НЕ КОПИРОВАТЬ

Л. В. Михайловскій

Профессоръ Томскаго Университета.

ОЧЕРКИ ФИЛОСОФІИ ПРАВА.

Томъ I.

Zwei Dinge erfüllen das Gemüth mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir.

Kant.

ТОМСКЪ.
ИЗДАНІЕ КНИЖНАГО МАГАЗИНА В. М. ПОСОХИНА.
1914.

Печатано по опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго Томскаго Университета.

БИБЛИОТЕКА
Коммунистической
АКАДЕМИИ
321
36

ТОМСКЪ. ТОВАРИЩЕСТВО „ПЕЧАТНЯ С. П. ЯКОВЛЕВА“

НЕ ВЫДАЕТСЯ

ПОСВЯЩАЕТСЯ

ПАМЯТИ БЕЗГРАНИЧНО-ПОЧИТАЕМАГО УЧИТЕЛЯ

БОРИСА НИКОЛАЕВИЧА

Чичерина

ПО ПОВОДУ ДЕСЯТИЛѢТІЯ СО ДНЯ ЕГО СМЕРТИ

(*3 февраля 1904 — 3 февраля 1914*).

Digitized by

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Болѣе десяти лѣтъ тому назадъ Б. Н. Чичеринъ въ самыхъ лестныхъ словахъ рекомендовалъ меня Томскому юридическому факультету на каѳедру, которую я занимаю. Выпуская въ свѣтъ бо́льшую, основную часть курса своихъ лекцій, я исполняю свои долгъ передъ учителемъ, стараясь хотя бы до нѣкоторой степени оправдать его довѣріе.

Въ наше время, съ его устрашающимъ изобиліемъ научныхъ произведеній всякаго рода и вида, каждая новая книга нуждается въ оправданіи. Ничего не можетъ быть легче найти оправданіе для моей книги. Каждому юристу хорошо извѣстно, что наука, лежащая въ основѣ всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, является наименѣе разработанной, возбуждающей безконечные споры почти по всѣмъ входящимъ въ ея область вопросамъ. При такомъ положеніи дѣла ученый, добросовѣстно и съ любовью проработавшій надъ этой наукой болѣе двадцати лѣтъ, и посвятившій преподаванію ея съ каѳедры почти десять лѣтъ, имѣетъ право опубликовать результаты своихъ работъ: при всѣхъ неизбѣжныхъ недостаткахъ такая книга не будетъ простымъ пережевываніемъ уже раньше написаннаго, она можетъ прибавить новый камень къ строящемуся зданію одной изъ важнѣйшихъ и интереснѣйшихъ областей знанія.

Другимъ оправданіемъ моей книги являются интересы преподаванія. Продолжительный опытъ показалъ, что при тѣхъ серіозныхъ требованіяхъ, которыя я считаю своимъ долгомъ предъявлять на экзаменахъ, для очень многихъ изъ моихъ слушателей чрезвычайно трудно извлекать матеріалъ для отвѣтовъ изъ двухъ—трехъ разнохарактерныхъ учебниковъ и изъ записокъ моихъ лекцій, сплошь и рядомъ составленныхъ очень плохо. Интересы преподаванія вынуждаютъ меня поторопиться съ изданіемъ книги, а это обусловливаетъ собою рядъ недостатковъ въ обработкѣ нѣкоторыхъ вопросовъ. Если я, не смотря на эти недостатки, рѣшаюсь предложить свой трудъ вниманію ученой

критики, то оправданіемъ служитъ глубочайшее убѣжденіе въ правильности защищаемыхъ мною основныхъ положеній, на которыхъ строится весь курсъ. А эти положенія явились результатомъ напряженной и весьма продолжительной работы мысли, руководимой только однимъ девизомъ: любовью къ истинѣ и стремленіемъ искать ее, отрѣшившись отъ какихъ бы то ни было постороннихъ вліяній.

Несомнѣнно, что изъ всѣхъ научныхъ работъ самой трудной, самой важной и отвѣтственной является обработка полнаго курса какой нибудь науки. А если эта наука находится въ такомъ состояніи, какъ философія права, то трудности доходятъ до наивысшей степени. Вотъ почему настоящая книга никоимъ образомъ не можетъ претендовать на легкость изложенія: она требуетъ внимательнаго и вдумчиваго изученія. Я вовсе не имѣлъ въ виду ради *учебныхъ* интересовъ жертвовать *научными* интересами. Отсутствіе же въ книгѣ традиціоннаго „нижняго этажа“ съ т. наз. „научнымъ багажемъ“ объясняется моимъ принципіально—отрицательнымъ отношеніемъ къ этому схоластическому пріему (онъ необходимъ только въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ монографіяхъ). Конечно, ни одинъ ученый не имѣетъ права игнорировать работы другихъ ученыхъ, относящіяся къ его задачѣ; ни одинъ ученый не долженъ воображать, что онъ самъ лично можетъ создать новую науку, что онъ можетъ плодотворно работать безъ помощи своихъ предшественниковъ. Но при всякомъ случаѣ обнаруживать свою „эрудицію“ ссылками на всѣ прочитанныя работы представляется мнѣ научно-безплоднымъ пріемомъ, не говоря уже о томъ, что это подчасъ производитъ комическій эффектъ.

Спеціалистъ, долго работавшій въ области философіи права, сразу увидитъ, что при добромъ желаніи я могъ бы увеличить вдвое размѣръ книги, прибавивъ къ каждой почти страницѣ „нижній этажъ“. Но я глубоко убѣжденъ, что такое увеличеніе размѣра ни на волосъ не увеличило бы *научной* цѣнности книги, затруднивъ въ то-же время пользованіе ею студентами. А самостоятельная разработка цѣлаго ряда заключающихся въ книгѣ вопросовъ нисколько не сдѣлается правильнѣе, выводы не сдѣлаются убѣдительнѣе, если прибавить примѣчанія со ссылками на тѣ литературные матеріалы, которые такъ или иначе приняты были во вниманіе при построеніи предлагаемыхъ теорій: вѣдь эти матеріалы не служили ни единственнымъ, ни даже во многихъ случаяхъ главнымъ основаніемъ для построеній.

Я хорошо знаю, что книга очень не понравится представителямъ нѣкоторыхъ направленій въ наукѣ (о представителяхъ какихъ бы то ни было партійныхъ и политическихъ тенденцій я нисколько не забочусь: наука и „политика"—два противоположныхъ полюса): но меня это не смущаетъ. Я добросовѣстно изучилъ литературу, основанную на позитивизмѣ, соціологизмѣ, историзмѣ и натурализмѣ, и пришелъ къ убѣжденію, что въ ней заключается только часть истины, но далеко не вся истина. А эта часть истины вполнѣ совмѣстима съ религіозно-метафизическими основами защищаемаго мною міровоззрѣнія. Не модные лозунги, а исканіе истины и *сознаніе великой отвѣтственности передъ своею совѣстью за каждое предлагаемое учащейся молодежи отъ имени науки слово*, опредѣляли собою то настроеніе, съ которымъ писалась эта книга.

3 февраля 1914 г.

Томскъ.

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕНЪ.

(Цифры означаютъ страницы).

А.

Аристотель. 26, 28, 90, 126, 135. 172, 208, 567.
Аренсъ. 559.
Arnsberg. 562.
Адикесъ. 271.
Anzilotti. 36.

Б.

Бабефъ. 463.
Байковъ. 555, 556.
Беккеръ. 473.
Бэконъ. 25, 30, 176, 208.
Бентамъ. 91—96, 191.
Безелеръ. 230, 489.
Бергбомъ 192, 210.
Бирлингъ. 110, 252, 302, 439, 444, 520, 521.
Берольцгеймеръ. 213.
Биндингъ. 266, 351, 449, 587, 590, 594,
Больце. 494.
Бордье. 538.
Брайсъ. 313, 332.
Бринцъ. 487—488, 494, 497.
Бруннеръ. 270.
Брунсъ. 230.
Бюловъ. 398, 403.
Бридель. 36.

В.

А. Вагнеръ. 537.
Васьковскій. 79, 402, 417, 419, 421, 422, 424.
Введенскій. 14.
Вейсманъ. 154.
Вильсонъ. 205.
Виндельбандъ. 40.
Виндшейдъ. 439, 443.
Вольфъ. 176.
Вольтеръ. 226, 342.
Вундтъ. 18, 158.

Г.

Гамбаровъ, 260, 284, 513.
Гансъ 230.
Гарумъ. 230.
Гегель. 21, 26, 126, 131, 162, 175, 190, 191, 230, 331, 334, 594,
Гедесъ. 82.
Гирке. 381. 489.
Holder. 477, 491.
Гоббсъ. 176, 179, 184, 302.
Гриммъ. 452, 573.
Гротъ. 133
Гроций 176, 179, 184, 302.
Гредескулъ 253.
Гумбольдтъ. 145.
Гумпловичъ. 78, 194, 221.

Д.

Дарвинъ. 154.
Дайси. 408.
Дернбургъ. 252 559.
Декартъ. 176.
Джэмсъ. 30.
Дормидонтовъ. 576, 578.
Дювернуа. 560.
Дюги. 194, 206, 297, 298, 300, 302, 303, 332, 372.
Giannini. 208.

З.

Залѣскій. 255, 286.

І.

Іерингъ. 78, 86, 93, 94, 98—99, 231—234. 243. 265, 283, 284, 397, 440, 451, 456, 488—489. 491, 497, 560.
Іеллинекъ. 145, 147, 296, 297, 336, 371, 456, 563, 567.

К.

Кантъ. 19, 61, 126, 159, 162, 175, 176, 186, 187—189, 208.
Кавелинъ. 559.
Каутскій. 101, 103, 155.
Камаровскій. 597.
Cathrein. 170.
Кирульфъ. 230.
Колеръ. 4, 213, 415, 531.
Контъ. 12, 159.
Когенъ. 189.
Коркуновъ 207, 253, 302, 350, 367, 484, 510, 519, 532, 561.
Кропоткинъ. 82.
Кроме. 277.
Кюльпе. 132.
Курти 336

Л.

Ланге. 544.
Lasson. 539.
Лассаль. 93, 357, 358, 359.
Лабандъ. 296, 297, 300, 334, 454
Лафаргъ. 101.
Локкъ. 176, 182, 183, 302.
Лейбницъ. 83, 126, 175, 176, 180, 208.
Лосскій. 21.
Лорiа. 101.
Липпсъ. 131.
Люксъ. 192.
Лютгенау. 101, 102.

М.

Майеръ. 266, 302.
Марксъ. 100, 101, 106.
Maitland. 279.
Меркель. 4, 252, 558.
Милль. 30, 90, 94, 95, 125, 126, 130.
Менгеръ. 103, 155, 542, 566.
Мейеръ 559.
Монтескье 227.
Мюленбрухъ. 230.
Муромцевъ. 560, 561, 578.

Н.

Наторпъ. 181.
Неволинъ. 36.
Нейкампъ. 193.
Ницше. 158.
Новгородцевъ. 36, 166, 190, 193, 196, 227.

О.

Остинъ. 277.
Hauriou, 372.

П.

Перрье. 82
Петражицкій 54, 110—121, 144, 241, 255, 278, 286, 290, 291, 292, 294, 436, 560, 574,
Планіоль. 491.
Платонъ. 26, 27, 126, 175, 208.
Плотинъ. 26, 126
Пиѳагоръ. 172, 208.
Постъ. 197.
Побѣдоносцевъ. 559.
Pollock. 279.
Пуфендорфъ. 176, 182, 194.
Пухта. 192, 227, 229, 270, 272.

Р.

Radbruch. 532.
Регельсбергеръ. 6, 249, 416, 422, 427, 429, 489, 494, 495, 497, 514.
Розинъ. 362.
Rosin 372.
Ренненкампфъ. 4, 288, 407.
Рождественскій. 296, 563.
Руссо. 302.

С.

Савиньи. 184, 192, 227, 228, 229, 271, 272, 349, 358, 486, 487, 488, 494, 497, 506, 558.
Salmond. 274, 277, 279.
Соловьевъ 22, 80, 88, 107, 146, 147, 151.
Сократъ. 172, 208.
Спенсеръ. 18, 105, 235, 538.
Спиноза. 27, 176, 179, 208, 302.
Сперанскій. 343.
Сѣченовъ. 127.

Т.

Таганцевъ. 351, 352.
Тибо. 227.
Томазій. 176, 181, 194.
Тонъ. 252, 560
Трубецкой. 4, 36, 157, 196, 284, 289 399, 401, 515, 563.

У.

Ульпіанъ 558.
Уляницкій. 556. 597.
Унтергольцнеръ. 230
Уоллесъ. 154

Ф.

Фихте. 61, 189, 208.
Фуллье. 140, 144, 145, 197, 198.

Ѳ.

Св. Ѳома. 26, 126, 175.

Х.

Хвостовъ. 120, 208

Ц.

Цительманъ 271.
Цицеронъ. 175.

Ч.

Чичеринъ. 36, 61, 71. 119, 122, 126, 130, 134, 136. 138, 140, 151, 152, 153, 160, 162, 284, 316. 326, 332, 354, 359 380. 385. 386, 462, 479, 481. 485, 541. 542, 545, 567, 598, 599.

Ш.

Шеллингъ. 26, 126. 189, 208.
Шейнъ. 267.
Шопенгауэръ. 126, 208.
Шершеневичъ 156, 208, 212, 271. 318, 325, 355, 359, 457. 512.
Штаммлеръ. 39, 54, 189.
Шталь. 211. 357, 358.
Штюсси. 325.
Штейнъ Лоренцъ. 370, 381.
Штейнъ. 599.
Шупше. 439.
Штирнеръ. 158.

Ю.

Юстиніанъ. 412.
Jung 216.

Я.

Ященко. 147, 214, 215.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

Страница

Предметъ науки, ея задачи и методы . . . . . 1— 36.

Потребность въ основной юридической наукѣ; условія для ея возникновенія; трудность въ ея разработкѣ; различныя направленія науки, 1—3. Энциклопедія права: ея задачи; недостатки этого направленія съ точки зрѣнія академическаго преподаванія и съ научной точки зрѣнія, 3—4. Общая теорія права; ея задачи; общіе вопросы права и спеціальныя юридическія науки, 4—7. Философія права; ея отношеніе къ общей теоріи права; ея задачи, 7. Предметъ и задачи философіи; общія черты, роднящія всѣ разнообразныя воззрѣнія на предметъ и задачи философіи, 8—9. Общій взглядъ на исторію взаимнаго отношенія между философіей и спеціальными науками; выводы изъ него противниковъ философіи, 9—10. Позитивизмъ; задачи т. наз. научной философіи, 10. Критика позитивизма, 11—12. Неокантіанство; его сущность; аргументація его противъ научнаго характера метафизики, 12—14. Вопросъ о научномъ характерѣ философіи; ея содержаніе; метафизика. 14—17. Метафизика и позитивизмъ, 17—18; метафизика и неокантіанство; агностицизмъ; гносеологія Канта; ея критика; панлогизмъ, 18—21. Другія возраженія противъ научнаго характера философіи; явленія и сущность; мнимый дилеттантизмъ философіи; точность выводовъ; научность методовъ, 21—25. Различіе между философіей и спеціальными науками; оцѣнка изучаемаго и ея значеніе въ познавательномъ процессѣ, 26—27. Взаимное отношеніе позитивизма и неокантіанства, 27—28. Философія и религія; философія и искусство, 28—29. Симптомы возрожденія метафизики, 29—30. Значеніе философіи права; философскій и юридическій элементы ея содержанія, 31—32. Важность философіи права, 33. Политика права, 33—35; соціологія; положительное право и философія права, 35—36.

ЧАСТЬ I.

Страница.

Общее ученіе о правѣ . . . . . 37—239.
(Идея права и ея реализація).

ГЛАВА I.

Ученіе о юридическихъ нормахъ . . . . . 37— 49.

Спорность понятія права; постоянные элементы въ правовой жизни; основной признакъ правовой жизни; понятіе соціальной жизни, 37—39. Родовое понятіе нормы, 39. Взаимное отношеніе понятій закона и нормы: противоположеніе этихъ понятій; воззрѣніе Виндельбанда, 39 — 41; критика этого воззрѣнія, 41 — 43. Доказательства тождественности понятій закона и нормы, 43—47. Классификація нормъ, 47—49.

ГЛАВА II.

Внѣшняя сторона юридическихъ нормъ . . . . . 50— 74.

Этическія нормы, ихъ отличіе отъ остальныхъ нормъ; соціальныя нормы и ихъ виды, 50. Нормы конвенціональныя; ихъ отличіе отъ нормъ морали, 51 — 53. Сходство конвенціональныхъ нормъ съ юридическими, 53— 54; ихъ различіе, 54—57. Діалектическій законъ развитія этическихъ нормъ, 57. Отношеніе конвенціональныхъ нормъ къ юридическимъ въ современномъ правопорядкѣ, 58—59. Отличіе юридическихъ нормъ отъ актовъ произвола, 59 — 61. Вопросъ о принудительности, какъ существенномъ признакѣ въ понятіи юридической нормы; сущность господствующей теоріи, 61—62; аргументація противниковъ этой теоріи, 62—65; неправильные отвѣты защитниковъ теоріи, основанные на съуженіи понятія права, 63; критика аргументаціи противниковъ господствующей теоріи, 64—65; юридическія нормы, принципіально не допускающія принудительныхъ гарантій, 65—66; какъ примирить ихъ съ теоріей? 66—67; отношеніе принудительности къ сущности права; значеніе принудительности; перечисленіе формальныхъ признаковъ юридической нормы, 68—69. Государственныя теоріи права; ихъ недостатки; ихъ цѣнныя стороны, 70—72; переходъ нормъ юридическихъ въ конвенціональныя, 72. Общественныя теоріи; ихъ недостатки, 73—74.

ГЛАВА III.

Страница.

Внутренняя сторона юридическихъ нормъ . . . . . 75—142.

Теорія тождества содержанія всѣхъ этическихъ нормъ: ея аргументы. 75; критика. 76—77.

Право и сила . . . . . 78—86.

Сущность теоріи: данныя въ ея пользу. 78. Критика: факты исторіи культуры, 79—80 Логическія и соціологическія ошибки теоріи, 81—82: данныя филологіи; дарвинизмъ, 82; результатъ критики и значеніе его для государственной власти, 83. Цѣнныя стороны теоріи почему правильно подмѣченные теоріей факты не могутъ служить аргументами въ ея пользу? нормативная тенденція фактическаго; раціонализація фактическаго, 83—85. Сила, какъ творецъ новаго права; сила, какъ гарантія права, 85—86.

Право и интересъ . . . . . 86—100.

Сущность теоріи: недостатки теоріи съ точки зрѣнія логики и фактовъ жизни, 86—89; возраженія защитниковъ теоріи, 89; философія основъ теоріи. Утилитаризмъ, эвдаймонизмъ, гедонизмъ, 90—91. Бентамъ: сущность его ученія; ученіе о правѣ, 91—93. Результатъ, къ которому приводитъ утилитарная теорія права, 94. Милль, его поправки; противорѣчія у новыхъ представителей утилитаризма, 94—96. Критика утилитаризма; первоисточникъ нравственности, 96—98. Результаты утилитаризма въ наукѣ права; цѣнныя стороны; ошибка теоріи въ оцѣнкѣ этихъ сторонъ, 98—100.

Право и экономическая жизнь . . . . . 100—109.

(Экономическій матеріализмъ).

Сущность теоріи, 100; причины ея распространенія; основной пріемъ защиты теоріи, 100—101. Фактическая критика твореній, 101—104. Возраженія защитниковъ теоріи: оцѣнка этихъ возраженій, 104—105. Теоретическая критика; монизмъ въ исторіи и соціологіи; политическая экономія въ видѣ основы для философіи исторіи, 105—106. Упрощеніе человѣческой психики марксистами; противорѣчія въ ихъ утвержденіяхъ, 106—107. Критика Вл. Соловьева, 107—108. Цѣнныя стороны теоріи, 108—109.

Страница.

Психологическая теорія права . . . . . 109—121

Сложность права, какъ явленія соціальной жизни и результаты этой сложности для науки, 109—110. Бирлингъ и его теорія. Петражицкій и его работы, 110—111. Сущность теоріи права Петражицкаго, 112—116. Критика теоріи; противорѣчіе фактамъ: неправильность различія права и нравственности; результаты послѣдовательнаго проведенія въ жизнь теоріи Петражицкаго; недостаточность психологическаго факта для построенія теоріи права: смѣшеніе науки права съ психологіей. 116—120. Заслуги Петражицкаго. 120—121.

Теорія свободы . . . . . 121—142.

Важность метафизики для уразумѣнія сущности права Различіе общежитій животныхъ и людей, 121—123. Личность и ея природа; субстанціональная основа личности. 124—126. Свобода воли; заблужденія на счетъ сущности этого понятія; отвѣтственность и свобода воли, 126—129. Возраженія противниковъ свободы воли, 129—130: разборъ этихъ возраженій, 130—131; статистика и значеніе ея данныхъ, 132; фатализмъ и свобода воли; источникъ свободы воли; ея сущность, 132—134. Положеніе человѣка въ окружающемъ его мірѣ, 134—136. Общество и личность; свобода и право, 136—137. Возраженія противъ признанія свободы сущностью права; разборъ этихъ возраженій, 138—139. Право—начало формальное; выводы изъ этого, 139—140. Основная задача права, 140. Самоцѣльность личности и идеалистическая теорія права, 141—142.

ГЛАВА IV.

Право и нравственность . . . . . 143—169

Различные типы теорій взаимоотношенія права и нравственности. Первый типъ; результаты его въ государственной жизни; психологическая теорія права, 143—144. Второй типъ; неправильность его, 144—145. Теорія этическаго минимума; Соловьевъ; Іеллинекъ, 145—147; цѣнныя стороны теоріи, 147. Недостатки теоріи; возраженія защитниковъ теоріи и оцѣнка этихъ возраженій, 147—151.

Страница.

Основы нравственности. 152. Эволюціонисты и ихъ воззрѣнія. 152—155. Позитивизмъ и релятивизмъ въ этикѣ. 155—157. Примиреніе абсолютныхъ началъ этики съ фактомъ измѣнчивости нравственныхъ понятій, 157. Моменты въ порядкѣ нравственности; совѣсть: объективныя начала. 157—158. Связь нравственнаго закона съ Абсолютной Первоосновой міра, 158—159. Взаимное отношеніе права и нравственности, 160—162; выводы изъ различія природы права и нравственности, 162—165: взаимодѣйствіе обѣихъ областей, 165—167: опасности, происходящія отъ смѣшенія ихъ, 167—169.

ГЛАВА V.

Проблема естественнаго права . . . . . 170—220.

Причины возникновенія размышленій о естеств. правѣ, 170—171. Исторія развитія воззрѣній на ест. право: древнѣйшій періодъ; Греція, 171—173. Римъ, 173—174. Средніе вѣка; св. Ѳома, 174—176. Новое время; періодъ до Канта; общая характеристика, 176—178; господствующее мнѣніе о воззрѣніи писателей этого періода на отношеніе между правомъ естественнымъ и положительнымъ; его неправильность, 178; разсмотрѣніе ученій важнѣйшихъ представителей; Гоббсъ, 179; Спиноза, 179—180; Лейбницъ. 180—181; Гроцій, 181; Томазій. 181—182; Пуфендорфъ, 182; Локкъ. 182—183; причины возникновенія господствующаго мнѣнія: общая оцѣнка трудовъ писателей этого періода, 185. Конститутивная и нормативная функціи естественнаго права, 185—186. Кантъ: общій взглядъ на его философію; идея права, значеніе Канта въ исторіи философіи права, 186—189. Гегель: его воззрѣнія, 190—191. Исторія развитія воззрѣній на естеств. право послѣ Гегеля: отрицательное отношеніе къ естествен. праву; различные представители этого направленія: критика ихъ, 191—195: т. наз. возрожденіе естеств. права; достоинства и недостатки этого направленія, 195—198. Выводы изъ обозрѣнія исторіи, 198. Содержаніе естественно-правовой доктрины. 198; общія начала естественнаго права, 199; положенія, на которыхъ основано ученіе, 199—202. Взаимное отношеніе абсолютной идеи права и нравственности. 202—203

Страница.

Содержаніе абсолютной идеи права, 203—204. Реализація идеи и необходимость этой реализаціи. 204—206. Неправильныя мнѣнія въ современной наукѣ о сущности естеств. права, 206—207. Мнѣніе позитивистовъ о происхожденіи абсолютныхъ идей; критика его. 206—209. Недоразумѣнія, лежащія въ основѣ большей части возраженій противъ естеств. права, 209; оцѣнка возраженій противъ естеств. права при устраненіи этихъ недоразумѣній, 209—213. Теорія проф. Ященко, 213 215. Значеніе конститутивной функціи, 215—216; значеніе нормативной функціи. 217—220.

ГЛАВА VI.

Происхожденіе и развитіе права . . . . . 221—239.

Вопросъ о происхожденіи права; какъ возникли зародыши права въ примитивныхъ соціальныхъ образованіяхъ, 221—223; гипотезы о возникновеніи этическихъ нормъ въ болѣе сложныхъ общежитіяхъ, 222—223; рѣшеніе вопроса 223—226. Вопросъ о развитіи права; взглядъ, господствовавшій въ 17—18 ст., 226; историческая школа; ея предшественники; Гуго, 227; Савиньи, 227—229; Пухта, 229; возраженія противъ исторической школы до Іеринга. 229—230. Іерингъ; отношеніе его къ исторической школѣ; точки соприкосновенія со школой естествен права, 231—233; недостатки, 233—234. Разрѣшеніе вопроса о развитіи права; начала, участвующія въ этомъ развитіи, 234—235. Основныя тенденціи въ эволюціи права, 235. Соціальныя функціи права, 236. Взаимоотношеніе школы естественнаго права и исторической школы 236—237. Источники права, 237—239.

ЧАСТЬ II.

Теорія положительнаго права.

А) Объективная сторона права . . . . . 240—432.

ГЛАВА I.

Предварительныя понятія . . . . . 240—268.

Важность изученія формъ права: юридическая норма и нормативный фактъ, 240—241. Понятіе положительнаго

Страница.

права; его отношеніе къ понятію формъ права: его стороны. 241—142; вопросъ о пріоритетѣ субъективной и объективной стороны, 242—243. Понятіе формальнаго источника права; его отношеніе къ понятію формъ права, 243—244. Значеніе субъективнаго правосознанія; вопросъ объ оправданіи положительнаго права: цѣнныя стороны положительнаго права, 245—249.

Функціи юридическихъ нормъ; различныя мнѣнія въ наукѣ: мнимыя функціи: опредѣлительная, отрицательная, карательная и запретительная, 250—251. Вопросъ о дозволительной функціи, 252—254: значеніе ея, 255—256.

Элементы юридической нормы; нормы категорическія и гипотетическія: предположеніе и распоряженіе, 256—257. Формы предположенія: различіе предположеній по степени опредѣленности; дискреціонная власть, 257—260. Формы распоряженія; нормы диспозитивныя и прецептивныя, 260—261.

Санкція юридическихъ нормъ; leges perfectae: виды ничтожности дѣйствій; возстановленіе нарушеннаго права, 261—262; leges plu quam perfectae, minus quam perfectae, imperfectae, 263 — 264. Недостаточность охраны многихъ правъ личности, 264—265.

Адресатъ юридическихъ нормъ. Теорія Майера. Ея критика. 265—268.

ГЛАВА II.

Обычное право . . . . . 269—287.

Опредѣленіе; различіе юридическаго обычая отъ остальныхъ юридическихъ нормъ, 269. Вопросъ объ историческомъ пріоритетѣ обычнаго права, 269—270. Основные вопросы въ теоріи обычнаго права; теоріи о происхожденіи нормъ обычнаго права; ихъ критика, 270—271. Признаки юридическаго обычая; поправки Савиньи къ ученію Пухты, 271—272. Различныя формы „примѣненія“, мнѣніе о безсознательномъ творчествѣ юридическихъ обычаевъ; взаимное отношеніе обоихъ признаковъ юридич. обычая (генетическое и логическое), 272—274. Продолжительность времени для образованія обычая: вопросъ объ ошибкѣ; вопросъ

Страница.

о разумности и нравственности обычая. 274. Источникъ безусловно-обязательной силы обычая; старыя теоріи; ихъ критика; ихъ цѣнныя стороны. 275—277. Когда судья обязанъ оказывать защиту обычаю? теорія Кроме и др.; ея недостатки, 277—278. По какому признаку судья выдѣляетъ юридическіе обычаи; двѣ категоріи случаевъ, 278—279. Отношеніе обычнаго права къ закону въ современномъ государствѣ; три группы государствъ; вопросъ объ обычномъ правѣ въ Англіи; Россія, 279—280; неправильное примѣненіе юрид. обычаевъ судомъ, установленіе существованія обычая, 280—281. Дерогирующая сила обычая, 281. Три историческихъ періода взаимоотношенія обычая и закона: тенденція исторіи, 281—282. Воззрѣніе исторической школы: критика, 282—284. Мнѣніе о гибкости обычнаго права, 284—285; мнѣніе о его неопредѣленности; преимущества закона, 285—287.

ГЛАВА III.

Ученіе о законѣ . . . . . 288—365

Опредѣленіе: его анализъ, 288. Ученія, расширяющія понятіе закона; проф. Трубецкой; критика его воззрѣнія, 288—290. Ученіе проф. Петражицкаго; критика его господствующаго въ наукѣ мнѣнія о необходимыхъ признакахъ закона; оцѣнка этой критики, 290—295. Ученія расширяющія понятіе закона и стоящія на почвѣ господствующей теоріи права; ученіе о законахъ матеріальныхъ и формальныхъ; дѣленіе всѣхъ актовъ государственной власти съ внѣшней стороны; теорія Лабанда, 295—297. Теорія Дюги; ея цѣнныя стороны; можно ли назвать закономъ всякій актъ верховной власти, или всякій актъ законодательнаго учрежденія? недостатки теоріи Дюги и Лабанда, 297—300. Вопросъ объ индивидуальныхъ юридическихъ нормахъ; отличіе ихъ отъ актовъ, разрѣшающихъ конкретный случай, 300—302. Вопросъ объ основѣ обязательности закона; различныя теоріи; связь вопроса съ вопросомъ объ источникахъ права; недостатокъ формально-юридическихъ теорій, 302—304. Необходимыя условія, которымъ долженъ удовлетворять законъ, внутреннія и внѣшнія, 304—305. Ученіе о классификаціи законовъ. Законы основные и

обыкновенные, ихъ взаимное отношеніе: системы гибкой и неподвижной конституціи, 305—308. Преимущества неподвижной конституціи, 308: гарантіи конституціонности обыкновенныхъ законовъ: англо-американская система, 309—310; европейскій порядокъ, господствующее мнѣніе о немъ въ наукѣ и критика этого мнѣнія, 310—314. Законы общіе и мѣстные; понятіе общаго закона; источникъ мѣстныхъ законовъ; взаимоотношеніе общихъ и мѣстныхъ законовъ, 314—315; ихъ взаимоотношеніе съ точки зрѣнія исторіи культуры, 315—316. Законы общіе и спеціальные; отличіе спеціальныхъ законовъ отъ законовъ исключительныхъ; выводъ отсюда, 316—317. Взаимоотношеніе общихъ и спеціальныхъ законовъ, 317; примѣры неправильной терминологіи въ классификаціи законовъ, 317—318. Законы общіе и исключительные. Виды исключительныхъ законовъ; временные законы; индивидуальные законы: привилегіи и ихъ отличіе отъ спеціальныхъ законовъ, 318—320: справедливости привилегій, ихъ переходъ въ общія нормы, 320—321. Сепаратные законы, 321.

Гарантіи доброкачественности закона; къ чему онѣ направлены? 322—323. Процедура установленія закона. Инициатива; можно ли ее предоставить всѣмъ и каждому? право петицій и другія мѣры, 323—326. Обсужденіе закона; предварительная стадія; ея виды, ея значеніе, 326—328; окончательное обсужденіе; различныя формы организаціи законодательныхъ учрежденій; ихъ оцѣнка, 328—331; современные парламенты; ихъ темныя стороны; мѣры для парализованія этихъ сторонъ; двухпалатная система, 330—333. Утвержденіе закона; санкція; роль монарха; мнѣнія въ наукѣ объ этой роли, 333—335. Референдумъ, 336. Обнародованіе закона; промульгація; публикація; вступленіе въ силу; vacatio legis, 336—338.

Отмѣна закона; причины, обусловливающія необходимость отмѣны законовъ; формы отмѣны; всякій ли позднѣйшій законъ отмѣняетъ несогласный съ нимъ предшествующій? 339—341. Кодификація; фрагментарное законодательство; споры о пользѣ кодификаціи; условія для ея успѣшности; ея виды; новеллы; дѣйствующее русское законодательство, 341—344.

Страница.

Взаимное отношеніе разномѣстныхъ законовъ Территоріальный принципъ; чѣмъ обусловлены отступленія отъ прямолинейнаго его проведенія? Можно ли примѣнять иностранные законы при отсутствіи международнаго договора или спеціальнаго разрѣшенія законодателя? теорія, отрицательно рѣшающая этотъ вопросъ; ея аргументація; оцѣнка этой аргументаціи, 344—347. Въ какихъ случаяхъ судья долженъ примѣнять иностранные законы? неправильность термина „частное международное право“; принципы, конкуррирующіе съ территоріальнымъ принципомъ; статутарная теорія, 347—349. Теорія Савиньи. 349: юридическая конструкція примѣненія иностр. законовъ; теорія Коркунова, 349—350.

Взаимное отношеніе разновременныхъ законовъ; постановка вопроса: примѣры: вопросъ о примѣненіи уголовныхъ законовъ, 351—353: законы гражданскіе, 354; принципъ обратнаго бездѣйствія закона: вопросъ о пріобрѣтенныхъ правахъ; теоріи Шталя, Лассаля, Савиньи, 355—359.

Сущность пріобрѣтеннаго права: примѣры, 359—361; судебное право, 361—362.

Дѣйствіе закона по отношенію къ лицамъ. Исключенія изъ общаго принципа, 363—365.

ГЛАВА IV.

Субсидіарныя формы права . . . . . 366—409.

1. Юридическія нормы, издаваемыя въ порядкѣ управленія. Ихъ необходимость; терминологія, 366—368. Опредѣленіе; его анализъ; виды указовъ, 368—369. Основные вопросы въ теоріи указа. Вопросъ о функціяхъ государственной власти и отношеніе его къ вопросу о раздѣленіи властей, 368—370. Вопросъ объ оправданіи регламентарной дѣятельности правительства, 369—372. Основа обязательности указовъ: ихъ санкціи, 373—374. Взаимоотношеніе указа и закона, 374—375. Гарантіи подзаконности указовъ; административная юстиція, 375—378. Чрезвычайные указы, 378—379

2. Автономическія нормы. Желательно ли расширеніе указной дѣятельности мѣстной администраціи? Самоупра-

Страница.

вленіе; общественная и государственная теорія: смѣшеніе автономическихъ нормъ съ указами подчиненнаго управленія, 379—382. Отношеніе автономическихъ нормъ къ закону; контроль надъ законностью ихъ. 383—386. Законъ діалектическаго развитія автономнаго права; смѣшеніе автономическихъ нормъ съ мѣстными законами; автономная провинція и несуверенное государство. 386—389.

3. Наука, какъ формальный источникъ права. Воззрѣніе исторической школы; причина спорности вопроса въ настоящее время; значеніе науки для правовой жизни; связь между научными положеніями и правопорядкомъ. 390—392

4. Судебная практика. Аргументація ученыхъ, не признающихъ ее самостоятельной формой права: факты жизни: свидѣтельство исторіи, 392—394. Разборъ аргументаціи; значеніе прецедента; творческій характеръ судебной практики, 395—399. Судебная практика и обычное право; судебное рѣшеніе и норма судебной практики, 399—401. Значеніе касаціонныхъ рѣшеній, 401—402. Научныя теченія, требующія чрезвычайныхъ расширеній полномочій суда; разборъ этихъ теченій. 401—405.

5. Остальныя субсидіарныя формы права. Нормы, устанавливаемыя частными лицами и обществами; договоръ; возраженія противъ признанія этихъ нормъ и договоровъ особой формой права; несостоятельность возраженій, 406—408. Административная и парламентская практика; преторскій эдиктъ; количество формъ права и ихъ значеніе, 408—409.

ГЛАВА V.

Примѣненіе юридическихъ нормъ . . . . . 410—432.

