КВ
1
НЕ КОПИРОВАТЬ

НАУКА

И

ФИЛОСОФІЯ ПРАВА?

Motto: Свѣту больше, свѣту!
(Гёте.)

Пр.-доц. **В. Д. Катковъ.**

Берлинъ.
1901.

Оглавленіе.

стр.

Предисловіе V

Глава I.

А. Важность вопроса 1

Б. Его нерѣшенность 2

Глава II.

Настоящее положеніе юриспруденціи

А. Неясности и противорѣчія 5

Б. Неестественность такого печальнаго состоянія знаній . . . 20

В. Два теченія 26

Глава III.

Необходимыя объясненія 32

Глава IV.

О словахъ 56

Глава V.

Дополнительныя замѣчанія:

А. Наука и искусство 100

Б. О римской мудрости 104

В. О нѣкоторыхъ темныхъ выраженіяхъ 109

Г. О психологіи и языковѣденіи у юристовъ 112

Д. Объ отношеніи къ существующей литературѣ 114

189
37

Предисловіе.

Печатая эту книгу, я руководился желаніемъ помочь уясненію основного (или считаемаго основнымъ) мнимо-неразрѣшимаго вопроса юриспруденціи о „правѣ“.

Двѣ литературы обращаютъ въ данномъ случаѣ особое на себя вниманіе: нѣмецкая и англійская. Первой принадлежитъ первое мѣсто по вліянію на литературу русскую. Я не изъ тѣхъ, которые стали бы отрицать ея заслуги въ прогрессѣ знанія. Но, пока подъ философіей мы будемъ разумѣть *объясненіе* явленій дѣйствительности, мы должны будемъ отдать предпочтеніе скромной по объему, но болѣе богатой по содержанію, хотя и почти совсѣмъ неизвѣстной у насъ, литературѣ англійской.

Ставя въ основаніе понятіе „закона“ (law) *), англійскіе юристы (Austin и Holland, главнымъ образомъ) пролили гораздо болѣе свѣта въ этой области вѣдѣнія, чѣмъ кто-нибудь другой. Право является у нихъ просто коррелятомъ обязанности, установляемой закономъ. Точность и устойчивость ихъ терминологіи избавили ихъ отъ тѣхъ *искусственныхъ* затрудненій, неясностей и противорѣчій, которыми переполнены сочиненія даже корифеевъ нѣмецкой литературы.

Обращаясь къ нѣмецкой литературѣ, я старался указать и объяснить, какъ неудачный выборъ термина Recht (всегда переводимаго русскимъ „право“, но не всегда на дѣлѣ ему соотвѣтствующаго) для означенія понятія, выражаемаго англійскимъ law, вноситъ и, по духу нѣмецкаго языка, всегда должно вносить путаницу, имѣющую осно-

*) Въ широкомъ смыслѣ правила, имѣющаго принудительную силу, формулировано ли оно законодательною властью, судебнымъ рѣшеніемъ, обычаемъ, или какъ-нибудь иначе.

ваніемъ многочисленность тонкихъ оттѣнковъ въ значеніи этого слова. Употребляя иногда въ двухъ смежныхъ фразахъ одно и то же слово (Recht), нѣмецкій ученый не замѣчаетъ, что оба раза въ головѣ его связываются съ этимъ словомъ различныя понятія. Это настолько тонкая и настолько трудно уловимая ошибка, что мнѣ пришлось послѣтить уясненію ея наиболѣе длинную изъ послѣдующихъ главъ: о словахъ.

Я напередъ долженъ замѣтить, что изъ всѣхъ нѣмецкихъ ученыхъ ближе другихъ подошелъ къ истинѣ проф. Берлинскаго университета A. Lasson (Rechtsphilosophie), только нѣмецкій языкъ, составляющій, по темнотѣ своей, національное несчастіе*), помѣшалъ ему подтвердить въ сущности то, что до него говорилъ Austin (Lectures on jurisprudence).

Упрекъ русскимъ ученымъ, что они занимаются неразборчивымъ перениманіемъ, или даже лишь переводомъ того, что даетъ западъ (особенно нѣмецкіе ученые), въ данномъ случаѣ, къ сожалѣнію, справедливъ. Ихъ терминологія совершенно чужда русскому языку и есть подражаніе неудачной нѣмецкой терминологіи; ихъ общія идеи (или точнѣе *попытки* на нихъ — какъ и у нѣмцевъ — такъ какъ трудно говорить объ идеяхъ тамъ, гдѣ все полно неясностей и противорѣчій) — сколокъ съ нѣмецкихъ.

Уяснивъ себѣ преимущества англійской философіи юриспруденціи и причины неудачъ нѣмецкихъ ученыхъ, я счелъ своею обязанностью подѣлиться добытымъ съ тѣми, кто также ищетъ свѣта по этимъ вопросамъ. Насколько мнѣ это удастся, я не могу предвидѣть. Уяснить другимъ то, что ясно для насъ, не такъ-то легко. Однако, мысль, что есть *и другіе* люди (тѣ же англійскіе юристы и даже нѣмецкій юристъ А. Лассонъ), которые мыслятъ такъ же, или почти такъ же, какъ и я, поддерживаетъ во мнѣ надежду, что меня поймутъ. Успѣхъ мой будетъ обезпеченъ еще вѣрнѣе, если другіе обратятся къ ознакомленію съ англійской философіей. Тамъ найдутъ они многое въ болѣе подробномъ изложеніи; не найдутъ лишь объясненія тѣхъ

*) Подобно тому, какъ, по М Мюллеру, „національнымъ несчастьемъ“ для англичанъ является ихъ правописаніе, или, точнѣе, несоотвѣтствіе словесной и письменной рѣчи.

логическихъ и лингвистическихъ причинъ, которыя ставятъ въ такое трудное положеніе нѣмецкихъ юристовъ.

Обращая вниманіе на философію англійскихъ юристовъ, не только никогда не обсуждавшуюся, но почти до сихъ поръ не читанную, я хотѣлъ указать на примѣръ людей, изучавшихъ нѣмецкую юриспруденцію, но оставшихся самостоятельными, благодаря критическому отношенію къ ней. Недостатокъ подобнаго же критическаго отношенія и національнаго самосознанія (сохрани насъ, Боже, отъ національнаго „самомнѣнія“) и есть основная причина другого, проникнутаго раболѣпіемъ, отношенія къ нѣмецкой юриспруденціи у насъ, сравнительно съ англичанами. Познавъ самихъ себя, мы, нисколько *не умаляя* нѣмецкихъ заслугъ, и относясь съ уваженіемъ къ ихъ достоинствамъ, замѣтимъ нѣкоторыя преимущества наши передъ нѣмцами; и преимущества эти спасутъ насъ отъ ошибокъ, уйти отъ которыхъ нѣмцу такъ же трудно, какъ и сбросить свою національность.

Особенность англійской терминологіи, и поправка, которую предлагаю я для нашей, повидимому, такъ несущественны, что никакихъ важныхъ послѣдствій отъ нихъ и ожидать нельзя. Какъ будто, это просто споръ о словахъ, „логомахія“. То, что принято называть „правомъ въ субъективномъ смыслѣ“, англичане называютъ и я предлагаю называть просто *правомъ* (right), твердо держась *лишь этого одного* значенія. То, что принято называть „правомъ въ объективномъ смыслѣ“, англичане называютъ и я предлагаю называть *закономъ*, или, при обозначеніи какой-либо совокупности ихъ, законами (law и laws)*), *никогда не прибѣгая* для этого къ слову право. Такая, какъ будто, пустая вещь, а, между тѣмъ, какіе важные результаты: въ англійскихъ работахъ нѣтъ и слѣда тѣхъ неясностей и противорѣчій, какими переполнены нѣмецкія работы. Такова страшная сила слова въ области мышленія! Показать, какъ это могло случиться, и есть задача послѣдующаго изложенія.

Еще два общихъ замѣчанія, которыя должны всегда имѣться въ виду при чтеніи этой работы. Во-первыхъ, разбираемый здѣсь во-

---

*) Иногда слово law и русское „законъ“ употребляются и для обозначенія коллективнаго понятія, вмѣсто laws или „законы“. Противъ этого возражать нельзя.

просъ не связанъ съ какимъ-либо *исключительнымъ* политическимъ, религіознымъ или философскимъ міровоззрѣніемъ. Консерватизмъ или либерализмъ, религіозность, агностицизмъ, принадлежность къ той или иной философской школѣ .... являются вопросами бо́льшей важности, чѣмъ разбираемый здѣсь, но имѣютъ такъ же мало *рѣшающаго* вліянія на него, какъ и на Пиѳагорову теорему. Если какое-нибудь выраженіе въ этой работѣ *показалось* бы кому обязывающимъ держаться одного изъ такихъ міросозерцаній, прошу толковать его сообразно указанному замѣчанію. Въ интересахъ уясненія разбираемаго здѣсь вопроса желательно устранить его отъ вліянія постороннихъ ему элементовъ. Я жду отъ читателя лишь стремленія къ свѣту и истинѣ, и снисходительнаго отношенія къ не совсѣмъ, можетъ быть, иногда точной формулировкѣ какой-либо мысли: нельза же останавливаться на каждомъ шагу и оговариваться.

Во-вторыхъ, настоящая работа не есть учебникъ. Поэтому въ ней *предполагается* многое извѣстнымъ и понятнымъ, что въ дѣйствительности можетъ быть неизвѣстнымъ и непонятнымъ тому или иному читателю. Не желая бросать упрека какимъ-либо учрежденіямъ, я долженъ сказать, что лучшій аттестатъ зрѣлости и лучшій университетскій дипломъ, или высшая ученая степень, не обезпечиваютъ многихъ изъ этихъ знаній: самая идеальная средняя или высшая школа можетъ дать лишь ограниченную сумму свѣдѣній. Въ затруднительныхъ случаяхъ могутъ помочь, конечно, дѣлаемыя мною ссылки на литературу. Но, слишкомъ большихъ надеждъ на это возлагать нельзя. эта литература представляетъ собою лишь вырѣзокъ большого цѣлаго, безъ котораго она не всякому будетъ понятна. Я ожидаю болѣе серьезной научной подготовки отъ читателя. Знаю, что между такъ называемыми „учеными“ юристами есть люди, лишь позорящіе этотъ эпитетъ. Но, не всѣ таковы, и для дѣйствительно образованнаго человѣка достаточно того, что я говорю: sapienti sat.

Всякое дѣльное замѣчаніе, такъ или иначе доведенное до моего свѣдѣнія, какъ бы оно рѣзко ни расходилось съ моими взглядами, будетъ принято мною съ самою искреннею благодарностью. Знаю хорошо, что du choc des opinions jaillit la vérité.

Charlottenburg 1901.

В. Катковъ.

ГЛАВА I.

А. Важность вопроса.

Въ научной литературѣ и беллетристикѣ, въ періодической прессѣ, въ политическихъ рѣчахъ и въ обыденномъ разговорѣ, часто приходится встрѣчаться съ выраженіями въ родѣ: „желательно было бы, чтобы такое-то законодательство проникло *правовыми* понятіями", или „такое-то государство *правовое*, а такое-то — *неправовое*", или „въ такомъ-то государствѣ нѣтъ *правового* порядка", или даже „совсѣмъ нѣтъ *права*", „*безправное* государство", или „власть должна подчиняться *праву*" или же „быть ограниченной *правомъ*"; „*право* идетъ впереди силы", или, обратно, „сила идетъ впереди *права*"; „*право* есть сила", или „сила есть *право*", или „*право* можетъ быть безъ силы, а сила безъ *права*" . . . . . .

Каждый день мы слышимъ объ оцѣнкѣ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ, правительствъ и законодателей „съ точки зрѣнія *права*"; читаемъ книги, иногда пользующихся громкой славой людей, о „борьбѣ за *право*" или „*правовой* строй"; въ нѣкоторыхъ сочиненіяхъ на каждой страницѣ встрѣчаемся съ „*правовымъ* чувствомъ" и „*правовымъ* сознаніемъ".

Были моменты въ исторіи, когда люди брались за оружіе въ защиту „священныхъ, прирожденныхъ, неоцѣненныхъ, неотчуждаемыхъ, естественныхъ *правъ* человѣка". О „настоятельныхъ требованіяхъ *права*" и „возвышенныхъ его велѣніяхъ" кричатъ каждый день.

Мы имѣемъ, далѣе, журналы и „вѣстники" *права*. Имѣемъ обильную литературу о принципахъ, философіи и наукѣ *права*, какъ вообще, такъ и въ частности: „полицейскаго, уголовнаго, вещнаго, семейнаго . . . . . *права, права* войны и *права* мира . . . . . "

И если люди изъ-за „права“ ведутъ войны*), устраиваютъ великія и малыя революціи, жертвуютъ своимъ достояніемъ, жизнью и свободой, то, вѣроятно, мы имѣемъ дѣло съ чѣмъ-то необыкновенно важнымъ: изъ-за пустяка на ножъ не лѣзутъ.

Вопросъ о томъ, что такое право, не есть, слѣдовательно, лишь академическій, — могущій интересовать только кабинетныхъ людей, мало имѣющихъ общаго съ окружающей жизнью. Это вопросъ чрезвычайной практической важности; вопросъ, имѣющій значеніе и для большой публики.

Каждый „борецъ“ за „право“ долженъ знать, за что онъ борется. Каждый „вѣщатель“ права долженъ отдать самъ себѣ отчетъ о томъ, что онъ проповѣдуетъ**).

Нигдѣ путаница въ основныхъ понятіяхъ не ведетъ къ такимъ пагубнымъ результатамъ, какъ въ политической сферѣ.

Б. Его нерѣшенность.

„Юристы все еще ищутъ опредѣленіе своему понятію права“ — это ироническое слово Канта не устарѣло до сихъ поръ. (Stammler, Wirtschaft und Recht, 492.)

„Къ сожалѣнію, даже о приблизительномъ совпаденіи представленій о правѣ между юристами не можетъ быть рѣчи. Напротивъ, понятіе права теперь колеблется еще болѣе, чѣмъ когда бы то ни было; неустойчивость и неувѣренность еще, если это возможно, увеличиваются. Если присмотрѣться ближе къ литературѣ, то замѣтимъ здѣсь лишь неувѣренныя попытки, движеніе ощупью и наугадъ,

---

*) Какъ, напр, Англія въ 18 столѣтіи съ бывшими своими сѣверо-американскими колоніями въ защиту „права“ метрополи облагать ихъ налогами, См интересныя 123—125 страницы въ Lectures on jurisprudence Austin'a (изд. 1869 г.).

**) „Men would often see what a small Pittance of Reason and Truth, or possibly none at all, is mixed with those huffing Opinions they are swell'd with, if they would but look beyond fashionable Sounds, and observe what *Ideas* are, or are not comprehended under those Words, with wich they are so armed at all Points, and with which they so confidently lay about them“. Locke, Hum. Underst. кн. 3, гл. 5, sect. 16.

установленіе лишь провизорныхъ опредѣленій безъ послѣдующаго обоснованія, чаще же всего смущенный обходъ проблемы и отсутствіе всякаго опредѣленія права въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ безъ такового обойтись нельзя.“ Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, 1892 г., стр. 77.

Не стану увеличивать цитатъ въ доказательство положенія, которое болѣе или менѣе общеизвѣстно. Есть юристы, которые не только считаютъ этотъ вопросъ нерѣшеннымъ, но и *неразрѣшимымъ*.

Скажу съ своей стороны, что многое, конечно, скрыто отъ человѣческаго пониманія, но разсматриваемый вопросъ сюда не принадлежитъ; что рѣшеніе его несравненно проще, чѣмъ думаетъ большинство; что давно онъ уже рѣшенъ, и если это до сихъ поръ не замѣчалось, то лишь потому, что мы плохо читаемъ, и еще плоше думаемъ.

Основныя понятія юриспруденціи чрезвычайно просты, а затрудненія *созданы искусственно:* исходный пунктъ ихъ — двусмысленности терминологіи.

Это не значитъ, конечно, чтобы можно было питать какую-нибудь основательную надежду на прекращеніе всѣхъ разногласій путемъ установленія точныхъ и отчетливыхъ основныхъ понятій: самые важные вопросы въ этой области рѣшаются не столько разсудкомъ, сколько чувствомъ. Достигнуть же гармоніи на этой почвѣ — химера. Однако, ясность мышленія поможетъ намъ избѣжать наиболѣе грубыхъ заблужденій, какъ мы ихъ знаемъ изъ исторіи и какъ они живутъ въ большой полузнающей публикѣ и до нынѣ.

Мышленіе, конечно, вещь не легкая, и всегда были и будутъ люди, которымъ такая работа не по вкусу, и которые, говоря словами Austin'a, взывая къ ничего не значущимъ абстракціямъ и лишеннымъ смысла фикціямъ, съ криками о правахъ человѣка, священныхъ правахъ народа, метрополіи, или кого другого, смотря по обстоятельствамъ, о неотчуждаемыхъ вольностяхъ, вѣчной и неизмѣнной справедливости, принципахъ ненарушимой конституціи, и т. д., будутъ осуществлять свои „убѣжденія“ through thick and thin и браться за оружіе, чтобы доставить побѣду мнѣніямъ,

столь же легковѣснымъ, какъ пухъ, на вѣсахъ здраваго обсужденія*).

Не всѣ, однако, фанатики. Есть и люди, искренне стремящіеся къ знанію и способные руководиться разсудкомъ. И если мы научимся вносить немножко болѣе ума и ясности, и немножко менѣе слѣпой импульсивности, въ рѣшеніе политическихъ вопросовъ, мы и міръ выиграемъ лишь отъ этого.

---

*) „Священное и неотчуждаемое право", говоритъ Austin (Lectures on jurisprudence, 122, 123, т. 1), дѣйствительно (truly and indeed) *неотъемлемо*, потому что, ничего не означая, ничего нельзя и найти, чѣмъ можно было бы измѣрить его.

ГЛАВА II.

Настоящее положеніе юриспруденціи.

А. Неясности и противорѣчія.

Если мы со смиреніемъ, страхомъ и вѣрою, подобающими всякому профану предъ жрецомъ науки, обратимся къ юристамъ съ просьбой объяснить намъ предметъ ихъ занятій, намъ скажутъ, что ихъ „наука“ изучаетъ право, что это важное и великое „культурное явленіе“, что никакое общество жить не можетъ безъ права, что, если бы права не было, не стоило бы и жить . . . . . Переходя отъ одной „чувствительной“ фразы къ другой еще болѣе чувствительной, они могутъ впасть въ паѳосъ и, по примѣру еще римскихъ юристовъ, восторгавшихся божественностью своей „науки“ (divina scientia), залить васъ въ экстазѣ фразами о величіи ихъ служенія, о возвышенности предмета ихъ „изслѣдованій“, о благѣ, добрѣ, истинѣ, справедливости . . . . . и о многихъ другихъ „божественныхъ и человѣческихъ“ вещахъ*).

Но, если вы, не удовлетворенные этимъ Бояновымъ „ширяніемъ орла по поднебесью и растеченіемъ по бумагѣ“, спросите ихъ: что же это такое за великое общественное явленіе — право? вы нигдѣ не найдете отвѣта, который могъ бы успокоить васъ, отвѣта, который, не побивая самъ себя, сдѣлалъ яснымъ для васъ это „основное понятіе“ юриспруденціи. Паѳосъ при мысли о величіи и божественности предмета своихъ „изслѣдованій“ (право перерѣзать горло вчерашнему доброму сосѣду, обокрасть его, обратить въ пепелище

*) См. цитату изъ Ульпіана въ гл. 5.

многолѣтнимъ трудомъ насиженное гнѣздо, уничтожить все, что было у него дорогого и высокаго ..... „по праву войны“ и необходимости ..... развѣ это не возвышенно!?), равно какъ при мысли о собственной своей важности (развѣ можетъ существовать общество безъ людей, которые въ состояніи толково объяснить ему, при какихъ условіяхъ культурный нѣмецъ можетъ „по праву“ украсть часы у культурнаго француза, или обратно, или „по праву“ же ограбить и надуть его?!) помѣшалъ, вѣроятно, имъ уразумѣть самимъ характеръ, „природу и существо“ идеи, лежащей въ основаніи ихъ великой „науки“.

Или, можетъ быть, и не профану трудно понять, какъ это можно „по праву“ фабриковать фальшивыя ассигнаціи, подобно Наполеону при походѣ въ Россію. Но ..... можетъ быть это дѣлалось не по праву, а вотъ грабежъ (подъ болѣе, конечно, благовиднымъ именемъ контрибуціи, или снабженія арміи), практикуемый при всякой войнѣ и теперь, какъ по отношенію къ частному, такъ и, особенно, общественному достоянію, и его уничтоженіе, или намѣренное разрушеніе торговли и непричастныхъ лицъ, — это „по праву“, по „современному международному праву цивилизованныхъ народовъ“, какъ это значится въ ученыхъ книгахъ. Война должна питать войну!

Трудно и не профану преклонить колѣна предъ правомъ пожиранія собственныхъ престарѣлыхъ родителей или собственныхъ дѣтей тоже „по праву“ нѣкоторыхъ дикарей, или предъ правомъ выбрасыванія или продажи своихъ дѣтей „по праву“ римскому (!?).

Если, оставивъ въ сторонѣ эти попытки апоѳеоза права, обратимся къ болѣе прозаической части ихъ сочиненій, мы увидимъ безплодныя, ничего общаго съ логикой не имѣющія старанія опредѣлить это „основное понятіе“. Не смотря на огромное количество потраченнаго труда, до сихъ поръ ничего здѣсь не достигнуто, до сихъ поръ это „задача“, „нерѣшенная проблема“, „открытый вопросъ“. И „наука“ права, по собственному сознанію юристовъ, по сей день лишена прочнаго фундамента, идетъ ощупью во тьмѣ ..... „Наука“ о сфинксѣ; о томъ, чего никто не знаетъ!? Служеніе тому, чего никто опредѣлить не можетъ!?

Возьмемъ, напр., опредѣленіе, которое и пользующійся такимъ большимъ авторитетомъ у юристовъ Іерингъ считаетъ за ходячее:

право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ (Der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen, Der Zweck im Recht, 3 изд., 1895, I т., стр. 320 и сл.).

Прежде всего, опредѣленіе это не ясно. О какой принудительности говоритъ оно. Принужденіе принужденію рознь. И нравственныя нормы принудительны, только принудительность эта особаго рода. Если не изъ опредѣленій, то изъ другихъ объясненій явствуетъ обыкновенно, что разумѣется при этомъ принужденіе со стороны государства, которое и опредѣляется нѣкоторыми юристами, какъ организація принужденія, или организованное принужденіе. Ergo, это не такой существенный недостатокъ опредѣленій права. Важнѣе слѣдующее:

Съ этимъ опредѣленіемъ стоитъ въ противорѣчіи признаніе за право нормъ, которыя можно наблюдать въ международныхъ отношеніяхъ: 1) потому что имъ не свойственно принужденіе, которое предполагается въ опредѣленіи, по недостатку земной власти, стоящей выше государствъ, 2) потому что онъ дѣйствуютъ не въ государствѣ, а въ междугосударственныхъ отношеніяхъ.

Если международное право есть право, тогда право будетъ заключать и нормы, не имѣющія указаннаго принужденія. Тогда, слѣдовательно, потеряется различіе между правомъ и нормами морали, нормами приличія и др.

Далѣе, самыя важныя нормы, дѣйствующія въ государственной жизни, лишены той принудительности, которая предполагается опредѣленіемъ. Какой-нибудь король, напр., по законамъ наслѣдованія занялъ престолъ. Никто изъ юристовъ не будетъ отрицать его *права* на престолъ, т. е. на управленіе государствомъ и на повиновеніе его распоряженіямъ со стороны гражданъ. Если нарушается право одного изъ гражданъ, онъ идетъ въ судъ или обращается къ администраціи, и право его возстановляется, оно охранено принудительностью. Но, можемъ ли мы сказать то же объ указанномъ правѣ короля. Онъ сдѣлалъ, положимъ, распоряженіе, которое по понятіямъ гражданъ несправедливо, вредно и т. д.; граждане возмутились, отказали ему въ повиновеніи и свергли его съ престола. Куда можетъ обратиться король за возстановленіемъ своего права. Гдѣ его принуди-

тельность? Гдѣ власть, которая стояла бы выше него и народа на землѣ?

Извѣстный историкъ Ranke говорилъ, что внѣшнія отношенія (внѣшняя политика) представляютъ собою кардинальный пунктъ, вокругъ котораго вращается вся внутренняя жизнь государства (внутренняя политика). И, не смотря на такую преобладающую роль этихъ отношеній, мы, согласно указанному опредѣленію, должны будемъ выбросить международныя нормы за бортъ юриспруденціи. Или, намъ придется признать неправильность даннаго опредѣленія. То же нужно сказать и по отношенію къ нормамъ, опредѣляющимъ строй государства, отношенія власти и населенія, и т. д., т. е. предметовъ наиболѣе важныхъ для гражданскаго общества.

Отъ противорѣчій не спасетъ и та поправка, которую предложилъ одинъ изъ юристовъ (nomina sunt odiosa) въ послѣднее время. — Отношенія внутри государства управляются одними нормами, отношенія же междугосударственныя — другими. Это двѣ различныя группы нормъ, носящихъ лишь одно и то же названіе „право“. Признаки ихъ совершенно различны. — До сихъ поръ ничего противъ этого сказать нельзя, кромѣ лишь того, что разныя вещи нужно и называть различными именами, чтобы изъ-за сходства названія люди не утеряли сознанія различія по сущности дѣла. Существующая сокровищница языка даетъ для этого средства. Англичане называютъ первую категорію законами (laws), вторую — положительною международною моралью (см. Austin, Lectures on jurisprudence). Ихъ примѣру должны бы послѣдовать и мы. Но, объ этомъ еще рѣчь впереди.

Ошибка начинается тамъ, гдѣ является стремленіе соединить чѣмъ-либо эти двѣ различныя вещи. Какая-то связь чувствуется между ними, но .... гдѣ она? Въ отвѣтѣ, даваемомъ на этотъ вопросъ, видна сейчасъ прорѣха въ общемъ образованіи юристовъ, воспитавшихся исключительно на нѣмецкой философской и юридической литературѣ. Французская и другія, кромѣ англійской, здѣсь не могутъ идти въ счетъ.

Связь эта въ цѣли. Обѣ категоріи нормъ необходимы, чтобы внести порядокъ въ человѣческія отношенія. Ни законы безъ морали, ни мораль безъ законовъ, для этого не достаточны. Цѣль .... не причина.

Для того, кто понимаетъ, что юриспруденція не есть наука въ строгомъ смыслѣ этого слова, а есть искусство, или (если ужъ такъ любъ титулъ науки для юристовъ) практическая наука, жизненное начало которой лежитъ въ цѣли, — это понятно безъ дальнѣйшихъ объясненій. Но, такъ какъ пониманіе различія науки и искусства, къ сожалѣнію, не распространено, я отсылаю читателя къ гл. 5, гдѣ я разбираю этотъ вопросъ*).

Послѣдствія этого неумѣнья опредѣлить мѣсто юриспруденціи въ системѣ знанія — забавны. Есть, видите ли, указанныя двѣ группы нормъ, но .... подъ нимп, „въ глубинѣ явленій человѣческаго духа“, „кроется третій родъ права, третья идея права, *мать* и *общій источникъ* установленныхъ двухъ категорій права и причина (?) того обстоятельства, что оба эти различныя явленія одинаково называются правомъ“.

Одинъ родъ права признаетъ жизнь, собственность, тѣлесную неприкосновенность и пр., какъ неотъемлимую, даже „священную“ принадлежность человѣка. Не бей, тѣмъ болѣе не убивай другого, не крадь и т. д. Для охраны этихъ благъ государства издаютъ законы, запрещающіе преступленія противъ личности, ея здоровья, жизни и пр., противъ собственности и т. д.

Но, мы обладали бы не въ достаточной мѣрѣ ученостью, если бы не знали о существованіи и „другого рода права“. Это право говоритъ: „Можешь колотить. Если зубы ближе, то въ зубы, если нѣтъ — въ спину. Если есть ружье — ружьемъ, если нѣтъ, можно копьемъ, косой или палкой. Вообще — либерально. Нужно только, чтобы копье, стрѣла или кинжалъ не были отравлены, пуля не была разрывною и нѣкоторыя другія условія, несогласныя съ „правомъ

---

*) Замѣчу здѣсь, кстати, что, если Іерингъ, не смотря на противорѣчія и туманъ, общіе съ другими нѣмецкими авторами, все-таки во многомъ стоитъ выше ихъ, то это потому, что онъ *инстинктивно* иногда чувствовалъ истину. Онъ понималъ важность цѣли въ юриспруденціи (доказательство его Zweck im Recht), и если не уяснилъ ни себѣ, ни другимъ ея значенія вполнѣ, то лишь по общему у нѣмцевъ недостатку знакомства въ англійской философской литературой и нѣмецкой манерѣ мышленія, цѣпко держащейся словъ (vor Allem haltet euch an die Worte!).

цивилизованныхъ народовъ“; а у нецивилизованныхъ и безъ этихъ условій будетъ „по праву“.

Для осуществленія всѣхъ этихъ правъ военная наука („наука“!?) придумала много средствъ: шрапнель, гранаты, большой и малый калибръ, десяти и двадцатифунтовики, и пр. . . . . Это не похоже на право „перваго рода“, но . . . . тоже „право“, „международное право цивилизованныхъ народовъ“ и тоже „великое культурное явленіе“.

Такъ же и въ другихъ случаяхъ. Напр., „установленныя юриспруденціей для своего практическаго обихода“ правила: укради и не укради, обманывай и не обманывай, исполняй договоры и плюй на нихъ, когда это тебѣ не выгодно. Все это очевидно разныя вещи, но по ученому это два рода права: просто право и международное право. Есть и причина, почему это выходитъ такъ по ученому. У нихъ, видите ли, „одна мать“ и „общій источникъ“. Это такъ просто: изъ одного и того же источника вытекаетъ, смотря по обстоятельствамъ: бей и не бей. Крадь и не крадь — несомнѣнно разныя вещи, но по ученому мать у нихъ одна. Ну, какъ этого не понять!? Къ чему тутъ „безплодныя мученія“ мысли!

Г. Спенсеръ признаетъ, напр., наличность двухъ несогласимыхъ, другъ друга отрицающихъ моралей: мораль дружбы и мораль вражды. Гдѣ есть одна, тамъ нѣтъ другой. Ничѣмъ примирить ихъ нельзя. Вещи, другъ друга отрицающія, не могутъ имѣть общаго источника, т. е. одной и той же причины. Различныя слѣдствія должны имѣть и различныя причины, основанія: таковъ общій логическій законъ. И сколько бы мы ни грустили надъ этимъ печальнымъ состояніемъ человѣческой морали, противъ логики мы ничего не можемъ подѣлать. Свести ихъ къ общему источнику для насъ не возможно.

Древніе юристы говорили въ простотѣ: inter arma silent leges, выводя такимъ образомъ вещи, рѣшаемыя при помощи arma, за предѣлы leges Религіозныя сомнѣнія и человѣколюбіе могли участвовать въ ихъ рѣшеніи, leges же . . . . . смолкали здѣсь. Въ одномъ случаѣ jus, въ другомъ его отсутствіе Теперь это иначе: право сказало, вмѣсто не бей, бей. Это разныя вещи, но у нихъ одна мать и общій источникъ. И если здравый разсудокъ и нравственное чувство протестуютъ противъ сведенія „крадь“ и „не крадь“ къ одному принципу, то лишь потому, что это вещи, которыя „кроются въ

глубинѣ явленій человѣческаго духа", и, слѣдовательно, не доступны профану. Вотъ юристы .... это дѣло другое: народъ ученый. Извѣстно, что уничтоженіе разницы между чернымъ и бѣлымъ — ихъ профессія, по воззрѣнію большой публики.

Какъ педагогъ долженъ знать о хорошихъ и дурныхъ склонностяхъ дѣтей, какъ сельскій хозяинъ долженъ знать о благопріятныхъ и неблагопріятныхъ условіяхъ роста растеній и животныхъ, такъ и юристъ долженъ знать бѣлое и черное въ общественной жизни, и различать ихъ, а не сводить къ одной идеѣ, къ общему источнику.

Иду далѣе къ характеристикѣ настоящаго положенія „науки права".

Одни утверждаютъ, что право и государство неразрывно связаны другъ съ другомъ. Гдѣ государство, тамъ и право, какъ и обратно: гдѣ право, тамъ и государство. Государство есть единственный источникъ права. Философія права есть философія права и государства, не какъ двухъ, а какъ одного предмета.

Противъ этого возразить ничего нельзя, кромѣ лишь того, что указанное двуединство права и государства не можетъ очитаться понятнымъ. Если бы право и государство дѣйствительно означали одно и то же, мы могли бы въ рѣчи ставить по произволу право тамъ, гдѣ стоитъ государство, и обратно. Но, этого не дѣлаютъ и сторонники указаннаго взгляда. — Согласимся, что указаннымъ положеніемъ желательно было подчеркнуть идею неразрывной связи государства и права.

Съ этимъ положеніемъ стоитъ въ противорѣчіи: 1) признаніе международнаго права, 2) признаніе обычнаго права.

Самостоятельныя государства никакой высшей организаціи надъ собою не знаютъ. И если мы признаемъ, что отношенія между ними регулируются правомъ, мы порвемъ указанную неразрывную связь права и государства. Вѣдь право, согласно указанному, существуетъ только въ государствѣ. Во внѣшнихъ отношеніяхъ государствъ существуетъ что-то другое. Какъ бы близко или аналогично ни было оно къ праву, оно не есть право.

То же самое слѣдуетъ сказать и объ обычаяхъ. Обычаи, хорошіе и дурные, соблюдаются независимо отъ государственной власти, иногда вопреки ей. Источникъ принудительности въ государствѣ можетъ быть лишь одинъ: двоевластія никакое государство вынести

не можетъ. Если бы обычаи сами по себѣ, независимо отъ признанія или непризнанія ихъ государственнаго властью, могли установлять „право“, т. е. государственно-принудительныя нормы, государство, гдѣ было бы допущено это, не преминуло бы расколоться. Значитъ обычаи не могутъ сами по себѣ устанавливать „права“. — Есть области, гдѣ государственная власть допускаетъ образованіе обычаевъ и рѣшеніе дѣлъ по нимъ, но, очевидно, свою государственно-принудительную силу такіе обычаи черпаютъ изъ общаго и единаго источника: согласія, ясно выраженнаго или молчаливаго, государственной власти. Такіе признанные властью обычаи пріобрѣтаютъ тогда характеръ неписанныхъ законовъ. — Итакъ, обычныя нормы сами по себѣ не суть еще „право“ *).

Другіе, большинство, говорятъ: нѣтъ, право выше и старше государства. Это — нѣчто великое, великое, великое .... культурное, культурное ....!! Безъ понятія права не мыслимо и государство. Оно должно было предшествовать появленію государства. Оно существуетъ и внѣ государства: напр., въ „естественныхъ обществахъ“. Ubi societas, ibi jus. Государство есть лишь одна изъ формъ организаціи для защиты права; и то, что порождается государствомъ, можетъ быть названо закономъ, но не всегда правомъ. Право есть даже тамъ, гдѣ нѣтъ общей организаціи, нѣтъ общей власти, какъ, напр., въ международныхъ отношеніяхъ (такъ называемое „международное право“). Право имѣетъ существованіе независимое отъ государства. Самое государство является какъ бы порожденіемъ представленій людей о правѣ.

Все какъ будто гладко здѣсь. А идеализмъ и несомнѣнная наличность высокихъ чувствъ подкупаютъ въ пользу этого мнѣнія. Однако, вся кажущаяся правильность его только и покоится на подкупленномъ чувствѣ. Какъ только авторы оставляютъ область общихъ, а потому и не совсѣмъ опредѣленныхъ, соображеній и ближе подходятъ къ міру реальныхъ явленій, такъ и выступаютъ наружу кроющіяся въ немъ противорѣчія.

