ПРОФ. М. ЛАЗЕРСОН

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

ВВЕДЕНИЕ В ИЗУЧЕНИЕ ПРАВА



РИГА, 1930

ИЗДАТЕЛЬСТВО „ЖИЗНЬ И КУЛЬТУРА“

Alle Rechte vorbehalten.
Copyright by „Shisn i Kultura", Riga

010-567
50

Типографія Акц. Общ. „РИТИ", Рига, Мельничная ул. № 57

ЖЕНЕ-ДРУГУ.

Оглавление.

Предисловие

Глава I. Методы и задачи теории права. Стр.

Введение 9

§ 1. Школы и методы науки права 12

1. Нормативизм 22

2. Догматический позитивизм 31

3. Исторический материализм 38

4. Психологический позитивизм 53

§ 2. Классификация юридических наук и их методов . 64

§ 3. Сфера нахождения права 70

Глава II. Учение о сущности права.

§ 4. Основные свойства права и нравственности . . . 86

1. Исполнение обязанности посторонними . . . 95

2. Отношение к представительству 97

3. Отношение к принудительному исполнению . 99

4. Отношение к исполнению обязанностей . . . 102

5. Отношение к намерениям обязанных и мотивам исполнения 104

6. Точность содержания и об'ема этических представлений 107

7. Шаблон норм 109

8. Отношение права и нравственности к суду . 112

§ 5. Сущность права 116

Глава III. Виды права.

§ 6. Об'ективное и суб'ективное право 123

1. Нормы права и их виды 127

2. Состав правовых норм 134

3. Юридические отношения 140

4. Суб'екты права. (Физические и юридические лица) 142

5. Об'екты права 154

§ 7. Положительное и интуитивное право 158

Стр.

§ 8. Формы проявления положительного права . . . 163
1. Законы . . . 163
2. Обычаи . . . 174
3. Судебная практика . . . 179
4. Т. наз. источники права . . . 183

§ 9. Публичное и частное право . . . 193

§ 10. Виды и специальные науки (дисциплины) положительного права . . . 215
1. Гражданское право . . . 217
2. Торговое право . . . 224
3. Рабочее (трудовое) право . . . 227
4. Государственное право . . . 231
5. Административное право . . . 239
6. Международное право . . . 248
7. Церковное право . . . 258
8. Уголовное право . . . 260
9. Процессуальное право . . . 269

§ 11. Виды интуитивного права . . . 277
1. Индивидуально изменчивое интуитивное право 278
2. Общественно-приспособленное или т. наз. естественное право . . . 281
3. Соотношение между положительным и естественным правом . . . 288
4. Доктрина естественного права . . . 296

§ 12. Применение положительного права . . . 318
1. Единообразие правовой системы и юридическая логика . . . 318
2. Критика и толкование права . . . 329

Глава IV. Учение о творении права.

§ 13. Законодательство и судебная практика, как формы творения права . . . 342

§ 14. Политика права и социальная педагогика . . . 349

Список тем и вопросов для практических занятий по теории права . . . 370

Именной указатель . . . 373

Предисловие.

Настоящая книга представляет собою сведенные в систему лекции, читанные автором с 1916 года на юридических факультетах Петроградского Университета и Петроградского Психо-Неврологического Института, а с 1919 г. — и в Институте Народного Хозяйства (бывш. Коммерческом Институте), в последние же годы — в Коммерческом Институте и на Русских Университетских Курсах в Риге.

Неблагоприятные условия академической работы не позволили автору остановиться на затрагиваемых им вопросах со всей той полнотой, которая дается независимым досугом и размеренным постоянством спокойного повседневного собирания материалов и фактов. Но главнейшее, если мы не самообольщаемся, закреплено нами, а именно то, что характеризует нынешнюю эпоху величайших преобразований в науке права. Предназначенная, главным образом, для учебных и самообразовательных целей, книга эта по необходимости должна в большей степени отражать общепринятые в правовой науке выводы и положения, нежели это было бы желательно автору. Не углубляясь в философию права, которая одна только может дать исчерпывающий ответ на проблему познания права, автор посильно, насколько это позволили размеры книги, старался, тем не менее, затронуть и осветить новейшие проблемы теории права, а также последние поворотные явления в правовой жизни Западной Европы и ряда государств Восточной Европы. Без таких ссылок на новейшее законодательство и литературу, кни-

га не может дать необходимого руководства для познания непрерывно идущего развития как самого права, так и юридической науки. Разработана и привлечена, главным образом, германская и русская литература и законодательство, созданные в странах, в которых теория и философия права издавна пользовались особым вниманием в научной литературе и академическом преподавании. Англо-саксонские и романские страны только начинают втягиваться в сферу этой проблематики.

Книга написана так, что она одновременно может служить пособием не только для студентов, вводимых в изучение права, но — при условии опускания некоторых мест книги по указанию преподавателя — и для прохождения правоведения и гражданствоведения в педагогических институтах и старших классах средней школы. Это должно быть отмечено, напр., относительно разделов 1—4 § 1-го, которые логически служат введением в книгу, но к изучению которых некоторые читатели могли бы оказаться подготовленными только после предварительного ознакомления с последующим более доступным материалом книги.

Исходя в своей академической деятельности из сознания недостаточности одного только чтения и пассивного восприятия лекций, автор счел нужным приложить к настоящей книге список вопросов и тем для практических занятий по теории права.

Автор.

Рига, февраль, 1930 г.

ГЛАВА I.

Методы и задачи теории права.

Введение.

В самом начале изучения нашего предмета можно было бы поставить следующий вопрос: «Как можно установить основное понятие и сущность того, что постоянно меняется с течением времени?» А между тем, каждый из нас привык усматривать что-то постоянно изменчивое в праве, ибо право есть для нас с первого взгляда не что иное, как собрание всех тех законов, которые установлены в данном обществе или государстве. Так как строй обществ и государств постоянно меняется, то, очевидно, с ним меняется и право. Как установить сущность постоянно меняющегося права?

Было бы, однако, глубокой ошибкой считать, что сущность права и законы, определяющие его происхождение и развитие, неустановимы из-за исторической изменчивости и подвижности права. Изменчивость содержания того, что предписывает право, отнюдь не должна приводить нас к тому следствию, что нельзя установить *тех общих признаков и свойств*, которыми обладает *всякое* право, как бы ни изменялось содержание отдельных его предписаний. Прибегнем для выяснения этого к сравнению. Что общего, на первый взгляд, между челном первобытного дикаря и современным броненосцем или заокеанским пароходом, а между тем и первый и второй охватывается понятием «судна». Можно ли установить общее понятие вечно изменяющегося явления или предмета, в данном случае судна, как средства передвижения? Ведь размеры, вес, конструкция, материал и т. д. бесконечно изменялись, и между всеми отдельными суднами как будто нет ничего общего. А между тем это общее есть, и заключается оно в бессознательном приме-

нении закона Архимеда, согласно которому, тело, погруженное в воду, теряет в своем весе столько, сколько весит вытесненная им часть жидкости. Благодаря этому, все плавающие предметы, служащие целям человеческого передвижения (людей и грузов), каковы бы ни были их об'ем, вес, материал и т. д., могут быть об'единены как виды в один общий родовой класс плавающего «судна». Понятие «судно» может быть научно установлено, несмотря на то, что в течение нескольких тысячелетий человечество пережило сотни видов этого класса явлений. На основании найденного основного понятия, научно-раскрытой основы данного явления, мы можем установить и основные направления развития суден, менявшихся целей плавания на судах и т. д.

То, что относится к приведенному примеру, относится с соответственными исправлениями и к праву. Несмотря на то, что существование права мы можем раскрыть повсюду там, где перед нами жизнь хотя бы первобытного, но упорядоченного общества, несмотря на то, что право менялось таким образом в течение многих тысяч лет, мы можем, как будет показано ниже в настоящей книге, все же раскрыть основное понятие права, обнаружить те основные свойства, которые заложены в самом явлении права. Это раскрытие отнюдь, конечно, не означает, что во всех проявлениях права есть какой-то общий знаменатель общего материального содержания. Тем не менее право, в смысле определенного понятия, может быть раскрыто в одинаковой мере во всех этих глубоко отличных друг от друга проявлениях права. Так, напр., нет ничего общего между правом современных культурных государств, устанавливающим неприкосновенность личности не только по отношению к другим членам, гражданам государства, но и по отношению к публичной власти и хотя бы правом папуасов, по которому люди могут поедать друг друга с тем, однако, ограничением, что убивший не может есть части тела убитого им, но может есть мясо людей, убитых его товарищами. Далее прямо противоложное предписывает с одной стороны право так наз. полицейских государств и абсолютных монархий, устанавливающее (предварительную) цензуру на все произведения печати и правом новей-

шей германской республики — ст. 118 конституции 1919 года — с другой стороны, по которому «цензура не имеет места», столь же противоположное предписывают, напр. с одной стороны римское право, которое устанавливает, что собственник имеет право употребления и злоупотребления (jus utendi et abutendi) своею вещью, в то время, как новейшее германское право устанавливает (в ст. 153 конст. 1919. г.): «Собственность обязывает. Пользование ею должно быть одновременно службою общественному благу». Прямо противоположное предписывают с одной стороны те конституции начала 19-го века, которые наделяли избирательным лишь тех, кто владеет определенным имуществом и пользуются трудом нанятых лиц, лишая всех прочих избирательного права и российская советская конституция 1918 г., с другой стороны, которая поступает прямо наоборот (ср. ст. 64). Примеры могли бы быть произвольно увеличены, но уже из сказанного ясно, что по содержанию предписываемого между различными проявлениями и велениями права может не быть ничего общего, более того, они могут предписывать или на основании их может совершаться даже прямо противоположное и тем не менее, это не должно помешать нам раскрыть то о б щ е е, что скрывается во всех этих столь разноречивых и даже противоположных велениях и действиях. Подобно тому, как ныне человек в области естествоведения сумел найти путем познания и опытного изучения, нечто о б щ е е в движениях и явлениях, которые для обычного, научно не мыслящего и не познающего человека мыслится прямо противоположными, это будет раскрыто и в области обществоведения. В самом деле. Если современный человек понимает, что закон тяготения сказывается и в стремительном падении вниз тяжелого камня и в легко подымающемся ввысь аэроплане, то наука обществоведения, и в частности наука права, позволяет нам раскрыть о б щ у ю с у щ н о с т ь на первый, научно невооруженный, взгляд совершенно не относящихся друг к другу явлений.

До тех пор, пока человек не отдает себе ясного отчета в том, в каком порядке сопоставлять и противопоставлять явления и вещи, разные явления и вещи могут казаться ему разнородными и противоположными, несмотря на то,

что в подлинном, научном смысле они могут быть отнесены к одному общему роду или разряду. На самом деле, что может быть для научно не углубленного мышления более противоположным, чем падение с одной стороны и под'ем с другой, а между тем для физики и механики они относятся к одному и тому же разряду явлений, что может быть более противоположного или разнородного в том, как запрет что-либо делать с одной стороны и позволение или даже повеление делать то же самое с другой, — а между тем с научной точки зрения между этими столь противоположными поступками может быть что-то общее.

Весь вопрос заключается лишь в том, к а к и м о б р а з о м найти это о б щ е е между различными явлениями права. Ответ на этот вопрос и составляет один из важнейших предметов науки права и при том той ее отрасли, которая занимается установлением общего понятия и свойств права, — так наз. теории права. Только установив это общее понятие права, мы можем перейти к изучению отдельных видов права, а также развития права. Но для этого предварительно требуется установить в точности способы (методы) и задачи изучения права. Эти методы и задачи также менялись с течением времени и даже для одного и того же исторического периода остаются крайне разнообразными. Выяснить наш — социально-психологический — метод изучения права мы можем только, сопоставив его с прочими методами.

§ 1. Школы и методы науки права.

Во все критические эпохи жизни человеческого общества, в эпохи замены старого права новым, особенно громко раздаются голоса о непригодности или недостаточности науки права. Голос сомнения и отрицания был поднят великим К а н т о м еще в конце 18 века, в следующую эпоху перелома, в 1848 году, ученый юрист и прусский прокурор ф. Кирхман напечатал свой нашумевший доклад о «Бесценности правоведения как науки» — Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", встретившей горячую отповедь целой плеяды юристов во главе с известным проф. Ю. Шталем, а на наших глазах, в

1917 г., Л. Нельсон в своей книге „Die Rechtswissenschaft ohne Recht", на основании исследования немецкой научной юридической литературы, приходит к тому выводу, что нынешняя наука права не знает основного понятия права, или, вернее, конструирует его произвольно на метафизических основаниях, подобно тому, как на первых ступенях своего развития психология пыталась открыть метафизическую сущность д у ш и.

В чем же причина этих периодически поднимающихся бурь сомнения? Причина эта коренится не только в том, что, как заметил Кант, «юристы все еще ищут своего понятия права» — ибо в этом смысле целый ряд наук, не только обществоведения, но и естествоведения, не мог бы удовлетворить пытливого исследователя, ищущего основное понятие — (что такое «природа»?, «жизнь»?, «свет»? и пр.) данной научной страсли, — но в том, прежде всего, что до сих пор остаются, как бы спорными самые методы и цели теории права.

Поэтому раньше, чем не раскрыты и установлены метод и цели науки права, могущей дать выход из указанной дилеммы, вопрос о науке права будет висеть в воздухе. Мы полагаем, что новейшие теоретические и практические достижения, в частности завоевания психологической теории права Л. Петражицкого, дают нам основание говорить о том, что наука теории права получила достаточно глубокое обоснование, не колебимое, вопреки Кирхману, собиранием, изучением, толкованием, и применением исторически данных законов, меняющихся с росчерком пера законодателями и составляющих главное содержание предметов на юридическом факультете.

Наука права относится к кругу наук, занятых изучением общественных явлений, к кругу о б щ е с т в о в е д е н и я, куда относится и социология. Этот круг наук глубоко отличается до настоящего времени от круга наук е с т е с т в о в е д е н и я. Отличие это касается во-первых п р е д м е т а познания, ибо предметом естествоведения служит природа и все явления извне и независимо от человека существующие, в то время, как обществоведение занято исследованием явлений общественных, которые существуют не извне и независимо от человека, а при его участии порождаются, изменяются. Во-вто-

рых это отличие касается методов или способов исследования. В настоящее время науки естествоведения носят вполне опытный характер, все научные суждения, заключения, выводы построены здесь на наблюдении явлений природы, независимо от человека происходящих или самим человеком вызываемых. Готовые представления или убеждения человека при этом с научной точки зрения значения не имеют, более того, научное познание природы двигается вперед путем преодоления и уничтожения представлений, которые выработались у человека или вследствие недостаточного опыта, или в силу ограниченности и неправильности исходных точек наблюдения первобытно-познающего человека. Так, напр., астрономия должна преодолеть представление первобытного человека, надолго упрочившееся, о твердости, пространственной ограниченности неба или небо свода, к которому прикреплены небесные «светила» — солнце, луна, звезды; — география должна преодолеть представления о закрепленном крае плоской земли и на основе научного опыта, заменить это представление научным представлением изменчивого горизонта человека, обитающего на шарообразной земле и т. д. Нечто другое мы долгое время имели и до сих пор имеем в области обществоведения и, в частности, в области права. Здесь предмет данной общественной науки исследовался не с точки зрения причинной, не с точки зрения опыта, но с точки зрения того же представления, того же суждения, которое имелось уже до всякого научного исследования у членов данного общества. Это представление или суждение надо преодолеть для того, чтобы притти к правильному познанию явления, происходящего вне человека (как в естествоведении), а наоборот, его следует взять как нечто подлежащее исследованию, именно в таком виде, как оно высказывается или переживается людьми данной страны или эпохи. Суждение: «Земля плоска, как пластина и имеет такие же края, как и пластина» не может являться предметом изучения для естествоведения (оно может быть интересно лишь для историка, занимающегося исследованием развития познания природы у людей), суждение же: «виновный в совершении насилия подлежит побитию камнями», является предметом

изучения обществоведения, в частности той отрасли его, которая называется наукою права. Суждение последнее говорит об определенном состоянии взаимоотношений между людьми в обществе и хотя ныне такие суждения больше не высказываются, они все же служат материалом для исследования взаимодействия между людьми, которое до сих пор продолжает существовать и проявляться в некоторых особых, схожих с предыдущим, суждениях. Понятия, суждения и даже некоторые закономерности, наблюдаемые издавна человеком относительно природы—задолго до научных изысканий в этой области — представляют для естествоведа интерес только в смысле исторического развития представлений о происхождении мира (от первобытных легенд космогонии, через гипотезы Канта-Лапласа до новейших теорий), о свойствах тел, о материи и т. д. Понятия, суждения же, наблюдающиеся издавна у человека относительно явлений его общественного сожития — не могут, однако, рисоваться в виде суждений, имеющих лишь чисто исторический интерес, как подготовительная ступень к современным знаниям человека об обществе, к современной социологии. Дело в том, что среди этих понятий, относящихся к общественным отношениям, имеется целый ряд понятий, вовсе не старающихся установить п р и ч и н н у ю связь событий, а их оценку. Если русский крестьянин, незнакомый ни с физикой, ни с метеорологией и целым рядом других естественных наук, устанавливает суждение, что «весной бывают ветры оттого, что развертываются почки дуба», то это суждение — сколько бы оно неправильно не было с точки зрения естествоведения — есть все же суждение причинное (или каузальное), где причиною является развертывание почек, а следствием — возникающие вследствие этого развертывания ветры. Естествоведу остается только отвергнуть это суждение, как неистинное, и заменить его другим, также причинным суждением. Совсем другое, если перед нами суждение, оценочное, говорящее не о том, что случается в силу тех или иных причин, а что в тех или других случаях д о л ж н о или следует, полагается сделать. Так, если африканский дикарь устанавливает что: «Нельзя есть мясо человека, убитого мною, но можно есть мясо, убитого моим товарищем по охоте.» Если обычно-правовые нормы крестьян

гласят: «Конокрада следует убить», или «неприличной девице надо вымазать ворота дегтем», то здесь перед нами суждение оценочное (норма или правило поведения), отвергнуть которое, как неистинное, нельзя. Это суждение можно отвергнуть тоже лишь оценочно, т. е. заменив эти «устарелые», «варварские» и т. п. суждения новыми, отвечающими современному состоянию, развитию и поведению человека в обществе.

Об'яснимся: причинное суждение «Ветер есть следствие развертывания почек» можно заменить другим научным причинным суждением: «Ветер есть следствие того-то...», но ведь оценочные суждения вообще не строятся по типу, «то-то есть то-то», не интересуются тем, что бывает или происходит, а тем, что д о л ж н о быть, хотя было бы или происходило обратное. «Конокрадам полагается смертная казнь» не означает, что конокрады умирают вследствие совершенного ими поступка (или с оценочной точки зрения: проступка), а лишь то, что в данный исторический период среди данной группы людей следует так поступать, т. е. действует такое правило поведения.

Разнохарактерность двух указанных областей — области с у щ е г о («то-то происходит вследствие (есть) того-то») и области д о л ж н о г о («то должно быть тем-то или так-то») должна быть окончательно уяснена раньше, чем можно приступить к научному изучению обществоведения вообще и правоведения в частности. А между эта неясность продолжает господствовать в науке теории права. Юристам казалось, что если они приводят добытые ими знания в порядок, в систему, где частное может быть подведено под общее, то они совершают по существу ту же работу, что и естествоведы. Не только в начале 19-го века ученые юристы писали, «наука есть только совокупное понятие однородных истин или таких познаний, которые связываются воедино своим отношением к одному и тому же предмету» и что поэтому, таким образом совокупные знания, относящиеся к праву, образуют науку права или юриспруденцию[1]), но и гораздо позже, в начале 20-го века, продолжали повторять то же самое, попутно безнадежно

[1]) Prof. N. Falck, „Juristische Encyklopädie", 2. Auflage. Kiel 1825, S. 4.

смешивая юридические законы (долженствования) и законы естествознания (бытия) и выдвигая во главу угла наличие системы.

На этом основании наука права, как познающая система, сливается со всеми науками: «как и всякая другая наука и наука права является систематическим познанием, а ее методами — определение (Definition) и подразделение (Division).

Было бы, однако, непростительной ошибкой думать, что сущность всякой научной работы, как в области естествоведения, так и обществоведения состоит в том, чтобы определить лежащие вне исследователя предметы и подразделить их на отдельные группы и этим исчерпать вопрос о методе науки права. Это умела делать уже схоластическая наука: „aus Worten ein System bereiten".

Было бы заблуждением полагать, что позитивная данность явлений (законов) природы в какой-нибудь мере может быть отождествлена с позитивной данностью явлений и законов права. Разница эта заключается не только в том, что в области естествознания явления и отвлекаемые от них законы говорят о закономерности сущего, положительного бывания, в то время как юридические и вообще этические законы говорят о закономерности должного, нормативного бывания, но и в том, что исследователь в том и другом случае подходит совершенно иначе к материалу исследования, что также в значительной мере влияет на методы и результаты научной работы в том или другом случае. Естествоиспытатель подходит к предмету своего исследования, желая познать сущее, то или иное явление природы, он может совершенно отказаться от каких-нибудь ранее существовавших на данный счет представлений, исследователь же в области общественных законов, в частности в области этики и права неизбежно подходит к предмету с точки зрения тех взглядов, представлений и переживаний, которые именно подлежат исследованию. Раньше, поэтому, чем подойти к исследованию того, что такое нравы, обычаи, что такое нравственность и право, исследователь предпосылает им готовое представление, уже выработавшееся в нем и укрепившееся как нормативное предубеждение, определяющее судьбы

его научного исследования с выключением того, что «несомненно» не является правом (нравами) с точки зрения данного исследователя.

Одна из основных причин невозможности вскрыть правильно научные методы изучения права кроется в общественных условиях и прежде всего в том, что наука исследовалась и направлялась лишь профессиональными правоведами, практиками, интересовавшимися в качестве судей, адвокатов и т. д. практическими задачами толкования и применения законов. Упомянутый выше Кирхман поэтому и говорил о «безплодии юриспруденции как науки». Да это и было вполне понятно, ибо он, в середине 19-го века, стоял перед наукой права, которая, после победы над философией права и над естественным правом (о «враждебности» последнего к положительному праву см. ниже) окончательно ушла в практическое дело изображения, толкования и изучения действующих норм или выполнение «пробелов», оставленных законодателем в виде ряда то более крупных, то до чрезвычайности мелочных недосмотров положительного закона. Упоение и восторг восторжествовавшей с первых годов 19-го века догматической школы права состояли и до сих пор состоят в том, что она берется восстановить любую прорешетенную прорехами сеть положительного права и создать новую систему, лишенную всяких противоречий. Исключительно ушедшая на службу профессионального правоведения, наука оказывалась, таким образом, наиболее плодовитой там, где закон молчал, допуская, по красочным словам старого русского законодателя, «обманчивое непостоянство самопроизвольных толкований». Вот почему Кирхман с горечью констатировал: «Девять десятых (ученых правоведов — М. Л.) имеют дело только с пробелами, двусмысленностями, с неправым, устарелым, и произвольным внутри позитивных законов.

Предметом их исследования служит незнание, небрежность и пристрастие законодателя... Из-за позитивного закона юристы превратились в червей, живущих лишь гнилым деревом. Отворачиваясь от здорового, они гнездятся и работают только в былом. Наука, делая случайное предметом их исследования, сама становится случайностью; три исправляющих слова законодателя — и

целые библиотеки становятся макулатурою.[1])» Мы это недавно еще раз пережили в небывалых размерах в центральной и Восточной Европе и ныне представители науки права должны были бы понять, — что эта наука не может быть связана исключительно только с той или иной действующей системой права, с законодательством данного времени и страны. Причина того, что юристы до сих пор еще ищут свое определение права, останется неустранимой до тех пор, покуда профессиональная юриспруденция будет ограничивать свой кругозор действующим правом и совершенно отбрасывать всякое углубление в теорию права. Один из лучших юристов начала XX-го века Е. Эрлих[2]) уподобляет нынешнюю юриспруденцию той науке о железе, которая была бы разработана железостроительной техникой и мнила бы себя единственной наукой о железе, пренебрегая химией или той ботанике, которая ограничилась бы растениеведением аптекарей. «Роковым для юриспруденции — говорит Эрлих — является то, что, хотя она теперь является почти исключительно практическим учением о праве, она все же до сих пор остается вместе с тем единственной наукой о праве».

Это влияние профессионального правоведения, отражающееся весьма отрицательно на установление методов науки права, было отмечено с особой настойчивостью проф. Л. Петражицким, считающим, что мы имеем здесь дело со специфическим обстоятельством, от которого не страдают другие науки обществоведения. Благодаря тому, что наука права строится применительно к практическим целям правоведения — отправлению правосудия судьями, участию в процессе защитников (правозаступников) и обвинителей, осуществлению разнообразнейших отраслей государственного управления[3]) — все основные понятия

---

[1]) v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Berlin 1848. S. 23.

[2]) Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, второе издание, стр. 3.

[3]) Долгое время в немецких и скандинавских университетах имелась даже особая отрасль, т. н. Kameralwissenschaften.

науки права, как главные — вроде, напр. самого понятия «право» — его подвидов: об'ективного и суб'ективного, публичного и частного, так и вторичные, как напр. понятие правоспособности и т. д. раскрываются лишь с точки зрения привычек профессионального называния.

Вот почему часто понятия права раскрываются не с точки зрения теории права, а исходя из профессионально-практических приемов и навыков законоискусничества. Вместо того, чтобы путем причинного об'яснения показать, в чем состоит право, правоведение,— остающееся в лице главных своих представителей, профессиональным — не об'ясняет, а об'являет то или иное правом или неправом в зависимости от того, что им в обычной правовой практике кажется принадлежащим к области права. «Юристы, говорит проф. Петражицкий, руководствуются и в области попыток решения вопроса что такое право, обычаями профессионально-юридического словоупотребления. Они считают правом, «несомненным правом» и т. д. то и только то, что они в качестве практиков-юристов привыкли так называть.[1])

Но точно также и прочие члены общества, помимо вышколенных юристов, привыкли подходить к научному понятию права с точки зрения своих повседневных представлений или, вернее говоря, с точки зрения укоренившихся в данном обществе взглядов на право. На эти широко распространенные представления и взгляды влияют до некоторой степени профессионально-юридические привычки через судебную, административную и законодательную практику государственных учреждений, поскольку эта практика становится доступной массам.

Помимо влияния профессионально-юридических привычек называния внутри масс, на основе практически

---

[1]) Проф. Л. Петражицкий, Введение в изучение права и нравственности. СПБ. 1908, стр. 48. Ср. однако также R. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1885. S. 348. который указываетъ на гибельное влияние на науку права отвлекшихся от жизни права теоретиков и академических деятелей, старающихся сделать из данного действующего права строго-логическую систему.

житейского опыта, вырабатывается собственное представление о праве, также не отличающееся научной правильностью, но подходящее менее односторонне к явлению права. Это, «народное» представление находит свое наиболее точное выражение в правовых пословицах и поговорках.

Второю, также чисто-общественною, социологическою причиною трудности вскрытия научного метода изучения права и нахождения основного понятия права заключается в том, что в общественной жизни понятие права воспринимается не с точки зрения причинной, а с точки зрения, того, «что полагается», с нормативной точки зрения. «Правом будет все то, что действует в качестве правовой, обязательной нормы». — Таково самое обычное представление не только широких народных слоев, но и очень многих авторов, пытающихся теоретически подойти к вопросу о сущности права. Вместо причинного подхода здесь имеется как бы бланкетная незаполненная область, куда отдельный индивид наперед соглашается отнести все то, что будет «действовать» — gelten — в качестве права. Ни материально, ни причинно область права не остается замкнутой, а к праву наперед будет отнесено все то, что достоверно для каждого индивида будет об'явлено правом. Вот почему «действование» — Geltung — права так часто заменяет, а подчас даже и вытесняет вопрос о причинной сущности права. При чем и это относится не только к любому члену общества, бессознательно «переживающему» право, но, как мы ниже увидим, и к весьма многим ученым, специально занимающимся теориею права. Причина такого н о р м а т и в н о г о, а не причинного отношения к праву, кроется в том общественном явлении, что в современном правовом государстве, которое упорядочивает целый ряд самых разнообразных отраслей общественной деятельности, отдельный человек склонен принимать все то, что принимает форму государственного веления, за закон, за право. За этим чисто-повелевающим действованием отдельный гражданин, ставший автоматом послушания, перестает видеть какое-бы то ни было причинное действие, бросающимся в глаза признаком остается подчинение или оказывание послушания.

1. Нормативизм.

Нормативизм есть такое течение в области научной юридической мысли, которое не считает возможным искать право в области реального бытия. Его можно понять только как отвлечение от определенных норм долженствования, отсюда наименование этого течения нормативизмом. Один из самых крупных современных защитников его, проф. Кельзен называет эту школу reine Rechtslehre, — чистое учение о праве. Нормативизм, видящий в праве только повелительно-упорядочивающую функцию, не есть только течение в научной мысли, он чаще всего характеризует и обычное, не-научное, представление о праве. Нормативизм общественный развивается в силу того, что в некоторых обществах регулировка поведения людей достигает крайне большого развития. Эта регулировка по мере своей давности и нерушимости, теряет в глазах людей корни своего реального, причинного происхождения. Отдельные нормы теряют реальные корни своего причинного бытия и начинают рисоваться вне или над реальным миром вещей. Вот почему, как мы еще ниже увидим, нормативизм противополагает себя реализму, как чистое учение о праве. Повседневное судебное, административное и всякое иное практическое проявление права не дают возможности отвлечься от конкретности права и стать как бы внутри механизма существующего правового строя, подобно тому, как конкретное разнообразие товаров со всем богатством их индивидуальных свойств не дает возможности углубиться в сущность ценности. И тут, и там самим явлениям придается самоценность, сущность их полагается там и в том, где и в чем они проявляются; сущность этого мышления Маркс в политической экономии назвал товарным фетишизмом, Петражицкий в праве — проэкцией; мы бы назвали этот распространенный ход мыслей — правовым фетишизмом. И тут, и там практическое понимание приводит к наивным построениям: топор рядом с весомостью обладает ценой, правовое требование рядом с исполнимостью обладает внутренней обязательностью, силой. Один и тот же процесс мысли, отразившийся в двух проявлениях человеческой практики и науки.

Подобно тому, как научная политическая экономия попыталась разоблачить сущность товарного фетишизма, так научной теории права следует разоблачить не менее, если не более, прочный правовой фетишизм. Этот юридический или правовой фетишизм заключается в том, что праву и правовой норме, как таковой, приписывается принудительная сила долженствования. Это в особенности относится к новейшему германскому правоведению, в лице нео-кантианцев Штаммлера, Наторпа, Еллинека, Кельзена и др. Построенная на догматическом изучении права, не терпящем ни оценки, ни опытного (эмпирического) анализа норм, эта теория устраняет из всей области права какую бы то ни было эмпирику, а вместе с ней выбрасывает за борт и всякое развитие. Развиваться может только бывание (Sein), а не долженствование (Sollen), а между тем вся сущность права сводится этой школой к долженствованию, к норме и форме, материя же в виде хозяйства ведет совершенно обособленную жизнь. Само же право чуждо всякой материи.

Но в том то и дело, что этот нормативный метод, законный только в пределах догматики, в пределах изображения и раскрытия действующего права и закона теряет свой смысл, будучи перенесен в область теории права. Он тогда начинает свидетельствовать о юридическом фетишизме, излучаемом нормою и ослепляющем своею загадочностью исследователей права. Товарный фетишист приписывает товару наряду с обычными его материальными свойствами и ценность, юридический фетишист приписывает всякой норме вместе с содержанием предписываемого и в н у т р е н н е е необходимое свойство долженствования. Поэтому, если Маркс говорит, что «загадочность товарной формы заключается в том, что она отражает людям общественный характер их собственного труда в виде вещественных свойств самих продуктов труда, т. е. в виде якобы присущих от природы общественных свойств, вследствие чего и общественное отношение производителей к общей массе труда представляется людям, как вне их существующее общественное отношение между самими предметами»;[1]) и если для разоб-

[1]) К. Маркс. „Капитал" Т. I, пер. П. Струве, 1907, стр. 29.

лачения товарного фетишизма надо было пойти по пути анализа общественного отношения самих людей, то нечто подобное следует проделать и по отношению к правовому фетишизму, существующему с незапамятных времен и частично облекшемуся в т. наз. нормативизм или «чистое учение о праве.»

Уже задолго до расцвета нынешней нормативистической школы в лице Кельзена и его учеников нормативизм, обосновывающий учение о праве на особом методе исследования, а именно не на причинности и бытии, а на долженствовании, замечался начиная с Канта у целого ряда исследователей права. Еще в «Основоположении к метафизике нравов» Кант определил место этики в ряду других наук и принципиально отмежевал этику от области опытного, эмпирического; в философии права он становится на точку зрения формализма, различения формы и материи и исхождения от отдельной личности. Распространение идей Канта в области философии и теории права было возможно только на почве отсутствия твердой научной классификации юридических наук, вследствие методолического смешения теории права с догматической юриспруденцией и возведения точных положений последней в образец и метод познания сущности права.[1]) В конце 19-го века особенно яростной защитницей нормативного взгляда стала неокантианская школа, а во главе последней Герман Коген. Из русских теоретиков видными приверженцами этого взгляда были Б. Кистяковский, Рождественский, Савальский и др. Впрочем, Б. Кистяковский в об'емистой книге «Социальные науки и право» начал склоняться к релятивизму, к многообразному определению понятия права. Он различает целых четыре понятия права: психологическое, государственно-организационное, социологическое и нормативное. Он полагает, что подобно тому, как естественные науки не знают всеоб'емлющих и единых понятий для сложных конкретных явлений (таковы разные понятия воды для физики, химии, метеорологии, техники и т. д.) так и юридическая наука не может признать одного по-

[1]) Ср. мою рецензию на книгу G. Wielikowski, „Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie", Право № 17 за 1914 г.

нятия права. В частности нормативизмом в значительной мере был проникнут и Георг Еллинек, впервые проведший в своем капитальном труде «Общее учение о государстве» полное отделение социального учения о государстве от юридического учения о нем и, согласно этому разделению, распределивший свою книгу на две части: социально-историческую (экспликативную) и юридическую. Тем не менее Кельзену принадлежит честь особо четкого разграничения двух методов: юридического и социологического[1]). Юридический метод совпадает предметно с миром долженствования, а социологический — с миром бытия.

Долженствование (Sollen) составляет у Кельзена особую исходную категорию, рядом с которой находится совершенно отличная от нея категория бытия. «Это противоположение долженствования и бытия является основным элементом метода науки о духе вообще и государственно-научного и научноправового познания в частности.» (— у Кельзена государство методологически изучается так же, как и право — М. Л.). Ибо в противоположности должного и сущего выступает перед нами противоположность между духом и природой. Что государство точно так же, как право, в качестве системы норм принадлежит к области долженствования, а не бытия означает только то, что специфическое бытие и закономерность государства (— права М. Л.) иные, чем бытие и закономерность природы.»

Внешнюю стройность эта теория получает благодаря тому, что Кельзен вводит некоторый монизм и единство путем сведения всего долженствования к одной основной норме. На самом деле. Всякое долженствование в свою очередь может опираться только на долженствовании же. «Если вообще может быть приведено какое-либо последнее основание (причина) какому либо долженствованию, то это может быть опять-таки только долженствование. Таким образом действование всего права может быть ло-

---

[1]) Ср. мою рецензию в журнале „Право" за 1911 г. (№ 38) на книгу Кельзена „Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode", главные труды его в этой области „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", „Der soziologische und juristische Staatsbegriff" и статья в журнале Ztschr. f. öff. Recht, 1922: „Rechtswissenschaft und Recht".

гически сведено к одной основной последней норме. Эта норма, на которой в последнем счете опирается все право, не должна быть, однако, понята как форма, включающая известное содержание, из которой можно было бы логически вывести правовое содержание всей системы права. Она является только выражением формального единства системы права. Она является высшей нормой правотворчества. Устанавливая, при каких условиях что-либо может быть рассматриваемо как право, эта норма передоверяет свое правоустанавливающее полномочие какой-либо нормоустанавливающей инстанции. Нормы этой последней снова могут играть роль относительно нормы-источника по отношению к другим подчиненным нормам. Логически нет предела тому, сколько раз может состояться такая инстанционная передача нормотворчества (см. об этом монизме Кельзена, весьма обозрительный труд Alf. Ross, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien 1929 и ср. предсказанный Петражицким обязательный ход такой мысли для всякой последовательной догматической философии права, признающей только действующее право, см. ниже в главе о международном праве). Поневоле должен подняться вопрос: как возможно изучение такой науки права, которая ничего общего с естественной реальностью бытия не имеет? Вернее говоря, как можно об'яснить, то, что только долженствует и чего нет в мире бытия. Учение, которое претендует на создание особого нормативного (долженствовательного) метода в науке права, должно было бы дать на это точный ответ. Ибо ограничиться утверждением, что наука права есть наука о нормах, конечно, невозможно, к тому же, как это должен признать и сам Кельзен, и мораль есть наука о нормах и логика также является наукой о нормах. Чем же отличается правовое долженствование от нравственного и логического долженствований? Чтобы дать ответы на все эти вопросы Кельзен должен спуститься на плоскость бытия, но только особого бытия, не носящего как бы характер обычной реальности природы. Это бытие раскрывается следующим образом. Сущность права, как идеальной системы норм, постигается раскрытием смысла и содержания ряда норм и их связи независимо от того, осуществляются эти нормы или нет. Но все же в слове

«долженствование» скрывается некоторое отношение, некое стремление к осуществлению, к бытию. Что-то долженствует — б ы т ь. То, что высказывается как должное, мыслится как незаконченное, как стремящееся к осуществлению в бытии. И тем не менее это стремление к бытию и реализации нисколько не переводит систему правового долженствования (как и систему логических норм) в мир бытия. Методологически мы, следовательно, не видим никакого преимущества в том, что мы всей науке права припишем ей один свойственный и применимый метод нормативный.[1]) Что дает нам это утверждение? Оно нам не облегчает изучение права, даже если его понять как совокупность норм. Что же касается «раскрытия смысла и содержания ряда норм и их связи», то это дается простым догматическим толкованием (см. ниже § 11), для этого юриспруденция не нуждалась в квалифицировании нормативного метода, как единственно имманентного науке права метода. Сотни и тысячи лет как практическая юриспруденция всех времен и народов — в книгах, судебных приговорах и повсюду — «раскрывает смысл и содержания ряда норм», не нуждаясь для этого в неокантианских квалификациях такой логико-юридической работы. Это отнесение правоведения к нормативным наукам, не могущим быть раскрытым экспликативным (причинно-об'яснительным) способом, не дает нам и ответа и на второй вышепоставленный нами вопрос: чем отличается правовое долженствование от нравственного или логического. Ведь если ко всем этим трем видам долженствования подойти только с точки зрения их нормативности, их стремления к осуществлению, то в этом своем стремлении, в этой своей «чистой», отвлеченной тенденции все три долженствования окажутся неразличимыми: к реализации одинаково будут стремиться долженствование логическое, нравственное и правовое. Логика так же предписывает правильное и надлежащее мышление, как право предписывает надлежащее поведение. В своем «чистом» отвлеченном виде все три долженствования сливаются в неразличимые виды и если есть между ними различие, то

---

[1]) Ср. H. K e l s e n, „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff", стр. 75 и сл.

оно лежит не в этой чистой алгебраической тенденции к реализации, а в психике переживания тех или других норм. Подобно тому, как с точки зрения чистой математики не существует металлических и деревянных, белых или красных, твердых или мягких шаров, а есть только шары, как математические величины, по величине различные, точно также с точки зрения чистого нормативизма (reine Rechtslehre) нет различия между нормативностью права и нравственности (то, что нас особо интересует в курсе теории права), а есть только различные ряды норм разной степени внешнего стремления к реализации.

Так нормативизм Кельзена сам себя устраняет, если не заимствует отличительные признаки разных видов долженствования у психологии, т. е. у науки не-нормативной, у науки бытия. Эта последняя уже обращается не к внешней устремленности нормы к реализации, а к факту внутреннего психологического переживания нормы, в каковом переживании и почерпается, как мы ниже увидим, различие между правом и нравственностью. Что же касается «чистого учения о праве»[1]) Кельзена, то оно в такой степени изолирует долженствование от бытия, в такой степени отрывается и отвлекается от причинно обусловленной действительности, что в этом очищенном, отвлеченном нормативном мире исчезает, как мы уже видели, не только разница между правовым и иным нормативным долженствованием, но и — внутри учения о праве — разница между правом и государством, которые в своих нормирующих свойствах становятся тождественными явлениями, разница между публичным и частным правом (ср. ниже § 8), столь существенная для уяснения всей науки права

[1]) Следует отметить, что честь открытия этого названия принадлежит не ему, а Roguin, опубликовавшему в 1889 г. работу „La règle de droit, Etude de Science juridique pure". Он в этой работе отвлекается от исторической и всех других опытных наук. По его утверждению „чистая наука о праве исследует последствия implicite заключенные в выставленных ею предпосылках, ее основа есть основа необходимости, эта наука-знание необходимых последствий возможного". Независимо от него Reinach обосновывает „чистую науку о праве" в работе „Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts" (1913).

и ряда новейших эволюций права. Нормативизм своим т. наз. юридическим методом долженствования, и отбрасыванием экспликативного метода, как метода социологии — как будто каждая наука имеет свой собственный метод! — приговаривает свою очищенную науку права к дальтонизму, к невидению существенных явлений и отличий внутри права. Такой подход научно совершенно не состоятелен, он несомненно дает в результате известную систему норм, подчиненных друг другу в особой нормативной зависимости, ничего общего не имеющей с причинным рядом бытия. Вот почему нормативизм не может дать полного раскрытия науки права, а только, хотя и интересную, но стилизованную картину ее в одном нормативном измерении.

Нельзя обойти молчанием своеобразную попытку одного из учеников Кельзена — Ф. Зандера построить, исходя из нормативного взгляда, теорию «опытной науки о праве» („Theorie der Rechtserfahrung").

Мы уже отметили, что идеалом нормативизма является исключение всяких моментов бытия из теории права, в том числе психологии и социологии. Зандер хочет пойти еще дальше. Он не ограничивается кельзеновским отожествлением государства с правопорядком, но хочет совершенно освободится от понятий индивидуального суб'екта и от понятия государства, связанного с догмой суверенитета. Эта последняя догма порывает логическую преемственность между государственным и международным правом. Зандер не только отбрасывает всякого рода этико-политические постулаты, лежащие в основе догматической юриспруденции (и толкования), но отказывается вообще от раскрытия научно-правовых основных понятий. Он выступает против последних понятий нормативистической школы, еще связывающих ее с реальным миром человеческого поведения вообще и правового в частности: Зандер является противником как понятия «долженствования», так и понятия «человеческого поведения» (menschliches Verhalten). «Для чистого учения о праве — пишет он — которое имеет дело только с анализом правового процесса (Rechtsverfahren) не существует никакого «человеческого поведения», ибо «человек» и «по-

ведение» растворяются в функциях правовых положений („Rechtssatz").

Что же составляет основной материал этой новой «опытной» науки права? Если в опытных науках о природе таким материалом служат ощущения, то для науки права — правовые положения (Rechtssätze). Зандер решительно отклоняет возможность разложения правового положения на ощущения, чувства и т. п., усматривая в этом, «дилетантски непонятную естественную науку». В некоторых перефразировках он допускает, что об'ектом его опытной науки права может послужить документ (Urkunde), как бесспорно закрепленная форма устных актов (Sprachhandlungen). Сам собою напрашивающийся вопрос о том, как же установить предмет этой опытной науки права, т. е. самое «правовое положение» остается без ответа. А без такого определения своих актов (Handungen) или положений, как правовых, исчезает, конечно, всякая разница между юридической наукой и всеми другими. Ибо нельзя же найти это специфическое отличие науки права в основной задаче этой науки, как ее формулирует Зандер, а именно: «Наука права должна наконец вспомнить о главных задачах всякого научного познания: единстве и системе. Из противоречивого, аморфного и хаотического материала правовых положений создать космос единой правовой системы является ея единственной, хотя и бесконечной задачей». Прежде всего надо отметить, что и Зандер не избавился от definitio per idem: у него материалом науки права являются правовые положения, неизвестно каким образом выделяемые из ряда других явлений, если только не предположить, что и Зандер уже наперед — а следовательно априорным, неопытным путем — предпослал всем своим изысканиям заранее выработанное понятие права. Что же касается «единства и системы», то эта потребность никогда не была чужда даже и чисто догматическому направлению в юриспруденции. Даже более того. Чем менее научно догматический метод в состоянии установить круг своего ведения, тем отчетливее у него выступает практически необходимое единство и система. Ведь вся практическая юриспруденция стремится быть ничем иным, как стройной единой системой решения для судей и сторон в процессе.

Начавши правильно с того критического подхода, что нормативная школа есть типичная представительница господствующей правовой догматики, Зандер сам кончил тем же самым («единство и система») оставшись при этом лозунге «опытной» науки права и отбросив всякие возможности подлинно опытной науки юриспруденции.

2. Догматический позитивизм.

Но с нормативизмом, опять таки в общественных, а не только научно-профессиональных рамках тесно связано и другое течение мысли, т. наз. догматизм. Догматизм берет за исходную точку одну или чаще всего несколько основных положений — догм, путем толкования которых он старается раз'яснить не только мир долженствования, но и мир реальный. Для догматизма характерно то, что он не знает ничего необ'яснимого, сверх того, что самой догмой признано необ'яснимым. В особенно сильной степени догматизм укрепился в области науки права.

Здесь он явился результатом необозримо долго существовавшей юриспруденции, с ее практически-профессиональными заданиями законоискусничества. Расцвет его начинался каждый раз после укрепления данного правового строя. Задача догматиков права по существу исчерпывалась познанием норм действующего права для академических или судебных и административных целей и для применения его в тех же целях. Догматический метод сводится поэтому к описыванию и приведению в порядок действующего в данных пределах права. Для облегчения этого догматик может прибегнуть к сравнению с другими нормами чужого права, но самое приведение иностранного, чужого права служит лишь той-же цели описывания и систематизации, поскольку такое сравнение (обычно с классическим, римским правом) дало возможность лучше, «острее» формулировать те понятия, которые лежат в основе построения норм и более дробных понятий. В основе описывания и систематизации (сравни выше у Зандера «система и единство»), действующего права лежит так наз. конструкция (или построение) понятий, для которой существеннейшим проявлением служит толкование.

Помимо применения формальной логики, необходимой для правильного конструирования понятий, для догматической юриспруденции еще характерно то, что она не задается никакими причинно-познавательными задачами, которые могли бы вскрыть теоретические смысл и об'ем употребляемых ею понятий. Для догматического метода теория остается как бы в стороне, он принимает данные понятия (право, закон, юридическое лицо и т. д.) исключительно лишь с точки зрения того, что под ним подразумевает или должно подразумевать действующее право в интересах технически-лучшего изложения и применения права. То, что догматика иногда именует теорией, есть не больше, как конструкция понятий, обращенная в сторону изложения т. наз. системы права, между тем как практикой она называет то же конструирование, направленное в сторону применения системы права с частным нахождением новых норм.[1])

В новейшее время появляются попытки придать юридической догматике менее конструктивный, словотолковательный характер. «Юридическая догматика — говорит один из русских теоретиков права[2]) не может довольствоваться одним лишь формально-логическим толкованием положительного права и должна осмысливать его изучением тех общественных отношений, которыми порождаются правовые нормы, и тех общественных целей, достижению которых они служат.» Требовать от догматики изучения общественных отношений совершенно невозможно. Будучи дисциплиной практической, направленной к нахождению права, т. е. к подведению наивозможно большого числа жизненных отношений под ту или иную правовую норму, догматика не может не быть по методу своему конструктивной и толковательной. Здесь цель — «подвести под такую-то статью» — господствует надо всем. Силлогизмы должны выводиться под давлением

---

[1]) Ср. Th. Sternberg, „Einführung in die Rechtswissenschaft" I. Teil, стр. 130. Нормативно-логический характер юридической догматики резко выдвигается и в новейшей работе F. Sander'a, „Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung". Wien, 1921, стр. 10.

[2]) Ф. В. Тарановский, „Учебник энциклопедии права" стр. 328.

необходимости, ибо ответ всегда должен быть найден, и при том ответ, лежащий вовсе не в области сущего, а должного. «Изучение общественных отношений», из коих возникла данная норма не только не поможет толкованию и практическим силлогизмам, но часто помешает успехам догматики, поскольку это изучение ставит себе чисто теоретические цели познания сущего. Никто не будет отрицать, что судье, толкующему и применяющему закон, или излагателю той или иной системы права необходимо дополнить догматику теоретическими знаниями общественных отношений (политической экономии, социологии, психологии и т. д.) или вернее *противоставить* социально-экономическую науку юридической догматике.[1]) Но отсюда вовсе не следует, что самая догматика, формально конструирующая путем логики (с заранее поставленным выводом — целью) может быть превращена в другой теоретический вид науки. Относительно догматики права верно то, что Бергбом отнес ко всему правоведению: «она до последней степени практична» и поэтому должна остаться конструкцией понятий и норм, ибо только таким способом обеспечивается прочность данного правового уклада. Конструктивный метод остается вполне подходящим для области догматики, метод теоретического познания ей чужд. Вот почему утверждение-пожелание:

---

[1]) В интересах наиболее правильного изложения существа юридической догматики, игравшей такую заметную роль в 19-ом веке, мы приведем типичного ея представителя, преподававшего в эпоху расцвета догматической юриспруденции в Германии, Варнкенига, L. Warnkönig, Juristische Encyklopädie, Erl. 1853, стр. 76—77. Различая науку в суб'ективном и об'ективном смысле, он говорит, что наука права есть или добытое правоведом путем научного мышления и исследования знание о праве или доктрина, упорядочивающая и излагающая по научным основам истины права. Для лучшего изучения права юридическая наука придает понятиям точность, соединяет родственное, обособляет противоположности и является в этих отношениях теоретической, формальной (или, вернее, формирующей) наукой. Но она же (наука права — М. Л.) преследует и высшую цель, она конструирует новые понятия путем абстракции и дедукций из правовых правил, освященных законами или правовыми обычаями, посредством аналогий, а также строгого анализа содержащихся в природе какого-либо правоотношения моментов и является, по мере преследования этой цели, *практической* наукой." (Курсив автора М. Л.)

«догматическая юриспруденция не может быть юриспруденцией понятий (Begriffsjurisprudenz), а должна быть социальной юриспруденцией[1]), основано на смешении методов и на неясной классификации юридических дисциплин, внутри коих следует отделить теоретические от практических (ср. ниже sub § 2. Классификация методов).

Нет ничего удивительного в том, что такое смешение происходит в области обществоведения, в частности, науке права, если вспомнить, что в иной области, которую ныне бесспорно все относят к наукам теоретическим, познающим только сущее, а именно естествоведении, также применялся толковательно-догматический метод.

Мы привыкли считаться с тем, что нормативизм и догматизм встречаются только в области обществоведения, в частности и особенности в области учения о праве. А между тем нормативизм и тесно связанный с ним догматизм когда-то господствовали над всей областью человеческого знания, даже и над той областью, которая ныне вся опирается на опыте и наблюдении — над областью естествоведения. Это касается всей эпохи схоластики в Европе, но встречается и у других народов. Как особенно типичный пример мы приведем то, как Талмуд отвечает на чисто теоретический вопрос об устройстве мироздания. Трактат Хагига разбирает вопрос о том, на скольких столбах стоит свет: одни говорят на семи, другие на трех, а третьи — на одном. Каждая группа приводит цитаты из Св. Писания и т о л к у е т их в свою пользу. Таково же было положение в средневековой науке: теологи цитировали Библию, юристы — Corpus juris, философы — Аристотеля, бл. Августина и Фому Аквинского, медики-Галена и т. д. Научного исследования не было и ученые занимались только толкованием тех положений, которые были высказаны каким-либо обязательным, общепризнанным авторитетом. Различия методов не существовало, естествовед легко мог перейти к юриспруденции или философии и наоборот, в зависимости от того, какие книги в данное время им читались и толковались. Вот почему не следует думать, что глоссаторство (толковательная литература) есть только в юриспруденции, в сущности глос-

[1]) Тарановский, там же, та же стр.

саторы были во всех науках средневековья. Задачей науки было не понимание, не раз'яснение причин, а единственно и исключительно изложение данного предмета в логически доступной форме, в виде ряда норм с главными и подчиненными посылками. В средневековой науке бессилие об'яснения причинной связи явлений нашло свое выражение в известном изречении: „Si nemo ex quaerat, scio, — si quaerenti explicare velim — nescio" — «если никто меня об этом не спрашивает, — я знаю; если же хочу это об'яснить спрашивающему, то не знаю.» Догматизм средневековой науки не мог дойти до экспликативного (об'ясняющего) метода, он не допускал понимающей науки, а только авторитарно-догматическую.

В естествоведении догматизм ныне совершенно преодолен: 19-тый век, который может быть назван эпохой опытных знаний в науке о природе, убил последние остатки догматизма в познании природы. Между тем как в области обществоведения и в особенности правоведения мы до сих пор еще не освободились от догматизма.

Право до сих пор не познается как нечто реальное, бывающее, подлежащее разбору с точки зрения причинности, а как нечто д о л ж е н с т в у ю щ е е, с точки зрения того, что п о л а г а е т с я, что следует делать на основании существующих правил и предписаний, называемых законом. До сих пор многие теоретики права, как мы уже видели, настаивают на том, что право не относится к миру бытия и что оно не может быть познано причинно. А некоторые доходят даже до того, что считают ненужным для науки права раскрытие сущности права, самый вопрос об этом они считают не относящимся к правоведению.

В этом отношении догматический позитивизм еще в меньшей степени в состоянии раскрыть основную проблематику теории права, нежели нормативизм. Признавая всю важность догматического метода при толковании законов, оценивая громадную практическую роль догматического метода при применении законов в суде и при раскрытии основных принципов, лежащих в основании законодательства той или иной страны, мы считаем, однако, вынесение догматического метода за пределы изучения и применения действующего права одной из крупнейших ме-

тодологических ошибок (об'яснимых историко-социальными причинами), надолго задерживавших развитие теории права.

После победы над школой естественного права (ср. ниже об этой доктрине в § 11), полагавшей, что помимо оффициального писанного права имеется также и иное естественное право, с которым первое должно считаться, а иногда даже и подчиняться, как более близкому основной и непреходящей природе человека, — около середины 19-го века торжество осталось за сторонниками положительного права, а следовательно, и за догматиками, изучавшими, толковавшими и применявшими это право. Тогда и возникло то господствовавшее до недавнего времени течение, которое именуется догматическим позитивизмом.

Установление повсюду новых уложений (гражданских и уголовных), установка правового быта дало впервые полное торжество тому взгляду, что вне закона никакого иного права не существует. Эта эпоха господства школы толкования, école de l'exégèse не только во Франции, но и на всем европейском материке. Вместе с введением новых кодексов судья — разумеется путем применения догматического метода — должен найти ответ на все возникающие в существующем законе вопросы под страхом ответственности за отказ в правосудии. Из этих чисто практических предпосылок создается какое-то подобие теории догматического позитивизма. А именно: «Право это писанный закон (Le droit c'est le droit écrit), поскольку задачей юридических факультетов является обучение толкованию закона. Отсюда вытекает, что их (следовательно и всей науки права — М. Л.) метод дедуктивен. Статьи кодекса являются только связанными теоремами, из которых надо вывести все следствия. Чистый юрист это геометр.[1]) Бергбом, крупнейший теоретик догматического позитивиз-

[1]) Liard, L'enseignement supérieur en France de 1789 à 1893. Цитирую по Alf. Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 43—44. От догматических „позитивистов" нельзя, конечно, ожидать точного противоположения догматики (должного) не только причинным суждениям (бытию), но и суждениям основания (математики).

ма, провозглашает, что „Alles Recht ist bis in die letzte Faser praktisch“ [1]), не практического права, которое не было бы положительным правом и не подлежало бы практическому применению, не существует. Со времени полного утверждения догматического позитивизма делается старомодным и как бы научно неприличным останавливаться на вопросах теории и философии права, которые все заподозрены в смертном грехе естественноправовых тенденций, а следовательно, в страсти к преобразованиям (Umformungstrieb). Юриспруденция разбивается на отдельные практические дисциплины и в последней трети 19-го столетия теория права — а тем более философия права — отодвигаются на второстепенный план.

Если мы, однако, спросим, в чем же именно заключается основная сущность догматического позитизма 19-го в. и есть ли у него что-нибудь общее с современным ему позитивизмом в других науках (естествоведении, философии, социологии и т. д.), то придется ответить, что здесь перед нами классическое lucus a non lucendo[2]), ибо трудно себе представить большее злоупотребление терминологией, чем наименование обыденного догматического направления «позитивизмом». Позитивизм в обычном научном смысле этого слова не имеет решительно ни одной точки соприкосновения с юридическим догматизмом и его методом. У юристов термин позитивизм логически связан не с положительным или опытным знанием, а всего на всего только терминологически отождествлен с позитивным, т. е. действующим (положительным) правом. Позитивизм методологически связан в юриспруденции исконным толковательным методом, позитивизм в юриспруденции означает нормоописывающую науку, заведомо выключающую из своего круга позитивное знание о сущности нормы и нормируемого. И, конечно, норма не может ни в какой мере быть уподоблена естественному феномену, подлежащему изучению опытным путем. Мы выше это показали на примере Зандера.

---

[1]) Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie, S. 438.

[2]) Это шутливое изречение означало у римлян, что слово лес (lucus) происходит от того, что он дремуч и не просвечивает (non lucendo). Игра слов основана здесь на сходстве „lucus“ с „lucendo“.

Догматический позитивизм наперед бессилен дать теоретическое знание о праве. В этом смысле только весьма характерно, что наибольшее число определений неизвестного через неизвестное принадлежит именно догматическому позитивизму, потому что эта школа останавливается при своем исследовании именно там, где начинается вопрос о сущности явлений. Так, напр., Бергбом определяет право так: «Право есть то, что определяется компетентным учреждением» причем компетенция, т. е. круг ведения, в свою очередь есть правовая компетенция. Для практических надобностей догматического позитивизма такие и сотни им подобных определений права вполне достаточны. Вместо научных определений сущности явлений центр тяжести задач этого позитивизма заключается в раскрытии законодательных определений, если законодатель сам упустил это сделать.[1])

Вот почему догматический позитивизм не может претендовать на творческую роль в вопросах теории права.

3. Исторический материализм.

Господствующий в марксизме взгляд на право изображает право как надстройку над экономическим базисом, над производственными силами. Развитие производственных сил данного общества приводит к видоизменению, а то и к разрушению правовой надстройки. Согласно этому учению основой права служит бытие производственных сил, само же право есть только нечто вторичное, производное.[2]) Право, рядом с другими идеологическими «над-

[1]) Ср. Г. Шершеневич, Общая теория права, 1912, стр. 773.

[2]) Ср. по этому поводу К. Маркс, „Критика некоторых положений политической экономии". Русск. пер. П. Румянцева, М. 1896, предисловие: „Сумма этих производственных отношений составляет экономическую структуру, реальное основание, на котором возвышается правовая и политическая надстройка и которому соответствуют определенные формы общественного сознания", а также Фр. Энгельс „Антидюринг". Современное освещение этого вопроса, не прибавляющее, однако, почти ничего существенно нового к старой мотивировке: H. Cunow, Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie, 1920, 2 тома, а также работа H. Kelsen, Sozialismus und Staat, и полемизирующая с ней книга M. Adler'a, Die Staatsauffassung des Marxismus, Wien 1922.

стройками»: нравственностью, религией, искусством и т. д. покоится на экономическом базисе, об'ясняясь всецело этим базисом. Право с этой стороны является только переведенным и преображенным проявлением основного базиса.

Правда, в эту схему причинности, где причиною является экономический базис, а следствием правовая надстройка, была марксистами, в том числе и самим Энгельсом, внесена поправка, совершенно искажающая ясную картину только что изображенной причинности. По этой поправке надстройка, в том числе и право, обратно воздействует на базис: так что согласно этой поправке надстройка есть функция (зависимая величина) основы, и обратно: основа (экономический базис) есть функция надстройки. Поправка эта тем более искажает основную марксистскую схему соотношения экономического базиса и его надстроек, что она не указывает, какая причина остается главной и определяющей и, стало быть не дает возможности ясно себе представить возможную равнодействующую двух сил (экономики и права), из коих обе взаимно воздействуют одна на другую. Другими словами, эта поправка или дополнение совершенно искажает учение исторического материализма.[1]) Эта поправка могла бы сохранить теоретический смысл только тогда, когда вносящие ее указали бы точно, в каких случаях и в каких пределах надстройка обратно влияет на базис, ибо иначе теоретический анализ и базиса и надстроек делается невозможным. В частности, в области права следовало бы установить, может ли при одном и том же базисе существовать различное право и, при принятии обратного воздействия, — при одном и том же праве могут ли существовать различные экономические базисы. До сих пор, насколько нам известно, не было установлено такого ясного разграничения причины и следствий, базиса и надстроек.

Возьмем, однако, неосложненную первоначальную схему исторического материализма, как она формулирована была Марксом в предисловии к „Zur Kritik der politischen Oekonomie". Здесь экономическое бытие определяет

---

[1]) Того же взгляда на это взаимодействие держится Н. А. Рожков, Русская история, Пгр. 1918, предисловие Т. I.

надстройку права, как определенный вид сознания, об обратном воздействии надстроек на базис ничего не говорится.

Но установление такой связи между экономикою и правовой надстройкой означает лишь то, что экономика, как бытие, определяет содержание права, как определенного вида сознания (идеологии). Другими словами, содержание правовых норм находится в прямой зависимости от экономического базиса, с изменениями внутри этого базиса неизбежно связаны и изменения правовых норм. Таким образом, исследование развития права должно быть связано с исследованием экономических отношений, производственных сил.

В такой форме это утверждение в общем и целом, не считая отдельных устарелых или экономически нецелесообразных законов, — верно относительно действующего права, как совокупности оффициально-правовых норм. Если под правом разуметь лишь совокупность действующих в данном государстве норм, то в общем и целом, это право определяется экономическим базисом. Эта зависимость может быть установлена не только в таких бесспорных областях, как гражданское, торговое, вексельное, промышленное право и т. п., но отчасти и в других областях оффициального права: в государственном, уголовном и т. д. Хотя тут уже со значительно более слабым соответствием всего комплекса норм экономическим отношениям: в государственном праве крупным видоизменяющим фактором являются политические судьбы того народа, право которого мы исследуем, его местоположение среди других народов, всякого рода политические и культурные влияния соседей. В уголовном праве большую роль играет степень образования народа, климатические и расовые данные и т. д. Изредка внимательный исследователь действующего права сможет открыть какие-нибудь статьи законодательства, противоречащие существующим экономическим отношениям, но такие статьи либо, по выражению английских юристов, спят, т. е. не применяются на деле, либо часто судебною практикою истолковываются в ином смысле, более отвечающем экономическому базису.

Но вопрос заключается в том, возможно ли ограничиться при исследовании сущности права установлением такой зависимости между *действующим* правом («законом») и экономикою.

Достаточно поставить этот вопрос для того, чтобы ответить на него отрицательно. Для основоположников исторического материализма, Маркса и Энгельса, важно было, особенно в первый период их деятельности, отметить, что действующее право есть функция экономики. С одной стороны они должны были бороться с различными видами идеализма вплоть до социалистического утопизма, который изображал право, как результат волевой деятельности людей. В особенности утопический социализм и прудонизм старались изобразить действующее право, как насильственно навязанный отдельными группами собственников и богачей правопорядок; убедив большинство в несправедливости существующего права (см. в особенности работу Прудона «Что такое собственность»), в том, что действующее право полно противоречий, они надеялись таким путем преодолеть действующий правопорядок. С другой стороны еще не была преодолена историческая школа права, рассматривавшая право, как продукт народного духа и практически не допускавшая никакой творческой и законодательной активности в области права. Не указывая, что представляет собою народный дух, изменим ли он или нет и какими причинами определяется этот дух, историческая школа фактически стала глубоко антиисторичной. На фоне этих взглядов понятно становится, почему марксизм середины 19-го века пытается выйти из теоретического тупика при помощи применения гегелевской диалектики. Именно этим духом проникнута одна из первых работ Маркса «К критике философии права Гегеля», весьма примечательная именно тем, что своим теоретическим острием она была направлена против исторической школы права.

Историческому материализму принадлежит заслуга низведения правовых норм на землю. Победив метафизику народного духа исторической школы и утопизм, связанный своими корнями с естественно-правовыми учениями восемнадцатого века, исторический материализм естественно должен был обратиться и против того духа,

который воцарился в юриспруденции девятнадцатого столетия сейчас же после победы над революционным духом естественного права. Девятнадцатый век почти целиком подчинен господству того направления, которое характеризуется сосредоточием только на действующем праве, на толковании отвоеванных правовых норм и самодовлеющем изучении их вне всякой связи с действительностью и даже с сущностью права. Вот для этой эпохи, знавшей только «пошло-практическую» юриспруденцию, а не науку права, во-истину бессмертными остаются слова Л. Кнаппа: «скорлупа права составляет ядро юриспруденции». Занятие скорлупой права: т. е. выявлением в законе и применением разных законов или даже только отдельных терминов и выражений закона к практике, т. е. либо к изображению правовых институтов и спорных дел в книгах, либо к защите их перед гражданским, уголовным или административным судом — составляло единственную задачу оффициальной науки права. Занятие «скорлупой права» и создало ту «юриспруденцию понятий», которая стала отвергаться уже только к концу 19-го и началу 20-го веков. Пошлый практицизм сказывался в эту эпоху не только в том, что философия права и всякие исследования по теории права были отвергнуты, как нечто неподобающее истинной науке права, но еще больше в том, что таким путем наука права могла избегнуть всякого оценочного, политико-правового подхода к существующему правопорядку. Наука права могла оставаться в стороне и от того, что право е с т ь и от того, чем оно должно стать. С бесстрастием нотариуса она должна была регистрировать то, что издается в качестве права, без малейшего участия ее самой, как фактора правотворчества. Недаром юриспруденция в эту эпоху была презрительно окрещена „Notariatswissenschaft“ — она заносила в свои учебники, построенные на сводах и кодексах, происшедшие изменения и излагала новую систему только со стороны догматической. По словам того же Кнаппа юриспруденция «не изменяя самой себе, издавна служила всем господам и даже самым крайним переворотам, она является бездушным делопроизводством как революции, так и реакции и остается при этом совершенно одинаковой в своих формах, подобно одинаковости формата «Мо-

нитера» («Правительственного Вестника»), несмотря на смену систем и династий.» Это «делопроизводственное» направление совершенно естественно отвергало как теорию, так и политику права, держась исключительно рамок толкования и применения оффициального права, т. е. того, что принято называть д о г м а т и к о ю права. Вот почему на континенте это направление и получило, как мы видели в предыдущем разделе, название позитивно-догматического, оно дало целую плеяду юристов, в Англии оно было названо аналитическим и его наиболее замечательными представителями являются Блекстон, Бентам и Остин. Исторический материализм должен был выступить против воцарившегося в юриспруденции направления, направления бывшего, как мы уже видели с одной — повседневной стороны пошло-практическим, с другой же — отвлеченной — нормативным. В противовес этому позитивизму, одновременно и пошло-практическому и нормативному, исторический материализм выдвинул причинное возникновение норм и п р и ч и н н ы й же подход к изучению права. В то время как нормативизм настаивает на том, что право может быть изучаемо только с точки зрения д о л ж е н с т в о в а н и я, марксизм настаивает на том, что нормы права могут быть изучаемы с точки зрения б ы т и я.

Но исторический материализм все же не р а с к р ы л б ы т и я п р а в а. Дело в том, что под правом основоположники марксизма, как и господствующее направление, понимали действующее право, «закон».[1]) В своих иссле-

---

[1]) В особенно вульгарной форме этот взгляд отстаивает Н. В. К р ы л е н к о в книге „Беседы о праве и государстве". Москва, 1924. С одной стороны Крыленко совершенно категорически настаивает на том, что „право есть выражение в писанной форме действующего закона и неписанной форме обычного права" (стр. 33). И поэтому он, в противовес двум коммунистическим писателям, Рейснеру и Стучке, которых он упрекает в буржуазности мышления — не допускает существования иного права, чем классового: „самое понятие права мы поэтому неразрывно связываем во-первых с классовым принципом и, во-вторых, с насилием, считая, что право исчезнет вместе с классовым строем общества: не будет классов, не будет права" (стр. 31). Из этого как будто вытекает, что право не существует в безклассовом обществе (напр. при первобытном комму-

дованиях правовой надстройки они останавливались только на том, что считалось правом в обычном смысле, но не шли дальше, не останавливались на праве в вышеустановленном широком смысле слова.[1])

А между тем право в вышеустановленном социально-психологическом смысле слова отнюдь не может быть отождествлено с правом в общепринятом смысле слова. Право в этом психологическом смысле до известной степени является соопределяющим фактором производительных сил.

низме у некоторых племен и в будущем безклассовом обществе). С другой стороны тот же автор в расплывчатой форме, но все же повторяет обще-марксистское положение, что право есть „производное от общественно-экономич. отношений" (стр. 30—31), а так как и в безклассовом обществе существуют „общественно-экономические отношения", то очевидно, право должно сохраниться, как это, впрочем, допускает Рейснер, и во внеклассовом обществе а не только в буржуазном.

Из этого тупика автор не знает выхода, создавая мимоходом образец definitio per idem: „оно (право — М. Л.) есть не что иное, как система норм, имеющая задачей оправдать или охранить или сначала охранить, а потом оправдать существующий правопорядок" (стр. 31). Следовательно помимо „существующего правопорядка" как чего-то об'ективно существующего независимо от системы норм, существует еще право (как система норм) стремящаяся оправдать и охранить вне ее существующий правопорядок. Интересно знать, отличается ли и чем именно это право (как система норм) от правопорядка. Эта логическая беспомощность Крыленко столь же показательна как и его боязнь прослыть идеалистом за попытку „отделить историческое существо право от понятия права".

Очевидно и в новейшей коммунистической литературе, перенявшей по наследству от марксизма учение о праве, как надстройке над экономикой, царит помимо мыслебоязни и большая разноголосица по вопросу о существе права. И здесь по необходимости наталкиваются на необходимость раскрыть сущность права, независимо от его данного исторически-переходящего вида и содержания.

[1]) Из советских марксистов, думается, один только Е. П а ш у к а н и с, „Общая теория права и марксизм", Москва 1928, изд. Ком. Академии, понимает проблематику теории права и лишен совершенно нестерпимого в культурной литературе тона Стучки и Крыленки. Этот писатель с большой ясностью понимает, что вульгарное марксистское учение о надстройках лишено всякого научното значения и что оно в сущности подрывает всякое учение о теории права, ибо оно, как мы видели, освобождает

В самом деле. Если право является двусторонним психологическим переживанием (об этом подробнее ниже), то совершенно понятно, что оно служит прекрасным орудием тех отношений, в которых люди становятся при производстве. Отношения эти немыслимы вне права, которое придает им силу двигателя человеческого поведения. Каков бы ни был тот или иной производственный строй, когда люди совместно производят, то их отношения со-

---

вообще от необходимости познать право как явление, достаточно признать всякую данную систему права надстройкой над данными производственными силами. Неудивительно, что теория должна была захиреть там, где иной подход невозможен, ибо, как признает сам автор-марксист, „в марксистских кругах самое существование общей теории права бралось под сомнение" (предисловие ко второму изданию).

Пашуканис подчеркивает, что „значение Марксова анализа ограничивалось лишь одной специальной областью (для т. наз. оборотного права буржуазного общества, т. е. гражданского, торгового — М. Л.) права, а, с другой стороны его данные использовались только для разоблачения буржуазной идеологии свободы и равенства, только для критики формальной демократии, но не для уяснения основных принципальных свойств юридической надстройки, как об'ективного явления" (стр. 6, курсив мой — М. Л.). Уяснить же надстройку как об'ективное явление и значит по нашему не ограничиться констатированием связи между базисом и надстройкой туда и обратно, а изучить самую сущность правовой „надстройки" ее особого способа регулирования в отличие от нравственной „надстройки" и ее регулирования, а для этого вовсе не достаточно ограничиться установлением, что, напр., вексельное право данной страны и эпохи находится в зависимости от экономического базиса данной страны и эпохи. Нам кажется, что Пашуканис идет именно по пути познания права, когда он не удовлетворяется известной типичной марксистской формулировкой Бельтова (Плеханова): „На почве данного состояния производительных сил слагаются известные отношения производства, которые получают свое идеальное выражение в правовых понятиях людей и в более или менее „отвлеченных правилах", в неписанных обычаях и писанных законах". На это Пашуканис весьма тонко отвечает следующее: „Здесь правовое понятие рассматривается исключительно со стороны его содержания; вопрос о форме права, как таковой, вовсе не ставится. Между тем несомненно, что марксистская теория должна исследовать не только материальное содержание правового регулирования в различные исторические эпохи, но дать материалистическое истолкование самому

трудничества или зависимости выливаются в форму известных правовых отношений. Люди регулируют свое поведение, сообразуясь именно с правом, не углубляясь в суть экономических отношений, эти отношения чаще всего остаются за кулисами, за порогом сознания. Это в особенности относится к тем случаям, когда эти отношения носят мирный характер, а между тем эти мирные отношения представляют правило, только в сравнительно

правовому регулированию, как определенной исторической форме" (стр. 16, курсив мой — М. Л.).

Пашуканис, правда, остановился на пол-пути. Он ушел от первобытно безпомощной, только словесно исторической, но отнюдь даже не материалистической точки зрения вульгарно-номиналистических марксистов, он не удовлетворяется связью между базисом и надстройкой, но самое изучение сущности права как явление он заменяет изучением права как универсальной формы (стр. 21). Пашуканис сходится здесь не только словесно, но и в значительной мере и по существу с Штаммлером, а значит — horribile dictu — с неокантианством.

Само определение права как формы Пашуканисом не дается, он ограничивается лишь крайне общим описанием перехода экономического отношения, уже заключающего в себе юридическое отношение, в юридическое отношение (стр. 51). Переход этот, узнаем мы в другом месте, происходит путем судебного процесса „Через судебный процесс юридическое абстрагируется от экономического и выступает как самостоятельный момент" (стр. 48). Но ведь судебный процесс и есть не что иное как то же право, выходит, что право абстрагируется от экономики при помощи права (процесса). Такое утверждение пахнет фетишизмом и догмой непонятного самозарождения. Помимо того, что здесь имеется типичное определение неизвестного через неизвестное это представление грешит односторонностью: оно учитывает только гражданское право, пренебрегая публичным. „Право исторически начиналось со спора, т. е. с иска и лишь за тем охватывало предшествующие чисто экономические или фактические отношения, которые, такимъ образом, уже с самого начала приобретали двойственный аспект — экономическо-юридический" (стр. 48). В результате автор не только не производит точного различения экономических и юридических отношений, без чего невозможно логически строить теорию надстроек, но запутывается в двойном аспекте, теряя, как и нормативисты из-за представления о форме понимание разницы между публичным и частным, между об'ективным и суб'ективным правом.

К сожалению, мы лишены здесь возможности с должной подробностью остановиться на теории Пашуканиса и ограничиваемся только что сделанными замечаниями.

редких случаях дело доходит до открытого столкновения и тогда обнажается экономическая ткань данных отношений. Но если мы не будем говорить об этих исключительных моментах, то в мирных условиях право является основным фактором общественных отношений людей, оно выступает в качестве организатора и распределителя.

Право в этом более обширном социально-психологическом смысле не может быть изображено в виде надстройки над экономикой. Право в этом смысле, в отличие от положительного права, не может быть разложено на ряд отдельных статей или параграфов, содержание коих может быть «об'яснено» с точки зрения экономического базиса. Больше того, право в социально-психологическом смысле есть неустранимый элемент самого т. наз. базиса. В сущности говоря, это положение мы можем раскрыть в самом «Капитале», но сам автор «Капитала», понимавший под правом, согласно состоянию науки того времени, лишь совокупность действующих в данной стране законов, не мог выявить это с необходимою ясностью. Мы же полагаем, что исторический материализм может признать, что *право*, в вышеустановленном мною психологическом смысле, *является элементом производительных сил*. Но тогда падает традиционно-марксистская «теория надстроек».

В самом деле, Маркс, говоря об общественных производительных силах кооперативного труда, останавливается на тех психологических предпосылках, которые увеличивают производительность труда. Помимо увеличения мускульной силы Маркс при слиянии многих сил отмечает особо психологический момент сотрудничества: «Помимо новой силы уже один факт общественного соприкосновения или контакта вызывает соревнование и своеобразное возбуждение духа (animal spirits), которые возвышают производительность отдельных рабочих. Это происходит от того, что человек *по природе своей*, если не политическое, как думает Аристотель, то во всяком случае *общественное* животное».[1]) Однако мало сказать, что Маркс включает в состав производи-

[1]) „Капитал" Г. I, перев. П. Струве, СПБ. 1899, стр. 258—259.

тельных сил такой психологический элемент, как взаимозаражение и соревнование, он в дальнейшем прямо указывает на правовую психику, как на основной элемент кооперации (в смысле производственного сотрудничества). Кооперация в процессе труда на начальных ступенях человеческой культуры покоится на правовом начале «общинного владения средством производства». Спорадическое применение кооперации в обширных размерах в древнем мире, в средние века и в новейшее время в колониях основывается на непосредственных отношениях господства, с одной стороны, подчинения, с другой, чаще же всего на рабстве. Капиталистическая же форма кооперации, наоборот, заранее предполагает свободного наемного рабочего, продающего капиталу свою рабочую силу».[1]) Из приведенного мы видим, что основою данного вида кооперации, основою производительных сил Маркс каждый раз считает правовые отношения между людьми в данном обществе, ибо «непосредственные отношения господства и подчинения», свободная продажа труда и т. д., суть не что иное, как именно правовые отношения, в которые люди становятся при производстве: производство рабского хозяйства невозможно без того, чтобы известное количество рабов не подчинялось власти рабовладельца, это подчинение раба или крепостного есть не что иное, как двустороннее переживание обязанности трудиться с одновременным сознанием, что хозяин, владелец, вправе притязать на данную работу, с другой стороны раб сознает, что он вправе притязать и что хозяин обязан ему доставить кров и пищу. Конечно, мы берем более или менее нормальное рабское хозяйство, а не то, при котором имеются, строго говоря, не рабы, а люди, подчиняющиеся насилию.

В этих приведенных случаях право не представляется какой-то надземной надстройкой, оторванной от непосредственных экономических отношений, а элемент, необходимо участвующий в кооперации как составная и при том основная производительная сила: от того, как в данном обществе сложатся отношения господства и подчи-

[1]) Там же, стр. 266.

нения зависит форма его кооперации, т. е., в конце концов состояние его производственных сил.

Таким образом, мы, надеемся, показали, что право, взятое в его подлинном социально-психологическом смысле — в отличие от права, понимаемого догматически, как совокупность законов или норм — является неизбежным элементом производительных сил, или, еще шире, неустранимым элементом взаимоотношений человека, как «общественного животного». С этой точки зрения низведение права на степень надстройки является совершенно необоснованным. Правда, до сих пор такие формы соотношения, как господство и подчинение, которые Маркс кладет в основу разных видов кооперации, до сих пор обычно рассматриваются некритически, т. е., «просто», как господство и подчинение, но если эти взаимоотношения анализировать, то окажется, что в значительной части своей эти взаимоотношения именно и представляют правовые начала господства и подчинения.

Но теория надстроек страдает одним еще весьма важным недостатком: вместо анализа самих явлений, помещаемых в надстройках — права, нравственности, эстетики и т. д., — она ограничивается констатированием причинной связи между экономическим базисом и данным «надстроенным» явлением. Ограничиваясь одним только констатированием этой связи — самим по себе для отдельных случаев верным или неверным, — эта теория оставляет, однако, нетронутым само явление, не старается проанализировать его и указать, чем оно отличается от ряда других «надстроенных» явлений: Что характерно, напр., для права и чем оно отличается от нравственности и других «производных» и надстроек экономики, следует ли и почему именно рассматривать «право» как особую «идеологическую» надстройку, не тождественную с эстетикою, религиею и т. д. Сказать же, что право есть правовая надстройка над экономическим базисом, нравственность есть нравственная надстройка над экономическим базисом и т. д., не значит разрешить вопрос о том, что такое право, нравственность и т. д., а лишь определять неизвестное через неизвестное. Другими словами, марксистская теория надстроек оставляет совершенно открытым во-

прос о раскрытии отдельных явлений права, нравственности и т. д.

Мало того. Признание «права» как одной особой надстройки, «нравственности» как второй и т. д., наперед делает каждую из этих надстроек каким-то особым явлением или об'ектом. И если сам марксизм, исторический материализм, не углубляется в изучение отдельных этих надстроек, то он этим признает свое теоретическое бессилие дать научно-адэкватное, причинное об'яснение явления права, нравственности и т. д. Одним только констатированием влияния экономического фактора на эти надстройки ничего не достигается; надстройки берутся как некие несомненно существующие комплексы или явления, относительно коих следует только признать, что они находятся под влиянием экономического фактора. В универсальности определения базисом всех идеологических надстроек исчезает специфичность каждой отдельной надстройки, значит, эта специфичность не определяется социально-экономическим базисом. Таков возможный вывод. А это означает что марксизм, который претендует на открытие особого позитивного метода в обществоведении, оставляет открытым вопрос об изучении самой надстройки, в данном случае права. Другими словами этот материализм получает как бы значение бланкетной теории: марксист может сочетать свое учение об экономическом факторе, о производительных силах, о влиянии базиса на надстройку (и наоборот) с любым другим учением о праве, если он только признает, что право, как надстройка, находится под влиянием экономического базиса (и наоборот). Вот почему мы видим такие теоретические сочетания, как соединение исторического материализма с кантианством, таковы, напр., работы О. Бауэра, Макса Адлера, К. Реннера, — со спинозизмом, как работа Штерна и др.[1])

---

[1]) K. Renner в новейшем издании своей книги: „Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion.“ Tüb. 1929 стр. 13—14, определенно говорит: „Надо отказаться от общего логического определения найденного Марксом надстроечного отношения и приступить, наконец, к выявлению для каждого отдельного общественного явления особой специфической природы того отношения, которую Маркс наглядно выразил

Возможно также соединение марксизма с психологической теорией права Петражицкого:[1]) «Можно быть одновременно — пишет сам автор психологической теории права — последователем дарвинизма или исторического материализма в социологии и — теории права, как императивно-аттрибутивных переживаний.» И далее: «что касается экономического материализма, то с его точки зрения по поводу сведения права к особым психологическим явлениям есть т. ск. готовый ответ относительно происхождения и развития подобных явлений: они — психологические корреляты, отражения в психике социальной материи и их содержание меняется в истории сообразно с изменениями социальной материи, как функции последней».