Критика высшая и низшая; входитъ ли въ задачу критики исправленіе текста нормъ? 410—412. Толкованіе. Отрицательное отношеніе къ толкованію. Задача толкованія; воля законодателя, какъ задача толкованія, 412—415. Смыслъ закона, какъ задача толкованія, 415—416. Новѣйшія теченія въ ученіи о толкованіи, 416—417. Двѣ стадіи толкованія, 417—418. Источники толкованія; вопросъ о пользованіи внѣшними источниками, 418—420. Пріемы толкованія; логическая связь съ другими нормами; систе-

Страница.

матическій пріемъ: выясненіе основанія закона; ratio juris; ratio legis; историческое основаніе, 420—423. Пользованіе источниками толкованія при различныхъ пріемахъ; стеченіе различныхъ основаній, 423. Результаты реальнаго толкованія. Ограничительное, распространительное, изъяснительное и исправляющее толкованіе, 423—425. Восполненіе пробѣловъ въ правѣ. Вопросъ о существованіи пробѣловъ въ положительномъ правѣ; творческая роль суда; естественное право, 425—427. Логическое развитіе матеріала положительнаго права. Argumentum a contrario; его необходимыя условія. Аналогія; распространенное заблужденіе относительно аналогіи; разграниченіе аналогіи отъ заключенія по противоположности; аналогія и распространительное толкованіе; т. наз. аналогія права; аналогія въ уголовномъ правѣ, 427—432.

ЧАСТЬ III.

Теорія положительнаго права.

B) Субъективная сторона права . . . . . 433—472.

ГЛАВА I.

Ученіе о юридическомъ отношеніи и о субъективномъ правѣ . . . . . 433—472.

Бытовыя отношенія; ихъ связь съ юридическими отношеніями; конкретныя и абстрактныя юридическія отношенія; юридическій бытъ; юридическій институтъ, 433—435. Значеніе бытовыхъ отношеній для правопорядка; мнѣніе Петражицкаго; типы юридическихъ отношеній; связь между ученіями о субъективной и объективной сторонахъ права, 435—439. Субъективное право; спорность вопроса; теоріи воли; теорія интереса, 435—441. Теоріи свободы; понятія интереса и власти въ ихъ отношеніи къ теоріи свободы, 441—443. Проявленія субъективнаго права; правомочіе; притязаніе; искъ; другіе способы обращенія управомоченнаго къ государству для защиты правъ, 443—446.

Теоріи, признающія юридическія отношенія только между людьми; критика этихъ теорій, 446—449. Значеніе обя-

Страница.

занности въ правовой жизни; монизмъ объективнаго права; остальныя теоріи, признающія самостоятельный характеръ обязанностей, 449—450. Теорія Іеринга о троякомъ эффектѣ субъективнаго права; ея критика. 450—453. Вопросъ о публичныхъ субъективныхъ правахъ: теоріи отрицающія ихъ бытіе; рефлексы объективнаго права; неправильность съуженія понятія субъективнаго права; существуетъ ли принципіальное различіе между публичными и частными субъективными правами? 453—460. Взаимная обусловленность правъ и обязанностей; равенство формальное и матеріальное; равенство исходнаго пункта: бабувизмъ; критика направленій, имѣющихъ тенденцію къ матеріальному равенству, 460—465; историзмъ и соціологизмъ, морализирующіе юристы; ихъ предсказанія и утвержденія; оцѣнка, 465—468. Вопросъ о прирожденныхъ правахъ; связь его съ проблемой естественнаго права; заблужденія у представителей ученій о прирожденныхъ правахъ; причины этихъ заблужденій; прирожденныя права и положительное право, 468—471. Составъ юридическихъ отношеній, 471—472.

ГЛАВА II.

Субъектъ юридическихъ отношеній . . . . . 473—508.

Теоріи, расширяющія кругъ субъектовъ юридич. отношеній; ихъ критика; понятіе личности и понятіе субъекта юридич. отношеній, 473—475. Правоспособность и дѣеспособность; ихъ виды и взаимное отношеніе, 476—477. Спеціальная правоспособность и ея ограниченія, 478—483. Совпаденіе правоспособности и субъективнаго права; живые люди, какъ субъекты права, 483—485. Проблема юридическихъ лицъ, Теорія Савиньи; ея критика; теорія Бринца; критика; теорія Іеринга; критика; теорія германистовъ, 485—490. Теоріи, вычеркивающія изъ науки понятіе юридическаго лица; ихъ критика; нѣкоторыя данныя для рѣшенія проблемы, 490—493. Вопросъ объ учрежденіяхъ; двѣ противоположныя теоріи; теорія Регельсбергера, 493—497; кто является субъектомъ правъ учрежденія? фабрики, заводы, магазины и т. п., 497—499. Необходимыя условія для бытія юридическихъ лицъ, 409—500. Право- и

Стракица.

дѣеспособность юридическихъ лицъ, представители и органы юридическихъ лицъ. 500—503. Деликтоспособность юридич лицъ; уголовная отвѣтственность. 503—506. Виды юридич. лицъ. 506—507. Возникновеніе и прекращеніе юрид. лицъ. 507—508

ГЛАВА III.

Объектъ юридическихъ отношеній . . . . . 509—530.

Понятіе; монистическія теоріи: ихъ критика, 509—511 Объектъ правъ и экономическое понятіе о благахъ, 511. Классификація объектовъ. Собственная личность субъекта. 511—514. Вещи, сомнѣнія относительно терминологіи; „безтѣлесныя вещи“; подраздѣленія вещей“: вопросъ о субъективныхъ правахъ, какъ объектахъ, 514 — 519. Поведеніе людей. Формы поведенія; т. наз. отрицательныя дѣйствія; классификація дѣйствій. 519—524 Люди, какъ объекты юридическихъ отношеній; разсмотрѣніе вопроса de lege lata; теоріи, расширяющія категорію этихъ объектовъ, 524—528. Разсмотрѣніе вопроса de lege ferenda. 528—529. Объектъ преступленія, 529—530.

ГЛАВА IV.

Классификація субъективныхъ правъ . . . . . 531—571.

Общее дѣленіе, 531. Права абсолютныя и относительныя, 531—532. Дѣленіе правъ по содержанію. Личныя права; ихъ виды; ихъ значеніе, 532—534. Вещныя права; ихъ сущность. Собственность; ея ограниченія; воззрѣнія на собственность, какъ на историческую категорію; критика этихъ воззрѣній; сущность и значеніе собственности, 534—542. Наслѣдство: вопросъ о сущности наслѣдств. права: споры de lege ferenda; исторія наслѣдственнаго права, 453—545. Обязательственныя права. Договоръ; вопросъ объ основѣ его обязательности; воззрѣнія на договоръ, какъ на историческую категорію; критика этихъ воззрѣній; природа обязательственныхъ правъ; договоры между государствомъ и частными лицами, 546—552. Права власти; ихъ виды; ихъ природа. семейныя права; права въ отношеніяхъ государственной службы, 552—555. Дѣленіе субъ-

Страница.

ективныхъ правъ по характеру: международное право, вопросъ о различіи публичныхъ и частныхъ правъ. 555—558 Теоріи матеріальныя: ихъ критика. 558—560 Теоріи формальныя: ихъ критика, 560—562. Дѣленія по субъектамъ. 562—563. Установленіе различія и его основанія: критика мнѣній, отрицающихъ принципіальное различіе. 564—568 Отдѣльные виды частныхъ и публичныхъ правъ, 568—571.

ГЛАВА V.

Динамика юридическихъ отношеній. . . . . . 572—604

Юридическіе факты: ихъ свойство, различіе между юридическимъ фактомъ и юридич отношеніемъ, 572—575. Способы возникновенія правъ. 575—576. Юридическія фикціи и презумпціи, 576—579. Виды и характеръ юрид фактовъ; опредѣленіе. 579—580. Классификація юридич фактовъ. Юридич. факты согласные съ правопорядкомъ: сдѣлки: распоряженія: акты должностныхъ лицъ; условія совершенія юрид. актовъ, 580—584. Юридич факты не согласные съ правопорядкомъ: понятіе вины. Правонарушеніе; его понятіе: правонарушеніе какъ нарушеніе субъективныхъ правъ; теоріи, видящія сущность правонарушенія въ нарушеніи юридическихъ нормъ; ихъ критика, 584—590. Классификація правонарушеній. Сущность правонарушенія. Правонарушенія гражданскія, 590—591. Правонарушенія административныя, 592. Правонарушенія уголовныя: вопросъ о разграниченіи уголовныхъ и гражданскихъ правонарушеній, 593—595. Международныя правонарушенія, 595—597. Защита правъ и гарантіи правопорядка. Соціальныя гарантіи: политическія гарантіи, 597—600. Юридическія гарантіи; сущность ихъ; административная юстиція; принципъ, лежащій въ ея основаніи; реализація этого принципа въ положительномъ правѣ; роль суда въ государственной жизни, 600—604

ВВЕДЕНІЕ.

Предметъ науки, ея задачи и методы.

§ 1. Современный правопорядокъ представляетъ собою чрезвычайно сложную систему, цѣлый своеобразный міръ явленій, самымъ непосредственнымъ образомъ связанныхъ съ жизнью людей. Длинный рядъ спеціальныхъ наукъ изучаетъ этотъ міръ, свидѣтельствуя о богатствѣ его содержанія, о сложности и безконечной разнообразности входящихъ въ его составъ вопросовъ. Представители спеціальныхъ юридическихъ наукъ разрабатываютъ отдѣльныя части этого огромнаго организма.

При первомъ взглядѣ на правовую жизнь, на отдѣльныя науки, изучающія эту жизнь, можетъ получиться впечатлѣніе хаоса, но болѣе внимательное наблюденіе наводитъ на мысль, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ областью явленій однородныхъ, связанныхъ общими началами, представляющихъ одно гармоническое цѣлое. Отсюда логическая незбѣжность такой науки, которая ставила бы себѣ задачей изученіе не какой нибудь одной части явленій правовой жизни, а всей совокупности этихъ явленій въ ихъ органическомъ единствѣ, которая стремилась бы найти гармонію въ кажущемся хаосѣ разрозненныхъ спеціальныхъ наукъ.

§ 2. Для возникновенія такой науки, удовлетворяющей основному стремленію разума, стремленію къ единству, необходимы два условія: 1) нужно, чтобы накопился разнохарактерный юридическій матеріалъ, требующій объединенія, т. е. необходимо, чтобы развились отдѣльныя спеціальныя юридическія науки, и 2) нужна основа, на которой можно было бы объединить эти спеціальныя науки въ одно гармоническое цѣлое.

Само собою разумѣется, что каждое изъ этихъ условій требуетъ для своего появленія значительнаго періода подготовительной работы. И если въ настоящее время мы имѣемъ первое изъ этихъ условій, то относительно второго очень многое еще предстоитъ сдѣлать. Отсюда понятно, что наша наука появляется сравнительно поздно; отсюда понятно, что изъ всѣхъ юридическихъ наукъ она является наименѣе разработанной и возбуждаю-

щей наибольшее количество спорныхъ вопросовъ. Въ результатѣ мы видимъ, что въ то время, какъ между представителями спеціальныхъ юридическихъ наукъ достигнуто соглашеніе по цѣлому ряду капитальныхъ вопросовъ, не говоря уже о вопросахъ мелкихъ, въ нашей наукѣ почти всѣ главные вопросы являются спорными*).

§ 3. И прежде всего возбуждаются споры относительно самаго названія нашей науки. Существуютъ названія: энциклопедія права, общая теорія права и философія права Что это: разныя науки, или разныя точки зрѣнія не одну и ту-же науку, различныя направленія въ разработкѣ одной науки?

Есть ученые, утверждающіе, что здѣсь мы имѣемъ три различныя науки съ различными предметами, задачами и методами. Но если мы сравнимъ между собою энциклопедію права, общую теорію права и философію права, то увидимъ, что всѣ онѣ возникли на почвѣ одной и той-же указанной выше потребности, а именно потребности въ гармоническомъ объединеніи всей совокупности юридическихъ знаній, всѣ онѣ стремятся удовлетворить эту потребность. Далѣе мы видимъ, что всѣ онѣ имѣютъ одинъ и тотъ же предметъ, а именно: правовую жизнь во всей ея совокупности и полнотѣ, какъ гармонически единое цѣлое.

Различны лишь задачи, которыя ставятъ себѣ названныя дисциплины и различны методы обработки изучаемаго ими предмета. Но изъ того, что научныя задачи можно съуживать и расширять, изъ того, что научный матеріалъ можно разрабатывать тѣмъ или инымъ методомъ, вовсе не слѣдуетъ, что существуетъ столько отдѣльныхъ наукъ, сколько есть задачъ и методовъ. И если въ академическомъ преподаваніи можно, а нерѣдко и должно, изъ одной науки дѣлать цѣлый рядъ отдѣльныхъ курсовъ для изложенія съ каѳедры, если отдѣльные ученые разрабатываютъ одну науку съ разныхъ точекъ зрѣнія, отъ этого наука не потеряетъ своего единства, не раздробится на рядъ

---

*) Впрочемъ нельзя не замѣтить, что очень часто спорность вопроса является только кажущейся. При ближайшемъ изученіи оказывается, что каждая изъ теорій заключаетъ въ себѣ долю истины, такъ что возможенъ высшій синтезъ различныхъ, казалось бы исключающихъ другъ друга воззрѣній. Къ сожалѣнію многіе ученые сами виноваты въ обостреніи разногласій: вмѣсто того, чтобы въ каждой теоріи прежде всего искать заключающейся въ ней доли истины, они (въ особенности у насъ) прежде всего съ большою энергіей отыскиваютъ недостатки, подвергая ихъ рѣзкой критикѣ.

отдѣльныхъ наукъ: рѣшающее значеніе имѣетъ единство предмета.

§ 4. Обращаясь къ интересующему насъ вопросу, мы увидимъ, что энциклопедія права, общая теорія права и философія права представляютъ собою одну и ту-же науку и различаются между собою лишь постановкой своихъ задачъ и методами разработки. Эти задачи и методы наиболѣе просты и несложны въ энциклопедіи права, несравненно глубже, шире и сложнѣе въ общей теоріи права и достигаютъ высшей степени въ философіи права. Такимъ образомъ мы имѣемъ не три отдѣльныхъ науки, а три направленія въ разработкѣ одной и той же науки.

§ 5. Что такое *энциклопедія права?* Это—краткое изложеніе всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ. Ея задача: свести весь огромный, необозримый матеріалъ спеціальныхъ наукъ къ чисто-внѣшнему единству, изложить его сжато, отчетливо для предварительнаго ознакомленія и для оріентированія Кромѣ этой цѣли энциклопедія права имѣетъ чисто-учебную цѣль: служить введеніемъ въ изученіе юридическихъ наукъ.

Посмотримъ, пригодна ли энциклопедія для этой послѣдней цѣли. Безспорно, представляется очень важнымъ для цѣлей академическаго преподаванія прежде чѣмъ приступать къ изученію отдѣльныхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, усвоить рядъ основныхъ понятій, общихъ всѣмъ этимъ наукамъ, ознакомиться съ правовой жизнью въ ея цѣломъ, почувствовать ея единство, изучить общій видъ и планъ грандіознаго зданія права, чтобы затѣмъ начать изученіе деталей.

Но сдѣлать это при помощи энциклопедіи права нельзя: она даетъ краткія свѣдѣнія о всѣхъ деталяхъ зданія, о всѣхъ частяхъ, всѣхъ сторонахъ жизни права, а посему и не можетъ дать самаго важнаго, а именно—знанія основныхъ принциповъ, сообщающихъ единство и гармонію этой жизни. Изъ знанія отдѣльныхъ частей вовсе не вытекаетъ знаніе цѣлаго, какъ единаго организма.

Еще крупный порокъ энциклопедіи права, какъ учебнаго предмета: ея краткое, конспективное изложеніе можетъ принести скорѣе вредъ, чѣмъ пользу.

Любая спеціальная юридическая наука, требующая для своего изученія большой работы, теряетъ свой характеръ, если ее изложить кратко въ соотвѣтствующемъ отдѣлѣ энциклопедіи: она представляется чрезвычайно легкой, поверхностной. Но если даже взять лучшіе образцы энциклопедій, то и тогда изученіе спеціальныхъ

наукъ по нимъ можетъ принести вредъ: студенту даются результаты, выводы, и не дается тотъ матеріалъ, на основаніи котораго достигнуты эти результаты, студентъ лишенъ возможности продѣлать всю внутреннюю духовную работу, весь процессъ мысли, который привелъ къ тому или иному результату. Такимъ образомъ получится поверхностное знаніе, съ чужихъ словъ, знаніе, которое такъ-же скоро улетучится, какъ скоро оно было пріобрѣтено, знаніе, отъ котораго до газетной болтовни только одинъ шагъ. Нечего и говорить, что при подобнаго рода занятіяхъ умъ развращается, пріучается скользить по верхушкамъ, отвыкаетъ отъ серіозной, строго-научной работы.

§ 6. А если мы будемъ разсматривать энциклопедію съ чисто-научной точки зрѣнія, то придемъ къ выводу, что она не имѣетъ права называться наукой. И понятно почему: она не имѣетъ своего предмета. Вѣдь все то, о чемъ *кратко* говорится въ энциклопедіи, излагается *подробно* въ отдѣльныхъ спеціальныхъ наукахъ; самостоятельнаго содержанія у энциклопедіи не остается.

Отсюда выводъ: передъ энциклопедіей права должны быть закрыты двери университета. Ее можно преподавать, какъ учебный предметъ въ среднихъ учебныхъ заведеніяхъ, но для такого преподаванія вовсе не нужно быть профессоромъ. Энциклопедія права представляетъ собою низшую ступень развитія науки, ступень весьма несовершенную —Но не надо думать, что это направленіе окончательно сдано въ архивъ науки: до послѣдняго времени въ германской наукѣ появляются работы энциклопедическаго характера (напр. *Меркель* „Юридическая энциклопедія“, *Колеръ* „Введеніе въ науку права“), въ нѣмецкихъ университетахъ читаются курсы введенія въ науку права, носящіе такой же характеръ, наконецъ въ большихъ курсахъ общей теоріи и философіи права попадаются отдѣлы съ энциклопедическимъ изложеніемъ спеціальныхъ наукъ.

Нерѣдко можно встрѣтить курсы, озаглавленные „энциклопедія права“, а на самомъ дѣлѣ представляющіе собою общую теорію права (напр. курсъ проф. Н. К. Ренненкампфа), или философію права (напр. курсъ кн. Е. Н. Трубецкого). Отчасти это можно объяснить существованіемъ оффиціальнаго названія нашей науки, но во всякомъ случаѣ оправдать такой терминологіи нельзя. Въ настоящее время у насъ никто энциклопедіи права съ каѳедры не излагаетъ.

§ 7. Гораздо болѣе высокую ступень по широтѣ своихъ задачъ и научной цѣнности своихъ результатовъ занимаетъ то направленіе нашей науки, которое можно характеризовать терминомъ *общая теорія права*.

Предметъ ея точно также, какъ и предметъ энциклопедіи — вся совокупность юридическихъ знаній, вся правовая жизнь, какъ одно цѣлое. Но предметъ этотъ общая теорія права разрабатываетъ съ другихъ точекъ зрѣнія, ставитъ себѣ другія задачи.

Она изучаетъ понятія, общія всѣмъ юридическимъ наукамъ, лежащія въ основѣ всѣхъ спеціальныхъ наукъ. Эти понятія и являются тѣмъ, что связываетъ въ одно цѣлое всѣ отдѣльныя науки, что сообщаетъ имъ внутреннее единство, что служитъ имъ необходимымъ фундаментомъ.

Здѣсь уже мы имѣемъ совершенно самостоятельную область вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію, мы имѣемъ самостоятельный предметъ, а слѣдовательно имѣемъ и самостоятельную науку. Это уже не краткій пересказъ *того-же*, о чемъ подробно говорится въ спеціальныхъ наукахъ, а напротивъ, это изслѣдованіе такихъ вопросовъ, которыми ни одна спеціальная наука не можетъ заниматься.

Каждый представитель спеціальной юридической науки предполагаетъ, что вопросы общей теоріи права уже рѣшены. Этими вопросами онъ не занимается, да и не можетъ заниматься, потому что иначе ему пришлось бы оставить работу въ своей области. Цѣлый рядъ понятій онъ принимаетъ на вѣру, кладетъ ихъ въ основу своихъ спеціальныхъ изслѣдованій. Возьмемъ, напр., основное для всѣхъ юридическихъ наукъ понятіе *права*: ни цивилистъ, ни криминалистъ, ни публицистъ, ни полицеистъ не изслѣдуютъ этого понятія И если до сихъ поръ мы находимъ въ отдѣльныхъ юридическихъ наукахъ изложеніе нѣкоторыхъ общихъ вопросовъ права, то это объясняется неразработанностью нашей науки, спорностью большинства ея положеній, а также и несовершенствомъ спеціальныхъ наукъ, сплошь и рядомъ не дающихъ себѣ отчета о своихъ границахъ*).

---

*) У насъ очень нерѣдко можно встрѣтить въ курсахъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ подробныя изложенія общихъ вопросовъ права; въ особенности этимъ грѣшатъ курсы гражданскаго, государственнаго и уголовнаго права Правда, нѣкоторые ученые признаютъ, что эти вопросы не входятъ въ компетенцію ихъ науки, но оправдываютъ такіе экскурсы тѣмъ, что „прежде чѣмъ изучать *русское* государственное право, надо предварительно знать, что такое

§ 8. Изслѣдованіе основныхъ, общихъ вопросовъ права предполагаетъ и особый складъ ума, и особыя научныя симпатіи, а главное—особую, спеціальную подготовку, которой часто не обладаютъ представители отдѣльныхъ наукъ. Съ другой стороны каждая спеціальная юридическая наука ставитъ передъ своимъ представителемъ такую массу задачъ, предлагаетъ ему такой огромный матеріалъ для разработки, что брать на себя еще лишнія задачи, вводить въ свою науку посторонній матеріалъ было-бы не только загроможденіемъ науки излишнимъ балластомъ, но и серіознымъ препятствіемъ для ея прогреса. Ко всему этому надо добавить, что общіе вопросы права сплошь и рядомъ излагаются въ спеціальныхъ юридическихъ наукахъ односторонне, поверхностно, а нерѣдко и безусловно неправильно**).

Итакъ общая теорія права ставитъ себѣ задачу: построить логически законченную систему понятій, лежащихъ въ основѣ всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ и обобщить всѣ результаты этихъ наукъ въ одно гармоническое цѣлое, проникнутое не внѣшнимъ только, но и внутреннимъ единствомъ. Къ этому добавляется еще одна задача, а именно: изучить методы, при помощи которыхъ разрабатываются спеціальныя науки. Что эта послѣдняя задача не входитъ въ область ни одной изъ спеціальныхъ наукъ, совершенно очевидно: вопросы методологіи являются общими для всѣхъ наукъ.

§ 9. Сдѣланная выше характеристика того направленія нашей науки, которое называется общей теоріей права, оказывается неполной. Необходимо отмѣтить, что представители этого направленія считаютъ единственно пригоднымъ матеріаломъ для своихъ построеній только положительное право и отдѣльныя спеціальныя юридическія науки. При этомъ одни ученые признаютъ, что возможны и вполнѣ законны другія точки зрѣнія на правовую жизнь

государство и право". Но, будучи послѣдовательнымъ, надо признать, что курсъ гражданскаго процесса можетъ читать чистый математикъ: стоитъ только признать классификацію наукъ О. Конта и тогда можно объявить студентамъ, что прежде чѣмъ изучать процессъ, надо знать гражданское, государственное право и общую теорію права; но предварительно надо знать соціологію, а для того, чтобы знать соціологію, надо знать біологію; знаніе біологіи предполагаетъ знаніе физики, химіи и т. д. и наконецъ дойдемъ до математики.

**) Весьма характерно признаніе крупнаго ученаго цивилиста *Регельсбергера*, что благодаря изложенію общихъ вопросовъ права въ курсахъ т. наз. пандектнаго права, эти вопросы получаютъ одностороннее освѣщеніе. („Общее ученіе о правѣ". 1897 г. стр. 2).

въ ея цѣломъ, что при этихъ другихъ точкахъ зрѣнія можно привлечь и другой матеріалъ, кромѣ указаннаго выше, можно ставить и другія задачи, кромѣ тѣхъ, которыя ставитъ себѣ общая теорія права. Но все это по ихъ мнѣнію не входитъ въ компетенцію общей теоріи права, а можетъ быть разрабатываемо въ особой дисциплинѣ.

Другіе ученые относятся вполнѣ отрицательно къ только что указаннымъ попыткамъ расширенія границъ общей теоріи права. Наука, говорятъ они, должна быть наукой точной, положительной, независимой отъ какого бы то ни было субъективизма. Она должна только изучать то, что есть и отказаться какъ отъ оцѣнки существующаго, такъ и отъ построенія идеаловъ.

Такимъ образомъ то направленіе нашей науки, которое называется общей теоріей права, можетъ быть характеризовано, какъ позитивизмъ, релятивизмъ и реализмъ.

§ **10.** Наконецъ, третье направленіе нашей науки, *философія права*, подписываясь подъ всѣмъ тѣмъ, что признаетъ общая теорія права, признавая и ея научный матеріалъ, и ея задачи, и ея методы, находитъ, что *этого еще не достаточно*. Философія права не довольствуется приведеніемъ въ гармонически стройную систему того матеріала, который даетъ положительное право и спеціальныя юридическія науки. Она ставитъ себѣ новую задачу: познать глубочайшую сущность того явленія соціальной жизни, которое называется правомъ, *связать это явленіе съ міровымъ разумно-этическимъ порядкомъ*. Очевидно, что для разрѣшенія этой задачи недостаточно матеріала, которымъ располагаетъ общая теорія права. Поэтому философія права широко пользуется данными другихъ наукъ, кромѣ юридическихъ, и прежде всего —данными общей философіи (въ особенности—метафизики и этики).

А изъ этого логически-неизбѣжно вытекаетъ другая новая задача философіи права: *дать оцѣнку явленіямъ правовой жизни съ точки зрѣнія высшихъ разумно-этическихъ началъ*, указать идеалы, къ которымъ должно стремиться право. И само собою разумѣется, что для разрѣшенія этихъ задачъ философія права должна выйти изъ границъ чисто юридической области, она должна подняться надъ положительнымъ правомъ и надъ обобщеніями спеціальныхъ наукъ: вѣдь критеріи для оцѣнки не могутъ быть заимствуемы изъ самаго изучаемаго явленія.—Такимъ образомъ въ отличіе отъ общей теоріи права философія права работаетъ подъ знаменемъ метафизики и идеализма; она отвергаетъ ре-

лятивизмъ общей теоріи права и учитъ, что существуютъ абсолютныя начала, на основаніи которыхъ можно сдѣлать принципіальную оцѣнку правовыхъ явленій.

§ 11 Только что сказанное приводитъ насъ къ вопросу о предметѣ и задачахъ общей философіи. Разсмотрѣніе этого вопроса тѣмъ болѣе необходимо, что мы только такимъ путемъ можемъ выяснить значеніе устанавливаемыхъ философіей абсолютныхъ началъ и производимыхъ на основаніи этихъ началъ оцѣнокъ. Другими словами, мы рѣшимъ вопросъ о научномъ характерѣ философіи права, мы отвѣтимъ на вопросъ: законно ли съ научной точки зрѣнія то расширеніе задачъ и матеріала, которое отличаетъ философію права отъ общей теоріи права.

Итакъ,—что такое философія, каковъ ея предметъ, ея задачи?

Если мы посмотримъ, какіе отвѣты давались на эти вопросы въ разные времена различными мыслителями, то первое впечатлѣніе можетъ получиться самое безотрадное. Мы видимъ массу всевозможныхъ опредѣленій, сплошь и рядомъ противоположныхъ другъ другу. Тутъ есть и полное отожествленіе философіи съ наукой, и полное отрицаніе за философіей научнаго характера; тутъ есть и чрезвычайное расширеніе предмета и задачъ философіи, и чрезвычайное ихъ съуженіе; тутъ есть и приписываніе философіи исключительно теоретическаго характера, и, наоборотъ, чрезвычайно рѣзкое подчеркиваніе ея исключительно практическаго характера; наконецъ тутъ есть и весьма высокая оцѣнка философіи, какъ наивысшаго проявленія духовной жизни человѣка, и, наоборотъ, безусловно отрицательное отношеніе къ ней, какъ къ низшей формѣ духовной жизни сравнительно съ наукой. Философія есть наука о первоосновахъ міра; философія есть фантазированіе въ понятіяхъ; философія есть теорія знанія; философія есть обобщеніе выводовъ всѣхъ частныхъ наукъ; философія есть ученіе о мірѣ, какъ цѣломъ; философія есть ученіе о принципахъ абсолютной оцѣнки; философія есть ученіе о смыслѣ жизни и о принципахъ человѣческаго поведенія; метафизика есть основная, важнѣйшая часть философіи; метафизика есть нелѣпость, и т. д., и т. д. Какъ разобраться въ этомъ хаосѣ мнѣній?

§ 12. Исходнымъ пунктомъ для разрѣшенія нашего вопроса должна служить *исторія философіи*. Такой науки не могло бы существовать, если бы мы не имѣли безспорнаго критерія, на основаніи котораго мы данное произведеніе человѣческой мысли относимъ къ области философіи, даннаго писателя характеризу-

емъ, какъ философа. Очевидно, есть общія черты, роднящія между собою множество разнохарактерныхъ воззрѣній на философію. Такими общими чертами являются: 1) стремленіе получить *единую, гармоническую систему всѣхъ нашихъ знаній* и 2) стремленіе выработать *законченное полное міровоззрѣніе*, которое могло бы служить надежнымъ руководителемъ всей жизни и дѣятельности человѣка. Отъ преобладанія одного изъ этихъ стремленій и отъ способовъ для достиженія ихъ зависитъ главнымъ образомъ все разнообразіе мнѣній о предметѣ и задачахъ философіи. Напр., и взглядъ на философію, какъ на обобщеніе результатовъ всѣхъ частныхъ наукъ (т. наз. положительная философія), и взглядъ на нее, какъ на науку о первоосновахъ міра,—оба являются результатами перваго изъ указанныхъ стремленій: позитивистъ думаетъ, что онъ получитъ единую, гармоническую систему всѣхъ нашихъ знаній путемъ соединенія результатовъ частныхъ наукъ, метафизикъ убѣжденъ, что цѣли этой онъ достигнетъ только путемъ познанія первоосновъ, дающихъ смыслъ и значеніе всѣмъ частностямъ.

§ 13. Исторія философіи свидѣтельствуетъ намъ, что размышленія человѣка надъ окружающимъ міромъ и стремленіе понять этотъ міръ, какъ единое цѣлое, начались въ глубочайшей древности. Эта древность въ лицѣ индійской и египетской религіозной философіи оставила человѣчеству такое богатое наслѣдство, что оцѣнить его по достоинству является непосильной задачей для большинства ученыхъ. Этотъ первый періодъ исторіи человѣческой мысли характеризуется полнымъ единствомъ духовной жизни: всѣ области ея были слиты на одной общей религіозно-метафизической основѣ и о противоположеніи понятій философіи и науки не могло быть и рѣчи. Хранителями всѣхъ духовныхъ богатствъ были только посвященные; только этой небольшой группѣ и было доступно знаніе.

Въ Греціи, съ которой обыкновенно принято начинать исторію философіи*), понятія философіи и науки были тождественными: метафизическія размышленія не отличались принципіально отъ всѣхъ остальныхъ видовъ знанія.

§ 14. Далѣе мы видимъ, что изъ этой единой основы начинаютъ постепенно выдѣляться отдѣльныя спеціальныя науки, такъ

*) Порядокъ этотъ неправиленъ, т. к. мы только что видѣли, что философія существовала за много тысячелѣтій до начала греческой исторіи, и притомъ такая философія, передъ глубиной которой блѣднѣютъ творенія Платона и Аристотеля.

что философія мало по малу теряла одну за другою части своего содержанія. Процессъ этого выдѣленія продолжается до послѣдняго времени и, напр., психологія на нашихъ глазахъ изъ составной части философіи преобразуется въ самостоятельную спеціальную науку —Этотъ фактъ приводится какъ аргументъ противъ философіи: все ея содержаніе распредѣляется (или должно распредѣлиться) между спеціальными науками и на долю философіи ничего не остается. Кромѣ того ссылаются на рядъ крупныхъ ошибокъ, допущенныхъ нѣкоторыми философами въ области вопросовъ, разработанныхъ спеціальными науками; на параллель между блестящимъ развитіемъ естествознанія и техники во 2-й половинѣ 19 вѣка и упадкомъ философіи; на очевидный прогрессъ спеціальныхъ наукъ наряду съ застоемъ философіи,—и все это приводятъ, какъ факты, свидѣтельствующіе противъ философіи. Даже среди самихъ философовъ раздавались голоса, утверждавшіе, что жизнь философіи прекратилась и отнынѣ имѣетъ право на существованіе только исторія философіи.

§ **15**. И однако сами представители отрицательнаго отношенія къ философіи чувствовали потребность въ объединенномъ знаніи. Они не могли не замѣтить двухъ сторонъ того сложнаго цѣлаго, которое называется міромъ: 1) множества и безконечнаго разнообразія отдѣльныхъ его проявленій и 2) единства и однообразія существенныхъ его началъ. Спеціальныя науки изучаютъ первую изъ этихъ сторонъ, удовлетворяютъ одной потребности нашего духа. А что же должно удовлетворить другой потребности нашего духа, потребности найти общее въ частномъ, свести все многообразіе явленій бытія къ единству?

И вотъ предлагаютъ для этого т. наз. позитивную философію: обобщенія всѣхъ спеціальныхъ наукъ должны подвергаться дальнѣйшей обработкѣ для полученія наивысшихъ обобщеній; частные принципы спеціальныхъ наукъ должны быть сведены такимъ образомъ къ небольшому количеству общихъ принциповъ. При этомъ, что самое важное,—надо отказаться отъ познанія сущности вещей, отъ познанія всего того, что недоступно точному наблюденію и опыту, отъ познанія сверхчувственнаго. Единственной задачей науки должно быть *изученіе явленій* съ цѣлью открытія ихъ законовъ; а слѣдовательно задачей „позитивной“ (или „научной“) философіи должно быть сведеніе всѣхъ частныхъ законовъ къ возможно меньшему количеству основныхъ законовъ.

§ **16.** Для оцѣнки этого направленія мысли необходимо замѣтить слѣдующее Исходя изъ частнаго, мы никогда не можемъ получить общаго. Сумма обобщеній спеціальныхъ наукъ можетъ дать лишь механическое единство, лишенное самостоятельной жизни, самостоятельнаго органическаго характера. Вѣдь при такой „философіи“ *цѣлое возникаетъ изъ частей*, оно вполнѣ обусловлено этими частями; только части и имѣютъ самостоятельное содержаніе, самостоятельное ябытіе. Поэтому *съ измѣненіемъ частей измѣняется и цѣлое. пассивно отражая всѣ эти измѣненія.* Такимъ образомъ изъ отмѣченныхъ выше двухъ сторонъ міра, которыя чувствуются каждымъ человѣкомъ, остается только одна первая. Для удовлетворенія запросовъ нашего духа, вызываемыхъ второю стороной, ничего нѣтъ, т. к. въ „наивысшія обобщенія“, о которыхъ говоритъ„ позитивная философія“, представляютъ собою самообманъ.

§ **17.** Далѣе. Намъ говорятъ, что мы должны отказаться отъ познанія сверхчувственнаго, отъ познанія сущности вещей, а должны удовлетвориться изученіемъ явленій и ихъ законовъ. Другими словами, человѣкъ долженъ отказаться отъ глубочайшихъ запросовъ своего духа *и изучать одну поверхность міра.* Онъ долженъ удовольствоваться тѣмъ, что зарегистрируетъ явленія и подмѣтитъ, въ какомъ порядкѣ онѣ совершаются. Его долженъ интересовать только одинъ вопросъ: *какъ?* Вопросовъ *почему?* и *для чего?* онъ не долженъ ставить.

Но вѣдь совершенно очевидно, что требованія подобнаго рода не могутъ измѣнить природы человѣка. Если-бы допустить невозможное, если-бы допустить, что человѣкъ окончательно превратился бы въ чистаго и послѣдовательнаго позитивиста, что въ немъ атрофировались бы тѣ стороны его духа, которыя заставляютъ его ставить вопросы о сущности бытія, о его смыслѣ и т. п., то человѣкъ превратился бы въ животное. *Человѣкъ есть существо метафизическое.* Метафизическіе запросы его духа представляютъ собою самое важное, самое глубокое, самое захватывающее въ его жизни. Они опредѣляютъ собою его міровоззрѣніе, а міровоззрѣніе опредѣляетъ все поведеніе человѣка, всю его жизнь.