При этомъ соприкосновеніи съ дѣйствительностью имъ предстоитъ дилемма: 1) или признать лишь наличность дѣйствующихъ,

*) Объ этомъ будетъ еще рѣчь ниже

т. е. имѣющихъ реальную силу, нормъ, отнеся личныя желанія каждаго въ область мечтаній, т. е. сдѣлаться позитивистами или реалистами, 2) или признать, кромѣ указанныхъ нормъ, еще такъ называемое философское, научное право, право разума, или, что выходитъ на то же, особую „идею права“*), т. е. стать идеалистами.

Бѣда лишь въ томъ, что участь указаннаго позитивизма не лучше участи идеализма. Оба они гибнутъ отъ собственныхъ противорѣчій: съ самими собою, или съ окружающею дѣйствительностью.

Позитивисты, съ одной стороны, ставятъ право въ несомнѣнную связь съ государствомъ и его законодательствомъ. На это указываютъ, напр., употребляемыя ими выраженія русское, нѣмецкое, французское право; право такой-то эпохи, или такой-то части государства. На это указываютъ и заявленія ихъ, что убѣжденія наши о правѣ и неправѣ не суть еще право, пока они не восприняты закономъ, или не выразились въ обычаѣ, которому, опять таки, законъ далъ свою санкцію**). На это указываютъ и самыя опредѣленія права совокупностью нормъ . . . . . между прочимъ и законодательныхъ. Измѣняются законы, — измѣняется и право . . . .

Все это противорѣчитъ приведеннымъ выше мыслямъ о независимомъ отъ государства существованіи права и возможности существованія его тамъ, гдѣ нѣтъ государства. Разъ наши убѣжденія о правомъ и неправомъ, которыя вѣдь у каждаго отличны, не суть еще право, то знать право, имѣть о немъ понятіе или представленія, можно лишь тогда, когда оно установлено, а не тогда когда она лежитъ еще въ области желательнаго.

Но, если бы даже позитивистъ отвергъ указанныя выше идеи о старшинствѣ и независимости права отъ государства, противорѣчія можно найти въ другихъ его взглядахъ. Право, по общераспространеннымъ представленіямъ, является особою силой, особымъ факторомъ общественной жизни, „находящимъ себѣ *выраженіе*“ въ законахъ,

---

*) Выраженіе, подъ которымъ контрабандой вводятся въ „науку“ старыя идеи „философскаго права“, послѣ потери имъ кредита.

**) Обычаи, отвергаемые закономъ по ихъ жестокости, безнравственности или другой причинѣ, а также обычаи безразличные для закона (одѣваться по праздникамъ въ особое платье и т п) не могутъ имѣть государственной принудительности.

судебныхъ рѣшеніяхъ и другихъ проявленіяхъ государственной и частью (въ обычаяхъ) общественной жизни.

Фразы въ родѣ „внѣшняго выраженія“, „проявленія“, „обнаруженія“, „конкретной манифестаціи абстрактной субстанціи“ и т. п., составляютъ характерную принадлежность нѣмецкой философіи. Онѣ выражаютъ иногда каузальную связь между двумя фактами. внѣшнее выраженіе какой-нибудь силы есть синонимъ производимыхъ ею послѣдствій. Право, при такомъ толкованіи фразы о внѣшнемъ выраженіи, есть, слѣдовательно, причина законовъ, судебныхъ рѣшеній и пр.

Но, это очевидно невѣрно. Законъ существуетъ потому, что такова была воля законодателя Судебное рѣшеніе — потому, что судъ, подчиненный органъ власти, пришелъ къ тому именно выводу, который изложенъ въ судебномъ рѣшеніи. Причины законовъ, судебныхъ рѣшеній и другихъ принудительныхъ нормъ, слѣдовательно, ясны и ничего таинственнаго въ себѣ не заключаютъ. Всякая государственно-принудительная норма есть непосредственное или посредственное *выраженіе* воли законодателя, а не какого-то таинственнаго и туманнаго права.

Иногда же указанныя фразы о внѣшнемъ выраженіи, проявленіи и т. д., употребляются для обозначенія, что одна вещь относится къ другой какъ феноменъ къ нумену, т. е. внутренней сущности или „субстанціи“ его. Но, о мірѣ матеріальномъ и духовномъ мы знаемъ лишь по феноменамъ, по этимъ самымъ внѣшнимъ проявленіямъ. О внутренней природѣ или сущности, „субстанціи“ вещей мы ничего не знаемъ. А потому фразы о внѣшнемъ выраженіи, при такомъ ихъ значеніи, ничего намъ не уясняютъ и не могутъ уяснить. Сказать о стоящей предо мною палкѣ, что она есть „конкретная манифестація абстрактной субстанціи палки“, значитъ ничего не объяснить, какою бы страшною ученостью ни вѣяло отъ такихъ фразъ. — Кромѣ того, законы, судебныя рѣшенія и т. д. — факты производные: ихъ сдѣлали законодатели, судьи и пр. Въ фактахъ же, которые мы можемъ разложить на другіе, вывести ихъ изъ другихъ, мы не можемъ говорить о нуменахъ. Говорить о нуменѣ гороховой колбасы, сапога, карточнаго домика и т. д., можетъ лишь тотъ, о которомъ еще римляне говорили: si tacuisses, philosophus mansisses. О нуменахъ рѣчь заходитъ лишь тамъ, гдѣ кончается наше знаніе.

Если мы разложимъ какой-нибудь фактъ матеріальнаго и духовнаго міра и дойдемъ до конечныхъ фактовъ, изъ которыхъ онъ слагается, фактовъ, до сихъ поръ не разложенныхъ и не уясненныхъ, мы наталкиваемся на вопросъ, отчего этотъ фактъ существуетъ въ настоящемъ его видѣ (отчего, напр., золото желто, тяжело, тягуче, не разложимо большинствомъ кислотъ и т. д.). Мы даемъ сами себѣ на него отвѣтъ, въ сущности ничего не уясняющій: есть какія-то внутреннія неизвѣстныя намъ причины этого, внутренняя сущность, природа, субстанція вещи. Это и есть вопросъ о нуменѣ, о томъ, что скрыто за доступными нашему знанію явленіями. Онъ возникаетъ на границѣ нашего знанія; законъ же, судебныя рѣшенія и прочія нормы далеки еще отъ этой границы: не ближе къ ней, чѣмъ сапогъ*).

Но, положимъ, что намъ, такъ или иначе, удалось связать съ фразой о „внѣшнемъ выраженіи“ какое-нибудь разумное и ясное представленіе, и положимъ, что мы пришли къ выводу, что законы и судебныя рѣшенія не суть собственно право, что этого послѣднее витаетъ гдѣ-то за нимъ, за этою внѣшностью, и лишь находитъ себѣ болѣе или менѣе несовершенное отраженіе въ человѣческихъ законахъ. Положимъ, что и мы, признавая несовершенство всѣхъ дѣлъ человѣческихъ, согласились съ другими юристами не отождествлять права съ велѣніями государственной власти.

Какъ не видѣть тогда противорѣчія, если, часто на той же страницѣ съ указанными взглядами, право отождествляется съ совокупностью нормъ .... между прочимъ и законодательныхъ. Измѣняются законы .... измѣняется и право. Законы же, безъ сомнѣнія, суть велѣнія государственной власти, ея порожденіе. Слѣдовательно, государство, или (болѣе опредѣлительно) законъ, опредѣляютъ собою право. Качества этого послѣдняго зависятъ отъ качествъ законодательства.

Какъ согласить съ этимъ категорическое заявленіе многихъ юристовъ, что никакого права, кромѣ права положительнаго,

---

*) Можно иначе думать о нуменахъ и границахъ нашего знанія (Lasson): это не измѣнитъ защищаемаго нами взгляда. Изъ главы III станетъ ясно, что за закономъ и другими нормами лежитъ доступный познаванію факторъ: воля законодателя.

т. е. созданнаго въ значительной долѣ законодательствомъ, — нѣтъ?

Далѣе, не только закону, но и судебнымъ рѣшеніямъ и нѣкоторымъ другимъ факторамъ приписывается „творческая роль“. Въ чемъ? — Въ созиданіи „права“.

Въ концѣ концовъ, для насъ остается неяснымъ: законъ ли, вмѣстѣ съ судебными рѣшеніями и другими признанными имъ факторами, создаютъ право; или, наоборотъ: законъ, судебныя рѣшенія, нѣкоторые обычаи и другіе факты, суть порожденіе „права“.

Если „право“ есть особая сила, особый факторъ, должно бы быть вѣрнымъ послѣднее. Но, тогда нельзя говорить о „творческой роли“ законодательства, суда и пр. — Если же вѣрно первое, нельзя говорить о правѣ, какъ объ особомъ, самостоятельномъ явленіи.

Есть одно средство, способное, повидимому, пролить свѣтъ на этотъ темный вопросъ и устранить противорѣчія. Средство это заключается въ признаніи существованія идеальнаго или философскаго права (alias „научное“ право, или право разума) на ряду съ тѣмъ правомъ, которое мы находимъ въ законахъ, обычаяхъ, судебныхъ рѣшеніяхъ и пр.

Ученія о естественномъ или философскомъ правѣ представляютъ, какъ и вся юриспруденція, странную смѣсь естественныхъ и разумныхъ стремленій съ заблужденіями и путаницей. Эта примѣсь разумнаго къ неразумному и служитъ причиной, почему ученія эти, много разъ опровергавшіяся, до сихъ поръ не умираютъ.

Скажу больше, между юристами, считающими себя самыми позитивными позитивистами, юристами, стремящимися самымъ серьезнымъ образомъ къ познанію дѣйствительности, какъ она есть, и отворачивающимися отъ всякихъ мечтаній и идеализма, какъ вещей, относящихся къ міру безногихъ фантазій, нѣтъ ни одного послѣдовательнаго позитивиста. Подъ другимъ именемъ, въ оной формѣ, идеи философскаго права, нѣтъ-нѣтъ, да и проглянутъ то въ одномъ, то въ другомъ мѣстѣ ихъ работъ.

Что философское право стоитъ къ дѣйствительности въ иномъ отношеніи, чѣмъ то право, которое мы находимъ въ законахъ и

иныхъ надѣленныхъ принудительностью нормахъ, это замѣтить не трудно.

Супруги, напр., стали плохо жить вмѣстѣ въ государствѣ, не допускающемъ развода. Если они обратятся къ философу, тотъ, быть можетъ, скажетъ имъ, что, такъ какъ продолжать насильно совмѣстную жизнь тамъ, гдѣ такая жизнь болѣе не возможна, противно нравственности, супружескій союзъ „естественно“, или „по естественному праву“, долженъ подлежать уничтоженію. А такъ какъ „естественное право“ у каждаго свое, то другой философъ скажетъ, быть можетъ, иное. Онъ скажетъ, что указанный союзъ производитъ такія большія измѣненія въ жизненномъ положеніи лицъ, что возстановленіе прежняго положенія вещей не возможно, что, далѣе, въ обществѣ нужно поддерживать болѣе серьезное отношеніе къ этому союзу, и что можно привести много другихъ соображеній, по которымъ разрушеніе союза не согласно съ нравственностью и „естественно“, или „по естественному праву“, онъ долженъ оставаться или совсѣмъ неразрушимымъ, или разрушеніе его должно быть до крайности затруднено. Очевидно, что въ концѣ концовъ реальную силу будетъ имѣть по этому вопросу положительное законодательство. Согласная съ этимъ законодательствомъ философія одержитъ верхъ, потому что она есть философія дѣйствующаго закона. Философія же, расходящаяся съ законодательствомъ, какою бы непогрѣшимостью ни пользовалась она въ глазахъ ея приверженцевъ, останется безсильной. И какъ домъ, не могущій защищать насъ отъ холода и непогоды, потому что въ немъ нѣтъ ни крыши, ни стѣнъ, не есть домъ, такъ и право, не способное ни защитить насъ, ни дать какую-нибуь выгоду, улучшить или ухудшить наше положеніе, не есть право, какимъ бы „естественнымъ“ ни казалось оно тому или другому.

Наука и философія имѣютъ задачей познаніе дѣйствительности. Призраки, желанія и идеалы, въ извѣстномъ смыслѣ (см. James, Psychology, v. II, p. 291—293, „the many worlds“), также принадлежатъ къ дѣйствительности. И юристъ долженъ знать ихъ. Однако, какъ практическій человѣкъ, призванный дѣйствовать въ извѣстную эпоху, при наличности данныхъ обстоятельствъ, онъ долженъ проводить рѣзкое различіе между дѣйствительностью соціальныхъ фантомовъ, какъ бы обольстительны ни были они для нашихъ чувствъ,

и дѣйствительностью законодательства, фактически регулирующаго окружающую насъ жизнь.

Нѣтъ человѣка, который могъ бы уклониться отъ притягательной силы идеаловъ. Едва ли это было бы и желательно. Но, кто претендуетъ на титулъ ученаго или образованнаго человѣка, тотъ долженъ строго различать между реальностью какого-нибудь мифа въ мірѣ фантазіи, и тою реальностью, которою обладаетъ дѣйствующее законодательство по сравненію съ планами какого-нибудь будущаго государства. Болѣе глубокое изученіе положительнаго законодательства открываетъ всегда намъ и болѣе глубокія и серьезныя причины существующаго порядка вещей, равно какъ, съ другой стороны, открываетъ намъ бреши въ соблазнительныхъ картинахъ quasi-философскихъ перестроекъ этого порядка.

Туманъ въ головѣ относительно основныхъ вопросовъ даже у людей, искренне желающихъ познать дѣйствительность и отличать то, что есть, отъ того, что должно было бы быть, и служитъ причиною путаницы. Вы видите, напр., какъ самый, повидимому, положительный юристъ, признающій право порожденіемъ закона, говоритъ далѣе о томъ, что законъ можетъ быть признанъ соотвѣтствующимъ или несоотвѣтствующимъ „идеалу права“. Если никакого права, кромѣ положительнаго, нѣтъ, очевидно, что критерій права слѣдуетъ искать въ этомъ положительномъ правѣ, т. е. законахъ, судебныхъ рѣшеніяхъ, обычаяхъ и другихъ признанныхъ государствомъ нормахъ при правильномъ толкованіи ихъ.

Право, по опредѣленіямъ позитивистовъ, есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ. Очевидно, что нормы, дѣйствующія во Франціи, не могутъ составить вмѣстѣ съ нормами, дѣйствующими въ Англіи, одного права. Каждое государство имѣетъ и свое право. Такъ какъ, далѣе, государство есть явленіе историческое, то и право его не могло избѣжать вліянія различныхъ эпохъ. Нѣтъ права вообще, а есть право такого-то государства и такого-то времени. Не можетъ быть и общаго идеала права, годнаго для всѣхъ временъ, всѣхъ народовъ и обстоятельствъ. Не можетъ быть и науки о правѣ вообще, хотя, разумѣется, въ государствахъ съ болѣе или менѣе общей культурной основой можно найти много общихъ чертъ. Кто хочетъ знать идеалы права того или иного

государства, тотъ долженъ обратиться къ изученію дѣйствующихъ въ немъ нормъ въ связи съ культурой и исторіей его. Разумѣется, что идеалы эти мѣнялись не только въ различныя эпохи, но и въ періодъ жизни каждаго изъ законодателей (Александръ I, въ началѣ и въ концѣ своего управленія). — Только такое пониманіе идеаловъ права можетъ претендовать на позитивизмъ.

Но, когда заходитъ рѣчь объ идеалахъ права, у позитивистовъ связываются съ ними совсѣмъ иныя представленія. Не объ отысканіи ихъ въ дѣйствительной жизни говорятъ они, а о личныхъ взглядахъ, желаніяхъ и стремленіяхъ. Строгій юристъ, полагающій, что задачи законодателя исчерпываются насажденіемъ справедливости, будетъ связывать со словами „идеалъ права“ совсѣмъ не то, что юристъ, думающій, что цѣль законодателя будетъ достигнута тогда, когда у каждаго человѣка будетъ курица въ горшкѣ. А человѣкъ, который думаетъ, что обезпечить матеріальное и иное благосостояніе никогда не удавалось и, по законамъ человѣческой природы и положенію человѣка въ мірѣ, никогда и не удастся въ будущемъ, и что, далѣе, счастье человѣка зависитъ прежде всего отъ того, какъ внѣшнія обстоятельства его жизни, вліяютъ на его психическій міръ, будетъ связывать со словами объ идеалахъ права еще иныя вещи. Словомъ, ничего нѣтъ болѣе неопредѣленнаго и неяснаго, чѣмъ ссылки на „идеалы права“. Каждый имѣетъ свои собственные.

Мы не станемъ увеличивать здѣсь реестра прегрѣшеній современной юриспруденціи. Перечитавъ всю нѣмецкую и подпавшую ея вліянію литературу, положа руку на сердце, вы должны будете сказать:

Habe nun, ach! Philosophie,
Juristerei.....
Durchaus studirt, mit heissem Bemuh'n.
Da steh' ich nun, ich armer Thor!
Und bin so klug, als wie zuvor.....
— — — — — — — — — — — — —
Und sehe, dass wir nichts wissen können!*)

Сами юристы признаютъ неудовлетворительное состояніе ученій объ основныхъ вопросахъ юриспруденціи. Можно было бы, въ духѣ

*) По крайней мѣрѣ, изъ континентальной литературы.

предыдущихъ замѣчаній, написать цѣлую книгу о томъ, какъ противорѣчія нагромождаются на противорѣчія, „критическія изслѣдованія“ слѣдуютъ одно за другимъ, а дѣло не становится ни на одну іоту яснѣе. — Но, указывать ошибки, не указавъ и не объяснивъ ихъ общаго источника, — дѣло, которое мало можетъ принести пользы прогрессу знанія. Мы постараемся найти этотъ источникъ ошибокъ. А прежде всего укажемъ на

Б. Неестественность такого печальнаго состоянія знаній.

Что такое знаніе?

Знать, объясняютъ намъ признанные авторитеты (Локкъ, Hum. Und., кн. IV; Лейбницъ, Essai sur l'entendement, кн. IV, гл. 1) значитъ различать или подмѣчать сходство и несходство между предметами.

Замѣчая несходство между бѣлымъ и чернымъ, мы говоримъ: мы *знаемъ,* что бѣлое не есть черное. Замѣчая несходство круга и треугольника, мы говоримъ: мы *знаемъ,* что кругъ не есть треугольникъ. Замѣчая сходство между тремя и единицей плюсъ два, мы говоримъ: мы *знаемъ,* что три равно двумъ и единицѣ. Замѣтивъ сходство трехъ угловъ треугольника по величинѣ съ двумя прямыми углами, мы говоримъ, что мы *знаемъ* о равенствѣ ихъ.

Въ этомъ и состоитъ знаніе. Гдѣ можно подмѣтить, различить, сходство или несходство, согласіе или несогласіе, тамъ и есть знаніе. Гдѣ этого нельзя, мы можемъ воображать, догадываться или вѣрить, но знанія имѣть мы не будемъ.

Знаніе не есть достояніе лишь ученыхъ людей, ни даже исключительное достояніе человѣка. Мы встрѣчаемъ его и во внѣчеловѣческомъ мірѣ. Животное, напр., умѣетъ различать, т. е. знаетъ, что можетъ и что не можетъ идти ему въ пищу; знаетъ, что, дабы не упасть, оно должна бѣгать или прыгать опредѣленнымъ способомъ, т. е., говоря ученымъ языкомъ, соблюдать законы механики.

Разница въ томъ, что животное не знаетъ о своемъ знаніи. Не знаетъ, или смутно знаетъ, о многихъ своихъ знаніяхъ и дикарь или ребенокъ.

Задача науки въ томъ и состоитъ, чтобы бросить свѣтъ на эти такъ сказать естественныя знанія, сдѣлать ихъ ясными, полными, отчетливыми, расширить ихъ, воспользоваться ими для пріобрѣтенія другихъ знаній, и связать ихъ въ систему взаимной зависимостью.

Если мы, запасшись этими общими свѣдѣніями о знаніи, обратимся къ наблюденію дѣйствительности, то откроемъ, что тѣ основныя понятія, надъ уясненіемъ которыхъ безплодно трудятся юристы, извѣстны дикарямъ и всякому нормальному 10-лѣтнему ребенку нашего общества.

.... Was kein Verstand der Verständigen sieht,
Das übet in Einfalt ein kindlich' Gemüt.

Король какого-нибудь острова Полинезіи или африканскаго народца отрядилъ дикаря съ товарищами, подъ начальствомъ подчиненнаго ему воеводы, въ военную экспедицію. Дикари эти знаютъ, что, подъ страхомъ наказанія, они должны повиноваться приказамъ своего восначальника. Знаютъ, говоря нашимъ языкомъ свои „обязанности“ и знаютъ, что при плохомъ исполненіи ихъ (заснулъ, напр., на стражѣ) восначальникъ можетъ, или, какъ принято говорить у насъ, имѣетъ право наказать плохаго солдата. Дикари эти, какъ бы ни была низка ступень ихъ умственнаго развитія, имѣютъ, слѣдовательно, понятіе о правахъ и обязанностяхъ. Они должны имѣть его. Если бы его у нихъ не было, не возможно было бы никакое общественное предпріятіе (охота, отраженіе непріятеля), никакая организованная общественная жизнь. Дикарь *знаетъ*, что одни поступки онъ можетъ, или имѣетъ право, совершить, а другихъ не можетъ, или обязанъ воздерживаться отъ нихъ. На его языкѣ, вѣроятно, нѣтъ совсѣмъ и слова, соотвѣтствующаго нашему право, можетъ быть и вообще нѣтъ словъ, какъ въ языкахъ моносиллабическихъ. Вопросъ о выраженіи — вопросъ второстепенный. Важно замѣтить, что онъ не можетъ не имѣть понятій о правѣ и обязанностяхъ, разъ ему извѣстенъ приказъ. Свидѣтельствомъ служатъ его поступки, сообразные этому приказу. Онъ имѣетъ ихъ, хотя и не училъ ни философіи, ни науки права, а мысли свои выражаетъ, быть можетъ, хуже нашего 10-лѣтняго школьника.

То же слѣдуетъ сказать и о дѣтяхъ, достигшихъ нѣкоторой ступени разумѣнія. Школьникъ 8-ми лѣтъ *знаетъ*, что въ 9 часовъ

онъ долженъ или обязанъ быть въ школѣ и не имѣетъ права идти играть въ мячъ, хотя бы не зналъ ни слова право, ни слова обязанность, и пользовался самымъ непонятнымъ языковъ для выраженія своихъ мыслей. Если бы дѣти не имѣли понятій о правахъ и обязанностяхъ, не мыслимы были бы ни школа, ни вообще воспитаніе*).

Дикарь способенъ понять приказъ, велѣніе или законъ (не въ названіяхъ, конечно, дѣло): не спи на сторожѣ и не зѣвай. Изъ него онъ способенъ вывести заключеніе о своихъ обязанностяхъ и правахъ. Закрывать глаза онъ не можетъ, не имѣетъ права, а открыть ротъ и положить туда горсть рису — онъ можетъ, имѣетъ право: это не запрещено. Точно также можетъ вывести онъ свои права и обязанности и изъ другихъ правилъ поведенія: ты долженъ убивать враговъ, но не можетъ убивать своихъ товарищей, можешь красть у врага, но не долженъ обирать соплеменниковъ, можешь съѣсть собственнаго ребенка, но не долженъ трогать чужихъ дѣтей, и т. д.

Говоря языкомъ нѣмецкой юриспруденціи, онъ, съ одной стороны, способенъ понимать „право въ субъективномъ смыслѣ“, а съ другой — знать большій или меньшій комплексъ „принудительныхъ нормъ“, дѣйствующихъ въ его государствѣ, т. е. „объективное право“. Всѣхъ правилъ поведенія, принятыхъ въ его обществѣ, онъ можетъ быть и не знаетъ, но, въ этомъ отношеніи, положеніе его одинаково съ ученѣйшимъ юристомъ какого-нибудь европейскаго государства: и здѣсь нѣтъ такихъ людей, которые знали бы всѣ законы, судебныя рѣшенія, административныя предписанія, обычаи и т. д. Спросите ученѣйшаго доктора университета, много ли онъ, напр., знаетъ изъ военнаго законодательства . . . .

Несомнѣнно также, что и дикарь имѣетъ свойственное степени его духовнаго развитія представленіе о собственныхъ интересахъ и объ интересахъ общества, къ которому онъ принадлежитъ. Онъ можетъ, съ точки зрѣнія этихъ интересовъ, критически относиться къ окружающей его дѣйствительности. Онъ можетъ, напр., думать, что сосѣднее чужое племя несправедливо отняло у его племени мѣста для охоты или рыбной ловли. Можетъ думать, что глава его племени

*) Въ небольшой мѣрѣ пониманіе обязанностей и правъ можно наблюдать и у нѣкоторыхъ, особенно домашнихъ, животныхъ.

сдѣлалъ дурныя распоряженія, слѣдствіемъ которыхъ были какія-либо личныя невыгоды для него, или, напр., потеря военной кампаніи, и т. д.

Словомъ, tout comme chez nous. Какъ ни дикъ онъ, а и у него есть понятія о полезномъ и вредномъ, справедливомъ и несправедливомъ, а потому и у него мы должны предполагать противоположеніе закона („объективнаго права“) чему-то высшему, свое „философское право“. Такъ, напр., по философскому праву бушменовъ „хорошо украсть чужую жену, нехорошо, если у меня украдутъ мою“. Это также не должно насъ удивлять, такъ какъ и по философскому праву многихъ предпріимчивыхъ людей нашего общества хорошо было бы такое состояніе законодательства, при которомъ можно было бы заключать такіе тонкіе гешефты, послѣ которыхъ у контрагентовъ оставалась бы лишь рубашка.

Разумѣется, что знанія дикаря, ребенка, или необразованнаго человѣка, во многихъ отношеніяхъ не могутъ идти въ сравненіе съ знаніями хорошо образованнаго. О собственныхъ правахъ, какъ и о правахъ окружающихъ людей, онъ знаетъ мало; онъ не знаетъ конечныхъ цѣлей установленныхъ обязанностей; онъ повинуется имъ болѣе инстинктивно, чѣмъ сознательно; онъ не знаетъ, каковы тѣ послѣднія основанія, на которыхъ зиждется власть принужденія, и очень много другого. Но, о правѣ, какъ правѣ, которое является лишь понятіемъ объ отношеніи къ закону, онъ знаетъ столько же, какъ и образованный, или самый ученый человѣкъ. Такова характерная особенность нашихъ знаній объ отношеніяхъ: понятіе о нихъ у насъ часто несравненно яснѣе, чѣмъ о самыхъ соотносительныхъ вещахъ (см. Локкъ, Hum. Und., кн. II, гл. 25, § 8, стр. 274 по изд. 1735 г.). Зная, что одинъ казуаръ въ зоологическомъ саду снесъ яйцо, изъ котораго вышелъ маленькій казуаръ, я знаю, какъ относятся другъ къ другу они (мать и цыпленокъ), хотя о самихъ казуарахъ я могу имѣть очень смутныя и несовершенныя знанія. То же слѣдуетъ сказать и о правѣ*). Независимо отъ его содержанія (ѣсть муравьевъ въ свободное отъ службы время, засѣдать въ сенатѣ, строить домъ на пріобрѣтенномъ участкѣ земли, ходить по улицѣ, или поужинать своимъ сыномъ: есть или были и такія, вѣдь,

*) Намъ замѣтятъ о другихъ значеніяхъ права. Объ этомъ рѣчь ниже.

страшныя права), право, какъ отношеніе къ закону (какъ бы ни выражалось оно: можно, дозволено, не запрещено . . . .), есть такое простое элементарное понятіе, что оно не способно ни къ какому дальнѣйшему развитію. Что такое правый берегъ рѣки или ручья, это можно легко объяснить ребенку. И знаніе, которое сообщимъ мы ему, не увеличится ни на іоту во всю его жизнь, хотя бы онъ изъѣздилъ полсвѣта и изучилъ всѣ его большія и малыя рѣки. Правый берегъ, какъ правый берегъ, независимо отъ рѣки, о которой можетъ идти рѣчь, есть такое же выраженіе отношенія, какъ и нарѣчія: вверху, внизу; надъ, подъ; справа, слѣва. И право съ обязанностью выражаютъ собою лишь отношеніе къ закону: то, что лежитъ по правую и по лѣвую его сторону; возможность выбрать извѣстное дѣйствіе по собственному желанію и отсутствіе такого выбора, связанность воли.

Если данъ приказъ, не превышающій разумѣнія лица, къ которому обращенъ онъ, оно выведетъ изъ него свои обязанности и свои права. Если приказано вставать въ 6 часовъ утра, значитъ: послѣ 6 часовъ лицо это обязано быть на ногахъ, но оно имѣетъ право (это не запрещено, дозволено, оно можетъ, или другія выраженія для этого) вставать въ 5 часовъ.

Для разумѣнія правъ и обязанностей нужно, слѣдовательно, лишь разумѣніе приказа, велѣнія, закона. Не всегда, конечно, это легко. Понять значеніе закона, ограничивающаго банковыя и биржевыя операціи, урѣзывающаго свободу печати, поддерживающаго извѣстную форму правленія, охраняющаго какую-нибудь церковь, направленнаго противъ какой-либо (повидимому, невредной) секты, или направляющаго внутреннюю политику въ извѣстную сторону, не такъ просто. Уразумѣніе законовъ и есть задача юриспруденціи. Уразумѣвъ его, мы легко выведемъ вытекающія изъ него обязанности и права, какъ легко укажемъ правый и лѣвый берегъ рѣки, если замѣтимъ направленіе ея теченія.

Равнымъ образомъ, если я имѣю предъ собою дѣйствіе, уже совершенное, или такое, совершить которое кто-либо намѣренъ, и если я знаю относящійся къ этой категоріи дѣйствій законъ, я могу сказать, лежитъ ли это дѣйствіе внутри или за предѣлами дозволеннаго. Трудности проистекаютъ лишь оттого, что законъ, въ виду

безпредѣльнаго числа возможныхъ дѣйствій, вынужденъ говорить о нихъ въ общихъ выраженіяхъ, не всегда по своей общности ясныхъ. Конкретное дѣйствіе я могу понимать хорошо, но сказать, имѣю ли я на него право, я затрудняюсь, такъ какъ не знаю, обнимаетъ ли общее выраженіе относящагося сюда закона и данное дѣйствіе. Для рѣшенія подобныхъ сомнѣній и существуетъ, между прочимъ, судъ.

Если понятіе права такъ элементарно, если его имѣютъ дикарь и ребенокъ, то ученые люди, и подавно, *имѣютъ* и *должны имѣть* его.

Откуда тогда эти безконечные споры о понятіи права? Отчего до сихъ поръ „наука“ не можетъ сказать, что такое право?

Ниже станетъ намъ ясно, что это одинъ изъ извѣстныхъ въ исторіи мысли случаевъ, когда „наука“, или, лучше, то, *что принимается за науку*, не только не содѣйствуетъ нашему пониманію дѣйствительности, но сбиваетъ насъ на ложную дорогу и окутываетъ такимъ туманомъ простыя вещи, что простой, необразованный человѣкъ, не подвергшійся вліянію этого Verbildung, видитъ ихъ въ болѣе правильномъ свѣтѣ, чѣмъ гордый своею мнимою ученостью ученый.

Скажу здѣсь кратно, что основная причина этихъ блужданій лежитъ въ недостаткѣ общаго солиднаго *истинно-научнаго* образованія у юристовъ, обнимающаго собою и ученіе о способахъ пріобрѣтенія знаній и выраженія ихъ въ языкѣ. Ихъ *мнимая ученость* путаетъ ихъ теперь.

They spend their lives in —
Letting down buckets into empty wells
And growing old with drawing nothing up. (Cowper)*)

Такова общая судьба людей, строющихъ на пескѣ. Сколько бы усилій ни потратили мы потомъ на извлеченіе солнечныхъ лучей изъ огурца своихъ жалкихъ знаній, ничего изъ нихъ не выйдетъ**).

---

*) Они тратятъ все время своей жизни на опусканіе ведеръ въ пустые колодцы и сгарѣютъ, ничего не вытаскивая оттуда.

**) Разумѣется, что, если бы виноваты были всѣ, никто не былъ бы виноватъ въ частности Разумѣется также, что многое и въ той области вѣдѣнія, которою занятъ юристъ, останется навсегда неяснымъ и нерѣшеннымъ. Принимая во вниманіе ограниченность человѣческихъ способностей, мы, не будучи

В. Два теченія.

Къ счастью для прогресса знаній и для поддержки развиваемыхъ мною здѣсь мыслей, я долженъ сказать, что положеніе юриспруденціи еще не такъ печально, какъ можно было бы думать по предыдущему. Есть юриспруденція, чуждая указанныхъ противорѣчій и неясностей по основнымъ вопросамъ.

Раньше было мною уже замѣчено, что въ законодательствахъ государствъ, съ болѣе или менѣе общей культурной основой, можно найти много точекъ соприкосновенія. Однако, общей юриспруденціи, занятой изученіемъ этихъ общихъ вопросовъ, до сихъ поръ на дѣлѣ нѣтъ.

Правда, нѣмецкіе юристы и тѣ изъ иностранныхъ, которые подпали ихъ вліянію, думаютъ, что проповѣдуемое ими — перлы чистѣйшей науки, универсальныя истины, отклоненіе отъ которыхъ не возможно.

Но, мнѣніе это есть глубокое заблужденіе, основанное на самомнѣніи и не всегда вдумчивомъ отношеніи къ литературѣ даже своей спеціальности. Часть принята была за цѣлое, и національное за универсальное.

Какъ законодательства отдѣльныхъ государствъ, такъ и юриспруденція ихъ, по отношенію къ основнымъ вопросамъ, систематизаціи и терминологіи, носятъ въ бо́льшей мѣрѣ національный характеръ, чѣмъ это можетъ показаться поверхностному наблюдателю.

Въ количественномъ отношеніи, по обилію литературы, нѣмецкой юриспруденціи можно отвести въ наше время первое мѣсто. Но признавать ее на основаніи этого универсальной — большая ошибка.

пророками, должны признать вѣчную истину извѣстныхъ словъ разочарованія (Фаустъ): „habe nun, ach, Philosophie, Juristerei ..... studirt ....“, или: „Verachte nur Vernunft und Wissenschaft“ .... Однако, даже Сократовское „я знаю, что я ничего не знаю“ не есть абсолютное отрицаніе знанія. Кое-что мы знаемъ, и, при большемъ вниманіи и стараніи, мы можемъ улучшить наши знанія. На современныхъ континентальныхъ юристахъ и лежитъ грѣхъ невѣдѣнія того, что они *могли бы* и *должны были бы* знать. Вопросъ о „правѣ“ совсѣмъ не лежитъ за границами познаваемаго Были и есть юристы, совершенно правильно относившіеся къ нему. Ихъ имена часто на нашихъ устахъ, ихъ идей — мы не замѣтили.

Разработка основныхъ вопросовъ, терминологія и систематизація ея, національны, какъ національнъ и тотъ туманъ, который царитъ въ ея книгахъ и головахъ ея творцовъ по основнымъ понятіямъ. Ни французскій, ни англійскій юристъ не въ состояніи, рядомъ съ дѣйствительными, серьезными знаніями, вмѣстить такого количества противорѣчій, какъ нѣмецкій. Никто не обладаетъ также такимъ умѣньемъ изъ простой вещи сдѣлать трудную и неясную, какъ нѣмецъ.

Туманъ, противорѣчія, неясности и напускная таинственность, свидѣтельствуютъ не въ пользу, а противъ нѣмецкой учености. И если мы посмотримъ на вещи собственными, а не нѣмецкими глазами, мы увидимъ совсѣмъ не то, что видятъ они.

Мы увидимъ въ исторіи юридической мысли два довольно ясно обособленныхъ теченія: 1) греко-англійское и 2) римско-нѣмецкое.

