. Революціонное дѣйствіе оправдывается тѣмъ, что въ немъ сила соединена съ новымъ правомъ. Во имя новаго права разрушается старое, а не во имя физическаго „больше“. Своеобразный культъ революціи возможенъ только до тѣхъ поръ, пока въ ней живетъ освящающая ее духовная сила. Какъ только она потухаетъ, утрачиваются всякія границы между революціоннымъ дѣйствіемъ и подлиннымъ грабежемъ.

Все это убѣждаетъ насъ, что любая физическая сила будетъ безправной, если она лишена какого-то не физическаго осмысливанія. Основаніемъ права является не физическое „больше“, но духовное, болѣе „умѣло“, болѣе „разумно“, болѣе „планообразно“, болѣе „справедливо“ и т. д. Пока нѣтъ наличности этихъ духовныхъ явленій, сила остается простой безправной силой. И на ряду съ безправной силой можетъ существовать также безсильное право, т.-е. такое положеніе дѣлъ, когда правомѣрность оторвана отъ всякой связи съ физическимъ существованіемъ и превращена въ голую безплотную идею. Этотъ отрывъ права отъ силы не можетъ не свидѣтельствовать о качественной разнород-

*) Ср. Н. М. Коркуновъ, Русское государственное право, С.-Пб. 1901. стр. 88.

ности обоихъ явленій. Если бы между правомъ и силой была бы хоть какая-либо субстанціальная связь, не могло бы быть ни безправной силы, ни безсильнаго права.

Что-же касается до остроумныхъ сравненій правопорядка съ пространствомъ и системой физическаго равновѣсія, то слѣдуетъ, прежде всего, помнить, что всѣ эти ученія построены на аналогіи между отношеніями, *подобными* по своему внѣшнему виду, но *глубоко различными* по внутренней своей природѣ. И прежде всего глубочайшее различіе существуетъ между *субъектами* отношеній правовыхъ и отношеній, изучаемыхъ въ математикѣ и механикѣ. Право не имѣетъ дѣла ни съ отвлеченными величинами ни съ постоянными по своимъ свойствамъ механическими силами. Право есть отношеніе между *личностями*, но личность есть явленіе гораздо болѣе богатое, сложное, своеобразное и конкретное, чѣмъ математическая единица или механическая сила. Идея личности не опредѣляется признаками неподвижной, разъ навсегда данной устойчивости, которую можно адэкватно выразить въ постоянной формулѣ. Напротивъ того, личность есть текучее *единство многообразнаго*, нѣкоторая развивающаяся и измѣняющаяся система. Мы называемъ такое единство *исторической системой*, подчеркивая тѣмъ ея глубокое отличіе отъ неизмѣнной устойчивости математическихъ и механическихъ отношеній *). По правильному замѣчанію Н. А. Лосскаго слѣдующія особенности отличаютъ историческую систему отъ неисторической „*Во-первыхъ*, въ такой системѣ *не можетъ быть повтореній* въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что лицо А, жизнь котораго есть потокъ событій bcde, встрѣчаясь съ вещью М, испытываетъ чувство f; на слѣдующій день при встрѣчѣ съ той-же вещью М, лицо А испытываетъ уже новое чувство, такъ какъ само А измѣнилось за это время: оно есть не bcde, а bcdefgh, и если реакція на вещь М является на основѣ *всего этого потока*, а не только части его bcde, то и качества реакціи должно быть сегодня инымъ, чѣмъ вчера. *Во-вторыхъ*, если въ исторической системѣ нѣтъ повтореній, то это значитъ, что каждый шагъ ея впередъ имѣетъ характеръ *творчества*, созиданія чего-то небывалаго въ мірѣ“ **). Но если личность является системой исторической, то и отношенія между личностями не могутъ не обладать такимъ-же конкретнымъ, неповторяемымъ, творческимъ, словомъ, историческимъ характеромъ. Сколь ни похожъ правопорядокъ на пространство или на систему равновѣсія, все-же наличность историческаго момента кладетъ непереходимую грань между моральнымъ пространствомъ и соціальнымъ равновѣсіемъ, съ одной стороны, математическими и механическими отношеніями, съ другой. *Поэтому идея чистой апріорной философіи права не можетъ вполнѣ быть уподоблена математикѣ.* Насколько правопорядку необходимо присущъ элементъ случайности, измѣнчивости и временности, настолько-же и наука о правѣ должна

*) Ср. вышецитир. мое сочиненіе, стр. 77.

**) Н. Лосскій, Интуитивная философія Бергсона, 1914, стр. 11.

сознательно принять, что въ ея сужденіяхъ мы имѣемъ дѣло совсѣмъ съ иной достовѣрностью, чѣмъ въ области наукъ математическихъ.

Впрочемъ это вполнѣ уяснили себѣ многіе изъ самыхъ представителей моральнаго пространства. По ихъ мнѣнію, моральное пространства отличается отъ простого физическаго пространства тымъ, что первому присущъ „установленный" характеръ, тогда какъ второе существуетъ по самой природѣ. Моральное и физическое пространство являются поэтому двумя совершенно различными порядками,—порядками не только разныхъ измѣреній, но и разныхъ природъ. Предметы этаго міра координированы двумя различными способами,—какъ система физическихъ вещей, съ одной стороны, и какъ система установленнаго моральнаго порядка, съ другой. „Міръ не только есть удивительный механическій аппаратъ, но также.. и совершеннѣйшее государство",*) Богъ, сотворившій этотъ міръ, съ одной стороны, поступалъ, какъ Богъ-архитекторъ, съ другой, какъ Богъ-правитель. Поэтому и можно сказать, что мастерствомъ Бога-архитектора создано физическое пространство, дѣятельностью Бога-правителя *установлено* пространство моральное. Моральное пространство есть царство цѣлое и царство духа - выводъ этотъ былъ сдѣланъ уже физицистами XVII вѣка, въ частности интереснымъ, но позабытыми философомъ права Пуфендорфомъ. Выводъ этотъ и мы положили въ основаніе нашего дальнѣйшаго изложенія. Разсмотрѣніе чисто физической теоріи правопорядка убѣждаетъ, что правовыя качества не принадлежатъ къ числу естественныхъ, физическихъ свойствъ предметовъ, какъ принадлежитъ имъ протяженность, вѣсъ, цвѣтъ, теплота и т. п. Строго говоря, съ чисто физической точкн зрѣнія, нѣтъ ни собственниковъ, ни должниковъ, ни поручителей, ни довѣрителей, ни представителей, ни монарховъ, ни министровъ, ни агентовъ правительства и вообще нѣтъ никакихъ субъектовъ права или лицъ управомоченныхъ и обязанныхъ. Можно призвать всѣхъ химиковъ и физіологовъ въ мірѣ, мобилизовать всѣ силы естественно-научнаго наблюденія, но сколько бы вы не изслѣдовали физическое бытіе собственника, въ немъ не удастся открыть ни одиаго атома права. И дѣло здѣсь заключается не въ томъ, что естествознаніе не обладаетъ еще значительнымъ совершенствомъ методовъ, но въ томъ, что среди свойствъ органической и неорганической матеріи нѣтъ и не можетъ быть чего-либо подобнаго тому, что мы называемъ правоспособностью, дѣеспособностью, обязанностью и т. д. Но стоитъ только перейти въ область духовной природы человѣка, какъ тотчасъ же здѣсь мы откроемъ основные элементы того, что мы именуемъ явленіемъ правовымъ. Основной ошибкой чисто физическихъ теорій права и въ частности теоріи Спинозы является непониманіе этой духовной природы права, этого „нефизическаго" существа правовыхъ явленій. Если право и есть проявленіе какихъ-либо *реальныхъ* силъ, то силы эти не суть силы механическія и физическія въ строгомъ смыслѣ этаго слова. Это суть силы духовныя. Такой вы-

*) Leibniz, Opera von Erdmann, p. 149.

водъ и дѣлаетъ отчасти органическая и главнымъ образомъ психологическая теорія права.

§ 2. Правопорядокъ, какъ общая воля.

Мы пришли къ выводу, что право есть духовное явленіе. Однако въ исторіи политической мысли возможность разсматривать право какъ „духовное“ явленіе, была истолкована различно. Исторія философіи права завѣщала намъ весьма оригинальную попытку такого истолкованія въ ученіяхъ такъ называемой органической школы государствовѣдѣнія, очень популярной въ теченіе всего прошлаго столѣтія. Въ настоящее время теорія эта не имѣетъ многочисленныхъ сторонниковъ, однако отдѣльныя воззрѣнія ея прочно вошли въ современное сознаніе и проникаютъ всю науку о государствѣ и правѣ.

Органисты смотрѣли на право, какъ на проявленіе духсвной жизни, однако, подъ послѣдней понимали они не *душевную* жизнь отдѣльнаго человѣческаго индивидуума, не индивидуальную психику, а нѣкоторое сверхличное сознаніе, нѣкоторый сверхчеловѣческій разумъ и сверхчеловѣческую волю. Воззрѣніе это на первый взглядъ можетъ показаться очень парадоксальнымъ, ибо здравый смыслъ не усматриваетъ, обычно, никакой духовной жизни внѣ *душевной* жизни отдѣльной личности. Однако, многія философскія теоріи не находятъ ничего страннаго въ допущеніи, что „надъ единичнымъ духомъ, единичной волей, единичнымъ сознаніемъ“ возвышается въ безчисленныхъ проявленіяхъ реальное бытіе „общаго духа, общей воли, общаго сознанія“ *) Воззрѣніе это по происхожденію своему можно возвести къ глубокой древности. Такъ Аристотель уже, какъ извѣстно, училъ, что государство въ извѣстномъ смыслѣ слова первѣе человѣка. Въ священномъ писаніи сказано: „Я насадилъ, Аполлосъ поливалъ, но возрастилъ Богъ. Посему и *насаждающій и поливающій есть ничто, а все Богъ возрастающій. Насаждающій же и поливающій суть одно*“ **). Буквально толкуя текстъ этотъ, приходится признать, что существуетъ между людьми нѣкоторая высшая духовная связь, нѣкоторое надъиндивидуальное единство духа, которое въ сущности говоря и дѣйствуетъ тогда, когда отдѣльнымъ людямъ кажется, что они дѣйствуютъ. Развивая эту мысль, отцы церкви нерѣдко приходили къ гипотезѣ, утверждающей существованіе „человѣчества“, какъ нѣкоторой реальной цѣлокупности, нѣкотораго высшаго единства. Григорій Нисскій, какъ извѣстно, высказывалъ взглядъ, что „какъ золотыхъ сатировъ много, а золото одно, такъ въ естествѣ человѣческомъ по одиночкѣ взятыхъ людей оказывается, много, напримѣръ, Петръ, Іаковъ, Іоаннъ, но человѣкъ въ нихъ одинъ“***). Въ средніе вѣка многіе схоластики учили, что „по родовой сущности своей“ люди являются „однимъ человѣкомъ“ и что вообще

*) Слова Гирке, Die Grundbegriffe d. Staatsrechts, Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 1874. Bd. 30, s. 302.

**) Первое посланіе къ Коринѳянамъ, Гл. 3, § 6—8.

***) Григорій Нисскій, Творенія, ч. IV, стр. 128.

человѣческая личность есть несамостоятельный моментъ нѣкоторой родовой сущности*). Схоластика воспроизводила здѣсь извѣстныя ученія арабской философіи объ изначальной единосущности человѣческаго разума, о томъ, что всѣ души, отдѣлившіяся отъ тѣла, образуютъ только одну душу и что, стало быть, еслибы отвлечься отъ этихъ мнимыхъ тѣлесныхъ различій, не существуетъ множества душъ, а нѣкоторое универсальная духовная субстанція, нѣкоторая всеобщая и непрерывная духовная связь**). Когда новѣйшіе органисты утверждали, что существуетъ нѣкоторое надъиндивидуальное сознаніе въ видѣ „души народа", особаго надъиндивидуальнаго государственнаго бытія и т. п., они повто, ряли эти старыя философскія теоріи, согласно которымъ человѣческое общеніе основано на нѣкоторой первоначальной слитности душъ,—той слитности, которая и образуетъ реальность соціальныхъ связей.

Однимъ изъ видныхъ представителей воззрѣнія, утверждающаго реальность не только индивидуальнаго, но и коллективнаго сознанія, былъ Гегель, взгляды котораго оказали огромное вліяніе, на послѣдующее развитіе западной философіи и философіи права. Въ своей „Философіи Духа" Гегель учитъ, что облеченное въ физическое существованіе міровое духовное начало не только переживаетъ физическую жизнь всей нашей планеты, но и индивидуализируется сообразно съ конкретными различіями земли, образуя особыя духовныя цѣлостности чисто физической природы. Это прежде всего суть *расы*, дробящія человѣчество на нѣсколько опредѣленныхъ физическихъ типовъ. Послѣднія, въ свою очередь, распадаются на еще болѣе частныя группы, которыя можно было бы назвать партикулярными мѣстными духами, проявляющими свою жизнь въ особенностяхъ быта, занятій, склонностей и, болѣе всего, во внутреннемъ характерѣ отдѣльныхъ народовъ. Идея націи и охватываетъ собою болѣе или менѣе прочные признаки названныхъ группъ. Національныя различія являются не менѣе прочными, чѣмъ различія расовыя. Постоянныя климатическія условія, всѣ особенности страны, въ которой живетъ народъ, вліяютъ на неизмѣнность его національнаго характера. Таящіяся въ этомъ темномъ духовномъ бытіи возможности, превращаясь въ актуальное состояніе, становятся самосознающей субстанціей, въ которой абсолютное бытіе совпадаетъ съ долженствованіемъ и получаетъ воплощеніе въ духѣ народа. Духъ народа есть такая же и даже болѣе высшая реальность, чѣмъ наше личное душевное сознаніе. И этотъ духъ народа полнаго самосознанія своего достигаетъ въ государствѣ, которое является наиболѣе высшей надъиндивидуальной цѣлостностью*). Это воззрѣніе Гегеля было глубоко воспринято нѣмецкой наукой и послужило идейной опорой для мощи германской государственности. „Благородство человѣческой мысли"—какъ говорилъ одинъ изъ старыхъ представителей германскаго правовѣдѣнія—„всецѣло характеризовалось признаніемъ государства,

*) Ср. объ этомъ De Wulf, Histoire de la philosophie mèdlievale, 1905.

**) Ср. то-же сочиненіе, а также Ренанъ, Аверроэсъ и аверроизмъ, есть р. п. Михайлова, Кіевъ, годъ не помѣченъ.

какъ нѣкотораго самопокоящагося, стоящаго надъ личностью и превосходящаго его длительностью существа" **). Но оно одинаково раздѣляется и многими новѣйшими представителями германской науки. Такъ по мнѣнію извѣстнаго нѣмецкаго государствовѣда, Отто Гирке, „мы должны приписать полную *реальность* и свойство *единаго существа*, какъ человѣческой личности, такъ и человѣческому сообществу. Для насъ каждая только для себя существующая и къ себѣ самой относящаяся индивидуальность есть естественное и дѣйствительное жизненное единство. Но для насъ такимъ же естественнымъ и такимъ же дѣйствительнымъ жизненнымъ единствомъ является каждый человѣческій союзъ, который соединяетъ извѣстное количество индивидуумовъ въ новое самостоятельное цѣлое путемъ частичнаго погашенія ихъ индивидуальности. Ибо содержаніе человѣческаго бытія настолько-же не исчерпывается простымъ суммированьемъ жизненнаго багажа отдѣльныхъ личностей, насколько его нельзя выразить простымъ извлеченіемъ общихъ признаковъ родовой жизни. Такимъ образомъ, оказывается, что надъ наличнымъ бытіемъ личностей имѣется еще второе самостоятельное наличное бытіе человѣческихъ общностей„***) Подобныхъ же воззрѣній придерживается извѣстный германскій философъ и психологъ, Вильгельмъ Вундтъ. По его мнѣнію, „справедливо, конечно, что нѣтъ стоящаго *внѣ* индивидуумовъ и существующаго независимо отъ нихъ коллективнаго духа. Но въ такого рода мистическомъ существѣ и нѣтъ надобности для того, чтобы обезпечить для коллективной духовной жизни не меньшую реальность, чѣмъ реальность индивидуальной жизни" ****). Какъ говоритъ Вундтъ, „реальность коллективной жизни настолько же первоначальна и прочно обоснована, какъ и реальность индивидуальной жизни. А по объективной и общеобязательной цѣнности первая настолько же превосходитъ послѣднюю, насколько она прочнѣе и обширнѣе" *****). Эта коллективная жизнь обладаетъ не только своимъ коллективнымъ сознаніемъ, но и коллективной волей. „Дѣйствія хорошо организованной общественной среды вытекаютъ изъ коллективной воли, обладающей свойствомъ способности къ свободному выбору, и изъ самосознанія, обладающаго предварительнымъ условіемъ ретроспективнаго взгляда и предвидѣнія въ степени значительно превосходящей индивидуальную способность" ******). Изъ всѣхъ коллективныхъ цѣлостностей государство является наивысшей, и ему принадлежитъ характеръ подлиннаго организма и подлинной личности. А быть личностью, это значитъ быть „самосознательнымъ существомъ, въ дѣятельности котораго обнаруживается единая, способная къ выбору воля" „Самосознаніе понимается при этомъ въ томъ высшемъ смыслѣ, въ которомъ оно означаетъ не одно лишь самоотличеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и самообдуманность, т.-е. направленіе хотѣнія и мышленія воздѣй-

*) Hegel Philosophie des Geistes, § 514.
**) H. Escher, Handbuch der praktischen Politik. s. 25.
***) Otto Gierke въ вышеуп. статьѣ, „Die Grundbegriffe d. Staatsrechts" s. 301.
****) В. Вундтъ, Система философіи, р. п. А. М. Водена. СПБ., 1902. стр. 381.
*****) Ibid., стр. 381—82.
******) Ibid., стр. 389.

ствіями, оказываемыми всѣмъ прошлымъ сознаніемъ" Существо государственнаго соединенія заключается въ томъ, что оно содержаніемъ своимъ имѣетъ властное и автономное осуществленіе общей воли. Субстанціей государства является общая воля, внѣшняго проявленія она достигаетъ въ организованной силѣ, задача государства сводится къ сознательно-цѣлевой дѣятельности, къ обнаруженію его коллективной воли.

Съ тѣхъ поръ, какъ государства стали считать органическимъ единствомъ или личностью, право начали истолковывать, какъ нѣкоторое внутреннее велѣніе этой личности, направленное на урегулированіе ея собственной воли. Такова сущность воззрѣній всѣхъ тѣхъ многочисленныхъ теорій, которыя, начиная съ Гегеля и представителей исторической школы юристовъ являлись едва-ли не самыми распространенными и общепринятыми въ наукѣ. Уже Савиньи и Пухта, считая истиннымъ источникомъ права обычай, полагали, что этотъ послѣдній есть ничто иное, какъ „общее убѣжденіе народа, иными словами, проявленіе его „общей воли". Такимъ образомъ и истинный законъ долженъ выражать эту „общую волю", а хорошій законодатель призванъ быть представителемъ „народнаго духа". „Право",—какъ говоритъ одинъ изъ позднѣйшихъ представитей органическаго направленія—„есть выраженное убѣжденіе общенія... источникомъ права является общій духъ, который въ качествѣ единой силы дѣйствуетъ въ общеніи, какъ въ живомъ цѣломъ, и проявляется въ индивидахъ, какъ органахъ этого цѣлаго"*). Эти органическія воззрѣнія на право даютъ намъ совершенно новое понятіе о правопорякѣ.

Съ ихъ точки зрѣнія правопорядокъ не есть уже особый родъ координаціи физическихъ силъ, *но духовная координація внутренняго поведенія общественнаго цѣлаго или государства-личности.* Въ этомъ смыслѣ слова есть большое сходство между правопорядкомъ и порядкомъ нравственнымъ, ибо этотъ послѣдній представляетъ собою также координацію внутренняго поведенія индивидуума. Въ государствѣ, какъ можно сказать старыми словами Платона, написано большими буквами то, что въ отдѣльномъ человѣкѣ малыми. Законъ юридическій есть внутренній законъ большого цѣлаго (общества, государства), нравственный законъ есть внутренній законъ малаго цѣлаго (личности).

Воззрѣнія на право, какъ на „общую волю", и донынѣ еще являются весьма распространенными. И донынѣ еще можно ихъ встрѣтить въ учебникахъ по общей теоріи права и въ различныхъ юридическихъ сочиненіяхъ. Но въ наше время они въ значительной степени потеряли свою связь съ органической теоріей общества и государства и просто фигурируютъ, какъ привычныя опредѣленія, оставленныя по наслѣдству органической школой. Однако-же, скрытой предпосылкой всѣхъ подобныхъ опредѣленій права всегда является взглядъ на общество и государство, какъ на органическое цѣлое или личность. Съ разбора этого взгляда и должна начать критика теорій „общей воли".

*) Gierke, Dentsches Privatrecht, § 119. Ср. Петражицкій, е. с., I, стр. 286.

Что такое прежде всего личность? Какъ ни разнообразны опредѣленія личности, но большинство ихъ сходится въ томъ, что личность есть нѣкоторое внутреннее единство психическихъ состояній, сохраняющееся, несмотря на постоянное измѣненіе этихъ состояній во времени *) Я чувствую сегодня одно, завтра другое, сейчасъ у меня одни желанія, черезъ нѣкоторый промежутокъ времени—другія, черезъ десять лѣтъ и я самъ стану другимъ,—однако, во всемъ этомъ сохраняется единство моего я, *моя личность*. Есть-ли какое-ли сходство между общественнымъ цѣлымъ и единствомъ личности? Безпорно, каждое общественное цѣлое (и въ частности государство) представляетъ собою нѣкоторое *единство*; однако, это послѣднее обладаетъ по сравненію съ личностью совсѣмъ особой природой. У общества и государства нѣтъ и не можетъ быть никакого единаго аппарата сознанія, чувства или воли, помимо индивидуальныхъ душъ тѣхъ личностей, которыя образуютъ соціальное цѣлое. Предположеніе о возможности такой общей души противорѣчило бы самому понятію общества. Общество, обладающее „единымъ чувствилищемъ", перестало бы быть обществомъ такъ-же какъ перестало бы быть личностью то психическое цѣлое, отдѣльныя состоянія котораго получили бы способность выступать, какъ самостоятельныя единицы и вступать другъ съ другомъ въ общеніе. Я колеблюсь между двумя желаніями—пойти въ гости или остаться дома для занятій. Можно ли сказать, что въ моей душѣ происходитъ „общеніе" двухъ моихъ желаній,—особый родъ соціальныхъ отношеній, подобныхъ спору двухъ людей? Какъ ни сильна у насъ потребность олицетворять явленія, однако приведенный примѣръ приводитъ насъ къ ея границамъ. Желанія въ моей душѣ—несамостоятельные моменты моей психики, *ея качества*, а не независимыя единицы, которыя могли бы вступать въ общеніе. Но столь же несообразно, когда нѣкоторые изъ органистовъ считаютъ, что соціальные процессы суть только моменты единой коллективной психики, а не *отношенія* между лицами. Такъ, напримѣръ, процессъ государственнаго законодательства сравниваютъ съ процессомъ образованія единой воли въ личности. Монархъ, пользуясь правомъ санкціи, налагаетъ veto на законъ, принятый палатами. Значитъ-ли это, что въ душѣ государства происходитъ внутренній процессъ столкновенія двухъ противоположныхъ волевыхъ стремленій, какъ это бываетъ въ индивидуальной душѣ? что желанія монарха и желанія парламента суть только моменты единаго душевнаго процесса государственной личности? Думать такъ столь же противно природѣ государственныхъ явленій, сколь нелѣпо превращать отдѣльныя движенія души въ самостоятельныя сущности. Процессъ столкновенія двухъ государственныхъ органовъ есть особо *организованное соглашеніе* людей, а не

*) Kant, Metaphysik der Sitten, W. W. Akad. Ausg., Bd. VI, p. 223... „das Vermögen, sich der Identität seiner selbstit in verschiedenen Zuständen seines Daseins bewusst zu werden". Ср. Wundt, Grundzüge d. physiologischen Psychologie, III, 5, p. 375. Eisler, Wörterbuch d. philosophischen Begriffe. Попытку В. Штерна выразить идею личности въ психически нейтральныхъ признакахъ едва-ли можно признать удачной. W. Stern, Die menschliche Persönlichkeit, 1918 и болѣе старое соч. Person und Sache.

противоборство двухъ внутреннихъ несамостоятельныхъ психическихъ мотивовъ.

Повторяемъ, если бы общество имѣло свою душу, оно перестало бы быть обществомъ. Явленія общенія по существу своему дѣлается какъ-бы излишнимъ тамъ, гдѣ имѣется уже эта первоначальная общность. На самомъ дѣлѣ „общаться“ или „сообщаться“ между собой могутъ только стихіи раздѣльныя и разъобщенныя. Основной предпосылкой, на которой покоится идея общенія, нужно считать наличность нѣкоторыхъ перерывовъ въ сущемъ и способность создавать на почвѣ ихъ новый типъ единенія, построенный не на основѣ внутренняго, имманентнаго единства, но на основаніи особыхъ силъ, дѣйствующихъ *поверхъ* перерывъ и *надъ* ними. Повидимому, признаніе возможности *трансцендентнаго дѣйствія* составляетъ необходимый элементъ всякой теоріи общенія, хотя это и есть принципъ, который склонна подвергать сомнѣнію современная философія. Всѣ эти предположенія становятся очевидными въ тотъ моментъ, какъ мы попытаемся представить конкретно то состояніе, которое имѣло бы мѣсто, если-бы дѣйствительно существовала, какъ эмпирическій фактъ, та сплошность общественнаго сознанія, о которой говорятъ органисты. Представимъ себѣ, на самомъ дѣлѣ, что наше „общеніе“ съ другими людями, въ которомъ мы входимъ съ ними въ сношеніе, извѣщаемъ ихъ, убѣждаемъ, вліяемъ на нихъ, слушаемся ихъ и т. д., есть только нѣкоторая ложная видимость. Представимъ, что на самомъ дѣлѣ это не я говорю съ вами и это не вы слушаете меня и понимаете, а это нѣкоторая общая душа испытываетъ нѣкоторыя свои внутреннія состоянія, нѣкоторая универсальная общественная субстанція живетъ своею внутреннею жизнью. Въ такомъ случаѣ дѣйствительно не было бы никакого реальнаго вліянія моихъ словъ на ваши, невозможенъ былъ бы никакой „переходъ“ вліяній одной личности на другую, никакое трансцендентоое дѣйствіе. Не было бы также и реальной раздѣльности моей личности отъ личности другого человѣка, никакого перерыва между моимъ индивидуальнымъ и замкнутымъ въ себѣ сознаніемъ и сознаніемъ другой, посторонней личности. Но ясно, что въ такомъ случаѣ не было бы и того, что мы называемъ *нашимъ людскимъ общеніемъ*. Прежде всего было бы совершенно излишне существованіе языка. Вѣдь явленіе рѣчи человѣческой предполагаетъ, что существуетъ чужое сознаніе и что непосредственно оно не соединено съ моимъ и что для опознанія его нужны нѣкоторые внѣшніе пріемы, посредствомъ которыхъ я вступаю въ непосредственное общеніе съ другими людьми. Если бы я былъ связанъ съ ними непосредственно, если-бы простымъ внутреннимъ актомъ я могъ узнать потемки чужой души, для чего была бы мнѣ нужна моя способность рѣчи? Она была бы очень грубымъ и совершенно ненужнымъ орудіемъ для познанія того, что гораздо лучше можно узнать прямо, путемъ погруженія въ сплошность всеобщаго духа. Существу, обладающему даромъ непосредственнаго чтенія чужихъ мыслей, настолько же излишне прибѣгать къ языку, насколько человѣку, мо-

гущему ѣхать на поѣздѣ, излишне совершать этотъ путь пѣшкомъ. Но какъ измѣнилась бы вся наша „общественная“ жизнь, если бы люди обладали этой непосредственной слитностью своихъ сознаній. Развѣ нужны были бы тогда книги, печать, газеты? Нужно-ли государство и право? Совершенно правъ извѣстный нѣмецкій соціологъ Зиммель, доказывающій, что вся наша современная общественная жизнь покоится на „тайнѣ“ чужой души,—на тайнѣ неопредолимо отдѣляющей меня отъ моего ближняго *). Въ общеніи моемъ съ людьми я подхожу къ нимъ, какъ къ непосредственно мнѣ неизвѣстнымъ. Взамѣнъ ихъ подлиннаго душевнаго содержанія я составляю себѣ шаблонъ человѣка, грубую и чисто внѣшнюю его схему. Эта схема и является подлиннымъ дѣйствующимъ лицомъ общественной драмы. Вся наша общественная жизнь слагается въ концѣ концовъ изъ такихъ схемъ, предполагаетъ, стало-быть, дѣйствіе разумныхъ силъ,—силъ отвлеченнаго творчества, пониманія и постиженія. Гдѣ нѣтъ этой разумной жизни, тамъ нѣтъ и общенія.

Мы не имѣемъ намѣренія оспаривать вообще возможность существованія нѣкотораго общечеловѣческаго и даже вселенскаго сознанія. Быть можетъ, изслѣдованіе подсознательной жизни людей, фактъ гипноза, напримѣръ, или чтенія чужихъ мыслей, приведутъ психологовъ къ необходимости такой гипотезы. Возможно также, что и изслѣдованіе высшихъ процессовъ умственной дѣятельности также сдѣлаютъ необходимымъ допущеніе нѣкотораго „сознанія вообще“ и т. п. Мы утверждаемъ только, что всѣ эти явленія не имѣютъ ничего общаго съ тѣмъ, что мы называемъ нашимъ *общеніемъ*,—тѣмъ общеніемъ, на которомъ покоится вся наша совмѣстная соціальная жизнь. Въ этомъ же смыслѣ общеніемъ мы никакъ не можемъ признать чисто-физическую связь клѣтокъ живого организма, начиная съ первычныхъ ассоціацій элементарныхъ живыхъ существъ и кончая сложно расчлененными цѣлокнупностями высшей органической жизни. Всякое подобное цѣлое срослось подъ вліяніемъ общихъ органическихъ силъ, держится ими, а не сознательными актами клѣтокъ. Каковы эти силы—этотъ вопросъ для насъ не важенъ. Естественныя ассоціаціи могутъ сложиться подъ вліяніемъ общихъ законовъ природы, или подъ вліяніемъ особой жизненной силы,—и въ томъ и въ другомъ случаѣ ихъ первоначальнымъ принципомъ будетъ нѣкоторое основоположное единство, механическаго, виталистическаго или какого-либо другого характера. Это единство будетъ внутреннимъ образомъ связывать ассоціацію, будетъ составлять внутренній законъ послѣдней. Возможно даже, что составныя части ассоціаціи будутъ обладать нѣкоторой элементарной внутренней жизнью, но не въ ея тайникахъ будетъ лежать принципъ органическаго единства. И тотъ, кто признаетъ „психическій“ характеръ органическаго процесса, совершенно послѣдовательно долженъ притти къ признанію нѣкоторой универсально- органической души, которая организуетъ матерію для жизни. Вотъ такой-то универсальной *обще-*

*) G. Simmel, Soziologie, 1918, Cap. V.

ственной души нѣтъ, какъ нѣтъ никакой другой *универсально-общественной* силы.

Иными словами, всякая общественная связь есть процессъ междупсихическій, междуличный. Совершенно справедливо, что этотъ междуличный процессъ нельзя понимать, какъ простое, механическое сложеніе личностей. Онъ обладаетъ совершенно особой, специфической природой,—мысль, составляющая положительную сторону теорій коллективнаго сознанія и національнаго духа. Но ошибочно природу эту мыслить по образу индивидуальной души нѣкоего большого человѣка. „Никто"—справедливо говоритъ Вундтъ—„въ настоящее время не станетъ уже понимать „національный духъ" на подобіе подсознательной души или сверхдуши современныхъ психологовъ мистиковъ,—въ смыслѣ безтѣлесной, независимо отъ индивидуумовъ пребывающей сущности, какъ полагали въ свое время основатели исторической школы права". „Но"—продолжаетъ Вундтъ,—послужившая основой для этого понятія національнаго духа мысль... что языкъ, обычай и право представляютъ собою неразрывно связанныя другъ съ другомъ проявленія совмѣстной жизни людей,—эта мысль и въ настоящее время остается столь-же истинною, какъ и въ то время, когда Яковъ Гриммъ сдѣлалъ ее путеводною звѣздою своихъ, всю область прошлаго Германскаго народа обнимающихъ работъ".*) Когда современная наука говоритъ о коллективной психикѣ, она разумѣетъ при этомъ совершенно специфическій процессъ, который очень мало общаго имѣетъ съ душевнымъ процессомъ индивидуума. И поэтому говорить о духовно-коллективной реальности права въ настоящее время можно совсѣмъ въ особомъ и новомъ смыслѣ этого слова по сравненію съ тѣмъ, который придавали ему старые органисты. Современный философъ права заново долженъ рѣшить вопросъ, что такое коллективное бытіе людей и что такое та общественная связь, функціей которой является всякое право и всякій правопорядокъ.

Отсюда слѣдуетъ, что совершенно ошибочно считать правопорядокъ родомъ координаціи внутренняго поведенія государства-личности. *Правопорядокъ есть сложное отношеніе между входящими въ общеніе личностями и соотвѣтственно этому всѣ юридическія понятія суть понятія объ особо оформленныхъ отношеніяхъ между людьми.*

§ 3. Правопорядокъ, какъ индивидуально-психическое явленіе.

Взглядъ на право, какъ на духовное явленіе, получилъ совершенно особое истолкованіе въ такъ называемой психологической теоріи права. Въ противоположность органической теоріи юридическій психологизмъ выдвигаетъ на первый планъ идею индивидуальной психики, стремясь посредствомъ нея объяснить особенности правовыхъ явленій.

Предположеніе о психической природѣ права является впрочемъ открытіемъ не новымъ. Это довольно старая гипотеза, которая однако вплоть до послѣдняго времени никогда не проводилась въ сколько ни-

*) Вундтъ, Проблемы психологіи народовъ, 1912, стр. 65.