Удовольствоваться пассивнымъ отношеніемъ къ міру (или въ лучшемъ случаѣ констатированіемъ, что явленія совершаются въ извѣстномъ опредѣленномъ порядкѣ), не спрашивать о смыслѣ жизни, о назначеніи человѣка, о связи окружающей насъ жизни съ міровой жизнью, о томъ, имѣетъ ли эта міровая жизнь разум-

ную основу и т. п. можетъ только или окончательно опустившійся человѣкъ, или человѣкъ, поставленный въ самыя неблагопріятныя условія, мѣшающія ему вспомнить о томъ, что онъ есть носитель „искры Божіей“, или, наконецъ, человѣкъ, въ которомъ нѣкоторыя стороны его духовной жизни гипертрофировались и подавили всѣ остальныя. И чѣмъ богаче духовная жизнь человѣка, тѣмъ больше мѣста отводится въ ней указаннымъ выше запросамъ. Въ широкой массѣ запросы эти удовлетворяются главнымъ образомъ религіей, высоко-культурное меньшинство находитъ полное удовлетвореніе только тогда, когда къ религіи присоединяется философія*).

Все сказанное даетъ матеріалъ для оцѣнки надѣлавшаго въ свое время столько шуму мнимаго закона О. Конта о трехъ фазисахъ человѣческаго развитія (теологическій, метафизическій и позитивный). Не говоря уже о томъ, что факты исторіи культуры идутъ въ разрѣзъ съ этимъ „закономъ“, для надлежащей оцѣнки его достаточно отмѣтить, что позитивизмъ, т. е отреченіе отъ глубочайшихъ запросовъ человѣческаго духа, разсматривается какъ высшая цѣль всей исторіи культуры.

§ 18. Но если чистый и строго-послѣдовательный позитивизмъ относится къ метафизикѣ безусловно отрицательно, считая ее низшей ступенью развитія духовной жизни сравнительно съ точной наукой, то на ряду съ нимъ мы имѣемъ направленія мысли, которыя хотя и отводятъ философіи довольно почетное мѣсто въ духовной жизни человѣчества, хотя и признаютъ, что философія вытекаетъ изъ неискоренимыхъ, глубокихъ запросовъ духа, но тѣмъ не менѣе совершенно отрицаютъ за нею научный характеръ.

Сущность аргументаціи этого направленія можно свести къ слѣдующимъ положеніямъ. Наука и философія рѣзко отличаются другъ отъ друга своимъ предметомъ и методами. Предметъ нау-

---

*) Отсюда ясно, что упадокъ религіозности въ народѣ есть чрезвычайно грозный симптомъ, предвѣщающій страшную болѣзнь. Когда съ одной стороны развивается религіозный индефферентизмъ, а съ другой распространяется тлетворное вліяніе періодической прессы, полузнанія и популяризаціи тенденціозныхъ теченій научной мысли, мы безошибочно можемъ предсказать болѣе или менѣе скорое наступленіе опасныхъ соціальныхъ кризисовъ. Къ сожалѣнію нерѣдко государство, желая бороться со зломъ, само усиливаетъ его, ведя политику, направленную на *принудительное* развитіе религіозности. Въ особенности такая политика опасна, когда она соединяется съ исключительнымъ покровительствомъ одной церкви.

ки—факты внѣшняго міра. сравнительно легко поддающіеся регистраціи; ихъ мы можемъ наблюдать, изучать посредствомъ опыта; построенныя на основаніи ихъ теоріи отличаются точностью и доступностью для провѣрки Отсюда—непрерывный прогрессъ науки: шагъ за шагомъ. осторожно, тщательно изучая строго-опредѣленную область явленій. наука медленно. но неуклонно вырабатываетъ свое содержаніе, при чемъ каждый ученый можетъ воспользоваться результатами своихъ предшественниковъ и, опираясь на нихъ. идти дальше.

Совершенно иное мы видимъ въ философіи. Уже всеобъемлющій предметъ ея—міръ, какъ цѣлое,—дѣлаетъ невозможнымъ строго-научное изученіе. А если мы возьмемъ вопросы. разрѣшить которые хочетъ метафизика. то мы увидимъ. что разрѣшеніе ихъ наукѣ недоступно. Эти вопросы относятся къ области сверхчувственнаго. т. е. недоступнаго для изученія при помощи научныхъ методовъ. Основное начало міра. сущность духа, безсмертіе души. свобода воли, смыслъ жизни, и т. п..—все это глубоко интересуетъ человѣчество, все это настоятельно требуетъ отвѣтовъ, но отвѣты эти не входятъ въ компетенцію науки. Наука на всѣ такіе вопросы отвѣчаетъ только одно: „*не знаю*; я ни утверждаю, ни отрицаю; у меня нѣтъ средствъ, чтобы рѣшать эти вопросы, поэтому я ихъ исключаю изъ своей области.“

Вотъ почему философія и наука лежатъ въ разныхъ плоскостяхъ; вотъ почему философія представляетъ собою область, въ высокой степени родственную искусству и религіи; вотъ почему въ ней, *какъ отвѣчающей преимущественно на запросы сердца*, господствуетъ вѣра и субъективизмъ, въ противоположность строгому объективизму науки. Отсюда невозможность прогресса въ философіи, отсюда гипотетическій характеръ всѣхъ отвѣтовъ, которые она даетъ. Въ то время, какъ естественникъ. лингвистъ, историкъ, юристъ можетъ неопровержимо доказать свои положенія и убѣдить каждаго съ фактами въ рукахъ, что данное положеніе есть истина, философъ этого сдѣлать не можетъ: все то, что кажется истиной ему, будетъ заблужденіемъ для человѣка съ противоположнымъ міровоззрѣніемъ, и въ лучшемъ случаѣ противникъ скажетъ: „можетъ быть это и такъ, но мнѣ кажется. что и мое воззрѣніе допустимо“*).

---

*) Если бы меня спросили, въ какой книгѣ лучше всего, полнѣе всего и обстоятельнѣе собраны и разработаны аргументы противъ научнаго характера ме-

§ **19.** Только что охарактеризованное теченіе мысли (типичными представителями котораго являются неокантіанцы) не смотря на высокую оцѣнку философіи сходится съ чистымъ позитивизмомъ въ томъ отношеніи, что *ограничиваетъ область науки изученіемъ явленій, считая безусловно недоступнымъ познаніе сверхчувственной сущности вещей и устраняя изъ науки категоргію должнаго.* Чистый позитивистъ думаетъ, что все міровоззрѣніе можно построить изъ данныхъ спеціальныхъ наукъ, неокантіанецъ убѣжденъ, что наука не исчерпываетъ собою всего содержанія міра и нуждается въ дополненіи философіей; позитивистъ презрительно относится къ метафизикѣ, неокантіанецъ ставитъ ее очень высоко, какъ одно изъ глубочайшихъ проявленій духа Но оба они рѣшительно отвергаютъ научный характеръ философіи, оба они требуютъ, чтобы наука изучала только „то, что есть", а не занималась бы построеніемъ идеаловъ и оцѣнкой явленій съ точки зрѣнія этихъ идеаловъ. Теоретическое познаніе и этическая оцѣнка лежатъ въ разныхъ плоскостяхъ.

§ **20.** Такимъ образомъ передъ нами теперь стоитъ вопросъ: есть ли философія наука? заблуждались ли великіе мыслители древніе и новые, не отдѣляя принципіально философіи отъ науки?

Отвѣтъ подсказывается уже исходнымъ пунктомъ исторіи мысли, гдѣ, какъ мы видѣли, вся область знанія представляла собою единство на религіозно-метафизическои основѣ. Изъ этого первоначальнаго единства дифференцируются отдѣльныя спеціальныя науки. Возникаетъ вопросъ: все ли содержаніе философіи безъ остатка можетъ быть распредѣлено между спеціальными науками?

Для рѣшенія этого вопроса обратимъ вниманіе на слѣдующій фактъ. Натуралистъ, математикъ, историкъ, юристъ,—всѣ они изучаютъ извѣстныя области окружающаго насъ міра, изучаютъ при помощи того инструмента, который называется разумомъ. Но вѣдь никто изъ нихъ не ставитъ себѣ для разрѣшенія такихъ вопросовъ: а каково устройство этого инструмента? Какъ онъ

тафизики, то я безъ колебаній указалъ бы на капитальную работу проф. *А. И. Введенскаго.* „Логика какъ часть теоріи познанія". 1912 г. Не смотря на совершенно недопустимый въ научныхъ работахъ фельетонный стиль многихъ страницъ, дѣлающій ихъ чтеніе весьма непріятнымъ, не смотря на то, что автору не удалось доказать ненаучности метафизики (его доказательства убѣдительны лишь для сторонниковъ опредѣленной школы), его книга представляетъ собою въ высшей степени цѣнное пособіе при изученіи интересующихъ насъ вопросовъ.

функціонируетъ? Какимъ образомъ онъ можетъ познавать истину? Достовѣрны ли его выводы и на сколько? Соотвѣтствуютъ ли тѣ образы, которые мы получаемъ въ нашемъ умѣ, реальнымъ явленіямъ дѣйствительности? Каковы условія познанія? и т. д., и т. д...

Всѣ эти вопросы предполагаются уже рѣшенными. Ихъ нельзя рѣшать, основываясь на данныхъ спеціальныхъ наукъ, мы имѣемъ самостоятельную, чрезвычайно сложную и трудную область—*гносеологію*, или теорію знанія. *Она предшествуетъ всѣмъ наукамъ, составляетъ общую ихъ основу.* Ее (точно также какъ и родственную ей область знанія—логику) нельзя поставить въ одинъ общій рядъ частныхъ, спеціальныхъ наукъ, потому что она изучаетъ не одну какую нибудь опредѣленную часть явленій міра, а служитъ необходимой предпосылкой для всѣхъ наукъ.—Первостепенная важность гносеологіи и логики и особый (всеобщій) характеръ ихъ сравнительно со спеціальными науками настолько очевиденъ, что нѣкоторые мыслители, отрицая научный характеръ метафизики, сохраняютъ названіе философіи только за указанными дисциплинами.

§ 21. Исчерпывается ли этимъ необходимость въ такой области знанія, которая бы имѣла всеобщій характеръ и служила бы основой для всѣхъ частныхъ наукъ?

Факты подсказываютъ намъ отрицательный отвѣтъ и говорятъ, что область философіи надо расширить.—Мы видимъ, что всѣ частныя науки основываются на рядѣ понятій, которыхъ эти науки не изслѣдуютъ, а принимаютъ на вѣру, предполагая связанные съ ними вопросы рѣшенными. Возьмемъ, напр., такое важное, основное для всего естествознанія понятіе, какъ матерія. Ни физикъ, ни химикъ, ни минералогъ, ни гистологъ, ни зоологъ, ни ботаникъ, ни геологъ, оставаясь въ предѣлахъ своей науки, не могутъ отвѣтить на вопросъ: что такое матерія? Человѣкъ, не знакомый со спеціальными работами философіи, и не подозрѣваетъ, какія трудности представляетъ рѣшеніе этого вопроса, какіе споры онъ возбуждалъ и возбуждаетъ. А когда онъ узнаетъ, что существуетъ чрезвычайно сильно обоснованное и имѣющее выдающихся защитниковъ воззрѣніе на матерію, уничтожающее въ ней всякую „матеріальность“ и сводящее ее къ силѣ, онъ будетъ пораженъ.—Въ одинаковомъ положеніи находятся и такія понятія, какъ бытіе, сила, пространство, время, законы природы, ихъ постоянство, движеніе, явленіе, причинность, свобода и т. п. Ни одна частная наука не можетъ заниматься изслѣдованіемъ

этихъ понятій, т. к. *всѣ они имѣютъ всеобщій характеръ и лежатъ въ основѣ частныхъ наукъ*. Кромѣ того, разработка этихъ понятій требуетъ массу упорнаго труда и предполагаетъ наличность особыхъ духовныхъ качествъ, которыми не всегда обладаютъ представители частныхъ наукъ.

Всѣ эти понятія образуютъ логически-стройную систему, получающую единство и внутренній смыслъ отъ высшаго начала. Такимъ началомъ является Абсолютное бытіе, какъ основа всего сущаго. Такимъ образомъ мы получаемъ новую область знанія, имѣющую совершенно самостоятельный предметъ, который никогда не можетъ быть подѣленъ между частными науками. Эта область знанія называется *метафизикой*, которую можно опредѣлить, какъ ученіе о первоначальныхъ основахъ всякаго бытія и о сущности міра. Если мы незабудемъ, что кромѣ указанныхъ выше сюда входятъ вопросы о смыслѣ жизни, объ индивидуальности и ея отношеніи къ цѣлому, о свободѣ воли, то мы поймемъ, что *метафизика есть центральная, важнѣйшая часть философіи*.

§ 22. Метафизика есть и основа, и завершеніе всѣхъ частныхъ наукъ. Основа—потому, что она изслѣдуетъ понятія, на которыхъ строятся всѣ науки; завершеніе—потому, что она, объединяя всю область знанія въ одно гармоническое цѣлое, идетъ дальше результатовъ частныхъ наукъ, прозрѣваетъ будущее, указываетъ идеалы, къ которымъ мы должны стремиться и *подвергаетъ оцѣнкѣ всѣ явленія окружающаго насъ міра съ точки зрѣнія абсолютныхъ принциповъ*.

Такая оцѣнка въ зависимости отъ предмета и точекъ зрѣнія бываетъ или логической, или эстетической, или этической. Она предполагаетъ существованіе абсолютныхъ цѣнностей, а эти цѣнности могутъ быть установлены только ученіемъ о первоначальныхъ основахъ всякаго бытія, о сущности міра и о его смыслѣ. Отсюда ясно, что всѣ корни этики лежатъ въ метафизикѣ и что мнѣніе нѣкоторыхъ мыслителей, будто можно построить этику независимо отъ метафизики, есть крупное заблужденіе. Этика стремится установить общеобязательныя нормы поведенія, установить высшіе критеріи для оцѣнки человѣческой дѣятельности. А это обусловлено общимъ міровоззрѣніемъ, т. е. воззрѣніемъ на первоначальныя основы всякаго бытія, на сущность и смыслъ міра. Изъ растяжимаго и неопредѣленнаго начала пользы, изъ субъективныхъ и измѣнчивыхъ чувствъ удовольствія и страданія невозможно вывести *общеобязательныхъ* нормъ поведенія.

Еще болѣе безнадежны попытки вывести эти нормы изъ данныхъ естествознанія. А для иллюстраціи безусловной зависимости этическихъ воззрѣній отъ общаго міропониманія достаточно представить себѣ коренное различіе во всемъ укладѣ жизни двухъ общежитій: въ одномъ господствуетъ чисто-матеріалистическое воззрѣніе на міръ и люди убѣждены, что послѣ нихъ „выростетъ лопухъ", а въ другомъ—вѣрятъ въ разумно-этическую основу міра, въ Провидѣніе, управляющее его судьбами и убѣждены, что нынѣшняя земная жизнь человѣка есть лишь звено въ безконечномъ развитіи его безсмертнаго духа.

§ **23.** Итакъ мы приходимъ къ выводу, что философія имѣетъ свой предметъ, который не можетъ быть измѣненъ никакимъ дальнѣйшимъ развитіемъ спеціальныхъ наукъ. Этотъ предметъ—міръ, какъ единое цѣлое *во всей полнотѣ его основныхъ опредѣленій*. Дать прочную, надежную основу для работы мысли во всѣхъ областяхъ знанія, объединить всѣ науки въ одно гармоническое цѣлое, связать ихъ съ общимъ міропониманіемъ, установить абсолютные критеріи для оцѣнки всѣхъ явленій міра, выяснить смыслъ мироваго процесса,—вотъ грандіозныя, великія задачи, которыя ставитъ себѣ философія. Отсюда то названіе, которое ей давали и даютъ, и котораго она вполнѣ заслуживаетъ,—царица наукъ.

§ **24.** Теперь мы подходимъ къ вопросу о научномъ характерѣ философіи. Можетъ ли она называться наукой?

Мы видѣли, что позитивизмъ безусловно отрицательно относится къ метафизикѣ. Раньше было указано на невозможность замѣнить философію тѣмъ суррогатомъ ея, которыя предлагаютъ позитивисты въ видѣ обработки обобщеній всѣхъ частныхъ наукъ (§ 16). Послѣ всего сказаннаго о метафизикѣ очевидно, что терминъ „позитивная философія" есть contradictio in adjecto: безъ метафизики немыслима философія. А для окончательной оцѣнки позитивизма небезполезно вспомнить о существованіи людей съ односторонне развитой духовной жизнью. Изъ того, что есть ученые, для которыхъ музыка является источникомъ нестерпимой скуки, произведенія Баха, Моцарта, Бетховена, Верди нисколько не теряютъ своей цѣнности. Точно также изъ того, что есть крупныя имена въ наукѣ, заявляющія, что міровоззрѣніе можно построить на началахъ позитивизма, релятивизма и агностицизма, великія проблемы философіи никогда не перестанутъ волновать человѣчество, никогда не перестанутъ играть своей первостепен-

ной роли въ исторіи культуры. Философъ всегда можетъ отвѣтить позитивисту: „во всякомъ случаѣ я богаче васъ: я признаю все то, что и вы признаете; но я этимъ не удовлетворяюсь, находя, что это только безконечно малая часть содержанія міра“.

Очень мѣтко замѣчаетъ Вундтъ, что обыкновенно—чего не знаютъ, въ томъ и не нуждаются, и что поэтому односторонніе представители спеціальныхъ наукъ нерѣдко бываютъ склонны отрицать необходимость философіи. Къ сожалѣнію можно встрѣтить (въ особенности у насъ) и такихъ позитивистовъ, которые характеризуютъ философское направленіе ума. какъ теченіе ретроградное. реакціонное, какъ обскурантизмъ. Такіе писатели очень недалеко ушли отъ газетныхъ борзописцевъ: узость и односторонность мысли тутъ соединяются съ тенденціозностью и съ отсутствіемъ уваженія къ своимъ научнымъ противникамъ

§ **25** Перейдемъ теперь къ критикѣ тѣхъ воззрѣній, которыя (напр. неокантіанство) отводятъ метафизикѣ почетное мѣсто въ духовной жизни человѣчества, но вмѣстѣ съ тѣмъ отрицаютъ ея научный характеръ, принципіально раздѣляя области науки и философіи.

Основное положеніе, отъ котораго исходитъ это направленіе мысли, есть *агностицизмъ* (непознаваемость). Выдающійся представитель агностицизма Спенсеръ признаетъ, что за явленіями находится ихъ основа, абсолютное бытіе. Но у науки нѣтъ никакихъ средствъ, чтобы познать это бытіе. Поэтому наука должна ограничиться областью конечнаго, областью явленій, познаніе сверхчувственнаго, безконечнаго, абсолютнаго не ея дѣло*). Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе противорѣчіе въ основномъ положеніи агностицизма: *признается существованіе* абсолютнаго бытія и въ то же время *отрицается его познаваемость*. Но вѣдь признаніе этого бытія есть актъ разума: мы утверждаемъ, что оно есть и что оно обладаетъ извѣстными опредѣленіями (абсолютность, сверхчувственность, безконечность). А разъ это такъ, то мы не имѣемъ права говорить о непознаваемости: вѣдь если бы из-

*) Надо замѣтить различіе этого направленія отъ чистаго позитивизма Позитивизмъ утверждаетъ, что *существуютъ только одни явленія*. Принципы, начала, сущности- представляютъ собою лишь результаты дѣятельности нашего ума; это чистыя абстракціи, которымъ ничего не соотвѣтствуетъ въ реальной дѣйствительности (номинализмъ средневѣковой философіи, чистый позитивизмъ). Между тѣмъ агностицизмъ признаетъ существованіе извѣстныхъ *объективныхъ* началъ, какъ основы явленій, но отрицаетъ ихъ познаваемость.

вѣстная сторона бытія была непознаваемой, мы бы никогда не узнали о ея существованіи, а тѣмъ болѣе—мы бы не могли приписать ей какихъ бы то ни было опредѣленій. Отсюда ясно, что агностицизмъ произвольно ставитъ разуму границы, дальше которыхъ онъ не долженъ идти въ своемъ неискоренимомъ стремленіи познать абсолютное бытіе.

Вообще, что касается ограниченія компетенціи разума въ познаніи міра, надо помнить уроки исторіи культуры. Она даетъ намъ цѣлый рядъ назидательныхъ фактовъ, свидѣтельствующихъ о томъ, что вопросы, объявленные наукой неразрѣшимыми, спустя нѣкоторое время дѣлались доступными для пониманія и рѣшенія любаго школьника.

§ **26**. Въ современной гносеологіи очень широко распространено воззрѣніе, ведущее свое начало отъ Канта, а именно воззрѣніе о непознаваемости „вещей въ себѣ“. Очень любятъ ссылаться на геніальнаго философа, который поставилъ вопросъ: существуетъ ли метафизика, какъ наука? Говорятъ, что вопросъ этотъ безповоротно рѣшенъ Кантомъ въ отрицательномъ смыслѣ, говорятъ, что онъ доказалъ въ своей „Критикѣ чистаго разума“ полную невозможность научнаго рѣшенія основныхъ проблемъ метафизики. Въ особенности цѣннымъ представляется знаменитое гносеологическое ученіе Канта: онъ доказалъ, что мы сами создаемъ окружающій насъ міръ изъ того матеріала, который доставляется намъ чувствами. Ощущенія перерабатываются въ воспріятія благодаря врожденнымъ намъ формамъ времени и пространства; воспріятія перерабатываются далѣе разсудкомъ благодаря врожденнымъ ему категоріямъ (количество, качество, субстанція, причинность и т. д.) и наконецъ все окончательно перерабатывается разумомъ, благодаря врожденнымъ ему тремъ идеямъ: душа, міръ и Богъ.

Такимъ образомъ оказывается, что тѣ понятія, которыя получаются у насъ въ результатѣ всего указаннаго процесса, *всецѣло обусловлены устройствомъ нашего познающаго инструмента*. Этотъ инструментъ самъ диктуетъ міру свои законы; міръ доставляетъ ему только матеріалъ въ видѣ ощущеній. Отсюда выводъ: мы не можемъ сказать, что наши понятія представляютъ собою понятія „о вещахъ въ себѣ“; вещь въ себѣ воздѣйствуетъ на нашъ познавательный аппаратъ, и если бы этотъ аппаратъ имѣлъ другое устройство, то всѣ наши понятія кореннымъ образомъ могли бы измѣниться.

§ **27**. Обращаясь къ оцѣнкѣ этихъ ссылокъ на авторитетъ Канта, надо прежде всего отмѣтить, что онѣ заключаютъ въ себѣ недоразумѣнія. Дѣло въ томъ, что Кантъ—одинъ изъ труднѣйшихъ философовъ для пониманія, и не смотря на огромную литературу до сихъ поръ не достигнуто соглашеніе по цѣлому ряду важнѣйшихъ вопросовъ его философіи. Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что на основаніи одной „Критики чистаго разума“ нельзя дѣлать окончательныхъ заключеній; надо брать Канта, какъ цѣлое. И тогда мы увидимъ, что критика Канта направлена вовсе не противъ метафизики, какъ таковой, а противъ нѣкоторыхъ заблужденій предшествовавшей и современной ему метафизики. По существу же Кантъ былъ убѣжденнымъ и глубокимъ метафизикомъ.

Что же касается его гносеологіи, такъ рѣзко отдѣлившей міръ вещей въ себѣ отъ міра явленій, то отдавая должное ему за то новое и цѣнное, что онъ внесъ въ исторію гносеологіи, необходимо признать, что его теорія знанія не можетъ быть принята цѣликомъ. Она создаетъ непримиримый дуализмъ между познающимъ субъектомъ и окружающимъ его міромъ. Міръ воздѣйствуетъ на субъекта, но эти воздѣйствія перерабатываются познавательнымъ аппаратомъ, имѣющимъ свои законы, формы, категоріи, идеи. Поэтому мы познаемъ міръ не такимъ, каковъ онъ есть, а такимъ, какъ онъ преломляется въ нашемъ сознаніи. Такимъ образомъ мы получаемъ съ одной стороны познающаго субъекта съ его формами, категоріями, законами, идеями, а съ другой—міръ съ невѣдомыми намъ законами, категоріями, сущностями.

Естественно возникаетъ такой вопросъ: откуда же появились въ нашемъ сознаніи всѣ эти формы, законы, категоріи, идеи, если ихъ совсѣмъ нѣтъ въ мірѣ, въ „вещахъ въ себѣ“? *Вѣдь наше сознаніе, нашъ разумъ есть неразрывная часть мірозданія,* все въ мірѣ связано, все проникнуто одними и тѣми же общими началами. А если такъ, то какъ можно утверждать, что тѣ законы, которые мы открываемъ въ нашемъ разумѣ, тѣ формы, категоріи, идеи, посредствомъ которыхъ наше сознаніе связываетъ и обрабатываетъ получаемыя извнѣ впечатлѣнія, что все это существуетъ только *въ насъ*, а не *внѣ насъ?* Какъ можно утверждать, что мышленіе и бытіе—это два совершенно различныхъ порядка? Съ такимъ дуализмомъ невозможно примириться.

§ **28**. Гораздо послѣдовательнѣе тѣ гносеологическія направленія, которыя совершенно отвергаютъ существованіе внѣшняго

міра и воздѣйствіе его на познающаго субъекта, а утверждаютъ, что все наше знаніе цѣликомъ состоитъ изъ психическихъ процессовъ, и что познающій субъектъ познаетъ только свои личныя переживанія, состоянія (психологизмъ). Не смотря на явно нелѣпые выводы, къ которымъ приводятъ эти направленія (нерѣдко разработанныя съ виртуозной тонкостью и необычайной сложностью, достойными лучшей участи), они благодаря своему монизму представляются выше Кантовскаго раздвоенія областей мышленія и бытія.

И даже т. наз. наивный реализмъ имѣетъ благодаря своему примитивному монизму преимущество передъ разбираемой теоріей: въ немъ нѣтъ непроходимой пропасти между познающимъ субъектомъ и окружающимъ міромъ.

Но гносеологія знаетъ теоріи, свободныя и отъ Кантовскаго дуализма, и отъ нелѣпостей только что отмѣченныхъ направленій. Мы здѣсь не можемъ заниматься изложеніемъ этихъ теорій. Достаточно отмѣтить, что эти теоріи обосновываютъ полную возможность для субъекта познавать міръ такимъ, каковъ онъ есть и при томъ міръ во всей его полнотѣ, т. е. и т. наз. реальное бытіе, и бытіе идеальное, сверхчувственное. Уже Гегель развилъ и снабдилъ глубокими аргументами положеніе, очень старое въ исторіи философіи, а именно, что законы нашего разума суть вмѣстѣ съ тѣмъ и законы окружающаго насъ міра (панлогизмъ). А новѣйшія гносеологическія теоріи даютъ новые и чрезвычайно сильные аргументы въ пользу того воззрѣнія, по которому нашъ разумъ познаетъ міръ въ подлинникѣ, а не въ копіяхъ, символахъ и т. п *).

§ **29**. Итакъ не могутъ быть приняты теоріи, ставящія разуму принципіально-непроходимыя границы. *Объектомъ знанія является весь міръ во всей его полнотѣ, а слѣдовательно и чувственная, и сверхчувственная его стороны.*

Разсмотримъ теперь другія важнѣйшія возраженія противъ научнаго характера философіи.

Прежде всего надо замѣтить, что въ столь часто приводимомъ аргументѣ, основанномъ на принципіальной противоположности понятій—*явленіе* и *сущность*, заключается недоразумѣніе. Разли-

*) Въ русской наукѣ имѣется превосходное изслѣдованіе *Н. Лосскаго* „Обоснованіе интуитивизма“. Авторъ съ глубокимъ знаніемъ дѣла доказываетъ защищаемую имъ гносеологическую теорію, основными чертами которой являются между прочимъ: отрицаніе дуализма знанія и бытія; утвержденіе, что сверхчувственное бытіе дано намъ въ опытѣ, и возможность познанія этого бытія.

чіе между этими понятіями чисто формальное: сущность обнаруживается, раскрывается, „проявляется“ въ явленіяхъ. Кромѣ того, то, что представляетъ собою сущность въ одномъ отношеніи, сплошь и рядомъ есть только явленіе въ другомъ отношеніи. Все различіе между философіей и спеціальными науками заключается въ томъ, что спеціальныя науки изучаютъ опредѣленныя группы явленій и ихъ ближайшія сущности съ извѣстной точки зрѣнія, между тѣмъ какъ философія имѣетъ въ виду всѣ явленія мировой жизни и стремится познать ихъ общую сущность, первоосновы міра (Вл. Соловьевъ). Очевидно, что тутъ все сводится къ различію трудности дѣла. И подобно тому, какъ гораздо легче написать научную монографію, чѣмъ полный курсъ, такъ и несравненно легче имѣть дѣло съ маленькой, ограниченной частицей міра, чѣмъ съ цѣлымъ. Въ послѣднемъ случаѣ гораздо легче ошибиться, упустить изъ виду тѣ или другіе факты, усвоить одностороннее направленіе, требуется гораздо бо́льшая острота и глубина ума, особый его складъ, особыя симпатіи, бо́льшая эрудиція, большій запасъ творческихъ силъ.

Но изъ всего этого можетъ быть сдѣланъ только одинъ выводъ: далеко не каждый ученый можетъ быть и философомъ. Къ сожалѣнію многіе ученые, будучи дилеттантами въ философіи, вводятъ въ свои работы философскій элементъ и даже берутся за разрѣшеніе философскихъ вопросовъ. Результаты получаются весьма печальные*).

§ **30**. Можно встрѣтить еще и такое возраженіе противъ философіи. Она стремится познать міръ какъ цѣлое во всей его полнотѣ; но вѣдь это совершенно недостижимая цѣль: мы видимъ, что для полнаго изученія какой нибудь частицы міра нужны

*) Назидательнымъ примѣромъ можетъ служить многое изъ того, что пишутъ криминалисты о свободѣ воли. Не смотря на то, что проблема эта не входитъ въ компетенцію науки уголовнаго права, почти всѣ криминалисты отводятъ ей мѣсто въ своихъ курсахъ и даютъ свои рѣшенія, руководствуясь сплошь и рядомъ своимъ личнымъ міровоззрѣніемъ и дилеттантскими свѣдѣніями о проблемѣ. Они забываютъ, что если никому не возбраняется имѣть личныя мнѣнія о свободѣ воли и читать соотвѣтствующія сочиненія, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что такія мнѣнія можно вводить въ науку. Аналогичныхъ примѣровъ можно привести много изъ различныхъ спеціальныхъ наукъ. Химикъ, ботаникъ, лингвистъ, юристъ-догматикъ не пустятъ другъ друга хозяйничать въ своихъ наукахъ безъ надлежащей подготовки; каждый изъ нихъ сошлется на свое незнаніе, когда ему предложатъ рѣшить спеціальный вопросъ изъ чужой области. А между тѣмъ всѣ они считаютъ себя совершенно компетентными въ рѣшеніи философскихъ вопросовъ.

многія поколѣнія человѣческихъ трудовъ. При современной спеціализаціи знаній, при развитіи спеціальныхъ наукъ невозможно и представить себѣ ученаго, который былъ бы въ состояніи овладѣть всѣми науками. А значитъ философія, желающая охватить всю совокупность знаній въ одно гармоническое цѣлое, неизбѣжно обречена на дилеттантизмъ и поэтому о научномъ характерѣ ея не можетъ быть и рѣчи.

Это возраженіе справедливо относительно т. наз. положительной философіи. Она не имѣетъ своего предмета, а занимается сведеніемъ въ систему и обработкой всѣхъ обобщеній, всѣхъ окончательныхъ выводовъ спеціальныхъ наукъ; она всецѣло зависитъ отъ этихъ наукъ И конечно, чтобы понять и оцѣнить надлежащимъ образомъ выводы спеціальной науки, надо знать весь матеріалъ этой науки. Но вѣдь метафизика имѣетъ свой предметъ, которымъ не можетъ заниматься ни одна спеціальная наука Ясное дѣло, что философъ долженъ обладать совершенно особой подготовкой, чтобы работать въ своей области. Конечно самыя широкія познанія изъ областей спеціальныхъ наукъ для него необходимы. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что онъ долженъ знать всѣ науки и во всей ихъ полнотѣ.

§ 31. Съ перваго взгляда можетъ показаться очень сильнымъ слѣдующій аргументъ противъ научнаго характера философіи. Выводы, результаты спеціальныхъ наукъ отличаются точностью, достовѣрностью; ученый спеціалистъ можетъ доказать свои положенія неопровержимо. Между тѣмъ какъ всѣ выводы философіи носятъ въ лучшемъ случаѣ гипотетическій характеръ. Какая же это наука, когда одинъ философъ утверждаетъ, что въ основѣ міра лежитъ духовное начало, а другой.—что это начало матеріально; одинъ философъ учитъ, что есть только одно основное начало, а другой—что такихъ началъ два, или даже безконечное множество; одинъ защищаетъ свободу воли, другой ее отвергаетъ и т. д. Въ концѣ концовъ мы видимъ очевидный прогрессъ спеціальныхъ наукъ и одно и тоже состояніе безконечныхъ споровъ въ философіи.

Вся эта аргументація есть сплошное недоразумѣніе. Если мы обратимъ вниманіе на спеціальныя науки, то замѣтимъ, что онѣ представляютъ собою извѣстную градацію по степени сложности и трудности для разработки ихъ предметовъ. А въ зависимости отъ этого получается градація по степени точности и достовѣрности ихъ выводовъ: чѣмъ проще предметъ, тѣмъ точнѣе и безо-

шибочнѣе выводы науки. Математика стоитъ гораздо выше естествознанія по степени достовѣрности своихъ результатовъ; естествознаніе выше гуманитарныхъ наукъ; догматическая юриспруденція выше сравнительнаго языкознанія и т. д.

Но вѣдь изъ всѣхъ областей знанія философія выдѣляется чрезвычайной сложностью своего предмета и трудностью своихъ задачъ. Очевидно, что она и не можетъ претендовать на математическую точность своихъ выводовъ.

§ **32**. Что же касается гипотетическаго характера этихъ выводовъ, то достаточно вспомнить, что ни одна наука не обходится безъ гипотезъ И строго говоря, большинство научныхъ теорій представляютъ собою гипотезы. причемъ нѣкоторыя изъ нихъ совершенно не поддаются точной провѣркѣ. Возьмемъ, напримѣръ, такія гипотезы, какъ атомистическую теорію, теорію эѳира, теорію Дарвина и т. п. Такимъ образомъ въ этомъ отношеніи нѣтъ принципіальной разницы между философіей и частными науками. Вся область человѣческаго знанія не есть что нибудь законченное, она постоянно развивается. И то, что мы знаемъ, представляетъ собою лишь безконечно малую часть того, что мы должны знать.

А если мы сравнимъ исторію философіи съ исторіей спеціальныхъ наукъ, то увидимъ, что съ одной стороны и та, и другая даютъ многочисленные примѣры заблужденій, а съ другой стороны что и та, и другая представляютъ *въ общемъ* картину прогресса человѣческой мысли. Только надо помнить, что прогрессъ въ исторіи философіи гораздо труднѣе подмѣтить, чѣмъ прогрессъ въ спеціальныхъ наукахъ. Для этого прежде всего безусловно необходимо предварительное и тщательное изученіе исторіи философіи въ связи съ изученіемъ отдѣльныхъ философскихъ системъ. Такое изученіе приводитъ къ убѣжденію въ несомнѣнномъ прогрессѣ философской мысли. Даже если оставить въ сторонѣ гносеологію, гдѣ прогрессъ замѣтенъ и для неспеціалистовъ въ философіи, метафизика, эта важнѣйшая, центральная часть философіи, не отличается въ этомъ отношеніи отъ остальныхъ областей знанія: цѣлый рядъ частныхъ проблемъ получаетъ болѣе правильное разрѣшеніе, отпадаютъ нѣкоторыя односторонніе воззрѣнія (напр. чистый матеріализмъ), намѣчаются пути для соглашенія по основнымъ проблемамъ. *А главное,—различныя философскія системы другъ друга дополняютъ*. Вотъ почему нѣтъ ничего опаснѣе, какъ знакомство съ философіей по какимъ либо двумъ-тремъ сочиненіямъ, или по системѣ одного мыслителя Для дилетанта этого быть

можетъ и достаточно, но человѣкъ, ищущій истину безъ предвзятыхъ мыслей, долженъ помнить знаменитое изреченіе Бэкона: levis haustus philosophiae ducit ad atheismum, *plenus* ad Deum.