Преувеличенная слава римскихъ юристовъ, которымъ приписали такую силу философскаго мышленія, которой они никогда не обладали*) и сами отрицали за собою, была исходною точкою до сихъ поръ царящаго на континентѣ теченія. Полнаго своего разцвѣта оно достигло въ работахъ нѣмецкихъ юристовъ. Измѣряемая прежде всего количествомъ печатной бумаги**), слава ихъ повліяла и на юристовъ другихъ странъ, болѣе склонныхъ къ подражательности, чѣмъ къ самостоятельному мышленію.

Основную идею юриспруденціи это направленіе видитъ въ jus, Recht, droit. Знакомые только съ этимъ теченіемъ мысли, они крѣпко вѣрятъ въ совершенство принятой гипотезы. Сомнѣніе въ правильности этой точки зрѣнія никогда не входило въ ихъ мысли. Они убѣждены, что представленія и терминологія ихъ школы согласны съ природою вещей и вполнѣ соотвѣтствуютъ дѣйствительности. Въ передней своей „науки“, едва приступивъ къ изученію, они уже выучили свое слово „право“, видѣли, какое большое значеніе придавали ему ихъ учителя и авторитеты, а потому никогда не могли не только разстаться съ мнѣніемъ, что ихъ ученія и терминологія

---

*) См. Austin, I т., стр 222, изд. 1869 г.

**) См. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, стр. 106 и другія. Это обиліе составляетъ, по Іерингу, проклятіе и ужасъ нѣмецкой литературы: скуднѣйшее содержаніе размазывается въ возможно большой томъ.

соотвѣтствуютъ фактамъ и являются отраженіемъ самой истины (ratio scripta), но и не подозрѣвали, чтобы можно было объ этомъ думать иначе, или искать свѣта гдѣ-нибудь на сторонѣ.

Эти „прависты“ и создали свое объективное и субъективное право и всю ту путаницу, коротенькій эскизъ который данъ былъ нами въ началѣ этой главы.

Римскіе юристы, въ частности, никогда не могли и не могутъ быть образцами для подражанія въ философской части своихъ ученій. Смутность основныхъ понятій, образцы которой будутъ приведены въ дальнѣйшей части нашей работы*), естественно отражается у нихъ и на терминологіи. Строго юридическія понятія перепутаны у нихъ съ нравственными; законы и положительная мораль въ дѣйствительномъ ихъ видѣ — съ законами и моралью, какими они должны были бы быть, сообразно идеаламъ времени и лицъ.

Вотъ общій отзывъ о философіи римскихъ юристовъ лучшаго изъ англійскихъ юристовъ, соединявшаго основательныя философскія знанія съ спеціально-юридическими, Austin'a (Lectures on jurisprudence, стр. 222 и сл.): „Кто знаетъ сочиненія римскихъ юристовъ только по наслышкѣ, обыкновенно удивляется ихъ философіи. На дѣлѣ, по моему мнѣнію, это единственная часть ихъ произведеній, которая заслуживаетъ презрѣнія. Ихъ чрезвычайная заслуга основывается не на общихъ спекулятивныхъ выводахъ, а на истолкованіи римскаго законодательства. Съ большою ясностью и проницательностью овладѣли они его общими принципами, съ удивительной логикой приложили эти принципы къ объясненію деталей, и свели такимъ образомъ эту положительную систему законодательства къ компактному и связному цѣлому. Но философія, заимствованная (плохо, долженъ я добавить отъ себя) ими отъ грековъ или созданная ими по греческимъ образцамъ, — ничего не стоитъ. Ихъ попытки опредѣленія юриспруденціи и задачъ юриста — абсолютно жалки, и трудно понять, какъ люди, со столь удивительной прозорливостью, выказали столь презрительную слабость ума (imbecility).“

Съ кое-какими измѣненіями, этотъ отзывъ примѣнимъ и къ философіи нѣмецкихъ юристовъ. Ихъ трактаты о Naturrecht,

*) См. главу V.

„Юриспруденціи въ воздухѣ“ (Jurisprudence in the air) по описанію англійскаго юриста Holland a, не даютъ почти ничего. Ихъ Энциклопедіи и Методологіи слишкомъ заражены апріорными положеніями, чтобы можно было извлечь изъ нихъ много пользы. Ихъ Пандекты принимаютъ римскія понятія и римскую терминологію какъ научное откровеніе свыше, гдѣ никакія нововведенія не мыслимы. Если вы дѣйствительно воодушевлены стремленіемъ къ истинѣ, вы поймете, почему человѣкъ, перечитавшій континентальную, и особенно нѣмецкую, юридическую литературу, могъ сказать, что онъ нашолъ въ ней меньше помощи, чѣмъ ожидалъ (Holland, The elements of jurisprudence, VII)*).

Разумѣется, всѣмъ этимъ я вовсе не думаю сказать, чтобы серьезный юристъ *могъ обойти* римскую, нѣмецкую и подпавшую ихъ вліянію юриспруденцію.

Другое направленіе, куда относятся юристы греческіе и англійскіе, видятъ основное понятіе юриспруденціи въ „законѣ“ (νόμος, law).

Первыми представителями этого теченія были греческіе философы съ Аристотелемъ во главѣ. Философски болѣе одаренные римлянъ**), они лучше ихъ съумѣли разобраться въ основныхъ понятіяхъ государствовѣдѣнія. Политика Аристотеля не можетъ быть обойдена до сихъ поръ.

Развитого ученія о „правѣ“ мы, однако, у грековъ не найдемъ. Мы уже указывали выше, насколько элементарно и просто это понятіе. Грекъ не находилъ, вѣроятно, нужнымъ давать какія-либо объясненія по его поводу. Болѣе того, у грека, съ его развитымъ языкомъ, не было и слова, соотвѣтствующаго римскому jus. Въ

---

*) На многія частныя ошибки нѣмецкой юриспруденціи указывалъ, иногда въ довольно рѣзкой формѣ, еще Austin. Таковы, напр, его замѣчанія объ объективномъ и субъективномъ правѣ (стр. 293), объ обычномъ у нѣмцевъ спорѣ о томъ, есть ли право — сила, или наоборотъ: сила есть право (стр 292), и о многихъ положеніяхъ римскихъ юристовъ, цѣликомъ, безъ критики, воспринятыхъ нѣмцами. Къ сожалѣнію, нѣмецкая „основательность“ не идетъ обыкновенно далѣе границъ нѣмецкой рѣчи и, напр., имя Austin'a, какъ это констатируетъ Holland (op c., VII), не извѣстно въ Германіи.

**) Что признавалось и этими послѣдними. Graecia capta ferum victorem cepit.

греческомъ законодательствѣ, представлявшемъ во многомъ лишь переводъ римскаго, выраженія въ родѣ jus civile, jus naturale, jus gentium передаются. νόμος πολιτικός, νόμος φυσικός, νόμος ἐθνικός.

Насъ не должно удивлять то обстоятельство, что менѣе одаренные римляне даютъ намъ часто то, чего мы не находимъ у грековъ, бывшихъ учителями и для первыхъ. Даровитые люди, по большей части, съ пренебреженіемъ относятся къ дегалямъ юриспруденціи: они не считаютъ нужнымъ тратить свои силы на рѣшеніе болѣе практическихъ, но второстепенныхъ для мыслителя вопросъ*). Ихъ вниманіе могутъ привлечь лишь общіе вопросы.

Грекъ имѣлъ законодательство (Базилики, руководство Гарменопуло), имѣлъ философію государственныхъ наукъ (Политика Аристотеля) и не зналъ jus. Это для насъ важно. Если онъ не останавливался надъ анализомъ этого jus, это потому, что въ его время не было того humbug'a съ этимъ словомъ, какъ теперь. Въ главѣ „о словахъ“ мы будемъ еще имѣть случай говорить о грекахъ.

Въ развитой формѣ правильное ученіе объ основныхъ понятіяхъ юриспруденціи мы находимъ у англичанъ У Локка, Бентама, Austin'a, Holland'a, мы видимъ воскресеніе затерянной правды, хотя преемственной связи по данному вопросу съ греческой философіей доказать нельзя.

Every right is the creature of law, говоритъ Austin (стр. 354), т. е. „всякое право есть созданіе закона“. Законъ есть источникъ права или правъ (source from which they flow). Право есть средство, которымъ законъ достигаетъ своихъ цѣлей (Holland, 60). Права устанавливаются закономъ и не могутъ быть поняты безъ послѣдняго.

Очевидно, что, при такомъ пониманіи основной идеи юриспруденціи, англичанинъ можетъ имѣть литературу („науку“, если угодно) о законѣ, а не о правѣ.

Вопросъ теперь въ томъ, кто изъ двухъ правъ: нѣмецъ ли, укоризненно отзывающійся объ англичанахъ, что у нихъ нѣтъ „науки о правѣ“ (Rechtswissenschaft), или англичанинъ, обвиняющій нѣмцевъ въ проступкахъ противъ здраваго смысла и вкуса (grave

*) См., напр., замѣчаніе Austin'a на стр. 205, 206.

offence against good sense and taste, Austin, стр. 293), путаницѣ (they thicken the mess which that confusion produces, ibid.) и дурномъ пользованіи терминологіей (misapplication of terms, ibid.).

Этимъ вопросомъ и займемся мы ниже. Мы увидимъ въ результатѣ, какъ и въ этомъ случаѣ каменъ, отвергнутый нѣмецкими строителями, долженъ быть сдѣланъ главою угла.

Указанныя два теченія представляютъ собою, конечно, обобщеніе. Исключенія и ограниченія будутъ указаны въ своемъ мѣстѣ. Мы увидимъ, какъ нѣмцы иногда близко подходили къ англійскому направленію (А. Лассонъ, новое гражданское уложеніе), и какъ, наоборотъ, греки и англичане подпадали иногда римскому вліянію (τὸ δίκαιον, Blackstone).

ГЛАВА III.

Необходимыя объясненія.

Всегда и вездѣ, на самыхъ различныхъ ступеняхъ культуры, человѣкъ жилъ по-человѣчески, т. е. государственною жизнью. Государственность лежитъ въ самой природѣ человѣка, и Аристотель былъ совершенно правъ, назвавъ человѣка существомъ государственнымъ (ζῶον πολιτικόν).

Человѣкъ никогда не жилъ и не могъ жить одинако. Это повело бы къ уничтоженію самаго человѣческаго рода. Vieles kann der Mensch entbehren, nur den Menschen nicht. Всегда существовало сожительство бо́льшаго или меньшаго количества особой и, какъ необходимое послѣдствіе такого общежитія, всегда существовало государство.

Безгосударственнаго состоянія никогда не было и никогда не могло быть· государство никогда не могло возникнуть изъ ничего, изъ безгосударственнаго состоянія*).

„Безъ всякой воли съ своей стороны человѣкъ находитъ себя живущимъ въ государствѣ, окруженнымъ государствомъ, составляющимъ, подобно воздуху, водѣ и почвѣ, одно изъ элементарнѣйшихъ условій его существованія. Гдѣ есть нѣсколько человѣкъ, тамъ есть всегда и государство, хотя бы и въ зародышевомъ состояніи . . . . . .

*) Примѣры мнимаго безгосударственнаго состоянія нѣкоторыхъ небольшихъ группъ, приводимые иногда путешественниками и даже нѣкоторыми видными учеными, представляютъ лишь случаи дурного объясненія фактическаго положенія вещей. Усвоивъ правильное понятіе государства (о чемъ ниже), мы найдемъ разбитое на множество государствъ общежитіе. государствъ микроскопическихъ и неустойчивыхъ.

Какъ разумъ и на самой низшей ступени есть разумъ, такъ и семья, племя, орда представляютъ уже государство.“ (Lasson, Rechtsphilosophie, стр. 295, 296.) *)

„Существованіе государства вообще не зависитъ отъ произвола людей; государство дано природою людей и вещей, какъ всякой человѣческой волѣ предшествующая и въ основѣ ея лежащая необходимость“ (Lasson, op. c., стр. 295).

„Куда бы мы ни обратились на землѣ, вездѣ мы найдемъ въ той или иной формѣ общество съ высшею принудительною властью, хотя здѣсь съ болѣе, тамъ съ менѣе прочной основой. Гдѣ власть не организована въ видѣ постоянной силы, тамъ она возникаетъ въ минуту нужды сама собою и функціонируетъ прерывисто (unregelmässig), но ..... функціонируетъ. Будетъ ли она представляема какимъ-нибудь начальникомъ племени (Häuptling) или королемъ, коллегіей или массой, — она всегда есть, если только люди живутъ вмѣстѣ въ болѣе или менѣе продолжительномъ общеніи. Орда дикихъ варваровъ и отбросы цивилизованныхъ обществъ, какая-нибудь разбойничья шайка, пока она въ состояніи ускользать отъ принужденія высшей власти, или сбѣжавшійся со всѣхъ сторонъ сбродъ въ какой-нибудь глуши съ новооткрытыми пріисками, — все это даетъ намъ всегда одно и то же явленіе. Кто не хочетъ погибнуть въ полномъ одиночествѣ, на какомъ-нибудь пустынномъ островѣ или въ отдаленномъ отъ всего свѣта ущельѣ, тотъ долженъ жить въ государствѣ.

---

*) Слѣдуетъ, конечно, имѣть въ виду сдѣланную авторомъ нѣсколько выше (стр. 294) оговорку, „что семья или деревня до тѣхъ поръ сами уже представляютъ государство, пока они не подчинены какой-либо высшей господствующей волѣ“. — Дѣло, разумѣется, не въ названіяхъ. Если у кого-либо со словомъ государство неразрывно связалось представленіе о чемъ-то огромномъ (Россія, Англія, Франція ....), пусть воспользуется названіями, предлагаемыми Локкомъ, Бентамомъ, Austin'омъ и др. — „независимое политическое или гражданское общество“ (у грековъ πόλις = городъ и государство ...) Такая крошечная община будетъ, безъ сомнѣнія, независимымъ обществомъ, а такъ какъ глава его и члены въ маломъ размѣрѣ преслѣдуютъ тѣ же цѣли борьбы съ аномаліями общежитія, поддержанія порядка внутри и независимости извнѣ, что и большія государства, нѣтъ основанія отказывать ему и въ эпитетѣ „политическое“ или „гражданское“, т. е. организованное на началахъ подчиненія и суверенитета.

Можно себѣ представить человѣка, не принадлежащаго никакому иному обществу, но изъ государства мы выйти не можемъ. Государство есть необходимая принадлежность человѣческаго существованія, неизбѣжная судьба, отъ которой мы такъ же не въ состояніи уйти, какъ и освободиться отъ окружающей насъ и врожденной намъ природы. Не прекращаются также никогда и наши отношенія къ нему. Оно окружаетъ насъ подобно атмосферѣ, которою мы дышемъ; всѣмъ нашимъ существованіемъ мы связаны съ нимъ, какъ съ чѣмъ-то само собою разумѣющимся. Мы замѣчаемъ его по принужденію, которое чрезъ человѣческое посредство направляется на насъ, какъ только мы во внѣшнихъ своихъ дѣйствіяхъ переходимъ извѣстную границу или не исполняемъ извѣстныхъ предъявленныхъ къ намъ требованій. Въ немъ мы видимъ себя противопоставленными безконечно высшей по силѣ насъ волѣ, ставящей насъ въ извѣстныя рамки, вынуждающей отъ насъ извѣстные поступки, пересѣкающей наши интересы и направляющей наши внѣшнія дѣйствія по извѣстной линіи“ (Lasson, op. c., стр. 285, 286).

На какой бы низкой ступени культуры ни стояло, въ тотъ или иной историческій періодъ, человѣчество: жило ли оно семейною, общинною, или, по предположенію нѣкоторыхъ, стадною жизнью, оно жило государственно. Съ одной стороны въ этомъ убѣждаетъ насъ тотъ фактъ, что зародыши государственности не чужды даже низшей животной жизни (пчелы, муравьи), съ другой — то соображеніе, что государство есть неизбѣжное слѣдствіе нераздѣльныхъ съ понятіемъ общества зла и несовершенствъ. Гдѣ есть группа людей, тамъ есть всегда и треніе между ними, аномаліи во взаимныхъ ихъ отношеніяхъ, а это дѣлаетъ необходимымъ примѣненіе принужденія, т. е. появленіе государства, представляющаго собою лишь организованное принужденіе, или организацію принужденія. Всегда такъ было, всегда такъ будетъ: міръ лежитъ во злѣ.

Идеальное состояніе, въ которомъ особи группы, во всѣхъ случаяхъ жизни, столько же дорожили бы общими интересами, какъ и своими, тратили на ихъ достиженіе всегда нужное количество труда и вниманія, и обходились бы, слѣдовательно, безъ принужденія, — совсѣмъ невѣроятно, „не отъ міра сего“, судя по тому, что намъ извѣстно о людяхъ.

Государство и есть тотъ основной, большой фактъ въ жизни человѣчества, съ которымъ приходится имѣть дѣло юристу. Государство направляетъ дѣйствія людей по извѣстной линіи, налагаетъ обязанности и устанавливаетъ права. Это факты, которыхъ никто никогда не отрицалъ и не можетъ отрицать.

Но, не одно это долженъ знать юристъ.

На ряду съ государственностью существуетъ и существовало всегда, гдѣ было *нѣсколько* политическихъ союзовъ (государствъ), безгосударственное, или такъ называемое „естественное“ состояніе между ними.

Государство имѣетъ два признака, по которымъ мы всегда узнаемъ его: 1) положительный или внутренній признакъ — большинство или масса даннаго общества обычно подчиняется опредѣленному и общему представителю власти, одному лицу или корпораціи — безразлично; 2) отрицательный или внѣшній признакъ — этотъ представитель власти не находится въ обычномъ подчиненіи или повиновеніи какому-нибудь высшему человѣческому представителю власти*).

Велѣнія власти, которымъ повинуется масса даннаго общества, и суть *законы* (οἱ νόμοι, laws), устанавливающіе, съ одной стороны, обязанности, съ другой — права.

Никто не можетъ отрицать того факта, что отношенія между отдѣльными независимыми политическими обществами не могутъ регулироваться такими же правилами, какъ и отношенія внутри государствъ: нѣтъ общей власти, которой повиновались бы независимыя государства, и которая могла бы возстановлять такія правила въ случаѣ нарушенія, или устанавливать ихъ въ случаѣ сомнѣнія. Правила международной жизни налагаются мнѣніями и чувствами болѣе широкаго общества, образуемаго общеніемъ отдѣльныхъ государствъ. И какъ во внутренней жизни мы различаемъ законодательство и мораль, такъ точно должны мы отличать правила международной жизни отъ законовъ, а не смѣшивать подъ какимъ-нибудь общимъ именемъ. Сходство или аналогія есть между тѣми и другими, какъ есть сход-

*) См. Austin, Lectures on jurisprudence, т. I, стр. 226 и сл.; Holland, The elements of jurisprudence, стр. 40.

ство между законами и правилами грамматики, игры, постройки зданій и т. д.: тѣ и другія суть нормы человѣческой дѣятельности. Однако, какъ зоологъ напуталъ бы, а не увеличилъ наши знанія, если бы на основаніи сходства сталъ называть гуся и лебедя однимъ и тѣмъ же словомъ, такъ напутаемъ и мы, если не будемъ разныя вещи называть и разными именами. Всякое знаніе и всякая наука основаны на различеніи. Знать и различать — почти синонимы. Научная терминологія должна сообразоваться съ этимъ основнымъ требованіемъ науки.

Мы имѣемъ въ этомъ случаѣ два примѣра: примѣръ континентальныхъ юристовъ, главнымъ образомъ нѣмецкихъ и „иже съ ними“, которые ту и другую группу нормъ одинаково называютъ правомъ, и примѣръ англійскихъ юристовъ, которые рекомендуютъ называть ихъ положительной международной моралью. „Положительной“, чтобы обозначить, что мы беремъ ихъ такими, какими даетъ намъ ихъ дѣйствительность (съ ея насиліями и кровопролитіями), а не какими мы желали бы ихъ видѣть. Онѣ слагаются частью изъ обычаевъ, частью изъ договоровъ. Если бы кому-нибудь захотѣлось называть ихъ международными или междугосударственными законами по аналогіи съ законами въ собственномъ смыслѣ, никто помѣшать этому не можетъ: нужно только, чтобы держащійся такой терминологіи всегда помнилъ, что законами онъ называетъ разныя вещи, и не смѣшивалъ ихъ. Правильнѣе было бы слѣдовать указанному примѣру англійскихъ юристовъ.

Строго говоря, въ „естественномъ состояніи“ живутъ не общества, входящія во взаимныя отношенія другъ къ другу, и не повинующіяся одной общей власти, а господствующіе, управляющіе элементы этихъ обществъ. Такъ какъ всѣ члены каждаго изъ входящихъ въ общеніе государствъ суть члены этихъ отдѣльныхъ государствъ, имъ повинующіеся и ими защищаемые, равно какъ повинующіеся и защищаемые, при переходѣ ихъ въ другое государство, этимъ послѣднимъ, то никто изъ нихъ не живетъ въ „естественномъ состояніи“; и болѣе широкое общество („международный союзъ“), образуемое ихъ общеніемъ, не можетъ быть названо въ строгомъ смыслѣ „естественнымъ обществомъ“; но господствующіе элементы, представители власти каждаго изъ государствъ, живутъ между собою

въ состояніи независимости отъ какой-либо высшей земной власти, т. е. въ „естественномъ“ состояніи.

„Отсюда неизбѣжно слѣдуетъ (Austin, op. c., т. 1, стр. 231, 232), что правила, регулирующія международныя отношенія, не суть *положительные законы,* такъ какъ всякій положительный законъ устанавливается даннымъ сувереномъ для лица или лицъ, находящихся въ состояніи повиновенія ему. Международныя правила суть правила, установленныя общественнымъ мнѣніемъ. Обязанности, налагаемыя ими, обезпечиваются нравственными санкціями: страхомъ со стороны народовъ или страхомъ со стороны государей (sovereigns) вызвать общую враждебность и навлечь на себя вѣроятныя дурныя послѣдствія, если они нарушатъ общепринятыя и пользующіяся общимъ уваженіемъ правила“.

И въ литературѣ, и въ обычномъ словоупотребленіи, законъ имѣетъ болѣе узкое и болѣе широкое значеніе. Законъ въ тѣсномъ смыслѣ есть велѣніе власти, имѣющее въ виду цѣлый классъ дѣйствій и исходящее отъ верховнаго представителя ея. Въ болѣе широкомъ смыслѣ подъ законъ подводятся и случайныя распоряженія, исходящія хотя бы и отъ подчиненныхъ властей. „Законнымъ“, и въ большой публикѣ, считается не только дѣйствіе, соотвѣтствующее закону въ узкомъ смыслѣ, но и соотвѣтствующее, напр., полицейскому предписанію.

Отношенія внутри государствъ управляются законами въ узкомъ и широкомъ смыслѣ, внѣшнія же — нравственностью. Такъ это теперь, такъ было и всегда. Есть мнѣніе, будто примитивныя общества знали лишь обычаи и не знали законовъ. Мнѣніе это основано на ложномъ объясненіи явленій. Всегда былъ законъ (хотя бы неписанный) и всегда были обычаи, т. е. правила, установленныя мнѣніями и чувствами людей, правила положительной морали (mores).

Возьмемъ, напр., общество, живущее въ дикомъ состояніи, или въ крайне варварскомъ состояніи, близко подходящемъ къ дикому. Большинство его членовъ не имѣетъ привычки повиноваться одному и тому же представителю власти. Для нападенія на внѣшняго врага (не только человѣка, но и, напр., медвѣдя), или для отраженія такого нападенія, масса его членовъ, способная носить оружіе, повинуется одному руководителю или „комитету“ ихъ. Въ эту минуту об-

щество это представляетъ одно государство. Но, какъ только опасность миновала, это временное повиновеніе исчезаетъ, и общество возвращается къ состоянію, которое можно считать его обычнымъ состояніемъ: оно распадается на множество независимыхъ обществъ, находящихся другъ къ другу въ отношеніи „иностранныхъ государствъ“. Каждая семья, совокупность которыхъ образуетъ данное общество, оказываетъ обычное повиновеніе своему особому главѣ. Но эти семейныя общины независимы другъ отъ друга и не связаны въ какой-либо высшій политическій союзъ общимъ и обычнымъ повиновеніемъ какому-нибудь начальнику. Дѣйствіе общихъ законовъ, имѣвшихъ силу во время союза, вызваннаго опасностью, прекращается. Междусемейныя, въ данномъ случаѣ междугосударственныя (такъ какъ каждая семья составляетъ независимое государство), отношенія управляются обычаями, т. е. правилами, наложенными общественнымъ мнѣніемъ, но не имѣющихъ за собою общей политической санкціи. — Въ такомъ состояніи находятся дикія племена Австраліи, живущія рыбной ловлей и охотой, краснокожіе лѣсовъ и степей Америки; такъ жили и Германцы Тацита*).

Не отсутствіе государственной жизни, а ея неустойчивость, эфемерность, составляетъ характерную черту нецивилизованныхъ обществъ.

Для насъ, привыкшихъ имѣть дѣло съ огромными государствами, смѣшно, конечно, называть государствомъ крошечную семейную общину. Но — „смѣшно“ есть выраженіе чувства, а не разсудка. Смѣшно также сопоставлять Англію и Монако, Санъ Марино, Андорру и пр. „государства“. Логически противъ этого возражать нельзя**).

---

*) Внутреннія отношенія такихъ семей-государствъ регулируются велѣніями главы ихъ, т. е. неписанными законами. Велѣніе, имѣющее въ виду частный случай, есть въ такой же мѣрѣ законъ, какъ и велѣніе, имѣющее въ виду классъ дѣйствій.

**) Даже требующій наличности „значительнаго“ числа членовъ общества для признанія его государствомъ (independent political society) Austin (стр. 239, т. 1) считаетъ возможнымъ такое признаніе при числѣ меньшемъ 1.000, указывая на примѣръ прежнихъ Швейцарскихъ кантоновъ. Мало ли въ Россіи такихъ деревень! Разумѣется, чѣмъ крошечнѣе, тѣмъ неустойчивѣе государственная жизнь такихъ обществъ. — Маленькая непослѣдовательность у

Наличность такихъ независимыхъ политическихъ обществъ, т. е. совокупности лицъ, повинующихся извѣстному центру, и есть необходимое предшествующее условіе всѣхъ тѣхъ фактовъ, съ которыми приходится имѣть дѣло юристу, а понятіе государства, для юриста въ тѣсномъ смыслѣ, вмѣстѣ съ понятіемъ закона есть основа всѣхъ иныхъ юридическихъ понятій. Если въ головѣ слушателя не будетъ его, онъ ничего не можетъ понять. Все остальное въ юриспруденціи — производно отъ понятія государства и нѣкоторыхъ другихъ, о которыхъ сказано будетъ ниже. Поэтому, всякія объясненія и толкованія необходимо начинать съ него.

Такъ, на каждомъ шагу юристу приходится имѣть дѣло съ правами. Большинство, какъ извѣстно, даже считаетъ юриспруденцію за „науку о правѣ“ *).

Но, всякое право подразумѣваетъ собою соотвѣтствующую обязанность (о другихъ значеніяхъ слова „право“ см. слѣд. главу). Это два соотносительныхъ понятія, которыя не могутъ быть поняты одно безъ другого. Слова, выражающія одну и ту же мысль съ разныхъ точекъ зрѣнія. Когда государство заставляетъ B выполнять, дѣйствіями или воздержаніями отъ дѣйствій, желанія A, мы можемъ безразлично сказать, что A имѣетъ право, или что на B лежитъ обязанность. (См. Holland, Elem. of jur., стр. 60, 65, 66, также Austin, Lect. 34: every right implies a corresponding duty, 354; every

---

того же автора: онъ считаетъ возможнымъ признать „политическимъ“ самое крошечное общество, хотя бы въ размѣрѣ „маленькой семьи“ (стр. 240), если оно зависимо. Представимъ, что такое общество пріобрѣло по той или иной причинѣ также независимость; неужели этотъ плюсъ долженъ низвести такое общество въ разрядъ „естественныхъ“, т. е. неполитическихъ?! — Впрочемъ, если мы отвергнемъ взглядъ Лассона, и признаемъ возможность полнаго безгосударственнаго состоянія, это измѣнитъ нѣкоторыя частности, но не сущность нашихъ разсужденій.

*) Въ понятіе государства входитъ много другихъ: его исторія, его многоплеменное иногда населеніе, территоріальное расширеніе, его промышленность и торговля . . . . . Юристъ долженъ быть знакомъ со всѣмъ этимъ. Но, на первомъ мѣстѣ стоитъ для него государство, какъ сила, управляющая дѣйствіями людей; а потому нѣкоторые говорятъ о правительствѣ и законахъ, какъ предметѣ юриспруденціи (Локкъ, Лейбницъ).

right implies an obligation, 103: every law, really conferring a right, imposes expressly or tacitly a *relative* duty, or a duty correlating with the right.) Права, которому не соотвѣтствуетъ никакой обязанности, нельзя себѣ и представить.

„Но, говорилъ еще Локкъ (Human Understanding, book I, chap. III, § 12, стр. 37 по изд. 1735 г.), что такое обязанность или долгъ (duty и obligation въ данномъ случаѣ два названія одной и той же вещи), *не можетъ быть понято* безъ закона, а законъ ..... безъ законодателя". — Установленіе обязанностей и правъ и есть то средство, которымъ законъ, или законодатель, достигаетъ своихъ цѣлей.

Законодатель же и есть тотъ правитель, суверенъ (единица или число), или какъ иначе, повинуясь которому, извѣстная совокупность лицъ и образуетъ собою независимое политическое общество, alias государство. — И въ литературѣ поэтому часто слово законодатель употребляется вмѣсто государства (pars pro toto).

Для точнаго уясненія природы или сущности государства мы должны были бы заняться анализомъ понятія суверенитета и связаннаго съ нимъ соотносительнаго выраженія: повиновеніе. Мы должны были бы, далѣе, уяснить себѣ различныя формы суверенитета, или высшей власти, поговорить о дѣйствительныхъ и воображаемыхъ границахъ власти суверена, о происхожденіи правительства, полезности и необходимости его, о причинахъ обычнаго повиновенія народной массы суверену, и о многихъ другихъ вещахъ. Но, мы имѣемъ въ виду не изложить философію государства, а рѣшить нѣкоторые частные вопросы, вызывающіе путаницу и темноту въ сочиненіяхъ большинства юристовъ. Эти спеціальныя цѣли заставляютъ насъ обойти указанные вопросы, какъ побочные для насъ, отославъ болѣе любознательнаго читателя къ работамъ Austin'a, Holland'a, Лассона, Іереміи Бентама, Локка, Юма, Лейбница, Аристотеля и др.

Для нашей цѣли необходимо остановиться нѣсколько дальше на понятіи *закона,* являющагося ключомъ для юриста и моралиста. Намъ нужно отдѣлить его отъ смежныхъ понятій.

Законъ есть велѣніе, предписаніе, приказъ, или какъ иначе, лица, стоящаго выше насъ, т. е. лица, могущаго вынудить отъ насъ повиновеніе его волѣ.

Велѣніе есть выраженіе желанія. А такъ какъ желанія или волю и развитое выраженіе ихъ съ сознательно организованной вынуждаемостью можетъ имѣть лишь человѣкъ или существо, по образу и подобію котораго онъ считаетъ себя созданнымъ (т. е. божество), то, строго говоря, законъ есть явленіе міра человѣческаго*).

Слово это употребляется, однако, и во многихъ другихъ случаяхъ, но такое словоупотребленіе основано лишь на подобіи, аналогіи или метафорѣ.

Такъ:

Общее словоупотребленіе связываетъ названіе закона только съ такими велѣніями, которыя носятъ болѣе или менѣе прочный характеръ: разсчитаны на продолжительное, если не на все будущее, время, и на цѣлый классъ дѣйствій, а не на отдѣльные поступки**). Это повело къ перенесенію (метафора) термина „законъ“ на прочныя единообразія, замѣчаемыя въ мірѣ *внѣобщественномъ*, гдѣ также можно видѣть часто какъ бы постоянство поведенія.

Говорятъ, напр., что безжизненныя тѣла двигаются по опредѣленнымъ *законамъ*. Разумѣется, что безжизненныя тѣла (планеты), не имѣя ни желаній, ни отвращеній, ни страха, не могутъ быть тронуты какою-либо угрозою наказанія въ случаѣ неповиновенія. Тутъ не мыслимо ни наложеніе обязанности, ни санкція ея, какъ въ „законѣ“ въ настоящемъ смыслѣ. Мертвая матерія не можетъ ни повиноваться въ человѣческомъ смыслѣ, ни уклоняться отъ повиновенія. Все, что мы замѣчаемъ здѣсь, и что повело къ метафорическому примѣненію слова законъ, это тотъ фактъ, что тѣла эти движутся извѣстнымъ однообразнымъ путемъ, подобно тому, какъ люди ведутъ себя опредѣленнымъ способомъ, повинуясь закону. Но причина этого однообразія лежитъ не въ разумѣ и волѣ, какъ у

---

*) Детали о законѣ, по внутреннему существу его, см. у Austin'a, op c., стр. 90 и слѣд., а также нѣкот. друг. мѣста, и у Holland'a, стр. 35 и др.

**) Примѣръ: приказъ восначальника атаковать непріятеля не называется закономъ; предписаніе о томъ, чтобы договоръ личнаго найма не былъ заключаемъ болѣе чѣмъ на 5 лѣтъ — законъ. Или приказъ слугѣ купить сегодня чаю, и приказъ вставать каждый день въ 6 часовъ утра. Первый носитъ характеръ чего-то частнаго, случайнаго; второй — постояннаго, какъ въ законѣ въ частомъ словоупотребленіи.

людей, а въ неизвѣстномъ намъ внутреннемъ устройствѣ матеріи, цѣляхъ, строѣ и первыхъ причинахъ мірозданія. Тѣ знанія, которыя мы способны пріобрѣсти относительно поведенія людей, повинующихся закону, мы *не можемъ переносить* на однообразія мертвой матеріи, и обратно — математическія формулы этихъ послѣднихъ не помогутъ намъ двигаться съ большею увѣренностью и знаніемъ дѣла въ общественно-психическомъ мірѣ.

„Законъ“ здѣсь — лишь риторическая „фигура рѣчи“, чрезвычайно часто гибельная для истины, такъ какъ ведетъ къ путаницѣ понятій. Еще Локкъ указывалъ и предостерегалъ противъ этого несовершенства языка*). Одинаковыя слова ведутъ къ представленію, будто мы имѣемъ дѣло и съ одинаковыми вещами.

То же слѣдуетъ сказать и о мірѣ менѣе разумныхъ, хотя и живыхъ, существъ. Нѣкоторыя изъ нихъ обладаютъ достаточною степенью понятливости, чтобы уразумѣть и повиноваться кое-какимъ, немногочисленнымъ, приказамъ человѣка. Но, въ общемъ, ихъ жизнь опредѣлена законами мертвой и живой матеріи, инстинктами (слово, означающее причины, которыя мы объяснить не можемъ) и, въ небольшой долѣ, заключеніями, выводимыми ими изъ опыта путемъ наблюденія, сравненія и абстракціи. Однако, все это не въ той мѣрѣ, какая нужна для сознательной организаціи принужденія, сознательнаго установленія обязанностей путемъ закона и уразумѣнія его цѣлей; равно какъ нѣтъ здѣсь и той власти надъ собственными желаніями и аппетитами, какая необходима для повиновенія закону. О конечной причинѣ этихъ однообразій послѣдовательности и сосуществованія мы ничего не знаемъ. Персонификація словесныхъ абстракцій („природа“), заставляющая играть роль законодателя самый міръ, или даже тѣ самыя однообразія, которыя приписываются „велѣніямъ природы“, не говорятъ намъ яснѣе, чѣмъ объясненія этихъ

---

*) „Фигуральная рѣчь должна быть избѣгаема вездѣ, гдѣ дѣло идетъ объ истинѣ и знаніи .. во всякой рѣчи, имѣющей цѣлью сообщить намъ свѣдѣнія или наставленія. .. Гдѣ мы желаемъ говорить о вещахъ, какъ онѣ существуютъ въ дѣйствительности, тамъ фигуральное приложеніе рѣчи способно лишь внушить ложныя идеи, направить въ ложную сторону сужденіе, а потому есть въ сущности настоящій обманъ“ См. до сихъ поръ не превзойденную III книгу его Human Understanding (гл. X, § 34, стр. 106 по изд. 1735 г.).