будь послѣдовательномъ видѣ. Гипотеза эта намѣчалась уже въ XVIII вѣкѣ, въ школѣ, такъ называемыхъ, утилитаристовъ. Такъ, по Бентаму, удовольствіе и страданіе считались основными стимулами всякой человѣческой дѣятельности*). Имъ мы обязаны всѣми нашими понятіями, къ нимъ мы относимъ всѣ наши сужденія и всѣ наши дѣйствія. Если мы станемъ на эту популярную въ XVIII вѣкѣ точку зрѣнія, то право предстанетъ предъ нами, какъ порожденіе этого всеобщаго душевнаго закона, стремленія къ удовольствію. Правомъ является то, что приноситъ удовольствіе и стало быть пользу, неправомъ, что приноситъ страданіе и вредъ. Субстанціальной основой права, его реальностью, являются наши основныя душевныя переживанія, изъ которыхъ слагается вся жизнь человѣческой психики. Поэтому мы вправѣ назвать всѣ утилитарныя теоріи права психологическими, включая сюда даже знаменитую и еще недавно у насъ столь популярную теорію Рудольфа фонъ Іеринга, такъ называемую теорію интереса. Согласно ей польза и интересъ образуютъ существо права; но чѣмъ же является интересъ, какъ не душевнымъ явленіемъ? По правильному замѣчанію Л. І. Петражицкаго, интересы суть психическія явленія, явленія внутренняго міра не имѣющія протяженія, недѣлимыя и т. д. **). Существенный психологическій смыслъ имѣютъ также и тѣ теоріи, которыя сводятъ право къ человѣческой волѣ, ограниченной нормой, ибо процессъ направленнаго по нѣкоторому плану волеизліянія есть по преимуществу процессъ душевный, изучаемый наукой о психическихъ явленіяхъ, психологіей ***), Такимъ образомъ, психологизмъ въ правѣ едва ли не былъ одной изъ самыхъ популярныхъ гипотезъ, однако, большинство его сторонниковъ не проводили его вполнѣ послѣдовательно. Наиболѣе распространенныя изъ психологическихъ теорій права не рѣшались утверждать, что реальность права, *исключительно психическая*, что природа права исключительно исчерпывается „переживаніями“. Большинство юристовъ признавало, что существеннымъ для права является и его *соціальная* основа; его отношеніе къ жизни людей въ обществѣ. Съ этой точки зрѣнія правомъ являются „переживанія“ людей по поводу ихъ совмѣстной жизни, безъ наличности которой отсутствовала бы сама правовая психика. Такъ теорія утилитарная сводила право къ *соціальной* полезности, теорія интереса—къ *соціальной* защитѣ интересовъ, теорія воли считала, что правовыя нормы суть выраженія такихъ волеизліяній, выполненіе которыхъ зависитъ отъ другихъ людей. Словомъ, психологизмъ выступалъ здѣсь не въ чистомъ видѣ, а вмѣстѣ съ *соціологизмомъ*. Чистаго своего выраженія достигаетъ онъ только въ новѣйшее время, и наша русская наука можетъ гордиться, что ея

*) Изложеніе правовой теоріи Бентама см. у Чичерина, Исторія политическихъ ученій, часть 3.

**) Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности, т. I, СПБ. 1909, стр. 311.

***) Эта точка зрѣнія представлена въ литературѣ извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Бирлингомъ, Juristische Principienlehre, Bd I—IV, 1393—1911 и Zur Kritik d juristischen Grundbegriffe, I—II, 1877—83.

извѣстный представитель, Л. І. Петражицкій, посвятилъ защитѣ его свои научныя знанія и свой выдающійся талантъ.

По ученію Л. І. Петражицкаго, наука знаетъ только два вида реальнаго бытія: бытіе физическое и бытіе психическое. Къ первому принадлежитъ все протяженное—камни, деревья, звѣзды, химическіе элементы и проч.,—ко второму—не протяженныя, но длительныя, временныя явленія,—ощущенія, чувствованія, волеизліянія и прочія переживанія. Главный вопросъ философіи права и заключается въ томъ, чтобы опредѣлить, какого рода реальность принадлежитъ явленіямъ юридическимъ. По мнѣнію Л. І. Петражицкаго, основнымъ заблужденіемъ предшествующей философіи права является то, что она искала мѣстонахожденіе права совсѣмъ не тамъ, гдѣ его искать нужно. Живущій въ Тамбовѣ помѣщикъ долженъ другому помѣщику столько-то рублей. Между ними есть правоотношеніе. Спрашивается, гдѣ же это правоотношеніе, въ Тамбовской губерніи, или въ русскомъ государствѣ, вообще, въ пространствѣ? Легко видѣть, что всѣ эти предположенія явно нелѣпы, право не находится ни въ Тамбовской губерніи, ни въ Россіи, ни вообще гдѣ-либо въ предѣлахъ видимаго и осязаемаго пространства.*) Конечно, Сенатъ находится въ Петроградѣ, но значитъ ли это, что его юридическое бытіе опредѣляется именно нахожденіемъ его въ этой точкѣ пространства? Изучая то пространство, гдѣ находится Сенатъ, или изучая то пространство въ которомъ совершенъ долгъ одного помѣщика другому, мы найдемъ все, что угодно,—геометрическія свойства тѣлъ, географическія, климатическія особенности и т. п.—но не найдемъ одного и главнаго, не найдемъ права. Для того, чтобы отыскать его, нужно обратиться къ душевнымъ переживаніямъ вступившихъ въ правоотношеніе лицъ. Тогда все станетъ ясно и мы съ легкостью узнаемъ, что такое долгъ и что такое Сенатъ, какъ правовое установленіе. Ошибкой философіи права является, стало быть, неправильное направленіе въ отысканіи мѣстонахожденія правоотношеній. Не въ физическомъ мірѣ они находятся, а въ психической жизни людей. Поэтому философія права, дошедшая до такого вывода, должна путемъ послѣдовательнаго наблюденія нашей психики открыть тѣ основные элементы, изъ которыхъ правовыя явленія складываются. Правовыя явленія охватываютъ ту группу явленій душевныхъ, которыя связаны съ нашимъ поведеніемъ. Философія права и должна изслѣдовать психологическія предпосылки нашего поведенія, чтобы вскрыть въ немъ элементы правовыхъ переживаній. „Разсмышляя въ разныхъ случаяхъ жизни, какъ намъ поступить, на что рѣшиться, мы иногда чувствуемъ себя совершенно свободными, ничѣмъ не связанными въ выборѣ такого или иного поведенія. Отправиться-ли мнѣ на прогулку, или остаться дома, купить книгу въ такомъ-то магазинѣ или въ другомъ, поселиться на такой-то улицѣ, или въ другой,—это вполнѣ зависитъ отъ моего усмо-

*) Л. І. Петражицкій. Введеніе въ изученіе права и нравственности. СПБ. 1908, стр. 24.

трѣнія, въ зависимости отъ того, что мнѣ кажется наиболѣе пріятнымъ, удобнымъ, полезнымъ и т. п. Въ другихъ случаяхъ мы, напротивъ, за. мѣчаемъ *связанность* нашей воли, мы чувствуемъ и сознаемъ, что мы обязаны (обвязаны) поступить такъ-то (напр., не молчать, а сообщить по правдѣ такой-то фактъ), или воздержаться отъ такого-то поступка напр., отъ сообщенія ложнаго факта), такъ что не приходится и разуждать о томъ, доставитъ-ли намъ такой-то поступокъ или воздержаніе отъ него пользу или нѣтъ, послужитъ ли онъ для насъ источникъ какихъ-либо удовольствій или навлечетъ на насъ непріятности. Какой-то „внутренній голосъ" авторитетно указываетъ, предписываетъ, предъопредѣляетъ наше поведеніе, наша совѣсть „повелѣваетъ" намъ сдѣлать то или другое" *). Подобное „связанное" поведеніе мы называемъ, обычно, *этическимъ*, и правовая наша дѣятельность является ничѣмъ инымъ, какъ особымъ видомъ этической дѣятельности, проявленіемъ этическаго сознанія. Характерной особенностью этическаго сознанія вообще и правового сознанія въ частности является то, что внутренніе, чисто душевные понудительные мотивы нашей дѣятельности обладаютъ двумя основными свойствами: 1) Они являются для насъ въ видѣ нѣкоторыхъ принудительныхъ препятствій нашей свободѣ, въ силу чего наша воля принудительно направляется къ извѣстному поведенію, отклоняя всякое другое, какъ неправильное, несправедливое и неправомѣрное; представленіе этого принужденія формулируется обычно въ идеѣ *нормы*, направляющей нашу волю и нѣчто ей повелѣвающей. Поэтому внутренняя связанность этическаго поведенія обычно выражается въ видѣ приказаній и запретовъ: люби ближняго, не убій, не укради и т. д. 2) Они имѣютъ тендецію облекаться въ особый, мистически-авторитетный покровъ, противостоя нашей волѣ не только, какъ внутреннія понуканія, но какъ внѣшнія предписанія какого то высшаго, независимаго отъ насъ авторитета. „Этотъ характеръ этическихъ эмоцій"—говоритъ Л. І. Петражицкій—„отражается между прочимъ, въ народной рѣчи, поэзіи, миѳологіи, религіи и т. п. произведеніяхъ человѣческаго духа въ формѣ соотвѣтствующихъ фантастическихъ представленій, въ частности въ формѣ представленій, что въ такихъ-то случаяхъ на ряду съ нашимъ „я" имѣется на-лицо еще какое-то другое существо, противостоящее нашему я и понукающее его къ извѣстному поведенію, какой-то таинственный голосъ обращается къ намъ, говоритъ намъ" **). Самое происхожденіе слова *совѣсть* (со-вѣдать, con-scientia, ge-wissen и т. п,), указываетъ на эту наличность другого мистическаго существа, которое народныя религіи и олицетворяютъ въ видѣ духовъ предковъ, различныхъ божествъ и демоновъ. Но и философская мораль не чужда этихъ олицетвореній: вспомнимъ только „демона" Сократа и „категорическій императивъ" Канта *)

Вся предшествующая философія, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго,

*) Л. І. Петражицкій, Очерки философіи права, вып. I, 1900, стр. 11.

**) Теорія права и государства, т. I, стр. 34.

*) Ibid. 35.

отличалась тѣмъ, что не видѣла истинной, субстанціональной основы этихъ внѣшнихъ проявленій этическаго сознанія. Моралисты и философы права серьезно думали, что передъ ними предстоитъ какая-то особая реальность повелительныхъ нормъ и внѣшняго авторитета, изъ котораго эти нормы исходятъ. Но реальность эта есть чистый миѳъ. Юристы и моралисты не отошли еще отъ этой донаучной стадіи человеческаго развитія, на которой люди вѣрятъ въ *реальное* существованіе домовыхъ, вѣдьмъ и призраковъ. Научное сознаніе призвано утвердить взглядъ, что высшій ореолъ этическихъ и юридическихъ нормъ и велѣній есть такой же продуктъ человѣческой фантазіи, какъ и безплотные, витающіе надъ землей духи. Мы фантазируемъ по поводу нѣкоторыхъ нашихъ душевныхъ эмоцій, превращаемъ ихъ въ особыя сущности, надѣляемъ особымъ высшимъ бытіемъ**). Субстанціально же или онтологическн существуютъ только нѣкоторыя наши душевныя движенія, понукающія насъ къ тому или иному поведенію. Такъ, существуютъ эмоціи голода, существуютъ эмоціи любви, существуютъ эмоціи эстетическія, наконецъ, существуютъ эмоціи этическія и тысячи другихъ эмоцій. Ошибка юристовъ и моралистовъ заключается въ томъ, что возникающія у насъ въ головѣ представленія *по поводу* этихъ эмоцій мы считаемъ за особыя сущности, матеріализируемъ ихъ и субстанціализируемъ. Если честному человѣку предлагаютъ украсть, то въ душѣ его возникаетъ эмоція, отталкивающая отъ этого поступка. Эмоція эта сопровождается нѣкоторомъ сознательнымъ процессомъ, нѣкоторыми теоретическими соображеніями, выражающимися въ сужденіяхъ: „кража преступна“, „гадка“, „несправедлива“ и т. д. Человѣческое сознаніе и впадаетъ при этомъ въ ошибку, считая эти теоретическія представленія своеобразными реальными свойствами предметовъ. На самомъ дѣлѣ нѣтъ „гадкихъ“ предметовъ, „преступныхъ“ и „несправедливыхъ“ дѣйствій, а существуютъ наши душевныя реакціи, которыя нами выносятся во-внѣ, проецируются на предметы. Истинно-научная философія права призвана свести эти правовыя проекція къ ихъ реальной основѣ и тѣмъ самымъ освободиться отъ наивной проекціонной точки зрѣнія обычнаго юридическаго сознанія.

Разрѣшая эту задачу, мы получаемъ совершенно новое освѣщеніе основныхъ юридическихъ понятій. Мы знаемъ, что подъ „правомъ“ юристы понимаютъ, съ одной стороны, объективный юридическій законъ (право въ объективномъ смыслѣ этого слова), съ другой стороны, тѣ „права“, которыми обладаютъ отдѣльные люди (право въ субъективномъ смыслѣ этого слова). Съ точки зрѣнія психологической теоріи права объ эти основныя юридическія категоріи принадлежатъ, въ сущности говоря, къ „фантастическимъ“ представленіямъ, реальной основой которыхъ являются наши эмоціи. Юристы безъ конца спорили о томъ, что является болѣе первичнымъ явленіемъ—„объективное“ пра-

**) Поэтому, какъ говоритъ Л. І. Петражицкій, „этическія обязанности и нормы вообще представляютъ не реальныя, а идеологическія, фантастическія величины, эмоціональныя проэкціи“. Ср. Теорія права, стр. 46.

во или „субъективное"? Споръ этотъ—совершенно безплоденъ, потому что и то и другое суть явленія „вторичныя", производныя. *Первичнымъ* въ правѣ является его душевно-психологическая, эмоціональная основа, и изъ нея одинаково объясняется и природа объективнаго и природа субъективнаго права. Обѣ эти категоріи нельзя не признать продуктомъ „наивно-проекціоннаго" мышленія, въ которомъ вращается современная юриспруденція. „Природу и специфическія свойства нормъ права, какъ и нормъ нравственныхъ, этическихъ нормъ и т. д. вообще можно познать и правильно опредѣлить только на почвѣ знакомства съ подлежащими эмоціями и ихъ свойствами, въ частности ихъ способность порождать особаго рода фантасмы,—эмоціональныя проекціи. Сообразно особому авторитетно-мистическому характеру этическихъ эмоцій и сходству ихъ по характеру внутренняго давленія съ эмоціями, вызываемыми въ насъ велѣніями и запрещеніями, получается на почвѣ соотвѣтственныхъ переживаній представленія наличности и высшаго господства надъ людьми и иными существами, не исключая божествъ, какихъ-то высшихъ „велѣній" и „запретовъ", между тѣмъ какъ въ дѣйствительности имѣются только соотвѣтственные эмоціонально-интеллектуальные процессы. Слѣдуя соотвѣтственной наивно-проекціонной точкѣ зрѣнія, философы, моралисты и юристы называютъ нормы велѣніями и запретами и подыскиваютъ и придумываютъ, фантастически конструируютъ соотвѣтствующія подлежащимъ смутнымъ преставленіямъ реальности" *). Въ дѣйствительности нѣтъ и не можетъ быть особой реальности объективнаго права. Реальность эта —мнимая. Она принадлежитъ „не болѣе какъ къ области смѣлой изобрѣтательности... научной фантазіи" **) Поэтому фантастическими являются всѣ многочисленныя философскія гипотезы, которыя юристы строятъ для объясненія существа объективнаго права.

Но подобнымъ же образомъ и всѣ юридическія воззрѣнія на существо субъективнаго права „основаны на незнаніи эмоціонально-проекціонной природы правъ, на предположеніи наличности чего-то реальнаго у тѣхъ субъектовъ, которымъ приписываются права, и имѣютъ характеръ наивно-проекціонныхъ теорій" ***). Юристы думаютъ, что субъективныя права суть нѣкоторыя особыя реальныя принадлежности субъектовъ, напр., ихъ реальные интересы, ихъ реальная воля, фактически благопріятное положеніе и т. п. На самомъ дѣлѣ субъективное право не обладаетъ никакимъ особымъ реальнымъ субстратомъ, оно является также эмоціональной проекціей, т.-е. находится въ психикѣ лица, переживающаго подлежащіе эмоціонально-интеллектуальные процессы. Теорія субъективнаго права также ищетъ свой предметъ не тамъ, гдѣ слѣдуетъ, отсюда ея полная безплодность. „Если бы обычная вѣра публики и науки въ существованіе нравственныхъ и правовыхъ

*) Теорія права, т. II, СПБ. 1907, стр. 320.

**) Выраженіе одного изъ учениковъ Л. І. Петражицкаго, П. Е. Михайлова, ср. Юрид. Вѣстникъ, 1914, кн. V (I), О реальности права, стр. 13.

***) Теорія права, т. II, стр. 370.

обязанностой, какъ чего-то реальнаго, имѣющагося у субъектовъ обязанностей, въ видѣ чего-то психическаго или иного,—какого-либо особаго фактическаго состоянія, положенія, отношенія и т. п., была правильна, то, слѣдуетъ думать, многовѣковая работа мысли и изслѣдованія множества, въ томъ числѣ геніальныхъ мыслителей, философовъ, моралистовъ и юристовъ, въ направленіи отысканія и опредѣленія природы соотвѣтственнаго реальнаго не осталась бы безрезультатною, по крайней мѣрѣ, въ смыслѣ отысканія и констатированія подлежащаго реальнаго. То же, еще въ большей степени, относится къ проблемѣ о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ, въ виду особено усердной и энергичной работы философской и юридической мысли въ этой области" *). Между тѣмъ до сей поры этой особой реальности субъективныхъ правъ никто не назвалъ. И чтобы назвать эту реальность, нужно „обращаться къ психикѣ переживающихъ подлежащіе эмоціонально-интеллектуальные процессы и проекціи, здѣсь ихъ изучать, констатировать то, что здѣсь имѣется и какъ оно здѣсь имѣется" **).

Какъ же опредѣляется съ точки зрѣнія психологической теоріи права понятіе правопорядка? Мѣ видѣли уже, что Л. І. Петражицкій довольно рѣшительно высказывается противъ взглядовъ на право, какъ на какое-то особое „фактическое состояніе, положеніе, отношеніе и т. д." Съ этой точки зрѣнія казалось бы, что его теоріи долженъ быть чуждъ взглядъ на правопорядокъ, какъ на самостоятельную юридическую категорію. Чистый психологизмъ не можетъ не считать правопорядокъ *особымъ строемъ внутреннихъ переживаній индивидуальной души.* Между тѣмъ предположенія эти не совсѣмъ оправдываются на дѣлѣ. Л. І. Петражицкій указываетъ, что „въ психикѣ публики и юристовъ имѣется прочная ассоціація двухъ идей: „права" и „порядка", такъ что, напр., вмѣсто слова „право" весьма обычно примѣненіе выраженія „правопорядокъ" ***). Причемъ Л. І. Петрижицкій не только не относится отрицательно къ этой идеѣ, но прямо приписываетъ праву соціально-организаціонныя функціи. По его мнѣнію, въ результатѣ примѣненія права „получается прочная координированная система вызываемаго правомъ соціальнаго поведенія, прочный и точно опредѣленный порядокъ, съ которымъ отдѣльнымъ индивидамъ и массамъ можно и приходится сообразоваться, на который можно полагаться и расчитывать въ области хозяйственныхъ и иныхъ плановъ и предпріятій, вообще въ области такого или иного устроенія жизни" ****). Особенность взглядовъ Л. І. Петражицкаго заключается въ томъ, что *соціальныя функціи права онъ пытается объяснить свойствами юридическихъ нормъ.* Такъ какъ нормы права двухсторонни, ими и достигается „устроеніе и нормировка соціальной жизни", недоступныя для нормъ нравственности, которыя обладаютъ только односторонними, императивными функціями.

*) Ibid., стр. 372.
**) Ibid., стр. 375.
***) Ученіе о правѣ, I, стр. 178.
****) Ibid.

Правопорядокъ есть такимъ образомъ слѣдствіе, норма—причина. Основы правопорядка не *соціальны* по своей природѣ, но *психологичны*. Нѣтъ никакой особой реальности правопорядка, какъ соціальнаго явленія реальность его есть реальность психическая.

Мы уже говорили, что психологическая теорія права обладаетъ громадной научной убѣдительностью, и этимъ объясняется ея значительный научный успѣхъ, ея популярность. Сторонники психологической теоріи права справедливо отмѣчаютъ вліяніе, оказанное ею на современную юриспруденцію. Даже противники психологизма должны въ концѣ-концовъ признать, что въ *извѣстномъ смыслѣ этого слова* право есть явленіе психологическое. Все это убѣждаетъ насъ, что психологизмъ въ философіи права есть гораздо болѣе обоснованное воззрѣніе, чѣмъ физицизмъ. И если мы не можемъ, однако, безъ всякихъ оговорокъ стать на точку зрѣнія психологизма.—причиной этому является убѣжденіе, что и психологическая теорія не вполнѣ выражаетъ природу того, что мы называемъ правомъ.

1) Теорія Л. І. Петражицкаго, усверждая за „правомъ“ характеръ психическихъ явленій, не даетъ намъ точнаго опредѣленія, что такое психическое, каковы основныя свойства и особенности этого рода реальнаго бытія? Этотъ вопросъ принадлежитъ къ числу наиболѣе сложныхъ и темныхъ вопросовъ современной философіи, надъ нимъ ломаютъ головы многіе выдающіеся философы и психологи, по поводу него написано не мало чрезвычайно интересныхъ спеціальныхъ изслѣдованій, но все это совершенно игнорируется извѣстнымъ авторомъ психологической теоріи права и ея многочисленными сторонниками. Они предпочитаютъ отправляться отъ точки зрѣнія обычнаго здраваго смысла, который устами всѣхъ людей говоритъ, что одни предметы лежатъ въ пространствѣ, а другіе лежатъ у насъ въ головѣ, въ нашей психикѣ; первые изъ нихъ познаются внѣшнимъ воспріятіемъ, а вторые внутреннимъ самонаблюденіемъ и т. д. Само собой разумѣется, что такія опредѣленія, какъ „лежать въ психикѣ“, „лежать въ головѣ“ и т. п., не могутъ считаться сколько-нибудь научными и не только не выясняютъ предмета, но его затемняютъ. Совершенно ясно, что ощущеніе, мысль, эмоція, чувствованіе и пр. не могутъ, строго говоря, нигдѣ лежать, ибо лежать могутъ только физическія предметы въ пространствѣ. Подобныя выраженія здравый смыслъ употребляетъ по бѣдности нашего языка, не находящаго болѣе точныхъ выраженій для опредѣленія природы душевныхъ явленій. Но, быть можетъ, сторонники психологической теоріи права, противопоставляя физическій міръ психическому, хотятъ отмѣтить тотъ почти что самоочевидный фактъ, что физическій міръ протяженъ, а психическій непротяженъ? Это положеніе трудно оспаривать, если только не придавать ему какого либо особаго толкованія, однако, его неоспоримость имѣетъ весьма малое значеніе для психологіи, какъ науки. Отрицательныя опредѣленія вообще не обладаютъ особой познавательной цѣнностью, и на нихъ не построишь никакого *положительнаго* знанія. Если я говорю, что волкъ не птица, я еще

очень мало знаю о томъ, что такое волкъ, подобнымъ же образомъ я очень мало знаю о томъ, что такое психическое, утверждая непротяженность въ качествѣ его основного признака. Для науки нужно выяснить положительныя свойства изучаемаго объекта, и ихъ-то какъ разъ не указываютъ сторонники психологической теоріи права. Въ силу этого идея „психическаго" пріобрѣтаетъ у нихъ нѣкоторый характеръ безбрежной широты и неопредѣленности. Какъ „не птица" можетъ быть солнцемъ, столомъ, деревомъ, душой и т. д., такъ и „непротяженное" можетъ включать въ себя безчисленное количество весьма различныхъ и по природѣ своей совершенно несходныхъ предметовъ. Сторонники психологической теоріи права ошибочно предполагаютъ, что все *непротяженное психично*,—и это есть явная логическая ошибка. Подобный выводъ формально ложенъ, и фактическая неправильность его обнаруживается, какъ только мы болѣе детально присмотримся къ особенностямъ, такъ называемыхъ, „непротяженныхъ" предметовъ. Число 2 само по себѣ непротяженно, значитъ-ли это, однако, что число 2 есть психическая реальность и что свойства этого числа нужно изучать въ особой наукѣ, психологіи, пользующейся методами самонаблюденія, а не внѣшняго воспріятія? Нелѣпость этого предположенія совершенно очевидна, ибо всякій понимаетъ, что наука о числахъ не есть психологія, и что эта послѣдняя при всемъ напряженіи своихъ силъ не можетъ ничего сказать о свойствахъ величинъ и объ управляемыхъ ими законахъ. Между тѣмъ о числѣ 2 можно сказать буквально то-же самое, что Л. І. Петражицкій говоритъ о правѣ. Число 2 не лежитъ нигдѣ въ пространствѣ, оно лежитъ въ нашей головѣ, число 2 нельзя взвѣсить, положить въ реторту, ощупать и т. д.; свойства его приходится наблюдать при помощи какого-то особаго „внутренняго" опыта, а не опыта „внѣшняго". Очевидно, что всѣ эти опредѣленія совершенно не опредѣляютъ того, что мы называемъ явленіями психическими.

2) „Психическія" явленія составляютъ только одну изъ группъ многочисленныхъ „нефизическихъ", непротяженныхъ" предметовъ. Каковы же основныя признаки этой группы? Въ чемъ заключаются особенности явленій психическихъ? При сравнительной разработанности этого вопроса въ современной философіи намъ остается при рѣшеніи поставленной проблемы примкнуть къ опредѣленному, уже выявившемуся направленію, и мы считаемъ, что наиболѣе удачно схватываютъ особенности „психическаго" тѣ, которые связываютъ душевныя явленія съ интимной жизнью нашего „я", съ идеей психологическаго субъекта. Условимся называть психическими явленіями все то, что есть непосредственное переживаніе нашего „я", что есть нашъ субъективный процессъ*). Таковымъ является, напримѣръ, моя боль, мое стремленіе, мое

*) Когда строки эти были написаны, я прочелъ замѣчательныя характеристики душевной жизни, на которыя я здѣсь не могу не сослаться. Онѣ принадлежатъ С. Л. Франку, Душа человѣка, Москва, 1917 г. стр. 26—27. „Человѣкъ вѣдь не только познаетъ дѣйствительность, онъ любитъ и ненавидитъ въ ней то или иное, оцѣниваетъ ее, стре-

рѣшеніе, чувствованіе и т. п. Всѣ эти непосредственныя переживанія моего „я“ составляютъ опредѣленную группу явленій, характеризуемыхъ вполнѣ точными признаками. И прежде всего имъ присуща та форма бытія, которую Бергсонъ такъ геніально назвалъ „послѣдовательностью безъ взаимной внѣположности“. Дѣйствительно, психическія явленія не расположены внѣ другъ друга, какъ расположены протяженныя формы физическаго бытія. Но взамѣнъ того они неопредѣленно текучи, длительны, претерпѣваютъ совмѣстное и взаимносплетенное измѣненіе, находясь какъ бы въ постоянномъ связномъ и сплошномъ потокѣ**). Стоитъ мнѣ прислушаться къ жизни моего „я“, чтобы непосредственно ощутить этотъ постоянно длительный потокъ моихъ переживаній, противостоящій сравнительно постоянному бытію внѣшнихъ, физическихъ предметовъ. Вотъ этотъ-то потокъ и призвана изучить особая наука о душевныхъ явленіяхъ или психологія. И тамъ, гдѣ прекращается его внутреннее теченіе, тамъ кончается царство психологіи. Поэтому число 2 не подлежитъ изученію психологіи, такъ какъ оно не включено въ потокъ переживаній моего „я“, но предстоитъ ему какъ особый предметъ, съ совершенно особыми, ему только присущими свойствами. Не принадлежитъ ему и этотъ столъ, и солнце на небѣ, и травы на землѣ, хотя всѣ эти явленія могутъ вліять на потокъ моихъ переживаній, своеобразя ихъ и даже опредѣляя въ ту или иную сторону. Но принадлежитъ-ли къ нему то, что мы привыкли называть „правомъ“?

3) „Психическій“ характеръ права всего болѣе бросается въ глаза, если наблюдать его субъективную сторону. „Вѣдь въ то время“,—говоритъ Б. А. Кистяковскій, „какъ объективное право въ силу того, что оно есть совокупность нормъ, состоитъ изъ ряда явленій, которыя по самой своей природѣ родственны понятіямъ, субъективное право состоитъ изъ ряда явленій, которыя по своей природѣ прямо противоположны понятіямъ. Въ жизни субъективное право дано въ видѣ неисчислимаго количества правовыхъ отношеній или правъ и

мится осуществить въ ней одно и уничтожить другое. Человѣкъ есть живой центръ духовныхъ силъ, направленныхъ на дѣйствительность. Это внутреннее, субъективное отношеніе человѣка къ дѣйствительности, эта **направленность** человѣческой души на міръ, образующая самое существо того, что мы называемъ нашей жизнью,—какъ бы это ни показалось странными на первый взглядъ,—оставалась совершенно внѣ поля зрѣнія обычной, такъ называемой „эмпирической психологіи“... Между тѣмъ, живое отношеніе человѣка къ дѣйствительности—все многообразіе явленій любви и ненависти, утвержденія и отрицанія, стремленій и отталкиваній—есть именно та жизнь, которая, можетъ быть, лишь дѣйствительно **внутренне** наблюдаема въ самомъ ея переживаніи, въ неразложенномъ единствѣ этого званія“. Задачу психологіи С. Л. Франкъ и опредѣляетъ, какъ „имманентное уясненіе самосознающейся **внутренней** жизни **субъекта** въ ея родовой „эйдетической“ сущности“ (стр. 29).

) „Стихія душевной жизни“—говоритъ въ вышеупомянутомъ сочиненіи С. Л. Франкъ—„подобна безформенной, неудержимо разливающейся стихіи жидкаго состоянія матеріи: въ ней есть множество **волнъ, подвижныхъ выпуклостей и пониженій, свѣтлыхъ и темныхъ полосъ, есть бѣлизна гребней и мраки глубинъ, но нѣтъ твердыхъ острововъ, обособленныхъ предметовъ“. (стр. 97).

обязанностей, присвоенныхъ всѣмъ членамъ того или иного общества, связывающихъ ихъ между собою и объединяющихъ въ одно цѣлое. Всѣ эти правоотношенія или всѣ эти права и обязанности *безусловно конкретны, единичны и индивидуальны*... Къ тому же факты, изъ которыхъ, состоитъ субъективное право, постоянно мѣняются; они также текучи, какъ текуча сама жизнь; одни правоотношенія возникаютъ другія исчезаютъ, одни права и обязанности утверждаются, другія погашаются" *). Всѣ эти характеристики, написанныя къ тому же авторомъ, не раздѣляющимъ психологической теоріи права, не могутъ не убѣждать, что по крайней мѣрѣ съ своей субъективной стороны право дѣйствительно находится „въ сознаніи" и погружено въ общій потокъ субъективно-душевныхъ переживаній личности. Субъективное право поистинѣ принадлежитъ къ нашей психикѣ и должно быть изучаемо тѣми путями, какими изучаются другія психическія явленія. Въ этомъ пунктѣ психологическая теорія какъ-будто празднуетъ свой научный тріумфъ, признанный даже ея наиболѣе принципіальными противниками. Однако, можно-ли считать субъективную сторону права простой психологической категоріей, безграничнымъ потокомъ субъективныхъ текучихъ переживаній? Если присмотрѣться къ тому, что люди считаютъ „своимъ правомъ", придется признать совершенно особый характеръ этихъ „правовыхъ переживаній". „Моя боль", „мое удовольствіе" и др. процессы индивидуальной души не обладаютъ тѣмъ характеромъ устойчивости, которымъ обладаетъ „мое право", То, что я считаю „своимъ правомъ", составляетъ какой-то постоянный мотивъ моей души, неуклонно пробивающій себѣ дорогу черезъ текучую и измѣнчивую наличность моей внутренней жизни, черезъ удовольствія, страданія, чувствованія и ощущенія. Эти послѣднія не только не опредѣляютъ „моего права", но сами могутъ опредѣляться имъ. Одни настроенія испытываю я, когда осуществляю свое право на чужое обязательство, другія, когда я чувствую себя собственникомъ, третьи, когда лишаюсь своихъ правъ. На „моемъ правѣ" наростаетъ всегда извѣстная правовая психика, очень поучительная для психологическаго наблюденія, но относительно безразличная по своему содержанію къ тому, что я считаю „своимъ правомъ". „Мое право" всегда есть нѣкоторое выкристаллизованное изъ текучей психической наличности образованіе, всегда есть нѣкоторая „идея", а не ирраціональная наличность. „Мое право" всегда есть опредѣленная осмысленность понятія, а не безразличіе переживаній. И можно сказать, что наше правосознаніе обнаруживаетъ совсѣмъ особую реальность того, что мы называемъ субъективнымъ правомъ. Это есть реальность не простого текучаго переживанія, но нѣкоторой концентрированной духовной напряженности, сохраняющейся и живущей среди текучаго потока моей душевной жизни.

4) Право въ объективномъ смыслѣ этого слова совершенно уже несомнѣнно выступаетъ передъ нами, какъ независимый отъ нашей

*) Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, стр. 359—60.