Возможно, как уже сказано было, соединение исторического материализма и со всякой другой школой права до тех пор, покуда марксизм ограничится только констатацией влияний экономического фактора без собственного вхождения в сущность того явления, которое изучается наукой права. Полемическая ссылка некоторых марксистов на то, что изучение самого явления права недопустимо, как недопустима всякая метафизика, также не освобождает от необходимости раз'яснить явление права. Ограничиться здесь попытками установления одних только влияний экономики на право и нравственность так же невозможно для научного правоведения, как

сравнением с надстройкой. Я делаю эту попытку в отношении к праву". Отбыв эту обязательную повинность верности общему тезису, Реннер несколькими строками ниже примыкает к тому, в чем может расписаться любой нормативист или догматик, а именно, что „юриспруденция (которую Р. впрочем отличает от социальной науки права — М. Л.) вообще ничего общаго не имеет с причиной и следствием, и что если даже взять надстройку права в области экономической и социальной действенности норм и обозначить ее исключительно как следствие социального базиса экономики, то факты привели бы нас к абсурду". Но если теория базиса и надстроек ведет к абсурду, то зачем тогда вообще науке нужен очень „наглядный" и чисто причинно построенный образ „базиса и надстройки", приводящий в конечном итоге только к абсурду?

[1]) Ср. Теория права, Т. II. стр. 753—754.

невозможно научному естествоведению ограничиться установлением влияний атмосферы на отдельные предметы и явления органического и неорганического мира вместо того, чтобы углубиться в изучение самих этих предметов и явлений. Это тем менее допустимо для марксизма, что это учение в практической области политики весьма охотно прибегает к метафизическим комплексам права, справедливости, правосознания и т. д. В этом смысле социализм, претендующий на звание единственного научного материалистического социализма, повинен не меньше, чем всякие виды и разновидности утопического и идеалистического социализма. Ограничимся в этом месте лишь парой примеров. Для начального периода приведем правовую максиму (верховное правило) социалистического переворота у Маркса, в его «Введении к критике философии права Гегеля»: «только во имя всеобщих прав общества отдельный класс может требовать себе господства над всеми»; для последнего времени: обширное привлечение в оффициальные юридические акты С. С. С. Р. старой «метафизической» терминологии «социалистического» и «революционного» правосознания, законности, «действительных свобод», «права на труд», начиная с декрета о судоустройстве 24 ноября 1917 г., продолжая обеими советскими конституциями, кодексом труда и т. д., и кончая международными актами и декларациями. Очевидно, что мотивация экономического интереса недостаточна для регулировки соответственного поведения граждан и в советском государстве, а надо еще прибегать к правовой мотивации поведения. Такая практика является косвенным признанием самодовлеющего значения правовой «надстройки» и ее специфической мотивации. Тем не менее из этой практики еще не сделаны никакие теоретические выводы.

Как бы то ни было, ясно, что исторический материализм не дал своего собственного научного обоснования и исследования права: ни отнесением права к производительным силам, ни тем более теорией надстроек не удается обойти причинного об'яснительного изучения сущности права.

4. Психологический позитивизм.

Научное исследование не может успокоиться на констатировании существования извне навязанных воздействий, об'ектов, влияющих на людей и их отношения без научного об'яснения того, что причинно лежит в основе такого воздействия. Все три рассмотренные нами школы и все их разновидности и сочетания рассматривают право, как нечто и з в н е данное, воздействующее на людей. Не только нормативизм и догматизм — два родных брата в области ипостазированияя (обожествления) норм, но и исторический материализм, не отрицает извне воздействующей роли права, его отношений и норм на людей, но только старается «вскрыть» последнюю — т. е. экономическую — первопричину такого воздействия. К. Реннер и другие марксисты с их «социальной функцией правовых институтов» и с их признанием об'ективного существования правовых отношений (строго будто бы отвечающих производственным) стоят на такой же наивно-реалистической точке зрения как неокантианские нормативисты или вульгарные догматики.

Есть неизмеримо крупное несоответствие между тем, что обычно понимается под юридическим исследованием и отысканием основного предмета теории права. Мы не будем повторять того, что мы выше говорили о профессиональных привычках называния и преобладании судебно-практических навыков при исследовании права. Скажем только, что как «нормологический», так и толковательный метод, примененный к области теории права, означает стремление к полному игнорированию вопросов причинности, к возвеличению математически-логических ходов мысли и стремление изобразить теорию права как некую алгебру, отдельные же национальные системы права — как арифметические выражения алгебраических значимостей теории.

Характерно, что приверженцы нормативного или догматического взгляда на право могут при этом признать, что реальность права лежит в совершенно другой области, — не в области нормативного долженствования, — где сами нормативисты ищут сущность правовых явлений. Приведем характерный пример. Георг Еллинек, стоящий

на точке зрения нормативизма, пишет: «мы должны рассматривать здесь право только как психологическое, т. е. внутренне-человеческое явление. С этой точки зрения право представляет часть человеческих представлений, оно существует только в нашей психике и ближайшее определение права сводится к определению того, какую часть содержания нашего сознания следует называть правом».[1]) Число таких нормативистов и дотматиков, признающих, что сущность права должна быть искома в области психологии, весьма велико, но они обычно ограничиваются признанием этого, не считая необходимым заняться самой работой теоретического вскрытия психологической сущности права.

Для нашего подхода все три рассмотренные нами школы в одинаковой степени далеки от решения вопроса о сущности права. Несмотря на крупную разницу мировоззерцания между идеалистическим неокантианством или юридическим догматизмом с одной стороны и историческим материализмом с другой, несмотря на философско-методологические различия между этими школами, в последнем счете все они в одинаковой мере чужды теоретического экспликативного познания права. Для них всех право есть что-то внеположное, воздействующее на человека извне, а человек или общество только об'ект такого воздействия. С этой чистой юридико-теоретической точки зрения познания сущности права императив Канта столь же внеположен и неадэкватен праву, как надстройка Маркса. Сходство это усугубляется еще тем, что ведь, в сущности, в подчеркивании Кантом гетерономности права лежит как бы признание того, что правовой императив содержит в себе элементы чужой навязанной воли (государственной необходимости, воли законодателя, группового интереса и т. д.), внеположной, извне привходящей мотивировки. То же относится — mutatis mutandis — и к надстройке. Право, как надстройка, как правовой институт или совокупность норм, воздействует извне на суб'екта, обнаруживает известные социальные функции, создает извне при-

[1]) Г. Еллинек, Общее учение о государстве, перевод, стр. 243.

входящую мотивировку. Покуда такое воздействие не об'яснено, поскольку «гетерономность» и «надстроенность» не раскрыты экспликативно (об'яснительно), научная ценность этих утверждений не многим выше, чем учение о божественном происхождении права, так же проповедывавшее внеположность права (как кодекса, нормы и т. д.) как и эти более новые учения и столь же оставлявшее без ответа теоретическое причинное раскрытие права. Остановиться на нормативном или даже функционально - надстроенном действии права и исходя из них строить теорию права значит наперед закрыть себе возможность раскрыть подлинную теоретическую сущность права, это значит симптомы и проявления превратить в методологию исследования. Исторические материалисты, опровергая кантианцев и нормативистов и заменяя их «императивы» и «долженствование» «надстройками» и «функциями», так же мало познавательно очищают поле для теоретического познания права, как мало иконоборцы, выступая против икон и догм своих противников (иконокластов) познавательно очистили поле для атеизма.

Естественно поэтому, что теоретики, исходящие из нормативного взгляда на право, не могли дать ничего особенно нового даже и в том случае, когда они останавливались на попытках учесть психологические факторы в праве и даже такие явления, как правосознание, правовое чувство и т. д. Для всех этих авторов психологическое изучение права или его отдельных проявлений носит побочный к теории права характер. Они в связи с теми или отдельными моментами и явлениями, имеющими прикладной психологический интерес, пытаются дать психологический аспект, отнюдь не колебля методологически нормативного здания юриспруденции.

Это особенно ясно обнаруживается у нормативистов, прибегших для лучшего теоретико - познавательного обоснования своих взглядов к учению о феноменологии Гуссерля. Эти авторы[1]) не отрицают того, что наука права должна ответить на вопрос о том, что такое право вообще.

[1]) Fr. Schreier. Grundbegriff und Grundformen d. Rechts. — Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Wien 1924, а также Алексеева „Очерки философіи права".

Но они наперед отвергают всякую возможность выведения права из природы человека, а также путем научной индукции. Поэтому они отвергают как психологию, так и аристотелевскую логику образования понятий через genus proximum и differentia specifica. Феноменологический вариант нормативизма отвергает две основы, на которых, как ниже увидим, покоится психологическое учение о праве: 1) психологию, как область нахождения права и 2) аристотелевскую логику. Не существует никаких высших родовых понятий и определений и они не нужны для научного создания систем. В частности, и для права должны быть найдены только высшие принципы, из которых могут быть логически выведены и более частные, им подчиненные принципы. Решающим является и для юридической области, как и для других, только т. наз. акт, в котором сознание и внешний мир неотделимы. Как предметы мира даны только через сознание, так и самосознание есть только сознание предметов. «Отдельное переживание сознания, сознание определенного отдельного предмета мы называем актом. Всякое переживание сознания, всякий акт, имеет следовательно свой предмет. Этот последний не содержится, однако, в самом сознании, но акт относится совершенно особым и более подробно неописываемым образом к своему предмету. Этот характерный признак актов, а следовательно сознания вообще, есть его интенциональность (направленность)»[1]). Из этого вытекает, что каждый предмет или группа предметов, интенциональная цель акта, имеет свой особый образ данности; предмет и акт взаимно покоятся друг на друге и, таким образом, особности предмета отвечает особность акта. Этот особый образ самовыявления предмета в свойственном ему акте феноменологи называют конституцией предмета.

Мы потому здесь привели юристов - феноменологов, чтобы показать, что эта вариация нормативизма дает наиболее легкую возможность уклонения от позитивизма и в частности психологического позитивизма. Отвергая аристотелевскую логику, эта школа в юриспруденции превращает definitio per idem (определение неизвестного че-

---

[1]) F. Schreier, op cit., стр. 7, 8.

рез неизвестное) как бы в логическую необходимость. Ибо если здесь не находит применения учение о функциональных понятиях[1]) и если тут отвергается пирамидальная система традиционной логики, на вершине которой расположены наиболее общие понятия (с наименьшим содержанием), а в основании более частные понятия с широким содержанием, то создается вместо этой последней безпорядочная группа взаимно - неподчиненных и далее неразложимых актов - предметов - конституций, из которых каждый акт будет определяться через свой предмет или наоборот и будет претендовать, на подобие химических элементов, на неразложимость. Какая научная ценность и эвристическая польза заключается в таком подходе к праву, ясно само по себе. Важно здесь подчеркнуть лишь то, что юридическая интенциональность юридического акта, осознающего юридический предмет, остается тем более безнадежным определением х через х, что, согласно предупреждения феноменологов, «мы должны прежде всего остерегаться психологизации акта. Об'ектом нашего исследования является не случайное проявление акта в эмпирическом мире, но чистая сущность акта. Мы не спрашиваем, как акт психологически возникает, причинное становление акта не входит в рамки нашего исследования. Мы вскрываем акт из него самого, оторванно от всех звеньев причинной цепи»[2]).

Нормативисты и примыкающие к ним теоретики далеко не в одинаковой мере последовательно отрываются от психологических основ права. Мы выше уже привели пример Еллинека, стоящего в общем на нормативной точке зрения, но считающего невозможным строить научное определение права на той психологической базе, по отношению к которой право, по его же признанию, представляет только одно из явлений. Мы видели также как особенно феноменологический вариант нормативизма пытается оправдать антипсихологизм и заранее отвергнуть научную разложимость понятий права, а этим и всякий

---

[1]) По учению о функциональных понятиях понятие с бо́льшим об'емом имеет не меньшее содержание, а только более неопределенное, чем видовые понятия.

[2]) F. Schreier, там же, стр. 14—15.

позитивизм науки права. Есть, однако, еще нормативисты, которые начинают, вопреки запретам, но не отдавая себе отчета во всех следствиях сделанных ими признаний, признавать, что категория долженствования сводима к другим явлениям, а именно к миру психики. Право и государство — пишет Лаун — неопровержимо покоятся на том факте, что большая часть людей действительно переживает долженствование, обязанность».[1]) Этот автор исходит из того, что долженствование суб'ективно переживается людьми и является результатом проявления особого правового чувства, т. н. совести.[2]) Если долженствование в этом толковании психологически переживается человеком, то оно перестает быть кантовской категорией. Качество долженствования приписывается уже не норме как таковой (см. выше, гл. «Нормативизм»), и, становясь свойством переживания права, оно попадает в каузальный причинный ряд, а между тем ведь по учению нормативистов мир долженствования и бытия (причинности) совершенно оторваны друг от друга.[3])

Нельзя отрицать того, что от времени до времени в юридической литературе появлялись разрозненные попытки остановиться на психологии права. Но обычно эти, в последнее время чаще повторяющиеся, попытки не идут дальше отдельных догадок и фрагментарных, незаконченных очерков по освещению вопросов, смежных

---

[1]) R. Laun, Recht und Sittlichkeit, H. 1927, стр. 10. До Лауна Н. С. Тимашев в статье „Право как коллективно-психологическая реальность" (Труды русск. ученых заграницей, 1923, Т. II.) писал: „ясно, что нормативные суждения можно анализировать с точки зрения их значимости и при том вполне отвлекаться от момента фактического переживания их индивидами или их коллективами; на этом приеме построена вся догматическая юриспруденция. Но это нисколько не мешает тому, что эти нормативные суждения кем-то и как-то переживаются; а раз это так, то эти переживания могут и должны быть предметом научного анализа".

[2]) Там же, стр. 12, 13.

[3]) Боясь, очевидно методологических последствий своих утверждений Лаун совершенно произвольно прерывает свой ход мыслей утверждением, что: „переживание долженствования далее научно не разложимо и не об'яснимо, оно просто дано в своем отдельном конкретном содержании как первичное переживание (Urerlebnis), там же, стр. 12.

практически - юридическим и судебным вопросам. Имеются даже термины: «правовое чувство», «правосознание», но употребляются они некритически, без попытки серьезного изучения правовой психологии. Если даже взять из новой литературы работу Гаффа,[1]) то и здесь правовое чувство рассматривается главным образом как вспомогательное средство к интеллектуальному мыслительному процессу. И хотя автор говорит о существовании особого правового чувства и даже особого правового инстинкта (Rechtstrieb) или стимула (побуда), мы нигде не находим у него точной обработки этих понятий ни с биологической, ни с психологической, ни даже с логически-классификационной точки зрения. В этой книге, трактующей «Психологию права» говорится: так как понятие правового чувства имеет весьма разнородный характер (а именно его понимают: а) как способность интуитивного понимания и правильного применения того, что есть действующее право; б) как чувство того, каково должно быть право и в) как чувство уважения перед существующим правопорядком — М. Л.),— то принять его следовало бы только в том случае, если бы психология дала нам путеводитель через этот лабиринт. А между тем психология показывает, что понятие чувства весьма спорно. Не выяснивши совершенно основ индивидуальной правовой психологии, автор во второй части говорит о массовой правовой психологии. Рюмелин[2]) в своей работе о правовом чувстве и правосознании ссылается на Петражицкого и его установление императивно - аттрибутивного характера права, но тем не менее не делает никаких попыток перейти от обычных догматических взглядов к психологическому позитивизму, хотя он и считает себя противником пресловутого изречения Иеринга: «не правовое чувство породило право, а право породило правовое чувство.» Рюмелин видит в правовом чувстве 1) побуд к порядку (Ordnungstrieb), направленный к тому, чтобы создать тармонию между различными раздражителями, проистекающими из других стимулов, как эгоистических, так и альтруистиче-

---

[1]) K. Haff, Rechtspsychologie, 1924.

[2]) M. Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein, Tüb. 1925.

ских (или коллективистических). Но в состав тех же правовых чувств входят еще: 2) некий общий знаменатель нравственных взглядов, сказывающийся в народном правосознании и 3) различные оценочные суждения.[1]) Такова смесь — mixtum compositum — которое преподносится нам под названием правового чувства. Нечто подобное представляет собою правовое чувство и у Радбруха.[2])

Большинство теоретиков - юристов, словесно признающих существование психики права, не только не могут установить точно, что они подразумевают под этим, под «правовым чувством», «правосознанием» и т. д. но, очевидно, стремятся придать этим элементам некий придаточный к существующему праву или правопорядку характер. Углубление в психологию считается для этого наперед ненужным. Такое или подобное признание правовой психики нисколько не выводит теорию права и, в частности, задачу познания сущности права и его развития из того совершенно безнадежного тупика предпосылок и миросозерцаний, в котором поныне живет и работает наука права.

Вопрос о психологическом позитивизме есть вопрос о позитивации науки права по крайней мере в тех пределах, чтобы эта наука перестала быть в своей теоретической части конгломератом некоторых предпосылок, лежащих логически вне и впереди всякого опыта и причинного исследования и определяющихся в последнем счете сменой религий, идеологий, философских и социально - политических школ и т. д. Не отрицая влияния смены исторических условий на содержание предписаний права, (ср. выше введение), мы должны в теории раскрыть, наконец, те психологические элементы, на которых покоится, по свидетельству ряда новейших философов права, единственная позитивно - причинная теория права. Раскрытие этих психологических элементов избавит нас от словесного, фразеологического признания правовой психики,[3]) со-

---

[1]) Rümelin, там же, стр. 30, 64 и др.

[2]) Radbruch, Über das Rechtsgefühl („Die Tat", 1914/15).

[3]) Мы не отрицаем неопределенности понятия психики и невозможности свести ее к точным измерениям математического

единенного с полным застоем в теории права и бесконечном варьировании исторически меняющихся априорных предпосылок, начиная с теологии и кончая феноменологией.

Психологическое обоснование права бессознательно потому еще не приемлется современной доктриной теории права, что оно, в виду все прогрессирующего ухода общей психологии от гуманитарных наук к экспериментально-естественным, как бы подрывает тысячелетнюю гуманитарную установку юриспруденции. Было бы, однако, большой ошибкой думать, что вся наука права ставится перед методологической actio finium regundorum, перед полным классификационным переворотом. Наука права, конечно, никогда не может уйти в область наук о природе. При надлежащем правильном различении ее отдельных отраслей и правильной классификации окажется, что теория права, как основная дисциплина, последовала в своих методах за отдельными дисциплинами, имеющими иные цели и не сумела выработать себе метод, единственно научно-законный для нее, метод причинного исследования. Догматизм и нормативизм, поглощенные с о б л ю д е н и е м норм и приказов, не могут предоставить места н а б л ю д е н и ю права, как таковому, безотносительно к его регулирующей функции. Нет никакой опасности, чтобы наука права была обезценена только потому, что она не может стать опытно - позитивной вроде естественных наук. В социальном опыте нормативные и оценочные суждения должны играть большую роль и определять судьбы конкретных правовых систем. Но оценочные и нормативные суждения, спустившиеся даже в кодексы и правовые системы, не могут, несмотря на свой нормативный характер долженствования, устранить реальность того основа права, без которого не мыслимо и их долженствование. Сколько бы эти суждения ни наслаивались, их количество не переходит в качество и не лишает права,

---

или физико-химического свойства (ср. по этому поводу П. А. С о р о к и н, Система социологии Т. I, стр. 52 и сл., Петротрад 1920), но н ы н е ш н е е переходное состояние науки психологии все же не исключает будущего уточнения, с которым связано уточнение и совершенствование всех общественных наук, в том числе и науки права.

как психологического явления, его бытия (подобно тому как наслаивание меняющихся окрасок не может изменить самого стиля здания).

Более того, только позитивация науки права ставит отдельные дисциплины в их правильную перспективу, устраняет методологические потравы, совершаемые одним частным видом науки права на полях главной об'емлющей науки и устраняет чудище т. наз. догматического или юридического позитивизма, о котором очень модно говорить, но который имеет не больший логический смысл, чем изваянная мелодия или пропетая скульптура. Нынешний правовой позитивизм с его гордым отрицанием естественного права полагает, что он возвел юриспруденцию на степень положительной науки только потому, что он ничего кроме положительного права не признает. Но в сущности этот правовой позитивизм опирается на методологической путанице и классификационной неясности рубежей. Ограничение догматики позитивным (положительным) правом еще ничего не говорит о позитивности науки права (подобно тому как пользование электрическим освещением в церкви еще не означает признание молящимися электрического происхождения света молнии), для своих практических целей догматика исходит из положительного права и отвергает всякое иное, не снабженное санкцией оффициального признания, но в области теории права она, принужденная перенести способ ее восприятия долженствования и подчинения норме, слепо отрицает что-либо кроме долженствования, как основы права.

Отвлеченного позитивизма в науке права как такового, т. е. во всех ее отраслях, быть не может именно потому, что эта наука, как мы ниже увидим, методологически неоднородна, но для теории права он неизбежен и при том именно в виде психологического позитивизма. Теория права, долженствующая установить пределы правового пространства и сущность права, не может исходить из квалификаций, носящих по существу философский, но не теоретически - правовой характер. На самом деле нормативизм должен доказать, на чем покоится его утверждение, что право нормативно, что оно может исходить только из долженствующего, что за пределами долженствования начинается безправовое пространство (— „der

rechtsleere Raum"), что право не может быть определено в терминах бытия и изучено причинно. Если долженствование права лежит вне психики, тогда можно отвергнуть психическое бытие права, но тогда следует указать, какова природа значимости долженствования, и в частности правового долженствования, если мы не хотим растворить право в этике. Надо тогда в сфере идей открыть, чем отличаются идеи долженствования от других, где кончается долженствование и начинается бытие. Ибо к первой области мы должны подойти нормативно, а ко второй — экспликативно. Метод, каким мы найдем эту границу, очевидно, должен быть экспликативным, об'яснительным и причинным. Отвергнув психологию, мы должны будем найти другую науку бытия, которая даст нам эту границу. До сих пор господствующая германская школа не нашла такой границы.

Если же долженствование переживается в психике человека, как это признает Лаун, то надо углубиться в психологию, чтобы открыть, каково то переживание, которое мы называем переживанием правового долженствования, т. е. надо признать, что право раскрываемо в терминах причинности, что оно далее сводимо к психологической основе, а не представляет собою неразложимую категорию долженствования. Долженствование из методологически - неопределимого существа превращается в одну из характерных форм переживаний права. Второе понимание долженствования вполне примиримо с реальностью права в плоскости бытия.

К этому выводу начинают приходить исследователи, чуждые точно обоснованной психологической теории права, но убедившиеся в тщете попыток построить теорию права нормативно и ориентировать ее на мир идей. «Существу права — говорит Баумгартен — свойственны психологические процессы, воления и стремления».[1]) «Я не могу мыслить права — продолжает автор, — критиковать или обосновывать его без того, чтобы безпрерывно не представлять себе психических действий, вызываемых правовыми положениями (Rechtssätze). По этому

[1]) A. Baumgarten, Rechtsphilosophie, 1929, стр. 20, 21.

основные понятия права должны включить в себя правовые элементы.»

Психологический позитивизм устраняет оценочные и нормативные суждения при определении сущности права и в этом его позитивизм. Для этого позитивизма не существует ограничения эпохой или оценкой, с отвержением несправедливых, или естественных или отдельных других видов, как нет ограничения только положительным правом. И древнее и несправедливое право есть право. Оценки не существует при позитивном исследовании явлений, а такое устранение затуманивающих оценок возможно только при углублении не в «направленность» правовых явлений и в создающиеся на этой направленности нормы, а лишь при вникании в то, что остается единственной данностью, общим знаменателем всяких проявлений права, — психика человека.

§ 2. Классификация юридических наук и их методов.

Если в науке права весьма бедно содержание неоспоримых тезисов и научных выводов, то еще более поразительна несогласованность по вопросу о методах исследования. Рядом с этим, однако, весьма сильно стремление отстаивать методологический м о н и з м. Ныне господствующий нормативизм есть не больше, как попытка возвести догматический метод, свойственный практической юриспруденции, в единственный метод всей науки права. Тут речь идет уже не только о профессиональных привычках обозначения отдельных понятий и слов («право», «юридическое отношение», «лицо» и т. д.), привычках, мешающих расчистить путь для теоретического познания права, но о превращении метода, допустимого в пределах одного подвида науки права, в метод всей науки права. В этом отношении особенно гибельным для теории права должно быть из'ятие науки права из круга экспликативных наук, исследующих бывание и причинную связь явлений и приписывание ей нормативного характера. В сущности это означает совершенно отвергнуть всякую теорию права и заменить ее философией права, об'ясняющей не-

обходимость отказа науки права от причинного исследования. В области позитивного теоретического познания и создания суммы положительных знаний о праве нормативизм так сказать apriori ничего не может дать, а потому он должен был бы, будучи последовательным, отказаться от признания существования особой отрасли теории права. Что касается исторического материализма и его понимания права, то эта школа, будучи последовательной, должна была бы отвергнуть научность всякой догматики права, ибо для нее догматика совершенно вне экспликативного поля зрения. Таков хромающий характер методологического монизма обоих школ, мнимый монизм их ведет к исключению ряда наук права из поля зрения ученого. Если бы психологический позитивизм, обоснованный Петражицким, оказался методологически столь же односторонним, то и его следовало бы отбросить, как подход, неспособный об'ять всего действительного об'ема правового исследования. Если бы психологический позитивизм дал бы только новую—психологическую—конструкцию учения о существе права без возможности уделить внимание практическим дисциплинам применения и улучшения права, то и он страдал бы тем же хромающим монизмом, что и первые две школы. Не представляют собою решения вопроса четыре определения понятия права с четырех различных ориентировок: социальной, государственно-организационной, психологической и нормативно-идеологической. Этот методологический плюрализм Кистяковского прежде всего потому не пригоден, что совершенно не видно, почему бы не могли быть найдены еще несколько ориентировок или точек зрения, исходя из которых право получает особое освещение, об'ем и значение, а во-вторых задача теории права в выяснении единого понятия права, которое (понятие) не исключило бы возможность всестороннего рассмотрения права. Различные точки зрения на право должны быть совмещаемы в едином понятии, долженствующем не столько классификационно конструктивно внести единство для удовлетворения требований логики и научой эстетики, сколько охватить сущность явления права, как регулятора человеческого поведения. Сравнение права с водой, т. е. возможность придания праву многих научных значений (и опреде-

лений), подобно тому, как многозначно определяется вода в зависимости от того, рассматривается ли она как физический, гигиенический, географический или иной фактор, потому не выдерживает критики, что вода, воздух и т. п. об'екты бесспорны в своей данности, между тем как право такой бесспорной данностью в физическом мире не обладает. Надлежащая классификация науки права и должна установить весь об'ем науки права и возможные подходы к ее об'екту.

Юристы-теоретики, даже и не предлагавшие точную классификацию науки права, всегда различали учение о сущности права от догматической юриспруденции. При этом часто они первое совершенно выключают из науки права — юриспруденции — в более тесном смысле слова. Это различие постольку верно, поскольку в нем отражается основное различие между теоретическими и практическими науками вообще. На этом же подразделении покоится основное различение классификации наук права, данной проф. Петражицким. Вместо плюралистического параллельного существования наук права Петражицкий предлагает иное деление. И он признает различие точек зрения для отдельных наук, но это различие точек зрения исходит из методологически-систематического подхода и не окрашено в цвет той или иной дисциплины, круга дисциплин или идеологии как у Кистяковского (и отчасти у Радбруха).

В теоретических науках тезисы являются констатированием бытия, в практических — тезисы указывают желательное или должное поведение. Нет никакой нужды для наук права отказаться от подобного же деления и отнести, подобно нормативистам и догматикам, право исключительно ко второй категории. Согласно этому существуют теоретические и практические юридические науки.

«Теоретические тезисы и науки — пишет Петражицкий[1]) — следует далее делить по природе теоретических подлежащих этих тезисов на классовые (теоретическое подлежащее-классовое понятие) или теории в тесном смысле слова и индивидуальные (теоретическое подлежа-

[1]) Теория права, стр. 648.

щее: индивидуальный предмет или индивидуальный комплекс предметов или явлений) — индивидуальные тезисы и науки. Последние по характеру содержания теоретических сказуемых распадаются на описательные (напр. география, землеописательные тезисы) и повествовательные, исторические (напр. история земли, России и т. д.).

Практические тезисы и науки распадаются на нормативные или принципиальные (принципиальные тезисы, нормативные, напр., нравственные, правовые, эстетические) и телеологические, целевые (телеологические тезисы, указывающие рациональные средства для достижения таких или иных целей, напр., сохранения здоровья — гигиена, восстановления здоровья — медицина, известных воспитательных целей — педагогика, общественных, государственных и т. п. — политика). Сообразно с этим получается пять классов наук вообще: 1) теоретические в тесном смысле, теории, 2) описательные, 3) исторические, 4) телеологические, целевые, 5) нормативные и пять классов наук о праве в частности: 1) теоретические в тесном смысле слова, теории, с теорией права во главе, 2) описательные, описательное правоведение, 3) исторические, история права, 4) политические с общею политикою права во главе, 5) нормативные, куда относятся догматические науки, юриспруденция в тесном смысле».

Мы видим, что в этой классификационной схеме деление выдержано так, что оно подходит как для подразделения наук вообще, так и юридических наук в частности. В новейшей классификации Гессена,[1]) опирающегося на

[1]) см. С. И. Гессен, Основы педагогики, Гл. IX (Состав научного образования) „Линейная иерархия наук натуралистического монизма должна быть заменена более гибкой и соответствующей многообразию научных устремлений плюралистической классификацией наук. Единое, из общего корня знания вырастающее древо научного метода разветвляется на пять основных ветвей: естественно-научную, математическую, историческую, филологическую и философскую. Ветви эти растут в трех основных направлениях: математического познания экземплярной действительности, филологического познания индивидуальной действительности и диалектического познания смысла значимых ценностей“ (стр. 253). Такова вкратце эта именованная классификация, исходящая в последнем счете из того, что ряду наук отвечает им одним свойственный метод, это с другой стороны означает, что

Риккерта, нет систематической классификации, и наука права остается как бы вне общей схемы. Другие классификационные попытки проводятся только для юридических наук без возможности провести аналогичную схему в сфере общей классификации наук.

Что же касается философии права, которая часто остается без систематического отмежевания от теории права, то и здесь Петражицкий пытается внести согласованные схемы для наук вообще и правоведения в частности. «Философия — пишет он — есть сложная дисциплина, высшая теория (теория сущего вообще) + высшая телеология (телеологическая дисциплина о высшей цели, о смысле существования и соответственных высших началах поведения). Философия права есть сложная дисциплина = высшая теория + высшая телеология, высшая политика права.» [1])

Только в этой классификации мы находим чистое различение между теоретическими и практическими дисциплинами, между методами необходимыми, при причинном исследовании теории и методами, необходимыми при иссле-

---

другие науки лишены своего особого метода и должны довольствоваться комбинациями „методов", взятых от других чужих наук. На самом деле по признанию самого Гессена в его классификацию „не укладывается довольно обширная группа гуманитарного знания", в том числе правоведение и политическая экономия. (стр. 255) „В исследовании права — пишет Гессен — принимают участие все три известные нам методы: наряду с философией (I) и историей права (II) вполне возможны также его психология и социология (III), изучающие право в совокупности психической и общественной жизни человека и пользующиеся при этом естественно-научным методом." Несмотря на такое комбинирование трех „методов" все-таки и в такую классификацию вовсе не укладывается вся обширная область догматической юриспруденции. Мы видим, что теоретическое знание совершенно расщепляется, а догматическая юриспруденция совершенно выбрасывается за борт. Надо было бы думать, что такое классификационное усечение имеет хоть одно преимущество превращения науки права в теоретическую науку. Но и это не достигнуто. Удаление догматики не мешает автору отнести всю науку права „к сектору прикладных наук" (стр. 256). Само собою разумеется, что такая классификация совершенно непригодна для создания науки права и даже для стройного научно-правового образования.

[1]) Теория права, стр. 684.

довании практических наук. Этим стародавний спор, особенно обостренный неокантианцами, спор о бытии и долженствовании, об экспликативно-об'яснительном и нормативном методах, находит свое решение без научно-необоснованных чисто идеологических стремлений придать науке права односторонне-окрашенный экспликативный характер, что делает так наз. социологическая школа в науке права, или же — односторонне-нормативный характер, как делает нормативистическая, в частности неокантианская школа. При классификации Петражицкого нет необходимости создавать эклектически смешанную, систематически необоснованную методологическую группу дисциплин, разных по ориэнтации, по точке зрения. Защищаемая нами классификация едина и вместе с тем строго соответствует разным систематически-методологическим подходам к изучению об'ектов науки и порождаемых ими тезисов.

Вместе с тем по этой классификационной схеме проводится строгая разграничительная линия между теорией и философией права. А это разграничение особенно важно провести в курсе теории права. Остановимся поэтому на этом последнем разграничении.

Никто не может отрицать пользы ориентировки теоретиков права в основных проблемах философии, теории познания, логики и т. д. Во многих отношениях такая ориентировка даже необходима. Но, к сожалению, в современной европейской науке контакт этот был слишком тесен, он подавлял целиком теорию права.

Так в результате долгого контакта между философией общей и т. наз. философией права, которая особенно сильно проявляется на родине современной философии в Германии, получилось в сущности такое положение, что философия права является только филиалом общей философии и при том так, что изменчивость и разнообразие тех или иных школ в общей философии находит свое стереотипное отражение в философии права. Так мы получили смену школ: Канта, Гегеля, Фихте, неокантианства, неогегелианства, риккертианства, в последнее время гуссерлианства и т. д. Сама же философия права от этой вечной перекраски и смены школ ничего не выигрывает и, что важнее всего, теория права, как учение о праве не

подвигается ни на шаг вперед: юристы, образованные философски, посвящают все свои силы «стилизации» своих трудов в духе модного или любимого философского учения и остаются в указанных рамках так понятой философии права, догматики же права не интересуются вопросами философии, ибо считают их для своих практических дисциплин не важными, а себя лично неспособными или несклонными войти во все те доктриальные тонкости университетской философии, которые будто бы обязательны для каждого философа права. Таким образом, теория права и ее адепты повисают в воздухе между философами права, эпигонами и юридическими переводчиками настоящих философов и между пошло-практическими поклонниками догматической юриспруденции. Такова трагическая судьба теории права.

Будущая доктрина теории права должна стать беспредпосылочной, она должна исследовать свой предмет не для иллюстрации правильности взглядов той или иной философской школы. Она, наконец, должна стать имманентной в подлинном смысле, а не в духе того или иного течения. Только такая теория права имеет будущность серьезной науки, всякая иная будет на поводу у той или иной школы и никакой систематической пользы науке права и ее прогрессу не принесет.

§ 3. Сфера нахождения права.

Нет никакого сомнения, что право относится к области человеческого поведения. Право предписывает поступать так-то, делать то-то и не делать того-то. В силу правовых велений, законов, человеку либо предписывается совершить определенные поступки — вносить налог в пользу государства, отбывать воинскую повинность, платить по долгам и т. д., либо запрещается совершить другие поступки — запрещается убивать, подделывать монету и т. д. Право, как говорят, регулирует (упорядочивает) человеческое поведение.

Но может ли право касаться всего об'ема человеческого поведения? Очевидно нет. На самом деле. Поведение человека состоит из целого ряда действий, по-

ступков, воздержаний от чего-либо или совершения чего-либо, пассивное терпение над собою или ближними тех или иных действий и распоряжений со стороны других лиц. Во всех этих приведенных случаях действие, воздержание и терпение могут быть отнесены за счет установленных в данном обществе правил (норм). В каждом обществе об'ем действий, воздержаний и терпений будет различен, он будет меняться с развитием самого общественного строя. То, что при одном строе разрешено (напр. убийство человека человеком, запрет прикосновения к мертвым), при другом запрещается и наоборот. Целый ряд действий, прежде имевших большое значение в обществе, впоследствии вовсе перестает регулироваться правом, так, напр., правила о том, какую одежду носить, какою пищею в каких случаях питаться, как устроить домашний быт («домострой») ныне совершенно больше не регулируется и наоборот, другой ряд действий, прежде совершенно не регулировавшихся, — вопрос об условиях найма услуг другого человека, правила о праве охотиться в известных местах и известное время или даже прежде вовсе не могшие регулироваться (напр. правила не-перелета без разрешения соседнего государства за ту воздушную черту, которая приходится над границей государства и др. правила т. наз. воздушного права) ныне регулируется весьма подробным образом. Поведение, очерченное в выше указанных примерах, меняется в зависимости от тех потребностей и взглядов, которые наблюдаются в данном обществе. Это поведение является следствием долгого хода приспособления человека к новым условиям своего быта. Вполне понятно, поэтому, что изменчивость эта должна быть довольно велика и определяется ростом и усложнением самих условий жизни, и при том тех условий, которые находятся в зависимости от самого человека, т. е. условий его общественной жизни. Ибо то поведение, которое должно быть приспособлено к условиям общественной жизни, создается самим человечеством.

Поведение, составляющееся из отдельных поступков, инициатором которых является сам индивид, мы можем назвать активным поведением. Но помимо

этого человеческое поведение состоит еще из необозримого ряда поступков, неделаний, и терпений, которые не являются результатом приспособления к общественным условиям жизни, а к естественным, природным.

Человек, как известно, совершает целый ряд поступков, коренящихся в его животной природе. И поэтому поведение человека в значительной степени определяется теми условиями, в которых он находился в качестве высшего, но сравнительно не очень сильного и вооруженного животного. В качестве такого животного он усвоил целый ряд инстинктивных, рефлективных и т. д. действий, в которых не участвует его воля или сознание.

Инстинктивные действия животного (в данном случае человека) суть те действия его, которые вполне целесообразны для сохранения данного вида животных, но при которых животное не сознает конечной цели их. Инстинктивные действия являются, следовательно, целесообразными, но бессознательными действиями. Так, напр., определенное издавание звуков при болевых, радостных и др. возбуждениях нервной системы совершенно независимо от воли и сознания человека и являются действиями инстинктивными. Сюда же относятся действия сокращения век (мигание) при внезапном поднятии руки соседа, хотя бы этот сосед был другом, который явно не имел в виду ударить. Целесообразность этого закрытия глаз очевидно, но действие это бессознательно и в данном отдельном случае лишено разумного основания.

Эти инстинктивные действия вырабатываются в длительном процессе борьбы за существование таким образом, что животные, не совершающие данных действий, погибают в борьбе за существование в большем числе, нежели те особи их вида, которые эти действия совершают: белка, которая не заготовила бы корма на зиму, обречена на гибель, заготовка корма производится белкою инстинктивно, но производится ею и в неволе, в клетке у приютившего ее человека, где разумный смысл подобного действия отсутствует. Инстинкт передается по наследству от одного поколения другому и тем становится еще прочнее, еще приспособленнее к условиям жизни данного вида животных. Мало-по малу он становится орудием, как

бы автоматически защищающим животное в тех или иных случаях, в особенности тех, которые относятся к двум основным условиям существования данного вида к питанию и размножению. Инстинкт, как естественно унаследованное орудие, избавляет отдельную особь от необходимости особняком для себя выходить из трудных или опасных положений: предыдущий коллективный опыт предков избавляет каждую отдельную особь от необходимости личным опытом пройти школу борьбы за существование. Вполне понятно поэтому, что животное, проникнутое тем или иным инстинктом, можно рассматривать как пассивный об'ект охватившего его позыва — инстинкта. Оно путем напряжения собственной воли и сознания приходит к необходимости производства тех движений, которые в данном случае являются наиболее целесообразными (напр. бегство от врага, огня и пр. или, наоборот, настораживание и подготовление к бою: выгибание спины, готовность к прыжку и т. д.), животное само становится орудием инстинкта, становится пассивным слугой царящих в нем инстинктов.

Пассивность означает здесь не то, что животное остается пассивным в смысле неподвижности или бездеятельности, а то, что оно само при этом остается «одержимым» чем-то привходящим к нему без участия воли и сознания. В этом случае как, напр., стремительно ни бежало животное или как бы осторожно и зорко оно ни выслеживало добычу, оно, несмотря на эту свою внешнюю действенность, остается послушным орудием, подчиняющимся велениям инстинкта, остается пассивным.

Поведение человека, которое составляется из отдельных поступков, вызываемых в нем инстинктами, помимо воли и сознания, мы можем назвать пассивным поведением.

Мы получаем две области поведения человека, первая область — область пассивного поведения, вырабатывающаяся еще в чисто-животных, естественных условиях жизни человека и вторая, — область активного поведения, проявляющегося уже на более высоких ступенях развития человека.

Мы вовсе не хотим, однако, утверждать, что животные являются исключительно инстинктивно и рефлекторно действующими машинами. Это вопрос, который может быть разрешен только био-психологией. Ряд ученых: Форель, Циглер, Вейсман и др. утверждают, что помимо инстинктов и рефлексов некоторые животные обладают еще способностью создавать новые связи представлений и тем изменять действие и применение прирожденных инстинктов. Инстинкты и рефлексы Форель об'единяет под термином первичных автоматизмов, вторую разумоподобную деятельность, основанную на способности мозга животных воспринимать и удерживать впечатления, Форель называет «вторичным автоматизмом».[1])

Для нас существенен основной характер поведения животных, которое, в общем и целом, может быть нами по справедливости отнесено к категории охарактеризованного мною выше пассивного поведения, между тем как поведение человека проникнуто на общественой стадии признаками активного поведеия.

Следует, однако, поставить себе вопрос, совпадает ли во времени пора проявления пассивного поведения с «естественным состоянием» человека, а активное поведение — с эпохой «общественного состояния?» Для того, чтобы ответить на этот вопрос, надо по мере возможности установить, в чем в общих чертах заключается отличие этих двух состояний и чем обусловливается переход от одного состояния к другому.

Естественное, вернее, животное состояние вовсе не определяется тем, как его представляли себе теоретики естественного права, вроде Гроция, Гоббса, Локка и др., т. е. в виде того, что человек в эту эпоху был предоставлен самому себе, не был ничем связан с другими людьми

---

[1]) См. Проф. Э. Циглер, Инстинкт. Русск. пер. Пгр. 1914, стр. 59 и сл. Все же мы не можем согласиться с мнением Спенсера и в особенности Сутерланда „Происхождение и развитие нравственного инстинкта" будто нравственность свойственна животным, в том числе даже птицам и что они руководствуются ее велениями. „Только благодаря человеческой гордости — наивно полагает Сутерланд — устанавливается произвольное различие в качестве там, где в действительности существует только различие в степени". Русск. пер. СПБ. 1900, стр. 490.

и т. д. Это состояние, конечно, не может быть охарактеризовано как безобщественное. Гораздо важнее того, что в этот период самое общественное бытие носит чисто животный характер, являясь целиком результатом окружающих естественных условий. Общественное, вернее послеестественное состояние возникает только после того, как взаимодействия людей перестают определяться чисто природными данными и начинают подвергаться изменению в силу условий, создаваемых самим человеком, условий д о б а в о ч н ы х к тем, которые даны природой. Естественное или животное состояние определяется тем, что человек лишен в этот период своего существования возможности создать добавочные условия или новые факторы своего развития, которые не были бы заложены в самой природе.

Любое общественное животное — муравей, пчела и т. п. — живя в обществе, предопределены и связаны естественными задатками, в них заложенными. Даже их пребывание в коллективе, — в обществе, — муравейнике или стаде, — не создает ничего с в е р х того добавочно к тому, что непосредственно дано им природой. Более того, только существуя совокупно, эти животные могут себя отстоять в борьбе с врагами, могут сохранить свои природные качества. В одиночку, без общества, эти животные погибли бы. В этом смысле между животным, зоологическим обществом или лесом, как ботаническим обществом, никакого различия нет. И тут и там каждая отдельная особь, будет ли то дерево или животное, влияет друг на друга, защищает друг друга, но и борется друг с другом. Человек же как животное, отличается тем, что он впервые создает себе орудия, а затем и условия, добавочные к тем, которые даны ему непосредственно природой. Это первое орудие есть орудие, изобретенное или найденное человеком и примененное в борьбе за существование. Первый отломанный сук в руках первобытного человека, защищающегося этим суком от врагов, достающего при его помощи плоды и т. д., есть такое д о б а в о ч н о е о р у д и е, которое раскрывает человеку возможности, совершенно не заложенные в нем природой. Эти орудия, усложняясь все более и более, от отломанного сука до современного аэроплана, как орудия воздухопла-

вания, сопровождают человечество на пути бесконечного удаления человека от ограниченных возможностей: — в виде сравнительно слабых рук, ног, ногтей и т. д. — до современных технических завоеваний. Но изобретение первого орудия человека знаменует собой переход от естественного состояния к общественному.

Об'яснив, чем обусловливается переход от естественного состояния к общественному, мы можем перейти к ответу на вопрос, характеризуется ли вновь наступившее общественное (вне-естественное) состояние только активным поведением. Дело в том, что с изобретением первого орудия впервые появляется почва для необходимости борьбы человека с заложенными в нем старыми духовными орудиями-инстинктами. Если, как мы выше видели, инстинкты суть те духовные орудия, которые приспособлены к сохранению данного вида животных в природе, то эти духовные орудия строго приспособлены к тем материальным орудиям, которые принадлежат данному животному от природы: к данной скорости его бега, к силе мускулов, когтей и т. д. Но с того момента, как эти орудия меняются, инстинкты должны оказываться неприспособленными к новым условиям. Это видно не только у животных, попадающих в неволю, но видно и у первобытного человека, изобретателя орудия. Если человек, по условиям естественно присущей ему силы, должен бежать от врага, которого он не может победить собственной силой, то и «изобретением» дубины, а тем более метательного орудия инстинкт бегства должен быть побежден, ибо возможность на смерть ударить врага, удавить петлей и т. д. дает человеку гораздо больше пользы, нежели удачное бегство от врага. Тут бегство превращается из полезного и необходимого действия в безполезное, инстинкт должен быть преодолен сознательным стремлением остановиться и направить орудие (оружие) против врага. Прежде в условиях естественного состояния необходимое бессознательное шаблонное действие должно уступить свое место сознательному действию, приспосабливающемуся к условиям момента. Сознательное действие направляется сперва против проявления инстинкта, а затем уже к совершению того, что непосредственно предстоит сделать.

Само собою разумеется, что такая замена инстинктов сознательными волевыми поступками совершается не сразу по всей линии человеческого поведения. И до сих пор еще общественный человек в сравнительно большом количестве поступков продолжает пребывать в пассивном поведении.

В приспособлении человека к новым условиям быта, человек, как мы видели, должен побеждать целый ряд заложенных в нем инстинктивных действий, заменяя их сознательными, сообразующимися с данной особой обстановкой. Эти сознательные действия, по мере удаления от условий естественного состояния, должны количественно возрастать в числе и мало-по малу обособиться также и качественно. Ибо эти действия, хотя и естественные, могут оказаться вредными для отдельного человека (в общественном состоянии) или для общества и поэтому если они, по своей естественности, должны оцениваться одобрительно, то, благодаря особым условиям, в которые попадает человек на первейших ступенях цивилизации, эти действия и поступки начинают оцениваться отрицательно, почитаются предосудительными. Действие раньше, в естественном состоянии, не вызывающее никакой дурной оценки, и даже, не заметное для окружающих, становится предосудительными, начинает оцениваться отрицательно. Так, напр., человек, убегающий от зверя и только подчиняющийся инстинкту самосохранения начинает почитаться трусом, следовательно поступки его становятся отрицательными, наоборот, действия человека, противоставшего этому инстинкту и напавшего на преследующего его зверя, почитаются отважными, положительными, между тем как в естественном состоянии те же действия вредны.

Целый ряд действий начинает почитаться действиями, подлежащими выполнению вопреки их естественности, вопреки тому, что человек не склонен их совершить или даже склонен их всячески избегать. Так рядом с поступками инстинктивными вырастают поступки, относящиеся не к бытию, а к долженствованию.

Поступки долженствования не всегда являются проступками сознательными, но они никогда не равносильны инстинктивным действиям и если они даже освящают и допускают некоторые инстинкты, то отличаются от этих

последних своею мотивациею, тем, что является двигателем этих поступков.

Поступки долженствования бывают либо чисто техническими, либо этическими. Техническое долженствование не относится к вопросам, интересующим нас в нашем курсе, оно по существу касается тех поступков, которые человек должен исполнять для успешного достижения какой-либо специально-поставленной цели (сюда относятся правила гигиены и санитарии, правила приготовления жилищ, одежды, пищи и т. д.). Правда, чаще всего на первых ступенях развития человеческой культуры и эти технические правила долженствования ради большего послушания заключаются в этическое долженствование. Но мы, в настоящее время, должны уметь отличать техническое от этического долженствования. Последнее ставит себе целью установить определенные отношения людей между собою, отдельных людей к обществу и общества к отдельным людям путем установления — обязанностей и притязаний.

Область технического долженствования, охватывающего собою область взаимодействия людей между собою, распределение труда и благ, будет становиться тем обширнее, чем меньше инстинкты могут установить надлежащее отношение между людьми. Вполне понятно, что чем дальше человек уходит от естественного состояния, чем сложнее становятся условия его жизни, тем этическое долженствование или, кратко говоря, этика должна занимать все большее место в его жизни. Само собою разумеется, при этом, что первобытная этика не может носить индивидуального характера, у различных индивидов переживания этического характера имеют приблизительно одинаковую напряженность, а самые нормы, предписывающие определенное поведение, вызывают одинаковое подчинение.

Общество должно начать борьбу прежде всего с теми инстинктами и наклонностями естественного состояния, которые оказываются наиболее недопустимыми в совместной жизни людей.

Чем человек ближе к первобытным условиям, тем боль-

ше мы будем иметь технических предписаний и запретов, препятствующих нежелательным поступкам, и чем дальше от этих условий, тем больше будет вырабатываться этических предписаний, обращающих внимание на целый ряд поступков и превращающих в виде общих указаний то или иное поведение в желательное или нежелательное, одобряемое или осуждаемое.

Развитие человека, его огромный этический прогресс (вернее удаление от естественных условий) заключается в том, что эти оценки совершенно не отвечают оценкам (плюсам и минусам) инстинктивным: наслаждению и страданию. Этически высоко начинает оцениваться тот, кто поступает вопреки инстинкту: тот, кто, не слушаясь инстинкта, побеждает боязнь — («трусость») и поступает смело (не поддаваясь инстинкту), кто на место инстинктивного плюса берет этический плюс, кто на место страдания ставит этическое удовлетворение, для кого такое страдание становится удовлетворением.

Однако замена инстинктов, как регуляторов человеческого поведения, этическими действиями есть процесс в свою очередь весьма длительный и нуждающийся в целом ряде переходных ступеней.

В самом деле. Инстинкт с наименьшей затратой энергии превращает весь организм животного в послушное орудие той цели, которой служит данный инстинкт: никакой личный опыт и умственное напряжение не могли бы дать в результате лучшее действие или воздержание животного, нежели чисто инстинктивное действие, в котором отсутствует как сознание и воля, так и долгий индивидуальный опыт. Сюда относятся такие действия, как собирание корма на зиму, строительство жилищ (нор, гнезд и т. д.). Человек в своем естественном состоянии руководит целою массою подобных инстинктов, избавляющих его от необходимости прибегать к ряду сознательных действий и волевых напряжений, «сокращающих ему опыт быстротекущей жизни». Но переходя к общественному состоянию он, как мы выше показали, принужден отказаться от ряда действий, предписанных инстинктом, и должен заменить их какими-то другими добавочными (к природе) регуляторами поведения, — таким регулятором и служат этические п е р е ж и в а н и я.

Как показал проф. Петражицкий, этические переживания носят характер особых эмоций, т. е. таких душевных переживаний, которые целиком захватывают человека, превращая его в пассивное свое орудие подобно тому, как вышеприведенные т. наз. инстинкты превращают в свое слепое орудие то или другое «одержимое» этим инстинктом животное.

Эмоции подразделяются, согласно теории Петражицкого, на два разряда: 1) Некоторые эмоции стремятся вызывать определенное поведение, состоящее из ряда физиологических и душевных действий и процессов, свойственных лишь данной эмоции. Эти, вызываемые эмоциями системы действий и процессов мы можем назвать действенными проявлениями или акциями эмоций. Первый разряд эмоций и суть те эмоции, которые имеют предустановленные акции, т. е. навсегда повторяющиеся действенные проявления. Сюда, напр., относится эмоция голода с ее акциями: возбуждение и усиление слюнных и иных желез, появление представлений о пище, вытесняющих всякие другие умственные или волевые процессы и т. д. Все животное (человек) становится специально приспособленным орудием царствующей в нем эмоции. Это суть специальные эмоции. Но существуют во 2, и такие эмоции, которые не вызывают предустановленных действенных проявлений (акций), где наперед неизвестно, какие действия и процессы воспоследуют в результате этих эмоций, где эти действенные проявления будут зависеть от того, какие представления переживаются в связи с этими эмоциями. Сюда относятся эмоции, которые возбуждаются в человеке в силу того, что к нему обращаются с определенными велениями и запретами. Напр., «стой!», «ни шагу дальше!», «толкнуть вперед!». Здесь нет наперед установленных действенных проявлений (акций), они будут зависеть от того, что мне повелено или запрещено сделать или что я должен терпеть. Эти эмоции без предопределенных действенных проявлений именуются бланкетными[1]) (не специальными) эмоциями.

[1]) Это обозначение берется от слова „бланкет", означающего здесь возможность замещения одних образцов и норм поведения другими.

Ко второму разряду эмоций относятся этические, т. е. нравственные и правовые переживания или так наз. эмоции долга.

Первого рода эмоции выработались в до-общественном, естественном состоянии. Здесь животное (человек) нуждается в целом ряде специальных эмоций, только при наличии таких эмоций ему может быть обеспечено существование, их не может заменить воля, чувство или познание. Эмоции эти обслуживают весь круг потребностей и жизненных проявлений необходимых в естественном состоянии. По учению Петражицкого эти эмоции и составляют сущность тех сложных комплексов, которые обычно обозначают «инстинкт».[1]) Так как типы ситуаций, в которых может очутиться животное по существу весьма ограничено и повторяются весьма часто, без возможности создать для индивида особое положение, неподходящее под типичные ситуации, то специальных акций бывает достаточно для психологического обслуживания. Человеку же, живущему в общественном состоянии, недостаточно этих специальных акций, приноровленных к типичным естественным ситуациям. Ими он может пользоваться постольку, поскольку он при примитивных условиях еще в значительной мере находится в естественном состоянии, но чем дальше человек отходит от естественного состояния, тем больше он должен проникнуться тем, что мы выше назвали активным поведением, тем сильнее потребность в создании таких эмоций, которые не связаны специальными акциями. Появляются и другие акции, которые могут служить побуждением к любому поведению, а именно к тому, которое наперед не предопределено и которое может быть быстро приспособлено к требованию неожиданной, непредусмотренной в

---

[1]) Мы выше и ниже также пользуемся термином „инстинкт" в общепринятом и критикуемом Петражицким смысле. Полагаем, что в элементарном учебнике теории права нет надобности остановиться на анализе инстинктов. Если и согласиться с Петражицким в его эмоциональном понимании инстинкта, то при определении области нахождения права-отличие между комплексом приуроченных к отдельным ситуациям специальных эмоций и инстинктом столь несущественно, что им в целях изучения права — можно пренебречь.

естественном состоянии ситуации. Такими эмоциями и являются бланкетные эмоции.

Бланкетные эмоции призваны не столько исполнять биологические функции, сколько обслуживать поведение людей на стадии общественного состояния. Бланкетные эмоции побуждают людей к тому поведению, представление о котором дается самими этими эмоциями. Это представление поведения составляет содержание того бланкета, который с разу на раз может меняться. Эти представления и составляют необходимый интеллектуальный элемент всякой бланкетной эмоции. Благодаря интеллектуальному элементу эмоции эти обладают способностью бесконечного изменения и приспособления к разнообразным ситуациям, связанным с общественной жизнью людей. И это свойство составляет существенное отличие бланкетных эмоций от специальных. Вот почему специальные эмоции можно было бы назвать биологически-приспособленными эмоциями, а бланкетные — социально-приспособленными эмоциями.

Все сказанное приводит нас к тому заключению, что область нахождения права есть область человеческого поведения, и при том того поведения, которое мы называли активным, добавочным к тому поведению, которое имеется у человека в его чисто природном биологическом состоянии. Как вся этика вообще, так и право в частности и особенности создается бесконечным приспособлением человека к вновь создавшимся общественным условиям, к которым не приспособлен ряд заложенных в нем инстинктов поведения. Им на смену приходят этические и в частности правовые эмоции, которые, укореняясь в душе, психике человека, делают его поведение более «естественным». Если бы общественная жизнь должна была бы покоиться на чисто внешних толчках, на принуждении и пр., то возникали бы слишком часто столкновения и скорое автоматическое разрешение споров было бы невозможно. Общественная жизнь, сотрудничество людей должны были бы исчезнуть, если бы они не нашли опоры в самой психологии, в самих душевных переживаниях людей, ибо только сама человеческая душа, этот первоисточник поведения, может создать определенные прочные, автоматические связи между людьми.

Но в чисто животном состоянии душевная жизнь исчерпывается весьма малыми проявлениями такой связи: весь запас умственных и чувственных представлений и наличные инстинкты не могут дать достаточной почвы для улажения тех отношений, которые возникают между людьми уже при создании обществ. Весь указанный душевный запас приспособлен лишь к определенным условиям борьбы за существование и в области эмоций исчерпывается лишь эмоциями специальными: эмоцией голода, охоты и т. д. Только в общественной жизни людей, где они приходят в раньше непредвиденные, непредусмотренные отношения, могло оказаться, что одних специальных предустановленных эмоций мало.

С другой стороны ум или воля отдельного человека не могли быть в первое время существования человеческого общества достаточно развиты для того, чтобы заполнить тот пробел, который получился в психологии людей, принужденных либо видоизменить инстинкты, либо даже противодействовать унаследованным инстинктам. Ум или воля отдельного человека могли найти почву для своего развития уже значительно позже там, где отдельный человек мог оказаться в чисто-индивидуальном положении и. т. д. Но сверх того, даже если бы это индивидуальное развитие было сравнительно весьма высоким, то и в этом случае воля и разум, как односторонние душевные проявления, не могли бы дать ответа на вопрос о долге, об обязанностях одного человека к другому. Эти долговые отношения должны были бы зависеть от других душевных проявлений, ибо ни разум, оценивающий действительность, ни воля, направленная к совершению определенного поступка, не могли бы в отдельности составить душевно-техническую основу общественного поведения. Эта основа дается именно указанными эмоциями бланкетного типа.

Именно эти эмоции, имея, как выше указано, двухсторонний пассивно-активный характер, а не односторонний — подобно воле или познанию, — могут в более сильной степени регулировать человеческое поведение, превращая человеческий организм в специальное орудие данного переживания с вытеснением всех прочих душевных переживаний. В форме таких переживаний проявляется

и право, которое коренится именно в этой области переживаний, а не является ни актом воли, ни познания или чувства.

Инстинкты, отживая, становясь негодными в новой обстановке человеческого общежития, передают значительную область того поведения, которое раньше регулировалось ими, новым бланкетным этическим эмоциям. Эти последние эмоции оказываются как бы лучше приспособленными к новому общественному активному поведению. Вместо прежних определенных акций, с которыми связаны были инстинкты, только приспособленные к весьма ограниченному числу наперед известных положений, в которых может очутиться человек, или отправлений, ему необходимых, мы получаем приспособленные к бесконечному ряду заранее неизвестных положений и отправлений бланкетные эмоции. Эти последние эмоции могли служить регуляторами поведения для всех тех все более разнообразящихся условий, которые наперед не могут быть учитаны. Для того, чтобы выяснить разницу между специальной наперед предопределенной в своих акциях эмоцией естественного инстинкта и новою бланкетною эмоцией, мы могли бы сравнить эмоцию инстинкта с орудием, данным человеку от природы напр., рукою, а бланкетную эмоцию с первобытным суком или палкою. Применение руки подобно специальной эмоции инстинкта, ограничено определенными возможностями, созданными самим организмом (величина, длина руки, ее мускульная сила, хватательные и др. движения), между тем, как применение палки, подобно бланкетной эмоции, уже чревато бесконечно-разнообразными возможностями ее применения.

Дальнейшее усложнение жизни все более и более устраняет инстинкты от роли исключительных двигателей человеческого поведения и расцвет этики, связанный с бесконечным усложнением душевной организации, требует все большей индивидуализации регуляторов человеческого поведения. Возможность индивидуализации поступков должна впредь сочетаться с необходимостью сосредоточенной регулировки их обществом. Это означает, что внутри рамок, становящихся все более широкими, должно размещаться по возможности большее количество типов поступков, должны быть созданы бланкеты, лишь устанавли-

вающие самую необходимость долга, связывающего общественного человека без указания конкретного предмета, к чему обязано или на что может притязать отдельное лицо. Поэтому бланкетная этическая эмоция представляет как будто в общем человеческом поведении то, что вексельный бланк в правовом торговом обороте.

В отношении интересующего нас вопроса об этике (праве и нравственности) это деление поведения на пассивное и активное с отнесением первого к животным, а второго — к человеку имеет еще тот весьма важный смысл, что при пассивном поведении, обусловленном одним только инстинктом, нет в ы б о р а поступков. Животное может поступить только так, а не иначе. Заяц, в случае опасности, может только спасаться бегством, а не оказывать сопротивление. Нет возможности выбора двух способов поведения, нет о ц е н к и поступков. Заяц с заячьей точки зрения всегда при бегстве оказывается правильно поступившим, он не «трус», а лишь заяц, у которого других способов защиты кроме бегства не существует. При активном поведении, наоборот, существует возможность выбора поступков: человек может бежать или оказывать сопротивление, сопротивление может носить тот или иной характер и т. д. В связи с этим для человека возможна и о ц е н к а поступков: поступок может быть труслив (в случае бегства) и смел (в случае упорного сопротивления) и т. д. Вот почему «трусливый заяц», «прилежная пчела» и т. д. понятия антропоцентрические, т. е. перенесенные из человеческого опыта, где существуют трусливые и смелые, прилежные и ленивые, в жизнь животных, где такие оценочные суждения невозможны. Поведение пассивное целиком причинно, между тем, как поведение активное, к которому относится и правовое и нравственное поведение, может быть не только причинным, но и целевым. Оценка поведения составляет ту сторону этики, которая больше всего бросается в глаза и которое в целом ряде теорий заслоняет самую сущность права и нравственности.

ГЛАВА II.

Учение о сущности права.

§ 4. Основные свойства права и нравственности.

Уже из предыдущего видно, что право и нравственность имеют одну общую область нахождения — это область душевная или психологическая.

Прежде целый ряд писателей, начиная с Канта и кончая Иерингом, пытались провести основную линию отличия между правом и нравственностью так, что право оставалось как бы во внешнем об'ективном мире вещей, этикою гетерономной (по Канту), в отличие от нравственности, которая считалась целиком проникнутою психологией, — этикою автономной внутренней. При таком различении совершенно естественно психологическое проявление и воздействие делалось как бы исключительным достоянием нравственности, праву же приписывалось лишь возможность внешне механически воздействовать. Этот последний вывод из обычного различения и сделал известный ученый Иеринг,[1]) который полагает, что психологическое принуждение общества присуще только нравственности, между тем как праву свойственно механическое принуждение государственной власти.

На самом деле право и нравственность коренятся, как орудия человеческого поведения, в психологии, а потому и отличие между ними должно искать не по прежнему, т. е. так, что первое выносилось бы за область психики в об'ективный мир вещей, а вторая предполагалась бы психологичной, но так, чтобы искать *внутри* психологии особых отличий между правом и нравственностью, как двумя родами двигателей человеческого поведения.

---

[1]) R. Ihering, Zweck im Recht, 2. B., стр. 179 и сл.

Прежним вынесением права за область психики и изображением его в виде неведомой «силы», охранителя порядка и т. д., право превращалось в какой-то фетиш, причины могущества и обязательности коего оставались в мраке неизвестности.

Благодаря психологической теории Петражицкого сущность права, как уже отмечено было, ныне перенесена в психологию и здесь находятся корни его реальности. Активное человеческое поведение состоит не только из разумных действий, из действий, в основу которых кладется разумное взвешивание обстоятельств. Разумеется, чем дальше развивается человечество, тем большую роль начинает играть разум и цель. Но было бы глубокой ошибкой считать, подобно известному ученому Иерингу, что цель есть творец всего права. Лишь немногие действия являются целесознательными, даже уже в общественном состоянии. Есть, конечно, утилитаристические (по соображениям пользы) и гедонистические (для удовлетворения наслаждений) действия, последние уже наблюдаются в большом изобилии и в до-общественном состоянии, помимо них, именно в общественном состоянии, неизмеримо большее значение получают так наз. действия этические. Мотивация человеческого поведения этого рода называется этическою или, как Петражицкий ее именует, принципиальною в противовес целевой. Здесь действие совершается человеком не для того, чтобы, «не потому что», а без взвешивания целей и причин, с сознанием, что «так полагается» (по совести, по обычаю, по закону и т. д.).

Все этические поступки обособляются обыкновенно в два класса: права и нравственности. Правда, некоторые теоретики права к этим двум классам прибавляют еще и третий класс: так наз. конвенциональные правила (правила хорошего тона, общественного приличия и т. д.). Но как мы ниже увидим, эта третья «категория» поступков не может составить рядом с правом и нравственностью особого класса (ср. ниже, § 11 разд. 2 об обычном праве).

И так следует отметить различие между правом и нравственностью.

Это различие ищется нами не в содержании того, что предписывается нормами того или иного класса и вообще не в отличии самих норм, как отраженных проявлений этики, а лишь в самом характере и способе регулирования человеческого поведения. Раз мы этику характеризуем как регулятор человеческого поведения и, стало быть, придаем ей как бы об'ективное механическое значение в определении поведения, то и различие между правом и нравственностью должно лежать в психологической технике (механике) того и другого вида. Нравственность есть тот регулятор человеческого поведения, который налагает на человека лишь обязанности, между тем как в праве на человека налагается помимо этого еще и притязание, которое закрепляет эту обязанность за другим. Таким образом переживание нравственности будет переживанием односторонним, императивного или повелительного свойства, между тем как переживание права будет двусторонним императивно-аттрибутивного или повелительно-притязательного свойства. Сообразно с этим, так как нормы имеют не самостоятельный, а лишь отраженный характер, то и нормы этики отличаются также сообразно тому, налагают ли они односторонне лишь обязанность или помимо того и притязание, в первом случае перед нами нравственная норма, во втором случае — правовая.

Раз'ясним сказанное на примерах.

Предположим, что работоспособный, но безработный батрак (или крестьянин) А обращается к помещику Б с просьбой дать ему работу. Б ему отказывает в работе. А знает, что он не может требовать у Б работы, ибо у него нет к Б права притязать на работу. Правда, он знает, что Б, как добропорядочный человек (нравственно, морально) обязан предоставить ему работу, но требовать работы как принадлежащего ему долга, закрепленного за противостоящим ему суб'ектом, он не может. Предположим теперь, что Б предоставляет ему работу. В этом случае А будет чувствовать к Б благодарность, ибо он ему предоставил то, что А не причитается. Отношения между А и Б носят характер односторонний: повелительный или императивный. Б должен предоставить работу

безработному А (есть повелительная сторона) и А не может притязать на то, чтобы ему была предоставлена работа (нет стороны притязающей). То же самое и со стороны помещика Б. Если мы имеем дело с добропорядочным человеком, он будет себя считать обязанным предоставить работу безработному А, но он знает, что никаких притязаний на этот счет у А быть не может. Психически-техническая связь между А и Б будет в этом случае односторонняя, чисто повелительная, т. е. нравственная.

Но предположим, что обстановка изменяется и в данной стране устанавливается особое *право* на работу (как напр. в Германской конституции 11 авг. 1919 г. ст. 163 и особые имперские законы о предоставлении работы или в Советской России, кодекс труда разд. 11 ст. 10). В этом случае безработный А обращается в учреждение Б (биржа труда, распределительный пункт рабочей силы и т. д.), которое не только *обязано* предоставить ему работу, подобно добропорядочному помещику, но по отношению к которому у А есть *притязание* на применение его работы. Здесь уже психологически-техническая связь между А и Б будет *двусторонней*. Учреждение Б (в некоторых случаях это может быть и живое лицо) обязанно предоставить работу А — это будет повелительной, императивной стороной связи, но сверх того А вправе требовать, притязать на работу — таким образом получается двусторонняя императивно-аттрибутивная связь.

Если А дает милостыню Б, мы получаем следующую картину: Дающий А исполняет этим лишь свой долг, на который не может притязать получающий Б. Между дающим и получающим существует односторонне-повелительная, т. е. нравственная связь. Это лучше всего видно из того, что если бы получающий Б стал требовать деньги, составляющие милостыню, то А считал бы себя в праве — вовсе ему отказать. Но если А платит жалованье Б, то получающий знает, что А не только обязан ему заплатить, но что у него есть право требовать получения денег, составляющих жалование. Между таким дающим и получающим имеется двусторонняя: повелительно-притязательная, т. е. правовая связь, а не нравственная.

В случае наличия нравственной связи между двумя субъектами А и Б отношение между ними может выразиться в следующей схеме (рис. 1):

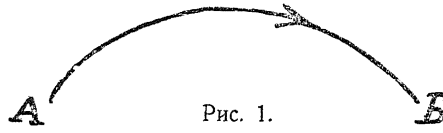


Рис. 1.

Связь между А и Б выражена здесь односторонне, одной кривой АБ. Ибо А обязан доставить что-либо (помощь, работу, деньги и т. д.) Б, это выражено стрелкой, идущей от того кто обязан, А, к тому, кому А обязан, т. е. к Б. В свою очередь Б не может притязать на то, чтобы А доставил ему деньги, работу и т. д., поэтому от Б к А не идет никакой линии.

Возьмем теперь правовую связь между двумя членами общества А и Б. Их отношение выразится в следующей схеме (рис. 2):

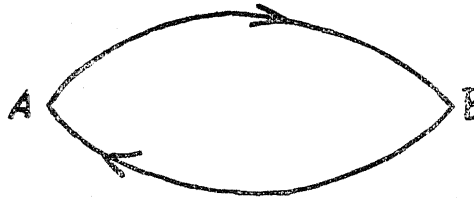


Рис. 2.

Почему отношение между А и Б выражено здесь двусторонне, двумя кривыми АБ и БА? Потому, что А обязан то-то (деньги, работу) доставить Б, это выражено стрелой от А к Б (как и на первой схеме) т. е., от того, кто обязан, от А к тому, кому А обязан, т. е. к Б. Но в свою очередь здесь Б может требовать, у него есть право на то, что ему причитается от А и потому от Б к А идет вторая кривая, строго соответствующая первой, кривая БА, идущая лишь в обратном к АБ направлении.

На приведенных примерах нам удалось осветить отличие между нравственностью и правом. На вышеприведенных примерах легко было убедиться в том, что не со-

держание предписываемого составляет указанное отличие. Одно и то же предписание, имеющее одинаковое содержание — напр. обязанность предоставления безработному работы — в одну эпоху может быть содержанием нравственного предписания, а в другую эпоху — содержанием правового предписания и наоборот. Отличие между правом и нравственностью заключается, следовательно, не в содержании предписываемого, а в чем-то ином: именно в различном психологическом свойстве того и другого вида этики, в их психологической технике: нравственность связывает односторонне, право связывает двусторонне.

Это различие позволяет нам сказать, что право и нравственность суть различные регуляторы человеческого поведения: первое действует сильнее второй, не потому, что оно количественно больше, но потому, что оно качественно иного свойства, нежели вторая. Нравственность, если можно так выразиться, действует на основании толчков, и потому она может быть названа регулятором поведения, основанным на принципе толкания, между тем как право действует притяжением, или говоря этически, притязанием, вот почему право может быть названо регулятором поведения, основанным на принципе притязания. С точки зрения техники, эти регуляторы поэтому разномощны. Право сильнее определяет поведение индивида, на действия коего производится притяжение, между тем как нравственное поведение конструктивно слабее, ибо оно зависит от силы первоначально данного толчка, этическое действие коего может впоследствии ослабеть. Право же, которое ставит поведение человека в зависимость от притязания, делает самое поведение более постоянным. Это, конечно, не означает того, что в каждом отдельном случае нравственный поступок слабее, сравнительно часто он может быть мощнее правового, но в этих случаях мы имеем перед собою особенно мощные толчки (внутренние побуждения, стимулы), которые могут оказаться слабее средних притяжений подобно тому, как отдельный предмет может быть сильнее подброшен толчком, чем притянуть (электро) магнитом. Но в общем и целом, с точки зрения надежности регулированного поведения, нравственность слабее права.

В нравственном поступке совершающему его А противостоит суб'ект Б лишь как точка желательного достижения, при чем само достижение зависит от совершенства, от напряженности, усилия, совершающего поступок, от того, не сойдет ли он с преднамеченного пути, ибо при толчкообразном движении уклонение от пути означает недостижение должного. Вот почему нравственность в такой неизмеримо большой степени зависит от личных качеств обязанного, от степени его «совершенства».

Совершенно иная конструкция у права. Будучи основано на притяжении-притязании оно в общем и целом не зависит от личных побуждений и степени личного совершенства обязанного. То, что обязанный к правовому поступку, совершит не в силу внутреннего толчка и собственного побуждения, то будет им совершено в виду и в силу противостоящего притязания. При этом второстепенную роль играет то, противостоит ли обязанному притязающий в виде живого истца и т. д., или нет, самое представление о том, что этот притязающий есть, хотя бы он был невидим и неведом, уже превращает поведение человека в правовое. Ибо самое исполнение обязанностей становится независимым от собственных внутренних моральных усилий (от самому себе данного толчка), а ставится в зависимость от извне воздействующего притязателя-притягателя. Вот почему в учении о внутреннем характере нравственности, об ее автономности и о внешнем характере или гетерономности права (Кант и идеалистическая школа) есть большая доля истины. Нужны только существенные поправки к этому взгляду: автономность нравственности нельзя толковать так, будто только нравственность душевно переживается людьми как долг, в то время как право есть как бы лишь техническое следование (подчинение) внешнему велению, а так, что нравственность переживается только в плоскости обязанности, где совершающий остается точкой исхождения этического поступка — поскольку эта этика внутренняя, — право же переживается в плоскости притязания, где совершающий делается предметом притяжения стороннего суб'екта — истца — «господина долга», кредитора,[1])

[1]) По древне-еврейски кредитор называется baal-chow, „господин долга".

управомоченного и т. д. — и постольку правовая этика есть этика внешняя-гетерономная.

Есть еще одно возражение против чисто-обязательной (односторонней) характеристики нравственности и повелительно-притязательной (двусторонней) характеристики права, которое должно быть выяснено ранее, чем мы перейдем к подробностям отличия обоих видов этики. Возражение это заключается в том, что всякое сознание обязанности как бы тем самым предполагает притязающего на исполнение обязанности и поэтому вся этика как бы приобретает однотонно окрашенный цвет, либо оба вида можно изобразить покоющимися на обязанности (с молчаливым предположением за ее спиной притязания), либо оба же вида покоются на притязании (с параллельным рефлекторным отражением существования обязанности); таким образом, исчезает как бы основание для подразделения этики на два вида: право и нравственность. Такое утверждение одинаковой для всякой этики обязанности было бы, однако, совершенно неправильным и несоответствующим действительному переживанию долга. Для того, чтобы доказать обоснованность такого двойственного деления, мы должны показать, что существует своеобразное переживание долга без представления о притязании и второго рода переживание с наличием такого представления. В этом можно убедиться во 1) путем самонаблюдения: каждый из нас может себе представить или в действительности переживал долг либо так, что он считал, что исполнение его зависит от него самого, либо так, что он считал этот долг закрепленным за другим, 2) путем высказываний *других* людей. Так, напр., Ж. Ж. Руссо в известном трактате «О причинах неравенства между людьми» (Русск. пер. Н. С. Южакова, СПБ. 1907, стр. 92) говорит следующее: «признательность — это обязанность, которую *следует исполнять*, но исполнения которой *никто не вправе требовать*.» Этими высказываниями ни Руссо, ни кто-либо иной не пытается создать какие-либо теории отличия права и нравственности, ими лишь с несомненностью устанавливается, что такие двоякого рода незакрепленные и закрепленные за другими обязанности действительно пережи-

ваются людьми. Различие это, оцененное с научной точки зрения, дает основание для деления этики, как области должного человеческого поведения, на два вида.

Это научное установление двоякого рода обязанностей: нравственных и правовых, ничего не меняет в переживаниях отдельных людей. Эти последние могут все свои обязанности переживать: 1) либо только как односторонние, ни за кем не закрепленные — и тогда перед нами типичный случай исключительно нравственно-этической личности, с полной атрофией правовых переживаний — примером такого человека может служить Лев Толстой, внутренне чуждый права и сильнее всего выступающий именно против психологического обоснования права,[1]) ибо право он считает лишь внешним понудителем, ничего общего с душою человека неимеющим, 2) либо только как правовые, т. е. так, что всякая обязанность будет переживаться как закрепленная за другими, как такая, на которую притязает противостоящий «господин долга». К таким людям относится хотя бы князь Е. Трубецкой, который в своих «Лекциях по энциклопедии права» М. 1915, говорит: «На самом деле трудно найти хотя бы одну нравственную норму, которая бы не была «императивно-аттрибутивной», которая не закрепляла бы «психически» каких-либо обязанностей одних лиц за другими. Как правовые, так и нравственные нормы с в я з ы в а ю т нашу волю по отношению к другим, следовательно как те, так и другие суть императивно-атрибутивные двусторонне-связывающие».

Наличие людей, переживающих всю этику как нравственность или наоборот, переживающих ее как право, не говорит ничего против существования двух видов этики, подобно тому, как наличие людей, переживающих долженствование не в плоскости этики, а лишь эстетически — по типу эстетически-красивое—эстетически-безобразное— не говорит за то, что нет отличия между этикой и эстетикой. Во всех случаях подобных уклонений вырабатывается особая привычка называния: переживающий лишь нравственное долженствование будет считать и право

[1]) Особенно показательно, что сильнее всего Толстой раскритиковал теорию Петражицкого в статье „О праве.“ Ср. по этому поводу G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. S. 50.

одностороннею, чисто-долговою этикою, переживающий лишь правовое долженствование будет и нравственные долженствования почитать императивно-аттрибутивною, двустороннею этикою. Для первого вся этика носит нравственный характер и кроме нравственной иной этики для него нет, для второго вся этика носит правовой характер и вне права никакой этики для него нет. У каждого из них выработается своя привычка называния, которая, однако, не может быть положена на основу познания этики и однородно окрашенное название не дает нам права говорить об однородности обозначаемого этим названием явления, подобно тому, напр. как наличие у древних евреев одного названия — adom — и для красного и для коричневого не говорит об однородности этих обоих цветов.

Из отмеченного отличия между правом и нравственностью вытекает целый ряд особенностей, впервые вскрытых и об'ясненных Л. И. Петражицким, но получающих несколько новое освещение, если право рассматривать как регулятор общественного поведения. Характерно для этих особенностей то, что каждая в отдельности противоположна для права и нравственности.

1. Исполнение обязанности посторонними лицами.

Если какому-нибудь лицу А причитается получить от Б сумму в тысячу рублей, то исполнение обязанности Б (обязанность возвращения одолженного) может быть произведено не только Б, но его другом В. Уплата посторонним лицом В (вместо Б) будет почитаться А удовлетворением его притязаний. Правда, такая замена в праве обязанного лица лицом посторонним допустимо не всегда: это зависит от того, каков будет характер притязания, если оно непременно требует личного исполнения со стороны обязанного, то замена посторонним лицом невозможна. Таковы, напр., отношения между родителями и детьми, где замена при исполнении правовых обязанностей недопустима. Возможно, впрочем, что в разные времена один и тот же род притязаний сперва допускал такую замену, а впоследствии запрещает ее. Так, напр., до введения современной воинской повинности допуска-

лась замена при исполнении обязанности призыва на военную службу: допускалось вместо себя поставить любого другого рекрута, ныне каждый гражданин, способный к ношению оружия, должен лично сам исполнять эту правовую обязанность, не заменяя себя посторонними лицами. Возьмем другой пример: ст. 1528 прежних русских гражданских законов устанавливала, что «договор составляется по взаимному согласию договаривающихся лиц». Из этого положения сенат заключил, что «договор может касаться лишь самих договаривающихся лиц, а не наследников их, в оном не участвующих и что посему и исполнение условий договора предполагается самими теми лицами, кои заключили договор». Таков был общий взгляд сената, носивший ограничительный характер, но рядом с существованием договоров, где участвующие в них стороны должны были быть точно обозначены, допускались и договорные акты, писанные не на определенное лицо, имеющее право притязать на исполнение договора, а на «пред'явителя» (реш. гражд. деп. 1872 г.). Так наз. «бумага на пред'явителя» получили особенно большое распространение в области торгового права, в настоящее время эти бумаги на пред'явителя встречаются несравненно чаще, чем личное долговое письмо или вексель.

Таким образом право допускает замену при исполнении обязанностей не только по отношению к обязанному лицу, ответчику, но и по отношению к лицу, управомоченному требовать (истцу).

Совершенно иначе дело обстоить в области нравственности. Здесь обязанность определенного лица А и Б не допускает никакой замены при исполнении. Само обязанное лицо во всех случаях должно лично исполнить свой долг. Правовой долг, исполненный чужим лицом, может быть (хотя и не всегда) надлежащим исполнением правового долга, погашающим обязанности непосредственно или первоначально обязавшегося. Исполнение же другим посторонним лицом нравственного долга («помощь ближнему», питание дружеских чувств) нисколько не погашает обязанности первоначально обязавшегося: возвращение правового долга (деньгами, трудом и т. д.) посторонним лицом В вместо обязанного Б, уничтожает

вместе с притязанием А и обязанность Б возвратить долг. Исполнение же нравственного долга В по отношению к А вместо непосредственно обязанного Б вовсе не уничтожает обязанности Б по отношению к А.

Следовательно, право допускает исполнение обязанности посторонним лицом вместо обязанного, а нравственность не допускает такого исполнения.

2. Отношение к представительству.

Из предыдущего мы усмотрели, что право допускает замену исполнения обязанности, такое свойство права позволило создать в нем особый институт представительства. Представитель допускается как со стороны, обязанного, так и со стороны лица, наделеннаго притязаниями. Но особенно большую роль в области имущественных и семейных отношений играет представитель, действующий от имени обязанного и за его счет: таковы, напр., опекуны и попечители, управляющие и т. д. Данное лицо (несовершеннолетнее и т. д.), имеющее попечителя, может делать долги, давать обязательства и совершать всякого рода сделки только через своего представителя в лице попечителя. Обязательства, выданные самим лицом, состоящим под попечительством, не считается даже действительными. Но тем не менее юридические последствия действий, совершенных представителем, падают на первоначально-обязанного. Вместе с тем, те самостоятельные действия, которые совершены представителем в пределах предоставленных ему полномочий, не могут быть оспорены тем лицом, кого представитель представляет. Это относится не только к «доверенным» в частном обороте, но это относится и к представителям в публичном праве: напр. к членам парламента, как народным представителям и т. д. И здесь, активно действующий представитель, действует вместо представляемого им коллектива (населения всей страны или данного избирательного округа), в том и другом случае представляемый не может — по обычному выражению — «спорить и прекословить» против того, что законно учинено представителем.

В области нравственности с представительством дело обстоит иначе. И здесь допустимо заменить себя другим

лицом в исполнении обязанности, но замена эта не состоит в создании представителя, поступающего самостоятельно, он может только физически заменить обязанного. При необходимости исполнить нравственную обязанность я могу заменить себя, я могу послать вместо себя другого, но этот другой может только «творить волю пославшего его». «Воля пославшего» остается самым существенным при исполнении нравственной обязанности. если воля добрая, то исполнение уже является чем-то второстепенным, столь же внешним и второстепенным как протягивание руки. И точно так же, как рука или нога, или сказанное слово не являются представителями протянувшего или произносившего, точно также и посланный (с помощью, деньгами и т. д.) не есть представитель пославшего его. Это лучше всего видно на том, что в то время как для нравственности «воля пославшего» остается всем, почитается исполнением долга даже и в том случае, если фактическое исполнение не состоялось (вследствие ли смерти посланного или другого несчастного и непредвиденного случая), юридическое (правовое) представительство возможно там, где никакой воли или сознательного намерения со стороны представляемого нет, как напр. в случае опеки над малолетним ребенком или умалишенным.