однообразій божественной волей. И тѣ и другая для насъ неисповѣдимы. И тамъ и здѣсь — слова, прикрывающія наше незнаніе. — Знаніе, которымъ мы обладаемъ по отношенію къ государственнымъ законамъ, не переносимо на такіе „законы природы“, и обратно. Это разныя вещи. Той степени сознанія, которая нужна человѣку для пониманія долга, правъ, санкціи, цѣлей закона и т. д., мы не найдемъ ни въ какомъ „государствѣ“ животныхъ.

Потому-то и всѣ попытки объяснить и иллюстрировать природу законовъ въ собственномъ смыслѣ сопоставленіями и ссылками на такъ называемые „законы природы“, законы лишь по метафорѣ, ничего не уяснили. Наоборотъ, онѣ вели къ путаницѣ и темнотѣ. Онѣ дѣлались иногда людьми, пользующимися въ другихъ отношеніяхъ заслуженной славой. Это дѣлалось римскими юристами съ ихъ jus naturale, Спинозой съ его jus naturae, Montesquieu съ его „необходимыми отношеніями“ въ Духѣ Законовъ, и другими (см. Austin, стр. 214—217)*).

На одномъ этомъ примѣрѣ мы видимъ необыкновенную важность роли языка въ мышленіи. Сдѣлавъ риторическій переносъ слова законъ на слишкомъ мало похожую сферу явленій, мышленіе дѣлаетъ потомъ обратную ошибку, какъ бы по отраженію перескакивая отъ отдаленно сходныхъ фактовъ на факты человѣческой жизни, на основаніи лишь сходства слова (законъ)**).

Кромѣ метафорическаго широко распространено *аналогическое* употребленіе слова „законъ“, т. е. по подобію болѣе близкаго характера.

Сюда относятся двѣ группы: 1) законы божества, не только лишь христіанскаго, разумѣется***), и 2) законы нравственности.

---

*) Не трудно понять, я думаю, и безуспѣшность поисковъ математическихъ формулъ „законообразности“ или даже соотвѣтствующей однообразіямъ внѣшней природы точности и постоянства въ мірѣ общественно-психическомъ. Тѣ и другіе „законы“ различаются toto coelo.

**) Отсылаю къ III кн. Human Understanding Локка для лучшаго уразумѣнія роли языка въ наукѣ. У Лейбница можно найти то же въ переводѣ на фр. яз.

***) Для атеиста и агностика эта группа, конечно, отпадаетъ.

Важностью своею для государственной жизни и та и другая группа превосходитъ часто законы въ собственномъ смыслѣ. Quid leges sine moribus?! Но, изъ-за аналогичнаго примѣненія термина „законъ“ юристъ не долженъ терять изъ виду разницы по существу дѣла.

Источникъ божественныхъ велѣній не земной, не человѣческій: воля Высшаго Существа. Санкція ихъ также отличается отъ санкціи человѣческихъ (государственныхъ) законовъ: она главнымъ образомъ основывается на вѣрѣ въ загробную жизнь, судъ и воздаяніе „коемуждо по дѣламъ его“.

Всякая религія имѣетъ свои внѣшнія учрежденія. Для поддержки ихъ и для охраны внѣшнихъ своихъ распорядковъ она нуждается и во внѣшней санкціи. Государство имѣетъ чрезвычайный интересъ поддерживать, если не всѣ, то нѣкоторыя изъ церквей и даетъ ихъ распорядкамъ внѣшнюю санкцію: церковные законы. Это законы въ строгомъ, настоящемъ смыслѣ: ихъ источникъ верховная власть, ихъ санкція — государственная сила. Все, что исходитъ изъ другого источника, какъ бы чрезвычайно велика ни была его важность, не есть законъ въ собственномъ, настоящемъ смыслѣ.

Юристъ долженъ знать эти божественные „законы“, хотя бы онъ не принадлежалъ ни къ какой изъ церквей, пользующихся охраной или преслѣдуемыхъ (вредныя секты) государствомъ, какъ долженъ онъ знать, при случаѣ, и очень многое другое (правила раціональнаго хозяйства, производства горныхъ работъ, орошенія и осушенія, и т. д.); но не долженъ смѣшивать велѣній Корана, или другихъ, съ велѣніями государственной власти, т. е. земными, человѣческими законами *).

---

*) У нѣкоторыхъ народовъ, особенно восточнаго происхожденія, религія имѣетъ особое значеніе въ жизни; свѣтское и духовное не раздѣлены у нихъ такъ, какъ у европейцевъ. Это вызываетъ особыя затрудненія для законодателя и дѣлаетъ необходимымъ исключительное законодательство. То, что въ общихъ законахъ не соотвѣтствуетъ ихъ религіознымъ представленіямъ и особымъ интересамъ, существуетъ для нихъ лишь для обхода. Англія не можетъ поэтому создать общаго законодательства для своихъ магометанъ и индусовъ, какъ не можетъ она создать ихъ религій То же слѣдуетъ сказать и о Россіи по отношенію къ ея еврейскому (2/3 общаго числа ихъ на землѣ) и много мил-

Точно также долженъ знать юристъ и вторую группу законовъ по аналогіи: нравственные законы. Что это не законы въ собственномъ смыслѣ, видно: 1) изъ того, что источникъ ихъ не государственная власть, а мнѣнія и чувства извѣстнаго общества; государственная власть можетъ относиться къ нимъ прямо отрицательно*); 2) изъ того, что санкція ихъ имѣетъ основой не власть государства, а отношеніе къ намъ окружающихъ людей: тѣ непріятныя послѣдствія, которыя могутъ быть результатомъ отклоненія отъ господствующихъ взглядовъ**).

Нравственными нормами регулируются не только мелочи внутренней жизни гражданскаго общества, на сколько онѣ отражаются въ допускаемыхъ закономъ или преслѣдуемыхъ имъ обычаяхъ, но и болѣе важныя вещи: 1) отношенія между верховною властью и подчиняющимся ему населеніемъ, и 2) между-государственныя отношенія.

О законѣ можно говорить лишь тамъ, гдѣ есть высшее земное существо, могущее принудить къ осуществленію своихъ желаній. Такого источника земной власти нѣтъ ни въ отношеніямъ верховной власти (единоличнаго правителя или парламента) къ населенію***), ни въ отношеніяхъ одного независимаго гражданскаго общества къ другому†).

Никакого трибунала, къ которому можно было бы аппеллировать вслѣдствіе нарушенія обычной или договорной международной нормы, нѣтъ, кромѣ трибунала общественнаго мнѣнія. Нѣтъ и мѣста, которое бы рѣшало сомнѣнія о томъ, что должно считаться нормой.

Законовъ въ собственномъ смыслѣ здѣсь, слѣдовательно, не можетъ быть. Или, употребляя выраженіе нѣмецкихъ юристовъ, здѣсь не можетъ быть „права въ объективномъ смыслѣ“, такъ какъ это

лонному магометанскому населенію. Собраніе магометанскихъ законовъ, если бы оно было издано властью, было бы всегда въ глазахъ магометанина толкованіемъ Корана некомпетентнымъ лицомъ. См. Holland, El. of jur., стр. 51.

*) „Законы“ чести, требующіе дуэли, и преслѣдованіе дуэлей закономъ, требованіе платежа по карточному долгу и законы противъ такихъ требованій.

**) Можно думать и иначе: это не нарушаетъ цѣпи нашихъ разсужденій и ихъ цѣли. Мы не ограничиваемъ этого понятія требованіями совѣсти, а вносимъ сюда, напр., и приличія.

***) См. Austin, op. c., стр. 288 и слѣд.

†) См. Austin, стр. 89, 187, 188 и др. мѣста.

послѣднее предполагаетъ наличность высшей опредѣленной власти, могущей принудить къ исполненію даннаго правила. Подобной власти нѣтъ въ междугосударственныхъ отношеніяхъ.

Недостатки нѣмецкой юриспруденціи по этому вопросу чувствуются и Лассономъ „Хотя", говоритъ онъ (Rechtsphilosophie, 394). „между государствами, какъ суверенными обществами *настоящее* правовое состояніе (Rechtszustand) *не возможно;* но .... между ними возникаетъ состояніе, имѣющее *нѣкоторое подобіе* правовому состоянію" ..... „Государства находятся другъ къ другу въ *естественномъ* состояніи" (395) .. . „Опредѣленія, устанавливаемыя государствами относительно ихъ взаимного поведенія, хотя *никогда не могутъ* получить характера права (Recht). такъ какъ они не могутъ быть вынуждаемы высшею надъ государствами властью .. ..., выполняется *подобно* правовымъ опредѣленіемъ (rechtliche Bestimmungen) .... (397) .... На той же 397 стр. онъ говоритъ какъ о разныхъ вещахъ о „внутреннегосударственномъ" и „междугосударственномъ" правѣ (Recht), выставляя отличительной чертой послѣдняго Unzwingbarkeit (невынуждаемость), вслѣдствіе чего оно является болѣе дѣломъ совѣсти и страха Божія. Но что же это за Recht безъ принуждаемости, если онъ самъ вводитъ эту черту въ опредѣленіе его. Очевидно, это — мораль. Далѣе, на стр. 402 онъ прямо и говоритъ: „характеръ настоящаго права (eigentlichen Rechtes) *отнятъ* у международнаго права (Volkerrecht) не только временно или для низшихъ состояній культуры, но *навсегда*" .... „Все международное право есть нѣчто прекарное. Государство соблюдаетъ его или не соблюдаетъ, смотря по своимъ интересамъ". Часто онъ говоритъ лишь объ *аналогіи* праву (стр. 400), а нѣкоторыя нормы считаетъ не имѣющими даже внѣшней аналогіи праву. На стр. 405 онъ даетъ общій выводъ: „послѣ всего сказаннаго, для отношеній между государствами настоящаго права съ формальнымъ и положительнымъ характеромъ не существуетъ". Совершенно справедливо. Только словами того же Лассона мы должны сказать (стр. 400), что „называть то, что имѣетъ существенно иную природу, тѣмъ же самымъ именемъ, всегда не хорошо (hat seine Bedenken), такъ какъ изъ-за равенства названія люди подвергаются опасности забыть неравенство существа дѣла".

Совокупное названіе для разсматриваемыхъ нормъ можно найти въ выраженіяхъ: международныя нормы, положительная мораль междугосударственныхъ отношеній, положительная международная мораль, или въ не столь широкихъ: международные обычаи, международные договоры.

Нравственный же характеръ, какъ замѣчено было въ другомъ мѣстѣ, носятъ и отношенія между сувереномъ и населеніемъ. Нормы, регулирующія ихъ, должны быть отличаемы отъ законовъ въ настоящемъ смыслѣ*). Для нашей цѣли этотъ вопросъ не имѣетъ большой важности, а потому я отсылаю читателя за деталями къ Lectures on jurisprudence Austin'a. Замѣчу здѣсь лишь, что многіе считаютъ сувереномъ не то лицо, которому на дѣлѣ принадлежитъ суверенитетъ. Англійскій король, германскій и австрійскій императоры не суверены, а лишь составные элементы коллективнаго суверена — парламента. (См. Austin'a)

Далѣе, слѣдуетъ отличать законы отъ нормъ обычныхъ. Обычай самъ по себѣ никогда не можетъ установить нормы, которая по значенію своему могла бы равняться закону. Нѣмецкое выраженіе „обычное право“ всегда было и будетъ источникомъ путаницы. Я не думаю, конечно, отрицать силу за обычаями. Закону приходится иногда бороться съ ними и не всегда съ желательнымъ успѣхомъ. Но, сила обычаевъ имѣетъ совсѣмъ иной источникъ, чѣмъ законъ. По нѣмецкимъ ученіямъ обычай является однимъ изъ источниковъ права: онъ создаетъ право. Это совершенно невѣрно, если подъ правомъ мы будемъ разумѣть, вмѣстѣ съ ними, гарантированныя государствомъ нормы. Государство не только не всегда гарантируетъ обычаи, но даже преслѣдуетъ имъ. Силу свою обычаи черпаютъ въ мнѣніяхъ и чувствахъ создавшаго ихъ общества. Это, слѣдовательно, составная часть положительной *морали* этого общества или класса. — Сближеніе съ закономъ происходитъ тогда, когда государство *надѣляетъ законной силой* обычаи той или иной группы. Это происхо-

*) И у нѣкоторыхъ нѣмецкихъ писателей просачивается идея объ этомъ. Такъ, напр, Гумпловичъ (Rechtsstaat und Socialismus, S 13) говоритъ, что „если частное право — право, то государственное право не должно называться правомъ, а какъ-нибудь иначе“. Конечно, не все „государственное право“.

дитъ очень часто. Въ уголовной сферѣ государство сохраняетъ за собою обыкновенно монополію. Nullum crimen sine lege. Нельзя, напр., посадить человѣка въ каменный мѣшокъ за то, что онъ ходитъ рѣдко въ мечеть. Въ сферѣ же имущественныхъ договоровъ, наслѣдованія, семейныхъ отношеній и т. д, государство предоставляетъ иногда огромному проценту населенія, или даже и всѣмъ его классамъ, вѣдаться самимъ, по ихъ обычаямъ. Въ подобныхъ случаяхъ обычаи пріобрѣтаютъ силу закона, но не сами по себѣ, а именно въ силу уполномочія: ясно выраженнаго или молчаливаго *согласія государственной власти* — Если законъ для того и существуетъ, чтобы прямо или косвенно устанавливать права и обязанности; то обычай, самъ по себѣ, безъ разрѣшенія закона, легальныхъ правъ установить не можетъ. То, что устанавливается обычаемъ самимъ по себѣ, не есть „обычное *право*“ ни въ объективномъ, ни въ субъективномъ смыслѣ.

За деталями отсылаю читателя къ превосходнымъ англійскимъ работамъ Austin'a (Lectures . . . стр. 37 и сл., также др. мѣста, см. Index при 2-мъ т.) и Holland'a (Elements . . . . стр. 44 и слѣд., 41 и слѣд.). Хорошія объясненія можно найти и у Лассона. Источникъ власти и законной санкціи, по его словамъ, *одинъ* въ государствѣ. Пока обычай не получилъ *признанія* государственной власти, онъ дѣйствуетъ, но дѣйствуетъ какъ и всякая другая *нравственная* норма. „Обычай не достаточенъ, чтобы сообщить своему произведенію полный правовой характеръ; онъ даетъ вначалѣ лишь содержаніе опредѣленій, которыя нуждаются прежде въ признаніи со стороны государства, чтобы получить формальную силу права“ (стр. 418). „Что право становится правомъ только вслѣдствіе признанія со стороны государства, это, послѣ всего раньше изложеннаго, тавтологическое предложеніе; государство есть такимъ образомъ *единственный* авторъ, чрезъ котораго какое-нибудь опредѣленіе можетъ получить правовое значеніе“ (стр. 417). Очевидно, что то, что устанавливается обычаемъ самимъ по себѣ, не есть право, такъ какъ, говоря словами того же Лассона, что не имѣетъ силы права — не есть право (См. рефератъ Kahle въ Philosophische Vorträge Берлинскаго философскаго общества за 1883 г.).

Говорятъ еще о естественныхъ законахъ (или о правѣ природы, jus naturae) и законахъ справедливости. Но, это лишь *фигуры*

рѣчи. Всякій законъ есть выраженіе воли или желанія. Волю или желаніе можетъ имѣть лишь человѣкъ или существо выше (божество) или ниже (животное) его стоящее и надѣленное духовною жизнью. Естественный законъ (law of nature) есть законъ, истекающій отъ природы. Но, что такое „природа“ здѣсь? Это персонификація, олицетвореніе, міра: абстракція, о духовной жизни которой можно говорить лишь риторически. Никакихъ желаній и воли здѣсь быть не можетъ.

То же самое слѣдуетъ сказать и о „законахъ“ справедливости. Это тоже фигура рѣчи, могущая выражать самыя различныя, даже другъ друга отрицающія вещи. Такъ какъ слово „справедливость“ играетъ весьма важную роль въ языкѣ юристовъ и большой публики, мы должны немного далѣе остановиться на его значеніи.

Слово справедливость — слово абстрактное и относительное. Въ силу перваго его качества оно смутно понимается публикой, въ силу второго — значенія его .... безконечны.

Лучшимъ средствомъ избѣжать темноты и ошибокъ является замѣна абстрактныхъ выраженій конкретными. Еще Baley говорилъ въ Letters on the Mind (v. 2, p. 159): „Если бы изучающій философію всегда, или по крайней мѣрѣ въ важныхъ случаяхъ, принялъ за правило обращать абстрактный языкъ, въ которомъ такъ часто изглагается она, въ конкретную форму, онъ нашолъ бы въ этомъ могущественное средство разбираться среди темноты и путаницы метафизическихъ спекуляцій. Онъ ясно увидѣлъ бы тогда характеръ той огромной массы пустыхъ мѣстъ (immense mass of nothings), которыя слывутъ за философію“.

Извѣстною школою философовъ, имѣвшей первоучителемъ своимъ Платона, утверждалось, что существуетъ въ мірѣ бытія или дѣйствительности Кругъ вообще, или круговая Форма безъ субстанціи, величины или цвѣта; что подобнымъ же образомъ существуютъ первообразныя Формы Человѣка, Справедливаго, Добраго и т. д. Послѣ жестокихъ споровъ, господствовавшихъ въ схоластическій періодъ, этотъ взглядъ былъ оставленъ. Однако, старинная ошибка реализма, предполагавшаго реальное существованіе абстракцій, не вымерла и до сихъ поръ. Справедливость, Истина, Добро, Красота, Природа, даже Право ..... все еще разсматриваются какъ какія-то самостоятельныя независимыя реальныя силы.

Въ дѣйствительности „абстрактныя слова, хотя они и встрѣчаются во всѣхъ языкахъ (Bain, Logic, v. I, p. 52), вовсе не составляютъ абсолютной необходимости для обыкновенной рѣчи; ни даже для науки. Передаваемое значеніе всегда можетъ быть выражено, хотя не такъ кратко, при помощи общихъ или классовыхъ названій . . . . . Такъ „справедливость“ выражаетъ то же самое значеніе, какъ и „справедливыя дѣйствія“. Единственно существующій фактъ, соотвѣтствующій слову, есть классъ „справедливыя дѣйствія“. Нѣтъ такой вещи въ мірѣ, какъ справедливость сама по себѣ. Мы не можемъ указать на невоплощенную ни въ чемъ справедливость. Терминъ обозначаетъ „справедливыя дѣйствія“ съ особенной силой или удареніемъ на чертахъ сходства; „справедливыя дѣйствія, какъ справедливыя, или разсматриваемыя только какъ справедливыя“. Предложеніе „*Справедливость* требуетъ *уваженія*“ все равно, что предложеніе „справедливыя лица суть уважаемыя лица“, съ болѣе сильнымъ указаніемъ, чѣмъ, повидимому, даютъ его общія (не абстрактныя, а „the class names“) слова, что причинное отношеніе связано лишь съ чертами общими „справедливымъ лицамъ“ и „уважаемымъ лицамъ“. „Справедливыя лица какъ справедливыя суть уважаемыя лица какъ уважаемыя“ *).

Итакъ, оставляя въ сторонѣ олицетвореніе справедливости, мы постараемся быть конкретными и говорить о справедливомъ и несправедливомъ. Но, что мы называемъ справедливымъ?

Еще Аристотель, а потомъ Локкъ (Hum. Und., кн. II, гл. 28, о нравственныхъ отношеніяхъ) намекалъ на относительность этого слова, и на то, что значеніе его опредѣляется тѣмъ правиломъ или

---

*) „Красота дастъ удовольствіе“ равносильно предложенію „красивыя вещи (какъ красивыя) суть пріятныя вещи (какъ пріятныя)“. Нѣтъ „красоты“ въ отвлеченности, дающей „удовольствіе“ въ отвлеченности, подобное предположеніе есть старая ошибка реализма, не совсѣмъ еще вымершаго (ibidem).

Подобнымъ же образомъ „Истина“ въ отвлеченности есть фикція (Bain, Logic, v. II, p. 389); въ дѣйствительности существуетъ извѣстное число „истинныхъ предложеній“. „Случай“ все еще продолжаетъ жить въ умахъ людей какъ независимая сила (an independent existence), вмѣсто того чтобы быть утвержденіемъ тожества между нѣкоторыми конкретными положеніями“.

То же самое и съ „правомъ“.

закономъ (νόμος), который мы примемъ за критерій или мѣру поступковъ. (См. Austin, стр. 276, т. 1.)

Соціальная цѣнность поступковъ опредѣляется, различными людьми и въ различныхъ случаяхъ, различно. То этимъ критеріемъ будутъ велѣнія божества (христіанскаго, магометанскаго или иного), то человѣческій законъ той или иной страны, то представленія о хорошемъ и дурномъ, гибельномъ и полезномъ, и соотвѣтствующія чувства, выработавшіяся въ томъ или иномъ обществѣ, классѣ, профессіи (короче: нравственныя понятія).

Публика, говорящая, но плохо понимающая роль и отношеніе языка къ мышленію, возводитъ обыкновенно справедливость въ какое-то *особое существо,* играющее роль законодателя, предписывающаго правила справедливаго и несправедливаго. Но, это лишь *фигура рѣчи.* — Оставляя въ сторонѣ техническія*) правила, мы не имѣемъ для оцѣнки дѣйствій нашихъ никакихъ иныхъ законовъ, кромѣ указанныхъ прежде, и никакого иного законодателя, кромѣ божества, земной государственной власти и приватныхъ сужденій, то болѣе, то менѣе раздѣляемыхъ публикой, и обозначаемыхъ совокупно выраженіемъ „нравственныя понятія“**), мораль.

Не будучи сама законодателемъ справедливость или „справедливое“ можетъ означать лишь согласіе или несогласіе съ какимъ-нибудь критеріемъ дѣйствій (Austin, стр. 223). Справедливо то, что согласно съ извѣстнымъ критеріемъ, несправедливо то, что съ нимъ не согласно. Но, сведя къ тремъ группамъ, по примѣру Локка, критеріи поступковъ (законы божественные, законы страны и „законы“ морали), мы не должны изъ-за этой несложной классификаціи упускать изъ виду безконечное разнообразіе ихъ въ дѣйствительности.

---

*) Понимая это слово въ самомъ широкомъ значеніи, сообразно его этимологическому происхожденію — τεχνή; между прочимъ сюда подойдутъ правила вкуса, грамматики, игры . . . .

**) Опять таки въ самомъ широкомъ значеніи слова, какъ у грековъ ἦθος (этика); сюда подойдутъ потому и приличія, этикетъ, обрядности, мода . . . . вообще, нравы, Sitten, mores. Для особыхъ „правовыхъ нормъ“ нѣтъ мѣста, если мы не согласимся считать ихъ за другое названіе для нормъ законныхъ, иначе „государственно-принудительныхъ“, или просто государственныхъ законовъ, laws.

Религій много, отсюда различіе въ пониманіи божественныхъ велѣній. Государствъ много, отсюда различіе легальныхъ критеріевъ. Наконецъ, то, что мы называемъ нравственными понятіями, отличается еще бо́льшею неустойчивостью и разнообразіемъ. Каждый носитъ съ собою собственный кодексъ морали.

Неизбѣжнымъ слѣдствіемъ всего этого является крайнее разнообразіе значеній, связываемыхъ со словами справедливый, несправедливый, справедливость и несправедливость.

Измѣряемый различными мѣрами, одинъ и тотъ же поступокъ можетъ быть названъ и справедливымъ и несправедливымъ. Другими словами, извѣстное дѣйствіе будетъ справедливымъ, какъ согласное съ извѣстнымъ закономъ, но то же дѣйствіе и законъ, съ которымъ согласуется оно, будутъ несправедливы по сравненію съ другимъ правиломъ. Если, напр., положительный законъ сталкивается съ нашими нравственными понятіями, то, что справедливо, какъ измѣряемое первымъ, будетъ несправедливымъ, какъ измѣряемое послѣдними. Или, гдѣ государственный законъ или установившіяся нравственныя понятія не согласны съ предписаніями божества, то, что справедливо съ точки зрѣнія первыхъ, несправедливо съ послѣдней точки зрѣнія.

Часто справедливость означаетъ, по преимуществу, согласіе или несогласіе съ послѣднею мѣрою или критеріемъ человѣческихъ поступковъ, т. е. для вѣрующаго — волей или велѣніями божества*), для невѣрующаго — болѣе или менѣе шаткими нравственными понятіями: индивидуальными, какъ и всякое понятіе. Таково обычное (что, конечно, не значитъ еще опредѣленное) значеніе слова справедливость, когда законъ противополагается справедливости. Въ этомъ значеніи справедливость почти равнозначуща общему благу. Но, что такое общее благо, объ этомъ каждый думаетъ по своему, обозначая часто такъ свои, или своего класса, интересы

Это крайнее разнообразіе мѣрокъ, мѣняющихся съ собственнымъ развитіемъ человѣка и съ перемѣною внѣшнихъ обстоятельствъ, и служитъ причиною того, что слово справедливость часто такъ же мало сообщаетъ намъ, какъ и нечленораздѣльное мычаніе. Един-

*) По опредѣленіемъ теологовъ справедливъ тотъ, кто соблюдаетъ божескіе и (согласные съ ними) человѣческіе законы.

ственно опредѣленное, что можно связать съ этимъ словомъ, это наше заключеніе о недовольствѣ человѣка, говорящаго о несправедливости.

На основаніи вышесказаннаго мы можемъ установить нѣкоторыя изъ основныхъ идей и опредѣлить ихъ взаимное отношеніе слѣдующимъ образомъ:

Понятіе гражданскаго общества (alias государство) можетъ быть названо первымъ изъ основныхъ понятій. Большинство другихъ отъ него истекаетъ и безъ него не можетъ быть понято.

Государство направляетъ дѣятельность людей и подавляетъ ту, которую оно считаетъ вредною, при помощи властныхъ велѣній, называемыхъ *законами* въ широкомъ смыслѣ.

Законы налагаютъ *обязанность* держаться въ своей дѣятельности извѣстнаго направленія. То, что принадлежитъ другимъ, какъ корелятъ этой обязанности, называется *правомъ*.

Право, слѣдовательно, не есть конечный фактъ, не подлежащій дальнѣйшему анализу, не есть нѣчто, самостоятельное, а производное. Никакой самостоятельное науки о немъ быть не можетъ*).

Этотъ рядъ идей не находится въ противорѣчіи, а *подтверждается* тѣмъ communis opinio, которое выработалось въ нѣмецкой литературѣ. Согласно этому мнѣнію есть, такъ сказать, двухъ сортовъ право: въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ.

---

*) Чтобы могла существовать самостоятельная наука о правѣ, нужно было бы, чтобы право было самостоятельнымъ фактомъ. Но, право не существуетъ внѣ государства и независимо отъ той или иной государственно-принудительной нормы. Поэтому и А. Лассонъ говоритъ, что философія права есть философія государства. Съ точки зрѣнія, нашей терминологіи можно, конечно, говорить о философіи законодательства. О самостоятельной наукѣ права, помимо зависимости права отъ государственной нормы, нельзя говорить еще и потому, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ особой сферой человѣческаго вѣдѣнія: искусствомъ. См. главу „наука и искусство“. — Терминъ „юриспруденція“ мы сохраняемъ, не смотря на его этимологію, лишь благодаря тому, что онъ пріобрѣлъ такое широкое распространеніе; правильнѣе было бы слѣдовать примѣру грековъ: *σοφία νόμου*.

Право въ объективномъ смыслѣ есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ. Право въ субъективномъ смыслѣ есть защищаемый объективнымъ правомъ интересъ*).

Въ этомъ раздѣленіи и опредѣленіяхъ я вижу не истинну, а стремленіе и нѣкоторое *приближеніе* къ ней.

Очевидно, что „объективное право“ приблизительно соотвѣтствуетъ нашему понятію закона (law, νόμος) въ широкомъ смыслѣ, а „субъективное право“ — нашему праву (right), безъ какихъ-либо эпитетовъ.

Въ чемъ разница, и почему нѣмецкія понятія и нѣмецкая терминологія не могутъ считаться правильными и требуютъ исправленія, это станетъ ясно изъ дальнѣйшаго.

Замѣчу, что изъ нѣмецкихъ юристовъ ближе всего подошолъ къ истинѣ проф. Берлинскаго университета А. Лассонъ въ своей System der Rechtsphilosophie. По Лассону право существуетъ лишь въ государствѣ; внѣ государства никакого права нѣтъ. Право не есть, слѣдовательно, что-то самостоятельное. Поэтому и философія права есть философія государства: это не два предмета, а одинъ.

Воспользуйтесь англійской терминологіей, и вы избѣжите всякихъ затрудненій въ пониманіи Лассона. „Законы“ (въ широкомъ смыслѣ государственно-принудительныхъ нормъ вообще) существуютъ, разумѣется, лишь въ силу государственной поддержки. Никакого самостоятельнаго бытія, внѣ государства, они имѣть не могутъ. Философія законодательства (въ *широкомъ* смыслѣ) есть другое названіе для философіи государства, если мы на государство будемъ смотрѣть не съ точки зрѣнія извѣстнаго объема территоріи и опредѣленнаго числа душъ населенія, а съ точки зрѣнія извѣстной совокупности дѣятельности. О своемъ существованіи государство даетъ знать намъ именно своею дѣятельностью; эта дѣятельность не безпорядочна, а подчинена общимъ и частнымъ правиламъ, исходящимъ отъ воли суверена, т. е. законамъ въ широкомъ смыслѣ. Законы проникаютъ собою малѣйшее проявленіе государственной жизни (въ

---

*) Мы хотимъ лишь дать приблизительное понятіе объ этомъ раздѣленіи права. Въ дѣйствительности опредѣленія ихъ чрезвычайно разнообразны и могутъ быть найдены въ каждомъ большомъ нѣмецкомъ учебникѣ.

идеѣ, по крайней мѣрѣ); все покоится здѣсь на законѣ. Законъ не есть печатная или писанная бумага, законъ — норма, которая дѣйствительно живетъ и дѣйствуетъ въ государствѣ. Совокупность дѣйствующихъ нормъ и совокупная государственная дѣятельность (короче — государство, какъ живая сила) означаютъ, очевидно, одно и то же, хотя, конечно, обоимъ этимъ выраженіямъ присущи специфическія соозначенія, объясняемыя различіемъ точекъ, съ которыхъ мы смотримъ на тотъ же предметъ.

ГЛАВА IV.

О словахъ.

„Кто приметъ во вниманіе ошибки и темныя мѣста, недоразумѣнія и путаницу, распространенныя въ мірѣ дурнымъ употребленіемъ словъ, найдетъ нѣкоторое основаніе усумниться, содѣйствовало ли фактическое пользованіе языкомъ болѣе усовершенствованію, или задержкѣ знанія въ человѣческомъ родѣ.“

Локкъ (Hum. Und., кн. III, гл. XI, § 4).

Мы указали на чрезвычайную простоту двухъ элементарныхъ идей въ юриспруденціи: 1) идею *закона* въ широкомъ смыслѣ (alias приказа, велѣнія, предписанія, нормы, правила), и 2) идею установляемыхъ имъ *правъ* и обязанностей.

Мы видѣли, что даже ребенокъ и дикарь не могутъ не знать о нихъ, что никакая юриспруденція не можетъ обойтись безъ нихъ, и что, въ частности, и нѣмецкіе юристы признаютъ ихъ подъ терминами „право въ объективномъ“ и „право въ субъективномъ смыслѣ.“

Выдвигая эти двѣ идеи въ качествѣ основныхъ, я, слѣдовательно, не говорю ничего такого, что не признавалось бы и другими; и другіе, наоборотъ, утверждаютъ то же, что и я.*)

Мы видѣли, далѣе, что много затрудненій и путаницы создается риторикой: *фигуральнымъ словоупотребленіемъ* (законы природы, законы нравственности, справедливости, и т. д.).

---

*) Пока разумѣется, они не выходятъ за границы этого утвержденія и не затрагиваютъ, напр., вопроса о самостоятельности этихъ понятій.

Другимъ источникомъ неясностей и противорѣчій является совершенно неудовлетворяющая научнымъ требованіямъ *терминологія,* которую приняли нѣмцы и „иже съ ними".

Этотъ источникъ ошибокъ и путаницы имѣетъ особенно вредный характеръ, такъ какъ онъ дѣйствуетъ никѣмъ не замѣчаемый. Тайный врагъ опаснѣе открытаго. Такая, повидимому, маловаженая причина, какъ выборъ одного слова вмѣсто другого*) ..... и такія злыя послѣдствія!

Противъ названія второй изъ указанныхъ идей словомъ „право" не станутъ возражать ни нѣмецкіе юристы (Recht въ субъективномъ смыслѣ), ни англійскіе (right). Терминъ этотъ вполнѣ соотвѣтствуетъ и духу языка русскаго.

Относительно названія первой изъ вышеназванныхъ идей существуетъ разладъ между юристами. Мы признаемъ, что терминологія греческихъ и англійскихъ юристовъ (νόμος, law, законъ) болѣе удовлетворяетъ требованіямъ логики, чѣмъ терминологія (преимущественно) нѣмецкихъ**) (объективное Recht или Recht объективномъ смыслѣ).

Эта неудачная терминологія и была, послѣ риторики, главной причиной, вызвавшей тотъ непроницаемый туманъ, который такъ покрылъ необыкновенно простыя сами по себѣ вещи, что нѣкоторые прямо сочли вопросъ о правѣ неразрѣшимымъ.

Къ вопросу о „словахъ" и сравнительной оцѣнкѣ нѣмецкой и англійской терминологіи мы и перейдемъ теперь.

* * *

То обстоятельство, что на мѣсто нѣмецкаго Recht англійскій юристъ ставитъ то law, то right, естественно, повидимому, должно

---

*) Что такое слово? .... Rauch, дымъ, flatus vocis, дуновеніе .... Роза всегда будетъ пахнуть, какъ бы мы ни измѣняли слово, которымъ она называется, какъ это говорится у Шекспира (Romeo and Juliet, Act II, sc. 2).

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet....

Но, наука и поэзія — разныя вещи!

**) Другіе, кромѣ русскихъ, остались болѣе самостоятельными. Французы также говорятъ droit, хотя Монтескье съ его „Духомъ *Законовъ*" заслуживалъ бы предпочтенія.

было бы заставить континентальнаго юриста подумать о причинахъ этого и сравнить научныя достоинства той и другой терминологіи.

Этого не случилось, 1) по недостатку научныхъ свѣдѣній у юристовъ изъ области языкознанія и логики, 2) по излишнему самомнѣнію однихъ и недостатку самостоятельности другихъ

Общераспространенное мнѣніе считаетъ jus, Recht, τὸ δίκαιον, law, droit, diritto ..... взаимно соотвѣтствующими другъ другу.

Въ пользу этого мнѣнія свидѣтельствуютъ словари, особенно краткіе, гдѣ дѣйствительно значится, что jus = law = Recht = τὸ δίκαιον, и т. д. Свѣдѣнія, сообщаемыя въ современныхъ европейскихъ школахъ изъ области логики и филологіи, не таковы, чтобы помочь кому-либо проникнуть въ духъ того или иного языка. О расширеніи же ихъ мало кто думаетъ.

Съ другой стороны, о состояніи науки въ Германіи такъ много говорилось и писалось въ духѣ славословія, что нѣмецкіе юристы подъ конецъ увѣровали въ свою основательность и превосходство надъ другими. Къ англійской юриспруденціи они относятся свысока. И по сей день въ нѣмецкихъ университетахъ сообщается слушителямъ, что у англичанъ нѣтъ науки, keine Rechtswissenschaft.