психики объектъ, обладающій своимъ собственнымъ, отнюдь не душевнымъ содержаніемъ. Содержаніе любой правовой нормы по своему предметному составу ни въ коей степени не зависитъ отъ того, что я объ этомъ составѣ думаю, какъ его переживаю, чувствую, оцѣниваю. И для объективнаго познанія этого состава чрезвычайно губительно вторженіе моихъ личныхъ чувствъ, переживаній, оцѣнокъ и настроеній. Содержаніе юридической нормы можетъ приводить меня въ состояніе негодованія, уныніе, возбужденія, страха, однако, предаваясь этимъ душевнымъ движеніямъ, я не только не составлю истиннаго познанія о смыслѣ нормы, но даже затемню его привхожденіемъ чисто субъективныхъ и въ самомъ содержаніи нормы не имѣющихся элементовъ. Познать норму, такъ же какъ и всякій другой предметъ, лучше всего можно въ спокойномъ умственномъ зрѣніи, „не вѣдая ни радости, ни горя". Сказаннымъ, конечно, не утверждается, что внутреннія движенія нашей души не играютъ никакой роли въ жизни права. Правовыя нормы можно не только познавать, но еще и переживать. Въ этомъ смыслѣ правопорядокъ можетъ реально покоиться на признаніи его людьми, на устрашеніи людей, на гипнотическомъ воздѣйствіи на нихъ и т. д. Равнымъ образомъ правовыя нормы могутъ служить предметомъ нашей оцѣнки, нравственной критики, одобренія и неодобренія. Но познаніе всѣхъ этихъ психическихъ основъ правопорядка есть совершенно особая проблема, отличная отъ познанія того, что объективно говоритъ норма и что въ ней содержится, какъ ея внутренній смыслъ. Достойно особаго вниманія, что сами сторонники психологической теоріи права принуждены были признать эту совершенно очевидную независимость отъ психики внутренняго содержанія объективнаго права. Одинъ изъ учениковъ Л. І. Петражицкаго, П. Е. Михайловъ, развивая взгляды своего учителя, пришелъ къ убѣжденію, что правовымъ нормамъ кромѣ психической реальности свойственно еще нѣкоторое другое качество,— качество *идеальнаго бытія*. „Необходимо ясно отличать"—говоритъ онъ—„*реальное* отъ *идеальнаго* и понимать, что *реальность* не только не покрываетъ собою объективности, но бываетъ иногда и *субъективна*, и что въ то-же время *идеальное* бытіе представляетъ собою высшую форму *объективности*, какую постигаетъ сознаніе. Напримѣръ, истина, заключающаяся въ извѣстномъ законѣ тяготѣнія Ньютона, обладаетъ безусловной объективностью, не зависящей ни отъ времени, ни отъ чьего-либо признанія" *). Но совершенно такимъ-же объективнымъ содержаніемъ обладаютъ и правовыя нормы. „Вѣдь самое *право* и *нормы* права принадлежатъ къ совершенно различнымъ, инымъ мірамъ. Необходимо ясно понимать, что *право*, какъ таковое, т.-е. какъ извѣстный реальный феноменъ, принадлежитъ къ міру *реальнаго* бытія, какъ частица, сопринадлежащая къ реальному составу мірового бытія. *Нормы* же права, какъ таковыя, т.-е. какъ всякія нормы, суть *идеологическія* величины, принадлежащія къ царству *идеальнаго* бытія, сопри-

*) Юридич. Вѣстн., 1914, кн. V, стр. 11. П. Е. Михайловъ въ этихъ воззрѣніяхъ своихъ находится подъ вліяніемъ Гуссерля.

надлежащія къ *идеальному* составу мірового цѣлаго. Поэтому, слѣдуетъ научно-сознательно различать, съ одной стороны, *право*, какъ особый классъ реальныхъ феноменовъ и, съ другой стороны, *нормы* права, какъ особый видъ *идеологическихъ* величинъ или явленій идеальнаго міра" *). „Итакъ, право, какъ элементъ сознанія, можетъ разсматриваться двояко: 1) какъ *реально-психическое* явленіе или переживаніе и 2) какъ *идеально-нормативный* элементъ сознанія. То-есть, необходимо ясно различать, съ одной стороны, *право*, какъ реальное явленіе, явленіе, обладающее *реальной природой*, какъ *реальный* продуктъ психики, *реально психическій* элементъ или актъ этическаго сознанія, и, съ другой стороны, *нормы* права, какъ *нереальный* элементъ, *идеальный* продуктъ сознанія. какъ *идеально-объективное содержаніе* правно-этическаго сознанія, *идеально-объективное содержаніе* правовыхъ сужденій"*). Изложенныя здѣсь воззрѣнія нельзя не считать вынужденной капитуляціей психологической теоріи права передъ очевидностью фактовъ. Къ сожалѣнію, условія этой капитуляціи построены на цѣломъ рядѣ весьма прискорбныхъ недоразумѣній. Слѣдуя за ученіями современной логики, П. Е. Михайловъ совершенно справедливо открылъ, что по содержанію своему правовыя нормы обладаютъ собственнымъ непсихологическимъ предметнымъ составомъ. Но въ то же время совершенно ошибочно П. Е. Михайловъ не различилъ въ составѣ этомъ формальнаго и матеріальнаго момента.

Мы видѣли уже, что нормы права только по формѣ своей является сужденіями, и только формально логической стороной своей принадлежатъ къ царству „идеальнаго" бытія. По содержанію-же своему нормы права суть истины о совершенно реальныхъ отношеніяхъ. Юридическія нормы по предмету своему всегда относятся къ дѣйствіямъ живыхъ существъ, предусматриваютъ ихъ реальныя отношенія въ обществѣ. Если даже мы будемъ имѣть въ виду нормы права. естественнаго, а не нормы положительныя, то и онѣ ничего иного не предусматриваютъ, какъ нѣкоторую *предполагаемую* систему реальнаго поведенія, отвѣчающую требованіямъ правового идеала и нравственности Предметомъ правовыхъ нормъ является особо организованнная линія соціальнаго поведенія, образующая опредѣленный *строй* общества или опредѣленный *правопорядокъ*. Правопорядокъ этотъ, какъ и все намъ извѣстное въ мірѣ, имѣетъ отношеніе къ человѣческой психикѣ, вульгарно выражаясь, „находится въ головахъ людей", однако-же онъ совершенно не совпадаетъ съ индивидуально-психической жизнью, противостоя ей, какъ нѣкоторая самостоятельная реальность, какъ нѣкоторое объективное „положеніе", „состояніе" или „отношеніе" между людьми.

5) Эта независимось правопорядка отъ индивидуальной психики лучше всего выясняется путемъ указанія на тотъ фактъ, что отношенія которыя складываются въ правопорядкѣ далеко не всегда происходятъ

*) Ibid., стр. 23.

путемъ индивидуально-психическихъ актовъ. Л. І. Петражицкій любитъ указывать на примѣры договоровъ съ вѣдьмами, чертями и т. п. нереальными существами, какъ на свидѣтельство тому, что односторонній душевный актъ способенъ установить правоотношеніе. Но сторонники психологической теоріи не будутъ оспаривать, что существуютъ и совершенно противоположныя указанія, свидѣтельствующія о полной невозможности установить правоотношеніе такимъ путемъ. Сумасшедшій, объявившій себя испанскимъ королемъ, не связанъ еще никакими правоотношеніями съ своими подданными. Но чтобы не въ фантазіи только стать королемъ, нужно по крайней мѣрѣ вообразить, что существуютъ и подданные. Справедливо, что такія фантазіи иногда играютъ роль въ правѣ, но для этого нужно, чтобы другіе люди признали за ними силу. Сколько ни заключай договоровъ съ вѣдьмами, договоры эти будутъ имѣть односторонній характеръ, если значимость ихъ не признается другими участниками правообщенія. Стоитъ послѣднимъ признать, что договоръ съ вѣдьмой столь-же реаленъ, какъ и договоръ съ извозчикомъ Иваномъ, между вѣдьмой и человѣкомъ возникаетъ настоящее юридическое отношеніе, ничѣмъ не отличающееся отъ отношеній между дѣйствительными людьми. На соціальномъ признаніи и основывается возможность того, что субъектами права выступаютъ нерѣдко лица вымышленныя, умершія, еще не родившіяся и т. д. Наличность чужой, внѣшней субъекту психики, наличность чужого „я“ является совершенно необходимымъ условіемъ всякаго правообщенія,—и этого не видятъ страннымъ образомъ сторонники психологической теоріи права. Въ правѣ всегда имѣется на лицо этотъ *внѣшній* человѣческому самосознанію моментъ, зависящій отъ чисто естественнаго факта наличности другихъ людей и другихъ самосознаній. Въ этомъ смыслѣ вполнѣ справедливо считать право явленіемъ междупсихическимъ или соціальнымъ. Здѣсь лежитъ огромное различіе, отдѣляющее право отъ нравственности: въ то время, какъ нравственность возможна въ полномъ одиночествѣ индивидуальнаго бытія, право, напротивъ того, возникаетъ вмѣстѣ съ общеніемъ и по поводу него*). А поэтому въ правѣ дѣло идетъ не только о томъ, что я переживаю, но и о томъ, что переживаютъ другіе. Правопорядокъ, иными словами, является функціей не только индивидуальнаго самосознанія, но и функціей коллективно-психологическаго процесса. Поэтому послѣ смерти человѣка не прекращаются его правоотношенія, тогда какъ сознаніе его совершенно угасаетъ. Поэтому я могу пріобрѣсти право безъ всякаго участія моей психики, напр., неизвѣстное мнѣ наслѣдство въ Америкѣ.

Все это свидѣтельствуетъ, что первичной, невыводимой данностью изъ которой исходитъ правопорядокъ, является данность множественности человѣческихъ личностей. Именно, тотъ фактъ, что наряду съ моимъ „я“ и его внутренней жизнью существуютъ еще другія „я“, отношенія между которыми складываются иначе, чѣмъ мои отношенія къ

*) Ср. объ этомъ ниже, глава „Право и нравственность“.

самому себѣ,—этотъ фактъ и составляетъ основу правопорядка. Изъ этой основы мы черпаемъ объясненіе тому, что юридическія нормы обладаютъ не односторонней, а двухсторонней и даже, какъ мы убѣдились, *многосторонней* природой. Эти ихъ качества являются простымъ выраженіемъ ихъ *соціальнаго* характера. Я долженъ нанятому извозчику не потому, что въ моей головѣ имѣется „эмоціональная фантасма" долга, но потому, что извозчикъ имѣетъ такія ко мнѣ притязанія, реальность которыхъ онъ сумѣетъ подтвердить весьма наглядно каждому, кто въ этомъ сомнѣвается.

Поэтому нужно считать совершенно безплодной попытку Л. І. Петражицкаго искать „научно-причиннаго объясненія" соціальной роли права въ особыхъ свойствахъ „правовой психики",—именно, въ двухстороннемъ характеръ правовыхъ нормъ. Объясненіе это есть объясненіе idem per idem, ибо особыя свойства эти суть свойства соціальныя (х), и изъ нихъ-то, именно, Л. І. Петражицкій хочетъ вывести соціальную природу права (х).

Въ признаніи соціальной природы права заключается правда тѣхъ старыхъ юридическихъ теорій, которыя сводятъ правопорядокъ къ „внѣшней свободѣ", къ защищенному или разграниченному интересу и т. д. Согласно всѣмъ этимъ теоріямъ правопорядокъ строится не потому, что у меня въ головѣ имѣются какія-то особыя императивно-аттрибутивныя эмоціи, но потому, что въ природѣ совмѣстно существуетъ множество личностей съ ихъ различными потребностями, интересами, сферами свободы, воздѣйствія, воли и т. д. Однако, основнымъ недостаткомъ всѣхъ этихъ теорій является недостаточное познаніе сущности соціальныхъ отношеній. Рѣшеніе вопроса зависитъ отъ опредѣленія того, что такое есть общество, какова его природа и сущность?

§ 4. Понятіе общества.

Что-же такое эта коллективная жизнь людей, одной изъ функцій которой является право? При отвѣтѣ на поставленный вопросъ, нужно помнить, что существуетъ нѣкоторая научная и даже философская инертность человѣческой мысли, для которой трудно примириться съ тѣмъ, что нѣкоторыя высшія сферы бытія представляютъ собою парадоксальную съ точки зрѣнія простоты физическаго міра запутанность отношеній, отъ упрощенія которой получается одинъ опредѣленный результатъ—полное искаженіе подлиннаго лица тѣхъ фактовъ, которые требуется понять и изучить. Въ этомъ отношеніи особо сложнымъ характеромъ отличается то, что мы называемъ бытіемъ соціальнымъ. Можно сказать, что заранѣе обречена на неудачи всякая попытка изобразить соціальныя отношенія, какъ нѣкоторую вполнѣ однообразную систему связей, подобную тѣмъ, которыя естествоиспытатель наблюдаетъ въ матеріальномъ мірѣ. Обычная ошибка соціологовъ заключается въ томъ, что соціальная жизнь подвергается подобнымъ упрощеніямъ и разсматривается съ точки зрѣнія категорій, заимствованныхъ

изъ гораздо болѣе низкихъ областей бытія. Такъ произошли всѣ эти механическія, органическія, психологическія и т. п. теоріи общества, одинаково невѣрныя въ своей односторонности. Если соціологія хочетъ быть самостоятельной наукой, она должна, наконецъ, положить краеугольнымъ камнемъ своимъ мысль, что общество есть *чрезвычайно сложное сущее особаго рода* и что познаніе этого сущаго должно не итти на поводу у другихъ наукъ, а шествовать широкимъ путемъ собственныхъ самостоятельныхъ интуицій. Предшествующее изложеніе дало намъ матеріалъ для того, чтоды подойти къ характеристкѣ нѣкоторыхъ основныхъ и необходимыхъ для пониманія права моментовъ соціальной жизни.

1) Когда мы говоримъ объ обществѣ, какъ объ особомъ видѣ сущаго, мы ни въ коемъ случаѣ не разумѣемъ подъ сущимъ какой-либо *субстанціи*, какого-либо самостоятельнаго предмета, *для себя* существующей реальности. Заблужденія органистовъ должны предостеречь насъ отъ такого пониманія общества. Не будемъ здѣсь рѣшать сложнаго вопроса о томъ, существуютъ-ли вообще субстанціи, или напротивъ, какъ многіе думаютъ, все сущее слагается только изъ однихъ отношеній. Новѣйшая философія, какъ извѣстно, имѣетъ склонность относиться къ идеѣ субстанціи весьма отрицателъно и считаетъ, что всякая субстанціальность разлагается въ концѣ концовъ на отношенія*). Трудность, которая чувствуется при послѣдовательномъ проведеніи идеи всеобщей относительности—огромна: вѣдь отношеніе всегда предполагаетъ, что *кто-то относится*, предполагаетъ, стало быть, соотносящееся *существо или субстанцію*. Но какъ бы не рѣшала этотъ вопросъ философія, его отношеніе къ идеѣ права не представляетъ трудностей спеціальныхъ. Совершенно. ясно, что соціальная жизнь всегда есть отношеніе,—и отношеніе, которое не можетъ превратиться въ самостоятельный субъектъ отношеній, не можетъ стать субстратомъ, самостоятельнымъ предметомъ. Общество, превратившееся въ самостоятельное для себя бытіе, есть уже организмъ или личность, но во всякомъ случаѣ не общество въ обычномъ смыслѣ этаго слова. И притомъ общество не есть какое-либо универсальное отношеніе, которое было бы присуще всѣмъ вещамъ, какъ части, такъ и цѣлому. Напротивъ, это есть отношеніе чрезвычайно спеціальное. Его нельзя сравнить по общности ни съ отношеніями логическими, ни съ отношеніями величинъ, ни даже съ отношеніями физическихъ молекулъ или химическихъ атомовъ. Есть очень узкій кругъ предметовъ, способный вступить въ соціальныя отношенія—это суть обладающія способностью къ

*) Особливо рѣзкая критика идеи субстанціи исходитъ отъ представителей марбургской школы въ философіи. Ср. спеціальное сочиненіе Cassirer, Substanzbegriff und Functiansbegriff, Berlin, 1910. (Есть русскій переводъ подъ названіемъ „Познаніе и дѣйствительность". Библ. совр. фил., вып. VIII, СПБ., 1912). Но этого отрицательнаго отношенія придерживаются и другія направленія, враждебныя марбургской философіи. Ср., напр., кн. Е. Н. Трубецкой, Міросозерцаніе В. С. Соловьева, т. II стр. 240 и сл. На противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ у насъ Л. М. Лопатинъ, а также въ своемъ новѣйшемъ замѣчательномъ сочиненіи Н. А. Лосскій, Міръ, какъ органическое цѣлое, М. 1917.

общенію и надѣленныя средствами общенія живыя существа. Философъ можетъ какъ угодно рѣшать вопросъ о томъ, являются ли эти существа субстанціями или только особыми отношеніями особыхъ элементовъ,—одно ясно, тамъ, гдѣ встрѣчаются эти существа, тамъ только могутъ возникнуть явленія соціальныя.

2) Отношенія, о которыхъ мы здѣсь говоримъ, не представляются наблюдателю ихъ отношеніями внѣвременными и неизмѣнными. Напротивъ, всѣ они погружены во временный потокъ,—общественныя связи, какъ извѣстно, возникаютъ, прекращаются, усиливаются, ослабляются, мѣняются и т. д. Соціальныя отношенія не возникаютъ изъ общественныхъ атомовъ-личностей съ той степенью необходимости, съ которой устанавливаются отношенія между величинами или между атомами физическими. Повидимому, въ идеѣ того, что мы считаемъ субъектомъ соціальныхъ отношеній, въ идеѣ личности, признакъ общежительности не содержится, какъ вполнѣ необходимый моментъ. Конечно, можно говорить, что человѣкъ есть существо общежительное, однако это далеко не аналитическая и не апріорная истина. Это довольно достовѣрное эмпирическое сужденіе, къ которому насъ вынуждаетъ исторія. Но тѣмъ самымъ не исключается возможность мыслить человѣка-анахорета, а тѣмъ болѣе одинокаго, не способнаго къ общенію нечеловѣческаго существа, вродѣ Гемеровскаго Циклопа. И высшая, чѣмъ человѣкъ, совершеннѣйшая личность Бога, не содержитъ въ качествѣ необходимаго признака своего общежительности. Другими словами, соціальное бытіе есть бытіе *потенціальное,* соціальныя отношенія не представляютъ собою типа тѣхъ въ высшемъ смыслѣ слова *необходимыхъ* отношеній, какія мы наблюдаемъ между математическими единицами или между логическими понятіями. Однако же своеобразная необходимость существуетъ и въ отношеніяхъ соціальныхъ,—та специфическая и очень сложная необходимость, которая ускользаетъ обычно отъ взора современныхъ соціологовъ.

3) Ошибочно было бы пытаться мыслить эту необходимость монистически, какъ нѣкоторую единую линію законовъ, вродѣ законовъ естественныхъ. Соціальное бытіе на представляетъ собою какого-либо однообразнаго ряда отношеній, но есть, скорѣе, рядъ отдѣльныхъ взаимнопроникающихъ и взаимнообусловленныхъ сферъ, образующихъ нѣкоторую перекрещивающуюся систему связей. Живое общество представляетъ собою обычно нѣкоторое цѣлое, отдѣльныя части котораго какъ бы срослись вмѣстѣ,—но срослись не тѣми внѣшними связями, какъ это бываетъ въ колоніи клѣтокъ, и не тѣмъ взаимнымъ проникновеніемъ, какъ это бываетъ въ жизни нашихъ внутреннихъ переживаній, а совсѣмъ особымъ путемъ, который нужно почувствовать, чтобы не внести въ познаніе соціальнаго чуждыхъ ему представленій. Соціальное цѣлое слагается изъ трехъ различныхъ системъ междуличныхъ отношеній, изъ которыхъ каждая обладаетъ своей

особой природой и можетъ быть предметомъ особыхъ соціальныхъ наукъ.

а) Изъ полусознательнаго процесса коллективнаго творчества, который нѣсколько напоминаетъ внутреннюю, чисто инстинктивную жизнь нашего организма, хотя и лишенъ свойственнаго послѣднему единства и цѣлостности. Сюда относятся прежде всего тѣ невольныя, почти что автоматическія душевныя движенія, которыя мы наблюдаемъ особенно ярко выраженными въ первобытныхъ обществахъ: „стадныя“ чувства и инстинкты, „сознаніе рода“, племенное и семейное чувство, инстинктъ воинственности и драчливости, невольное подражаніе чужимъ дѣйствіямъ, своеобразныя привычки и навыки обыденнаго уклада совмѣстной жизни, своеобразныя коллективныя эмоціи толпы и пр. разнообразныя движенія, наблюдаемыя въ каждомъ обществѣ и образующія цѣлостный процессъ тамъ, гдѣ мы стоимъ передъ совмѣстнымъ существованіемъ, корни котораго питаетъ сама природа. Органическая соціологія и, такъ называемая, психологія коллективной жизни открыли передъ нами разнообразныя проявленія этого соціальнаго процесса, составляющаго едва-ли ни самую глубокую основу историческихъ обществъ. Однимъ изъ наиболѣе яркихъ порожденій его нужно считать то, что мы называемъ *соціальнымъ бытомъ*. Бытъ обычно является особенностью обществъ старыхъ, сложившихся, историческихъ. Временныя и случайныя соціальныя образованія не успѣваютъ выработать своего быта и отражаютъ только бытовыя особенности тѣхъ болѣе обширныхъ соціальныхъ группъ, ячейками которыхъ они являются.

Именно тамъ, гдѣ процессъ коллективнаго междупсихическаго общенія былъ долгимъ процессомъ, связующимъ рядъ людскихъ поколѣній,—тамъ создаются условія для органическаго образованія тѣхъ особыхъ отношеній между людьми, которыя образуютъ бытъ даннаго общества или данной общественной группы. Условія эти болѣе всего привычны для самыхъ участниковъ общенія, которые обыкновенно не замѣчаютъ своего быта. Но стоитъ попасть въ чужую страну или быть приглашеннымъ гостемъ въ чуждый намъ соціальный кругъ людей, какъ явленіе соціальнаго быта встаетъ передъ нами во всей его силѣ и красочности. Съ удивленіемъ смотримъ мы на каждодневный обиходъ чужихъ и далекихъ намъ людей, необычными, странными и даже смѣшными кажутся намъ всѣ ихъ поступки и привычки. И мы знаемъ, что бытъ этотъ никто не установилъ и никто не выдумалъ. „Выдумалъ“ его весь народъ или всѣ многочисленныя поколѣнія даннаго класса въ процессѣ долгаго коллективнаго творчества.

в) Изъ массовыхъ процессовъ, обусловленныхъ случайнымъ характеромъ отдѣльныхъ поступковъ людей и не менѣе случайнымъ скрещиваніемъ ихъ результатовъ. Ибо жизнь человѣческихъ обществъ въ значительной степени состоитъ изъ отношеній неопредѣленнаго количества различныхъ и случайно мѣняющихся дѣйствій, результаты которыхъ могутъ быть опредѣлены только съ вѣроятностью, а не съ

естественной необходимостью. Это есть чисто *механистическая* сторона общественной жизни, которая обусловлена тѣмъ, что въ общеніи находятся независимыя другъ отъ друга и трансцендентныя другъ другу единицы общенія. Можно сказать, что если гдѣ-либо въ мірѣ случайность имѣетъ онтологическое и субстанціональное значеніе, то это прежде всего въ человѣческомъ обществѣ. Не разъ обращало это вниманіе на себя соціальныхъ философовъ и въ особенности экономистовъ. „Существуютъ“—говоритъ Гегель—„всеобщія потребности, какъ потребность ѣсть, пить, одѣваться и т. д., и отъ совершенно случайныхъ обстоятельствъ зависитъ, какъ онѣ удовлетворяются. Земля въ однихъ мѣстахъ болѣе плодородна, въ другихъ—менѣе, годы различны по ихъ производительнымъ силамъ, одинъ человѣкъ прилеженъ другой—лѣнивъ, но эта кишащая масса произвола порождаетъ изъ себя всеобщія опредѣленія, и нѣчто, повидимому, безсвязное и безсмысленное сдерживается необходимостью, которая является сама собою“... „Интересно наблюдать, какъ всѣ связи находятся здѣсь въ процессѣ взаимодѣйствія, какъ группируются отдѣльныя сферы, какъ онѣ вліяютъ на другія и съ ихъ стороны получаютъ благопріятное или неблагопріятное воздѣйствіе. Этотъ взаимнообусловленный процессъ, въ существованіе котораго сначала нельзя вѣрить, такъ какъ все кажется предоставленнымъ индивидуальному произволу, чрезвычайно замѣчателенъ и можетъ быть уподобленъ планетной системѣ съ ея неправильными, на первый взглядъ, движеніями, законы которыхъ, однако могутъ быть познаны“*). „Отыскать здѣсь необходимое“—по мнѣнію Гегеля—„является задачей политической экономіи, такъ какъ въ массѣ случайностей она находитъ законы... Развитіе ея показываетъ нѣчто чрезвычайно интересное, именно,—какъ мысль въ безконечной массѣ лежащихъ передъ ней индивидуальныхъ явленій находитъ простые принципы вещей—дѣйствующій въ нихъ и управляющій ими разумъ“ **). Но не только жизнь экономическаго общества представляетъ собою это столкновеніе случайностей, ими полна до извѣстной степени вся исторія. „Исторія“,—по словамъ одного изъ лѣвыхъ гегельянцевъ,—„происходитъ такъ, что конечный результатъ всегда вытекаетъ изъ конфликтовъ многихъ отдѣльныхъ воль, изъ которыхъ каждая опять-таки становится таковой благодаря вліянію большого количества особыхъ условій существованія. Слѣдовательно, существуетъ безчисленное множество перекрещивающихся другъ съ другомъ силъ, безконечная группа параллелограммовъ силъ, изъ которыхъ вытекаетъ равнодѣйствующее историческое событіе; послѣднее въ свою очередь мы можемъ считать продуктомъ силы, дѣйствующей въ цѣломъ безсознательно и непреднамѣренно. Дѣло въ томъ, что желаніямъ одного человѣка препятствуютъ желанія каждаго другого, того же, что происходитъ въ дѣйствительности, никто не желаетъ.

*) Hegel, Philosophie des Rechts, § 189, s. 249.

**) Ibid.

Такимъ образомъ, предшествующая исторія протекаетъ въ формѣ естественныхъ процессовъ и по существу подчинена тѣмъ-же самымъ естественнымъ законамъ. Но изъ того, что отдѣльныя желанія... не достигаютъ того, къ чему стремятся, а соединяются въ нѣчто среднее, въ общую равнодѣйствующую, изъ всего этого еще нельзя заключить, что отдѣльныя желанія можно приравнять нулю. Наоборотъ, каждое желаніе вноситъ свою часть въ равнодѣйствующую и постольку содержится въ ней"*). И Гегель, и экономисты, и сторонники матеріалистическаго пониманія исторіи, одинаково подчеркивая этотъ механистическій характеръ соціальной жизни, указываютъ на строгую законосообразность, которая въ ней царствуетъ и называютъ даже ее законосообразностью естественной. Нужно съ особой силой подчеркнуть, что это есть законосообразность случая и что законы, управляющіе этой стороной общественной жизни, суть *законы вѣроятности*, а не *законы необходимости*. Изученіе массовыхъ явленій показываетъ, что даже самыя случайныя варіаціи подлежатъ нѣкоторой законосообразности, но законы случая отнюдь не тожественны съ законами необходимости. Ошибка почти всѣхъ безъ исключенія современныхъ соціологовъ заключается въ томъ, что они игнорировали эту существенную особенность соціальныхъ законовъ. Конечно, они суть законы *естественные*, ибо и въ природѣ многое есть результатъ случайнаго столкновенія силъ. Поэтому статистическій методъ, изучающій массовыя проявленія случайныхъ событій природы, все болѣе и болѣе укрѣпляется въ современномъ естествознаніи **). Но далеко не всѣ законы природы являются законами вѣроятности. Такъ, напримѣръ, законъ причинной связи въ его строгомъ механическомъ пониманіи (Causa aequat effectum) обнаруживаетъ необходимость гораздо болѣе строгую, чѣмъ необходимость законовъ случая.

Законъ причинности не терпитъ исключеній и не можетъ быть измѣненъ человѣческой волей, законы же случая не только знаютъ изъятія, но и могутъ быть измѣнены сознательнымъ воздѣйствіемъ. Вотъ такихъ-то неизмѣнныхъ отношеній, которыя мы наблюдаемъ въ механизмѣ природы, нѣтъ въ *механистической* игрѣ соціальныхъ силъ. Въ ней мы наблюдаемъ законъ случая, и потому соціальный процессъ можетъ быть предметомъ сознательнаго регулированія, измѣненія и направленія. Мы не можемъ построить perpetuum mobile, такъ какъ идея эта противорѣчитъ законамъ естественной необходимости. Но мы можемъ распредѣлить такъ или иначе конкретное сочетаніе отдѣльныхъ силъ естественнаго процесса, ибо это соотношеніе силъ случайно. Подобно этому мы можемъ, пользуясь случайностью соціальныхъ отношеній, вліять на соціально-историческій процессъ въ томъ или иномъ направленіи. Законы необходимости не мѣняются, законы вѣроятности

*) Слова Фр. Энгельса изъ одного, принадлежащаго къ позднѣйшему періоду его жизни, письма. Цитирую по Вольтману, Историческій матеріализмъ. СПБ., 1901 стр. 183.

**) Ср. объ этомъ А. А. Чупровъ, Законъ большихъ чиселъ въ современной наукѣ. Русскія Вѣдомости, 1913 г. № 1.

измѣнчивы по своему существу, а потому по природѣ своей измѣнчива и эластична механическая сфера соціальныхъ отношеній.

с) Третьей системой, изъ которой складываются соціальныя отношенія, является система человѣческихъ плановъ и цѣлей, сознательно стремящихся руководить соціальнымъ процессомъ. Отношенія общественныя характеризуются не только безсознательно-стихійнымъ ихъ теченіемъ. На самыхъ раннихъ ступеняхъ исторической жизни, человѣческое общество въ качествѣ необходимаго фундамента своего имѣетъ человѣческій разумъ. Въ этомъ заключается существеннѣйшее отличіе человѣческаго общества отъ естественно-органической жизни животныхъ. „Паукъ"—говоритъ Карлъ Марксъ—„продѣлываетъ операціи, сходныя съ дѣйствіями ткача, а пчела можетъ пристыдить постройкой своихъ восковыхъ ячеекъ любого архитектора. Но есть нѣчто такое, что съ самаго начала отличаетъ самаго плохого архитектора отъ самой лучшей пчелы: человѣкъ, прежде чѣмъ слѣпить ячейку изъ воска, уже построилъ ее въ своей головѣ. Въ концѣ процесса труда получается результатъ, который въ началѣ этого процесса существовалъ уже въ представленіи рабочаго, существовалъ, такъ сказать идеально. Человѣкъ не только измѣняетъ формы вещества, даннаго природой: онъ воплощаетъ также въ этомъ веществѣ свою сознательную цѣль, которая, какъ законъ, опредѣляетъ его способъ дѣйствія, и которой онъ долженъ подчинять свою волю" *). Поэтому человѣка и можно назвать животнымъ, дѣлающимъ орудія. Человѣкъ вступаетъ въ отношеніе къ міру и къ другимъ людямъ, какъ разумная сила. Онъ пользуется своимъ разумомъ, чтобы приспособить себѣ міръ и чтобы ужиться съ людьми. „Разумъ столь же хитеръ, какъ и могущественъ. Хитрость вообще состоитъ въ той посредствующей дѣятельности, которая заставляетъ различные предметы, согласно ихъ собственной природѣ, дѣйствовать другъ на друга и подвергать ихъ взаимному тренію, не вмѣшиваясь непосредственно въ этотъ процессъ, но тѣмъ не менѣе достигая выполненія своихъ цѣлей" **). Этотъ разумъ и входитъ, какъ необходимый факторъ, въ нашу соціальную жизнь. Отъ участія его соціальныя отношенія изъ стихійнаго процесса становятся *сознательной организацией*. Такъ рождаются *человѣческія учрежденія*, планомѣрно выполняющія опредѣленныя соціальныя заданія. Система этихъ учрежденій и составляетъ третью систему человѣческаго общенія.

Такимъ образомъ соціальная жизнь людей *плюралистична*. Она представляетъ собою нѣкоторую *систему системъ*, нѣкоторое длительное равновѣсіе между отдѣльными планами ея бытія. Отъ того, какъ построено это равновѣсіе, зависитъ данная конкретная структура даннаго общества. Въ ней возможны различныя соотношенія различныхъ плановъ: преобладаніе однихъ, ущербъ другихъ, различные роды гармо-

*) К. Марксъ, Капиталъ, пер. подъ ред. П. Струве, изд. 3-е, 1907, стр. 109.

**) Цитированныя Марксомъ слова Гегеля, взятыя изъ Encyclopädie, I-ter Theil, Die Logik, Berlin, 1840, s. 38.

ническаго равновѣсія между ними. Могутъ быть также нѣкоторыя частныя общественныя единицы, образованныя на исключительномъ преобладаніи одного изъ этихъ плановъ. Этотъ плюрализмъ, какъ мы его понимаемъ, отнюдь не является методологическимъ ученіемъ, которое утверждаетъ множественность научныхъ точекъ зрѣнія на общество, а не множественность его природы. Наоборотъ, мы утверждаемъ конкретную множественность общественнаго бытія, которая можетъ быть опознана въ одной общей интуиціи соціальнаго цѣлаго. Такую интуицію и должна дать общественная философія. Что-же касается до частныхъ наукъ, то въ своихъ чисто техническихъ цѣляхъ онѣ могутъ обращать преимущественное вниманіе то на одну, то на другую сторону жизни, выбирая изъ цѣлаго по соображеніямъ пользы и надобности. Частныхъ наукъ всегда много, но различія ихъ методовъ не имѣютъ по большей части никакого особо-принципіальнаго и философскаго значительнаго характера.

§ 5. Правопорядокъ и стихійно-органическая сторона соціальной жизни.

Когда мы говоримъ, что право есть соціальное явленіе, мы тѣмъ самымъ считаемъ за первичный юридическій феноменъ не право въ объективномъ смыслѣ этаго слова (норму) и не субъективное право (право человѣка), мы считаемъ такимъ первичнымъ явленіемъ *фактъ правопорядка* или *правообщенія* въ широкомъ смыслѣ этого слова. Фактъ этотъ составляетъ одну изъ сторонъ соціальнаго порядка въ его цѣломъ и входитъ, слѣдовательно, въ одинъ изъ основныхъ плановъ соціальнаго бытія, какъ планы эти охарактеризованы нами въ предшествующемъ нашемъ очеркѣ. И нѣтъ никакого сомнѣнія, что правопорядокъ преимущественно принадлежитъ къ плану соціально-разумной и цѣлевой организаціи совмѣстной жизни людей, хотя вслѣдствіе цѣлостности соціальной жизни ему и не чуждо соприкосновеніе съ планами иными, иррацiонально-стихійными.