Следовательно, право допускает представительство, нравственность же не допускает его.

Изложенные нами здесь две тенденции права, в отличие от нравственности, явно показывают, что право в неизмеримо большей степени приспособлено к общественной регулировке человеческого поведения, нежели нравственность. В то время как нравственность тесно связана с обязанным и регулирует отношения между двумя данными лицами, право быстро переносит связь между данными лицами на любых других лиц, поставленных на их место. Важно, чтобы состоялось осуществление права, а будет ли в этом осуществлении участвовать первоначальные стороны или их место заступают иные лица или даже постоянно меняющийся суб'ект («представитель»), до этого праву нет дела, оно институтом представительства всячески содействует разгружению отдельного человека от тяжести исполнения обязанностей. Нравст-

венность, наоборот, крайне негибка, она обращает свое внимание именно на данный личный поступок, который остается незаменимым ни в смысле лица, исполняющего его, ни в смысле самого исполнения. Для нравственности именно характерно отсутствие возможности заменить одно лицо другим (отсутствие представительства) и заменить один род исполнения другим, нет возможности заменить исполнение эквивалентным ему действием (напр. вместо личной помощи, личного утешения: посылка денег или письма). И если поэтому в праве допускается то, что должник свободен поступать и против своей обязанности, если он только вознаградит за это противостоящую сторону и им воля должника остается несвязанною (за исключением так называемого jus ad rem, где воля должника связана по отношению к определенному предмету исполнения), то нравственность всегда как бы остается этикою, которую мы бы назвали этикою ad hominem et ad rem, т. е. этикою, связанною данным человеком и предметом (родом) исполнения.

Вот почему те мыслители, которые признают лишь существование нравственности, как регулятора человеческого поведения (отвергая в качестве такового право), должны надежды свои на прогресс человечества связать с совершенствованием личности. Только путем личного самосовершенствования общество может избавиться от нынешнего неустройства междучеловеческих отношений. Такова суть всех моралистических учений о воспитании от Конфуция до Льва Толстого. По этим учениям люди обязаны сами (и только сами) исполнять данные (и никакие другие заменяющие) действия и поступки. И этот основной тезис через века остается неподвижным.

3. Отношение к принудительному исполнению.

Для права самым существенным остается притязание, а постольку и доставление управомоченному того, что ему причитается получить, хотя бы это доставление надо было бы произвести путем принуждения обязанного непременно доставить причитающееся.

Право допускает поэтому принудительное исполнение. Таково напр. принудительное взыскание долга с неисправного должника, принудительный привод в заседание суда или административное учреждение. С одной стороны, если какое-нибудь лицо отказывается исполнить лежащие на нем обязанности или совершить что-либо запрещенное законом, то право допускает наказание его. Принудительное исполнение доставляет управомоченному то, что ему причитается получить: напр. принудительное взыскание с неисправного должника известной суммы денег или принудительное исполнение повинности (или труда) в пользу государства, если граждане не исполняют этой работы добровольно, — в этих случаях отдельному лицу или государству (городу и. т. д.) доставляется то, что им полагается получить путем принуждения. Наказание же непосредственно не имеет целью принудительно доставить причитающееся, а лишь причинить что-либо отрицательное (телесное наказание, лишение свободы и т. д.) за нарушение известных предписаний. Но самое существование наказаний может заставить отдельных людей поступить «согласно праву», исполнять те ли иные правовые обязанности в силу наличия угрозы применения принуждения. Одно уже существование наказания часто действует психологически так, что принуждает человека поступать правомерно.

Существуют, однако, такие области права, где принуждение не может быть применено. Так, напр. ст. 177 Т. X. ч. I. прежних российских гражданских законов гласит: «Дети должны оказывать родителям чистосердечное почтение, послушание, покорность и любовь.» Совершенно ясно, что никакими принудительными мерами нельзя доставить управомоченным родителям почтение или любовь детей. Более новую регулировку отношений между родителями и детьми дает ст. 120 германск. конституции 1919 г.: «Воспитание детей для телесной, душевной и общественной их пригодности (Tüchtigkeit) составляет высшую обязанность и естественное право родителей над осуществлением коих бдит государственное общение.» Однако и здесь бдение или надзор государства не составляет принуждения.

Тем не менее, если мы возьмем всю область права, то

придется сказать, что область возможности применения принуждения гораздо многочисленнее и шире областей права, лишенных возможности принуждения. Вот почему была создана особая теория, усматривающая в принуждении основную сущность права. Так, известный ученый проф. Иеринг[1]) говорит: «право есть система общественных целей, обеспеченных принуждением». Двумя двигателями-рычагами общественного движения служат по Иерингу: награда и принуждение. Стремление к награде-вознаграждению порождает особую общественную организацию оборота со всеми его разнообразными проявлениями товарного эквивалента, денежного кредита и т. д. Общественная же организация принуждения есть — право и государство со всеми их разнообразными проявлениями.

Подобный же взгляд на право защищает и А. Меркель, когда он утверждает, что право осуществляет принуждение по отношению ко всякому, на кого возлагается обязанность.

Но положение Меркеля не правильное, ибо в противном случае пришлось бы сказать, что всякая обязанность тем самым, что оно на кого-либо возложена, осуществляет принужденне, в том числе и нравственная обязанность.

Характерно для права не то, что его обязывающая, императивная принудительна, а то, что оно во имя исполнения притязания, т. е. аттрибутивной стороны, допускает даже и принуждение. Это-то принуждение, привходящее извне, надо отличить от того внутреннего переживания права и нравственности, которое, как мы уже отметили, сопровождается чувством стеснения полной свободы поступков. Право, в интересах удовлетворения притязания, допускает также приходящее извне принуждение, не связанное с внутренним чувством принуждения, а нравственность такого принуждения не допускает, применение его уничтожает самое существо нравственного поступка.

Чувство стеснения внешней свободы, сопровождающее всякое этическое переживание, может быть условно

---

[1]) R. Ihering, Zweck im Recht, B. I. S. 240.

названо принуждением. Смысл этого условного наименования будет заключаться в том, что отдельное лицо, в силу наличия переживания чувствует себя принужденным поступить так, а не иначе, поступить вопреки тому, что «хочется» или тому, как повело бы себя это лицо, если бы данного переживания (нравственного или правового) не существовало бы вовсе.

Важно именно отметить, что там, где существует такое внутреннее принуждение, не требуется никакого дополнительного внешнего принуждения, в виде судебного пристава, приходящего с исполнительным листом или полицейского, подвергающего «приводу», психологического принуждения, и т. д. Внешнее правовое принуждение имеет часто в виду действовать как з а м е н а отсутствующего внутреннего этического переживания правового долга. В нравственности такая замена принуждением недопустима потому, что в нравственности ничего кроме обязанности, долга нет. Замена нравственного самопринуждения внешним заменяет самый нравственный поступок каким-то другим, совершенно лишенным всякого этического содержания. Между тем как в праве замена в н е ш н и м принуждением отсутствующего «чувства долга» не уничтожает сущности правового поступка, требующего доставления противостоящей управомоченной стороне того, что ей причитается получить. Право прежде всего требует этого доставления, удовлетворения, притязания, хотя бы для этого пришлось прибегнуть к мерам принуждения.

Из изложенного явствует, что между внутренним принуждением, как этическим переживанием, имеющимся и в нравственности, и внешним принуждением, как мерой воздействия для осуществления права, нет ничего общего. В тексте мы говорим о принуждении во втором смысле, совершенно безотносительно к тому, выражается ли оно в материальном или психическом принуждении.

4. Отношение к исполнению обязанностей.

Если перед нами правовое отношение между двумя людьми, то, как мы увидели, самым существенным яв-

ляется удовлетворение притязания и доставления должником (или обязанным) того, что управомоченному полагается, причитается получить. Вот почему *исполнение*, выражающееся в фактическом доставлении должного поведения предмета, суммы, работы и т. д. преобладает над всеми сопровождающими фактическое исполнение побуждениями. С этой точки зрения весьма показательно определение обязательства (obligatio) в Институциях Юстиниана (Кн. III. Тит. XIII): «Обязательство есть связь права, которая *принуждает* нас к необходимости *исполнить* что-либо.»

Юридическое обязательство не может таким образом быть отождествлено с простою обязанностью, которую налагает на нас нравственность. Нравственная обязанность, не будучи ни за кем закрепленною, переживается как нечто самостоятельное, определяющееся сознанием своей обязанности. И если в представлениях, сопровождающих нравственные переживания, фигурирует более или менее отчетливо то лицо, которому мы обязаны, то это лицо (человек, Бог, учреждение и т. д.), однако, не рисуется в качестве конкретного лица, требующего исполнения обязанности. Самым важным остается наличие самой обязанности, исполнение же по ней не столь существенно. Право, как регулятор поведения, требует именно *исполнения* того, что причитается и правовая психология считает данное требование удовлетворенным только тогда, когда причитающееся исполнено и именно в том количестве и в тот срок, в каком и когда это было обусловлено. Для нравственности же самое исполнение несущественно: если было только на лицо *переживание* обязанности, хотя бы самое доставление или *исполнение не имело места*, то нравственный долг «выполнен». X бросился в воду спасать незнакомого, но не спас его — в этом случае нравственный долг исполнен, ибо обнаружено соответственное «намерение», говорящее о сознании нравственного долга. Предположим далее, что рядом с этим установлено государством право получения «медали за спасение утопающих», выдаваемое лишь лицам, фактически спасшим человеческую жизнь. В этом случае X, бросившийся в воду, с опасностью для себя, но почему-

либо не спасший утопающаго, не исполнил того правового долга, исполнение котораго управомочивает на получение медали, между тем как нравственный долг, лежащий на X выполнен, несмотря на неудавшееся исполнение акта спасения.

С другой стороны фактическое неисполнение полагающегося играет в праве (в частности уголовном праве) решающую роль, но мысли о совершении преступления или о сладости нарушения законов для права не существенны, покуда не предприняты шаги к совершению деяния (покушение, совершение преступления и т. д.) В праве действует старинное правило: „Für das Denken kann man nicht henken". Для нравственности фактическое неисполнение долга столь же важно, как и «помыслы» об этом неисполнении («не согрешите и в помыслах»). Такое различное отношение права и нравственности к исполнению или неисполнению обязанности особенно ярко сказывается в нагорной проповеди (Ев. от Матфея гл. V, ст. 21 и след.) как и во всем Новом Завете, построенном на нравственной этике в отличие от Ветхого Завета, покоющемся не весьма сильном правосознании.

Из изложенного выясняется и последующее.

5. Отношение а) к намерениям обязанных и б) к мотивам исполнения.

а) Как мы выше видели, исполнение, т. е. доставление причитающегося, совершение должного действия и т. д. представляется для права самым существенным. В связи с этим находится и сравнительно второстепенное значение намерения при исполнении обязанностей. Если правовой долг возвращается без намерения вернуть самый долг, но лишь для того, чтобы снискать себе или своей фирме почтенную репутацию исправно платящего купца, то это является для права безразличным. Или если я возвращаю в первый раз мой долг, исправно плачу следующие разы по векселям известному лицу (или фирме) только с тем намерением, чтобы уверив противостоящего мне контрагента в моей честности и кредитоспособности, «одолжить» в пятый раз такую сумму, которая превосхо-

дит всю предыдущую, и при том не вернуть ее заимодавцу, то и это внутреннее намерение, несмотря на то, что оно имелось уже при первой юридически-исправной уплате, несущественно с юридической точки зрения для первых уплат. Здесь каждый раз производилась в должных размерах и в срок уплата и доставлялось то, что причитается кредитору, намерение же, нисколько не уменьшившее долю вносимой суммы, не играло никакой роли: правовое притязание во всех случаях (вплоть до пятого раза) было удовлетворено, а вместе с тем и самое право.

Не во всех случаях, однако, и право допускает безразличное отношение к намерениям исполняющего.

Это относится к области заключения всего рода договоров а также к правонарушениям. Так напр. для договоров дарения характерно намерение одарить, т. е. стремление дарителя обогатить одаряемого на свой счет, это по выражению римского права акты donandi causa, в других договорах основным намерением является взаимная выгода (credendi causa). При обсуждении (на суде) подобных договоров и актов принимаются во внимание намерения сторон при заключении данного договора, хотя бы они и не были ясно выражены словами. В уголовном праве намерение (умысел) играет весьма важную роль при установлении того, является ли данное деяние вообще преступным и подлежит ли оно наказанию или нет. Преступное деяние, согласно ст. 48 уголовного уложения 1903 г. (действующего в силе в балтийских государствах и Польше) почитается умышленным не только когда виновный желал его учинения, но также когда он сознательно допускал наступление последствия, обусловливающего преступность сего деяния. Обыкновенно в современных законодательствах преступления наказываются лишь тогда, когда на лицо имеется умысел, напр., намерение убить, в случае же неосторожной вины — только в особых случаях. В древнем уголовном законодательстве таких отличий — в зависимости от наличия или отсутствия намерений — не делалось и наказывалось даже лицо, случайно причинившее смерть другому (типичный пример в Библии — слетевшее с топорища лезвие случайно убивает прохожего). И далее: если намерение убить установлено, но оно напр. совершается по требованию убитого и из состра-

дания к нему, то такое убийство наказывается значительно ниже, чем, скажем, убийство с корыстной целью и т. д., словом, самое наличие и степень его зависит от намерения учиняющего.

Но за этими исключениями право в общем и целом допускает безразличное отношение к намерениям обязанной и управомоченной стороны.

б) То, что выше отмечено было относительно намерения относится также к мотивам исполнения правового долга.

И здесь в некоторых областях гражданского и уголовного права мотивы могут играть весьма существенную роль, однако в общем для права самым важным является лишь исполнение долга вне всякой зависимости от того по каким мотивам долг исполнен.

В нравственности дело обстоит совершенно иначе. Здесь намерение и мотивы играют решающую роль и при том так, что нет таких случаев или области поведения, когда нравственность могла бы допустить безразличное отношение к намерениям и мотивам исполнения нравственного долга. Мы можем, напр., представить фельдшера, который будет исполнять все обязанности по отношению к больному, предусмотренные тем или иным законом или правилами больницы, не питая никаких добрых чувств к нему. Поскольку здесь будет налицо достаточное число установленных посещений-обходов, выслушивание больного и предоставление ему нужных лекарств и ухода, право не интересуется ни намерениями, ни мотивами исполнения со стороны ухаживающего. Совершенно иначе дело обстоит с точки зрения нравственности. Здесь важны намерения и мотивы ухаживающего, а не одно только внешне надлежащее поведение. Если взять напр. переживания Евгения Онегина по адресу его больного дяди... «какая скука с больным сидеть и день и ночь, не отходя ни шагу прочь... Ему подушки поправлять, печально подносить лекарство, вздыхать и думать про себя: «когда же чорт возьмет тебя!», — то хотя здесь на лицо внешне-корректное поведение, оно явно *противоречит нравственному* долгу ухаживающего, хотя может быть *согласовано с правовым* долгом сиделки

или другого лица, ухаживающего за больным в силу возложенного на него правового долга.

С этой тенденцией нравственности (в отличие от права) в неосознанной форме мы имеем дело у основоположника нравственного идеализма И. Канта. В своем «Основоположении к метафизике нравов» Кант устанавливает, что нравственным может считаться лишь то, что проистекает из сознания обязанности, поэтому нравственным поступок может считаться только в том случае, если он чужд всяких мотивов дружбы, симпатии и благорасположения к тому лицу, по отношению к которому я чувствую себя обязанным, он должен проистекать из одного лишь почтения к нравственному долгу.

То, что человек совершает по мотивам, лежащим вне непосредственного стремления к исполнению обязанности, не может быть отнесено к нравственности, хотя бы по всем другим признакам данное действие вполне бы совпало с нравственно-осознанным. Это и есть то, что Кант, называет ч и с т ы м долгом, лишенным всяких эвдемонистических мотивов и целей. Категорический императив есть только внешнее выявление этой чистой нравственности.

6. Точность содержания и об'ема этических представлений.

Если мы выше изобразили право схематически в виде двух дуг, протянутых между А и Б, из коих верхняя означает императивную (повелительную) сторону, а нижняя аттрибутивную (притязательную) сторону, то содержание (или об'ем) того, что составляет предмет-об'ект правовой связи могло бы быть изображено в виде некоторой массы, заполняющей пространство между верхней и нижней дугой (см. рис. 3), здесь содержание точно отграничено двумя кривыми.

Оно не выходит за точные пределы линии обязанности и линии притязания, ч т о и с к о л ь к о А должен (обязан) доставить Б, т о и с т о л ь к о Б может требовать от А. Поэтому все императивно-аттрибутивные (правовые) правила всегда стремятся к точности и определенности, ибо если бы этой точности не было, то не могло бы быть и надлежащей возможности когда-либо устранить

какой-нибудь спор о праве А и Б. Нельзя было бы установить, когда исполнен (окончен) правовой долг и количество правовых споров росло бы неимоверно, порождая полный хаос в правовых отношениях между людьми. Во избежание этого императивно-аттрибутивные отношения

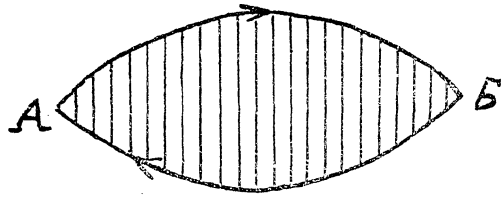


Рис. 3.

стремятся к точности, а соответственные правила считаются «пределами, их же не прейдеши»; положениями, в которых нельзя изменить ни ноты. Понятия и слова «закон», „Gesetz", «уложение», устав и т. д., служащие для обозначения правовых правил, каждого в отдельности или их сводов, также обозначают точность и предустановленность, неуклонность в исполнении или совершении их и когда впервые человеческий ум раскрыл некую наперед установимую неуклонность в явлениях природы, то люди заговорили о закономерности природы и «законах» природы.

Совершенно другое наблюдается в нравственности. Здесь обязанность остается (см. рис. 4) только верхней

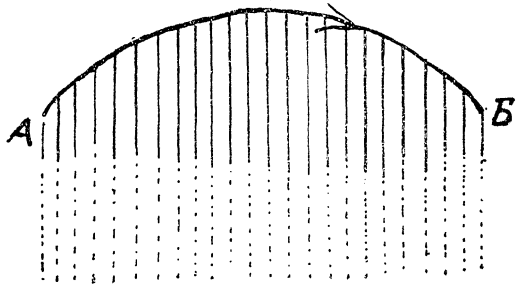


Рис. 4.

ограничивающей дугой, все же содержание и об'ем обязанности не имеют точных границ, они уходят, как показано на рисунке, в бесконечность.

Во всяком случае этим обязанностям нет точного предела. И действительно нравственные обязанности не обладают точностью, они не ограничиваются числом и временем, подобно правовым обязанностям, на которые может притязать противная сторона. Нельзя в нравственности установить того, что мы выше установили для права: А обязан совершить то и столько, на что и на сколько Б вправе притязать. Здесь действует обратное начало: чем больше совершит А, тем лучше, нет точности в нравственном императиве. Нельзя быть обязанным любить ближнего от 8 часов утра до 6 часов вечера, между тем как можно быть обязанным работать втечение этого времени по договору рабочего найма.

Нравственные обязанности имеют тенденцию к неопределенности и безпредельности. («Будьте совершенны как Отец ваш Небесный».) Характерно, напр. в этом отношении то, что Талмуд устанавливает ряд обязанностей, «которым нет предела»: среди них оставление ожинка бедным или добровольные даяния. Не менее характерно и то, что Кант говорит относительно бесконечности доброй воли. Наконец, совершенно независимо и задолго до открытия психологической теории права Влад. Соловьев, пишет в своей книге «Право и нравственность»: «Чисто нравственное требование, как напр., любви к врагам, есть по существу неограниченное или всеоб'емлющее, оно предполагает безусловное стремление к нравственному совершенству. Всякое ограничение, принципиально допущенное, противно природе нравственной заповеди и подрывает ее достоинство и значение: кто отказывается в принципе от безусловного идеала, тот отказывается от самой нравственности, покидает нравственную почву. Напротив того, закон собственно-правовой, как ясно во всех случаях его применения (имеется в виду право вообще — М. Л.) по существу ограничен.»

7. Шаблон норм.

Право стремится к установлению определенного шаблона норм, сведения его к некоторым основным «велениям» или «нормам», в точности предусматривающим или долженствующим предусмотреть и установить все

возможности правовых отношений между людьми. Нравственность не обладает таким тяготением к шаблону норм. Бессознательно, это прекрасно выражается в одной из русских пословиц: «На милость образца нет». Смысл этого изречения тот, что «милость», составляющая в данном случае сущность нравственного поступка, не знает точного образца или шаблона, согласно которому обязанный должен себя вести. А между тем такой образец или шаблон имеется относительно правовых обязанностей и при том иногда чем «важнее» содержание предписываемого поведения, тем подробнее и точнее тот образец, который дается для данного круга обязанностей.

Самый образец поведения может вырабатываться различно. Образцом будет служить накопляющиеся привычки или обычаи, которые повелись с давних времен и продолжают соблюдаться в подобных же правовых случаях современности. Но, как мы ниже увидим, при рассмотрении обычного права, чем сложнее жизнь общества, чем разнообразнее их отношения, в которые люди вступают по отношению друг к другу, чем больше групп и классов появляется внутри общества, тем труднее становится установить образец поведения посредством обычая или старой «пошлины».[1]) Становится необходимым создать какой то новый тип образца, таковы напр. с у д е б н ы е п р е ц е д е н т ы, слагающиеся из практики судов по аналогичным случаям. Таков тип того права, какое до нынешнего времени существует для большого круга отношений в Англии или же так наз. з а к о н ы, которые стараются наперед установить образцы-предписания должного поведения. Законы пытаются по возможности предусмотреть будущие возможные случаи и типы отношений с вытекающими из них правилами и обязанностями на будущие времена. Этот последний вид образца (шаблона) сделался особенно распространенным во всех более или менее развитых обществах нашего времени.

Нельзя сказать, что нравственность вовсе лишена тенденций к шаблону норм. И нравственность является вовсе

[1]) Пошлина — старое русское слово, означающее обычай, то, что „пошло“ в данном случае в качестве образца или образа поведения, отсюда, быть может и современное слово „пошлость“ с отрицательным оценочным оттенком.

не всегда этикою, проистекающею лишь из интуитивного состояния данного суб'екта, она вовсе не только «внутренняя этика», по определению Канта, но и бывает часто внешнею, позитивною. И, поэтому, если мы повсюду встречаемся с внешними образцами, кодексами или «сводами» в области права, то мы значительно реже и в меньшем об'еме, но все же встречаемся также с образцами и кодексами нравственности. Но в то время, как для права, как этики двусторонней, императивно-аттрибутивной, образец поведения прямо необходим в интересах урегулирования отношений, кодекс нравственный имеет не столько практически-регулятивный характер, сколько значение воспитательное, педагогическое. Помимо того, самая выработка шаблона норм в праве легче, нежели в нравственности, ибо в праве отношения людей более типичны и чаще повторяются. В силу двойственного характера своего, право легче приспосабливается к общественным (экономическим, производственным, распределительным, политическим и т. д.) отношениям: налагая обязанности и притязания, право как бы по самому психологически-техническому существу своему предназначено к регулировке необходимейших сторон общественной жизни, не терпящих лишь односторонней регулировки путем наложения одних только обязанностей. Поэтому все необходимые отношения, в которые люди вступают друг к другу, облекаются в правовые формы. Все же прочие, так сказать дополнительные отношения между людьми, поскольку они устанавливают связь между ними в области чисто-индивидуальных отношений, лежащих вне плоскости удовлетворения первейших нужд и регулировки основ общества, регулируются нравственностью. Здесь достаточно т. ск. односторонняя рекомендация поведения. Шаблон норм в области нравственности представляет поэтому как бы уже нечто дополнительное, эти нормы не должны быть необходимо соблюдены, согласно строгой букве нормы, здесь веления не подразумевают точного исполнения и буквенного послушания.

С этими оговорками мы можем принять учение о праве как об этическом минимуме, обоснованное русским философом Вл. Соловьевым и немецким государствоведом Г. Иеллинеком.

8. Отношение права и нравственности к суду.

Двусторонняя природа права включает в себе возможность спора о праве, это есть оборотная сторона притязательного характера права. В нравственности, где притязания нет, не существует и тенденции к суду. Евангельское «не судите» есть типично-нравственное веление, ибо здесь не существует спора о пределах исполнения долженствования; не обладая точностью права, не стремясь к созданию шаблона норм (кодекса), не возбуждая каких-либо одиозных чувств в случае неисполнения предписанного, нравственность не может дать почву для суда. Основною добродетелью нравственности остается благоволение, между тем как право требует, наоборот, воинственности, а подчас и зловоления, необходимых в «борьбе за право». Право остается без суда как бы бездейственным. Состояние бессудности есть поэтому состояние бесправия.

Всякий, кто переживает известное доставление (поведения, вещей и т. д.), как нечто причитающееся ему по праву, стремится в случае отказа со стороны обязанного, отстоять это право, д о к а з а т ь его перед судом. В виду точности правовых обязанностей это легко возможно. В основе привлечения к суду лежит столь же психологическая суть правового притязания, как и общественная необходимость. Недоказуемое перед судом притязание лишено своей силы. Все притязания и обязанности правового характера получают обеспечение своей действенности через посредство суда, который кладет в основание своей деятельности тот или иной шаблон норм (обычай, прецедент, закон и т. д.). Суду ведомы все способы доказательства права и он вырабатывает все необходимые формальности, по каким следует вести перед ним спор о праве (процессуальные правила: нормы уголовного или гражданского судопроизводства, см. ниже § 10 разд. 9). Шаблоны норм и основы судопроизводства уже на довольно ранних ступенях развития права достигают большой дробности и сложности, многочисленные формальности осложняют самый процесс. Это осложняющее судопроизводство на первых порах необходимое в общественных интересах, а именно в целях избежения самоуправства и чисто-инди-

видуальной расправы кредитора с должником и пострадавшего (или его родственников) с виновным, все более и более превращает дело правосудия в специальность определенной группы людей (судей, старейшин и т. д.). Прочие члены общества перестают знать все право, оно становится достоянием немногих, между тем как большинство населения знакомится с правом лишь через посредство приговоров суда и судебной практики.

Психологическая сущность права и общественная потребность замирения междучеловеческих отношений в одинаковой степени приводят к необходимости создания суда, где третье незаинтересованное в правовом споре лицо разрешает возникшие разногласия о наличии и размерах права или обязанности. Раз произнесенный приговор суда навсегда разрешает спор о праве и дальнейшему оспариванию не подлежит. „Res judicata pro veritate habetur" — вынесенный приговор почитается истиною. Никакие дальнейшие споры по этому поводу не допускаются.

Все это настолько сближает в сознании людей понятия суда и права, что во многих языках даже самые понятия суда и права либо совпадают, либо очень близки по своему словесному обозначению. Таково, напр. древне-еврейское слово mischpath (обозначающее право и суд), русские слова правеж (судебный процесс) и право, Gericht und Recht, латышские слова tiesa (суд) и tiesiba (право) и т. д.

Шаблон норм и суд являются двумя орудиями, способствующими уточнению права. Шаблон норм (кодекс) уточняет право таким образом, что он пытается установить наперед дедуктивным способом все возможные будущие случаи взаимоотношения права и обязанностей между людьми, суд же должен приступить к уточнению права индуктивным способом, на основании уже происшедших случаев, требующих своего правового разрешения. Но оба эти орудия восполняют одно другое. Исторически следует мыслить первым орудием суд, как более простое и так сказать естественное орудие уточнения права. Двое спорят о том, что кому принадлежит и в каком об'еме, судья решает, т. е. присуждает одному и отказывает другому. Почему тот, кто вследствие решения суда чего-то лишился все же

считает, что судья не причинил ему «ущерба», не отнял у него чего-то, что ему причиталось? Потому что исходная предпосылка судоговорения та, что судья — третий незаинтересованный — решает «по праву» (предполагается, конечно тот суд, по отношению к которому стороны питают правовое доверие). Накопление таких решений, в которых непременно оказывались «правыми» то обвинитель, то обвиняемый, то истец, то ответчик, дает возможность некоторых основных выводов, главным из коих служит тот, что суд в деле, подобном предыдущим, откажет той же стороне, которой он раньше отказал и присудит той, которой он бы прежде присудил, то есть, что решения суда *единообразны*. Таким чисто опытным путем, путем наслаивающейся судебной практики, вырабатываются некоторые общие *отвлеченные* правила, которым руководится суд, не взирая на отдельных лиц. Эти отвлеченные правила и составляют главную суть будущих законов и норм. Эти правила, отливаясь в писанные формы, приобретают характер писанного права. На этой стадии развития суд, как способ уточнения права, порождает шаблон норм как второе орудие.

Во время существования шаблона норм самое функционирование суда становится уже иным, суд больше не должен разбирать самую так сказать конкретную сущность отдельного случая, он только должен искать в данном случае тот «состав», который его уподобляет другим, предусмотренным в обычае, законе (шаблоне) и т. д., случаям и подвести данный спор под ту или иную общую норму. Он ищет в отдельном случае не то, что только *ему* свойственно, а только то, что свойственно *ряду* случаев. Другими словами, суд, отправляемый на основах закона, делается более формальным и менее индуктивным, менее считающимся с отдельной особенностью случая, чем первичный суд, еще не знающий шаблона норм, как своей основы. Такой формальный суд весьма долго определял собою судьбы правосудия и только в последнее время чисто-подзаконный суд начинает переходить к синтезу, когда судья (суд) может вынести решение и не укладывающееся в рамки закона. Вера в шаблон норм (закон), как единственный способ уточнения — а, следовательно, обезпечения прочности — права сменилась

пониманием того, что судья может выступать и в дополнение и даже в исправление закона. Дедукция шаблона норм должна дополняться индукцией судоговорения.

В суде громадное значение имеет соблюдение известных ф о р м. Так наз. судебный процесс снабжен целым рядом сменяющих одна другую формальностей, служащих обеспечением получения точного и бесспорного судебного решения. Таким образом судоговорение связано не только определенным количеством норм права — материальным правом, — но и правилами формальными. Уже в древние

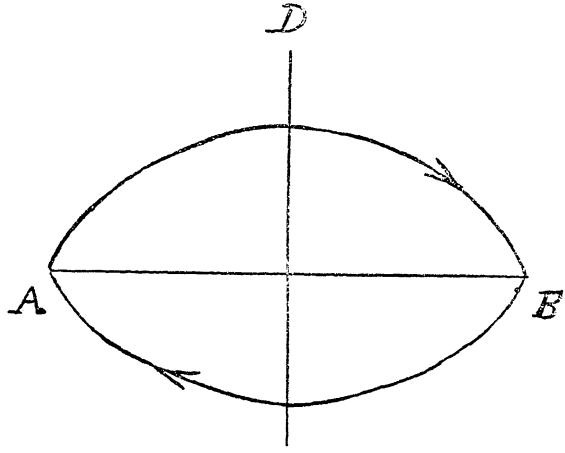


Рис. 5.

времена суд носил формальный характер, что особенно ярко отражается на римском праве и на еврейском средневековом праве.

Но во всяком суде остается символически закрепленным характер б о р ь б ы двух сторон, состязания в борьбе за право, т я ж б а, остается обычною формою суда не только в гражданских, но и в публично-правовых спорах. Характерен в этом смысле напр. формулярный процесс в римском праве: формальное действие процесса не может быть повторено, как впрочем и в древне-германском процессе, где действовало основное правило: „ein Mann ein Wort“, т. е. произнесенное слово не может быть ни взято обратно, ни повторено и ни исправлено, кто оговорился,

тот проиграл. Ошибочная формула влечет за собою потерю процесса. Но основною целью такого формального процесса оставалось формулировка спора для целей решения его судьею. Формулы судоговорения оставались неподвижными только для того, чтобы с тем лучшим успехом так ск. автоматически добиться уточнения права для каждого данного случая.

Что же касается непосредственной символики суда, то он обычно рисуется как нечто третье, стоящее вне и над спорящими сторонами и разрешающее их взаимоотношения и уравновешивающее отношение между людьми. Это уравновешивание обычно выражается в виде нахождения середины, разрешающей спор (см. рис. 5). Аристотель об'ясняет и самые греческие названия справедливого dikaion и судьи-dikastes (D) от деления на две части (dixa) такое же значение имеет и символика весов правосудия, где две стороны, A и B (или соответственные притязания и обязанности) рисуются как противостоящие одна другой две чашки весов.

§ 5. Сущность права.

Обрисованные нами выше тенденции права, как особой ветви этики в отличие от нравственности дают нам в своей совокупности достаточно точное представление о сущности права. Анализируя эти отдельные тенденции мы можем отметить, что теории авторов, усматривающих в праве какую-нибудь одну господствующую черту — так, напр. теория принуждения — никогда не охватывают всей сущности права, а лишь одну черту, отдельную тенденцию, которая остается верной именно только в качестве отдельной тенденции или свойства, но которая сразу превращается в неправильное обобщение, как только в этом одном свойстве усматривают сущность всего явления права.

И раньше, до развития психологической теории права Петражицкого, право часто сводилось на психологическую почву, но никогда такое обращение к психике не шло дальше основных програмных тезисов, которые не подвергались дальнейшей частной обработке. Психологическая

природа права выдвигалась издавна полемически против теории принуждения, против государственной теории права, пытавшихся сводить право к силе или к государственной власти как к первоосновам права. В противовес этому выдвигался внутренний суб'ективный момент в праве, не зависящий от внешних моментов принуждения, власти и т. д. Всякое оспаривание и ослабление догматического позитивизма, связанного с учением о первенстве государства, как источника правотворчества, должно было приводить к некоторому противопоставлению властным об'ективным моментам внутренних психологических. Эта реакция против шпостазирования (обоготворения) позитивного, оффициального права, снабженного государственной (властной) санкцией, как единственно возможного права, могла начаться только с установления отрицательных тезисов. Историческим в этом смысле был тезис Отто Гирке, провозглашенный им в эпоху расцвета юридического позитивизма, в 1874 г. в работе: „Die Grundbegriffe des Staatsrechts": «для понятия права безразлично, имеются ли в распоряжении права внешние средства власти, даже и бессильное, нарушенное право все же остается правом». Уже в этом тезисе скрывалось утверждение, что психика людей, а не внешние властные моменты, создает право. По пути дальнейшего отрицания внешних моментов и замены их сознанием, психикой подвластных шла почти вся русская школа теории права (во главе с Коркуновым), но полное положительное развитие и обоснование этот взгляд получил именно в выше обрисованной теории Петражицкого.

Именно то обстоятельство, что эта теория причинно устанавливает примиримость права с принуждением, преобладание доставления над моментами суб'ективными, — намерениями, мотивами, нормативность права, его несвязанность с данным индивидом, возможность представительства и т. д., все эти тенденции и свойства, именно благодаря известному психологическому анализу, сразу раскрыли нам право, как такой регулятор поведения, который в неизмеримо большей степени приспособлен к общественному, внешнему функционированию, чем нравственность. Раскрытие психической сущности права показывает, что именно право лучше всего способно стать основным ры-

чагом активного поведения человека в его «общественном состоянии». Не показательно ли, что именно эта внешняя форма права, его организационная роль, его облеченность в форму законов, государственных норм и кодексов, как бы заслоняла внутреннюю реальность права как явления и именно только психологический анализ, — сопровождаемый интроспекцией и методами, совершенно непривычным и для школьной юриспруденции, — мог причинно об'яснить то, что раньше или воспринималось автоматически, как нечто готовое, созданное государством, властью, начальством и т. д. или же толковалось догматически и нормативно.

Нельзя оспаривать того, что в отдельных теориях или у некоторых авторов при исследовании сущности права попадались отдельные гениальные догадки, раскрывались особые стороны или свойства явления права, но недоставало соединяющей нити, могущей поставить эти догадки в стройную систему.

С другой стороны отдельные догадки, напоминающие те утверждения, которые выставлены психологической теорией, еще не означают, что в них, в этих догадках, заключается все содержание этой теории. На удачу выхватим только два примера, число их можно было бы произвольно увеличить. Радбрух говорит: «нравственность не знает никаких притязаний, а только — обязанности . . .» в правовых же отношениях «обязанность одного существует лишь из-за права другого: должник должен платить потому, что заимодавец вправе требовать».[1]) Дель Веккио аналогично утверждает: «как только где-либо имеется соответствие между притязанием с одной стороны и обязанностью с другой стороны перед нами несомненно область права».[2]) Эти два сами по себе правильных утверждения ни в малейшей мере не предвосхищают и не включают в себе учение о двусторонней императивно-аттрибутивной природе права и односторонней императивной природе нравственности. Эти оторванные и разроз-

---

[1]) G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft.

[2]) G. del Vecchio, Über die Staatlichkeit des Rechts, Ztschr. f. öff. Recht, 1929, B. VIII.

ненные утверждения бессознательно эмпиричны и не обладают никакой научной ценностью до тех пор, покуда они не введены в общую цепь научного исследования существа права.

Единственная теория, которая об'единяет сущность права с отдельными его признаками, с отдельными формами и функциями проявления права это психологическая теория Петражицкого. На самом деле. Через всю новейшую «школу чистого права» проходит желание математизировать юриспруденцию. К сожалению, это вполне понятное стремление об'единилось вокруг противоставления сущего должному. Абстрагирование, отвлечение в области должного, как мы выше видели (см. выше глава о нормативизме), зашло так далеко, что форма или норма лишилась всякого содержания, что исчезла разница между публичным и частным правом, между правом и государством. Но что, пожалуй, еще важнее это то, что нормативизм настолько выпотрошил всякое содержание из права, что никакая ад'ективация, никакое качествование, не приложимо больше к этому праву. Если поэтому Кельзен говорит, что теория права может быть только теорией положительного (позитивного) права,[1]) то позволительно спросить: возможно ли вообще методами нормативизма открыть, что такое позитивное право, в отличие от какого либо другого права. Как можно установить, что право позитивно, не выходя их пределов долженствования нормативно очищенного от всякого содержания, от всякой реальности?

Из самой нормы нельзя почерпнуть ее позитивность. Выхолощенная и внутренне пустая норма, сведенная к форме,[2]) совершенно не в состоянии служить основой науки права, дать основу для дальнейших подразделений и различений. На этой почве возможны только противоставления: 1) должного сущему; 2) права, как формы, хозяйству — как содержанию. Но ни организационной, ни распределительной функции права этот чистый нормативизм ничего дать не может. Если нормативизм постоянно

---

[1]) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, предисловие.

[2]) Петражицкий, Г. I., стр. 85.

опирается на положительность права, на его действование, то он, однако, без заимствования из мира бытия не в состоянии различать различное действование права. Это течение может только декларировать, что право действует, но оно совершенно неспособно дать основные предпосылки различения правового действования и это в такой сильной степени, что в терминах нормативизма право отождествляется с государством, публичное с частным правом, развитие исключается, история права ускользает из поля зрения, а всякий вопрос реальности об'является метаюридическим, — т. е. внеправовым.

В отличие от этого сущность права с точки зрения развитой здесь психологической теории права переносится в область реального, сущего, с тем, однако, что эта реальность об'ясняет пути и способы мотивирования и нормирования людей в обществе, между тем как формы и нормы нормативизма ничто не формируют и не нормируют, они беспредметны как философские категории. Проблема долженствования (мотивирование плюс нормирование поведения людей) совершенно необ'яснима в терминах нормативизма и догматизма, только психологическая теория в состоянии перекинуть мост между бытием нормы и ее восприятием как категории долженствования. Обычные упреки нормативистов и догматиков, что никакая психология права невозможна, ибо эта последняя есть будто бы только психологическое представление о правовых нормах, ничего общего с самыми нормами не имеющее, могли бы быть повернуты против самих нормативистов: их категория «долженствования» в большинстве случаев есть только ипостазирование того связывающего свободу психологического переживания права, с которым мы выше познакомились, из которого, как из констатации, из голого установления, никаких дальнейших познавательных следствий не вытекает, ибо такое обожествленное качество долженствования исключает об'яснение (экспликацию), как социологию, подлежащую изгнанию из науки права.

«Под правом в смысле особого класса реальных феноменов» — Петражицкий разумеет — «те этические переживания, эмоции которых имеют аттрибутивный харак-

тер».[1]) Все прочие этические переживания с чисто императивными моторными возбуждениями суть явления нравственности. Конечно, это понятие права не может заменить обычное определение права, которое дается юристами для целей непосредственного раз'яснения того, что они понимают под правом. Прежде всего это психологическое определение права гораздо шире того, что обычно понимается под правом.

Такое психологическое понятие права охватывает и те виды права, которые весьма отличны от обычно признаваемого в данном государстве права, сюда, напр., войдут правовые переживания и представления отдельных групп, сословий и кружков и нормы, порождаемые представлениями. Сюда войдут большинство тех правил, которые в ряде учебников обычно называются конвенциональными правилами и которые в качестве третьяго вида фигурируют рядом с обычными видами этики: правом и нравственностью. С точки зрения изложенной психологической теории нет особого вида этики вроде «конвенциональных» правил, они относятся к праву, если они снабжены двусторонним императивно-аттрибутивным характером, либо к нравственности. Правила вежливости, почитания, отношения друзей или возлюбленных между собою, признание в данном обществе и иногда изложенные и кодифицированные в курсах хорошего тона с точки зрения психологической реальности несомненно могут быть отнесены к широкому кругу права (а иногда и к нравственности).

Отнесение права к реальным психологическим явлениям упомянутого выше характера раскрывает нам сущность права во всем его об'еме. Так понятое право включает в себя более или менее удачно схваченные отличия, установленные в науке еще до разработки теории Петражицкого, дает как мы видели полную картину права и его отличия от нравственности, поглощает ошибочно вы-

---

[1]) Это, впрочем, относится и к новейшему марксистско-кантианскому взгляду Е. Пашуканиса (Общая теория права и марксизм, Москва 1928), заменяющего обычное ученье о надстройках учением о праве, как универсальной форме (ср. выше, § 1, разд. 3).

ставленные виды этики (вроде конвенциональных правил) и, как ниже увидим, дает реальное об'яснение тех различений, которые до сих пор делались в практической юриспруденции, но не находили об'яснения в теории, как, отличие между об'ективным и суб'ективным, частным и публичным, положительным и естественным правом. Нормативизм ныне страдает дальтонизмом по отношению к различным проблемам этой категории, между тем как психологическая теория аттрибутивности права, несмотря на свою на первый взгляд расплывчатость и большой об'ем понятия оказывается более приспособленной к точным ответам на проблемы научно-правовой классификации, чем нормативизм, который на первый взгляд как будто ближе к юриспруденции.

Обычная школьная механика и элементарная физика могут пренебречь всеми построениями теории относительности, важными при планетарных вычислениях, выводы этой теории не сказываются на теоремах повседневной механики. Быть может нечто подобное можно сказать и относительно психологической теории аттрибутивности права. Для практического повседневного применения юриспруденции несущественно установить психологическое основоположение и классификационное различение этой теории, но для установления сущности права никакая другая теория права не в состоянии была дать более точный и исчерпывающий ответ.

ГЛАВА III.

Виды права.

§ 6. Об'ективное и суб'ективное право.

Обыкновенно о праве говорят в двух смыслах. Эти два смысла лучше всего могут быть выяснены на конкретных примерах. В положении «никто не может отговариваться незнанием п р а в а» (Error juris semper nocet), право означает совокупность всех тех велений (норм), которые в данном обществе считаются правовыми, независимо от того, кому это право (нормы) предоставляет права или на кого возлагаются обязанности. Право здесь понимается как нечто, существующее независимо от отдельных суб'ектов, приписывающих себе те или иные права. Если же мы возьмем другой пример: «избирательным правом пользуются лица, достигшие 21 года», то здесь «право» означает определенное притязание суб'екта, могущее быть пред'явленным им к государству.

На основе этого различия и возникают обычно два основных вида права: право в о б' е к т и в н о м смысле, как совокупность норм, действующих в данном государстве и право в с у б' е к т и в н о м смысле, как п р и т я з а н и е, которое (на основании права) принадлежит тому или иному суб'екту.

Право в об'ективном смысле рисуется обычно как некий образ поведения, предусмотренный для всевозможных случаев, в которых вообще возникает вопрос о том, как полагается поступить «по праву». Право (или, выражаясь старым русским словом, «правда») в этом смысле есть нечто отвлеченное от отдельного правопритязания или обязанности, но оно несомненно существует и его в отдельных поступках (или помышлениях) можно соблюдать или нарушать.

В связи с отличием права в суб'ективном и об'ективном смысле часто поднимается вопрос, какой из этих двух видов права предшествует другому. Так напр. Коркунов[1]) утверждает, что суб'ективное право исторически предшествует об'ективному праву, хотя вообще говоря, суб'ективная сторона представляется обусловленною об'ективною стороною права, другие, наоборот, утверждают, что об'ективное право предшествует суб'ективному. По нашему мнению спор этот по существу дела основан на непонимании сущности права. На самом деле: всякое правопритязание носит суб'ективно-правовой характер постольку, поскольку обязанному суб'екту противостоит притязающий, либо в действительности, либо в воображении. В этом смысле всякое право «суб'ективно». Но в громадном количестве случаев это суб'ективное право опирается на какое-нибудь основание законного, обычного, религиозного или др. представляемого вне суб'екта права. Это-то вне-суб'ективное право в своей сумме, т. е. в общей совокупности регулируемого им поведения, составляет об'ективное право, реальность коего не может подлежать никакому спору. Реальность его выражается в определении воли людей, составляющих данное правовое общение. Эта реальность в последнем счете опирается на действительность правовых переживаний суб'екта, с его правообязанностями и правопритязаниями, но она не может быть атомизирована и разложена на отдельные частичные реальности каждого отдельного правового казуса. Ибо реальность об'ективного права шире действительности отдельного правоотношения: об'ективное право может часто стимулировать и порождать суб'ективное право. Там, где создается новое право, ранее не существовавшее, порождается целый ряд суб'ективных прав основывающихся на нем. Таковы отмена крепостного права, введение конституционно-представительного строя, порождающие ряд новых, ранее не существовавших суб'ективных прав. С другой стороны на почве фактически упражняемого и осуществляемого суб'ективного права вырастает позднейшее об'ективное право.

---

[1]) Н. М. Коркунов, Лекции по общей теории права, Изд. 1908, стр. 119.

В общем оба эти понятия: об'ективное и суб'ективное право соотносительны: отдельное психологически существующее правопритязание А к Б превращается в суб'ективное право лица А к лицу Б только с точки зрения об'ективного права, с другой стороны об'ективное право не имеет реальности вне обусловливаемого им правового поведения индивидов. Такое понимание реальности об'ективного права является в сущности основным отличием нормативного понимания от понимания социально-психологического.

С этой точки зрения теряет свой смысл учение о примате или историческом предшествовании об'ективного права суб'ективному. Если не превращать этот вопрос в вопрос о том, «что появилось раньше: курица или яйцо?», то вопрос о первичности здесь быть не может. Об'ективное право в известной степени отражает характер долженствования, самой предписанности поступков. В об'ективном праве находит свое воплощение стремление к упорядочению отношений между людьми на основании особых их отношений друг к другу. В этом смысле мы можем утверждать, что различение об'ективного и суб'ективного возможно не только в области права, но и в области нравственности: и здесь мы можем различать об'ективное и суб'ективное проявление. Об'ективная нравственность об'емлет собою то, что полагается на основании нравственных правил, суб'ективная нравственность указывает мне, как следует поступить в том или другом случае. Что и в нравственности и в праве об'ективное долженствование может проявиться весьма интенсивно в психологии масс лучше всего доказывается особыми глагольными формами некоторых языков, которые можно было бы назвать долженствовательными наклонениями, такова напр. особая глагольная форма в латышском языке, которая выражается в приставке „ja" к глаголу, эта приставка превращает действие, обозначаемое глаголом в долженствующее быть совершенным, напр.: braukt — ехать, jabrauc — следует ехать. Причем эта форма может употребляться совершенно безлично, так сказать об'ективно «следует взять» в смысле «полагается взять» — здесь выражается долженствование, которое может, правда, иногда проистечь и от принуждения внешнего

физического, а не только от принуждения внутреннего, вызванного психологическим переживанием обязанности. Если эту форму желают обратить к отдельной личности, то к ней прибавляется личное местоимение: «мне» (man), «тебе» (tevim) и т. д.: man jaņem, «мне следует взять» и т. д. В других языках то же долженствовательное (дебитивное) наклонение выражается в других внешних формах конечными приставками [1]) (отчасти латинское gerundivum) и т. д., в древне-еврейском употребляются приставки: «на мне», «на тебе» и т. д., «мне следует итти» выражается в форме: «на мне итти», т. е. на мне (лежит тяжесть) итти.

Нормативизм в теории права, главным образом, опирается на том, что он при изучении сущности права обращает внимание на право в об'ективном смысле (и на нравственность в том же смысле), рассматривая об'ективное право как производное. Долженствовательный характер правового переживания переносится на отдельные внешние выражения (нормы) права и в долженствовании усматривается единственный отличительный признак права. Это долженствование иногда еще получает название действования (das Gelten) и единственно-существующим почитается только это действующее право [2]). При этом нормативисты забывают, что долженствование в той же мере присуще и нравственности, вернее, нравственным переживаниям, да и вообще всем этическим переживаниям. Если отличительный признак права перенести на долженствование, которое есть не что иное как перевод на кантианский философский язык — характера всякого этического переживания, как переживания стеснения сво-

---

[1]) См. мою статью в латвийском журнале мин-ва юстиции Tieslietu Min. Vēstn. № 10/11 за 1927 год: „Latviešu debitivais moduss no tiesību teorijas viedokļa." (Латвийское долженствовательное наклонение с точки зрения теории права.)

[2]) Русское слово действовать не вполне передаетъ нормативный характер понятия gelten, ибо для обычного обозначения (технического) действования в немецком языке существует понятие wirken. Что же касается понятия gelten и geltendes Recht мы его переводим словами „действовать", „действующее право" и во всей книге это действование понимаем в этически нормативирующем смысле.

боды, то нельзя найти отличие между правом и нравственностью.

Поэтому не случайно то обстоятельство, что у нормативистов не существует отличие между правом и нравственностью, момент долженствования присущ обоим видам этики, отличительные признаки ищутся только во внешних производных моментах: так, напр., право считается со времен Канта гетерономной (внешней) этикою, — нравственность — автономною (внутренней). К этой же категории внешних привходящих различений можно отнести изображение права этическим минимумом. Об'ективное право получило преобладание во всем учении нормативистов и при том в такой сильной степени, что суб'ективное право, как притязание и особенно как нечто переживаемое, совершенно отступило на задний план; оно — выступает лишь как проявление об'ективного права. По крайней мере всякое суб'ективное право мыслится опирающимся на об'ективном праве, на основании того или иного параграфа или статьи действующего закона. Суб'ективное право потому уже должно почитаться у нормативистов чем-то второстепенным, что оно не находит своего выражения в виде общей нормы, суб'ективное право выступает как отдельный казус и вывод, как и с к, опирающийся на об'ективно-позитивном действующем праве. И именно это исковое представление о праве родит и приближает отвлеченный философский нормативизм с самым обычным практическим подходом к праву со стороны практиков повседневного правооборота.

1. Нормы права и их виды.

Мы уже видели, что с о д е р ж а н и е права чрезвычайно богато и что оно меняется во времени и по месту. Поэтому все то, ч т о предписывается правом, никогда не может стать основанием к установлению того, к а к предписывает право, из содержания предписываемого нельзя заключить о сущности права и его своеобразном характере. Но во всяком случае ясно, что при переживании предписанного правом имеются одновременно и представление, что предписываемое есть нечто, что так или иначе упорядочивает происходящее. Об'ективное

право в этом смысле подходит к непосредственной данности поступков как нечто исправляющее или отменяющее; как повелевающее или запрещающее, словом, как направляющее. В этом представлении права как направляющего начала или регулятора скрыта основная отличительная черта об'ективного права.

Из этого представления права как направляющего начала рождается и понятие нормы, как особого веления, путем которого право выступает во вне. Право выступает во вне своими нормами или велениями.

В этих нормах как бы выражается морфологически постоянные соотношения людей между собою. Безчисленное многообразие тех правовых и вообще этических отношений, в которых люди вступают друг к другу, не может быть воспринято во всей полноте своего содержания, ибо в таких случаях индивид не знал бы, как ему поступить. Для надлежащего и постоянного регулирования поступков должны быть выработаны определенные прообразы поведения, отливающиеся в форму велений. Веления эти как бы материализуются и фетишизируются, они приходят извне к людям: они стоят над нами. Этот характер норм вполне сходится с тем переживанием стеснения свободы, которое вообще свойственно всяким этическим переживаниям (ср. выше).

Что нормы не ведут самостоятельного реального существования, было показано в блестящей форме проф. Петражицким. Реальна не норма, а те переживания правового свойства, которые переживаются в связи с той или иной нормой. Повелевает не сама норма, как это наивно представляет себе примитивное понимание, а лишь тот прообраз поведения, который выработался в данной обстановке по данному кругу поступков. Впрочем, эти наивные представления продолжают жить и в современной науке права; в особенно сильной степени проникнутой нормативизмом (ср. выше). Так, напр., Коркунов говорит о юридических нормах: «они всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано» [1]). В противовес этому Петражицкий говорит, что «правовые

[1]) Коркунов, Лекции по общей теории права. Изд. 1908. Стр. 120.

нормы, как и все прочие нормы, представляют эмоциональные фантазмы» [1]), т. е. нечто, не существующее реально вне нас, а лишь являющееся отражением особого мистически-авторитетного характера этических переживаний, свойственных в особенности праву.

Вообще время появления н о р м, даже и как проекций, не совпадает с появлением права. Мы можем себе мыслить право без существования правовых норм. На первых порах притязательная (аттрибутивная) сторона права требует удовлетворения и может получить его б е з существования норм. А именно, путем судебного решения. Мы уже выше видели, что право непосредственно связано с явлением суда. Но суд может творить «правосудие» и без каких бы то ни было норм. Мы привыкли к современному суду, выносящему свои приговоры на основании такой-то статьи того или другого кодекса. Но в первичном состоянии суда, от него ожидается справедливое решение, а будет ли это основано на какой-либо норме или будет оно найдено в результате рассмотрения данного случая без какой-либо нормы [2]) — это совершенно безразлично. Мало того. На первичных стадиях развития суд обычно творится вне всякой зависимости от норм и только в результате чрезвычайно длительной судебной практики из сложения ряда приговоров и решений, вынесенных по поводу аналогичных случаев, мало-помалу складываются те или другие нормы. Таковым до сих пор осталось англо-саксонское право, целиком построенное на прецедентах (т. е. прежних решениях). Ни для кого, впрочем, не тайна, что и теперь там, где имеется весьма разработанные нормы, весьма часто судья (или суд) сперва находит правильное решение, а потом пытается его обосновать той или иной статьей (нормой) права. Вот почему в сущности только исторически сложившийся нынешний правопорядок большинства государств континента Европы, где судоговорение и право покоятся на большом количестве норм, из которых путем такого или иного толкования по-

---

[1]) Теория права Т. 2, стр. 330.

[2]) Ср. поучительную книгу E. Ehrlich, Die juristische Logik, 1918, стр. 4 и сл.

лучается ответ для того или иного судебного казуса, — только этот фактически существующий порядок заставил современную юриспруденцию (а с ней и теорию права) особенно сильно уверовать в нормы, как необходимые предпосылки права или даже изобразить право, как сумму этих норм. Что нормы права не являются прямою необходимостью, видно из того, что так наз. движение свободного права в наши дни требовало суда не только praeter legem, но даже и contra legem (против закона) и что втечение четырех лет до введения определенного, да и то весьма примитивного кодекса — судоговорение в Советской России происходило на основании «революционного правосознания», а не на точном основании закона. Конечно, такое пренебрежение нормами может пройти сравнительно безболезненно только там, где нет существенного расхождения в определении того, что полагается по праву и где должное приобрело прочное и давнишнее признание в жизни (как в Англии и отчасти Скандинавии).

Но как бы то ни было, мы можем мыслить право и без норм, как каких бы то ни было реально существующих велений и запретов. Да они реально и не существуют так, как себе это представляет нормативистическая школа в юриспруденции, т. е. как некие сами по себе «действующие» (geltende) положения, навязывающие определенное долженствование. Мы можем себе представить право, «действующее» сплошь, не через посредство своих норм. Лишь долгая эволюция современного состояния права, в котором уже в весьма сильной степени оказала свое влияние унификационная тенденция права (ср. выше) мешает нам спять исторические наслоения и увидеть право в его так наз. без-норменном состоянии, когда еще не существовало ни кодексов, ни даже сборников судебных решений, которые потом служили «основанием» («источником») дальнейшего правотворчества.

Самое важное действие права — мотивационное — вызывалось и вызывается не через посредство норм, а в силу самого эмоционального переживания права. А это эмоциональное переживание права, вызывающее определенное поведение — доставление, воздержание и т. д. — вовсе не нуждается в нормах. В прежнем безнорменном состоянии права отдельные поступки могли еще сильнее

регулироваться, нежели при развитом состоянии нынешнего права и науки права. Унификационная тенденция и мистический характер права породили представление о нормах, регулирующих долженствование. Реально же нормы права не существуют, то же, что ныне в науке называется нормами права, это не что иное, как рационалистическое изображение желательного для данного правопорядка поведения. Само существование (писанных) норм облегчает нам процесс п о з н а н и я права, но само по себе оно свидетельствует уже о некотором осложненном по сравнению с первым стихийным (безнорменным) состоянием права, когда надлежащего поведения следует добиваться не только непосредственным переживанием права, с приписыванием кому-либо определенных притязаний и обязанностей, а внешним подсобным закреплением того, что следует делать в виде норм с тем, чтобы целый ряд членов общества мог не переживать, а у з н а т ь, что есть обязанность и что притязание.

Впрочем, для нас спор о реальности норм не может играть решающей роли в изучении классификации норм. Отнесшись критически к характеру норм и беря их не в их наивном реалистическом-нормативном освещении, а в виде внешних подсобных выражений права, как регулятора поведения, мы можем приступить к рассмотрению обычных видов норм. Ибо, при изучении видов норм, мы лучше всего откроем тот морфологический их характер, который вскрывает механику права, как регулятора человеческого поведения.

Самым древним делением норм будет деление их на два вида: 1) в е л е н и я или нормы делания и 2) з а п р е т ы или нормы неделания. Таково деление римского и древне-еврейского права. Первый вид норм предписывает совершить какие-либо положительные действия по-еврейски: веления «д е л а й» mizvoth asse или у римлян: jussa; вторые предписывают не совершить какого-либо положительного действия, у евреев эти нормы именуются mizvoth lo taasse, «не делай», у римлян»: vetita. Если мы возьмем первобытные кодексы с их нормами, то мы их все сможем уложить в эту классификацию, особенно типичен в этом отношении, напр., декалог (десять заповедей).

Это двоякое деление оказывается, однако, непригодным для современного права. Ибо современное право не может в своих нормах ограничиться только пусканием в ход и торможением. Таким простым регулятором поведения право могло быть в том обществе, где членов общества приходится либо только понуждать к одним определенным действиям или же удерживать их от других.

В этом смысле весьма характерны некоторые старые системы права. Так, напр., по еврейскому праву не только самые нормы-веления, но поступки людей делятся на две категории. Категория положительная, т. е. поступки совершенные согласно велениям: «делай» и категория отрицательная, поступки (вернее проступки), совершены вопреки велениям «не делай». Здесь происходит некое отождествление нормы-веления с самим поступком и поэтому человек, совершивший, что-либо согласно нормам, «совершил норму» («сделал мицву»), а человек, преступивший определенное веление, совершил преступление, «сделал аверу».

Чем более развивается общество, тем меньше оно может ограничиваться одним и лишь запретами и велениями. Если прежде область, остающаяся за пределами велений и запретов, являлась областью фактической свободы или неурегулированности, то с течением времени эта свобода, это предоставление, становится предметом юридической регулировки. Так, напр., приобретение вещей и пользование ими только на первых порах является неурегулированным, юридически-безразличными и только с течением времени это фактическое обладание и распоряжение превращается в п р а в о с о б с т в е н н о с т и как сфера свободного выявления поведения собственника. То же относится, напр., к свободе слова, печати и собраний. Таким образом, предоставление становится предметом особых т. наз. п р е д о с т а в и т е л ь н ы х или дозволительных норм, таковы, напр., нормы о предоставлении господину отпускать рабов на свободу, употреблять или злоупотреблять принадлежащей ему вещью, распоряжаться своим имуществом на случай смерти. Сюда же относятся и нормы о праве граждан собираться и высказывать свободно свои мнения и убеждения и т. д. Вот пример предоставительной нормы: «По праву полной соб-

ственности на землю владелец ее имеет право на все произведения на поверхности ее, на все, что заключается в недрах ее, на воды, в пределах ее находящиеся, и, словом, на все ее принадлежности».

Существует еще четвертая категория норм, нормы о п р е д е л и т е л ь н ы е. Эти нормы непосредственно ничего не предписывают, а лишь определяют известные понятия, которые употребляются в других нормах и которые должны быть точно установлены для правильного понимания дальнейших норм и того, что ими предписывается. Так, напр., ст. 1 германского Weingesetz говорит: «вино есть результат брожения виноградной ягоды». Это определение дается не в научных интересах (химии и т. д.), а лишь для того, чтобы дальнейшие нормы, говорящие о разрешении на изготовление вина и т. д., были ясны по содержанию предписываемого ими и чтобы в категорию «вина» не включались другие алкогольные или фруктовые напитки. Сюда же относится норма уголовного права: «преступные деяния, за которые в законе определены, как высшее наказание, смертная казнь, каторга или ссылка на поселение, именуются тяжкими преступлениями» (в отличие от обыкновенных преступлений и проступков), или же нормы, определяющие движимую и недвижимую собственность и т. д.

Чем более развита данная правовая система, т. е. чем больше областей она регулирует, тем большее количество понятий входит в состав норм и тем, следовательно, обширнее число т. наз. «определительных» норм. Новейшим кодексам уголовного и гражданского права предшествует общие или вводные части, почти целиком посвященные определительным нормам. Читая такие нормы, можно прийти к такому заключению, что они вовсе не имеют в виду регулировать поведение. Но при внимательном изучении этих «определений» сразу становится ясным, что они не имеют никакого бытийственного характера, даже и в том случае, если они выражены чисто описательно; напр., «имущества с у т ь (или бывают) недвижимые или движимые», «земли с у т ь населенные и ненаселенные» и т. д. (ст. 385 Св. Зак. т. X. ч. I). Последнее определение несмотря на свой чисто бытийственный характер глубоко отлично от тождественного опреде-

ления в учебнике географии, в последнем случае перед нами действительно суждение о бытии, в первом случае это предложение означает только то, что нормы касательно земель различны в зависимости от двух указанных бытийственных (реальных) качеств, т. е., что они предписывают различное поведение в зависимости от того, населены они или нет.

2. Состав правовых норм.

Различают обыкновенно нормы 1) безусловные (категорические), не содержащие никаких условий, долженствующих быть налицо для возникновения императивно-аттрибутивных отношений и 2) нормы условные (гипотетические), содержащие такие условия. Число безусловных норм в современном праве сравнительно весьма ограничено: таковы нормы «не убий» (если она в данной обстановке является правовой нормой, а не нравственной), «собственность — неприкосновенна» и т. д. Эти нормы, как и условные, могут повелевать что-либо делать, не делать или терпеть. Если мы примем во внимание все вышесказанное об основных свойствах и тенденциях права (в частности стремление права к точности, к суду и т. д.), то не будет подлежать сомнению, что нормы права должны стремиться к точному оговариванию тех условий, при которых норма порождает данные отношения, в противовес нормам нравственности, по существу своему склонным к расплывчивости и потому безусловности. Ниже мы увидим, что среди всех видов права лишь интуитивное право сравнительно богато безусловными нормами, положительное же право, в особенности то, которое облечено в форму законов, весьма бедно безусловными нормами. Подавляющее большинство правовых норм относится к условным, гипотетическим.

Условная норма состоит из двух частей: 1) условия или *гипотезы*, излагающие условия, при которых наступают правовые последствия и 2) *диспозиции* — содержащей это последствие. В норме (§ 27. Кн. II, Тит. I, Институций): «Если вещества двух хозяев смешаны с их согласия, то все тело, происходящее от смешения, есть общая собственность обоих» — гипотеза начи-

нается со слова «если», а диспозиция со слова «то». Это построение нормы совершенно типично. Впрочем слова «если и «то» могут и не быть явно выражены и тем не менее гипотеза и диспозиция могут быть легко распознаны, так, напр., в норме (§ 2. Кн. II. Тит. XII Институций): «Расточитель, которому воспрещено управление его имениями, не может составлять завещания», гипотеза выражена в виде определения, вместо него легко может быть поставлено условное придаточное определение: «если кто-либо об'явлен расточителем и т. д., то и т. д.». Часто, впрочем, диспозиция может быть поставлена и на первом месте, а гипотеза на втором.

В уголовно-правовых нормах гипотеза обычно называется *диспозицией*, а диспозиция *санкцией*. Так, напр., в уголовной норме ст. 581 угол. уложения 1903 г. положение «Виновный в похищении (если кто-либо похитил и т. д. — М. Л.) тайно или открыто движимого имущества с целью присвоения» — есть диспозиция, а предложение: «за (то он за и т. д. — М. Л.) сие воровство наказывается заключением в тюрьме на срок не ниже 3 месяцев» — есть санкция (ср. ниже § 10, уголовное право).

Существует мнение в науке (Иеринг, Коркунов) будто все правовые нормы гипотетичны, ибо не существует будто бы норм, действие которых не было бы ограничено рядом условий. Так, напр., сюда относят даже такую норму, как норму «не убий», которая в действующем праве не принята как безусловная, а обставлена рядом оговорок. Такой взгляд неверен, ибо прежде всего он совершенно отбрасывает все интуитивное право, не ссылающееся ни на какие внешние нормативные факты и склонное устанавливает безусловное долженствование.

С этой точки зрения и стремление права и нравственности к одной «последней» основной аксиоме, действие которой не было бы ничем обусловлено, есть лучшее доказательство существования такого безусловного права или нравственности. Так называемый категорический императив Канта: «поступай так, чтобы максима (норма) твоей воли могла одновременно служить принципом всеобщего законодательства», есть пример безусловной нормы. Эта безусловная норма может быть положена в основание

права или же нравственности. «Почитай отца и мать» — является также нормой безусловной и при том нормой положительного права. В религиозном праве любовь к Богу и почитание его составляют безусловную норму. В положительном праве легче найти безусловные нормы, лишенные гипотез в области так наз. запретов. Запрет подлогов и изнасилования в современном праве являются нормами внегипотетичными.

Проф. Тарановский [1]) считает, что оба мнения — т. е. и мнение относительно отсутствия безусловных (категорических) норм права и обратное мнение относительно наличия таких норм — основаны на неправильном понимании гипотезы юридической нормы и гипотетичности, т. е. предположительности самой этой нормы. Гипотеза, по мнению Тарановского, не имеет в виду ограничить или обусловить самое проявление действенности права или «нравственных принципов в праве», а лишь указать те условия, при которых возникает отношение между двумя лицами, между которыми диспозиция распределяет обязанности и права. Это остроумное возражение Тарановского покоится, однако, на полном отождествлении нормы и гипотезы. На самом деле. Всякая норма, как мы выше видели, отвлекается от конкретных случаев жизни и указывает, в каких случаях наступает правовое последствие. Если мы не будем смотреть на норму наивно-реалистически как на повелительницу, а будем усматривать в ней отвлеченное от конкретных с л у ч а е в правового поведения общее указание (норму) надлежащего будущего поведения, то, конечно, всякая норма, служащая цели регулирования поведения, вместе с тем обусловлена хотя бы только установлением признаков своего вступления в силу. В этом смысле всякая норма, в том числе и категорическая, гипотетична. Но если мы гипотетичность не будем отождествлять с самым существованием норм, то мы сможем понять, что возможны безусловные нормы точно так же, как возможны и безусловные суждения.

Гипотезы различаются по степени определенности. Гипотеза может быть: а) безусловно-определенная, б) неопределенная, в) относительно-определенная. Безусловно-

[1]) Энциклопедия права, стр. 114—115, изд. 1923 г.

определенная гипотеза устанавливает точно те предпосылки, в силу которых наступает правовое следствие, предусмотренное нормой. Так, напр., ст. 1317 Т. Х. ч. I Свода Зак. гласит: «если раздел по причине семейственной вражды и споров между сонаследниками, не будет ими окончен полюбовно в два года, тогда оный производится по законам надлежащим судебным местом», или ст. 1246, Т. Х. ч. I: «Кто в течение десятилетнего срока не явится для получения наследства, тот лишается оного навсегда». Неопределенная гипотеза имеется на лицо в том случае, если сама норма не устанавливает вовсе тех предпосылок, в силу которых наступает правовое последствие, а это делается кем-либо посторонним (чаще всего органом власти) по его усмотрению. Так, напр., ст. 48 латвийской конституции говорит по поводу роспуска Сейма следующее: «Президенту государства предоставляется право поднять инициативу о роспуске Сейма. После этого должно быть произведено всенародное голосование». Безусловно-неопределенных норм, т. е. таких, гипотеза коих вовсе не обусловливает предпосылок правового последствия, быть не может и поэтому Коркунов неправильно говорит о разряде «безусловно-неопределенных» гипотез. Относительно-определенные гипотезы только ограничивают это усмотрение определенными дополнительными условиями. Ст. 44 той же конституции гласит: «Президент государства вправе (сам) принять необходимые меры военной обороны, если другое государство об'явит Латвии войну или враг перейдет латвийскую границу».

Те же категории определенности, неопределенности и относительной определенности могут быть применены и при различении диспозиций. Примером определенной диспозиции может служить диспозиция вышеприведенной статьи 1246-й. Пример же неопределенной диспозиции мы находим в весьма ясной форме в ст. 1255 Т. Х. ч. I Св. Зак.: «наследники (или если кто-либо является наследником, то ... М. Л.) властны принять наследство или отречься от него».

Степень абстрактности (отвлеченности) или конкретности (именованности) нормы зависит от культурно-правового уровня, на котором находится данная правовая си-

стема. При сравнительно первобытных общественных условиях нормы права в высокой степени конкретны. Здесь еще не поднялись до умения довести унификационную функцию права, до высшей ступени, эта конкретность проявляется в гипотезах примитивных норм. Таковы нормы законов царя Хамураби, законы Пятикнижия, римские законы XII таблиц и т. д.

Эти примитивные нормы предусматривают лишь те случаи, с которыми обычно приходится сталкиваться в подлинном быту. Так, напр., библейская (Книга 2, гл. XXII, ст. 1) норма: «Если кто украдет вола или овцу и заколет или продаст, то пять волов заплатит за вола и четыре овцы за овцу». (Ср. также Кн. 1 гл. XXII ст. 4 и ряд других мест), предусматривает только кражу вола или овцы, другие нормы (Гл. XXIII, ст. 4 той же книги) говорят об обязательности возвращения хозяину заблудившихся быка или осла. Гипотезы не могут здесь подняться над конкретностью живого быка и весьма, напр., показательно, что ни конь, ни верблюд не приводятся в гипотезах подлежащих норм. Как было поступать судье в случае кражи неноименованных в норме животных или вообще предметов? Ясно, что судья мог и не применять этой статьи к тем животным, охрана которых в данном быту не почиталось столь важным. Судья-бедуин склонен был бы защищать (а законодатель-бедуин назвать в норме) тех животных, которые наиболее ценны бедуину: т. е. коня и верблюда. Во всяком случае применение таких конкретных норм вызывает большие затруднения. Известно, напр., что римский судья отказал по жалобе, возникшей из-за кражи виноградных кустов, ибо законы XII таблиц предоставляют жалобу лишь по украденным деревьям. Известен далее и спор, возникший в начале 19-го века по поводу наказуемости присвоения электрической энергии путем проведения особого провода: некоторые юристы полагали, что так как нормы уголовного права говорят о присвоении или похищении чужих в е щ е й, а электрический т о к не есть вещь или предмет, то присвоение чужой электрической энергии ненаказуемо. Несмотря на то, что нынешние правовые нормы достигли большой степени абстрактности, оне все же неспособны покрыть все случаи действительной жизни и разрешить все возмож-

ные будущие правовые споры. В праве остаются так называемые п р о б е л ы, хотя как ниже увидим, господствующее учение и исходит из единства и безпробельности права.

Помимо гипотезы и диспозиции, составляющих юридическую сущность, или вернее говоря, логический остов нормы, в состав нормы привходят часто элементы посторонние. Эти посторонние элементы могут иметь различный характер и происхождение. В общем они могут быть отнесены к двум разрядам: 1) причинных и 2) целевых. К первому разряду отнесены те части норм, которые об'ясняют, в силу каких причин была издана данная норма или что непосредственно послужило ее причиной. Так, напр., в Институциях Имп. Юстиниана мы читаем (Кн. 1. I ст. X): «Запрещено также жениться на теще или мачехе, потому что оне занимают место матери». Ко второму разряду относятся те положения, которые указывают на цель их. В уголовных нормах прежнего времени такие прибавления весьма часты: напр. в Пятикнижии Кн. 5, Гл. 29, ст. 8: «соблюдайте слова завета сего и исполняйте их, чтобы вам иметь успех во всем, что ни будете делать» или обещания вроде «дабы продлились дни на земле» (Кн. 2, гл. 20, ст. 12), обычная приставка к нормам уложения царя Алексея Михайловича: «дабы другим, на то смотря, неповадно было так делати». К тому же роду элементов относится и «целевые» приставки к отдельным нормам советской конституции 10 июля 1918 года. Так, напр., в ряде отдельных статей мы читаем: «В целях обеспечения за трудящимися действительной свободы собраний (выражения своих мнений, свободы союзов и т. д.)».

Эти элементы привносятся в правовые нормы там и тогда, где и когда приходится помимо непосредственного правового воздействия прибегать к дополнительному давлению поощрительного или карательного свойства. На высших ступенях эти элементы обещания кары или награды заменяются дополнительными воздействиями высшего типа. Это достигается напр. указанием особой святости, важности или возвышенности того, требования, которое пред'является нормой, яркий пример представляет ст. 120 германской конституции 1919 г.: «воспитание подростающего поколения для телесной, душевной и об-

щественной пригодности его, есть высшая обязанность и естественное право родителей, над осуществлением коих бдит все государственное общение».

3. Юридические отношения.

Господствующее в науке права мнение определяет юридическое отношение как связь одного лица с другим, определяемая юридической нормой. (Савиньи, Варнкениг, Тарановский) [1]).

---

[1]) Дернбург, Пандекты I. § 40 и ряд других ученых ставит иногда на место другого лица вещь или благо, так что в основу правоотношения они кладут связь одного лица с другим лицом или вещью. Петражицкий совершенно отвергает общепринятое учение о правоотношениях (Теория права, Т. II § 26) „С психологической точки зрения, пишет он, возникновение и укрепление в науке права учения о правоотношениях как житейских отношениях (регулируемых правом. М. Л.) вполне принято и об'ясняется так же, как и учение о нормах, как повелениях и запретах и т. д. С наивно-проэкционной точки зрения на почве правовых переживаний кажется, что между соответственными представляемыми суб'ектами нли людьми и вещами есть что-то реальное, какая-то реальная связь. Такую реальную связь Петражицкий отвергает. В частности по поводу того обычного представления, по которому правовые отношения между людьми вызываются непременно житейскими отношениями между этими самыми людьми, он отмечает, что имеется целый ряд прав или правоотношений, лишенных такой конкретной житейской связи. Сюда он относит, напр., абсолютные права, направленные ко всем, а не отдельным людям, как, напр., право жизни, телесной неприкосновенности, авторское право и т. д. Но и в относительных правоотношениях он приводит подобные-же примеры: наследователь завещает своему наследнику выплатить лицу А или Б (с которыми он никогда ни в каких житейских отношениях не состоял) известные суммы денег. По нашему мнению учение о правоотношениях самостоятельного значения не имеет: оно только лучше выясняет природу права и его упорядочивающей роли. С другой стороны нельзя совершенно отрицать реальности правовых отношений, но только реальность эта не относится к внешнему миру вещей, самое существование представления о „связях между лицами и вещами“ доказывает реальность права как переживания, необходимого для регулирования человеческого поведения. И в этом относительная реальность правоотношения. Согласившись с символичностью и относительностью элементов правоотношения, мы можем в дальнейшем держаться рамок изложения господствующего учения, выясняя на отдельных элементах правильность тех или иных взглядов.

На самом деле юридическое отношение не должно непременно возникать между двумя лицами и притом на основании нормы. Как мы уже выше видели, всякое право опирается на переживании, в котором участвует доставляющий и получающий, согласно нашей схеме (ср. выше, § 4) это будут А и Б. Но вместо А и Б можно поставить не только лицо (физическое или юридическое), но какой угодно предмет и явление. Ниже, при расследовании отличия между положительным и интуитивным правом, мы увидим, что правовые явления возникают часто независимо от тех или иных юридических норм. И поэтому легко возможно существование юридического отношения без юридической нормы как посредника или решающего побудителя.

Но тем не менее мы можем принять общепризнанное в курсах энциклопедии права деление юридического отношения на 4 элемента: 1) суб'ект права (притязания) с одной стороны и обязанности (доставления) с другой стороны; 2) право или притязание; 3) обязанность (доставление) и 4) об'ект, т. е. то, что составляет предмет или содержание права и обязанности. Согласуя это деление с данной нами выше схемой мы можем сказать, что А и Б суть суб'екты правоотношения, верхняя кривая — линия обязанности (доставления), нижняя кривая — линия права (притязания), а пространство между обоими кривыми составляет об'ект прав.

Следует, впрочем, заметить, что часто данная нами схема осложняется тем, что на обоих сторонах А и Б лежит и доставление чего либо и притязание на что либо, таково, напр., отношение между отдающим в наем помещение и нанимающим его. В этих случаях между А и Б устанавливается двоякая связь притязания-доставления. Так., напр., если А есть нанимающий квартиру, то он является суб'ектом доставления платы (обязанным), но в то же время и суб'ектом притязания на помещение и пользование обусловленного помещения (притязающим). То же относится и к Б, отдающему в наем.

4. Суб'екты права.

Если мы положим в основание изложенную нами теорию права и будем исходить из бесконечного разнообразия возможных суб'ектов, как реально-об'ективно существующих, так и вообразимых, то определения и деления суб'ектов в обычном смысле этого права, не должно было бы быть. Но господствующее учение, приспособленное к потребностям отношений между людьми и при том между людьми, активно участвующими в правовом и экономическом обороте, знает и определение и подразделение суб'ектов права. Это подразделение было особенно развито в прежнее время, в связи с существованием категорий лиц, обладающих большими или меньшими правами или даже лишенных вовсе каких бы то ни было прав (как, напр., рабов) и т. д. Теперь подразделение суб'ектов права почти отброшено, ибо, как замечает напр. Меркель [1]), «современное право всякого человека признает суб'ектом прав и правовых обязанностей... Неправоспособных людей (рабов, несвободных) современное право более не знает». Этим как бы подчеркивается, что современная наука (или «современное право», ибо в данном случае это как бы два равнозначных понятия) охватила весь тот круг суб'ектов, который вообще возможен, между тем как на самом деле суб'ектом прав или обязанностей могут быть как мы выше видели, также животные, идолы или всякого рода предметы или явления. Но так как современные европейские нормы права, в отличие от древних, не знают животных или вещей в качестве суб'ектов права или обязанности, то и теория права с таковыми не считается.

Суб'ектами права называются все те лица, которые способны быть участниками правоотношений или в качестве обязанных (доставляющих), либо в качестве управомоченных (притязающих). Самая же способность быть суб'ектом правоотношений называется *правоспособностью*.

Как мы уже заметили, в настоящее время все люди (personae) считаются правоспособными, что, однако, еще

---

[1]) А. Меркель, Юридическая энциклопедия, изд. 1902 года, стр. 58.

не говорит о равной правоспособности. Равная правоспособность не проведена еще и там, где, как в громадном большинстве нынешних государств, проведено так называемое равенство перед законом. Правоспособность в нашем смысле означает лишь формальную возможность стать суб'ектом правоотношения. Возможны такие правопорядки, при которых те или другие категории об'являются лишенными такой возможности. Вот почему наличие правоспособности есть не только пустая форма, но, так сказать, необходимый сосуд будущих прав. Неправ поэтому Дернбург [1]), когда он правоспособным считает того, кто имеет права, т. е., «кто способен самостоятельно участвовать в благах жизни». Блага жизни являются производными не правоспособности, а прав, так что подлинная взаимозависимость степеней здесь такова, что правоспособность допускает наличие прав и лишь эти последние — наличие «жизненных благ» (продуктов доставления).

Ограничения правоспособности могут быть введены либо из-за естественных недостатков лица, либо, что бывает гораздо чаще, ввиду недопущения тех или иных граждан к равному получению правоспособности вплоть до полного или частичного исключения определенных категорий (женщин, пленников, инородцев и т. д.). Во всяком случае свойства человека как суб'екта права ни в какой логической связи с его физиолого-психологическими качествами человека, homo sapiens'a не стоят. Точно так же свойства суб'екта права могут быть приписаны вовсе не одному человеку-особи, а группе из неопределенного числа людей или какому-либо предмету, совокупности предметов (т. наз. лежачее наследство, относительно которого еще не выяснен круг наследников) или явлению. Что именно может служить суб'ектом права, это зависит от исторических и социальных условий, в которых живет общество и индивид. Исходить при научном установлении понятия суб'екта права из того, что «в наше время» или «в нашем кругу» или других группах принято считать суб'ектом права во всяком случае нельзя. Поэтому

---

[1]) Дернбург, Пандекты, русск. пер. под ред. Сокольского, стр. 127.

правильнее всего суб'ектами права считать все то (человека ли, животное, предметы или совокупности таковых), чему согласно существующему положительному праву или правовому сознанию, приписывается качество обязанного (доставляющего) или же качество управомоченного (притязающего). Китайский идол-божок, подвергающийся у древних китайцев порке и свержению с пьедестала за неудачный военный поход (где удача похода, очевидно, считалась обязанностью доставления божка) является с научно-теоретической точки зрения таким же суб'ектом права, как и нынешний должник, обязанный платить по векселю или как нынешнее государство, обязанное доставить гражданам определенные конституционные гаранти.

В виду того, однако, что в современном человеческом обществе люди являются наиболее часто встречающимся видом суб'ектов права, то сперва законодательство, а затем и наука установила еще одну способность правового характера, находящуюся в приблизительной зависимости от степени естественного созревания человека, — это есть так наз. д е е с п о с о б н о с т ь. Под нею подразумевается способность с о в е р ш а т ь д е й с т в и я, з а к о т о р ы м и п р и з н а е т с я ю р и д и ч е с к о е з н а ч е н и е. Иногда еще различаются дееспособность к совершению сделок от дееспособности к деликтам, т. е. к вменяемым в вину правонарушениям. Что дееспособность юридическая ничего общаго с естественною дееспособностью не имеет, ясно само по себе. Действующее право устанавливает обычно с какого точно возраста начинается дееспособность частичная, а затем и полная. В гражданском праве большинства культурных стран дееспособность частичная начинается с 17 летнего возраста (изредка и раньше), а полная — с 21-летнего возраста.