Кому придетъ охота браться за такую недоброкачественную вещь, какъ ненаучная юриспруденція? И Holland въ своихъ The elements of jurisprudence, стр. VII, дѣйствительно, сообщаетъ свое наблюденіе, что не только работы, но и самое имя англійскаго юриста (учителя Д. С. Милля) Austin'a, объяснившаго въ юриспруденціи больше, чѣмъ всѣ Канты, Савиньи и Іеринги*) нѣмецкой литературы, не извѣстно въ Германіи.

Это наблюденіе можетъ провѣрить каждый, сравнивъ работы указаннаго юриста, съ его мѣткими и вѣрными замѣчаніями по поводу нѣмецкой литературы, и тѣ недостатки этой послѣдней, которые послѣ его смерти остались такими же, какими они были и при его жизни.

---

*) Я приведу ниже образчики философствованія ихъ. Разумѣется, что я отношусь къ нимъ съ не меньшимъ почтеніемъ, чѣмъ другіе, за ихъ другія, дѣйствительныя, заслуги.

Къ чести русскихъ юристовъ я долженъ сказать, что они не пренебрегаютъ и англійской юриспруденціей. Не къ чести ихъ служитъ то, что они читаютъ ее чрезъ нѣмецкіе очки. Они также вѣрятъ въ непогрѣшимость „права въ объективномъ“ и „права въ субъективномъ смыслѣ“, также подвержены вліянію риторики и также теряютъ сознаніе о различіи по существу дѣла изъ-за общаго названія, равно какъ считаютъ уклоненія англійскихъ юристовъ за результаты ненаучнаго состоянія ихъ литературы, которые нужно обходить снисходительнымъ невниманіемъ..... Docti sumus!....

Болѣе внимательное отношеніе къ образу мыслей другихъ и немножко менѣе самомнѣнія дало бы, конечно, лучшіе результаты. Ученѣйшій изъ ученыхъ юристовъ знаетъ о правѣ и обязанности и о „нормахъ“ ихъ установляющихъ (качественно: о правѣ, какъ правѣ, и о нормѣ, какъ нормѣ; не количественно) какъ разъ столько же, сколько и ребенокъ или дикарь! Потому-то это и основныя понятія, что безъ нихъ не мыслимо никакое общежитіе. Правильное опредѣленіе Аристотеля „человѣкъ есть существо государственное“ обнимаетъ собою „человѣкъ есть существо, имѣющее понятіе о правахъ и обязанностяхъ и о ‚нормѣ‘, правилѣ или законѣ, установляющемъ ихъ.“

Непрерывной умственной работой я могу освѣтить для себя свѣтомъ сознанія болѣе широкое поле, чѣмъ ребенокъ и дикарь, какъ, съ другой стороны, и въ большей мѣрѣ, чѣмъ они, сознать ничтожность крошечнаго уголка, открытаго для нашего знанія, предъ безграничнымъ темнымъ океаномъ неизвѣстности; но есть вещи на столько элементарныя, что всѣ люди въ отношеніи знанія ихъ равны. Основныя пространственныя отношенія, выражаемыя словами вверху и внизу, внутри и внѣ, останутся для моего знанія и послѣ изученія геометріи такими же, какими были они и до этого. То же самое слѣдуетъ сказать о законѣ, какъ законѣ, и о правѣ, какъ правѣ, (an und für sich, самомъ по себѣ), послѣ того, какъ я идучу всѣ существующія и исчезнувшія государства, всѣ законы, которые существуютъ теперь и существовали прежде, и всѣ обязанности и права, которыя создаются или создавались ими.

Человѣкъ не можетъ жить одиноко. Но, чтобы жить съ другими, онъ долженъ опредѣлить свое поведеніе по отношенію къ нимъ.

Долженъ ли онъ убить тѣхъ людей, съ которыми судьба свела его, или жить съ ними въ мирѣ, и почему? Какъ бы онъ ни объяснялъ необходимость того или иного поведенія: собственной выгодой, велѣніями Высшаго Существа или земной власти, отъ которой онъ не можетъ уйти, представленіе о той или иной линіи поведенія, правилѣ или нормѣ, у него должно быть. — Долженъ ли онъ отнимать у другихъ то, что они добыли охотой или инымъ путемъ, или долженъ уважать ихъ достояніе. Долженъ ли онъ принимать участіе въ предпріятіяхъ другихъ (рыбной ловлѣ, ограбленіи непріятеля . . . .), или жить особнякомъ, и т. д., все это вопросы объ обязанностяхъ и правахъ, и о линіи или нормѣ поведенія, которой нужно держаться.

Вопросъ о правахъ и о нормахъ поведенія, есть, слѣдовательно, такой вопросъ, котораго не можетъ избѣгнуть ни одно племя, ни одинъ народъ, на какой бы низкой ступени развитія ни стоялъ онъ. По отношенію къ нему никто не стоитъ ни выше, ни ниже другого, какъ бы различны по своему содержанію ни были эти нормы и установляемыя ими права и обязанности (ѣшь своихъ дѣтей и воспитывай ихъ).

Одинъ народъ можетъ выражать свои идеи объ этомъ такъ, другой иначе. По различію языковъ эти способы выраженія должны быть различны. И если мы, умѣривъ собственное мнѣніе объ умственномъ превосходствѣ и учености надъ другими, немного внимательнѣе отнесемся къ выработанной ими сокровищницѣ языка, не презирая въ своей высокоучености родныхъ способовъ выраженія, какъ не презираемъ мы иностранныхъ, мы найдемъ то, что намъ нужно такую терминологію, которая удовлетворяя, научнымъ требованіямъ даетъ намъ средство избѣгать неясностей и противорѣчій и ясно передавать свои мысли другимъ.

Изучивъ то, что по рекомендаціи подобныхъ ученыхъ должно быть обходимо снисходительнымъ невниманіемъ, мы придемъ къ совсѣмъ иному результату: „первые“ станутъ „послѣдними“, а наше презрѣніе упадетъ на головы тѣхъ, которые, вызвавшись въ учителя, такъ долго сбивали насъ съ истиннаго пути . . . . . обманули наше довѣріе.

* * *

Не отрицая, что слова jus, Recht, droit, law и т. д. *иногда* соотвѣтсвуютъ другъ другу, мы должны обсудить терминологію каждой юриспруденціи *особо*.

Черты сходства не должны скрывать отъ насъ чертъ различія. Только всесторонне обсужденіе, умѣющее найти, съ одной стороны, сходство въ различномъ, а съ другой —, избѣгающее огульнаго заключенія о различномъ на основаніи нѣкоторыхъ чертъ подобія, можетъ привести къ удовлетворительному выводу.

Если въ какой-нибудь литературѣ установилась терминологія, напр., со словомъ Recht, это, во-первыхъ, оставляетъ еще открытымъ вопросъ о томъ, хорошо ли выбранъ такой терминъ по отношенію къ данному (нѣмецкому) языку, а, во-вторыхъ, даже при утвердительномъ отвѣтѣ на такой вопросъ, не даетъ намъ еще права вводить такую терминологію въ русскій, положимъ, языкъ на томъ основаніи, что въ каждомъ краткомъ словарѣ Recht = право.

Знакомые съ небольшой группой индо-европейскихъ языковъ, имѣющихъ общее происхожденіе, а потому и много общаго въ современномъ ихъ строѣ, юристы болѣе склонны видѣть сходство, чѣмъ различіе въ способахъ выраженія мыслей, и на основаніи частнаго совпаденія вводитъ иногда терминологію, чуждую духу даннаго языка.

О крайнемъ разнообразіи этихъ способовъ выраженія мыслей даже объ обыденныхъ и очень конкретныхъ вещахъ большинство изъ нихъ не имѣетъ никакого представленія. (Не одни, конечно, юристы.)

Настолько велико это разнообразіе, что до сихъ поръ не удалось подмѣтить общія черты, на основаніи которыхъ можно было бы создать сколько-нибудь удовлетворительную классификацію языковъ. То, что дала намъ до сихъ поръ „наука о языкѣ“, есть лишь приблизительное обобщеніе, не выдерживающее строгой критики*). Кто захочетъ ближе ознакомиться съ вопросомъ о выраженіи мысли при помощи языка, и расширитъ горизонтъ своихъ знаній за предѣлы тѣхъ жалкихъ, грошевыхъ, свѣдѣній, которыя даются въ теперешнихъ

---

*) Latham, Elements of comparative philology; Oppert, On the classification of languages.

европейскихъ школахъ, которыми довольствуется большинство во всю послѣдствующую жизнь и которыя, въ лучшемъ случаѣ, представляютъ лишь приблизительныя обобщенія, ложно выдаваемыя за универсальныя положенія „науки“, тотъ увидитъ поразительное несходство, непостоянство, *непримиренное* до сихъ поръ *разнообразіе* въ способахъ выраженія человѣческихъ идей.

Чтобы дать читателю какое-нибудь представленіе объ этомъ, я приведу нѣсколько примѣровъ.

Есть, напр., языки, гдѣ нѣтъ слова „идти“, но есть 33 слова, а на языкѣ Tagala даже 75 словъ, выражающихъ модальности движенія: идти скоро, идти тихо, идти припрыгивая, идти прямо, идти качаясь . . . . . Или, нѣтъ слова открывать, но есть 27 словъ для выраженія модальностей открыванія. Или, нѣтъ словъ покупать и собирать, но 13 и 42 спеціальныхъ слова для модальностей (покупать для продажи, оптомъ, по мелочамъ, покупать хлѣбъ, золото, покупать товариществомъ, покупать рабовъ, покупать глиняныя вещи, покупать мѣха . . . . .). Или, нѣтъ слова „ѣсть“, но 40 словъ въ родѣ: ѣсть съ аппетитомъ, ѣсть немного, жадно, все съѣсть, ѣсть по кусочкамъ, утромъ, въ полдень, вмѣстѣ съ другими, сырыя вещи, рыбу, мясо, плоды, поросятину, собачину, мясо змѣй, саранчу, падаль . . . . . .

Есть языки съ названіемъ для каждаго животнаго, извѣстнаго племени, но не считавшіе никогда нужнымъ имѣть слово для обозначенія „животнаго“ вообще. Или, есть названія для каждаго растенія или дерева, но нельзя говорить вообще о растеніи или деревѣ. То же по отношенію къ птицамъ, рыбамъ, листьямъ, камнямъ. Или, нѣтъ слова хвостъ, но есть спеціальныя слова, означающія: хвостъ воробья, хвостъ мыши, хвостъ зайца . . . . . На нѣкоторыхъ языкахъ нѣтъ выраженій для абстрактныхъ качествъ твердый, мягкій, теплый, холодный, длинный, короткій, круглый, и т. д. (Oppert, стр. 63 и слѣд.).

Есть языки, гдѣ понятіе о множественности выражается не отдѣльною формою множественнаго числа, какъ у насъ, а иначе. Напр., множественное число „женщины“ на египетскомъ языкѣ выражается склеиваньемъ двухъ словъ, изъ которыхъ одно значитъ женщина, а другое много; китаецъ ставитъ два слога, приблизительно означающіе женщина-множество.

Есть языки, гдѣ нѣтъ частей рѣчи, нѣтъ глаголовъ, существительныхъ прилагательныхъ .... нѣтъ склоненій и спряженій. Таковы, напр., изолированные языки, Слогъ *та* на китайскомъ языкѣ, напр., можетъ означать: большой, величина, много, увеличивать, смотря по конгексту*). Настолько отличенъ характеръ этихъ языковъ, что путемъ описанія никакъ нельзя дать европейцу представленія о нихъ. Кто желаетъ познакомиться съ этимъ, пусть возметъ нѣсколько уроковъ, напр., китайскаго языка**).

Если бы юристы взяли на себя трудъ познакомиться со способами выраженія идей, съ которыми они имѣютъ дѣло, на языкахъ другихъ группъ, или даже на родственныхъ языкахъ, но съ большимъ вниманіемъ, они сейчасъ замѣтили бы свои ошибки

Если мы возьмемъ русское слово „право“, то въ нѣкоторыхъ языкахъ, мы найдемъ нѣчто *приблизительно* ему соотвѣтсвующее. Въ другихъ же ничего соотвѣтствующаго ему не найдемъ.

Въ самыхъ близкихъ языкахъ, какъ увидимъ сейчасъ, соотвѣтствіе это лишь приблизительное, т. е. *полнаго соотвѣтствія нѣтъ.*

Довольно большимъ распространеніемъ пользуется трехчленная классификація языковъ: изолированные, агглютинирующіе и флектирующіе, съ непереходимою пропастью между ними въ способахъ выраженія. Но и это дѣленіе не обнимаетъ собою всего разнообразія этихъ способовъ и есть лишь попытка приблизительнаго обобщенія.

Несоотвѣтствіе въ способахъ выраженія идей должно быть хорошо извѣстно каждому. Всякій словарь есть лишь приблизительное сопоставленіе словъ. Въ языкахъ родственныхъ это не такая легкая задача, въ языкахъ же разнародныхъ группъ и совсѣмъ трудная.

---

*) Erdmann, Logik, 61 стр.

**) На русскомъ есть „Начатки грамматики китайскаго разговорнаго языка“ А. Луговинова. Чтобы сколько-нибудь облегчить изученіе его, авторъ счелъ нужнымъ раздѣлить свои правила на обычныя группы: существительныя, прилагательныя ..... Но, кто прочтетъ ихъ, увидитъ, что въ китайскомъ нѣтъ частей рѣчи, а каждый слогъ можетъ играть разную роль, смотря по обстоятельствамъ и контексту. См также литографъ лекціи Минаева по общ языкознанію (Импер Пуб. Библіотека въ С-Петербургѣ). На иностранныхъ языкахъ соотвѣтствующая литература, конечно, богаче.

Кто видѣлъ большіе китайско-англійскіе словари, тотъ пойметъ это. Грамматики европейскихъ языковъ не только не облегчаютъ, но служатъ затрудненіемъ въ усвоеніи строя и духа напр., моносиллабическихъ языковъ. Научныхъ истинъ, т. е. такихъ, которыя имѣютъ силу вездѣ и всегда, универсальны, нѣтъ въ языкахъ въ ихъ этимологіи, синтаксисѣ и словаряхъ. Школа даетъ свѣдѣнія о языкахъ, представляющія отраженіе лишь небольшой доли дѣйствительности. Эти свѣдѣнія никогда не провѣряются, такъ какъ восприняты въ полной вѣрѣ въ ихъ научность, т. е. универсальную силу. Чрезвычайно важныя истины, которыя не могутъ быть не замѣчены каждымъ, кто расширилъ свои познанія о языкахъ, остаются скрытыми.

A priori можно сказать, на основаніи указанныхъ различій въ языкахъ, что въ другихъ группахъ сло́ва, соотвѣтствующаго слову Recht, мы не можемъ найти· или потому, что въ языкахъ этихъ вообще нѣтъ словъ, или потому что абстрактныя идеи слагаются въ разныхъ языкахъ изъ неодинаковыхъ элементовъ, а потому и не могутъ другъ другу соотвѣтствовать.

Но и языки родственные не соотвѣтствуютъ другъ другу въ бо́льшей мѣрѣ, чѣмъ это обыкновенно думаютъ.

Еще Локкъ (Hum Und, кн. III, гл. V, § 8, стр. 36 по изд. 1735 г.) указывалъ это: „Термины нашего законодательства, которые вѣдь не пустые звуки, едва ли найдутъ слова, соотвѣтствующія имъ въ языкахъ испанскомъ или итальянскомъ, языкахъ не бѣдныхъ; еще менѣе, думаю я, былъ бы кто-либо въ состояніи перевести ихъ на языки Carriblee или Westoe. Versura римлянъ или Corban евреевъ не имѣютъ словъ въ другихъ языкахъ, которыя бы отвѣчали имъ . . . . . Скажу болѣе: если мы посмотримъ немного внимательнѣе на этотъ предметъ и точно сравнимъ различные языки, мы найдемъ, что, хотя они и имѣютъ слова, которыя въ переводахъ и словаряхъ *предполагаются соотвѣтствующими* другъ другу; на дѣлѣ едва ли есть одно изъ десяти между названіями сложныхъ идей, особенно mixed Modes (въ отличіе отъ простыхъ идей и простыхъ Modes), которыя бы стояли какъ разъ вмѣсто той идеи, переводомъ которой они *выставляются* въ словаряхъ“.

„Едва ли есть идеи болѣе обыкновенныя и менѣе сложныя, чѣмъ мѣры времени, протяженія и вѣса; и латинскія слова hora, pes,

libra, безъ затрудненій переводятся англійскими словами hour, foot и pound (часъ, футъ, фунтъ). Но, нѣтъ ничего очевиднѣе, какъ то, что идеи, связывавшіяся римляниномъ съ указанными латинскими словами очень и очень отличаются отъ тѣхъ, которыя англичанинъ выражаетъ указанными англійскими ..... Это слишкомъ ясныя доказательства, чтобы можно было еще сомнѣваться. И мы найдемъ, что это еще въ бо́льшей мѣрѣ такъ въ словахъ для болѣе абстрактныхъ и сложныхъ идей, какъ, напр., бо́льшая часть тѣхъ, изъ которыхъ состоятъ нравственныя разсужденія (по терминологіи Локка сюда входятъ и вопросы юриспруденціи, civil laws; см. of moral relations, гл. 28, кн. 2). Если кто-нибудь поинтересуется сравнить эти слова съ тѣми, которыми они переводятся на другихъ языкахъ, то найдетъ, что только *очень немногія* изъ нихъ точно *соотвѣтствуютъ* имъ въ полномъ объемѣ ихъ значеній."

Различіе образа жизни, нравовъ и другихъ условій существованія давало поводъ жителямъ одной страны составлять сложныя идеи и давать имъ названія, въ то время какъ жители другой или другихъ странъ не имѣли повода къ созданію такихъ идей. Ср. греческій „остракизмъ", или римскій „тріумфъ" *).

Это несоотвѣтствіе бываетъ для насъ иногда счастьемъ. Среди ученой публики, какъ въ нашемъ случаѣ, можетъ иногда получить значеніе ходячей монеты терминологія, не соотвѣтствующая совсѣмъ ни научнымъ требованіямъ, ни духу языка. Мода простирается не на одни шляпки. Если есть языки, терминологія которыхъ не подпала вліянію переводовъ, дѣлаемыхъ при помощи указанныхъ ненадежныхъ сопоставленій въ словаряхъ, они могутъ служить *коррективомъ*.

Задача юриста относительно терминологіи въ томъ и заключается, чтобы найти въ сокровищницѣ существующихъ способовъ выраженія такой, который съ наибольшею точностью и опредѣленностью могъ бы передавать наши идеи.

Это не такъ просто, какъ можетъ показаться на первый взглядъ. Есть еще одно обстоятельство, готовящее много затрудненій намъ

---

*) Особенно ярко, конечно, можно видѣть это при сравненіи языковъ различныхъ типовъ: моносиллабическихъ и флектирующихъ, напр.

въ этомъ дѣлѣ; обстоятельство, относительно котораго, однако, даже у людей, пользующихся славой большой учености, мы найдемъ самые грубые предразсудки, самыя странныя, ничего, общаго съ дѣйствительностью не имѣющія, представленія. Это именно *отсутствіе постоянства значеній* огромнаго большинства словъ во всякомъ языкѣ. И здѣсь даетъ себя чувствовать недостатокъ философской, въ частности логической и сравнительно-лингвистической, подготовки юристовъ. Этотъ грѣхъ лежитъ, впрочемъ, не на нихъ однихъ.

„Замѣчу здѣсь“, говоритъ Marsh (Early Literature of the English Language, Second Course, p. 383), *„широко распространенную* ошибку, которую можетъ быть удается разогнать лексикографической критикѣ нашего времени. Я разумѣю мнѣніе, *будто слова,* индивидуально и безъ отношенія къ ихъ синтаксической связи (т. е. контексту) и комбинаціямъ во фразахъ, *имѣютъ одно или болѣе присущихъ ему, фиксированныхъ и ограниченныхъ значеній,* способныхъ логически быть опредѣленными и быть выраженными въ другихъ описательныхъ терминахъ того же самаго языка. Это можетъ быть вѣрно по отношенію къ искусственнымъ словамъ, т. е. словамъ, изобрѣтеннымъ, или произвольно ограниченнымъ для выраженія произвольныхъ различій и техническихъ понятій въ наукѣ или практическихъ ея примѣненіяхъ, а также по отношенію къ именамъ матеріальныхъ объектовъ и чувственныхъ качествъ предметовъ; по отношенію же къ словарю страстей и чувствъ, выростающему и передаваемому съ ихъ живымъ значеніемъ естественнымъ, непроизвольнымъ процессомъ, которому обязанъ своимъ существованіемъ весь языкъ, за исключеніемъ языка искусственнаго, — это совершенно несправедливо. Такія слова живутъ и дышатъ только *во взаимной связи и зависимости другъ отъ друга.* Они *мѣняютъ* свою силу съ каждымъ новымъ отношеніемъ, въ которое входятъ они; и, слѣдовательно, ихъ значенія *столь различны и неисчерпаемы,* какъ перестановки и сочетанія десяти пальцевъ. Изучать поэтому значеніе большой части словъ, составляющихъ словарь каждаго живого языка, при помощи формальныхъ опредѣленій, такъ же невозможно, какъ сообщить при помощи описанія понятіе о переливающихся цвѣтахъ голубиной шеи.“

На то же указываетъ и Селли, говоря, что „предположеніе, будто мы употребляемъ общія названія въ одиночку, отдѣльно отъ организованныхъ структуръ, называемыхъ предложеніями, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности ..... Слово всегда употребляется въ связи и эта связь необходимо измѣняетъ характеръ сопутствующей идеи ..... Можно сказать, что *не существуетъ ничего подобнаго постоянной или фиксированной общей идеи*, а только такая, которая колеблется внутри извѣстныхъ границъ сообразно связи мыслей (указываемой *контекстомъ* или обстоятельствами рѣчи), въ которую она поставлена“ (Sully, The human mind, v. 2, p. 347).

Или, какъ говоритъ B. Erdmann (Logik, стр. 200 и сл.), „о значеніи словъ всегда рѣшаетъ скорѣе связь, въ которой они стоятъ“.

Какъ старые психологи смотрѣли на мысль, какъ на что-то разрѣзанное на куски, не обращая вниманія на безпрерывное теченіе ея („рѣка“, „потокъ мысли“, а не цѣнь ея, см. James, Psychology, v. 1, стр. 239), такъ и лишенные болѣе широкой сравнительной лингвистической подготовки грамматики установили и передали большой публикѣ атомистическій взглядъ на рѣчь. Но, какъ „анализъ составныхъ элементовъ или факторовъ психической жизни всегда въ извѣстной мѣрѣ искусственъ, и опасности его всегда нужно имѣть въ виду“ (Sully, The human mind, v. 1, стр. 24), такъ же осторожно слѣдуетъ относиться и къ распарыванію языка на отдѣльныя слова, когда мы желаемъ углубиться въ идеи, передачѣ которыхъ слова эти должны служить*).

* * *

Считая исходною точкою достоинствъ и недостатковъ современной юриспруденціи ученія римскихъ юристовъ, мы и начнемъ съ нихъ.

Въ головахъ старыхъ римлянъ въ качествѣ основной мелькала, повидимому, довольно правильная идея: идея долга или обязанности, создаваемой властнымъ велѣніемъ. Латинисты производятъ jus отъ jussum, т. е. *велѣнія;* того, что приказано: долга, обязанности; того что регулируетъ нашу жизнь, такъ какъ приказывать можетъ лишь

*) Ср. также Erdmann, Logik, стр 61, и James, Psychology, v. 1, p. 233.

тотъ, кто стоитъ выше насъ. Полное тождество съ тѣмъ, что говорятъ современные англійскіе юристы, опредѣляя law (законъ) велѣніемъ, приказомъ (command), и съ опредѣленіемъ lex у нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, какъ generale jussum.

Jus, говорятъ латинисты, происходитъ отъ jubeo, такъ какъ это то, что повелѣвается тѣмъ, кто имѣетъ высшую власть. Jus было у римлянъ то, что повелѣлъ народъ*).

Филологическое производство jus отъ jubeo указываетъ намъ также на связь jus съ понятіемъ государства, такъ какъ повелителемъ можетъ быть, въ строгомъ, не риторическомъ смыслѣ, лишь верховная власть, или кто-нибудь по ея уполномочію или молчаливому согласію. Этой идеѣ остались римляне вѣрны и потомъ, такъ какъ никогда не вносили международныхъ нормъ (jus gentium не соотвѣтствовало имъ) въ понятіе jus. Лишь послѣдующіе юристы сдѣлали эту ошибку.

Jussum или jus могло означать, слѣдовательно, всякое постановленіе, гарантированное государствомъ. Въ этомъ смыслѣ оно соотвѣтствуетъ вполнѣ греческому νόμος, которымъ передавалось оно въ Базиликахъ, и англійскому law. Если бы слово это удержало только такое значеніе, оно совершенно отвѣчало бы требованіямъ логической терминологіи: опредѣленности и твердости. Бѣдность, въ данномъ отношеніи, латинскаго языка**) заставила перенести слово jus и для

---

*) Totius latinitatis Lexicon *Forcellini*, т. III, стр. 653, изд. 1865 г., гдѣ читатель найдетъ ссылки и цитаты изъ лат. авторовъ.

Jus dicitur a jubeo, quia jubetur ab eo, qui summam habet potestatem: jus enim apud Romanos fuit, quod a populo jussum fuerat, cujus proprium erat jubere; porro Antiquissimi *jousa* dixerunt (quippe *jous* per diphthongam pluries scribitur in vetusto marmore apud *Murat.* 582 et *alibi*), nec litteras geminabant, nec utebantur littera canina R; postea abjecta diphthongo, et sibilante littera in caninam versa *jura* dixerunt.

**) „Не всѣ предметы, которые мы можемъ замѣчать или о которыхъ мы можемъ думать, выражаются языкомъ. Сравнительно съ безконечнымъ богатствомъ чувственнаго міра и міра мысли — міръ понятій всякаго, даже самаго богатаго языка, является бѣднымъ.“ „Міръ понятій“, очевидно, выражаемыхъ словами, точнѣе „міръ словъ“. (Arnold Ohlert, Das Studium der Sprachen und die geistige Bildung, стр. 23.)

обозначенія того, что всегда или почти всегда*) связано съ такими властными велѣніями (jussa, jousa, jura), — правъ. Отсюда двусмысленность, опаснѣйшее качество терминологіи: jura въ смыслѣ права, rights, и jura въ смыслѣ laws, законы. Коллективная идея (Inbegriff) совокупности нормъ или велѣній, выражавшаяся, согласно духу языковъ, имѣющихъ множественно число, словомъ *jousa,* стала выражаться также и единственнымъ числомъ jus**).

Слово lex не имѣло двусмысленныхъ значеній, какъ jus, но оно не могло быть принято юристами какъ общій терминъ въ родѣ law и νόμος, такъ какъ имѣло въ римской государственной жизни значеніе постановленія, сдѣланнаго извѣстнаго рода народнымъ собраніемъ. Jussum или jus было шире, такъ какъ, сверхъ правъ и обязанностей, вытекавшихъ изъ римскаго lex, обнимало и другіе виды постановленій, съ правами и обязанностями изъ нихъ***).

Кромѣ филологическаго производства†), *догадка* подтверждается также и часто встрѣчаемымъ сопоставленіемъ jus и fas. Религіозная норма служитъ основой различія долга и грѣха. Слѣдованіе ей есть долгъ, отступленіе или нарушеніе — грѣхъ. Понятіе права чуждо ей: о правѣ на милость божества въ этой или загробной жизни говорить нельзя. Сопоставлять можно лишь то, что, при различіи, имѣетъ какую-нибудь основную общую черту. Этою чертою и можетъ быть лишь идея велѣнія: fas — велѣніе божества или совокупность такихъ велѣній, jus — велѣніе или велѣнія свѣтской власти. Можно еще говорить о долгѣ, наложенномъ божествомъ, или свѣтскою

---

*) Всякій законъ создастъ обязанность, но не всякій законъ создастъ право. См. Austin'a и Holland'a. Форма выраженія не рѣшаетъ, конечно, дѣла

**) Эта послѣдняя неточность не имѣетъ, конечно, такого существеннаго значенія, какъ первая. И въ англійскомъ law говорится часто вмѣсто laws. Также греч. νόμος, вм. οἱ νόμοι. Въ русскомъ возможно то же: законъ, вм. законы.

***) Jus generale nomen est, lex autem juris est species Лексиконъ Forcellini, т. III, стр. 654, Nota.

†) Подтвержденіемъ его служитъ и опредѣленіе lex, даваемое Attejus Capito (Apud A. Gell. X, c. 20). lex est generale jussum ..... Если jus происходитъ отъ jussum, и оно имѣло первоначально значеніе велѣнія, какъ въ этой цитатѣ jussum.

властью, но не о правѣ. Религіозное постановленіе, принятое подъ охрану государственной власти, становилось jus.

Каково бы ни было происхожденіе и начальное значеніе слова jus, въ позднѣйшее время мы находимъ его съ инымъ характеромъ.

Неясность мысли и бѣдность языка содѣйствовали тому, что слово это пріобрѣло такія значенія, которыя стояли въ самой отдаленной связи съ понятіемъ велѣнія государственной власти, или закона въ широкомъ смыслѣ.

Дошло до того, что позднѣйшій великій юристъ Ульпіанъ производилъ jus отъ justitia*), тогда какъ еще Аристотель понималъ, что справедливое предполагаетъ собою законъ и означаетъ согласіе съ нимъ (Ethica nicom.). Производить обратно законъ отъ справедливости все равно, что утверждать, что онъ есть дитя собственнаго своего отпрыска (Austin, Lectures, т. 1, стр. 223). Противопоставленіе закона и справедливости можетъ лишь означать несогласіе этого закона съ какимъ-либо высшимъ „закономъ“ (нравственнымъ, божественнымъ .....), служащимъ ему критеріемъ.

Отсылая любознательнаго читателя къ указанному выше мѣсту Лексикона Forcellini, гдѣ онъ найдетъ всѣ нужныя цитаты въ подтвержденіе, мы ограничимся указаніемъ нѣкоторыхъ лишь выводовъ, чтобы дать представленіе о непостоянствѣ значенія слова jus.

Такъ, jus означало, между прочимъ:

Вообще все, что установлено законами: естественными, божественными, государственными или этническими (gentium). Jus universim dicitur id, quod legibus constitutum est sive naturalibus**), sive divinis, vel gentium, vel civilibus.

Jus означало также справедливое. Alio nomine vocatur aequitas communis, aequum universale, legitimum; id est adaequatum legi, tanquam norma ac regula actionum humanarum.

Jus aliquando sumitur pro aequo et justo, quod alicui ex justitia debetur.

---

*) Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem *a justitia* appellatum.

**) Въ одномъ мѣстѣ Sall. orat. Cottae § 5 говорится, что vita et mors jura naturae sunt, nam in vitam et mortem jus omne ad naturam, non ad hominem pertinet.

Оно означаетъ также данную закономъ власть или возможность. Significat etiam, et quidem saepius, pro auctoritate et facultate, seu potestate a legibus seu jure concessa agere.

Оно служитъ иногда синонимомъ законовъ. Sumitur item jus pro justitia legali, seu pro ipsis legibus.

Оно означаетъ мѣсто, гдѣ отправляется правосудіе. Item pro loco, in quo jus redditur.

Означаетъ также судейское рѣшеніе. Item pro sententia a judice prolata.

Означаетъ то, что имѣетъ силу закона. Item pro eo, quod vim habet sanctionis et legis.

Означаетъ власть, позволеніе, возможность. Item pro potestate, licentia, facultate.

Item pro justitia.

Jus est pro justum est, vel licet.

И множество другихъ значеній. См. также Corradini Lexicon totius latinitatis, стр. 970, т. II.

Въ качествѣ общаго вывода для насъ важно замѣтить слѣдующія особенности римскаго jus 1) непостоянство или измѣнчивость его значеній, 2) въ частности, стремленіе смѣшивать его со справедливостью (justum, aequitas, justitia)*).

* * *

Въ нѣкоторыхъ, особенно кроткихъ, словаряхъ и у нѣкоторыхъ юристовъ мы встрѣтимся съ мнѣніемъ, будто римскому jus въ греческомъ соотвѣтствуетъ τὸ δίκαιον. Это невѣрно. Между ними нѣтъ соотвѣтствія, въ чемъ легко убѣдиться, если внимательнѣе проштудировать соотвѣтствующія мѣста греческихъ авторовъ и греческаго законодательства. Слова, соотвѣтствующаго латинскому jus, не было ни въ древне греческомъ, ни въ греческомъ византійскаго періода, ни даже въ современномъ новогреческомъ.

---

*) Въ другомъ мѣстѣ (глава V) мы дадимъ два особенно яркихъ примѣра неясности мыслей и неустойчивости словоупотребленія, относящихся къ опредѣленію происхожденія jus отъ justitia, и употребленію jus въ дѣйствительности для обозначенія инстинктовъ животныхъ.

Лучшимъ авторитетомъ для древняго времени можетъ служить Аристотель. Кто просмотритъ соотвѣтствующія мѣста оригинала (Ethica Nicom., V, 1, 2, 10; Politica, VII, 9; III, 3, 9, 13; Rhetorica, I, 10, 13), увидитъ безъ затрудненій, что Аристотель употреблялъ τὸ δίκαιον, согласно его этимологическому происхожденію отъ δίκαιος, справедливый*), въ значеніи, которое ближе всего можно передать нѣмецкимъ das Gerechte, „справедливое“ или справедливость**).

Такъ, Аристотель говоритъ о справедливомъ (τὸ δίκαιον) по природѣ (φύσει или κατὰ φύσιν) и о справедливомъ по закону; или, о справедливомъ въ государствѣ (τὸ πολιτικὸν δίκαιον) и справедливомъ по природѣ (τὸ φυσικὸν δίκαιον); или, о справедливомъ въ государствѣ (τὸ πολιτικὸν δίκαιον) и справедливомъ вообще (τὸ ἁπλῶς δίκαιον); или, о справедливомъ въ государствѣ и справедливомъ въ семьѣ или хозяйствѣ (τὸ οἰκονομικὸν δίκαιον).

Справедливое, по совершенно правильному мнѣнію Аристотеля, предполагаетъ законъ (νόμος). „Справедливое“, говоритъ онъ, „есть законное“, τὸ δὲ δίκαιον τὸ τε νόμιμιον. И такъ какъ можно, съ одной стороны, говорить о законахъ государственныхъ, а съ другой о законахъ, источникомъ которыхъ считается нравственное чувство, представленія объ общемъ благѣ, божествѣ или „природѣ“, то и о справедливости можно говорить съ двухъ точекъ зрѣнія: 1) справедливо, потому что согласно съ государственнымъ закономъ, 2) справедливо, потому что согласно „природѣ“. Справедливое по закону можетъ совпадать со справедливымъ по природѣ, какъ имѣющимъ силу вездѣ, но можетъ и не совпадать; такъ что одна часть того, что считается справедливымъ въ государствѣ совпадаетъ со справедливымъ по природѣ, а другая часть считается справедливой лишь въ силу установленія закона.

---

*) Въ большихъ, основательныхъ словаряхъ не отведено даже особаго мѣста для субстантива *τὸ δίκαιον*, а лишь для его основы *δίκαιος*. См. Thesaurus graecae linguae H. Stephani, Lexicon Graeco-Latinum C. Grimm'a ...

**) См. также Plato, de republ., I p., 354 c.: *ὁπότε γὰρ τὸ δίκαιον μὴ οἶδα ὅ ἐστι* .... Solange ich nicht weiss, was *das Gerechte* ist .... (Stammler, Wirt. u. R., стр. 1).

Тамъ, гдѣ нѣтъ политическаго общенія, нѣтъ общей власти, какъ, напр., въ международныхъ отношеніяхъ (при такъ называемомъ естественномъ состояніи), не можетъ быть и рѣчи о государственно-принудительныхъ нормахъ (οἱ νόμοι, законахъ въ широкомъ смыслѣ) и о справедливости, какъ согласіи съ этими нормами (τὸ πολιτικὸν δίκαιον), но можно говорить о справедливомъ „по подобію (καθ' ὁμοιότητα), справедливомъ „вообще“, или „по природѣ“*).