§ **33**. Наконецъ указываютъ на то, что наука разрабатывается при помощи точныхъ методовъ, между тѣмъ какъ философія пользуется ненаучными методами и поэтому лишена научнаго характера.

Здѣсь опять недоразумѣніе, основанное: 1) на отожествленіи нѣкоторыхъ отдѣльныхъ философовъ со всею философіей и 2) на односторонностяхъ и заблужденіяхъ, подмѣченныхъ у нѣкоторыхъ крупныхъ представителей философіи. Въ исторіи философіи можно найти примѣры построенія системъ, или отдѣльныхъ частей системъ путемъ одного только умозрѣнія, съ закрытыми глазами и ушами. Эта же исторія свидѣтельствуетъ намъ о рядѣ ошибокъ, допущенныхъ философами между прочимъ вслѣдствіе такого полнаго игнорированія фактовъ реальной жизни.

Но отмѣченная односторонность никоимъ образомъ не представляетъ собою общаго для всей исторіи философіи явленія. Напротивъ, огромное большинство представителей философіи считаются съ фактами, изучаютъ ихъ и строятъ свои системы не только на данныхъ чистаго умозрѣнія, но и на матеріалѣ, полученномъ отъ изученія фактовъ. Есть даже и такіе философы, которые черезчуръ переоцѣниваютъ этотъ матеріалъ.

Вообще надо помнить, что наука пользуется для своихъ работъ главнымъ образомъ двумя основными методами: дедуктивнымъ и индуктивнымъ (съ ихъ подраздѣленіями). Эти методы другъ друга взаимно дополняютъ, при чемъ большее или меньшее преобладаніе одного изъ нихъ зависитъ отъ свойства и качества того матеріала, который изучаетъ каждая данная наука. Напр. математика пользуется исключительно дедуктивнымъ методомъ, т. к. индукція (изученіе фактовъ при помощи наблюденія и опыта) совершенно непригодна для разработки ея предмета. И тѣмъ не менѣе никто никогда не сомнѣвался въ научности математики.

Само собою разумѣется, что философія, отличаясь отъ всѣхъ остальныхъ областей знанія и чрезвычайной сложностью своего предмета, и широтою, и глубиною своихъ задачъ, должна пользоваться (и на самомъ дѣлѣ пользуется) всѣми методами, которыми пользуются спеціальныя науки. Вмѣстѣ съ тѣмъ тѣ же особенности ея предмета и задачъ обусловливаютъ *первенство* дедуктивнаго метода.

§ **34**. Между философіей и спеціальными науками есть различіе относительно способовъ познаванія своего предмета. Различіе это заключается въ слѣдующемъ. Кромѣ строго-научныхъ методовъ философія пользуется для своихъ построеній и для наиболѣе глубокихъ синтезовъ еще и другими способами познанія: интупціей, сверхсознаніемъ У геніальныхъ философовъ (напр. Платонъ, Аристотель, Плотинъ, св. Ѳома Аквинскій, Гегель, Шеллингъ) есть такія страницы, которыя могли быть продиктованы только высшимъ вдохновеніемъ творческаго духа, созерцающаго истину непосредственно.

Но даже и здѣсь мы должны сказать, что разница между философіей и спеціальными науками заключается лишь въ степени участія только что указанныхъ источниковъ познанія. Въ самомъ дѣлѣ,—исторія науки знаетъ примѣры открытія научныхъ законовъ путемъ внезапнаго вдохновенія. А очень многіе ученые могутъ засвидѣтельствовать, что нѣкоторыя теоріи, нѣкоторые выводы явились у нихъ какъ чисто творческіе акты, не поддающіеся учету съ точки зрѣнія научныхъ методовъ.—Такимъ образомъ то, что въ спеціальныхъ наукахъ бываетъ какъ моментъ привходящій, въ незначительной степени, играетъ въ философіи важную роль.

§ **35**. Наконецъ, можно нерѣдко встрѣчать возраженія противъ научнаго характера философіи, основанныя на томъ, что задача науки есть задача „чисто-теоретическая“, между тѣмъ, какъ философія ставитъ себѣ еще и другія задачи, а именно: оцѣнку существующаго и установленіе идеаловъ. Въ настоящее время многіе выдающіеся ученые и даже философы находятъ, что область науки съ ея строгой объективностью, съ ея „чисто-теоретическими“ задачами (познать то, что есть), и область этики съ ея оцѣнками существующаго, находятся въ двухъ различныхъ плоскостяхъ. Это два совершенно самостоятельные вида разсмотрѣнія одного и того же предмета; они существуютъ параллельно, и мы даже не можемъ говорить, что они восполняютъ другъ друга или находятся во взаимодѣйствіи.

По поводу этого воззрѣнія надо замѣтить слѣдующее Элементъ оцѣнки присущъ очень многимъ спеціальнымъ наукамъ. Даже если оставить въ сторонѣ *прикладныя* науки, гдѣ играетъ важную роль оцѣнка съ точки зрѣнія цѣлесообразности, мы получимъ спеціальныя науки *чистыя*, которыя пользуются оцѣнками съ точки зрѣнія тѣхъ или другихъ *нормъ*, т. е. оцѣнками

съ абсолютнымъ характеромъ. Анатомія знаетъ нормальный типъ человѣческаго скелета, ботаникъ указываетъ, что данный экземпляръ растенія принялъ ненормальный видъ, зоологъ разсматриваетъ извѣстное животное, какъ уродливое уклоненіе отъ нормальнаго типа и т. д.

Далѣе. Что значитъ: „познать то, что есть“? Значитъ ли это, что мы должны удовольствоваться изученіемъ одной внѣшней стороны нашего предмета, т. е. описаніемъ соотвѣтствующихъ явленій и установленіемъ порядка ихъ послѣдовательности и сосуществованія? Но вѣдь это значило бы впадать въ чистый позитивизмъ. Разумъ неудержимо стремится къ полному знанію, т. е. не только внѣшней, но и внутренней стороны изучаемаго предмета. Онъ желаетъ познать сущность явленій, ихъ основу, ихъ связь съ остальнымъ міромъ, словомъ онъ желаетъ разсмотрѣть свой предметъ sub speciae aeternitatis, какъ говорилъ Спиноза, онъ стремится открыть идею этого предмета, какъ сказалъ бы Платонъ.

А если такъ, то къ „чисто-теоретическому“*) изученію неизбѣжно присоединяется оцѣнка его съ точки зрѣнія его нормы, идеи, его связи съ остальнымъ міромъ, и наконецъ съ точки зрѣнія его связи съ абсолютнымъ началомъ міра.

Оба вида разсмотрѣнія изучаемаго предмета, объ точки зрѣнія на него (т. е. установленіе и объясненіе фактовъ съ одной стороны и вскрытіе идеи, лежащей въ основѣ фактовъ, а въ связи съ этимъ оцѣнка фактовъ съ другой стороны) *представляютъ собою удовлетвореніе потребностей разума*, а слѣдовательно оба входятъ въ компетенцію науки. *Это два порядка, восполняющіе другъ друга, находящіеся во взаимодѣйствіи.*

§ **36.** Мы разсмотрѣли аргументацію того направленія мысли, которая признаетъ важное значеніе метафизики, но отрицаетъ за нею научный характеръ. Въ результатѣ слѣдуетъ прійти къ такому выводу: чистый позитивизмъ гораздо послѣдовательнѣе, логичнѣе. Онъ просто не признаетъ ничего, кромѣ явленій: онъ отрицаетъ сверхчувственное бытіе; для него всѣ принципы, начала, идеи—только абстракціи нашего ума. Поэтому, стремиться

---

*) Кстати,—это невѣрная терминологія. Теоретическое изученіе есть научное изученіе; теорія какого либо явленія есть объясненіе его со всѣхъ точекъ зрѣнія, во всей полнотѣ. Такимъ образомъ защитники оспариваемаго въ текстѣ воззрѣнія должны были бы вмѣсто термина „теоретическое“ изученіе употреблять какой либо другой, указывающій на особый характеръ изученія (одна внѣшняя сторона), напр.: историческое, каузальное, генетическое изученіе.

познать сверхчувственное, познать основныя начала бытія есть признакъ низшей ступени умственнаго развитія: вѣдь все бытіе, весь міръ сводится безъ остатка къ явленіямъ, позади ихъ нѣтъ ничего.

Но мы знаемъ, что духъ нашъ нельзя уложить въ прокрустово ложе позитивизма. И сколько бы человѣка ни увѣряли, что позади явленій нѣтъ ничего, что не существуетъ бытія сверхчувственнаго, онъ никогда этому не повѣритъ. Внутренній голосъ нашего существа властно говоритъ намъ, что это бытіе существуетъ не менѣе реально, чѣмъ существуетъ бытіе, познаваемое при помощи внѣшнихъ чувствъ. Существованіе этого бытія доказывается и массой фактовъ совершенно объективнаго характера. Стремленіе къ познанію сверхчувственныхъ основъ бытія и къ оцѣнкѣ жизни съ точки зрѣнія этихъ основъ есть неискоренимое требованіе нашего духа, и человѣкъ пересталъ бы быть человѣкомъ, если бы у него атрофировалась эта сторона.

Вотъ почему извѣстное изрѣченіе Аристотеля можно перефразировать такъ: человѣкъ есть существо метафизическое. Вотъ почему метафизику упразднить можно только тогда, когда мы намѣренно замкнемся въ какой нибудь области явленій, изолируемъ ее отъ всего остальнаго и не будемъ хотѣть знать о существованіи чего бы то ни было, кромѣ нашего маленькаго уголка.

Въ виду неопровержимыхъ данныхъ, доказывающихъ всю важность и необходимость метафизическихъ стремленій нашего духа, возникло только что разсмотрѣнное теченіе мысли, признающее и метафизику, и реальное существованіе того, что она стремится познать, но утверждающее, что это познаніе не надо смѣшивать съ научнымъ познаніемъ.

Мы видѣли, что такое воззрѣніе не можетъ быть принято: метафизика не отличается *принципіально* отъ науки, она находится въ одной съ нею плоскости, удовлетворяетъ, какъ и наука, запросамъ *разума*, есть результатъ его дѣятельности. А стало быть она имѣетъ научный характеръ, она есть наука.

§ **37**. Но если мы будемъ сравнивать ее со спеціальными науками, то придемъ къ выводу, что она больше, чѣмъ наука.

Мы уже видѣли, чѣмъ отличается философія отъ спеціальныхъ наукъ со стороны своего предмета, задачъ и методовъ. Мы видѣли, что это—различія лишь въ степени, различія не принціальныя. Но есть еще одно различіе, благодаря которому мы и сказали, что философія—больше чѣмъ наука. Дѣло въ томъ, что

философія имѣетъ родство съ двумя другими великими областями нашей духовной жизни. съ религіей и съ искусствомъ.

Замѣнить собою религію и искусство она не можетъ. И понятно почему. *Религія исходитъ не отъ разума*, она есть живое, непосредственное общеніе съ Богомъ. Абсолютнымъ Источникомъ всей міровой жизни; тутъ всецѣло область вѣры, тутъ удовлетворяются запросы нашего сердца. нашей воли. Религіозныя переживанія не сводимы ни на какія другія, не разложимы: глубочайшая сущность содержанія этихъ переживаній, сообщающая имъ абсолютную цѣнность. недоступна для изображенія словами. не поддается научному анализу.

Но философія, какъ мы видѣли, стремится познать міръ какъ цѣлое и Абсолютную основу его: далѣе,—она не можетъ не интересоваться такой первостепенной важности областью нашей духовной жизни, какъ религія. Разумъ стремится понять эту область въ ея первоосновахъ. Такимъ образомъ получается рядъ точекъ соприкосновенія между религіей и философіей. рядъ общихъ чертъ.

§ 38. Искусство есть творческая дѣятельность духа по преимуществу. Оно удовлетворяетъ запросы не разума, а сердца, чувства. Въ отличіе отъ науки искусство говоритъ намъ не понятіями, а конкретными образами; оно открываетъ такія стороны бытія, которыя недоступны для науки.

Но философія, какъ мы видѣли, заключаетъ въ себѣ творческій моментъ, ярко выраженный. Великія философскія системы удовлетворяютъ не только запросамъ разума, но и запросамъ сердца, Вдохновенной интуиціей геніальный философъ проникаетъ въ сущность вещей и даетъ такіе образцы творчества, гдѣ самымъ тѣснымъ образомъ сливается поэтъ и ученый мыслитель.—Кромѣ того философія стремится понять эту область духовной жизни человѣка въ ея первоосновахъ.

Такимъ образомъ мы можемъ сказать, что *философія объединяетъ всѣ области духовной жизни;* она даетъ высшій критерій для оцѣнки всѣхъ явленій этой жизни; и Добро и Красота имѣютъ надъ собою судью, и судья этотъ называется Истиной

§ 39. Изъ всего сказаннаго очевидно, что тотъ поворотъ къ метафизикѣ, который мы наблюдаемъ за послѣднее время, надо только привѣтствовать. Еще такъ недавно господствовало мнѣніе, что метафизика окончательно сдана въ архивъ человѣческихъ заблужденій, еще и теперь нерѣдко можно встрѣтить не только

отрицательное, но даже враждебное отношеніе къ ней со стороны ученыхъ, гордящихся своимъ позитивизмомъ. И вотъ все чаще и чаще мы наблюдаемъ симптомы грядущаго оздоровленія человѣческой мысли, задыхающейся въ тѣсныхъ стѣнахъ позитивизма, релятивизма и „реализма."—Въ самомъ дѣлѣ: позитивизмъ сдѣлался основой оффиціальной науки, а вслѣдствіе этого наука поражена двумя опасными болѣзнями,—догматизмомъ, а главное—*нетерпимостью*. Все, что выходитъ изъ общепринятыхъ въ наукѣ шаблоновъ, объявляется „суевѣріемъ", все, что нельзя втиснуть въ рамки обычнаго сознанія (напр. переживанія мистическія, религіозныя) клеймится терминомъ „патологическое"; все, что выходитъ изъ предѣловъ общепризнанныхъ научныхъ методовъ, называется „ненаучнымъ". Невольно вспоминаются Бэконовскіе idola theatri, характеризованныя философомъ, какъ самые опасные.

§ **40**. Однимъ изъ интереснѣйшихъ симптомовъ, о которыхъ только что шла рѣчь, является т. наз. прагматизмъ. Чрезвычайно назидательно, что представитель этого философскаго направленія, американскій ученый Джемсъ, обладаетъ всѣми данными для того, чтобы заслужить полное одобреніе „оффиціальной" науки. Это—эмпирикъ, чрезвычайно осторожный изслѣдователь, тщательно изучающій факты, стоящій на одной научной почвѣ съ такимъ столпомъ позитивизма, какъ Милль, это, наконецъ, общепризнанный авторитетъ въ психологіи.

И вотъ Джемсъ возстаетъ противъ ограниченности позитивизма: онъ открыто признаетъ важность религіознаго и мистическаго началъ; онъ энергично подчеркиваетъ, что бытіе „пластично" до безконечности: оно заключаетъ въ себѣ *безмѣрно* больше, чѣмъ это кажется узкимъ спеціалистамъ съ ихъ „научными" методами изслѣдованія.

Конечно, въ этихъ заявленіяхъ ничего новаго нѣтъ. Они являются новымъ, свѣжимъ словомъ лишь среди современныхъ цеховыхъ ученыхъ. А великіе мудрецы *много тысячъ лѣтъ тому назадъ* знали, что физическій міръ, доступный наблюденію при помощи внѣшнихъ чувствъ, есть лишь очень маленькая часть мірозданія; что для познанія области сверхчувственнаго нужны еще и другіе источники, и что въ основѣ всего міроваго процесса лежитъ разумная абсолютная Первопричина.

§ **41**. Теперь если послѣ всего сказаннаго мы обратимся къ философіи права, то должны будемъ признать, что то расширеніе предмета и задачъ, которое характеризуетъ ее сравнительно съ

общей теоріей права, является вполнѣ законнымъ съ научной точки зрѣнія.

Философія права по отношенію къ спеціальнымъ юридическимъ наукамъ занимаетъ такое же положеніе, какое общая философія занимаетъ по отношенію ко всѣмъ наукамъ. Различіе между философіей права и общей теоріей права *аналогично* различію между метафизикой съ одной стороны и позитивизмомъ или агностицизмомъ съ другой.

Философія права приводитъ въ гармоническое единство всю совокупность юридическихъ знаній: она изслѣдуетъ понятія, лежащія въ основѣ всѣхъ юридическихъ наукъ и методы, которыми разрабатываются эти науки. Кромѣ того, она стремится познать глубочайшую сущность, идею, того соціальнаго явленія, которое называется правомъ; она связываетъ право съ общимъ міровымъ этическимъ порядкомъ; она даетъ абсолютные критеріи для оцѣнки явленій правовой жизни, указываетъ идеалы для развитія права. Наконецъ она связываетъ юридическія науки со всею совокупностью духовной жизни человѣка.

Изъ этого ясно, что философія права не есть наука чисто-юридическая. Она представляетъ собою посредствующее звено между философіей и правовѣдѣніемъ; въ ней есть и элементъ чисто-юридическій (то, что называется общей теоріей права), и элементъ философскій*).

§ 42. Можно встрѣтить въ наукѣ мнѣніе, что философія права и общая теорія права—это двѣ самостоятельныя дисциплины. Какъ та, такъ и другая одинаково „научны“, но смѣшивать ихъ въ одну науку нельзя: философія права должна имѣть своимъ предметомъ только изслѣдованіе глубочайшихъ основъ права и ихъ связи съ міровымъ этическимъ порядкомъ.

---

*) Изъ этого очевидно, что успѣшно разрабатывать философію права можетъ не каждый ученый юристъ, а только такой, который обладаетъ спеціальной подготовкой въ области философіи со всѣми ея дисциплинами. Кстати, въ нашихъ университетахъ, не смотря на обиліе ученыхъ степеней по разнымъ спеціальностямъ, не существуетъ особой степени по философіи права и каѳедру эту можетъ занимать любой изъ представителей спеціальныхъ наукъ. Конечно было бы лучше всего уничтожить совсѣмъ эту ученую „табель о рангахъ“ и принять европейскій (въ особенности германскій) порядокъ, гораздо лучше обезпечивающій интересы науки, чѣмъ наши двойныя „казенныя“ работы и отжившіе свой вѣкъ публичные диспуты. Но при существующемъ порядкѣ отсутствіе ученой степени по философіи права есть нелѣпость.

Это воззрѣніе съуживаетъ задачи философіи права Конечно, указанныя задачи представляются основными, самыми важными въ нашей наукѣ, но выдѣленіе ихъ въ самостоятельную науку было бы искусственнымъ расчлененіемъ единаго содержанія И не только искусственнымъ, но и вреднымъ. Вѣдь если бы мы остались только съ одной „общей теоріей права“, если бы мы выдѣлили и сопоставили односторонніе принципы, лежащіе въ основаніи различныхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, мы бы не получили настоящаго единства, а главное мы бы имѣли висящую въ воздухѣ постройку. У насъ не было бы никакихъ надежныхъ критеріевъ для оцѣнки, всѣ наши обобщенія носили бы условный, временный характеръ.

Съ другой стороны только „общая теорія права“ можетъ дать жизненное содержаніе, конкретныя формы тѣмъ основнымъ принципамъ, которые устанавливаются „философіей права“. И какъ общая философія стремится познать не только абсолютныя первоосновы міра, но и тотъ порядокъ, въ которомъ эти первоосновы проявляются, способъ реализаціи ихъ въ мірѣ, такъ и философія права должна показать тѣ общіе пути, тѣ принципы, при помощи которыхъ абсолютная идея права, какъ часть общемірового этическаго порядка, реализуется въ окружающей насъ средѣ и въ исторіи культуры. А это можно сдѣлать только путемъ изслѣдованія тѣхъ понятій, которыя лежатъ въ основѣ всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ.

На сколько тѣсно слиты оба элемента нашей науки (т. е. чисто философскій и юридическій) доказывается тѣмъ, что многіе представители „общей теоріи права“ не могутъ быть послѣдовательными и сплошь и рядомъ вводятъ въ свое изложеніе и элементы оцѣнки, и философскіе вопросы (напр. вопросы о естественномъ правѣ, объ отношеніи между правомъ и нравственностью, о свободѣ воли и т. п.). Съ другой стороны у многихъ авторовъ, излагающихъ чистую философію права, мы находимъ не только анализъ общихъ юридическихъ понятій, но даже тотъ элементъ, который умѣстенъ лишь въ „энциклопедіи права“, а именно краткое изложеніе сущности содержанія спеціальныхъ юридическихъ наукъ.

§ 43. Все изложенное показываетъ намъ первостепенную важность философіи права и для каждаго образованнаго человѣка вообще, и въ особенности для юриста.

Право слишкомъ близко затрагиваетъ человѣческіе интересы, слишкомъ непосредственно сливается съ нашей жизнью, чтобы мы могли остаться къ нему равнодушными. Но если спеціальные вопросы отдѣльныхъ юридическихъ наукъ рѣдко интересуютъ широкій кругъ лицъ, то основные вопросы философіи права всегда возбуждаютъ общій интересъ. Какъ разобраться, напр. въ острыхъ, животрепещущихъ вопросахъ, которые возбуждаются такими направленіями, какъ анархизмъ, соціализмъ? Гдѣ найти истину среди горячихъ споровъ о задачахъ государства, о наилучшихъ формахъ государственнаго устройства, объ отличіи права отъ силы или произвола, объ отношеніи между личностью и государствомъ, объ отношеніи между церковью и государствомъ и т. д.? Только философія права можетъ дать здѣсь надежныя указанія и спасти отъ того мутнаго источника, который представляетъ собою газетная болтовня и партійная литература.

Для юриста же философія права должна быть альфой и омегой всего его образованія.—Только она можетъ дать ему нить Ліадны, чтобы онъ не запутался въ лабиринтѣ правовой жизни. Только она одухотворяетъ эту жизнь, даетъ ей глубокій смыслъ и показываетъ, что служеніе праву есть великое и важное дѣло; только она можетъ дать ему надежное руководство для самостоятельной работы на всѣхъ поприщахъ юридической жизни, наконецъ, last not least, только она можетъ спасти отъ дилеттантизма при такомъ на видъ легкомъ занятіи, какъ построеніе идеаловъ, къ которымъ должна стремиться правовая жизнь. Вотъ почему пробѣлы въ знаніи философіи права ничѣмъ не замѣнимы и самымъ роковымъ образомъ отражаются на всей дальнѣйшей дѣятельности юриста (и не только практика, но и теоретика*).

§ **44**. Въ послѣднее время замѣчается иногда смѣшеніе философіи права съ т. наз. *политикой права*.—У одного изъ крупныхъ нашихъ юристовъ, мы читаемъ, напр., что „практическая задача философіи права заключается въ построеніи идеала правоваго порядка въ его цѣльности". При этомъ добавляется, что здѣсь разумѣется объединеніе тѣхъ положеній правовой политики, которыя создаются отдѣльными спеціальными науками.

*) Достаточно обратить вниманіе хотя бы на путаницу въ терминологіи цѣлаго ряда основныхъ понятій у представителей спеціальныхъ наукъ, на односторонность и узость взглядовъ въ трактованіи болѣе или менѣе широкихъ вопросовъ, соприкасающихся съ общими юридическими понятіями, на массу противорѣчій, на рядъ грубыхъ ошибокъ, чтобы оцѣнить по достоинству недостатки въ знаніяхъ по философіи права

Для оцѣнки этого воззрѣнія надо замѣтить прежде всего, что науки политики права не существуетъ Правда, ее желаютъ создать нѣкоторые ученые, но пока все дѣло ограничивается пожеланіями.—Что же касается тѣхъ „положеній правовой политики, которыя создаются отдѣльными спеціальными науками“, то опять таки, не смотря на существованіе отдѣльныхъ работъ и курсовъ озаглавленныхъ, напр., „Уголовная политика“, „Политика“, на обѣщаніе создать „Цивильную политику“, такихъ *наукъ* нѣтъ и быть не можетъ,—и вотъ почему. Если напр., криминалистъ, изучая ту область правовой жизни, которая имѣетъ своимъ предметомъ преступленіе и наказаніе, рекомендуетъ законодателю тѣ или иныя мѣры для проведенія въ жизнь общихъ началъ науки уголовнаго права, если онъ предлагаетъ извѣстныя реформы, то вѣдь все это находится въ органической связи со всѣмъ содержаніемъ науки, *все это обусловлено общими началами* и безъ нихъ будетъ висѣть въ воздухѣ. Уголовная политика не есть наука, а есть одинъ изъ пріемовъ обработки содержанія науки (т. наз „политическій методъ“). Сущность этого пріема, этой точки зрѣнія на предметъ науки заключается въ указаніи тѣхъ средствъ, тѣхъ путей, которыми въ данной конкретной средѣ могутъ быть проведены въ жизнь тѣ или иные общіе принципы. Тутъ весьма важную роль играютъ соображенія цѣлесообразности, потребности т. наз. „оборота“ и изученіе всѣхъ условій мѣста и времени.

То же самое надо сказать о всѣхъ другихъ „политикахъ“. Все это составные элементы соотвѣтствующихъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ: гражданскаго, государственнаго, административнаго права. Изъ нихъ можно дѣлать спеціальныя научныя работы, спеціальные курсы для изложенія, но изъ того, что существуетъ особый курсъ, напр., „ученіе о наказаніи“, вовсе не слѣдуетъ, что это самостоятельная наука.

Послѣ всего сказаннаго понятна неправильность смѣшенія философіи права съ проектируемой фантастической наукой политики права. По самому существу своему философія права не можетъ заниматься изученіемъ такого множества текучихъ и измѣнчивыхъ предметовъ, какъ всевозможныя „конкретныя среды“, гдѣ должны быть реализованы тѣ или другіе принципы. Это дѣло спеціальныхъ наукъ. *Каждая такая наука, руководствуясь общими началами философіи права, должна: 1) развить ея основные принципы въ примѣненіи къ своей области и 2) указать средства для реа-*

лизаціи полученныхъ выводовъ при данныхъ условіяхъ мѣста и времени).*

§ **45.** Итакъ резюмируя все сказанное, мы приходимъ къ выводу, что философія права есть синтезъ всѣхъ существующихъ направленій нашей науки. Она признаетъ все то (или почти все), что признаютъ эти направленія, но дополняетъ ихъ указанными выше элементами и, такимъ образомъ, избѣгаетъ односторонностей „общей теоріи права". Въ основѣ ея лежитъ идеалистическое міровоззрѣніе, т. е. признаніе мирового разумно-этическаго порядка, частью котораго является право. Она вовсе не игнорируетъ реальныхъ фактовъ окружающей насъ жизни, она не отворачивается отъ положительнаго права. Напротивъ, она находитъ, что понятіе права должно быть единымъ и для чистаго юриста, и для философа, и что безъ положительнаго права не можетъ быть и рѣчи о правѣ. Поэтому положительное право должно быть тщательно изучаемо *во всей его полнотѣ.*

Но велика разница между воззрѣніемъ на право, какъ только на продуктъ данной среды, всецѣло обусловленный „соотношеніемъ реальныхъ силъ", потребностями оборота и т. д.,—и воззрѣніемъ на право, какъ на реализацію въ данной средѣ извѣстныхъ абсолютныхъ началъ. Въ первомъ случаѣ мы сдѣлаемся рабами нашего матеріала, мы не будемъ имѣть никакихъ критеріевъ для оцѣнки его, кромѣ критеріевъ цѣлесообразности, мы не будемъ въ состояніи принципіально отличать право отъ насилія и произвола, а во второмъ,—мы поднимемся надъ изучаемымъ матеріаломъ, мы будемъ въ состояніи отличать ненормальныя отклоненія положительнаго права отъ идеи, уродливыя искаженія этой идеи *отъ несовершенной реализаціи ея, неизбѣжной и* **необходимой** *при данныхъ условіяхъ мѣста и времени.* Такимъ образомъ философія права спасаетъ отъ двухъ крайностей: отъ полнаго преклоненія передъ существующимъ правомъ и отъ легкомыслен-

*) Въ послѣднее время большимъ распространеніемъ пользуется мнѣніе, сводящее философію права къ соціологіи. (Очень хорошо вопросъ излагается у *Anzilotti*, La filosofia del diritto e la sociologia. 1902; вообще итальянскіе ученые особенно живо интересуются этимъ вопросомъ). Если бы даже признать, что соціологія представляетъ собою вполнѣ опредѣлившуюся науку (а вѣдь этого нѣтъ: не смотря на самыя энергичныя увѣренія крупныхъ „соціологовъ", такой науки пока не существуетъ; есть описанія многихъ интересныхъ фактовъ, есть рядъ интересныхъ мыслей, есть много благихъ пожеланій, но больше всего есть чудовищная масса всевозможныхъ дилетантскихъ опытовъ)—то и тогда задачи и методы ея не совпадали бы съ задачами и методами философіи права.

наго отрицанія этого права, если это покажется несоотвѣтствующимъ тѣмъ или другимъ идеаламъ. Съ другой стороны философія права даетъ критеріи и для оцѣнки самихъ идеаловъ, для различія идеаловъ отъ утопій.

Въ заключеніе надо отмѣтить, что въ Россіи основатель нашей науки К. А. Неволинъ держался идеалистическаго направленія, къ этому же направленію принадлежалъ величайшій представитель ея—Б. Н Чичеринъ, къ нему же принадлежатъ лучшіе изъ современныхъ философовъ права—Кн. Е. Н. Трубецкой и П. И. Новгородцевъ. А исторія нашей науки и современное ея состояніе доказываютъ справедливость остроумнаго замѣчанія профессора Токійскаго университета Л. Бриделя, что философія права подобна Фениксу, постоянно возрождающемуся изъ своего пепла: не смотря на періоды, когда противники уже праздновали ея похороны,—она безсмертна*).

*) *L. Brudel.* Encyklopédie juridique. 1907 p 123.

ЧАСТЬ I.

Общее ученіе о правѣ.

(Идея права и ея реализація).

ГЛАВА I.

Ученіе о юридическихъ нормахъ.

§ **46**. Первый, основной вопросъ философіи права есть вопросъ: что такое право?

Какъ извѣстно, въ наукѣ ведутся нескончаемые споры по этому вопросу, и никому еще не удалось дать такое опредѣленіе права, подъ которымъ подписались бы всѣ ученые. Впрочемъ, подобно тому, какъ спорность и невыясненность понятія, лежащаго въ основѣ всѣхъ естественныхъ наукъ, понятія матеріи, не мѣшаетъ развитію и успѣхамъ естествознанія, такъ и невыясненность понятія права не мѣшаетъ развитію и успѣхамъ юридическихъ наукъ. Дѣло въ томъ, что какъ естествознаніе исходитъ отъ непосредственно даннаго, несомнѣннаго факта—существованія матеріи, такъ и правовѣдѣніе исходитъ отъ такого же факта,—существованія права. Философія должна выяснить сущность этого сложнаго факта, а для спеціальныхъ наукъ достаточно того, что онъ данъ въ опытѣ, какъ нѣчто, что въ общемъ не трудно отличить отъ остальныхъ фактовъ, и что можно изучать съ различныхъ точекъ зрѣнія, изучать отдѣльныя стороны его. Между прочимъ дѣлу не мало вредило то, что въ спорахъ о сущности права принимали участіе не философы права, а представители отдѣльныхъ спеціальныхъ наукъ.

§ **47**. Если мы будемъ наблюдать жизнь въ ея настоящемъ и прошломъ, то мы увидимъ, что сплошь и рядомъ то, что сегодня есть право, завтра становится неправомъ, то, что въ одномъ государствѣ есть право, въ сосѣднемъ признается неправомъ. Сейчасъ мы признаемъ невозможнымъ продавать людей, а еще недавно у насъ существовало крѣпостное право. Въ настоящее время мы можемъ носить бороду по желанію, а указъ Петра Великаго 29 Декабря 1714 г. запретилъ носить бороды и русское платье подъ угрозой ссылки на каторгу и конфискаціи всего

имущества. Во Франціи кровосмѣшеніе между совершеннолѣтними не наказуемо, а въ сосѣдней Германіи—это преступленіе. У насъ единственно дозволенная форма брака есть моногамія, а въ Турціи существуетъ многоженство. И примѣровъ подобнаго рода можно было бы приводить безчисленное множество.

Между прочимъ такая измѣнчивость права послужила одной изъ причинъ отмѣченныхъ выше споровъ по вопросу—что такое право? О причинахъ этой измѣнчивости и ея значеніи рѣчь будетъ впереди, а теперь передъ нами такой вопросъ: все-ли въ явленіяхъ правовой жизни такъ измѣнчиво, условно, относительно? нѣтъ ли тамъ какихъ нибудь постоянныхъ элементовъ?

Утвердительный отвѣтъ на послѣдній вопросъ подсказывается уже фактомъ существованія науки о правѣ: вѣдь такой науки не могло бы существовать, если бы въ правѣ не было элемента устойчивости, постоянства.

§ 47[1]. Обращаясь къ явленіямъ правовой жизни за поисками этого элемента, мы прежде всего замѣчаемъ, что *эта жизнь состоитъ изъ разнообразныхъ актовъ поведенія людей, обусловленнаго соотвѣтственными психическими переживаніями.* Эти психическія переживанія можно свести къ двумъ основнымъ типамъ: 1) я долженъ такъ поступать, потому что существуетъ такое-то безусловно обязательное правило и 2) я долженъ такъ поступать, потому что я лично убѣжденъ, что въ подобныхъ случаяхъ другого поведенія и быть не должно

Первый типъ предполагаетъ наличность въ данномъ общежитіи извѣстныхъ безусловно обязательныхъ правилъ поведенія, нормъ, иначе—*положительнаго права.* Второй типъ есть проявленіе т. наз. *субъективнаго правосознанія.* Вопросъ о взаимномъ отношеніи между ними будетъ изложенъ дальше, а пока замѣтимъ, что обыкновенно бываетъ такъ: въ результатѣ однообразныхъ актовъ поведенія, обусловленныхъ вторымъ типомъ психическихъ переживаній, появляется соотвѣтствующая юридическая норма (субъективное правосознаніе объективируется).

§ 48. Такимъ образомъ мы находимъ, что *самымъ характернымъ, основнымъ признакомъ правовой жизни является наличность юридическихъ нормъ.*

Но вѣдь правовая жизнь есть только часть болѣе широкаго понятія—*соціальная жизнь.* И какъ основнымъ признакомъ понятія правовой жизни является наличность юридическихъ нормъ, такъ и основнымъ, характернымъ признакомъ понятія—соціальная

жизнь является наличность соціальныхъ нормъ вообще, т. е. различнаго рода правилъ, регулирующихъ распорядокъ совмѣстной жизни людей, ихъ взаимныя отношенія: юридическія нормы представляютъ собою, слѣдовательно, часть соціальныхъ нормъ вообще, ихъ видъ.

Не трудно замѣтить, что какъ бы ни понимать терминъ „общество", какія бы опредѣленія ни давать ему, мы въ концѣ концовъ всегда придемъ къ соціальнымъ нормамъ, какъ къ основному, характерному признаку соціальной жизни. Возьмемъ, напр., опредѣленіе общества, какъ психическаго взаимодѣйствія между людьми. Это совершенно правильное опредѣленіе съ психологической точки зрѣнія. Но вѣдь это психическое взаимодѣйствіе проявляется во внѣ, во всевозможныхъ взаимныхъ отношеніяхъ между людьми А на почвѣ этихъ отношеній, неизбѣжно возникаютъ различнаго вида нормы, регулирующія поведеніе людей (въ томъ числѣ и юридическія). Вотъ почему всѣ возраженія противъ Штамммлеровскаго опредѣленія соціальной жизни надо признать плодами недоразумѣнія: дѣйствительно, Штаммлеръ правильно опредѣлилъ, что соціальная жизнь есть внѣшнимъ образомъ урегулированная совмѣстная жизнь людей.

§ **49**. Мы нашли, что юридическія нормы представляютъ собою *понятіе видовое*. Очевидно, что для изученія природы ихъ необходимо прежде всего найти *родовое* понятіе. Можно ли сказать, что такимъ родовымъ понятіемъ является *соціальная* норма въ широкомъ смыслѣ слова? Этого сказать нельзя, потому что родовымъ понятіемъ слѣдуетъ признать понятіе *нормы вообще*.