Из сказанного явствует, что т. наз. физическое лицо может обладать правоспособностью, не будучи дееспособным (напр. младенец). Умалишенные являются недееспособными, но могут быть правоспособными. Зародыш в утробе матери считается правоспособным суб'ектом, по римскому праву он пользуется частными и публичными правами, для об'яснения этого юридического положения римляне исходили из известной фикции, что

„nasciturus pro jam nato habetur", т. е. «имеющий родиться считается уже родившимся».

В отличие от так наз. физических лиц, т. е. людей, признаваемых суб'ектами права, надо отличить лица юридические, т. е. известные совокупности, признаваемые едиными суб'ектами права.[1])

Установление т. наз. юридического лица, отличающегося целым рядом качеств, не имеющихся в непосредственной естественной данности человеческой жизни, среди них бессмертие и замена одного лица другим, является одним из самых замечательных изобретений права. В самом деле. Если бы право ограничивалось только естественною данностью человека, то оно должно было бы зависеть целиком от естественных качеств этого индивида и прежде всего от его смертности и незаменимости.[2]) Вот почему при отсутствии института юридиче-

---

[1]) В сущности говоря, нет в науке теории права более неудачного терминологического различения, чем деление лиц на физические и юридические. Если человек признается особо суб'ектом права, то это не находится в зависимости от его качества, как homo sapiens'a, от его реальной жизнеспособности, смертности и т. д., а от юридического признания его суб'ектом. В этом смысле физическое лицо А, должник по векселю, ходящее на двух ногах и т. д., такое же юридическое лицо как акционерное общество „Имярек", которое только и считается юридическим лицом. Правильнее было бы поэтому говорить об единичных и коллективных юридических лицах. При этом в первую категорию пришлось бы включить особи (люди, животные) и предметы, за которыми признается индивидуальная единичность, в их обособленном юридическом бытии, во вторую же категорию пришлось бы отнести совокупности особей (людей и животных) или предметов, за которыми право признает существование только в их целокупном данном соединении. Отличие между теми и другими суб'ектами будет лежать не столько в количественном отличии — там „один," здесь „многие," — сколько, как мы дальше увидим в тексте — в возможности юридического создания (во втором случае) особых соединений, не существующих в естественных условиях жизни суб'ектов.

[2]) Следующие интересные мысли мы по этому новоду встречаем у Петражицкого, Теория права, стр. 403, 404 и сл. Из того положения, что правоспособность физического лица не прекращается непременно в момент смерти, что иметь права и обязанности могут также и покойники и т. д., Петражицкий делает тот вывод, в этом смысле практически совпадающий с

ского лица круг права мог бы сосредоточиться исключительно только вокруг определенных конкретных людей, с выбытием которых должна быть связана полная пертурбация и переворот тех правовых связей, которые были завязаны данной особью.

Конструирование юридического лица — недаром у англичан юридическое лицо называется «искусственным» — artificial person — дало возможность провести через юридические рамки и формы социологический факт об'единения людей в различные об'единения по всяким различным поводам, целям, причинам и фактическим соотношениям. Само собою разумеется, что юридические об'единения больших групп людей могли бы, формально говоря, осуществляться при помощи большого или неограниченно-большого количества сделок между отдельными лицами, но такое конструирование было бы в значительной степени неэкономным и нецелесообразным. При образовании юридического лица, юридически опирающегося не на отдельных сделках между физическими лицами, а на «уставе», служащем общею предпосылкою вступления и участия в данном юридическом лице и предусматривающем круг его права и обязанностей, мы сразу сокращаем произвольно большое количество соглашений на одно основное соглашение в виде устава.

Юридическое лицо, рассматриваемое с точки зрения социологического происхождения, есть не что иное, как единство, образовавшееся путем постоянного наложения определенных юридических отношений одного и того же типа вокруг определенного круга или количества интересов, взаимодействий и т. д. Юридическое лицо очищает правоотношения между отдельными лицами от всяких чисто-индивидуальных правовых примесей и заменяет необходимость заключения договора в предварительное

нормативно-догматическим взглядом, что „вообще смысл права состоит не в правильных или в неправильных утверждениях, относительно бывшего или сущего, а в нормировке поведения, прав и обязанностей". Из этого в частности вытекает, что с точки зрения реального бытия „физическое лицо" как суб'ект права столь же нереально, как и „лицо юридическое", — и что в том и другом случае мы имеем дело с абстракциями практической юриспруденции.

признание определенных требований, обязательств и прав. Вместо бесконечного числа юридических отношений между такими-то суб'ектами получается одно отношение, в котором на место суб'ектов может стоять неопределенное количество людей, заранее индивидуально не обозначенных, но обладающих лишь определенными предпосылками, изложенными в уставе, в правовой основе. Юридическое лицо служит способом превращения о б щ е н и я, связанного индивидуальными чертами, в общество.

Этим самим юридическое лицо начинает играть громадную роль в области экономического и духовного правооборота. Вместо того, чтобы защищать права определенных особей, образуется уже в древнем Риме общества профессиональной защиты определенной группы людей, в наше время эти общества (профессиональные союзы) заняли одно из крупнейших мест в экономической и правовой жизни современного государства. Замечательно и то, что эти и им подобные юридические лица, в качестве лиц условного коллективного об'единения, стараются и целому ряду других правовых институтов придать коллективный безличный оттенок.

Принцип с о е д и н е н и я, отлившийся в определенные формальные юридические рамки, настолько преобладает над всеми другими об'единяющими моментами (общая цель, интерес, имущество и т. д.), что юридическое лицо может, оставаясь само собою, не только менять личный состав, но даже и цель, сохраняя при этом свое об'единение.

Существенным остается то, что юридическое лицо в правовой психологии людей остается коллективным лицом и если, как мы уже видели, суб'ектами права могут являться всякого рода существа и предметы, то вполне понятно, что и юридическое лицо именно в коллективном единстве своем представляется нам и переживается нами как единое лицо. Не следует думать, что понятие «юридическое лицо» доступно только тому, кто узнал о нем из учебников или из законов. Юридическое лицо переживается и воспринимается как таковое, как коллективный суб'ект права, всяким членом общества, совершенно независимо от того, имеет ли он какие-либо теоретические знания о юридическом лице или нет. Если крестьянин

говорит о монастырских, общинных или казенных землях, то он общину, казну или монастырь мыслит как коллективное единство, по отношению к которому возможны определенные права и обязанности. И вот это-то сознание коллективного неумирающего единства и является самым существенным в юридическом лице. Такое именно понимание юридического лица значительно древнее всякого доктринально-научнаго представления о юридическом лице, хотя, надо заметить, что с этой точки зрения представления, господствующие и господствовавшие в народных низах, менее всего подвергались исследованию. Хотелось бы лишь отметить то, что в самых древних представлениях мы можем найти следы восприятия юридического лица, и при том вовсе не только состоящего из людей: так, напр. представления некоторых народов о священных стадах тех или иных животных, представление об «Олимпе», о «небесном воинстве» несомненно относятся к категории представлений о юридическом лице, как суб'екте прав и обязанностей.

Очень возможно, что в наидревнейшем праве, соответствовавшем примитивно-коллективному быту, такие представления о коллективном юридическом лице преобладали над представлением о правах человека, персоны, как суб'екта прав. Так что если сегодня, в условиях широчайшего признания прав личности, юридическое лицо может рисоваться как нечто более позднее, появившееся вследствие сложения индивидов, то с точки зрения истории и психологии права правильнее будет говорить о выделении отдельной особи, как суб'екта права, из коллектива.

Существующие теории юридического лица также в значительной степени отражают представления доктрины о позднейшем образовании юридических лиц и об исключительной подлинности и реальности однех только клеток или особей, как суб'ектов права. Эти теории исторически связаны с эпохой господства индивида в праве, эпохой, наиболее сильно впервые выразившейся в системе римского права. Один из крупных романистов И. А. Покровский не может отрицать первичности существования юридических лиц: «Несомненно, говорит он, уже древне-римскому, как и всякому древнему быту вообще, свойственны известные союзы и образования, име-

ющие внешнее сходство с юридическими лицами, но эти внешние признаки отнюдь не свидетельствуют о том, что эти союзные образования рассматриваются уже под углом зрения гражданских юридических лиц. Идея юридического лица вообще для примитивного юридического мышления недоступна».[1]) На самом деле положение как раз обратное. Что для примитивного юридического мышления, выраставшего в обстановке круговой поруки, коллективной ответственности действительно недоступно — это правовой статус отдельной личности, выступающей в качестве единственно подлинного суб'екта прав. Конечно, если под «идеей» юридического лица понимать всю сложную теорию юридического лица, как она изложена в доктрине хотя бы римских юристов, то она непонятна примитивному правосознанию просто по своей сложной конструкции.

Современная теория права знает несколько теорий юридического лица.

1) Теория фикции. Савиньи, опираясь на римское право,[2]) полагает, что юридическое лицо не существует как таковое. Оно есть только надуманное фиктивное существо. Подлинными суб'ектами права, реально существующими являются singuli, отдельные особи. Соединение же этих лиц, universitas, не ведет самостоятельного существования, это лишь отвлеченное понятие, созданное для целей лучшего проявления права.

2) Довольно близко к предыдущей стоит теория Иеринга. Эта теория исходит из того взгляда, что нормальным и подлинным суб'ектом права является отдельное лицо как носитель интересов. Исходя из этого, он юридическое лицо считает только формальным об'единением отдельных людей как носителей интересов. Очень близко к этой теории подходит и Меркель, который, идя несколько далее Иеринга и признавая подлинными, а не воображаемыми суб'ектами права так-

---

[1]) И. А. Покровский, История римского права § 52.

[2]) Впрочем, E. Grüber, Einführung in die Rechtswissenschaft, оспаривает римское происхождение теории фикции. Она, очевидно, была развита, но весьма слабо обоснована, позднейшей доктриной.

же государства, общины и другие «корпорации», все же носителем общих интересов юридического лица считает «совокупность сочленов в их единении».

Для обеих названных теорий весьма характерно принятие индивида, особи как подлинного суб'екта. Не останавливаясь сейчас на вопросе о том, что понятие «право» и «интерес» отнюдь не тождественны и что поэтому носитель интересов и суб'ект права совершенно не совпадают, необходимо, однако, отметить, что упомянутые теории — отчасти совершенно бессознательно отождествляют хозяйствующую личность с суб'ектом права. Авторы этих теорий настолько не могут отвлечься от этой фигуры хозяйствующей особи, что даже за акционерным обществом или каким - либо другим юридическим коллективным лицом не хотят признать носителя интересов. Ибо, если они не анализировали бы и не расчленяли юридических лиц, а признавали бы их также подлинными носителями интересов, то они, исходя из своей теории права, как защищенного интереса, должны были бы и юридические лица признать не воображаемыми, не фиктивными, а подлинными суб'ектами прав.

3) Теория Бринца. Эта теория под другим видом отрицает существование юридического лица. Она указывает, что понятие юридического лица должно быть заменено понятием целевого имущества. Такое имущество никому не принадлежит, а только предназначено для определенной цели. Эта теория, прежде всего, проникнута духом фетишизирования, создания каких-то мнимых реальностей, где их нет. Имущество, как таковое, цели иметь не может, цель эта вкладывается людьми, тем обществом, в котором имущество пребывает. Но и помимо того, юридическое лицо, даже если его взять с чисто внешней стороны, а не со стороны юридико - психологической сути, не покрывается понятием целевого имущества. Мы можем иметь общества, вовсе лишенные имущества или общества, имеющие имущество, но цели которых вовсе не носят имущественно - экономического характера и, наконец, возможны общества, стремящиеся к определенной имущественной цели, но имуществом не обладающие. Что в этих случаях существенно? Наличие ли имущества или наличие имущественной

нели? Если, напр., общество социологов такого-то города, не ставящее себе никаких имущественных целей, владеет собственным имуществом в виде мебели, то можно ли мебель назвать целевым имуществом общества социологов? И может ли вообще целевое имущество стать на место юридического лица? Для ответа на этот вопрос стоит только представить себе, что акционерное общество для добычи каменного угля в таком-то районе, обладающее «целевым имуществом» в виде целого ряда сооружений, всякого рода машин, добытого угля, и т. д., вдруг лишается прав юридического лица. В этот момент целевое имущество превращается в определенную груду материала и машин, не могущую выступить во вне в качестве суб'екта права. По всем указанным соображениям и эту теорию нельзя считать состоятельной.

4) Органическая теория. Эта теория признает юридическое лицо реально существующим. В социологии приверженцами органологического представления об общественных явлениях был известный английский социолог Герберт Спенсер. В юриспруденции на подобную точку зрения встали немецкие ученые Блунчли, Гирке, Безелер и др. Так, напр., Блунчли государство (в качестве важнейшего юридического лица) рисовалось как организм, правда не питающийся подобно животным организмам, но обладающий свойствами: 1) соединения телесно-материальных элементов с душевными, короче, «свойством об'единения души и тела», 2) характером единства, которому подчинены части, 3) ростом и развитием. Блунчли заходит так далеко, что отличие двух главных типов юридического лица: государства и церкви он усматривает в духовно-половой области. Современное государство, по его мнению, обладает мужскими качествами, церковь же — женскими. Не в такой наивной форме, но все же в достаточной мере наивно-реалистически этот взгляд проводился и Гирке. Для него государство, как юридическое лицо, чувственно, правда, не может быт воспринято, тем не менее действительно познается как целокупное существо (Gemeinwesen), которое обладает жизнью, волею и сознательными поступками и направляет жизнь всего народа. Властитель государства может быть уподоблен голове животного.

Если органологическое направление не оправдалось в социологии, то оно столь же мало может быть принято наукой права. Если и с нашей точки зрения юридическое лицо отнюдь не фикция, а реально существующее явление, то реальность этого юридического лица лежит в правовых переживаниях людей, а отнюдь не в каком-нибудь извне действующем на нас существе. То, что Гирке и целый ряд примыкающих к нему государствоведов — ибо наибольшим и до сих пор длящимся успехом эта теория пользуется в области государственного права — лишает государство или церковь известных телесно-ощущаемых качеств и заменяет их более прозрачными качествами существ из царства теней — ничего не меняет по существу. У всех органицистов государство и подчиненные ему «органы» подступают к особи извне и так или иначе управляют ею.

Вот почему органическая теория с ее утверждением реального существования юридического лица так же «фиктивна», как и теория фикций. В части, касающейся основных начал государственного права, мы вернемся к значению органической теории для этой отрасли права.

5) Теория Петражицкого. Эта теория исходит из того, что все учение о суб'ектах права, а следовательно и о юридических лицах построено неправильно. «Современные учения о суб'ектах права — пишет Петражицкий — имеют наивно-конструктивный характер, поскольку они вместо констатирования действительно-наличных суб'ектов в сфере их реального бытия, строят разные фантастические существа в не надлежащей сфере, в пространстве: теории социальных организмов, метафизических и безтелесных воль и т. д.» Петражицкий предлагает и в этой области права перенести изучение из внешнего мира в психику переживающих правовые психические процессы, приписывающих разным представляемым существам обязанностей и права. С точки зрения разбираемой теории область изучения суб'екта права должна быть расширена за пределы положительного права (ср. ниже главу о положительном и интуитивном праве) и охватить также и представление интуитивно-правовые, и тогда окажется, что «суб'ектами обязанностей и прав бывает не только индивидуальные, конкретные представ-

ляемые существа, но и классы таковых, роды, виды. Эти совокупности (universitates) корпорации, классы и т. д. могут не быть реальными существами в смысле внешне-материальном, но они обладают за то единственно существенной для права реальностью, — реальностью регулирования поведения людей в смысле наделения правами и обязанностями.

В современной теории права различают два вида юридических лиц: 1) корпорации и 2) учреждения. К первому относятся все те юридические лица, в состав которых отдельные лица входят на равных основаниях для достижения общих целей. Романисты (исследователи и толкователи римского права) внутри первой категории различают два под-вида: корпорации в тесном смысле и товарищества. По мнению Дернбурга эти два под-вида даже противоположны один другому. По его мнению, в корпорации совокупность лиц является самостоятельным суб'ектом права, как наружу, по отношению к внешнему миру, так и внутри, к своим членам. Она управляет своим имуществом независимо от состава и индивидуальности ее членов, имущество которых отделено от имущества корпорации. В товариществе же права и обязанности имеют только отдельные товарищи и поэтому здесь не допускается перемены в личном составе, в случае вступления нового члена возникает новое товарищество.[1])

Под учреждением понимают юридическое лицо, снабженное имуществом для достижения определенной цели и обнимающее две категории людей: 1) непосредственно действующих в юридической личности учреждения и 2) пользующихся благами (дестинатариев) учреждения. Так, напр., в юридическом лице больницы (имени того-то) члены правления больницы относятся к первой категории, а больные — являются дестинатариями. Совершенно неправильно мнение Иеринга, будто настоящими

---

[1]) Петражицкий считает ошибочным деление на корпорации и товарищества. По его мнению наличность товарищеских правоотношений между такими или иными лицами вовсе не исключает возможности признания особой правоспособности (напр. процессуальной или иной) за товариществом, как таковым и обратно.

суб'ектами права в учреждении являются дестинатарии. Ибо эти последние пользуются только благами, но права участия в юридических судьбах учреждения они не имеют.

5. Об'екты права.

Приступаем к последнему элементу правоотношения, — к об'ектам права.

Под об'ектами права обыкновенно разумеют *предметы* той власти или того пользования, которые обезпечиваются правом. В сущности это понятие об'екта взято теорией права из области гражданского и в частности римского права. Еще в Институциях императора Юстиниана дается подробное учение о «разделении и свойстве вещей». Гражданское право подходит к делению об'ектов права с чисто-практической точки зрения, в особенности, когда речь идет о материальных предметах как имущественных об'ектах. С этой точки зрения древнее право, — римское, а также еврейское (талмудическое) и современное право создает особые категории и подразделениях об'ектов права. Таково, напр., деление об'ектов на главные и принадлежностные[1]), телесные и безтелесные, простые и составные, тленные и нетленные и т. д. Это подразделение сопровождалось подчас весьма наивными сопроводительными утверждениями, относящимися скорее к области естественных наук. Основным оставался практический подход: являются ли, напр., снасти по отношению к кораблю принадлежностными вещами или нет и в зависимости от этого, каковы судьбы и состав имущества, переходящего к другому лицу на основании какой-либо правовой сделки.

В теории же права такого подхода быть не может. С теоретической точки зрения подлинным об'ектом права служит *образ поведения людей*. Без представления о должном образе поведения не может существовать право: оно может обязывать только к чему-нибудь и давать притязания на что либо. Это представ-

[1]) Любопытна старинная формулировка принадлежностных и главных вещей в гражданском кодексе . . . Р. С. Ф. С. Р. (ст. 25).

ление о долженствовании, носящее интеллектуальный характер, имеет столь важное значение, что оно часто заслоняет собою эмоциональный характер самого правового переживания. По крайней мере для нормативистической школы права эта предписывающая сторона нормирования поведения является как бы основой и сущностью права.

Тем не менее, однако, уже издавна нормы делились в зависимости от вида поведения, предуказываемого ими. Одним из старейших подразделений такого рода является напр. деление на веления или запреты, или как это выражено в талмудическом праве: «нормы делания» и «нормы неделания». Под первыми (велениями) подразумевают нормы права, предписывающие положительное действование, под вторыми — предписывающие несовершение положительного действия. Этими двумя категориями не исчерпывается, однако, подразделение видов (об'ектов) нормируемого поведения. Сюда следует еще прибавить нормы терпения.

На первый критический взгляд терпение и неделание могут быть отнесены к одному и тому же типу поведения. Но так можно истолковать эти два вида лишь тогда, если обратить внимание на непроявление какого-либо внешнего действия, которое замечается и при терпении и при неделании. Предписывание неделания имеет чаще всего в виду наличие позыва или стремления к такому деланию, таковы, напр., нормы: «не убий», «не прелюбодействуй» и т. д., здесь острие нормы направлено в сторону воздержания. Суть такого рода поведения заключается в торможении той действенности, которая в любой момент, при отсутствии торможения, будет склонна проявиться. Обязанность же терпения вовсе не предполагает наличия в человеке действенности, которая была бы обратна той, которая предписывается нормой. Помимо того, терпение еще предполагает чье-либо делание или неделание со стороны другого лица. Для иллюстрации этого троякого деления на примере жизни мы можем привести три категории; норм: 1) «живи» или «плодись и размножайся» (норма делания: «твори жизнь»), 2) «не убий» (норма неделания: «не уничтожай жизни»), 3) «жить давай другим» (норма терпения: «терпи проявление жизни других»). В современном праве мы на каждом шагу можем натолк-

нуться на указанные три рода об'ектов права: делать — (facere), не делать (non facere) и терпеть (pati).

Грубое первобытное право могло обойтись без категории терпения, ибо ему было достаточно удерживать от действий или понуждать к ним. Чем больше, однако, область свободы, предоставляемая правом и государством, тем более заметное место начинают занимать нормы типа терпения. Первым крупным появлением такой обязанности терпения может служить движение в пользу веротерпимости, которое на исходе средних веков проникло не только в религиозные течения реформации и сектантства, но и определило собою первые шаги борьбы за так наз. гражданские свободы: свобода слова и печати, свобода совести и т. д. И замечательно, что там, где особые условия приводят к восстановлению более грубого примитивного права (в силу напр. внешних или внутренних гражданских войн), там почти совершенно исчезают нормы типа терпения (pati) и весьма умножаются нормы типа «делай» и «не-делай». Там, где право ставит себе непосредственной задачей диктовать поведение людей, оно должно прибегать к велениям и запретам («делать то-то», «не делать того-то») и должно сократить до минимума, если вовсе не отменить, обязанности, а следовательно и притязания на терпение чьих либо чужих поступков и воздержаний.

Каждый из трех родов поведения, как об'ектов права, закреплен за противостоящим суб'ектом права, как его притязание. Можно, следовательно, не только быть обязанным к деланию, неделанию и терпению, но, согласно повелительно-притязательной природе права, притязать на чужое делание, неделание или терпение. Указанная нами выше схема права (рис. 2) замыкается наличием об'екта трех родов: 1) А должен сделать (доставить) Б то, именно, что Б вправе получить (делание); 2) А должен воздержаться по отношению к Б от того, что запрещено делать (неделание) и 3) А должен терпеть именно то, что Б вправе делать или не делать.

По отношению к указанным трем типам поведения, как основным об'ектам права, вещи, действия людей и блага являются только вторичными об'ектами. Эти вторичные об'екты входят, по Петражицкому, в состав

дополнительных об'ектных представлений рядом с представлениями: 1) в р е м е н и обязательного совершения действия; 2) места; 3) свойств обязательного действия (добросовестно, по мере надобности и т. д.). Но в виду того, что об'екты-вещи представляют собою хозяйственные блага, входящие в состав национального богатства данного общества, они подлежали особо тщательной классификации в гражданском праве. С точки зрения этого права деление вещей на д в и ж и м ы е и н е д в и ж и м ы е (земельные участки и все, что с ними неотрывно связано путем насаждения, застройки или иным путем), з а м е н и м ы е (не отличающиеся индивидуальными особенностями, как напр.: зерно, масло, определяемые по количеству) и н е з а м е н и м ы е являющиеся индивидуально-определенными (статуя, дом и т. д.), г л а в н ы е и п р и н а д л е ж н о с т н ы е — имеет весьма важное значение. В частности от свойств об'екта, понимаемого в этом гражд.-правовом смысле, зависит об'ем прав на них, порядок перехода и приобретения их другими лицами и т. д. Так, напр., приобретение в собственность недвижимости (домов, земель) связано с гораздо большими затруднениями, с занесением в крепостные реестры и т. д., нежели приобретение движимой вещи. Само собою разумеется, что само это деление носит весьма относительный характер и теперь, при изменении техники строительства, дома становятся технически такою же движимостью, какою раньше считалась, напр., палатка. Этот технический прогресс рано или поздно должен найти свое отражение в праве, подобно тому как техника воздухоплавания породила за последнее время совершенно новое т. наз. в о з д у ш н о е право, которое имеет дело с совершенно иными об'ектами-вещами, нежели старое право, целиком прикрепленное к земной стихии. Выясним необходимость изменения об'ектно-вещных представлений под влиянием технического прогресса на примере. Согласно взглядам, господствовавшим до последнего времени в курсах энциклопедии права, есть вещи, могущие быть об'ектом исключительного о б л а д а н и я о т д е л ь н ы х л и ц и такие, которые как бы по самой своей природе могут быть об'ектом только о б щ е г о п о л ь з о в а н и я: сюда относятся обыкновенно воздух, проточная вода (res commu-

nes omnium). Воздух до сих пор, однако, относится к данной категории в двух своих качествах и как основной элемент дыхания, и как пространство. Ныне воздушное пространство служит такой же средою передвижения, как вода или земля и в силу своей расположенности над поверхностью земли оно сделалось теперь об'ектом обладания в гораздо большей степени, нежели открытое море. Территориальное владение предполагает также и владение всем столбом воздушного пространства над ним.

Поэтому ныне о воздушном пространстве как о res communes omnium говорить нельзя.

§ 7. Положительное и интуитивное право.

Положительное право, geltendes, positives Recht — термин, который весьма распространен в современной науке права. Но выражение это отнюдь не означает — для большинства ученых, — что рядом с положительным правом существует еще какой либо вид или род права. С точки зрения господствовавшего до недавнего времени взгляда, всякое право — есть право положительное и никакого иного права, кроме положительного права не существует. Это в особенности резко было высказано Бергбомом.

Надо заметить, что до 19-го века эпитет «положительное» имело логический смысл, ибо рядом с положительным правом допускали существование естественного права. Со времен римской доктрины права, которая положена в основу поныне существующего правоведения, имеются как бы два основных вида (или рода) права: право положительное, как бы уложенное в нормы существующего государства («уложение») или времени, отличающееся своими особыми временными или местными чертами и признаками и затем право естественное, которое этими чертами пространственной и временной ограниченности не отличается: «Естественное право, — по учению римлян (инст. имп. Юстиниана) — есть то, которому природа учит всех животных (quod natura omnia animalia docuit). Ибо это самое право принадле-

жит не одному роду человеческому, но всем животным, рождающимся в воздухе, на земле и в море.» Это несколько наивное противопоставление двух родов права повторялось во всей доктрине права с теми или иными видоизменениями. Особенно большой расцвет защита естественного права достигла в эпоху внезапного революционного изменения прежнего права или же в эпохи усиленного правотворчества и законодательства. Особенно пышного расцвета доктрина естественного права достигла в эпоху великой французской революции.

Но в 19-м веке, когда во всех государствах Западной Европы установился новый правовой строй, когда естественно-правовое учение оказалось как бы превзойденным, положительное право осталось как бы единственным видом права. Отстаивание второго рода или вида права — права естественного — считалось признаком ненаучности и даже политической неблагонадежности.

Господство положительного права наложила свою печать на всю науку права, в которой стал господствовать т. наз. п о з и т и в и з м, который здесь означает признание одного лишь действующего права, признанного государством обязательным, т. наз. положительного права. Однако, в начале 20-го века господство положительного права стало уступать место «возрождению естественного права». И ныне естественное право, как некоторый вид права, существующий особо от положительного, получает все большее признание. Ученые только расходятся в определении с у щ н о с т и естественного права. (Подробнее вопрос этот изложен в § 11, разд. 4.)

Остановимся на сущности положительного права. Для большинства ученых понятие положительного права совпадает с понятием об'ективного права (как оно было дано выше). Так, напр., если мы возьмем определение положительного права у Тарановского,[1]) то оно гласит: «Совокупность юридических норм, действующих в пределах организованного общественного союза (в новое время преимущественно государства), а также в отношениях между организованными общественными союзами (в

[1]) Учебник энциклопедии права, Гл. IV, § 16.

т. наз. международном или междугосударственном общении) называется положительным правом.»

Психологическая теория права Петражицкого иначе определяет положительное право. В основу деления кладется при этом выше обрисованная эмоциональная подпочва правовых переживаний, в частности же интеллектуальный состав правовых переживаний. Те правовые переживания, которые в своем интеллектуальном составе имеют представления авторитетно-нормативных фактов: законов, обычаев, велений предков и т. д., относятся к области положительного права. То право, которое лишено ссылок на нормативные факты, Петражицкий именует интуитивным правом. (Заметим, что если в качестве нормативного факта фигурирует природа, то это с научной точки зрения еще не означает, что перед нами естественное право.)

Два основных рода права, с которыми следует считаться науке, суть таким образом: 1) право положительное (позитивное) и 2) право интуитивное. Если мы возьмем в основу деления наличие или отсутствие ссылок на внешние нормативные факты, то мы благодаря этому, как ниже показано будет, раскрываем подлинную картину взаимоотношения этих двух видов не только со статической (неподвижной), но и с динамическо-эволюционной точки зрения, с точки зрения развития права. Нелепость существования одного рода права, совпадающего с правом вообще, ныне отпадает. Только нормативисты, усматривающие сущность права в предписывании, могут остаться при прежнем логически несостоятельном отождествлении права вообще с положительным (действующим) правом.

Из основы различия указанных двух родов права вытекает и целый ряд свойств того и другого вида, на которых мы можем построить полную картину отличия их. Прежде всего интуитивное право, в силу своей, без-ссылочности, гораздо гибче и изменчивее положительного права. Оно способно примениться к отдельным суб'ектам и их индивидуальным условиям. Бессознательно это выражается в известной русской народной пословице: «У всякого Павла своя правда». Совокупность правовых пе-

реживаний, лишенная ссылок на нормативный факт, освобожденная от тисок общеобязательности, может составить гибкий комплекс изменчивых указателей поведения, не могущий сравниться с ломким, негибким кодексом положительно-правовых норм. В то время, как положительное право состоит из целого ряда образцов и шаблонов, дающих типичные предуказания для типичных, чаще встречающихся положений и поступков, интуитивное право способно давать решения и ответы, сообразующиеся лишь с д а н н ы м и, индивидуальными обстоятельствами и людьми. Может даже случиться так, что положительное право, берущее данный поступок, как частный случай своих образцов (парадигм), предписывает одно, а интуитивное право, не знающее образцов и шаблонов, оценивает данный поступок иначе или даже противоположно положительному праву. «Своя правда» Павла может противополагаться общей правде данной группы, общества или государства. Такие конфликты мы часто наблюдаем в жизни и они даже находят многочисленные отражения в изящной литературе. Примеров таких столкновений положительного права с интуитивным мы можем, напр., встретить на каждом шагу в романе Толстого «Воскресение», в драмах Шиллера и Шекспира. Мы встречаем иногда такие общества и государства, в которых те, кто с позитивно-правовой точки зрения являются «преступниками», с точки зрения среднего народного правосознания (интуитивного права) считаются «несчастными». В таких случаях преступники, осужденные и караемые государством, восславляются и всячески опекаются населением. В такой конфликтно-правовой обстановке преступления возносят на ступень подвигов, а законопослушание клеймится трусостью.

Дело правильной политики права не создавать противоречий между положительным и интуитивным правом, не допускать большого расхождения между ними (ср. ниже о последствиях такого расхождения в разделе о «видах интуитивного права»). Но здесь необходимо только отметить, что правовая жизнь в обществе нуждается в интуитивном праве не меньше, чем в положительном. На случай отсутствия правового ответа в положительном праве (законном, обычном, книжном и т. д.), ответ должен быть

дан интуитивным правом, играющим часто роль подсобную в деле заполнения правового пробела. То, что в общежитии часто называют правосознанием и есть не что иное, как интуитивное право.

Но и независимо от этих конфликтов положительного и интуитивного права в общегосударственных и массовых размерах даже при совершенно мирной обстановке расхождение между предуказаниями положительного и интуитивного права бывает весьма велико и ощутимо. Положительное право разрешает, напр., брать довольно высокий процент роста, но интуитивное право в данном случае запрещает пользоваться легально предоставленными рамками роста и заставляет часто человека отказаться от своего притязания, основанного на положительном праве. Или скупость, как таковая, законом может и не преследоваться, с точки же зрения интуитивного права она представляется преступлением по отношению к родным или тому кругу лиц, которые считают себя вправе требовать от скупого поддержки. В этих и подобных случаях интуитивное право и его веления охватываются обыкновенно термином «совести» и веления совести считаются более обязательными, нежели веления положительного права: закона, обычая и т. д. Укоры и мучения совести становятся более сильными побудителями поведения, нежели позитивно-правовые кары:

Когтистый зверь, скребящий сердце, — совесть,
Незваный гость, докучный собеседник,
Заимодавец грубый . . . („Скупой рыцарь")

Вследствие своей большей внутренней гибкости интуитивное право исторически легче прогрессирует и видоизменяется, нежели положительное право, закрепленное своими шаблонами. Интуитивное право составляет тот основной фон, на котором развивается, углубляется и с течением времени исчезает положительное право. Интуитивное право часто предуказывает пути будущего положительного права, ибо у отдельных индивидов и групп начинает упрачиваться то право, которое только в будущем станет положительным правом, подобно тому, как у других лиц и групп остается интуитивное право, некогда бывшее положительным, но теперь уже превзойденное новым законом. Примером последнего рода интуитивно-право-

вых типов может служить старик-лакей Фирс в «Вишневом саду», не ушедший от своих господ и несколько десятилетий после отмены крепостного права все еще убежденный в том, что «мужики должны остаться при господах и господа при мужиках».

Так как интеллектуальный состав интуитивного права более беден и не снабжен теми, подчас весьма сложными, ссылками, которые имеются при положительном праве, то и интуитивное право не придерживается в таких размерах границ времени и пространства как положительное право. И поэтому если последнее точно устанавливает момент вступления в силу данной нормы (предписания), пределов его действия, круга лиц ею охватываемых и т. д., то интуитивное право, несмотря на весьма шаткое свое обоснование пишется как бы ab omnibus et perpaeque, для всех на вечные времена.

Только в таком противопоставлении положительного права интуитивному мы познаем сущность положительного права.

Надо заметить, что вышеотмеченное весьма распространенное определение позитивного права (определение Тарановского) уже по об'ему того позитивного права, о котором говорит психологическая теория права. Но если согласиться с тем, что существует двоякого рода положительное право: 1) оффициальное, т. е. признанное данным государством за положительное, действующее, независимо от того, написано ли оно в законе, установлено ли оно обычаем или другою нормою, 2) неоффициальное положительное право, — мы можем сказать, что то, что обыкновенно именуется положительным правом, есть в нашем смысле положительное и при том оффициальное право, противополагающееся по целому ряду признаков праву интуитивному.

§ 8. Формы проявления положительного права.

1. Законы.

В настоящее время, да и задолго до него, самой обычной формой проявления положительного права являлся з а к о н. В большинстве государств, за исключением тех,

где еще сильны прецеденты и обычаи, все почти положительное право заковано в точные грани законов. В большинстве языков культурных народов закон, Gesetz и т. д. означает норму, в точности устанавливающую права и обязанности отдельных суб'ектов. Русское (славянское) слово закон означает, что за кон (предел), переходить нельзя. В этом смысле закон лучше всего отвечает тенденции права к точности содержания и к созданию шаблонов (см. выше, § 4, разделы 6 и 7). Вот почему и терминология тех же народов для обозначения правонарушений прибегает к символике переступания, перехода известных границ, таков смысл слов: преступление, проступок, Verbrechen, Vergehen, awerah (по древне-еврейски переход через что-либо).

Твердость правопорядка и незыблемость правового государства покоются на господстве закона. Закон, являющийся типичным проявлением положительного права, одним своим существованием разрешает ряд споров, до его издания неизбежных для положительного права. И поэтому законодательство имеет также характер замирения. Закон в самых первоначальных формах является не только односторонним актом законодательной власти, но и часто результатом соглашения спорящих сторон. Ныне преобладает тип закона, как творения односторонней «воли законодателя», кем бы этот законодатель не был. Особая прочность и неподвижность закона, как формы проявления положительного права, имеет своим последствием отстаивание и неизбежно усиливающееся расхождение между положительным правом, преимущественно выступающим в качестве законного права, и весьма подвижным и эластичным интуитивным правом (см. выше § 7). Мало того, даже самое подразделение законов на основные и обыкновенные, как мы ниже увидим, многими юристами производится на основании степени их неподвижности, трудно изменяемые — это основные (конституционные законы), а легко изменяемые — обыкновенные законы.

Имея в виду вышеизложенную психологическую сущность права, мы, в интересах практического изучения юриспруденции, можем принять господствующее определение закона, а именно з а к о н ы э т о т е п р а в о-

зые нормы, которые устанавливаются органами государственной власти. Этим имеется в сущности в виду подчеркнуть, что закон это есть все то, что издается компетентными органами законодательной власти в том порядке, который предусмотрен для законодательства. Такое определение вскрывает формальный характер закона, как продукта известной законом установленной процедуры. С этой точки зрения, напр., все, что принято парламентом в порядке законодательном, есть закон в формальном смысле, совершенно независимо от того, предписывается ли в данном случае известное поведение или нет. Так, напр., школьным примером закона в формальном смысле является бюджет, ежегодная роспись доходов и расходов, принимаемая парламентом, бюджет не является обычной нормой права, но выступает рядом с законами как продукт законодательной процедуры парламента. Так, возможно, что не только бюджет будет принят законодательным органом в законодательном порядке, но, например, и наказ или правила внутреннего распорядка работ парламента. Такой наказ, конечно, не снабжает правами и не налагает обязанностей на граждан государства, он только устанавливает правила внутреннего распорядка законодательного органа, но если наказ принят и распубликован в качестве закона, то он должен почитаться законом в формальном смысле. Формальный характер закона в формальном смысле выражается также и в порядке прекращения его силы: для его изменения и отмены требуется издание нового закона, никаким другим путем закон в формальном смысле изменен или отменен быть не может.

Законы в материальном смысле устанавливают какое-нибудь правовое соотношение между суб'ектами, возлагая определенные права и обязанности. Здесь обращается внимание на содержание предписываемого. Нельзя, однако, полагать, что понятие закона в материальном смысле совершенно отбрасывает формальный момент. Будет, напр., неправильно сказать, что всякий акт, устанавливающий права и обязанности и изданный государственной властью, есть тем самым закон в материальном смысле, необходимо еще, чтобы он был издан компетентною законодательною властью в

формах, предписанных для принятия законов. Иначе всякий указ или административное распоряжение, «материально» возлагающие определенные обязанности и представляющие известные права придется назвать законом в материальном смысле. Научное понятие правовой нормы не совпадает с понятием закона в материальном смысле. И это должно быть подчеркнуто. Ибо правовая «норма», воплощающая определенные правовые веления, может принять разные формы, среди которых форма закона есть только одна из многих форм. Поэтому на понятие закона в материальном смысле надо смотреть с точки зрения практической юриспруденции, а не отвлеченной теории права. С точки зрения практической только что данное понятие закона с различением двух видов: закона в формальном и материальном смысле вполне правильно и законно, но это определение (понятие) не стремится заменить собою понятие или определение правовой нормы. Закон может своею формою вобрать и то, что правовой нормою не является и, наоборот, исключить то, что бесспорно, с точки зрения теоретического познания, является нормою права.

Различение понятий в области законного права, лучше всего отвечающего стремлению к точности правовых норм и прочности государственного порядка, проникнуто духом практической цели. На этом вопросе было бы очень наглядно изучить различие между подходом теоретических и практических юридических наук (ср. выше § 2).

Положительное право, закрепляясь и остывая в виде определенных норм, не ведущих самостоятельного существования, руководствуется прочностью (точность и непреклонность) своего применения, без чего невозможно и существование правового государства. Но господство свое положительное право степенит по возрастающим ступеням гибкости. Если бы все положительное право было бы в одинаковой мере закостеневшим скелетом правового государства, то противоречие между положительным правом и правом интуитивным стало бы слишком велико, не было бы возможности ни в какой мере уследить за развитием правовых убеждений и установлением новых правоотношений в населении.

Потребности действующего права и правопорядка вообще создают такую систему законодательства, при которой наиболее важные основы строя были бы закреплены самым неподвижным образом, изменение этих основ должно быть обставлено наибольшими трудностями. При этом вовсе не безусловно требование наличия писанных норм конституции, в отдельных случаях конституция может носить не писанный обычно-правовой характер. Такой характер до сих пор еще носит английская конституция. Но в подавляющем большинстве современных государств конституция носит характер закона, снабженного особой гарантией трудной изменяемости.

Что́ именно по содержанию представляет конституция, решается в разных странах различно, но чаще всего в конституцию включается нормы публичного права, в частности государственного права, между тем как частное право находит свое выражение в конституции разве только в виде самых общих положений («собственность охраняется», «неприкосновенна» и т. д., «собственность обязывает» и т. д.). В силу конкретности и дробности гражданского права его положения труднее поддаются письменному закреплению в конституциях. Гарантия существования государства и функционирования его органов считается настолько существенною и самое представление о государстве настолько централизующим, что незакрепление частного права в конституциях никогда не вызывала возражений. В этом смысле частное право поступает бессознательно более целесообразно, оно этим лучше охраняется от воздействия политических переворотов, первой жертвой которого всегда падает государственное право. Пример новейших государств, возникших после мировой войны, весьма красочно показывает, с какой легкостью гражданское право было целиком перенято от прежнего государства к государству — «правопреемнику». И при том даже так, что одно и то же новое государство сохранило разные гражданско-правовые кодексы для разных частей воссоединенного целого. Польша для своих бывших русской, германской и австрийской частей сохранила разных три гражданских кодекса, то же с Румынией, но и в значительно меньших государствах имеются при одной государственно-правовой территории разные гражданско-пра-

вовые области, так, в Латвии в балтийской части (Курляндия и часть Лифляндии) действует т. наз. Свод Гражданских узаконений Губерний Прибалтийских, в латгальской части (б. Витебск. губ.) бывший X т. ч. I Свода Законов Росс. Империи, нечто подобное видим в Литве с особенно дробным гражданским законодательством — главная часть Литвы (б. Ковенская губ.) — живет тем же X томом, часть Сувалкской губернии, как и все прочее бывшее Царство Польское, — Собранием гражданских законов губерний Царства Польского, Мемельская область — германским гражданским уложением (B. G. B.) а округ Полангена, входивший прежде в состав Курляндской губернии, — сводом гражд. узак. губ. прибалтийских, положение, подобное Латвии, имеется также в Эстонии. Пример Франции, пронесшей свой кодекс Наполеона через многочисленные конституции и политические режимы 19-го и 20-го века, является блестящим примером неподвижности гражданского права, не нуждающегося в том письменном конституционном закреплении, в котором нуждаются нормы государственного права в частности и публичного права вообще.

Само степенение законного права по ступеням гибкости выражается следующей лестницей :1) конституционные законы, 2) обыкновенные законы, 3) указы и административные распоряжения. Самым трудно изменяемым видом законного права являются, как мы уже видели выше, конституционные законы, самым легко изменяемым видом законного права является третья категория — указы.

Остановимся сперва на конституциях или т. наз. основных законах. Может ли по отношению к ним быть применено то общее определение законов, как норм, изданных законодательными органами государственной власти в порядке предусмотренном для законодательства? Порядок законодательства предусмотрен конституцией и ясно, что конституции в большем числе случаев не появляется на основании конституцией предусмотренной законодательной инициативы и порядка. «Если — говорит по этому поводу Петражицкий[1]) — произвести соот-

[1]) Теория права и государства, стр. 535.

ветственную проверку, то относительно многих государств уже в первой стадии такой ретроспективной проверки, т. е. при проверке соответствия действующих в настоящее время конституций требованию составления и издания в установленном для этого порядке, окажется, что подлежащие конституционные законы не законы, не могут быть признаны законами вследствии их противозаконного происхождения.» Это особенно отчетливо видно на примере новейших конституций государств, возникших в результате войны. Эти конституции порождены национальными восстаниями и носят на себе следы своего революционного происхождения.

Самая неизменная часть законов, устанавливаемых в конституции, несводима к дальнейшим законам. Если принять господствующее определение конституции, как «правопорядка, регулирующего отношения верховных органов государства между собою, правовые отношения между государством и его гражданами, а также государственные функции» (см. ниже § 10, разд. 4), то окажется, что конституция, как правопорядок, который признает государственные функции правовыми, и из которого исходят все дальнейшие законы, не может в свою очередь дальше сводить себя к оправдывающим его появление и содержание правовым нормам, подобно тому, как это наблюдается при обыкновенных законах. Конституция должна произвести над собою пресловутую проделку барона Мюнхгаузена, вытащившего самого себя за косу из колодца, если и она захочет прибегнуть к ссылке на предыдущую, легализующую ее норму закона.

В сущности нечто подобное представляет собою ряд теорий о сущности конституции, на которых подробно остановиться здесь нет возможности. Самой типичной теорией в этом отношении является теория Г. Еллинека о самоограничении государства, государство в конституции само себя ограничивает правовым образом, создает ряд прав граждан по отношению к нему. Суб'ективные публичные права, создаваемые конституцией, в пользу граждан являются как бы первичными правами, они дальше не могут сводимы к предыдущим законам, а как бы непосредственно опираются на волю государства, не желающего осуществлять безконтрольно всю полноту

власти, а ограничивающего себя известными обязанностями. Этим конституционные законы отделяются от обыкновенных и обособляются в особую группу основных или, как когда-то говорили, фундаментальных законов, возникающих как бы путем самозарождения, вне обычно законодательного пути, и имеющих целью самоограничение государства. Приблизительно таковы же и другие теории о сущности конституции.[1])

Конституционные законы, являясь основой данного правового (государственного) строя, стоят выше обыкновенных законов, они в этом смысле могут почитаться более существенными или важными, чем обыкновенные или, как их иногда называют, — органические законы. Самозарождающаяся конституция в дальнейшем обеспечивает нормальное органическое законодательство государству. Это второе различение по степени социологоюридической важности норм может породить второе понятие конституции. Первое понятие конституции (и конституционных законов) формальное. Конституция в формальном смысле охватывает законы, провозглашенные в качестве конституционных и подлежащие более трудному порядку изменения и отмены, чем обыкновенные законы (многократное голосование, квалифицированное большинство, обращение к народу и т. п. гарантии незыблемости). Конституция в материальном смысле определяется содержанием предписываемого нормами: те нормы, которые устанавливают существенные для строя нормы, суть конституционные в материальном смысле, хотя бы они и не входили в число статей конституции, с другой стороны с этой точки зрения не всякая норма (закон), включенная в оффициальную конституцию и снабженная формальной гарантией трудности изменения, должна почитаться кон-

[1]) От Лассаля, характеризовавшего конституции как реальное соотношение сил, до проф. Ф. Сомло (Somló) наших дней ряд авторов относит сущность конституции к социально-фактическим отношениям, отказываясь юридически осмыслить это соотношение сил. Такой подход к вопросу в значительной мере об'ясняется тем, что переворот, порождающий новую конституцию, мыслится вне всякого права. Ср. мою брошюру „Революция и право", Рига 1927.

ституционным законом. Однако, в виду практическо-юридической неотчетливости и неустановимости логических пределов второго вида — конституции в материальном смысле — правильнее всего отбросить это различение.

Второй ступенью является з а к о н. Рассмотрим теперь, каким образом создается закон, — эта, как мы выше видели, самая обычная и распространенная форма проявления положительного права. Обычно конституция предписывает, каким путем закон может быть издан. Мы дадим здесь общий вывод норм, действующих на этот счет в европейских конституциях.

а) Первая стадия это и н и ц и а т и в а или почин закона. Право законодательной инициативы может принадлежать: 1) парламенту. Определенное количество депутатов может составить соответственный проект или поручить органам исполнительной власти (кабинету министров или отдельным министрам) составить таковой. С другой стороны 2) сами органы исполнительной власти могут внести готовые законопроекты в законодательную палату. Государственно-правовая практика показывает, что наиболее существенные и дробные законопроекты обычно вносятся отдельными ведомствами. Обладая надлежащим числом хорошо подготовленных специалистов, ведомствам значительно легче взять на себя почин законов, лежащих в плоскости их деятельности. 3) Во многих конституциях главе государства также предоставляется право законодательной инициативы и, наконец, 4) в тех государствах, конституции которых пытаются предоставить известную роль в законодательстве не только парламенту, но и самому народу, законодательный почин предоставляется и самому народу путем всенародного голосования.

б) Право законодательного о б с у ж д е н и я и принятия законопроектов принадлежит обычно парламентам, как органам законодательства. Порядок обсуждения строго установлен наказами, в которых точно намечается порядок прохождения проектов (количество чтений, порядок внесения поправок и т. д.), как в комиссиях, подготавливающих проект для принятия пленумом парламента, так и в самом пленуме. Самое подразделение парламентского состава на отдельные комиссии по более важным

отраслям и специальностям производится под углом зрения наиболее компетентного законодательствования. Право утверждения (санкции) закона принадлежит обычно главе государства, это утверждение превращает законопроект в закон. И в новейших республиканских конституциях главе государства предоставляется если не абсолютное, то отлагательное (суспензивное) вето.

3) Опубликование или обнародование есть последняя стадия. Только с опубликованием закон может стать обязательным для населения, обыкновенно при этом устанавливается срок, по истечении которого закон вступает в силу. Этот срок (обычно две недели) предназначается для ознакомления населения с законом. Этот срок называется vacatio legis. В отдельных конституциях президенту, а иногда и самому парламенту предоставляется отсрочка опубликования закона на довольно длительный срок (германская и латвийская конституция до 2-х месяцев). В новейших демократических конституциях именно в это время сам народ привлекается к участию в законодательстве. При наличии заявления известной доли избирательного корпуса (т. е., граждан, обладающих избирательным правом) такой приостановленный закон должен быть подвергнут всенародному голосованию.

Действие закона прекращается или по истечении срока, на какой он был первоначально издан, или с изданием по тому же предмету нового закона, обычно в самом новом законе указывается какие прежние законы (или отдельные статьи прежних законов) новым законом отменяются. Весьма часто закон предоставляет отдельным министрам издать обязательные постановления, инструкции или вообще какие-либо административные акты во исполнении данного закона, эти акты остаются в рамках закона и не могут ему противоречить.

Третьей наиболее гибкой ступенью государственного законодательства служит указ. Вместе с убыванием общности нормы возрастает степень гибкости ее создания. Наиболее общи, и всеобъемлющи конституционные законы, но они носят самый неподвижный характер, менее всеобъемлющи, но тем не менее генерализующи — вследствие от-

влечения от индивидуальных лиц, фактов и предметов — также и обыкновенные законы. Они более гибки, чем конституционные законы, но тем не менее и их принятие обставлено рядом весьма сложных формальностей. Только внесенный, обсужденный, принятый и опубликованный в надлежащей форме закон может стать генерализирующей нормой поведения. И только таким усложненным порядком принятому закону приписывается сила общеобязательной нормы, неведением которой никто отговариваться не может.

Административный акт как указ является более индивидуальным, чем закон, он ближе подходит к конкретным лицам и фактам, чем закон. Было бы большой ошибкой думать, что указ не может создавать норм права. Способ регулировки, подчинение административного акта лестнице: — конституция —органический закон — административный акт важнее иногда того содержания, которое предписывается той или иной категорией норм. Господствующим моментом в трехступенчатой регулировке является именно это расположение, в силу которой закон может опираться только на конституционный закон, а административный акт на обыкновенный закон. Это взаимоподчинение, возглавляемое самозарождающейся конституцией важнее с точки зрения практической юриспруденции, нежели вопрос о том, в какой мере в этих трех категориях отражается правовая норма. В отдельных случаях может, напр., оказаться, что закон нормирует более индивидуальный случай, чем административный акт. Возьмем, напр., такой индивидуальный закон, как закон об экспроприации участка земли, принадлежащего гражданину X величиною в а квадратных метров и расположенному в таких-то и таких границах, этот закон бесспорно индивидуальнее, чем административный акт, регулирующий привитие оспы. Но включение того или иного «состава» в ту или иную категорию не всегда определяется степенью общности, однако, в общем и целом верна вышеуказанная нами обратная пропорциональность общности и гибкости категорий проявления норм, но над этой закономерностью господствует практическая необходимость, которая может по соображениям целесообразности нарушить эту закономерность.

2. Обычай.

Обычное право есть вторая наиболее до сих пор распространенная форма проявления положительного права. В последнее время обычное право утратило значительную долю своего прежнего значения, но исторически именно оно должно считаться первой формой проявления положительного права.

Если в древности преобладающая масса права выражалась в форме обычного права и законы только в малой области регулировали жизнь, то с течением времени законное и обычное право переменились местами, ибо на первое место стал закон и только в случае невозможности решить вопрос на основании закона обычай вступает на его место.

Обычное право по господствующему мнению есть то право, которое, не будучи установлено законом, фактически соблюдается. Так как это определение построено скорее на основании отрицательного признака, то вполне понятно, что господствующая школа постаралась снабдить это определение некоторыми дополнительными признаками для лучшего выявления сущности обычного права. Такими дополнительными требованиями являются: 1) *одинаковое* соблюдение; 2) *долголетнее* соблюдение, 3) соблюдение в качестве *правового* правила и, наконец, 4) некоторые еще требуют *судебного* признания, так, напр., Э. Майер говорит, что «без судебной практики невозможно создание никакого обычного права.»[1]) Последнее «требование» как бы сливает обычай в качестве формы проявления положительного права с судебной практикой. Это же смешение мы видим, напр., у Юнга.[2])

Новейшее развитие права, страдающее некоторым перепроизводством законодательства, отодвинуло на задний план обычное право, при чем оно выступает скорее чисто субсидиарно, в качестве вспомогательного средства рас-

---

[1]) Ср. J. W. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berl. 1927, стр. 86.

[2]) E. Jung, Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundlage der Rechtsquellenlehre, „Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie", Januar 1929.

познания права. Это особенно ярко сказывается, напр., в швейцарском гражданском уложении (ст. 1, разд. 2): «если закон не дает никакого предписания, то судья должен решить на основании обычного права, если же и его нет, то на основании того правила, которое он установил бы в качестве законодателя». На первом плане закон, на втором — обычай, но применение его обусловлено молчанием закона.

Этим современный закон утверждает ныне свое преимущество перед обычаем, в то время, как в древних системах права, преимущество оставалось за обычаем и при том настолько, что если имелась коллизия предписываемого поведения, то обычай отменял закон. Это вполне понятно там, где нормативный факт, ссылка на закон слабее ссылки на обычай предков. Не подлежит сомнению, что в примитивных государствах возможно противоречие и при том государственным строем не улаженное противоречие между законом и обычаем. Это противоречие может до известной степени быть допущено центральной властью государства там, где эта власть обезпечена в своем существовании и властвовании и может для относительно несущественных вопросов и областей (окраины, лежащие вне сферы спора с соседями) предоставить обычаю некоторые преимущества. Впоследствии устанавливается некое замирение, но довольно непрочного свойства. Так, напр., в римском праве (мнение Юлиана и Гермогениана) положительно-правовое действие обычного права сводится к молчаливому согласию народа, выражающемуся в соблюдении, а народ является законодательным органом, этим фактически соблюдающееся обычное право как бы превращается в подвид законного права [1]). В той или иной форме и другие современные теории пытаются подобным же образом легализовать «незаконнорожденное» обычное право, ибо такое внедрение извне какого-то положительного права, действующего рядом с законом и возникшего помимо законодательного аппарата государства, всегда явно противоречило очень распространенной теории первенства государства (или вернее государством изданного закона) над правом.

---

[1]) Ср. E. Jung, указ. соч.

Нельзя, однако, думать, что обычное право окончательно исчезло с горизонта современного права. Имеются, правда, страны, которые совершенно исключили обычай из числа предусмотренных законом «источников права», среди них и Советская Россия, которая в гражданском кодексе своем не предусматривает возможности применения иного положительного права кроме самого кодекса, а между тем Россия до 1917 г. была страной особенно сильного проявления обычного права. Надо думать, что нигде окончательно обычай не преодолен, как форма, фактически регулирующая правовую жизнь и при том даже там, где обычное право легально больше не признано. Об'ясняется это сущностью обычного права.

Существует мнение, по которому обычное право имеет самостоятельное значение, наряду с законным правом. Этого взгляда, но только с разной мотивировкой придерживаются Гирке, Шуппе, Штурм, Петражицкий и др. и при том не только по тем соображениям, по которым т. наз. историческая школа права, особенно в лице Пухты, считала обычай самостоятельной формой проявления права рядом с законом. Для этой школы именно в обычае беспрепятственно сказывается народный дух без всякой примеси постороннего вмешательства государства. Мало того, с этой точки зрения законное право есть только порождение исконного обычного права, служащего питательным источником закона и всего положительного права. Но в настоящее время историческая школа с ее романтикой преодолена и вместе с тем утрачена вера в преимущество обычного права. Может ли ныне обычное право найти иное научное выяснение своей сути?

По мнению Шуппе в основу обычного права положена п е р в и ч н а я специальная правовая воля, представляющая у первобытных народов единственную форму проявления права, рядом с этой правовой волей существует вторичная обобщающая воля, исходящая из центральной власти и порождающая закон. Очень туманным психологическим образом пытается об'яснить эту разницу А. Штурм, по которому правовой инстинкт является последней основой действия права. Этот инстинкт (Trieb) первично проявляется в непосредственном соблюдении, обычае. Закон является только вторичной «производной

формой права», он возник из правовой привычки послушания законодателю.

Иное гораздо более точное представление, дающее также возможность осветить новейшие формы обычного права, развито теорией Петражицкого. Обычное право имеется по его мнению лишь там, где «происходят императивно-аттрибутивные переживания с представлениями массового поведения других как нормативного факта: я (или мы, он, они и т. д.) имею право на то или обязан к тому-то потому, что так всегда соблюдалось прежде, так поступали предки, и т. д.» (курсив мой — М. Л.). Мы видим таким образом, что в центре нормативного факта обычного права стоит «массовое поведение», это массовое поведение может относиться не только к прошлому, но и к настоящему. Само собою разумеется, что громадная масса обычного права, особенно прежнего времени, обращена к прошлому в отличие от закона, смотрящему вперед, но тем не менее мыслимо и иное обычное право. Петражицкий различает два вида обычного права: 1) право обычаев предков, старых традиций, старины и 2) право современных обычаев, обычно соблюдаемого, «общепринятого»; для краткости первое можно назвать условно старообразным; второе — новообразным [1]).

Согласно этому воззрению к обычному праву второго типа можно отнести т. наз. конвенциональные правила, которые в правовом быту играют весьма крупную роль. Эти конвенциональные правила о том, что принято в тех или иных случаях, в тех или иных группах часто регулируют повседневную форму человеческих отношений, в некоторых странах и кругах эти конвенциональные правила играют особенно важную роль, ибо их несоблюдение может иметь последствием даже полное исключение из общества, поставление себя в изолированное положение. Многие — особенно немецкие — теоретики права считают конвенциональные правила третьим видом этики, равноправным нравственности и праву. Для такой чрезмерной оценки конвенциональных правил нет, как мы видели, ни малейшего основания; что их выделяет из других видов положительного права — это ссылка на

[1]) См. Петражицкий, Теория права, стр. 553, 554 и сл.

массовое (общественное, классовое, групповое, сословное, кружковое, профессиональное и т. д.) поведение других.

Обычное право, хотя и значительно сокращено сравнительно с прежним об'емом своего действия, по тем не менее даже и в странах, из'явших обычное право из оффициальных источников права, как, напр., в Германии, оно непрестанно продолжает нарождаться, особенно в области торгового, гражданского и рабочего права. Так, напр., Юпг [1]) приводит пример обычного права, признанного германским имперским судом: «истцы ссылаются на обычное право, которое сложилось в силу более чем 30-летнего соблюдения, по которому исполнение музыкально-драматических сочинений допускается без разрешения автора в том случае, если режиссер приобрел нотный материал, не снабженный особой на этот счет оговоркой». Такие же обычно-правовые нормы появляются в торговом обороте, в отношениях между рабочими и работодателями и отчасти даже в области государственного права (парламентские прецеденты и т. д.).

Обычай, как особый вид проявления положительного права, много утратил от своей прежней славы и прочности, из предмета суеверного и безотчетного исполнения, он мало-по-малу превратился в глагол народного духа, в вид права, более близко отражающий народное правосознание, с явным предпочтением перед ним закона, как более точного и надежного регулятора поведения, а на наших глазах обычай предоставлен в большинстве случаев своему независимому проявлению. Разумеется, что постольку, поскольку интуитивное право в разных областях жизни стремится к позитивации в степень положительного права, оно еще имеет некоторые возможности позитивировать себя в виде обычного права, поскольку это интуитивное право не будет подхвачено в процессе своего укрепления законом, судебной практикой или другой формой выявления положительного права.

Обычное право с его былым громадным консервирующим значением, игравшим в известные исторические эпохи весьма полезную общественно-укрепляющую роль, уходит в прошлое, оно не пригодно для регулирования

[1]) Ук. соч., стр. 236.

усложняющегося правового оборота, требующего вместе с тем большого усложнения норм, что для обычного права недопустимо. Оно еще долгое время останется жить в странах старой традиции (особенно в Англии, Германии, на востоке) и культуры, носящей массовый характер, новый быт должен повсюду обрастать цементирующим слоем «новообразного» обычного права.

3. Судебная практика.

Несмотря на то, что современная доктрина права стремится поставить во главу угла закон не только как основной, но и как единственный источник права, пронизывающий всю правовую ткань общества, несмотря на то, что обычное право, долгое время субсидиарно дополнявшее законное право, ныне становится островом, которому угрожает полное затопление, все же остается еще место для творческой судебной практики, как особой формы проявления положительного права. Говорю здесь о творческой судебной практике именно потому, что давно преодолена старая точка зрения Монтескье, согласно которому суд должен быть только «устами закона», давно преодолен тот взгляд, по которому суд имеет только задачу обслуживания закона, его применения путем логического подведения данного конкретного случая под ту или иную статью того или иного кодекса. Разумеется, что суд, логически применяющий закон, своей практикой не может ни в коем случае обогатить положительное право, нетворческая судебная практика (приговор или решение) стояла бы тогда в таком же отношении к праву, как решенная арифметическая задача стоит к правилам арифметики. Очевидно роль правосудия выходит за пределы одного только логического нахождения правильного ответа на возбужденный вопрос (дело, иск, казус), а как то дополняет закон в смысле установления нового расширенного права и даже становится на его место в случае молчания или неполноты закона. Именно старинный запрет суду отказываться от вынесения решения «под предлогом неполноты закона» (ср. ниже, § 12), также как и ст. 1 нового швейцарского уложения, говорящая о роли судьи как законодателя, в одинаковой мере ярко показывают,

что от суда требуется не только правосудное решение, но весьма часто и правотворческая роль.

В сущности, если мы хотим углубиться в самую суть настоящей проблемы, то должны будем признать, по крайней мере для гражданского суда, построенного на принципе состязательности и частного возбуждения дел, что каждое обращение к суду для разрешения спорного дела в известной мере таит в себе признание того, что закон (а в прежнее время и обычай) не в достаточной мере исчерпал своей регулировкой жизнь, что одного закона, как «источника права», недостаточно. Суду, таким образом, рядом с законом и обычаем, приписывается правотворческое значение. Подтверждение этому взгляду можно найти в том исстари, во всякой стране и у всех народов поведшемуся обыкновению придавать судебной практике, особенно высших инстанций, решающее значение рядом с законами. И хотя обычно законом установлено, что суд не связан своими предыдущими решениями, тем не менее он ими связан в самой большой степени. В сущности здесь сталкиваются два основных воззрения.

С конституционной, государственно-правовой точки зрения, преследующей прежде всего гарантию прав личности и отделение судебной власти от законодательной, связанность суда законом представляет собой нерушимую правовую аксиому. Ей противостоит иная житейски-процессуальная точка зрения, требующая в каждом отдельном случае разрешения спора. Для первой точки зрения вполне терпимо допущение пробела в праве, ибо этот пробел в любой момент может быть восполнен обычным законодательным путем, — внесением проекта в парламент и его принятием. Конституционный взгляд не должен прибегать к фикции безпробельности положительного права, наоборот, в интересах более надежного обезпечения прав личности и подзаконности суда каждый раз пробел должен быть открыто признан. Для этого подхода закон никогда не может быть заслонен или перетолкован судебной практикой. Совершенно иное положение мы получим в свете житейско-процессуальной точки зрения, для нее закон есть только точка отталкивания и отправления для суда, для нее самое существенное судебная практика, знание сенатских или других высших судебно-инстанцион-

ных решений важнее знания закона. Если бы восторжествовала первая конституционная точка зрения, то судебное решение фигурировало бы только в качестве четвертого, самого конкретного звена цепи: конституция,— обыкновенный закон, — административный акт,— судебное решение. И при этом знание закона господствует над знанием судебных решений, ибо из закона и только из него должно каждый раз черпаться решение, для второй процессуально-практической точки зрения иск или требование, обоснованные только на законе и не признанные прежними судебными решениями считается не в достаточной мере серьезно обоснованными.

Существуют страны, в которых судебная практика имеет особенно большое значение, это там, где открыто признается недостаточность законодательной регулировки. К таким странам относится в особенности Англия и прочие страны англо-саксонской правовой культуры. В Англии существует особое понятие judge made law, — право, созданное судом. Но и в других странах, в которых особенно велик культ судебных решений, культ преюдициального права, судебной практике приписывается рядом с законом и обычаем решающее правотворческое значение.

Правовые, императивно-аттрибутивные переживания со ссылкой на практику тех или иных судов как на нормативный факт, психологическая теория права считает видом положительного права, а именно правом судебной практики.

Этот вид проявления права в континентальных странах имеет особенно большое проявление в области гражданского права. В Англии эта форма стала основой государственного права, и при том настолько, что если повсюду под конституцией подразумевают закон или основной закон в его классическом писанном виде, то в Англии конституция, как основа государственного и административного права представляет вывод права судебной практики. Знаменитый английский государствовед Дайси (Dicey) пишет[1]): «Наша конституция есть конституция, созданная судебными решениями и имеет все отличитель-

[1]) А. Дайси (Dicey), Основы государственного права Англии, стр. 223, 224.

ные черты, — как дурные, так и хорошие — свойственные праву, выработанному путем судебной практики... В английской конституции нет тех провозглашений и определений прав, которые так любят иностранные конституционалисты. Кроме того, у нас такие принципы... представляют собой, подобно принципам, устанавливаемым судебным законодательством, обобщения, сделанные на основании решений или мнений судей, или на основании статутов, которые будучи изданы для специальных целей, имеют большое сходство с судебными решениями и действительно представляют собой не что иное, как приговоры Верховного Суда Парламента». То же относится в значительной мере и к административному праву Англии: «принципы административного права не собраны в какой-нибудь кодекс, но представляют то, что мы в Англии назвали бы «правом решений» (case law) и поэтому обладают тем элементом растяжимости, который свойствен праву решений [1]).

Мы выше упоминали о двух взглядах на судебную практику: 1) чисто конституционном, для которого суд подчинен только закону, а отнюдь не своим собственным предыдущим решениям или решениям высших инстанций и 2) житейско-процессуальном. И тем не менее этот конституционный взгляд уступает свое место второму, практическому. Потребность в точности и надежности права связывает юрисдикцию судов, несмотря на их принципиальную свободу выносить каждый раз решение по конкретным обстоятельствам дела и медленно, но незаметно юрисдикция видоизменяет законодательство, а судебная практика, как субсидиарный «источник права». видоизменяет основной источник — закон. Суд творит не только правосудие, но и право. Над писанным законом наслаивается право судебной практики, которая равномерно соблюдается, покуда новый закон не подтвердит уже изменившуюся по данному юридическому вопросу практику [2]).

---

[1]) Там же, стр. 382.

[2]) K. Heinsheimer, Lebendiges Recht, Heidelberg, 1929, приводит отдельные примеры из области права обществ, Vereinsrecht, где судебная практика явилась источником нового права. Автор отражает мнение авторитетных кругов, когда он по отношению

Такое широкое применение судебной практики в качестве самостоятельного источника права рядом с законом может привести к весьма нежелательным результатам, колеблющим прочность правовых основ общества. Оно в последнем счете может привести к совершенно нетерпимому положению, при котором не будет достаточно прежнего принципа: «никто не может отговариваться незнанием закона», а придется выдвинуть уже подлинно и заведомо фиктивный принцип: «никто не может отговариваться незнанием судебной практики» (юрисдикции).

Только конституционная точка зрения подзаконности судебной практики, а не практически-юрисдикционная точка зрения может обезпечить правильное развитие права и устранить опасные конфликты между отдельными формами проявления положительного права.

4. Так наз. источники права.

Большинство писателей начинает свое исследование с того пункта, где право становится доступным им не как явление, как об'ект исследования, а где оно уже непосредственно д е й с т в у е т и обязывает. Исследователю права застилает подлинное поле его зрения это действующее, т. е. обязывающее и предоставляющее право и именно в механическом проявлении своего действования. Нормативирующее проявление права делает доступным явление права и всякому невооруженному глазу обывателя. Вот почему весь длинный путь, который проходит правовая эмоция до превращения своего в правовой поступок для него в сущности не существует, для него это посторонняя делу правовая п с и х и к а, которая на известной глубине параллельно сопровождает право, не обу-

---

к Германии устанавливает следующее: „так, напр., адвокат должен отвечать перед стороной, если он в своей деятельности или при даче советов повинен в том, что упустил из виду господствующую в данное время судебную практику, х о т я б ы т е к с т з а к о н а п о д т в е р д и л б ы е г о в з г л я д, то же относится к деятельности нотариусов и крепостных судей (Grundbuchrichter) (стр. 22, курсив мой — М. Л.). Тут же судебная практика не только конкурирует с законом, как источником права, но косвенно вытесняет его.

славливая его и не входя, так сказать, в самую материю права, подобно тому, как психология научного изобретения не есть составной элемент самого достижения того или иного изобретения.

Весь этот предварительный путь схоластически об'единяется под наименованием «источник права». Раньше, чем право стало тем, что оно есть, оно должно было вытечь из своего собственного источника, всякое правовое ens имеет свой fons, согласно схоластическому учению о том, что каждая сущность имеет свой источник. На самом деле, однако, если мы всмотримся внимательно в эти источники, то окажется, что их надо понимать не в теоретическом смысле, не в виде т. сказать правопроизводящих факторов, а единственно лишь с практической догматической точки зрения, в данном случае преследующей две цели: а) доктринальное толкование в целях законодательства и б) в целях судопроизводства.

Когда все юристы говорят о законе и т. д. как источниках права, они имеют в виду не то, что служит нормативным или правопроизводящим фактом, а лишь то, что в судоговорении принимается за источник права, т. е. за ту отправную точку, от которой судья отправляется в своем судоговорении. Фактически здесь речь идет об одном или некоторых в и д а х права (законного, обычного и т. д. — ср. выше), а не об источниках права.

Учение об источниках права интересует нас здесь лишь постольку, поскольку на нем обнаруживается современное состояние науки права. На самом деле. Оказывается, что по старому схоластическому учению ens ищется в fons, сущность права в его источнике. За источник же выдается то, что уже является правом, по крайней мере, если мы возьмем три традиционных источника: закон, обычай и судебную практику. Что же касается н е - п р а в а, на которое ссылаются некоторые государствоведы как на источник права, то его надо понимать не как противоречащее понятию права, но как противоположное, т. е. как правонарушение. Но в том-то и дело, что п р а в о н а р у ш е н и е никогда не может стать источником права, своим правонарушительным характером данный акт подрывает установленное право. Но и здесь ошибка исследователей проистекает из того, что

подавляющее большинство из них знает и признает только положительное право, на изучении которого до сих пор главным образом и опирается вся теория права.

Тот или иной акт, являясь правонарушением с точки зрения действующего положительного права, не может, конечно, в таком своем отрицательном качестве иметь значение правотворящего фактора. Правотворящее же значение исторические «акты» или факты получают с совершенно иной стороны: не со стороны нарушения ими у ж е существующего положительного права, а со стороны отражения ими е щ е н е действующего правового убеждения (будем пока так выражаться), имеющего претвориться в б у д у щ е е положительное право.

Почитать же п р а в о н а р у ш е н и е источником права значит совершенно нарушить всякую только что построенную теорию права, в особенности в том случае, когда это правонарушение ставится, как один из источников права, рядом с другими источниками, являющимися правовыми. Данное положение усложняется еще и тем, что подавляющее большинство теоретиков права определяет его по одному бросающемуся в глаза признаку (принуждение, интерес, воля, цель и т. д.) и при том часто — признаку, носящему оценочный характер. Как при таких условиях почитать правонарушение источником права остается совершенно непонятным. Все те многочисленные оценочные теории права, которые строят сущность права на «признании», на «этическом минимуме» и т. д., и кроме них все те теории права, которые сущность права усматривают в нормативирующей роли правовых велений, — другими словами, почти все ныне существующее правоведение не может признать за правонарушением значения источника права, ибо это значило бы, что насилие и произвол могут создавать право. А между тем тот самый Еллинек, который вместе со знаменитым русским философом Соловьевым — хотя и независимо от него — считает право этическим минимумом, считает «не-право» источником права. Как это делается? «Как не-право становится правом?» Путем учения о т. наз. «нормативной силе факта».

Но в том то и дело, что самый факт, лежащий в области «не-права», сам по себе никакого правового действия

не имеет. Он становится правовым лишь в той мере, в какой действующее положительное право (закон, обычай) или «правоубеждение» населения, п р и п и с ы в а е т этому факту юридическое значение. Факт несвоевременного затопления местности до тех пор, покуда он не воспринимается в области правовых переживаний, есть стихийное событие, но определенное повторение таких затоплений может начать восприниматься правовой психикой, как кара за совершенное зло и тогда факт этот начинает приобретать сам по себе, своим появлением правовое действие. Новое государство, образовавшееся на развалинах старого, есть другой — не природный, а историко-общественный — факт; до тех пор, покуда факт не включен в правовую сеть соседними государствами, перед нами факт «захвата», «насилия» и т. д., и только с тех пор, как факт этот включается в право другими — государствами и людьми, — он становится правом и тем самым перестает быть голым фактом.

Если даже отбросить широкую социологическую категорию «не-права», которая ничего не об'ясняет, ибо охватывает слишком многое, то все же еще до сих пор в науке господствует полное несогласие относительно того, что следует считать источником права: одни определяют его как форму создания права, другие — как форму познания права, третьи — как выражение особо квалифицированной воли.

О первом представлении источников как форм создания права мы уже достаточно говорили выше; привлечь момент создания права к определению источника, значит, внести научно-социологические моменты туда, куда по существу они не должны быть внесены. Понятие «источник» ни в коем случае не может быть воспринят как понятие генезиса, происхождения права, это мы показали выше, дальше возобновления схоластики это ни к чему не приведет. В такой перспективе источник является базисом, а порожденное им право — надстройкой, при чем уже в базисе заложена надстройка, т. е. право.

Само собою разумеется, что понятие и определение источников права зависит от той теории, от того учения о сущности права, которое кладется в основании той или иной школы. Догматизму источником права будет рисо-

ваться нечто иное, чем психологической школе и т. д. Для современной догматики, исходящей по существу из монизма закона, из законного права, как единственного вида права, закон есть единственный источник права, все другие источники должны равняться по нему и легализоваться им: обычай, судебная практика, мнения ученых и т. д. постольку признаются источниками права, поскольку они признаны законом. Источники привходят извне и легализуются законом. Так как современное господствующее учение вообще склонно ограничить круг своего исследования оффициально-позитивным правом, то все, что не входит в рамки этого права как бы автоматически ставится вне права, тенденция к тому, чтобы эти внешние факторы выставить в качестве источников права весьма велики. Считая, что вопросы создания права лежат в плоскости социологии, господствующая школа — догматизм и нормативизм — впоследствии стремится эти социологические факторы оправдать в качестве источников права. Этой же тенденцией об'ясняется и учение о так наз. самоограничении государства, само по себе государство в его реальном бытии лежит в плоскости социологии (Г. Еллинек, Кельзен и др.), но для того, чтобы вобрать его в себя, юридизировать это социологическое явление, надо считать, что государство само на себя наложило правовые путы, от которых оно впоследствии уже не может освободиться. Это государство, внеположное по отношению к праву, создает нормы, и при том нормы в качестве внешних велений и эти веления также, должны подвергнуться предварительной юридической перегонке (рецепции) в качестве норм, законов. Если государство после своего социологического появления и внедрения в общество застает в этом обществе уже до его воцарения существовавшее право (обычаи, право религиозно-этических авторитетов и т. д.), то это право должно пройти через горнило государственной апробации и одобрения. Господствовавшая до последнего времени доктрина и ограничилась только тремя категориями источников: 1) законом, 2) обычаем и 3) судебной практикой.

Иной подход у тех течений в праве, которые не должны руководиться чисто догматическим одобрением, но могут себе дать ясный отчет не только в правовом должен-

ствовании, но и в правовом бытии. С этой точки зрения оказывается, что правовая жизнь не укладывается в вышеупомянутые три категории, находящие свое завершение в главном верховном «источнике», стоящем позади права, — в государстве, а требует увеличения числа «источников» права. Для этого причинно-правового подхода к вопросу обнаруживается, что для права не существует сторонние ему веления-нормы, нуждающиеся в одобрении и признании со стороны какой-либо инстанции, а существует органический рост права, берущий свое начало там, где это наиболее пригодно для него, не ограничиваясь тремя школьными категориями.

Для тех, кто воспринимает источник права не с точки зрения создания, а познания права, верно то, что удачно отмечено в одной из новейших работ по теории источников права [1]). Точка зрения главы нормативистов Кельзена совершенно совпадает, по мнению Росса, с господствующей точкой зрения. «Действование одной нормы может быть обосновано только тем, что она может быть выведена из другой — действующей — нормы, а в последнем счете из основной нормы. Всякое правовое познание может поэтому покоиться только на основе первой основной нормы, которая также предполагается действующей. Эта последняя является поэтому единственным, самостоятельным первичным источником (т. е., основой познания) всякого права [2]).

---

[1]) Alf. Ross, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien, 1929, стр. 304 и сл. Впрочем, Росс, критикуя господствующее мнение, сам в положительной части своей аргументации выдвигает подобную же монистическую систему, как и господствующие догматизм и нормативизм. Только у него основой этого монизма является не единая основная норма, на которой логически построяются или к которой логически сводятся все частные нормы, т. е. из системы двойных функций между известными человеческими поступками (нормированными) и специфическою санкциею, эта система познается на основе социальной целокупности поступков (soziale Handlungstotalität). Свою систему Росс стремится отмежевать от наивнодогматической систематической логики, строющейся на какой то предпосланной основной норме. Но все же и у Росса создан особый монизм источников. „Система — говорит он — есть последний источник права“ (там же, стр. 309).

[2]) Ср. также т. наз. probatio diabolica ниже § 10, разд. 6.

В отличие от всех изложенных взглядов психологическая теория права признает множественность источников без исчерпывающего наперед перечисления родов. К этому взгляду присоединились и другие теоретики права (Тарановский, Гедеман и др.) не столько по чисто теоретическим соображениям, сколько потому, что сама жизнь, сама правовая действительность современности доказала, что прежнее «учение о трех источниках с верховным правовым первоисточником», — государством, просто не применяется в жизни. Даже сравнительно кратковременное развитие после мировой войны показало, что триединый источник права, коренящийся во всесилии государства, санкционирущего закон, обычай и судебную практику, не удерживает своего единства. Всесилие государства уступает свое место другим явлениям, к которым я отношу: внегосударственное правотворчество международного права и его инстанций, необычайное усиление договора в качестве источника права, надконституционность международных норм вопреки прежнему учению о конституции, как высшей норме и основном законе, чему блестящим примером служит ст. 4 германской конституции: «Общепризнанные правила международного права действуют в качестве обязательных частей германского имперского права»; появление и развитие новых отраслей т. наз. социального права, в основу которого кладутся не одни только законы, но и договоры, соглашения и особая юдициальная (судебная) и административная практика. Все эти явления заставляют пересмотреть прежнее учение об источниках права и подтверждают правильность той теории источников, которая воистину предвосхитила это развитие задолго до настоящего времени.

Именно такое учение о множественности источников дано было психологической теорией права без малейших попыток свести эту множественность к какому-то мнимому единству или логической первооснове «единственного источника».

Если примем во внимание, что для позитивного положительного права необходима ссылка на нормативные факты, в отличие от интуитивного права, свободного от таких ссылок, то самое содержание этих ссылок может составить основание для выяснения ряда явлений права,

до сих пор именовавшихся «источниками» и лежавших как бы вне права. На основании разбора состава ссылок на нормативные факты Петражицкий открывает целый ряд новых источников права, которые он предлагает именовать просто видами права. Таких источников — помимо трех традиционных (закона, обычая и судебной практики) — Петражицкий насчитывает около 15. Ознакомимся вкратце с ними и подчеркнем, что число это не может считаться исчерпывающим:

1) Книжное право. То право, в котором императивно-аттрибутивные переживания связаны с ссылкою на то, что такого поведения требует такая-то книга, что так написано в такой-то книге, можно именовать книжным правом. На примитивно-религиозных ступенях развития это будут религиозные книги, на дальнейших — светские, но во всех случаях речь будет итти о книгах, имеющих, как таковые, нормативное значение. В древне-еврейской письменности, где очень часто дальнейшие толкования и респонсы всегда опираются на те или иные религиозные книги или разделы их, обычны выражения: «как написано», «как сказано» (kakatuv, scheneemar). Corpus juris civilis римлян содержит в себе также книжное право: учебник (институции), отрывки из юридических сочинений римских юристов (дигесты) и только третьим элементом является право, изданное государством, подобное современному законному праву, а именно конституции (кодекс).

2) Право принятых в науке мнений. communis opinio doctorum у римлян, heskem kulam в талмудическом праве.

3) Право учений отдельных юристов или группы их.

4) Право юридической экспертизы. Обыкновенно такие экспертизы, даваемые по запросам частных лиц или учреждений, имеют только научный авторитет, но бывает, что такие экспертизы приобретают характер нормативных фактов. Сюда относятся responsa римских юристов, заключения юридических факультетов и т. д.

5) Преэкспертное право. Отличие его от экспертного права лишь в том, что на него ссылаются при

решении не тех дел, по которым затребована была юридическая экспертиза, а аналогичных с этими делами по возникающим юридическим вопросам.

6) Право изречений религиозно-этических авторитетов: основателей религии и т. д.

7) Право религиозно-авторитетных примеров.

8) Договорное право. Ссылки на заключенный между сторонами договор, как на нормативный факт, еще до сих пор довольно многочисленны. Мало того. В последнее время этот вид источников получил особое распространение даже и помимо международного права, в котором пакты и договоры издавна играют решающую роль. Эта область т. наз. тарифных договоров (коллективные рабочие договоры), которые Гедеман [1]) называет типичным видом источников права. Они связывают отдельное лицо подобно законам, а именно, независимо от того, вступило ли оно (рабочий) лично в сделку, независимо от того, знало ли оно даже о содержании договора или нет. Во многих странах эти договоры, однако, уже легитимированы вновь последовавшими законами.

9) Право односторонних обещаний. Нормативными фактами могут быть и обещания что-либо в будущем исполнить. Таковы обещания Яве предоставить землю израильтянам, обещания монархов в тех или иных конституциях или обещания, могущие быть данными даже и в республиканских конституциях и актах.

10) Право программ, сообщений о будущих действиях. Это право может быть по логическому смыслу своему об'единено с предыдущим видом (9). Иногда правовая психика может возвести всякого рода программы в нормативный факт. Таков, напр., акт Келлога о предстоящем замирении и разоружении, но сюда же относится пункт об уравнительном землепользовании, национализации земли или других пунктов и частей аграрной или иных программ отдельных партий. Сюда же относятся как древне-римские эдикты магистратов, так и современные декларации кабинетов министров при вступлении их во власть — декларации, оглашаемые в парламентах.