Слѣдующимъ по времени источникомъ нашихъ свѣдѣній о греческомъ τὸ δίκαιον служитъ Новый Завѣтъ. Согласно многочисленнымъ словарямъ, составленнымъ теологами, δίκαιος, какъ и у Аристотеля, означало того, кто выполнялъ „божескіе и человѣческіе законы“ (при столкновеніи этихъ послѣднихъ проявится и указанная уже прежде многосмысленность слова справедливый). Согласно своему этимологическому происхожденію neutrum τὸ δίκαιον означало то, что согласно съ закономъ (въ священной книгѣ, конечно, прежде всего и больше всего — закономъ божественнымъ), quod fas est, или id, quod postulat officii ratio (Lexicon Graeco-Latinum in libros novi testamenti, стр. 102, C. Grimm). Опять таки слѣдовательно, не jus „въ субъективномъ смыслѣ“, не Befugniss, а идея требованія, велѣнія, и наложеннаго имъ долга: что согласно съ ними, то и есть τὸ δίκαιον.

Но, самымъ яркимъ доказательствомъ несоотвѣтствія jus и τὸ δίκαιον служатъ греческій законодательный сборникъ Basilica и Шестокнижіе Арменопуло.

Уже съ первыхъ книгъ Базиликъ видно несоотвѣтствіе jus и τὸ δίκαιον.

Такъ, кн. II, тиг. I, заключаетъ въ себѣ чрезвычайно много мѣстъ, не оставляющихъ никакого сомнѣнія въ томъ, что греческій языкъ не имѣлъ слова, соотвѣтствующаго латинскому jus или нѣмецкому Recht.

Римскіе термины: jus civile, jus naturale и jus gentium переводятся: νόμος πολιτικός, νόμος φυσικός, νόμος ἐθνικός. Греческое

*) Въ данномъ случаѣ Аристотель, видѣвшій лишь подобіе, выше современныхъ юристовъ, смѣшавшимъ подъ общимъ именемъ „права“, Recht, такія разныя вещи, какъ нормированіе внутреннихъ государственныхъ и международныхъ отношеній (международное право, Völkerrecht).

же νόμος скорѣе соотвѣтствуетъ русскому — законъ, нѣмецкому Gesetz, латинскому lex въ сочиненіи Цицерона de legibus, англійскому the law.

Римское *jus* dividitur in publicum et privatum передается: ὁ νόμος διαιρεῖται εἰς δημόσιον καὶ εἰς ἰδιωτικόν.

Praecepta juris sunt .... Παραγγέλματα τοῦ νόμου ..

Jurisprudentia переводится σοφία νόμου. Такъ, извѣстное мѣсто римскихъ источниковъ: jurisprudentia autem est rerum divinarum et humanarum, justi injustique scientia, передано Σοφία δὲ νόμου τὸ εἰδέναι τὰ θεῖα καὶ τὰ ἀνθρώπινα πράγματα, καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἄδικον.

Jurisperitus вышло по-гречески Σοφὸς περὶ τοὺς νόμους.

Jus singulare = Ἰδικὸς νόμος.

Omne jus .... constitutum est = Πᾶς νόμος . . ἐτέθη.

Ex jure gentium .... Τοῦ ἐθνικοῦ δὲ νόμου (иногда νομίμου) ἐστὶν . .

Jura non de singulis, sed generaliter constituuntur = Οὐ περὶ τοῦ καθ' ἑκάστον, ἀλλὰ κοινῶς οἱ νόμοι τίθενται.

Самое заглавіе этого титула, которое римляне непремѣнно передали бы de justitia et *jure* et longa consuetudine, въ греческомъ вышло: Περὶ δικαιοσύνης καὶ νόμου καὶ μακρᾶς συνηθείας.

Выраженія, передававшіяся римлянами различными сочетаніями jus, соотвѣтствуютъ въ греческомъ словамъ, производнымъ отъ νόμος. Такъ, jure facit = онъ дѣлаетъ законно = νομίμως ποιεῖ. Senatus jus facit = законодательствуетъ = Ἡ σύγκλητος νομοθετεῖ.

Изъ оффиціальнаго греч. комментарія къ этому титулу видно, что латинское jus, кромѣ νόμος, передавалось иногда производнымъ τὸ νόμιμον. Такъ, извѣстное мѣсто. jus civile est, quod quaeque civitas sibi ipsi constituit et ipsius proprium est, передано: Πολιτικὸν νόμιμόν ἐστιν, ὅπερ ἑκάστη ἡ πόλις ἑαυτῇ ὁρίσει καὶ ἔστιν αὐτῆς ἰδικόν. — Jus praetorium = τὸ πραιτώριον νόμιμον. — Jura scripta = Τὰ ἔγγραφα νόμιμα.

Очевидно, что τὸ δίκαιον не соотвѣтствовало римскому jus. Иначе, почему стали бы греческіе законодатели обходить это слово тамъ, гдѣ оно было бы всего умѣстнѣе. Если бы Аристотельское τὸ δίκαιον дѣйствительно соотвѣтствовало латинскому jus, какъ ду-

муютъ нѣкоторые, тогда въ его τὸ πολιτικὸν δίκαιον законодатели имѣли бы готовый терминъ, вмѣсто ὁ νόμος πολιτικός (= jus civile).

Въ Thesaurus graecae linguae H. Stephani, т. 2, стр. 1476, слову τὸ δίκαιον не отведено самостоятельнаго мѣста, но по поводу прилагательнаго δίκαιος (справедливый, justus) говорится, что τὸ δίκαιον часто является субстантивомъ въ значеніи Aequitas или Jus (которое, какъ извѣстно, въ свою очередь также часто означало acquitas или justitia), т. е. das Gerechte, „справедливое“. Подобно тому какъ субстантивировалось и τὸ ζυμφέρον, т. е. полезное, польза.

И въ Базиликахъ поэтому говорится, напр., вмѣсто justi injustique scientia .... = ... τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἄδικον. Вмѣсто ars justi = τέχνη τοῦ δικαίου. Вмѣсто justum autem suum cuique tribuit = τὸ δὲ δίκαιον ἑκάστῳ νέμει τὸ ἴδιον.

Но, какъ говоритъ I. Бентамъ: самое рѣдкое изъ человѣческихъ качествъ есть послѣдовательность. Въ принципѣ и практикѣ, на правильной или на ложной дорогѣ, человѣкъ никогда не остается вѣренъ самому себѣ. Изъ такого ужъ матеріала сдѣланъ онъ. (Principles of morals and legislation, c. I, § XII.)

И греки не всегда были послѣдовательны и вѣрны себѣ. Нетвердость основныхъ понятій и, еще болѣе, вліяніе шаткой римской терминологіи (гдѣ, какъ извѣстно, jus означало иногда justitia), заставляли и грековъ ставить τὸ δίκαιον не только тамъ, гдѣ у римлянъ стояло болѣе опредѣленное justum, но и тамъ, гдѣ они писали свое смутное jus съ значеніемъ laws.

Такъ, напр., тит. III, кн. II, озаглавленъ (de diversis regulis juris antiqui) περὶ διαφόρων κανόνων δικαίου ἀρχαίου, а рядомъ съ этимъ употребляются выраженія κανὼν τοῦ νόμου или νομικὸς κανών. Jus sanguinitatis = τὸ τῆς συγγενείας δίκαιον. Nemo plus juris transferre .... = πλέον δίκαιον .... Qui suo jure utitur = τῷ ἰδίῳ δικαίῳ . . . А рядомъ: jure gentium .... κατὰ τὸ ἐθνικὸν νόμιμον ...., или: praeter regulam juris .... = παρὰ κανόνα νόμου. Тит. III, кн. II, озаглавленъ (de facti et juris ignorantia) περὶ φάκτου ἀγνοίας καὶ νόμου.

Итакъ, не смотря на вліяніе римскихъ источниковъ и желаніе приспособить къ ней собственную терминологію, мы видимъ: 1) что *соотвѣтствія* между латинской и греческой терминологіей *не было:*

jus не соотвѣтствуетъ ни ὁ νόμος, ни τὸ δίκαιον; 2) было стремленіе переводить jus въ коллективномъ значеніи чрезъ ὁ νόμος или οἱ νόμοι, но оно не проводилось послѣдовательно; 3) въ греческомъ не было особаго слова для обозначенія права, какъ коррелята обязанности, и они старались иногда замѣнить этотъ недостатокъ словомъ τὸ δίκαιον, хотя основное его значеніе было иное — „справедливое“; тѣмъ же словомъ замѣняли они рѣже и jus въ коллективномъ значеніи.

Языкомъ, которымъ говорили греческіе законодатели, составляя Базилики въ IX ст., написано и Шестикнижіе Арменопуло (1320—1380) въ послѣднемъ вѣкѣ существованія Византійскаго государства.

И здѣсь мы видимъ ясныя доказательства несоотвѣтствія латинской и греческой терминологіи, въ частности jus и τὸ δίκαιον.

Такъ, напр., кн. 1, тит. 1, jus aut naturale est, aut gentium, aut civile = ὁ νόμος ἢ φυσικός ἐστιν, ἢ ἐθνικός ἢ πολιτικός. Omne jus = πᾶς νόμος. Jus est ars .. = Νόμος ἐστὶ τέχνη.... Praeceptum juris = Παράγγελμα τοῦ νόμου. Jurisprudentia = Σοφία νόμου. Jus dividitur bifariam, in publicum et privatum ὁ νόμος διαιρεῖται εἰς δύο εἰς δημόσιον καὶ ἰδιωτικόν.

Изъ кн. 1, тит. 1, мѣсто 27, несомнѣнно авствуетъ, что τὸ δίκαιον соотвѣтствовало нѣм. das Gerechte, лат. aequitas. Здѣсь говорится: когда законъ требуетъ одного, а справедливость другого, вопросъ этотъ можетъ рѣшить лишь государь, такъ какъ это входитъ лишь въ его компетенцію. По-гречески: ὅταν ἕτερον τι τὸ νόμιμον βούληται, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεὺς .... Τὸ δίκαιον, слѣдовательно, противопогается закону, τὸ νόμιμον, которое нерѣдко и у Гарменопуло ставится вмѣсто ὁ νόμος. Оно (τὸ δίκαιον) не равно ему, закону, или jus въ значеніи совокупности нормъ, между прочимъ и законныхъ. Равнымъ образомъ juste и injuste = δικαίως и ἀδίκως. Τὸ νόμιμον же ставилось вмѣсто римскаго jus, какъ видно, напр., изъ 33 мѣста той же кн. и тит.. jus, quo Roma utitur = τὸ νόμιμον, ᾧτινι Ῥωμη κέχρηται. Вм. τὸ νόμιμον иногда встрѣчается ἡ νομοθεσία.

Juris ignorantia = Ἡ τοῦ νόμου ἄγνοια. Jura enim sunt vigilantium = οἱ γὰρ νόμοι τῶν ἀγρυπνούντων εἰσίν .... Sive

civili sive praetorio jure .... naturaliter = πολιτικῶς ἢ πραιτωρίως .... φυσικῶς. Regula juris = νομικὸς κανών. Praeter regulas juris = παρὰ κανόνας νόμου.

При чрезвычайно широкомъ значеніи jus, неустойчивости терминологіи и неясности въ основныхъ понятіяхъ, мы не можемъ, конечно, найти и у Гарменопуло устойчиваго словоупотребленія. У него стоитъ иногда τὸ δίκαιον тамъ, гдѣ римляне ставили jus. Напр., ipso jure = τῷ αὐτῷ δικαίῳ. Въ другомъ же мѣстѣ jure = νομίμως.

Греческое законодательство сложилось, какъ извѣстно, подъ вліяніемъ римскаго. Это видно, напр., на переходѣ иногда латинской терминологіи въ греческую: tutor legitimus = ἐπίτροπος λεγίτιμος, въ скобкахъ сдѣлано замѣчаніе λέγες γὰρ οἱ Ῥωμαῖοι τοὺς νόμους κατονομάζουσιν. И это не смотря на то, что у грековъ было соотвѣтствующее слово νόμιμος (см. кн. 4, тит. 5). Грекъ искалъ для передачи римскаго jus соотвѣтствующаго слова, не находилъ его, и ставилъ τὸ δίκαιον, которое по неопредѣленности и широтѣ значенія могло съ грѣхомъ пополамъ, конечно, выполнять роль перевода.

Поэтому, напр., Nuptiae sunt viri et mulieris conjunctio, omnis vitae consortium *divinique et humani juris* societas = ... θείου τε καὶ ἀνθρωπίνου δικαίου κοινωνία. Однако, такой переводъ при помощи τὸ δίκαιον гораздо рѣже, чѣмъ при помощи νόμος.

Точно также, не находя слова для выраженія коррелята обязанности, греки пользовались иногда τὸ δίκαιον и для этой цѣли. Такъ, напр., mulieri jus suum ignoranti succuritur = Γυνὴ τὸ ἴδιον ἀγνοήσασα δίκαιον βοηθεῖται .... (Напротивъ juris ignorantia всегда переводится ἡ τοῦ νόμου ἄγνοια). Jus mihi non est = οὐκ ἔχω δίκαιον. Jus hauriendi, aquaehaustus = δίκαιον ἀντλήσεως. Jus postliminii = δίκαιον ὑποστροφῆς. Jus emphyteuseos = τὸ δίκαιον τῆς ἐμφυτεύσεως. Jus praelationis = δίκαιον προτιμήσεως. De jure dotis = περὶ δικαίου προικός. Jures successores = δικαίου διάδοχοι. Heres idem juris habet = Ὁ κληρονόμος τὸ αὐτὸ δίκαιον ἔχει. Successio in universitatem juris = ἡ εἰς ὁλόκληρον διαδοχὴ τοῦ δικαίου. Ejusdem juribus uti debet = τοῖς αὐτοῦ δικαίοις ὀφείλει χεχρῆθαι. Jus puniendi =

τὸ δίκαιον τοῦ τιμωρεῖσται. Nomine pecuniae ..... et jura significantur = ... καὶ τὰ δίκαια.

Замѣчу, что одинъ разъ (не ручаюсь, однако, за свою наблюдательность) я нашолъ еще одно слово, употребляемое и въ новогреческомъ — τὸ δικαίωμα, въ значеніи права какъ коррелята обязанности. (См. leges agrariae, tit. 1, мѣсто 9.)

Итакъ, и въ концѣ существованія Византійскаго государства римское jus *не имѣло соотвѣтствующаго* себѣ термина въ греческомъ. Греки прибѣгали то къ νόμος, или νόμιμον, νομοθεσία, то къ δίκαιον для выраженія тѣхъ мѣстъ, гдѣ у римлянъ стояло jus*).

Въ томъ же положеніи осталось это дѣло и по сей часъ, въ ново-греческомъ языкѣ. И здѣсь нѣтъ слова, соотвѣтствующаго римскому jus, или нѣмецкому Recht. Слово τὸ δίκαιον существуетъ, и въ словаряхъ можно найти переводъ его словомъ Recht. Однако, мы ошиблись бы, если бы на основаніи этого показанія словарей приняли за истину взаимное соотвѣтствіе этихъ словъ. Если посмотрѣть внимательнѣе, окажется, что тамъ, гдѣ нѣмцы связываютъ съ Recht идею совокупности принудительныхъ нормъ („право въ объект. смыслѣ"), у грековъ стоптъ οἱ νόμοι (законы). А тамъ, гдѣ нѣмцы употребляютъ Recht какъ коррелятъ обязанности („право въ субъект. смыслѣ"), греки предпочитаютъ ставить другія слова, не δίκαιον. Такъ, напр., въ Берлинскомъ Мирномъ Трактатѣ, ст. 21, выраженіе: права и обязанности Высокой Порты .... передается: τὰ δικαώματα καὶ καθήκοντα .... Въ ст. 15: Султанъ имѣетъ право .... = Ὁ Σουλτάνος ἔχει δικαίωμα ....

Терминъ Rechtswissenschaft передается ἡ νομικὴ ἐπιστήμη, или ἐπιστήμη τῶν νόμων, τὰ νομικά, т. е. наука о законахъ. Die Rechte studiren = σπουδάζω τὴν νομικὴν ἐπιστήμην.

Однако, при неясности основныхъ понятій и невольномъ подчиненіи чужой терминологіи, ошибочно считаемой за что-то установленное, „научное", и теперь у грековъ нельзя найти твердаго слово-

---

*) Жалѣть объ этомъ нельзя, такъ какъ jus совсѣмъ не удовлетворяетъ требованіямъ научной терминологіи. Въ томъ же положеніи несоотвѣтствія и англійскій языкъ ..... и, замѣтимъ, къ великому счастью. Объ этомъ ниже.

употребленія. Чувствуя несоотвѣтствіе νόμος и Recht, они ищутъ это Recht и въ своемъ языкѣ; а такъ какъ тамъ его нѣтъ, но есть нѣчто, имѣющее какую-то смутную связь съ нимъ, именно τὸ δίκαιον*), то и не диковина по временамъ встрѣтить это слово какъ переводъ Recht. Такъ, напр., въ томъ же Берлинскомъ Мирѣ нѣмецкое das öffentliche Recht переводится τὸ δημόσιον δίκαιον.

Для насъ важенъ одинъ несомнѣнный выводъ изъ сказаннаго: *несоотвѣтствіе* латинскаго jus или нѣмецкаго Recht какому-нибудь слову въ греческомъ. Наука не можетъ довольствоваться тѣми приблизительными соотвѣтствіями, которыя достаточны для обыденныхъ цѣлей. Но, объ этомъ дальше.

* * *

Самымъ несовершеннымъ для цѣлей научной терминологіи является нѣмецкій языкъ. Расплывчатое слово, подъ которое можно подвести все, что угодно, никогда не можетъ быть хорошимъ научнымъ терминомъ, отъ котораго прежде всего требуется точность, опредѣленность.

Возьмемъ, напр., словарь братьевъ Гриммовъ (Deutsches Wörterbuch, Jacob und Wilhelm Grimm, т. 8, изд 1893 г., стр. 364 и слѣд.).

На стр. 364 говорится: Recht, n., das substantiv des nachfolgenden adjectivs (recht), als neutrum überhaupt *nur im westgermanischen entwickelt.* Gothisch ist es *ganz ohne entsprechendes;* im altnord. wird es durch das masc. réttr, gen. rettar vertreten, das aber zum theil auch andere bedeutungen aufzeigt. Es musz *ein verhältnismäszig spat aufgekommenes wort sein,* welches . . . .

Въ „объективномъ смыслѣ“ оно означаетъ (стр. 371):

I) Данную нравственнымъ закономъ *норму,* предписаніе для нашего моральнаго поведенія, и то что *ей соотвѣтствуетъ* (т. е., напр., справедливое, правое, одобрительное . . . .).

---

*) И у нѣмецкихъ, самыхъ ученыхъ авторовъ, смѣшеніе Recht и das Gerechte — неизгладимо. Объ этомъ см., напр., Rechtsphilosophie Лассона, стр. 13, 24, 28, 34, 53 и нѣк. другія мѣста.

2) Въ связи съ другими нравственными понятіями: Recht ist Warheit. Warheit ist Recht. Recht ist das, was weder Got noch Menschen, weder Vernunft noch menschliche Natur taddeln kan. Многочисленныя ссылки на источники въ подтвержденіе и уясненіе.

3) Оно противополагается часто Unrecht, имѣющему весьма широкое и колеблющееся значеніе. Противопоставляется иногда Gewalt.

4) Recht то, что соотвѣтствуетъ такой нравственной нормѣ .... не самая норма.

5) То, что сообразно съ нашими, мыслями, наблюденіями, сужденіями.

6) Порядокъ, надлежащій образъ дѣйствія.

7) Говорится о двоякаго рода „правѣ“: справедливомъ и несправедливомъ. Zweierlei Recht ist, das rechte Recht und das unrechte Recht. Gottes Recht ist ein rechtes Recht, das einen Jeglichen recht richtig richtet, unangesehen die Person der Menschen.

8) „Старое право“ = jus moribus constitutum.

9) Божественное, вѣчное „право“.

10) Das Recht, какъ мѣра, als Masz gedacht.

11) Иногда тождественно, а иногда отличается отъ справедливости, Gerechtigkeit или Billigkeit.

12) Recht въ смыслѣ Gesetzbuch'a, кодекса.

13) Recht въ смыслѣ Sitte, Gewohnheit, съ которыми нужно сообразоваться, sich fugen, и отъ которыхъ нельзя безнаказанно уклониться. Такъ, jägerrecht, kutschenrecht oder wagenrecht, опредѣляющее, какъ вмѣстѣ, въ одномъ экипажѣ, ѣдущіе должны сидѣть; kriegsrecht, какъ вести войну; faustrecht, zechrecht.

Я не выбралъ и сотой доли тѣхъ многоразличныхъ значеній, которыя читатель можетъ найти на большихъ страницахъ (363—387) словаря бр. Гриммовъ.

* * *

Неопредѣленностью отличается и французское droit, ит. diritto, исп. derecho. По происхожденію своему они стоятъ въ тѣсной

связи съ нравственными понятіями, что отражается на нихъ до сихъ поръ. Droit (стар. форма dreit) ведетъ начало, какъ и diritto, отъ классическаго латинскаго rectum, directum (народн. форма drectum). Droit есть то, что согласно съ нравственной нормой. Droit есть то, что согласно съ закономъ. Droit есть то, что должно (ce qui est dû) каждому гражданину, его право (right). А такъ какъ законы опредѣляютъ то, что каждый, сообразно своему состоянію, можетъ законно дѣлать, или не дѣлать, и требовать отъ другого, то droit перенесено и на совокупность законовъ (laws).

* * *

Если латинское jus и фр. droit, съ родственными diritto, derecho . . . ., приближаются по своей неопредѣленности къ нѣмецкому Recht, то въ болѣе счастливомъ положеніи находится англійскій языкъ. Несоотвѣтствіе одного языка другому въ способахъ выраженія, даже въ родственной индо-германской группѣ, здѣсь особенно ярко. Въ англійскомъ есть два слова: law и right, служащія камнемъ преткновенія для нѣмецкой учености, переводящей ихъ однимъ и тѣмъ же словомъ Recht, и не умѣющей выпутаться изъ оковъ собственнаго туманнаго языка. Наоборотъ, гдѣ стоитъ Recht, тамъ англичанинъ, смотря по обстоятельствамъ, ставитъ то law, то right, то justice, то иногда еще иныя слова; и поступаетъ онъ такъ не случайно, а съ разумѣніемъ.

И англійскій языкъ не свободенъ отъ несовершенствъ. И ему извѣстно фигуральное примѣненіе слова law, равно какъ и употребленіе right для выраженія нравственныхъ понятій (въ противоположность wrong). Но, обособляя law отъ justice, что въ нѣмецкомъ часто смѣшивается подъ общимъ именемъ Recht, а съ другой стороны имѣя въ law и right краткое и легко распознаваемое обозначеніе для государственно-принудительной нормы или нормъ (Rechtsnorm или Recht „въ объективномъ смыслѣ“) и для установляемыхъ ими правъ (Recht „въ субъективномъ смыслѣ“), они, англичане, достигаютъ большей ясности въ изложеніи своихъ мыслей и избѣгаютъ ошибокъ, свойственныхъ нѣмецкимъ юристамъ.

О той и другой терминологіи мы будемъ говорить еще дальше.

* * *

Указавъ слова, которыми оперируютъ юристы, считая ихъ представителями основныхъ понятій въ юриспруденціи, показавъ ихъ несоотвѣтствіе другъ другу въ различныхъ языкахъ и ихъ многосмысленность, мы должны обратиться къ вопросу о задачахъ научной терминологіи вообще.

Задача научной терминологіи, какъ и вообще слова*), двоякая: 1) дать устойчивость и опредѣленность нашимъ мыслямъ въ процессѣ выработки ихъ, на помощь нашей памятки, 2) сообщить ихъ другимъ.

Отсутствіе сомнительности и шаткости есть, слѣдовательно, основное требованіе терминологіи.

Очевидно, что, если мы съ одною и тою же идеею будемъ связывать то тотъ, то другой словесный знакъ, мы будемъ путаться въ собственныхъ своихъ мысляхъ. То же произойдетъ, если мы съ однимъ и тѣмъ же словомъ будемъ связывать сегодня одно, завтра другое значеніе: сами мы не подвинемся ни на шагъ впередъ, и никто не пойметъ насъ.

Очевидно также, что точное пониманіе явленій и сообщеніе о нихъ, въ общихъ предложеніяхъ, достовѣрныхъ и несомнѣнныхъ истинъ, что составляетъ задачу науки, требуетъ отъ языка бо́льшей точности и устойчивости, чѣмъ въ обыкновенныхъ дѣлахъ повседневной жизни, въ мелкихъ обыденныхъ ея заботахъ и разговорахъ.

Если слово въ умѣ одного возбуждаетъ одну, въ умѣ другого — другую идею, оно не можетъ служить хорошимъ терминомъ. Не всѣ слова въ этомъ отношеніи одинаковы: значеніе однихъ болѣе опредѣленно, значеніе другихъ подвержено сомнѣніямъ и неопредѣленности.

Естественной связи между словомъ и извѣстной идеей нѣтъ: люди произвольно связываютъ съ той или иной идеей такое, а не иное слово. Кто хочетъ быть понятымъ, долженъ быть крайне внимателенъ къ установившимся привычкамъ въ соединеніи идей со словами. Здѣсь можетъ помочь намъ лишь наблюденіе надъ словоупотребленіемъ: само по себѣ слово не даетъ никакого указанія на представляемую имъ идею. Если вмѣсто наблюденія надъ такимъ

*) Locke Hum. Und., кн. III, гл. IX, стр. 76 и сл., по изд. 1735 г.

словоупотребленіемъ и подчиненія ему, мы станемъ изобрѣтать термины для понятій, которыя имѣются уже въ публикѣ, какъ въ нашемъ случаѣ, мы попадемъ на ложную дорогу. Насъ будутъ, съ одной стороны, не понимать, хотя бы рѣчь шла въ сущности объ очень простыхъ вещахъ, а съ другой стороны — мы будемъ путаться въ собственныхъ своихъ мысляхъ, такъ какъ никто не можетъ уклониться отъ вліянія обычнаго словоупотребленія того языка, на которомъ онъ говоритъ и съ помощью котораго онъ мыслитъ.

Это согласіе съ духомъ языка необыкновенно важно.

Идеи, связываемыя въ публикѣ со словомъ Recht, должны быть подмѣчены и всегда имѣться въ виду. Никто не имѣетъ власти заставить людей соединять съ нимъ только одно или два опредѣленныхъ значенія („субъективный смыслъ“ и „объективный смыслъ“). Даже самихъ себя мы не можемъ заставить сдѣлать это. Мы всегда наблюдаемъ, какъ, напр., нѣмецкій ученый, выражая намѣреніе употреблять это слово только въ двухъ смыслахъ, подпадаетъ вліянію установившагося многосмысленнаго словоупотребленія, и, самъ не замѣчая этого, вопреки первоначальному намѣренію, вноситъ идеи справедливости или нравственныхъ требованій тамъ, гдѣ стоитъ у него слово Recht.

Примѣромъ этого можетъ служить стереотипная фраза при опредѣленіи задачъ философіи. Задача эта состоитъ въ томъ-де, чтобы оцѣнить дѣйствующее право (das geltende Recht) съ точки зрѣнія идеи права (Rechtsidee) или привести его въ гармонію съ послѣдней (wie es, das geltende Recht, mit der Rechtsidee selbst mehr und mehr in Einklang zu bringen sei). Можетъ ли имѣть подобная фраза (привести право въ согласіе съ идеею права) какой-нибудь смыслъ, если мы не свяжемъ съ этою „идеею права“ идею справедливости или вообще нравственныхъ требованій?

Или, напр., опредѣленіе „естественнаго права“ (Naturrecht, Vernunftrecht, philosophisches Recht) — это положенія, о которыхъ путемъ размышленія найдено, что они соотвѣтствуютъ „идеѣ права“ (die durch Nachdenken als der Rechtsidee entsprechend gefundenen Sätze). Очевидно, что, если бы мы строго держались опредѣленныхъ двухъ смысловъ (субъективнаго и объективнаго) права, подобная фраза была бы невозможной. Если право — нормы,

гарантированныя государствомъ, проще сказать — правила, изложенныя обыкновенно въ кодексахъ, то положеніями, „соотвѣтствующими идеѣ права“, будутъ положенія, соотвѣтствующія законамъ при правильномъ ихъ толкованіи. Смыслъ эта фраза получаетъ лишь тогда, когда мы отбросимъ „научные“ два смысла и пустимся въ безбрежное море значеній, связываемыхъ со словомъ право въ обычномъ языкѣ „профановъ“.

Или (у Штаммлера и другихъ) такая мысль: право нельзя считать порожденіемъ государства, такъ какъ самое государство мы не можемъ мыслить безъ идеи права, какъ чего-то предшествующаго. Если право считать совокупностью принудительныхъ нормъ*), очевидно, фраза эта содержитъ неправильную мыслъ. Безъ государства такое право немыслимо. Наоборотъ, если мы подъ правомъ будемъ разумѣть справедливость и другія нравственныя требованія и нормы, фраза получаетъ смыслъ.

И подобныя фразы: стоятъ часто на ряду съ фразой „Recht“ есть der Ausdruck des Staatswillens, т. е. выраженіе воли государства. Значитъ, наличность его, права, предполагаетъ существованіе государства и его воли.

Я всегда наблюдалъ эту шаткость словоупотребленія, какъ въ сочиненіяхъ, такъ и въ устной рѣчи (лекціяхъ), даже признаваемыхъ первокласными юристовъ**).

---

*) При чемъ „принудительный“ должно означать государственно принудительный, такъ какъ только государственная власть и въ состояніи обезпечить принудительность; всякое другое принужденіе производится съ ея согласія.

**) Такъ, напр., говоря о трудности законодательной работы, Дернбургъ, высказываетъ мысль, что, стараясь примирить иногда два сталкивающихся интереса, законодатедь то macht Recht одной сторонѣ, то не дѣлаетъ его ни той, ни другой. Очевидно, что Recht здѣсь никакого изъ двухъ „научныхъ“ смысловъ (суб. и об) не имѣетъ, а прикрываетъ собою требованія справедливости. — Я утверждаю, что *ни одинъ* нѣмецкій или подпавшій его вліянію юристъ не оставался вѣренъ своимъ опредѣленіямъ, не исключая Канта, Савиньи, Іеринга. Темный языкъ — темная философія. Въ самомъ началѣ своихъ Метафизическихъ Начальныхъ Основъ Ученія о Правѣ Кантъ говоритъ, что вопросъ, что такое право (was Rechtens ist, quid est juris), такъ же труденъ, какъ и вопросъ, что есть истина. Но, вопросъ о правѣ какъ коррелятѣ обязанности всегда разрѣшимъ на основаніи закона или соотвѣтствующей нормы. Въ сомнитель-

Выборъ термина изъ существующей сокровищницы языка есть дѣло искусства. Онъ долженъ быть такимъ, чтобы большинство говорящей даннымъ языкомъ публики связывало съ нимъ приблизительно ту идею, которую мы хотимъ выразить. Если мы не будемъ изучать языка большой публики, свысока относясь къ „профанамъ“, мы рискуемъ создать learned Gibberish, Juristen-Deutsch, мнимоученую тарабарщину, которая будетъ мѣшать намъ же самимъ, такъ какъ мы принадлежимъ къ извѣстному обществу и не можемъ оторваться отъ его языка. Доказательство въ указанныхъ мною самопобиваніяхъ юристовъ.

Мы должны, разумѣется, руководиться при этомъ выборѣ строемъ и характеромъ собственнаго, родного, языка, а не нѣмечить или латинизировать его, при помощи краткихъ словарей, въ угоду какому-нибудь мнимому авторитету иностранной терминологіи. „Мнимому“, такъ какъ, согласно уже указанному, языки во многихъ случаяхъ чрезвычайно разнообразны, и соотвѣтствіе особенно отвлеченныхъ словъ есть нѣчто исключительное, а не общее правило. Мы указывали также и на простоту основныхъ идей въ юриспруденціи. Элементарность ихъ не позволяетъ думать о нашемъ собственномъ языкѣ, какъ о Назаретѣ, который ничего годнаго не можетъ дать.

Мы видѣли, что слова jus, Recht, droit, diritto (отчасти и right) мало годны для выбора ихъ въ термины. Публика привыкла связывать часто съ ними понятія о справедливомъ, хотя каждый изъ этихъ языковъ имѣетъ особое слово для недвусмысленнаго означенія справедливости.

ныхъ случаяхъ вопросъ этотъ разрѣшаетъ судъ. это обязанность, отъ которой онъ уклониться не можетъ. Вопросъ о правѣ въ смыслѣ совокупности законовъ, каковой смыслъ придастъ ему иногда Кантъ (Inbegriff der Gesetze), также ничего неразрѣшимаго и таинственнаго не представляетъ. Очевидно, что въ указанномъ мѣстѣ онъ имѣетъ въ виду подъ этимъ словомъ das Gerechte. Тогда его утвержденіе вѣрно, но онъ измѣняетъ собственнымъ опредѣленіямъ. То же у Савиньи и то же у Іеринга (его Kampf um's Recht), т. е. у корифеевъ нѣмецкой мысли. О второстепенныхъ и говорить ничего. „Народъ мыслителей“ поставляетъ мысли, къ которымъ всегда нужно относиться cum grano salis.

Jus, droit, diritto, Recht и right, какъ и русское „право“, означаютъ, какъ мы видѣли, возможность или способность (facultas) предпринять какое-либо дѣйствіе, или то, что принадлежитъ извѣстному лицу (хотя бы „юридическому“) или лицамъ въ силу даннаго закона, или какую-нибудь выгоду или преимущество по отношенію къ другимъ, на которыхъ наложена тѣмъ же закономъ соотвѣтствующая обязанность. — Когда желаютъ выразить совокупность такихъ преимуществъ или обезпеченныхъ возможностей, говорятъ о „правахъ“.

Но, выраженія droit, recht и right, употребляемыя какъ прилагательныя, равнозначущи прилагательнымъ gerecht и just (т. е. справедливый), а нарѣчіе recht и rightly равносильны нарѣчіямъ gerecht и justly. Когда же слова droit, Recht, right, употребляются въ качествѣ абстрактныхъ именъ, соотвѣтствующихъ указаннымъ прилагательнымъ, существительныя le droit, das Recht и the right являются синонимами слова справедливость (justice, das Gerechte).

Если, напр., Иванъ долженъ Петру 100 руб., Петръ имѣетъ „право“ (droit, Recht, right) на уплату этихъ денегъ, право, соотвѣтствующее лежащей на Иванѣ обязанности. Если Иванъ производитъ эту уплату, онъ дѣлаетъ то, что есть „recht, right“, или gerecht, just или иначе: онъ поступаетъ согласно съ Recht, right, или справедливостью (justice). Здѣсь мы наглядно видимъ переходъ при помощи одного и того же слова отъ одной идеи къ другой, хотя и не несвязанной съ нею, но, однако, совершенно отличной.

Или (см. Austin, Lectures, стр. 293) я имѣю „право“ (a right) на спокойное пользованіе моимъ домомъ, право, подразумѣвающее лежащую на всѣхъ другихъ лицахъ обязанность воздерживаться отъ дѣйствій, нарушающихъ мое спокойное пользованіе. Соблюдающіе воздержаніе, на которое я имѣю право, ведутъ себя „rightly“, т. е. justly (справедливо). Или, другими словами, по скольку они соблюдаютъ воздержаніе, на которое я имѣю право, ихъ поведеніе is „right“ (т. е. справедливо). Или, еще иначе, по скольку они практикуютъ воздержаніе, на которое я имѣю право (a right), они соблюдаютъ „right“ или justice (das Recht, le droit, il diritto, въ значеніи справедливости).