Нельзя не согласиться съ неоспоримой идеей, защищаемой исторической и соціологической школой правовѣдѣнія,—что въ исторически сложившихся обществахъ корни правопорядка глубоко заложены въ бытѣ народа, въ его коллективно-стихійной жизни. На раннихъ стадіяхъ развитія общественности, въ жизни дикихъ народовъ, право настолько еще не обособилось отъ прочихъ сторонъ быта, что поистинѣ его невозможно отличить отъ другихъ элементовъ соціальнаго бытія, отъ нравовъ, моды, приличій и т. п. Обособленіе правопорядка отъ быта является только въ процессѣ послѣдующей соціальной дифференціаціи, которая постепенно выявляетъ особое лицо права. Вѣрна также и другая мысль соціологическаго направленія,—что и въ жизни культурныхъ обществъ здоровый правопорядокъ долженъ стоять въ нѣкоторомъ соотвѣтствіи съ бытовымъ укладомъ народа, съ коллективно-стихійными особенностями его совмѣстной жизни. Въ ней лежитъ одинъ изъ вѣчныхъ источниковъ правотворчества, органически оплодотворяющій правовую жизнь народовъ и обществъ. Однако, эта неос-

поримая связь правопорядка съ стихіей быта не можетъ затемнять глубочайшихъ особенностей сколько-нибудь развитой правовой жизни. Чисто стихійнымъ путемъ въ обществѣ возникаетъ потребность высвободить нѣкоторыя стороны быта изъ состоянія стихійности и построить ихъ на началахъ сознательности и разумности. Изъ потребности этой и рождается то, что называютъ объективнымъ правомъ. Объективное право складывается изъ общихъ формулировокъ того, что народъ сознательно считаетъ желаннымъ и цѣннымъ въ своей жизни и что онъ отвергаетъ, какъ вредное и пагубное. Впрочемъ, возникнувъ изъ интересовъ соціально-практическихъ, объективное право всегда имѣетъ соціально-техническій уклонъ; общія положенія его составлены, обычно, примѣнительно къ практикѣ—поэтому они имѣютъ форму правилъ, предписаній и нормъ. Положительное право есть родъ особо построенной и особо формулированной соціальной техники, въ которой проявляется властная потребность народа взять въ свои руки нѣкоторыя, особо значительныя области стихійно-бытовой жизни. Поэтому, рожденіе объективнаго права есть въ то же время и рожденіе особаго технически-организаціоннаго аппарата, преслѣдующаго цѣли сознательнаго поддержанія даннаго уклада соціальной жизни. Никакая другая сторона народнаго быта не создаетъ техническаго аппарата охраны въ столь ясно выраженныхъ постоянныхъ формахъ, какъ это мы видимъ въ правопорядкѣ. Поэтому правопорядокъ, какъ только онъ дифференцируется изъ быта, неизбѣжно выливается въ форму *учрежденій*. Правопорядокъ всегда есть нѣкоторая организація, нѣкоторый воплощенный въ жизни планъ. Правда, планъ этотъ нельзя сравнить съ тѣмъ совершеннымъ планомъ строительства, по которому создаются новѣйшіе города; скорѣе, это—старый городъ съ кривыми улицами и переулками. Такъ и во всякомъ историческомъ правопорядкѣ дѣйствовала не только одна разумная сила, не только одна осознанная цѣль. Вліяли многочисленныя случайныя и бытовыя условія, искривляющія общее направленіе жизни. Однако, специфическій разумъ проглядываетъ и черезъ это нагроможденіе случайностей. Эта организація правопорядка требуетъ также и организаторовъ-техниковъ. Никакая другая область соціально—бытовой жизни, за исключеніемъ развѣ только области хозяйственно-техническаго строительства, не обзаводится постояннымъ составомъ спеціалистовъ-исполнителей въ такой степени, какъ правопорядокъ. Нѣтъ, напримѣръ, *профессіи* спеціалистовъ-моралистовъ, ибо моральное учительство не считается ни областью техники, ни профессіею. Но судья, чиновникъ, агентъ, должностное лицо —вотъ тѣ неизбѣжные придатки правового аппарата, которые рождаются уже на весьма раннихъ стадіяхъ его развитія. И наряду съ этимъ возникаетъ потребность въ созданіи юриспруденціи и ея служителей. Ученый классъ юристовъ уже на довольно раннихъ стадіяхъ общественнаго развитія является самостоятельной профессіей съ своими самостоятельными задачами. И ни въ одной области бытовой жиз-

ни такъ рано не возникаетъ потребность собранія и систематизаціи тѣхъ техническихъ предписаній и правилъ, которая нызываются правомъ положительнымъ. Попытки кодификаціи положительнаго права принадлежатъ къ числу исторически наиболѣе раннихъ научно-техническихъ заданій, выполненіе коихъ совершается въ эпохи, не знающія еще, что такое естественно-научная техника. Наконецъ, раціонально-цѣлевой характеръ права обнаруживается еще и въ стремленіи воплотить въ особыя сознательныя формы самый процессъ правотворчества. Въ процессѣ организаціи правопорядка спеціализируются учрежденія, цѣлью которыхъ является сознательное урегулированье соціальной жизни. Это—законодательныя учрежденія съ спеціальными задачами и функціями. Сказанное убѣждаетъ насъ, что правовая жизнь общества преимущественно основывается на стремленіи къ сознательному цѣлеполаганію и къ сознательному, разумному творчеству. Отсюда становится понятнымъ преимущественно нормативный характеръ права. Въ нормѣ правопорядокъ достигаетъ своего разумно-регулирующаго выраженія и становится истинно сознательной силой. На этомъ основывается также преимущество *закона*, какъ ясно выраженнаго правоположенія, передъ *обычаемъ*, какъ правоположеніемъ молчаливо признаннымъ. Всякій правопорядокъ, какъ порядокъ разумной и сознательный, неизбѣжно стремится вылить свои принципы въ ту форму, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ требованіямъ раціональности.

Такимъ образомъ можно сказать, что первой и основной цѣнностью, къ реализаціи которой стремится право, *являлся разумно построенный порядокъ, т. е. равномѣрность соціальнаго движенія.* Но порядокъ этотъ можетъ быть достигнутъ совершенно различными способами. Мы подходимъ сейчасъ къ вопросу объ отношеніи права къ той соціальной стихіи, которую мы назвали механистической и которая всего болѣе ясно проявляется въ свободной игрѣ экономическихъ силъ.

Двумя способами можетъ относиться правопорядокъ къ свободной игрѣ неурегулированнаго экономическаго общенія: право можетъ или направить всю мощь своей регулирующей энергіи на обузданіе экономической анархіи, или же можетъ стать по отношенію къ послѣдней въ роли посторонняго зрителя*). Первое положеніе вноситъ въ сферу экономическаго произвола начало принудительнаго и планообразнаго регулированія. Когда начало это осуществлено, на мѣсто механистической стихіи, созданной свободно экономическимъ оборотомъ, устанавливается принудительная организація соціально-коллективнаго хозяйства. Въ основу общественнаго хозяйства полагается нѣкоторый единый технической планъ, который превращаетъ хозяйственное цѣлое въ нѣкоторое цѣлевое, или телеологическое единство, въ нѣкоторую единую и цѣлесообразно урегулированную соціальную систему. Такой общественно-эконо-

*) О различныхъ видахъ хозяйственной организаціи общества, см. П. Б. Струве Хозяйство и цѣна, ч. I, СПБ. Москва, 1913, стр, 7 и сл.

мическій строй можно назвать коллективизмомъ или коммунизмомъ. Современный соціализмъ съ юридической точки зрѣнія представляетъ собой рядъ проектовъ и плановъ раціональной организаціи свободно-экономической стихіи буржуазнаго хозяйства на основѣ нѣкотораго общаго плана. Поэтому онъ и борется съ анархіей современнаго производства, съ принципомъ экономической свободы и экономическаго самоопредѣленія. Но правовая организація можетъ и не ставить своей цѣлью борьбу съ свободной экономической стихіей. Напротивъ, правовой порядокъ можетъ считать эту стихію громадной соціальной цѣнностью, орудіемъ техническаго прогресса, средствомъ экономическаго обогащенія и благополучія. Такова система экономическаго либерализма, исповѣдуемая не только сторонниками современнаго экономическаго строя, но и многими соціалистами и анархистами*). Въ такомъ случаѣ правопорядку не остается ничего иного, какъ *дозволить* экономической стихіи развертывать свою свободную игру, охраняя ее отъ посягательствъ принужденія и обезпечивая въ соціальной жизни наиболѣе благопріятныя условія для проявленія свободы. Правовой принципъ превращается здѣсь изъ средства насильственнаго принужденія въ начало *хозяйственной автономіи***). Таково частное право современныхъ обществъ. Частное право по существу своему есть область автономіи. Свобода есть основная категорія частнаго права. Частное право, строго говоря, ничего положительно не предписываетъ и ничего не повелѣваетъ. Оно надѣляетъ человѣка цѣлымъ рядомъ способностей или свойствъ, причемъ свойства эти чисто эвентуальны, а не необходимы. Свойства эти человѣкъ можетъ пріобрѣтать и терять по доброй волѣ своей или по случайному стеченію обстоятельствъ. Съ точки зрѣнія частнаго права „люди разсматриваются, какъ случайные носители юридическихъ званій: конкретныя существа, обладающія постоянствомъ, здѣсь исчезаютъ. Одинъ индивидуумъ является сегодня заимодавцемъ, завтра—собственникомъ; другой, сегодня мелкій земледѣлецъ, превращается завтра въ ремесленника, работающаго сдѣльно и т. п. Личность лишена всякаго постоянства; она разлагается на послѣдовательный рядъ мелкихъ машинъ, къ которымъ прилѣплены извѣстные ярлыки, указывающіе различныя качества, которыми онѣ обладаютъ при различныхъ своихъ назначеніяхъ: внутреннее выраженіе постоянства упразд-

*) Наиболѣе популярная нынѣ соціалистическая доктрина К. Маркса и его послѣдователей страдаетъ полной неопредѣленностью въ вопросѣ объ отношеніи будущаго строя къ свободной экономической стихіи. Ср. объ этомъ цѣнныя замѣчанія у А. Лабріола Реформизмъ и синдикализмъ, пер. съ итальянскаго, СПБ., 1907, стр. 164 и сл. Болѣе или менѣе отрицательно къ этой стихіи относится Шеффлэ, „Квинтъ-эссенція соціализма“ и вообще всякій чисто государственный соціализмъ, вѣчный прообразъ котораго изображенъ Платономъ въ его государствѣ. Противоположная точка зрѣнія особо блестяще развита у синдикалистовъ. Ср., напр., Сорель, Соціальные очерки современной экономіи, М. 1908. Также „Соціальное движеніе въ современной Франціи“. Сборникъ статей подъ ред. Л. С. Козловскаго, М. 1908, ост. 109 и сл. Изъ анархистовъ см. интересныя въ этомъ отношеніи замѣчанія у Тэкера, Вмѣсто книги, М. 1908.

**) Ср. Струве, 1. с., стр. 9 и сл.

нено, какъ говорятъ ученики Бергсона, и замѣнено правильными движеніями различныхъ, не зависящихъ другъ отъ друга пружинъ" *). Въ предѣлахъ этого отчасти вытекающаго изъ сознательнаго намѣренія, отчасти случайнаго движенія нѣтъ мѣста прямому повелѣнію и предписанію. Обязанности возникаютъ условно, завися отъ пріобрѣтенія опредѣленнаго ярлыка: если сталъ собственникомъ, поступай такъ-то и такъ-то; заключилъ договоръ, поступай иначе. Частно-правовыя „нормы" не суть нормы повелѣвающія, но условныя опредѣленія человѣческаго поведенія. Я принимаю условіе, поэтому я „обязанъ" и дѣйствую въ предѣлахъ обязанности. Частное право повелѣваетъ постольку, поскольку приклеенъ ярлыкъ. Но ярлыкъ можно уничтожить, обязанность погасить,—и я освобождаю себя отъ повелѣнія.

Но частное право охватываетъ собою только часть соціальной автономіи, — автономію хозяйственную. Политическая жизнь обществъ современной европейской культуры расширяетъ область правовой автономіи и на цѣлый рядъ другихъ сторонъ соціальнаго цѣлаго. Составляющее одну изъ предпосылокъ современнаго правового государства ученіе неотчуждаемыхъ правъ человѣка и гражданина относится также къ области правовой автономіи въ широкомъ смыслѣ этого слова. Ибо что иное устанавливаютъ прирожденныя естественныя права личности, какъ не способность безусловнаго самоопредѣленія въ области религіи, личной нравственности, научной совѣсти, политическихъ убѣжденій и т. п.? Установленіе этихъ правъ есть установленіе *свободы отъ государства*, отъ его внѣшняго и принудительнаго вмѣшательства. Такимъ образомъ то, что публицисты называютъ нынѣ *негативнымъ статусомъ***), есть также область автономіи, которая отличается отъ частнаго права своимъ объектомъ, по существу-же представляется явленіемъ одного и того-же съ нимъ порядка. И нельзя не согласиться съ взглядомъ, защищаемымъ Л. І. Петражицкимъ, что эту область правовыхъ явленій можно объединить въ одну самостоятельную правовую систиму подъ именемъ „лично-свободнаго права", основой котораго служитъ управленіе человѣческимъ поведеніемъ путемъ „децентрализаціи". Системѣ этой противостоитъ другая, противоположная —„право соціальнаго служенія", или система „централизованная", „организованная", „соціалистическая" ***). Границы между этими двумя системами въ живомъ общественномъ цѣломъ постоянно мѣняются: то система организаціи постепенно вторгается въ стихію свободы,—процессъ, конечнымъ предѣломъ котораго является установленіе полнаго коллективизма (коммунизмъ въ области экономической, полицейская опека—въ области духовной); то система свободы разрушаетъ рамки внѣшней организаціи и устанавливаетъ анархическій порядокъ тамъ, гдѣ ранѣе царствовалъ разумный планъ и законъ (предѣлъ—устано-

*) Сорель, Соціальные очерки современной экономіи, стр. 270—271.

**) Объ этомъ ср. Jellineck, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1905, s. 81 ff

***) Л. І. Петражицкій, Теорія права и государства, т. II, изд. 2-ое, §§ 46—50.

вленіе анархическаго сообщества, отрицающаго всякую планообразную организацію общественнаго цѣлаго). Правовыя государства новѣйшей европейской культуры начали свою новѣйшую исторію съ увлеченія идеями „лично-свободнаго“ права. Идеаламъ манчестерства въ области экономической соотвѣтствовали идеалы либерализма въ области государственной,—тѣ идеалы, согласно которымъ государственный порядокъ мыслится только негативно, какъ охрана свободы. Въ теченіе XIX вѣка увлеченіе идеалами экономическаго и политическаго либерализма (постепенно проходитъ*). Наступаетъ увлеченіе соціализмомъ, доктрина котораго властно требуетъ установленія въ области соціально-экономическихъ отношеній внѣшне планообразной организаціи, призванной широко замѣнить систему свободы системой широкаго „соціальнаго служенія“ и обязать повинностями тамъ, гдѣ ранѣе господствовалъ личный произволъ. Настоящая эпоха стоитъ подъ знаменемъ соціализма, подъ девизомъ широкой соціально-технической организаціи. Сфера свободной стихіи суживается, организующій правовой принципъ все болѣе и болѣе охватываетъ соціальную жизнь. И тѣмъ самымъ область автономіи и децентрализаціи все болѣе и болѣе захватывается централизованной дѣятельностью единаго регулирующаго аппарата. „Права“ становятся „обязанностями“ и „повинностями“. Общество начинаетъ все болѣе и болѣе пріобрѣтать форму цѣлевой и внѣшне урегулированной системы. Правопорядокъ все болѣе и болѣе начинаетъ входить въ народное хозяйство, превращая его въ нѣкоторый цѣлостный соціально-техническій аппаратъ.

Если обратить вниманіе на эти соціалистическія тенденціи современнаго общества, то отношеніе въ немъ права къ хозяйству приходится опредѣлить, какъ отношеніе регулирующей цѣли къ регулируемому матеріалу. Если же, наоборотъ, принять во вниманіе отношеніе „лично-свободнаго права“ къ хозяйственной дѣятельности, то здѣсь право является какъ бы „формой“ хозяйства, „внѣшней оболочкой соціальнаго способа производства“ **). Съ этими оговорками и только въ этомъ значеніи можно согласиться съ извѣстной теоріей Штаммлера ***), согласно которой хозяйство является „матеріей“ соціальной жизни, а право его „формой“. Но многомысленная идея „формы“ не имѣетъ при этомъ никакого метафизическаго, онтологическаго или гносеологическаго значенія. Право не есть ни „логическое условіе“ для познанія соціальной жизни (a priori Канта); ни формирующій матерію имманентный принципъ вродѣ „энтелегіи“ Аристотеля ****). „Формой“ право можно назвать въ обыденномъ, довольно расплывчатомъ смыслѣ

*) Подробности объ этомъ см. Б. В. Чрединъ, Народное трудовое государство и основныя экономическія права, Москва, 1918.

**) Ср. С. Н. Булгаковъ, Хозяйство и право въ „Сборникѣ общественно-юридическихъ знаній подъ ред. Ю. С. Гамбарова“, вып. I, 1899, ср. 158.

***) Ср. вышецитированное сочиненіе его „Хозяйство и право etc.

****) Детальную критику, выясняющую многосмысленность терминологіи Штаммлера, далъ M. Weber, R. Stammler's „Ueberwindung“ d. materialistischen Geschichtsauffassung, Archiv, für, Sozialwissenschaft, 1907.

этого понятія, обозначая тѣмъ нѣчто внѣшнее и въ то же время опредѣляющее структуру предмета. Въ переводѣ на научный языкъ это и будетъ правовой „автономіей", т.-е. сознательнымъ предоставленіемъ самоопредѣляться тамъ, гдѣ можно было бы опредѣлять насильственно и властно. Это есть отказъ отъ регулированья, который можетъ быть въ любое время отмѣненъ и замѣненъ сознательнымъ управленіемъ общественной жизнью. Равномѣрность соціальнаго движенія можетъ быть достигнута такимъ образомъ при помощи двухъ возможностей,— при помощи *свободы* или *принудительной организаціи*. Таковы двѣ новыя цѣнности, лежащія въ основаніи правопорядка и составляющія основу для образованія двухъ различныхъ типовъ правообщенія.

§ 6. Право и техника.

Итакъ, по отношенію къ стихійно-автоматическимъ сторонамъ соціальной жизни правопорядокъ выступаетъ, какъ царство цѣлей, какъ начало разумное, направляющее и регулирующее. Остается разсмотрѣть, каково же отношеніе права къ другимъ областямъ человѣческой цѣлевой дѣятельности. И такъ какъ среди нихъ наиболѣе существенную роль играетъ техника, то вопросъ объ отношеніи права къ техникѣ пріобрѣтаетъ первостепенную важность. Значительность этой проблемы усугубляется тѣмъ, что она обычно лежитъ внѣ интереса юристовъ и соціальныхъ философовъ, между тѣмъ какъ разсмотрѣніе ея принадлежитъ къ основнымъ вопросамъ философіи права.

Не является-ли въ самомъ дѣлѣ любой правовой аппаратъ своеобразнымъ техническимъ приспособленіемъ, построеннымъ для того, чтобы люди могли жить въ сообществѣ себѣ подобныхъ? Такъ люди, чтобы вообще жить, не могутъ не ставить себя въ извѣстное техническое отношеніе къ природѣ. Въ томъ, что человѣкъ есть животное, дѣлающее орудія, имѣется своеобразная физическая необходимость. При помощи своихъ техническихъ изобрѣтеній человѣкъ поддерживаетъ свою жизнь, какъ животное поддерживаетъ жизнь свою посредствомъ данныхъ ему природой инстинктовъ. По отношенію къ міру человѣкъ *не можетъ* выступать иначе, чѣмъ технически, обработывая его и приспособляя къ своимъ цѣлямъ. Но можетъ ли онъ жить въ сообществѣ съ другими людьми безъ своеобразной соціальной техники? Не является ли, слѣдовательно, правопорядокъ тѣмъ же *орудіемъ* борьбы за жизнь, какъ топоръ, соха, мечъ? Если бы это было такъ, то въ основаніи правопорядка лежала бы нѣкоторая *техническая* необходимость, обосновывающая внутренній смыслъ его существованія. Правда, такого рода необходимость не является абсолютной, и построенное на ней оправданіе права нельзя не признать относительнымъ. Но не нужно, однако, преуменьшать значенія этой относительной технической цѣнности права. При извѣстныхъ условіяхъ она настолько можетъ быть связана со всѣмъ физическимъ бытіемъ человѣческой жизни, что существованіе обществъ безъ правопорядка равносильно было бы существо-

ванію человѣчества безъ его физической природы, безъ ея нуждъ, потребностей и вытекающей изъ нея борьбы за жизнь.

Эта *техническая* цѣнность права давно уже была предметомъ вниманія философовъ. Государственный и правовой порядокъ, какъ *техническій аппаратъ* для безопасной жизни людей—такова была старинная тема, разработанная школой естественнаго права и, пожалуй, всего болѣе ярко англичаниномъ Ѳомою Гоббсомъ.

Основаніе правопорядка Гоббсъ видитъ въ себялюбивой, эгоистической природѣ человѣка. Общества людей образуются вовсе не изъ прирожденнаго соціальнаго чувства, но отъ взаимнаго страха. Причина же страха лежитъ отчасти въ природномъ равенствѣ людей, отчасти въ ихъ желаніи вредить другъ другу. „Если мы посмотримъ"—говоритъ Гоббсъ—„даже на зрѣлыхъ людей, если мы обратимъ вниманіе на то, какъ хрупки соединенія человѣческаго тѣла... какъ легко слабѣйшему убить каждаго сильнѣйшаго, чѣмъ онъ, мы не найдемъ никого, кто, полагаясь на свои силы, считалъ бы себя отъ природы созданнымъ сильнѣе другихъ" *). Въ то же время желаніе вредить другъ другу „присуще въ естественномъ состояніи всѣмъ". „Наиболѣе частая причина, въ силу которой люди желаютъ вреда другу, состоитъ въ томъ, что многіе желаютъ одновременно одну и туже вещь, которой, однако, чаще всего они не могутъ ни пользоваться сообща, ни подѣлить между собой, откуда слѣдуетъ, что ее нужно отдать сильнѣйшему; кто же является сильнѣйшимъ, рѣшается борьбой" **). Отсюда и возникаетъ взаимный страхъ у людей. „Идущіе спать запираютъ двери, путешествующій держится за оружіе потому, что они боятся разбойниковъ. Государства, обычно, защищаютъ границы войсками, города стѣнами изъ страха передъ сосѣдними государствами" *). Ибо люди увѣрены, что не будь этихъ оборонительныхъ средствъ, жизнь ихъ не будетъ въ безопасности. Жизнь людей, необставленная средствами защиты, является наиболѣе жалкой и невыносимой. Это есть состояніе вѣчнаго страха и вѣчныхъ опасеній,—и опасеній не праздныхъ, такъ какъ дѣйствительно воцаряется власть всеобщей вражды тамъ, гдѣ дурныя страсти не сдерживаются силой учрежденій. „Если къ природной склонности людей вступать въ борьбу другъ съ другомъ, которую выводятъ отчасти изъ страстей, отчасти изъ пустого самовозвеличиванія, ты прибавишь еще, читатель, право всѣхъ на все, по которому одинъ по праву нападаетъ, а другой по праву защищается и благодаря которому рождается постоянное заподозрѣванье другъ друга и вражда, если ты оцѣнишь, какъ трудно, будучи въ маломъ числѣ и обладая слабымъ вооруженіемъ, уберечься отъ враговъ, нападающихъ съ намѣреніемъ предупредить насъ и угнетать, ты не можешь отрицать, что естественнымъ состояніемъ людей, прежде чѣмъ

*) Th. Hobbes, Elementa philosophica de cive, Amsterodami, 1762. Cap. I, § 3; русск пер. В. Погосскаго, Москва, 1914, стр. 22.

**) Ibid., § 4; р. п. стр. 23.

*) Ibid § 2, Not. b.; р. п., стр. 22 прим.

они соединились въ общество, была война, и не простая война, а война всѣхъ противъ всѣхъ. Что такое война, какъ не время, въ теченіе котораго желаніе вступить въ борьбу силой выражается съ достаточной ясностью въ словахъ и поступкахъ? Остальное время называется миромъ" *). Вотъ чтобы защититься отъ бѣдствій борьбы всѣхъ противъ всѣхъ, люди и строятъ искусственную, громадную машину, созданную для обезпеченіе всеобщей безопасности. Это есть организованное на началахъ права государство,—великій Левіаѳанъ, какъ называлъ его Гоббсъ.

Правопорядокъ съ этой точки зрѣнія является инструментомъ, который преслѣдуетъ цѣли общественной безопасности и длительнаго совмѣстнаго существованія. Въ немъ нѣтъ никакихъ высшихъ этическихъ цѣнностей, а только цѣнность техническая, инструментальная. Геніально выразилъ это въ одномъ изъ своихъ сочиненій Иммануилъ Кантъ. „Проблема учрежденія государства"—говоритъ онъ—„какъ бы рѣзко это ни звучало, разрѣшима даже для народа дьяволовъ (если только они обладаютъ разсудкомъ). Она гласитъ слѣдующее: „Такъ упорядочить нѣкоторое количество разумныхъ существъ, которыя въ своей совокупности требуютъ для поддержанія своей жизни общихъ законовъ, но изъ которыхъ каждое втайнѣ склонно уклониться отъ нихъ, и такъ организовать ихъ устройство, что, несмотря на противоположность ихъ личныхъ побужденій, послѣднія, однако, такъ парализовали бы другъ друга, чтобы въ публичномъ поведеніи людей результатъ былъ именно тотъ, какъ если бы они совсѣмъ не имѣли такихъ злыхъ побужденій" **). „Такая проблема"—продолжаетъ Кантъ—„должна быть разрѣшимой. Вѣдь дѣло идетъ не о *моральномъ улучшеніи людей, а только о механизмѣ природы*, о которомъ, согласно задачѣ, требуется узнать, какъ можно было бы воспользоваться имъ въ людяхъ, чтобы такъ направить въ народѣ противорѣчіе изъ непримиримыхъ побужденій, что они сами заставятъ другъ друга подчиниться принудительнымъ законамъ и такимъ образомъ необходимо осуществятъ состояніе мира, гдѣ сила въ законѣ... Изъ этого слѣдуетъ, что разумъ можетъ воспользоваться посредствомъ эгоистическихъ склонностей... механизмомъ природы, какъ средствомъ для того, чтобы осуществить свою собственную цѣль—предписаніе права—и этимъ способствовать внѣшнему и внутреннаму миру и охранять его, поскольку это зависитъ отъ самого государства" ***) Правовой и государственный порядокъ есть, съ точки зрѣнія изложенной теоріи, чисто техническая система. Правопорядокъ есть продуктъ той „хитрости" человѣческаго разума, которая составляетъ основу нашей технической дѣятельности; это есть та „посредствующая дѣятельность", при помощи которой мы заставляемъ людей дѣйствовать другъ на друга, подвергаемъ ихъ какъ бы взаим-

*) Ibid § 12; р. пер., стр. 25.

**) И. Кантъ, Вѣчный миръ, пер. С. М. Роговина и Б. В. Чредина, 1905, ср. 37

***) Ibid., стр. 38.

ному тренію, но такъ, что въ результатѣ получается извѣстной полезный результатъ—возможность безопасной совмѣстной жизни.

Противъ этой теоріи можно возразить, что правопорядокъ вѣдь обычно не изобрѣтается, а исторически рождается. Но не рождаются ли такимъ же путемъ и другія техническія орудія? Кто „изобрѣлъ" соху, топоръ, землепашество, домостроительство, одежды и пр.? Техническія орудія первоначально являются продуктомъ коллективнаго творчества, въ которомъ отдѣльныя „заданія" рѣшаются общимъ историческимъ разумомъ въ долгомъ общественномъ процессѣ. Техника, какъ сознательное искусство, есть позднѣйшій продуктъ. Не то же ли самое мы наблюдаемъ и въ жизни права? Родившись изъ стихійнаго творчества, оно постепенно становится продуктомъ разумнаго цѣлеполаганія?

Но если правопорядокъ достаточно ясно обнаруживаетъ эту свою техническую сторону, то нельзя закрывать глазъ и на столь же неоспоримыя особенности этого рода, мы бы сказали, соціальной техники. И прежде всего бросается въ глаза ея несомнѣнно *консервативный* характеръ. Соціальная техника обнаруживаетъ какую-то особую устойчивость своихъ формъ, какую мы наблюдаемъ развѣ только на первоначальныхъ стадіяхъ развитія техники промышленной и научной. Правовыя формы и учрежденія, въ особенности въ области частно-правовыхъ отношеній, не подлежатъ какъ будто тому быстрому развитію, какое мы наблюдаемъ въ другихъ областяхъ техническихъ изобрѣтеній. Правовая мысль какъ бы застыла на томъ, что было извѣстно еще глубокой древности, она доселѣ примѣняетъ еще тѣ первобытныя средства, какія практиковались тысячелѣтія тому назадъ. Примѣръ римскаго права лучше всего иллюстрируетъ нашу мысль. Но и въ области публично-правовыхъ отношеній нельзя преувеличивать того прогресса, который былъ достигнутъ новѣйшей европейской культурой. Прочтите политику Аристотеля, и вы увидите, что многое и самое значительное было уже извѣстно древнимъ грекамъ, которые и не подозрѣвали о паровыхъ машинахъ, электричествѣ, радіи, х-лучахъ и т. п. Многіе склоны приписывать этотъ консерватизмъ своеобразной косности и отсталости юристовъ и государствовѣдовъ. Юриспруденція доселѣ еще не вышла изъ стадіи схоластическаго міросозерцанія и схоластической науки,—какой же при такихъ условіяхъ возможенъ еще прогрессъ? Но стоитъ юриспруденціи широко открыть двери новому научному міросозерцанію и новымъ научнымъ пріеммамъ,—и результаты не замедлятъ выявиться*)

Однако, мы должны установить, что попытокъ въ этомъ направленіи было много, но ожидаемыя реформы юриспруденціи оказывались весьма ничтожными по своимъ результатамъ. Еще до сихъ поръ наука о правѣ ждетъ своего генія, который бы сдѣлалъ подлинное открытіе, какихъ столь много было въ области техники промышленной. И мы сомнѣваемся, дождется ли она его когда-нибудь? Повидимому, сфера соціальной техники по природѣ своей обладаетъ такими

*) Ср. выше, гл. I, стр. 9.

особенностями, которыя обрекаютъ ее на своеобразный консерватизмъ. Все дѣло въ томъ, что какъ бы мы ни сближали правопорядокъ съ обыкновеннымъ техническимъ аппаратомъ, между тѣмъ и другимъ остаются существеннѣйшія различія, которыя дѣлаютъ соціальную технику техникой совсѣмъ особаго рода. Различія эти, обычно, игнорируются философіей права, между тѣмъ въ нихъ лежитъ одна изъ самыхъ интересныхъ особенностей правовыхъ явленій. Различія эти можно свести къ слѣдующимъ:

1) Всякая техническая дѣятельность предполагаетъ, съ одной стороны, разумный планъ, техническій умыселъ, съ другой стороны—используемый и эксплоатируемый въ извѣстныхъ цѣляхъ матеріалъ. Техническій умыселъ по существу своему всегда чуждъ матеріалу, по отношенію къ которому онъ выступаетъ, какъ посторонняя сила. Поэтому обработываемый матеріалъ въ своемъ отношеніи къ умыслу является тѣмъ видомъ матеріи, которая имѣетъ цѣнность постольку, поскольку она служитъ цѣли. Какъ только это служеніе кончается, матеріалъ выбрасывается, какъ безцѣнный, или же замѣняется другимъ, болѣе удобнымъ, полезнымъ и пригоднымъ. Иное отношеніе между цѣлью и матеріей наблюдаемъ мы въ правопорядкѣ. Матеріей здѣсь являются тѣ самые, находящіеся въ общеніи люди, которые ставятъ цѣли безопаснаго и длительнаго совмѣстнаго существованія. Цѣль здѣсь какъ бы лежитъ въ самой матеріи, не чужда ей и не постороння. Поэтому правовую организацію никакъ нельзя сравнить съ аппаратомъ, который просто обрабатываетъ и используетъ извѣстный матеріалъ. Можно допустить возможность такого общества, въ которомъ одни используются другими въ извѣстныхъ, совершенно чуждыхъ послѣднихъ цѣляхъ. Но совершенно ясно, что отношеніе между первыми и вторыми никакъ не можетъ быть названо правопорядкомъ. Какъ не можетъ возникнуть правопорядка между пастухомъ и принадлежащимъ ему стадомъ, между человѣкомъ и вьючнымъ животнымъ, такъ нѣтъ его и между людьми, изъ которыхъ одни односторонне властвуютъ, а другіе безправно повинуются. Въ этомъ отношеніи человѣкъ является простой вещью, рабомъ, а не членомъ правообщенія. Правопорядокъ впервые наблюдаемъ мы тамъ, гдѣ люди встрѣчаются другъ съ другомъ, какъ обладающіе нѣкоторыми правами, какъ самостоятельныя члены одного соціальнаго цѣлаго, а не какъ безразличный и подлежащій обработкѣ матеріалъ. Техника общенія устроется для самой матеріи, а не для трансцендентной ей цѣли. Поэтому матерія общенія пріобрѣтаетъ особую цѣнность,—цѣнность самоцѣли, а не только средства. Существенное различіе это, столь обычно игнорируемое новѣйшей наукой, весьма яснымъ представлялось старой политикѣ въ лицѣ его замѣчательнѣйшаго представителя, Аристотеля. „Всякаго рода ремесленники"—говоритъ онъ—„напр., ткачи, кораблестроители, должны имѣть въ своемъ распоряженіи матеріалъ, пригодный для ихъ работы; и чѣмъ этотъ матеріалъ будетъ лучше из-

готовленъ, тѣмъ, разумѣется, лучше будетъ и продукты ремесла. Точно такъ же и въ рукахъ государственнаго дѣятеля и законодателя долженъ быть въ распоряженіи соотвѣтствующій и пригодный матеріалъ" *) Матеріаломъ государственной цѣли являются граждане. Спрашивается, въ какомъ же отношеніи государственная цѣль стоитъ къ матеріалу и какъ она должна „обрабатывать" его? По мнѣнію Аристотеля, политика различаетъ два рода такого отношенія или два рода властвованія,— властвованье деспотическое и политическое. Первое есть власть надъ рабами, второе—власть надъ свободными и равными. Отсюда господинъ не то же самое, что царь. Власть надъ рабами не представляетъ изъ себя ничего почтеннаго, тогда какъ власть надъ свободными и равными есть дѣятельность нравственная и возвышенная. Поэтому „и наука о власти господина не заключаетъ въ себѣ ничего ни великаго, ни возвышеннаго; ея задача показать, что рабъ долженъ умѣть исполнять, а господинъ долженъ приказывать" **). „И тѣ изъ господъ, которымъ дана возможность избѣжать этихъ хлопотъ, передаютъ свои обязанности по надзору за рабами управляющему, сами же занимаются политикой или философіей" ***). Разумѣется, фактически могутъ существовать и рабскія государства, практикующія только деспотическую власть. Таковы, по мнѣнію Аристотеля, всѣ извращенныя политическія формы, гдѣ имѣется въ виду только личная польза правителей и гдѣ отношеніе ихъ къ подданнымъ только деспотическое. Но всякое „правовое" государство должно состоять не изъ рабовъ, а изъ гражданъ. Рабы, конечно, могутъ входить въ него, но они находятся какъ бы внѣ политическаго властительства, являются одной изъ технико-экономическихъ базъ государства, а не политической составной его частью. Поэтому, говоритъ Аристотель, нельзя стремиться къ деспотической власти надъ всѣми. „Вѣдь для того, чтобы устроить пиръ, либо жертвоприношеніе, не на людей же должно устраивать охоту" ****).