---

[1]) Hedemann, Einführung etc., стр. 97.

11) Признанное право, или право, ссылающееся на признание. Тут нормативным фактом является признание известных прав и обязанностей одной из сторон юридического отношения. Отдельными примерами могли бы служить: признание частными лицами разных прав и обязанностей при расчете по обязательствам; признание новых государств de jure, признание прежнего революционного правительства правомерным и т. д.

12) Прецедентное право. Нормативным фактом служат здесь прецеденты в смысле происшедших раньше в данной среде действий или поступков в аналогичных случаях. Этот «источник» не следует смешивать с преюдициальным правом, где ссылка идет на бывшие решения судов.

13) Право юридических поговорок, пословиц.

14) Общенародное, везде существующее право. Тут ссылки гласят: «у всех народов», «во всех культурных государствах».

15) Неопределенное положительное право, нормативным фактом коего являются неопределенные ссылки на то, что так «полагается», у римлян: hoc jure utimur (таково у нас право) или у евреев: «не делается так в Израиле» (II кн. Царств гл. 13, ст. 12).

Из всех вновь дополненных источников права Тараповский некоторые устраняет, некоторые об'единяет в одну группу: напр., право юридических поговорок и пословиц, общенародное и неопределенное право с обычным правом, в результате получается у него только 3 новых источника права: научное, договорное и прецедентное право.

Для устранения в дальнейшем всяких недоразумений отметим, что мы не хотим заменить понятие «источника права» понятием вида права. Логически такое переименование, предлагаемое Петражицким, вполне правильно, но оно приносит вред в смысле систематического познания права. Видами права мы называли те научно определимые подразделения права, которые могут быть классификационно оправданы с точки зрения теоретического или практического подхода. А между тем разные источники права, называемые часто видами права: книжным, судеб-

ным, договорным и т. д., могут встречаться в тех отдельных видах права, которые являются под-видами положительного права, так, напр., договоры как источники права встречаются в международном, гражданском правах, книги — в громадном большинстве отдельных видов права: гражданском, торговом, церковном и т. д. Разумеется, можно было бы позитивное право подразделить на основании двух принципов деления: первый принцип: обслуживание правом определенных областей общественного и личного поведения (гражданское, торговое, уголовное и т. д.), второй принцип: содержание ссылок на нормативные факты (обычное, книжное, научно-юридическое и т. д.). Но в этом случае создалась бы некоторая неясность в термине «виды права». Во избежание перекрещивания терминологии и понятий мы говорим здесь не об источниках, но и не о видах права (судебное, договорное, книжное, религиозно-этическое и т. д.), а о формах проявления права, желая этим подчеркнуть разнообразие нормативных фактов и их подразделение на отдельные категории. Рост и развитие права и впредь несомненно будут обогащать и разнообразить формы проявления права.

§ 9. Право публичное и частное.

Раньше, чем мы перейдем к изучению отдельных видов права, образующих основу тех дисциплин, которые составляет обычный круг юридических наук, — мы должны остановиться на одном различении, которое уже весьма долго утвердилось в науке права, а именно со времен римской доктрины. Это различение есть деление права на частное и публичное.

Несмотря на древность этого отличия, могущего быть возведенным не только к римскому праву, творцы которого впервые дали определение отличия этих двух видов права, но и к более древним еврейскому и вавилонскому праву, где отличие это жило в потенции и до некоторой степени определяло отличие самих норм того или другого вида, несмотря на все это до сих пор отличие между частным и публичным правом не может считаться точно установленным в науке, где теперь насчитывается около

двух десятков теорий по этому вопросу.[1]) Такое многообразие теорий и невозможность найти окончательный и бесспорно точный признак отличия привел к большому скепсису, который особенно ярко сказался в мотивах к проекту Германского Гражданского уложения или т. наз. Bürgerliches Gesetz-Buch (сокращенно: B. G. B.). В этих мотивах указывается, что в сущности такое научно-юридическое отличие провести нельзя и поэтому лучше всего держаться правила: „alles, was im B. G. B. steht, ist bürgerliches Recht, «все, что напечатано в гражданском уложении, есть гражданское (частное) право». Но это грубо практическое различение не верно не только потому, что в гражданском уложении могут иметься и действительно имеются — элементы публичного права, но, что еще гораздо важнее, оно совершенно несостоятельно в виду того, что до обособления *всего* частного права в один кодекс или одно уложение, очевидно, уже ранее имеется в более или менее осознанной форме представление о каком-то отличии между частным и публичным правом.

Мы рассмотрим вкратце те учения, которые дают как будто совершенно бесспорный внешний признак распознавания публичного и частного права.

1) Учение, опирающееся на различие *суб'ектов правоотношения*. Сюда относятся Блюнчли, Бирлинг, Голланд и др. и с некоторыми дополнениями Тарановский. Согласно этому учению публичное право охватывает «правоотношения между всеми подчиняющимися (подданными) соответственному праву и целым (государством), мыслимым целокупно», между тем, как частное право охватывает правоотношения подданных, отдельных членов подлежащего правового союза между собою. Тарановский в общем примыкает к этому различению, дополняя его только тем, что в публичном праве государство участвует как специфический носитель *принудительной* власти, между тем, как в частно-правовых отношениях могут участвовать не только отдельные подданные,

[1]) J. Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und Privatrecht. 1904.

но и государство, если оно выступает как носитель имущественных интересов (как фиск или казна) [1]).

Это учение неверно не только в его более наивном варианте Блюнчли-Бирлинга, ибо ныне не подлежит уже никакому сомнению, что и между отдельными лицами могут существовать публично-правовые отношения, но оно неверно и с дополнением Тарановского. Ибо представление Тарановского о государстве, как специфическом носителе принуждения, в значительной степени устарело и по существу неверно. Принуждающая функция (если можно так выразиться) государства заключена в юридические рамки, и принуждение или господствование не является больше актом односторонним, проявляемым со стороны государства-властителя над подданными, но осуществлением отдельных полномочий, каждое из которых может быть проявлено лишь в предусмотренных рамках. Уже со второго 10-летия прошлого века это положение вошло в действующее право и в правосознание населения. Оно было охарактеризовано вюрттембергским юристом Pfizer'ом так: «государство-властитель имеет не одни только права, но и обязанности, а подданный имеет не одни только обязанности, но и права.»[2]) Вот почему придание особого значения участию государства в данном правоотношении и превращение этого отношения в публичное только потому, что государство есть специфический носитель принудительной власти, неверно и придает самому различению права на публичное и частное особый ненаучный оттенок. Этот особый оттенок характеризуется тем, что здесь как бы отражаются еще последствия абсолютно-монархического режима, для которого государство всегда есть властитель, всегда окружено ореолом власти и для которого одно только участие государства в правоотношении уже окрашивает это последнее в публичное в отличие от тех «обычных» частных правоотношений, в которых участвуют одни только подвластные.

Если бы отличие между частным и публичным правом покоилось только на этом отличии суб'ектов право-

---

[1]) Тарановский, Учебник энциклопедии права, стр. 234.

[2]) Цитирую по F. Fleiner'y „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts" § 3.

отношения, то это отличие следовало бы считать и исторически, и теоретически преодоленным.

С другой стороны следует, между прочим, отметить, что государство, как носитель имущественных интересов, вовсе не уподобливается частному лицу. Проникнуться имущественными интересами не всегда означает для государства заменить торжественную мантию власти скромной одеждой частного лица. Право экспроприации — хотя бы и за вознаграждение, — принадлежащее всякому современному государству, есть право публичное, хотя оно несомненно относится к сфере имущественных интересов. Советское государство (Р. С. Ф. С. Р.), до 1922 г. вовсе отменившее все частное право России, сделало это в целях особой конструкции, главным образом, имущественных отношений. Поэтому государство, как носитель имущественных интересов, не повсюду и не всегда может рассматриваться как участник (суб'ект) частно-правового отношения.

Но и совершенно независимо от только что приведенных доводов учение, различающее частное и публичное право по суб'ектам, приходится отвергнуть еще и потому, что, как отметил Петражицкий,[1]) оно х определяет х-ом: «В самом деле: по этой теории оказывается, что государство надо считать то совокупностью всех граждан. то одним гражданином, смотря по тому, имеем ли мы дело с частным или с публичным правоотношением (х); правоотношение между монархом или каким-либо чиновником и «простым» гражданином надо конструировать как нечто иное (два правоотношения) или не надо, смотря по тому, идет ли дело о частном или публичном правоотношении (х). И в результате остается вопрос, а что же такое частное и что такое публичное правоотношение? [2])

---

[1]) Теория права, стр. 675.

[2]) Особенно рельефно это definitio per idem выражается у английского юриста Holland, The Elements of Jurisprudence „Публичным лицом мы называем государство или самостоятельную часть его или группу, или отдельное лицо, снабженное от него властью . . . Когда оба лица, с которыми право связано, оказываются частными лицами, право признается частным. Когда одним из этих лиц является государство, то, хотя другое лицо и будет частным, право признается публичным."

2 и 3). Еще более примитивны другие два учения, в которых особенно неприкрыто выступают definitiones per idem (определения неизвестного через то же неизвестное). Эти учения опираются при различении публичного и частного права либо на а) *законодательной технике*, либо на б) *организации юстиции* (подсудности). О первой разновидности мы мельком уже упомянули: «все, что напечатано в гражданском уложении, есть гражданское (частное) право.» Приблизительно то же различение дается и на основании различения подсудности: ст. 1 б. российского устава гражданского судопроизводства[1]) гласит: «Всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений.»

Очевидно, что указанные учения страдают не только тем, что они создают определения чрез то же самое, но и тем еще, что они *следствия* деления права на частное и публичное *принимают за причины* этого деления. На самом деле: для того, чтобы государству придать публично-правовой характер, а частным лицам — частно-правовой характер, должно предварительно существовать самое отличие этих двух видов; еще яснее это видно на 2-ом и 3-ем учении: для того, чтобы отнести частное право в гражданский кодекс или подчинить все споры по гражданскому праву одной категории судов, а публичное право — другой или другим категориям судов, должно существовать предварительно твердое различение права на частное и публичное, на основании какового различия и возможно потом то или иное кодифицирование, то или иное отнесение к различной подсудности.

Помимо того, два последних учения не могут быть согласованы с положительным правом современных государств. Частно-правовые кодексы содержат некоторые элементы публичного права и «обыкновенным» гражданским судам могут быть подсудны споры о публичном праве. Это в особенности относится к Англии, где вся административная практика, отлившаяся в правовые нормы, составляет — вопреки обычным континентальным

[1]) Ныне этот устав с некоторыми дополнениями действует в Латвии, Литве, Польше и Эстонии.

представлениям — часть common law, т. е. общего гражданского права. Далее, обыкновенным гражданским судам подсудна деятельность публичного государственного управления, а особой административной юстиции в Англии не существует. Значит ли это, что в Англии или Соед. Штатах Сев. Америки не существует и самого отличия между частным и публичным правом? Очевидно, нет, ибо теоретические отличия науки права не допускают географических из'ятий для отдельных стран.

4) Весьма ясный внешний признак выдвигает как будто теория, опирающая различие публичного и частного права на интересах или в ея варианте: на целях. Это учение весьма древнего происхождения. Еще римский юрист Ульпиан дал такое различение обоих видов права: «Публичное право есть то, которое относится к положению (римского) государства, частное же — которое относится к пользе отдельных лиц, quod ad singulorum utilitatem".

В разных и весьма многочисленных вариантах это учение было до недавнего времени преобладающим в науке права. В основу кладется здесь принципиальное отличие общественной и личной пользы, в очевидном предположении, что могут существовать как бы две системы права, из которых, грубо говоря, одна полезна обществу или государству, а другая — полезна лишь частному лицу. На такую именно точку зрения стал еще недавно проф. Шершеневич:[1]) «противоположение общественных и частных интересов представляется, пишет он, ясным всем и каждому. Противоположение частного и общественного свойственно современному сознанию, хотя возможны споры по поводу их разграничения в том или ином отдельном случае... Такое противоположение частного и общественного не может быть игнорируемо правом, нормирующим жизнь и этому чрезвычайно важному бытовому явлению соответствует основное разделение об'ективного права на гражданское и публичное.»

---

[1]) Г. Шершеневич, Общая теория права, М. 1912, Вып. III.

Не говоря уже о том, что самое понятие интереса и, в частности, понятие общественного (публичного) и частного интереса весьма неясно,[1]) мы в системе существующего права имеет бесспорно индивидуальные (личные) интересы, относимые и к частному и к публичному праву. Так, напр., если право собственности, как ниже подробнее увидим, относится к частному праву, то такие личные права, как свобода передвижения, неприкосновенность личности и жилища, свобода занятия ремеслом, свобода слова, собраний, совести относятся к публичному праву, в частности к праву государственному и административному. Можно ли на этом основании сказать, что право собственности установлено только в интересах частных лиц и что институт собственности

---

[1]) См. F. Fleiner, Einzelrecht u. öffentliches Interesse, Tüb. 1908: „Понятие публичного интереса, однако, шатко и подвержено изменениям . . . Законодатель должен поэтому в большинстве случаев ограничиться предписанием того, какие общественные интересы ему желательно соблюсти, насколько индивидуальные права могут быть ограничены или даже вовсе отброшены“ . . . В противовес этому — различение Дернбурга, Пандекты, Т. I. Пер. под ред. Соколовского: „Если правовая норма предназначена служить прежде всего интересам отдельных лиц, то она относится к частному праву; если же решающим для нее является интерес общества, то она принадлежит публичному праву.“ (Курсив подлинника.)

Весьма интересно и своеобразно освещен вопрос об отношении интереса к праву у проф. Я. М. Магазинера. Общее учение о государстве, ст. 78 и сл., Петербург 1922 г. По мнению этого автора интерес не составляет сущности права. Возможно право без всякого интереса в его осуществлении, напр. право опекуна или право наследника на наследство, долги по которому превышают само имущество. „Интерес есть лишь предполагаемая цель права, но не самое право.“ И если автор приходит к тому выводу, что „право есть возможность осуществления интереса“, то вывод этот во всяком случае неверен относительно права, как явления, и не более доказателен, чем теория интересов. Однако, как констатирование социологического порядка, имеющее в виду охарактеризовать предпосылки осуществления правопритязания (или т. наз. суб'ективного права) членами общества, ссылки на предполагаемую цель права имеет известное положительное значение. Для различения публичного и частного права точки зрения Магазинера оказалась бы столь же недостаточной, как теория интересов или цели.

публичных интересов не касается? Или — что в свободном выражении мнения каждого отдельного человека заинтересовано только общество (государство), и что эта свобода слова или передвижения не удовлетворяют частных интересов отдельного лица? Очевидно, что это сказать невозможно и что линия различия между частным и публичным правом проходит где-то вне разграничения линий интереса частного и публичного.

Доводы, которые приводятся нами против установления искомого различия по признаку интересов, могут быть приведены и против теории цели (Савиньи). «В публичном праве — говорит Савиньи — целое является целью, а отдельный человек занимает второстепенное положение; напротив, в частном праве отдельный человек является целью, а целое (государство) — средством.»

Не только Иеринг, установивший знаменитое положение, что «цель есть творец всего права», но и Меркель, Штамммлер, Бергбом и целый ряд других ученых выдвигают цель в качестве основного стержня в праве. Если мы, однако, поближе присмотримся к понятию цели, то она окажется тем же интересом, только не в статическом, а динамическом состоянии. Цель в праве есть только интерес, обращенный в сторону достижения.

Если мы возьмем вышеуказанное различение Савиньи по цели и захотим его применить не только к об'ективному праву, но и к суб'ективному, то мы получим следующее положение: Предположим, что перед нами индивидуальные права, охраняемые публичным правом. Если, напр., индивид отстаивает перед административным судом свое индивидуальное — суб'ективное — право, против нарушения его со стороны какого-либо государственного учреждения или органа, то можем ли мы применить тут различение Савиньи? Очевидно, нет. Ибо при защите суб'ективных публичных прав нельзя исходить из точки зрения Савиньи, согласно которой для публичного права отдельный человек занимает всегда второстепенное положение, а государство является всепоглощающей целью. Это различение могло еще иметь какое-нибудь оправдание в то время, когда не существовало судебной исковой защиты суб'ективных публичных прав. В то время «права» индивида могли рассматриваться как отраженная тень

самоограничения государства: насколько «целому» угодно себя самоограничить, настолько остается то, что немцы называют Ellenbogenweite, т. е., маленькое свободное пространство для «отдельного человека», там же, где суб'ективное публичное право охраняется не хуже частного права, нельзя констатировать второстепенность положения индивида в публичном праве.

Целевая теория может поэтому считаться не только теоретически неверной, подобно теории интересов, но и исторически преодоленной.

Сами авторы, стоящие на точке зрения признака интереса или цели, чувствуя шаткость своего противоположения, дополняют его более точным и, как им кажется, несомненно бесспорным признаком. Так поступает, напр., известный юрист Дернбург. Давши вышеотмеченное различие по интересам (частному или публичному), он сам, однако, добавляет: «На самом деле отношения таковы, что одну и ту же норму можно отнести одинаково и к публичному и к частному праву. Для практического руководства необходим поэтому более конкретный признак. Охрана гражданских прав осуществляется исключительно путем гражданского процесса. Отсюда один эмпирический вывод: раз допускается гражданский процесс, значить признается и гражданское право.»[1]) О ненадежности и произвольности признака подсудности мы говорили выше.

5) Упомянем, наконец, еще об одном учении, дающем как бы внешне легко различимый признак отличия. Эта теория, представленная в науке проф. Зомом, Кавелиным, отчасти Коркуновым и др., но имеющая свой прообраз в различении, данном еще в талмудическом праве. Зом и Кавелин считают подлинным об'ектом частного права имущественные отношения, причем Кавелин идет так далеко, что имущественные отношения между государством и гражданами — в том числе и всю налоговую и податную систему — а также между государством и чиновниками он готов перенести из области публичного права в частное. Мы уже указывали, что тот или иной характер регулируемого правом об'екта еще не мо-

[1]) Дернбург, Пандекты, § 21.

жет накладывать особого отпечатка на самое регулирующее право. Так, напр., имущественные или денежно-финансовые об'екты могут регулироваться по типу частноправовому или по типу публично-правовому. Ниже мы подробнее на этом остановимся. Пока же заметим помимо этого, что давая, хотя бы внешний признак для частного права, это учение не дает такого признака публичному праву. Выходит, таким образом, что предметом частного права являются имущественные отношения, все же, что не носит имущественного характера, составляет об'ект публичного права. Тут приходится считать аналогичное различение талмудического права более совершенным: оно различает нормы имущественные (dinei mamanoth), об'ектом коих могут служить отношения, поддающиеся денежной оценке, и нормы (право) личные dinei nfaschoth). Говоря современным языком юриспруденции, это различение приблизительно совпадает с различением гражданского и уголовного права. Центр тяжести этого различения в отличии последствий и санкций: круг частного права ограничивается последствиями имущественно-денежного характера (возмещение убытков, перемещение хозяйственных благ и т. д.), круг публичного — воздействием на людей, как таковых. Что в талмудическом различении отступает на задний план государственное право, также вполне понятно, если принять во внимание историческую эпоху возникновения и действия этого права, — эпоха после падения Иудейского царства.

То различие, которое исторически (но отнюдь не теоретически) может быть оправдано условиями автономного статуса, в котором юридически изживало себя еврейское право в течение ряда столетий обособленного персонально-автономного бытия, не может быть применено к современному праву, знающему имущественные отношения важнейшего свойства, регулируемые не частным, а публичным правом (государственно-национализированная промышленность, налоговая система и т. д.).

По тем же соображениям нельзя считать правильным и аналогичное деление Коркунова. «Право, говорит он, есть вообще возможность пользоваться чем-либо, эта возможность может быть обеспечена лицу в двоякой форме. Са-

мая простая форма — это поделение об'екта пользования в частное обладание по частям; другими словами, установление зарличия моего и твоего.» «Рядом с этой формой разделения об'екта, различения моего и твоего, существует еще другая форма — приспособление об'екта, к совместному осуществлению разграничиваемых интересов.»

Само собою разумеется, что и взгляд Коркунова неверен, ибо поделение об'екта пользования на мое и твое безусловно возможно и в публичном праве, а не только в праве частном. Если, напр., в публично-правовом порядке устанавливается норма потребления, то перед нами поделение об'екта пользования, хотя ни тени частно-правового элемента в этом поделении нет. Сюда, напр. относится вся система т. наз. военного капитализма, во время мировой войны, где значительная часть производства и почти все потребление были регулируемы из центра публично-правовым порядком. В особенно яркой и последовательной форме публично-правовое поделение имело место в Советской России, особенно в эпоху с октября 1917 г. и до 22-го мая 1922 г., до введения т. наз. новой экономической политики и в частности акта о гарантиях осуществления имущественных прав. В эту эпоху частное право считалось даже оффициально отмененным, советское положительное право не знало больше ни гражданского, ни торгового кодекса, и тем не менее различие «моего» и «твоего» не было устранено. Суб'ективное (публичное) право отдельного индивида выражалось, между прочим, в праве на «свой», причитающийся отдельной особи продовольственный паек, жилую площадь, одежду и т. д., со строгим соблюдением соответственных категорий, сообразно положению и степени ответственности работы или службы, отбываемой отдельной особью. То же самое относилось и к распределению сырья и топлива между отдельными заводами и фабриками разных отраслей промышленности. Сознание «моего» и «твоего», сопровождающее поделение об'екта, было при этой публично-правовой регулировке достаточно интенсивно, у отдельной особи развивался на этой почве пайковый эгоизм, а у групп индивидов (рабочих и служащих), связанных работой на данном предприятии, вырастал особый «заводский патриотизм» со стремлением раздобыть

сырье и топливо именно для «своего» завода, часто в ущерб прочим фабрикам и заводам той же отрасли.

Выдвинуть таким образом поделение об'екта (с различением моего и твоего), как основную черту отличия частного права совершенно неправильно, тем более, что по Коркунову «различием поделения и приспособления об'екта об'ясняются удовлетворительным образом все особенности частного и публичного права.»

6. Вкратце мы остановимся на теории Г. Еллинека, попытавшегося дать теоретическо-формальное отличие между двумя родами права. Характерно при этом заметить, что в своем «Общем учении о государстве», да и во второй главе своей „System der subjektiven öffentlichen Rechte" Еллинек придерживается вышеизложенного учения о различии публичного и частного права по разнице суб'ектов.[1]) Но считая это различение недостаточно научно-точным, он обращается к сущности суб'ективного права, чтобы таким путем найти основную линию отличия.

«Правопорядок, по мнению Еллинека, может стать в различные отношения к индивидуальной воле... Если частный правопорядок регулирует отношения хозяйственного оборота, то он не прибавляет нового момента к возможности свободного движения индивида. Правовые отношения могли быть в наличии в качестве жизненных отношений еще задолго до того, как они были подчинены правовой нормировке.» «Разрешенные правопорядком юридически релевантные действия образуют в своей совокупности правовую дозволенность (das rechtliche Dürfen"). Этой области Еллинек противополагает публично-правовую, которая характеризуется им следующим

---

[1]) В „общем учении", стр. 279, читаем: „различие частного и публичного права может быть сведено к той основной идее, что в частном праве отдельные индивиды противостоят друг другу как принципиально-соподчиненные, оно регулирует поэтому взаимные отношения индивидов как таковых, между тем, как публичное право нормирует отношения между различными суб'ектами власти или организацию и функции суб'ектов власти и их отношения к подчиненным этой власти". Приблизительно то же читаем и во II главе „System" стр. 9 и сл., где частное право выступает как правопорядок жизненных сфер равнопоставленных лиц, подчиненных государству, а публичное право, как отношение между государством и этими лицами.

образом: «Но правопорядок может и прибавить к дееспособности[1]) (Handlungsfähigkeit) индивида, нечто, чем он от природы не обладает. А именно правопорядок может наделить его притязанием, чтобы некоторые его действия были бы признаны правом и чтобы эти действия были бы таким образом снабжены государственной охраной». Этим, по мнению Еллинека, индивиду придается нечто такое, что не относится к естественной свободе индивида, ибо эта последняя не включает возможности заставить государство придать известному действию индивида юридическую значимость (релевантность). Все предписания, касающиеся обязательности (Gültigkeit) правовых действий и правовых сделок, устанавливают правовую уполномоченность (das rechtliche Können), явно созданную правопорядком. Эта уполномоченность находится в резком противоречии с дозволенностью».[2])

А между тем именно эту противоположность между Dürfen и Können, между дозволенностью и уполномоченностью, между «сметь» и «мочь» как основу различия между частным и публичным правом, — никак установить

---

[1]) Слово дееспособность (Handlungsfähigkeit) не вполне передает здесь смысл. Вместо „дееспособности", которая в науке права имеет специфический смысл (см. выше), мы могли бы здесь говорить о „способности" человека к действиям, поступкам и сделкам.

[2]) „System", стр. 45 и сл. В оригинале последнее предложение гласит так: Dieses Können steht im scharfen Gegensatz zum Dürfen. „Надо заметить, что в русской литературе теории права эта теория Еллинека наталкивается прежде всего на ряд трудностей филологического характера. Коркунов переводит Dürfen понятием „дерзновение", а „Können" — возможность, Тарановский — dürfen — сметь, а können — мочь, Петражицкий вообще избегает перевода, мы переводим слова dürfen и können не в их глагольном, а в существительном значении, и тогда Dürfen — ближе всего к дозволенности, а Können — к уполномоченности. В своем докладе: Ist die Einteilung in öffentliches und privates Recht begründet?, прочитанном в 1913 г. в Гейдельберге, см. „Heidelberger Neuste Nachrichten" от 29 ноября 1913 г., мы отметили, между прочим, что вся теория Еллинека в некоторой степени обусловлена, своеобразием немецкого языка и различением терминов Dürfen и Können, из коих последний имеет не только значение физическое: „мочь" (как во всех языках), но и этическое значение снабжения кого-либо правовою возможностью.

нельзя. Если Еллинек полагает, что в гражданском праве данные отношения до их юридизации, т. е. до придания им юридического, правового характера существовали, как житейские отношения, то прежде всего следует отметить, что бывают такие правоотношения, которые вновь создаются положительным правом без того, чтобы они существовали уже «задолго до того» в качестве житейских отношений. При различных крупных реформах мы имеем часто создание правовых отношений, которым вовсе не предшествовали житейские отношения, а некоторые из правовых актов имеют даже задачей отмену прежних, задолго до того существовавших, житейских отношений. Но если даже признать, что правовым отношениям предшествуют житейские, то здесь все же нет основания к различению публичного и частного права. Мы можем иметь примеры из частного права, где нормы создают новые житейские отношения, создают новое Können (напр., введение бумаг на пред'явителя в торговом, значит, частном праве), чего от природы «само по себе» не существует и наоборот, в публичном праве—может иметь случай одной лишь юридизации прежде существующих отношений (фактического или житейского свойства). Так, напр., если правительство не может править без согласия парламентского большинства, то в конце концов публичное (государственное) право устанавливает ответственность кабинета министров перед парламентом. Этим публичное право не создало нового „Können".

С другой стороны если гражданско-правовые нормы имеют исключительный характер «сметь», Dürfen, то почему противодействие этой дозволенности влечет уголовно-правовые последствия, имеющие публично-правовой характер? Между тем Еллинек указывает, что «правовая недозволенность может быть нарушена, правовая же неуполномоченность — никогда. Там наказание и обязанность возмещения являются правовым следствием, тут — одно лишь об'явление незапрещенного, но юридически-незначимого действия ничтожным.» Очевидно, что частно-правовые положения нельзя рассматривать отдельно от последствий их нарушения, публично-правовая же санкция частно-правовых норм доказывает, что частное право не рассматривается, как исключительная область

Dürfen, дозволенности. Здесь перед нами явное доказательство тому, что только в целях мотивации частное право сперва предоставляет частно-правовые действия лично-свободному усмотрению суб'екта и только, если это предположение не оправдывается, право может прибегнуть к наказаниям и иным санкциям. Только по реагированию мы можем установить место и значение нормы. Если поэтому Еллинек говорит о том, что не существует права гулять, то он забывает, что такое право гулять, дышать или спать появляется только тогда, когда в наличии препятствие к осуществлению этих действий.[1])

7. Кроме вышеупомянутых учений, признающих существование различия между частным и публичным правом, в новейшее время появилось учение, вовсе отрицающее самое различие этих двух родов права. Мы имеем здесь в виду не тех отдельных авторов, которые, подобно Д. Гримму, на основании существующей в науке разнотолосицы пришли к скептическому отрицанию всей проблемы, но т. наз. австрийскую школу государствоведения во главе с Кельзеном и Вейром, которые положительным путем приходят к отрицанию интересующего нас различия.

Кельзен пытается имманентной критикой, т. е. исходя из тех же предпосылок, что и критикуемый им Еллинек, показать, что никакого научно-уловимого отличия между Können и Dürfen, — а потому и между публичным и частным правом — не существует. Особую непоследовательность Еллинековой конструкции Кельзен[2]) усматривает в утверждении, что «не сметь» (Nicht-Dürfen) или запрещение мыслимо только по отношению к вышепоставленному государству, но не по отношению к равнопо-

---

[1]) Кельзен, возражая Еллинеку, говорит в Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, стр. 635: „Всякое, даже и самое индивидуальное действие, не состоящее ни в каком отношении к кому-либо другому, начинает ощущаться сразу как „дозволенное" или „управомоченное", лишь только кто-либо противоправно препятствует исполнению этого действия. Действия, выражающиеся в гулянии, дыхании, сне и т. д., становятся юридически „разрешенными", поскольку нарушение этих действий запрещены. В дальнейшем Кельзен, исходя из предпосылок самого Еллинека, пытается доказать тождественность Können и Dürfen.

[2]) H. Kelsen, Hauptprobleme, стр. 647 и сл.

ставленному индивиду. Индивид не может сам, по своему полномочию, связать какие-либо правовые последствия с запрещенными вредящими ему действиями, это может сделать только правовой порядок или государство (путем запрета, наказаний и т. д.). Но если это так, если «не сметь» можно только по отношению к государству, тогда, согласно Кельзену, и «сметь» (dürfen) относится к государству, а не индивиду, ибо индивид по собственному полномочию не может связать таких правовых последствий с действием, благодаря которому это последнее становится допустимым gedurft). Если категория «не сметь» должна быть отнесена к государству, то и категория «сметь» (dürfen) относится к государству, а между тем Еллинек считает только уполномоченность (können, мочь), категорией, относящейся к государству.

Весь этот ход мыслей Еллинека об'ясняется, по мнению Кельзена, тем, что государство олицетворяется, что ему приписываются качества правопорядка вообще и в частности, качества, ставящие его выше правовых свойств всякого иного «лица». А между тем, по Кельзену, все «лица» одинаково равны и в правовых терминах нельзя выразить социологический и психологический факт преобладания государства над личностью. Кельзен полагает, что всякое право должно отказаться от отражения социологических фактов господства или преобладания. Если в гражданском (частном) праве мы при исследовании правовых отношений найма отвлекаемся от фактических властных отношений между работодателем и рабочим, то то же самое мы должны делать и в публичном праве при исследовании отношений между государством и отдельными лицами. «Юридически постичь государство означает противопоставить его, как лицо, правопорядку в той же мере, как и все прочие суб'екты права, и, следовательно, уравнить государства со всеми прочими суб'ектами права».[1])

Уравнивая государство со всеми прочими суб'ектами и отвергая по формальным соображениям теорию Елли-

[1]) Kelsen, указ. соч., стр. 704—705. Сравни мою рецензию в журнале „Право“ (за 1911 г. № 35), на книгу Кельзена „Die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“.

нека, Кельзен, хотя и не считает государство творцом всего права, тем не менее приходит к тому выводу, что никакого отличия между частным и публичным правом не существует. Считая, что конструкция всех правовых понятий во всей области права должна держаться тех же (нормативно-абстрактных) методов, безразлично, относятся ли эти понятия к той области, которая до сих пор считалась публичным или же частным правом, Кельзен с формальной стороны выдвинул то положение, что всякое право есть государственное право (Alles Recht ist Staatsrecht). Обезпложенная методом формального наблюдения правовых норм (formale Betrachtungsweise der rechtlichen Normen), наука права становится у Кельзена и его приверженцев невосприимчивой к отличию публичного и частного права.

8) Переходим теперь к последнему роду учений, признающих отличие частного и публичного права, но ищущих его не в чисто внешних об'ективных или формально-конструктивных признаках, а в чем-то упущенном всеми другими учениями: это в способе определения (мотивации) поведения в той и другой области права.

К этой группе относится Петражицкий, И. А. Покровский[1]) и ряд более молодых русских ученых.

По мнению Петражицкого существуют две системы правно-психического воздействия на человеческое поведение. Первая система концентрирует поведение на данной особи, возбуждая мотивы отчасти эгоистического, отчасти альтруистического свойства (благополучие и судьба семьи). Центром правовой действенности становится данная единица (физическое или юридическое лицо) вне зависимости от других равнопоставленных ему лиц. Регулировка частной собственности в его классически чистом виде (право употребления и злоупотребле-

---

[1]) См. Петражицкий, Теория права, стр. 688—746. И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права, Пгр. 1917. M. Laserson, Recht, Rechtseitigkeit u. Geradheit, Berlin, 1921 г., стр. 32—33. Я. Магазинер, Общее учение о государстве. Пгр. 1922, стр. 10, 11 и сл.

ния, состязательное начало в гражданском процессе и т. д.), имеет в виду воздействовать на данного человека путем возбуждения в нем определенных стимулов к прилежанию, старательности и т. д. Отдельные люди, проникнутые такой мотивацией, «не понимают того, что, работая для себя и семьи, они работают на общую пользу, сохраняя и умножая свое частное достояние, сохраняют и умножают народное и общечеловеческое богатство и благосостояние». Этим попутно опровергается наивное древне-римское представление, будто частное право имеет в виду только singulorum utilitas, т. е., только пользу отдельных лиц. Важна здесь не польза, а с п о с о б воздействия. Ибо можно в интересах общественной пользы и благосостояния не только бессознательно прибегать к частно-правовой мотивации, как это было в древности, но и с о з н а т е л ь н о вводить (ранее не существовавшую или даже отмененную) частно-правую систему воздействия, как это имело место в советской России в 1922 г. при введении т. наз. новой экономической политики (ср. выше), — когда оказалось, что другая публично-правовая система мотивации недостаточно способствовала благосостоянию, производительности и работоспособности страны.

Для частно-правовой системы самым характерным является не эгоизм, а предоставление инициативы в завязывании и закреплении имущественных (а следовательно и правовых) отношений отдельным лицам, а не центру, не ставя при этом отдельной личности каких-либо обязательных пределов действенности. Система частно-правовой мотивации построена на предположении действенности каждого отдельного индивида, могущего обслуживать свое окружение. В том обществе, где индивид не может еще сам хозяйствовать, где нельзя предположить умения и стремления к этому, не может существовать и частное право. Частное право может развиться только там, где обосновано предположение, что каждый дееспособный человек может поддаться мотивации личных побуждений для завязывания наибольшего числа правовых отношений. Вот почему частное право может проявлять себя в полной мере только там, где отдельный ч е л о в е к достиг путем правового воспитания известной обособленности и обособлен-

ной действенности, превращающей человека в юридическое лицо, человека, как рабочую единицу коллектива, в признанную хозяйственную и правовую единицу. Система частного права есть система юридической децентрализации, разгружающей центр от об'единенного воздействия на людей.

Наоборот, публично-правовая система мотивации предполагает существование централизации, об'единенного воздействия. Для выяснения отличия между частным и публичным правом разрешу себе прибегнуть к следующему сравнению. В частном праве люди (лица) своей расщепленностью и децентрализованностью при вступлении в те или иные правовые связи напоминают молекулы ненамагниченного куска железа, полюсы которых направлены в разные стороны. Иначе дело обстоит в публичном праве. Определенные обязанности по отношению к гражданам могут быть возложены только на центр (государство), таковы, напр., обязанность судоустройства, социальное обезпечение, предоставление политических гарантий и т. д., подобно тому, как исполнение определенных обязанностей мыслимо и относимо только к центру, напр. налоговая, трудовая, воинская повинности и т. д. По отношению к нормам, устанавливающим такое централизующее поведение, все граждане находятся в одинаковом положении. Мотивационное действие публичного права может быть сравнено с намагничиванием куска железа. Подобно тому, как в ненамагниченном куске железа молекулярные магниты расположены неправильно, так и частно-правовые отношения между индивидами свободны, неправильны, предоставлены самим себе и децентрализованы, никакого единого воздействия во вне они не оказывают. Централизующее публичное право действует, как приближение магнитного полюса: подобно молекулярным магнитам все индивиды в одинаковой мере обращаются к соответствующей норме и образуют, оставаясь в пределах того же примера, магнит, однородно действующий во вне, т. е. общение, проникнутое публично-правовой спайкой. Как бы индивиды ни были различны в качестве суб'ектов и получателей частного права, как бы разнообразны и неодинаковы они ни были по числу и размерам заключаемых ими частно-пра-

вовых связей, в публично-правовом отношении они одинаково относятся к центру: все обязаны отбывать ту или иную повинность, все в праве притязать на пенсионное или иное доставление со стороны центра.

Частное право в последнем счете опирается на особую мотивацию, которую я предпочел бы именовать *индивидуацией*. Это не означает, что публичное право не может регулировать прав индивида: мы видели уже выше, что и публичное (государственное, административное) право гарантирует права индивидов. Публичное право, однако, настолько интересуется индивидуальностью, насколько само общение нуждается в минимуме индивидуальных прав человека, как члена общества. Публичное право, устанавливая какие-нибудь «суб'ективные публичные права индивида», считает, что индивид не может по собственному усмотрению, децентрализованным порядком, отчуждать или передавать эти права. Эти права, — будет ли то право на свободное выражение своего мнения в устном слове или печати, или будет ли то право избирать в парламент (т. н. активный статус) — мыслятся с публично-правовой точки зрения осуществляющимися, этими правами индивид должен пользоваться. Вот, между прочим, почему в публичном праве так часто права носят характер обязанностей: так, напр., в Бельгии и Австрии избирательное право есть и обязанность, ибо в случае преднамеренного неосуществления права лицо обязано отвечать перед судом и подвергается наказанию. Но даже там, где закон непосредственно не карает воздержания (абсентеизм) избирателя, суб'ективное публичное право не мыслится в качестве права, которым индивид свободно располагает. Достаточно мыслить себе все суб'ективные публичные права выборов неосуществляющимися со стороны управомоченных, как современный публично-правовой порядок не может существовать. Вот почему молчаливой предпосылкой (презумпцией) всего публичного права и даже того, которое обезпечивает индивидуальные права лиц, является то, что у этих лиц не станет проявляться свободное усмотрение, а что они «все, как один человек пойдут к избирательным урнам», или потребуют себе других своих прав. Хотя формально публичное идивидуальное право как бы целиком предо-

ставлено отдельному лицу и его усмотрению осуществлять или не осуществлять его, тем не менее публично-правовой порядок предполагает его осуществление. Публичное право дает как бы одну лишь форму свободного осуществления, предполагая, что, кроме отдельных единиц, никто не пожелает отказаться от осуществления своих прав.

Совсем иначе дело обстоит в частном праве. Его предпосылкой является именно свободное усмотрение личности. Внешним выражением этого служит преобладание в частном праве договора. Основой всякого договора служит свободное соглашение сторон. «Юридические последствия договора принципиально наступают именно потому, что их желали авторы договора».[1]) Всякие юридические связи могут быть выражены в форме договора, стороны могут «договориться» о чем угодно, и договор как бы внешне закрепляет то соглашение сторон, которое в данном случае имеется: это в одинаковой степени выражается как в терминах — договор, договориться, как и в терминах: Vertrag, sich vertragen.

В частном праве принцип договорной свободы является основоположным. И если у принципа договорной свободы имеются две стороны: 1) отрицательная: «против своей воли никто не обязан вступать в договор» и 2) положительная: «лица имеют права заключать договоры любого содержания (кроме тех, которые противоречат законам и добрым нравам),[2]) — то на обоих сторонах этого принципа отражается господство усмотрения лица, его индивидуации. В институте собственности и свободного договора эта индивидуационная мотивация получает лишь свое особенно сильное и яркое выражение.

С другой стороны в публичном праве договорной свободы не существует. Мало того: публичное право даже избегает договорных форм, предпочитая этим двусторонним созданиям, односторонние акты, законы, указы, распоряжения и единичные акты, как органов государства, так и частных лиц, лучше приспособленные к централизующей мотивации и нормировке публичного права. Если

---

[1]) Покровский, ук. соч., стр. 236.

[2]) Ср. там же, стр. 242—43.

в частном праве всему предпосылается неограниченность собственности и личной свободы[1]), то публичному праву предпосылается ограниченность собственности и свободы лица.

В своей централизующей мотивации публичное право исходит от момента публичного, общественного с л у ж е н и я. Это преобладание идеи общественного служения в публичном праве, в частности, об'ясняет и прочность государственно-правового учения об органах. Агенты государства, как центра, не мыслятся просто, как люди, исполняющие определенные функции, с определенным кругом прав и обязанностей, но как органы персонифицированного единого государственного организма. Германские публицисты доходили даже до того, что гражданина, наделенного избирательным правом, они считали лишь о р г а н о м, осуществляющим определенные государственные полномочия.

Идея общественного служения проявляется также в представлениях общественного блага или интереса, господствующих как в древнем, так и в современном публичном (особенно государственном) праве. Так, напр., если государство совершает э к с п р о п р и а ц и ю, лишая кого-либо его частных прав (на дом или землю), то это может быть сделано лишь в публичном интересе. Решающей же инстанцией, постанавливающей, что в данном случае публичный интерес налицо, является опять-таки административное учреждение,[2]) или само государство. По отношению к последовательному проведению частного права сравнительно несущественно, проведен ли публично-правовой акт с вознаграждением ограниченных в своих правах частных лиц или без вознаграждения.

По нашему мнению, различие частного и публичного права по мотивации дает несомненный научный ответ на интересующий нас вопрос. Он может не дать точного, формального положительно-правового ответа: по какому

---

[1]) F l e i n e r, Einzelrecht etc., стр. 10.

[2]) Ср., напр., баденский закон об отчуждении 1899 г., по которому не допускается спор перед административным судом о том, была ли в наличии общественная польза при отчуждении или ограничении прав или нет...

признаку ту или иную норму отнести к частному или публичному праву, но этот ответ вскрывает нам две правно-психологические линии мотивации, которые находят часто свое явное выражение и в положительном праве, и в особенности при обсуждении судебных споров об отнесении тех или иных институтов к тому или другому виду права. Это учение показывает нам, наконец, что существующее деление, установленное много веков тому назад, не было случайным или необоснованным.

§ 10. Виды и специальные науки (дисциплины) положительного права.

Вышеотмеченные различия родов права, дававшиеся под углом зрения различных principia divisionis (принципов деления), как то: об'ективное и суб'ективное право, положительное и интуитивное, публичное и частное относились к главному подразделению права, как вида этики. Теперь мы дадим краткое изображение отдельных видов положительного права, которые составляют предмет факультетского изучения и в своей совокупности образуют круг юридических дисциплин. Эта совокупность обычно и именуется юриспруденцией.

Приступая к этому обзору, мы должны отметить прежде всего, что количество видов и пределы каждого отдельного вида положительного оффициального права еще далеко не установлены во всей точности. Обособление каждого отдельного вида и обрастание целой наукой или соответственной дисциплиной есть вопрос практической пользы и необходимости. И в этом вопросе сказывается зависимость науки права от практических потребностей общества. Так, напр., если торговое право некогда составляло часть гражданского права, — если не вполне сливалось с ним, — то по мере возрастания значения торговли, торговое право обособилось в богатую и весьма развитую самостоятельную дисциплину, существующую параллельно с гражданским правом. То же может установить относительно вексельного, морского, страхового и др. видов и дисциплин права, которые некогда признавались лишь вторичными или даже третичными под-

видами главного вида, а ныне обособились в самостоятельные дисциплины. Помимо того могли появиться и появились такие новые под-виды права, которые раньше совсем не существовали и в которых потребность появилась лишь в самое последнее время в связи с появлением новых предметов правовой регулировки. Сюда, напр., относится т. наз. рабочее право, Arbeitsrecht; предмет этой дисциплины есть определенный об'ект — рабочий, — правовые условия существования которого может составлять особый интерес. Такое право, вернее такая дисциплина права, может охватывать и публично-правовые и частно-правовые моменты, так что такой под-вид может не поместиться на таблице подразделения исключительно под частным или же исключительно под публичным правом. Предмет такой дисциплины не имеет и не может иметь теоретическо-систематизированный характер. К той же категории относится промышленное право, водное право, жилищное право, аграрное, лесное право и т. д. Так, напр., Л. С. Т а л ь (Очерки промышленного права. М. 1918) пишет: «Под промышленным правом мы подразумеваем совокупность специальных норм, определяющих внутренний строй промышленного предприятия и взаимоотношения между входящими в его состав лицами. В состав промышленного права входят только нормы, определяющие внутренний порядок промышленных предприятий, коему подчиняются лица, отдающие ему свой труд по договору. Этот порядок слагается из двух разнородных элементов. Он отчасти устанавливается хозяином предприятия, как его главою и собственником ... Отчасти же порядок предприятия нормируется государством ... Промышленное право, таким образом, составляет нераздельную с м е с ь норм публичного и частного права». Об'екты упомянутых дисциплин: рабочий, промышленность, воды, жилище, землепользование или лес только случайно, в силу практических надобностей, стали об'ектом изучения такой науки и поэтому число таких под-видов оффициального положительного права неисчислимо и непредусмотримо. С точки зрения строго-научной то же относится и к более старым под-видам оффициального положительного права, но обычно, в силу того, что некоторые из них существуют уже с незапамятных времен, к ним не применя-

ется то, что мы говорили о жилищном, водном, автомобильном, строительном, воздушном и т. д. праве. Так, напр., если мы возьмем стародавнее церковное право, то его об'ект — церковь — научно так же случаен, как и только что приведенные новейшие под-виды и его так же трудно поместить целиком под публичное или частное право, как и всякий новый под-вид, лишенный выдержанного целостного частного или публичного характера.

1. Гражданское право.

К разряду наук частного права относится прежде всего т. наз. гражданское право. Иногда даже термин «гражданское» заменяет частное право, как наименование рода.

Гражданское право устанавливает важнейшие основы частного права. Об'ем отношений, нормируемых гражданским правом, в разное время бывает различным, точно также и круг лиц, охватываемых им, меняется. В настоящее время, напр., гражданское право регулирует отношения всех людей в обществе, приписывая им свойство суб'ектов права на одинаковых основаниях.[1]) А между тем, в прежние времена люди с точки зрения гражданского права делились на различные категории, совершенно свободных, отчасти подчиненных господству дру-

[1]) Из новейших авторов В. Синайский, Основы гражданского права, Рига, 1926, пытается рассматривать гражданское право с точки зрения чистой науки права (стр. 4—5). Критикуя пандектную систему автор указывает, что она рассматривает гражданское право „преимущественно как право имущественное, вследствие чего не дается правильного представления о гражданском праве, как системе правил должного поведения человека в гражданско-правовом обществе, охватывающем его всесторонне в личных и имущественных сферах". „В самом деле — продолжает автор — гражданско-правовое общество есть ничто иное, как один из разрезов общественной жизни, представляющей собой гражданское общество со стороны должного правового поведения людей в обществе В этом смысле гражданско-правовое общество имеет свое реальное бытие, не совпадающее, правда, с бытием в смысле социологическом, но тем не менее такое же реальное, как и то, что мы называем бытием, и с той лишь разницей, что это бытие составляет особый правовой мир". „Чистая" наука права у Синайского, в отличие от Кельзена, не исключает бытия из кругозора юриспруденции.

тих и рабов. Так, напр., римское право делило людей на свободных и рабов, средневековое европейское право знало три категории: свободных, зависимых и рабов и т. д. В зависимости от этого состояния находились и права лиц, круг их имущественных прав и т. д.

Учение гражданского права включает в себе прежде всего учение о состоянии лиц. Здесь частью устанавливаются те индивидуальные права лиц, которые закреплены также в публичном праве, а именно в государственном и уголовном (см. ниже). Неприкосновенность личности, свобода передвижения и выбора места жительства, свобода выражения мысли и т. д. обычно ныне закрепляются публичным правом, в конституциях, ибо они считаются необходимыми не только в интересах децентрализованной частно-правовой мотивации, но и для публично-правового регулирования. Поэтому весьма часто права лиц регулируются параллельно и гражданским правом — в своде гражданских законов, и публичным правом — в соответственных основных законах или конституциях.

К правам лиц с точки зрения гражданского права относятся имущественные права, право на приобретение, владение и отчуждение вещей и вообще хозяйственных благ, в частности, гарантии права собственности. Хотя имущественные права и не закреплены в конституциях государств, они отнюдь не менее важны, чем права личности, закрепленные в основных законах. Можно даже сказать, что целый ряд личных прав, закрепленных в гражданских законах, обладает большей прочностью, нежели права, обезпеченные конституциями. Изменения последних, касающиеся чисто публично-правовых, политических отношений, могут пройти совершенно бесследно для гражданско-правового уклада того же государства. Примерами могут служить Россия до и после издания основных законов 1906 г. или даже появление нового государства, на место прежнего: Латвии, Литвы и Эстонии на место России с оставлением прежних гражданско-правовых систем. Это, между прочим, может служить доказательством того, что публичное и в частности государственное право не должно регулировать «самые важные» или существенные отношения, за его рамками часто оста-

ется не менее, если не более «важный», нежели политический строй, — экономический.

Эта же часть общей системы гражданского права весьма подробно рассматривает условия возникновения и прекращения правоспособности, дееспособности, установление отличия между физическими и юридическими лицами и все правила, касающие юридических лиц вообще и частных категорий их.

К гражданскому праву принадлежит институт вещных прав. Вещное право — это право господства лица над вещью, без соучастия, вмешательства или согласия другого лица. Непосредственное вещное право, (jus in re) по господствующему взгляду как бы приковывает вещь к личности управомоченного и создает особое правовое отношение, которое должно признаваться всеми остальными в одинаковой степени, без того, чтобы у кого-либо имелось особое обязательство что-либо сделать или не делать по адресу управомоченного. Наше общее замечание относительно того, что право возникает не между вещью и человеком и что его наивно искать где-то между вещью и человеком, остается верным и здесь: существенно лишь то, что такая связь лица с вещью переживается окружающими и отливается в определенные нормы вещного права.

Имущественное притязание может, однако, носить и другой характер: оно может заключаться только в праве требовать от другого действия, которое имеет имущественную или вещную ценность, безразлично, заключается ли оно в передаче определенных вещей, предметов, денег или каких-либо иных доставлений (работы и т. д.). Тут перед нами обязательственное право.

К институту вещных прав относится и право собственности, всякого рода сервитуты и т. д. Собственность обычно характеризуется как полное, исключительное и безусловное правовое господство над вещью. Ныне, однако, на собственника начинает возлагаться все большее число ограничений, ибо в то время, напр., как в эпоху примитивного права собственности, собственник имеет право употребления и злоупотребления вещью, ныне он не вправе вредить своим соседям необычным пользованием об'ектом своей

собственности (сжечь для фейерверка свой дом и т. д.). От собственности следует отличить владение. Так как строй, признающий частное право, заинтересован в сохранении создавшихся имущественных отношений между людьми, то он признает особую сферу прав за теми лицами, которые не могут доказать своего права собственности, но тем не менее так или иначе завладели вещью или имуществом. Это владение не обнимает столь исключительных и полных прав как собственность, но тем не менее и здесь на третьих лиц возлагается обязанность, уважать права владельца. Право владения зависит от фактического обладания вещью или имуществом, что, напр., не относится к праву собственности, и, поэтому, владельческие права должны уступать лучше обоснованным вещным правам, в частности, праву собственности. Но собственник не может произвольно вытеснить владельца того же об'екта: ибо и у владельца — даже и неправомерного — имеется право защиты: ему дается право владельческого иска, который может быть направлен против всех. Только доказанное и обоснованное право собственности может вытеснить право владения.

К вещным правам относятся также права пользования. Сюда же относятся и сервитуты, по старой русской терминологии, право участия частного, как вещные права пользования. Сервитуты бывают личные, где суб'ект определяется индивидуально, напр., жена, пережившая мужа, пользуется плодами имения, получаемого детьми в собственность и реальные, где суб'ект связан с собственником определенного земельного участка: напр., право проезда или прохода через другой участок, сервитут домовладельца пользоваться стеною соседа, как опорою своего дома или пристройки и т. д.

Упомянутое нами выше обязательственное право опирается, как на свой экономический базис, не столько на производительную деятельность, являющуюся скорее основой вещных прав (и отчасти наследственного права), сколько на обмен, в частности на товаро-обмен. Вот, почему, обязательственное право, ранее целиком включавшееся в гражданское право, получило теперь значительно более детальное развитие и обоснование в области торгового права (см. ниже).

Обязательственное право подробно регулирует договоры и сделки. Уже в римском праве отдельные виды обязательств (obligationes) были подробно узаконены. Эти обязательства мыслятся возникающими: 1) либо из договоров; типичными при этом являются договоры займа, найма, поручения, поклажи, поставки и купли-продажи; 2) либо из правонарушений (обязательство возмещения убытков).

К гражданскому праву относится далее право семейственное. Есть, как мы выше видели, авторы, которые склонны семейственное право — как право союза, на котором непосредственно опирается государство и которое проникнуто мотивациею централизованного общественного служения — относить к публичному праву. Большинство ученых до сих пор относит семейственное право к частному, а именно — гражданскому праву. Предметом семейственного права служит: 1) брак, 2) отношения между родителями и детьми, 3) отношения между опекунами и опекаемыми и 4) отношения родства и свойства, как таковых. Особое важное место занимают здесь нормы заключения (возникновения) и прекращения брака, установления имущественных отношений супругов между собою, пределов родительской власти и т. д.

С точки зрения теории права существуют значительные возражения против включения семейственного права в частное право. Особенно сильные возражения выдвигаются против включения в общую систему гражданского права личного семейственного права. На самом деле. Отношения отца семейства к прочим членам семьи или родителей к детям не построены на тех отношениях абсолютного равенства индивидов, на которых обычно строится гражданское право. Наоборот, здесь перед нами отношения господства, власти и подчинения. Нельзя здесь говорить о договорном равенстве суб'ектов, а скорее о чем-то похожем на властный союз, с господствующими и подчиненными. Петражицкий различает в современном семейственном праве два различных элемента: 1) внутреннее семейное право, право семейной власти и заботы, право отца семейства — pater familias — на послушание со стороны подвластных и т. д. с одной стороны и 2) внешнее право, отстраняющее вмешательство, право,

осуществлявшееся в Риме путем vindicatio filii (возвращение сына)[1]). Первый вид семейственного права Петражицкий относит к публичному праву, как впрочем и право, возлагающее на государство назначение опекунской власти и заботы вместо родительской (в случае смерти отца).

Впрочем, и господствующее мнение усматривает в семейственном праве некоторые своеобразные элементы, выделяющие его из общего гражданского права. Но это своеобразие признается только в отношении личных семейных моментов: родительская и мужняя власть, обязанность воспитания, установление образа и места проживания. Гражданское право не предоставляет здесь права иска родителю. Другое дело имущественные отношения в семье и между супругами. Даже и там, где закон не устанавливает раздельного имущества супругов, этот вопрос точно предусмотрен положительным законом и соответствующие требования и права снабжены гарантиями иска.

Что семейственное право не может быть — даже и чисто догматически — рассматриваемо как обычный гражданско-правовой институт, видно из того, что, несмотря на ряд реформ и облегчение условий развода, даже и гражданский брак — вне зависимости от того, допускается ли или запрещается при этом еще и альтернативное церковное заключение брака — мыслится не как отношение, возникающее и прекращающееся на основании свободного договора двух лиц, а как принципиально длящееся состояние. Прекращение его возможно только при наступлении з а к о н о м точно указанных причин и обстоятельств, устанавливаемых при этом особым судебным путем.

Наконец, последней крупной ветвью гражданского права является право н а с л е д с т в е н н о е. Имущество не остается связанным с данным лицом только на время его жизни. Гражданское право устанавливает определенный порядок перехода этого имущества к другим лицам, связанным с прежним собственником либо в качестве наследников, либо в качестве «получателей по завещанию». Только на случай полного отсутствия та-

[1]) Op. cit. стр. 737—740.

ких лиц имущество может быть передано другим лицам, обыкновенно, самому государству. Наследник определяется: 1) или непосредственно законом — в этом случае перед нами т. наз. наследование по закону. Круг наследников, определяемых степенью родства к умершему когда-то был весьма велик, нынешнее наследственное право стремится сократить этот круг до ближайших нисходящих и боковых родственников, увеличивая при этом долю, получаемую государством пропорционально отдаленности наследников от умершего; 2) второй способ определения наследника — это наследование по воле завещателя, на основании особого завещания, оставленного умершим.

Гражданское право есть та область права, которая в силу длительности своего существования и большого экономического значения своего получило особенно подробную и утонченную разработку. Именно в этой области догматика права достигла наибольшего совершенства. Здесь воспиталась и укрепилась вера в «безпробельность» права, в возможность путем толкования права получить ответы на вопросы и случаи, неразрешенные в самом тексте закона. Недаром, поэтому, система римского гражданского права рисовалась прежде писанным разумом, ratio scripta. Все юридическое образование покоилось втечение столетий на гражданском (в особенности римском) праве.

Авторское право. Современная система частного права в большинстве государств Европы опирается на старую римскую (в частности пандектную) систему и слагается она из семейственных и имущественных отношений. В течение 19-го столетия эта схема оказалась недостаточной. Оказалось необходимым защищать не только материальные блага, но и духовные. Духовные ценности, создаваемые творчеством индивида в области литературы и искусств (живописи, скульптуры, музыки и т. д.), а также в области технически-промышленных и научных изобретений нуждаются в особой защите. Защита эта проводится в двояком отношении: 1) защита предмета творчества против перепечатки, воспроизводства и т. д. посторонними и 2) обезпечение полного использования права автора или изобретателя, — права, имеющего главным образом хозяйственный интерес. Разумеется, что

авторское (на плоды художественного творчества) или патентное право (на изобретения технического или чисто-научного творчества) защищается независимо от их промышленного массового использования.

Во всех почти странах соответственное право было регулировано, начиная примерно со второй трети 19-го века, особыми новеллами; при этом кодификация авторского права предшествовала патентному. Научный характер авторского права еще не вполне выяснен, в особенности центральный вопрос о том, считать ли право на духовное благо (на идею, творчество) чем-то подобным праву собственности на вещные блага. Почти во всех законодательствах установлено, что автор (или изобретатель) не на вечные времена сохраняет свое авторское право на предмет своего творчества; через известный промежуток времени права на авторство духовных благ — несмотря на право передачи по наследству, — все же прекращаются и соответственные духовные блага становятся общим достоянием.

Авторские и патентные права на основании особых международных договоров и конвенций пользуются и международною охраною за пределами данного государства.

Некоторые авторы склонны сближать патентное право с правом на фирму и поэтому рассматривают патентное право как часть торгового (а не гражданского) права.

2. Торговое право.

Второю научною дисциплиною, выступающей теперь рядом с гражданским правом, является торговое право.

Торговое право, как оно ныне преподается на юридических факультетах и вообще как его обычно понимают юристы, охватывает не только частно-правовые элементы. Само собою разумеется, однако, что эти элементы занимают самое важное место в торговом праве, которое, в сущности говоря, в своей частно-правовой части, представляет не что иное, как чрезмерно разросшееся гражданское (в частности обязательственное) право, применившееся к потребностям торговли и оборота. В особен-

ности важное место занимает в новейшем торговом праве учение о бумагах на пред'явителя и вексельное право, устанавливающее между прочим особую вексельную дееспособность, условия составления, передачи и принятия векселя, платеж по нему и вексельный протест. Последнее право обнаруживает такую же тенденцию к «почкованию» и выделению из области торгового права, как это последнее само выделилось из права гражданского. Помимо указанных частно-правовых элементов в торговое право включается учение о правах и обязанностях купцов, учение о фирме и особых юридических лицах, выявляющих свои особенности в области торгового права. Условия разрешения торговли, право на фирму, на патенты и т. д. в значительной мере проникнуты публично-правовым характером. Так что торговое право с строго научной точки зрения не является логически-безукоризненным под-видом частного права, имея в себе заметную примесь права публичного.

Таковы, напр., законы и другие нормы, предусматривающие деятельность банков, бирж и биржевых комитетов. Правильное функционирование торгового кредита обеспечивается угрозою наказания: таковы статьи уголовного уложения, карающие преступные виды банкротства, неправильное ведение торговых книг, недобросовестную конкуренцию. К публичному же торговому праву следует отнести правила об охранении товарного знака и фирмы, о мере и весе.

Если, как мы уже заметили, основная материя торгового права совпадает с материей гражданского, то задача логически-научного выделения и обособления торгового права представляется весьма трудной [1]). Дальше обычных definitiones per idem не пошли при определении торгового права: «торговое право есть совокупность юридических норм, регулирующих торговые отношения». Торговое право только особенно подробно разработало некоторые институты гражданского права, руководясь при этом соображениями большей практичности и торговой целесообразности. Те же вопросы, по которым

[1]) Это признается и Г. Шершеневичем, Курс торгового права, Т. 1, стр. 17, изд. 1924 г., ср. также и J. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 148.

в торговом праве имеются пробелы, находят свое разрешение в гражданском праве. Так что говорить о замкнутой и законченной системе торгового права не приходится.

Соображения практического свойства заставляют освободить торговое право от тех излишних формальностей, которые установлены в гражданском праве. В торговом обороте требуется возможно более быстрое заключение сделок: так, напр., если в гражданско-правовых сделках преобладает письменная форма, то торговое право допускает в широчайших пределах устность. Необходимость быстрого и возможно-безпрепятственного развития торгово-правовых отношений привела к громадному возрастанию значения ценных бумаг и в частности бумаг на пред'явителя в торговом праве, без которых нынешнее торговое право просто немыслимо.

Путь, пройденный от строго-личного письменного договора, связывающего двух поименованных суб'ектов, вступающих в договорные отношения к ценной бумаге, как документу, устанавливающему, кто является суб'ектом воплощенного в нем имущественного права — символически воплощает в себе развитие частного права от гражданского к новейшим формам торгового права. По древне-еврейскому гражданскому праву денежное обязательство считается — в отличие от скота — движимой, но безценной (как бумага) вещью, а современная бумага на пред'явителя обусловливает осуществление воплощенного в ней права вещным правом на документ.

Помимо упомянутого торговое право, особенно втечение 19-го века, сильно развило учение о юридических лицах, как суб'ектах права, создав ряд видов, непредусмотренных раньше в гражданском праве в виде особых торговых товариществ: артельного товарищества, полного товарищества, товарищества на вере и акционерного товарищества (общества). Именно к торговому праву в наибольшей степени относится то, что мы выше писали о значении юридических лиц, как орудий, облегчающих правоотношения между людьми и пытающихся сделать эти отношения по возможности менее зависимыми от данной личности. Вот почему и ответственность за вину и ее последствия, которые в гражданском праве

связаны только с данной личностью, вызвавшей эти последствия, в торговом праве регулируются иначе. Так поступают, напр., при установлении ответственности транспортных предприятий за гибель или повреждение вверенных им вещей, даже при наличии случайных гибели или повреждения.

Рядом с вексельным правом, обнаруживает тенденцию к обособлению также и морское право, регулирующее морской и при том, главным образом, товарный обмен, (договоры морской перевозки, бодмерея и т. д.), акционерное право и т. д.

Как особая дисциплина частного права выступает теперь все в большей степени т. наз. частное международное право. Выяснение сущности этой дисциплины мы дадим ниже при изложении международного права, обыкновенно рассматриваемого как один из видов публичного права.

3. Рабочее (трудовое) право.

Развитие последних десятилетий, в особенности же война и ее последствия заставили развиться ряд правовых дисциплин, еще недавно бывших в зачаточном состоянии или значившихся только в политических программах отдельных партий. К этим дисциплинам относятся те, которые в интересах защиты малоимущего и трудового населения создали новые комплексы прав, ранее либо вовсе не существовавших или носивших в общем составе гражданского права совершенно иной характер. Примером таких дисциплин может служить рабочее (трудовое) право и жилищное право. Касательно отнесения этих видов права к частному или публичному праву в литературе до сих пор существуют споры, но большинство все же причисляет их к первому роду.

В виду большой разработанности в новейшей доктрине рабочего права мы подробнее остановимся именно на нем, хотя и жилищное право успело создать почти во всех государствах Центральной Европы не только систему особого материального, но и процессуального права[1]). Впе-

[1]) В Германии, Чехословакии и Латвии существуют особые кодексы квартирно-жилищного права и особые суды, с заседателями от домохозяев и квартиро-нанимателей.

реди этого развития шла вполне естественно индустриально развитая Германия по двум причинам: 1) в ней рабочее и социальное законодательство было введено еще задолго до войны и при том в наиболее передовой форме сравнительно с другими европейскими государствами, и 2) Германия после войны 1914—18 г. г. оказалась наиболее задетой кризисом промышленности и занятого в ней многомиллионного пролетариата. Остановимся прежде всего на материально-правовом состоянии трудового права.

Весьма долгое время действующее гражданское право культурных стран совершенно игнорировало особность договора, заключаемого между работодателем и рабочим. Этот договор относился просто-на-просто к римскому типу договора найма услуг: locatio conductio operarum. При этом допускалась возможность эксплоатации рабочей силы, как особого имущественного блага. Это имущественное благо, в качестве об'екта (товара) отрывалось от личности продающего свою силу. Право регулировало только имущественно-правовую сторону сделки.

С точки зрения материально-правовой стороны дела предметом рабочего права является с одной стороны трудовое отношение, возникающее из договора совершения работы за вознаграждения в сфере чужой (хозяйской) власти и во-вторых — особое юридическое положение лиц, исполняющих такую работу в виде профессии.

Нынешнее рабочее право не может дальше юридически игнорировать, подобно прежнему гражданскому праву, трудовые отношения, возникающие из договора рабочего найма. Если прежнее гражданское право, верное началу индивидуации, рассматривало этот договор, как договор между двумя равными индивидами, свободно вступающими в него, то личность и качество работодателя и рабочего как будто совершенно исчезали за юридическими личинами этих суб'ектов сделки, нанимателя и нанимающегося. Тут как и в договоре купли-продажи есть управомоченный и обязанный. Рядом с этим чисто частно-правовым отношением ряд других законов стал иначе смотреть на этот договор и в особенности на юридические отношения между рабочими и работодателями. Для административно - правовой точки зрения, для социального законодательства стало невозможно юридически игнори-

ровать то, мимо чего равнодушно проходило классическое гражданское право. Возникло социальное страхование, возникают отдельные новеллы об охране фабричного труда, в особенности труда женщин и детей, и даже целые законодательства о промышленном труде (в до-Советской России «устав о промышленном труде», в Германии Arbeiterschutzgesetz и т. д.), которые совершенно заслоняют первичный гражданско-правовой тип найма услуг. Наниматель и нанимающийся больше не рисуются фиктивно равноправными, вступающими в индивидуальные договоры, а начинают рассматриваться и с юридической точки зрения как типологически неравнопоставленные и при том даже не как индивиды. Развитие рабочего права приводит к появлению одного чрезвычайно интересного юридического института, не имеющего прецедента в истории и готового ответа в гражданско-правовой догматике прежнего времени, — это коллективный трудовой договор или так наз. тарифный договор (ср. выше § 8, разд. 4).

Этого типа договор не знает противостоящих друг другу отдельных индивидов с совпадением высказанных ими индивидуальных воль. Союзы рабочих или служащих заключают коллективный договор с отдельным нанимателем или союзом нанимателей (союз хозяев) об условиях, которых участники соглашения обязуются придерживаться при установлении условий труда, трудовых отношений и особенно заработной платы (т. наз. тариф). Коллективный договор имеет в своей основе не личное соглашение отдельных индивидов, а коллективное соглашение нанимающегося союза, охватывающего сотни, а то и тысячи рабочих, лично и по количеству наперед неизвестных. Коллективное соглашение даже не составляет суммы отдельных соглашений («волеиз'явлений»), но обязательно даже и для тех членов договорившихся союзов, которые вступили в свои союзы (или союз) после того, как уже состоялось соглашение. Если бы перед нами в тарифном договоре юридически была бы сумма волеиз'явлений индивидуальных нанимающихся, то каждый из них в отдельности мог бы впоследствии заявить, что он не подписал лично коллективного договора, а потому он для него не обязателен. Разумеется, что такое положение было бы

совершенно нетерпимо и поэтому новейшее рабочее право в интересах равномерности и устойчивости отношений между нанимающимся коллективом (на экономическом языке: между «трудом») и нанимателем («капиталом») юридически лишает возможности отдельных индивидов, членов союза, нарушить условия договора совершенно независимо от того, участвовал ли он в союзе и ознакомился ли он с условиями договора до момента заключения договора или нет. Вот почему коллективный договор получает характер, аналогичный закону и он во всяком случае создает об'ективное право. Некоторые ученые [1]) считают коллективный договор «в полном юридическом смысле источником права».

Законы или положения о тарифных договорах существуют в Англии, Сев. Америке, Швеции, Советской России, Германии, Польше, Латвии и ряде др. стран.

Что касается второй, чисто публично-правовой стороны дела, то следует подчеркнуть, что во внутреннем распорядке предприятий вводится, как выражаются специалисты, вместо прежней единоличной (самодержавной) власти хозяина конституционно-представительный строй в каждом отдельном предприятии. Это положение впервые в Европе было юридически закреплено в Германской конституции 11 авг. 1919 г. и рядом отдельных новелл. Основной тезис (ср. ст. 165 герм. к-ции) гласит: «Рабочие призваны на равных правах, совместно с предпринимателями, активно участвовать в регулировании условий вознаграждения и работы, а также общехозяйственного развития производительных сил. Признаются как организации обеих сторон, так и их тарифные соглашения. Рабочие получают для защиты своих социальных и экономических интересов разделенные по производствам и хозяйственным районам законные представительства в виде производственных и районных рабочих Советов и имперского рабочего Совета». Ныне действующими инстанциями являются: Временный Имперский Экономический Совет, возглавляющий общехозяйственные инстанции, в которых должны быть представлены как рабочие и

[1]) Так, напр., J. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 99.

служащие, так и предприниматели. Проведена в жизнь только в ы с ш а я всегерманская инстанция без местных и промежуточных экономических советов. Из чисто же рабочих советов реализована только н и з ш а я инстанция, — производственные советы (Betriebsräte), без промежуточных и общегерманского рабочего совета. Но одно бесспорно достигнуто: это, как выражается один из специалистов [1]): «отделение управления предприятием от собственности на вложенный в него капитал».

В процессуальной области намечается тенденция к созданию особых судебных инстанций на подобие существующих в Германии и Латвии жилищных судов. И помимо того особый порядок третейского разбирательства, при котором речь идет не столько о подлинной юрисдикции, сколько о создании компромиссов по вопросам о тарифах, предупреждении или прекращении стачек, локаутов и т. д.

Материя рабочего права в различных его областях, — особенно же по охране труда, обезпечению на случай болезни, несчастных случаев, профессиональных болезней, как для промышленных, так и для сельско-хозяйственных рабочих и т. д. — становится предметом международных соглашений и договоров.

При Лиге Наций состоит международная организация труда (с генеральными конференциями), которая постепенно стремится интернационализировать всю соответственную отрасль права.

4. Государственное право.

В ряду видов публичного права наиболее важное место занимает государственное право. В древнем римском определении публичным правом, как мы видим, считалось именно право, «относящееся к (римскому) государству» — (qoud ad statum rei Romanae spectat). Так что часть принималась за целое. С тех пор публичное право весьма значительно выросло, появились новые виды и отрасли этого права, но тем не менее, до сих пор не существует

---

[1]) Проф. Л. С. Таль, Хозяйственно-организационные нормы в Веймарской конституции.

точного разграничения между государственным правом и ближайшими к нему видами публичного права.

Обыкновенно государственное право обнимает: 1) учение о государстве и его элементах: власти, населении и территории, 2) о формах правления, о монархиях, республиках и их под-видах, об унитарных и федеративных государствах и их под-видах и 3) о правах, компетенциях и обязанностях государственных органов по отношению к гражданам и этих последних к ним и 4) учение об основных законах (конституциях). Вместе с историческим изменением задач и об'ема прав государства меняются и содержание и пределы государственного права.

Еще до недавнего времени государственное право исходило из того, что государство представляет собою реальность только с точки зрения социологии, с точки зрения права господствующая доктрина не занималась реальным бытием государства, а лишь его юридическим отображением. Существовала, впрочем, лишь одна школа, признавшая в довольно примитивном виде реальность государства. Это т. наз. органическая школа (Блюнчли, О. Гирке и др.). Эта школа усматривает в человеческих союзах не только какие-либо идеологические создания или психологические фантазмы, воздействующие на людей путем представления о них, но действительные жизненные образования, особого рода организмы. Этот взгляд по отношению к государству был развит при поддержке социологов биологической школы. Но в юридической литературе органическое учение не привилось. Наоборот, восторжествовало нормативно ирреальное учение о государстве. Именно в области государственного права, нуждавшегося в особом разграничении от близкой ему области политики, пышным цветом расцвела нормативная школа, отождествившая в конце концов государство с правом и лишившая его всякой не только пространственно-физической, но даже психологически-мотивирующей реальности. Государство считалось незыблемо состоящим из трех элементов: населения, власти и территории, но все эти три элемента в доктрине получили, вопреки своему первоначальному материально-физическому смыслу, совершенную юридико-догматическую стилизацию, дошедшую в сущно-

сти до отрицания за государством всякого духовного идеологическо-психологического существования. Оставалось только разбирать непосредственный юридический материал, заключенный в конституциях и других нормах государственного права.

В последнее время произошел значительный сдвиг в этом направлении. Ипостазирование (обожествление) государства и его верховной власти — суверенитета лишается тех схожих с теологическими представлений, которыми эти понятия были до сих пор окружены. За государством начинают признавать реальное существование не только социология и экономическая наука, но и юридическая. Ныне теория государственного права старается вскрыть особую юридическую реальность государства.

Надо отметить, что одним из первых в этой области был проф. Петражицкий. Он вскрыл наивно-конструктивный характер нынешней теории государственного права и указал на необходимость перенести изучение сущности государства в психологию подчиненных и их массовое поведение. Реальность государства Петражицкий усматривает прежде всего в соответственных реальных переживаниях правового типа, согласно которым одни обязаны терпеть воздействия власти и повиноваться им, а другие — считать, что им причитается соответственное повиновение. Эти правового типа переживания складываются в известную систему, при которой выделяется иерархическое распределение властей с централизованною силою. Государственная власть не есть воля или сила какого-либо организма или ипостазированного суверена, которая только сама себя и свое всевластие ограничивает по отношению граждан, а равнодействующая правовой психики подвластных. Одним из важнейших предметов служения общему благу со стороны государства является служение праву и, в частности, создание положительного оффициального права.

Совершенно независимо от учения Петражицкого аналогичные взгляды начинают развиваться в современной доктрине государственного права. И здесь начинается сильная реакция против нормативизма и чистой науки права, созданной в течение последних десятилетий

и завершившейся теорией Кельзена. Это новое течение [1]), особенно в лице Сменда, отрицает социальную реальность государства и в этом смысле готово признать заслуги нормативной школы, борющейся против наивных построений некоторых социологов и органологов. Но поскольку нормативизм и догматизм оспаривают всякую духовную познаваемость государства как действительности вообще, новейшее течение считает нормативизм научным нигилизмом, сданным в архив истории науки. Вместо этого действительность государства начинает признаваться не только в социологии, но и в государственном праве, а именно в качестве духовных коллективных образований. Об'единяющим реальным признаком государства является постоянная интеграция, принимающая разные формы, отливающаяся в разные типы: персональную, функциональную и вещно-деловую. Конституционные административные учреждения (напр., кабинет министров), суть те учреждения, которые осуществляют интеграцию и вечно обновляют и сохраняют государственное целое.

Принцип интеграции еще не ясен и не точно разработан; нам кажется, что гораздо яснее идея общего служения как центрально-интегрирующая. Но независимо от правильности той или иной формулировки мы должны отметить, что доктрина государственного права от кризиса переходит к творчеству, анализируя бытие государства с точки зрения права и его отдельных институтов.

Но помимо того прогресс государственного права сказывается и в том, что и в нем начинает замечаться обособление отдельных дисциплин. Из них первое место начинает занимать конституционное право. В сущности уже издавна государственное право в обычном факультетском преподавании распадалось на две дисциплины: 1) общую теорию государственного права и 2) государственное право данной страны (поставленное чисто догматически, как дисциплина, изучающая действующие нормы конститу-

---

[1]) См. работы: R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München u. Leipzig 1928, Verfassungslehre, C. Schmitt, там же 1927, G. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, Berlin u. Leipzig 1929, M. Laserson, Die neuesten Schicksale d. Staatsidee, Leipzig 1926.

ции и иных актов гос.-правового значения). Впервые во французской доктрине государственное право стали толковать преимущественно как конституционное. Рядом с английской доктриной ныне и немецкая доктрина начинает обращать главное внимание государственного права на право конституционное. Раньше под конституционным правом понималось изучение государства со всеми входящими в него учреждениями с точки зрения юридической статики: организация учреждений исполнительных и законодательных (кроме судебных), круг ведения, права и обязанности, поскольку они закреплены в конституции и учредительных актах. Нынешнее конституционное право несколько расширило и уточнило круг своего изучения. Учение об элементах власти оно выключает из своего круга, предоставляя эту область государственному праву в более широком смысле. В частности выпускается учение о власти и суверенитете государства, исключаются далее учения о формах правления и о формах государства, об органах местного (муниципального и областного) самоуправления и центр внимания переносится на конституционные вопросы в более тесном смысле слова. Изучается прежде всего: 1) понятие конституции (основного закона) и в частности учредительной власти; 2) основы правового государства, основные права граждан; 3) политический состав конституций: политические принципы (демократия, монархия), представительство и парламентаризм.

Разумеется, что процесс выделения конституционного права из государственного еще не закончился, границы между ними точно еще не установлены, но тем не менее тенденции здесь уже явно обозначились.

Тенденция полной стерилизации государственного права от вопросов бытия (в частности политики) и перевод его на рельсы чистой науки о праве существует давно, но никогда целиком не достигла своего идеала. Отчасти бессознательно вопросы бытия и политика проникли в догматический анализ государственно-правовых институтов и норм. Государственное право, не располагая подробным кодифицированным материалом и точными нормами определенной страны, не может, подобно гражданскому праву, дать только догматический анализ действующего

права. Это приводит к тому, что в курсы государственного права в значительно большей мере, нежели в тех отраслях, где перед нами точно уложенное право (в виде уложения или свода), вплетаются элементы желательного, а не сущего, соображения de lege ferenda вместо de lege lata. Дается большой и очень интересный сравнительный материал по государственному праву самых различных стран, но правовой разбор весьма часто не чужд социологических утверждений и, что особенно характерно, политических тенденций при изложении тех или иных правовых институтов [1]).

Меньшинственное право. Из новых дисциплин, принадлежащих к кругу государственного права, в последнее время особенно выдвинулось и выделилось право национальных меньшинств, называемое обычно для краткости меньшинственным правом. Подобно рабочему праву оно после мировой войны 1914—18 г. г. получило особенно усиленное развитие, в то время как до этого оно имелось лишь в зачаточном состоянии в весьма ограниченном числе законодательств, главным образом в императорской многонародной Австрии.[2]) В этой стране, сперва в мартовской конституции 1849 г., а затем в § 19 конституции 1867 г. был провозглашен принцип равноправия и самоопределения отдельных народностей государства.

Эти наиболее старые нормы меньшинственного права, выдвинутые как лозунги во время революции 1848 г. (ср. т. наз. пиллерсдорфскую конституцию 25 апр. 1848 г.) делают суб'ектами соответственного права каждую отдельную народность (по теперешней терминологии каждое национальное меньшинство), что само по себе является большим достижением в противовес господствовавшему до и после издания этой нормы принципу, что здесь может итти речь лишь о правах отдельных

---

[1]) Ср. мою статью „Догматика и политика в германском государствоведении". „Юридич. Вестник", Москва 1916 г.

[2]) Ср. мои книги: Национальность и государственный строй, Петроград 1918 и „Staat, Souveränität und Minorität", Riga-Berlin 1927. A. v. Balogh, Der internationale Schutz der Minderheiten. München, 1928. Prof. Laun, Nationalitätenfrage einschliesslich des Minderheitsrechts (Wörterbuch des Völkerrechts und d. Diplomatie).

граждан, а не целых национальностей, юридически признанных в качестве публично-правовых корпораций. Органическое законодательство не развило этих конституционных тезисов и не снабдило их прочными государственно-правовыми и административно-правовыми гарантиями, но, тем не менее, Австрия вплоть до периода великой войны осталась почти единственной страной меньшинственного публичного права, давшей схемы и прообразы другим новым многонародным государствам для их законодательства.

Версальский мир, в значительной мере перекроивший карту Европы, создал ряд государств с национально-разнородным составом, вот почему по окончании войны был заключен ряд международных договоров, долженствовавших согласно духу Лиги Наций, опиравшейся на принципы самоопределения национальностей, обеспечить известный минимум прав за национальными меньшинствами соответственных государств. Эти договоры получили название меньшинственных договоров: Traités relatifs aux minorités. В первую очередь к этому обязались побежденные государства: Австрия — в Сен-Жерменском договоре, Венгрия — в Трианонском, Болгария — в Нейльиском, Турция в Севрском. С другими же государствами были заключены специальные договоры об охране национальных меньшинств: с Польшей, Чехословакией, Югославией, Румынией и Грецией. Что касается балтийских государств и Албании, то Совет Лиги Наций в 1921 г. предложил им присоединиться к началам, изложенным в меньшинственных договорах. Соответственные заявления были поданы Албанией, Финляндией, Эстонией, Латвией и Литвой до их принятия в Лигу Наций.

В дальнейшем меньшинственное право носит преимущественно, если не исключительно, внутренний, государственно-правовой характер. В большинстве упомянутых государств были изданы соответствующие конституционные нормы, гарантирующие меньшинствам права национального самоопределения в школе, суде, органах самоуправления, самообложении, а иногда даже — создание публично-правовой автономии. Приведем как страны не только конституционного, но и органического законодательства Эстонию, Литву и Латвию. § 21 эст. конституции

15 июня 1920 г. гласит: «Члены национальных меньшинств, обитающих в пределах Эстонии, в праве в интересах национальной культуры и призрения образовывать соответственные автономные учреждения, поскольку они не протоворечат государственным интересам. Этим правом на автономию обладает каждое меньшинство, превосходящее числом 3000 эстонск. граждан». §§ 22 и 23 говорят о гарантиях употребления меньшинственных языков в самоуправлении и суде. Те же права со включением прав самообложения для культурных целей предусматриваются стт. 73-ей и 74-й литовской конституции 1922 г. Эти статьи буквально повторены в стт. 74-й и 75-й последней литовской конституции 15 мая 1928 г. За этими конституционными гарантиями последовало и органическое законодательство о культурном самоуправлении меньшинств. Латвия же не имеет конституционных гарантий, ибо ее конституция вообще не перечисляет суб'ективных публичных прав (и т. наз. политических свобод) граждан. Но органическое законодательство, не столь обширное, как в Эстонии имеется и тут. В то время как Эстония законом 12 февр. 1925 г. и дальнейшими актами создала полное культурное самоуправление (автономию) меньшинств с собственными избранными национальными советами во главе и с кураториями на местах, Латвия на основании закона 8 дек. 1919 г. по существу ограничилась созданием частично автономных школьных сетей отдельных меньшинств, возглавляемых особыми отделами в составе общелатвийского министерства образования. Начальники отделов по делам культурной жизни своего меньшинства могут участвовать в заседаниях кабинета министров с совещательным голосом.