Норма есть правило, по которому что либо необходимо происходитъ согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго. Въ этомъ общемъ значеніи мы можемъ говорить о нормахъ относительно всей міровой жизни, во всѣхъ ея проявленіяхъ. Всѣ эти проявленія совершаются по извѣстнымъ нормамъ, вездѣ есть опредѣленный порядокъ, обнаруживающій лежащую въ его основѣ природу происходящаго. *Такимъ образомъ „норма" и „законъ" — понятія тождественныя.*

Въ виду спорности этого положенія и важности его остановимся на немъ подольше.

§ **50**. Въ наукѣ существуютъ различныя мнѣнія по этому вопросу. Ихъ можно свести къ тремъ основнымъ типамъ: 1) нормы и законы — понятія принципіально противоположныя; 2) нормы —

это особыя формы осуществленія законовъ: 3) нормы и законы— понятія тождественныя.

Аргументацію перваго типа можно выразить въ слѣдующихъ положеніяхъ. Законъ есть общая формула, выражающая подмѣченное однообразіе явленій, между тѣмъ, какъ норма есть правило должнаго. Законъ въ сжатой, научной формѣ только описываетъ *то, что есть*; онъ есть обобщеніе явленій дѣйствительности Наоборотъ, норма выражаетъ *то, что должно быть*. Отсюда,—норма опредѣляетъ собою явленія, служитъ ихъ причиной, между тѣмъ какъ законъ не есть причина явленій; онъ не говоритъ намъ, *почему* явленія совершаются, а только, *какъ* они совершаются. Наконецъ, нарушить законъ нельзя, между тѣмъ какъ нарушеніе нормы есть весьма распространенное явленіе Иллюстраціей всего сказаннаго можетъ служить параллель между *закономъ* тяготѣнія съ одной стороны и *нормой* „не убій“ съ другой.

§ **51**. Для оцѣнки этого воззрѣнія (господствующаго въ настоящее время) обратимся къ аргументаціи второго *типа мышленій*.

Этотъ типъ лучше всего представленъ прекрасной работой Виндельбанда „Нормы и законы природы“ (въ сборникѣ „Прелюдіи“), поэтому мы извлечемъ оттуда основныя положенія.

Съ одной стороны человѣкъ чувствуетъ въ себѣ принужденіе, съ которымъ *необходимо и неизмѣнно* сообразуется его мышленіе, его желанія и чувствованія (напр. удовлетвореніе физіологическихъ потребностей); съ другой стороны онъ носитъ въ себѣ сознаніе велѣнія, согласно которому онъ *долженъ* мыслить, желать, чувствовать (напр. „не смотря на сильнѣйшій половой голодъ, ты не долженъ удовлетворять его путемъ изнасилованія, путемъ соблазна малолѣтнихъ и т п.“).

Какъ относятся другъ къ другу это принужденіе и это велѣніе, какъ они соединимы и какой смыслъ имѣетъ ихъ совмѣстное существованіе? Если велѣніе требуетъ того же, что необходимо совершается само собою, то оно не имѣетъ смысла; точно также, если велѣніе требуетъ того, что не можетъ совершиться, что совершенно исключается естественно необходимыми условіями душевной или физической жизни, оно также не имѣетъ смысла. Очевидно, что эти два законодательства, относящіеся къ одному и тому же предмету, не могутъ быть *принципіально* противоположны другъ другу. Совѣсть не можетъ требовать отъ насъ безусловно невозможнаго; она требуетъ того, что 1) возможно и 2) что соотвѣтствуетъ извѣстнымъ вы-

сшимъ критеріямъ (нормамъ). Всякое рѣшеніе нашей воли съ вытекающимъ изъ него поступкомъ есть явленіе, *необходимо обусловленное* законами мотиваціи. извѣстнымъ причиннымъ рядомъ. Но этически одобряются только такія рѣшенія воли, которыя были обусловлены *нѣкоторыми видами мотивовъ*. И нравственное и безнравственное рѣшеніе возникаютъ *одинаково необходимо*, въ результатѣ опредѣленныхъ закономѣрныхъ процессовъ, но этическая оцѣнка одобряетъ первое рѣшеніе и осуждаетъ второе.

То же самое мы видимъ въ области логической и эстетической. Ошибочное заключеніе возникаетъ столь же необходимо, какъ и правильное; оба являются неизбѣжнымъ результатомъ закономѣрныхъ процессовъ. Но изъ всей массы возможныхъ ассоціацій только немногія соотвѣтствуютъ нормѣ, имѣютъ общеобязательное значеніе Доставлять удовольствіе людямъ могутъ и грубые шаржи. и кафе-шантанная музыка, и порнографія, но эстетическую цѣнность имѣютъ только тѣ произведенія искусства, которыя соотвѣтствуютъ извѣстнымъ нормамъ, имѣющимъ общеобязательное значеніе. Между тѣмъ и восхищеніе передъ „Донъ-Жуаномъ“ Моцарта, и восхищеніе передъ циничесой шансонеткой, оба являются необходимыми результатами опредѣленныхъ комбинацій и ассоціацій.

Такимъ образомъ нормы—это такія формы осуществленія законовъ природы, которыя должны быть одобряемы всякимъ, кто стремится къ *общеобязательности*. Нормативное законодательство не стоитъ въ противорѣчіи къ законодательству природы, а есть отборъ лучшаго изъ него. Прогрессъ заключается въ расширеніи области дѣйствія нормъ, а идеалъ есть жизнь, всецѣло опредѣляемая нормами.

§ **52**. Итакъ мы видимъ, что въ изложенномъ воззрѣніи сгирается уже то принципіальное различіе между нормами и законами, которое составляетъ основу перваго воззрѣнія. Тѣмъ не менѣе эти понятія все еще существенно различаются: 1) нормы относятся только къ духовной дѣятельности людей и 2) нормы суть не всѣ законы этой дѣятельности, а лишь нѣкоторые, имѣющіе особую цѣнность.

Остается сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ и никакой разницы между нормами и законами не останется. Прежде всего представляется произвольнымъ первое ограниченіе. Почему мы будемъ называть нормами: логическій законъ тождества, нравственное требованіе прощенія кающагося грѣшника и т. д., а напр. о законѣ параллелограмма силъ, о случаѣ, когда человѣкъ умеръ, не

получая очень долгое время пищи, мы будемъ говорить, что здѣсь дѣйствуютъ не нормы, а законы природы? Вѣдь фактъ смерти человѣка, голодающаго, напр. два мѣсяца, есть фактъ совершенно *нормальный;* фактъ, что камень, брошенный кверху, упадетъ на землю, есть фактъ *нормальный,* фактъ рожденія теленка съ двумя головами есть *ненормальное* уродство; если мы увидимъ дерево въ лѣсу, растущее не вверхъ, а стелющееся по землѣ, мы скажемъ, что это явленіе *ненормальное* и т. д. Фактъ паденія камня на землю мы называемъ нормальнымъ, потому что онъ вполнѣ соотвѣтствуетъ извѣстной нормѣ—закону тяготѣнія: такъ всегда необходимо бываетъ, *потому что это вытекаетъ изъ самой сущности обусловливающей данное явленіе.* Фактъ появленія на свѣтъ теленка съ двумя головами мы называемъ ненормальнымъ, потому что онъ противорѣчитъ нормѣ. Законъ есть выраженіе общаго и необходимаго отношенія между извѣстными явленіями; это—правило, порядокъ, по которому происходятъ явленія, правило, обусловленное внутреннею сущностью явленій, ихъ идеей. Но вѣдь то же самое есть и норма; а слѣдовательно оба термина одозначущи.

§ **53**. Обратимся теперь къ другому ограниченію понятія нормы. Намъ говорятъ, что нормы это тѣ же законы, но только обладающіе особой цѣнностью (общеобязательной).

Если даже мы не выйдемъ изъ предѣловъ духовной жизни человѣка, то и тогда возникаютъ серіозныя сомнѣнія въ правильности такого ограниченія. Поставимъ такой вопросъ: нормально ли, что молодой, здоровый подвыпившій бродяга, выпущенный только что изъ тюрьмы, гдѣ онъ провелъ въ полномъ воздержаніи года полтора, почувствовалъ влеченіе къ проходящей по дорогѣ женщинѣ и посмотрѣлъ на нее съ вожделѣніемъ? Я думаю, что самый строгій моралистъ безъ колебанія отвѣтитъ: да, нормально. Почему? Да потому, что это вожделѣніе обусловлено самою природой человѣка, находящагося въ подобномъ состояніи; *такъ всегда необходимо бываетъ.* Итакъ мы имѣемъ психическое переживаніе, лишенное какой бы то ни было цѣнности съ этической точки зрѣнія, и тѣмъ не менѣе квалифицируемое нами какъ нормальное.

Другое дѣло, когда мы спросимъ: нормально ли будетъ, если этотъ бродяга изнасилуетъ предметъ своего вожделѣнія? Здѣсь отвѣтъ получится только отрицательный. Почему? прежде всего здѣсь мы никоимъ образомъ не можемъ, какъ въ предыдущемъ случаѣ, сказать, что такъ *всегда необходимо* бываетъ: такъ бываетъ,

но далеко не всегда. И если бы представить себѣ такой порядокъ, гдѣ обычнымъ явленіемъ было бы насильственное удовлетвореніе полового влеченія надъ каждой попавшейся женщиной, то самый завзятый „аморалистъ“ вознегодовалъ бы. Такой порядокъ былъ бы въ противорѣчіи съ духовной природой человѣка, онъ былъ бы ненормальнымъ. Итакъ нормальнымъ явленіемъ въ нашемъ примѣрѣ будетъ подавленіе бродягой своего желанія изнасиловать женщину, если такое желаніе у него возникло.

Такимъ образомъ мы видимъ, что вопросъ о цѣнности явленія нисколько не зависитъ отъ того, нормальны ли онѣ, или нѣтъ. Явленія нормальныя могутъ вызывать высокую этическую оцѣнку, но могутъ быть и сомнительными въ этическомъ смыслѣ. И наоборотъ—явленія ненормальныя могутъ имѣть огромную этическую цѣнность (напр. мученичество, жертвованіе жизнью ради великой идеи вопреки нормальному инстинкту самосохраненія, нормальной любви къ близкимъ и т. п.).

§ **54**. Все сказанное приводитъ къ убѣжденію, что господствующее мнѣніе о принципіальномъ различіи нормъ и законовъ основано на недоразумѣніи. Эти понятія тождественны. Возможно, что терминъ „законъ“ выражаетъ внѣшнюю сторону, а терминъ „норма“—внутреннюю одного и того же понятія, но это различіе существеннаго значенія не имѣетъ.

Итакъ мы имѣемъ общее, родовое понятіе *норма (законъ) вообще*. Оно охватываетъ собою многочисленные виды нормъ (законовъ). И вотъ съ перваго взгляда можетъ показаться, что нѣкоторые виды ничего общаго другъ съ другомъ не имѣютъ.

Астрономическіе законы Кеплера; законъ химическаго сродства; законы развитія организмовъ; законы образованія кристалловъ; законъ параллелограмма силъ; законы метеорологіи; законы движенія населенія; законы математики; законы логическіе, эстетическіе; законы грамматики; законы юридическіе, законы техники и т. д., что общаго во всѣхъ этихъ законахъ? А, конечно, должно быть что либо общее, иначе не было бы одного и того же названія. Это общее и есть указанное выше понятіе нормы (закона) вообще, какъ правила, по которому что-нибудь необходимо происходитъ, согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго.

§ **55**. Не трудно убѣдиться, что подъ это общее опредѣленіе подойдетъ всякій частный видъ нормъ (законовъ).

О законахъ физическихъ, химическихъ, геологическихъ и т. п. словомъ о законахъ природы въ тѣсномъ смыслѣ слова нечего

и говорить: для каждаго очевидно, что всѣ эти виды законовъ вполнѣ подходятъ подъ наше опредѣленіе нормы вообще.

Не могутъ возбуждать сомнѣнія и законы математики, логики, психологіи, эстетики, даже законы движенія населенія и различные спорные историческіе законы: вездѣ мы видимъ правила, по которымъ происходятъ тѣ или иныя явленія согласно лежащимъ въ основѣ ихъ идеямъ.

Возьмемъ нормы (законы) разныхъ прикладныхъ техническихъ знаній. И здѣсь тоже самое Если вы желаете построить мостъ, вы необходимо должны соблюдать такія то правила, обусловленныя самою сущностью дѣла, и т. д.

Переходимъ къ области, возбуждающей сомнѣнія. Подойдутъ ли подъ наше общее опредѣленіе нормы нравственности, нормы юридическія и т. п ? Въ § 53 приведенъ былъ примѣръ дѣйствія, обусловленнаго соотвѣтственной этической нормой: человѣкъ отказывается отъ своего желанія изнасиловать женщину. Ясное дѣло, что и здѣсь мы имѣемъ правило, по которому что нибудь необходимо происходитъ Но вѣдь во всѣхъ раньше указанныхъ видахъ нормъ явленія дѣйствительно происходятъ *необходимо*, между тѣмъ какъ нормы этическія часто нарушаются, а значитъ получается существенное различіе, и эти нормы не подойдутъ подъ наше общее опредѣленіе.

На самомъ дѣлѣ здѣсь недоразумѣніе. Надо обратить вниманіе на вторую часть нашего опредѣленія: „согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго“. И тогда мы увидимъ, что поступокъ человѣка, отказавшагося отъ своего гнуснаго намѣренія, *необходимо* вытекалъ изъ самой сущности, изъ идеи, лежащей въ основѣ поступка; противоположный поступокъ былъ бы ненормальнымъ, онъ противорѣчилъ бы этой идеѣ.—Возьмемъ юридическую норму, запрещающую нарушать ночной отдыхъ. Несомнѣнно мы назовемъ нормальнымъ поведеніе людей, которые воздерживаются отъ крика, шума, громкихъ разговоровъ, а тѣмъ болѣе отъ пѣнія, музыки, танцевъ, если они знаютъ, что этимъ они могутъ причинить безпокойство спящимъ сосѣдямъ. Это—*необходимое* поведеніе, вытекающее изъ лежащей въ основѣ его идеи (тутъ и личная высокая культурность, и уваженіе къ личности окружающихъ, и указанное самой природой время для отдыха). Конечно, бываютъ случаи, когда хулиганы, или люди распущенные, культурные лишь по внѣшности, поступаютъ иначе; но такое поведеніе противорѣчитъ самой *идеѣ, лежащей въ ос-*

новъ данныхъ соціальныхъ отношеній.—А если мы будемъ разсматривать нашу юридическую норму съ другой стороны, а именно съ точки зрѣнія санкціи (наказаніе за нарушеніе ночного покоя), то и тогда мы увидимъ, что она вполнѣ подойдетъ подъ наше опредѣленіе нормы вообще, какъ правила, по которому что нибудь необходимо происходитъ согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго: люди, нарушающіе столь цѣнное благо, какъ ночной покой, получаютъ со стороны государственной власти весьма энергичное и чувствительное порицаніе ихъ поведенія)

§ **56**. Два слова по поводу того аргумента господствующаго мнѣнія, который утверждаетъ, что законовъ „въ научномъ смыслѣ" нарушить нельзя, между тѣмъ какъ нормы часто нарушаются.

Если даже согласиться съ господствующимъ различеніемъ законовъ и нормъ, то и тогда мы должны признать, что, строго говоря нельзя „нарушить" ни нормы, ни закона, а можно только дѣйствовать *вопреки имъ* Мы можемъ сколько угодно поступать вопреки имъ, и все таки нашими поступками мы не уничтожимъ ихъ, а только испытаемъ на себѣ невыгодныя послѣдствія нашихъ ненормальныхъ дѣйствій: домъ, построенный вопреки нормамъ архитектуры, рухнетъ; человѣкъ, систематически живущій вопреки нормамъ гигіены, заболѣетъ и даже умретъ; писатель, излагающій свои мысли вопреки нормамъ логики, напишетъ нелѣпость: естественникъ, ведущій опытъ, игнорируя извѣстные законы своей науки, ничего не добьется; человѣкъ, купившій домъ безъ соблюденія требуемыхъ закономъ формальностей, не пріобрѣтетъ желаемаго права собственности; хулиганъ, напавшій на улицѣ на прохожаго, будетъ сидѣть въ тюрьмѣ, и т. д.

Какъ видимъ, принципіальной разницы во всѣхъ этихъ случаяхъ нѣтъ. *Если норма (законъ) подмѣчена правильно*, если она не есть мнимая норма, она останется ненарушимой, будетъ дѣйствовать, не смотря на всѣ поступки людей, „нарушающіе" ее. А такія „мнимыя" нормы бываютъ во всѣхъ областяхъ человѣческаго знанія. Исторія науки даетъ не мало примѣровъ формулированія законовъ „въ научномъ смыслѣ", оказавшихся плодами недоразумѣнія. Не говоря уже о законахъ соціологіи, исторіи развитія культуры и т. п., гдѣ почти всѣ „законы" оказывались мнимыми, мы знаемъ такіе же мнимые законы въ исторіи біологіи,

) Между прочимъ съ поднятіемъ уровня культуры долженъ расшириться составъ соотвѣтственныхъ правонарушеній и произойти значительное повышеніе репрессіи.

химіи, физики и др. наукъ. И даже въ современномъ естествознаніи можно указать много законовъ съ условнымъ характеромъ: это гипотетическія обобщенія, пока не будутъ открыты новые факты —Тѣмъ болѣе это такъ въ столь сложной области, какъ область, регулируемая юридическими нормами. Тутъ мы имѣемъ массу нормъ, не соотвѣтствующихъ идеѣ тѣхъ или другихъ соціальныхъ отношеній, нормъ мнимыхъ.

§ **57**. Въ дополненіе къ только что сказанному надо обратить вниманіе на слѣдующее. Всѣ вообще нормы (законы) претендуютъ на всеобщность и неизмѣнность. И дѣйствительно: разъ норма есть правило, по которому что нибудь происходитъ согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго, то конечно это „что нибудь“ должно происходить *необходимо* (при условіи, если правильно понята эта идея). Идеаломъ, къ которому стремятся всѣ нормы, являются *логическія нормы* съ ихъ непререкаемымъ, абсолютнымъ характеромъ. Но изъ всѣхъ наукъ только одна математика (представляющая ближайшее развитіе логики въ примѣненіи къ точно опредѣленной сферѣ бытія) удовлетворяетъ этому идеалу. А дальше, чѣмъ сложнѣе становится область бытія, тѣмъ менѣе шансовъ на установленіе законовъ съ абсолютнымъ характеромъ, тѣмъ болѣе благодарна почва для формулированія мнимыхъ законовъ. И опять таки пальма первенства въ этомъ отношеніи принадлежитъ той области бытія, которая регулируется юридическими нормами.

Тѣмъ не менѣе мы имѣемъ массу юридическихъ нормъ, правильно выражающихъ идеи, лежащія въ основѣ соотвѣтствующихъ соціальныхъ отношеній. Эти нормы вполнѣ *аналогичны* химическимъ, физическимъ, біологическимъ и др. законамъ, правильно выражающимъ порядокъ, въ которомъ происходятъ явленія соотвѣтствующихъ областей.

§ **58**. Еще одно недоразумѣніе, препятствующее правильному взгляду на природу юридическихъ нормъ.

Проводятъ параллель между условностью, измѣнчивостью, даже случайностью юридическихъ нормъ и неизмѣнностью законовъ природы и отсюда дѣлаютъ выводъ, что между нормами и законами „въ научномъ смыслѣ“ нѣтъ ничего общаго. Говорятъ, что юридическія нормы—это просто *факты* юридической жизни, факты, которые наука должна изучать съ цѣлью открыть ихъ законы.

Съ перваго взгляда это кажется очень убѣдительнымъ. Въ самомъ дѣлѣ: что общаго между законами Кеплера и законами о чертѣ еврейской осѣдлости? между вѣчнымъ и неизмѣннымъ логическимъ закономъ тождества и массой юридическихъ законовъ, которые сегодня существуютъ, а завтра отмѣняются или замѣняются новыми?

На самомъ дѣлѣ общее между ними есть. Оно заключается въ формулированномъ выше понятіи нормы вообще. Юридическая норма есть попытка понять сущность, идею опредѣленныхъ соціальныхъ отношеній и опредѣлить порядокъ, въ которомъ должны происходить эти отношенія согласно съ ихъ идеей. А такъ какъ соціальныя отношенія безконечно сложны, разнообразны, текучи и измѣнчивы, опредѣляются условіями мѣста и времени, то отсюда необходимость существованія наряду съ нормами постояннаго характера, регулирующихъ болѣе или менѣе устойчивыя отношенія, такихъ нормъ, которыя регулируютъ отношенія чисто временнаго, преходящаго, мѣстнаго характера (ср. § 404).

Далѣе, надо помнить, что вся совокупность юридическихъ нормъ представляетъ собою логически стройную систему. Эту систему можно изобразить въ видѣ пирамиды. Основаніемъ ея является огромная, на первый взглядъ хаотическая масса мелкихъ юридическихъ нормъ, сплошь и рядомъ обладающихъ въ высшей степени текучимъ, измѣнчивымъ характеромъ. Чѣмъ выше къ вершинѣ, тѣмъ количество нормъ уменьшается, нормы принимаютъ все болѣе и болѣе общій, устойчивый характеръ, переходятъ въ нѣсколько нормъ высшаго принципіальнаго порядка и завершаются, наконецъ, въ абсолютной идеѣ права. Такимъ образомъ то, что является нормой на первой ступени, есть лишь фактъ, матеріалъ для формулировки болѣе общихъ нормъ второй ступени и т. д.

§ **59**. Итакъ всѣ нормы (законы) во всѣхъ областяхъ міровой жизни объединяются въ общемъ, родовомъ понятіи нормы вообще.

Это родовое понятіе раздѣляется на много видовъ, сообразно различнымъ проявленіямъ міровой жизни. Здѣсь не мѣсто входить въ разсмотрѣніе вопроса о классификаціи нормъ и объ отношеніи различныхъ видовъ закономѣрности другъ къ другу (иначе: о сведеніи видовъ нормъ (законовъ) къ возможно меньшему числу). Но уже изъ нашего опредѣленія родового понятія нормы слѣдуетъ, что *наивысшими обобщеніями являются законы логики, законы разума; къ нимъ въ концѣ концовъ сводятся всѣ*

законы природы, т. к. вся мировая жизнь проникнута Верховнымъ Разумомъ.

Для интересующей насъ области, т. е. для юридическихъ нормъ, все сказанное раньше имѣетъ чрезвычайно важное значеніе: разъ юридическая норма есть *подвидъ* общаго родового понятія нормы, она не можетъ быть принципіально отъ него различной. А слѣдовательно она не должна быть актомъ чистаго усмотрѣнія, каприза, произвола, а должна быть проявленіемъ разумной идеи, лежащей въ основаніи соотвѣтствующихъ соціальныхъ отношеній.

§ 60 Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему изложенію, необходимо остановиться еще на одномъ вопросѣ. Это вопросъ объ объективномъ характерѣ юридическихъ нормъ. Дѣло въ томъ, что въ наукѣ есть мнѣнія, оспаривающія объективное существованіе юридическихъ нормъ. Представители этого мнѣнія говорятъ, что существуютъ только наши психическія переживанія въ каждую данную минуту и результатомъ этихъ переживаній является между прочимъ то, что люди воображаютъ, будто внѣ ихъ психики существуютъ юридическія нормы.

Что юридическія нормы нельзя видѣть и осязать, что онѣ суть явленія психическаго, духовнаго порядка, это безспорно. Но изъ этого вовсе нельзя дѣлать вывода, что онѣ лишены объективнаго, реальнаго бытія. Вѣдь точно также мы не можемъ видѣть и осязать ни одного закона природы; эти законы точно также суть явленія духовнаго порядка. И однако мы бы вызвали всеобщее изумленіе, если бы сказали, что законъ тяготѣнія не существуетъ реально, объективно, независимо отъ нашей психики. Точно также и юридическія нормы существуютъ совершенно независимо отъ психики Ивана, Петра и т. д. *Реальное* бытіе не значитъ *осязаемое*, доступное внѣшнимъ чувствамъ бытіе. А если стать на точку зрѣнія чистаго психологизма, тогда окажется, что вообще не существуетъ внѣшняго міра, а существуютъ только психическія переживанія. Въ результатѣ мы неизбѣжно придемъ къ солипсизму.

Въ частности, юридическая норма есть продуктъ не индивидуальной, а коллективной психологіи. А эта дисциплина, не смотря на всю свою неразработанность, собрала значительный матеріалъ, доказывающій, что соціальная жизнь не можетъ быть разложена безъ остатка на сумму индивидуальныхъ психическихъ переживаній, что есть такіе продукты коллективной психики, которые имѣютъ *вполнѣ объективный характеръ*, не смотря на то, что быть

можетъ въ послѣднемъ счетѣ они возникли изъ индивидуальныхъ психическихъ актовъ.

§ **61**. Итакъ общее родовое понятіе нормы раздѣляется на виды. Однимъ изъ видовъ являются *нормы этическія въ широкомъ смыслѣ слова*. Эти нормы въ свою очередь дѣлятся на подвиды, однимъ изъ которыхъ являются нормы юридическія.

Въ § 47 былъ поставленъ вопросъ: имѣются ли въ правовой жизни постоянные элементы, или тамъ все условно, текуче и измѣнчиво? Все раньше изложенное о нормахъ вообще и объ ихъ подвидѣ—юридическихъ нормахъ, доказываетъ, что такіе постоянные, независящіе отъ усмотрѣнія отдѣльныхъ лицъ и группъ лицъ элементы существуютъ. И только благодаря этимъ постояннымъ элементамъ и возможна наука о правѣ

Юридическую норму можно изучать съ двухъ точекъ зрѣнія: можно изучать ея содержаніе, и можно изучать форму, въ которую облекается это содержаніе. И содержаніе, и форма имѣютъ постоянные элементы, но такъ какъ формальная сторона юридическихъ нормъ легче поддается изученію и возбуждаетъ меньше споровъ въ наукѣ, то мы и начнемъ съ нея, тѣмъ болѣе, что эта именно сторона и сообщаетъ юридической нормѣ ея специфическій характеръ.

ГЛАВА II.

Внѣшняя сторона юридическихъ нормъ.

§ **62** Мы нашли, что юридическія нормы представляютъ собою подвидъ нормъ *этическихъ въ широкомъ смыслѣ слова*. Хотя всѣ вообще нормы имѣютъ общія родовыя черты, исключающія возможность *принципіальнаго* различія между ними, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы всѣ нормы имѣли *тождественный* характеръ И дѣйствительно, различные виды нормъ отличаются другъ отъ друга характерными особенностями.

Въ чемъ же заключаются характерныя особенности того вида нормъ, которыи можно назвать этическими въ широкомъ смыслѣ слова? *Этическія нормы регулируютъ поведеніе человѣка, какъ свободнаго и разумнаго существа.* Онѣ относятся къ той высшей области бытія, гдѣ дѣйствуютъ не слѣпыя силы природы, а сознательная и свободная воля человѣка. Этическія нормы адресованы къ человѣку. Онѣ говорятъ ему: „вотъ какъ *ты долженъ* поступать, если не желаешь, чтобы твое поведеніе противорѣчило бы такои то идеѣ общаго мірового этическаго порядка, членомъ котораго ты состоишь“. И конечно, разъ адресатомъ этическихъ нормъ является человѣкъ, т. е. существо свободное и разумное, то совершенно естественно, что поведеніе его часто можетъ не соотвѣтствовать нормѣ: онъ или сознательно дѣйствуетъ вопреки нормѣ, или заблуждается относительно содержанія ея.

§ **63**. Если бы мы захотѣли точнѣе опредѣлить то мѣсто, которое занимаютъ юридическія нормы въ общемъ этическомъ порядкѣ, то мы бы должны были сказать, что юридическія нормы представляютъ собою подвидъ *соціальныхъ нормъ вообще*. Такимъ образомъ мы оставляемъ въ сторонѣ нормы религіозныя: онѣ имѣютъ въ виду отношеніе человѣка къ Богу, между тѣмъ, какъ остальныя этическія нормы регулируютъ главнымъ образомъ отношенія между людьми.

Приступая къ изученію внѣшней стороны юридическихъ нормъ, мы должны выдѣлить ихъ изъ всѣхъ остальныхъ подвидовъ соціальныхъ нормъ. Мы должны найти характерные признаки, которые присущи юридическимъ нормамъ въ отличіе отъ другихъ соціальныхъ нормъ.

Наука различаетъ два вида этихъ другихъ нормъ: 1) нормы нравственности (морали) и 2) конвенціональныя нормы (нравы).

§ **64.** Для того, чтобы разграничить между собою нормы юридическія, конвенціональныя и нравственныя возьмемъ примѣры и сравнимъ ихъ.

1) Ты долженъ уплатить въ срокъ взятыя подъ росписку деньги; 2) ты долженъ отсрочить уплату квартирныхъ денегъ твоему жильцу, оставшемуся въ силу несчастнаго стеченія обстоятельствъ безъ всякихъ средствъ къ жизни съ большою семьей; 3) ты долженъ надѣть черный сюртукъ, отдавая визитъ посѣтившему тебя новому члену общества.

Всѣ эти нормы опредѣляютъ наше внѣшнее поведеніе относительно другихъ людей. Въ обыденной рѣчи сплошь и рядомъ ко всѣмъ такимъ нормамъ примѣняется названіе *право*. Говорятъ: бѣднякъ имѣетъ (нравственное) право на отсрочку долга со стороны богача; старикъ имѣетъ право на знаки вниманія со стороны юношей; я имѣю право требовать возвращенія взятой у меня на время книги. А если мы къ этимъ примѣрамъ прибавимъ еще право на откровенность между друзьями, право на вѣрность между двумя влюбленными, право старой няни на внимательное къ себѣ отношеніе со стороны членовъ семьи и т. п.,—то мы поймемъ, что юристъ долженъ критически относиться къ житейскому словоупотребленію.

§ **65.** Изъ приведенныхъ въ предыдущемъ параграфѣ трехъ типическихъ примѣровъ возьмемъ второй.—Можемъ ли мы сказать, что дѣйствительно бѣднякъ-квартирантъ *имѣетъ право* на отсрочку со стороны домохозяина, другими словами, что онъ можетъ *требовать* отсрочки, а хозяинъ *обязанъ* исполнить это требованіе? Можемъ ли мы сказать, что если домохозяинъ разрѣшилъ такому жильцу оставаться на квартирѣ нѣсколько мѣсяцевъ безплатно, то этимъ самымъ онъ исполнилъ свою юридическую обязанность? *А главное*: въ правѣ ли мы ожидать такого-же поведенія со стороны всѣхъ вообще домохозяевъ въ подобныхъ случаяхъ? Довольно такъ поставить вопросъ, чтобы каждый отвѣтилъ на него отрицательно. И дѣйствительно: такъ поступаютъ далеко не всѣ домохозяева, а лишь очень немногіе, и поступки ихъ вызываютъ какъ со стороны постороннихъ лицъ, такъ и со стороны непосредственно заинтересованныхъ особую оцѣнку; они кажутся выдѣляющимися изъ ряда обычныхъ поступковъ, возбуждаютъ благодарность однихъ, одобреніе другихъ (и порицаніе третьихъ).—Между тѣмъ если мы возьмемъ первый изъ нашихъ примѣровъ: „ты долженъ уплатить въ срокъ по роспискѣ“ и посмотримъ, ка-

кое отношеніе вызоветъ къ себѣ поведеніе, согласное съ этой нормой, то увидимъ прямо противоположное и непосредственно заинтересованныя лица, и всѣ окружающіе посмотрятъ на это поведеніе, какъ на обычное, *всѣ будутъ убѣждены, что каждый должникъ въ подобномъ случаѣ поступитъ такъ-же*, и ни особой благодарности, ни особаго одобренія уплатившій деньги не получитъ.

Очевидно, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ фактами особаго характера, къ которымъ терминъ *право* не примѣнимъ Ни бѣднякъ не имѣетъ права на отсрочку, ни старая няня не имѣетъ права жить въ семьѣ и пользоваться ея вниманіемъ. Здѣсь—область доброй воли каждаго „обязаннаго“: если онъ исполняетъ соотвѣтствующую норму, то это онъ дѣлаетъ *исключительно потому, что лично убѣжденъ въ необходимости такого поведенія*. Онъ исполняетъ обязанность, но *обязанность эта не юридическая, а нравственная*. Каждый можетъ имѣть свои личные взгляды на то, какъ слѣдуетъ поступать въ аналогичныхъ случаяхъ. *Никакой внѣшній авторитетъ не можетъ здѣсь навязывать человѣку своей воли*, диктовать ему нормы поведенія.

Для устраненія недоразумѣній надо замѣтить, что сказанное только что о нормахъ нравственности нельзя понимать въ томъ смыслѣ, будто эти нормы не существуютъ объективно. а представляютъ собою чисто субъективныя психическія переживанія. Какъ будетъ показано ниже, нормы нравственности существуютъ объективно, но человѣкъ только тогда руководится ими, когда *свободно* самъ ихъ откроетъ въ своей совѣсти, какъ нормы общеобязательныя.

§ **66.** Совершенно противоположное мы видимъ въ двухъ остальныхъ нашихъ типическихъ примѣрахъ.

Въ то время, какъ никто не можетъ съ увѣренностью сказать, что обычно домохозяева даютъ отсрочку бѣднымъ квартирантамъ, что это общее правило,—всѣ и каждый хорошо знаетъ, что деньги, занятыя подъ росписки, обычно возвращаются въ сроки и что отдавая визиты, обычно надѣваютъ черный сюртукъ.

Далѣе. Если человѣкъ исполняетъ обязанности, налагаемыя на него юридической нормой, если онъ платитъ по векселю, если онъ не производитъ нарушенія общественной тишины и т. п., то можетъ ли онъ сказать, что это его личное дѣло, дѣло его совѣсти, что онъ поступаетъ такъ исключительно потому, что внутренній голосъ властно диктуетъ ему соотвѣтственное поведеніе?

Нѣтъ, такъ онъ не можетъ сказать, потому что нормы, которымъ онъ слѣдуетъ, санкціонированы внѣшнимъ авторитетомъ. *Онъ обязанъ имъ подчиняться независимо отъ своего внутренняго отношенія къ нимъ.* если онъ не заплатитъ по векселю, съ него принудительно взыщутъ долгъ, если онъ произведетъ нарушеніе общественной тишины, онъ будетъ наказанъ по приговору суда

Мы получаемъ въ результатѣ нашего сравнительнаго разсмотрѣнія первый *формальный* признакъ юридическихъ нормъ: *это нормы внѣшне-обязательныя, санкціонированныя внѣшнимъ авторитетомъ.*

Для устраненія недоразумѣнія мы должны тутъ сдѣлать оговорку. аналогичную той, которая сдѣлана относительно нормъ нравственности. Дѣло въ томъ, что мы пока разсматриваемъ только одну внѣшнюю сторону юридическихъ нормъ и поэтому намѣренно игнорируемъ то обстоятельство, что сплошь и рядомъ юридическія нормы опредѣляютъ наше поведеніе именно потому, что мы лично убѣждены въ ихъ разумности или цѣлесообразности. Истинно-культурный человѣкъ не станетъ курить въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ это запрещено. вовсе не изъ страха подвергнуться наказанію.

§ 67. Найденный нами признакъ юридическихъ нормъ ограничилъ ихъ отъ нормъ нравственности (морали) Остается открытымъ вопросъ о различіи между нормами юридическими и конвенціональными (нравами).

Прежде всего сравнительное изученіе этихъ двухъ категорій нормъ показываетъ, что между ними существуетъ близкое родство.

1) И тѣ, и другія санкціонированы внѣшнимъ авторитетомъ; мы подчиняемся и тѣмъ, и другимъ независимо отъ нашего внутренняго отношенія къ соотвѣтственной нормѣ. Подобно тому какъ всѣ и каждый расчитываютъ на обычное соблюденіе юридическихъ нормъ, также точно всѣ члены того круга, гдѣ установились тѣ или другіе нравы, расчитываютъ на то, что эти нравы будутъ всегда соблюдаться. Поведеніе вопреки конвенціональной нормѣ вызоветъ противъ себя реакцію со стороны внѣшняго авторитета, санкціонировавшаго данную норму, подобно тому, какъ аналогичную реакцію вызоветъ „нарушеніе“ юридической нормы.