2) Это свойство ставитъ матерію правообщенія въ совершенно особое положеніе, которое никогда не наблюдается въ области техники. Люди въ правопорядкѣ бываютъ связанными не только отношеніями взаимныхъ услугъ, но и отношеніями справедливости. Элементарнѣйшимъ выраженіемъ этой справедливости является, такъ называемое, формальное господство закона. Правопорядокъ всегда устанавливаетъ нѣкоторый общій принципъ въ человѣческихъ отношеніяхъ, и передъ этимъ принципомъ онъ ставитъ всѣхъ въ одинаковое положеніе. Законъ этотъ по содержанію своему можетъ и не удовлетворять условіямъ равенства. Однимъ онъ можетъ давать много, другимъ мало; на однихъ онъ можетъ накладывать болѣе повинностей, чѣмъ на другихъ. Однако, въ предѣлахъ всѣхъ этихъ матеріальныхъ разностей устана-

*) The Politics of Aristotle by W. L. Newmann. Oxford, 1887—1902. 1325 b; п. п. С. А. Жебелева. стр. 307.

Ibid., 1256 a; р. п., стр. 18.

**) Ibid.

***) Ibid., 1324 b.; р. п., стр. 303,

вливается нѣкоторый общій шаблонъ, который вводитъ соціальныя отношенія въ рамки постоянной координаціи. Правопорядокъ формально чуждъ началу личнаго усмотрѣнія и произвола, онъ устанавливаетъ господство безличнаго разума, изъ принциповъ котораго уже нѣтъ исключеній. Мы часто слышимъ, что праву свойственны въ соціальной жизни функціи смягчающія и облагораживающія. Это—глубоко вѣрная мысль. Тамъ, гдѣ въ соціальный порядокъ вторгается хотя бы зачаточный элементъ права, тамъ соціальная жизнь поднимается на болѣе высокій культурный уровень. Ибо господство безличнаго разума, въ какое бы содержаніе оно не выливалось, есть все же большая гарантія справедливости, чѣмъ господство личныхъ капризовъ и личнаго произвола. Человѣкъ, пріучающійся уважать правовой шаблонъ, проходитъ первую и самую элементарную школу справедливости. Онъ привыкаетъ смотрѣть на другого человѣка не съ точки зрѣнія своихъ индивидуальныхъ склонностей, а съ точки зрѣнія нѣкоторыхъ общихъ началъ. Тѣмъ самымъ онъ дисциплинируетъ свою волю и привыкаетъ систематизировать свои поступки. Въ другихъ людяхъ онъ привыкаетъ видѣть не предметъ эксплоатаціи, не объектъ пользованья, но еще нѣчто противостоящее интересамъ пользы, какъ самоцѣнность и самоцѣль. Въ этомъ отношеніи даже рабъ, введенный въ правопорядокъ, стоитъ нравственно выше, чѣмъ рабъ, находящійся подъ исключительной властью личнаго произвола. Упорядоченное рабство выше, чѣмъ неупорядоченное, какъ вообще порядокъ выше, чѣмъ безпорядокъ и произволъ.

Охарактеризованными свойствами правопорядка и объясняется его особая, отмѣченная выше консервативность. Техника имѣетъ дѣло съ относительной по своей цѣнности матеріей; для технической дѣятельности нѣтъ ничего разъ навсегда установленнаго, нѣтъ ничего святого. То, что удобнѣе, въ любой моментъ вытѣсняетъ менѣе удобное, и дѣло только идетъ объ отысканіи наибольшаго удобства и наибольшей пользы. Поэтому техническій порядокъ не имѣетъ характера какой-либо ненарушимости или заповѣданности. Но какъ разъ этими свойствами и обладаетъ всякій правопорядокъ. Съ неумолимостью требуетъ онъ своего осуществленія и исполненія, разъ навсегда связывая волю тѣхъ, кто является его исполнителями. Всякій законъ, какъ бы онъ ни былъ несправедливъ, есть законъ, слѣд., долженъ соблюдаться. Dura lex, sed lex. Разъ изданный, законъ тяготитъ къ исполненію, обязываетъ даже верховную и несвязанную волю. Узы закона лежатъ даже на неограниченномъ монархѣ, если онъ не является простымъ тираномъ и деспотомъ. Поэтому и абсолютное государство имѣетъ правовую форму въ своихъ актахъ и дѣйствіяхъ,—и оно несравненно лучше деспотіи, которая не знаетъ узъ закона и не чувствуетъ, что такое право. Эти святость и ненарушимость права есть основаніе тѣхъ явленій, которыя мы никогда не встрѣчаемъ въ отношеніяхъ

техническихъ—явленій нарушенія нормъ или преступленія. Техническій планъ можетъ быть не выполненъ, это будетъ техническою ошибкой, промахомъ, ведущимъ къ результатамъ технически вреднымъ, но будетъ ли такая ошибка нарушеніемъ святости и заповѣданности заповѣдей, и будемъ ли мы называть ее неправдой и виной? Вины и неправды никогда не возникаетъ и не можетъ возникнуть по отношенію къ технически полезной матеріи, повиннымъ можно быть только по отношенію къ чему-то цѣнному, неправымъ по отношенію къ личности.

Все это убѣждаетъ насъ, что та система отношеній, которую мы называемъ правовой системой, имѣетъ глубочайшія отличія отъ любого техническаго аппарата. Этимъ конечно не сказано, что правопорядокъ лишенъ элементовъ технической системы. Конечно, хорошій правопорядокъ долженъ быть удобенъ, долженъ извлекать наибольшую пользу при наименьшей затратѣ энергіи, долженъ быть экономиченъ. Возможно, что современный правопорядокъ даже культурныхъ народовъ во многомъ не отвѣчаетъ этимъ условіямъ. Но всегда нужно помнить, что на одномъ техническомъ принципѣ не построишь права. Система жизни можетъ быть верхомъ техническаго совершенства, но это еще не значитъ, что она правовая система. Правовая система есть особый родъ соціальной техники, построенный не на принципѣ использованья, а на признаніи самоцѣнности личности, начала законности и начала ненарушимости правовыхъ институтовъ.

§ 7. Право и нравственность.

По существу своему право стоитъ гораздо ближе къ нравственности, чѣмъ къ техникѣ. Нравственное общеніе между людьми, такъ же какъ и правообщенін, построенно не на принципѣ пользы и выгоды, но на началѣ самоцѣнности личности и на признаніи особыхъ законовъ добра, которые мы считаемъ святыми и ненарушимыми. Эта существенная близость права и нравственности издавна была отмѣчена философіей права, которая считала правовыя явленія видомъ явленій нравственныхъ и правовѣдѣніе—однимъ изъ отдѣловъ науки о морали. Но всего болѣе была она подчеркнута философами, юристами и моралистами, придерживающимися такъ называемой теоріи этическаго минимума. Какъ говоритъ одинъ изъ ея представителей, нашъ русскій философъ, Вл. Соловьевъ, отношеніе между правомъ и нравственностью „можетъ быть выражено только такъ, что *право есть низшій предѣлъ или опредѣленный минимумъ нравственности*“ *). „И нравственный и юридическій законъ“—продолжаетъ онъ—„относятся собственно къ внутреннему существу человѣка, къ его волѣ, но первый беретъ эту волю въ ея общности и всецѣлости, а второй—лишь въ ея частичной реализаціи по отношенію къ извѣстнымъ внѣшнимъ фактамъ, составляющимъ собственный интересъ права, каковы неприкосновенность жизни и имущества всякаго человѣка и т. д. Съ точки зрѣнія юридической важно именно объективное выраженіе нашей воли въ совер-

*) Вл. Соловьевъ, Оправданіе добра, изд. 2-е, М., 1889, стр. 460.

шеніи или недопущеніи извѣстныхъ дѣяній. Это есть другой существенный признакъ права, и если оно первоначально опредѣлялось какъ нѣкоторый минимумъ нравственности, то, дополняя это опредѣленіе, мы можемъ сказать, что право есть требованіе *реализаціи* этого минимума, т.-е. *осуществленія опредѣленнаго минимальнаго добра*, или что то же, дѣйствительнаго устраненія извѣстной доли зла,—тогда какъ интересъ собственно-нравственный относится непосредственно не къ внѣшней реализаціи добра, а къ его внутреннему существованію въ сердцѣ человѣческомъ" *). Если мы прибавимъ еще, что цѣль внѣшней реализаціи добра не можетъ быть достигнута однимъ внутреннимъ убѣжденіемъ, но необходимо требуетъ примѣненія внѣшнихъ силъ принудительнаго воздѣйствія, то мы должны будемъ сдѣлать слѣдующее опредѣленіе права: *„право есть принудительное требованіе реализаціи опредѣленнаго минимальнаго добра или порядка, не допускающаго извѣстныхъ проявленій зла"* **),

Нельзя оспаривать, что въ теоріи этой содержится значительная доля истины. Пріобщая право къ міру этическихъ цѣнностей, утверждая глубочайшее субстанціальное сходство между правомъ и нравственностью, теорія этическаго минимума весьма близко подходитъ къ адэкватному выраженію сущности правовыхъ явленій. Но главнымъ недостаткомъ разбираемой теоріи является то, что она лишаетъ и правовыя и нравственныя явленія ихъ собственнаго лица. Въ этомъ отношеніи судьбы теоріи этическаго минимума не лишены своеобразнаго трагизма: желая поднять право на высоту этики и тѣмъ укрѣпить идею права, она вмѣсто этого превращаетъ право въ придатокъ нравственности, о самостоятельной цѣнности котораго можно еще спорить; чуждая всякому скепсису, она неизбѣжно стоитъ на грани отрицанія правопорядка въ пользу высшаго, чисто нравственнаго общенія. Чтобы избѣжать этихъ недостатковъ теоріи этическаго минимума, слѣдуетъ гораздо болѣе точно проникнуть въ подлинную индивидуальность тѣхъ явленій, которыя мы называемъ нравственными. При этомъ условіи не потеряетъ своего лица и право, нравственную природу котораго конечно нельзя подвергать безусловному отрицанію.

Нравственность сама по себѣ есть явленіе весьма сложное, нуждающееся для цѣлей научнаго познанія въ глубокихъ методологическихъ расчлененіяхъ И прежде всего нельзя не отмѣтить глубочайшаго различія между такъ называемой *субъективной моралью* и *объективной нравственностью*. Мы часто слышимъ что личная нравственность есть весьма несовершенная и недостаточная область этической дѣятельности, что она нуждается въ восполненіи нравственностью объективной, соціальной и т. д. Но сколько бы мы не восполняли личной нравственности, отъ этого восполненія ничуть не утратятъ своего величайшаго значенія совершенно самостоятельныя задачи и цѣли индивидуальной

*) Ibid., стр. 461.
**) Ibid., 461.

морали. Съ извѣстной точки зрѣнія можно даже утверждать, что эти задачи и эти цѣли для нравственной жизни являются столь опредѣляющими, что безъ нихъ она потяряла бы весь свой глубокій внутренній смыслъ.

Въ самомъ дѣлѣ, развѣ по внутренней природѣ своей нравственность не является глубоко индивидуальнымъ явленіемъ? Насколько правопорядокъ никакъ нельзя мыслить въ изолированномъ человѣческомъ существованіи, настолько нравственный порядокъ можетъ существовать безъ всякой наличности общества,—у человѣка на необитаемомъ островѣ, у Робинзона. Развѣ у него на самомъ дѣлѣ не можетъ быть отношенія къ себѣ и къ Богу? По природѣ своей нравственность глубоко связана съ индивидуальностью, съ внутренними тайниками индивидуальной души, съ интимными ея переживаніями. Нравственность прежде всего есть свойство личности, а не свойство отношеній общественныхъ. Свойство это по своему объективному содержанію можно опредѣлить, какъ особое состояніе духовнаго единства и духовной гармоніи личности. Внутренняя жизнь личности въ ея природномъ бытіи обнаруживается передъ нами, какъ темная, хаотическая стихія, надъ которой далеко не прочно господствуетъ свѣтъ разума. Не безъ основанія низшія стороны человѣческой души Платонъ сравниваетъ съ темной матеріей, съ подлиннымъ безначальнымъ хаосомъ. „Есть хаотическое во всемъ: и въ природѣ, и *въ душѣ человѣка*. Есть что-то страшное и притягательное для насъ въ этомъ хаосѣ, въ которомъ душа чувствуетъ свое родство съ міромъ, ибо перестаетъ отличать себя отъ міра.

„О, страшныхъ пѣсенъ сихъ не пой
Про *древній хаосъ*, про родимый.
Какъ жадно міръ души больной
Внимаетъ повѣсти любимой,
Изъ смертной рвется онъ груди
И съ *безпредѣльнымъ* жаждемъ слиться.
О, бурь заснувшихъ не буди,
Подъ ними *хаосъ* шевелится!"*).

Повергнутая въ подобный душевный хаосъ человѣческая жизнь являетъ намъ примѣръ основного и величайшаго нравственнаго грѣха, —*распыленія* и *разложенія* личности. Личность теряетъ свое единство, погружается въ анархическое состояніе, въ которомъ безплодно и мучительно борются душевныя страсти. Основной задачей личной морали является разумная борьба съ изначальнымъ хаосомъ „души больной", сознательное установленіе духовнаго единства и внутренняго здоровья человѣка. Это духовное единство, составляющее основу для *нравственнаго здоровья* личности, нужно строго отличать отъ единства физическаго. Нравственное здоровье личности не только не совпадаетъ съ физическими основами жизни, но даже можетъ стоять съ ними въ

*) Ср. Б. П. Вышеславцевъ, Этика Фихте. М. 1914, стр. 98.

прямомъ противорѣчіи. Намѣренное угашеніе плоти, великій подвигъ аскезы, можетъ быть условіемъ для сильнѣйшей нравственной концентраціи личности. И, напротивъ того, сильнѣйшее физическое напряженіе личнаго существованія можетъ граничить съ жизнью чисто скотской и аморальной. Старая истина mens sana in corpore sano имѣетъ очень условный смыслъ. Конечно, тяжкая фаза болѣзни подтачиваетъ нерѣдко и силы духа, но она не можетъ быть непремѣннымъ условіемъ нравственнаго паденія. Съ другой стороны, нравственная болѣзнь можетъ пышно развиваться въ самомъ здоровомъ физическомъ организмѣ. Поэтому физическое и нравственное единства личности суть совершенно самостоятельныя явленія и смѣшивать ихъ есть величайшій грѣхъ и передъ біологіей и передъ наукой о нравственности. Замѣчательной особенностью нравственнаго единства личности является то, что силы для духовной концентраціи своей и для упорядоченія своего душевнаго хаоса личность черпаетъ изъ самой себя, изъ внутреннихъ тайниковъ своей жизни Нравственная личность есть поэтому начало автономное и самоорганизующееся. Признаніе внутреннихъ силъ человѣческой личности, ея автономіи, поистинѣ составляетъ великую заслугу христіанства, въ особенности же западнаго. Христіанство научило насъ тому, что въ личности человѣческой запечатлѣнъ духовный свѣтъ божій, запечатлѣнъ не внѣшнимъ только образомъ, а глубокимъ внутреннимъ проникновеніемъ. Поэтому наша нравственная дѣятельность не сводится къ простому усвоенію внѣшней догмы, но она вытекаетъ изъ активной внутренней борьбы, изъ внутренняго дѣланія. Личность не есть простой механическій аппаратъ для пассивнаго воспріятія закона божьяго. Богъ не двигаетъ ее такъ, какъ „плотникъ свой топоръ, или какъ мельникъ управляетъ мельницей, то задерживая воду, то спуская ее на колеса“*). По правильному замѣчанію философа нашего, Вл. Соловьева, „между человѣкомъ и тѣмъ, въ чемъ смыслъ его жизни, не должно быть внѣшняго формальнаго отношенія. Внѣшній авторитетъ необходимъ какъ преходящій моментъ, но его нельзя увѣковѣчить, признать, какъ постоянную и окончательную норму. Человѣческое „я“ можетъ быть расширено только внутреннею, сердечною взаимностью съ тѣмъ, что больше его, а не формальнымъ только его подчиненіемъ, которое въ сущности вѣдь ничего не измѣняетъ“ **). Про нравственный законъ можно сказать, что онъ не является только „внѣшнимъ наименованіемъ“ стремящеися къ добру человѣческой души, но онъ есть законъ *внутренній*, нѣкоторый „слѣдъ“ ***), запечатлѣнный въ душѣ, нѣкоторая дѣйствительная форма и сила, организующая духовное существо человѣческой жизни.

Если мы будемъ отправляться отъ этой индивидуалистической стороны моральныхъ явленій, отличіе права отъ нравственности пріобрѣтаетъ чрезвычайно простыя и неоспоримыя формы. Вѣдь прежде

*) Слова Лейбница, Избр. сочиненія, подъ ред. В. П. Преображенскаго, стр. 149.
**) Вл. Содовьевъ, Оправданіе добра, стр. 11.
***) Выраженія Лейбница, взятыя изъ вышецитированной его статьи.

всего совершенно ясно, что право по природѣ своей никогда не преслѣдуетъ и не можетъ преслѣдовать какихъ-либо цѣлей личной дисциплины, чисто-индивидуальнаго порядка поведенія и духовнаго здоровья. Безъ сомнѣнія, право есть также координація поведенія, но не личнаго, а общественнаго. Въ этомъ смыслѣ право насквозь соціально, правовыя явленія не могутъ существовать на необитаемомъ островѣ, у Робинзона, они возникаютъ, когда наряду съ нимъ появляется Пятница. Не вытекая изъ внутренняго, чисто-духовнаго и личнаго дѣянія, право всетаки предполагаетъ, наличность нѣкоторой согласованности внутреннихъ настроеній входящихъ въ правовое общеніе лицъ. Но для установленія такой согласованности въ соціальной жизни имѣются только внѣшнія, чисто механическія средства. Соціальное цѣлое, какой-бы природой оно не обладало, никогда не можетъ достигнуть состоянія того внутренняго единства, которое мы наблюдаемъ въ живой человѣческой личности. Никакое соціальное цѣлое не можетъ быть личностью въ *подлинномъ* смыслѣ этого слова, а потому соціальному цѣлому чуждо начало внутренней, чисто моральной автономіи, составляющей отличительную особенность нравственной жизни индивидуума. Поэтому про юридическій законъ нельзя сказать, что онъ является чисто *внутреннимъ* закономъ общества, который „запечатлѣнъ“ въ общественномъ цѣломъ, какъ нѣкоторая имманентная форма и сила, организующая соціальную жизнь. Юридическій законъ всегда есть законъ „установленный“, а потому „искусственный“ и „внѣшній“. У соціальной жизни не можетъ быть такого внутренняго центра дѣятельности, который самой природой былъ бы уполномоченъ къ автономнымъ волеизліяніямъ, а потому соціальная жизнь „волеизліянія“ эти совершаетъ черезъ „соглашенія“, „договоры“, „установленія“, „учрежденія“ и проч. внѣшнія средства, стоящія не на принципѣ автономности личныхъ рѣшеній, но на болѣе или менѣе насильственномъ соглашеніи съ внѣшними условіями, чужими желаніями, стремленіями и намѣреніями.

Мы видимъ, что вопросъ объ отношеніи права и нравственности не представляетъ особыхъ трудностей, если подъ нравственностью мы будемъ понимать только личную мораль. Но трудности возникаютъ, какъ только внутренняя направленность морального чувства сталкивается съ бытіемъ другого моральнаго существа, съ существованіемъ иного моральнаго сознанія. Такъ какъ функціи морали—всеобщи, отъ моральнаго сознанія не можетъ ускользнуть и наше личное отношеніе къ другимъ людямъ. И это отношеніе не можетъ не занимать особливаго вниманія личной морали, потому что въ другомъ человѣкѣ я вижу подобное себѣ моральное существо. Между мной и другимъ возникаютъ особыя, „этическія“ отношенія, которыя въ свою очередь не могутъ не вліять на весь строй моей личной душевной жизни. Возникаетъ такимъ образомъ явленіе общественной морали, которому многіе моралисты и приписываютъ преобладающее значеніе въ совокупности нравственныхъ явленій. Вотъ эти-то соціально-этическія стороны нравственности не могутъ не стоять

въ совсѣмъ особомъ и, надо признать, чрезвычайно близкомъ отношеніи къ праву. Близость ихъ настолько велика, что иногда переходитъ, повидимому, въ полное тожество. Не являются-ли на самомъ дѣлѣ „моральныя заповѣди“: „не убій“, „не укради“, „не прелюбы сотвори“ и т. д. въ то же время и юридическими законами? Или, по крайней мѣрѣ, не лежатъ-ли онѣ въ основаніи тѣхъ законовъ, на которыхъ покоится всякая общественная жизнь? Повидимому, съ этой общественной стороной нравственности и имѣютъ дѣло сторонники той теоріи, которая утверждаетъ, что право есть низшій предѣлъ нравственности. Родственность общественной этики съ правомъ съ особенной ясностью обнаруживается въ обществахъ первобытныхъ, на зарѣ человѣческой исторіи. Дѣйствительно, на раннихъ ступеняхъ человѣческой культуры—въ ту эпоху, когда „всѣ проявленія общественности находятся въ нераздѣльномъ сочетаніи“, право настолько слито съ нравственностью, „что нѣтъ возможности различить ихъ спеціальныхъ областей и сказать, гдѣ начинается одна и гдѣ кончается другая“*). Но съ послѣдующей дифференціаціей общественной жизни одна и притомъ наиболѣе значительная часть общественной морали обособляется въ самостоятельную группу отношеній, которую мы и называемъ областью отношеній правовыхъ. Мы, люди, живущіе въ стадіяхъ дифференцированной культуры, привыкли преувеличивать эту самостоятельность права, считая ее чѣмъ-то абсолютнымъ и не замѣчая всей ея исторической относительности. На самомъ дѣлѣ наша привычка обособлять право отъ соціальной морали не можетъ служить основаніемъ для подлинной, субстанціальной раздѣльности этихъ двухъ областей. По существу своему, право является частью объективной нравственности, ея наиболѣе яркимъ и значительнымъ выявленіемъ.

Сколь ни близко стоитъ право къ такъ называемой объективной нравственности, все же полное сліяніе этихъ двухъ явленій едва-ли представляется справедливымъ и законнымъ. Теорія права рѣдко обращаетъ вниманіе на тѣ многочисленныя соціальныя связи, которыя, не будучи правомъ, въ то же время и не принадлежатъ къ области личной морали. На самомъ дѣлѣ, наша человѣческая жизнь полна этими особыми соціальными связями, отношеніе которыхъ къ правопорядку представляется глубоко поучительнымъ. Возьмемъ хотя бы такія явленія объективной этики, какъ дружба, любовь и т. п. Отношеніе эти не суть отношенія личной морали, они представляютъ собою отношенія между-личныя и являются видомъ чисто соціальныхъ связей. И эти отношенія обладаютъ совершенно особымъ характеромъ, который нельзя не отличать отъ связей правовыхъ. Причемъ у нихъ нельзя не установить гораздо болѣе тѣснаго отношенія къ этикѣ, чѣмъ у правопорядка. Прежде всего бросается въ глаза, что общеніе, покоящееся на дружбѣ или на любви, никогда не можетъ обладать тѣми *универсальными* возможностями, какія содержатся во всякомъ правопорядкѣ. Въ

*) П. И. Новгородцевъ. Право и нравственность въ „Сборникѣ по общественно-юридическимъ наукамъ“. СПБ., 1899, стр. 115.

сущности говоря, это суть виды общенія, къ которымъ способны немногіе, тогда какъ къ правообщенію способны всѣ, даже, какъ говорилъ Кантъ, сами дьяволы. Совершенная дружба, какъ училъ Аристотель, можетъ быть только между хорошими и одинаково добродѣтельными людьми. „Каждому человѣку доставляютъ наслажденіе дѣйствія, сродныя его характеру или подобныя имъ, а дѣйствія хорошихъ людей тожественны или подобны между собой".*) Но хорошихъ людей немного, а потому и такая дружба рѣдка. „Сверхъ того, для нея необходимы время и близкія сношенія, ибо люди, какъ говоритъ пословица, узнаютъ другъ друга не ранѣе, чѣмъ съѣвъ вмѣстѣ мѣрку соли, и только тогда могутъ стать и быть друзьями, когда окажутся другъ другу привлекательными и оправдаютъ свою дружбу". **) Поэтому союзъ дружбы можетъ быть основанъ только на извѣстныхъ индивидуальныхъ склонностяхъ нѣкоторыхъ людей и не можетъ, стало быть, объединить всѣхъ. И это приходится сказать не только о совершенной и истинной дружбѣ, но о всякомъ содружествѣ, даже эгоистическомъ и порочномъ. Оно также требуетъ нѣкоторыхъ индивидуальныхъ склонностей и также можетъ объединять только ограниченные круги людей. Поэтому дружба является очень индивидуалистическимъ типомъ общенія: объединяя немногихъ, она создаетъ нѣкоторую замкнутость содружества, отталкивающую тѣхъ, кто въ нее не входитъ. Друзья ревниво оберегаютъ свой союзъ и не для всѣхъ открытъ онъ, какъ для всѣхъ широко открыты двери правопорядка. Можно, конечно, значительно расширить идею дружбы, разумѣя подъ ней нѣкоторой универсальный типъ общественной связи, основанной на томъ, что нынѣ называютъ *соціальной солидарностью* и что можно было бы назвать русскимъ именемъ *дружелюбнаго* совмѣстнаго существованія. Такое *дружелюбіе* безъ сомнѣнія связываетъ и сравнительно незначительныя соціальныя группы и весьма широкія соціальныя образованія, какъ государство, нація, международный союзъ. И тамъ, гдѣ это дружелюбіе отсутствуетъ, нѣтъ и не можетъ быть хорошаго и мирнаго сожительства людей. Поэтому уже древніе политики такую дружбу считали необходимой основой хорошаго государства. Къ ней усиленно зовутъ и новѣйшіе солидаристы, усматривая въ общественной солидарности средство противъ непримиримыхъ противорѣчій современной соціальной жизни. Однако, общественная солидарность можетъ служить хорошимъ подспорьемъ для широкой общественной организаціи, но никакъ не единственной основой прочнаго соціальнаго сожительства. Величайшая сила правового союза заключается въ томъ, что онъ не нуждается въ сравнительно непрочныхъ чувствахъ симпатіи, склонности, привязанности и т. д. Право можетъ объединить и тѣхъ, кто не только не связанъ дружелюбіемъ, но даже находится въ состояніи личной враждебности и антипатіи. Въ значительнѣйшемъ количествѣ случаевъ правопорядокъ и правоотношеніе являются въ результатѣ компромисса

*) Аристотель, Этика, р. п. Радлова стр. 149.

**) Ibid,

враждебныхъ и противоположныхъ общественныхъ силъ, компромисса, которому чужды личныя и общественныя симпатіи, но который построенъ на холодномъ расчетѣ или на столь-же холодномъ разумномъ соглашеніи. Совершенно правъ былъ Рудольфъ фонъ-Іерингъ, положившій начало борьбы въ основу образованія права. „Если-бы эстетическая точка зрѣнія“ говоритъ онъ своемъ прославившемся сочиненіи— „была умѣстна при оцѣнкѣ права, то я не знаю, слѣдовало-бы видѣть эстетически прекрасное въ правѣ въ томъ, что оно *исключаетъ* борьбу, и не заключается-ли именно въ томъ, что право включаетъ въ себя борьбу„*). Элементъ борьбы, по его мнѣнію, есть для права „нѣчто исконнее, вѣчно ему присущее; *борьба есть вѣчная работа права*“ **). „Безъ борьбы нѣтъ права, какъ безъ труда нѣтъ собственности“. „Всѣ безъ въ мірѣ были завоеваны; каждое значительное правовое положеніе сначало должно было быть вынуждено у тѣхъ, кто ему сопротивлялся; каждое право, все равно, право народа или индивидуума, предполагаетъ постоянную готовность защищаться. Право есть не чистая мысль только, но живая сила. Вотъ почему богиня справедливости, держа въ одной рукѣ вѣсы для взвѣшиванья права, въ другой держитъ мечъ для его защиты. Мечъ безъ вѣсовъ будетъ голой силой, вѣсы безъ мѣча—безсиліемъ права. Мечъ и вѣсы идутъ рука объ руку, и идеалъ права достигается только тамъ, гдѣ сила, съ которой богиня справедливости осуществляетъ право, равна ловкости и умѣнію, съ которыми она управляетъ вѣсами“. ***) „Цѣль права—миръ, путь къ нему—борьба. Пока право подвержено опасности со стороны неправа,—а такъ будетъ, пока стоитъ міръ,—до тѣхъ поръ ему не избавиться отъ борьбы. Жизнь права есть борьба, борьба народовъ, государственной власти, сословій, индивидуумовъ“. ****) Эти, ставшія классическими слова, нужно помнить каждому, кто хочетъ понять, что право есть особая соціальная связь, могущая объединить людей и тамъ, гдѣ нѣтъ еще между ними дружелюбія, или гдѣ силы послѣдняго слишкомъ слабы для организаціи при помощи ихъ длительнаго общежитія.

Но если правообщеніе обладаетъ особой способностью объединять даже несвязанныхъ нравственной связью, то оно въ то же время гораздо *доступнѣе* для средняго человѣка, *проще* и *удобоносимѣе*, чѣмъ любая форма общенія чисто этическаго. Соціально-этическая связь обычно *обязываетъ* людей къ большему духовному напряженію и требуетъ большихъ жертвъ, чѣмъ правопорядокъ. Попробуйте, на самомъ дѣлѣ, образовать сколько нибудь длительное и сложное общеніе между людьми на почвѣ дружбы и любви, и вы тотчасъ же почувствуете, сколько нравственной энергіи нужно потратить его членамъ для его

*) Рудольфъ фонъ-Іерингъ, Борьба за право, р. п. СПБ, 1895, стр. 84.
**) Ibid., стр. 85.
***) Ibid., стр. 1;
****) Ibid.

поддержанія. Члены такого сообщества должны прежде всего вѣчно питать въ сердцахъ своихъ самое дѣятельное чувство альтруизма. Вѣчная забота о чужихъ дѣлахъ, проникновеніе чужими интересами, внимательность къ чужимъ желаніямъ и склонностямъ, нерѣдко даже къ чужимъ слабостямъ, постоянное собственное самообузданіе—вотъ тѣ силы, на которыхъ можно построить такое общество. Въ то же время безконечное терпѣніе и терпѣливость, умѣніе убѣждать и увѣщевать, являются въ такомъ обществѣ необходимыми и чрезвычайно тяжелыми средствами для улаживанья всякихъ треній и конфликтовъ. Поистинѣ жизнь въ немъ для каждаго *являлась бы нравственнымъ подвигомъ*, къ которому способны только очень немногіе. И можно сказать, что царство совершенной любви люди, не идущіе на подвигъ, примутъ только въ состояніи святости, а заставить итти на подвигъ всѣхъ можетъ только чудо. Поэтому для насъ, слабыхъ людей, куда доступнѣе правопорядокъ, который и цѣненъ тѣмъ, что умѣетъ быть незамѣтнымъ. Онъ покупаетъ незамѣтность эту путемъ компромиссномъ и для строгой нравственности, можетъ быть, непріемлемымъ, но за то обезпечиваетъ среднему человѣку относительный миръ.

§ 8. Проблема оправданія права.

Изученіе идеи правопорядка по сравненію съ другими областями нашей культурной жизни не можетъ не обнаружить передъ нами *цѣнностной* стороны права. Однако, въ исторіи политической мысли этотъ взглядъ на право, какъ на соціальную цѣнность, не разъ подвергался сомнѣнію. Преимущественно-же такое сомнѣніе высказывалось и развивалось въ ученіяхъ, именуемыхъ обычно анархическими. Разумѣется, не всякій анархизмъ относится отрицательно къ праву. По большей части критика анархистовъ направляется не на правопорядокъ, а на государство съ его аппараттомъ организованнаго насилія и принужденія. Но нѣкоторые изъ анархистовъ идутъ еще далѣе, подвергая отрицанію и идею права, считая ее безплодной, ненужной и даже вредной людской выдумкой. „Мы хотимъ полнаго уничтоженія политическаго, юридическаго и законодательнаго права и замѣны его революціоннымъ фактомъ"—такъ писалъ старый манифестъ русскихъ анархистовъ 70-хъ годовъ. „Вполнѣ основательно смотрятъ на право, какъ на орудіе буржуазнаго класса, на изученіе права, какъ на консервативную дисциплину, и на юристовъ, какъ на профессіональныхъ реакціонеровъ..."—говоритъ одинъ новѣйшій французскій авторъ. „Профессора права, получающіе вознагражденіе отъ государства, обязаны осторожно обращаться съ богатыми кліентами, которые одни присутствуютъ на ихъ лекціяхъ и покупаютъ ихъ книги... При новомъ экономическомъ строѣ юристовъ не будетъ, подобно попамъ и воинамъ". Взгляды, здѣсь высказанные, не только не являются одиночными мнѣніями отдѣльныхъ людей, бунтующихъ противъ основъ современной культуры, напротивъ того, они имѣютъ весьма широкое распространеніе, составляя идеологію широкихъ соціальныхъ группъ и цѣлыхъ общественныхъ

теченій. Въ особенности они широко распространены между нами, русскими, которые до сихъ поръ еще не знаютъ, зачѣмъ существуетъ правопорядокъ, для чего онъ нуженъ и каковъ его смыслъ. Справедливо говорятъ, что мы—прирожденные анархисты. Правда, мы сумѣли построить великое и когда-то сильное государство, мы сумѣли выработать въ немъ свой правопорядокъ, но весь этотъ процессъ строенія протекалъ какъ-то безсознательно, мы не осмысливали его въ нашихъ умахъ и до сихъ поръ еще не знаемъ, обнаруживалъ-ли онъ какую-либо цѣнность.