При дальнейшем органическом развитии меньшинственного права, — в частности по вопросу об обжаловании некоторых мер и подчиненных актов, — оно в значительной мере врастает в административное право данной страны.

Нельзя, однако, отрицать того обстоятельства, что эта отрасль обладает несомненной тенденцией к международному законодательству, чему в значительной мере содействует договорно-международное происхождение современного меньшинственного права.

5. Административное право.

Если государственное право главным образом рассматривает государственные органы исполнительной и законодательной власти с точки зрения их статики, то административное право рассматривает органы исполнительной власти с точки зрения динамики, т. е. их собственного действия и воздействия на подвластных. В этом смысле административное право есть только ветвь государственного права[1]) и многие авторы (в России напр., Н. И. Лазаревский) включают его в качестве особой части в государственное право. Различение, данное нами тут между государственным и административным правом, не претендует на исчерпывающую точность, ибо она и недостижима по существу. Тем не менее административное право все же больше обращено в сторону функционирования, динамики, ибо оно, главным образом, имеет дело с управлением и управляемыми. По господствующему определению административное право изучает правовые отношения между управляющим государством (или другою публично - правовою корпорациею, наделенною публичным управлением) и его подвластными (как отдельными лицами, так и союзами). [2])

В отличие от прежних учебников полицейского права, описывавших всю деятельность администрации по отдельным вопросам, начиная с общих функций надзора и кончая правилами о борьбе с пожарами, эпидемиями, нищенством, пьянством, проституцией и т. д., современное административное право держится той же системы и тех же методов, что и современ-

---

[1]) Ср. Fleiner, Institutionen d. deutschen Verwaltungsrechts. Tüb. 1922, стр. 47.

[2]) Fleiner, там же, стр. 47, 48. В сущности то же определение дает и проф. А. Елистратов, Очерк административного права, Москва 1923 г., если не считать совершенно искусственной и к делу не относящейся вставки, отмеченной у нас курсивом. „Административное право это есть определенная складывающаяся в эпоху капитализма форма взаимодействия правящей власти и подвластных в области государственного управления", стр. 5.

ное государственное право. Если в эпоху полицейского государства 18-го века государство ставило себе задачу заботы о подданных и потому в мелочах регулировало жизнь каждого отдельного гражданина, то для того времени было понятно недопущение в эту область гарантий права, которые могли бы мешать свободному усмотрению государя и поставленного им начальства, обязанных руководить земным блаженством подданных. Управление лежало как бы вне права. Впоследствие, с введением правового государства, управление также сделалось деятельностью подзаконной. Но тем не менее на органы административной власти продолжал сохраняться особый взгляд: они не могли в таком же порядке отвечать перед обыкновенным судом. Хотя старое правило полицейского государства: «по делам полиции не допускается апелляции» и было отменено, но все же административные органы поставлены в особое положение. В Англии и англосаксонских государствах, не знавших форм просвещенного абсолютизма и чрезвычайной роли чиновничества, административное право не пошло по указанным линиям. Этот строго юридический подход к материи в особенности относится к тем странам, которые успели развить у себя широко разветвленную административную юстицию; т. е. обособленное правосудие по вопросам административного права, рядом с правосудием гражданским и уголовным. Мы имеем в виду главным образом Францию и Германию. Первая со времен Наполеона I, а вторая со второй половины 19-го века вместе с постановкой и развитием административной юрисдикции мало-по-малу успели создать ту новую дисциплину, которую мы и имеем в виду, когда говорим об административном праве.

Содержанием этой дисциплины является определение того, кто является носителями (органами) управления, отношение органов управления к органам самоуправления, с разграничением их сфер; отношение между управлением и гражданами, публичные права и обязанности последних и охрана их прав; отношение между законом и административными актами (указами, распоряжениями и т. д.), как источниками административного права и, наконец, соотношение между общей и административной юрисдикцией.

Из всех трех властей: законодательной, судебной и исполнительной, ни одна не столь разнообразна по характеру своему, как именно последняя — исполнительная или административная власть. Вообще говоря, теория разделения властей, идеологически разработанная Джоном Локком и Монтескье и впоследствии провозглашенная в ряде конституций, начиная с конституции штата Массачузетса 1780 г., никогда и нигде не достигла своего полного, т. сказать химически чистого воплощения. Нельзя сказать, что законодательная власть (парламент) только издает нормы права и вовсе не участвует в управлении, как нельзя сказать, что административная власть только распоряжается, не создавая вовсе норм права. Из всех трех властей только судебная власть более всего лишена каких-либо примесей инородного функционирования. Так, напр., если суд в ограниченной степени и исполняет в судебном процессе исполнительные и административные функции (вызов свидетелей, выслушивание экспертов, надзор за порядком заседания, допущение или недопущение известных категорий лиц в зал суда и т. д.), то эти функции являются целиком служебными по отношению к основной задаче — судоговорению. Наименее, однако, выдержанной и классификационно-очищенной от посторонних примесей является административная власть. Если законодательная власть главным образом творит право и весьма ограниченно влияет на управление, если судебная власть творит суд, то административная власть больше всего выступает из схемы разделения властей: она управляет, она творит право, ибо издает ряд правовых норм (второго порядка): обязательныя постановления, указы и др. административные акты и во многих странах административная власть творит суд и карает, правда, по вопросам второстепенного, полицейского характера.

При наличии такого обилия задач, ложащихся на административную власть, особое значение приобретает в современном государстве закономерность управления. Само разделение властей, только частично проводимое, не может в этом отношении дать достаточных гарантий. Идея правового государства связана в первую очередь именно с закономерностью управления, его мер

и актов. Современные административисты[1]) усматривают гарантии такой закономерности управления во 1) в точно отмежеванных полномочиях власти, 2) в преобладании связанного управления, 3) в создании формальных административных актов и 4) в административной юстиции.

Уже с конца 18-го века во всей культурной Европе управление перешло от всесторонней и неограниченной в своем усмотрении власти, не различавшей отдельных ветвей управления, к р е а л ь н о й системе. Самым ярким воплощением первого типа был вице-король, французский интендант старого режима, наместник и т. д., эти органы в смешанном порядке ведали всем управлением и отличались друг от друга только географической областью своего функционирования. Реальная система, поделившая управление между отдельными м и н и с т е р с т в а м и с возглавляющими и подчиненными органами, явилась первой предпосылкой точно отграниченных полномочий. Отдельные органы оказались связанными не м е с т о м осуществления управления, а предметной компетенцией, совершенно не зависящей от места. От министра до мельчайшего агента власти создается иерархическая цепь органов, отличающихся друг от друга только кругом своих полномочий.

Это ограничение полномочий власти обращено: 1) в о в н у т р ь ко всей иерархической цепи начальствующих и подчиненных органов. Успешное управление, придерживающееся правовых рамок, должно точно отграничивать компетенции, иначе неизбежно вмешательство действий одних органов в действия других и 2) в о - в н е по отношению к гражданам государства, обладающим известным статусом прав, не могущих быть нарушенными властью. В южных государствах Германии идея ограничения полномочий административной власти привела к созданию особых «уложений полицейских наказаний» (Polizeistrafgesetzbücher), в которых указано, что точно может быть запрещено полицией.

Дальнейшей важной гарантией является, как уже отмечено, с в я з а н н о е у п р а в л е н и е, при котором по мере возможности связывается с в о б о д н о е

[1]) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 1929, стр. 83 и сл.

усмотрение административных органов. Не подлежит сомнению, что свободное усмотрение противополагается правовой связанности. Но в то время, как свободное усмотрение частного лица есть ничем не связанное проявление его устремлений, свободное усмотрение административных органов, необходимое для их функционирования, действования, означает свободу от определенного содержание закона. В этих условиях может, конечно, случиться, что одно должностное лицо иначе истолкует отсутствие правовой нормы для данного вопроса, нежели другое должностное лицо. В этой области как бы закон сам, в интересах гибкости управления, допускает многосмысленность своего нормирования,[1]) здесь допускается индивидуальное восприятие в оценке необходимости или ненужности кого-либо мероприятия. Так, напр., в интересах гибкости управления нужно оставить свободное место усмотрению власти разрешить ли во избежание затемнения узких улиц, возведение пятого этажа или нет, это и делается обязательными постановлениями данного города. Однако, возможность применения свободного усмотрения не освобождает данный административный орган (строительную управу и т. д.) от внимательной проверки фактических обстоятельств.

Связанность административной власти особенно отчетливо сказывается в созданных новым административным правом административных актах, являющихся в своей области приблизительно тем же, что судебное решение в области юстиции.

Наконец, как уже отмечено было, закономерность управления обеспечивается в особенно серьезной степени существованием административной юстиции. В англо-саксонских странах общие суды выносят решения по данным вопросам. Классической страной административной юстиции долгое время была Франция и только с последней трети 19-го века она постепенно вводится во всей Германии. Из новых государств Латвия предста-

---

[1]) W. Jellinek, цит. соч. стр. 29, говорит: „Diese vom Gesetze gewollte Mehrdeutigkeit unterscheidet das echte freie Ermessen von scheinbaren Freiheiten, die in Wirklichkeit als Gebundenheiten gedacht sind."

вляет в том отношении большой интерес, что она не создала совершенно обособленной от общих судов административной юстиции. По закону 4-го марта 1921 г. об административных судах создана самостоятельная, по инстанциям распределенная система административных судов, не имеющих никакого отношения к активному управлению. В нижней инстанции административные дела разбираются мировым судьей, вторая инстанция — окружные суды, имеющие рядом с уголовным и гражданским отделениями особое административное отделение, а высшая инстанция — административный департамент Сената.[1]) Члены административных судов считаются такими же самыми судьями, так же назначаются и утверждаются Сеймом, как и прочие судьи. Административные суды Латвии руководствуются только правомерностью, «целесообразность определений и распоряжений административные суды не исследуют». В Чехословакии в 1928 году издан особый закон, регулирующий организацию админи-

---

[1]) Ср. K. Dišlers, Latvijas valsts varas organi un viņu funkcijas, Rīgā 1925, стр. 125 и сл. Автор полагает, что латвийская административная юстиция организована по английскому принципу из-за того, что она отделена от активного управления и передана общим судам. Эта аналогия не вполне верна по той причине прежде всего, что в Англии вообще не существует административной юстиции, как особого института. Административные дела разбираются, на ряду и вперемежку с другими делами (гражданскими и уголовными) нисшими судами. Только высшая инстанция — Суд Королевской Скамьи — действительно существует как бы в качестве высшего административного суда, являясь суррогатом такового, вместе с тем этот суд надзирает за административными учреждениями. А между тем латвийские общие суды, ведающие административные дела, имеют в своем составе в качестве инстанционной ветви, полную иерархию административной юстиции снизу до верху. Английской доктрине еще следует приблизиться к самому понятию административного права. Ср. Дайси, Основы государственного права Англии, I. Hatschek, Das Staatsrecht d. vereinigten Königreichs Grossbritannien - Irland, тем менее ей свойственна специфическая проблематика административной юстиции. Зато вполне правильно Дишлерс отмечает большую разницу между латвийской системой с одной стороны и между французской и германской административной юстицией с другой, где нижние инстанции административного суда совпадают с органами активного управления (во Франции с префектами, в Германии — с ландратом и регирунгс-президентом).

страции, административную юстицию, право полицейских указов и распоряжений, административный процесс и право административных актов.

Что касается о б ' е м а функционирования административной власти и в частности полиции, то он вместе с установлением и развитием нового правового государства не только не уменьшился, но значительно вырос. За время войны область вмешательства полиции и административной власти выросла необычайно сильно, это было связано с необходимостью регулировки ряда функций, прежде совершенно независимых от государства. Но и после мировой войны, когда во всей культурной Европе исчезли ограничения в производстве, распределении и потреблении пищи, одежды и других предметов необходимости, область полиции достаточно велика. Достаточно перечислить в общих чертах отдельные ветви, чтобы видеть, что перед нами одна из серьезнейших юридических материй современности.

Прежде всего упомянем: 1) о полиции ф и з и ч е с к о г о б л а г о п о л у ч и я. Ее подотделы: полиция здравохранения, в частности борьба с эпидемиями и забота об умалишенных. Далее полиция борьбы с несчастными случаями: пожарная полиция, полиция регулировки сообщений, строительная и жилищная полиция, полиция полезных растений и животных (борьба с вредителями растений, полевая и лесная полиция, охрана лесов, борьба с болезнями и падежами скота), проведение надлежащей охоты и рыболовства, надзор за доброкачественностью жизненных припасов; полиция лечебного дела (надзор за врачами, аптеками и лечебными заведениями). Во 2) п о л и ц и я н р а в о в, а именно борьба с пьянством, развратом, азартными играми, надзор за увеселениями, кино и театрами, полиция охраны красот природы, памятников старины и искусства, 3) полиция охраны п о л и т и ч е с к и х п р а в и свобод, а именно, надзор за ношением и применением оружия, полиция паспортная, полиция прессы, собраний и союзов, меры против мятежа, полиция промышленная, в частности разрешение открытия промышленных заведений, надзор за постоянной и переносной торговлей и т. д.

Административное право точно устанавливает условия закономерности административных актов во всей упомянутой обширной области полиции. Доктрина в общем, помимо чисто формальных упущений, приводящих к недействительности полицейского акта, устанавливает три основания недействительности полицейского распоряжения: 1) неправомерность по существу, распадающаяся на а) противоречие высшей норме и б) превышение власти, 2) противоречие фактам и 3) недопустимость соображений, положенных в основу распоряжения (ошибка усмотрения).

Право самоуправления. Обычно основные права самоуправления, исторически коренящиеся в далеком прошлом, закреплены в конституциях. Некоторые авторы и рассматривают право самоуправления в составе государственного права, а самая власть органов самоуправления, до известной степени противополагавшихся органам государства, считалась как бы особой pouvoir municipal, муниципиальной властью. Однако, это противопоставление самоуправления государству, характерное для эпохи борьбы городов и местных единиц с самодержавной или даже ограниченной монархической властью, ныне давно преодолено. Государство ныне само создает органы самоуправления в интересах разгрузки центральных органов управления от ряда публичных функций. По нашему мнению, и до сих пор правилен взгляд Лазаревского,[1]) который, подходя к самоуправлению с точки зрения административного права, охарактеризовал его так. «Под самоуправлением разумеют систему таких административных органов, которые характеризуются двумя признаками: 1) из'ятием их из административной иерархии, тем, что эти органы подчинены лишь закону так, что инструкции и указания центральных (или вообще высших) административных учреждений для них не обязательны; и во 2-х) тем, что зависимость личного состава лиц от высших учреждений коронной (государственной — М. Л.) администрации устранена с тем, что эти должностные лица поставлены в ту или иную связь с местным населением.»

---

[1]) См. Н. И. Лазаревский, Лекции по госуд. праву, Т. II. Административное право, СПБ. 1910 г., стр. 39.

Исполняя ряд функций, переданных государством, самоуправление осуществляет *препорученный* круг полномочий, кроме того самоуправление осуществляет ряд публичных функций местного интереса, оставленный государством самоуправлению, как бы в качестве *собственного* круга полномочий.

Деятельность местных органов самоуправления протекает в областях автономного нормотворчества, собственного управления благоустройством, хозяйством и финансами. Это, конечно, не исключает право *надзора* государства над местным самоуправлением.

Помимо местного — областного с подразделениями и городского — самоуправления в последнее время все большее значение начинает приобретать *хозяйственное* самоуправление. Сюда, напр., относятся *больничные кассы*, *органы рабочего страхования*, *страхования инвалидов* и т. д. Развитие этого вида самоуправления началось на рубеже 19-го и 20-го веков и является результатом превращения прежней добровольной помощи, благотворительности в форму правовой самопомощи. Вместе с тем эти новые организации хозяйственного самоуправления представляют как бы модернизованное демократическое возобновление прежнего представительства сословий. Если в средневековой организации сословий и цехов, отдельные группы населения (купцы, ремесленники) самоуправлялись по признаку профессии и специальности, то в первое время после преодоления феодализма новое правовое государство совершенно атомизировало граждан государства, предоставляя их экономическую судьбу личной инициативе каждого, единственная форма самоуправления была местная. Успехи развития 19-го века доказали, что такое атомизирование невозможно, в возобновленной форме самоуправление было признано в плоскости социально-экономической и профессиальной. Это относится не только к сравнительно богатым странам, вроде Германии, в которой социальное законодательство издавна существует, но и к экономически гораздо более слабым новым государствам, возникшим после мировой войны, вроде Латвии. Здесь, напр., круг носителей права (по правилам о страховании на случай болезни 1922 г.) очерчен весьма ши-

роко: «Эти нормы касаются всех частных, муниципальных и государственных предприятий, учреждений и других мест работы, а также и отдельных работодателей, пользующихся платным трудом.» Сами больничные кассы, как органы хозяйственного самоуправления, учреждаются либо — отдельные при отдельных предприятиях, либо общие — для многих. То же относится и к другим новым государствам. Помимо того, после войны появилась идея самоуправления не политических, а экономических областей, возглавляемых особыми советами. Эта идея нашла свое отражение в германской конституции, создавшей общегосударственный Хозяйственный Совет (Reichswirtschaft) и областные советы.[1])

Некоторую тенденцию к особлению в особую дисциплину обнаруживает налоговое право. В виду распространения и осложнения об'ектов и степеней обложения, по этим вопросам успела выработаться особая практика и юрисдикция, требующие особого рассмотрения и научной специализации.

6. Международное право.

Вопрос о сущности международного права настолько сложен и вызывает столько споров в специальной литературе предмета, что и в курсе общей теории права нельзя пройти мимо них, тем более, что, как ниже видно будет, в споре о сущности международного права затрагивается

---

[1]) Отличие этих советов от российских весьма велико. В Германии на советы (областные хозяйственные и рабочие советы) возложено выявление экономическо-хозяйственного и профессионально-производительного своеобразия рядом с политическим народным представительством и местным самоуправлением. Российские советы слили в себе государственное управление, местное самоуправление и представительство и этим как бы совершенно уничтожили административное право. В результате российского переворота 1917 г. отрасли частного права только на время были аннулированы, нынешний гражданский кодекс 1923 г. воссоздал не только вещное и обязательственное, но даже наследственное право, между тем как административное право, как важнейшая отрасль публичного права, гарантирующая основы правого государства, в С. С С. Р. оказалась фактически не существующей.

ряд проблем, имеющих существеннейшее значение и для теории права вообще.

Из всех пунктов спора мы здесь выдвинем два важнейших для нас пункта: 1) относится ли т. наз. международное право вообще к области права и 2) если первый решен положительно, то относится ли оно к публичному или же к частному праву?

Как это ни должно казаться странным, первый вопрос ставится несмотря на то, что основы международного права заложены уже в культурной древности, а новейшей научной обработке этой дисциплины скоро минет 300 лет, если основоположником нового международного права считать Гуго Гроция, выпустившему в 1625 году свою знаменитую книгу: „De jure belli ac pacis" (О праве войны и мира.). А между тем современная наука почти единогласно считает Гроция «отцом» международного права.

Что же заставляет многих юристов совершенно отрицать правовой характер международного права, а еще большее число ученых считать этот вид права неподлинным правом?[1])

Это прежде всего отсутствие принуждения в международном праве.[2]) Следует при этом заметить, что уче-

---

[1]) В этом отношении особенно характерно следующее утверждение А. Меркеля, Юридическая энциклопедия (§ 855). „Международное право есть несовершенная часть права, поскольку его формы и осуществление в связи с гарантиями последнего обнаруживают незначительное развитие в настоящем и не обещают большего в будущем."

[2]) Следует, впрочем, заметить, что обычный крайне распространенный обывательский взгляд, согласно которому международное право нарушается на каждом шагу без малейшего последствия и потому оно не может считаться правом, — что этот взгляд близок к ходу мыслей тех отрицателей международного права, для которых основой отрицания служит отсутствие принуждения. Возможность нарушения и при том „безнаказанного" или не вызывающего видимых карательных или иных последствий есть как бы глухая ссылка на отсутствие принуждения. Однако, этот взгляд совершенно упускает из виду, что и, напр., нормы уголовного права весьма часто нарушаются, что, однако, не может заставить нас считать уголовное право не-правом. Совершенно правильно возражает против этого банального взгляда Г. Д. Гурвич, Введение в общую

ные, держащиеся этого мнения, исходят из того, очень распространенного среди догматиков взгляда, что принуждение (и при том, главным образом, исходящее от государства) является основой права и что без принуждения не мыслимо и право. Говоря выше (Гл. II, отношение двух видов этики к принуждению) об этом, мы указывали, что отличие между правом и нравственностью заключается между прочим и в том, что право допускает принуждение и принудительное исполнение, между тем, как нравственность его не допускает, ибо доставление им исполнения по принуждению, противоречит односторонней непритязательной природе нравственности и вполне вяжется с двусторонней однозной природой права.

Но принуждение ни в коем случае нельзя сделать необходимым отличительным признаком права. Это в убедительной форме показал Л. Петражицкий,[1]) вскрывши

теорию международного права, Конспект лекций, Прага 1923: „Норма перестает действовать, упраздняется не поскольку она нарушается, а лишь поскольку перестает служить критерием оценки поведения, только тогда она утрачивает свою мотивирующую силу. Нормы права частного и уголовного нарушают безчисленное число раз, но этим отнюдь не ослабляется их действие; напротив, они торжествуют каждый раз заново, являясь критерием для оценки, в данном случае главным образом судебной, соответственных поступков."

[1]) Теория права, Т. I, стр. 273. Приводим подробно аргументацию Петражицкого в виду ее большого юридико-теоретического значения: „Дело в том, пишет Петражицкий, что с точки зрения теории принуждения нормою права (X) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права (X_1) предусматривает применение принудительных мер, напр., предписывает известным лицам (судебному приставу, полицейским служителям) применить принудительное исполнение. Эта норма (X_1) в свою очередь лишь в том случае может быть, по теории принуждения, правовою нормою, если существует дальнейшая норма (X_2), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы (X_1) предусматривает в свою очередь принудительные меры, напр., на случай нежелания судебного пристава, чинов полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих ослушников. Норма X_2 точно также должна иметь дальнейшую санкцию соответственного содержания — X_3, за нормою X_3 должна следовать санкция X_4 и т. д. — до безконечности. Отсюда далее в виде reductio ad absurdum получаются, напр., следующие выводы. Если предположить, что у какого либо народа суще-

нелепость тех выводов, к которым приводит эта теория. Но и независимо от этого, если даже признать, что международное право в настоящее время только в редких случаях может применять легальное принуждение, то это вовсе не значит, что международному праву, как таковому, чуждо принуждение. Наоборот, чем больше разовьется международное право, ныне находящееся в младенческом состоянии и в особенности публичное международное право, тем большую роль будет играть легальное принудительное исполнение.

Это последнее находится в зависимости от второго вопроса, т. е. от того, в какой мере международное право станет публичным, централизованным. Дело в том, что уже и в нынешнем международном праве установлены

ствует хоть одна норма, подходящая под определение теории принуждения, то отсюда следует, что у этого народа есть безконечное число норм права; в частности, с исторической точки зрения первое возникновение нормы права не было возникновением одной какой либо нормы, а сразу безконечного их числа; вообще постепенного увеличения количества норм права, как и их уменьшения, быть не может, ибо количества больше безконечно большого нет, а меньше этого количества норм права быть не может, если есть норма права вообще, и т. д.

Само собою разумеется, что проверить и доказать, что какая либо норма соответствует такому определению и поэтому должна быть признана нормою права, невозможно, ибо это требовало бы безконечного доказательства, а всякий конец доказательства и проверки, за отсутствием дальнейшей санкции, был бы вместе с тем доказательством, что все предыдущие нормы не суть нормы права, напр., если бы дошли до нормы X_{20}, но такой нормы (X_{21}), которая на случай нарушения нормы X_{20} предусматривала бы принудительные меры, не оказалось, то оказалось бы, что норма X_{20} как „непринудительная“ норма права есть неправовая норма, поэтому и норма X_{19}, как лишенная правовой санкции — санкции в виде нормы права, предписывающей принуждение, — оказалась бы неправовой нормой и т. д.

Другими словами, если бы попробовать применить на деле критерий теории принуждения, то весьма легко было бы относительно любой нормы убедиться, что она с точки зрения теории принуждения не есть норма права. Но и без такой конкретной проверки очевидно, что нет и не может быть никакой такой нормы, которая бы соответствовала требованиям теории принуждения.“ Это безконечное доказательство носит обычно название probatio diabolica.

некоторые меры принудительного исполнения, — таковы напр. реторсия (т. наз. таможенная война), репрессалии, интервенция и мирная блокада. Но основной идеей остается при этом неприкосновенность государства в его области властвования. Эта полная независимость (внешний суверенитет) каждого государства, нарушать которую никто не вправе, свидетельствует именно о том, что международное или, вернее говоря, междугосударственное право находится пока еще в стадии частно-правового состояния. Даже в отношении вопросов т. наз. конфликтного права, т. е. по вопросу о том, какие нормы частного права суд должен применять в отдельных случаях, — чем, как ниже увидим, занято частное международное право — не удалось установить бесспорной и стройной системы для улажения этих споров. В этой области возможно либо территориальное применение законов, т. е. неукоснительное применение законов данного государства, где обнаружился спор, или персональное применение, согласно гражданству или подданству вчинителя иска. В общем держатся, напр., того взгляда, что по вещным правам (и особенно на недвижимости) применяется lex rei sitae, т. е., закон нахождения вещи, тем не менее, то или иное государство может определить этот вопрос иначе, сообразно со своей суверенной волей, независящей от воли других государств или какого-либо надгосударственного авторитета. Есть, однако, другие ученые (Фиоре), которые полагают, что вещные права подлежат действию личного, персонального закона.

Что международное право не достигло высокой ступени развития даже как обычная система права, видно из того, что выше упомянутые меры принудительного исполнения до сих пор, в сущности, не вышли из области чисто-политического соотношения сил отдельных государств и потому не могут быть всерьез рассматриваемы как подлинные меры принудительного исполнения в том смысле, в каком принуждение осуществляется внутри государства. Так как в международном праве не существует органа, стоящего над отдельными государствами, как суб'ектами международного права, из которого могли бы исходить упомянутые меры, то осуществление принуждения есть больше вопрос факта и наличия сил, нежели вопрос

права.[1]) Институты репрессалий, интервенций и т. д., могли бы стать мерами юридического принуждения только с созданием надгосударственного общения. Линии подобного развития предусмотрены уставом Лиги Наций, в частности статьями 11-ой и 15-ой договора о мире.

Несовершенство современного международного права и в частности очень распространенный среди немецких ученых взгляд на то, что всякое право может исходить только от государства, породило ряд отрицателей международного права вообще. Фрикер формулировал эту проблему следующим образом: «Я не утверждаю apriori, что существует право, стоящее над государствами, но утверждаю, что если такое право невозможно, то невозможно никакое международное право. Понятие международного права устанавливает право над государствами. Если я прихожу к тому результату, что та вещь, которая именуется международным правом есть внешнее государственное право отдельных государств, то я отрицаю не эту вещь, а отрицаю то, что она есть международное право».

По всем указанным соображениям мы не можем отрицать за международным правом характер вида права и потому на первый вопрос, поставленный в начале главы, мы даем положительный ответ. На второй же вопрос — относится ли оно к публичному или частному праву мы полагаем вместе с Петражицким[2]) и Гирке,[3]) что перед

---

[1]) Ср. напр. статью Strisower'a „Intervention" в Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie (Словарь международного права и дипломатии) 1924, где между прочим говорится: „Если интервенция юридически должна быть допущена, то вернее было бы говорить о праве на интервенцию. Логически говоря, это не право на то, чтобы государство, по отношению к которому проводится интервенция, должно обязаться подчиниться всем средствам принуждения, но право на то, чтобы данное государство обязывалось к определенному поведению, которое, в случае надобности, могло бы быть добыто и путем принуждения" (стр. 583).

[2]) Теория права, стр. 740 и др.

[3]) Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht: „Все международное право (Das gesamte Völkerrecht) имеет исключительно только характер частного права". Цитирую по книге „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts", стр. 127. Там же по интересующему нас вопросу приводится

нами в современном международном праве — право частное.

Те же ученые (напр. Лассон), которые отрицают международное право, исходя из безусловного и неограниченного суверенитета государства, допускающего действие международно-правовых норм над собой только в форме добровольного самоограничения, — могут быть приравнены к приверженцам абсолютной свободы индивида в частном праве.

Следует, однако, заметить, что уже в современном международном праве намечается целый ряд институтов (международные учреждения, охрана труда, меньшинств) и учреждений (во главе с упомянутой Лигой Наций и Постоянной Международной Судебной Палатой), которые предуказывают путь перехода к публично-правовому международному строю. Данный же нами анализ относится только к нынешнему международному (вернее междугосударственному) праву.

Несмотря на всю неполноту и непоследовательность способа своего осуществления, восторжествовал все же принцип надгосударственного союза отдельных стран. Устав Лиги Наций включен в качестве I части в текст Версальского мирного договора. Если бы восторжествовал принцип публичного права, то Устав Лиги должен был бы быть из'ят из отдельного мирного трактата и превращен в основной закон будущего международного правового публичного порядка. Этот устав должен был бы играть роль конституции в кодифицированном международном праве. Включение же этого устава в Версальский мирный договор как бы приватизирует этот акт, делает его как бы частью договора между отдельными (хотя и крупными и

мнение другого авторитета по международному праву Nippold'a, по которому „международное право не есть ни частное, ни публичное право, оно имеет свою собственную природу, природу международного права". Утверждение Ниппольда очень ярко показывает, в какой тупик попала доктрина международного права, не желающая отдать себе ясного теоретического отчета о смысле разбираемого ею вида права. Известный ученый Ф. Лист, Fr. Liszt „Das Völkerrecht", Berl. 1920, стр. 38, весьма осторожно обходит этот вопрос, отмечая, что международное право более родственно публичному праву, нежели частному.

многочисленными) государствами, среди которых группа великих держав выговорила себе преимущественные права перед малыми государствами. Дальнейшая непоследовательность заключается в том, что деятельность двух высших органов Лиги — ее собрания (Assemblée) и Совета (Conseil) — связана единогласием всех участвующих в них членов Лиги (ст. 5). Весьма недостаточно формулировано исполнение принуждения (экзекуция) против государства — нарушителя мира, приступающего к военным действиям вопреки положениям Устава (ст. 16). Совет Лиги в этом случае становится скорее посредником в переговорах о замирении, нежели непосредственным экзекутором по отношению к государству, нарушившему мир. Необходимость заключения особых частных пактов (пакт Келлога и т. д.), в дополнение к этому Уставу лучше всего доказывает, что и в новом только теперь начинающем создаваться международном праве крайне слабы публично-правовые начала, они имеются скорее в виде программных и декларативных тезисов, нежели в качестве действующего права. И все же отдельные государства фактически и юридически вступили в стоящий над ними и их суверенитетом союз, опубликовывающий нормы, которым они должны подчиняться. С развитием Лиги и кодификацией международного права (ср. ниже) международное право начинает действовать уже не в силу партикулярных договоров отдельных государств между собою, а в силу признания этими государствами стоящего над ними правотворческого фактора. Старое международное право, склонявшееся с величайшим почтением перед волею отдельного государства и опиравшее свое действование исключительно на старинном, но шатком принципе „pacta sunt servanda“ (договоры должны быть соблюдаемы), начинает терять почву под ногами. Во главе международного общения государств стала Лига Наций, имеющая в интересах обеспечения мира (pour leur garantir la paix et la sûreté) строго следить за исполнением «предписаний международного права, долженствующих впредь быть правилом действительного поведения правительств» (см. введение в Устав, разд. III). Создание таких норм и институтов, как международная охрана труда, соединенная с гарантией «подходящих условий труда для мужчин, женщин и де-

тей» во всех странах, (ст. 23 устава), ряд конвенций, заключенных в связи с этим, порядок защиты прав национальных меньшинств, учреждение института мандатов над странами, населенными мало-развитыми в культурном отношении народами и т. д., — все это свидетельствует о росте централизованного надгосударственного публично-правового союза.

Дальнейший крупнейший прогресс в этом направлении представляет *международная кодификация* ряда вопросов международного права. Еще в 1924 году собрание Лиги Наций решило приступить к кодификации международного права. Эту кодификацию решено провести по частям. В первую очередь кодификационной конвенции поставлены следующие правовые комплексы: 1. Подданство. 2. Правила о береговых водах. 3. Ответственность государств за убытки, причиненные на их территории иностранцам или их имуществу. Несомненно, что с точки зрения традиционного учения о суверенитете государства можно было бы многое возражать против включения права подданства в материю международного права; этим как бы ослабляется законодательное усмотрение отдельных государств-членов Лиги. Однако, практические соображения о необходимости устранения состояния двуподданства или безподданства победили, и первый кодекс международного права — мечта многих поколений юристов, — находится ныне накануне своего осуществления, а это является лучшей практической попыткой юридизации международного общения в публично-правовом направлении.

Частное международное право. Самое наименование этой дисциплины, как бы предполагает, что все международное право публичное и только часть его носит частно-правовой, цивилистический характер. Господствующая доктрина и исходит из этого. Весь «корпус» международного права регулирует права верховенства отдельных государств в их отношениях друг к другу и является droit international public, остальные вопросы: о порядке подсудности по гражданским делам и о том, какое гражданское право следует применить в случае возможного столкновения нескольких систем гражданского права, напр., вопрос о наследстве, оставшемся после

французского гражданина в Англии в пользу германского гражданина — входят в состав droit international privé.

Данная отрасль права пытается в точности установить разрешение коллизий частного права, применение тех или иных законов судами данного государства для разрешения этих конфликтов. Вот почему вопросы конфликтного свойства по брачному, семейному, обязательственному и другим под-видам гражданского права некоторые ученые склонны определить как droit privé international, т. е. не как часть международного права, относящуюся к частному праву, но как частное право в применении к международным конфликтам, возникающим из разнообразия гражданско-правовых норм.

Предпосылкой действия международного частного права является то обстоятельство, что в области гражданского (частного) права международное общение допускает в гораздо большей степени вмешательство чужого государства и его правопорядка, нежели в других чисто публично-правовых областях. В то время как деятельность чужого государства в области карательной или административной (уголовное, административное право) касается только этого данного государства, совершенно не касаясь других, для разрешения вопросов частного права допускается вмешательство чужого правопорядка и суды данного государства могут, а иногда и должны применять нормы чужого гражданского права. Международный характер экономических сношений уже издавна принудил к выработке ряда норм, носящих название конфликтных норм. Конфликтные нормы относительно разных областей гражданского права: семейного, обязательственного и вещного совершенно различны. Принципы, которые здесь возможно применить, это, напр., для обязательственного права принцип: „locus regit actum", т. е. что условия обязательств рассматриваются исключительно по законам места совершения договора, возможно, однако, принятие во внимание закон места исполнения договора. Так, по латвийскому гражданскому праву (ст. XXXVI, III ч.) «К форме сделок (договоров, а равно и предсмертных распоряжений) могут быть применяемы законы, действующие как в том судебном округе, в каком сделка должна быть приведена в действие, так и в той

местности, в которой сделка состоялась». (Текст оффициального русского перевода.) Свода местн. узак. губ. Прибалтийских. В некоторых других законодательствах принимается во внимание закон места жительства дебитора и т. д.

В сущности международное частное право остается частным (гражданским) правом данного государства. Только в случае расширения кодификации международного права за пределы международных договоров, между отдельными государствами по отдельным вопросам можно будет говорить о международном частном праве в подлинном смысле слова.

7. Церковное право.

Если взять за основу наше определение публичного права и во главу угла поставить централизующую мотивацию со связанной с ней идеей общественного служения, то окажется, что у весьма многих, если не большинства культурных народов древности, церковное право безусловно носило публично-правовой характер, даже еще до того времени, покуда государство стало публично-правовым центром человеческого общежития.

На первых порах церковное право — если под ним разуметь более широкое понятие совокупности норм, освященных религиозным авторитетом, а не только церковное право христианских церквей нашего времени — было единственным видом конкретного публичного права. И поэтому защитники его должны были с опаской смотреть на появление новых видов публичного права, в частности государственного, как таких новообразований в праве, которые могут создать новую конкурирующую централизующую инстанцию, которая окажется не в силах исполнить ту роль, которую играет церковь (как организация религиозной связи).

Церковное право прежнего времени, охватывавшее не только церковно-религиозные отношения, но и многие отрасли публично-правового управления социального призрения (вспомним роль средневековых монастырей) и народного образования и даже частно-правовые вопросы (регулировка допускаемого поста) уже с конца средних

веков и со времени создания прочных абсолютных монархий типа просвещенного абсолютизма или же типа представительного — весьма сильно изменилось. Церковь все больше превращалась в частное учреждение, подчиненное государству и только в некоторых областях она довольно долго — местами до настоящего времени — продолжает привлекаться в качестве органа государственной власти (заключение браков, разводы, ведение актов состояния и т. д.). В связи с этим уменьшением внешнего публично-правового значения церкви все большее значение получает внутреннее право церкви, как автономного союза.

В связи с проведенным в целом ряде стран отделением церкви от государства происходит так сказать полное обезгосударствление церкви с низведением ее иногда до положения частных обществ. Такая тенденция существует не только во Франции, но и в нынешней Германии (ср. ст. 137 конституции 1919 г.). Полное отделение церкви от государства во всяком случае означает 1) лишение духовных лиц роли государственных органов, должностных лиц, хотя и с точки зрения внутри-церковной эти лица сохраняют значение религиозных должностных лиц, с особой внутренней иерархией и порядком подчинения и 2) полное отделение бюджета церкви от бюджета государства. Церковные налоги могут продолжать взиматься церковью на основании представленной ему государством автономии, подобно тому как органы самоуправления пользуются подобным же правом.

Церковное право обычно делят на в н у т р е н н е е и в н е ш н е е. Внутреннее церковное право обнимает нормы церковного устройства, оно устанавливает носителей (должностных лиц) церковной власти (potestas ecclesiastica) ее содержание и границы.

Содержание этого права определяется порядком законодательства. Каждая церковь имеет свое, иногда весьма разработанное положительное право. Это право определяет и публично-правовые вопросы устройства церкви, порядка выборов и назначения должностных лиц, прав и обязанностей этих лиц к пастве и участие этой последней в разрешении церковных вопросов законодательства и управления. Помимо того некоторые церковно-правовые кодексы или сборники регулируют иногда и частно-право-

вые отношения (купли-продажи, личных прав и т. д.). Особенно развито в этом отношении католическое церковное право, основным сводом которого является corpus juris canonici.

Внутреннее церковное право может и дальше развиваться вне непосредственного отношения к вопросу об отделении церкви от государства. Внутреннее церковное право продолжает связывать соответствующее общение (общество верующих, паству) вне зависимости от внешних судеб церкви. Оно связывает своих членов по типу публичного права. Вопрос особый — о возможности совмещения церковных прав и обязанностей с общегосударственными. Здесь, конечно, первенство остается за государством по подавляющему большинству положительно-правовых систем мира.

Внешнее церковное право все больше теряет свое прежнее значение при осуществлении полного отделения церкви от государства оно сводится к установлению правил церковного самоуправления (автономии) наряду с прочими автономными союзами в государстве и к согласованию внутренних распоряжений церкви с общими законами и распоряжениями государства (напр., в области образования, создания церковных школ, совместного пользования церковными зданиями, кладбищами и т. д.).

8. Уголовное право.

Было время, когда реакцию на правонарушения и вообще все уголовное право нельзя было относить к публичному праву. Это замечается не только в древности и у первобытных народов. В настоящее время может казаться почти невероятным, что даже в Германии, вплоть до конца средневековья, право преследования преступника принадлежало пострадавшему и его семье и только к концу средневековья это право было передано публичной власти. Да и ныне, когда уголовное право, согласно общего мнения ученых, относится исключительно к публичному праву, имеются еще остатки частно-правовых элементов в области уголовного права. Мы имеем, напр., в виду привлечение к ответственности за некоторые категории преступлений, которое может происходить только по инициа-

тиве частных лиц (напр., оскорбления чести). Но и помимо того, не все правонарушения носят по своим последствиям уголовный характер, имеются и так наз. правонарушения гражданско-правового характера. С точки зрения догматическо-практической разделение производится здесь следующим образом: нарушение права, влекущее за собою наказание, называется уголовным правонарушением (или преступлением, — с подразделением на тяжкие и обыкновенные преступления и проступки); правонарушения же, влекущие за собою лишь вознаграждение за вред, называются гражданскими правонарушениями. Самое наказание определяется как принудительное вторжение в сферу правовых благ, принадлежащих правонарушителю.

Наказание на первых стадиях человеческого развития в подавляющей степени было проникнуто характером личного возмездия, могущего не быть ни в малейшем соответствии с тяжестью совершенного, причем реакция направляется не только на самого совершившего деяние, но и на весь его род или круг. Характерно, напр., с этой точки зрения похвальба Ламеха в Ветхом Завете (Бытие, гл. 4, ст. 24): «Если за Каина отмстится всемеро, то за Ламеха в семьдесят раз всемеро». Из этой стадии анархического воздействия эпохи кровавой мести, человечество переходит к более организованным формам наказания. Принцип талиона, т. е. воздаяния равным за равное, явился в этом отношении весьма крупным прогресом в праве. Ветхозаветное «око за око, зуб за зуб и т. д.» явилось в свое время громадным шагом вперед, ибо способ воздаяния и размеры наказания оказались введенными в определенное русло. Позднейшие (современные) ограничения, имеющие в виду уточнить меру наказания, не были по отношению к принципу талиона таким крупным прогрессом, как этот принцип по отношению к предыдущей анархической стадии карания.

Еще в 18-м и 19-м веках существовали теории, пытавшиеся облечь наказание вообще и принцип талиона в частности в философские формы. Так, напр., Кант обосновал абсолютную теорию наказания на учении о правовом карании — воздаянии (возмездии) (Vergeltung), по которому преступник, в качестве нарушителя права, дол-

жен для восстановления права подвергнуться причинению зла, аналогичного тому, которое он совершил. Подобный характер носит и диалектическая теория наказания Гегеля, по коей право как общая воля есть тезис, — преступление, как отрицание общей воли частною волею преступника есть антитезис, а наказание, как отрицание частной воли общею волею, есть отрицание отрицания, т. е. синтезис. Эти абсолютные теории к середине и второй половине 19-го века стали сменяться т. наз. относительными, ибо для последних наказание уже не являлось самоцелью.

По господствовавшему в то время мнению уголовное наказание имеет три цели: 1) карание, как таковое, как воздаяние злом за совершенное зло, 2) устрашение и 3) исправление.

Нынешнее состояние уголовного права в культурных государствах Европы характеризуется известными гарантиями, ограничивающими применение этого вида права, особенно чувствительно отзывающегося на личности караемого.

Прежде всего точнейшим образом разработано учение о преступном деянии, о его суб'ектах и об'ектах, о внутренней и внешней стороне преступной деятельности. Правила и принципы, установленные в этой области, значительно ограничивают применение уголовных кар. Второе весьма важное ограничение — это правило, действующее во всех правовых государствах мира: nulla poena sine lege, т. е., нельзя применять наказания за деяния, не предусмотренные законом. В ст. I бывш. российского уголовн. уложения, действующего ныне в Польше, Латвии, Литве и Эстонии, этот принцип формулирован так: «Преступным признается деяние, воспрещенное во время его учинения законом под страхом наказания». Уголовный закон должен точно перечислить и отметить те условия, при которых возможно наказывать. Без предварительно изданного закона никто не может быть наказан. Это правовое положение считается аксиомой и повторяется во многих конституциях.

Этой аксиоме отвечает вторая, по которой толкование по аналогии не допустимо в области уголовного права (см. ниже § 12). Только сам закон может установить точные

пределы состава деяния, нельзя наказывать за деяния, по аналогии напоминающие те, которые поименованы в уголовном законе. Кроме советской России эти оба положения считаются общим знаменателем уголовного правосознания культурного мира. Ст. 16 уголовного кодекса Р. С. Ф. С. Р. гласит: «Если то или иное общественно-опасное действие прямо не предусмотрено настоящим кодексом, то основание и пределы ответственности за него определяются применительно к тем статьям Кодекса, которые предусматривают наиболее сходные по роду преступления».[1])

Господство этих двух взаимно-связанных принципов-аксиом: 1) nulla poena sine lege (нет наказания без закона) и 2) запрет аналогии характеризует уголовное право в отличие от гражданского. В то время как гражданское право должно в интересах оборота и имущественных интересов индивида отрицать возможность существования пробелов в праве, а при наличии пробелов превращать судью в правотворческий орган, создавая то, что англичане называют judge made law (судебно-правотворческое право), уголовное право в интересах неприкосновенности и самоценности личности дер-

---

[1]) Постатейный Комментарий Д. Карницкого, Г. Рогинского и М. Строговича к Уголовному Кодексу РСФСР (Москва, 1928, Юрид. изд-во НКЮ, стр. 34) эту статью толкует так: „Наш Уголовный Кодекс отказался от принципа: „nulla poena sine lege". Наше определение преступления основано на его материальном содержании, как общественно-опасного деяния; и наша мера социальной защиты рассматривается не как возмездие за вину. Поэтому в случае совершения такого деяния, которое по всем признакам должно быть признано опасным, нельзя останавливаться перед тем, что в законе такого рода деяния не указаны. Менее резко и с желанием найти все же хоть какие-нибудь ограничительные гарантии в самой статье 16-ой подходит к вопросу проф. А. Трайнин, Уголовное право, Ч. особ., Москва 1927, стр. 21." Использование судом другой возможности-применение статьи особенной части по аналогии поставлено УК также в зависимость не от усмотрения судьи (курсив мой — М. Л.), а от наличия достаточных в законе указанных оснований. Тем не менее и этот автор должен ниже (стр 22) признать следующее: „Конечно, и там, где закон не дает родового определения преступления, а напротив, содержит перечень конкретных составов отдельных преступлений, применение аналогии возможно."

жится принципа абсолютной легальности и непреложности карающего закона. Способы, которыми защищаются интересы личности, в гражданском и уголовном праве настолько различны, что каждое из них создает ему одному свойственное восприятие значения права, закона и толкования права.[1]) Советское уголовное право потому допускает аналогию, что для него идея «социальной защиты» неизмеримо важнее прав и свободы личности. Отказываясь от «буржуазных» понятий возмездия и наказания и замения их понятиям и применения мер социальной защиты, советское уголовное право словесно смягчает суровый ха-

[1]) Этого не видит наиболее вдумчивый советский теоретик права Е. Пашуканис, когда он пишет: „Уголовное право так же, как и право вообще есть форма общения эгоистических обособленных суб'ектов, носителей автономного частного интереса или идеальныхъ собственников" (ук. соч. стр. 128). Мы видим, наоборот, что „право вообще" (в том числе и гражданское) иначе связывает „обособленных суб'ектов", чем уголовное право. При применении наказания личность ограждается точным смыслом закона, а при защите гражданских интересов допускается широкое толкование закона, имеющее задачей нахождение новых норм. Вполне понятно, что для советского теоретика это различение теряет свое основание, ибо хозяйственная деятельность суб'екта и его гражданские права в советской России принципиально ограничены. Презумпция (предпосылка) здесь говорит за ограниченный круг функций, а потому гражданские права (и обязанности) личности в Сов. России точно перечислены, гражданское право этой страны должно тяготеть не к расширительному, а к ограничительному толкованию. Не характерно ли в высшей степени для советского права то обстоятельство, что в то время как советское уголовное право допускает аналогию и расширительное толкование, советское гражданское право ограничивает аналогию и расширительное толкование? Ст. 5-я постановления о Всероссийского Центр. Исполнит. Комитета в введении в действие гражданского кодекса Р. С. Ф С. Р. гласит: „распространительное толкование гражданского кодекса Р. С. Ф. С. Р. допускается только в случае, когда это требует охрана интересов рабоче-крестьянского государства и трудящихся масс". Гражданский кодекс Р. С. Ф. С. Р. идет еще дальше, он создает, если можно так выразиться, гражданско правовое nulla poena sine lege; ст 6-я этого кодекса гласит: „никто не может быть лишен гражданских прав или ограничен в правах иначе, как в случаях и в порядке, определенных законом. В области гражданско-правовых отношений создается защита индивидуальных прав, в области уголовной социальная защита совершенно подавляет индивидуальные права.

рактер уголовного права, по существу же, ставши бессубъектным, массовым, оно под видом меры социальной защиты карает субъекта по аналогии, т. е. без точных оснований закона.

Третьим ограничивающим принципом является то, что наказуемые деяния сопровождаются карой, установленной самим законодателем. Судья не может выйти в присуждении размера наказания за пределы закона. Обычно закон и ныне не устанавливает точного наказания за данное деяние, такие санкции были часты в старом праве. Современное право устанавливает рамки, внутри которых суд может осуществлять свое усмотрение, имеется возможность выбора или между карами разного рода или же между различными мерами одной и той же кары. Не подлежит сомнению, что в настоящее время санкция стремится все больше растянуть эти рамки. Во всяком случае в самом уголовном кодексе (общей части) устанавливаются обстоятельства, усиливающие или уменьшающие вину и наказание («смягчающие вину обстоятельства и т. д.»). Новейшие проекты озабочены отысканием формулы, имеющей служить руководством для суда при определении размера наказания как в сторону его послабления, так и в сторону его усиления. Так формула, предлагаемая для так наз. персональных условий швейцарским проектом 1918 г., гласит (ст. 60): «Судья применяет наказание сообразно виновности содеявшего; он принимает во внимание побуждения (Beweggründe), прошлую жизнь и личные обстоятельства виновного». Германский проект 1925 г. (§ 67) выражается иначе: «при применении наказания суд должен взвесить, насколько деяние основано на предосудительном умонастроении, низких помыслах (verwerfliche Gesinnung) или наклонности воли содеявшего или насколько оно основано на причинах, в которых нельзя винить содеявшего».[1]) В связи с проникающим в новейшую литературу и действующее право стремлением к индивидуализации обращения с преступником, в связи с желанием исправлять и воспитывать его, санкционирующая часть уголовных норм

[1]) Ср. проф. П. М. Минц, Курс уголовного права, Г. I. часть, Рига 1925, стр. 213—214.

становится все более растяжимой. Тем не менее все это ничего не меняет в основном принципе, по которому только деяния, воспрещенные самим текстом уголовного закона, считаются преступными. Само это перечисление производится в особенной части всякого уголовного кодекса. Исходя из вышеупомянутой аксиомы, состав каждого из наказуемых деяний точнейшим образом установлен в отдельных статьях кодекса, в первой части отдельной нормы — д и с п о з и ц и и. Только при наличии признаков, отмеченных в первой части, в диспозиции, наступают последствия, кара, предусмотренная во второй части уголовной нормы, в так наз. с а н к ц и и.

В самое последнее время исправление становится основною целью. При чем центр тяжести переносится не на наказание по уже совершенным преступлениям, но на предупреждение уголовных деяний и уменьшение преступности путем мер социального порядка и воздействия. Эти новейшие стремления несомненно приведут, как отчасти уже привели, к полному пересмотру карательной системы современного уголовного права.

Преимущественное, если не почти исключительное, внимание нынешнее угловное право обращает на деятельность или бездеятельность, направленную против права. Господствующее право и дисциплина уголовного права главное внимание обращают на содеянное. Правда, при установлении рода или меры наказания (наличность заранее обдуманного намерения или отсутствие такового и т. д.) мотивы играют роль, но все же второстепенную. Существует, однако, так наз. теория представлений — — Vorstellungstheorie, — нашедшая свое выражение в проектах новейших уголовных кодексов, каков, напр., новейший проект уголовного кодекса Чехословакии. Тут само деяние играет второстепенную роль, а главное мотивы и намерения.

В этом отношении уголовное право весьма тонко отражает общий этический прогресс человечества. Если на низших ступенях уголовное право настолько занято лишь охраной права, настолько дорожит внешними признаками деяния и внешними результатами его, что наказывает даже случайное причинение смерти наравне с заранее обдуманным убийством, то в дальнейшем происходит все

большее включение психологического момента (мотивов, намерения, степени виновности), с дальнейшим ослаблением соображений внешне наступившего результата вплоть до указанных новейших законодательных воплощений теории представлений.

Прогресс имеется и в области реакции на преступления, в области кары. Исходя из теории проф. Петражицкого, согласно которой развитие права подчинено закону о прогрессивном уменьшении мотивационного давления, можно было бы думать, что и уголовные наказания подвергаются прогрессивному уменьшению. Однако, если бы развитие института наказания было бы изображено в виде диаграммы, то мы, наверно, не получили бы равномерно ниспадающей кривой, а прерывистую линию со скачками, вызываемыми теми или иными исключительными моментами и эпохами. Тенденция ведет далее не только к уменьшению наказания, но к переходу от возмездия к воспитанию по отношению к целому ряду преступников, особенно же к ограниченно-вменяемым и малолетним преступникам.

Тенденции последнего времени, сменившие волну строжайшей уголовно-правовой репрессии времен великой войны 1914—1918 г.г., лучшим образом иллюстрирует соответственные положения психологической теории права по этому вопросу. «Поскольку в праве — пишет Петражицкий — дело идет о том же роде поведения и о применении однородной мотивации, напр., карательной или наградной по мере улучшения человеческого характера для достижения подлежащего социально-разумного поведения требуется все меньшее и меньшее мотивационное давление этого рода; кары и награды уменьшаются, коллективная ответственность целой группы за нарушения, усиливающая мотивационное давление, сменяется индивидуальною, прежняя неумолимая ответственность за причиненное, хотя бы неумышленно, зло сменяется карательною системою, допускающею разные оправдания и смягчения ответственности и т. д.».[1])

Что же касается периодов обострения репрессивно-карательной деятельности, о которых мы выше говорили и

[1]) Ср. Петражицкий, Теория права, стр. 755—756.

которые как бы нарушают картину непрерывного убывания мотивационного давления, то Петражицкий пишет: «В периоды соединения меньших социальных организаций, прежде истреблявших друг друга, в более обширные солидарные группы, напр., в обширные государства, происходит тем самым повышение требований социально-разумного поведения ... и тогда, как это вытекает из нашего закона, происходит повышение грозности кар и вообще социального режима и т. д., но — только временно, до достижения такой дальнейшей культуры характера, которая делает возможным дальнейшее смягчение режима».[1]) Весьма существенное дополнение к этим выводам делает А. Круглевский,[2]) приписывающий подобное же действие революциям: «Социальные движения этого рода, хотя они обычно и направлены на какую-нибудь отдельную правовую область, чаще всего на политический строй страны, чрезвычайно сильно сотрясают также и общие этические устои народа, подрывая правовую дисциплину и выдержку ... Право, в качестве главного регулятора народной жизни, по необходимости должно считаться с этим падением и приспособиться к этому уровню. В послереволюционные эпохи обычно наступает реакция, не только политическая, но и этическая и уголовное право этих эпох принимает более строгие формы, игнорируя не только провозглашенные революцией новшества режима репрессий, но часто даже возвращаясь к принципам права прежних исторических эпох.»

В связи с новейшим развитием уголовного права исчезают некоторые теории, прежде господствовавшие в доктрине этой отрасли права. К этим отмирающим теориям относится теория так наз. общего предупреждения (генеральной превенции). Эта теория усматривает главную задачу уголовного права не в самом применении кары, а в уголовной угрозе, призванной сдерживать преступные импульсы. Действительность угрозы зависит от неизбежности (Unerbittlichkeit) ее осуществления, лица, посторонние учинившему то или иное преступное деяние, видят неизбежные последствия, настигающие нарушителя

[1]) Ср. Петражицкий, Теория права, стр. 755—756.

[2]) A. Kruglewski, Das Strafrecht als Kulturfaktor, Riga 1927, стр. 123—124.

законов, и удерживаются от преступления. Новейшая доктрина начинает склоняться к синтетической точке зрения, приписывающей уголовному праву ряд частичных целей (исправление, обезврежение, индивидуализация, педагогическое воздействие и т. д.).

На практике реформа уголовного права в связи с вышеуказанными тенденциями стремится к большей справедливости по отношению к преступнику, начинают различаться различного типа преступники, в особенности выделяются случайные преступники и малолетние; раздвигаются шире рамки уголовной санкции, с предоставлением больших прав судейскому усмотрению. Надо при этом отметить, что эти последние тенденции проявляются сильнее в центральной Европе (Германия, Чехословакия и т. д.), нежели в государствах, образовавшихся из бывших окраин России, в этих последних преобладают умеренно-прогрессивные взгляды уголовного уложения 1903 г. Новейшие реформы уголовного права здесь не находят почвы для реализации.

9. Процессуальное право.

Рассмотренные нами выше дисциплины имели своим предметом исследование того или иного вида положительного (частного и публичного) права. Они исследуют то, что принято называть материальным правом: смысл и содержание совокупностей норм, составляющих тот или иной вид права. Но рядом с этим подлежит изучению также порядок защиты указанного материального права перед теми инстанциями, которых положительное право считает управомоченными, компетентными решать эти вопросы и споры права; т. е. перед судами всех категорий или иными учреждениями полусудебного, полуадминистративного типа и т. д. Вот почему дисциплина, изучающая право защиты права, называется в отличие от материального права формальным, процессуальным или судебным правом.

Ясно, что если каждое право может быть защищено, то каждому виду материального права может соответствовать свое особое процессуальное право. Но так как не все виды положительного права достигли одинаковой сте-

пени прочности и развития, то не для всех видов права существуют соответственные процессуальные дисциплины. Наибольшей ступени развития достигли две процессуальные дисциплины или, как принято сокращенно говорить, два процесса: гражданский и уголовный. В состав гражданского процесса обычно входит и изучение порядка защиты торгового права, хотя в отдельных странах защита последнего, благодаря существования особых коммерческих и купеческих судов с несколько более упрощенным производством и особым инстанционным ходом обжалования и представляет ряд особенностей и уклонений от гражданского процесса и составляет как бы особый «торговый процесс». Уголовный процесс занят изучением защиты уголовного права. В последнее время выдвинулся (на континенте Европы, особенно во Франции и Германии) административный процесс, предметом коего служит изучение всей административной юстиции, а также и международно-правовой процесс. Последний разовьется особенно сильно в связи с расширением обязательной международно-правовой юрисдикции.

Тем не менее наиболее важное место занимают гражданский и уголовный процесс.

а. Гражданский процесс.

а. Гражданский процесс устанавливает порядок признания или непризнания гражданских прав за лицами. Постольку, поскольку гражданский процесс имеет своим об'ектом гражданское (частное) право, это накладывает некий особый отпечаток на данный процесс в отличие от уголовного, имеющего своим об'ектом публичное право.

В гражданско-правовые отношения входит с процессуальной точки зрения прежде всего момент спорности. Стороны, выступающие перед судом, спорят о размере или наличии тех или иных прав. В силу существования такого спора рождается повод к возникновению гражданско-процессуального отношения. В виду наличия такого спора возникает и движется вплоть до своего прекращения то или иное гражданско-процессуальное отношение. Впрочем, не следует думать, что пред-

метом ведения (подсудности) гражданских судов являются только дела спорные. Имеется, напр., так наз. охранительное производство по вопросам опеки и попечительства, наследства, обеспечения исков и т. д., где суд в значительной мере опирается на установление пространства и об'ема прав на основании бесспорных норм. Вот почему различаются строго судопроизводства: 1) охранительное и 2) спорное. Первое имеет своей задачей вышеотмеченное установление прав, но и установление фактов в интересах данного лица, чтобы оно в будущем, в случае поднятия какого-либо спора могло доказать несомненность своих прав. Охранительное производство имеет поэтому предупредительный характер, здесь лицо, обращающееся к суду, ни на кого не жалуется и никому не пред'являет иска, оно просит только содействия суда. Иначе дело обстоит в спорном производстве.

Спорность приводит к особому выявлению спорящих сторон: истца, который ищет свое право, и ответчика. В гражданском процессе сторонам предоставляется очень большая роль, ибо они воплощают строго индивидуационный характер гражданского права. Суд не выходит из роли помощника сторон, между которыми происходит спор в состязательном порядке. В этом состязательном порядке между прочим и сказывается, весьма ярко притязательный характер права, о котором мы говорили выше в гл. II. Гольмстен[1]) формулирует принцип состязательности следующим образом: «состязательное начало есть принцип ... в силу которого права сторон решительно преобладают в процессе над оффициальными обязанностями суда». И далее: «В силу лично-автономического характера (то, что мы называем индивидуациею — М. Л.) гражданского права, в процессе должны преобладать права сторон; но все эти права суть либо право действовать, либо требовать действий от суда; праву действовать, напр., подыскивать доказательства, определить то или иное исковое требование, соответствует обязанность суда лишь не препятствовать стороне не вме-

[1]) Учебник русского гражданского судопроизводства, СПБ. 1907, стр. 130.

шиваться, а праву передавать действия от суда соответствует обязанность суда совершить данное действие».[1])

Состязательность сказывается в целом ряде норм гражданского судопроизводства. Приведем здесь в качестве типичных норм следующие. Ст. 131 б. российского устава гражд. судопроизводства гласит: «Мировой Судья не имеет права ни постановлять решения о предметах, о коих не пред'явлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися». Ст. 132 «Мировой Судья не возбуждает вопроса о давности, если тяжущиеся на нее не ссылались». Общий принцип состязательности, выраженный в форме ст. 131,[2]) нашел свое давнишнее выражение в формуле: „ne eat judex ultra petita partium" судья не идет дальше притязаний сторон.

В настоящее время установилась устность в процессе взамен письменного процесса прежнего времени (вплоть до 18-го и начала 19-го века), производившегося к тому же тайно, а не гласно, как ныне. Все об'яснения сторон делались в письменной форме, по ним специальные судебные докладчики составляли доклады и отзывы, что приводило к неимоверной волоките. Ныне лишь заявления, исходящие от суда, облекаются в письменную форму, между тем как заявления сторон делаются устно.

Особое место занимает в дисциплине процесса учение о подсудности судов различных инстанций, а также порядок обжалования судебных решений низших судов перед высшими.

Просьба об отмене решения низшего суда и перерешении его снова называется а п е л л я ц и е ю. При этом имеется в виду, что неправильно обсуждались факты, легшие в основу решения или же что совершено было то или иное упущение юридического характера или обнаружились данные, которые не были известны первой инстанции. Апелляция касается таким образом существа вынесенного решения и предполагает перерешение.

Второй вид оспаривания судебных решений есть к а с с а ц и я. Тут оспаривается решение в предположении

---

[1]) Там же, стр. 134.

[2]) В латвийском издании кодификационного отдела 1923 года, эта статья значится ст. 182

его незаконности, ибо сторона ссылается на неприменение или ошибочном применении того или иного закона, на основании которого должны состояться решения. Так что кассация в отличие от апелляции касается не существа решения, а лишь его закономерности. Помимо того следует указать, что кассации подаются на решения апелляционного суда, т. е. той инстанции, которая разбирает апелляционные просьбы. Высший суд называется очень часто кассационным, таковым в прежней России был Сенат (то же наименование — в Латвии), в Германии — Reichsgericht.

6. Уголовный процесс.

Дисциплина уголовного процесса обнимает тот же круг вопросов, что и гражданский процесс с той только разницей, что предметом защиты здесь служит уголовное право. Уголовное судопроизводство имеет целью установление состава преступных деяний и их карательных *последствий*.

Так как карательная деятельность издавна перестала быть делом частных лиц, то сторонами в уголовном процессе являются не виновный и потерпевший, как частные лица (как это имеет место в гражданском процессе), а государство, от имени которого возбуждается обвинение (через прокурора) и обвиняемый в совершении деяния. В то время как в гражданском процессе суд служит как бы только посредником между сторонами (истцом и ответчиком), соблюдающим безразличие и не выказывающим никакой заинтересованности в исходе дела, на уголовном процессе лежит печать государственного начала и потому здесь суду принадлежит решающая распорядительная роль и наибольшая инициатива. Преследование преступления передается прокурору, который является представителем обвинения. Характерно поэтому, что на германском процессуальном языке прокурор носит название Staatsanwalt, «заступник государства», в отличие от Rechtsanwalt —, заступника права.

В связи с публично-правовым характером уголовного права, и вследствие того, что прежде всего само государство (а не потерпевший) заинтересовано в наказании

виновного, в уголовном процессе не может быть речи о состязательном принципе и вообще индивидуально-исковом начале. В уголовном процессе господствует начало о ф ф и ц и а л ь н о с т и. Государству принадлежит монополия обвинения. Прокуратура возбуждает публичное обвинение, независимо от того, намерено ли поддерживать (или возбуждать) обвинение потерпевшее лицо. Только в исключительных случаях, когда публично-правовые соображения требуют инициативы потерпевшего, прокуратура сама не берет почина в возбуждении публичного обвинения. Это, напр., имеет место при оскорблениях и телесных повреждениях. В преступлениях против чести прокуратура — в большинстве европейских государств — берет на себя обвинение только в том случае, если потерпевший потребует преследования.

В уголовном процессе судья не связан требованиями, фактами и доказательствами, приводимыми сторонами, ибо уголовный процесс, в отличие от гражданского, не является плоскостью состязания сторон. В общем и целом с тех пор, как преступное деяние сделалось предметом исследования суда, усмотрение сторон не имеет больше никакого значения; суд может присудить виновного к более строгому наказанию, чем то, которого просил прокурор, как представитель обвинения. Если допускается в уголовном процессе двусторонность с выступлением представителя обвинения с одной стороны и защиты — с другой, то это есть только внешнее сходство с гражданским процессом, имеющее целью лучшее выяснение и раскрытие обстоятельств дела и виновности обвиняемого. Инициатива индивидов даже и по тем делам, которые возбуждаются лишь по требованию потерпевших, идет весьма недалеко, раз переданные в ведение прокурора, они не могут быть прекращены в силу отказа потерпевшего поддерживать обвинение.

Таким образом двусторонность нынешнего уголовного процесса лишь пополняет оффициальность его, не придавая ему характера гражданского процесса. Этот оффициальный характер уголовного процесса никогда не мог подвергаться сомнению. Наиболее примитивно он сказывался до начала 19-го века (а в России до начала 60-х годов), в т. наз. и н к в и з и ц и о н н о м процессе, пред-

полагавшем тайность всего производства (и в особенности следствия): пытки, применяемые еще в стадии предварительного заключения, медленное письменное производство, систематическое проведение системы формальных доказательств, с точным указанием достоверности свидетельских показаний мужчин и женщин и т. д. Здесь сам суд своими наперед предустановленными средствами «добывал правду» о совершенном преступлении.

Но и теперь оффициальный характер, несмотря на введение гласности и устности в процессе, несмотря на участие непрофессиональных судей в судоговорении (присяжные заседатели, шеффены и т. д.) еще достаточно силен. Большой переворот, внесенный новым правом и в материальное и в процессуальное уголовное право, еще далеко не разрешил всех вопросов, стоящих перед человечеством в этой области. Есть целый ряд пунктов, понятых уже давно в области так наз. уголовной политики применительно не только к материальному, но и к процессуальному праву: сюда относятся, напр., особый порядок разбирательства детской преступности (с особыми инстанциями в качестве судов для детей и несовершеннолетних), введение гласности и допущение сторон в стадии следствия, с тем, чтобы при самом добывании данных к обвинению могла бы быть допущена адвокатура и т. д.

В уголовном процессе также играет заметную роль вопрос о компетенции. Низшие инстанции уголовного суда обыкновенно состоят из одного судьи (мировой судья), высшие — из коллегий судей с привлечением представителей общества, в качестве «судей факта», судящих по вопросам виновности, между тем как коронные судьи остаются судьями права, судящими по вопросам о мере наказания. Коронные судьи во всех культурных государствах пользуются несменяемостью, — в интересах наибольшего беспристрастия.

* * *

В последние десятилетия в связи с широким развитием мер с о ц и а л ь н о й помощи и социального законодательства появился ряд новых инстанций, долженствующих разбирать споры, возникающие в той или иной области.

Сюда, напр., относятся специальные судьи по разбирательству споров между работодателями и рабочими. В целом ряде западно-европейских стран ныне созданы специальные палаты (камеры) по разбирательству споров о труде с возможным устранением состязательного начала (Schlichtungsverfahren) и даже с устранением адвокатуры. Сюда же относятся камеры и суды по спорам между домовладельцами и квартиронанимателями и т. д. Напр. в Латвии жилищный суд состоит из одного государственного судьи и двух заседателей: одного от квартиронанимателей и одного — от домовладельцев.

Идеал судопроизводства 19-го века заключался в создании единого государственного суда, могущего разбирать всевозможные юридические споры, и поэтому борьба во имя единого суда в первое время носила как бы весьма прогрессивный характер борьбы за судебное единство против судебного партикуляризма, характерного для средних веков, когда суды и судопроизводство были весьма разнообразны и каждое сословие, а иногда и гильдия обладали собственным судом с собственным порядком судопроизводства и судоустройства. Но вторая половина, а особенно конец 19-го и начало нынешнего века доказали, что указанный идеал неосуществим, что государство и в данной области не может перенять на себя все функции судоговорения (юстиции). Таким путем и возникли указанные специальные суды, носящие в большинстве случаев характер третейских судов или во всяком случае с участием шеффенов, выбираемых теми двумя сторонами, спор между которыми об'ясняется противоположностью классового, а не личного свойства (напр., предприниматели и рабочие, домовладельцы и квартиронаниматели и т. д.). Из них рабочие суды имеют даже высшую интернациональную инстанцию, а именно при постоянной международной судебной палате учреждена особая трудовая камера по разбору споров по рабочему праву.

В некоторых странах (напр., Латвия, Эстония) процессуальное право таких примирительных камер опирается почти исключительно на соответственные гражданско-процессуальные нормы. В связи с примирительным и чисто-общественным характером таких судов, а также и

потому, что судьи непрофессиональные таких камер должны быть лишь в состоянии хорошо разбираться в фактической (а не чисто юридической) стороне спора, они не пользуются несменяемостью и выбывают сообразно срокам выборов.

В будущем весьма полезно будет изучить и судопроизводство таких инстанций, судящих все же по более упрощенному, менее формалистическому типу. Быть может практика этих судов сможет дать некоторые поучительные указания для реформы гражданского, уголовного, административного и международного процессов.

§ 11. Виды интуитивного права.

Уже выше мы успели отметить, что для господствующего учения положительное или действующее право равнозначно праву вообще. Такой взгляд оказался гибельным для научного изучения всего не-положительного права и его под-видов. Если наперед принять, что естественное право есть один из видов интуитивного права, то нам особенно интересно отметить здесь следующее утверждение одного из корифеев господствующей догматическо-позитивистской школы права, Георга Еллинека: «Научная критика естественного права показала, что во всех своих разнообразных и изменчивых формах *оно не имеет характера права действующего и, стало быть, права вообще*, и потому отвергла его. Но она не об'ясняет самого явления естественного права.»[1])

Именно для об'яснения явления естественного права и ближайшего общего рода его — права интуитивного, мы должны обратиться к психологической теории права Петражицкого, а именно, к тому различению, которое она впервые установила между положительным и интуитивным правом (см. § 7 Положительное и интуитивное право).

Из того, что интуитивное право лишено ссылок на нормативные факты, вытекает и ряд других свойств этого

---

[1]) Г. Еллинек, Общее учение о государстве, СПБ. 1908, стр. 256, курсив мой.

рода права. Петражицкий и отмечает следующие свойства интуитивного права: 1) индивидуально-изменчивый характер, причем индивидуальность понимается здесь не в обычном психологическом смысле, ибо всякое психологическое переживание индивидуально, значит, и переживание позитивного (положительного) права. Имеется в виду *содержание* интуитивно - правовых переживаний.[1]) 2) Гибкость и возможность приспособления к конкретным индивидуальным обстоятельствам. 3) бóльшая применяемость к процессу исторического развития. 4) бóльшая бедность интеллектуального состава и, следовательно, больший об'ем и применимость положений интуитивного права.

Для выяснения сущности рассматриваемого вопроса нам представляется необходимым подчеркнуть, что некоторые из свойств, которые Петражицкий устанавливает для *всей* области интуитивного права, относятся только к отдельному виду его. «Принципиально —, говорит Петражицкий, интуитивное право остается индивидуальным, индивидуально - разнообразным по содержанию, не шаблонным правом, и можно сказать, что по содержанию совокупностей интуитивно - правовых убеждений, интуитивных прав столько, сколько индивидов». Это утверждение творец психологической теории права относит ко всей области интуитивного права, а между тем, если мы обратимся именно к *содержанию* (а не так сказать к местонахождению) переживаний, а ведь именно на содержание Петражицкий и обращает наше внимание, то окажется, что *внутри интуитивного права* имеются *две* принципиально отличные области.

1. Индивидуально изменчивое интуитивное право.

Одна из них характеризуется действительной принципиальной индивидуальной изменчивостью. Здесь не существует шаблонов поведения и норм, здесь, по народному выражению, «у всякого Павла своя правда». По природе

[1]) Ср. Петражицкий, Теория права, Т. II, стр. 480 примеч. и сл.

своей этот вид интуитивного права дает свою неотчетливую и крайне приспособляющуюся оболочку тем правовым переживаниям, которые относятся к самым индивидуально - изменчивым, интимным переживаниям человеческой особи. Это будет относиться к целому ряду отношений, окружающих человека, как индивидуальную особь: область дружеских и любовных отношений, область непосредственных моментальных правовых воздействий суб'екта. Люди, живя общественной жизнью и взаимно сталкиваясь, непрерывно порождают и возбуждают друг у друга неимоверно большое количество интуитивно - правовых переживаний и положений. Каждый случай, непредусмотренный положительным правом, порождает такое интуитивно - правовое положение, возникающее тут же, в индивидуальной психике и определяющее поведение данного индивида. Исполнив свою роль определителя данного поступка, это веление, только что порожденное, исчезает, может быть с тем, чтобы никогда больше не вернуться и не остыть в шаблон. Данное интуитивно - правовое переживание, с определяющим его по содержанию велением (положением), появляется и исчезает также индивидуально - приспособленно, как любая мысль индивида. Вызванное чисто - индивидуальным скрещением обстоятельств, «случайной комбинацией», данное интуитивно - правовое положение улетучивается, не оставив следа ни для какого-нибудь прецедента, ни для шаблона. Хотя интеллектуальный состав таких переживаний весьма беден, он все же составляет некую правовую «мысль», как «ответ» на воздействие окружающего суб'екта или среды. Из таких индивидуально - изменчивых, неповторимых переживаний и складывается то так наз. правосознание, которое является индивидуальным правосознанием только данного лица.

Без существования такого абсолютно - изменчивого интуитивного права, «с быстротой мысли» регулирующего поведение человека, столь же невозможно упорядоченное государство или даже человеческое общежитие, сколь невозможна физиологическая жизнь человека и продвижение его в окружающей среде без чувства равновесия, сосредоточивающегося в центре координации (мозжечке). Большая область человеческого поведения остается сво-

бодной от позитивно - правовой регулировки и именно в ней возникает индивидуально - изменчивое право. Только относительно этой области мы можем утверждать, что тут столько интуитивных прав, сколько имеется людей, переживающих право. Поэтому если изменчивость характерна для всего интуитивного права, то изменчивость от индивида к индивиду характерна лишь для первого подвида, которое я именую: «абсолютное индивидуально-изменчивое право» или индивидуально - приспособленное право. Надо заметить, что этому под-виду интуитивного права в большей степени, нежели второму под-виду, о котором речь пойдет сейчас ниже, свойственно и приспособление к конкретным индивидуальным обстоятельствам.

Второй под-вид интуитивного права есть общественно-приспособленное интуитивное право. Если первый под-вид допускает изменение от индивида к индивиду (quot capitae tot sententiae), если здесь «сколько голов, столько умов», то у второго подвида мы, наоборот, видим положения, меняющиеся от одной общественной группировки (класса, сословия, общественного слоя, рода и т. д.) к другой. Общественно - приспособленное интуитивное право составляется не из индивидуальных «ответов» на индивидуальные комбинации, остающиеся принципиально случайными, но из типичных «ответов», повторяющихся, схожих у различных индивидов одной и той же группировки. Таким образом, у лиц одной и той же группировки окажется различное индивидуально - изменчивое интуитивное право, но совершенно совпадающее общественно - приспособленное право. В переводе на конкретный язык это означает, что у различных личностей одной и той же группы или класса будет абсолютно-различное отношение к вопросам узко - личных связей (любви, дружбы), поскольку они приобретают двусторонний, императивно-аттрибутивный характер, но у тех же личностей будет вполне совпадать интуитивное право касательно длительности рабочего дня, обеспечения на случай болезни или достижения старости и т. д. Это означает, что мы не можем приписать всему интуитивному праву свойств чисто - индивидуальной изменчивости.

2. Общественно-приспособленное или т. наз. естественное право.

Общественно-приспособленное интуитивное право и есть то право, которое обычно именуют естественным правом и о сущности котораго в теории права существует еще больше споров, чем по вопросу о сущности права вообще.

Если, однако, оба вида интуитивного права: индивидуально-изменчивое (или индивидуально-приспособленное) и общественно-приспособленное (естественное) — имеют явно отличный характер, то можно все же отметить эволюционную связь между ними. Индивидуально-изменчивое право может при известных условиях стать общественно-приспособленным (естественным) правом.

Как это происходит? Путем особого процесса общественного подбора. Из всей массы индивидуально-изменчивых переживаний и их интеллектуальных выражений (норм) не все способны стать общественно приспособленными, естественно-правовыми. Лишь то индивидуально-изменчивое интуитивное право может превратиться в естественное, которое в состоянии мотивировать массовое поведение общественных групп или даже целых обществ.

Скажут, конечно, что процесс общественного подбора никакого отношения к теории права не имеет, что этим различением двух видов интуитивного права я вношу в научный психологический анализ видов права моменты, лежащие вне психической сущности индивида, переживающего права. Но в том то и дело, что и психологическая теория права не может ограничиться одной только интроспекцией и рассматривать отдельного человека как единственный об'ект научного анализа права. Исходя именно из психической сущности права, мы можем тем отчетливее наблюсти, какие изменения вызывает социальная среда в содержании правовых переживаний. И хотя право выявляется в переживаниях индивида, оно в качестве регулятора поведения может по разному мотивировать и обуславливать поведение. А именно это различие и может лежать не в самой психической сущности правового переживания, а в области разных социологических соотносимо-

стей того интуитивного права, которое с точки зрения интроспекции остается совершенно одинаковым классификационно неразличимым видом права.

Основным фактором превращения абсолютно - изменчивого индивидуально - приспособленного интуитивного права в естественное служит *общность условий* развития отдельных индивидов и их психики. Тем не менее одна только одинаковость условий и порожденная ею одинаковость положений (норм) еще не достаточна для такого превращения. Не следует, думать, что указанный нами отбор является только арифметически - механическим нахождением общего знаменателя всех индивидуально - приспособленных интуитивных правоположений. Естественное право не представляет (как общий знаменатель) нечто меньшее, чем индивидуально - изменчивое интуитивное право. Эти оба вида права отличаются не только количественно, но и *качественно*, ибо у них различная мотивация. Одно только наличие одинаковых индивидуально - изменчивых интуитивно - правовых комплексов у разных людей не дает возможности путем нахождения общего знаменателя открыть в них естественное право. Такие комплексы могут мотивировать поведение только данных суб'ектов, как их собственное индивидуально - интимное правовое достояние. Они в своей совокупности составляют правовую физиономию данного человека, картину его правосознания. Этот комплекс остается столь же неот'емлемым одиночно - целостным достоянием, как и вся духовная особность данной особы. как его *характер*, свойственный только ему одному. Каждая отдельная особь человеческая совершенно по своему переживает то или иное право, по разному распределяет в себе нравственные и правовые переживания, по разному воздействует на предоставленные ей положительные права и возложенные обязанности, по разному отказывается от одних прав и притязует на другие и т. д. С этой точки зрения сложение правовых физиономий отдельных людей для получения общего им естественного права, столь же праздное занятие, как из простого сложения индивидуальных мнений получить общественное мнение или, говоря терминами Руссо, из простого сложения воли всех — добыть общую волю.

Индивидуально - изменчивое и естественное право могут иметь своим об'ектом одно и то же содержание и все же отличаться друг от друга — по мотивации. И с другой стороны существуют такие специфические содержания естественных прав, которые нельзя себе мыслить в качестве содержаний (поскольку эти содержания мотивируют) индивидуально - изменчивых прав. Так, напр., на известной стадии общественного развития мы можем себе представить, что отдельный индивид может чувствовать потребность в известной независимости от ближних и некоторых наложенных на него обществом пут. Но раньше, чем такое индивидуально - изменчивое интуитивное право превратится в совпадающую с ним по содержанию естественно-правовую «свободу личности», должен пройти очень продолжительный срок общественного отбора. Это чисто - индивидуальное интуитивное право должно очиститься от своих личных, неповторимых элементов, оно должно быть приспособлено к общественным правовым потребностям и только тогда оно станет обладать мотивационною силою по отношению уже не к отдельным индивидам, а к целым общественным группам. С другой стороны следует отметить, что существуют естественно-правовые положения, мыслимые именно только как общественно-приспособленные: свобода союзов, собраний, свобода стачек и т. д. Здесь немыслима индивидуальная изменчивость от одного индивида к другому, уже само содержание как бы мотивирует поведение общественно-приспособленно.

Из изложенного явствует, что нынешнее общественно-приспособленное «естественное» право за много десятков, а то и сотен лет могло появиться у отдельных людей (мыслителей) в качестве интуитивно - правовой утопии, для своего времени индивидуально - изменчивой и случайной, но впоследствии могущей мотивировать правовое поведение общества. История общественной мысли богата подобными примерами. Многочисленные социальные и политические утопии принадлежали далеким предтечам будущих народных движений. Естественно - правовыми элементами подобнаго рода богаты все революции мира, начиная с древних, продолжая средневековыми, облекав-

шими свои естественно - правовые учения в религиозные формы, и кончая революциями 19-го и 20-го веков.

Если индивидуально - изменчивое интуитивное право мыслится как одиночное, то естественное право выставляет свои положения в качестве неподвижных и неизменных. Ни одно положение естественного права не может мыслиться как индивидуально - изменчивое, ибо мыслясь как таковое, оно уже перестает быть естественным правом. Естественное право стремится установить такие положения, которые по содержанию своему могли бы основываться на правиле: quod semper, quod ubique, quod ab omnibus, т. е. такие, которые могли бы притязать на признание всегда, всюду и у всех. Эта формула естественного права, лучше всего отражающая мотивационную притягательность его, принципиально противоположна вышеприведенной формуле индивидуально - приспособленного права: «У всякого Павла своя правда». На этих формулах, как нельзя ярче отпечатлена совершенно различная сущность двух под-видов интуитивного права (см. ниже, разд. 4 о «доктрине естественного права»).

Неизменность и абстрактность естественно - правовых принципов, которые для идеалистической школы права представляются чем-то имманентно - присущим естественно-правовым учениям, есть не заслуга автора того или иного учения о естественном праве, а лишь необходимо присущая естественному праву тенденция, без которой естественное право, как общественно - приспособленное интуитивное право, не могло бы отстоять себя рядом с индивидуально - изменчивым интуитивным правом с одной и положительным правом — с другой стороны.