2) И съ точки зрѣнія юридическихъ нормъ, и съ точки зрѣнія нормъ конвенціональныхъ самое важное—внѣшній результатъ, какъ таковой; внутренніе мотивы, настроеніе поступавшаго согласно нормѣ, безразличны.—Представимъ себѣ, что должникъ желаетъ избавиться отъ уплаты долга предосудительными сред-

ствами: онъ предпринималъ рядъ неудачныхъ мѣръ, чтобы получить вексель и уничтожить его; будучи поставленъ въ необходимость платить, онъ въ душѣ проклинаетъ кредитора и обѣщаетъ при первой возможности сдѣлать ему какую нибудь пакость. И тѣмъ не менѣе правовая норма имъ соблюдена; съ точки зрѣнія права онъ чистъ, онъ сдѣлалъ все, что отъ него требуется.

Точно такъ же въ области конвенціональныхъ нормъ. Представимъ себѣ, что отдающій визитъ въ душѣ проклинаетъ того, изъ за котораго ему пришлось потерять дорогое время и въ лѣтнюю жару надѣвать черный сюртукъ. Тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія нравовъ его поведеніе безупречно.

3) Наконецъ сплошь и рядомъ невозможно отличить по содержанію нормы юридическія отъ конвенціональныхъ, тѣмъ болѣе, что часто однѣ нормы переходятъ въ другія.

§ 68. Всѣ указанныя черты сходства между разсматриваемыми двумя категоріями соціальныхъ нормъ дали основаніе нѣкоторымъ ученымъ отожествить ихъ. Напр. проф. Петражицкій находитъ, что и кавалеръ, нарушившій бальные обычаи танцевъ, и контрагентъ, нарушившій договоръ,—оба нарушили юридическія нормы.

Господствующее мнѣніе различаетъ эти двѣ категоріи, признавая ихъ близкое родство. Это мнѣніе должно быть признано правильнымъ. Каждымъ чувствуется, что есть существенная разница между нормой, предписывающей надѣть черный сюртукъ, и нормой, предписывающей платить по векселю.

Обратимся къ разрѣшенію вопроса объ отличіи нормъ юридическихъ отъ конвенціональныхъ. Разрѣшеніе этого вопроса дастъ намъ новый характерный признакъ юридическихъ нормъ.

На первый взглядъ дѣло кажется очень простымъ: если я не надѣну чернаго сюртука, ко мнѣ не явится судебный приставъ, какъ въ томъ случаѣ, если я не заплачу по векселю.—Но такой взглядъ былъ бы весьма поверхностнымъ. Бываютъ юридическія нормы, нарушеніе которыхъ не влечетъ за собою никакихъ принудительныхъ мѣръ противъ нарушителя, а съ другой стороны бываютъ конвенціональныя нормы, нарушитель которыхъ несетъ такія тяжелыя послѣдствія, передъ которыми многія наказанія, налагаемыя судомъ, кажутся дѣтской игрой.

§ 69. Изъ всѣхъ теорій разграниченія юридическихъ и конвенціональныхъ нормъ наиболѣе удачной надо признать теорію Штаммлера. Сущность этой теоріи заключается въ слѣдующемъ. Конвенціональная норма опредѣляетъ собою поведеніе человѣка

лишь до тѣхъ поръ, пока онъ самъ ее признаетъ для себя обязательной. Въ любое время онъ можетъ перестать ей подчиняться, въ крайнемъ случаѣ выйдя изъ состава того общенія, гдѣ дѣйствуетъ несимпатичная ему норма. Совершенно противоположное мы видимъ въ области права: человѣкъ обязанъ подчиняться нормѣ, независимо отъ своего внутренняго отношенія къ ней, и онъ не можетъ выйти по своему желанію изъ состава того общенія, гдѣ дѣйствуетъ несимпатичная ему юридическая норма.

Для уясненія этой теоріи надо замѣтить слѣдующее. Что касается конвенціональныхъ нормъ, мы различаемъ *согласіе подчиняться нормѣ* и *внутреннее отношеніе* подчиняющагося къ этой нормѣ. Быть можетъ человѣкъ находитъ ее нелѣпой, безсмысленной, вредной,—но тѣмъ не менѣе подчиняется ей. Значитъ эта норма для него имѣетъ значеніе, она опредѣляетъ его поведеніе.—Но это только до тѣхъ поръ, пока онъ согласенъ подчиняться. Въ любой моментъ онъ воленъ упразднить для себя эту норму. Другой вопросъ, насколько легко сдѣлать это въ каждомъ данномъ случаѣ. Въ этомъ отношеніи многія конвенціональныя нормы обладаютъ бо́льшимъ фактическимъ могуществомъ, чѣмъ юридическія нормы: угроза уголовнаго закона за дуэль сплошь и рядомъ безсильна передъ укоренившимися нравами; или: законъ можетъ запретить азартную игру, объявить ничтожными всѣ карточные долги, и тѣмъ не менѣе карточный долгъ будетъ скорѣе уплаченъ, чѣмъ долгъ по роспискѣ.—Но опять таки, если человѣкъ обладаетъ сильнымъ характеромъ, онъ можетъ безпрепятственно упразднить для себя самую важную конвенціональную норму, прекративши общеніе съ извѣстной группой лицъ.

Наоборотъ, въ области права оно само опредѣляетъ, *кто* принадлежитъ къ данному общенію и при какихъ условіяхъ можно изъ него выйти. Существуетъ принципіальная разница между выходомъ изъ состава политической партіи и выходомъ изъ подданства самаго свободнаго государства: въ первомъ случаѣ я выхожу *потому, что я такъ хочу*, моя воля здѣсь единственное основаніе; во второмъ случаѣ я ухожу *потому, что мнѣ это разрѣшаетъ законъ*.

§ **70.** Такимъ образомъ мы находимъ новый формальный признакъ юридическихъ нормъ: *Это нормы* **безусловно** *обязательныя* (а не только *общеобязательныя*, какъ нормы конвенціональныя).

Отсюда ихъ первостепенная важность для соціальной жизни: *онѣ болѣе всякихъ другихъ нормъ способствуютъ сплоченію обще-*

житія въ одно крѣпкое цѣлое, онѣ наиболѣе пригодны служить фундаментомъ *высшихъ соціальныхъ образованій*, онѣ болѣе всѣхъ другихъ нормъ обезпечиваютъ прочность, устойчивость, опредѣленность соціальныхъ отношеній.

Въ самомъ дѣлѣ. Представимъ себѣ гипотетически такое общежитіе, въ которомъ бы вся жизнь опредѣлялась одними только конвенціональными нормами. Развѣ можно здѣсь предпринимать болѣе или менѣе сложныя культурныя работы, задумывать обширныя предпріятія, расчитанныя на продолжительное время, если нѣтъ никакихъ гарантій, что тѣ нормы, которыя лежатъ въ основѣ этихъ предпріятій, будутъ соблюдаться, что онѣ въ каждый моментъ не будутъ упразднены любымъ участникомъ дѣла или несущимъ извѣстныя обязанности по отношенію къ дѣлу? Какъ можно поручиться, что мой контрагентъ исполнитъ свое обязательство, если онъ имѣетъ полную возможность завтра же признать для себя необязательной норму, лежащую въ основѣ нашего договора? Очевидно, что при такомъ режимѣ получится жизнь, полная всевозможныхъ случайностей, жизнь, опредѣляемая знаменитой фразой: „послѣ насъ хоть потопъ“.

Само собою разумѣется, что такое общежитіе можно себѣ представить только отвлеченно, т. к. жизнь его не знаетъ въ чистомъ видѣ: вездѣ и всегда существуютъ юридическія нормы (иногда незамѣтныя для неопытнаго глаза) и онѣ вносятъ устойчивость въ общежитіе. Но для насъ важно установить чистый типъ „конвенціональнаго общежитія“ для надлежащей оцѣнки соотвѣтствующихъ нормъ[*]).

§ 71. Въ связи съ только что сказаннымъ можно установить еще одно различіе между нормами юридическими и конвенціональными. Хотя и тѣ, и другія санкціонированы внѣшнимъ авторитетомъ, хотя нарушеніе и тѣхъ и другихъ вызываетъ реакцію этого авторитета, но велика разница въ послѣдствіяхъ, которыя влечетъ за собою нарушеніе, въ характерѣ санкцій.

---

*) Впрочемъ нѣкоторое представленіе о такомъ чистомъ типѣ можетъ дать внутренняя жизнь нѣкоторыхъ частныхъ обществъ, гдѣ уставъ существуетъ только на бумагѣ, а въ особенности жизнь государства въ такіе періоды, когда прекращается господство права, въ періоды особенно острыхъ кризисовъ и потрясеній. Тѣ огромныя культурныя потери, которыя являются результатомъ анархіи и произвола, могутъ служить грознымъ memento для каждаго, кто сомнѣвается въ благодѣтельномъ значеніи господства права.

Въ области конвенціональныхъ нормъ мы видимъ полную неопредѣленность въ этомъ отношеніи: какія послѣдствія повлечетъ за собою нарушеніе въ каждомъ данномъ случаѣ? повлечетъ ли оно какія бы то ни было послѣдствія? въ какихъ формахъ могутъ выразиться они? кто будетъ выразителемъ неодобренія этого внѣшняго авторитета? и т. д. Совершенно противоположное мы видимъ въ правѣ: здѣсь самымъ точнымъ образомъ опредѣляются и всѣ послѣдствія правонарушеній, и порядокъ, въ которомъ выражается неодобреніе внѣшняго авторитета, и тѣ лица, которые уполномочены дѣйствовать отъ имени этого авторитета.

§ **72**. Итакъ мы приходимъ къ выводу, что не смотря на близкое родство обѣихъ изучаемыхъ категорій соціальныхъ нормъ, онѣ другъ отъ друга различаются такими характерными чертами, которыя не допускаютъ ихъ отожествленія и слитія въ одну категорію юридическихъ нормъ.

Для окончательной оцѣнки оспариваемой теоріи, не различающей права отъ нравовъ, надо обратить вниманіе на слѣдующее.

На низшихъ ступеняхъ культуры всѣ вообще этическія нормы сливаются въ одно цѣлое, *проникнутое религіознымъ характеромъ*. Въ этомъ хаотическомъ единствѣ всѣ опредѣленія слиты, взаимно другъ друга проникаютъ и не поддаются различенію (тезисъ). Далѣе мы видимъ, что изъ этой общей этической основы дифференцируются отдѣльные виды: нормы религіозныя, нравственныя, юридическія, конвенціональныя. Различіе доходитъ до того, что эти отдѣльные виды сплошь и рядомъ становятся во враждебное отношеніе другъ къ другу, желаютъ провести принципіальныя границы между собою, стремятся къ исключительному господству, забывая о своемъ общемъ происхожденіи (антитезисъ). Но на такомъ положеніи остановиться нельзя. Неизбѣженъ высшій синтезъ, въ которомъ каждый видъ нормъ будетъ господствовать въ свойственной ему области и вмѣстѣ съ тѣмъ оказывать поддержку всѣмъ остальнымъ. Мы получаемъ опять единство, но не хаотическое единство тезиса, а гармоническое единство, обезпечивающее и самостоятельность отдѣльныхъ видовъ нормъ, и совмѣстное ихъ дѣйствіе *для общей всѣмъ имъ цѣли, а именно для достиженія идеальнаго общежитія*. Къ этой цѣли стремятся всѣ виды нормъ, но разными путями и при помощи различныхъ средствъ.

§ **73**. Изъ только что намѣченнаго діалектическаго закона развитія соціальныхъ нормъ выводятся два положенія, важныя для окончательнаго разрѣшенія вопроса о взаимномъ отношеніи юри-

дическихъ и конвенціональныхъ нормъ: 1) юридическія нормы *въ ихъ чистомъ видѣ* предполагаютъ законченнымъ процессъ дифференціаціи соціальныхъ нормъ изъ общей этической основы. и 2) конвенціональныя нормы, какъ наиболѣе родственныя юридическимъ, съ одной стороны весьма тѣсно сливаются съ ними тамъ, гдѣ еще не окончился процессъ дифференціаціи, а съ другой— *въ цѣломъ рядѣ соціальныхъ отношеній играютъ роль, аналогичную той роли, которую играютъ юридическія нормы для всего общежитія, какъ одного цѣлаго.*

Только что сказанное никоимъ образомъ нельзя понимать въ томъ смыслѣ, будто право появилось лишь въ концѣ длинной исторической эволюціи, будто оно появилось только тогда, когда возникло государство, какъ высшее соціальное образованіе. Нѣтъ, право существовало уже на самыхъ первыхъ ступеняхъ исторіи культуры, но оно сливалось съ другими этическими силами. И даже тогда, когда появилось государство, очень долго на ряду съ нормами, носящими чисто-юридическій характеръ, сплошь и рядомъ мы видимъ нормы смѣшаннаго характера, облеченныя въ юридическую форму.

Наука должна строго отличать вопросъ о генезисѣ юридическихъ нормъ отъ вопроса объ ихъ сущности, природы. *А такъ какъ сущность всего развивающагося обнаруживается не въ началѣ, а въ концѣ развитія*, то для полученія понятія о юридической нормѣ въ ея чистомъ видѣ, надо изучать ее такою, какой она является въ результатѣ вполнѣ законченнаго процесса дифференціаціи соціальныхъ нормъ изъ общей этической основы.

И тогда мы скажемъ, что только юридическія нормы обладаютъ *безусловно* обязательнымъ характеромъ, высшею степенью императивности, наибольшей крѣпостью и силой. Всѣ эти свойства обусловлены особымъ характеромъ того внѣшняго авторитета, который санкціонируетъ юридическую норму, а также и психикой гражданъ, сознающихъ далеко не одинаковую степень обязательности нормъ юридическихъ и конвенціональныхъ. Съ перваго взгляда получается полное тождество: существуетъ извѣстное общеніе, въ немъ дѣйствуетъ норма, санкціонированная авторитетомъ этого общенія, норма обязательная для всѣхъ членовъ его, на основаніи этой нормы члены общенія приписываютъ себѣ взаимныя права и обязанности,—казалось бы всѣ признаки права. И однако разъ члены этого общенія сознаютъ, 1) что въ любой моментъ они могутъ перестать подчиняться этимъ нормамъ, могутъ

выйти изъ состава общенія. 2) *опираясь при этомъ на нормы, санкціонированныя другимъ. высшимъ авторитетомъ, который можетъ оказать защиту противъ реакціи со стороны покинутаго общенія*,—о правѣ не можетъ быть и рѣчи. Иллюстрируемъ это примѣрами. Служащіе какого нибудь крупнаго предпріятія объявляютъ забастовку, или всѣ уходятъ, объявляя мѣста „подъ бойкотомъ“. Для лицъ, раздѣляющихъ воззрѣнія забастовщиковъ, эти постановленія обязательны, они не считаютъ ни себя, ни даже другихъ лицъ, въ правѣ нарушать соотвѣтствующую норму. Но пусть они попробуютъ принудительно навязывать свои убѣжденія тѣмъ, кто признаетъ всю нелѣпость данной забастовки или нелѣпость вообще актовъ подобнаго рода и „нарушаетъ“ поэтому соотвѣтствующія постановленія. И сейчасъ же государство властно укажетъ имъ свое мѣсто, осязательно докажетъ, что никакого *права* здѣсь нѣтъ, а есть лишь конвенціональная норма, обязательная лишь для согласныхъ ей подчиняться.

§ **74**. Все сказанное нисколько не обезцѣниваетъ конвенціональныхъ нормъ. Въ своей области онѣ имѣютъ важное значеніе, регулируя такія стороны соціальной жизни, гдѣ вмѣшательство права было бы или нецѣлесообразнымъ, или даже вреднымъ. И если мы знаемъ не мало нелѣпыхъ конвенціональныхъ нормъ, которымъ люди подчиняются исключительно въ силу стаднаго инстинкта, то съ другой стороны существуетъ очень много нормъ несомнѣнно полезныхъ для общежитія. Укажемъ для примѣра на конвенціональныя нормы, требующія корректныхъ, культурныхъ внѣшнихъ формъ во взаимныхъ отношеніяхъ между людьми. Насколько эти формы не только украшаютъ жизнь, но и дѣлаютъ ее легче, избавляютъ отъ массы треній, непріятностей, напрасной траты нервной энергіи и т. п., можетъ судить каждый, кто сравнивалъ общеніе людей, воспитанныхъ по европейски, съ такимъ общеніемъ, гдѣ царствуетъ распущенность, хотя бы даже и прикрытая нѣкоторыми внѣшними формами.

§ **75**. Продолжимъ нашъ анализъ внѣшней стороны юридическихъ нормъ. Мы нашли между прочимъ, что юридическая норма санкціонируется внѣшнимъ авторитетомъ, который и реагируетъ на всякое нарушеніе ея. Отсюда вытекаетъ новый вопросъ: чѣмъ отличается юридическая норма отъ акта произвола? Вопросъ совершенно естественный, разъ я обязанъ подчиняться нормѣ безусловно, независимо отъ моего личнаго мнѣнія о достоинствѣ

ея. Напомнимъ, что здѣсь будетъ идти рѣчь о чисто внѣшнемъ, формальномъ признакѣ отличія права отъ произвола.

Прежде всего мы должны отвергнуть двѣ теоріи: 1) *теорію признанія*, т. к она приведетъ къ отожествленію юридическихъ и конвенціональныхъ нормъ; и 2) теорію, утверждающую, что нормы права въ отличіе отъ актовъ произвола, опираются на уже существующее право. Эта теорія помимо заключающагося въ ней логическаго круга, противорѣчитъ фактамъ: исторія знаетъ много примѣровъ, когда новыя юридическія нормы вводились въ правовую жизнь, не только не опираясь на старыя, даже вопреки имъ.

§ **76.** Правильный отвѣтъ на интересующій насъ сейчасъ вопросъ можно формулировать такъ: *юридическая норма отличается отъ акта произвола тѣмъ, что она одинаково обязательна для всѣхъ членовъ даннаго общежитія, въ томъ числѣ и для представителей органовъ того внѣшняго авторитета, который ее санкціонировалъ*. Примѣняя сказанное къ государству, мы должны сказать, что юридическая норма одинаково связываетъ и государственную власть, и подданныхъ, одинаково обязательна для той, и для другихъ, имѣетъ двухсторонній характеръ. Напротивъ, мы назовемъ актомъ произвола такую „норму", которая обязательна лишь для подданныхъ, но не для власти: органы власти могутъ ей не подчиняться, и такимъ образомъ то, что есть законъ для подданныхъ, не есть законъ для власти

На чемъ основана эта теорія? Глубочайшія основы ея будутъ выяснены дальше въ ученіи о естественномъ правѣ и въ ученіи объ отношеніи между правомъ и государствомъ. А пока достаточно вспомнить наше общее опредѣленіе нормы: это правило, по которому что нибудь необходимо происходитъ согласно идеѣ, лежащей въ основѣ происходящаго. Идея, сущность тѣхъ или иныхъ соціальныхъ отношеній подсказываетъ норму, регулирующую эти отношенія. Законодатель не *творитъ* этой нормы, а лишь открываетъ ее, констатируетъ *и санкціонируетъ* своимъ авторитетомъ Отсюда ясно, что онъ самъ обязанъ ей подчиняться, пока не отмѣнитъ ее въ законномъ порядкѣ.

И если нарушеніе законовъ гражданами есть большое зло, то это зло достигаетъ наивысшей степени, когда оно совершается властью, т. е тѣмъ самымъ авторитетомъ, который санкціонировалъ законы, а слѣдовательно прежде всего обязанъ охранять ихъ. Нѣтъ болѣе опаснаго пути, чѣмъ тотъ путь, на который становится власть, нарушая законы: она теряетъ свой этическій

авторитетъ и начинаетъ опираться на самый ненадежный базисъ, а именно на силу. Это съ одной стороны; а съ другой стороны такое поведеніе власти заражаетъ все общежитіе: тамъ теряется драгоцѣнное и ничѣмъ не замѣнимое чувство законности и наступаетъ господство случайности, произвола и всеобщаго одичанія. Каждый юристъ долженъ это твердо помнить, а посему основнымъ принципомъ его дѣятельности должна быть строгая законность. А чтобы эта строгая законность не выродилась въ мертвящій формализмъ, въ буквоѣдство, безусловно необходимо самое близкое общеніе съ наукой права вообще и съ философіей права въ особенности.

§ 77 Теперь передъ нами очень важный вопросъ: нужно ли включить въ число формальныхъ признаковъ юридической нормы еще одинъ, а именно *принудительность*? Другими словами: есть ли принудительность существенный признакъ права?

Господствующая теорія даетъ на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ. И надо сказать, что аргументація этой теоріи очень сильна, и что она защищалась и защищается выдающимися философами и юристами. Достаточно назвать такія имена, какъ Кантъ, Фихте, какъ Чичеринъ.

Противъ теоріи принужденія приводились и приводятся нерѣдко аргументы, основанные на недоразумѣніяхъ. Напр., указывали на то, что человѣка нельзя силой заставить соблюдать извѣстныя правила; что угроза наказаніемъ не всегда можетъ заставить подчиняться юридической нормѣ; что если говорить о принужденіи, то и у конвенціональныхъ нормъ, и даже у нравственныхъ есть принужденіе и подчасъ очень чувствительное; что бываетъ принужденіе незаконное и т. п. Всѣ подобные аргументы нисколько не колеблютъ господствующей теоріи. Прежде всего она имѣетъ въ виду не всякое принужденіе, а принужденіе организованное, осуществляемое въ порядкѣ и въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ. Далѣе она терминъ „принужденіе“ понимаетъ (совершенно правильно) только въ двухъ точно опредѣленныхъ смыслахъ: 1) какъ vis absoluta (физическое принужденіе; напр., приводъ неявившагося обвиняемаго) и 2) какъ vis compulsiva (психическое принужденіе, т. е. угроза точно опредѣленнымъ зломъ на случай нарушенія нормы). Наконецъ, господствующая теорія вовсе не утверждаетъ, что угроза наказаніемъ всегда и вездѣ обезпечиваетъ ненарушимость нормы, а только, ссылаясь на факты и на природу человѣка, учитъ, что эта угроза въ

огромномъ большинствѣ случаевъ производитъ ожидаемый эффектъ*).

§ 78. Но кромѣ указанной въ предыдущемъ параграфѣ аргументаціи, нисколько не колеблющей господствующей теоріи, существуетъ другая аргументація, съ которой теоріи надо серіозно считаться.

Едва ли къ такимъ серіознымъ аргументамъ можно отнести (кажущійся съ перваго взгляда очень сильнымъ) аргументъ, обвиняющій господствующую теорію въ логическомъ кругѣ: *правовая* норма есть норма, обезпеченная *правовымъ* принужденіемъ, т. е. принужденіемъ, основаннымъ на *правовой* нормѣ. Этотъ аргументъ очень остроуменъ, но для теоріи не опасенъ. Извѣстный внѣшній авторитетъ, въ частности—государственная власть, санкціонируя юридическія нормы, прибѣгаетъ къ угрозѣ наказаніемъ на случай ихъ нарушенія. Никакого логическаго круга въ этомъ положеніи нѣтъ. Между прочимъ, здѣсь надо отмѣтить, что самый фактъ образованія государства, а слѣдовательно и верховной власти лежитъ внѣ сферы права: тутъ дѣйствуютъ другія силы (объ этомъ см. въ ученіи о происхожденіи государства и о существѣ верховной власти). А значитъ отпадаютъ данныя для логическаго круга: нельзя говорить, что для опредѣленія правоваго характера нормы, надо рѣшить вопросъ о правовомъ характерѣ государственной власти (т. е законна ли сама власть).

§ 79. Обратимся теперь къ дѣйствительно серіознымъ аргументамъ противъ господствующей теоріи.

Прежде всего юридическая жизнь даетъ намъ очень много примѣровъ юридическихъ нормъ, не обезпеченныхъ организованнымъ принужденіемъ. Указываютъ на обширную область международнаго права, на массу нормъ государственнаго права (въ

---

*) Кстати, черезчуръ далеко идутъ тѣ противники господствующей теоріи, которые утверждаютъ, будто vis absoluta не можетъ заставить исполнить требованіе нормы. А приводъ неявившагося обвиняемаго? а отобраніе вещей? а выселеніе изъ квартиры? Что же касается безсилія угрозы наказаніемъ противъ нѣкоторыхъ правонарушеній, то причины этого безсилія надо искать въ другой плоскости. Во всякомъ случаѣ, если угроза наказаніемъ безсильна въ такихъ „преступленіяхъ“, какъ обученіе дѣтей родному языку, какъ проявленіе національной симпатіи къ выдающимся національнымъ дѣятелямъ, какъ многія религіозныя преступленія, нѣкоторыя политическія (да и то не всегда), то эта угроза можетъ прекрасно дѣйствовать, если употреблять ее по указаніямъ уголовной политики.

собенности основные, конституціонные законы), на многія нормы административнаго права, даже на нѣкоторыя нормы гражданскаго права (obligationes naturales).

Нѣкоторые представители теоріи принужденія черезчуръ упрощаютъ дѣло, отвѣчая на эти аргументы, что всѣ только что указанные факты не относятся къ праву: ни международное, ни государственное, ни административное право не могутъ называться правомъ. Такимъ образомъ эти ученые слишкомъ съуживаютъ понятіе права. Они находятъ, что правомъ можно называть только такія нормы, которыми государственная власть предписываетъ гражданамъ опредѣленное поведеніе.

Прежде всего надо отмѣтить, что сами представители такого слишкомъ узкаго пониманія права не выдерживаютъ своей точки зрѣнія послѣдовательно: въ своихъ работахъ они постоянно говорятъ о разграниченіи областей частнаго и публичнаго права, о различныхъ институтахъ государственнаго права, забывая, что ихъ теорія, послѣдовательно проведенная, можетъ допустить существованіе только одного частнаго права Очевидно жизнь сильнѣе одностороннихъ теорій. Каждая теорія должна покрывать собою всѣ соотвѣтствующіе факты жизни и только тогда она можетъ быть правильной. А значитъ, разъ намъ даны жизнью такіе факты, какъ существованіе наукъ международнаго, государственнаго, административнаго права; какъ правосознаніе людей, весьма опредѣленно квалифицирующее соотвѣтственныя явленія, какъ правовыя; какъ поведеніе и государствъ, и органовъ власти, и частныхъ лицъ, вполнѣ согласное съ такой квалификаціей,— то выбрасывать ихъ изъ области права только потому, что они не подходятъ подъ теорію, это пріемъ очень удобный, но совсѣмъ не научный.

§ **80.** Но далеко не всѣ представители господствующей теоріи такъ съуживаютъ понятіе права. Наиболѣе выдающіеся изъ нихъ признаютъ существованіе и другихъ областей права, кромѣ частнаго. Эти ученые возражаютъ противъ аргументовъ, указывающихъ на отсутствіе принудительныхъ гарантій у цѣлой массы юридическихъ нормъ, слѣдующимъ образомъ. Что касается международнаго права, то и въ немъ существуютъ принудительныя гарантіи, самымъ рѣзкимъ видомъ которыхъ является война. Кромѣ того все болѣе и болѣе развивающееся сознаніе культурныхъ народовъ о необходимости международныхъ судовъ и международной организаціи человѣчества позволяетъ надѣяться, что со-

временемъ всѣ нормы международнаго права будутъ обезпечены надежными правовыми гарантіями. По поводу нормъ публичнаго права указываютъ, что очень многія изъ нихъ уже гарантированы, другія несомнѣнно превратятся въ гарантированныя, а третьи представляютъ собою область, гдѣ право такъ тѣсно сливается съ нравственностью, что здѣсь нельзя говорить о юридическихъ нормахъ въ чистомъ ихъ видѣ (напр. нормы, налагающія обязанности на монарха).

§ **82** Въ этихъ возраженіяхъ есть много истины. Дѣйствительно, если правильно понимать господствующую теорію, т. е. если считать юридическою нормой только такую, которая имѣетъ за собою гарантію въ видѣ организованныхъ средствъ, обезпечивающихъ ея ненарушимость, то мы должны признать, что очень многія нормы и международнаго, и въ особенности публичнаго права снабжены такими гарантіями, а посему вполнѣ подходятъ подъ теорію.

Далѣе, если мы скажемъ, что нѣкоторыя изъ указанныхъ нормъ еще не гарантированы, но имѣютъ тенденцію превратиться въ гарантированныя, мы этимъ не поколеблемъ теоріи: мы будемъ имѣть все-таки нормы юридическія, хотя и несовершеннаго характера; *эти нормы принципіально допускаютъ внѣшнія гарантіи.*

Сомнѣнія вызываетъ квалификація принудительныхъ способовъ разрѣшенія международныхъ споровъ (реторсіи, репрессаліи, война) какъ *правовыхъ* гарантій. Что эти способы не *тождественны* съ гарантіями, существующими внутри отдѣльныхъ государствъ, несомнѣнно. Но *аналогіи* ихъ съ названными гарантіями отрицать нельзя, въ особенности если принять во вниманіе, что и наука, и международное правосознаніе не одинаково оцѣниваютъ каждый данный фактъ примѣненія указанныхъ способовъ: одинъ фактъ квалифицируется, какъ *правомѣрный*, другой нѣтъ*).—Конечно,

---

*) Здѣсь необходимо помнить, что современныя принудительныя гарантіи ненарушимости юридическихъ нормъ развились изъ фактическаго порядка защиты правъ каждымъ заинтересованнымъ членомъ общежитія (самопомощь, родовая месть).—Нельзя не обратить вниманія на то, что современное положительное право знаетъ случаи, когда война является вполнѣ правомѣрнымъ способомъ гарантіи юридическихъ нормъ. Напр., по ст. 19 Германской конституціи „если государства, являющіяся членами союза, не выполняютъ согласныхъ съ конституціей союзныхъ обязанностей, они могутъ быть принуждаемы къ тому посредствомъ экзекуціи. Эта экзекуція опредѣляется Союзнымъ Совѣтомъ и приводится въ исполненіе императоромъ“. Такимъ образомъ, если бы напр., Баварія во-

въ области международнаго права играютъ весьма важную роль чисто-фактическія отношенія и даже сила, но принципіальнаго различія въ этомъ отношеніи съ правомъ, дѣйствующимъ внутри государства нѣтъ,—все дѣло въ степени. И несомнѣнна тенденція международнаго права къ такой международной организаціи, которая замѣнила бы современныя несовершенныя гарантіи международноправовыхъ нормъ болѣе совершенными съ точки зрѣнія идеи права.

§ **83.** Такимъ образомъ до сихъ поръ теорія принужденія (если смягчить рѣзкія стороны у нѣкоторыхъ ея представителей и односторонности у другихъ) остается непоколебимой. Дѣйствительно, существеннымъ признакомъ юридическихъ нормъ, отличающихъ ихъ отъ другихъ соціальныхъ нормъ, является *тенденція ихъ быть гарантированными внѣшними принудительными мѣрами*, точно опредѣленными тѣмъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ, который санкціонировалъ эти нормы.

При такой формулировкѣ мы всю массу юридическихъ нормъ можемъ раздѣлить на двѣ группы: нормы, уже гарантированныя тѣмъ или инымъ способомъ, и нормы, еще не гарантированныя (несовершенныя).

§ **84.** Остается еще одна категорія фактовъ правовой жизни, съ которыми теоріи принужденія надо очень серіозно считаться.

Если относительно многихъ „несовершенныхъ“ юридическихъ нормъ мы можемъ съ увѣренностью сказать, что онѣ превратятся въ нормы гарантированныя съ дальнѣйшимъ прогрессомъ права, если относительно нѣкоторыхъ нормъ мы можемъ выразить надежду на такое превращеніе, то остается (правда немногочисленный) разрядъ нормъ, относительно которыхъ никакой надежды на такое превращеніе быть не можетъ даже при идеальномъ устройствѣ общежитія. Эти нормы, возлагающія опредѣленныя юридическія обязанности на органы *верховной* власти. Какъ увидимъ при изученіи существа верховной власти, органы ея, хотя и связаны правомъ, но противъ нихъ не можетъ быть примѣнено

преки конституціи отказалась исполнять свои обязанности по отношенію къ Германіи, и конфликтъ принялъ бы острый характеръ, возможна была бы „экзекуція“, ничѣмъ по существу не отличающаяся отъ войны.—При идеальномъ международномъ строѣ (федерація государствъ) война можетъ играть роль послѣдняго, крайняго средства въ ряду правомѣрныхъ принудительныхъ гарантій охраны юридическихъ нормъ (высшій контроль международнаго суда).

правовое принужденіе (напр. отвѣтственный монархъ есть contradictio in adjecto).

Совершенно неправильно нѣкоторые представители изучаемой теоріи говорятъ, что обязанности, возлагаемыя такими нормами, суть обязанности не юридическія, а нравственныя, поэтому здѣсь и нѣтъ юридической нормы. Правильнѣе будетъ сказать, что здѣсь мы имѣемъ и юридическія, и нравственныя обязанности въ одно и то же время: вѣдь нарушеніе этихъ обязанностей оскорбляетъ, несомнѣнно, наше *правовое* чувство. Представимъ напр., себѣ, что конституціонный монархъ, обязанный въ силу основного закона созвать новый парламентъ въ точно опредѣленный срокъ послѣ роспуска имъ стараго, не исполняетъ этой обязанности и издаетъ соотвѣтствующій приказъ мѣсяца черезъ два послѣ истеченія указаннаго въ законѣ срока. Если онъ руководствовался при этомъ серіозными соображеніями общаго блага, никто не скажетъ, что поступокъ его былъ безнравственнымъ, но въ то-же время каждый скажетъ, что онъ былъ незаконнымъ. Несомнѣнно, стало—быть, что монархъ нарушилъ здѣсь чисто-юридическую обязанность; несомнѣнно съ другой стороны, что онъ ни передъ кѣмъ не можетъ отвѣчать за свой поступокъ, никто не въ правѣ заставить его исполнять требованія подобныхъ юридическихъ нормъ (не говоря уже о томъ, что иногда такія нарушенія бываютъ необходимы).

§ **85**. Итакъ мы имѣемъ *несомнѣнно юридическія* нормы не только не гарантированныя, но и не могущія быть гарантированными внѣшними принудительными средствами*).

Какъ должна отнестись къ этому факту изучаемая нами теорія? Вѣдь теорія говоритъ, что только такая норма можетъ называться юридической, за которой стоитъ, или можетъ стоять, внѣшнее принужденіе, гарантирующее эту норму.

Теорія должна для этой группы нормъ сдѣлать исключеніе и сказать, что кромѣ нормъ несовершенныхъ, *еще не* гарантированныхъ, есть еще *юридическія нормы несовершенныя, не могущія*

*) Можно иногда встрѣтить мнѣнія, что гарантіей такихъ нормъ служитъ революція. Здѣсь недопустимое въ наукѣ смѣшеніе понятій: революція при всей своей неизбѣжности (если даны извѣстныя условія) есть фактъ патологическій, ненормальный, а посему никоимъ образомъ не можетъ быть разсматриваема по аналогіи съ организованными, т. е. санкціонированными правомъ мѣрами принужденія.

быть гарантированными. А такъ какъ этихъ нормъ очень мало, то онѣ не подрываютъ теоріи.

§ **86**. Для отчетливаго пониманія излагаемой теоріи необходимо настойчиво подчеркнуть, что мы все время изучаемъ внѣшнюю сторону юридическихъ нормъ, т. е. не ихъ содержаніе, а ту форму, въ которую облекается это содержаніе. А слѣдовательно излагаемая теорія вовсе не говоритъ, что принужденіе есть сущность права, его истинная природа, вытекающая изъ идеи. Напротивъ, какъ видно изъ общаго ученія о нормахъ, юридическія нормы составляютъ часть одного общаго этическаго порядка, т. е. того порядка, гдѣ царствуетъ не сила, а разумъ.

Такимъ образомъ принудительныя гарантіи представляютъ собою только *внѣшній признакъ права*, хотя и признакъ существенный именно для той формы, въ которую облекается содержаніе юридической нормы.

Только что сказанное даетъ возможность критически отнестись къ одному сильному аргументу, приводимому противъ „теоріи принужденія“. Аргументъ этотъ заключается въ слѣдующемъ. Представимъ себѣ идеальное общежитіе, гдѣ всѣ люди были бы одинаково культурны, понимали бы всю важность права и добровольно исполняли всѣ его требованія. Въ такомъ общежитіи не было бы вовсе принужденія, хотя были бы юридическія нормы, регулирующія внѣшній распорядокъ жизни. И даже можно сказать больше: эти юридическія нормы отличались бы гораздо большей силой и прочностью, потому что правопорядокъ тѣмъ прочнѣе, чѣмъ рѣже бываютъ правонарушенія, а стало быть чѣмъ меньше примѣняется принужденіе.