Вотъ этотъ скепсисъ по отношенію къ идеѣ права и ставитъ передъ нами проблему его оправданія. Но чтобы разрѣшить эту проблему, чтобы преодолѣть правовой скептицизмъ, нужно отправляться не отъ популярной его формы, но отъ наиболѣе глубокаго научнаго и философскаго его выраженія. Мы думаемъ, что для этого всего болѣе подходитъ разборъ мыслей одной замѣчательной книги,—именно, книги *Макса Штирнера*, „Единственный и его собственность". Въ книгѣ Штирнера отрицаніе права достигаетъ наибольшей послѣдовательности и наибольшаго философскаго напряженія. Впрочемъ скептицизмъ Штирнера идетъ гораздо далѣе отрицанія права, онъ отправляется отъ отрицанія „понятія" вообще, всего всеобщаго, абстрактнаго, духовнаго. „Теперь ничто не господствуетъ въ мірѣ, кромѣ *духа*" говоритъ Штирнеръ. „Безчисленное множество понятій бѣшено носится въ головахъ, и что-же дѣлаютъ стремящіеся впередъ? Они отрицаютъ эти понятія, дабы на ихъ мѣсто ввести новыя! *). „Всемірная исторія поступила съ нами жестоко, и духъ пріобрѣлъ всемогущую власть". Главный деспотъ современнаго человѣка есть безплотная идея и отвлеченное понятіе. И власть его—вездѣсуща. Современный свободный человѣкъ думаетъ, что онъ освободился отъ власти старыхъ религіозныхъ призраковъ. Напрасно! Онъ создалъ призраки еще болѣе властные, чѣмъ старые боги. На мѣсто Бога современный гуманизмъ поставилъ отвлеченнаго человѣка, и поклоняется ему. „Понятіе о Богѣ, стало быть, измѣнилось, но Богъ остался, а съ нимъ вмѣстѣ и старый религіозный взглядъ на вещи" **). „Тамъ любовь къ сверхчеловѣческому Богу, здѣсь любовь къ человѣческому Богу, къ homo, какъ deus. Слѣдовательно, человѣкъ священенъ для меня, и все человѣческое мнѣ свято"***). Нельзя предъявлять претензіи на полную побѣду, если Богъ изгоняется съ небесъ и вгоняется въ человѣческую грудь. Власть идеи осталась, по прежнему человѣкъ помраченъ ею. Въ головѣ у современнаго человѣка—не чисто, онъ немного рехнулся. „Не думай, что я шучу или говорю образно, если всѣхъ, цѣпляющихся за что-нибудь высшее,—а къ таковымъ принадлежитъ огромное большинство людей, почти все человѣчество,—считаю настоящими сумасшедшими, паціентами изъ боль-

*) Р. Пер. т. I. стр. 302.

**) Ср. мое сочиненіе „Науки естественныя и общественное" стр. 177.

***) Штирнеръ, 1. с. стр. 262.

ницъ умалишенныхъ. Что называется „навязчивой идеей?“—Идея, которая подчинила себѣ человѣка. Убѣдившись, что овладѣвшая человѣкомъ идея—безумна, вы запираете ея раба въ сумасшедшій домъ Но величіе народа, напримѣръ,—догматъ вѣры, въ которомъ не дозволено усомниться (кто это дѣлаетъ, тотъ совершаетъ оскорбленіе величества), или добродѣтель, противъ которой цензура не пропуститъ ни слова, чтобы сохранить въ чистотѣ нравственность и т. д.—развѣ все это не „навязчивыя идеи“? Чѣмъ, напримѣръ, болтовня большинства нашихъ газетъ—не бредъ безумцевъ, страдающихъ маніей нравственности, законности, христіанства и т. д.? Все это—сумасшедшіе, и намъ только кажется, что они ходятъ на свободѣ, ибо домъ умалишенныхъ, въ которомъ они разгуливаютъ, чрезвычайно великъ“ *). Современные люди—это люди „одержимые“, и „одержимостью“ нужно назвать ихъ уваженіе къ праву и государству. Они считаютъ себя свободными, на самомъ дѣлѣ они—рабы отвлеченныхъ идей. Никогда власть отвлеченныхъ идей не была такъ сильна, какъ при современномъ господствѣ права. Старый неограниченный монархъ былъ жалкимъ монархомъ въ сравненіи съ теперешнимъ властителемъ, съ „суверенной націей“. „То, къ чему стремились и чего жаждали тысячелѣтіями, а именно—найти абсолютнаго властителя, рядомъ съ которымъ не устояли бы никакіе другіе господа и власти—того достигла буржуазія. Она открыла господина, который одинъ только даруетъ „правовые титулы“ и безъ дозволенія котораго ничто не законно“ **). „Революція содѣйствовала превращенію органической монархіи въ абсолютную“ ***). И чтобы покончить разъ навсегда съ этой „одержимостью“, съ этимъ сумасшествіемъ, нужно рѣшительно сказать: право, какъ и всѣ другія абстракціи, есть безсмыслица, есть простая иллюзія. „Приди въ себя“—такъ нужно сказать обезумѣвшему человѣку,—и онъ сброситъ съ себя деспотизмъ понятій.

Мы видимъ, что правовой скептицизмъ Шгирнера доведенъ до послѣднихъ предѣловъ; дальше него уже итти трудно. Философское значеніе подобныхъ крайнихъ скептическихъ ученій заключается въ томъ, что они обнаруживаютъ передъ нами раціональныя и логическія границы человѣческаго сомнѣнія и тѣмъ самымъ выявляютъ нѣчто несомнѣнное, не подлежащее уже никакому отрицанію и служащее опорой для всякаго положительнаго знанія. На самомъ дѣлѣ, для всякаго сомнѣнія есть свои предѣлы, перейти которые нельзя, не впадая въ абсурдъ. Такъ нельзя, напримѣръ, сомнѣваться въ собственномъ своемъ сомнѣніи, ибо такого рода умственный актъ явно нелѣпъ и равносиленъ упраздненію всякой разумной дѣятельности. Всякій желающій мыслить, необходимо связанъ нѣкоторыми условіями мышленія, его предпосылками, которыя необязательны только для того, кто созна-

*) Ibid., стр. 245.
**) Ibid., стр. 308.
***) Ibid.

тельно ставитъ себя по ту сторону разума. Обыкновенная ошибка скептиковъ заключается въ томъ, что развивая, излагая и доказывая свои взгляды, они незамѣтно пользуются тѣмъ самымъ разумомъ, въ силахъ котораго они сомнѣваются. Поэтому скептиковъ можно назвать самыми упорными догматиками, безотчетно вѣрующими въ тѣ самые несомнѣнные принципы, которые философія хочетъ уяснить и понять. Въ точно такую-же ошибку впадаетъ и Максъ Штирнеръ съ своимъ крайнимъ правовымъ скептицизмомъ. И въ частности: Штирнеру совершенно не удается освободиться отъ власти „общихъ“ идей и тѣмъ самымъ излѣчить себя отъ „умопомѣшательства“, которое, по его мнѣнію, владѣетъ человѣчествомъ. Напротивъ того, мы видимъ, какъ Штирнеръ тотчасъ же заболѣваетъ обшимъ „духовнымъ“ недугомъ, какъ только онъ переходитъ отъ критики чужихъ воззрѣній къ собствен. нымъ соціальнымъ проектамъ и построеніямъ. На мѣсто правопорядка, на мѣсто господства общихъ понятій Штирнеръ хочетъ поставить живую человѣческую личность. Причемъ, личность понимается здѣсь не какъ родовое существо, а какъ конкретная индивидуальность со всѣмъ богатствомъ присущаго ей своеобразія. „Родъ есть ничто“—говоритъ Штирнеръ. „Быть человѣкомъ не значитъ осуществлять идеалъ человѣка, но проявлять *себя*, единичнаго. Моя задача не должна заключаться въ реализаціи всеобще-человѣческаго, но въ самоудовлетвореніи самого себя. Я самъ—мой родъ, *я не подчиненъ нормѣ, не подвластенъ закону и не имѣю образца*“ *). „Вмѣстѣ тѣ съ Единственнымъ окончилось царство *абсолютныхъ мыслей*, т.-е. мыслей, имѣющихъ свое особое, разумное содержаніе“ **). Нужно имѣть смѣлость „сдѣлать себя единственнымъ средоточіемъ и царствомъ всего“. Нужно обрѣсти законъ въ собственной своей природѣ, въ себѣ самомъ. „Откуда вы такъ увѣренно знаете, что голосъ природы лишь злой обольститель?“ ***) Голосъ же природы говоритъ: „я для себя—все, и я дѣлаю все ради себя“ ****). Прислушиваясь къ этому голосу, человѣкъ вступаетъ въ міръ, какъ скинувшій съ себя цѣпи отвлеченнаго деспота, какъ истинно свободное существо. Каково-же его отношеніе къ міру и къ другимъ людямъ? По мнѣнію Штирнера, „свою свободу относительно міра я обезпечиваю себѣ тѣмъ, что присваиваю себѣ этотъ міръ, т.-е. захватываю и занимаю его для себя, какимъ-бы то ни было—насиліемъ, силой убѣжденія, просьбы, категорическаго требованія, даже лицемѣріемъ, обманомъ и т. д.“ *****). Личность выступаетъ по отношенію къ міру, какъ единица силы, утверждаетъ себя во что бы то ни стало. „Такъ какъ все *стоитъ за себя* и вмѣстѣ съ тѣмъ вступаетъ въ постоянныя столкновенія со всѣмъ другимъ, становится неизбѣжной *борьба* за самоутвержденіе“ ******). Въ этой борьбѣ нужно по-

*) Штирнеръ, р. п. т. II, стр. 34.
**) M. Stirner, Kleinere Schriften hsg. v. Mackay, Berlin 1893, s 115,
***) Штирнеръ, р. п., т. II, стр. 10.
****) Ibid., стр. 15.
*****) Ibid., стр. 12.
******) Ibid., т. I, стр. 209.

бѣдить, нужно отвоевать себѣ мѣсто. Нужно *присвоить* себѣ окружающій міръ, сдѣлать его своей *собственностью*. Человѣкъ относится къ окружающему, какъ полновластный хозяинъ. Сколько онъ пріобрѣлъ силы, столько онъ имѣетъ въ своемъ распоряженіи вещей, столько у него права. Въ концѣ концовъ право и есть количество силы—и болѣе ничего. Характерно, что въ этихъ мысляхъ дается рядъ всеобщихъ сужденій о личности, объявленной Штирнеромъ совершенно „единственнымъ“ и своеобразнымъ существомъ. Утверждается, прежде всего, что личность есть нѣкоторый центръ силъ, утверждается далѣе, что центръ этотъ обладаетъ способностью къ самоутвержденію, что онъ стремится къ увеличенію и росту, что онъ приходитъ въ столкновеніе съ другими подобными центрами и т. д. Можно-ли сказать про такую личность, что *она не подвластна закону и не имѣетъ образца?* Напротивъ, выходитъ, что въ „единственномъ“ есть законъ и есть образецъ. Поведеніе „единственнаго“, направленіе его дѣйствій, отношеніе его къ міру опредѣляются совершенно общими формулами, допускающими, правда, индивидуальныя варіаціи, однако, въ своихъ общихъ чертахъ предусматривающими опредѣленное теченіе событій. „Единственный присваиваетъ себѣ міръ“ развѣ это не всеобщее сужденіе, не только по формѣ своей, но и по предмету? Вѣдь о всѣхъ „единственныхъ“ высказываетъ это сужденіе, а не только о какой-нибудь опредѣленной единицѣ. И поэтому нельзя сказать, чтобы вмѣстѣ съ „единственнымъ“ кончилось царство абсолютныхъ мыслей. „Общая идея“ остается, власть „закона“ не прекращается.

Зямѣчательно, что Штирнеръ не только не можетъ освободиться отъ власти понятій вообще, но его мыслью владѣютъ съ нѣкоторой неизбѣжностью отвергаемыя имъ *правовыя* идеи, какъ только онъ переходитъ къ характеристикѣ отношенія своего „единственнаго“ къ окружающему міру и къ другимъ людямъ. Отношеніе это характеризуется Штирнеромъ въ чисто „правовыхъ“ понятіяхъ: „присвоеніе“, „обладаніе“, „собственность“. Хотя право и объявляется „выдумкой“, однако эта выдумка постоянно фигурируетъ въ разсужденіяхъ „единственнаго“. „Только твоя сила и твоя власть даетъ тебѣ право“ *). *Я имѣю право* на все то, что я могу осилить. „*Я имѣю право* низвергнуть Зевса, Іегову, Бога и т. д., если я могу это сдѣлать, если же не могу, то эти боги всегда останутся относительно меня правыми и сильными, я же долженъ преклоняться передъ *ихъ правомъ* и силой въ безсильномъ страхѣ божіемъ, долженъ буду соблюдать ихъ *заповѣди* и буду считать себя правымъ во всемъ, что я не совершу согласно ихъ праву“ **). Поэтому „собственникомъ“ является тотъ, кто умѣетъ взять и защитить взятое. Все это заставляетъ предполагать, что правовыя категоріи обладаютъ какимъ-то не случайнымъ только, но всеобщимъ и необходимымъ значеніемъ, которое тотчасъ-же обнаружи-

*) Ibid., стр. 41.
**) Ibid., стр. 42.

вается, когда мысль наша начинаетъ разсуждать о человѣкѣ и его отношеніи къ міру. Ошибка правового скептицизма заключается, повидимому, въ томъ, что онъ не можетъ уяснить себѣ этого особаго значенія правовыхъ понятій. Въ самомъ дѣлѣ, можно согласиться со всѣми тѣми, кто считаетъ „право“ простой выдумкой. Но вѣдь „выдумки“ бываютъ по смыслу своему весьма различны. „Выдумкой“ можно назвать и безплодную фантазію, и научную гипотезу, и литературное произведеніе, и музыкальную поэму. Можно въ извѣстномъ смыслѣ согласиться, что любая научная гипотеза есть рядъ фикцій, но фикціи эти намъ нѣчто даютъ, нѣчто осмысливаютъ, обладаютъ значеніемъ, тогда какъ другія „выдумки“ могутъ намъ ничего не давать и могутъ ровно ничего не значить. Поэтому однѣ фикціи считаются нами безплодными и ненужными, другія же играютъ значительнѣйшую роль въ человѣческой жизни. Не объясняется ли эта неизбѣжная власть правовыхъ фикцій, такъ-же какъ и многихъ другихъ „выдумокъ“, тѣмъ, что властвуетъ въ нихъ особая, имъ присущая цѣнность, которая помогаетъ намъ разбираться въ окружающемъ насъ мірѣ и въ нашемъ къ нему отношеніи?

Какого-же рода цѣнность принадлежитъ праву? Въ наше время, проникнутое духомъ всеобщаго и зачастую ложнаго индивидуализма, мы часто слышимъ, что право существуетъ только для человѣка, для личности, а, стало быть, оно имѣетъ цѣнность не абсолютную, а относительную. Абсолютной цѣнностью обладаетъ только человѣческая личность. Нужно со всей силой возражать противъ этого индивидуализма, которымъ въ концѣ концовъ и питаются анархическія тенденціи нашего времени. Ибо абсолютная личность, для которой только и существуетъ право, въ любой моментъ можетъ разрушить правопорядокъ и объявить себя по ту сторону всякаго закона, не имѣющаго цѣну помимо личности и ея свободнаго признанія. Нужно проникнуться мыслью, что „каждое сущее“—въ томъ числѣ и личность человѣческая—„дѣлается совершеннымъ отъ свойственнаго всему и находящагося во всемъ благоустройства“.*) Благоустройство же это обнаруживается въ порядкѣ и законѣ, которыми можетъ обладать каждая хорошая вещь—и сосуды, и тѣла, и души, и всякое животное. И только обнаруживая въ себѣ этотъ внутренній законъ, люди могутъ претендовать на какую-либо безусловную цѣнность. Порядокъ и законъ, слѣдовательно, есть критерій цѣнности, а не простая способность быть центромъ безсмысленнаго и хаотическаго броженія душевныхъ силъ и способностей. Этотъ старый, классическій взглядъ, столь несправедливо забытый современностью, нельзя не считать надежной основой для познанія силы права. Право и есть порядокъ, цѣнность же права есть абсолютная пѣнность закона и порядка въ противоположность безцѣнности хаоса и анархіи. „Мудрецы говорятъ, что общительность, дружба, умѣренность, разсудительность и справедливость *сохраняются на небѣ и на землѣ, у боговъ и у людей*, и что по этой причинѣ, другъ мой, міръ называется у

*) Ср. Платонъ, Горгій, 506. А.

нихъ космосомъ, а не неустройствомъ и необузданностью".*) Вотъ о томъ то, что порядокъ имѣетъ „великую силу и между богами и между людьми"—т. е. силу не только относительную, но и абсолютную—объ этомъ не думаютъ, по словамъ Платона, многіе, хотя и мудрецы. Но не только классическая, и древняя христіанская философія прекрасно понимала объективную цѣнность идеи порядка. „Ничто такъ не созидаетъ"—говоритъ одинъ отецъ церкви—„какъ порядокъ, какъ миръ, какъ любовь, а все противоположное имъ производитъ разрушеніе. Это можно видѣть не только на предметахъ духовныхъ, но и на всѣхъ другихъ. Если нарушить порядокъ въ хорѣ, или на кораблѣ, или на колесницѣ, или въ войскѣ, если большее отклонишь отъ его положенія и поставишь на его мѣсто меньшее, то разстроишь и низвратишь все. Не будемъ же и мы разстраивать порядокъ, не будемъ ставить голову внизу, а ноги наверху" **). Иными словами, порядокъ хорошъ уже тѣмъ что онъ порядокъ. Внутренними своими силами обнаруживаетъ онъ свое преимущество передъ безпорядкомъ и анархіей. Онъ является положительнымъ, созидающимъ началомъ жизни, гдѣ бы онъ ни проявлялся—въ природѣ-ли, въ человѣкѣ, или въ человѣческомъ обществѣ.

Это признаніе внутренней цѣнности порядка не чуждо и новѣйшей философіи права. Мы видѣли уже, что теорія равновѣсія сравнивала правопорядокъ съ стройно идущимъ войскомъ. Сравненіе это, по мнѣнію Оріу, обнаруживаетъ *цѣнность идеи порядка.* Порядокъ въ войскѣ предохраняетъ отъ опасностей въ пути, отъ неожиданностей, засадъ, случайностей, катастрофъ; народъ, который имѣетъ чувство порядка, избѣгаетъ опасностей, связанныхъ съ неудачными революціями, избѣгаетъ внезапныхъ скачковъ въ неизвѣстность, реакцій, которыя фатально за революціями слѣдуютъ,—такой народъ шествуетъ правильнымъ маршемъ, чтобы итти навѣрняка. Порядокъ въ войскѣ позволяетъ итти болѣе долгое разстояніе и болѣе продолжительное время, ибо кто готовитъ себѣ долгій путь, тотъ бережетъ свою лошадь; но и народъ въ своемъ историческомъ пути имѣетъ только опредѣленное количество живой силы, любви къ измѣненіямъ и воли къ нимъ; если все это не сбережено разумнымъ устройствомъ, силы тратятся даромъ и за періодомъ быстраго расцвѣта наступаетъ періодъ усталости и застоя. Порядокъ въ войскѣ только и дѣлаетъ возможнымъ движеніе цѣлаго, онъ позволяетъ выбрать единое опредѣленное направленіе, обдумать его и не итти ощупью; онъ организуетъ, такимъ образомъ, функціи власти, устанавливаетъ правила движенія, образуетъ іерархію подчиненія. Но то же самое дѣлаетъ и порядокъ въ государствѣ. Однимъ словомъ, порядокъ обнаруживаетъ *имманентную* ему внутреннюю силу самосохраненія, сопротивленія и устойчивости.***) Всѣмъ этимъ не обладаетъ народъ, не понимающій цѣнности порядка и поверженный въ состояніе идейной и фактической анархіи.

*) Ibid., 508. A.
**) Іоаннъ Златоустъ, Творенія, СПБ. 1904, т. X, стр. 379.
***) M. Hauriou 1. c., p. 7.

ГЛАВА IV.

ПРАВООТНОШЕНІЕ.

§ 1. Существо правоотношенія и его элементы.

Каждый правопорядокъ слагается изъ ряда правоотношеній, образуетъ сложную систему ихъ. Подъ правоотношеніемъ-же юристы понимаютъ, обычно, регулируемыя правовыми нормами житейскія или бытовыя отношенія между людьми. Юридическая теорія до сей поры ведетъ споръ о томъ, является-ли правоотношеніе отношеніемъ *только между людьми* или также *между людьми и вещами*.*) „Несомнѣнно,— говоритъ одинъ изъ защитниковъ этого послѣдняго взгляда, Л. І. Петражицкій,—„есть такія житейскія отношенія, которыя являются исключительно отношеніями человѣка къ вещи, а не къ другимъ людямъ, и тѣмъ не менѣе эти отношенія регулируются правомъ, такъ что наступленіе ихъ влечетъ за собой возникновеніе правъ и обязанностей. Такъ, напримѣръ, если я на пустынномъ морскомъ берегу нашелъ раковину и спряталъ ее себѣ въ карманъ, или поймалъ рыбу въ открытомъ морѣ, то возникло житейское отношеніе господства моего надъ вещью, нахожденіе вещи въ моемъ карманѣ или въ моей лодкѣ. Съ другими же людьми, которыхъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ я овладѣлъ предметомъ, вовсе не было, я, взявъ раковину или поймавъ рыбу, ни въ какое „бытовое“ или „житейское“ отношеніе не вступилъ. Тѣмъ не менѣе объективное право содержитъ особыя регулирующія постановленія на случай такого завладѣнія никому не принадлежащей вещью (occupatio rei nullius) оно приписываетъ мнѣ на такую вещь право собственности съ момента „завладѣнія.“**) Но не нужно забывать, что объективное право, устанавливая право собственности надъ никому непринадлежащей вещью, тѣмъ самымъ устанавливаетъ рядъ особыхъ отношеній между людьми, налагая на нихъ разнообразныя обязанности, связывая ихъ свободу и произволъ. Если бы не было этихъ людей, никому не пришло бы въ голову устанавливать норму объективнаго права, содержащую въ себѣ постановленіе о собственности. Внутреннее-же, чисто индивидуальное, отвлекающееся отъ всѣхъ соціальныхъ связей отношеніе мое къ захваченной вещи, поскольку мы его выразимъ въ видѣ нормы (напр., раковина должна быть моей, должна мнѣ принадлежать) не содержитъ въ себѣ ничего юридическаго. Смыслъ, какой можетъ имѣть это отношеніе, есть смыслъ или этическій, (напр., раковина дол-

*) Какъ думаетъ, напримѣръ, Дернбургъ, Pandekten, I, § 40 и Регельсбергеръ, Pandekten, 1, § 13. Ср. Л. І. Петражицкій, L. C. т. II, стр. 335 и слѣд.

**) L. c., т. II, стр. 336.

жна быть моей, ибо нравственно допустимо владѣть природой и ея вещами), или техническій (напр., раковина должна быть моей, ибо она нужна мнѣ для моихъ цѣлей) и т. д., но ни въ коемъ случаѣ не правовой. Заблужденіе, въ которое впадаетъ Л. І. Петражицкій, проистекаетъ отъ смѣшенія вопроса о сущности правоотношеній съ вопросомъ о тѣхъ основаніяхъ, въ силу которыхъ эти отношенія возникаютъ. Таковымъ основаніемъ, разумѣется, можетъ быть и нѣкоторое фактическое отношеніе лица къ вещи, въ данномъ случаѣ— occupatio rei nullius. Однако, этотъ юридическій фактъ устанавливаетъ правоотношеніе, но самъ по себѣ не есть правоотношеніе. И по логическому смыслу своему онъ даже не можетъ быть правоотношеніемъ, такъ какъ причина всегда должна быть отлична отъ того слѣдствія, какое она производитъ.

„Каждое юридическое отношеніе"—какъ правильно замѣчаетъ Н. М. Коркуновъ,—„опредѣляется частью фактическими условіями, частью юридическими нормами. Нѣтъ такихъ отношеній, которыя бы всецѣло и исключительно опредѣлялись только правомъ, въ которыхъ бы участники отношенія требовали другъ отъ друга и дѣлали другъ другу только то, на что они уполномочены и къ чему обязаны закономъ. Отношеніе, напр., жены и мужа, домохозяина и квартиранта, нанимателя и наемника, кромѣ права, опредѣляется и разнообразными правовыми условіями: общественнымъ положеніемъ участниковъ отношенія, ихъ имущественной состоятельностью, характеромъ, взаимнымъ расположеніемъ, нравственными и религіозными убѣжденіями и т. д. Разнообразіемъ бытовыхъ условій и создается особенная индивидуальная физіономія каждаго отдѣльнаго конкретнаго отношенія. Юридическая форма всѣхъ однородныхъ отношеній, напр., всѣхъ браковъ, всѣхъ наймовъ совершенно одинакова, потому что ко всѣмъ однороднымъ отношеніямъ примѣняется одна и та же юридическая норма."*) Эта юридическая форма однородныхъ отношеній, отвлеченная отъ разнообразнаго фактическаго содержанія, образуетъ „общій типъ всѣхъ отношеній извѣстнаго рода", называемый въ наукѣ *юридическимъ институтомъ*.**) Но въ свою очередь разнообразные юридическіе институты представляютъ собою нѣкоторый общій типъ юридическаго отношенія вообще. Понять этотъ общій типъ и является задачей философіи права. Существующая юридическая теорія учитъ, что характерными моментами общаго типа правоотношеній является: 1) субъектъ права; 2) правомочіе; 3) правообязанность; 4) объектъ права. Нѣкоторые ученые присоединяютъ сюда еще въ качествѣ новаго момента основаніе, въ силу котораго возникаетъ правоотношеніе (Rechtsgrund). Однако, эта классификація элементовъ правоотношенія страдаетъ нѣкоторыми существенными недостатками. И прежде всего границы между этими элементами представляются чрезвычайно расплывчатыми и неясными:

*) Н. М. Коркуновъ. l. c., стр. 141 и слѣд.

**) Ibid. стр. 142.

то, что называютъ субъектомъ права въ значительной степени совпадаетъ съ правомочіемъ, ибо что такое субъектъ права въ юридическомъ смыслѣ этого слова, какъ не центръ правомочій, носитель правоспособности? Въ свою очередь правообязанность сходится съ объектомъ права, такъ какъ оба эти элемента выражаютъ ту сторону юридическихъ отношеній, въ которой проявляется служеніе и пользованіе. Объектъ права есть средство, используемое въ правоотношеніяхъ, но таковымъ средствомъ мвжетъ быть и правовая обязанность одного лица къ другому. Недостатокъ этой классификаціи объясняется тѣмъ, что ученіе объ элементахъ правоотношенія отнюдь не является научно-построенной теоріей, но довольно произвольнымъ и искусственнымъ конгломератомъ понятій, выработавшихся постепенно въ правовой практикѣ и въ догматической юриспруденціи. Поэтому въ основѣ классификаціи элементовъ, образующихъ правоотношеніе, не лежитъ никакого научнаго принципа. Для того, чтобы дать научно-систематическое ученіе о правоотношеніи и его элементахъ, для этого лучше всего принять за основаніе имѣющійся въ каждомъ правопорядкѣ принципъ цѣнности. Каждое правоотношеніе предполагаетъ прежде всего нѣчто, что признается въ немъ нѣкоторой положительной цѣнностью или самоцѣлью (напр., личность). То, что въ правоотношеніи соотвѣтствуетъ этой идеѣ, можетъ быть названо *субъектомъ права*. Но въ то же время правовая связь предполагаетъ и элементъ средства, используемаго въ извѣстныхъ цѣляхъ—этотъ элементъ всецѣло соотвѣтствуетъ идеѣ *объекта права*. Наконецъ, поскольку правопорядокъ представляетъ собою рядъ динамическихъ т, е. возникающихъ и прекращающихся во времени правоотношеній, постольку можно говорить *объ основаніи ихъ* или объ *условіи ихъ движенія*. Къ этимъ тремъ элементамъ могутъ быть сведены всѣ тѣ разнообразныя понятія, которыя выработала общая теорія права въ своемъ ученіи о правоотношеніи и его элементахъ.

---

§ 2. Субъектъ правоотношеній.

Субъектомъ права въ юридической теоріи называется все то, что можетъ быть носителемъ правъ или обладать правоспособностью. При этомъ юридическая теорія учитъ, что правоспособностью могутъ обладать не только дѣйствительныя человѣческія личности (или *физическія лица*, какъ говоритъ юридическая теорія). Правоспособными могутъ быть лица несуществующія, напр. умершія или еще неродившіяся; правоспособными могутъ быть фантастическія, вымышленныя существа, (дьяволы, вѣдьмы, духи, съ которыми заключали договоры въ средніе вѣка); правоспособными могутъ быть животныя (лошадь, на пропитаніе которой я оставилъ деньги); правоспособными могутъ быть цѣлыя группы людей, связанныхъ между собой общностью цѣлей или одинаковымъ укладомъ жизни (т. н. юридическіе лица) и т. д. Но въ то же время нами было установлено, что правоотношеніе можетъ возникнуть

только между людьми. Приходится, слѣдовательно признать, что идея *субъекта права* не совпадаетъ съ идеей *человѣческой личности*, этого основного элемента правопорядка, — обстоятельство, на которое мало обращали вниманія философы права и которое послужило причиной для неясности цѣлаго ряда основныхъ понятій юридической теоріи.

Всякій правопорядокъ складывается изъ ряда отношеній между человѣческими личностями. И мы видѣли уже, что личность человѣческая въ правопорядкѣ занимаетъ положеніе не только средства, но и цѣли. Быть-же признанной цѣлью правообщенія, это значитъ въ то же время „обладать правами", быть „правоспособнымъ". Поэтому прежде всего въ правопорядкѣ правоспособностью надѣляется человѣческая личность, и нѣтъ такого правопорядка, который состоялъ бы *исключительно* изъ неправоспособныхъ людей. Но надѣляя человѣческую личность правоспособностью, правопорядокъ, какъ мы видѣли уже, шаблонизируетъ ее, превращаетъ въ идеальную схему. Субъектъ права въ юридическомъ смыслѣ этого слова, не есть живая человѣческая личность, но отвлеченный носитель опредѣленныхъ юридическихъ качествъ. Быть носителемъ этихъ качествъ, означаетъ ничто иное, какъ находиться въ опредѣленныхъ отношеніяхъ съ другими людьми, быть связаннымъ съ ними нѣкоторой правовой связью. Поэтому идея субъекта права, какъ и всѣ юридическія понятія, не имѣетъ значеніе какой-либо субстанціи или самостоятельнаго существа, но выражаетъ собою *только идеальное отношеніе*, мыслимый типъ правовой связи. Концентрируя наше вниманіе на одной, активной сторонѣ этого отношенія, отвлекаясь отъ другихъ сторонъ его, мы приходимъ къ идеѣ отвлеченнаго носителя правъ. Въ образованіи этой идеи играетъ большую роль наша потребность олицетворять явленія. Активную сторону въ правоотношеніяхъ мы превращаемъ въ существо, въ субъекта. Отвлеченную идею этого носителя правъ мы накладываемъ потомъ на живую человѣческую личность, и въ этомъ своемъ абстрактномъ облаченіи живой человѣкъ начинаетъ фигурировать, какъ правоспособное физическое лицо. Но мы можемъ съ такимъ же правомъ наложить эту схему и на другіе предметы, — получится субъектъ права, не обладающій характеромъ физическаго лица.

Подобное надѣленіе различныхъ предметовъ свойствами правоспособности происходитъ тогда, когда въ человѣческомъ обществѣ выступаютъ въ качествѣ признанныхъ правопорядкомъ цѣлей не только человѣческія личности, но и другія цѣнности. Такъ, напримѣръ, современный правопорядокъ придаетъ значеніе цѣнности не только волѣ живого человѣка, но и волѣ лица умершаго. Все наслѣдственное право покоится на томъ предположеніи, что эмпирическій фактъ смерти человѣка не уничтожаетъ значенія его воли и его прошлыхъ поступковъ. Такимъ образомъ получаетъ самостоятельную правоспособность, становится субъектомъ права, открывшееся наслѣдство, наслѣдники котораго не разысканы. Само собой разумѣется, что наслѣдственное имущество

не образуетъ никакого дѣйствительнаго лица, не является какимъ-либо реальнымъ субъектомъ, но просто оно представляетъ собою рядъ возможныхъ отношеній, активная сторона которыхъ образуетъ его „права“ признанныя и защищенныя юридическими нормами. Такимъ же „субъектомъ права“ можетъ быть и неродившійся человѣкъ, зародышъ въ утробѣ матери. Но такимъ субъектомъ можетъ быть буквально все, что данное общество считаетъ нужнымъ признавать, какъ цѣль, и что не играетъ роли простого средства.