У нѣмецкихъ и французскихъ писателей это смѣшеніе двухъ различныхъ значеній наблюдается всегда. Смѣшеніе тѣмъ болѣе опасное, что они его не замѣчаютъ. Даже у такого корифея нѣмецкой философіи, какъ Кантъ, или нѣмецкой юриспруденціи, какъ Іерингъ (его „Борьба за право“), Recht въ одномъ смыслѣ (какъ коллективное названіе законовъ) смѣшивается съ Recht въ другомъ смыслѣ (какъ синонимъ справедливости).

Англійскій юристы сознаютъ двусмысленность своего right, но успѣшно борются съ этимъ недостаткомъ терминологіи. Успѣшно, такъ какъ для принудительной нормы или ихъ совокупности у нихъ есть терминъ (law и laws), легко отличаемый какъ отъ justice, такъ и отъ right. Не такъ у нѣмцевъ, гдѣ Recht можетъ означать и justice, и right, и law, и laws.

На языкѣ англійскихъ юристовъ right есть возможность дѣйствія, facultas, или выгода, обезпеченная закономъ въ широкомъ смыслѣ (law). Какъ порожденіе или функція закона, право въ своемъ значеніи и содержаніи всегда зависитъ отъ него. И такъ какъ законъ, если мы будемъ имѣть въ виду и то, что лежитъ за предѣлами даннаго момента времени и даннаго уголка земли, есть величина перемѣнная, ничего устойчиваго не можетъ быть и въ его функціи — правѣ.

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte,
Und rucken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage;
Weh dir, dass du ein Enkel bist!

Очевидно также, что, такъ какъ человѣческій законъ можетъ сталкиваться съ велѣніемъ божества или съ требованіями нравственности, не всякое право способно внушать уваженіе къ нему in foro interno или in foro conscientiae, какъ говорили и говорятъ теологи и канонисты. Право выбрасывать своихъ дѣтей, хотя бы оно допускалось римскимъ законодательствомъ (ratio scripta), право жить въ половой связи съ собственною дочерью или нѣкоторыми близкими родственниками, или право съѣсть собственную жену, какъ это допускается „по праву“ нѣкоторыхъ варварскихъ племенъ, не спо-

собны вызвать восхищенія ни въ одномъ человѣкѣ культурнаго общества. И сколько бы патетическаго ни писалось, или ни говорилось о „борьбѣ за право“, въ отвѣтъ на это можно лишь пожать плечами. Чье имя стоитъ подъ такими декламаціями: Іеринга или иное, для дѣла безразлично. Извѣстно, что на всякаго мудреца довольно простоты. Борьба за право выкидывать дѣтей или уморить голодомъ родителей! Что же тутъ высокаго?*)

Всякое законодательство по нѣкоторымъ мотивамъ устанавливаетъ иногда много формальностей для сдѣлокъ. Несоблюденіе этихъ формальностей даетъ право оспаривать и уничтожать силу сдѣлки. Есть предпріимчивые люди, которые пользуются этимъ и наносятъ другимъ вредъ. Что можетъ быть хорошаго съ нравственной точки въ пользованіи такимъ правомъ и въ его защитѣ. Всѣ тонкія буржевыя и акціонерныя мошенничества продѣлываются сообразительными людьми „по праву“ **).

* * *

Другая путаница, вносимая языкомъ въ мышленіе, зависитъ отъ употребленія въ лат., нѣм., франц., итальянскомъ и нѣкоторыхъ другихъ языкахъ, словъ jus, Recht, droit, diritto .... въ двухъ различныхъ значеніяхъ: какъ указанная facultas (right), и какъ коллективное обозначеніе государственно-принудительныхъ нормъ, т. е. законовъ (laws) въ широкомъ смыслѣ ***).

---

*) Эти ошибки доровитѣйшихъ представителей нѣмецкой юриспруденціи объясняются темнотою нѣмецкаго языка, гдѣ das Recht значитъ часто то жс, что и das Gerechte, справедливое. Борьба за справедливое, или борьба противъ несправедливаго, имѣетъ, конечно, высокое моральное значеніе. Возраженія могутъ относиться здѣсь лишь къ субъективному пониманію справедливости. — Конечно, если требованія закона совпадаютъ съ требованіями справедливости, „борьба за право“ становится синонимомъ борьбы за справедливость, или противъ несправедливости, и пріобрѣтаетъ высокое значеніе въ глазахъ людей, держащихся соотвѣтствующаго кодекса справедливости.

**) См. Glagau, Börsen- und Gründungsschwindel.

***) Въ болѣе благопріятномъ положеніи, въ данномъ случаѣ, находимся мы русскіе и англичане, равно какъ, въ прежнее время и теперь, греки. При предположеніи, разумѣется, что мы съумѣемъ сохранить чистоту національнаго языка и выдѣлить изъ него плевелы школьной Verbildung.

При той терминологіи, которой держались мы въ главѣ III (необходимыя объясненія) и которой держатся англичане (law и right), никакихъ сомнѣній о взаимномъ отношеніи этихъ двухъ понятій быть не можетъ. Законъ (law) устанавляетъ на одной сторонѣ обязанности, на другой — права. Право есть порожденіе, функція закона.

Нѣмецкіе юристы тоже чувствуютъ разницу между этими двумя понятіяии и, заимствовавъ и плохо примѣнивъ термины философіи Канта, обозначаютъ одно изъ нихъ Recht „въ объективномъ“, а другое Recht „съ субъективномъ смыслѣ“. Англичанинъ, имѣющій ясно распознаваемыя внѣшнія марки для этихъ двухъ понятій (law и right), сознаетъ ихъ различіе и отчетливо понимаетъ ихъ взаимное отношеніе. Не то у нѣмецкихъ юристовъ. Вѣдь, Recht въ субъективномъ и Recht въ объективномъ смыслѣ — все-таки Recht. оба носятъ одинъ и тотъ же титулъ, оба они, слѣдовательно, съ одной стороны какъ будто ebenbürtig, а съ другой стороны, если хорошенько подумать, какъ будто неравны, связаны какими-то узами субординаціи. Но .... субординаціи неясной. Отсюда нескончаемые споры о старшинствѣ по чину между ними: то Recht въ объективномъ смыслѣ порождаетъ Recht въ субъективномъ смыслѣ, то, обратно, Recht въ объективномъ смыслѣ есть порожденіе, какъ бы сумма всѣхъ „правъ“ въ субъективномъ смыслѣ.

У одного и того же автора сообщается на одной страницѣ, что субъективное право обусловливается объективнымъ: нѣтъ послѣдняго, не можетъ быть и перваго. Эта обусловленность выражается въ самымъ опредѣленіяхъ „субъективнаго права“. Говорится, напр., что право въ субъективномъ смыслѣ означаетъ охраненный объективнымъ правомъ (или, иногда, короче rechtlich) интересъ, или — предоставленная нормой возможность осуществленія интереса, или — предоставленная объективнымъ правомъ власть, и т. п. Повидимому, все это такъ логично, ясно, и никакихъ противоположныхъ утвержденій не допускаетъ. Естественно, что, какъ бы ни хотѣлъ какой-нибудь приватный человѣкъ, чтобы жители г. Кіева платили ему дань, — пока такая обязанность закономъ не признана, о его правѣ на дань говорить нельзя, хотя бы въ „субъективномъ сознаніи“ онъ считалъ себя Владиміромъ Мономахомъ, а право на дань своимъ естественнымъ, неотъемлемымъ правомъ.

Но, на другой страницѣ дѣлается открытіе, что объективное право создано субъективнымъ. Право возникаетъ прежде въ субъективномъ сознаніи. „Сознанное право“ находитъ себѣ потомъ признаніе или выраженіе въ объективномъ правѣ. Объективное право есть выраженіе нашего „сознанія о правѣ“, или, еще ученѣе, „правосознанія“.

Опять, какъ будто вѣрно и естественно? Правда, это совсѣмъ не то, что говорилось на предыдущей страницѣ, но .... какъ будто глубоко и вѣрно ....!?

Но, еще на слѣдующей страницѣ говорится, что наше сознаніе о правѣ, наши „правовыя“ убѣжденія, или наше „правосознаніе“ не составляютъ и не порождаютъ права, пока они не нашли себѣ выраженія въ законѣ или другой равносильной нормѣ. — Или сообщается, что объективное право (есть и другія ученыя названія для него: позитивное право, объективировавшаяся юридическая норма ....) не можетъ вполнѣ соотвѣтствовать субъективному правосознанію не только всѣхъ и каждаго, но и правосознанію большинства, даже отдѣльному субъективному правосознанію оно можетъ соотвѣтствовать только случайно. — И это какъ будто логично, хотя и не вяжется съ предыдущимъ.

Въ чемъ же дѣло? — Въ томъ, что, когда рѣчь заходитъ о „субъективномъ сознаніи“ права, субъективномъ правосознаніи и подобныхъ выраженіяхъ, въ это „субъективное сознаніе“ о правѣ, незамѣтно для авторовъ, снова просачиваются индивидуальныя представленія о справедливости (das Recht, какъ синонимъ das Gerechte).

Представленія о справедливомъ у отдѣльныхъ лицъ, классовъ общества, равно какъ и у суверена государства — свои. Естественно, что то, что власть признаетъ за общее благо, или за справедливое, не всегда совпадаетъ со взглядами отдѣльныхъ лицъ или классовъ. „Объективное право“ поэтому можетъ не совпадать съ „правосознаніемъ“ отдѣльныхъ лицъ, если мы подъ этимъ „правосознаніемъ“ будемъ разумѣть сознаніе *о справедливости,* что разумѣется будетъ чреватымъ путаницей нарушеніемъ терминологіи.

Съ другой стороны: законъ есть компромиссъ многихъ требованій. Важнѣйшимъ факторомъ, вліяющимъ на его созданіе, является

представленіе о справедливости у суверена государства. Разумѣется, что власть принимаетъ во вниманіе и циркулирующія въ обществѣ представленія о справедливомъ. Можно поэтому, въ извѣстномъ смыслѣ, сказать, что наши представленія о нравственно хорошемъ и дурномъ (или о божественныхъ велѣніяхъ), или иначе — о справедливости, вліяютъ на созданіе, или создаютъ законы („объективное право“). Или, опять такп съ опаснымъ для науки нарушеніемъ терминологіи, можно сказать, что „субъективное сознаніе“ о правѣ (т. е. Recht въ значеніи das Gerechte) создаетъ „объективное право“ (т. е. законы).

Та же неустойчивость терминологіи ведетъ и къ путаницѣ въ ученіи объ „источникахъ права“. То источникомъ Recht являются законъ и обычай, то какой-то таинственный „народный духъ“.

Онъ, этотъ „народный духъ“, проявляется въ „субъективномъ сознаніи“ о правахъ человѣка и гражданина, и модифицируетъ законы. Въ это „субъективное сознаніе“ о правахъ, очевидно, снова просачиваются индивидуальныя представленія о *справедливости* (т. е. das Gerechte подъ флагомъ Recht). Снова нарушается терминологія, а это ведетъ къ путаницѣ въ мысляхъ.

Для англичанина никакихъ колебаній здѣсь быть не можетъ: right есть порожденіе law, law же установляетъ государственная власть, она и есть его единственный источникъ*). Что опора власти лежитъ въ подчиненіи управляемыхъ, и что власть для сохраненія этого подчиненія должна сообразоваться съ интересами, мнѣніями и чувствами ихъ, а, слѣдовательно, произволъ ея въ установленіи законовъ всегда ограниченъ благоразуміемъ и сознаніемъ нравственныхъ обязанностей, это очевидно. Никакая власть не можетъ быть въ этомъ смыслѣ абсолютною, и на ея произведеніяхъ (законахъ) всегда отражается и долженъ отражаться характеръ мѣстнаго населенія и условій его жизни.

Англійская терминологія даетъ такимъ образомъ намъ возможность избѣжать искусственныхъ затрудненій, создаваемыхъ терминологіей нѣмецкой.

* * *

*) См. Holland, стр. 44. Тотъ же взглядъ у Лассона.

Повторимъ кратко, въ нѣсколько другихъ выраженіяхъ, высказанныя выше мысли.

То, что говорятъ многіе юристы въ своихъ опредѣленіяхъ основныхъ понятій, повидимому, удовлетворяетъ требованіямъ логики. Съ одной стороны идея о мѣрѣ свободы, или объ обезпеченной закономъ возможности дѣйствія. Съ другой стороны — идея о гарантированныхъ государствомъ нормахъ, отдѣльно и въ совокупности: нормахъ, налагающихъ обязанности на однихъ и предоставляющихъ преимущества, выгоды, свободу и т. д., другимъ.

Объ этихъ двухъ идеяхъ говорятъ какъ англійскіе, такъ и нѣмецкіе юристы Но, въ то время какъ у англичанъ все, что связано съ этими основными идеями, ясно, просто и логично, у нѣмцевъ — полно противорѣчій, темноты и путаницы. Перечитавъ лучшихъ представителей нѣмецкой юридической литературы, вы не можете выбиться изъ указанныхъ въ гл. II противорѣчій и неясностей и должны будете сказать: „ich bin so klug, als wie zuvor“.

Кромѣ риторики, виновата въ этомъ неудачная терминологія. Свяжи юристы указанныя двѣ идеи со словами, нашедшими себѣ признаніе въ обычномъ языкѣ, и достаточно отличными другъ отъ друга и обособленными отъ названій другихъ близкихъ понятій, никакихъ затрудненій и путаницы не вышло бы. Мысль получила бы нужную ей опредѣленность.

Если бы они назвали словомъ Recht, droit, право, лишь первую изъ указанныхъ идей, какъ это дѣлаютъ англійскіе юристы со словомъ right, и обозначали вторую идею словомъ Gesetz (какъ сдѣлать это германскій Bürgerliches Gesetzbuch въ art. 2 Einführungsgesetz'a) — всѣмъ было бы ясно: 1) что право есть произведеніе закона, а не особое самостоятельное явленіе; 2) что законъ есть продуктъ государства, и философія его не можетъ представлять чего-либо особаго отъ философіи государства; 3) что, кто хочетъ знать права, долженъ знать законы; и кто хочетъ понимать эти послѣдніе, долженъ уяснить себѣ сущность, задачи и дѣятельность государства; 4) что источникъ законовъ есть власть государственная, единоличная или коллективная, а не какой-то таинственный, неопредѣленный и неясный „народный духъ“ .... И много другихъ выводовъ.

Все это вещи, которыя легко могутъ быть поняты каждымъ безъ помощи „субъективныхъ“ и „объективныхъ“ смысловъ, и „конкретныхъ манифестацій абстрактныхъ субстанцій“. Объ этомъ свидѣтельсьвуетъ англійская философія.

Но, для обозначенія этихъ, очевидно, различныхъ идей взято одно и то же слово (Recht, jus), которое, при томъ, *такъ тѣсно связано* въ рѣчи съ другими, еще болѣе далекими понятіями, что всегда оказываетъ вліяніе на мышленіе и является постояннымъ источникомъ путаницы.

Языкъ есть общее достояніе, создаваемое общественнымъ процессомъ мышленія, не терпящее произвола надъ собою со стороны отдѣльныхъ лицъ и требующее себѣ подчиненія. Римскій императоръ Августъ, не смотря на всю свою власть, совершенно справедливо говорилъ, что онъ не можетъ создать ни одного латинскаго слова*). Заставить другихъ людей .... даже самого себя .... связывать съ извѣстнымъ звукомъ понятіе отличное отъ того, которое, усвоено ему въ общемъ словоупотребленіи, очень трудно, почто невозможно ни для какого авторитета. Отъ вліянія общаго словоупотребленія не уклонишься. Я могу признавать невѣрность выраженій. солнце взошло или зашло, но, какъ членъ общества, я прикованъ къ такому словоупотребленію. Создавать новыя слова и измѣнять значеніе существующихъ очень трудно, а для нашей цѣли и не нужно.

Основныя идеи, съ которыми приходится имѣть дѣло юристу, такъ же стары, какъ человѣческій родъ. Государство явилось не вчера: начало его лежитъ въ туманной дали происхожденія человѣческаго рода. Было государство, было и закона, хотя бы въ формѣ устныхъ велѣній главы независимой семьи. Были законы, была и оцѣнка человѣческихъ дѣйстій по отношенію къ нимъ. Были обязанности и права. Какое-нибудь выраженіе эти идеи находили себѣ и въ языкѣ широкой публики. Юристъ долженъ поискать, а не изобрѣсти ихъ.

Сдѣлавъ выборъ термина и ограничивъ его смыслъ такъ, какъ требуютъ этого его цѣли, юристъ принимаетъ на себя обязанность употреблять его *только* въ данномъ ограниченномъ значеніи. Всякое

---

*) Локкъ, Hum. Und., кн 3, гл. 2, § 8.

иное употребленіе его, свойственное широкой публикѣ, должно быть чуждо ему. Онъ — „человѣкъ науки“ и рѣчь его должна быть ясна и опредѣленна. На биржѣ или базарѣ какой-нибудь торгашъ можетъ называть вещь чаемъ или молокомъ и продавать подъ этимъ именемъ одному настоящій товаръ, а другому какую-то траву или воду съ мѣломъ. Ученому такой образъ дѣйствія не долженъ быть свойственъ. И хотя два смысла Recht въ нѣмецкой юриспруденціи непремѣнно должны вызывать двусмысленности, это былъ бы меньшій грѣхъ передъ тѣмъ, что мы видимъ въ дѣйствительности: многосмыслемъ. При томъ, такимъ многосмысліемъ, что одинъ смыслъ иногда исключаетъ другой. одинъ разъ это синонимъ справедливости, другой — закона, который можетъ быть и несправедливымъ.

Языкъ играетъ бо́льшую роль въ развитіи или задержкѣ развитія знанія, чѣмъ это думаютъ обыкновенно. Мы привели выше въ качествѣ мотто слова Локка, гдѣ онъ допускаетъ основательность сомнѣнія по вопросу о томъ, чему содѣйствовало болѣе фактическое употребленіе языка: увеличенію или задержкѣ знанія въ человѣческомъ родѣ. Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ (Hum. Und , кн. III, гл. 10, § 9, стр. 94 по изд. 1735 г.): „нѣтъ средства распространить въ публикѣ или защищать странныя и нелѣпыя ученія болѣе дѣйствительнаго, какъ окружить ихъ легіономъ темныхъ, сомнительныхъ и неопредѣленныхъ словъ.“ Такія слова, по сравненію Локка (ibidem), являются убѣжищемъ для подобныхъ ученій, но убѣжищемъ болѣе похожимъ на вертены разбойниковъ, или лисьи норы, чѣмъ на крѣпости честныхъ воителей. Если трудно выбить ихъ оттуда, то это зависитъ не отъ силы, присущей имъ, а отъ терній, сорныхъ растеній и темноты прикрывающей ихъ чащи. Такъ какъ неправда отвергается человѣческимъ умомъ, то для нелѣпости не остается никакой другой защиты, кромѣ темноты.

* * *

Я долженъ еще сказать нѣсколько словъ по поводу русской терминологіи.

Изъ самонаблюденія и наблюденія надъ рѣчью другихъ, людей хотя и образованныхъ, но языкъ которыхъ не извращенъ тѣми нерусскими словосочетаніями, которыя выдаются за русскую юриди-

ческую терминологію, я знаю, что нашему языку чуждо такое значеніе слова право, которое могло бы дѣлать его синонимомъ единичной государственно-принудительной нормы, или совокупности такихъ нормъ.

Въ какомъ положеніи было дѣло въ древнѣйшее время, сказать трудно. Можетъ быть, какъ и у нѣкоторыхъ германскихъ племенъ, по приведенному выше свидѣтельству нѣмецкихъ филологовъ (цитата изъ словаря бр. Гриммовъ), и у славянскихъ племенъ, или у нѣкоторыхъ изъ нихъ, не было слова право.

Это не такая необходимая часть языка. И современные законодатели часто обходятся безъ него, употребляя, напр. выраженія: можно, дозволено, kann, darf *).

Трудно возстановить начальное состояніе языка. Слово *право* было, но какъ нарѣчіе въ значеніи справедливо. Въ Lexicon palaeoslovenico-graeco-latinum Miklosich'a и въ Рјечникѣ сербскихъ литературныхъ древностей Даничича, т. 2, стр. 411, можно найти слово *правь*, f.**), которое у всѣхъ или нѣкоторыхъ племенъ могло соотвѣтствовать современному „право“, встрѣчаемому у многихъ славянскихъ народовъ, но иногда оно означаю justa, justitia. Часто употреблялось также слово „правда“ съ мѣняющимся значеніемъ: jus, justitia, justa, judicium, lis. Въ другихъ словаряхъ (напр., Lexicon serbico-germanico-latinum Караджича, въ Blago jezika slovinskoga Micalia, 1649 г., стр. 480, въ Сербско-Русскомъ Словарѣ Лавровскаго, стр. 525, и нѣк. др.) я не находилъ ни правь, ни право, даже въ современномъ языкѣ, хотя въ Deutsch-serbisches Wörterbuch Караджича, 1877 г., стр. 133, слово das Recht сопоставлено со словами: правда, право, правица. — Повторяю, къ какому-нибудь твердому заключенію придти трудно.

Въ позднѣйшее время мы русскіе познакомились и съ болѣе развитымъ законодательствомъ — византійскимъ, но, такъ какъ тамъ не было jus, а νόμος хорошо передавался словомъ „законъ“, языкъ

*) Беру на удачу нѣсколько мѣстъ изъ германскаго гражданскаго уложенія. Ст. 354: so kann der andere Theil, вм. hat Recht; ст. 626: kann von jedem Theile gekündigt werden, вм. jeder Theil hat Recht....; ст. 1478: so kann der andere verlangen, вм. hat Recht. .. и т. д.

**) Напр. „всякому дати свою правь; со своими правьми и котари“....

нашъ сохранилъ свои хорошія національныя особенности, не подвергаясь латино-нѣмецкой ломкѣ. Право жило и живетъ въ языкѣ какъ обозначеніе коррелята обязанности, чего-то такого, что принадлежитъ намъ по закону или справедливости. Есть и другія значенія, связываемыя съ нимъ, но никогда оно не имѣло и не имѣетъ характера коллективнаго обозначенія принудительныхъ, нормъ. Прислушайтесь къ живому языку: въ немъ вы найдете по большей части „права“, какъ нашу принадлежность по справедливости или закону, а не право, какъ какое-то мнимое „особое явленіе“ или „совокупность нормъ“.

Для коллективнаго обозначенія государственно-принудительныхъ нормъ русскій языкъ пользовался словомъ законы или законодательство. И на русскомъ языкѣ, какъ и на нѣкоторыхъ другихъ, выраженіе „законно“ (νομίμως, gesetzlich) не имѣетъ значенія лишь согласія съ закономъ въ узкомъ смыслѣ; несоотвѣтствіе, напр., полицейскому предписанію есть тоже незаконность. Значитъ, законъ, въ широкомъ смыслѣ всякой охраненной государствомъ нормы, намъ и изобрѣтать не нужно, онъ уже извѣстенъ языку.

Даже на юридическихъ факультетахъ до 1885 г. сохранялся оффиціальный терминъ исторіи законовѣдѣнія, вм. „исторіи права“, какъ говорятъ другіе. Ковырканіе есть результатъ неразборчиваго увлеченія иностранной, особенно нѣмецкой, терминологіей и переводовъ ея при помощи краткихъ словарей.

Отношеніе къ иностранной литературѣ, гдѣ мы можемъ и должны многому поучиться и до сихъ поръ, было чисто внѣшнимъ. Вмѣсто того, чтобы искать въ ней *идей*, а потомъ подбирать имъ выраженіе, соотвѣтствующее характеру *русскаго* языка, мы набрасывались на слова, слова, чрезвычайно неудачно выбранныя нѣмецкими юристами. На англійскую литературу мы не обращали вниманія. При помощи краткихъ словарей мы перенесли нѣмецкую терминологію со всею связанною съ ней путаницею въ мысляхъ и на русскій. Педантизмъ и свѣдѣнія, ограниченныя лишь краткими нѣмецко-русскими словарями, вели даже къ созданію такихъ словъ, которыя должны были бы вызывать смѣхъ русскаго человѣка: „неправо“.... Только буквоѣдъ могъ взять нѣм. Unrecht и сочинить по его образцу „неправо“. Этого не дѣлали ни французскіе, ни итальянскіе, ни англійскіе юристы.

Большой, хотя бы и образованной, публикѣ „наука права“ и „философія права“ со всѣмъ аппаратомъ полицейскихъ, уголовныхъ, вещныхъ, обязательственныхъ и др. правъ, и со всей ихъ прочей, якобы-научной, терминологіей звучатъ чѣмъ-то чужимъ, неяснымъ, искусственнымъ, школьнымъ. И, какъ мы можемъ убѣдиться изъ сравненія англійской литературы, не послѣдовавшей примѣру латино-нѣмецкой*), эта большая публика логичнѣе, ближе къ духу и исторіи родного языка, чѣмъ ея ученые.

Приподнявъ завѣсу этихъ философскихъ и вещныхъ, священныхъ и полицейскихъ, субъективныхъ и объективныхъ, обычныхъ и писанныхъ, дѣлимыхъ и недѣлимыхъ, продажныхъ и неотчуждаемыхъ, военныхъ и мирныхъ „правъ“ и другихъ ученыхъ словъ, при видѣ путаницы вызываемой ими, досадно становится за эту китайщину на европейской почвѣ. Точно и наши „ученые“ взяли на себя задачу не содѣйствовать, а затруднить пониманіе иногда самыхъ простыхъ вещей.

Извиненіемъ, конечно, служитъ 1) то, что все это дѣлается не по злому умыслу, и 2) потому, что направлять свои мысли на внѣшнее: на слова, а не на мысли — общечеловѣческій грѣхъ**).

---

*) „Смѣшенія law и right“, говоритъ Austin (стр 294), „наши писатели избѣгаютъ, такъ какъ оба различныхъ предмета, означаемые этими словами, обыкновенно носятъ эти два очевидно различные словесные знаки. Я говорю *обыкновенно*, такъ какъ современное англійское right (происходящее, вѣроятно, отъ англо-саксонскаго, а потому родственное нѣмецкому Recht) въ немногихъ случаяхъ означаетъ „law“. — Слѣды иноземнаго вліянія видны иногда и въ англійскомъ. „Hale и Blackstone, извѣстнѣйшіе старые юристы въ Англіи, были сбиты двойнымъ значеніемъ jus. Они переводятъ jus personarum et rerum, „rights of persons and things“, но это нелѣпый языкъ, jargon (ibid.). — Въ самомъ дѣлѣ, какія права могутъ имѣть неодушевленныя вещи. Austin и др. юристы переводятъ теперь подобныя выраженія: law или laws of persons and things, т. е. законы о лицахъ и вещахъ. — У нѣмцевъ для law есть Gesetz Кантъ (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Erster Theil и Zweiter Theil) понималъ Privat- und öffentliches Recht какъ Inbegriff der Gesetze. Inbegriff же по опредѣленію нѣмецкихъ логиковъ (см. Erdmann) есть коллективное названіе, выражаемое обыкновенно множественнымъ числомъ. По прозѣ, это Gesetze — Klostermann употребляетъ выраженіе Patentgesetzgebung, вм обычнаго у другихъ Patentrecht. — Гражд уложеніе также употребляетъ Gesetz въ широкомъ смыслѣ нормы.

**) „Vor Allem haltet euch an Worte“, Mephisto.

„Какъ много людей“, говоритъ Локкъ (Hum. Und., кн. III, гл. XI, § 4), „которые, желая думать о предметахъ, направляютъ свои мысли лишь на слова, особенно когда они начинаютъ думать о вопросахъ нравственнаго характера.“

Русскій языкъ, въ интерусующемъ насъ вопросѣ, совершеннѣе другихъ. Право никогда въ немъ не смѣшивается съ закономъ или законами. Что же касается справедливости, то, хотя на немъ и говорятъ о правахъ, принадлежащихъ намъ *по справедливости,* тѣмъ не менѣе право и справедливость не такія слова, которыя могутъ быть употребляемы одно вмѣсто другого, какъ right (въ противоположность wrong) и Recht (вмѣсто das Gerechte)*).

---

*) Приведу въ заключеніе одно мѣсто изъ Системы Логики Д. С. Милля (т. II, стр. 364), иллюстрирующее важность точной терминологіи. „Положимъ“, говоритъ онъ, „что кто-нибудь утверждаетъ что онъ имѣетъ *право* (right) публиковать свои мнѣнія; это можетъ быть вѣрно въ томъ смыслѣ, что всякое другое лицо нарушило бы свой долгъ (здѣсь, очевидно, рѣчь о долгѣ ненарушенія государственныхъ законовъ, если они признаютъ свободу печати); но пишущій предполагаетъ вслѣдствіе этого, что, публикуя свои мнѣнія, онъ самъ не нарушаетъ никакого долга (и въ нравственномъ смыслѣ), а это можетъ быть и вѣрно, и ложно; именно зависитъ отъ того, принялъ ли онъ на себя достаточный трудъ убѣдиться, во-первыхъ, что его мнѣнія вѣрны (научная и нравственная точка зрѣнія), а во-вторыхъ, что ихъ обнародованіе такимъ образомъ и при этихъ особенныхъ обстоятельствахъ вѣроятно будетъ благодѣтельно для интересовъ истины вообще (вопросъ, такъ сказать, нравственной политики)“.

„Вторая двусмысленность, тамъ же говоритъ Милль, состоитъ въ смѣшеніи права какого-нибудь рода съ правомъ вынуждать это право сопротивленіемъ или наказаніемъ его нарушенія. Напримѣръ: люди говорятъ, что они имѣютъ право на хорошее правительство, что, конечно, вѣрно, такъ какъ *нравственный* долгъ ихъ правителей состоитъ въ хорошемъ управленіи (идея, слѣдовательно, нравственнаго отношенія). Но если вы допустите это, то вамъ припишутъ мысль, что вы допускаете ихъ право или свободу изгонять своихъ правителей, или, можетъ быть, наказывать ихъ за упущеніе упомянутой обязанности (т. е. измѣнятъ нравственное основаніе отношенія между управляемыми и правителями на принудительно-государственное); а это далеко не то же самое, никакимъ образомъ не справедливо вообще, и зависитъ отъ безчисленнаго множества измѣняющихся обстоятельствъ, требующихъ тщательнаго взвѣшиванія, прежде чѣмъ можно принять такое рѣшеніе и дѣйствовать на основаніи его.“

ГЛАВА V.

Дополнительныя замѣчанія.

A. Наука и искусство).*

Никогда не нужно называть различныхъ вещей однимъ и тѣмъ же именемъ. Это первое условіе научной терминологіи и связаннаго съ нею правильнаго мышленія.

Въ природѣ нашего духа лежитъ различіе активнаго и пассивнаго его полюса. (См. Гефдингъ, Очерки психологіи, V, A, 7; также B, 11; VI, C, 8; F, 2; VII, 2, b c.)

Это различіе производитъ въ интеллектуальномъ мірѣ обособленіе спекулятивнаго и практическаго знанія.

Если мы назовемъ первую группу наукой, противъ чего никто ничего возразить не можетъ, мы должны назвать вторую какъ-нибудь иначе.

Всѣ великіе мыслители (Аристотель, Локкъ, Лейбницъ, Ог. Кантъ, Милль, Бэнъ . . . .) указывали на это различіе, но ихъ указанія остались для юристовъ гласомъ вопіющаго въ пустынѣ, не смотря на необыкновенную важность ихъ.

Наука есть „изслѣдованіе *хода природы*“ (Милль, Система Лог., т. 2, стр. 497), „объясненіе міровыхъ *явленій*“ (Льюисъ), „знаніе *природы вещей*, ихъ отношеній, устройства, качествъ и образа дѣйствія“ (Локкъ).

Практическое знаніе имѣетъ иныя цѣли и иной характеръ. Не объ объясненіи явленій идетъ здѣсь рѣчь, хотя безъ него мы не мо-

*) См. послѣднюю главу послѣдней книги Системы Логики Д. С. Милля.

жемъ обойтись. Здѣсь мы желаемъ знать, что долженъ дѣлать человѣкъ для достиженія хорошихъ и полезныхъ вещей, какъ долженъ прилагать онъ свои силы и дѣйствія, чтобы достигнуть какой-нибудь цѣли, особенно счастья. Не о голой спекуляціи, не о достиженіи знанія ради него самого, идетъ здѣсь дѣло, а о приложеніи знанія для достиженія какой-нибудь цѣли.

Наука въ своихъ предложеніяхъ утверждаетъ какой-нибудь фактъ: сосуществованіе, послѣдовательность или сходство. Она говоритъ о томъ, что есть, или что будетъ. „Если есть а, то будетъ б“ — такова ея *обычная* формула.

Искусство (alias практическая наука*)) говоритъ: „если ты хочешь б, то долженъ произвести а“. Если ты хочешь сохранить здоровье или излѣчить болѣзнь, ты долженъ дѣлать то-то и то-то, и не дѣлать того-то.

Наука говоритъ о причинахъ и дѣйствіяхъ, искусство — о цѣляхъ и средствахъ. Наука хочетъ знать, искусство — дѣлать.

Разумѣется, чѣмъ большими и лучшими знаніями обладаемъ мы, тѣмъ лучше будемъ мы достигать своихъ цѣлей. Научное искусство, т. е. искусство, въ основѣ котораго лежитъ наука, всегда выше искусства эмпирическаго, т. е. такого, которое основано на знаніи, пріобрѣтаемомъ случайно при упражненіи какой-либо профессіи.

Связь между наукой и искусствомъ, слѣдовательно, есть. Однако, нельзя думать, будто какое-либо искусство мы можемъ получить простымъ обращеніемъ изъявительнаго наклоненія предложеній какой-либо науки въ повелительное наклоненіе искусства. Между отдѣльными искусствами и отдѣльными науками нѣтъ соотвѣтствія. Основаніемъ правилъ искусства служатъ теоремы не одной, а многихъ наукъ. Чтобы *сдѣлать* одну вещь, нужно *знать* десять, сто, тысячу и больше вещей. Навигаціи, напр., помогаютъ математика, механика, астрономія, оптика, метеорологія, и мн. другихъ наукъ. Теорія земледѣлія требуетъ соединенія біологіи, химіи, физики, астрономіи, математики и многихъ другихъ наукъ.

Очевидна трудность развитія и изученія этихъ „посредствующихъ между наукою и практикой ученій“ (по терминологіи Ог. Канта).

---

*) Беру терминологію англійскихъ логиковъ: Бэна, Милля, Локка. .

Очевидно также, что искусство или практическая наука должны имѣть не одно, а много основныхъ понятій, хотя они и имѣютъ служебную роль средствъ по отношенію къ главному орудію дѣйствій практика. Изъ человѣка, который знаетъ лишь законы, никогда не можетъ выйти хорошій юристъ. „Благо государства“ — великая цѣль, которой служитъ юриспруденція, есть цѣль слишкомъ широкая и многосторонняя, чтобы мы могли достигнуть ее при помощи однихъ законовъ. Мораль, религія, экономика и много другихъ сторонъ государство- и общество-вѣдѣнія, равно какъ психическая природа человѣка вообще, должны быть такъ же знакомы юристу, какъ и дѣйствующіе въ данную минуту законы его страны и ея исторія, географія, этнографія, и пр. — Преступленіе и наказаніе, собственность, и значеніе тѣхъ сдѣлокъ, которыя возникаютъ на почвѣ экономической жизни населенія, духовные и матеріальные рессурсы государства, управленіе имъ, его внутренняя и внѣшняя политика, — все это не такія вещи, которыя можно понять, лишь читая соотвѣтствующія уложенія и положенія.

Стремленіе юристовъ найти такое понятіе, изъ котораго можно было бы вывести все содержаніе юриспруденціи; понятіе, по отношенію къ которому все многообразное содержаніе этой „науки“ было бы лишь его проявленіемъ и необходимымъ послѣдствіемъ, — такое стремленіе имѣетъ основой ложное представленіе о юриспруденціи какъ наукѣ. Въ жертву этому стремленію стирались различія между законами и договорными или обычными нормами международныхъ отношеній; между государственно-принудительными нормами и позитивною моралью внутренней гражданской жизни. А это смѣшеніе вело за собою другія дурныя послѣдствія: путаницу и противорѣчія.