Все это совершенно вѣрно. Но изъ всего этого можно вывести только одно, а именно: *принужденіе не есть сущность права, а есть признакъ внѣшній*. Онъ существуетъ *на случай нарушенія* права и, конечно, въ гипотетическомъ идеальномъ общежитіи принужденію нечего дѣлать.

§ **87**. Но если въ такомъ общежитіи найдется хоть одинъ членъ, поведеніе котораго противорѣчило бы юридическимъ нормамъ, сейчасъ же обнаружится эта незамѣчаемая внѣшняя сторона, благодаря которой право и можетъ „дѣйствовать“ среди огромнаго большинства людей.

Сущность юридической нормы есть ея идеальное содержаніе. Но благодаря особенностямъ той среды, гдѣ должна дѣйствовать эта норма, это идеальное содержаніе облекается въ специфическую

форму—повелѣнія, исходящаго отъ высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія, причемъ этотъ авторитетъ обращается не только къ разуму членовъ общежитія, но и къ низшимъ сторонамъ ихъ природы. Онъ говоритъ: „Я констатирую, что такія-то соціальныя отношенія регулируются такой-то нормой: приглашаю всѣхъ разумныхъ гражданъ понять эту норму и слѣдовать ей въ своемъ поведеніи. А если кто недостаточно развитъ, чтобы понять необходимость этой нормы и свободно ей подчиниться, или если найдутся люди, сознательно отрицающіе ее, то они должны имѣть въ виду, что поведеніе вопреки нормѣ повлечетъ для нихъ такія-то непріятныя послѣдствія".

И вотъ эта угроза, какъ свидѣтельствуетъ опытъ тысячелѣтій, оказывается въ общемъ весьма пригоднымъ средствомъ для обезпеченія ненарушимости юридическихъ нормъ. Она является сильнымъ мотивомъ, опредѣляющимъ поведеніе большинства людей. Очевидно, что безъ нея обойтись нельзя: человѣкъ есть существо сложное, низшія стороны его природы сплошь и рядомъ выступаютъ на первый планъ, подавляя высшія. Вотъ почему наряду съ воздѣйствіями, расчитанными на человѣка, какъ на носителя искры Божіей, необходимо должны быть воздѣйствія, расчитанныя на ту оболочку, въ которую воплощается эта искра, на его страсти, эгоизмъ, на чисто животную часть человѣческаго существа.

§ **88**. Огромная масса юридическихъ нормъ, несомнѣнно разумныхъ и вытекающихъ изъ самой сущности тѣхъ или иныхъ соціальныхъ отношеній, осталась бы чисто теоретическими положеніями среди массы некультурнаго населенія, если бы за этими нормами не было непріятныхъ перспективъ для нарушителей. Во всѣхъ такихъ случаяхъ внѣшнее принужденіе, или угроза причинить извѣстное зло, содѣйствуютъ реализаціи права и этимъ самымъ служатъ важными факторами культуры.

Надо только твердо помнить, что чѣмъ интенсивнѣе эти мѣры внѣшняго принужденія, тѣмъ осторожнѣе надо съ ними обращаться, *памятуя, что онѣ представляютъ собою лишь необходимое зло.* Одной изъ важнѣйшихъ задачъ науки права является поэтому опредѣленіе характера, формъ и условій примѣненія внѣшняго принужденія. Въ особенности важную роль играетъ здѣсь наука уголовнаго права, изучающая самыя сильныя мѣры внѣшняго принужденія и условія ихъ примѣненія.

Само собою разумѣется, что формы принудительныхъ мѣръ, ихъ характеръ, условія примѣненія, главнымъ образомъ зависятъ

отъ всей совокупности мѣстныхъ и временныхъ данныхъ, причемъ очень часто то, что пригодно въ одной конкретной соціальной средѣ, никуда не годится въ другой. Философія права можетъ дать тутъ только общія руководящія начала, а именно: 1) мѣры внѣшняго принужденія представляютъ собою въ сущности зло, хотя и безусловно необходимое: 2) не надо слишкомъ переоцѣнивать ихъ значеніе: 3) не надо въ пользованіи ими переходить границъ, указываемыхъ мѣстными и временными условіями; 4) необходимо обставить примѣненіе ихъ надежными гарантіями, чтобы онѣ не выродились въ чистое насиліе и 5) при всѣхъ условіяхъ помнить, что человѣкъ есть носитель искры Божіей.

§ **89**. Въ заключеніе этого отдѣла надо отмѣтить еще одно важное обстоятельство.

Все прогрессивное движеніе исторіи культуры основано между прочимъ на постепенномъ уменьшеніи чертъ дикости въ человѣкѣ, облагороженіи его природы. Важнѣйшимъ моментомъ въ этомъ процессѣ является постепенное сокращеніе случаевъ употребленія физической силы, насилія. А однимъ изъ вѣрнѣйшихъ средствъ для этого является монополизація употребленія силы въ рукахъ государства, запрещеніе всѣмъ гражданамъ безъ какого бы то ни было исключенія употреблять насиліе другъ противъ друга, прибѣгать къ самоуправству. Нормальнымъ порядкомъ въ культурномъ государствѣ долженъ быть такой порядокъ, что сила, физическое принужденіе, должно служить исключительно праву, охрану котораго беретъ на себя государство въ лицѣ своихъ органовъ. И вотъ, въ этомъ смыслѣ можно говорить также, что принудительность есть специфическая принадлежность юридическихъ нормъ, т. к. она не можетъ сопровождать ни религіозныхъ, ни нравственныхъ, ни конвенціональныхъ нормъ.

§ **90**. Резюмируя полученные результаты, мы находимъ, что существенными *формальными* признаками юридическихъ нормъ являются слѣдующіе: 1) онѣ санкціонированы *высшимъ* внѣшнимъ авторитетомъ даннаго общежитія; 2) онѣ имѣютъ безусловно обязательный характеръ; 3) онѣ безусловно обязательны для всѣхъ членовъ даннаго общежитія, въ томъ числѣ и для органовъ высшаго внѣшняго авторитета (до своей отмѣны въ установленномъ порядкѣ) и 4) онѣ гарантированы (или имѣютъ тенденцію быть гарантированными) внѣшними принудительными мѣрами (за исключеніемъ нормъ, налагающихъ обязанности на органы высшаго внѣшняго авторитета).

Отсутствіе какого нибудь изъ этихъ признаковъ обусловливаетъ отрицаніе за нормой юридическаго характера.

§ **91**. Только что сказанное даетъ намъ критерій для надлежащей оцѣнки т. наз. *государственныхъ теорій права*.

Сущность этихъ теорій заключается въ слѣдующемъ. Онѣ различаютъ юридическія нормы отъ всѣхъ остальныхъ только по формальному признаку. Такимъ признакомъ является санкція государства. Отсюда: юридическія нормы суть нормы, установленныя государствомъ, какъ обязательныя. При этомъ государство или само „творитъ“ содержаніе ихъ, или путемъ своей санкціи, признанія, превращаетъ нормы, возникшія другимъ путемъ, въ нормы юридическія.

Не касаясь пока вопроса о содержаніи юридическихъ нормъ, мы должны сказать, что эти теоріи на ряду съ цѣнными сторонами заключаютъ въ себѣ крупные недостатки.

Если принять цѣликомъ разбираемыя теоріи, то надо будетъ признать, что право возможно только въ государствѣ, что внѣ государства нѣтъ и не можетъ быть права, и что право есть всецѣло продуктъ государства (въ лицѣ его власти).

Между тѣмъ исторія культуры свидѣтельствуетъ, что государство, какъ соціальное образованіе высшаго типа, возникло въ результатѣ весьма продолжительнаго историческаго процесса, возникло изъ другихъ, догосударственныхъ формъ общежитія.

Такимъ образомъ весь этотъ огромный періодъ времени совершенно не зналъ права, и оно появилось сразу, какъ deus ex machina изъ нѣдръ государства.

Неправильность такого вывода слишкомъ очевидна, и защитники государственныхъ теорій права отлично это понимаютъ. Но они думаютъ, что такой выводъ вовсе не вытекаетъ изъ ихъ теорій. Дѣло въ томъ, что они черезчуръ расширяютъ понятіе государства, подводя подъ него *всякое* общежитіе, не знающее надъ собою никакой высшей власти. Такое расширеніе есть пріемъ ненаучный: разъ государство съ точки зрѣнія исторіи культуры представляетъ собою соціальное образованіе *высшаго* типа, то и въ понятіе его должны входить признаки, свойственные только этому типу, отличающіе его отъ типовъ низшихъ. И подобно тому, какъ жолудь не есть еще дубъ, какъ эмбріонъ, зародышъ не есть еще человѣкъ, такъ и первобытная бродячая орда не есть еще государство. И конечно, въ этой ордѣ уже есть свое перво-

бытное право, есть и высшій внѣшній авторитетъ, санкціонирующій это право.

Другой фактъ, противорѣчащій разсматриваемой теоріи,—существованіе международнаго права: вѣдь это право стоитъ надъ государствами, связывая ихъ во имя авторитета высшаго, чѣмъ каждое отдѣльное государство.

§ **92.** Но государственныя теоріи заключаютъ въ себѣ и очень цѣнныя стороны.

Какъ будетъ видно изъ ученія о государствѣ, оно представляетъ собою дѣйствительно высшій типъ соціальнаго общенія (и ужъ во всякомъ случаѣ высшій и *наиболѣе законченный* изъ всѣхъ до сихъ поръ существующихъ*) Вотъ почему *государство есть наиболѣе благодарная почва для развитія права*, такъ что въ сознаніи современнаго культурнаго человѣчества государство и право—понятія коррелятивныя.

А такъ какъ государство объединяетъ въ одно гармоническое цѣлое всѣ отдѣльные союзы и общенія, находящіеся внутри него: такъ какъ единая въ государствѣ верховная власть есть источникъ власти всѣхъ этихъ отдѣльныхъ союзовъ и общеній; т. к. она безусловно господствуетъ надъ всѣмъ населеніемъ данной территоріи, то отсюда логически неизбѣжно вытекаетъ слѣдующій чрезвычайно важный выводъ: *для права, дѣйствующаго внутри государства, тѣмъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ, который санкціонируетъ юридическія нормы, является государство въ лицѣ его верховной власти.* Такимъ образомъ только такая норма мо-

---

*) Здѣсь я долженъ разойтись съ моимъ безгранично-почитаемымъ учителемъ. Въ кн. IV, гл. 5 своей „Философіи права“ Б. Н. Чичеринъ пишетъ: „Въ государствѣ идея человѣческаго общества достигаетъ высшаго своего развитія“. Это безусловно вѣрно, если мы останемся на почвѣ существующихъ фактовъ: *до сихъ поръ* государство является высшимъ типомъ соціальнаго общенія. Но если разсматривать вопросъ съ точки зрѣнія *идеи* человѣческаго общенія, то несомнѣнно, что такой идеей надо признать *человѣчество*, „едино стадо и единъ Пастырь“. А отсюда слѣдуетъ, что высшимъ типомъ человѣческаго общенія долженъ быть признанъ *международный союзъ*. Уже и въ настоящее время многое сдѣлано для организаціи этого союза, а въ будущемъ несомнѣнно наши отдаленные потомки увидятъ законченную юридическую организацію человѣчества въ одно цѣлое, обезпечивающее и самостоятельность отдѣльныхъ государствъ, и гармоническое ихъ единство. И „перекуются тогда мечи въ орала“. Во всякомъ случаѣ наука не можетъ обезцѣнивать значеніе указаннаго только что идеала; этотъ идеалъ выражаетъ собою самую сущность всей эволюціи человѣчества, онъ медленно, но неуклонно двигаетъ людей впередъ къ всеобщему братству народовъ.

жетъ называться юридической (съ формальной стороны), которая или „создана“ самымъ государствомъ въ лицѣ соотвѣтствующихъ его органовъ, или, будучи „созданной“ инымъ путемъ, признана и санкціонирована государствомъ.

§ **93**. Теперь мы можемъ легко объяснить факты, которыхъ до сихъ поръ не могли объяснить ни государственныя теоріи права, ни теоріи противоположныя.

Норма, обладающая повидимому всѣми признаками юридической нормы, дѣйствующая среди членовъ данной соціальной группы какъ общеобязательная, оказывается на самомъ дѣлѣ конвенціональной, а не юридической. Почему? А потому что эта норма санкціонирована лишь авторитетомъ *даннаго* общенія, но не санкціонирована тѣмъ авторитетомъ, который является высшимъ и для даннаго общенія, т. е. государствомъ. *Она можетъ разсматриваться, какъ юридическая на одной ступени и превратиться въ конвенціональную на другой, высшей, ступени.*

Предлагаемой теоріей легко разрѣшается очень важный и до сихъ поръ спорный вопросъ въ ученіи объ обычномъ правѣ. Это— вопросъ объ источникѣ безусловной обязательности нормъ обычнаго права, о силѣ обычаевъ. Откуда норма обычнаго права заимствуетъ свою силу, свою безусловную обязательность?

Всесторонне вопросъ будетъ изложенъ въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ, а пока замѣтимъ, что для нормъ обычнаго права, дѣйствующихъ внутри государства, такимъ (формальнымъ) источникомъ является государство. И если государство отказываетъ въ своей санкціи какой нибудь нормѣ обычнаго права, не беретъ ее подъ свою защиту, она сейчасъ же теряетъ свой безусловный характеръ, она превращается въ конвенціональную. Не смотря на то, что она продолжаетъ дѣиствовать среди членовъ даннаго общенія, каждый изъ нихъ можетъ въ любой моментъ перестать ей подчиняться, въ крайнемъ случаѣ прекративши общеніе со своими сочленами и зная, что государство властно укажетъ свое мѣсто всякому, кто перешелъ бы границы дозволеннаго въ такихъ случаяхъ реагированія.

Съ другой стороны норма несомнѣнно конвенціональная можетъ превратиться въ юридическую, если только она санкціонируется государствомъ. Возьмемъ норму, обязывающую надѣть черный сюртукъ въ извѣстныхъ случаяхъ. Представимъ себѣ, что въ утвержденномъ правительствомъ уставѣ какого нибудь англійскаго клуба есть параграфъ, обязывающій членовъ являться на

такіе-то вечера въ черныхъ сюртукахъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ есть параграфъ, въ которомъ сказано, что за неисполненіе постановленій устава члены могутъ быть исключены изъ клуба общимъ собраніемъ. И вотъ, если общее собраніе исключило какого нибудь члена за то, что онъ на вечера постоянно являлся въ пиджакѣ, то судъ, куда обратится исключенный съ искомъ объ отмѣнѣ постановленія общаго собранія и о возстановленіи его въ правахъ члена англійскаго клуба, въ искѣ откажетъ, ссылаясь на *юридическія* нормы, а именно на соотвѣтствующіе параграфы устава.

§ **94**. Заканчивая ученіе о внѣшней сторонѣ юридическихъ нормъ, надо отмѣтить еще одну группу теорій, которую въ параллель съ государственными теоріями права можно назвать *общественными*. Эти теоріи считаютъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ, санкціонирующимъ юридическія нормы, не государство, а общество. Отсюда опредѣленія права, какъ общаго убѣжденія, общей воли, какъ нормъ, признаваемыхъ членами даннаго общежитія. Отличіе этихъ теорій отъ государственныхъ заключается въ томъ, что онѣ стремятся дать такое опредѣленіе, которое охватывало бы собою не только нормы, санкціонированныя государствомъ, но и нормы, санкціонированныя вообще авторитетомъ отдѣльныхъ болѣе или менѣе обширныхъ группъ населенія.

Изъ предыдущаго изложенія ясно, что эти теоріи приняты быть не могутъ. Пока данное общеніе не входитъ въ составъ болѣе обширнаго общенія, пока оно не знаетъ надъ собою болѣе высокаго авторитета, которому обязано подчиняться, до тѣхъ поръ соціальныя нормы, санкціонированныя имъ, представляютъ собою нормы юридическія. Но какъ только надъ этимъ общеніемъ образовался болѣе высокій авторитетъ, могущій диктовать ему свою волю, такъ сейчасъ же отъ этой воли зависитъ или признать ранѣе дѣйствовавшія юридическія нормы, или низвести ихъ на степень конвенціональныхъ нормъ.

Въ частности, *въ государствѣ можетъ дѣйствовать только одинъ правопорядокъ, безусловно обязательный для всѣхъ*. Поэтому, если мы будемъ называть юридическими нормами и тѣ нормы, которыя признаны государствомъ, и тѣ, которыя дѣйствуютъ среди опредѣленныхъ группъ населенія вопреки явно выраженной волѣ государства, то у насъ получится непримиримое противорѣчіе: *право въ одно и то-же время и предписываетъ какое либо дѣяніе, и запрещаетъ его*.

Если мы къ сказанному прибавимъ полную неопредѣленность и растяжимость понятій „общая воля“ и т. п., то должны будемъ прійти къ выводу, что „общественныя“ теоріи права не могутъ быть приняты въ качествѣ теорій, дающихъ формальное опредѣленіе юридическихъ нормъ. Эти теоріи могутъ имѣть научное значеніе только для вопроса о факторахъ правообразованія.

ГЛАВА III.

Внутренняя сторона юридическихъ нормъ.

§ **95.** Приступая къ изученію содержанія юридическихъ нормъ, мы прежде всего сталкиваемся съ весьма распространенной въ наукѣ теоріей, которую можно было бы назвать теоріей тождества содержанія всѣхъ этическихъ нормъ.

Сущность этой теоріи сводится къ слѣдующимъ положеніямъ. *Юридическія нормы отличаются отъ всѣхъ остальныхъ этическихъ нормъ только своей формой*; содержаніе у всѣхъ одно и тоже: всѣ онѣ регулируютъ человѣческое поведеніе, причемъ часто бываетъ такъ, что одинъ и тотъ-же поступокъ запрещается многими различными нормами. Напр. появленіе въ безобразномъ видѣ въ церкви во время богослуженія запрещается нормами и религіи, и нравственности, и права, и нравовъ (конвенціональными); убійство запрещается и религіей, и правомъ, и нравственностью, и т. п. Далѣе, исторія показываетъ намъ, что сплошь и рядомъ нормы одной категоріи переходятъ въ другую, и обратно: то, что раньше было нормой юридической, превратилось въ норму нравственности, то, что раньше было простымъ обычаемъ, конвенціональной нормой, превращается въ норму юридическую и т. п.—Наконецъ указываютъ на общую этическую основу, изъ которой дифференцировались отдѣльныя категоріи нормъ: очевидно, что если у всѣхъ этихъ категорій общая основа, то онѣ и не могутъ быть принципіально различны, содержаніе ихъ должно быть схожимъ.

Отсюда выводъ: каждая этическая норма можетъ быть облечена въ форму юридической нормы; любое содержаніе можетъ получить эту форму, если высшій внѣшній авторитетъ, санкціонирующій норму, признаетъ это цѣлесообразнымъ. Такимъ образомъ государство можетъ по своему усмотрѣнію сдѣлать безусловно обязательнымъ подъ угрозой внѣшняго принужденія любое поведеніе человѣка, *изданіе соотвѣтствующей юридической нормы можетъ подлежать критикѣ лишь съ точки зрѣнія цѣлесообразности.*

§ **96.** Изложенная теорія съ перваго взгляда подкупаетъ своею ясностью, простотою и соотвѣтствіемъ съ фактами жизни. Ея аргументація кажется неотразимой.

Но если передъ нами законъ, предписывающій подъ угрозой наказанія вѣрить въ Бога и притомъ вѣрить въ точно опредѣленныхъ формахъ, если законъ караетъ за неисполненіе религіозныхъ обрядовъ, если законъ стремится превратить служителей алтаря въ агентовъ правительства, и т. п.—почему мы не можемъ примириться съ такими законами? Почему мы говоримъ, что самая интимнѣйшая, задушевная область человѣческаго духа, его святая святыхъ, т. е. его отношеніе къ Абсолютному Источнику міровой жизни, должно быть неприкосновеннымъ для государства?

Далѣе, когда мы видимъ, что государство предписываетъ совершеніе тѣхъ или иныхъ чисто-нравственныхъ поступковъ, мы говоримъ, что вынужденный поступокъ теряетъ свой нравственный характеръ, который заключается въ свободѣ внутренней, въ желаніи дѣлать добро ради самаго добра. Почему мы не можемъ безъ улыбки читать той статьи нашего X тома Св. Зак., гдѣ сказано, что мужъ *обязанъ* любить свою жену?

Почему, наконецъ, насъ такъ возмущаетъ, когда мы видимъ законы, имѣющіе единственною цѣлью заставить какую нибудь націю раствориться въ другой націи, забыть свой языкъ, свое прошлое?

Очевидно, нами чувствуется, что далеко не всякое содержаніе можетъ быть облечено въ форму юридическихъ нормъ. Мы чувствуемъ, что если многіе случаи такого облеченія можно критиковать съ точки зрѣнія цѣлесообразности, то бываютъ случаи, когда критика должна быть принципіальной.

§ **97**. Если признать теорію тождества содержанія всѣхъ этическихъ нормъ, то мы не будемъ имѣть надежныхъ критеріевъ для отличія права отъ простыхъ актовъ силы, отъ чистаго произвола.

Въ самомъ дѣлѣ. Мы знаемъ *формальный* признакъ, отличающій право отъ произвола (см. § 76). Но если мы останемся при одномъ формальномъ признакѣ, то мы не будемъ въ состояніи отнестись критически къ такимъ случаямъ, гдѣ власть строго соблюдаетъ и уважаетъ законы, но гдѣ эти законы карaютъ гражданъ напр., за простое выраженіе мнѣній, неугодныхъ правительству, за непринадлежность къ оффиціальной религіи и т. п.

Всего сказаннаго достаточно, чтобы усумниться въ правильности разбираемой теоріи. Эти сомнѣнія еще усилятся, когда мы присмотримся ближе къ ея аргументаціи.

§ **98.** Несомнѣнно, бываютъ поступки, регулируемые одновременно нѣсколькими категоріями нормъ, т. е. и юридическими, и нравственными, и религіозными. Но изъ этого вовсе нельзя дѣлать вывода, что такъ *всегда* бываетъ. Напротивъ, мы знаемъ много случаевъ, когда содержаніе этихъ нормъ не только не одинаково, но даже противоположно. Напр., судья обязанъ примѣнить суровый уголовный законъ къ преступнику, возбуждающему въ немъ глубокую жалость (коллизія нормы юридической и нравственной); солдаты обязаны разстрѣлять обвиненнаго приговоромъ военнаго суда (коллизія нормы юридической и религіозной); человѣкъ платитъ долгъ по запрещенной азартной игрѣ (коллизія нормы юридической и конвенціональной) и т. п.

Очевидно, что нельзя говорить о *тождествѣ* содержанія всѣхъ категорій нормъ при наличности фактовъ подобнаго рода.

Другой вопросъ,—нормально ли, чтобы различіе доходило до крайности, до принципіальной противоположности? Вопросъ, конечно, долженъ быть рѣшенъ отрицательно. На это указываетъ общая этическая основа, изъ которой дифференцировались всѣ категоріи соціальныхъ нормъ. Но опять таки, если мы вспомнимъ то, что говорилось о діалектическомъ законѣ развитія соціальныхъ нормъ (§ 72), то мы поймемъ, что онъ не можетъ служить аргументомъ разбираемой теоріи: *хаотическое* единство тезиса и *гармоническое* единство синтезиса далеко не одно и то-же.

Наконецъ, изъ несомнѣннаго историческаго факта перехода нормъ одной категоріи въ другую, вовсе нельзя дѣлать вывода, что такъ всегда будетъ, а главное, что такъ всегда должно быть.

§ **99.** Наша наука не можетъ ограничиться одними формальными признаками юридическихъ нормъ. Этимъ можетъ удовольствоваться догматическая юриспруденція, исторія права, но не философія: она не выполнила бы своего назначенія, если бы успокоилась на положеніи, что право есть измѣнчивое и относительное начало, которое устанавливается и отмѣняется законодателемъ во имя крайне неопредѣленнаго принципа цѣлесообразности.

Поэтому мы должны приступить къ изученію содержанія юридическихъ нормъ для выясненія внутренней природы, сущности права.

Обратимся прежде всего къ разсмотрѣнію важнѣйшихъ теорій, дающихъ отвѣты на этотъ вопросъ. Критика этихъ теорій дастъ намъ матеріалъ для приближенія къ истинѣ.

Право и сила.

§ **100.** Существовали и существуютъ многочисленныя теоріи, сводящія сущность права къ силѣ.

Квинтъ-эссенція этихъ теорій можетъ быть выражена въ слѣдующихъ положеніяхъ. Право проистекаетъ изъ силы: оно есть власть сильнѣйшаго надъ слабѣйшимъ. „Право есть только сознающая свою выгоду, а вмѣстѣ съ тѣмъ сознающая необходимость извѣстной мѣры, сила; слѣдовательно право не есть что либо отличное отъ силы по своей сущности, а есть лишь извѣстный способъ проявленія силы. Право есть политика силы“ (Іерингъ). „Государство всегда было и есть организованное господство болѣе сильныхъ надъ болѣе слабыми; право есть воля властвующихъ“ (Гумпловичъ).—Отсюда выводъ: право есть все то, что находитъ необходимымъ объявить правомъ достаточно сильная власть.

§ **101.** Эти теоріи, въ настоящее время особенно распространенныя среди нѣмецкихъ ученыхъ, находятъ себѣ повидимому полное подтвержденіе въ фактахъ реальной жизни. И исторія, и современная жизнь на каждомъ шагу даютъ намъ примѣры превращенія силы въ право, возникновенія юридическихъ нормъ изъ простыхъ актовъ насилія. Революція опрокидываетъ существующій государственный строй и замѣняетъ его новымъ; война уничтожаетъ бытіе даннаго государства, вводитъ его въ составъ другого и замѣняетъ массу юридическихъ нормъ другими; захваченное на морѣ чужое имущество (во время войны) становится собственностью захватившаго; въ демократической республикѣ политическая партія добивается временнаго господства и издаетъ законъ, имѣющій единственной цѣлью уничтожить враждебную партію; въ Пруссіи издается законъ объ экспропріаціи польскихъ земель въ польскихъ провинціяхъ, и т. д.

Не мало содѣйствуетъ этой теоріи то направленіе въ соціологіи, которое можно назвать дарвинистическимъ. Оно цѣликомъ переноситъ на человѣческія общежитія чисто біологическіе законы и не видитъ *принципіальной* разницы между общежитіями людей и животныхъ; верховный законъ всей жизни есть борьба за существованіе, въ которой одерживаютъ верхъ наилучше приспособленные, а слабые неизбѣжно должны погибать.

§ **102.** Не смотря на многочисленность ея защитниковъ, на массу фактовъ, повидимому подтверждающихъ ее, на кажущуюся „научность", теорія силы не можетъ быть принята.

Прежде всего и исторія, и современная жизнь даютъ массу фактовъ, совершенно противоположнаго характера.—Начиная съ глубочайшей древности и до настоящаго времени не прекращаются постоянные протесты противъ актовъ чистаго насилія во имя высшихъ идеальныхъ началъ: точно также имѣются въ изобилии факты, свидѣтельствующіе, что сила ограничивалась правомъ, подчинялась ему. Эти факты на столько рѣзко бросаются въ глаза, на столько характерны, что и въ древности, и въ новое время появлялись теоріи, утверждавшія, что право есть произведеніе слабыхъ: они его придумали, какъ средство защиты противъ сильныхъ.

Чрезвычайно характерный фактъ: никогда и нигдѣ властвующіе, хотя бы получившіе свою власть путемъ насилія, не ссылаются на голую силу для оправданія своей власти; наоборотъ, они стараются освятить свое положеніе тѣми или другими высшими, идеальными началами.

И эти высшія, идеальныя начала всегда служили реальными факторами правовой жизни. Въ древнемъ Египтѣ, гдѣ царь былъ какъ бы земнымъ богомъ, судьи верховнаго суда, вступая въ эту корпорацію, давали клятву не повиноваться незаконнымъ приказамъ царя*) (назидательная параллель изъ новой исторіи—знаменитый отвѣтъ французскихъ судей королю: „государь, судъ постановляетъ приговоры, но не оказываетъ услугъ"). Въ законахъ Гаммураби (3000 лѣтъ до Р. Х.) мы читаемъ, что боги требуютъ отъ царя, чтобы онъ обезпечилъ господство права въ странѣ и оказывалъ бы всѣмъ справедливость. Пророкъ Исаія возстаетъ противъ насилія надъ правомъ и предсказываетъ лучшее будущее, гдѣ царь будетъ господствовать справедливо, а Соломонъ говоритъ, что только справедливостью держится тронъ. Конфуцій учитъ, что небо даетъ царю власть для того, чтобы онъ творилъ добро и правосудіе; поступая иначе, онъ теряетъ власть. Въ древней сѣверной сагѣ о Фритіофѣ находимъ мѣсто, гдѣ говорится, что нѣтъ хуже бѣдствія, когда сила играетъ первую роль; между тѣмъ какъ право даетъ королю славу, и всей странѣ счастье.

---

*) По статуту Эдуарда III англійскіе судьи приносили аналогичную присягу (*Васьковскій*. Курсъ гражд. процесса I, 112).

Старинная русская поговорка: „Судья праведный—ограда каменна“, относится къ тому же порядку. Перечисленіе аналогическихъ фактовъ можно продолжать очень долго, но это безполезно: приведенныхъ достаточно, чтобы видѣть въ правовой жизни, начиная съ древнѣйшихъ временъ до нашихъ дней, наличность начала, принципіально противоположнаго силѣ.

§ 103. Изученіе исторіи права въ связи съ исторіей культуры даетъ еще одну категорію чрезвычайно важныхъ фактовъ для критики теоріи силы. Это факты, свидѣтельствующіе о постепенномъ, все бо́льшемъ очищеніи и облагороженіи отношеній между правомъ и силой, о постепенномъ превращеніи силы въ служанку права. Далеко не вездѣ и не всегда это превращеніе удается подмѣтить, *но общая тенденція несомнѣнна*, не смотря на то, что до послѣднихъ дней мы видимъ даже въ культурныхъ государствахъ (не говоря уже о международныхъ отношеніяхъ) самые рѣзкіе примѣры торжества грубой силы.

Отмѣченная тенденція исторіи культуры къ постепенному уменьшенію случаевъ примѣненія грубой силы, къ гуманизаціи человѣческихъ отношеній во всѣхъ сферахъ жизни, къ проникновенію даже военныхъ дѣйствій извѣстными этическими началами, свидѣтельствуетъ о томъ, что сила подвергается вліянію какого-то другого фактора, медленно, но неуклонно стремящагося подчинить ее себѣ.

Относительно массы прошлыхъ и современныхъ фактовъ правовой жизни можно съ полнымъ основаніемъ говорить, что право есть *ограниченная* сила. Но весь вопросъ и заключается въ томъ, *чѣмъ* именно эта сила ограничена, какимъ принципомъ? „Подобнымъ образомъ и нравственность можно опредѣлить, какъ преодолѣваемое зло, изъ чего не слѣдуетъ, чтобы принципомъ нравственности было зло“ (Вл. Соловьевъ).

А возьмемъ такой характерный фактъ, какъ судебный поединокъ, который на высшихъ ступеняхъ развитія права замѣнился другими, болѣе совершенными формами доказательствъ. Съ перваго взгляда можетъ показаться, что судебный поединокъ представлялъ собою полное торжество грубой силы: кто былъ сильнѣе, на сторонѣ того оказывалось право. На самомъ дѣлѣ современники той эпохи смотрѣли на этотъ правовой институтъ принципіально иначе, чѣмъ смотрятъ наши современники на дуэль: они видѣли въ поединкѣ судъ Божій; высшія этическія начала должны были проявиться въ результатѣ поединка, а стало быть не „кто

былъ сильнѣе, тотъ имѣлъ право", а какъ разъ на оборотъ: „кто имѣлъ право, тотъ оказывался сильнѣе".

§ **104**. Изучая *внѣшнюю* сторону юридическихъ нормъ, мы нашли, что однимъ изъ признаковъ этихъ нормъ является гарантированность внѣшними принудительными мѣрами (или тенденція къ такой гарантированности). Если мы внѣшнее принужденіе (т. е. силу) сдѣлаемъ не только чисто формальнымъ признакомъ права, но и его внутреннею сущностью, тогда мы должны будемъ признать такое положеніе: основнымъ, самымъ важнымъ, самымъ дѣйствительнымъ средствомъ для дѣйствія права является физическая сила; безъ этой силы право не можетъ существовать.

Но вѣдь очевидно, что для того, чтобы власть могла примѣнять физическую силу противъ нежелающихъ подчиняться юридическимъ нормамъ, она должна имѣть въ своемъ распоряженіи исполнителей ея велѣній, готовыхъ отдать ей свои силы, т. е. другими словами людей, добровольно подчиняющихся юридическимъ нормамъ. Если мы скажемъ, что и эти люди подчиняются только изъ страха физической силы, то дойдетъ до очевидной нелѣпости: многомилліонный народъ повинуется абсолютному монарху потому, что боится его личной физической силы.

А если люди, добровольно подчиняющіеся юридическимъ нормамъ, дѣлаютъ это не изъ страха передъ силою, то, очевидно, они такъ поступаютъ потому, что *признаютъ содержаніе этихъ нормъ разумнымъ или цѣлесообразнымъ;* это содержаніе по меньшей мѣрѣ не расходится рѣзко съ ихъ субъективнымъ правосознаніемъ. Отсюда выводъ: содержаніемъ, сущностью права не можетъ быть сила. Иначе у насъ получится безнадежный логическій кругъ: мы повинуемся юридическимъ нормамъ добровольно, не изъ страха передъ силой потому, что признаемъ содержаніе этихъ нормъ, а содержаніемъ ихъ является—сила.

§ **105**. Но могутъ сказать, что эти добровольно повинующіеся представляютъ собою господствующую массу, достаточно сильную, чтобы держать въ подчиненіи остальное населеніе. Юридическія нормы, адресованныя къ этому остальному населенію отъ имени господствующей массы, все таки по существу представляютъ собою акты силы; значитъ—право есть сила.

Такое возраженіе было бы неосновательнымъ. Прежде всего оно игнорировало бы историческіе факты властованія одного, или небольшой группы лицъ надъ милліонами людей: тутъ нельзя говорить, что эти милліоны подчиняются нѣсколькимъ тысячамъ,

опасаясь ихъ физической силы; очевидно, что тутъ дѣйствуетъ другой факторъ, а не сила.

Но даже если допустить, что господствующая группа населенія такъ велика, что можетъ подавить силою подчиненную часть населенія, то и тогда теорія, отожествляющая право и силу, будетъ несогласна съ фактами жизни. Въ самомъ дѣлѣ: пусть юридическія нормы, адресованныя къ подвластной группѣ, будутъ всѣ безъ исключенія актами силы (хотя такое допущеніе никогда не можетъ соотвѣтвовать дѣйствительности); и всетаки останется другая часть юридическихъ нормъ, содержаніемъ которыхъ не можетъ быть сила: это нормы, регулирующія отношенія внутри *господствующей* части населенія. А значитъ далеко не все право есть сила, и разбираемая теорія въ лучшемъ случаѣ окажется односторонней.

§ **106**. Есть еще одинъ источникъ, откуда мы можемъ почерпнуть матеріалъ для критики теоріи силы и для построенія теоріи, приближающейся къ истинѣ. Это—языкъ. Филологія, сравнительное языкознаніе учитъ насъ, что первоначальное, основное значеніе слова выражаетъ собою обыкновенно сущность соотвѣтствующаго понятія.

И вотъ первоначальное значеніе слова „право“ на всѣхъ языкахъ есть 1) „прямо“ и 2) „правда“. Такимъ образомъ это слово выражаетъ собою понятіе о чемъ-то прямомъ, непреклонномъ и неуклонномъ, согласномъ съ истиной, о чемъ-то справедливомъ.

Какъ видимъ, вѣковая мудрость человѣчества, скрытая въ языкѣ, учитъ насъ тому же, чему учитъ отмѣченная въ § 103 тенденція и факты, указанные въ § 102, наконецъ тому же, что вытекаетъ изъ развитой нами теоріи нормъ вообще и юридическихъ нормъ, какъ части одного общаго этическаго порядка, гдѣ царствуетъ не сила, а высшія идеальныя начала.

§ **107**. Два слова по поводу дарвинистическаго направленія въ соціологіи, дающаго „научное“ обоснованіе теоріи силы. Въ дальнѣйшемъ изложеніи будетъ доказана невозможность отожествленія общежитій людей и животныхъ, а пока отмѣтимъ, что и для животнаго міра борьба за существованіе не является единственнымъ факторомъ. Какъ доказалъ, напр. *Кропоткинъ* въ своей книгѣ „Взаимопомощь среди людей и животныхъ“,—въ животномъ мірѣ дѣйствуетъ и другой факторъ: симпатія, взаимопомощь. Аналогичныя мысли высказываетъ и рядъ другихъ ученыхъ (напр. Эспинасъ, Перрье, Геддсъ и др.).