При сдѣланной нами постановкѣ вопроса не представляетъ особаго труда уясненіе сложной и запутанной проблемы о существованіи такъ называемыхъ юридическихъ лицъ или идеальныхъ субъектовъ права. Юридическимъ лицомъ называютъ такую совокупность людей, которая является самостоятельнымъ субъектомъ права. Нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что нѣкоторыя общія, превосходящія индивидуальное существованіе цѣли могутъ получить характеръ признанныхъ цѣнностей въ данномъ правопоряткѣ и могутъ стать, стало быть, самостоятельными субъектами права въ вышеописанномъ смыслѣ этого слова. Таковы, напримѣръ, цѣли народнаго просвѣщенія, преслѣдуемыя высшимъ учебнымъ заведеніемъ, скажемъ, Университетомъ. Онѣ имѣютъ гораздо болѣе длительный характеръ, чѣмъ жизнь отдѣльныхъ профессоровъ, студентовъ и т. д. Университетъ и задачи его останутся, когда мы всѣ изъ него уйдемъ. Удовлетворяя цѣли эти, университетъ ведетъ свою самостоятельную жизнь, преслѣдуетъ свои интересы, покупаетъ свое имущество, имѣетъ свой бюджетъ и т. д. Иными словами, онъ имѣетъ свои собственныя права и свою правоспособность, какъ имѣетъ ее акціонерное общество, богоугодное заведеніе, государство и т. д. Но это ни въ коемъ случаѣ не означаетъ, что университетъ является какимъ-то дѣйствительнымъ субъектомъ, дѣйствительной личностью или даже организмомъ, какъ думаютъ нѣкоторые. Онъ является субъектомъ права совершенно въ томъ же смыслѣ слова, въ какомъ является имъ отдѣльный человѣкъ.

„Римляне“, — какъ правильно замѣчаетъ въ своихъ Чтеніяхъ по гражданскому праву Н. Л. Дювернуа—„вездѣ и все, что представляетъ собою обособленную правоспособность именуютъ просто лицомъ: не только человѣка, но и смѣняющуяся въ коллективномъ единствѣ совокупность лицъ, persona coloniae ipsius, не только лицо живого правоспособнаго, но и опредѣлившуюся сферу правообладанія умершаго persona defuncti. Итакъ, тутъ техническій терминъ „лицо“, „persona“, есть вполнѣ абстрактный и самъ себѣ равный для всѣхъ случаевъ, гдѣ надо обозначить обособленную правоспособность, самостоятельно опредѣлившуюся сферу гражданскихъ правоотношеній и въ томъ видѣ функціонирующую въ цивильномъ оборотѣ съ необходимымъ для этой цѣли свойствомъ постоянной ея юридической извѣстности. Мы могли бы при самомъ развитомъ обмѣнѣ, обойтися этимъ простымъ терминомъ, какъ имъ обходились римляне. Termini technici, теперь употре-

бительные для двухъ явленій правоспособности, отдѣльнаго человѣка и коллективныхъ единицъ, далеко не суть ни удачные, не выдержанные, ни точные. *Сама правоспособность вездѣ одна.* То обстоятельство, что она присвоена установленію или отдѣльному человѣку, не видоизмѣняетъ ее въ существѣ. Называть человѣка правоспособнаго лицомъ физическимъ, а корпорацію юридическимъ, нѣтъ никакого основанія".*)

Если согласиться съ этими глубоко справедливыми словами, то нельзя не признать, что пресловутый споръ юристовъ о сущности юридическихъ лицъ въ значительной степени покоится на методологическихъ недоразумѣніяхъ. Весьма извѣстная классическая теорія юридическихъ лицъ, развитая еще въ средніе вѣка и подкрѣпленная авторитетомъ Савиньи, видѣла въ нихъ фикціи или особо вымышленныя идеи. Но всякій субъектъ права есть, какъ мы видили, нѣчто „вымышленное". Никакихъ другихъ „реальныхъ" субъектовъ права нѣтъ и быть не можетъ. Другая, противоположная названной, чисто реалистическая теорія юридическихъ лицъ считала ихъ особаго рода организмами, не менѣе реальными, чѣмъ физическія лица, надѣленными вмѣстѣ съ тѣмъ реальной волей и разумомъ. Но помимо того, что эта теорія, какъ и всякія иныя органическія аналогіи, фактически не соотвѣтствуетъ истинѣ, ибо никакихъ соціальныхъ организмовъ въ природѣ не существуетъ, помимо этого она не объясняетъ намъ цѣлый рядъ проявленій правоспособности, несвязанныхъ съ бытіемъ органическихъ явленій. Допустимъ, что для существованіе юридическаго лица необходимъ органическій субстратъ въ видѣ физическаго или коллективнаго организма. Но субъектомъ права можетъ быть и покойникъ, и неродившійся. Гдѣ же здѣсь наличность этого субстрата? И нужно-ли постулировать его тамъ, гдѣ мы видимъ простую совокупность нѣкоторыхъ соціальныхъ связей, объединенныхъ въ нѣкоторое единство? Весьма примѣчательно то, что ошибкой олицетворенія юридическихъ понятій страдаютъ и тѣ воззрѣнія, которыя, какъ кажется, намѣрены радикально покончить съ старой терминологій и упразднить саму идею особый юридической личности. Виндшейдъ и Бринцъ создали извѣстное ученіе о существованіи правоспособности безъ субъектовъ, полагая такимъ образомъ устранить трудности въ обоснованіи особаго, коллективнаго, юридическаго лица. Однако, эти безсубъектныя права предполагаютъ, что бываютъ еще права субъектныя, предполагаютъ, стало быть, возможность какой-то субстанціальной связи между физическимъ и органическимъ бытіемъ человѣка и его бытіемъ въ качествѣ субъекта права. Но мы видѣли уже, что такой связи нѣтъ и что съ точки зрѣнія дѣйствительной человѣческой личности и ея психо-физическаго существа явленіе субъекта права представляется совершенно необъяснимымъ. Въ физическомъ смыслѣ всякій субъектъ права безсубъектенъ—и физическое лицо и лицо юридическое. Поэтому нельзя согласиться и съ взглядами,

*) Н. Л. Дювернуа, Чтенія по гражд. праву, изд. 3-ье, стр. 271.

защищаемыми Рудольфомъ фонъ Іерингомъ и у насъ Н. М. Коркуновымъ, которые, борясь съ теоріей соціальныхъ организмовъ и защищая казалось-бы весьма здоровыя реалистическіе тенденціи, учатъ, что въ явленіяхъ юридическаго лица истинными субъектами правъ бываютъ не фантастическія коллективныя единицы, но тѣ дѣйствительныя лица, которыя составляютъ коллективъ,—отдѣльные члены общества, учрежденія или корпораціи, дѣйствительные обладатели интересовъ. „Только люди могутъ быть субъектами юридическихъ отношеній,"—говоритъ Н. М. Коркуновъ.—„Понятіе юридическаго лица играетъ какъ-бы роль скобокъ; какъ въ алгебрѣ, мы не совершая самыхъ дѣйствій, заключаемъ выраженія, соединенныя знаками + и — въ скобки, для упрощенія дальнѣйшихъ вычисленій, такъ и однородные интересы извѣстной группы лицъ мы заключаемъ въ понятіе юридическаго лица и затѣмъ опредѣляемъ отношеніе этой коллективной личности къ другимъ".*) Но въ этой теоріи смѣшивается двѣ разныя вещи—реальный элементъ всякаго правопорядка, реальная личность, и тотъ абстрактный моментъ въ понятіи правоотношенія, который юристы именуютъ субъектомъ права. Справедливо, что правопорядокъ складывается изъ между-личныхъ отношеній, однако, субъектъ права въ юридическомъ смыслѣ этого слова не есть живой двигатель отношеній этихъ, но только формула для выраженія активной стороны любой юридической связи. Такимъ образомъ и эта теорія, сливая идею реальной личности съ идеей юридическаго субъекта, отдаетъ дань обычной персонификаціи явленій, противъ которой она склонна протестовать во имя здороваго соціальнаго реализма. Ближе всѣхъ къ истинѣ стоитъ, пожалуй, теорія цѣлевыхъ имуществъ, хотя она имѣетъ односторонній цивилистическій характеръ. Совершенно справедливо, что имущества, предназначенныя для опредѣленной неиндивидуальной цѣли, могутъ быть отдѣльными субъектоми правъ, однако, таковыми же субъектами могутъ быть цѣли и не имущественнаго характера. Современная юридическая теорія считаетъ государство отдѣльнымъ субъектомъ права,— но не потому, что государство является предназначеннымъ для извѣстной цѣли имуществомъ. Правопорядокъ можно признавать цѣнностями не только цѣлевыя имущества, но и разныя другія длительныя и сверхъиндивидуальныя цѣли, какъ можетъ онъ признавать и защищать опредѣленныя цѣлеполаганія физическаго лица. Вотъ эти-то признанныя правопорядкомъ цѣли и являются „личностями" въ юридическомъ смыслѣ этого слова.

Юридическое лицо отличается, слѣдовательно, отъ физическаго субъекта права не тѣмъ, что мы имѣемъ дѣло съ различными личностями но тѣмъ, что въ томъ и другомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ разнымъ объемомъ и разнымъ проявленіемъ одной и той же правоспособности. Цѣлый рядъ правъ, принадлежащихъ физическимъ лицамъ, не можетъ принадлежать лицамъ юридическимъ. Юридическое лицо не можетъ

*) L. c., стр. 146.

вступить въ бракъ, не можетъ совершить преступленія и т. д. И съ другой стороны, физическія лица сами могутъ осуществлять свои права, юридическія же лица могутъ осуществлять ихъ только черезъ представителей. Другими словами, одинъ видъ субъектовъ права является *дѣеспособнымъ*, другой—*недѣеспособнымъ*. Нельзя поэтому не согласиться съ словами Н. Л. Дювернуа, который говоритъ: „*Лицо въ гражданскомъ смыслѣ есть понятіе единое, всегда устанавливаемое методомъ юридическимъ, но способъ опредѣлять* въ конкретныхъ случаяхъ *извѣстность* лица, *предѣлы* личной правоспособности, *дѣеспособность разныхъ лицъ не одинаковы*. По этимъ признакамъ можно различать разные роды лицъ, лица съ болѣе широкой сферой правоспособности и съ болѣе ограниченной дѣеспособностью и нѣтъ, юридическая извѣстность существованія коихъ опредѣляется моментомъ рожденія физическаго, или иными признаками, указанными правомъ. Это не значитъ, что одни лица суть лица по физическимъ причинамъ, а другія по юридическимъ".

При принятой нами постановкѣ вопроса значительно выясняется и сущность чрезвычайно спорнаго въ юридической теоріи понятія о субъективномъ правѣ. Если „субъектъ" въ юридическомъ смыслѣ есть признанная самоцѣлью активная сторона правоотношеній, а не какое-либо особое существо, то идея субъективнаго права въ общемъ и отвлеченномъ смыслѣ этого слова совершенно совпадаетъ съ понятіемъ правового субъекта или правоспособности. Имѣть субъективное право вообще это значитъ быть правоспособнымъ,—и ничего болѣе. Ошибочно поэтому думать, что юридическій субъектъ „носитъ" въ себѣ что-то такое особое, именуемое субъективнымъ правомъ; что субъективное право „принадлежитъ" какому-то существу, называемому личностью, какъ руки принадлежатъ моему тѣлу. Носить право это и значитъ быть субъектомъ, а быть субъектомъ нельзя иначе, какъ нося право или будучи правоспособнымъ. Однако, юридическая теорія, смѣшивая идею юридическаго субъекта съ человѣческой личностью, неизбѣжно должна была придать понятію субъективнаго права совершенно особое толкованіе, —именно, тотъ характеръ особого, самостоятельнаго свойства личности, о которомъ мы говорили выше. Такимъ образомъ былъ поставленъ вопросъ, въ чемъ же заключается природа этого особаго свойства, въ чемъ сущность субъективнаго права? И поскольку человѣческая личность является величиной гораздо болѣе конкретной, чѣмъ отвлеченная идея юридическаго субъекта, постольку разрѣшеніе поставленной проблемы шло путемъ характеристики идеи субъективнаго права посредствомъ цѣлаго ряда реальныхъ психо-физическихъ свойствъ человѣческаго существа,—его силы, воли, интереса и т. д. Такимъ образомъ вопросъ о томъ, что значитъ *имѣть право вообще* (=быть правоспособнымъ) подмѣнялся вопросомъ, что значитъ, когда я, конкретное, психо-физическое существо, „имѣю право", напримѣръ, право получить долгъ или право собственности. Легко показать, что большинство изъ построенныхъ по такому

способу теорій не способны охватить всего объема изучаемыхъ явленій, съ одной стороны, потому что психо-физическія силы индивидуума только сопровождаютъ явленіе субъективнаго права, но не выражаютъ его существа, съ другой стороны, потому что свойства эти совершенно не подходятъ къ опредѣленію тѣхъ случаевъ проявленій субъективнаго права, въ которыхъ его носителемъ выступаетъ не живой человѣкъ, но какая-либо цѣль, или имущество, или коллективъ. Субъективное право, по опредѣленію Виндшейда, есть предоставленное правопорядкомъ господство воли. Но субъективнымъ правомъ можетъ обладать и сумашедшій, и ребенокъ, и человѣкъ, который никогда сознательно не хотѣлъ даннаго „права" (напр., неизвѣстнаго наслѣдства) и даже покойникъ. О какой волѣ здѣсь можетъ итти рѣчь? Іерингъ, полемизируя съ волевою теоріей, опредѣляетъ субъективное право, какъ охраненный интересъ. Но о какихъ „интересахъ" можно говорить, когда право принадлежитъ покойнику? И сверхъ того можно имѣть право, будучи совершенно въ этомъ незаинтересованнымъ. Цѣлый рядъ новѣйшихъ юристовъ пытаются комбинировать выводы волевой теоріи субъективнаго права и теоріи интереса, надѣясь такимъ образомъ ближе подойти къ истинѣ. Но покойникъ не обладаетъ ни волей, ни интересомъ, а все же можетъ быть юридическимъ субъектомъ. Затрудненія всѣхъ названныхъ теорій, какъ мы сказали, проистекаютъ отъ методологической невыясненности понятій. Если говорить о переживаніяхъ человѣка, обладающаго правомъ, то, конечно, онъ часто бываетъ заинтересованъ въ своемъ правѣ и часто въ правѣ этомъ проявляется его воля и сила. Но всѣ эти переживанія не имѣютъ *прямого* отношенія къ субъективному праву, какъ общему проявленію правоспособности. Всѣ они могутъ отсутствовать, однако юридическій субъектъ будетъ существовать. Субъективное право есть только иная формулировка той абстракціи, которую мы называемъ юридическимъ субъектомъ или правоспособностью.

Защищаемый нами взглядъ на сущность субъективнаго права противорѣчитъ общепринятому въ наукѣ обыкновенію трактовать это понятіе, какъ нѣкоторую самостоятельную и обладающую особымъ значеніемъ категорію. Но такое обыкновеніе исходитъ болѣе изъ практическихъ и политическихъ, чѣмъ изъ научныхъ мотивовъ. Въ практической жизни человѣку чрезвычайно важно бываетъ выяснить его „права", которыми измѣряется его сфера вліянія и власти въ обществѣ. Въ особенности же важно бываетъ выяснить „права" человѣка по отношенію къ государству и опредѣлить такимъ образомъ мѣру его гражданской свободы. Такимъ образомъ вопросъ о субъективномъ правѣ становится политической проблемой первѣйшей важности. Слѣдуя за этими политическими тенденціями, наука о правѣ искусственно превратила одинъ изъ несамостоятельныхъ моментовъ правоотношенія въ самостоятельное юридическое явленіе. Такъ получилось, что наряду съ объективнымъ правомъ сталъ, въ качествѣ особой категоріи, фигурировать одинъ изъ несамостоятельныхъ моментовъ правоотношенія,—

право въ субъективномъ смыслѣ этого слова. Нельзя не привѣтствовать, что за послѣднее время преувеличенный интересъ къ идеѣ субъективнаго права сталъ понемногу падать. Понемногу идея субъективнаго права находитъ свое мѣсто въ ряду юридическихъ категорій, какъ одинъ изъ существенныхъ, однако далеко несамостоятельныхъ элементовъ правоотоошеній*).

§ 3. Объектъ права.

Понятіе объекта права не принадлежитъ къ числу ясныхъ понятій юриспруденціи. Понятію этому даютъ весьма различныя опредѣленія, какъ-то: все то, что является предметомъ юридическаго господства, или то, чему рѣшительной нормой служитъ управомоченная воля, или используемое содержаніе права, необходимо заключающійся въ правѣ используемый предметъ. Развивая эти опредѣленія, юридическая теорія задается далѣе цѣлью перечислить тѣ предметы, которые могутъ быть объектами права. Наиболѣе общераспространенное воззрѣніе учитъ, что объектами права являются: 1) Собственная личность человѣка: нельзя отрицать, что физическое лицо, вступая въ правоотношенія, используетъ свою волю, свое поведеніе и свои силы, напр., подавая голосъ во время голосованія, избирая депутата въ парламентъ и т. д. 2) Другіе люди, поскольку они являются предметами нашего господства и воздѣйствія, напр., рабы въ древнемъ правѣ, дѣти въ современномъ семейномъ правѣ. 3) Дѣйствія другихъ людей, служащія для удовлетворенія нашихъ цѣлей и интересовъ, напримѣръ, различнаго рода услуги при договорахъ, обязательствахъ и пр. 4) И, наконецъ, безличныя части внѣшняго міра, вещи въ широкомъ смыслѣ этого слова.

Изъ опредѣленій объекта права и перечисленія различныхъ видовъ объектовъ слѣдуетъ, что въ общемъ это понятіе выражаетъ собою ту новую сторону правоотношеній, которая характеризуется категоріей используемаго въ правоотношеніи средства. Каждое правоотношеніе необходимо содержитъ этотъ моментъ использованія, и поэтому безъобъектныя правоотношенія столь же невозможны, какъ и правоотношенія безсубъектныя. Такимъ образомъ противоположность между объектомъ права и субъектомъ права имѣетъ характеръ противоположности между самостоятельной и признанной цѣнностью цѣлью и между используемой для этой цѣли средствомъ. Совершенно справедливо, что средства эти могутъ быть чрезвычайно различны, однако принятая въ юридической теоріи классификація ихъ едва-ли можетъ быть признана вполнѣ удачной.

Прежде всего, что касается до собственной личности, человѣка, его силъ и дѣйствій, то едва-ли правильно примѣнять сюда понятіе объекта права. Какъ говоритъ Н. М. Коркуновъ, „собствен-

*) См. Duguit, L'état, le droit objectiv et la loi positive, 1901. Kelsen, Haupt probleme des Staatsrechts.

ныя силы составляютъ неотъемлемую принадлежность самаго субъекта права. Онѣ ему прирождены и потому распредѣленіе ихъ между отдѣльными людьми установлено, такъ сказать, самою природою. *Право не предоставляетъ человѣку пользованія ими, а только ограничиваетъ и охраняетъ его*" *) Отсюда, казалось бы, нужно сдѣлать выводъ, что собственныя силы н *не могутъ быть* объектомъ права. Самое большее, о чемъ можно здѣсь говорить, это о собственной личности, какъ объ объектѣ нравственныхъ обязанностей и о правовыхъ нормахъ, преслѣдующихъ задачи охраненія нравственной и духовной свободы. Но эти задачи правовыхъ нормъ никакъ не могутъ быть названы объектами правоотношеній въ томъ смыслѣ, въ какомъ учитъ о нихъ юридическая теорія. Что-же касается до юридическихъ примѣровъ, иллюстрирующихъ возможность права на свою личность, ея силы и дѣйствія, то легко показать, что истиннымъ объектомъ приводимыхъ въ этихъ примѣрахъ правоотношеній является нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ собственная личность, и если я имѣю право голосовать въ собраніи, то съ точки зрѣнія юридической объектомъ здѣсь являются вовсе не мои дѣйствія, но поведеніе и дѣйствія другихъ людей, на которыя я могу вліять предоставленнымъ мнѣ правомъ голоса. Если я выбираю депутата въ парламентъ, то объектомъ права опять-таки являются другія люди и ихъ дѣйствія, поскольку я правомъ своего голоса расчитываю повліять на общее направленіе государственной жизни. Если я имѣю право свободно выражать свои убѣжденія, то опять-таки объектомъ этого права являются тѣ люди, которые призваны защищать и охранять мою свободу и т. д.

Общимъ недостаткомъ воззрѣнія, учащаго, что объектомъ права можетъ быть собственная личность, является неспособность выяснить, въ чемъ же заключается то правоотношеніе, о которомъ въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь. Стоитъ только поставить этотъ вопросъ, какъ опредѣленіе объекта права теряетъ всѣ трудности. Когда я имѣю право голоса, или право свободы, правоотношеніе заключается здѣсь не въ отношеніи моемъ къ самому себѣ, но въ отношеніи къ другимъ людямъ. Въ отношеніи къ самому себѣ нѣтъ ничего юридическаго, юридическая же связь является внервые тогда, когда на сцену появляется общество. Отдѣльныя дѣйствія членовъ этого общества, служащіе средствомъ для осуществляемыхъ мною цѣлей, и являются объектомъ тѣхъ правъ, о которыхъ въ каждомъ данномъ случаѣ идетъ рѣчь.

Слѣдовательно, другія люди и ихъ дѣйствія—вотъ что прежде всего является объектомъ права. При этомъ едва-ли есть основаніе для того, чтобы право на другихъ людей отдѣлять отъ права на ихъ дѣйствія и такимъ образомъ устанавливать два самостоятельныхъ и различныхъ класса объектовъ. По крайней мѣрѣ право всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, говоря о людяхъ, какъ правовыхъ объектахъ разумѣетъ, конечно ихъ дѣйствія. Человѣкъ самъ по себѣ, независимо

*) L. c., стр. 155.

отъ его дѣйствій можетъ стать объектомъ права, только всецѣло превратившись въ вещь. Таковъ, напримѣръ, человѣкъ, пойманный людоѣдами и предназначенный на съѣденіе за обѣдомъ. Даже полный рабъ интересуетъ людей съ точки зрѣнія его дѣйствій, тѣмъ болѣе крѣпостной. Вопросъ идетъ только объ объемѣ этихъ дѣйствій и о способахъ ихъ использованія. Въ одномъ случаѣ объектомъ права являются опредѣленныя, точно фиксированныя и ограниченныя исполненіемъ извѣстной задачи, услуги (носильщикъ, нанятый отнести вещи), въ другихъ случаяхъ фигурируетъ цѣлый рядъ услугъ, иногда чрезвычайно широкаго и неопредѣленнаго характера (нанятая прислуга), въ третьихъ—своеобразная монополизація всѣхъ дѣйствій даннаго человѣка (рабство, крѣпостное право) и т. д.

Но существующая юридическая теорія не принимаетъ во вниманіе, что имѣется и еще одинъ, очень близкій къ дѣйствіямъ физическихъ лицъ видъ объектовъ права: это „дѣйствія“, если можно такъ выразиться, тѣхъ субъектовъ права, которыя не суть лица физическія. Правильнѣе даже говорить въ этомъ случаѣ не о „дѣйствіяхъ“, но о *долгахъ* и *обязанностяхъ*, лежащихъ на правовыхъ субъектахъ. Наслѣдственное имущество, напримѣръ, наслѣдники котораго не отысканы, не можетъ ни въ какомъ смыслѣ „дѣйствовать“; равнымъ образомъ не можетъ „дѣйствовать“ умершій или неродившійся человѣкъ; однако, на нихъ могутъ лежать нѣкоторые долги и обязательства, они могутъ быть отвѣтственны передъ другими субъектами права. И эти долги и обязательства являются тѣми объектами права, которыми пользуются лица управомоченныя. Равнымъ образомъ и такъ называемыя юридическія лица или коллективныя субъекты права могутъ имѣть обязанности по отношенію къ другимъ лицамъ, могутъ становиться по отношенію къ другимъ лицамъ въ положеніе объектное. Но и въ данномъ случаѣ объектомъ права являются не тѣ или иныя „дѣйствія“ этихъ юридическихъ лицъ, и не тѣ или иныя „дѣйствія“ ихъ представителей, но тѣ обязанности, долги и повинности, которые на нихъ наложены правовыми нормами.

Если принять теперь во вниманіе, что и дѣйствія физическихъ лицъ, поскольку они являются объектами права, могутъ быть также названы юридическими обязанностями, то представляется вполнѣ правильнымъ подвести всю очерченную область правовыхъ объектовъ подъ одно общее понятіе обязанности въ юридическомъ смыслѣ этого слова. Объектомъ права, такимъ образомъ, могутъ быть всѣ обязанности, лежащія на правовыхъ субъектахъ, будь то „дѣйствія“ физическихъ лицъ или „долги“ лицъ юридическихъ и иныхъ субъектовъ права. Подъ объектомъ права мы понимаемъ, слѣдовательно, ту пассивную сторону юридическихъ отношеній, которая противостоитъ сторонѣ активной,—правомочіямъ, правопритязаніямъ, субъективнымъ правамъ. Нужно отмѣтить опять-таки, что это есть общее и отвлеченное имя для пассивной стороны юридическихъ отношеній, нѣкоторая аб-

стракція, при помощи которой намъ удастся обнять одинъ изъ существенныхъ элементовъ правовой связи.

Ученіе о юридическихъ обязанностяхъ является однимъ изъ мало разработанныхъ отдѣловъ общей теоріи права. „Между тѣмъ какъ проблема о природѣ обязанностей",—говоритъ Л. І. Петражицкій,—„обыкновенно обходится молчаніемъ, проблема о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ (правопритязаній, правомочій) весьма оживленно обсуждается въ наукѣ права". Впрочемъ за послѣднее время въ юридической теоріи произошелъ значительный поворотъ, и вопросъ о природѣ юридическихъ обязанностей все болѣе и болѣе начинаетъ привлекать вниманіе юристовъ. Къ сожалѣнію, существующія теоріи юридическихъ обязанностей, подобно теоріямъ юридическихъ субъектовъ, идутъ путемъ того-же олицетворенія юридическихъ явленій, которымъ шло ученіе и о субъектѣ права. Теорія юридической обязанности обычно связываетъ себя съ идеей физическаго лица, съ волеизліяніями и дѣйствіями дѣйствительной человѣческой личности. Такимъ образомъ, создается понятіе особаго субъекта юридическихъ обязанностей, мыслимаго по образцу человѣческой личности. Субъектъ этотъ въ свою очередь надѣляется своимъ собственнымъ „объектомъ обязанности", противостоящимъ объекту права, какъ особая категорія. Но легко видѣть, что „объектъ обязанности" совершенно совпадаетъ по содержанію своему съ объектомъ права. Если объектомъ права является уплата долга, то таковая же уплата, состоящая изъ тѣхъ-же самыхъ дѣйствій, является объектомъ соотвѣтствующей обязанности. Если же отвлечься отъ конкретнаго содержанія всѣхъ этихъ различныхъ дѣйствій (уплатъ, услугъ и т. д.) остается то, что мы называемъ юридической обязанностью вообще, юридическимъ исполненіемъ правопритязаній, объектомъ права. Тамъ, гдѣ есть субъектъ права, тамъ есть и объектъ, гдѣ есть правопритязаніе—есть обязанность. Каждое правоотношеніе въ этомъ смыслѣ всегда двустороннее. Но оно можетъ быть и многостороннимъ, поскольку активная сторона его можетъ быть въ то же время и пассивной, и наоборотъ. Въ значительномъ количествѣ правоотношеній управомоченный субъектъ является въ то-же время и обязаннымъ, между правомъ и обязанностью наблюдается сложное отношеніе, цѣль совпадаетъ со средствомъ, субъектъ съ объектомъ. Въ полной раздѣльности понятія эти фигурируютъ только въ наукѣ, какъ абстрактныя схемы, помогающія намъ понять сущность юридическихъ отношеній.

Отсюда слѣдуетъ, что юридическія обязанности нѣтъ никакого основанія представлять по образу обязанностей нравственныхъ, которыя всегда связаны съ внутренней, духовной жизнью человѣческой личности. Юридическія обязанности суть объекты правоотношеній, т. е. простыя исполненія. Исполненія эти можетъ дѣлать и лицо, которое не имѣетъ ни единаго разума, ни единой воли, ни нравственнаго сознанія—напр., акціонерная компанія или неродившійся человѣкъ. Когда

это исполненіе призвано осуществлять физическое лицо, оно можетъ при нѣкоторыхъ условіяхъ соединить актъ исполненія съ особыми нравственными переживаніями. Функціи нравственнаго сознанія поистинѣ универсальны. Онѣ проявляются въ весьма различныхъ областяхъ нашей дѣятельности,—и тогда, когда мы занимаемся практическими дѣлами, и когда мы погружены въ научное творчество, и когда увлекаемся эстетическимъ созерцаніемъ. Но такимъ же образомъ нравственное сознаніе наше можетъ затрагивать и нашу юридическую дѣятельность. Тогда долгъ въ юридическомъ смыслѣ этого слова, какъ простое исполненіе, какъ объектъ чужого права, становится долгомъ нравственнымъ. Нужно однако методологически отдѣлять эти двѣ стороны нашего поведенія, изъ которыхъ одна принадлежитъ въ сферѣ правоотношеній, другая-же совпадаетъ съ областью нашихъ моральныхъ идеаловъ.

Но мы говорили уже, что юридическая теорія считаетъ объектомъ права также и вещи. Въ какомъ-же смыслѣ вещи могутъ быть объектомъ права? Простое использованіе вещей въ чьихъ-либо интересахъ не обладаетъ само по себѣ никакой юридической природой. Таковое использованіе пріобрѣтаетъ юридическія качества тогда, когда оно устанавливаетъ также и юридическія обязанности. Такимъ образомъ вещь становится юридическимъ объектомъ, поскольку по поводу нея возникаютъ объектныя отношенія, въ свою очередь состоящія изъ долговъ и связанныхъ съ ними исполненій. Право собственности, напримѣръ, объектомъ своимъ имѣетъ не только вещь, но и тѣ многочисленныя обязанности, которыя наложены на другихъ лицъ и которыя состоятъ въ воздержаніи этихъ лицъ отъ дѣйствій, направленныхъ противъ правомочій собственника. Не будь обязанностей этихъ, не было бы и собственности, какъ особаго юридическаго института. Отсюда слѣдуетъ, что и тогда, когда объектомъ права считается вещь, основой объектныхъ отношеній все-же являются обязанности. Но эти вещныя обязанности имѣютъ такъ называемый абсолютный характеръ, т. е. онѣ лежатъ на каждомъ лицѣ, входящемъ въ данное правообщеніе, а не на отдѣльныхъ субъектахъ этого правообщенія. Впрочемъ не только права на вещи, но и нѣкоторыя другія области правъ имѣютъ такой-же абсолютный характеръ,—напр., права на духовные продукты моей дѣятельности, авторское право и т. п. Въ подобныхъ юридическихъ отношеніяхъ одному праву соотвѣтствуетъ неограниченное количество сходныхъ по своему конкретному содержанію обязанностей. Въ построенныхъ по такому типу правоотношеніяхъ мы имѣемъ передъ собою картину развитаго правопорядка съ сложной сѣтью юридическихъ связей, образующихъ цѣлую систему особо построенныхъ соціальныхъ отношеній.

§ 4. Основаніе юридическихъ отношеній.

Юридическія отношенія не представляются явленіями неизмѣнными. Напротивъ того, они могутъ измѣняться, возникать и прекращаться. Въ этомъ смыслѣ про юридическія отношенія можно сказать, что они

всецѣло принадлежатъ къ области временнаго бытія, къ области реальныхъ отношеній и связей, всецѣло подлежащихъ власти времени.

Измѣненія правоотношеній, какъ и всякое измѣненіе, не можетъ происходить безъ нѣкотораго основанія, поэтому идея причинности въ своеобразномъ ея истолкованіи не можетъ не быть необходимой составной частью ученія о юридическихъ отношеніяхъ. Идея эта фигурируетъ въ современной юридической теоріи, какъ ученіе о юридическихъ фактахъ. Подъ именемъ этихъ послѣднихъ обычно разумѣютъ тѣ *факты, которые обуславливаютъ измѣненіе юридическихъ отношеній.*

Ученіе о юридическихъ фактахъ еще разъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что право по существу своему не есть просто душевное, но соціальное явленіе, зависящее въ своихъ основахъ отъ условій совмѣстнаго бытія людей въ обществѣ. Юридическая теорія учитъ, что соціальная жизнь людей въ качествѣ условій для возникновенія юридическихъ отношеній выдвигаетъ не только событія нашей внутренней жизни, но и дѣйствительныя факты внѣшняго міра, имѣющіе какое-либо особое значеніе въ соціальной жизни. Такъ, напримѣръ, рожденіе человѣка или его смерть служитъ условіемъ возникновенія человѣческихъ отношеній. Равнымъ образомъ значеніе юридическаго факта можетъ имѣть также и теченіе времени: напримѣръ, осуществленіе или неосуществленіе права въ теченіе извѣстнаго времени является также юридическомъ фактомъ (такъ называемая давность). Но въ то-же время значеніе юридическихъ фактовъ имѣютъ также и дѣйствія людей, напримѣръ, сознательныя изъявленія человѣческой воли. Поскольку дѣйствія людей являются условіями измѣненія юридическихъ отношеній, постольку они также считаются юридическими фактами,—и, именно, тѣмъ видомъ ихъ, который именуется *юридическимъ дѣйствіемъ*. „Юридическія дѣйствія"—говоритъ Н. М. Коркуновъ—„бываютъ двоякаго рода. Если совершеніе ихъ предоставлено частнымъ лицамъ, побуждаемымъ къ ихъ совершенію личнымъ интересомъ—это будутъ *юридическія сдѣлки*; если же совершеніе ихъ предоставлено должностнымъ лицамъ, побуждаемымъ къ тому долгомъ службы, это—*распоряженія*. Какъ тѣ, такъ и другія могутъ быть и *односторонними* и *двусторонними*. Одностороннее дѣйствіе есть проявленіе одной воли, двустороннее — совмѣстное проявленіе двухъ или нѣсколькихъ воль. Односторонняя юридическая сдѣлка можетъ касаться только собственныхъ правъ дѣятеля, потому что только надъ ними частное лицо имѣетъ власть распоряженія. Примѣрами односторонней сдѣлки могутъ служить завѣщаніе и отказъ отъ собственнаго права. Одностороннее правительственное распоряженіе, какъ проявленіе власти, можетъ касаться и правъ частныхъ лицъ: оно можетъ ихъ ограничивать и прекращать. Двусторонняя сдѣлка основывается на соглашеніи не подчиненныхъ другъ другу лицъ и имѣетъ потому форму договора. Двустороннее распоряженіе не можетъ имѣть такого характера, такъ какъ изъ двухъ участвующихъ въ ней воль одна есть властвующая, другая

подчиненная. Потому тутъ взаимное ихъ соотношеніе получаетъ характеръ соотношенія просьбы (напр., просьбы объ опредѣленіи на службу, о выдачѣ концессіи) и соизволенія на нее (принятіе на службу, предоставленіе концессіи)" *) „Способность совершать юридическія сдѣлки"—продолжаетъ Н. М. Коркуновъ—„называется *дѣеспособностью*". „Способнось совершать правительственныя распоряженія составляетъ понятіе *компетенціи*" *).