Именно эта сторона должна подвергнуться краткому рассмотрению. Если положительное право опирается на внешний нормативный факт и благодаря этому обладает уже достаточной силой мотивации, то естественное право, как право интуитивное, лишено такой ссылки. Положительное право, в силу присущих ему авторитетных ссылок, действует как бы само по себе. Там, где имеется здоровая нетронутая атмосфера господства положительного права, неправильно говорить, подобно Бирлингу, о не-

обходимости признания нормы. Бланкетом ссылки, на закон, на обычай, Бога или другой авторитет норма требует себе подчинения и добивается этого не в силу доказательности своей или убедительности для отдельных индивидов или групп, считающих ее справедливой и приемлемой, а именно в силу своей позитивности, в силу того, что она «уложена» в закон или обычай.

Если мы вспомним, что естественное право, как общественно - приспособленное интуитивное право, стремится иначе определить те правоотношения, которые данным способом уже установлены в законе (или вообще в положительном праве), то ему нужно и иное освящение, нежели положительному праву. Это освящение, — (в целях достижения общего «признания»), — должно поэтому носить более обобщенный характер, вместо ссылки на нормативный акт, здесь должно быть выдвинуто постоянное свойство вневременности, внепространственности и т. д. Положительное право, имея за собой силу действующего права, релятивистично, оно должно настаивать только на то пространство и об'ем действия, какие указаны в законе, обычае и т. д., естественное право, не будучи «действующим», а весьма относительным по силе, должно для завоевания будущего действия сильнее мотивировать и постольку прибегать к абсолютным авторитетам. Таким образом неукоснительность и абсолютность действия положительного права может себе разрешить релятивизм в ссылочных санкциях, естественное же право в силу релятивности своего действия должно прибегать к абсолютным формулировкам своих основных свойств.

И в культурной древности Иудеи,[1]) Греции и Рима и до сего времени защитники естественного права мыслят естественное право как универсальное, могущее опереться на Бога, природу, разум или другие абсолютные начала в отличие от временной и пространственной ограниченно-

---

[1]) В противовес и до сих пор преобладающему мнению, что естественное право было порождено только европейской культурой, я в статье: „Естественное право в памятниках древнееврейской литературы и законодательства", журнал „Вопросы Права" 1912 г., пытался показать, что уже у евреев имеется довольно отчетливое представление о естественном праве. То же вероятно относится и к другим народам культурного Востока.

сти положительного права.[1]) Начиная с древне - римского определения естественного права как того, которому природа обучает всех животных („jus naturale est quod natura omnia animalia docuit") и что повсюду и у всех соблюдается, продолжая средневековыми авторами, проповедниками великой французской революции и кончая современными авторами, — все рассматривают естественное право как сумму норм, действующих для всего человечества, независимо от положительной установленности их законом, в силу природы ли, разума ли или другого авторитета.[2])

Естественно - правовые учения не надо смешивать с естественным правом. Естественно - правовые учения, как и всякие политические и правовые учения могут выдвигать для обоснования или оправдания естественного права те или иные доводы, те или иные теории, но с опровержением этих доводов и теорий не может быть опровергнуто естественное право, как не может опровержение той или иной теории и философии права опровергнуть самое право.

Победа юридического позитивизма 19-го века над естественно - правовым учением не было смертью самого естественного права, это было лишь победой консервативной исторической школы над революционно - рационалистической школой, вызванной общими историческими условиями первой половины 19-го века. Лучшим доказательством этого является то, что к концу 19-го века опять было провозглашено т. наз. «возрождение естественного права».

---

[1]) Н. Алексеев, Основы философии права, Прага 1924 г., стр. 16—17 полагает, что „именно эта попытка определить отличие естественного права от положительного при помощи временных и пространственных признаков является ахиллесовой пятой естественно-правовых учений, их основным и первородным грехом". А между тем указанные учения, оставаясь не критическими защитниками и апологетами естественного права, не могут обойтись без этой ахиллесовой пяты, ибо только в категориях времени и пространства они находят оправдание естественному праву. Для того, чтобы это понять, надо отвлечься от формул естественно-правовых у ч е н и й и вникнуть в сущность естественного п р а в а.

[2]) Ср. C a t h r e i n, Recht, Naturrecht und positives Recht, стр. 222.

Данное нами выше исследование естественного права, как особого вида интуитивного права, не нуждается ни в каком идеологическом оправдании. Оно отбрасывает теизм, пантеизм, рационализм, социализм и т. д. как исторически меняющиеся оболочки, как идеологические одежды, связанные с той ли иной эпохой. Сосредотачиваясь на функциональном значении естественного права, наше об'ективное исследование, в последнем счете опирающееся на психологической теории права, не связывает с у щ н о с т и естественного права с с о д е р ж а н и е м тех правовых требований, которые им последовательно, в разные эпохи выдвигаются. Для нашей точки зрения не только недопустимо свести естественное право к нескольким пунктам, к немногим нормам, отражающим бесспорное в е ч н о е минимальное его содержание, но и недопустимо удовлетвориться, подобно Штаммлеру, констатированием подвижного, м е н я ю щ е г о с я содержания естественного права.

Если сведем воедино все сказанное об интуитивном праве и его двух под-видах, а также о положительном праве, мы получим следующую «гамму» усиливающейся мотивации поведения. На низшей ступени индивидуально-изменчивое интуитивное право, приспособленное лишь к особенности данного индивида: оно обладает слабейшей мотивацией, оно неспособно отлиться в шаблоны, крайне бедно по своему интеллектуальному составу, а, главное, не вызывает себе подчинения вне того интимно - индивидуального круга особи, в котором оно угнездилось. Следующая ступень — общественно - приспособленное интуитивное право, по идеологическим причинам получившее название естественного или прирожденного права, хотя быть может по научному существу название «естественное» больше подходит к первому под-виду интуитивного права. Общественно - приспособленное право достигает, как мы видели, весьма высокой силы мотивации. Наконец, высшая ступень — положительное право. Впрочем, следует заметить, что положительное право обладает большей силой мотивации только в нормальные эпохи, когда оно совпадает с тем, что принято называть общим правосознанием и что мы именуем общественно-приспособленным интуитивным правом. В случае возникнове-

ния разногласия между положительным и естественным правом, это последнее очень часто может оказаться более сильным в мотивации поведения нежели положительное право, подвергая подчас сомнению самое «действование» — Geltung — положительного права.

Этим мы подошли к вопросу о соотношении между положительным и естественным правом.

3. Соотношение между положительным и естественным правом.

Почти во всех исследованиях о естественном праве красной нитью проходит утверждение о том, что естественное право стоит особняком, а то и противоположно положительному, законному праву, это есть то небогатое communis opinio, общее мнение, которое разделяется всеми. но смысл этого расхождения и теоретические последствия его не ясны и совершенно не разработаны наукой. Это констатировано было еще известным H. Ahren's в его работе о «Естественном праве»: «В общем все согласны с тем, что под естественным правом следует подразумевать право, не зависящее от данных законов, но тотчас же вслед за этим мнения расходятся».

Мы поэтому и не ограничимся одним только констатированием расхождения, а вскроем сущность этого расхождения и его теоретические последствия, исходя из раскрытой в предыдущем параграфе сущности естественного права, как общественно - приспособленного интуитивного права.

Как положительное, так и естественное право создают свои положения из того интуитивно - правового комплекса, которым обладает данное общество и которое, как мы выше отметили, в общем именуется правосознанием.[1]) Таким образом имеется общая точка, в которой соприка-

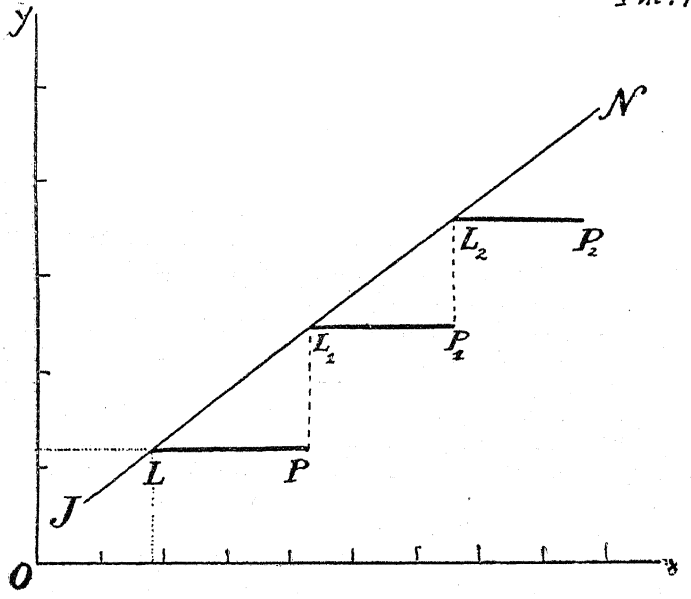
[1]) Ср. напр. O. Gierke, „Naturrecht u. deutsches Recht", стр. 9, который, несмотря на свой крайний позитивизм и свою враждебность естественному праву, все же обмолвился утверждением, что всякое жизнеспособное право может быть найдено законодателем только путем „черпания из темных глубин общего правосознания" — „aus den dunklen Tiefen des allgemeinen Rechtsbewusstseins".

саются оба вида права при своем возникновении, общий источник, из которого они черпают. Очевидно, однако, что обоим видам права свойственно нечто такое, что является отличительной их особенностью и порождает дальнейшее расхождение обоих видов права. Эту особенность мы должны искать в том, что в то время, как естественное право остается гибким и легко приспособляющимся к историческому развитию (ср. выше, в начале § 7), положительное право, сразу покрываясь броней положительности, закрепленности в законе и норме, застывает на все время своего действия. Это, другими словами, означает, что положительное право, раз получивши толчок от интуитивного права, с которым оно в момент зарождения в общем совпадает, в дальнейшем становится недоступным влиянию изменяющегося интуитивного права. Продолжая в качестве положительного права (закона, обычая и т. д.) сильнее мотивировать поведение членов общества, оно в большей степени отдаляется от того пункта, где оно впервые отделилось от общей массы правосознания и все больше расходится с естественным правом. (Расхождение с абсолютно - изменчивым индивидуальным правом нас в данном вопросе не интересует).

Для уразумения упомянутого соотношения прибегнем к графическому изображению. Линия Ox изображает абсциссу времени, линия Oy — ординату высоты правосознания. (Рис. 1, стр. 290.) По абсциссе мы откладываем промежуток времени, по ординате наносятся деления высоты правового состояния. Предположим, что нам «единицы» правового состояния известны и могут быть установлены таким же путем, как и единицы времени. В этом случае последовательное развитие общественно - приспособленного (естественного) права представится в виде непрерывной линии, каждая точка которой находится в пересечении перпендикуляров, восстановленных из абсциссы времени и ординаты правового состояния. Изобразим эту линию в виде линии JN (jus naturale). Выясним отношение между естественным правом, не знающим никаких перерывов, и постоянно пребывающим в качестве «общего правосознания» с одной стороны и положительным правом с другой. Предположим для этого, что в известное время был издан закон, который действует в качестве по-

ложительного права. Ясно, что в первый момент своего издания — если мы будем говорить о нормальном законодательстве, не ставящем себе целью итти наперекор существующему правосознанию,— это право совпадет с естественным в начальной точке L, но в дальнейшем положительное право уже не будет меняться с течением времени и не имеет больше функциональной связи с ним, линия положительного права LP будет итти параллельно абсциссе времени, между тем как линия естественного права будет приспосабливаться к меняющемуся уровню

Рис. 1.



правовой высоты и потому — подыматься непрерывно, с течением времени линия положительного права LP будет все больше удаляться от линии естественного права JN.

Если по истечении известного промежутка времени издается новый закон или появляется новое положительное право, то оно в момент своего издания опять должно будет совпасть с линией JN и для этого положительное право должно будет проделать известный скачек от уровня LP к новой точке L1, являющейся начальной точкой новой линии

На стр. 291, строка 26-я сверху
вместо напечатанного $LP_1\ L_1\ P_2\ L_2\ P_3$
следует читать: «отрезки $L_1\ P\ L_2\ P_1\ L_3\ P_2$

положительного права $L_1\ P_1$, то же самое будет с новыми системами положительного права $L_2\ P_2$, $L_3\ P_3$, $L_4\ P_4$ . .... и т. д. Линия JN все время продолжает непрерывно свое развитие, являясь функцией времени и высоты состояния права, а линии положительного права, только в начальной точке совпадающие с интуитивным правом, каждый раз отрываются от своей основы, застывая в неизменных формах норм.

Если линия естественного права непрерывна, то линия положительного права прерывиста и ступеньчата. Момент перехода на следующую ступень есть момент революции данного положительного порядка. Вот почему неправильно говорить о том, что во время революции образуется «правовая пустота». Перерыв наступает только в положительном праве, непрерывная же нить права поддерживается естественным правом, к которому и должно приспособиться новое положительное право. И если по мнению юристов - догматиков переворот не может быть юридически конструирован[1]) и оправдан, если он остается сплошным, конституционным правонарушением, — то все это верно только с точки зрения положительного, но не естественного права.

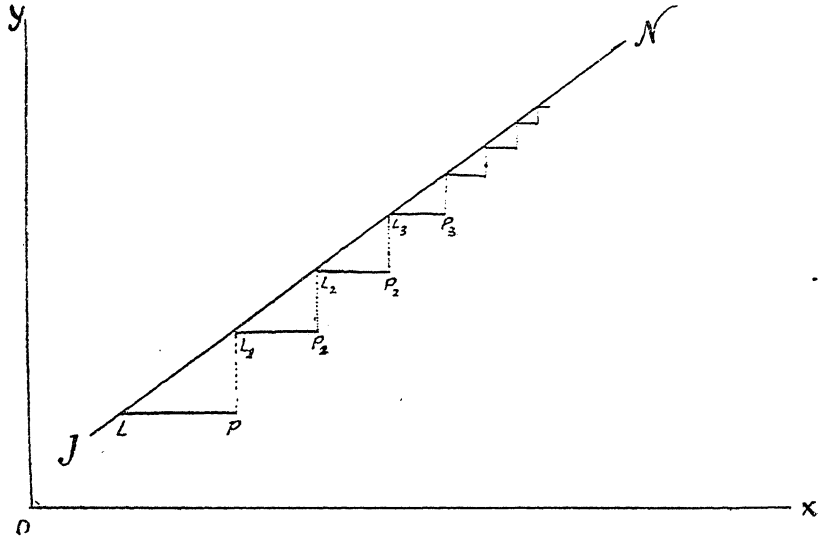
Возвращаясь к вышеуказанной схеме, мы видим, что отрезки, показывающие величину скачков, которые проделывает положительное право в своем приспособлении к естественному праву, отрезки $LP_1\ L_1\ P_2$, $L_2\ P_3$ ..... и т. д. тем меньше, чем чаще они прерываются горизонтальными линиями положительного права LP, $L_1\ P_1$, $L_2\ P_2$, $L_3\ P_3$ и т. д. При все возрастающем учащении указанных положительно - правовых линий они будут все уменьшаться, приближаясь к нулю и стремясь к слиянию с линией естественного права. (См. Рис. 2, стр. 292.)

Переводя эту математически - схематическую взаимозависимость на язык обозначаемых ею явлений, мы можем установить следующее закономерное взаимоотношение между положительным и естественным правом: чем чаще обновляется положительное право, тем меньше тот скачек (или амплитуда

[1]) Ср. мою работу M. Laserson, „Revolution und Recht“ в „Zeitschrift für öff. Recht“, 1929, Band VIII.

революции), который должно каждый раз произвести положительное право в своем приближении к естественному (см. рис. 2) или, выражаясь государственно - политическим языком: чем чаще издаются законы, отвечающие естественному праву (общему правосознанию), тем меньше тот скачек, который должен быть проделан при развитии данного правопорядка. Революции сильнее всего там, где положительное право больше всего отстает от естествен-

Рис. 2



ного права. Поэтому отсталые страны склонны к революциям более широкого размаха, чем страны старой правовой культуры, выработавшие способы приспособления и частого применения положительного права к естественному, как общественно-приспособленному интуитивному праву.

Данные нами схемы пришлось бы значительно усложнить, если бы мы захотели рассмотреть самый процесс изменения положительного в его соотношении к естественному праву. Тут упомянем только, что скачки положительного права P L1, P1 L2 вовсе не всегда останавливаются на линии естеств. права, а «перескаживают» ее, обгоняя на

далекое расстояние состояние естественного права. Но и в этом случае отрезки «перескока» будут также стремиться к слиянию с линией JN, как и отрезки отставания.

Могут нам указать, что в подлинной жизни нет способов настолько быстро изменять положительное право, насколько это требовалось бы для предупреждения революций. Процесс остывания положительного права, громоздкость законодательного аппарата, необходимость обращения к парламенту, в котором представлены интересы взаимосталкивающихся групп, не желающих отступить от буквы того закона, который им благоприятен, все это как будто навеки обрекает общество на революционную прерывистость, мешает отрезкам положительного права слиться с линией естественного права.

Есть, однако, гораздо более гибкие способы, нежели приведение в движение всего законодательного аппарата: это — допущение применения интуитивного права в судотворении, при разрешении отдельных споров о праве и вообще судебное право, построенное на наиболее живом и непосредственном приспособлении к окружающей действительности и существующему правосознанию.

В силу целого ряда весьма важных обстоятельств, на которых здесь не место останавливаться, новейшее развитие науки и практики права привело к необходимости пересмотра вопроса о правовой связанности суда наличностью писанных норм. Закон, как бы он ни был составлен обобщенно, сколько бы он удачно ни алгебраизировал полноту жизни, все же иногда оказывается перед пробелом или непредусмотренным случаем. Старое правило запрещало творить новое право, а заставляло судью найти путем аналогий, фикций и правил толкования какой-нибудь ответ в действующем законе, и наука права первых трех четвертей XIX века почти безраздельно отстаивала доктрину полноты, безпробельности права. Но общественно-правовое развитие последних десятилетий 19-го и первого десятилетия 20-го века явно показало, что и это учение о безпробельности права есть не более как фикция. Жизнь как бы толкала суд на такую функцию, которая до сих пор признавалась только за законодательною властью, на функцию создания нового права, на функцию правотворчества. Это впервые открыто было признано статьею

1-ю швейцарского гражданского кодекса 1910 года: «Закон применяется ко всем тем вопросам, для которых он по букве или толкованию содержит определение. Если в законе нельзя найти такого определения, то судья должен решить на основании обычного права, а где и этого последнего нет, то на основании *такого правила, которое он, судья, установил бы, если бы был законодателем*». (Курсив мой — М. Л.)

Так наз. *движение свободного права*, по моему мнению, также должно быть рассмотрено sub specie juris naturalis, под углом зрения естественного права, ибо, требуя от судьи правотворческой роли, «свободного искательства права» (libre recherche de droit), это движение в новой форме защищает естественное право.

Пока укажем только на то, что движение свободного права, в лице целого ряда своих представителей, не остановилось на придании судье функций законодателя, на той ступени, которая предусмотрена швейцарским кодексом, т. е. на стадии заполнения пробелов, оставленных положительным правом. Движение свободного права в лице отдельных своих представителей дошло даже до требования предоставления судье права творить новое право contra legem, т. е., в противоречие существующему закону. Мы сейчас не будем останавливаться на критике этого учения,[1]) для наших целей достаточно указать, что подобное *судейское правотворчество* могло бы, с течением времени, стать тем конкретным гибким аппаратом, которое могло бы до максимума приблизить положительное право к естественному, почти совершенно уничтожив вредное между ними пространство и при том без посредства громоздкого процесса издания новых законов.

При создании надлежащих гарантий того, что судейское правотворчество целиком отражает правосознание общества, роль негибкого, неизбежно отстающего от жизни законодательства в значительной степени могла бы пере-

---

[1]) См. мою статью „Свободное судейское усмотрение" № 52 журн. „Право" за 1911 год и упомянутую выше книгу И. А. Покровского, Основная проблема гражданского права, особенно главы V и VI. В этой статье я указываю на те опасности, которые таит в себе учение о „свободном праве" для правосудия.

нять на себя инстанция правосудия. Само собою разумеется, что самая главная гарантия для такого функционирования правосудия лежит не в создании чисто-юридических гарантий, сдержек или предписаний, а в одном необходимом социально-психологическом факте — однородности правосознания в обществе. Только при такой однородности правотворчество суда могло бы в самых подвижных и живых областях права заменить собою законодательную инстанцию и содействовать слиянию линии естественного права с линией превышения и отставания. Говоря конкретно, в момент слияния указанных линий совершенно исчезает картина скачкообразного, революционного развития права. Право ростет органически, совместно с ростом правосознания, исчезает самое различие между естественным и положительным правом, оба вида права оказываются максимально приспособленными к состоянию общества. Это есть то состояние, в котором исчезает потребность в изменениях правопорядка,[1]) в котором естественное право перестает быть революционным пугалом, возбудителем «жажды обновления» правопорядков.

Изображенные выше сущность и ход развития естественного права приводят к следующему весьма важному следствию. Если линия JN есть функция времени и высоты, то, несмотря на то, что (как выше указано) высота не может быть найдена вследствие неустановленности самой единицы высоты, она есть функция времени и этической высоты, наблюдающейся внутри данной страны (или общества). Для каждой данной страны (или общества) эта линия JN будет иметь свое направление, свою степень под'ема и т. д. Вполне понятно, что схема развития есте-

---

[1]) Только в это время появляется то состояние, которое закрепляется в интереснейшей книге A. V. Dicey, Lectures on the relation between Law and public opinion in England, London 1905, следующими словами: „In any country which is governed in accordance with the wishes of its inhabitants there will in general exist no effective desire for change“ (p. 65) „во всякой стране, управляемой согласно желаниям ее обитателей, вообще не существует никакой действенной потребности к перемене. Ниже Дайси определяет желания „как чувство, преобладающее среди большинства граждан данной страны“.

ственного права будет различна в зависимости от того, в какое время высота была достигнута данной страной или обществом. Каждая страна будет иметь свою кривую естественного права, свое соотношение между положительным правом (линиями PL, P1 L1 и т. д.) и естественным и, следовательно, свои особые амплитуды правовых революций. В зависимости от достигнутой данною страною высоты этического состояния (по Oy) и частоты происходящих в ней обновлений положительного права и его приспособлений к естественному будет зависеть наличие самой правовой революции и ее амплитуда.

Указанное обстоятельство не исключает возможности построения линии для целого ряда обществ (или стран). Но при этом следует отметить, что эта усложненная для многих стран показательная линия тем правильнее и точнее предукажет путь развития естественного права, чем ближе, чем однороднее те страны, которые послужили основой построения этой новой усложненной линии JN. Чем разнороднее страны, тем приблизительнее эта линия. Так, напр., средняя линия развития естественного права стран такого аграрного типа как Россия или Венгрия с одной стороны и Англии и Сев. Америки — с другой даст обще-знаменательную линию, весьма далеко уклоняющуюся от той и другой стороны.

4. Доктрина естественного права.

Как это ни звучит странно, но надо отметить, что т. наз. доктрина естественного права, существующая многие столетия, точно так же до сих пор ищет своего понятия естественного права, как все юристы, по давнишнему замечанию Канта, все еще ищут своего понятия права. При этом доктрина естественного права находится в еще менее благоприятных условиях, нежели связанная с положительным правом наука права. Эта доктрина существует громадный промежуток времени, который в Европе мог бы быть охвачен примерно двумя крупными вехами, — от Институций римского императора Юстиниана до германской республиканской конституции 1919 года. И за это время в эту доктрину была внесена масса примесей и элементов, затемняющих отыскание сущности естественного

права. Поэтому надо всегда помнить, что естественно-правовые учения (или доктрина) подчас не только не вскрывают сущности естественного права, но прямо-таки мешают такому вскрытию. Лишь в косвенной степени эти учения свидетельствуют о неумирающей идейно-психологической силе естественного права. В какие бы мантии в различные эпохи ни одевалась эта доктрина, все же сквозь исторически-идеологические наслоения просвечивает интуитивно-правовая сущность естественного права. Несомненно было бы весьма заманчиво проследить во всех его конкретных облачениях то по истине вселенское явление, которое называется естественным правом, и которое наблюдается на всех стадиях исторического развития общества. Это явление не ограничено кругом одной только европейской культуры,[1]) оно просачивается то мощными протоками, то потайными родниками в правовые, политические и социологические учения далекого прошлого и самой злободневной современности.

Идея естественного права, соединяющаяся с этически-правовым радикализмом, проявляется не только в прямых народных выступлениях или революциях, но живет непрерывно и постоянно в массах. Неудивительно поэтому, что она начинает сказываться во всей государственной жизни современности. Живя первоначально в народе, естественное право, переходя в головы философов или в позитивные государственные учреждения, теряет свою радикальную остроту и получает доктринально-видоизмененный характер. Такой именно двойственный характер имеет естественное право в средневековьи, когда оно делилось на абсолютное божеское и относительное церковное. Государство не может абсолютно игнорировать это народное естественное право, и поэтому даже до окончательного столкновения и роковой развязки борьбы интуитивного права с позитивным вырабатывает в лице своих юристов, теологов и философов компромиссные формы естественного права. Это лежит уже в самом компромисс-

---

[1]) См. мою работу „Естественное право в памятниках древне-еврейской литературы и законодательства", журнал „Вопросы Права", Москва 1912 г., и ссылки на нее в книге С. А. Котляревского „Власть и право", М. 1915 г., стр. 138 и сл.

ном характере государства, положение которого обязывает к сделкам с социальными формами мышления. К явлениям этого рода в одинаковой степени относятся относительные естественно-правовые теории средневековья, как и признания со стороны самых позитивных установлений, срывающиеся иногда случайно в оффициальных актах; так, во времени Людовика XVI, еще задолго до революции, король, желая облегчить роль рабочих ремесленных корпораций, считал возможным сослаться на интуитивное народное правосознание в форме несомненного естественного права и говорить: «что право на труд есть самый священный из всех видов собственности, что всякий закон, наносящий ему ущерб, нарушает естественное право и, как таковой, должен считаться недействительным».[1])

Не все то есть естественное право, что так называется: масса посторонних элементов привносится сюда из чужой области, позитивного права, законного, религиозного, из области метафизики и философии, словом, — элементов, не имеющих характера интуитивно-правовых переживаний.

Вообще, относительно естественного права и разных его учений безусловно верно, что «кроме разных теоретических положений и учений: о природе права, о природе и свойствах естественного права и т. д., здесь мы находим еще разные практические положения и учения, имеющие отличную от интуитивного права природу».[2])

Эти учения и положения только связывают идею естественного права со всем комплексом данного исторического миросозерцания. Вот почему естественное право выступает то в облачении религиозном, то скептическом, то рационалистическом и даже в последнее время, в эпоху возрождения естественного права, в одеянии позитивистическом, в одеянии политики права, опирающейся на изучении действующего порядка и вынесенном из него отрицании его. Выдавать же одно из этих идеологических облачений (религиозное ли, рационалистическое и т. д.) за существенный признак естественного права вообще есть

---

[1]) А. Токвиль, „Старый порядок и революция“ стр. 201. Перев. П. Виноградова. 1903 г.

[2]) Л. И. Петражицкий, „Теория права“ стр. 509.

величайшая ошибка, проистекающая из непонимания психологического характера естественного права. Именно существование таких добавочных учений нисколько не опрокидывает нашего анализа естественного права. То же, что в нем есть в виде привесков, только доказывает всю его притягательную силу, как регулятивной идеи общественно-правового развития. Но мы отнюдь не считаем возможным игнорировать привески, связанные с этими теориями, напр., учение о естественном состоянии. Это и ему подобное учение о первоначальном договоре и т. д., находятся в столь тесной связи с самим интуитивным правосознанием, что оторвать их от живого тела естественно-правовой доктрины значит произвести самую безпощадную и научно-безплодную вивисекцию.

Естественное состояние status naturalis — обычно совершенно ярко противопоставляется существующему порядку status quo. В естественно-правовых у ч е н и я х, вполне развившихся только в XVIII столетии, это естественное состояние, имеющее к тому же сильный атомистически-индивидуалистический характер — неизбежная составная часть их. Но помимо этой формы, иногда играющей чисто методологическое значение голой конструкции, естественное состояние или точнее до-государственное, — необходимая предпосылка всякого интуитивного права, успевшего уже разработать определенную программу правовых реформ. И действительно, если интуитивное право сознательно противополагается позитивному, — а это делалось в течение столетий, то собственный интуитивно-правовой идеал общения должен противопоставляться существующей форме государства. Интуитивное право в ряде учений создает собственную утоническую «теорию» происхождения общества и государства. Собственный идеал считается изначальным, более древним, исконным, чем неудовлетворяющая современная общественная форма. Первобытная психология обыкновенно предполагает здесь нечто вроде общественной катастрофы, насильственного завладения. И сообразно с тем характером, который данное интуитивное правосозерцание желает видеть осуществленным, оно предполагает существовавшим. Вот почему учение о естественном состоянии имеет такую громадную ценность

в глазах исследователя интуитивного правосознания: в это естественное состояние будут вкраплены все те черты, которые кажутся наиболее желательными тем, кто их добивается, это будет катехизис данной политики права.

Один из самых ранних опытов этого естественного состояния мы видим в сказании об Адаме и его пребывании в раю: самая история человечества начинается так или иначе с правового акта, с преступления, рокового грехопадения. В этом естественном состоянии предполагается полная безгрешность и неразличение деяний, в отличие от позднейшего, довольно сложного различения добра и зла. Сказание о «золотом веке» у греков отличается более общественным характером, но и тут и там утопия служит мерилом правовой оценки существующего: если что либо соответствует созданной картине естественного состояния, оно справедливо, если искажает или противоречит этой картине, набросанной интуитивными правовыми убеждениями, то оно несправедливо.

Часто даже картина этого идеально-естественного состояния разрабатывается более подробно для того, чтобы по возможности предусмотреть больше правовых принципов. Поучительную картину в этом отношении представляет история средневековых сект, которые превратили всю библейскую историю далеко после грехопадения в своего рода естественное состояние. У этих сект — это не только религиозное предание, для них «библийская и первобытная история—незыблемые идеалы, долженствующие быть поняты дословно, а отнюдь не как исторически обусловленный и ограниченный исходный пункт развития церкви».[1])

Естественное состояние рисуется, как тот строй, в котором был осуществлен интуитивно-правовой идеал. Рассматриваемое с этой точки зрения, естественное состояние есть первобытное состояние, «доброе старое время», по отношению к которому настоящее время является только нарушением. Такие конструкции естествен-

---

[1]) E. Troeltsch. Die sozialen Lehren d. christlichen Kirchen, Seite 397—398. Ветхий завет, проникнутый, — в отличие от Нового, — правовым характером, служит особо благодарным образом для ряда сект и движений, проникнутых правовыми общественными идеалами.

ного состояния можно встретить на каждом шагу в народной правовой психологии. Существующий правовой строй представляет собою как бы тот строй, который лишил массы их издавна принадлежавших им прав. Таким образом, отвержение старого строя представляется как бы лишь в виде возвращения неправомерно отнятого, а осуществление идеала, как restitutio in integrum, как восстановление бывшего.

Само собою разумеется, что именно в естественном праве, сильнее всего мотивирующем поведение людей, естественное или первобытное состояние должно было выступить, как крайне важное средство мотивирования. Само собою разумеется, что возвращение когда-то принадлежавшего лицу или группе права сильнее мотивирует поведение индивида и общества, нежели завоевание новых прав, восстановление прав сильнее мотивирует поведение, в состоянии захватить большие массы, нежели завоевание новых прав. Поэтому мы часто видим в истории развития правосознания такие явления, что идеалы будущего проецируются назад в прошлое. Это бессознательно делается потому, что именно в интересах наиболее успешного своего воздействия естественно правовые положения нуждаются в таком изображении, будто осуществление и проведение их в жизнь есть лишь возвращение к некогда уже существовавшему.

Такой именно характер носит, напр., изображение естественного, «безгрешного» состояния в различных религиях, поскольку эти последние мотивируют правовое поведение людей. Но то же мы отмечаем и в таких учениях о первобытном состоянии, как напр., у Ж. Ж. Руссо в его трактате: «О происхождении неравенства между людьми».

Другой вопрос, почему это состояние — первобытное, исконное, незапамятное — изображается часто именно как естественное, природное. Исследование этого вопроса завело бы нас слишком далеко, хотя и дало бы одновременно и ответ на вопрос о том, почему название «естественное» придается общественно наиболее приспособленному виду интуитивного права. Укажем только, что причины этого особого названия следует искать в том, что произвольному, созданному, установленному всегда

противополагается изначально-существующее, естественное. То, что не требует осложненного мотивирования, ссылок на ряд причин, оправданий и т. д., то́ есть «естественное» для человека, хотя бы и во внешней природе ему ничего не соответствовало. «Естественному» всегда придается характер бесспорности, эпитет этот придает характер аксиоматичности, бесспорности всему тому, с чем он соединяется. „Naturally, natürlich" — по немецки, по английски означает то же, что по русски «конечно», «бесспорно». Конечно, «природа» естественного права не есть природа естествознания.

Очень мало тогда останется нам сказать и по поводу обычной, но ошибочной характеристики естественного права как разумного, рационального.[1]) Тут только обнаруживается все заблуждение многочисленных авторов, считающих «рациональное» самым существенным признаком естественного. Тут есть две крайне важных ошибки. Первая — менее существенная — заключается здесь в отождествлении «рационалистического» естественного права авторов 18-го века со всяким естественным правом, с естественным правом, как мощным явлением громадных периодов истории правосознания. Вторая — более существенная — ошибка состоит в том, будто этот рационализм или разумность есть «логическая природа естественного права».

В том-то и заключается значение тенденций естественного права, что они явно вскрывают психологическую сущность естественного права и психологическую же необходимость выдвигать и подчеркивать в естественном праве логический рациональный характер. Это не есть внутреннее свойство естественного права, как явления права вообще, а лишь один из способов его мотивирования, по-

---

[1]) См напр., Ф. В. Тарановский, Учебник энциклопедии права, стр. 222, который считает эту характеристику существенною: „Естественное право неизменно является разумным правом. Вера и метафизические построения допускаются в естественном праве лишь постольку, поскольку они рациональны, т. е. приемлемы для познающего разума. Поэтому вопрос об естественном праве не исчерпывается отнесением его к числу суб'ективных правовых переживаний, не обусловленных внешним нормативным фактом. Необходимо иметь всегда в виду рациональный характер естественного права."

этому, если проф. Тарановский говорит о «логической природе естественного права», он ни на шаг не ушел от старинных защитников рационального, естественного права середины 18-го века, полагавших, что наука о естественном праве может по простоте и ясности уподобиться математике, „devroit être aussi simple, aussi évidente dans ses premiers axiomes et leurs consequences, que les Mathématiques elles même".

Якобы скрытая в естественном праве логическая природа, оказывается с нашей точки зрения вовсе не логической природой математики, а психологически обусловленною тенденциею естественного права, как интуитивного права, сильнее всего мотивирующего поведения людей. Стремление к логической рациональной внешности интуитивного естественного права противополагается казуистическому и усложненному позитивному праву. В известный период та или иная тенденция естественного права может выступить более ярко. В частности, вполне понятно, что в век просветителей и рационализма сильнее всего должна была выступить тенденция к рациональному изображению естественного права. В таком виде естественное право легче всего могло быть включено в общее миросозерцание передовых мыслителей материалистического и рационалистического века. Но и вне века просвещения естественное право тяготеет к изображению себя в качестве разумного права.

Лучше всего наше утверждение иллюстрируется талмудической литературой о праве, никогда не состоявшей под влиянием смен культурных и философских течений в христианском мире. Так, напр., если еврейская этическая и правовая философия говорит о mizwah sichlis (норме разума, lex rationis), то это понятие ни малейшего отношения — ни логического, ни исторического — не имеет к рационализму или рационалистическому, ибо оно на тысячелетие старше европейского рационалистического века. Точно также, как древне-еврейский договор — Brith — несравним с contrat social эпохи просвещения и тем не менее учение о нем во многом напоминает учение о первоначальном договоре и contrat social.

В средние века тем не менее естественно-правовые учения облекались в религиозные формы, рационализм за-

слоняется идеологией того времени. Эта религиозная форма впервые дала возможность естественному праву перейти от непосредственного переживания неправды и интуитивного правового идеала к известной доктрине. После рационалистического материализма естественно-правовая доктрина облеклась в идеалистическую тогу Канта и Фихте и т. д.

Оглянувшись на вышевыведенное понятие естественного права, мы смотрим на него, как на постоянный элемент народно-правовой психики в его движении к новым формам. Это одно уже дает основание видеть в естественном праве до известной степени универсальное явление, а не учение, присущее только тем или иным расам, народам или точным эпохам. То же воззрение должно далее дать возможность определить различные периоды этого исторически наростающего процесса.

Раньше, чем перейти к собственной периодизации, рассмотрим существующие попытки в этом направлении.

При этом следует отметить, что те, которые считают естественное право зародившимся лишь в новое время, вообще не могут получить верной периодизации, так как естественное право в сущности существовало до его рационалистической формы. Поэтому неверно будет деление В. Гессеном естественного права на откровенное естественное право средневековья, рационалистическое — нового времени и органическое естественное право в лице исторической школы права. Последний член вряд ли приходится относить к естественному праву, что же касается первого, то естественное право средневековья не носило вполне однородного богооткровенного характера (см. ниже, в этом же разделе).

Из типов второй периодизации чисто доктринально-отвлеченного — мы возьмем деление Шершеневича, который делит естественное право «в новой философии права» на три фазиса: 1) методологический — когда предполагается, что естественное право действовало бы вне государства, если бы не существовало государства (Гоббс); 2) исторический, в который естественное право понимается так, что оно действовало до государства; 3) идеальный — естественное право есть пра-

во, которое должно заменить действующее положительное [1]).

Исходя из нашего основного понятия естественного права, как типичной формы интуитивного права, появляющейся как кризис роста правосознания, мы считает, что вообще трудно начать историю естественного права с Греции или Рима или средневековья — вообще с определенного исторического момента. Еще менее научно для нас об'явление отцом естественного права Аристотеля (J. Kohler) или Гроция (Штаммлер и др.) или какого-нибудь другого Имярека. Поэтому, признавая наше психологическое значение естественного права, мы должны в периодизации не застыть на определенной исторической эпохе. С другой стороны, мы никоим образом не можем отрицать значения исторической эпохи в смысле образования конкретных учений естественного права. Соединив эти два момента — общий, социально-психологический признак и исторический, конкретизирующий, мы приблизительно получаем следующую четырехстепенную периодизацию, которая является до некоторой степени классификацией представлений и доктрины естественного права: 1) стихийная форма, когда естественное право еще пребывает в народных массах, как живая правотворческая сила, еще не кристаллизуясь и от'единяясь в отдельные законченные учения; 2) фазис религиозный. Народно-стихийная форма легче всего переходит именно в этот фазис к доктрине, ибо религиозный подход наиболее доступен массам и вместе с тем представляет первую попытку создания доктрины естественного права. Естественное право средних веков в этом отношении крайне поучительно, ибо в этот период первые религиозные доктрины естественного права сплетаются с народно-стихийными его проявлениями. Доктринальное выявление начинается приблизительно с IV века по Р. Х. идеально-коммунистическими учениями отцов церкви. Защитником более умеренного взгляда на естественное право является блаженный Августин. Но особенного развития доктрина достигает в 12 и 13-м веках, когда к ней присоединился Фома Аквинский, основоположник католи-

[1]) Г. Ф. Шершеневич, „История философии права" стр. 319.

ческой философии. Католический доктринальный взгляд на естественное право еще до сих пор проповедуется и защищается католической наукой. Так, напр., В. Катрейн в своей книге „Recht, Naturrecht und positives Recht“ (1909 т.) дает критическое исследование основных понятий правопорядка. Рядом с этой религиозной доктриной развивается, особенно в сектах, народное естественно-правовое движение. В этом движении проявляется больший радикализм, чем в доктрине[1]). Если в этой последней проявляется известный компромисс между евангельским нравственным законом и посюсторонним мирским порядком, то сектантское движение проповедует крайнее осуществление начал Библии, особенно Евангелия. Оно опирается на нагорную проповедь, отказывается от положительного права, имущества и власти, осуждая во имя царства Божия интересы и порядки мира. В отдельных крайнейших своих проявлениях некоторые секты не удовлетворяются защитой естественного права в противовес положительному, а совершенно удаляются от правовой психологии, проповедуя в сущности религиозно окрашенный анархизм. Сектантские движения вальденцев, францисканцев, виклифитов, гусситов (14-й и 15-й века) и особенно таборитов, представляют собой громадный интерес с точки зрения естественно-правового изучения народных движений, эти же секты дали первые зародыши народным движениям 16-го и 17-го веков (в частности английских левеллеров-уравнителей) и далее вплоть до революционного движения конца 18-го века во Франции, обусловившего на многие годы дальнейшее правовое развитие Европы. Здесь тянется непрерывная нить от Виклифа, Гусса (в Чехии), в проповеди которых известную роль играла идея национального освобождения, Марсилия Падуанского, защитника итальянской городской демократии конца средних веков, английских и французских монархомахов, Нокса Бьюкенена, Пуане и т. д., проповедывавших тираноубийство, правомерную народолюбивую монархию или даже демократию, Гукера и Суареца к Гуго

---

[1]) Подробности этих движений можно проследить в указанной прекрасной книге E. Troeltsch'a (2 тома) и в книге K. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht, Berlin 1916.

Гроцию, Джону Локку и Ж. Ж. Руссо, — основоположникам современного правового государства и международного общения государств.

По мере перехода к этим последним, философско-рационалистический элемент получает преимущество над религиозным и сама доктрина естественного права начинает окрашиваться в светские тона. Наступает 3) *фазис философский*, когда доктрина естественного права меняется вместе со сменой философских школ и направлений.

Здесь большую роль играет рационалистический фазис, знающий богатые и разработанные системы естественного права отчасти даже с перечислением «кодекса» и догмы естественного права, — период, для Европы зачинающийся приблизительно в XVII веке, хотя имеющий уже в отдельных средневековых представителях своих предшественников, точнее предвосхитителей. Эти учения, в отличие от средневековых, дают обычно исчерпывающие программы абсолютной правовой политики, точное осуществление которых гарантирует неприкосновенность народного интуитивного правосознания и его неот'емлемых прав. Мы, к сожалению, лишены возможности проследить в подробности судьбы доктрины естественного права в идеалистической немецкой философии Канта и Фихте вплоть до Гегеля.

Отметим только, что через весьма сложные дедукции этих учений проскальзывают некоторые основные черты, свойственные вообще рационалистическому фазису этих учений. Причем эти черты, как уже отмечено было, находятся в теснейшей связи с характером естественного права, как общественно-приспособленного интуитивного права. И здесь еще проявляется в своей полной силе стремление создавать нормы по типу вечных, повсеместных и применимых ко всем. Никакого обусловливания и ограничивания эти нормы естественного права не допускают в противовес нормам положительного права. Как в народно-стихийных формах проявления естественного права, так и для рационалистическо-идеалистической эпохи доктрины естественного права остается руководящей формула Латеранского собора: quod semper, quod ubique, quod ab omnibus. В этой элементарной абсолютности есте-

ственного права сильнее всего мотивирует общественно-правовое поведение.

И Кант и Фихте выводят естественное право из основных предпосылок или максим. Хотя Кант в свое время и выступил против догматических спекуляций прежнего рационализма, он, исходя из веры в общий человеческий разум, все же должен был охотно воспринять абсолютно-этический характер исконных естественно-правовых учений. Идея естественного права у Канта есть категорический императив, норма практического разума, практический же разум есть причина, определяющая волю. Эта норма служит критерием оценки положительного права. Основной закон формулируется следующим образом: «действуй так, чтобы твоя свобода совмещалась со свободой других по общему закону свободы». Вера в разум, разум познающего суб'екта, проходит и через всю этическую философию Канта и в этом отношении Кант еще целиком является продуктом индивидуалистически-рационалистического 18-го века. В теоретической философии Кант утверждает, что чувственность дает лишь материю, ощущение, рассудок же в качестве законодательной способности, превращает его в познание. Нечто подобное имеем в практической философии: чувственность, страсти являются лишь материей воления и только разум, в качестве законодательной способности, создает нравственный мир, единое царство свободы, подобное царству природы. Естественное право выводится из самого существа духа индивида, из практического разума. Сама идея справедливости, т. е. идея естественного права, является регулятивной или нормативной идеей для положительного права.

В сущности Кант дал только более глубокое философское обоснование старому рационалистическому тезису 17-го века, выраженному Винклером так: „ratio est proximus fons juris humani" — «разум есть ближайший источник человеческого права», а Гроцием — схоже с этим: „jus natura est dictatum rectae rationis" — «естественное право продиктовано прямым разумом».

Фихте внес в конструкцию Канта только еще более индивидуалистическую окраску. Фихте толкует известное положение Канта, его основной закон чистого практиче-

ского разума: «поступай так, чтобы максима (правило) твоей воли всегда могла быть вместе с тем принципом всеобщего законодательства» таким образом, что пытается в нем раскрыть абсолютную самостоятельность индивидуального разума. «Отношение, говорит Фихте, не таково: так как нечто может быть принципом общего законодательства, то оно должно стать максимой моей воли, но, наоборот: так как нечто должно быть максимой моей воли, то оно может стать и принципом общего законодательства [1]).

В идеалистической немецкой философии положительное право должно равняться по естественному праву, но это последнее весьма неточно отграничено от нравственности. Гегель пытался примирить естественное право с положительным, но это ему не удалось и, собственно говоря, после этого философа начинается полное расхождение между наукой положительного права, стремящейся повсюду вытравить следы естественного права, и философией права, совершенно отдалившейся от своей подлинной материи, ушедшей с пренебрежением от «пошло-практической» юриспруденции и занимающейся перепевами и вариациями на старые темы. Со второй трети 19-го века философия права в Европе, — особенно в Германии — переводится, так сказать, на холостой ход. Юриспруденция от нее окончательно отвернулась, а сама она не в состоянии плодотворно влиять ни на науку права, ни на законодательство.

Дело существенно изменяется в начале 20-го века. Начинается т. наз. возрождение естественного права, фазис, который можно назвать релятивистическим. 4) Фазис релятивистический, могущий быть назван так потому, что этот период, следующий за эпохой полного упадка естественного права, установил не вечное старое естественное право, а естественное право, приспособленное к определенным историческим формам, как прогрессивный двигатель существующего права. У Штаммлера «возрождение естественного права» нашло свое отра-

---

[1]) J. G. Fichte, Das System der Sittenlehre, III. Hauptstück § 18.

жение в виде лозунга «изменчивого естественного права», у Петражицкого в виде «политики права».

Было бы странно и исторически неверно говорить о том, что XIX век, по крайней мере, его последние три четверти, представляют собою эпоху безраздельного господства философии положительного права. Верно лишь то, что доктрина естественного права оказалась вытесненной школой позитивизма. Об'явить этот век, в котором происходили важнейшие правовые изменения как в народно-правовой психике, так и в оффициальном праве, веком смерти естественного права, значит совершенно не понимать правно-психологической и социальной сущности естественного права. Правда, официальная наука права и философия права — если таковая еще признавалась [1]) — совершенно отказались от исследования и научного раскрытия естественного права, ограничиваясь об'явлением естественного права несуществующим. Но естественное право — в смысле вышеобрисованного типа интуитивного правосознания — продолжало жить в народных массах [2]), не исчезло и стремление этой правовой психики к позитивации.

Остановимся на двух важнейших теориях релятивистической эпохи возрождения естественного права, на Штаммлере и Петражицком.

В сущности у Штаммлера сохраняется в полной неприкосновенности противоречие между положительным и естественным правом. То самое противоречие, которое в доктрине отражает выше раскрытое нами функциональное расхождение между положительным и естественным правом. Но в то время, как у нас это расхождение об'ясняется реально-психологически тем, что положительное право, по социально-психологическому характеру своему и внешней закрепленности, должно отставать от более гибкого интуитивного в частности естественного права, (ср. мои схемы § 11, разд. 3), это функциональное расхож-

---

[1]) Припомним жалобы Бергбома по поводу опасности философии в праве.

[2]) См. брошюру „О праве на существование". Социально-философские этюды П. И. Новгородцова и И. А. Покровского. Изд. М. О. Вольф.

дение, не имеющее само в себе ничего таинственного, в современной доктрине неокантианства одевается в какие-то таинственные, непосвященным мало понятные философские формулы, при которых положения (Sätze) положительного права борются с тезисами естественного права. При чем эти последние наделяются какими-то особыми, им особо присущими устремлениями, как будто эти положения доктринального свойства могут чего-то хотеть. Для этой крайне путанной аргументации Штаммлера особенно характерно следующее утверждение: «Для каждого доктринального положения (Lehrsatz), выставленного в качестве положения (теоремы) естественного права, само собою разумеется, что оно хотело бы когда-нибудь осуществиться в качестве положительного права»[1]).

Более понятно и резко противоположность между естественным и положительным правом высказывается в следующем утверждении: справедливое (читай естественное) право может не действовать, а действующее (читай положительное) право может быть несправедливым. Положительность и действие права не совпадают с его справедливостью[2]).

Отказываясь как будто окончательно от выставления каких-либо неизменных — по содержанию — основных тезисов права, из которых можно было вывести неподвижную вечную сущность (мы ниже увидим, что тут Штаммлер не остается последовательным до конца) права, он прибегает к формальному методу установления понятия права. «Не существует, — пишет Штаммлер, — ни одного положения права, которое по своему положительному содержанию оставалось бы безусловно неизменным. Взамен этого может существовать лишь задача, установить общепризнанный формальный метод, помощью которого можно было бы так направлять и определять неизбежно меняющийся материал исторически обусловленного права, чтобы он приобрел свойство об'ективно справедливого»[3]).

---

[1]) Lehre vom richtigen Rechte, S. 101.

[2]) Ср. Штаммлер, Сущность и задачи права и правоведения, Москва, 1908, стр. 29.

[3]) „Сущность“ и т. д., стр. 12.

Применительно к естественному праву Штаммлер путем того же формального метода приходит к созданию «естественного права с меняющимся содержанием». Но следует подчеркнуть, что признание изменчивости материального содержания норм естественного права ничего не меняет в исходной неправильной точке зрения неокантианского нормативизма. Ведь несмотря на меняющееся содержание само понятие естественного права остается формально неизменным. Штаммлер не настолько наивен, чтобы составлять, подобно французским рационалистам, «кодексы природы» (Code de la nature), где неизменная природа выдвигается в качестве основы всех законов, законы же естественного права „sont immuables, universelles, irréformables, faites pour régler en tous lieux, en tout tems le sort de la race humaine“ [1]), т. е., универсальны и неизменны, будучи созданы для всех мест, для всех времен, чтобы руководить судьбой всего человечества. Штаммлер сохраняет формально неизменное воление естественного права при допущении материальной изменчивости содержания. Но и эта последняя изменчивость оказывается крайне призрачной. Действительно ли его система остается чуждой определенного материального содержания? Было бы странно предполагать, что Штаммлер где-либо создает подробный естественно-правовой кодекс. Этого он действительно не делает, это для него — как и для всей науки права — изжитая ступень. Но все же как-то незаметно по каналам голой формальной системы начинает просачиваться известное конкретное содержание. И это происходит так. Если основной критерий есть соответствие человеческому общению, то с ним автор и подходит ко всем явлениям правовой конкретности, а стало быть и к положительному праву, ибо это последнее также чуждо справедливости. В этом испытании окажется, что некоторые положения установленного права будут соответствовать об'ективно-истинному масштабу, другие нет. Первые, таким образом, получат санкцию не только национального, местно

---

[1]) Ср. M. Mirabaud, Systeme de la Nature, Том II, Londres 1761 г., стр. 448, а также M. Helvetius, „Le vrai sens du systeme de la nature“, Londres 1774.

или временно действующего, но справедливого права. Эти положения, таким образом, и составят материальное содержание справедливого права. Например, чтобы не быть голословным: «предписание германского гражданского уложения, — полагает Штаммлер, — что ростовщические договоры ничтожны, не только имеет свойство д е й с т в и я в Германской Империи, но и требует в каждом отдельном случае применения п р и н ц и п и а л ь н о с п р а в е д л и в о г о способа решения, так как каждый должен быть уважаем другим в качестве сочлена общежития и не может быть односторонне использован им»[1]). Такая же вечная несправедливость присуща и рабству: «институт рабства, хотя и был у римлян д е й с т в у ю щ и м правом, однако был н е с п р а в е д л и в ы м, так как нарушал самую идею права»[2]). В «учении о справедливом праве» указывается кроме того и на вечную несправедливость полигамии. Если есть вечно-несправедливые правовые институты, то логически существуют и вечно-справедливые институты. Будь это материальное содержание очень бедно, будь оно абстрактно, но оно есть. А стало быть, отмежевания не произошло, в изменчивом естественном праве сохранились остатки неизменного вечного естественного права.

Но заслуга Штаммлера в том, что он по своему хотел разрешить трагический конфликт между установленным (положительным) и принципиально справедливым правом[3]). Разрешение старого естественного права казалось ему несостоятельным и, однако, это его не отбросило в лагерь философии положительного права. Задачей его стала правовая политика на научной основе, и то, что легло в основание этой политики — изменчивость, безусловно верный принцип, об'единяющий его с Л. И. Петражицким. Сознание того, что правовую политику нельзя строить в вечных формах различных „codes de la nature“ и этим противополагать естественное право положительному, жило в Штаммлере твердо; но его познавательное средство к цели оказалось непригодным. Оно привело его к крупным противоречиям. Прогресс, по убеждению Штамм-

[1]) „Сущность и задачи“ стр. 85. Курсив автора.
[2]) Там же, та же стр. Курсив автора.
[3]) Сравни „Сущность“ и т. д. стр. 115.

лера, состоял тут в «постоянном уменьшении ... раздвоения (между действительным и желательным правом), в постоянно увеличивающемся и более верном проявлении справедливого права»[1]). Но для этого нужны были иные пути, которых у Штаммлера, как нео-кантианца и нормативиста, не могло быть.

По определению Штаммлера[2]) «естественное право есть право, которое по своему содержанию соответствует природе». Правда, под природой Штаммлер здесь понимает не внешнюю природу, противополагающуюся культуре, а природу общественную, при чем и эту последнюю, по Штаммлеру, можно толковать либо как природу человека, как это думали рационалисты, начиная с Гроция, либо как природу права[3]). Сам автор примыкает к последнему пониманию природы и выдвигает особую форму противопоставления естественного права положительному, а именно не по способу возникновения, (генетически), а по содержанию. При этом различение по содержанию также возможно в двух формах: а) по общим свойствам особого содержания правового определения, а именно так, что за последним либо надо признать качество естественной правильности (совпадение с природой права), либо нет; б) по смыслу действования (Geltung), присущего каждому из обоих прав. Положительное право притязает на самодержавное действование над всяким, естественное право обладает иным родом действования. Оно действует как учение, но не непосредственно как принудительный порядок. Оно хочет дать руководящую линию, придерживаясь которой, положительное право может отвечать природе»[4]).

Ознакомившись выше с реальной сутью естественного права (выше, разд. 3) и его соотношением с положительным правом, мы теперь особенно отчетливо видим, насколько понятие естественного права у Штаммлера лише-

---

[1]) Там же, стр. 117.

[2]) „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ S. 93.

[3]) Там же, стр. 95, и излишне говорить, что такое понимание природы, как природы права, превращает все вышеприведенное определение естественного права в безнадежную тавтологию.

[4]) Там же, стр. 99—100.

но всякого содержания и функционального смысла. Как бы Штаммлер ни хотел избегать противоречий между положительным и естественным правом, он доводит это противоречие до максимума: естественное право остается проверочным контрольным масштабом «правильности» каждого утверждения, каждой нормы положительного права. То, что Штаммлер относит естественное право исключительно к области доктрины (Lehre) вовсе не смягчает созданного противоречия, здесь положительному праву, «как принудительному порядку», противостоит нормативно обязательное положение разума. То, чего не говорит мастер, договаривают его ученики. Ученик Штаммлера Маник [1]) говорит: «Исторически возникшее естественное право исторически изжито. Но не его идея. Она может быть воспринята как категорическое требование разума позитивного (права) к непозитивному», kategorische Vernunftforderung des Unpositiven gegenüber dem Positiven.

Совершенно новые пути в области выяснения естественного права стали прокладываться психологической теорией права профессора Петражицкого; вехи ею поставлены так определенно, что сомневаться в направлении главной магистрали не приходится. На этих страницах мы уже успели отметить психологические предпосылки новой теории права и пошли несколько дальше в раскрытии соотношения между положительным и естественным правом. Мы успели отметить также и то значение, какое может приобрести психологическая теория, если она учтет тот громадный удельный вес, какой имеет момент социальный в образовании правосознания, в области правно-психологических переживаний и, наконец, в правотворчестве. В этом смысле верно схвачена и кратко определена сущность явления в определении: «право есть психический фактор общественной жизни и оно действует психически» [2]). Но к этому следует сделать необходимое дополнение: право есть вместе с тем и п р о д у к т социальной жизни [3]).

---

[1]) M a n i g k, Die Idee des Naturrechts, стр. 12.

[2]) „Введение в изучение права и нравственности". Предисловие стр. VII.

[3]) Сравни по этому поводу § 45 „Теории права", в особенности стр. 650—652.

На предыдущих страницах мы имели возможность более или менее подробно остановиться на взаимоотношении интуитивного и позитивного права, на приспособлении того и другого к правосознанию народа и на том, насколько эти оба вида права отражают народные правовые переживания. Психологическая теория права признает громадную важность естественного права, что ставит эту теорию гораздо выше философии положительного права. Эту последнюю она, — не вполне исторически-правильно, считает «крупным и печальным историческим недоразумением», приведшим к научному крохоборству, «микроскопии» и к идейному измельчанию [1]). Гораздо более чутким к человеческой этике, Петражицкий считает именно естественно-правовое учение [2]).

Петражицкий шел иным путем к созданию «меняющегося» относительного естественного права, нежели Штаммлер. Оба они исходили из того, что наука права вырождается, что она обрекает себя на ограничение техникой и профессионализмом. В сравнении с таким положением вещей, доктрина естественного права представляла высокий идеал. «Несмотря на наивно-проэкционную точку зрения на право, — говорит Петражицкий, — на смешение разнородных вещей под именем естественного права..., естественноправовые учения, главным образом, интуитивно-правовые тезисы... исполняли полезную функцию содействия прогрессу права и законодательства, и в этом смысле служили суррогатом не существующей и до сих пор науки политики права» [3]). Петражицкий, провозгласив лозунг возрождения естественного права, понимал под этим, в отличие от других писателей, создание научной политики права. В „Lehre vom Einkommen“ это было формулировано так: естественно-правовая школа умела различать естественное и позитивное право. Отношение цивильной политики к гражданскому праву в общем очень похоже на отношение естественного права к позитивному. Преодоление естественно-правовой школы историческим и практически-догматическим направлением

---

[1]) Предисловие во „Введении“ и т. д., стр. VI.
[2]) „Теория права“, стр. 45.
[3]) „Теория права“, стр. 511.

привело к пробелу, который будет вновь заполнен цивильной политикой. В этом смысле мы можем в возникновении цивильной политики увидеть возрождение естественного права[1]). Под эту цивильную политику была подведена солидная почва психологической теории права. Впрочем, уже в „Lehre vom Einkommen", второй том которого появился в 1895 году, мы можем увидеть эту тенденцию к психологизму. Рассматривая возможность и об'ем исполнения политико-правных задач в гражданском праве[2]), в частности институт владения, проф. Петражицкий говорит о тех психологических изменениях, которые произвел этот институт за время своего действия в побуждениях человека, в его природе[3]). Уже здесь — без позднейшей научной терминологии — чувствуется понимание воспитательной роли разумного права[4]).

В позднейших трудах была вполне разработана психологическая теория права и этим дана прочная почва созидания изменчивого желательного права, долженствующего приспособляться к условиям времени и места. Таким образом, здесь в иной, чем у Штаммлера, в реальной, психологической форме дано было обоснование возрождению естественного права под названием политики права[5]).

Будучи построена на психологической почве, новая теория, до известной степени, может взять на себя общественно-необходимую функцию не только законодательного изменения права, но и воспитание правосознания.

---

[1]) Seite 579. Курсив автора.

[2]) Далеко не лишено интереса для характеристики более „повседневного" относительного естественного права, что в то время, как учителя абсолютного естественного права почти исключительно ограничивались государственным правом, наш автор пишет в L. v. Einkommen, Seite 470: „В действительности то право, которое принимается за возвышенно (eminent) публичное право, так называемые основные законы, конституция, не имеют такого интенсивного публичного значения, как гражданское право".

[3]) L. v. E., стр. 479, 80 и т. д.

[4]) L. v. E., стр. 472.

[5]) Сравни также стр. 471, 72 и т. д. из „Теории права".

Мы здесь произвольно обрываем изложение доктрины естественного права, ибо исчерпать ее вообще не возможно в курсе теории права, особенно в настоящий исторический момент, когда она опять расцветает пышным цветом и при том не только как чисто теоретическая доктрина, но и как практическо-юридическая, хотя бы, напр., в виде так наз. «движения свободного права», в области судоговорения и правосудия при наличии пробелов в законодательстве. Научно наиболее точный характер естественное право должно будет получить в дальнейшем при надлежащей разработке политики права (см. ниже § 14).

Пока же отметим только, что хотя нами и не дано исчерпывающего обзора доктрины естественного права, хотя мы ограничились беглым очерком, мы все же, кажется, дали картину широкого охвата, показывающую нам развитие естественного права «от утопии к науке», от бессознательного интуитивно-правового бунтарства к сознательному правотворчеству, к научно-проверенной политике права.

§ 12. Применение положительного права.

1. Единообразие правовой системы и юридическая логика.

Современное учение о праве, опираясь на факт повсеместного преобладания законного, писанного права, исходило до сих пор из того, что вся совокупность жизненных отношений может найти свое разрешение на основании существующих законов. Из этого исходила не только доктрина, но и действующее право. Так, в раз'яснение к ст. 1 уст. гражд. судопроизводства, гласящей, что «всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений», Российский Сенат постановил, что «признание неразрешимым спора, предоставленного решению суда, равняется отказу в правосудии». Кроме того читаем в ст. 10 уст. гр. суд.: «Воспрещается останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов. За нарушение сего правила виновные подвергаются ответственности, как за

отказ в правосудии». (Эта норма действует ныне в Латвии, Литве и Эстонии.)

Неполнота есть, таким образом, только «предлог» и всякий пробел во избежание отказа в правосудии должен быть заполнен. Многим юристам эта предпосылка кажется единственной основой научности правоведения.

Этот взгляд находит себе особенно яркое отражение в английской юриспруденции, ибо эта последняя, — принужденная в силу малочисленности писанных законов в Англии (written law) прибегать в особенно сильной форме к толкованиям и конструкциям, — обойтись без такой предпосылки логического единства права (общего смысла законов), не может. Это в особенности относится к изложению т. наз. case law, казуального права, — ибо иначе казусы и отдельные судебные решения по ним становятся необозримым и безпорядочным складом взаимно несвязанных, а потому и логически- непознаваемых и незапоминаемых «дел». Точнее всего выразил эту предпосылку логичности и научной закономерности применения права известный английский юрист Поллок [1]). Чтобы не признать хаотического характера за действующим правом, английский правовед исходит из некоторого сближения естественной причинности, закономерности природы, с об'ектом науки права. И тут, и там — по мнению автора — речь идет о предсказывании того, что должно наступить. Если в естественных науках надо исходить из единообразия природы, из того, что при повторении одинаковых условий должны получиться одинаковые результаты, то и для того, чтобы предсказать законные правовые последствия, мы должны предположить, что одно и то же решение должно быть всегда дано на основании одних и тех же фактов», т. е. должна существовать аксиома об единообразии (uniformity) права, отвечающая аксиоме об единообразии природы. В частности для правосудия это означает, что суд должен придерживаться решения прежнего суда, вынесенного на основании тех же фактов.

---

[1]) См. F. Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics, London 1882, стр. 239 и сл.

Из другого представления о единстве и единообразии в исследовании права исходит Штаммлер [1]). У него это единство носит целевой и волевой характер. Для него всякое понятие права есть единообразный способ постигать и определять правовое воление по совпадающим признакам [2]), между тем, как самое право не что иное, как «ненарушимо самодостаточно связывающее воление» („das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen").

Нельзя спорить против того, что всякое познание, не только познание природы или сущего, должно исходить из единой системы, при которой отдельные положения и выводы логически сочетаются в одну цепь или ход последовательно развитых мыслей. Вопрос только в том, можно ли это единство найти в практически применяющемся и осуществляющемся праве. Большинство юристов, стоящих на догматической точке зрения, строят единство права на единстве или вернее на логической стройности данного положительного права. На той же точке зрения стоит и Кельзен: «Высшей, но безконечной задачей ее (науки права — М. Л.) является создание из противоречивого, аморфного, хаотического материала юридических норм космоса единообразной правовой системы» [3]).

Ясно, что предпосылкой такой безконечной в об'еме и времени задачи является допущение наличия единства в действующем праве [4]). Из этого же единства действующего права создается впоследствии и возможность единства самой науки права. И наоборот, так как господствующая школа единственным об'ектом науки права почитает исключительно действующее (положи-

---

[1]) См. его новейшую работу R. Stammler, Lehrbuch d. Rechtsphilosophie 1922 § 117.

[2]) Там же § 115.

[3]) H. Kelsen, „Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik." Wien 1922.

[4]) Во вводной первой главе мы уже показали, что монизм науки права, как и всякой науки, конечно, необходим. Этот монизм и единообразие мы строим, однако, не на толковании, не на предположительном единообразии права, как фактического явления, а на его эмпирической сущности, как регулятора человеческого поведения. Ср. Гл. I.

тельное, писанное, а в англо-саксонских странах — обычное) право, то признание логических пробелов и отсутствия замкнутого единства существующих законов равносильно признанию отсутствия единой системы науки права, и значит, — отрицанию юриспруденции.

Не придавая логической замкнутости права такого теоретически,принципиального значения, и считая, что наука права сохраняет свое право на существование и свой об'ект исследования даже при допущении пробелов и неполноты позитивного права, мы, однако, считаем нужным подчеркнуть, что и логическая стройность права есть не столько об'ективное выражение единства, присущего праву, сколько потребность права и психологическая необходимость его, как регулятора человеческого поведения (ср. гл. II. § 4 пп. 6 и 7).

Для поддержания же уверенности в наличии такой стройной системы права очень часто само законодательство указывает, как надо поступать при толковании законов и как поступать в случае противоречия законов. Такие указания имеются в индийских законах Ману, в Талмуде и римском праве[1]). Но и в новейшем праве толкование законов также представляет предмет законодательства. В этом отношении мы можем различать три ступени. На первой ступени закон устанавливает самые виды умозаключений, к которым следует прибегать при толковании законов. Так, напр., Талмуд устанавливает в качестве обязательных способов толкований 13 видов умозаключений, т. наз. тринадцать миддот рабби Измаила. В числе их особенно видное место занимает умозаключение от меньшего к большему (kal wachomer), т. е., от более «легкого к тяжкому», известное в логике под названием conclusio a minori ad majus, а не только простые силлогизмы.

Вторая ступень — ныне наблюдаемая в большинстве законодательств — устанавливает не сами умозаключения. а системы толкования. Так, напр., по определению

---

[1]) Взгляд Российского Сената сводится к тому, что „при толковании законов на первый взгляд друг другу противоречащих, необходимо искать возможности примирить одновременно действие обоих законов."

российского Сената, совпадающему, кстати, с недавно еще господствовавшим в науке права взглядом «толковать закон можно: а) по историческому происхождению его, сличая с источниками, из коих он заимствован, б) по цели, какую имел в виду законодатель, в) по месту, занимаемому законом в системе Свода». Здесь тоже еще исходят из возможности найти, если не в самом тексте законов, то путем их толкования полный исчерпывающий ответ на все юридические казусы. Между первой и второй ступенью нет поэтому глубокого принципиального различия, оно сводится лишь к различию количественному, — к меньшей связанности самыми видами умозаключений. Но обязанность истолкования, восполнения пробелов закона путем логических построений остается незыблемою.

Существенно иначе положение, введенное швейцарским гражданским уложением 1907 г. Оно в статье 1-ой устанавливает следующее: «Закон имеет применение ко всем юридическим вопросам, для разрешения которых в них находятся постановления, либо содержащиеся в самом тексте, либо выводимые путем толкования. Если постановление (предписание) не может быть найдено в законе, то судья должен решить дело по обычному праву, там же, где таковое отсутствует, судья должен решить дело по правилу, которое он установил бы сам в качестве законодателя. Судья руководствуется при этом испытанной наукой и традицией».

Швейцарское уложение является исходной точкой третьей степени, отличающейся от предыдущих двух степеней открытым оффициальным признанием, что текст закона и толкования его могут иногда оказаться бессильными разрешить юридический вопрос и что в этом случае судья должен выйти из пассивной роли простых «уст закона», как говорил Монтескье, и превратиться из глашатая закона в его творца.

Мы уже указывали выше на отличие естественных и юридических законов. Это отличие неизбежно должно

---

[1]) Ср. И. Тютрюмов, Устав гражданского судопроизводства. Т. I. стр. 179. Рига, 1923.

отразиться и на отличии между общей и т. наз. юридической логикой. Если логика общая не может существовать при нарушении закона тождества «А не есть поп-А», то юридическая логика знает противоречие норм. Разница между древними и новейшими законодательствами лишь количественная. Если законы Ману откровенно и наивно заявляют: «если два закона Шрути противоречат друг другу, то оба они обязательны», то в 1901 г. российский Сенат только несколько видоизменяет это положение, говоря: «при толковании законов, на первый взгляд друг другу противоречащих, необходимо искать возможности примирить одновременно действие обоих законов». В этом смысле мы и говорили о глубокой разнице между логикой норм бытия и логикой норм долженствования[1]).

Бытие не может допустить существования двух противоречивых норм, оно и не может искать возможности примирения таких противоречивых утверждений или законов. Мало того, одни только поиски примирения равносильны отказу от причинного об'яснения явлений. Совершенно иначе дело обстоит с долженствованием, т. е. с областью регулирования человеческого поведения, в частности с областью права. Здесь нормы не высказывают причинных зависимостей, а лишь образ поведения. Этот образ поведения стремится к некоторому единству и природе права, как мы выше отметили, свойственна тенденция к единству и шаблонизации норм. Но тем не менее логическая замкнутость права есть только плод школьной юриспруденции. Положительное право вырастает в меняющейся исторической и социальной обстановке, нормы положительного права застывают на той стадии, на которой оне изданы. Недаром, поэтому, английские юристы, строющие свое право на обычаях и прецедентах, рассматривают издание законов как «катастрофическое вмешательство» (the legislating... is not a natural operation at all, but a catastrophic interference). [2]) Это вмешательство

---

[1]) Ср. M. Laserson, „Recht, Rechtseitigkeit u. Geradheit", в особенности главу: „логический характер права".

[2]) Pollock, ук. соч. стр. 242.

законодательного творчества, однако, от времени до времени необходимо.

Искание возможности примирения противоречий, стремление к созданию единой системы права с одной стороны отвечает психологической сущности права (как регулятора человеческого поведения), но с другой стороны отвечает социальной потребности человеческого общества [1]). Для устранения конфликтов в классовом обществе должна существовать предпосылка беспристрастия суда, а эта предпосылка требует допущения возможности нахождения судебного решения путем логического вывода из существующих законов. Судья не сможет удовлетворить обратившиеся к нему стороны, если он даст повод сомневаться в возможности нахождения прямого ответа, если он признает свое бессилие вынести определенное решение по делу. Соображения целесообразности, общей справедливости и т. д. не вызовут к себе такого беспрекословного повиновения сторон и их признания, как логический процесс отыскания права. Вот почему недопустимо в современных условиях т. наз. свободное судейское усмотрение. Нельзя отрицать того, что суд, как это признано в швейцарском кодексе, должен иногда поступать творчески, выходя за пределы точного смысла существующих законов, но социальная твердость и устойчивость требуют юридико-логического примирения. Это в довольно резкой форме выразил недавно Эрлих [2]). «Юриспруденция по необходимости бывает творческой, но не может в этом сознаться. Она прибегает к фикциям ... она пользуется неправильной логикой, ибо правильная логика оказалась бы бессильной повсюду там, где закон не содержит разрешающей нормы (Entscheidungsnorm), где следовательно, решение должно быть найдено самостоятельно судьею. Юриспруденция неправильной логикой достигает правильных результатов, ибо правильным логическим выводом из своих предпосылок она не могла бы добиться нужных ей результатов».

---

[1]) Ср. по этому поводу K. Wurzel, Das juristische Denken Wien 1924, S. 93.

[2]) E. Ehrlich, Die juristische Logik, 1918, S. 155.

Допущения свободного творчества судьи добивалась в последние десятилетия т. наз. школа свободного права, которая в лице отдельных своих представителей заходила так далеко, что допускала и решения contra legem, против буквы закона[1]).

Эта школа, нашедшая свое начало во Франции и Германии, была вызвана к жизни недостатками, пробелами и устарелостями существующих кодексов. Ростущий торговый оборот, возрастание промышленности, ее союзов предпринимателей и рабочих, существенные экономические изменения в землевладении — городском и сельском, — непредусмотрительность новых сделок, не подпадающих под старые типы и, наконец, необ'ятное наростание новых новелл, издаваемых парламентами на скорую руку, под влиянием насущной необходимости данного момента, без особых соображений о том, как и насколько эти новеллы возможно будет включить в систему десятки, а то и сотни лет существующего кодекса — все это медленно подтачивало веру в незыблемые основы существующего права[2]), все это невольно переносило внимание практических юристов не столько на самый текст законов, сколько на судебную практику, видоизменявшую неподатливый, но устарелый текст закона. Это и была та творческая работа, которую юриспруденция, по словам Эрлиха, необходимо совершала, не осмеливаясь сознаться в этом.

Само собою разумеется, что здесь за спором о понятиях и логических конструкциях часто скрывался спор интересов. Школе свободного права принадлежит та заслуга, что она явно раскрыла то, что раньше стыдливо, но тщательно скрывалось. Под видом обращения к социологическим и хозяйственным фактам она явно предлагала судье не только заниматься юридическою логикою, но и взвешиванием интересов.

---

[1]) См. об этом мою статью „Свободное судейское усмотрение" в журнале „Право" за 1911 г. № 52, см. также выше.

[2]) J. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 270 по этому поводу не без остроумия замечает: „Библия, в которую верят, пишется только один раз для тысячелетий. Законодательный же аппарат, неустанно бьющий и порождающий новое право, не может расчитывать на подобную веру.

Этим устранялась необходимость существенного законодательного пересмотра и пополнения существующих норм. Торжество взглядов школы свободного права означает приостановку законодательного прогресса и полное безотчетное предоставление судьям законодательной функции. Нечто подобное осуществлено было в пределах Советской России. Там на основании советского как гражданского, так и уголовного процесса народный суд руководствуется декретами рабоче - крестьянского правительства, в случае же неполноты и недостатка декретов суд руководится социалистическим правосознанием. В российском советском союзе, исходящем в своем правосудии из соображений «революционной целесообразности», не скрывающем классового характера своей пролетарской юстиции, возможны такие широкие полномочия суда. Указания на неправомерность могут только исходить от классовых врагов, существование которых только терпимо, но отнюдь не гарантировано не только в смысле ограждения их экономических интересов, но и даже в смысле сохранения и отстаивания ими прав личной неприкосновенности.

Исходя из тех же общих начал советского права и общей политики рабоче - крестьянского правительства советский гражданский процесс не признает состязательного начала. Гражданский суд не связан иском, он может выйти за пределы требований сторон (ст. 179), ибо это может быть необходимо в интересах экономически более слабых элементов. Характерно при этом, что выйти за пределы исковой суммы суду возбраняется лишь по спорам вексельного, договорного и тарифного свойства, по всем остальным гражданским делам суд может, смотря по выясненным им обстоятельствам, повысить притязания сторон. Если к этому прибавить, что по советскому праву допускается аналогия и в уголовном праве (см. выше), то не подлежит ни малейшему сомнению, что в советском союзе суду предоставляется неограниченно-свободное правонахождение. Судебное решение, имеющее здесь не только правовой характер, но весьма часто характер разрешения данного конфликта по соображениям целесообразности, не связано никакими конструкциями и не должно быть преподано обеими сторонами

как правовое решение беспристрастной третьей стороны, непосредственно в деле незаинтересованной. Потерявшей дело стороне судебное решение (или приговор) не должно казаться юридически обоснованным. Сторона, не принадлежащая к полноправному гражданству трудящихся масс, может потерять дело не по правовым обстоятельствам данного дела, а по общим соображениям целесообразности и советской рабоче - крестьянской политики. Так что советский суд не обязан облечь непременно в формы права свое решение.

Иначе дело обстоит в современном правовом государстве. Это последнее ставит право выше целесообразности, оно пытается до крайней возможности оставаться в своем правосудии на почве права и не может вынести свое решение на основании целесообразности или взвешивания интересов. Здесь всякий случай явно установленной классовой юстиции является недостатком правосудия, подвергаемым критике, а не открыто признанным основным свойством судоговорения и процессуального аппарата. Избегнуть всякого применения положительного права в суде возможно только в двух случаях: либо, когда право находится еще на весьма первобытной стадии развития, т. е. когда интуитивное право однородно для всех членов данного общества или рода, т. е. когда даже положительное право почти не успело еще установиться. В этом случае суд не должен прибегать ни к каким специалистам: его функции передаются мудрейшим или старикам, хорошо знакомым с бытом данного племени или общества. В таком обществе приговор или решение судьи не может вызвать никаких нареканий и здесь res judicatae pro veritate habetur, вынесенный приговор считается изреченною истиною. Второй случай, когда можно избегнуть подробного процессуального порядка, с положенным в его основу применением положительного права, — это диктатура, во время которой данная захватившая власть группа или класс и не пытаются юридически оправдать свое судоговорение перед всем обществом или государством. В эти периоды суды или трибуналы имеют задачей не столько установление права, сколько расправу с врагами революции и нового порядка.

В современном государстве, установившем некое равновесие между классами, преодолевшем средневековое правосудие по сословиям, когда каждый судился только членами своего же сословия, и установившем формальное равенство всех перед законом и судом, невозможно было бы организовать суд, — выносящий решения на основании одной только справедливости и интуитивного права, — на основании целесообразности или признанного взвешивания интересов.

Государство почти одновременно монополизировало законодательную и судебную деятельность. Еще долгое время продолжало существовать сословное и обычное право, рядом с нарастающим числом законов, издаваемых заново государством или признаваемых из числа уже имеющихся норм обычного и судебно - прецедентного права. Эта монополизация была необходима в интересах создания единого государства, по отношению к которому все граждане являются равноправными(вначале равнообезправленными) атомами - суб'ектами. При такой монополизации и законодательства, и юстиции, необходимо было установить, что право исходит только от законодателя, а применение права от судьи. Отсюда и связанность правосудия существующими нормами. Создавшееся положение настолько прочно вошло в сознание населения, монополизация правотворчества современным государством — начиная с первых шагов его возникновения — так неразрывно связана с самим образом государства, что в доктрине государственного права и по сию пору господствует первенство государства над правом и учение о государстве, как единственной основе права. Как бы то ни было, судья такой эволюцией низводится на пассивную роль «уст закона». Судья применяет положительное право или непосредственным цитированием закона или логическим умозаключением, подводя данный случай под общую норму.

Раскрыв, таким образом, упорядочивающе - функциональную ценность юридической логики, как системы, указав на слабость и фиктивность ее научной значимости по сравнению с общей логикой (законов бытия, математики и т. д.), мы вместе с тем должны признать, что только подзаконность суда может сделать правосудие терпимым в обществе. Эта подзаконность имеет две существенные

стороны: 1) Подчинение всей сети юрисдикции об'единенным центральным органам, эта сторона есть сторона иерархически-бюрократическая. Вся сеть судоустройства находит свое завершение в одном верховном центре — центральном высшем судилище и в бюрократическом об'единении в одном ведомстве юстиции. 2) Вторая существенная сторона подзаконности суда — это создание системы правового единства, «общего смысла законов», из которых путем толкования и общего применения логических умозаключений могут быть найдены юридические решения для отдельных случаев. Ценность юридической логики лежит не в области познания, а в области обеспечения правильного функционирования современного правового строя.

2. Критика и толкование права.

Полемика, направленная против современной системы применения права, в частности, указания т. н. школы свободного права, не могут не признать, что в нормальных случаях и при достаточном соответствии между законами и действительной жизнью применение положительного права должно совершаться при помощи логики, толкования, при помощи подведения отдельных случаев под те или иные нормы закона. В общем и целом, исключая моменты правовых революций, когда старое положительное (в частности, законное) право прерывается, а новое положительное право должно проделать известный скачек для приближения к интуитивному праву, — закон остается господствующей формой проявления положительного права. А это означает, чтобы там ни говорили, что борьба за право ведется не против, а при помощи закона. Ибо только в сравнительно редкие исторические моменты порывается сеть положительного права, лишь редко приходится перестраивать самую законную подоснову общества, но едва это сделано, тотчас же плетется дальше сеть положительного права. Разумеется, разные формы проявления положительного права иногда заслоняют одна другую и весьма часто толкование является нигде не признанным источником права, пополняющим иногда те устарелые законы, которые почему-либо или вовсе не регулируют ряда вопросов или регулируют их весьма недоста-

точно. Так может случиться, что толкование становится иногда правотворческим фактором наряду с законом.[1])

Но при совершенно обыденных буднях правовой жизни критика и толкование закона необходимы для отыскания правовых ответов на происходящие споры и столкновения. Разумеется, не все положительное право нуждается для своего применения, т. е. для своего претворения в жизнь, в толковании. Есть сравнительно обширные области, где нормы положительного права претворяются в жизнь непосредственно, одним только наличием своего опубликования, таковы многие нормы права, начиная с конституций государств и кончая уставами акционерных обществ, начиная с административных актов центральной власти и кончая инструкциями или обязательными постановлениями полиции благоустройства.

Применение права при посредстве критики и толкования становится необходимым только в случае спора или нарушения права, где одно предписывание общих норм недостаточно и где приходится обратиться к разбору отдельных случаев. И надо отметить, что вся практическая юриспруденция ориентирована именно на господстве отдельного случая. Поневоле практическая юриспруденция начинается, так сказать, только там, где возникает спор или нарушение. Юрист - практик столь же мало нужен человеку, не пришедшему в столкновение с юридической конституцией (правопорядка), как врач - медик мало нужен человеку, не пришедшему в столкновение с анатомической или физиологической конституцией. Разница в научном смысле здесь лишь та, что теория медицины (анатомия, физиология, гистология) изучается независимо от потребностей практиков - врачей, между тем, как теория права изучается в зависимости от потребностей практической юриспруденции. Если, в частности, по нашему вопросу, применение права (или даже только положительного)[2])

---

[1]) Савиньи в одном месте указывает, что римляне не отличали толкования права (Auslegung) от правотворчества (Ausbildung des Rechts).

[2]) Иногда говорят еще и о толковании обычаев. Но здесь толкованию места нет, ибо нет закрепленного предустановленного текста. То, что здесь понимают под толкованием, есть лишь установление точного содержания предписываемого обычным

отождествляется с толкованием, то такое отождествление является следствием господства в юридической науке практики над теорией. Толкование (распознание) и судебное применение (Rechtsfindung) права столь же мало применяет законы права, как явления, сколь врачебная диагностика помогает применению законов анатомии. Ограничив таким логическим образом пределы критики и толкования, мы можем теперь перейти к ближайшему их рассмотрению.