Множественность составныхъ элементовъ отличительная черта всякаго искусства.

Наука въ своемъ прогрессѣ, дѣйствительно, поднимается отъ одного общаго положенія къ другому еще болѣе общему; отъ одного общаго понятія къ другому еще болѣе широкому, съ точки зрѣнія котораго мы могли бы однимъ взглядомъ обнять сколь возможно бо́льшую часть общаго порядка мірозданія. Искусство оперируетъ иначе. Никакихъ новыхъ общихъ понятій оно не создаетъ. Оно

пользуется тѣми, которыя добыты уже различными науками. Изъ наиболѣе удаленныхъ между собою частей научнаго поля сносятся истины, необходимыя для составленія сужденія о томъ или иномъ практическомъ вопросѣ, или для произведенія условій того или иного дѣйствія, требуемаго надобностями практической жизни. Средство его — синтезъ.

Искусство имѣетъ дѣло съ цѣлями и ихъ достиженіемъ. Связь разнороднаго матеріала, знаніе котораго необходимо юристу, нужно искать въ цѣляхъ. Единство науки покоится на единствѣ основного понятія. жизнь (біологія), духъ (психологія), матерія съ различныхъ сторонъ (химія, физика), количество (математика), движеніе (механика), и т. д. Единство искусства — на единствѣ цѣли.

Неправильное пониманіе характера юриспруденціи повело къ тому, что сущность ея, задачи и методы, до сихъ поръ ждутъ еще разработки. Какъ искусство, юриспруденція не можетъ пользоваться логикой и методами наукъ. Душа всякаго ускусства лежитъ въ его цѣли. Ученіе о цѣляхъ юриспруденціи можно считать не затронутымъ. Выставить общее положеніе, что цѣль есть творецъ законодательства („права“), не значитъ еще уяснить и разработать вопросъ. Современный юристъ, не могущій похвалиться глубиною и основательностью подготовки, и не можетъ этого сдѣлать. Часть не можетъ быть понимаема безъ пониманія цѣлаго. Сохраненіе и улучшеніе государства, какъ общая цѣль юриспруденціи, не могутъ быть поняты безъ общей телеологической философіи. Не все, конечно, доступно нашему знанію въ этой области, но чѣмъ больше будетъ сдѣлано здѣсь, тѣмъ сознательнѣе будетъ каждый относиться къ своему маленькому дѣлу и тѣмъ лучше выполнять его, чувствуя связь его съ великимъ цѣлымъ.

Фразы о логичности какого-либо законодательства или юриспруденціи — только фразы, за которыми не только не лежитъ знаніе логики юриспруденціи, но пуганица, или, въ лучшемъ случаѣ, пустое мѣсто. Логика юриспруденціи есть логика цѣлесообразности, а не научной послѣдовательности. Законъ почти всегда есть компромиссъ множества требованій, интересовъ и стремленій. Самый послѣдовательный законъ можетъ быть самымъ плохимъ закономъ: что логично

въ спекулятивной сферѣ, можетъ быть нелѣпѣйшею прямолинейностью въ практической*).

Мы уже указывали, что „законы", о которыхъ говоритъ наука въ строгомъ смыслѣ („законы природы"), toto coelo отличаются отъ законовъ, о которыхъ говоритъ юриспруденція. Законъ научный есть лишь фигуральное выраженіе для постоянныхъ единообразій (uniformities) явленій. Законы, съ которыми имѣетъ дѣло юриспруденція, вовсе не представляютъ собою научныхъ положеній. Это pia, а иногда impia, desideria законодателя. Законъ юридическій не только не выражаетъ „постояннаго" единообразія въ общественныхъ явленіяхъ, но часто есть какъ разъ противоположность дѣйствительности и сплоть и рядомъ остается лишь на бумагѣ. Даже примѣняемые законы (напр., уголовный законъ о наказаніи вора) примѣняются не постоянно, а только въ нѣкоторыхъ случаяхъ (когда воръ попадется). Часто происходитъ совсѣмъ не то, чего желалъ законъ: украдетъ одинъ, а накажутъ другого. Законъ юридическій не выражаетъ того, что *есть* или *будетъ*, а то, что *должно быть*. Воръ не всегда наказывается или будетъ наказанъ, но законодатель выражаетъ желаніе, чтобы онъ былъ наказанъ; онъ долженъ быть наказанъ, хотя въ дѣйствительности и не всегда наказывается.

Государственные законы не представляютъ собою научныхъ предложеній, какъ и правила педагогики, гигіены, строительнаго искусства и пр. Они предписываютъ, чтобы нѣчто было. Предложеніе, ска-

---

*) Въ качествѣ иллюстраціи я могу сослаться на исторію выработки германскаго гражданскаго уложенія 1896 г. Говоря о толкованіи этого уложенія, пр. Дернбургъ, указываетъ на то, что при выработкѣ перваго проекта имѣлалась въ виду прежде всего „логическая послѣдовательность". Послѣ 13 лѣтъ ученая коммиссія представила работу, полную такой „учености" и такой, вмѣстѣ съ тѣмъ, нецѣлесообразности и игнорированія условій современной жизни, что проектъ нужно было подвергнуть основательной переработкѣ. При выработкѣ второго проекта господствовала другая точка зрѣнія: цѣлесообразность и вниманіе къ практическимъ жизненнымъ требованіямъ. Эту послѣднюю точку зрѣнія и рекомендуетъ пр. Дернбургъ имѣть въ виду при толкованіи гражданскаго уложенія (Когда лекціи эти будутъ изданы, читатель можетъ найти это мѣсто въ главѣ о толкованіи.) — Не отъ логики отворачиваться должны мы, а уразумѣть, что логика искусства не то же, что логика науки. Искусство имѣетъ *свою* логику, какъ и *свою* философію.

зуемое котораго выражается словами *должно быть*, по роду различно отъ предложеній, выражаемыхъ посредствомъ *есть* или *будетъ**)". . . . Это предложенія не научныя (Милль, Сист. лог. т. 2, 498).

„Повелительное наклоненіе (или соотвѣтсвующія ему перифразы) есть характеристическая черта искусства, въ отличіе отъ науки. Все что говоритъ правилами или предписаніями, а не утвержденіями, относящимися къ фактамъ, есть искусство." (Милль, op. c., ibid.)

См. еще къ этому вопросу Bain, Logic, v. 1, p. 28; Fred Bon, Ueber das Sollen und das Gute, 1898, S. 61 и слѣд.

Только что указанный авторъ, F. Bon, также удивляется, что указанное мною важное дѣленіе (см. еще Локкъ, Hum. Und., послѣднюю главу 4 книги) остается не извѣстнымъ даже людямъ, въ общемъ хорошо знакомымъ съ наукою. Уже Аристотель зналъ о немъ**).

Б. О римской мудрости.

Мы привели выше (стр. 28) мнѣніе Austin'a о философіи римскихъ юристовъ. Здѣсь мы дадимъ образчики ея.

---

*) Иногда и предложенія искусства облекаются въ *грамматическія формы* научныхъ. Нужно различать форму отъ существа дѣла

**) Называя юриспруденцію искусствомъ, я не только не унижаю ея, а, наоборотъ, ставлю ее на такой высокій пьедесталъ, на какой ея не ставилъ никто прежде. Никакая другая отрасль вѣдѣнія не требуетъ такой огромной, разносторонней и солидной научной и философской подготовки, какъ юриспруденція. Оттого-то такъ мало въ дѣйствительности настоящихъ юристовъ Можно быть ученымъ, имѣя, кромѣ общей научной подготовки, специальныя свѣдѣнія по зоологіи, ботаникѣ, минералогіи, физіологіи, или другой специальной научной отрасли, нельзя быть юристомъ, не будучи, въ большей или меньшей мѣрѣ, живой энциклопедіей всѣхъ наукъ о духѣ и, отчасти, матеріи. Таковъ идеалъ; никто его, конечно, вмѣстить не можетъ, и намъ приходится довольствоваться нѣкоторымъ приближеніемъ къ нему Мало того, можно быть ученымъ, независимо отъ обладанія какими-либо особыми достоинствами характера, нельзя быть юристомъ (администраторомъ, судьею, адвокатомъ . . . .), не обладая самой рѣдкой и самой трудной дисциплиной характера. Юристъ, въ истинномъ смыслѣ, среди ученыхъ людей то же, что алмазъ среди грудъ булыжника. Бѣда въ томъ, что всѣ мы лишь юристы „съ позволенія сказать" на грошъ знаній, на рубль самомнѣнія.

Извѣстно, что римскіе юристы различали jus civile, jus naturale и jus gentium.

Значеніе двухъ послѣднихъ — темно. По однимъ это разныя вещи, по другимъ это два названія одной и той же вещи. Ни то, ни другое мнѣніе, однако, не выдерживаетъ критики и наглядно свидѣтельствуетъ, какъ по отношенію къ римскимъ юристамъ люди предавались больше славословію, чѣмъ поискамъ за истиной.

Вотъ, напр., опредѣленіе jus naturale, даваемое „великимъ“ юристомъ Ульпіаномъ, и помѣщенное какъ въ Пандектахъ, такъ и въ Институціяхъ Юстиніана. „*Jus naturale* est, quod natura omnia animalia docuit. nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. *Jus gentium* est, quo gentes humanae utuntur. Quod a *naturali* recedere, inde facile intelligere licet; quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.“

Очевидно, что то, что „великій“ юристъ описываетъ здѣсь подъ именемъ jus naturale, ничего общаго съ jus не имѣетъ, а есть то, что мы называемъ инстинктами животныхъ. Онъ указываетъ въ частности на тѣ инстинктивные аппетиты, которые ведутъ ихъ къ продолженію ихъ рода („matrimonium“ двухъ мухъ), и ту инстинктивную симпатію, которая побуждаетъ родителей кормить и воспитывать дѣтей (если, разумѣется, позволительно говорить о воспитаніи воробьихой маленькихъ воробьевъ). Говорить объ инстинктахъ животныхъ какъ о законахъ, или „правѣ“ (alias принудительныхъ нормахъ), можетъ лишь тотъ, кто сильно увлекается риторикой. Разумѣется, что инстинкты побуждаютъ животныхъ дѣйствовать опредѣленнымъ однообразнымъ способомъ, какъ извѣстныя силы заставляютъ брошенный камень падать на землю и рѣку стремиться къ ниже лежащему морю, но увлекаться этими слабыми и отдаленными аналогіями до того, чтобы все это класть въ одинъ горшокъ „права“, jus, не достойно серьезнаго юриста.

Разумѣется также, что при установленіи законовъ принимаются во вниманіе и инстинкты человѣка-животнаго. Въ частности законы о бракѣ и о союзѣ родителей и дѣтей были вызваны тѣми инстинктами, о которыхъ говоритъ Ульпіанъ. Но, класть въ одинъ горшокъ „права“ вмѣстѣ съ законами и тѣ причины, которыя повели къ установленію ихъ, нелѣпо. Не было бы тогда предмета во внѣшнемъ или внутреннемъ мірѣ, который не слѣдовало бы, слѣдуя тому же принципу, положить въ тотъ же горшокъ „права“. Причины законовъ лежатъ въ психической природѣ человѣка и во внѣшнихъ условіяхъ его жизни, т. е. обнимаютъ собою безконечное поле.

По опредѣленіямъ другихъ юристовъ jus naturale является синонимомъ jus gentium. „Omnes populi“, говоритъ Gajus, „qui legibus et moribus reguntur, partem suo proprio, partem communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est, vocaturque jus civile; quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium; quasi quo jure omnes gentes utuntur.“

Это опредѣленіе страдаетъ не меньшими несообразностями, чѣмъ первое.

Прежде всего communis omnium hominum jus никогда не существовалъ и не существуетъ. Если jus есть коллективное названіе для принудительныхъ нормъ, и если мы не будемъ стирать различія между моралью и jus, всякій долженъ согласиться съ тѣмъ, что jus связано съ государствомъ, и что за его предѣлами, въ общечеловѣческомъ общеніи, jus нѣтъ, а есть лишь мораль. Omnes homines, человѣчество въ цѣломъ, никогда не составляли одного государства, не имѣли общей власти, и жили въ „естественномъ состояніи“, исключающемъ jus.

Никогда не было такихъ нормъ, которыя могли бы претендовать на универсальность. Такого jus, которое имѣло бы силу у всѣхъ народовъ (apud omnes populos) и всегда (peraeque), никогда не было. Даже такія нормы, безъ которыхъ, повидимому, не можетъ жить никакое государство, какъ, напр., воспрещающія убійство или воровство, не у всѣхъ народовъ и не всегда возводятся въ рангъ

государственно-принудительныхъ нормъ, т. е. jus. До сихъ поръ русская власть только съ грудомъ можетъ бороться съ убійствами среди населенія Туркестана, такъ какъ по магометанскому воззрѣнію убійство есть частное дѣло, могущее кончиться примиреніемъ непосредственно заинтересованныхъ сторонъ, и государству сюда своего носа совать не слѣдуетъ. Нравственная обязанность правовѣрныхъ скрыть, въ случаѣ примиренія, виновниковъ убійства. Воровство по понятіямъ нашихъ крестьянъ есть также частное дѣло, котораго государству наказывать нечего въ случаѣ примиренія съ потерпѣвшимъ. Въ государствахъ примитивныхъ народовъ власть только въ исключительныхъ случаяхъ, и то не всегда, считаетъ нужнымъ наказывать за очень важныя, по нашимъ понятіямъ, преступленія. Общество можетъ смотрѣть на нихъ неодобрительно, „позитивная мораль“ можетъ отвергать ихъ, но власть думаетъ, что ей въ эти дѣла мѣшаться нечего. Это mores, а не jus. Тѣмъ менѣе считаетъ она необходимымъ давать свою санкцію исполнимости договоровъ: это то же „частное дѣло“. Далѣе, устои современнаго общества: семья и собственность, также не является чѣмъ-то универсальнымъ и вѣчнымъ. Зародыши ихъ у нѣкоторыхъ племенъ и теперь еще являются „частнымъ дѣломъ“, а не jus.

Конечно, у народовъ, стоящихъ на приблизительно одинаковой ступени культуры, можно найти много общихъ нормъ. Но, до apud omnes gentes отъ этого еще далеко.

То, что считалось juris gentium у римскихъ юристовъ, могло показаться универсальнымъ только при маломъ знакомствѣ съ жизнью народовъ, стоящихъ на иной ступени культуры, и съ ихъ исторіей*).

То же отсутствіе ясности и опредѣленности понятій видно и при попыткахъ опредѣлить предметъ и задачи юриспруденціи. Что значитъ, напр., „jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia“? Медицина также занимается „человѣческими“, а при извѣстной точкѣ зрѣнія и „божественными“ дѣлами. Если я сплю, ѣмъ и хожу, это тоже „человѣ-

*) Читатель можетъ найти много аналогичнаго у Локка, Hum. Und., кн. I, гл. III.

ческія дѣла“ Если шаманъ пляшетъ и дервишъ кружится во славу Божію, это тоже „божественныя дѣла“. Человѣкъ родился слѣпымъ, Петръ умеръ отъ холеры, волосъ упалъ съ головы Ивана, — тоже „божественныя дѣла“. — Далѣе, вопросы о справедливомъ и несправедливомъ (justi atque injusti scientia) по общему взгляду суть прежде всего вопросы этики. Такъ смотрѣлъ на это первоучитель нашъ Аристотель, такъ смотрятъ и современные моралисты и даже диллетанты науки. Гдѣ же предметъ юриспруденціи? Гдѣ право на ея обособленное существованіе?

То же смѣшеніе и неясности и у такого оракула юриспруденціи, какъ Ульпіанъ: Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi. Cujus merito quis nos sacerdotes appellet, justitiam nam colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum verum etiam proemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.“

Это такое mixtum compositum, изъ котораго можно вывести мораль позитивную, мораль желательную или идеальную, законовѣденіе въ настоящемъ его видѣ и законодательные desiderata, педагогику, приличія, соціологію, теологію .... и еще какую-то veram philosophiam .... Bonum, aequum, iniquum и justitia, все это нравственныя понятія. Licitum и illicitum обнимаютъ собою этику, законовѣденіе, божественныя велѣнія, приличія, правы .... Metu poenarum, какихъ наказаній: и загробныхъ? Какихъ proemiorum? О какой simulata philosophia говорится здѣсь? — О нелѣпости производства jus отъ justitia было уже говорено. — О законахъ страны, непосредственномъ и главнѣйшемъ орудіи дѣйствій юриста, ничего не говорится. Производимое отъ justitia jus слишкомъ расплывчато, чтобы дать опредѣленную идею о нихъ. Пиѳія не умѣла, вѣроятно, говорить темнѣе.

Безъ сомнѣнія, что, какъ первые творцы юриспруденціи, римляне заслуживаютъ всякаго вниманія и изученія ихъ твореній. Не нужно только увлекаться и помнить „Amicus Plato, sed major

amica veritas*). Что мы сказали бы о практическомъ смыслѣ современнаго народа, который написалъ бы самыя разумныя и подробныя правила о продажѣ старьевщикамъ поношеннаго платья и одновременно не имѣлъ бы закона, установляющаго преемство верховной власти, вслѣдствіе чего эта послѣдняя случайно переходила бы къ тому, кто больше, или кто раньше далъ на водку центральному гарнизону, служила бы каждыя 20 лѣтъ поводомъ къ внутренней войнѣ, ослабляла государство, и, наконецъ, была одной изъ важнѣйшихъ причинъ его распаденія и гибели?

B. О нѣкоторыхъ темныхъ выраженіяхъ.

Въ нѣмецкой литературѣ до сихъ поръ можно встрѣтить выраженія въ родѣ: право есть сила, или сила есть право, какъ и, наоборотъ, отрицательныя право не есть сила и сила не есть право. И то и другое сопоставленіе, однако, темны, и темнота эта искусственная, хотя и не можетъ быть устранена при неопредѣленности нѣмецкаго Recht.

Austin (стр. 292) называетъ подобныя выраженія парадоксальными предложеніями, которыя очень любятъ пустые зубоскалы и

---

*) „Къ чему я пришолъ", говоритъ въ одномъ мѣстѣ своего Scherz und Ernst in der Jurisprudenz даровитѣйшій изъ романистовъ Ihering, послѣ 30 лѣтъ своихъ романистическихъ штудій, „я жалѣю время, потраченное на усвоеніе столь немногаго .... Былъ бы я молодъ, я избралъ бы другое призваніе." Эту книгу, гдѣ, по собственнымъ его словамъ (стр. 340), Іерингъ борется съ направленіемъ, ревностнымъ представителемъ котораго онъ былъ въ прежнее время, слѣдуетъ особенно рекомендовать вниманію читателя. Здѣсь ясно видно пробивающееся сознаніе ложности пути, по которому шла и идетъ все еще нѣмецкая юриспруденція Кому непонятными, по ихъ краткости, покажутся мои указанія на своеобразность методологіи юриспруденціи (методъ искусства, не науки, см. главу о наукѣ и искусствѣ), тотъ найдетъ тамъ много иллюстрацій и пояснительныхъ замѣчаній. — Укажу еще на реформу юридическихъ факультетовъ въ Германіи и на статьи въ Журн. Мин. Юст. и раньше еще въ Юрид. Вѣсти. по этому вопросу. Всякое одностороннее увлеченіе ведетъ за собою невѣжество въ тѣхъ отдѣлахъ вѣдѣнія, которые заслужили менѣе вниманія. Практическіе интересы нашего времени, въ концѣ концовъ, получили бо́льшее значеніе даже въ глазахъ такого талантливаго изслѣдователя прошлаго, какъ Іерингъ (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, стр. 340).

шуты, хотя они являются на дѣлѣ или пустыми трюизмами, темно и безъ вкуса выраженными, или ложны и нелѣпы.

„Если оно означаетъ, что лицо, обладающее правомъ, обладаетъ имъ благодаря собственной силѣ, предложеніе будетъ ложнымъ и нелѣпымъ. Такъ какъ лицо, обладающее правомъ, необходимо обладаетъ имъ благодаря силѣ другого, именно автора закона, которымъ даровано было право и которымъ на третье лицо наложена была соотвѣтствующая праву обязанность. Говоря вообще, лицо, надѣленное правомъ, скорѣе слабо, чѣмъ сильно; и если бы оно не было охраняемо отъ вреда силою творца права, оно жило бы, въ силу своей слабости, въ постоянной опасности и тревогѣ. Примѣръ: таково положеніе лицъ, надѣленныхъ законными правами, которыя являются лишь подчиненными членами независимаго политическаго общества и которыя обязаны своими законными правами силѣ и доброму желанію ихъ суверена.

„Если оно означаетъ, что право и сила одна и та же вещь, или только разныя названія для одного предмета, разсматриваемое предложеніе также ложно и нелѣпо. Моя физическая возможность двигаться, когда мое тѣло свободно отъ оковъ, можетъ быть названа силой, но не можетъ быть названа правомъ; хотя моя возможность двигаться безъ помѣхъ съ вашей стороны можетъ, безъ сомнѣнія, быть названа правомъ, совершенно точно и правильно, если я обязанъ способностью закону, наложенному на васъ другимъ.

„Если оно означаетъ, что всякое право есть созданіе силы, предложеніе будетъ лишь трюизмомъ, прикрытымъ парадоксальнымъ языкомъ. Такъ какъ всякое право (божественное, законное, или нравственное) покоится на соотвѣтствующей обязанности, т. е. обязанности, наложенной на лицо или лица другія, чѣмъ обладатель права. И, очевидно, что относительная обязанность не была бы на дѣлѣ обязанностью, если бы законъ, желающій наложить ее, не былъ поддерживаемъ силою.“

Такою же искусственною темнотою отличаются и, напр., попытки опредѣлить „право“ разграниченіемъ или охраной интересовъ, мѣрой свободы, внѣшнимъ порядкомъ, и т. п.

Какъ весьма часто, и здѣсь простая истина скрывается абстрактнымъ языкомъ (см. Bain, Logic, v. I, p. 52 и слѣд., § 10).

Разграниченіе предполагаетъ и возможно лишь при наличности разграничителя. Кто онъ? Безъ сомнѣнія государство. — Охрана интересовъ предполагаетъ охраненные или долженствующіе быть охраненными интересы. Кѣмъ? Также, безъ сомнѣнія, государствомъ. — Мѣра свободы предполагаетъ измѣрителя и отмѣренную или долженствующую быть отмѣренной свободу. Кто этотъ измѣритель? Также государство.

То же слѣдуетъ сказать и по поводу опредѣленія „права“ внѣшнимъ порядкомъ. — Порядокъ не есть сама по себѣ существующая абстракція. Порядокъ предполагаетъ тотъ или иной общественный союзъ. Принимая во вниманіе несовершенную природу человѣка, мы не можемъ не согласиться съ тѣмъ, что порядокъ возможенъ лишь при наличности власти принужденія. А такая власть самостоятельно принадлежитъ, какъ мы видѣли, лишь государству. Всякое иное принужденіе практикуется съ явнаго или молчаливаго его согласія*).

На основаніи всего предыдущаго читатель самъ пойметъ нелѣпость заявленій въ родѣ того, что „власть должна быть ограничиваема правомъ“. Если, разумѣется, подъ властью мы будемъ подразумѣвать верховную власть, т. е. источникъ законовъ и творца правъ и обязанностей, а праву придавать строгій смыслъ (laws, а не das Gerechte). Верховная власть (король англійскій и императоръ германскій не суверены, не верховная власть) можетъ быть ограничиваема только нравственными требованіями. Если бы можно было ее подвергнуть отвѣтственности предъ какимъ-либо высшимъ трибуналомъ государственнаго характера, она не была бы верховною властью.

---

*) И при такомъ опредѣленіи юристы не избѣгаютъ противорѣчій. На одной страницѣ говорится, что „право“ есть общественный порядокъ. На другой — оказывается, что общественный порядокъ есть нѣчто особое; онъ не соотвѣтствуетъ праву; это послѣднее (читай das Gerechte, см. Recht) есть лишь „идеальное требованіе“ общественнаго сознанія къ складу общественныхъ отношеній. А еще немного далѣе вамъ открываютъ, что „требованіе общественнаго сознанія къ складу общественныхъ отношеній“ (читай das Gerechte) есть нѣчто отличное отъ „права“ (читай laws). совпаденіе ихъ часто только случайно. — Очевидно, что разгадка всему этому лежитъ въ многосмысленности слова Recht.

Очевидно также, что произволъ можно противопоставлять закону (law), а не праву (right).

Всей мнимо-ученой ерунды, которая говорится въ континентальной литературѣ, я привести здѣсь, конечно, не могу. Для этого нужно предпринять спеціальное изслѣдованіе. Но, я думаю, что даннаго мною достаточно, чтобы читатель могъ разобраться въ отдѣльныхъ случаяхъ самъ.

Г. О психологіи и языковѣдѣніи у юристовъ.

„Когда я однажды застигнутъ былъ грозою на Пейго, недалеко отъ Тіендзина, говоритъ R Graf Keyserling (Vom japanischen Meer zum Ural, стр. 285), мой китайскій служитель старался показать мнѣ дракона въ облакахъ. Къ сожалѣнія онъ остался для меня невидимымъ, такъ что мои китайскіе попутчики стали осмѣивать мою слѣпоту.“

Нѣтъ науки, знаніе которой могло бы принести юристу большую пользу, чѣмъ психологія. Къ сожалѣнію среди многихъ распространено мнѣніе, что въ этой наукѣ всякій компетентенъ безъ всякой подготовки. Нужно просто положить палецъ въ ротъ, пососать его, потомъ можно говорить о какихъ угодно самонаблюденіяхъ и наблюденіяхъ.

У одного юриста (nomina sunt odiosa) я встрѣтилъ ссылку на самонаблюденіе, какъ доказательство существованія права въ видѣ особаго факта, могущаго сдѣлаться предметомъ особой науки. Ну, самонаблюденіе это обладаетъ какъ разъ тѣми же качествами, что и наблюденіе дракона въ облакахъ.

Въ головѣ моей крѣпко засѣлъ одинъ фактъ не воображаемого, а дѣйствительнаго самонаблюденія. Окончивъ гимназію и обладая, слѣдовательно, знаніемъ русскаго языка не менѣе всякаго средняго русскаго человѣка, я, поступивъ въ университетъ, зашолъ въ одну изъ библіотекъ, чтобы запастись книгами для чтенія. Я шелъ по юридическому факультету, зналъ въ общихъ чертахъ, что тамъ изучаютъ государственныя науки, думалъ о многихъ политическихъ вопросахъ и прежде, и читалъ довольно много книгъ. Подготовка и свѣдѣнія средняго человѣка, слѣдовательно, были у меня. Безъ сомнѣнія, зналъ а и слово право и, можетъ быть, каждый день пользо-

вѣлся имъ. Но, когда, перебирая каталоги по различнымъ отраслямъ вѣдѣнія (каждая наука имѣла особый каталогъ), я, среди философіи, теологіи, химіи, физики, біологіи, филологіи и пр., наткнулся на каталогъ съ надписью „право“, я такъ же былъ смущенъ, какъ если бы встрѣтилъ научный каталогъ съ надписью „кривo“. Только посмотрѣвъ внутрь, я понялъ, что собрано въ немъ подъ этимъ страннымъ названіемъ. Вопроса же, почему употреблено было такое названіе, я не рѣшилъ и потомъ, такъ какъ въ той философіи и наукахъ права, которыя мнѣ пришлось слушать, я видѣлъ всегда противорѣчія и путаницу, а не рѣшеніе моихъ сомнѣній. Какую ужъ тамъ науку или философію можно склеить изъ противорѣчій? Грѣшный человѣкъ, но я былъ самаго невысокаго мнѣнія о научныхъ талантахъ большинства своихъ учителей. Вся моя жизнь съ той поры была протестомъ самосознанія противъ противорѣчій, всегда связывавшихся въ ученыхъ книгахъ со словомъ право, а не свидѣтельствомъ въ пользу существованія его, какъ особаго явленія (Kulturerscheinung).

У того же юриста говорится, что для провѣрки своего мнѣнія о природѣ права онъ предпринялъ „обширное“ изслѣдованіе разныхъ юридическихъ памятниковъ древности, среднихъ вѣковъ и новаго времени (удивительная эрудиція!) и „юридической терминологіи“, „строенія юридическаго жаргона“ разныхъ народовъ (sic!) *). Результаты этого изслѣдованія „превзошли всякія ожиданія автора“ (удивительно!) и превратили его гипотезу въ теорію „твердо обоснованную“ (sic!) эмпирически (!) массою (!) „фактическихъ данныхъ“ (sic!); послѣднія обнаруживаютъ *поразительное постоянство и сходство (!!!)*, можно сказать закономѣрность (!) извѣстныхъ явленій юридической рѣчи, не смотря на различіе общаго характера языка, происхожденія, ступени культуры тѣхъ народовъ, юридическіе памятники коихъ автору пришлось прочесть, или о юридической терминологіи коихъ ему удалось добыть свѣденія (отъ такихъ же, вѣроятно, „ученыхъ“ людей).

Грѣшный человѣкъ, я думаю, что никакихъ такихъ изслѣдованій авторъ не дѣлалъ, почему до сихъ поръ и не обнародовалъ ихъ. А если и дѣлалъ, то такъ же, какъ сдѣлалъ бы ихъ отъ роду слѣпой,

*) Даже такихъ, о языкѣ которыхъ онъ не могъ имѣть ни малѣйшаго представленія, судя по результатамъ, къ которымъ онъ пришелъ.

задумавшій написать изслѣдованіе о цвѣтахъ. Никакихъ фактическихъ данныхъ въ подтвержденіе „удивительнаго постоянства“ юридической рѣчи нѣтъ въ дѣйствительности. Факты говорятъ въ пользу какъ разъ противоположнаго · *удивительнаго непостоянства* юридической рѣчи не только въ различныхъ языкахъ, не только въ одномъ и томъ же языкѣ, но и въ языкѣ одного и того же человѣка. Это-то непостоянство и играло до сихъ поръ роль Вавилонскаго смѣшенія языковъ, мѣшавшаго юристамъ понимать не только другъ друга, но и самихъ себя. Мы видѣли, какъ даже въ семьѣ индо-европейскихъ народовъ греческій, англійскій и русскій языки занимаютъ иное положеніе по данному вопросу, чѣмъ, напр., нѣмецкій. Разница увеличивается еще больше, если мы примемъ во вниманіе, что нѣкоторые языки и совсѣмъ не могутъ имѣть юридической терминологіи въ нашемъ смыслѣ, такъ какъ они не имѣютъ словъ, а слоги, не имѣющіе опредѣленнаго значенія въ отдѣльности и мѣняющіе его въ каждомъ особомъ сочетаніи.

Читатель можетъ сказать, что, хотя въ указанныхъ выдержкахъ и обнаружено мало знаній и много лжи, но единичные случаи должны и обсуждаться особо, а не ставиться въ вину другимъ. Обобщеній дѣлать нельзя. Невѣжество возможно вездѣ, какъ нѣчто исключительное.

Я смотрю на это меланхоличнѣе. Est modus in rebus, sunt certi denique fines! Если я напишу какое — нибудь „ученое“ изслѣдованіе, въ основу котораго положу истину о стояніи земли на трехъ китахъ, никакой журналъ такого удивительнаго произведенія не приметъ. Если авторъ имѣлъ смѣлость выставить приведенныя выше утвержденія, а ученый журналъ напечаталъ ихъ, тотъ и другой думали, очевидно, очень невысоко о читающей публикѣ: снесетъ, молъ, приметъ за „научную истину“. И если публика дѣйствительно сноситъ, въ наивномъ довѣріи полагая, что это, можетъ быть, и такъ, — что можно думать о ея знаніяхъ и критическихъ способностяхъ?!

Д. Объ отношеніи къ существующей литературѣ.

Нѣтъ людей, которые всегда и во всемъ были бы послѣдовательны. Умные люди не всегда говорятъ умныя вещи, а глупые не всегда глупыя.

По уясненію основныхъ вопросовъ англійскимъ философамъ и юристамъ принадлежитъ первое мѣсто. Но, въ другихъ отношеніяхъ, особенно систематичности и полнотѣ разработки многихъ отдѣловъ, англійская юриспруденція стоитъ ниже континентальной. Это признаютъ сами англійскіе юристы (Austin, Holland).

Съ другой стороны, континентальная юриспруденція не умѣла разобраться въ философской части своей задачи, но дала богатую разработку множества частныхъ вопросовъ.

Очевидно, что серьезный юристъ не можетъ ограничиться лишь континентальной, или лишь англійской юриспруденціей. Такое исключительное предпочтеніе всегда отзовется односторонностью. Suum cuique и Keinem zu Lieb' und keinem zu Leid — два правила, столь же обязательныя для практической, какъ и для кабинетной, теоретической, дѣятельности юриста. Нужно брать истину тамъ, гдѣ мы находимъ ее. Кому она принадлежитъ: французу, нѣмцу, англичанину или русскому, это вопросъ второстепенный.

Но, изучая чужую литературу, мы не должны презрительно относиться къ тому, что создала и наша жизнь, какъ въ ея учрежденіяхъ, такъ и въ языкѣ. Болѣе внимательное отношеніе къ ней давно бы уже открыло глаза нашимъ ученымъ на недостатки континентальной западно-европейской юриспруденціи. Внѣшняя подражательность чужому безъ критики, „чужебѣсіе“, ведетъ не къ прогрессу, а къ застою или даже регрессу знаній.

Находить недостатки въ нашей жизни, какъ и во всякой другой, не такъ трудно. Все несовершенно въ этомъ мірѣ, и la critique est facile. Изучать ее во всей ея полнотѣ — труднѣе, но и плодотворнѣе. Много въ ней есть такого, что стоитъ выше чужеземнаго. И есть много такихъ здоровыхъ задатковъ въ ней, что при болѣе серьезномъ отношеніи къ дѣлу и трудолюбіи, мы можемъ пойти дальше нашихъ сосѣдей.

В. Катковъ.


Библиотека
Академии Наук

Замѣченныя опечатки.

Страница	Строка сверху	Строка снизу	Напечатано	Слѣдуетъ
III		5	100	99
VI	6		послѣтить	посвятить
11	17		очитаться	считаться
11		3	неравнсимо	независимо
21	16		восначальника	военачальника
21	18		восначальникъ	военачальникъ
22	3		языковъ	языкомъ
32	6		одинако	одиноко
32	9		особой	особей
40		6	дальше	дольше
47		14	успѣкомъ	успѣхомъ
51		6	значеніи	значеніи
51		5	потому	поэтому
53	17		нѣчто,	нѣчто
56		2	Пока	Пока,
57	10		нъ	въ
57	17		или Recht	или Recht въ
59	3		нѣмецкіе	нѣмецкія
59		6	идучу	изучу
61	5		всесторонне	всестороннее
63		15	приблизительнаго-	приблизительнаго
64	3		духа	духа,
64		15	Carriblee	Carribbee
66	12		удается	удастся
72	18		νόμιμον	νόμιμον
74		7	ἑαυτῇ	ἑαυτῇ
80	11		нашими,	нашими
82	8		памятки	памяти
84	3		будулъ	будутъ
84		10	законодатедь	законодатель
87	8		Англійскій	Англійскіе
88	10		оснаривать	оспаривать
88	13		буржевыя	биржевыя
89	7		понятіяни	понятіями
92		11	сдѣлать	сдѣлалъ
93	4		свидѣтельсьвуетъ	свидѣтельствуетъ
93	17		почто	почти
93		10	было и закона	были и законы
94		11	вертены	вертепы
95	9		котоуыхъ	которыхъ
95		6	хороше	хорошо
96	1		пе	не
97		17	*одыкновенно*	*обыкновенно*
99	2		связаннаго	связаннаго
102	17		ускусства	искусства
103	12		сплоть	сплошь
112	12		сожалѣнія	сожалѣнію,
112	16		сожалѣнію	сожалѣнію,
112		1	зналъ а	зналъ я
113		5	ислѣдованій	изслѣдованій
114	11		но	по
115		4	плодотвернѣе.	плодотворнѣе.