Наконецъ, юридическими фактами можетъ быть также *неправомѣрное состояніе* и *правонарушеніе*. Первое есть такое, противорѣчащее правовымъ нормамъ состояніе, которое возникло въ силу безсознательно и стихійно дѣйствующихъ силъ природы, напр., вѣтра, унесшаго принадлежащую мнѣ вещь во владѣніе другого человѣка. Второе есть сознательно направленное на нарушеніе права человѣческое дѣяніе. И то и другое устанавливаютъ новыя юридическія отношенія, родятъ новыя юридическія связи и являются, слѣдовательно, юридическими фактами.

*) L. c., стр. 162.
*) Ibid., 162—3

ГЛАВА V.

ПРАВО И ГОСУДАРСТВО.

Существующія теоріи.

Изъ всѣхъ другихъ областей нашей культурной жизни право ближе всего стоитъ къ государству. Поэтому разсмотрѣніе отношеній этихъ двухъ соціальныхъ явленій представляетъ самостоятельную и весьма важную проблему философіи права.

Правильному разрѣшенію вопроса объ отношеніи права къ государству мѣшаетъ прежде всего недостаточное уясненіе методологическаго смысла этой проблемы. Господствующія въ современной наукѣ теоріи придаютъ названному вопросу прежде всего историческое толкованіе, или утверждая, что государство „старше“ и „первѣе“ права, что, слѣдовательно, всякое право рождается изъ государства, истекаетъ изъ него; или же, наоборотъ, защищая взглядъ, согласно которому государство низводится на ступень явленій вторичнаго и производнаго, или же, наконецъ, утверждая, что государство и право „рождаются“ параллельно, представляя собою два связанныхъ, но въ то же время самостоятельныхъ ряда Очень часто подобное историческое направленіе проблемы высказывается совершенно открыто, подкрѣпляется историческими примѣрами и иллюстраціями, иногда же оно скрыто заключается въ соотвѣтствующихъ теоріяхъ, сливаясь незамѣтно съ иной постановкой вопроса,—съ стремленіемъ опредѣлить, какъ относится между собою государство и право не въ ихъ историческихъ судьбахъ, но сообразно внутреннему теоретическому составу соотвѣтствующихъ предметовъ. Однако, философа можетъ интересовать не то, какъ въ различные историческіе періоды взаимно относились государство и право, его интересуетъ главнымъ образомъ внутренне-логическое взаимоотношеніе ихъ идей; въ лучшемъ случаѣ историческіе примѣры могутъ быть только иллюстраціями этихъ внутреннихъ отношеній и связей. Исторически и соціологически нужно считать вполнѣ доказаннымъ, что право можетъ существовать и помимо государства. Въ этомъ убѣждаетъ насъ не только существованіе историческихъ обществъ съ весьма развитыми правоотношеніями, дѣйствующими при отсутствіи какой-либо государственной организаціи, но и самыя обычныя явленія окружающей насъ жизни. Тѣ многочисленные факты, на которые обратилъ вниманіе Л. И. Петражицкій—дѣтскіе договоры во время игръ, различныя, возникающіе при этомъ правоотношенія и т. д.—все это убѣждаетъ насъ, что правообщеніе есть въ значительной степени не

зависимый отъ государства фактъ. Однако, всѣ эти историческія и соціологическія воззрѣнія, фактическое значеніе которыхъ едва-ли можно оспаривать, наталкиваются на одно принципіальное возраженіе, исходящее изъ основныхъ началъ философіи права: пусть право исторически можетъ существовать безъ государства, но является-ли это сколько нибудь нормальнымъ состояніемъ правопорядка? Другими словами, если мы будемъ изучать не фактическое только, но предметное отношеніе между правомъ и государствомъ, не принуждены-ли мы будемъ признать, что между ними существуетъ нѣкоторая *необходимая* связь, затемняемая и искажаемая въ историческихъ учрежденіяхъ, однако съ полной ясностью обнаруживающаяся, когда историческое развитіе достигло полноты и когда въ исторіи выявилось совершенное воплощеніе идеи правопорядка.

Второе и главное препятствіе для правильнаго уясненія взаимоотношеній между государствомъ и правомъ заключается въ недостаточной выясненности смысла тѣхъ понятій, соотношеніе которыхъ служитъ предметомъ изслѣдованія. Согласно убѣжденію, глубоко коренящемуся еще въ донаучномъ сознаніи государство разсматривается, какъ нѣкоторая реальность соціальныхъ связей, какъ реальный субъектъ власти, какъ реальное существо; въ правѣ же, обычно, выдвигается идеальный моментъ, идея права сливается съ идеей правила или нормы, лишенной ближайшей связи съ реальностью. Вопросъ объ отношеніи государства къ праву сводится такимъ образомъ къ проблемѣ о взаимоотношеніи нѣкоторой реальной организаціи и даже реальнаго существа къ тѣмъ правиламъ, которыя это существо создаетъ для регулированія своей жизни. Изъ этой общепринятой постановки вопроса и исходятъ вышеупомянутыя распространенныя теоріи, утверждающія или первенство государства, или первенство права, или ихъ параллельный, коррелятивный характеръ. Общимъ для этихъ теорій является взглядъ, что сущность вопроса сводится къ выясненію отношеній между государствомъ и правомъ *въ объективномъ смыслѣ этого слова.* Причемъ первая теорія мыслитъ эту связь, какъ связь болѣе или менѣе произвольную, обусловленную свободной волей государства; государство издаетъ нѣкоторые приказы, адресуя ихъ или къ подданнымъ, или къ подлежащимъ органамъ власти. Правовая норма имѣетъ такимъ образомъ чисто государственное происхожденіе, является порожденіемъ воли государства. Это—чисто государственное воззрѣніе на право, которому противостоитъ вторая естественно-правовая теорія. Согласно ей всякая норма права содержитъ въ себѣ нѣкоторый первичный и невыводимый моментъ. Государство не можетъ создавать право, оно можетъ только опознавать это необходимое содержаніе правовыхъ нормъ, выявлять ихъ внутренній смыслъ и придавать ему ту или иную формулировку. Положительное право, признаваемое, издаваемое и защищаемое государствомъ, есть ничто иное, какъ приспособленная къ условіямъ мѣста и времени формулировка изначальныхъ нормъ естественнаго права, значимость которыхъ зависитъ не отъ государствен-

ныхъ приказовъ, но отъ собственной силы и цѣнности. Третья теорія можетъ быть разсматриваема, какъ нѣкоторая модификація двухъ первыхъ. Согласно ей наличность права въ государствѣ признается не какъ результатъ болѣе или менѣе случайнаго проявленія государственнаго произвола, но какъ продуктъ нѣкоторой особой необходимости. Государство не можетъ дѣйствовать иначе, какъ шествуя по дорогѣ права, ибо каждый актъ государственной власти по природѣ своей есть актъ юридическій. Такимъ образомъ между государствомъ и правовыми нормами наблюдается нѣкоторая тѣснѣйшая внутренняя зависимость. „Право и государство какъ бы равноправны. Оба они возникли самостоятельно: государство есть воплощеніе всеобщей воли, право выраженіе всеобщаго сознанія. Ихъ задачи не тожественны, но отчасти другъ друга покрываютъ".

Основной предпосылкой всѣхъ этихъ теорій является, какъ мы уже отмѣчали, воззрѣніе *на право, какъ на норму*. Однако, мы видѣли уже, что идея права имѣетъ болѣе широкое значеніе. Правомъ мы называемъ не только норму, но и юридическое отношеніе, правопорядокъ. Спрашивается, въ какомъ-же отношеніи стоитъ эта новая сторона права къ явленіямъ государственнымъ.

Государствомъ мы называемъ союзъ людей, обладающій верховной властью и живущій на опредѣленной территоріи. Изъ всѣхъ основныхъ признаковъ государства начало власти является едва-ли не самымъ характернымъ. Государство прежде всего есть властный союзъ, и сравнивая право съ государствомъ лучше всего, какъ это сдѣлалъ С. А. Котляревскій, изучить отношеніе правопорядка къ власти вообще и къ власти государственной въ частности.*)

Мы видѣли уже, что по содержанію своему правовыя явленія ни въ коемъ случаѣ не чужды элементамъ чисто динамическимъ, элементамъ силы и власти. Въ частности все то, что мы называемъ объектомъ права, есть прежде всего объектъ властвованія. Используя свои объекты, правопорядокъ властвуетъ надъ ними, распоряжается ими. Въ этой точкѣ стихіи права и государства поистинѣ совпадаютъ. Правопорядокъ не противостоитъ государству, какъ нѣчто, совершенно чуждое власти, чему-то по преимуществу властвующему и господствующему. Право относится къ государству, какъ власть къ власти. Въ чемъ же заключается природа этихъ отношеній и въ чемъ лежатъ ихъ особенности?

Эта, заключающаяся въ правопорядкѣ власть и мощь можетъ находиться въ состояніи полной дезорганизованности. Можно представить такое положеніе дѣлъ, что каждый членъ правопорядка осуществляетъ свою власть своими собственными силами и своимъ собственнымъ починомъ, на свой страхъ и рискъ. Его право совпадаетъ съ его свободой и силой. Правоотношенія, въ которыя онъ вступаетъ, суть плодъ его свободы, правонарушенія-же, которыя онъ испытываетъ, возстанавливаются его собственнымъ мечемъ. Такой правопорядокъ поистинѣ

*) Ср. Власть и право, Москва, 1914.

не знаетъ, что такое государственная власть; въ его предѣлахъ возможны различныя властныя отношенія, однако они не приведены ни въ какую систему. Таково анархическое общество, о которомъ мечтаютъ тѣ изъ анархистовъ, задача которыхъ заключается не въ томъ, чтобы уничтожить право, но чтобы разрушить государство съ его аппаратомъ централизованной власти и съ его монополизаціей принужденія. Таковъ международный союзъ современныхъ государствъ, не чуждый права, но не выработавшій никакого единаго центра власти.

Правопорядокъ, другими словами, можетъ существовать безъ государства, хотя едва-ли это будетъ сколько-нибудь прочное состояніе права. Все дѣло въ томъ, что правовая связь, какъ и всякая властная организація съ весьма универсальными функціями, обладаетъ нѣкоторой самочинностью своихъ дѣйствій и не можетъ не сталкиваться съ всякой другой единицей власти. Поэтому любой сложный правопорядокъ, содержа въ себѣ множество автономныхъ и самовластныхъ единицъ, несетъ въ себѣ широкую возможность для внутреннихъ столкновеній и борьбы. Лучшимъ примѣромъ тому можетъ служить международный союзъ, который, несмотря на его юридическую форму, вѣчно заключаетъ въ себѣ опасность вооруженныхъ столкновеній. Равнымъ образомъ и средневѣковое феодальное общество, построенное также на элементахъ права, не лишено было этой внутренной разрушительной энергіи именно потому, что начало власть въ немъ не была организована, что самоуправство въ случаяхъ нарушенія права было его послѣднимъ словомъ. Такая-же опасность стоитъ и передъ анархическимъ обществомъ, если только оно будетъ строиться на началахъ власти. Чтобы избѣжать этой вѣчной конкурренціи отдѣльныхъ властныхъ единицъ, для этого нужно замирить ихъ самоуправныя притязанія путемъ подчиненія нѣкоторому единому центру власти. Подобное замиренное общество всегда носитъ *іерархическій* характеръ, въ немъ всегда есть нѣкоторая *высшая* власть, а не только равновластныя единицы. Но такое обладающее высшей властью общество и называется государствомъ.

Иными словами потребность въ государственныхъ формахъ организаціи власти лежитъ въ каждомъ правопорядкѣ. Здѣсь и обнаруживается близость права и государства, какъ двухъ властныхъ типовъ общенія, изъ которыхъ одинъ является восполненіемъ другого. Однако, на этомъ связь права и государства кончается, дороги ихъ могутъ значительно разойтись. Правопорядокъ, постулируя государство, вовсе не требуетъ, чтобы это послѣднее всегда шло дорогой права. Организація власти въ государствѣ можетъ и не обладать характеромъ юридическимъ. Это мы прежде всего наблюдаемъ въ той формѣ государственнаго устройства, который называется *теократіей*.

Въ теократіи основаніемъ власти является вовсе не ея правовая форма, но нравственныя качества властителей. Во главѣ власти становятся „стражи Божьей правды на землѣ“. „Имъ—ученіе, имъ—и власть“.

„У нихъ, выражаясь средневѣковымъ языкомъ, ключи царствія Божія, и къ нимъ должны обращаться люди, чтобы избавиться отъ бѣдствій своего бреннаго существованія“ *). „Истинный царь“, — какъ говоритъ одинъ христіанскій писатель, — „тотъ, кто властвуетъ надъ гнѣвомъ, завистью и наслажденіями, кто все подчиняетъ закону Божьему, кто, сохраняя свободный разумъ, не дозволяетъ страстямъ властвовать надъ душою. Такого человѣка я охотно бы видѣлъ повелѣвающаго землѣ и морю, городамъ, народамъ и войскамъ. Ибо кто въ себѣ самомъ ставитъ разумъ надъ страстями, тотъ легко можетъ быть поставленъ и надъ людьми; онъ явитъ себя отцомъ подданныхъ и умѣренно будетъ начальствовать надъ народами“ **). Такой властелинъ, не будучи связанъ правомъ и не служа праву, не призванъ примѣнять и „правового“ принужденія. Его власть имѣетъ, скорѣе, *отеческій* характеръ и руководствуетъ посредствомъ внутреннихъ стимуловъ нравственности, а не внѣшнимъ аппаратомъ правовой санкціи. Добрые пастыри и смиренное стадо***)—вотъ образцы, которые лучше всего характеризуютъ разумную природу этого рода властвованья, въ которомъ элементы права могутъ присутствовать развѣ только въ случайномъ и зачаточномъ видѣ. Въ противоположность правовой государственной формѣ такая теократія необходимо лишена поэтому всего того сложнаго аппарата правовыхъ учрежденій, который имѣетъ своей цѣлью „защиту и охрану права“. Не нужны ни правовыя гарантіи, ни суды, ни юридически отвѣтственная администрація. Нравственное воздѣйствіе и нравственный авторитетъ стремятся замѣнить все то, что внѣшне и несовершенно, по мнѣнію сторонниковъ такой государственной формы, выполняется при помощи аппарата правового властвованья. Къ нимъ-то и зовутъ сторонники моральной и религіозной власти. „Да впавшимъ въ проступокъ однажды или въ другой разъ ты, епископъ, не гнушайся, и слова Господня не возбраняй ему, и изъ общаго жительства не выгоняй его; ибо и Господь не отказывался ѣсть съ мытарями и грѣшниками, а когда фарисеи осуждали Его за это, сказалъ: „не здоровые имѣютъ нужду во врачѣ, но больные„... „Такъ и ты, какъ сострадательный врачъ, лечи всѣхъ согрѣшившихъ, пользуясь спасительными и пригодными средствами, употребляя не только сѣченія или жженія, или лѣкарства ѣдкія, но и перевязки, и корпіи, и врачества успокаивающія, заживляющія, и вспрыскивая словами утѣшенія“ ****). Такъ, именно, должна поступать всякая власть, проникнутая началами нравственными, а не юридическими. И развѣ не такъ относились философы Платона къ гражданамъ своего государства — какъ мудрые отцы и наставники, а не какъ облеченные юридической компетенціей агенты? И не подобными ли чертами изображается отношеніе между

*) П. И. Новгородцевъ, Политич. идеалы, вып. II, стр. 73.

**) Слова Іоанна Златоуста, цитир. у Чичерина, Исторія полит. ученій, т. I, стр. 101.

***) Ср. кн. Е. Н. Трубецкой, Соціальная утопія Платона, Москва, 1908, стр. 58.

****) Постановленія Апостольскія въ русск. пер., Казань, 1864, стр. 71.

властвующими и подвластными въ легендѣ о „Великомъ инквизиторѣ“, гдѣ „тысячи милліоновъ счастливыхъ младенцевъ“ прижимаются, „какъ птенцы къ насѣдкѣ“, къ сотнямъ тысячъ „управляющихъ“, „взявшихъ на себя проклятіе познанія добра и зла“?.

Теократическое государство, будучи надѣлено всей неизмѣримой и чудовищной полнотой нравственной власти, менѣе всего можетъ быть названо правовымъ общеніемъ и правовымъ союзомъ. Государство это крѣпко не силами правовыхъ узъ, но чисто нравственной связью ея членовъ. „Единомысліе и дружба“—вотъ тѣ силы, которыя еще Платонъ считалъ необходимымъ условіемъ для существованія государства философовъ. Христіанская теократія замѣнила ихъ силами любви, которыя, согласно установленному ученію, должны были сдѣлаться преобладающими силами человѣческаго союза. Конечно, ни *дружба*, ни *любовь* не отрицаютъ права, но при истинномъ ихъ преобладаніи онѣ дѣлаютъ правопорядокъ излишнимъ, низводятъ частно-правовыя отношенія и, главнымъ образомъ, отношенія публичныя до минимума. Въ теократіи мы видимъ такимъ образомъ типично *неправовую* форму властвованья. Мы не отрицаемъ, разумѣется, того, что теократія въ своемъ чистомъ видѣ есть идеальный типъ властнаго общенія, никогда не имѣвшій воплощенія въ дѣйствительности. Но здѣсь дѣло идетъ вовсе не объ эмпирическихъ формахъ государственнаго устройства, а только о мыслимыхъ возможностяхъ. И съ этой точки зрѣнія приходится признать, что власть можетъ осмыслить себя и помимо права. Конечно, съ точки зрѣнія историческихъ воплощеній раціонализація власти обычно шла путемъ юридическимъ, а потому правовую форму властныхъ союзовъ нельзя не считать наиболѣе распространенной. Однако, власть впитываетъ въ себя право различными способами и въ различныхъ степеняхъ. Обычно упускаютъ изъ виду, что форма воплощенія правовыхъ союзовъ властнаго характера бываетъ весьма различна. Право входитъ во власть разными своими сторонами и, такъ сказать, постепенно, а не сразу. Въ общемъ *проблема правового властвованья*, сообразно съ общимъ характеромъ права, сводится къ слѣдующимъ основнымъ задачамъ: 1) обезличить властвованье, превративъ его изъ состоянія неопредѣленной личной зависимости въ нѣкоторый общій шаблонъ отношеній, въ господство формальной законности; 2) связать властвующихъ правовыми обязанностями и тѣмъ самымъ поднять властвованье на степень соціальнаго служенія; 3) объектъ властвованья поднять съ уровня простой матеріи на степень субъекта права; 4) точно опредѣлить содержанія властныхъ отношеній, компетенцію властвующихъ и права подвластныхъ. Наиболѣе простую и элементарную попытку разрѣшенія этихъ задачъ мы наблюдаемъ въ той государственной формѣ, которая носитъ имя неограниченной монархіи покоится не на юридическихъ, а на нравственныхъ и религіозныхъ основахъ. Основаніемъ самодержавной власти служитъ не какой-нибудь юридическій актъ, но нравственное признаніе поддан-

ныхъ, основанное на моральныхъ и религіозныхъ идеалахъ народа. Съ этой стороны неограниченная монархія имѣетъ нѣкоторую общность съ теократіей, и не напрасно божественное происхожденіе власти является обычно оффиціальной доктриной всякаго послѣдовательнаго монархизма. Но при всемъ томъ неограниченность самодержавной власти не чуждается воплощенія въ юридическія формы. Неограниченная монархія тѣмъ и отличается отъ теократіи, съ одной стороны, отъ деспотіи и тираніи, съ другой, что власть ея имѣетъ стремленія вылиться въ формы правовой закономѣрности. Вполнѣ правы были государствовѣды доконституціоннаго періода нашей исторіи, когда они учили, что „верховная власть въ русскомъ государствѣ, сосредоточивающаяся въ одномъ органѣ, въ одномъ лицѣ—въ лицѣ государя,— —власть неограниченная, но она дѣйствуетъ не иначе, какъ въ предѣлахъ и на основаніи законовъ, этой властью изданныхъ".*) Это начало законности и утверждалось въ 47 ст. старыхъ нашихъ основныхъ законовъ: „Россійская имперія управляется на твердомъ основаніи положительныхъ законовъ, уставовъ и учрежденій, отъ самодержавной власти исходяшихъ". Неограниченность власти поэтому не есть ея внѣзаконность. „Неограниченность верховной власти означаетъ, что верховная власть не признаетъ надъ собой высшей юридической власти, что она обладаетъ полной свободой самоопредѣленія. Верховная власть не можетъ быть поэтому ограничена правилами, исходящими отъ другой власти. Но если верховная власть не можетъ быть ограничена другой, внѣ ея стоящей властью, то изъ этого не слѣдуетъ, что она не можетъ ограничивать самое себя. Признавая для себя обязательными законы, ею самою изданные, она не ограничивается внѣ ея стоящей властью, но этимъ лишь сама себя ограничиваетъ. Это, другими словами,—самоограниченіе, не противорѣчащее самоопредѣленію, составляющему, какъ мы сказали, существенное свойство верховной власти, какъ власти неограниченной. Верховная власть неограниченна не въ томъ смыслѣ, что для нея законъ не писанъ, но въ томъ, что никто ей этого закона не предписываетъ, что она руководствуется только законами, ею самою изданными". *) Черезъ это начало формальной законности въ властныя отношенія неограниченной монархіи проникаютъ элементарные зачатки права. Абсолютный монархъ, въ отличіе отъ деспота и тирана, управляетъ на основаніи законовъ; законы же полагаютъ границу между его пріемами властвованья и пріемами властвованія духовнаго вождя теократіи. Деспотъ правитъ въ своихъ личныхъ интересахъ, духовный вождь—въ интересахъ добра; и тотъ и другой властвуютъ средствами личными, личнымъ воздѣйствіемъ, вліяніемъ, внушеніемъ принужденіемъ или увѣщаніемъ. Власть абсолютнаго монарха только на раннихъ, патріархальныхъ стадіяхъ своего развитія прибѣгаетъ къ этимъ пріемамъ. По мѣрѣ своей эволюціи, она теряетъ свой личный характеръ, пріобрѣтая формы безличной законности. Отношенія между

*) А. С. Алексѣевъ, Русское государственное право, Москва, 1897, стр. 222.
**) Ibid., стр. 223.

властвующими и подчиненными пріобрѣтаютъ, такъ называемый, публичный характеръ. Правда, это начало формальной законности только съ большимъ трудомъ пробиваетъ себѣ путь въ учрежденіяхъ абсолютной монархіи. Чисто личный характеръ верховной власти препятствуетъ безусловному преобладанью безличнаго закона. Ея полная неограниченность не даетъ никакихъ гарантій для господства права. Поэтому компетенція власти всегда остается неопредѣленной, она не можетъ вылиться въ точное, правовое содержаніе, характеризующее бытіе правовыхъ институтовъ. Отношенія властвованья не могутъ быть названы *правоотношеніями*, т. е. взаимной связью правъ и обязанностей. Идея субъективнаго публичнаго права находится только въ зачаткѣ, такъ какъ подвластные продолжаютъ еще стоять въ полу-личныхъ отношеніяхъ къ властвующимъ. Въ этомъ и заключается несовершенность той государственной формы, которую мы здѣсь характеризуемъ: ставъ на путь права, она неспособна совершить его до конца. Чтобы закончить этотъ путь, приходиться измѣнить самую форму государственнаго устройства, перейти отъ неограниченной формы правленія къ ограниченной.

Съ нѣсколько инымъ юридическимъ способомъ осмысленія власти имѣемъ мы дѣло въ той формѣ государственнаго устройства, которая вдохновляется идеалами крайняго и послѣдовательнаго демократизма. Идеалы эти наиболѣе послѣдовательно были проведены, какъ извѣстно, Ж. Ж. Руссо. Руссо хотѣлъ просвѣтить стихію власти настолько, чтобы въ ней содержался только одинъ разумъ. Онъ хотѣлъ „найти такую форму ассоціаціи, которая бы защищала и охраняла совокупной общей силой личность и имущество каждаго участника, и въ которой каждый, соединяясь со всѣми, *повиновался бы однако только самому себѣ* и оставался бы такимъ же свободнымъ. какъ онъ былъ раньше“.*) Такая ассоціація, по мнѣнію Руссо, „на мѣсто отдѣльной личности“ ставитъ нѣкоторое „моральное и коллективное тѣло, состоящее изъ столькихъ же членовъ, сколько въ собраніи голосовъ и обладающее своимъ собственнымъ я, своей жизнью и своей волей“.**) Цѣлое это называется *республикой*, *государствомъ*, или *сувереномъ*. Въ отличіе отъ неограниченной монархіи властителемъ въ такомъ государствѣ является безличное большинство или „общая воля“. Въ „общей волѣ“ погашаются всѣ „частные“ интересы: отнимите, какъ говоритъ Руссо, отъ суммы частныхъ воль всѣ крайнія, взаимно другъ друга уничтожающія частныя стремленія, „остатокъ даетъ вамъ общую волю“.*) Поэтому господство „общей воли“ не можетъ не совпадать съ господствомъ *безличнаго закона*. „Когда я утверждаю,—говоритъ Руссо—„что предметъ законовъ всегда общъ, то я подразумѣваю подъ этимъ, что законъ разсматриваетъ подданныхъ, какъ одно тѣло, *а дѣйствія, какъ отвлеченныя*; никогда законъ не касается ни человѣка, какъ от-

*) Руссо, Общественный договоръ, пер. подъ ред. Жуковской, 1907, стр. 25.
**) Ibid, стр. 27.
*) Ibid, стр. 49.

дѣльнаго индивида, ни отдѣльнаго дѣйствія". *). Можно согласиться съ Руссо, что государство, такъ представляемое, гарантируетъ гражданъ *отъ всякой личной зависимости* **). Здѣсь лежитъ глубочайшее различіе между характеромъ властвованья въ неограниченной монархіи и между господствомъ „общей воли": никогда личная и неограниченная власть одного не можетъ воплотиться въ столь безличную форму, которая и является гораздо болѣе показательнымъ выраженіемъ господства права въ формахъ властвованія. Общая воля не можетъ относиться къ гражданамъ, какъ добрый пастырь къ овцамъ или какъ отецъ къ дѣтямъ. Общая воля не убѣждаетъ, не врачуетъ и не увѣщеваетъ. Она издаетъ законы, и законы эти примѣняются со всей силой физическаго принужденія. Однако-же, по содержанію своему власть „общей воли" является столь-же неограниченной, какъ и власть абсолютнаго монарха. Напрасно думать, что „общая воля" не обладаетъ всей полнотой власти, напротивъ, власть ей принадлежитъ въ превосходной степени. Въ государствѣ, какъ его мыслилъ Руссо, „каждый изъ насъ отдаетъ свою личность и всю свою мощь подъ верховное руководство общей воли, и мы вмѣстѣ принимаемъ каждаго члена, какъ нераздѣльную часть цѣлаго" ***). Поглощеніе индивидуума цѣлымъ— безусловно и безусловно вмѣстѣ съ тѣмъ повиновеніе. Власть суверена абсолютна, священна и неприкосновенна. Поэтому она не связана какими-либо правовыми ограниченіями и не знаетъ того, что конституціоналисты называютъ правовыми гарантіями. „Суверенъ, будучи образованъ изъ составляющихъ его частныхъ лицъ, не имѣетъ и не можетъ имѣть интересовъ, противоположныхъ ихъ интересамъ; поэтому подданные *не нуждаются въ гарантіи противъ суверенной власти*, ибо невозможно предположить, чтобы тѣло захотѣло вредить всѣмъ своимъ членамъ. Суверенъ есть всегда то, чѣмъ онъ долженъ быть, по тому одному, что онъ существуетъ". Но частная воля отдѣльныхъ лицъ можетъ быть противоположна общей волѣ. „Поэтому, дабы это общественное соглашеніе не оказалось пустой формальностью, оно молчаливо заключаетъ въ себѣ слѣдующее обязательство, которое одно только можетъ придать силу другимъ обязательствомъ, а именно: если кто-нибудь откажется повиноваться общей волѣ, то онъ будетъ принужденъ къ повиновенію всѣмъ политическимъ тѣломъ". ****).

Наибольшаго развитія правовой принципъ достигаетъ въ той формѣ государственнаго устройства, которая называется конституціоннымъ государствомъ. Подобно прямой демократіи власть правового государства есть безличная власть закона. Основнымъ его принципомъ является „господство права", которое прежде всего означаетъ „абсолютное верховенство или преобладание обыкновеннаго права въ противоположность вліянію произвола и исключаетъ всякій произволъ, прерогативу

*) Ibid., стр. 67.
**) Ibid., стр. 33.
***) Ibid., стр. 25.
****) Ibdi., стр. 33.

или даже широкую дискреціонную власть правительства". *) Но конституціонное государство стремится не только къ тому, чтобы связать властвующихъ правовыми обязанностями, оно стремится въ противоположность прямому народовластію обезпечить исполненіе обязанностей этихъ цѣлымъ рядомъ гарантій. Въ учрежденія конституціоннаго государства органически входитъ „представленіе о первоначальномъ правѣ, которое человѣкъ сохраняетъ послѣ вступленія въ общество и которое имѣло-бы значеніе *юридической границы* для суверена". Здѣсь твердо проведена „вѣчная грань между государствомъ и индивидомъ, которую законодатель постоянно долженъ имѣть въ виду какъ предѣлъ, разъ навсегда положенный ему естественными, неотчуждаемыми, священными правами человѣка" **). Подвластный по отношенію къ государству становится субъектомъ права, а потому властеотношеніе пріобрѣтаетъ характеръ правоотношенія. Всякое правоотношеніе есть взаимная связь правъ и обязанностей, а потому въ конституціонномъ государствѣ властвованіе по необходимости становится общественной обязанностью и общественнымъ служеніемъ.

Давая защиту „правамъ" гражданъ, конституціонное государство, принуждаетъ власть исполнять свои соціальныя и политическія функціи. Создается такимъ образомъ сложная система правового контроля надъ властью (административная юстиція, отвѣтственность министровъ или парламентаризмъ и т. д.) Отношенія властвованья какъ бы пропитываются правомъ и создается представленіе, что власть государства есть, въ сущности говоря, власть права. Конечно, процессъ этотъ не можетъ не имѣть своихъ границъ. *Власть государства не можетъ настолько пропитаться правомъ, чтобы перестать быть властью.* Кто думаетъ противоположное, тотъ забываетъ, что въ конституціонномъ государствѣ, какъ и во всякомъ другомъ государствѣ, должны существовать верховные органы, которые осуществляютъ власть по собственному своему праву. Эта послѣдняя уже не можетъ быть связана никакой внѣшней связью, не можетъ быть опредѣленной, ограниченной, замкнутой въ неподвижныхъ предѣлахъ. Не такова ли, въ самомъ дѣлѣ, власть парламента при системѣ парламентскаго верховенства? Пытаться и эту власть поставить подъ какой-либо *внѣшній* контроль, означаетъ ни болѣе, ни менѣе, какъ поставить надъ ней еще болѣе высокую власть, не имѣющую уже контроля и т. д. Однако, система конституціоннаго государства, не задаваясь цѣлью рѣшить эту безконечную задачу, стремится все же смягчить неизбѣжно автократическія проявленія верховной государственной власти. Система раздѣленія властей есть давнишнее средство смягченія власти, которое знали еще древнія республики. Когда римляне замѣнили единый царскій престолъ двумя консулами, снабженными одинаковой властью, это сдѣлано было единственно для смягченія власти и для ея умѣренія. Чтобы смягчить власть, полезно

*) Дайси, Основы государственнаго права Англіи, стр. 227.
**) Еллинекъ. Декларація правъ, М. 1905, стр. 7—8.

создать многія власти, раздѣлить ихъ и уравновѣсить одну другой“ Двойственный характеръ магистратуры, столь обычно принятый въ Римѣ, есть частный случай начала коллегіальности, которая является принципомъ конституціоннаго образа правленія. Конструируя верховную власть, какъ коллегію, конституціонное государство находитъ въ этомъ нѣкоторую *внутреннюю* гарантію отъ государственнаго автократизма. Классическимъ воплощеніемъ такой коллегіальности является система двухъ палатъ, а также еще болѣе сложная система парламентскаго верховенства, названная англичанами *„король въ парламентѣ“* (король, палата лордовъ и общинъ, the King in Parliament). Система эта и обезпечиваетъ *самоконтроль* той власти, которая можетъ сдѣлать все, „только женщину не можетъ превратить въ мужчину“, и относительно которой существуетъ предположеніе, что она никогда не можетъ ошибаться. Нельзя не признать поэтому систему раздѣленія властей однимъ изъ главныхъ рычаговъ системы властвованья въ государствѣ конституціоннаго типа. Черезъ раздѣленіе властей правовое начало въ государствѣ достигаетъ своего максимальнаго воплощенія.

*) M. Hauriou, Pri.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Глава I. Наука о правѣ 5

§ 1. Догматическая юриспруденція 5
§ 2. Теорія естественнаго права и проблема правовой политики 12
§ 3. Историзмъ и соціологизмъ въ наукѣ о правѣ 19
§ 4. Идея философіи права 25

Глава II. Право, какъ норма 33

§ 1. Сущность юридическаго нормативизма и его обоснованіе 33
§ 2. Понятіе нормы 44
§ 3. Виды нормъ 46
§ 4. Особенности правовыхъ нормъ 49
§ 5. Виды правовыхъ нормъ 55
§ 6. Реальность правовыхъ нормъ 61

Глава III. Правопорядокъ 69

§ 1. Правопорядокъ, какъ проявленіе физическихъ силъ 69
§ 2. Правопорядокъ, какъ общая воля 79
§ 3. Правопорядокъ, какъ индивидуально-психическое явленіе 86
§ 4. Понятіе общества 100
§ 5. Правопорядокъ и стихійно-органическая сторона соціальной жизни . . 107
§ 6. Право и техника 113
§ 7. Право и нравственность 120
§ 8. Проблема оправданія права 128

Глава IV. Правоотношеніе 135

§ 1. Существо правоотношенія и его элементы 135
§ 2. Субъектъ правоотношеній 137
§ 3. Объектъ права 144
§ 4. Основаніе юридическихъ отношеній 148

Глава V. Право и государство 151