Начиная с классического римского права и кончая гражданским кодексом Р. С. Ф. С. Р., само положительное право дает некоторые основные правила толкования законов. Государство это делает в интересах того, чтобы адресаты правовых норм по возможности не ошибались относительно предписываемого правом. Во многих кодексах (во вводных частях) имеются точные указания, какие законы имеют силу и какие не допускаются к применению. Так, напр., германское гражданское уложение запрещает применять иностранный закон, советский гражданский кодекс гласит: «Воспрещается толкование постановлений кодекса на основании законов свергнутых правительств и практики дореволюционных судов.» (ст. 6 постановления о введении в действие гражданского кодекса Р. С. Ф. С. Р.) и еще более характерная ст. 5-я: «распространительное толкование гражданского кодекса Р. С. ф. С. Р. допускается только в случае, когда этого требует охрана интересов рабоче - крестьянского государства и трудящихся масс».

Такие и им подобные предписания могут составить правила так наз. а у т е н т и ч е с к о г о или легального толкования, которого мы здесь по существу касаться не будем, ибо оно, являясь одной из форм проявления положительного права, не относится к проблеме, рассматриваемой в этом разделе, а именно к проблеме толкования уже существующих законов. Легально истолкованный последующим актом закон в новой формулировке является сам

правом. Практически толкование испокон века применяется только к писанному, законному праву. Так что широкое наименование „применение положительного права“ сводится к скромному толкованию зсконного права.

таким же законом, как и всякий другой закон. Закон, определяющий, в каком смысле нужно понимать положения прежнего закона, есть сам по себе новый закон. Этот акт аутентического толкования сам в свою очередь может стать об'ектом дальнейшего толкования и это несмотря на то, что первоначально акт аутентического толкования был издан для устранения разноречий и контроверз.

По вопросу толкования законов существуют две теории: 1) *суб'ективная* и 2) *об'ективная*. Первая целиком исходит из вышеописанной предпосылки единого права, издаваемого государством. Основой этого теории толкования является т. наз. воля законодателя, издавшего закон. Первенство принадлежит писанному тексту, как он вышел из рук законодателя, толкование имеет лишь задачей вскрыть, в случае возникающих сомнений, истинную волю законодателя. Это делается путем ознакомления с законодательными материалами, с парламентскими прениями, с поводом, служившим основой и причиной издания закона и т. д. В суб'ективной теории более непосредственно преобладает вера в предусмотримость возникающих в будущем правоотношений. Вместе с тем суб'ективная теория — которую правильнее было бы назвать теорией законности в противовес теории об'ективной или вернее, теории справедливости и целесообразности — старается оградить существующее право от излишнего «самопроизвольного» правотворчества судей. Характерно, что в свое время подавляющее большинство русских ученых - юристов вплоть до переворота 1917 г. стояло именно на этой точке зрения, боясь ослабления основ законности, которое производилось и могло производиться не столько со стороны заинтересованных сторон в процессе, сколько со стороны исполнительной власти. Классический правовой либерализм, защищая теорию разделения властей, вместе с тем ревниво ограничивал судейское усмотрение в деле толкования законов.

Вторая — об'ективная — теория рассматривает толкование под углом зрения приспособления к потребностям оборота и к меняющемуся правосознанию. В более или менее открытой форме эта теория признает за толкованием правотворческую роль. Этот взгляд довольно

ярко отражается, как мы выше показали, у Эрлиха.[1]) Юриспруденция, которая до сих пор исходила из связанности с правовым положением, с нормой закона, из государственного восприятия права, из представления о единстве права, должна, по мнению этой теории, пересмотреть свой взгляд на толкование; по мнению этой об'ективной теории нельзя волю законодателя толковать как фактически имевшее место волеизъявление по отношению к кругу вопросов, исторически в действительности стоявших перед ним в момент издания закона. Надо смотреть шире. Законодатель хочет распространить свою норму на непредусмотримое в будущем число случаев и потребностей. И с этой точки зрения текст нормы может сказать больше и дать более целесообразную регулировку будущих случаев, нежели об'яснительная записка и подлинные мотивы, исторически продиктовавшие законодателю издание им этой нормы.

Крайние представители второй — об'ективной — теории дошли до защиты т. наз. свободного права, допускающего в своих крайних учениях, как мы уже видели, приговоры, противоречащие законам и этим как бы совершенно вышедшее из круга изучаемого нами вопроса толкования.

Для обычного судебного применения права верно то, что установил Беккария: «В приговоре по поводу всякого преступления судья должен действовать на основании строгой логики. Большая посылка — это общий закон, малая посылка — действие, согласное или противное закону, заключением служит оправдание или наказание обвиняемого.» То же, в более осложненной форме, относится к гражданско - правовым спорам в суде и истолкованию соответствующего права. Если это так, то первая задача применения силлогизма это раскрытие смысла «общего закона» как большой посылки.

Это раскрытие и дается т. наз. критикой положительного права.[2]) Критика распадается на два вида:

---

[1]) Ср. E. Ehrlich, указ. соч. 1918, S. 154.

[2]) Из русских теоретиков права Коркунов, Лекции по общей теории права стр. 333, говорит о критике положительного права, стараясь распространить критику также и на обычай, а

1) нисшую и 2) высшую критику. Нисшая критика имеет задачей установить, что именно предписывает закон или норма. В настоящее время, когда точно установлен порядок обсуждения, принятия и опубликования законов, нисшая критика не представляет каких-либо трудностей. В парламентах помимо точного разбора текста в соответственных комиссиях и пленуме существует еще особая редакционная комиссия, редактирующая текст законопроектов с грамматической точки зрения уже после принятия их пленумом. В Латвии для обеспечения большей правильности текста законов и согласования их с законами, изданными еще до возникновения Латвии и поныне сохраняющими свою силу, при парламенте состоит особый кодификационный отдел.[1]) При этих и подобных условиях современного законодательства, когда достоверность текста гарантируется рядом условий, нисшая критика почти теряет свое значение, ибо она не имеет в сущности предмета деятельности.

Иначе дело обстоит с высшей критикой. Высшая критика имеет задачей установление подлинности нормы. После того, как нисшая критика установила самый текст нормы, высшая критика должна раскрыть, действует ли та норма, текст которой нам уяснен. Это установление распадается на а) установление того, существует ли вообще данная норма, исходит ли она от того органа, которому принадлежит право издания подобных актов. И эта задача критики теперь при наличии полной достоверности органов законодательства и порядка их работ утратила свое былое значение, когда, напр., при партикулярности и разноместности законодательства, при отсутствии печатного опубликования закона этот вид высшей критики предшествовал всякому толкованию. б) Вторая задача высшей критики это проверка обязательности закона. Исходя из вышеприведенного степенения норм (см. выше § 8, разд. 1), необходимо убедиться в том, насколько закон умещается в лестницу: конституционный закон — за-

---

не только на закон, Тарановский же говорит только о критике закона (Учебник энциклопедии права, стр. 245). Практически вопрос сводится к критике закона.

[1]) Кодификационный отдел вроде латвийского облегчает также задачу высшей критики.

кон — административный акт. А это предполагает: 1) чисто формальное установление того, соблюден ли порядок законодательствования при издании нормы и 2), что самое важное, проверку того, сходится ли закон с конституцией, не противоречит ли он ей. Такое право высшей критики предоставлено в Сев.-Америк. Соед. Штатах высшей судебной власти, проверяющей конституционность законов. Новейшая практика признает такое же право за судом и в Германской Республике.

С того момента, как установлена большая посылка, т. е. само содержание закона, только и начинается *толкование* в подлинном смысле этого слова.

Прежде всего следует выяснить значение слов нормы, ибо норма (закон) издается в виде известного точного суждения. Неясные нормы, напоминающие изречения оракулов, в настоящее время нигде больше не издаются. Повсюду имеется тенденция к упрощению юридического языка. Но тем не менее некоторая особая юридическая терминология всегда должна быть принята при выяснении содержания нормы, т. е. при так наз. *грамматическом или словесном толковании*.

Это т. наз. грамматическое толкование отнюдь не носит характер филологический или синтаксический. При грамматическом толковании можно наткнуться на стилистически или синтаксически ошибочную или даже совершенно неправильно построенную норму и, однако, словесному толкованию нечего будет заниматься этой нормой, ибо ее юридический смысл ясен. Возьмем, напр., ст. 1314 Т. X ч. I Св. Зак.: «Каждому из наследников, состоящих в общем владении дозволяется отчуждать до раздела доставшуюся ему часть, *но не прежде однако же, как когда* прочие сонаследники отрекутся приобрести оную для себя, с платою ему за нее по оценке.» Здесь ярко выражается несущественность для юридического языка общей правильности речи. Словесное толкование должно считаться с установившейся юридической терминологией и не может из чисто словесного сочетания юридических терминов делать какие-то особые выводы, не считающиеся с установленной терминологией. Так, напр., юридические слова и термины: «сословие лиц», (юр. лицо) право участия частного (сервитут), чинш, отказ, свойство,

лицо и т. д. — не могут быть отождествлены с тем чисто словесным внеюридическим смыслом, какой в них, согласно их звукосочетанию, сходству и совпадению с другими словами, можно было бы вложить.

Рядом с грамматическим толкованием фигурирует обычно т. наз. *логическое* толкование. Наименование этого рода толкования логическим не означает, конечно, того, что при грамматическом толковании не применяется логика. Это наименование оправдывается лишь постольку, поскольку современная юриспруденция исходит из *логического* построения всей системы действующего права, а, следовательно, из веры, что всякие правовые споры, возникающие между отдельными лицами в государстве или между лицом и государством могут найти свое логическое разрешение в действующей системе права. Логическое толкование должно только уметь путем чисто интеллектуального процесса раскрыть то, что скрыто в действующем праве. Первоначально построенная логическая «система» права должна быть подвергнута логической проверке обратного нисхождения для нахождения ответа на возникший спор. Не подлежит сомнению, что это логицистическое представление о праве связано с некоторыми основными тенденциями, психологически присущими праву, как регулятору человеческого поведения. Стремление к точности, к шаблонизированию, к замирению обязанности и притязания требует доказуемости требований противостоящих друг другу спорящих суб'ектов. Представление о логичности всего права необходимо в интересах действования права и право положительное без такого представления трудно представимо. Иное дело интуитивное право и особенно нравственность, этическое «созерцание» которых не должно быть непременно связано с идеей логического единства, монизма права. Эта психологическая потребность положительного права соединяется с потребностями государства, которое также заинтересовано в централизованном едином праве, исходящем от него.

Логический монизм права, нашедший свое наиболее полное выражение в 19-ом веке, должен был проявить себя в двух направлениях: Во 1-х) в индуктивном создании «системы» права, в частности, в отвлеченно, логически - индуктивно составленных кодексах и 2) в дедуктив-

ном разворачивании норм для регулировки и разрешения отдельных случаев. Это раскрытие и есть задача логического толкования права.

Учение о логическом толковании права различает систематическое и историческое толкование.

Систематическое толкование старается логически выяснить содержание закона из того места, которое данный закон занимает в системе права. Необходимость такого толкования возникает особенно в тех случаях, когда самый текст закона может быть истолкован различно, в зависимости от того, куда отнести эту норму, к какому высшему роду или подразделению правовой системы. После 1906 г. в России в свое время возник в доктрине государственного права вопрос о том, является ли император, после введения законодательных палат и по новым основным законом 1906. г., неограниченным самодержцем. Сторонники либерального взгляда опирались на то, что из ст. 4, устанавливающей существо верховной власти монарха, было вычеркнуто в издании 1906 г. слово «неограниченная» власть. Государствоведы же правых взглядов опирались на ст. 222, говорившей о «царствующем Императоре яко неограниченном самодержце». Толкуя систематически спорный вопрос, защитники первого взгляда ссылались на то, что ст. 222 помещается в разделе втором, в «учреждении о императорской фамилии», оставшемся нетронутом после революции 1905 г., между тем как ст. 4 помещена в разделе первом об «основных государственных законах», а в этой последней статье термин «неограниченный» зачеркнут. На основании систематического толкования должен бы быть разрешен и вопрос о том, можно ли считать статью 6-ую гражд. кодекса Р. С. Ф. С. Р. гласящую: «никто не может быть лишен гражданских прав или ограничен в правах иначе, как в случаях и в порядке, определенных законом», конституционным или обыкновенным законом. Несмотря на совершенно общую конституционную формулировку этой статьи, статья эта (6-я), почти текстуально повторяющая стт. 72 и 75 бывш. российских основн. законов, все же по месту, занимаемым ею в системе советского права, а именно в гражданском кодексе, в разделе о суб'ектах прав, бесспорно является

обыкновенным законом. Конституция Р. С. Ф. С. Р. не включает подобной статьи, гарантирующей права личности.

Разумеется, что самое допущение возможности систематического толкования покоится на представлении о единстве и непротиворечивости права. А если это так, то систематическое толкование не следует ограничить одним только сличением нормы с местом, занимаемым ею в том или ином подразделении права. Систематическое толкование будет налицо и тогда, когда, по ознакомлению с содержанием предписываемого данной нормой, окажется, что она должна быть истолкована в более узком смысле потому, что ее содержание по буквальному смыслу не умещается в логические рамки данной правовой системы.

Возможно еще иное логическое сопоставление норм в целях толкования, это сопоставление во времени. Такое сопоставление производится при т. наз. историческом толковании. Очень часто смысл нормы легче всего раскрывается сопоставлением ее с прежней нормой, регулировавшей тот же предмет. Для суб'ективной теории этот метод толкования особенно характерен. Этот метод толкования не ограничивается одним только текстуальным сличением норм, хотя и оно одно часто в состоянии дать неожиданные крупные результаты. Обыкновенно делается ряд изысканий для установления т. наз. воли законодателя. И в этих изысканиях историческое толкование может иногда сбиться с пути логического толкования, склонного отрывать норму от личности законодателя, действующего в определенной исторической обстановке и с определенными намерениями. Логика развивающегося права и необходимость устранения слишком большого расхождения между положительным и интуитивным правом весьма часто заставляет рассматривать норму как вполне оторванную от исторически создавших ее лиц, обстановки и условий. Таким отвлечением от исторической данности лучше обслуживаются интересы оборота. При таком отрыве от исторического сличения норм толкование лучше обслуживает и интересы правотворчества. Так, напр., в английском государственном праве тезис the king cannot do wrong, «Король не может делать зла», возник из монархического начала, связанного с идеализацией

власти монарха, но тот же тезис истолковывается в дальнейшую эпоху сторонниками ограничения этой власти парламентом в том смысле, что король не может делать зла потому, что за него «делают» и распоряжаются министры, ответственные перед парламентом. Если бы здесь выдвинута была необходимость исторического толкования, то, очевидно, нельзя было бы притти к упомянутому выводу.

Помимо различения толкования по характеру самого интеллектуального процесса, проделываемого для его осуществления, возможно еще различение по намерению толкующего. Это различение ограничительного (рестриктивного) и расширительного (экстенсивного) толкования. При этом явно сознается логическая обоснованность как одного, так и другого рода толкования, но в тех или иных целях предпочитается один из них. Так, напр., если в торговом праве устанавливается, что в доверенности рядом с другими данными (имя, содержание поручений, жалование и т. д.) должен быть указан срок доверенности (стт. 38 и 39 Устава Торгового), то может возникнуть спор о праве поверенного заключить сделки на срок, превышающий срок доверенности. Гражданский кассационный департамент российского Сената истолковал закон распространительно, а именно: «Поверенный по доверенности, выданной на известный срок, имеет право заключать сделки и на срок, превышающий срок доверенности, так как последний ограничивает поверенного лишь в том смысле, что он не в праве совершать после срока действия, на которые он уполномочен, но не касается продолжительности заключенных им во время доверенности сделок.» Так же распространительно Сенат истолковал умолчание в доверенности о праве совершения известного действия поверенного. Ясно, что в обоих случаях Сенат мог бы путем логического умозаключения притти и к ограничительному толкованию, связывающему поверенного по рукам и ногам текстом самой доверенности. Очевидно, что в этих случаях помимо логики (могущей служить и тому и другому выводу), как чисто формального средства толкования, в решениях высшего суда сыграло роль и некоторое взвешивание экономическо - бытовых обстоятельств. Ибо в случаях, когда логика дает возможность дилеммы,

того и другого решения, вне-правовая материя должна явиться решающим элементом. В уголовном праве обычно избегают применения расширительного толкования.

В этом случае, когда в процессе логического толкования суд наталкивается на невозможность отыскания большой посылки, т. е. самого закона, тогда приходится установить пробел в положительном праве. Нет нормы, регулирующей данный вопрос. В этом случае возможен двоякий подход. Либо суд становится на точку зрения заключения от противного (argumentum e contrario), либо он прибегает к прямо противоположному способу, — к применению аналогии.

Выясним сущность этого заключения от противного в области толкования права. Если законодатель снабдил известный состав деяния или обстоятельств (А) известным правовым последствием или санкцией (Х), а при составе (Б) законодатель этого не сделал, — безразлично, по упущению ли или преднамеренно, — то при наличии Б, не должно последовать Х. Например, уголовный закон считает наказуемым лесную порубку. Лицо А совершило самовольную порубку дерева, растущего не в лесу, а одиноко в поле. Подлежит ли это лицо наказанию? По принципу заключения от противного (закон снабдил наказуемостью только лесную порубку, а не какую-либо иную), лицо А не подлежит наказанию, ибо не совершило законом предусмотренного деяния (А), а непредусмотренное — Б. Иначе пришлось бы решить этот вопрос на основании аналогии: здесь лицо А подлежало бы наказанию.

В общем и целом во всех культурных государствах, как уже отмечено было (§ 10, разд. 8), аналогия в уголовном праве, за исключением советского союза, не допускается. Бывший российский Сенат по делу, аналогичному приведенному в примере, следующим образом ограничивает применение аналогии в уголовном праве: «Право суда на аналогическое применение уголовного закона ограничивается по отношению к преступлениям и проступкам условием существования в рассматриваемом судом деянии, не предусмотренном прямо общим уголовным законом, несомненных признаков его преступности; таким образом, ответственность по аналогии может влечь за собою лишь деяние,

бесспорно принадлежащее к категории проступков, запрещенных под страхом наказания и лишь по частным признакам не подходящее ни под одно из постановлений карательного закона, напр., самовольная порубка дерева, растущего на поле, должна быть наказуема, как лесная порубка.»

Само собою разумеется, что аналогия не может быть отнесена к толкованию, ибо она отказывается от истолкования нормы, а совершенно открыто применяет ту норму закона, в которой данное деяние или состав обстоятельств не предусмотрены. Аналогия в весьма обширных размерах применяется в частном праве.

Некоторые теоретики к проблемам толкования права относят также толкование частного волеизъявления в правовых сделках, договорах и т. д.

ГЛАВА IV.

Учение о творении права.

§ 13. Законодательство и судебная практика, как формы творения права.

Изучив во всем об'еме предыдущий материал, мы можем прийти к тому заключению, что в теории права равноправное место должно занять учение о творении права, т. е. о создании будущего права.

Мы видели выше, какую роковую роль сыграли привычки называния и профессиональный подход к проблемам теории права. Мы видели, что именно этот подход часто мешал приобщить к праву то, что к нему несомненно относится, но что по обычному словоупотреблению и согласно судебной практике не считается правом. Самым роковым и печальным недоразумением является основная, но редко открыто высказываемая теза: «Теория права есть только теория о положительном (позитивном) праве.»[1]) Мы на предыдущих страницах курса успели в значительной степени убедиться в том, что такой тезис отстаивать невозможно. Нам для раскрытия сущности права пришлось раздвинуть рамки исследования гораздо шире, чтобы установить место права в этике и его отличие от нравственности (ср. выше § 4), нам далее пришлось ознакомиться с интуитивным правом и его проявлениями, подчас становящимися факторами общественного движения, всегда влияющими на положительное право.

Только на фоне такого исследования мы могли прийти к выводу, насколько в сущности неправильна теория права как теория положительного или позитивного права. Ведь если термин «позитивное право» должен иметь какой-

[1]) Этот тезис, в сущности резюмирующий и взгляды Бергбома, открыто защищается Кельсеном (ср. предисловие ко второму изданию его „Hauptprobleme".

нибудь научный смысл, то он должен означать, что позитивное право есть единственно реальное, действующее право. А между тем, исследовав сущность интуитивного и в частности естественного права, мы увидели, что оно ни в коем случае не менее действенно, не менее реально и постольку не менее «позитивно», чем положительное (позитивное) право. Все дело только в том, что оба эти основных рода права только по разному проявляют свою действенность. Если оба рода права — позитивное и интуитивное — одинаково реальны в смысле определителей и регуляторов человеческого поведения, то они оба в одинаковой степени нереальны, если к реализму норм права, подойти так же, как к реализму естественных наук и их законов. По законам естественных наук мы можем себе составить ясную картину причинной цепи совершающегося, происходящего в природе. По нормам права мы не можем судить о происходящем, бывающем в обществе и это в одинаковой степени относится как к положительному, так и к интуитивному праву.

Реализм права скрывается в его психологическом проявлении, как особого регулятора человеческого поведения. И это ясно обнаруживается тогда, когда мы охватим все области проявления права, тут отождествление права вообще с положительным правом совершенно немыслимо. Положительное право, конечно, находится в известном антагонизме с интуитивным правом, этот антагонизм иногда может привести к перевороту в праве (см. § 11, разд. 3), но тем не менее оба рода права действуют и реализуются одновременно. Столь же теоретически нелепо отрицать существование интуитивного права (— что делают защитники положительного права, особенно в лице догматиков и нормативистов), как с другой стороны признавать только наличие интуитивного права (что бессознательно раньше делалось особенно часто в доктрине естественного права). Нельзя искать синтеза между обоими видами в содержании предписываемого, оба сосуществуют, действуя разными способами.

Есть одна, недостаточно ясно нами до сих пор раскрытая, разница в действовании положительного и интуитивного прав. Первое очень часто должно быть передано через посредство особых органов и методов, раскрывающих

его сущность. Положительное право должно быть опознано, узнано. Это есть то, что немцы называют Rechtsfindung, (нахождение права), этим занимаются суды и специально обслуживающие их специалисты. Иногда положительное право узнается только в результате длительного и сложного толкования.

Интуитивное право не нуждается для своей реализации в толковательном аппарате, оно выявляется непосредственно, поскольку оно есть.

Несмотря на богатые толковательные наслоения судебной практики и доктрины, потребность в издании новых законодательных норм продолжает увеличиваться все в большей степени.

Современное т. наз. правотворчество страдает чрезмерным законопоклонничеством. Настолько, что законотворчество иногда заслоняет самое творение права. Считается достаточным для регулировки известного круга вопросов ограничиться изданием соответственного закона и этим считать вопрос с правовой точки зрения урегулированным. Такое состояние общественной психологии можно было бы назвать с у е з а к о н и е м. Оно наблюдается в последнее время особенно часто там, где приходится регулировать новые отношения. Это замечается прежде всего в изобилии декретов и законов, сыплющихся на головы правоподчиненных, как из рога изобилия. Историки уже давно установили тот факт, что никогда и нигде не бывает такого перепроизводства норм, как там и тогда, где и когда они меньше всего соблюдаются. Так как сверх того, законы издаются по свежим следам, вслед за немедленно проявившейся необходимостью, то законодательства соответственных государств перегружены исправляющими новеллами, изменениями и дополнениями к недавно изданным законам, в которых за спешностью и недостаточной обобщенностью материала, вдруг открываются зияющие пробелы, которые наскоро заделываются новыми нормами.

Чрезмерное обилие законов и норм заставило в последнее время взяться за пересмотр старой правовой аксиомы, что «никто не может оттовариваться незнанием закона». (Error juris semper nocet.) Эта аксиома, как известно, покоится на фикции, что все положительное право

или все законы известны всем гражданам государства или, по крайней мере, что они могут им быть известны. В странах с абсолютной или почти абсолютной грамотностью населения эта фикция, по крайней мере, может считаться вероятной теоретической предпосылкой, в прочих странах эта и без того обманчивая предпосылка превращается в лживое утверждение. Это утверждение неизбежно не только в интересах внешней надежности правопорядка, но и в виду психологической необходимости опереть положительное право на правосознание. И тем не менее оно в виду трандиозного наростания законодательных норм все менее может служить основанием запрета и связанных с незнанием закона отрицательных последствий. Первый большой прорыв этой аксиомы произошел в Германии, в разгар мировой войны, после того, как меры планового хозяйства породили невероятно большое число всякого рода узаконений. 18 янв. 1917 г. особым указом было установлено, что нарушение подобных узаконений остается ненаказуемым, если лицо, учинившее его, находилось «в добросовестном заблуждении о существовании или применимости нарушенных предписаний и потому считало свои действия разрешенными». Та же идея вносится в проект нового германского уголовного уложения.[1])

Неведение закона становится настолько неизбежным, что исконную фикцию все труднее отстаивать. В Германии, напр., в Имперском Собрании законов (Reichsgesetzblatt) за время от 1867 до 1916 г. напечатано свыше 10.000 номеров.[2]) В Латвии, как и в других новых государствах, возникших на территории бывшей Российской Империи, помимо большого количества законов унаследованных от России, издано большое количество за-

По мере перехода к этим последним, философско-ране сведенных в стройную систему.[3]) Хотя и здесь существует фикция знания законов и запрет неведения, пере-

---

[1]) Ср. Hedemann, Einführung etc. S. 338.

[2]) Там же, стр. 514.

[3]) Количество законодательных актов, опубликованных в латвийском „Сборнике узаконений" с 1919 г. по 1 янв. 1929 г. равняется 2061 номеру.

производство законодательства и здесь чувствуется весьма больно.[1])

Учение о судьях как «устах закона», существующее со времен Монтескье, до сих пор удержалось в континентальной Европе (кроме Англии и скандинавских стран), судья применяет только закон и судебное решение по существу считается всегда решением законодателя. Основная, до сих пор непарушенная, молчаливо признанная аксиома гласит, что «явные пробелы в кодексе (законе) может пополнить только законодатель, а не судья». Если это в значительной мере верно касательно уголовного права, то относительно гражданского права это утверждение абсолютно неверно.

Практика судебного правотворчества еще больше увеличиваст запас тех знаний, которые необходимы в интересах применения права; по сравнению со знанием судебной практики знание законов представляется более легким. Если толкование законов приходится признать согласным с волей законодателя, то знание законов должно в сущности охватить и знание судебной практики, из законов выросшей.

Сколько бы все это ни было необходимо с точки зрения государства и твердости правопорядка, с точки зрения политики права поднимается вопрос о наличии полного отчуждения между действующим правом и народным правосознанием.

Ясно, что в дальнейшем наука права должна будет поставить во всем об'еме вопрос о надлежащем научно-проверенном творении права. Если в прежних условиях возможно было в этом отношении предоставить все вольному течению событий, своеобразному законодательному laissez faire, laissez passer, то в настоящее время, когда разумное руководительство проникает во многие области, прежде чуждые всякого регулирования, это в тем большей степени относится к праву.

---

[1]) Характерно, что в то время, как в императорской России в основных законах (ст. 95) говорилось, что „никто не может отговариваться неведением закона, когда он был обнародован установленным порядком, в Латвии эта норма напечатана в качестве одной из статей закона о „Правительственном Вестнике". (8 мая 1925 г.)

Прежде существовавшее сравнительное многообразие источников права все уменьшается и начинает почти исключительно сводиться к законному праву с непосредственно на нем опирающейся судебной практикой. Обычное право, вместе с исчезновением прежних форм народного общежития, повсюду исчезает, а вместе с ним и тот единственно непосредственный проводник хотя и консервативного, весьма часто устарелого, и к жизни не годного, но все же государством — его законами и судами — не монополизированного права. Вместо этих устарелых форм обычного права не создано новых. Океан оффициального правотворчества не воспринимается, как следовало бы, правосознанием населения и каждый индивид силою этих обстоятельств покинут на произвол своего собственного интуитивного правосознания. Иногда это последнее дает надлежащий ответ, но очень часто отсутствие руководства и правовой ориентировки порождает отчаяние. О невозможности «ведать» законы мы говорили выше, тем менее возможно восприятие судебной практики. Поневоле приходится здесь отметить прекрасные слова Ф. Клейна, бывшего министра юстиции императорской Австрии: «главная ценность права заключается не в относительно малочисленных правовых решениях судей, но в миллионах правовых решений профанов в каждодневном обороте». Но эти «профаны», рядовые граждане, не искушенные в юриспруденции, предоставлены самим себе. Их правосознанию не предуказаны никакие пути и даже обращение их к юристам не может решить вопроса. При отсутствии всякого правового воспитания населения и отсутствии всяких путей к организованному восприятию этого правосознания для претворения его в новое действующее право правопорядок путем печатания законов и судебных решений не может укрепиться в стране. «Закон — признают и догматики права — есть требование государства, чтобы нечто стало правом», «путем закона государственная власть определяет, что должно стать правом ... но это еще не есть действующее право, закон это план, эскиз будущего желательного правопорядка, преподносимый в готовом виде законодателем.»[1])

[1]) Виндшейд — Кипп, O. Bülow, цитирую по книге Э. Юнга, ук. соч. стр. 141.

Право мало-по-малу в глазах профанов делается чем-то недоступным, разобраться в чем могут только специалисты. Право, отчуждаясь от масс, становится вместе с тем далеким и как бы неприступным, под этим влиянием и наука права делается как бы какой-то тайной наукой.[1])

Правда, имеется одно средство непосредственного выявления народной воли в законодательстве, это т. наз. народная инициатива и референдум, предоставляющие всему населению государства путем всенародного голосования принимать или отвергать законы. Будучи лишены возможности здесь подробно разобрать этот институт, отметим только, что народное голосование лишь в весьма незначительной степени воспроизводит подлинное народное законодательство непосредственных демократий с их вечами, народными собраниями, обсуждавшими и принимавшими законы и нормы права. Народ во всех странах народной инициативы и референдума, начиная с двух классических стран Швейцарии и Сев.-Америк. Соед. Штатов, продолжая Германией и кончая балтийскими государствами (Латвией, Эстонией и Литвой), — не успел утвердить себя в качестве подлинного законодателя, могущего с достаточным знанием дела вмешиваться в вопросы правотворчества. В Швейцарии, напр., народная инициатива является исключительной и редко применяемой мерой. За промежуток времени от 1874 г. до 1920 г. двенадцать законопроектов было принято в народном голосовании, а двадцать — отклонено. Но за 46 лет это число надо признать ничтожным по сравнению с необозримым числом законов, принятых союзным швейцарским законодательством. Несколько лучше результаты в Сев.-Америке, где народной инициативой иногда успешно боролись против произвола и коррупций парламентов отдельных штатов. Об опыте после - военных конституций в этом отношении судить еще преждевременно, но обращения к народному го-

---

[1]) Один из известных немецких философов L. Nelson в книге „Rechtswissenschaft ohne Recht“ делает следующий вывод: es tritt denn auch . . . am klarsten zu Tage, dass die sogenannte Rechtswissenschaft, weit entfernt der wissenschaftlichen Sicherstellung des Rechts zu dienen, sich in eine frivole Advokatenkunst verwandelt hat . . . (S. 229.)

лосованию чаще всего носят здесь скорее ярко - политический характер, нежели законодательно - деловой.

Без поднятия общего уровня правосознания никакие сами по себе технически удовлетворительные гарантии конституций, регулирующие народное голосование, делу не помогут. А дальнейшая механизация правотворения при помощи умножающихся законов и еле поспевающих за ними исправляющих и отменяющих новелл с одной стороны и наслаивающегося судоговорения, с другой, обязанного находить подчас весьма трудные решения, лавирующие между Сциллой остатков и фрагментов прежнего гражданского права и Харибдой зыбких наслоений нового гражданского и социального права — такое механически - продуктивное правотворчество не усиливает правосознания, не поднимает уважения к праву и не сближает народ с положительным правом. Все это должно заставить не только теоретиков, но и практиков права подумать о некоторых основных реформах, лежащих в плоскости политики права. При свете этих перспектив политики права и перед самым правотворением открываются новые горизонты.

§ 14. Политика права и социальная педагогика.

Раньше, чем мы перейдем к рассмотрению в подробности политики права[1]) и ее отношения к школьной и внешкольной социальной педагогике, мы должны поставить себе один основной вопрос: необходимо ли для социальной педагогики, занимающейся проведением в жизнь главнейших основ политики права, создание некоторых заранее установленных целей или главной цели - идеи политики права. Мы себе представляем дело таким образом, что социальная педагогика является одной из главных п р и к л а д н ы х о б л а с т е й политики права. Политика права, как мы уже видели в течение всего предыдущего

[1]) Самое понятие политики права употребляется нами здесь в том смысле, в каком мы говорили о нем выше, в § 2, где политика права, как наука о будущем желательном праве, противополагается науке о теоретической сущности права.

курса и особенно в последней главе, имеет несколько областей своего приложения: при создании нового права, при судоговорении политика права может играть весьма большую роль, но главная область ее приложения, до сих пор почти совсем заброшенная юриспруденцией и целиком предоставленная чистой педагогике, — это социальная педагогика. И здесь, в социальной педагогике, было бы особенно естественно и даже как бы желательно установление как бы одной основной идеи - цели педагогики права. Из этой основной идеи, впоследствии особенно удобно дедуктивно выводить частные идеи - цели для отдельных отраслей права.

Так вопрос и был поставлен Р. Штамммлером. В качестве основной идеи - цели политики права он выдвигает: „die Gemeinschaft frei wollender Menschen", «общение свободно волящих людей».

Исходной точкой Штамммлера является волюнтаристическая. «В понятии социальной жизни, говорит он, мы различаем регулирующую форму и регулируемую материю.»[1]) Первая — это право, оно будучи само по себе «волением», активно вмешивается в окружающую жизнь и властно регулирует материю, эта регулируемая материя — есть хозяйство. Поставив, таким образом, марксистское восприятия о праве как надстройке на голову, но конструктивно не изменивши соотношения между ними, Штамммлер вместо об'ективного хода саморазвивающегося по внутренним законам хозяйства (экономики), представляет себе хозяйство как пассивную материю, подчиняющуюся активной форме — праву. В чем же примирение между формой и материей? В формальном методе: «по материалу — говорит Штамммлер — всякое воление является исторически обусловленным. Оно возникает из особого исторического положения и открывает для своего генетического обсуждения необходимые причины. Однако, всякое, особое по содержанию, воление связано с другим, конкретно от него отличным ... Они, оставаясь отдельными,

---

[1]) R. Stammler, Хозяйство и право, русск. перевод Давыдова, Т. I, стр. 173.

сходятся между собою в общем формальном способе».[1])

Завершением такого формального метода является для политиков права отыскание одной основной идеи-цели. Эту связь между волюнтаризмом Штаммлера в теории права и его взглядами в области политики права еще недавно установил также и ван Калькер.[2]) «Сущность политики, как и сущность права в «волении». Для нас речь идет в первой линии о нахождении руководящих линий для политической целепостановки», в отношении к этой главной цели все остальные, подчиненные цели отдельных дисциплин и видов прав являются только вспомогательными техническими вопросами. Пригодность же правно-политического воления определяется формальной категорией «правильности». «В этом формальном смысле — говорит ван Калькер — «правильная политика» означает единообразно упорядоченное воление к созданию общественной жизни (Gemeinschaftsleben).«

Мы и полагаем, что такой несколько наивный подход к созданию общественной жизни вовсе не обязателен для всякой такой теории права, которая не усматривает сущности права в воле или волении. С этой точки зрения мы считаем непоследовательным выдвижение Петражицким иного, но тоже формально об'единяющего идеала-цели политики права. Петражицкий раньше и независимо от Штаммлера в качестве такого идеала выдвинул следующий: «достижение совершенно социального характера, совершенное господство действенной любви в человечестве.»[3])

Вполне понятно, что политика права, как наука о будущем, желательном праве, о том, что и как должно стать правом, предполагает существование как бы одной общей идеи, к которой волюнтаристически надо стремиться и из которой дедуктивно выводятся умозаключения относи-

---

[1]) R. Stammler, „Сущность и задачи правоведения", стр. 33 курсив мой.

[2]) F. van Calker, Das Problem der richtigen Politik в сборнике Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage, 1926, стр. 80 и сл.

[3]) Введение в изучение права и нравственности, СПБ. 1907, стр. VII.

тельно отдельных областей права. Если такой ход мысли понятен для штамплеровской теории, для которой само право есть род воления, то нам казалось бы, что психологическая теория права не может стать на эту точку зрения. Для этой теории право, как явление, не есть воление, а психологическое явление особого порядка. Каждый вид права, как мы выше видели, представляет собою особый психологически обусловленный и исторически сложившийся комплекс, внешняя сумма всех видов права не составляет права вообще, следовательно и сумма гражданско-правовой политики, уголовно-правовой, международно-правовой и ряда других политик частных видов права не дает в своей совокупности общей политики права. Думать поэтому, что для политики права достаточно наперед выдвинуть какой-либо идеал, из которого впоследствии можно будет дедуктивно выводить те или иные умозаключения для той или иной отрасли политики права, значит совершить большую ошибку. Уже одно только существование двух больших принципиально и мотивационно различных областей права — частной и публичной — лучше всего доказывает, что недостаточно для научной политики права выдвижение идеала плюс последующая дедукция. Пока же каждая крупная дисциплина права может — внутри самой себя и применяясь к ее особой проблематике — вырабатывать свою собственную политику права. Быть может, все эти отдельные политики впоследствии можно будет сложить и индукционно вывести заключения и общие программные положения касательно общей политики права. В такой мере политика права и должна пользоваться также индуктивным методом.

Пока же только одно остается общим для всех отдельных «политик» права,— это не столько «идеал достижения совершенно социального характера», сколько воспитание в духе права и облечение строительства общественной жизни в переживания и формы права. Сознательное внесение права в те области, которые до сих пор остаются подвергнутыми произволу и усмотрению, есть одна из очередных задач не столько специально правотворчества, сколько вообще всей культуры. А такое внесение права невозможно одним только провозглашением прописей. Старый

церковно-религиозный подход к проблемам этики тоже не ограничивался проповедями и прописями, и здесь пытались произвол ограничить и создать некоторые практические лаборатории нравственного воспитания и совершенствования: это были монастыри. Нельзя отрицать, что монастыри, скиты и т. д. занимались не только внутренним воспитанием своих сочленов, но долгое время были единственными носителями идеи и практики социального обеспечения и помощи нуждающимся. Светской формой такого разрозненного этического и правового улучшения и воспитания является создание фаланстеров, коммун и т. д.

Политика права должна покончить с таким разрозненным улучшением отдельных групп, с культивированием для них, этих групп, особого этического подбора, с наперед преднамеченным невовлечением «мирян», профанов, непосвященных, не-товарищей и т. д., не прошедших религиозного, нравственного или социально-партийного искуса. Политика права отбрасывает культивирование особых образцовых питомников права или нравственности и хочет впервые создать общее, для всех применимое, улучшение этического и, в частности и особенности, правового уровня населения. Создание идеала с соответственной дедукцией не улучшает положения: так строилась политика права (или нравственности) монастырей, сектантских скитов и партийных общежитий. Идея таких обособленных общежитий или «приятелищ» заключалась в данном религиозном или социально-политическом идеале, его осуществлении и дедуктивном проведении.

Политика права должна быть способна создать подлинное общежитие, вне ограниченного круга людей или местности. Она поэтому должна касаться всех и видоизменяться лишь сообразно данному кругу правовых проблем. Напр., уголовная политика имеет целью определенное воспитание всех членов общества в известном направлении, она приспособлена поэтому не к избранным, а ко всем разновидностям обычного среднего человека. То же относится к другим видам политики права. Политик права должно быть столько, сколько существует видов права, напр., политика гражданского, уголовного, государственного права и т. д., а общая политика права должна их

об'единить индуктивно в качестве $n + 1$-й теории, если таких политик было n.

Пока же в основу такой общей политики права может быть положено только воспитание в духе права, которое должно коснуться как детей школьного возраста, так и взрослых. Вот почему я различаю *школьную* и *внешкольную* социальную педагогику.

Не следует думать, что социальная педагогика представляет собою отрасль чистой педагогики. Эта область давно уже составляет предмет интереса не только педагогов, но и юристов и, при этом, прежде всего, теоретиков права и государства.

Далеко не случайным является то обстоятельство, что величайшие государствоведы и теоретики права в то же время творчески работали в области педагогики и особенно социальной педагогики. О древне-греческих мыслителях нечего и говорить, но и такие гении мысли, как Джон Локк, Жан-Жак Руссо и Фихте, а в новейшее время философ права Л. Петражицкий одинаково посвящали свое внимание как общим вопросам права и государства, так и вопросам совершенствования личности в направлении выработки социального характера. Да это и неудивительно. Только те ученые юристы могли оставаться безразличными к вопросам воспитания, которые праву придавали исключительно внешний, наружный характер постороннего приказа, кто в праве прежде всего видел форму и норму и совершенно не учитывал психологического характера и подосновы права.

Девятнадцатый век, создавший догматическую школу права с ее слепым преклонением букве положительного или, вернее, законного и писанного права, отдалил юристов и, в частности, государствоведов от вопросов педагогики. Необходим был отказ от мертвящей догматики, не видящей дальше того, что в данное время и в данном месте предписывается в качестве действующей нормы, необходимо было обращение к психологической сущности права, чтобы сразу обнаружилось, что помимо закона «действует» еще нечто несоизмеримо более важное — это человеческая душа, действие которой не ограничено юридическими рубежами теперешнего времени и местного пространства.

И вот, когда юриспруденция — в ее теоретической, а не прикладной части — обратилась к психологической сущности права, она неожиданно для себя обрела громадную область соприкосновения с воспитательными задачами. До тех пор, покуда право воспринималось только как совокупность норм, что-то предписывающих или запрещающих, им приписывалось, главным образом, охранительное и устрашающее значение. К каждой из этих норм как бы мысленно прибавлялись слова уложения царя Алексея Михайловича: «дабы другим неповадно было так делати».

Совершенно иное получилось тогда, когда право и его нормы стали пониматься не только как внешние устрашители, когда сами переживания права были положены в основу всякого учения о праве. Это воззрение было впервые полно и всесторонне обосновано проф. Л. Петражицким.

С обывательской точки зрения, привыкшей смотреть на право, как на сумму законов и поддерживаемой грубопрофессиональным взглядом практических юристов, между правом и (интуитивно - правовой) совестью ничего общего нет. Но углубленное научно - психологическое понимание права показывает нам, что так наз. «голос совести» есть не что иное, как проявление внутреннего интуитивного права, не ссылающегося на внешний авторитет закона или обычая. Кто может при таких условиях отрицать огромное воспитательное значение права? В таком свете развитие правосознания становится одним из основных заданий социальной педагогики.

Если общественную жизнь и особенно государство представить себе как сцепление ряда правоотношений, если само общежитие зависит в последнем счете не от механической силы, а от наличия коллективной связи не только в области внешнего обмена и производства, но и в самом сознании людей, составляющих государство, то ясно будет, что развитие современной социальной жизни невозможно без одновременного с нею развития — а, следовательно, воспитания — правосознания.

При этом в общественной жизни гораздо большее значение имеет двусторонняя этика права, знающая кроме обязанности и притязание той стороны, которой причита-

ется получить что-либо, нежели односторонняя этика нравственности. В особенности это относится к мотивации, исходящей из сознания нашего права. Гете как-то заметил, что тот, кто переживает свое право, никогда не бывает жалким, в нем развивается особое чувство, близкое по своему характеру чувству достоинства. Эту мотивацию сознания своего права Петражицкий назвал активной правовой мотивациею в противоположность мотивации, исходящей от сознания нашего правового и нравственного долга, которую он называет пассивной. Нельзя не согласиться с Петражицким, что «активная правовая мотивация является, наряду с пассивною, существенным и необходимым фактором социальной жизни и социального строя».[1])

Если это так, то не подлежит никакому сомнению, что рядом с научно - учебным материалом, даваемым школой, необходимо также воспитание чувства связи с обществом и прежде всего воспитание правового чувства и сознания, этим самым порождена будет и в о л я к о б щ е н и ю.

Ж.-Ж. Руссо в свое время, обосновывая свой «Общественный договор», как основу государства, различал о б щ у ю в о л ю и в о л ю в с е х: первая имеет в виду общие интересы, вторая — это только механическая сумма воль отдельных людей — и потому имеет в виду частные интересы. Гораздо правильнее положить в основу государства не фиктивную общую волю, а волю к общению. В о с п и т а н и е с о ц и а л ь н о г о х а р а к т е р а ч е р е з п о с р е д с т в о п р а в о с о з н а н и я с о с т а в л я е т, п о н а ш е м у м н е н и ю, ц е н т р а л ь н у ю п р о б л е м у с о ц и а л ь н о й п е д а г о г и к и.

В свете психологической теории права становится, по моему, особенно ясным то обстоятельство, что социальная педагогика перестает быть делом одной только школы. Для правильно понятой социальной педагогики существует кроме школьного еще и внешкольное воспитание, ибо для социальной педагогики, основанной на знании ее правовых основ, не существует совершеннолетия, вне рамок возраста право и нравственность длят свое педагогиче-

[1]) См. Л. Петражицкий „Теория права" Т. I., стр. 147—148.

ское воздействие. Рассматривая, напр., новейшее право (см. выше § 10) мы успели убедиться в том, что оно сознательно стремится к педагогическому воздействию на лиц, учинивших то или иное преступное деяние. Но и до этого, до всякой научной мысли или университетских теорий, право во всей его совокупности действовало, как мы видели, воспитательно и при том по отношению ко всякому лицу. участвующему в общественном правовом общении, независимо от его возраста. Этим всегда — бессознательно — занималось все действующее право: уголовное право в самой неприкрытой форме пыталось, особенно раньше, в виде кар, заниматься т. ск. лечебной педагогикой, выступая уже после совершения деяния, впоследствии оно признало также предупредительные, превентивные задачи. Периодами, менее грубо, педагогикой занималось административное или вернее полицейское право и совершенно скрыто для глаза и внешней нормы невидимо, все гражданское право воспитывало своего гражданина средней дилигенции, среднего рвения, подымая его этически все выше от уровня «права употребления и злоупотребления» своей вещью, до еще не достигнутого в жизни уровня нормы: «собственность и вообще всякое право обладания — обязывает».

Остановимся пока на школьной социальной педагогике.

Если вообще в старой школе элемент у ч е н и я и з н а н и я преобладал над всем, то это в особенности относится и к нашей проблеме: и здесь п е р е ж и в а н и я важнее знаний. Кто ныне уже отрицает, что необходимо развивать гражданские и социальные чувства детей? Из новейших исследователей назовем лишь Наторпа,[1]) Радбруха, [2]) Фиркандта, [3]) Гессена [4]) и Румян-

---

[1]) P. N a t o r p. Sozialidealismus, Neue Richtlinien sozialer Erziehung, Berlin 1920.

[2]) G. R a d b r u c h. Kulturideal d. Sozialismus и его Religionsphilosophie d. Kultur, Berlin, 1921.

[3]) A. V i e r k a n d t. Die sozialpädagogische Forderung der Gegenwart, Berlin 1920.

[4]) С И. Г е с с е н. Основы педагогики, Берл. 1923, особ. гл. V. Идея автора о школе, как „правовом государстве в миниатюре“, осталась недостаточно развитой в этой прекрасной книге.

цева.[1]) После потрясений, пережитых современным человеком, после этических опустошений, причиненных годами мировой войны и после - военной разрухи не найдется больше ни одного вдумчивого педагога, который не учтет громадного значения правового воспитания юношества.

Но само собою разумеется, что и здесь мы стоим перед одной всепоглощающей опасностью современной книжной школы: она может заменить основное задание социальной педагогики — воспитание нового правосознательного человека — маленькой реформой введения нового — или старого — «предмета», подлежащего такому же заучиванию, как и прочие, — предмета правоведения. Изучение такого предмета по обычному типу ничего полезного дать не может. Мы видели это на примере предмета «законоведения», некоторое время бывшего обязательным в российских гимназиях и средних школах. Этот предмет представлял обычно жалкую сводку основных сведений по государственному, уголовному и гражданскому праву, разжиженное предвосхищение будущего университетского курса энциклопедии (общей теории) права. Практически этот предмет также превратился в комплекс обязательных к изучению страниц, основным материалом которых была определенная совокупность действующих законов. «Правоведение» подобного рода, как «предмет», еще меньше воспитывало правовое чувство учеников, нежели предмет «логики» — логическое их мышление.

Задача воспитания правосознательного человека, гражданина, как члена общества, вообще не укладывается в тот или иной «предмет», а тем менее в предмет, подлежащий заучиванию. Усвоение норм и знание законов не

---

[1]) Н. Е. Румянцев. Педагогическая психология, Пгр. 1918. Останавливаясь (на стр. 116—126) подробно на прежней русской школе, автор подчеркивает необходимость развития правосознания. „Добросовестность в исполнении своих обязанностей, чувство долга является цементом в общественной жизни самоуправляющегося государства и эти чувства надо культивировать, развивать и поощрять. Школа располагает целым рядом условий, которые помогают развить это чувство. Самое главное, это правосознание, важно, чтобы человек чувствовал, что его права священны“ . . .

только не гарантирует от обхода и нарушения их, оно иногда даже способствует более «удачной» правонарушающей деятельности с избежанием немедленного наказания. Речь здесь прежде всего идет о воспитании соответственных общественных стремлений, что невозможно осуществить путем уроков и преподавания. Необходимо, чтобы задачи социального воспитания проникали всю жизнь школы, определяя отношения а) учащихся между собою), б) учащих к учащимся и учащихся к учащим и, наконец в) отношение обеих групп к предмету школьного воспитания и образования. В прежней школе, построенной по типу школы обучения, самое учение было процессом, осуществляемым активным учителем над пассивными учениками. Восприятие, являвшееся основным заданием школы, влекло за собою и развитие других, пассивных чувств и переживаний у учеников. Дисциплина, кстати, берущая как слово и понятие, свой корень от слова ученик (discipulus), имеет в виду прежде всего послушание, вот почему старый образец ученика — это послушник.

Старая школьная дисциплина совершенно лишена была всякого элементарного понимания правового воспитания и особенно активной правовой мотивации. По отношению к этой дисциплине могли только быть либо послушники, либо ослушники, первые — награждаются, вторые — караются, между этими двумя крайностями располагаются довольно безразличные ряды среднего ученичества, которым уделяется весьма ничтожное внимание. Вся механика строгости и бдения направлена фокусом своим на «первых» (primi) и «последних» (ultimi) учеников; этим косвенно как бы признавалось, что иного, более тонкого психологического воздействия, кроме награды и кары, школа не знает, что главная масса детей, не уклоняющаяся ни вверх, ни вниз от нормы, должна остаться как бы вне прямого воздействия школы.

Вместо казарменной и школьной дисциплины прошлого необходимо создать правовую дисциплину, которая в противоположность прежней дисциплине, где исполняющий превращается в простой об'ект послушания начальству, рассматривала бы каждого человека, в том числе и школьника, как суб'екта права, д о б р о с о в е с т н о и с п о л-

няющего свой долг, в сознании, «что только правое ему повелено быть может» и притязающего на принадлежащие ему права. В обстановке прежней дисциплины свобода, «воля» рисуется как освобождение от навязанного ига долга, дающееся только путем механической приостановки работы или удачного уклонения от нее; свобода тут — отсутствие всяких связей, полный безудерж. Вот почему всегда мертвящая дисциплина сменяется дебошем и диким озорством, — так было и в старой казарме и в прежней школе.

Совершенно иное — правовая дисциплина. Она является результатом правового воспитания и поэтому не ограничивается внешне установленными часами, а постоянно живет в душе человека. Если для прежней дисциплины порядок основан на подавлении всяких иных жизнепроявлений, кроме рефлекторно проявляемого подчинения, то правовая дисциплина очеловечивает порядок. Только под этим углом зрения мы рассматриваем то стремление великого педагога Песталоцци к «очеловечению государства», о котором пишет Наторп.[1])

Право, сказали мы выше, является регулятором человеческого поведения. Но если отдельному индивиду, оторванному от общества, независимому от обычных связей, достаточно руководиться одною только нравственностью, то человеку, как животному общественному, без права обойтись невозможно. Это последнее не столь неумолимо в своих требованиях, не требует совершенства, но зато связывает человека двойной связью: сознанием долга и сознанием наличия притязания со стороны управомоченного требовать.

Можно сказать, что с этим общественный человек появляется на свет; и если нет естественного права, как каталога прирожденных прав, то существует прирожденная склонность человека к правовым переживаниям, существующим у человечества в продолжении многих тысячелетий.

Задача социальной педагогики только вскрыть и укрепить эти правовые эмоции человека. Школа может извра-

---

[1]) См. П. Наторп. Культура народа и культура личности, СПБ. 1912, стр. 26.

тить или подавить эти правовые переживания, но она же может и укрепить их. Все общественные функции сопровождаются именно возможностью облечения их в правовые переживания. Форма этих переживаний, так сказать, изначально дана самой наличностью общежития, и если школа не умеет заполнить их годным содержанием, то предрасположенность эта к праву и его переживаниям может приобрести весьма вредный и анти-общественный характер. Достаточно учесть то, что до сих пор наблюдалось в каждой школе. Солидарность класса существует независимо от наших приказов, при этом солидарность эта носит правовой характер: «каждый за всех, и все за каждого», на это каждый может притязать и каждый сознает свою обязанность по отношению к целому. Если в эту правовую форму солидарности не вливается положительное содержание, она наполнится отрицательным: в солидарном классе учинение всяких безобразий, порча предметов, преследование учителей и т. д. покрывается особым правовым покровом: класс никогда не выдаст зачинщиков того или иного безобразия и инициативные одиночки притязают на такое недоносительство со стороны всех товарищей по классу. Фискальство является тягчайшим преступлением школьно - ученического права.

Никто не будет сомневаться в том, что самое наличие таких правовых переживаний классовой ученической солидарности должно быть оценено положительно. Старая школа, склонявшая отдельных учеников к выдаче виновников, совершала тяжкую педагогическую ошибку. Вместо того, чтобы снабдить проявляющиеся правовые склонности детей к солидарности положительным содержанием и материалом, она, будучи бессильной это сделать, разрушала самую ткань социальных чувств своих воспитаников. Своих задач она все равно не добивалась и только теряла последние остатки своего этического признания в глазах ее воспитанников. Ученическое право солидарности сразу превращало все официальное школьное право и притязание учителей во что-то для них необязательное. Разрыв отношений между учащимися и учащими как бы освобождает учащихся и от долга добросовестного учения: допускается списывание и всякий иной обман учащих в области обучения.

Необходимо, таким образом, только заполнить эту правовую психологию положительным содержанием. Учащие, учащиеся и самый об'ект образования и воспитания, т. е. работа, исполняемая школой, должны быть слиты в одну триединую систему, где никто не мог бы выбыть из связи правоотношений. Иначе, при раз'единении этих трех элементов и при наличии переживания правовой солидарности в психике детей, школа получает до некоторой степени тюремную окраску: учащие — это надсмотрщики («надзиратели»), учение — претерпеваемое наказание, даже пребывание в школе есть некоторый вид наказания (оставление в школе после уроков с дополнительным заучиванием или даже без такого заучивания и т. д.), а учащиеся — отбывающие наказание, интересы и солидарность которых должны быть направлены против надзирающих учащих.

Реформа школы и детского воспитания должна быть проведена не только по линии методов обучения, но и в области этических переживаний детей. Вот почему идея самоуправления, превращая детей в единое государственного типа общение — является прямою необходимостью. Так мы оцениваем англо - саксонскую идею school city. Дело, разумеется, не во внешнем подражании учреждениям государства взрослых: в копировании выборов парламента, назначении должностных лиц и т. д.; вопрос здесь идет прежде всего о развитии переживаний права и, в частности, права публичного, построенного на идее общего служения. Правильно поставленная система школьного самоуправления покончит раз навсегда с теми неопределенными солидаристическими чувствами, которые существуют в каждом общении, в том числе и в разбойничьей банде, — это предпочтенье своей банды, своего кружка всяким другим, «чужим» группам. Кастовая солидарность внутри себя и презрение или даже враждебность к другим еще не составляет школы права. Такие группки с подобными переживаниями существовали очень давно: презрение дворянских школ к другим, столкновение между воспитанниками военных школ и гражданских, презрение гимназистов к реалистам и т. д. Это — то проявление солидарности, которое копирует весьма низкое состояние взрослой об-

щественности, ныне уже давно преодоленное историей смены государственных форм. Аристократический (кастовый) анархизм есть худшая школа для правового воспитания будущих членов общества. Она впоследствии приводит к нетерпимости к чужим взглядам, к полному неумению организовать общество, к неумению жить подлинной государственной жизнью.

Школа, неспособная поставить дело правового воспитания, подготовляет гибель общества взрослых. Дети, недоразвитые в правовом отношении, представляют величайшую опасность для культурных судеб государства, ибо это будущие граждане, склонные к двум противоположностям антигосударственности: 1) к непротивлению злу или же 2) к полному подавлению и уничтожению противящихся (в мыслях, мнениях, действиях и т. д.). К первому виду этической стихийности будут склоняться «добрые», безвольные, переоценивающие нравственные прописи, ко второму — «злые», снабженные сильною волею, но совершенно не дисциплинированные в правовом смысле и ни во что не ставящие нравственность. И те и другие являются правовыми идиотами, одинаково непригодными к культурному государственному общению.

Те зачатки правовых переживаний, которые заложены в каждом человеке, должны быть развиты в душе ребенка в школьный период. Такое правовое воспитание даст каждому будущему гражданину цепную школу житейской дельности. Оно не даст ему увлечься бесконечными широтами, оно не даст ему возможности отделить бесконечный радостный идеал от «печальной» действительности, что практически до сих пор всегда вело к примирению с этой действительностью. Право с его уравновешиванием долга и притязания всегда низводит на землю пригодности и предметности; отпадают требования и идеалы, притязать на которые невозможно. Право с некоторой трезвостью переставляет все в более правильную перспективу, «широкая душа», всегда склонная к анархизму — либо благосклонному, либо злопыхательному, — вправляется в прокрустово ложе точных норм этического минимума. Правовое воспитание «сообщает необходимую для жизни твердость и уверенность, энергию и предприимчивость. Если ребенок воспитывается в атмосфере произвола, хотя бы и

очень благожелательного и милостивого, если ему не выделяется известная сфера прав, на незыблемость которых он может надеяться, то он не приучится строить и выполнять с уверенностью житейские планы».[1])

В сущности таковы задачи разумной и конкретной социальной педагогики. Этим мы отнюдь не хотим сказать, что правовое воспитание должно вытеснить даже и в средней школе правовое образование. Конечно, необходимо и ознакомление с правом как научной дисциплиной, в целях ориентировки учащихся в этой широкой области обществоведения, но и введение этого предмета еще далеко не разрешает вопроса, ибо самым главным для социальной педагогики школы все же остается правовое воспитание, а не юридическое образование, которое в полной мере может быть дано только университетом.

Уже в школьной стадии мы замечаем у ребенка некоторые задатки, подлежащие правильной «постановке» и развитию. Наличия голоса недостаточно, необходимы его постановка и развитие. Помимо наличия мысли необходима правильная постановка мышления и его развитие. Точно так же у каждого школьника имеются правовые представления в очень неотчетливом виде; он себя считает на что-то управомоченным и к чему-то обязанным, необходима только правильная постановка правового мышления и чувствования.

Вся школьная и окружающая школьника жизнь должна быть втянута в сеть его этического восприятия.

Если общее научное восприятие совершается при посредстве разума и активно выражается в мысли, то правовое восприятие совершается при посредстве совести и активно проявляется в правовой эмоции. Само собою разумеется, что и нравственность не должна быть при этом отброшена, она только становится в правильную перспективу; вместо внешних прописей, никем не соблюдаемых, она должна быть включена как дополнительный этический регулятор поведения. Там, где невозможно разрешать вопросы школьной и ученической этики на основании права, нравственность явится ценным

---

[1]) Л. Петражицкий, Теория права, Т. I., стр. 151.

и необходимым дополнением. Из идеала - идола она превращается в родную сестру более трезвого и точного, более притязательного и самоуверенного права.

Система школьного самоуправления, охватывающая весь комплекс общественной жизни школьника в областях его общественных, научных, спортивных, этических и др. интересов, не может обойтись без широкой постановки правового воспитания. Этого не избегнуть современной школе. Оздоровление школы невозможно без ее этического перерождения. Совершенно бессмысленно ограничиться только реформой методов преподавания, цементирование школы — учащих, учащихся и их общей задачи обучения и развития — невозможно без правового воспитания.

Вместе с тем необходимо поднять и внешкольную социальную педагогику среди юношества, в частности способствовать развитию среди детей и подростков внешкольных союзов и самоуправлений, способных заменить беспорядочно образующиеся среди детей ватаги, полу-потешные шайки, клонящиеся к озорству и авантюрам, а иногда и к преступлениям. В правильно поставленных и организованных союзах (вроде американских союзов и германских Wandervögel), дети нашли бы с одной стороны выход своим естественным стремлениям к романтике, к чрезвычайному, к странствованиям и т. д., а с другой стороны подготовлялись бы к роли правосознательных граждан.

* * *

Мы уже выше отметили, что социальная педагогика не ограничивает свои задания одной только молодежью, для нее существует еще и воспитание взрослых. Вопреки взгляду, более или менее распространенному особенно в педагогической литературе, право должно воспитывающе действовать и на взрослых. Право не может подходить с той предпосылкой, что гетерономное, извне привходящее воспитание возможно только до достижения внешкольного возраста и что взрослый продолжает определяться и мотивироваться только автономной, внутренней нравственной этикой.

Воспитательные функции права должны проявляться и на взрослых членах общества. Именно «гетерономный»

характер права не позволяет рассматривать взрослого, как законченного человека, недоступного мотивировке права. На основании изучения сущности права, изложенного на страницах этой книги, мы могли бы притти к тому заключению, что мы не имеем резкой перегородки между правом и нравственностью, как она дана была еще кантовской философией и как она до сих пор продолжает господствовать в доктрине, особенно немецкой.

На основании изученной нами сущности явлений нравственности и права мы приходим не к двоякому резкому разделению, а к многосложному, хотя и точно разграниченному переходу этического мотивирования, который я называю этической гаммою.

Ознакомившись выше с сущностью права и нравственности, охарактеризовав выше два основных вида права: позитивное и интуитивное, и подразделив последнее на два под-вида: индивидуально-приспособленное и общественно-приспособленное или естественное, мы теперь можем расположить изученные нами виды и под-виды этики по степени их мотивационной силы, по степени возрастающего их определения человеческого поведения. В таком случае получим следующий ряд (см. схему): сперва нравственность, за нею индивидуально - приспособленное интуитивное право, далее естественное и, наконец, положительное право:

I. Нравственность	II. Индивид.-приспособл. интутивн. право
III. Общественное присп. (естественное) интуитивное право	IV. Положительное право

Следует заметить, что данная нами схема указывает только на возрастающую силу мотивации человеческого поведения различными видами этики от вида I к виду IV. Одну оговорку следует сделать лишь относительно III и IV вида — естественного и положительного права. Положительное право только в том случае сильнее мотивирует человеческое поведение, нежели естественное, если оно по содержанию своих велений совпадает с ним, в противном случае, т. е. в случае возникновения разногласия между

положительным и естественным правом, это последнее остается решающим в смысле мотивации человеческого поведения; положительное право в таком случае может отстоять себя только вне-правовыми средствами: системою кар и наград, принуждением и т. д. Поэтому положительное право, для того, чтобы оставаться напсильнейшим побудителем человеческого поведения должно тщательно следить за развитием естественного права. Перед нами выявляется здесь та революционная роль, которая искони приписывалась естественному праву. Не понимая причин этого, противники естественного права давно уже указывали на эту роль естественного права, но только принцип общественного приспособления в связи с психологической природой права может дать полное об'яснение этой роли естественного права. Выраженное в других словах соотношение между естественным и положительным правом представляется в следующем виде: положительное право сильнее определяет человеческое поведение в статическом (спокойном, замиренном) состоянии общества, естественное право сильнее определяет человеческое поведение в динамическом (подвижном) состоянии общества. Указанная гамма и должна лежать в основе социального воспитания взрослых.

Что наша схема силы мотивации верна, видно между прочим и из сопоставления этих видов этики с социально-экономической основой общества; в таком случае мы получим как раз обратную схему (см. ниже): ближе всего к социально - экономической основе и к функции распределения имущественных благ окажется положительное право, дальше всего — нравственность:[1])

I.	II.
Положительное право	Обществ. приспособл.
III.	IV.
Индивид. приспособл. интуит. право	Нравственность

[1]) Кстати отметим, что один из основоположников марксизма Ф. Энгельс, Людвиг Фейербах, СПБ. 1906 г., стр. 73 и сл. признает, что не все идеологические формы одинаково удалены „от экономической основы", наиболее далекими он считает философию и религию.

В самом деле. Положительное право и интуитивное право как виды этики двусторонние - связывающие мотивируют людей в их взаимных отношениях друг к другу в производящем обществе. Люди становятся в императивно-аттрибутивные отношения друг к другу в существенно важном для общества разделении труда, производстве и т. д. В этом производящем обществе право и приобретает наибольшее значение мотиватора человеческого поведения. Это, конечно, не означает того, что психологически, как переживание, право развивается только в производственно - экономических отношениях между людьми или даже только в производящем обществе. Психологически право может переживаться и переживается — и вне производственно - общественных отношений, но в известные эпохи социологически - реальный центр тяжести права заключается в его мотивирующей роли в производящем обществе, где люди становятся в самые разнообразные отношения друг к другу как взаимно сцепляющиеся частицы и, в частности, правовые переживания получают особо благоприятную почву для развития в обществах, обслуживающих эти интересы (профессиональный союз и т. д.). А это означает, что не только самое проявление права более связано с производящим обществом (societas) и распределением благ, но и что отдельные предписания и нормы права находятся в большой зависимости от характера и свойств общества. Нечто другое мы можем установить относительно нравственности. Нравственность — как этика односторонняя — менее всего зависит от социально - экономической основы общества. Если право мы можем назвать этикой общества, societas, то нравственность мы можем назвать этикою содружества, communitas. Нравственность не знает притязательной стороны, она только императивна и поэтому нравственность есть тот вид этики, который лучше всего приспособлен к жизни содружества, как общения не производящего, а лишь об'единяющего людей для каких-либо особых целей — дружбы, совершенствования и т. д. В таком содружестве люди не становятся в н е о б х о д и м ы е взаимно - связанные повелительно - притязательные отношения. Соотношение их друг к другу есть вольное, оно не должно распадаться на категории, группы и профессии, со-

образно исполняемым общественно - руководимым функциям, а допускает лишь параллельное существование совокупности вольных союзов, содружеств. Такими содружествами я считаю масонские ложи, секты, монастыри и другие групповые общения, об'единяющиеся в особые содружества, выходящие за рамки необходимых социально-производственных отношений общества, то, что об'единяет эти содружества или, — как выражаются монастырские уставы, — «приятелища» — это не общность работы и производства, а общность духовная и нравственное совершенствование.

Из всего сказанного вытекает, что социальная педагогика не может ограничиться выбором между гетерономным правом и автономной нравственностью. На самом деле оказывается, что интуитивное право до известной степени гетерономно, оно стоит посередине между нравственностью и положительным правом. Если мы условно признаем, что нравственность автонома, постольку, поскольку ее поступки зависят от силы этического заряда индивида, только от напряженности переживания им обязанности, то право гетерономно, поскольку его поступки связаны с притязанием противостоящего суб'екта. Это замечается и в интуитивном праве, хотя оно и не имеет ссылок на внешние нормативные факты.

Социальная педагогика должна продолжать воздействовать на душу людей, то воздействуя на один член гаммы, то на другой, возможно, что иногда может иметься воздействие на два или несколько звеньев гаммы, напр., и на нравственность, и на положительное право, и т. д. Социальная педагогика должна в интересах совершенствования личности в духе солидарности и социальной благожелательности воздействовать на людей путем внушения им такого поведения и поставления личности в необходимость самой решать правовые вопросы. Только таким массовым воздействием и правильным применением этической гаммы во всех областях права, в том числе и в области права уголовного, право сможет сыграть до конца свою великую роль регулятора человеческого поведения.

Список вопросов и тем для практических занятий по теории права.

1.

Относится ли положение: «Граждане, берегите Ваши насаждения!» к эстетике или к этике? Если оно относится к этике, то какому виду? Сопоставить с положением: «Ехать шагом по мосту!»

2.

Сравнить следующие два положения: «только во имя прав всего общества отдельный класс может захватить власть» («Критика философии права Гегеля» К. Маркса) и положение адреса генерального совета интернациональной рабочей ассоциации (1871 г.): «Рабочему классу нечего осуществлять никаких идеалов; он должен только освободить те элементы нового общества, которые уже созрели в лоне умирающего буржуазного общества.» Насколько оба положения совместимы? Нет ли и во втором положении момента этического долженствования, скрывающегося под формой социологической функции?

Каково здесь отношение долженствования к бытию?

3.

Говорит ли историческая изменчивость правовых предписаний (и права вообще) против возможности научного определения права (как определения, пригодного для различных эпох)? Может ли вообще история права быть выдвинута против теории (и философии) права? Разобрать с этой точки зрения некоторые тезисы книги проф. E. Schwind, Grundlagen und Fragen des Rechts.

4.

Допускает ли психологическая теория права нормативное действие права?

5.

Правильно ли утверждение проф. Laun'a: «Переживание долженствования научно далее необ'яснимо и в каждом своем конкретном содержании оно есть просто данное и изначальное переживание (Urerlebnis). И частичные к этому вопросы: 1) переживается ли вообще долженствование, 2) как именно: 3) в связи ли с определенным содержанием?

6.

Правильно ли, что интуитивное право по типу более высокая психическая форма, чем право позитивное и генетически возникает позднее?

7.

Становятся ли люди в необходимые взаимно-связанные повелительно - притязательные отношения в общении, построенном на принципах монастырского содружества? Проанализировать с этой точки зрения следующие положения устава Новгородского Юрьева общежительного монастыря. «Иночество есть приятелище безгневно, нелукаво, негорделиво, несребролюбиво». «Содружество же совершеннейшее житие он (Василий Великий) нарицает, из которого стяжания особенность исключена есть, неединодушие истреблено ... обща же вся, душы, мысли, телеса и то, чем телеса питаются и подкрепляются, общий Бог, общая благочестия купля, общее спасение, общии подвиги, общии труды и общии венцы, так что вси друг другу господа и в ненарушимой свободе совершенней друг другу оказывать рабство, которое не необходимая случая нужда, (великую собираемым наносящая скорбь), насильно соделала, но разум самопроизволящий с радостью произвел, любви свободных друг другу подчиняющей и произволению свободу хранящей».

Имеются ли здесь элементы права? Каковы основы нравственного общения?

8.

Может ли нравственный долг противоречить правовому? Разобрать отношение Л. Толстого к суду по роману «Воскресение».

9.

Оправдывается ли научно обычное выражение «нравственное право»?

10.

По традиции в каждом номере (или фойе) гостиниц Англии и Сев. Америки лежит Библия. Гостиницы снабжаются этими Библиями безплатно обществом распространения Библии. В последнее время обществу приходится все чаще заменять исчезнувшие Библии новыми. Руководители общества, однако, заявляют, что они очень довольны этим, так как это свидетельствует о возростающем интересе к Священному Писанию. Правильна ли следующая оценка, даваемая одним автором по поводу упомянутого: «весьма сомнительно, однако, может ли приобретенное таким образом Священное Писание принести какую-нибудь пользу душе человека, раздобывшего его.» Можно ли во имя нравственного совершенствования украсть Библию? Сравни с этим правило: «Запрещается читать молитву над ритуальной принадлежностью, нечестным путем приобретенной» (Талмуд Иерушалми, Берахот, гл. 6).

11.

Может ли одно и то же отношение в одно и то же время быть и правом и нравственностью? Разобрать с этой точки зрения ст. 120 германской конституции: «Воспитание нового поколения к физической, душевной и общественной пригодности является высшей обязанностью и естественным правом родителей, над деятельностью коих бдит государственное общение.» — С этой точки зрения разобрать следующее: 26 янв. 1907 г. издается в Австрии закон об избирательном п р а в е, весною того же года в ряде австрийских коронных земель издается закон об избирательной о б я з а н н о с т и, согласно коему каждый избиратель, получивший легитимационную карточку, обязан явиться в соответственную избирательную комиссию и подать свой избирательный бюллетень. Аналогичная избирательная обязанность существует в Бельгии и Чехословакии.

12.

В одной политической организации выбирают 7 представителей этой организации в орган национального представительства. Выборы дают в результате такой исход, что последний избранный (по относительному большинству голосов) А имеет на один голос больше следующего за ним кандидата Б. Сторонники провалившегося кандидата требуют перевыборов, это требование удовлетворяется назначаются на другой день вторичные выборы, в результате которых ранее провалившийся кандидат Б получает на один голос больше кандидата А и оказывается избранным.

Какова сущность произведенного правонарушения? Нарушено ли здесь положительное или интуитивное право или оба вместе? Было ли бы восстановлено право, если были бы произведены выборы в третий раз с тем же исходом, как в первый раз? Иллюстрировать на этом примере разницу между правом и произволом. Следует ли и почему именно признать первые выборы окончательными?

13.

Выражением какой тенденции права служит положение, изложенное в § 26, Тит. XI, Кн. III Институций Юстиниана: «Кто стипулировал (обусловил), чтобы ему дали в такой-то год или в такой-то месяц, тот не может требовать законно, пока не прошли все части года или месяца»?

14.

Правильно ли утверждение Фихте („Grundlage des Naturrechts"): „Das Recht muss sich erzwingen lassen, wenn auch kein Mensch einen guten Willen hätte"?

15.

Можно ли установить как пример неизменной этической нормы (правовой, нравственной): «всегда следует говорить правду, никогда нельзя лгать»?

Возможны ли случаи, когда с этической точки зрения следует лгать?

Единственный сын матери - вдовы погибает на войне, его друг, изучивший почерк умершего, пишет матери друга

письма, скрывая от нее правду смерти сына (вплоть до смерти матери).

Разобрать с этой точки зрения рассказ Стефана Цвейга «Незримая коллекция».

16.[1])

Имеем ли мы в нижеследующем перед нами право или нравственность?

После смерти овдовевшего друга X согласился стать опекуном над его малолетним дитятей. Через некоторое время получился счет на имя умершего, требование по счету оказалось давно покрытым давностью. Следует ли опекуну заплатить или выдвинуть возражение о давности. Является ли это вопросом морали или права? Относится ли то же самое к казначею студенческой организации, если ее долгу истекла давность? Изменилось ли бы дело, если бы долг был бы сделан самим 18-летним подопечным больше двух лет тому назад в ресторане?

17.[1])

Покупатель строительного участка обязался в договоре на случай, если он к обусловленному сроку не переймет участка и не заплотит, внести договорную пеню (Vertragsstrafe) в точно установленном размере. Договор не был исполнен покупателем. Продавец вчинил иск о полной уплате ему причиненного убытка, превышавший договорную пеню.

Ответчик ссылается на то, что в земельном правообороте тамошнего города образовалось о б щ е е у б е ж д е н и е, что установлением в договоре правовых последствий неисполнения договорных обязательств всякая дальнейшая ответственность прекращается. Это было подтверждено опросом местных земельных посредников. Истец в противовес этому ссылается на то, что обычай оборота н е е с т ь п р а в о в а я н о р м а. Он об этом убеждении ничего не знал и поэтому не связан им.

Разобрать этот спор по существу задетых в нем вопросов теории права.

---

[1]) Вопросы 16) и 17) взяты из брошюры R. S t a m m l e r, Praktikum d. Rechtsphilosophie. Bern 1925.

18.

Правильно ли возражение против психологической теории права с точки зрения того, что право есть социальное, а не индивидуально - психологическое явление?

19.

На основании латв. жилищного закона (ст. 34) иск домохозяина о выселении квартиронанимателя отпадает, если наниматель докажет, что он до истечения десяти дней после предупреждения домохозяина, предложил ему уплатить наемную плату или же если наниматель внес ее в депозит жилищного суда.

Домохозяйка П. подает иск о выселении некоей С., не внесшей своевременно квартирной платы. На суде выясняется, что сын т-жи С., не имевший доверенности матери, внес в депозит в надлежащий срок наемную плату за квартиру, нанимаемую матерью, но внес эту плату от с в о е г о и м е н и. Суд, руководясь ст. 3487 св. местн. узак., гласящей, что «если предмет требования простирается исключительно на личное действие обязанного, то требование должно быть исполнено им самим», постановил выселить г-жу С. как нанимателя, не уплатившего квартирную плату к сроку.

Может ли это решение быть оспорено с точки зрения интуитивного права и как именно? Какая тенденция с точки зрения интуитивного права находит свое выражение в этом решении суда ?

20.

Как следует понимать утверждение Иеринга, что «история наказания есть непрестанное отмирание его»? и в каком отношении оно находится к мотивационному действию права?

21.

Возможно ли в будущем человеческое общение (общество, государство) без права, как регулятора поведения?

Именной указатель [1]

стр.

Adler 38, 50
Alexejeff (Алексеев) 55, 286
Aristoteles 47, 305
Augustinus 305
Balogh 236
Bauer 50
Baumgarten 63
Beccaria 333
Beltoff-Plechanoff (Бельтов-Плеханов) 45
Bentham 43
Bergbohm 33, 36, 38, 158, 200 310, 342
Beseler 151
Bierling 194, 195
Blackstone 43
Brintz 150
Bülow 347
Calker 351
Cathrein 286, 306
Cohen 24
Cunow 38
Dernburg 140, 143, 153, 199 201
Dicey 181, 244, 295
Dišlers 244
Ehrlich 19, 129, 324 сл., 333
Елистратов (Jelistratoff) . 239
Engels 38, 347
Falck 16

стр.

Feuerbach 367
Fichte 304, 307 сл., 354. 373
Fleiner . . 195, 199, 214, 239
Fricker 253
Forel 74
Gessen (Гессен) 67, 304, 357
Gierke . . 117, 151, 176, 232 253, 288
Grimm (Гримм) . . 207, 287
Grotius 74, 249, 305 сл., 312
Grüber 149
Gurwitsch (Гурвич) . . . 249
Gusserl 55
Haff 59
Hatschek 244
Hedemann 174, 189, 191, 225 230, 325, 345
Hegel . . 262, 307, 309, 370
Heinsheimer 182
Helvetius 312
Holland 194, 196
Holliger 194
Holmsten (Гольмстен) . . 271
Ihering 20, 86 сл., 100 сл., 135 149, 153, 200
Jellinek, Georg 25, 53 сл., 111 169, 185, 187, 204 сл., 277
Jellinek, Walter . . 242, 243
Jung . . . . . 174 сл., 178

[1] Настоящий именной указатель составлен моей бывшей слушательницей — г-жей И. Т. Баран. — Автор.

Работы проф. М. Лазерсона.

А. По философии и теории права:

1. Философия истории «Войны и Мира» Л. Толстого 1909 г. Журн. «Вопросы Обществоведения» подъ ред. М. Туган-Барановского СПБ 1910 г.
2. Естественно-правовые учения, их природа, состав и характер на разных ступенях развития. Работа удостоена серебряной медали юрид. факультета. См. «Отчет СПБ. Университета за 1910 г.»
3. О правосознании Толстого, «Утро», Харьков, 1911 г.
4. Свободное судейское усмотрение, «Право» 1911 г. (№ 52).
5. «Суд и свобода личности», Рига, 1913, изд-во «Наука и Жизнь».
6. «Экспериментально-психологический метод и юридический модернизм», Москва, 1913 г., «Вестник Права и Нотариата» (№ 29).
7. «Естественное право в памятниках древне-еврейской литературы и законодательства», Москва, журнал «Вопросы Права», Книга XI (3) 1912 г.
8. Подробная рецензия на книгу: L. v. Petražycki, Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts, в журнале «Grünhuts Ztschr. für das Privat- und öff. Recht der Gegenwart», Wien, 1913 (40. Band, стр. 735—744).
9. Recht, Rechtsseitigkeit und Geradheit, Berlin, 1921, Verlag R. L. Prager.
10. Революция и право, Рига, 1927, изд. Эттингер.
11. Revolucija un tiesības, та же работа в латвийском Вестнике Министерства Юстиции.
12. B. Spinoza, kā tiesību un valsts filozofs (Б. Спиноза какъ философъ права и государства), Вестникъ Мин. Юстиции, 1927.
13. Latviešu debitīvais modus no tiesību teorijas viedokļa (Латышское долженствовательное наклонение с точки зрения теории права), в Вестнике Мин-ва Юстиции, 1927 г.

14. Revolution und Recht, в журнале Zeitschrift für öffentl. Recht, Band 8, Heft 4, 1929, Wien. Переработанный текст русского издания.
15. Dabiskas tiesības un viņu mācības (Естественное право и учения о нем) в латышском энциклопедическом словаре.
16. Ebreju tiesības (Еврейское право) в том же словаре.
17. Baltijas valstu juridiskais pētišanas instituts („Юридический исследовательский институт балтийских государств") в латв. „Вестнике Министерства Юстиции", декабрь 1929 г.
18. Не упомянуты особо рецензии, напечатанные за 1911, 1912, 1913, 1914, 1915, 1916 и 1917 гг. в журналах: «Право», «Юридич. Вестник», «Вестник Права и Нотариата», Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.

Б. По государственному праву.

1. Перевод с немецкого труда проф. Ю. Гачека. Общее государственное право, т. I, II, III, стр. 216+180+207, Рига, 1913, изд-во «Наука и Жизнь».
2. Реформа партикулярного избирательного права в Германии и компетенция имперских органов, «Право» №№ 21 и 22 за 1913 г.
3. К характеристике основных законов — «Право» № 15 за 1914 г.
4. Государство без территории. (О Бельгии во время мировой войны.) Журнал «Русская Мысль» 1915 г., февраль.
5. Догматика и политика в германском государствоведении, журн. — «Юрид. Вестник», 1916 г. и особой брошюрой, Москва, 1916 г.
6. Основные начала организации пропорциональных выборов в Бельгии, в журнале Мин-ва Юстиции 1917 г., апрель.
7. Автономия и федерация, Петроград, 1917 г. Изд. М. Ясного.
8. Национальность и государственный строй, Петроград, 1918 г., изд-во «Книга».
9. Die Verfassungsentwicklung Lettlands, Jahrb. d. öff. Rechts, Tübingen, B. XI, 1922.
10. Das Verfassungsrecht Lettlands, тот же ежегодник, B. XII, 1924 г.
11. Die neuesten Schicksale der Staatsidee, в журнале Ztschr. für Soziologie und Psychologie, Leipzig, 1926.
12. Staat, Souveränität und Minorität, 1927, Berlin — Riga, изд-во B. Lamey.

13. Diktatura — в латышском энциклопедическом словаре.
14. Konstitucionāla likumdošana un Saeimas publisko-tiesību komisija (Конституционное законодательство и публично-правовая комиссия Сейма) в латышском журнале «Jurists», 1928 г., декабрь.
15. Saeimas kārtibas ruļļa juridiskais raksturs (Юридический характер наказа Сейма) в латв. «Вестнике Мин-ва Юстиции» 1929 г.
16. Не упомянуты особо рецензии, напечатанные в журналах, упомянутых под разделом А.