И конечно, для человѣческаго общежитія, гдѣ рядомъ съ началами общими и для людей, и для животныхъ, дѣйствуютъ новыя, идеальныя начала,—не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы борьбу за существованіе ставить верховнымъ закономъ всего развитія.

§ **108.** Итакъ мы приходимъ къ выводу, что теорія силы не можетъ быть принята. Не сила есть сущность права, а нѣчто принципіально другое. Не сила есть главное основаніе дѣйствія права, а признаніе населенія, обусловленное по меньшей мѣрѣ непротиворѣчіемъ юридическихъ нормъ субъективному правосознанію большинства населенія, т. е. значитъ—обусловленное факторомъ психическимъ.

И даже когда бываютъ случаи поведенія, несогласнаго съ юридическими нормами, право прибѣгаетъ къ дѣйствительному примѣненію мѣръ внѣшняго принужденія, только какъ къ ultimum remedium, когда исчерпаны всѣ средства психическаго воздѣйствія.

§ **109.** Все сказанное даетъ основаніе выставить слѣдующее важное положеніе.

Государственная власть имѣетъ право, а нерѣдко и обязана примѣнять силу для воздѣйствія на нарушителей правопорядка; это примѣненіе силы можетъ принимать самыя рѣзкія формы. Но всѣ такія мѣры только тогда могутъ произвести на населеніе благопріятный психическій эффектъ, когда власть не будетъ забывать прекрасной поговорки: „право должно быть сильнымъ, но для того, чтобы быть сильнымъ, оно должно быть *правомъ*“ Т. е. эти мѣры ни на волосъ не должны выходить изъ границъ строгой законности, должны быть обставлены всѣми надлежащими гарантіями и, last not least, должны примѣняться для охраны *юридическихъ* нормъ въ настоящемъ, высокомъ смыслѣ этого слова.

§ **110.** Намъ остается теперь указать вѣрныя стороны изучаемой теоріи, памятуя, что „всѣ теоріи вѣрны въ томъ, что онѣ утверждаютъ, и невѣрны въ томъ, что отрицаютъ“ (Лейбницъ). Въ каждой серіозной научной теоріи мы всегда найдемъ цѣнныя стороны, и наука, какъ коллективный духовный процессъ исканія истины, должна главное вниманіе свое обращать на эти цѣнныя стороны.

Прежде всего теорія силы подмѣтила очень интересный и важный фактъ, а именно, что часто въ исторіи права чисто фактическія отношенія превращаются въ отношенія юридическія: пра-

во возникаетъ на почвѣ насильственныхъ отношеній, сила рождаетъ право.

Факты несомнѣнны и должны быть объяснены. Но, конечно, они не могутъ служить аргументами въ пользу теоріи, и вотъ почему: *нельзя смѣшивать два различныхъ вопроса: 1) вопросъ о генезисѣ, происхожденіи, извѣстнаго факта и 2) вопросъ о сущности этого факта.* Изъ того, что многія государства исторически возникли путемъ насилія, вовсе не слѣдуетъ, что идея государства есть насиліе. Изъ того, что многія современныя юридическія отношенія имѣютъ своими отдаленными предками насильственныя отношенія, вовсе не слѣдуетъ, что нынѣшніе законные обладатели соотвѣтствующихъ правъ лишь фактически пользуются этими правами. Почему такъ? Да потому, что насильственныя отношенія съ теченіемъ времени потеряли свой насильственный характеръ, легли въ основу мирнаго сожительства людей, отразились въ психикѣ людей не какъ акты насилія, а какъ факты нормальные. Они очистились, пройдя черезъ горнило времени, они доказали свою жизнепригодность, доказали, что могутъ регулировать мирное сожительство, а слѣдовательно доказали, что имѣютъ связь съ этическимъ порядкомъ.

§ **111** Вообще порядокъ чисто фактическій имѣетъ тенденцію превратиться въ порядокъ нормальный: люди сживаются съ извѣстными фактами, привыкаютъ къ нимъ, вокругъ этихъ фактовъ и на основаніи ихъ образовались постоянныя, прочныя отношенія и смотришь: то, что первоначально было актомъ насилія, съ теченіемъ времени превратилось въ право (*нормативная тенденція фактическаго*).

Тѣмъ не менѣе первоначальный актъ никоимъ образомъ не можетъ называться правомъ: и сами совершители его, и всѣ окружающіе *сознаютъ его именно какъ актъ насилія.* Возможно, что очень долго отношенія, основанныя на такомъ актѣ, будутъ разсматриваться, какъ чисто-фактическія, неправомѣрныя. Но затѣмъ съ теченіемъ времени, подъ вліяніемъ ряда привходящихъ условій, фактическое превращается въ нормальное, отражается въ психикѣ людей уже какъ явленіе правомѣрное: *оно измѣнило свою природу.*

Изъ только что сказаннаго нельзя дѣлать вывода, что вездѣ и всегда каждый насильственный актъ въ концѣ концовъ родитъ право. Нормативная тенденція фактическаго одна, сама по себѣ, еще не достаточна для превращенія насильственныхъ отношеній въ правомѣрныя. Для этого необходимъ еще другой факторъ, ко-

торый можно назвать *раціонализаціей фактическаго*: подъ вліяніемъ ряда привходящихъ условій установившіяся, привычныя отношенія *оправдываются* субъективнымъ правосознаніемъ. Если этого фактора не будетъ, то сколько бы времени ни продолжали существовать отношенія, основанныя на голой силѣ, они всегда будутъ отражаться въ психикѣ населенія, какъ явленія неправомѣрныя.

§ **112.** Отсюда ясно, какую огромную отвѣтственность берутъ на себя тѣ, которые силой измѣняютъ существующее право.

Геній, провиденціальный человѣкъ, можетъ полагаться на свое духовное зрѣніе, при помощи котораго онъ ясно видитъ необходимость примѣнить силу для созданія новаго права. Но вѣдь такіе люди представляютъ собою единичныя явленія въ исторіи культуры. А для всѣхъ остальныхъ людей, какъ бы они ни выдѣлялись изъ общаго уровня, нормальнымъ порядкомъ воздѣйствія на правовую жизнь для необходимыхъ улучшеній ея, можетъ быть только правомѣрный порядокъ, а не насильственный.

Сила—мечь обоюдуострый, сплошь и рядомъ могущій принести больше вреда, чѣмъ пользы. Только служа высшимъ идеальнымъ началамъ, она можетъ быть факторомъ культуры. Это надо крѣпко помнить каждому, кто чувствуетъ искушеніе переоцѣнивать свое субъективное правосознаніе и, руководствуясь имъ, посягать на мирный порядокъ общежитія.

Бывали и могутъ быть рѣдкіе случаи, когда сила, творящая новое право, уже съ самаго начала выступаетъ подъ знаменемъ права, вступая въ рѣзкій конфликтъ со старымъ, отжившимъ правомъ. Надлежащая оцѣнка такихъ случаевъ можетъ быть сдѣлана только при изученіи центральной проблемы нашей науки, проблемы естественнаго права.

§ **113.** Теорія силы имѣетъ еще другую цѣнную сторону.—Несомнѣнно, что право не только есть совокупность чисто-теоретическихъ сужденій, что его нормы представляютъ собою не только явленія логическаго порядка, но входятъ въ составъ того сложнаго соціальнаго факта, который съ разныхъ точекъ зрѣнія, въ различныхъ своихъ проявленіяхъ, изучается юридическими науками. Право должно „дѣйствовать“, должно облечься въ конкретныя, живыя формы, быть однимъ изъ могучихъ факторовъ соціальной жизни, подобно религіи, наукѣ, искусству и т. д.

А для этого необходимо, чтобы чисто-логическій элементъ права „матеріализировался“ сначала въ видѣ опредѣленныхъ психи

ческихъ переживаній (субъективное правосознаніе), а затѣмъ въ видѣ соотвѣтствующаго массоваго поведенія людей *). И вотъ въ числѣ факторовъ, содѣйствующихъ тому, чтобы право не оставалось бы только въ чисто-логическомъ ряду, является сила, какъ послѣднее, крайнее средство для обезпеченія ненарушимости юридическихъ нормъ. Безъ силы право во многихъ случаяхъ было бы только гласомъ вопіющаго въ пустынѣ. Іерингъ, указывая на то, что богиня правосудія изображается съ мечемъ въ одной рукѣ и съ вѣсами въ другой, правильно говоритъ, что если мечь безъ вѣсовъ былъ бы голымъ насиліемъ, то съ другой стороны одни вѣсы безъ меча свидѣтельствовали бы о немощности, слабости права.

Право и интересъ.

§ **114.** Изъ предыдущаго отдѣла мы убѣдились, что содержаніемъ юридическихъ нормъ (иначе—сущностью права) не можетъ быть сила.

Многочисленныя, можно сказать господствующія въ настоящее время теоріи учатъ, что этимъ содержаніемъ являются различные человѣческіе интересы. Главой всей господствующей школы юристовъ долженъ быть признанъ Іерингъ, который, какъ мы видѣли, защищалъ и теорію силы (въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго: теорія интереса, какъ видно будетъ изъ дальнѣйшаго изложенія, переходитъ въ теорію силы).

Надо замѣтить, что у различныхъ представителей разбираемаго направленія мы можемъ встрѣтить далеко не одинаковые оттѣнки теоріи интересовъ; нерѣдко даже кажется, что воззрѣнія одного ученаго діаметрально противоположны воззрѣніямъ другого. Но оставляя въ сторонѣ неудачныя формулировки и неясность мыслей у нѣкоторыхъ ученыхъ, мы должны сказать, что всѣ различные оттѣнки и видоизмѣненія нисколько не мѣшаютъ существованію общихъ основныхъ чертъ, которыя и объединяютъ все направленіе.

§ **115.** Право есть средство для охраны человѣческихъ интересовъ; право есть интересъ, защищаемый государствомъ. Все содержаніе человѣческой жизни состоитъ въ стремленіи къ дости-

*) Само собою разумѣется, что здѣсь не имѣется въ виду исторической послѣдовательности указанныхъ моментовъ.

женію безконечно разнообразныхъ интересовъ. Вокругъ этихъ интересовъ идетъ постоянная борьба И вотъ, когда какой нибудь интересъ пріобрѣтаетъ особо важное значеніе, когда онъ недостаточно охраняется другими этическими нормами, государство даетъ ему спеціальную охрану посредствомъ юридическихъ нормъ, и превращаетъ такимъ образомъ интересъ въ право. Критеріемъ для такого превращенія являются соображенія пользы, цѣлесообразности, измѣняющіяся согласно условіямъ мѣста и времени: измѣнятся эти условія, сейчасъ же измѣнится соотвѣтствующимъ образомъ и право „Цѣль есть творецъ всего права", а эта цѣль всегда направлена на защиту важнѣйшихъ интересовъ даннаго общежитія.

§ **116**. Противъ теоріи интересовъ возражаютъ, что прежде всего самый терминъ „интересъ" страдаетъ научной неопредѣленностью; кромѣ того указываютъ на то, что у однихъ представителей теоріи онъ употребляется въ одномъ смыслѣ (*стремленіе получить* опредѣленное жизненное благо), а у другихъ въ другомъ (*самое благо*, на которое направлено стремленіе). Возраженія эти не существенны. Дѣйствительно, у многихъ представителей разбираемаго направленія замѣчается неясность въ терминологіи; несомнѣнно, что въ научной теоріи необходимо тщательно избѣгать такихъ неясностей, и въ особенности основныя понятія употреблять всегда въ одномъ и томъ же точно опредѣленномъ смыслѣ. Но въ сущности теорія интересовъ имѣетъ въ виду охрану *не стремленій* нашихъ получить опредѣленныя жизненныя блага, а охрану безпрепятственнаго обладанія частными лицами, или всѣмъ общежитіемъ этими благами.

§ **117**. Большимъ порокомъ теоріи интереса является слѣдующій. Нельзя въ одно и тоже время говорить: „право есть *охрана* интересовъ" и „право есть охраненный *интересъ*". Если мы примемъ первое опредѣленіе, то центръ тяжести теоріи переносится съ интереса на охрану (посредствомъ юридическихъ нормъ), и тогда едва ли можно говорить, что содержаніемъ юридическихъ нормъ является интересъ. Кромѣ того оба опредѣленія представляются небезупречными съ логической точки зрѣнія: 1) *право* есть *правовая* защита интересовъ и 2) *право* есть интересъ охраненный *правомъ*.

Но если даже принять это опредѣленіе, то получаются результаты, для теоріи весьма неблагопріятные. Итакъ, сущность права есть интересъ; опредѣленный интересъ въ виду его особой важ-

ности возводится государствомъ на степень права. Какъ же примирить съ этимъ общеизвѣстный фактъ, а именно, что государство запрещаетъ цѣлый рядъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью пользованіе этимъ интересомъ, осуществленіе этого блага? Вѣдь разъ интересъ превращенъ въ право, то обладатель его можетъ дѣлать что угодно для осуществленія своего права. А между тѣмъ пусть кто нибудь попробуетъ для осуществленія какого либо самаго важнаго интереса или своего личнаго, или общественнаго, убивать, грабить, красть, лишать кого нибудь свободы и т. п., какъ сейчасъ же онъ убѣдится, что интересъ не есть право

Если бѣднякъ для прокормленія своей семьи украдетъ у милліонера рубль, а милліонеръ заявитъ объ этомъ полиціи, то хотя интересъ бѣдняка здѣсь безконечно выше интересовъ милліонера, ни одинъ судья не скажетъ, что бѣднякъ *имѣлъ право* украсть этотъ рубль. „Если скажутъ, по примѣру Бентама, что тутъ примѣшивается интересъ всѣхъ другихъ собственниковъ и всего государства, интересъ, заключающійся въ томъ, чтобы кражи не оставались безнаказанными, и чтобы право собственности охранялось незыблемо, то этотъ интересъ состоитъ именно въ томъ, чтобы охранялось право, какъ нѣчто отличное отъ интереса“ (Чичеринъ).

§ **118**. Прекрасный примѣръ, доказывающій, что право и интересъ—понятія различныя, приводитъ Вл. Соловьевъ Законъ охраняетъ т. наз. домовое право: безъ разрѣшенія хозяина никому нельзя входить въ его домъ. Чей интересъ составляетъ содержаніе этого права? Очевидно, интересъ хозяина. Въ чемъ же заключается этотъ интересъ? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, представимъ себѣ, что этотъ хозяинъ страстный курильщикъ опія и запирается для того, чтобы ему никто не мѣшалъ. И вотъ, если друзья, желая удержать его отъ пагубной страсти, насильно войдутъ въ домъ, они поступятъ противоправно, такъ какъ законъ не дѣлаетъ никакихъ исключеній: безъ разрѣшенія входить нельзя, хотя бы для спасенія такихъ насущныхъ интересовъ хозяина, какъ его здоровье. Ясное дѣло, что содержаніемъ домового права является не интересъ, а свобода, т. е. какъ разъ то, что признаетъ содержаніемъ права идеалистическое направленіе нашей науки.

§ **119**. А многочисленные примѣры изъ конкретной правовой жизни на каждомъ шагу убѣждаютъ насъ, что наши права и наши интересы—вещи разныя: сплошь и рядомъ можно имѣть огромный интересъ въ чемъ либо и не имѣть на это никакого пра-

ва, и наоборотъ—можно имѣть какое нибудь право, не только не приносящее обладателю никакой пользы, но даже нарушающее его интересы.

Защитники теоріи интереса возражаютъ на это, что въ вопросѣ о содержаніи юридическихъ нормъ не играетъ никакой роли то обстоятельство, что въ отдѣльныхъ случаяхъ обладатели соотвѣтствующихъ правъ могутъ не извлекать изъ нихъ никакихъ выгодъ. Юридическія нормы имѣютъ въ виду общіе интересы, а не каждый отдѣльный случай осуществленія интереса. Какъ общая норма, право наслѣдства несомнѣнно защищаетъ важные интересы и поэтому полезна, а въ отдѣльныхъ случаяхъ могутъ быть такія „наслѣдства“, что наслѣдникамъ гораздо выгоднѣе не принимать ихъ.

Возраженія эти не убѣдительны. Прежде всего нельзя игнорировать (да еще теоріи, которая гордится своею „жизненностью“) такого важнаго обстоятельства, какъ *многочисленные* случаи жизни, гдѣ право и интересъ совершенно противоположны другъ другу: вѣдь такіе случаи должны были бы быть рѣдкимъ исключеніемъ, если бы теорія была вѣрна. А ссылаться на общій характеръ юридическихъ нормъ, это значитъ въ концѣ концовъ дойти до признанія, что наиболѣе общій интересъ и заключается въ охранѣ права независимо отъ какихъ бы то ни было интересовъ.

§ 120. И дѣйствительно, если право должно выбирать между безчисленной массой всевозможныхъ интересовъ, чтобы рѣшать, какой изъ нихъ нуждается и заслуживаетъ спеціальной защиты, то очевидно, что оно должно подняться надъ этими интересами и обладать критеріемъ другимъ, чѣмъ интересы. А если мы скажемъ, что такими критеріями могутъ быть наиболѣе общіе и важные интересы, то неизбѣжно придемъ къ такимъ „интересамъ“, какъ свобода, общій миръ и охрана права всѣхъ и каждаго, т. е., значитъ, мы разрушимъ всю теорію интересовъ въ ея настоящемъ, чистомъ видѣ.

Если ко всему этому прибавить многочисленные случаи, когда законы, созданные для защиты опредѣленныхъ интересовъ, оказывались гибельными для этихъ же интересовъ, то мы получимъ достаточный матеріалъ для оцѣнки теоріи, пользующейся такимъ широкимъ распространеніемъ среди современныхъ юристовъ.

Но такъ какъ эта теорія затрагиваетъ рядъ важныхъ вопросовъ, рѣшеніе которыхъ предстоитъ намъ впереди, то мы должны

остановиться на ней подольше и изучить ея общія, философскія основы. Такое изученіе поможетъ окончательно рѣшить вопросъ о научномъ значеніи господствующей теоріи права.

§ **121**. Философской основой этой теоріи является то направленіе этики, которое называется *утилитаризмомъ*.

Терминъ „утилитаризмъ“ введенъ Миллемъ и многіе считаютъ знаменитаго англійскаго мыслителя главнымъ, типичнымъ представителемъ этого направленія. Но не смотря на то, что Милль первый далъ теорію утилитаризма съ философскимъ обоснованіемъ, и что эта теорія легла въ основу всѣхъ новѣйшихъ утилитарныхъ теорій, едва ли можно говорить о немъ, какъ о типичномъ представителѣ разсматриваемаго направленія. Дѣло въ томъ, что онъ внесъ въ чистый утилитаризмъ такія положенія, которыя въ сущности подрываютъ его основы.

Разсматриваемое направленіе этики очень старо: оно существовало еще въ греческой философіи, и даже есть мнѣнія, что Аристотель былъ утилитаристомъ*). Само собою разумѣется, что въ Греціи не было утилитаризма въ томъ видѣ, какъ онъ излагается у Милля, но для характеристики всего направленія важны его основы, а не различныя видоизмѣненія.

§ **122**. Утилитаризмъ есть одно изъ видоизмѣненій того направленія этики, которое высшимъ критеріемъ для оцѣнки человѣческихъ поступковъ считаетъ результаты этихъ поступковъ. Только то дѣйствіе нравственно, которое произвело хорошіе результаты. На вопросъ, какіе же результаты должны быть признаны хорошими, даются различные отвѣты, обусловливающіе существованіе нѣсколькихъ подраздѣленій общаго направленія.

Всѣ эти подраздѣленія можно свести къ тремъ основнымъ типамъ: 1) такимъ результатомъ надо считать чувственное наслажденіе, удовольствіе въ каждую данную минуту (гедонизмъ); 2) этотъ результатъ есть достиженіе такого состоянія, гдѣ сумма удовольствій превышаетъ сумму страданій; это—длительное состояніе благополучія, счастья, обусловленное разумнымъ пользованіемъ удовольствіями (эвдаймонизмъ); 3) этотъ результатъ есть наибольшее счастье (польза) наибольшаго количества людей (утилитаризмъ) Такимъ образомъ утилитаризмъ представляетъ собою

*) Для оцѣнки этихъ мнѣній достаточно привести слѣдующія слова изъ „Политики“ Аристотеля: „Вообще, искать повсюду лишь одной пользы всего менѣе приличествуетъ людямъ высокихъ душевныхъ качествъ и свободнорожденныхъ“. (Переводъ С. А. Жебелева. 1911 г. стр 357).

высшую ступень въ этомъ ряду, высшую форму того направленія этики, которое критеріемъ для оцѣнки человѣческихъ поступковъ считаетъ счастье, благополучіе, пользу, достигнутые въ результатѣ поступка.

§ 123. Обращаясь къ утилитаризму, мы должны для надлежащей оцѣнки его взять наиболѣе типическаго представителя этой теоріи въ ея *чистомъ* видѣ, и притомъ представителя безусловно послѣдовательнаго, доводящаго до конца всѣ свои разсужденія и не останавливающагося ни передъ какими выводами, если они неизбѣжно-логически вытекаютъ изъ основъ теоріи.

Такимъ представителемъ является Бентамъ. (Для насъ онъ представляетъ тѣмъ большую важность, что въ его работахъ мы видимъ послѣдовательное проведеніе основъ утилитаризма въ ученіи о правѣ).

Сущность ученія Бентама сводится къ слѣдующимъ положеніямъ.

Основными двигателями всей человѣческой жизни, всѣхъ нашихъ мыслей, желаній, поступковъ, являются заложенныя въ человѣкѣ самой природой чувства удовольствія и страданія. Искать удовольствія и избѣгать страданія—единственная цѣль человѣческаго поведенія: начало пользы все подчиняетъ этимъ двумъ побужденіямъ (полезно все то, что такъ или иначе доставляетъ намъ удовольствіе).

Итакъ, удовольствіе есть единственное благо; высшее благо есть удовольствіе, или сумма удовольствій, доведенная до максимума. Но такъ какъ вслѣдствіе симпатическихъ чувствъ, люди получаютъ удовольствіе, созерцая удовольствіе другихъ людей, вызванное нашими благожелательными дѣйствіями, то отсюда ясно, что человѣкъ можетъ, стремясь къ своему личному счастью, увеличивать счастье другихъ. Отсюда формула: наибольшее счастье наибольшаго количества людей,—какъ руководящій принципъ утилитаризма. Но все таки человѣкъ совершаетъ благожелательныя дѣйствія въ своемъ личномъ интересѣ (доставить себѣ удовольствіе созерцаніемъ чужаго счастья); каждый человѣкъ для себя и ближе, и дороже, чѣмъ кто либо другой. Поэтому, если благожелательное дѣйствіе лишаетъ насъ бо́льшаго, чѣмъ даетъ, оно является безнравственнымъ, его не надо совершать: благожелательность—это посѣвъ, расчитанный на жатву (личное счастье).

Порокъ,—это неправильно расчитанный шагъ; если конечный результатъ получился благопріятный (т. е. доставилъ человѣку счастье), то дѣйствіе должно быть признано нравственнымъ. Изъ двухъ дѣйствій, въ результатѣ которыхъ получаются удовольствія, болѣе добродѣтельнымъ будетъ то, которое влечетъ за собою бо́льшее удовольствіе, а при вычисленіи степени удовольствія рѣшающее значеніе имѣетъ *количество* его, причемъ „каждый человѣкъ есть не только лучшій, но и единственный судья того, что составляетъ для него удовольствіе. И въ концѣ концовъ при вычисленіи количества удовольствій оно сводится къ физическимъ удовольствіямъ. Такимъ образомъ мотивы человѣческихъ поступковъ не играютъ никакой роли, а слова „совѣсть“, „долгъ“, „обязанность“ и т. п —это продукты невѣжества.

§ **124**. Переходимъ къ ученію Бентама о правѣ.—Оно есть средство для достиженія наибольшаго счастья наибольшаго количества людей. Принципіальной разницы между правомъ и нравственностью нѣтъ; все дѣло въ тѣхъ средствахъ, которыя употребляются для обезпеченія исполненія данной нормы (санкція): право дѣйствуетъ преимущественно путемъ принужденія, нравственность опирается на другія санкціи. А вопросъ, когда данную норму нравственности надо превратить въ норму юридическую, есть вопросъ цѣлесообразности.

Итакъ, законодатель долженъ заботиться о наибольшемъ счастьи наибольшаго количества гражданъ своего государства. Поэтому, издавая законы, онъ долженъ при оцѣнкѣ каждаго дѣйствія тщательно взвѣсить всѣ проистекающія изъ него удовольствія и страданія, вычесть одну сумму изъ другой и вывести общій итогъ. А для измѣренія количества удовольствій и страданій Бентамъ рекомендуетъ свою „нравственную ариѳметику“, т. е. сравненіе удовольствій и страданій по ихъ общимъ признакамъ: 1) интенсивности, 2) продолжительности, 3) прочности, 4) близости, 5) плодотворности, 6) чистотѣ и 7) распространенности (объему). Къ этимъ семи точкамъ зрѣнія, съ которыхъ надо разсматривать каждый поступокъ, Бентамъ прибавляетъ еще 24 условія, вліяющія на степень указанныхъ признаковъ и видоизмѣняющія ихъ взаимныя отношенія (темпераментъ, здоровье, полъ, возрастъ, степень просвѣщенія, климатъ, общественное положеніе и т. д.).

Конечно при такой массѣ условій нельзя произвести математически точнаго расчета, но законодатель можетъ довольствоваться приблизительнымъ. И вотъ, если онъ найдетъ, что въ результатѣ

даннаго дѣйствія произойдетъ очень много страданій и мало удовольствій, онъ можетъ запретить его подъ угрозой наказанія. А такъ какъ принципіальной разницы между правомъ и нравственностью нѣтъ, то *никакихъ предѣловъ для вмѣшательства государственной власти въ жизнь гражданъ быть не можетъ*: во имя наибольшаго счастья наибольшаго количества людей *законодатель имѣетъ право и предписывать, и запрещать любыя дѣйствія*).

Но такъ какъ каждый человѣкъ себѣ и ближе, и дороже, чѣмъ кто либо другой, такъ какъ каждый человѣкъ дѣйствуетъ исключительно для своего счастья, и такъ какъ каждый, человѣкъ есть и лучшій, и единственный судья своего счастья,—то отсюда естественный выводъ: *государственная власть всегда будетъ заботиться о своей личной пользѣ и для этого эксплуатировать подданныхъ.*

Какимъ же образомъ можно провести въ жизнь основной принципъ утилитаризма—наибольшее счастье наибольшаго количества людей? И вотъ строго-логическимъ выводомъ изъ всей изложенной теоріи является слѣдующее положеніе Бентама: *власть должна находиться въ рукахъ всего народа, а посему чистая демократія есть наилучшая форма государства.* Ясно почему: только тогда будетъ обезпечено наибольшее счастье наибольшаго количества людей. *Что* это наибольшее количество найдетъ необходимымъ для своего счастья, *то* и будетъ обязательнымъ для меньшинства, потому что, какъ говоритъ Бентамъ, „два человѣка имѣютъ вдвое больше права на покровительство закона, чѣмъ одинъ; три—втрое, четыре—вчетверо“.—При этомъ Бентамъ, отдавая власть въ руки большинства, считалъ вреднымъ всякія сдержки для осуществленія воли этого большинства. Опять таки это логически неизбѣжный выводъ изъ предыдущихъ посылокъ.

---

*) Чрезвычайно назидательно для параллели привести соотвѣтствующія мнѣнія знаменитаго представителя господствующаго направленія въ наукѣ права—Іеринга. Онъ находитъ, что *все* можетъ сдѣлаться предметомъ государственнаго принужденія во имя начала общей пользы, интереса. Принципіальныхъ границъ нѣтъ, все рѣшается самою властью по соображеніямъ цѣлесообразности. Всѣ частныя права имѣютъ общественный характеръ; личность можетъ имѣть только такія права, какія даетъ ей государство. А для будущаго времени Іерингъ предсказываетъ еще бо́льшее расширеніе власти государства надъ личностью, и въ концѣ концовъ государство поглотитъ все общество.—Отмѣтимъ, кстати, знаменитое положеніе вождя соціализма Лассаля: „Все окончательно должно улетучиться въ государствѣ, передъ которымъ безсильны всякія личныя и частныя права“.

§ **125**. Итакъ вся эта замѣчательная по своей стройности, ясности и логической послѣдовательности теорія приводитъ къ слѣдующему результату: *большинство имѣетъ право требовать, чтобы меньшинство служило его счастью, чтобы оно всецѣло ему подчинялось.*

А если спросить: во имя чего можно требовать отъ меньшинства, чтобы оно подчинялось такому правопорядку, который не имѣетъ въ виду ничего, кромѣ счастья, пользы большинства?—то утилитаризмъ даетъ такой отвѣтъ: потому что два больше, чѣмъ одинъ. Ясное дѣло, что тутъ все сводится къ силѣ: насъ больше, чѣмъ васъ, мы сильнѣе, а потому мы можемъ заставить васъ служить нашей пользѣ. Получается теорія силы въ чистомъ видѣ: грубая сила массы возводится въ верховный принципъ права, и эксплуатація меньшинства оказывается порядкомъ и нравственнымъ, и правомѣрнымъ. *) Что бы ни рѣшила эта масса *въ каждый данный моментъ*, оно становится правомъ и обязательно для меньшинства.

Положенія чрезвычайно безотрадныя, могущія смутить самаго горячаго поклонника чистой демократіи. И если бы этотъ поклонникъ сталъ говорить, что здѣсь сгущены краски, положенія формулированы слишкомъ рѣзко, взяты крайности и т. п., то ему на это надо отвѣтить, что здѣсь изложена *чистая теорія;* она съ безстрастіемъ, съ неумолимой логикой обнаруживаетъ всѣ стороны той картины, которая получилась бы въ жизни, если бы эта жизнь вполнѣ соотвѣтствовала теоріи.

§ **126**. И вотъ намъ говорятъ, что современный утилитаризмъ весьма отличается отъ утилитаризма Бентама. Уже Милль внесъ существенныя поправки въ ученіе Бентама, а дальше на этой почвѣ развилась цѣлая система, куда входятъ и такіе элементы,

---

*) Опять таки и здѣсь поучительно сравнить Іеринга съ Бентамомъ. Въ знаменитой книгѣ „Цѣль въ правѣ" Іерингъ высказываетъ такія положенія, подъ которыми Бентамъ подписался бы обѣими руками. Напр.: „Отъ природы мы получаемъ не два инстинкта—эгоизмъ и нравственное чувство, а только одинъ—эгоизмъ. Нравственное чувство есть продуктъ исторіи, общественной жизни. Чувство удовольствія и чувство боли, - это показатели, которыми снабдила природа человѣка для его самосохраненія. Нравственность—это эгоизмъ въ высшей формѣ, эгоизмъ общества. Нравственность относительна, подвижна; она мѣняется въ зависимости отъ мѣстныхъ и временныхъ условій.—Нравственное развитіе сводится къ дисциплинированію человѣческой воли обществомъ. Однимъ изъ средствъ является право съ его принужденіемъ. Право не обезпечиваетъ ничего безполезнаго: *польза, интересъ составляетъ самую сущность права*".

какъ совѣсть, какъ альтруизмъ. какъ чувство долга, какъ благо человѣчества и т. п.

Указанія эти вѣрны, но только они не спасаютъ утилитаризма Дѣло въ томъ, что современный утилитаризмъ заключаетъ въ себѣ массу противорѣчій и невыясненныхъ понятій, которыя можно толковать какъ угодно.

Внесеніе этихъ противорѣчій началось съ Милля. Хотя Милль былъ горячимъ поклонникомъ Бентама и признавалъ его исходныя положенія (основные двигатели человѣческаго поведенія—чувства удовольствія и страданія; человѣкъ не склоненъ поступать добродѣтельно, если это не приноситъ ему пользы и др.), но введеніемъ такихъ поправокъ, какъ оцѣнка удовольствій съ точки зрѣнія *качества* (а не только количества), онъ въ сущности незамѣтно и для себя, и для своихъ продолжателей перешелъ на принципіально противоположную почву. Если онъ намъ говоритъ о превосходствѣ Сократа надъ глупцомъ, о большей цѣнности удовольствія съ точки зрѣнія культурнаго человѣка, а не довольной свиньи, то этимъ самымъ онъ признаетъ извѣстные *объективные* критеріи для этической оцѣнки поступковъ. Но вѣдь несомнѣнно, что судьей своего удовольствія можетъ быть только самъ испытывающій его: это всецѣло область личныхъ вкусовъ; тутъ Бентамъ безусловно правъ, а также вполнѣ послѣдователенъ, когда говорилъ, что все рѣшается *количествомъ* удовольствія.

Здѣсь нельзя не отмѣтить дальнѣйшаго противорѣчія у Милля на этой же почвѣ. Ставится вопросъ: какой критерій существуетъ для того, чтобы опредѣлить цѣнность даннаго удовольствія съ точки зрѣнія его качества? Милль отвѣчаетъ, что наилучшими экспертами должны быть признаны люди, испытавшіе различныя и чувственныя, и духовныя наслажденія; а если между этими экспертами возникаетъ разногласіе, *то вопросъ рѣшается большинствомъ мнѣній*. Такимъ образомъ, сначала Милль выставляетъ извѣстное объективное, принципіальное начало, а въ концѣ сводитъ это начало къ количественному подсчету субъективныхъ мнѣній.

Подобнаго рода противорѣчій можно найти не мало у новѣйшихъ утилитаристовъ, но это не представляется необходимымъ для нашей цѣли: мы критикуемъ утилитаризмъ подлинный, въ его чистомъ видѣ; новѣйшій же утилитаризмъ есть механическая смѣсь изъ положеній чистаго утилитаризма съ положеніями принципіально-противоположной этики. Вѣдь нѣкоторые, называютъ

даже Спенсера утилитаристомъ, а между тѣмъ Спенсеръ напоминаетъ утилитаризмъ только тѣмъ, что отвергаетъ метафизическія основы для построенія этики и признаетъ важную роль чувствъ удовольствія и страданія въ эволюціи нравственности.

§ **127**. Итакъ, утилитаризмъ въ его чистомъ, вполнѣ послѣдовательномъ видѣ, мы находимъ у Бентама.—Мы видѣли, къ какимъ окончательнымъ результатамъ приводитъ вся система (§ 125). Далѣе, мы видѣли, что все построеніе отличается замѣчательной логичностью: цѣпь выводовъ изъ данныхъ посылокъ сдѣлана безупречно.

Такимъ образомъ весь вопросъ сводится къ основнымъ положеніямъ всей системы. Если эти положенія вѣрны, мы должны признать всѣ выводы. А эти положенія, какъ мы видѣли, суть слѣдующія: 1) вся нравственность возникла изъ эгоизма и 2) единственная цѣль человѣческой дѣятельности есть исканіе удовольствій и избѣжаніе страданій.

И вотъ эти положенія не только не доказаны, но и безусловно невѣрны. Само собою разумѣется, что каждая этическая система должна прежде всего доказать свои основныя положенія. Но такихъ доказательствъ въ утилитаризмѣ мы нигдѣ не видимъ. Есть ссылки на факты жизни, свидѣтельствующіе о преобладающемъ значеніи эгоизма; на самонаблюденіе, доказывающее важную роль эгоистическаго инстинкта самосохраненія; на исторію культуры, показывающую постепенное развитіе альтруизма за счетъ эгоизма, и т. п. Но всѣ подобныя ссылки не могутъ служить доказательствомъ, такъ какъ противъ нихъ можно привести массу примѣровъ совершенно противоположнаго характера, свидѣтельствующихъ, что люди часто жертвуютъ даже своею жизнью для другихъ. Что же касается ссылокъ на исторію культуры, то онѣ были бы убѣдительны только тогда, если бы удалось доказать, что первобытный животно-подобный человѣкъ, какого видѣла наша планета много десятковъ тысячъ лѣтъ тому назадъ, былъ абсолютно лишенъ альтруистическихъ чувствъ, былъ чистымъ эгоистомъ. Но вѣдь такого доказательства никто не представилъ, да его и представить невозможно.

А если такъ, то гораздо научнѣе будетъ о такомъ первобытномъ человѣкѣ сказать, что уже и онъ обладалъ, какъ эгоистическими, такъ и альтруистическими чувствами, причемъ послѣднія были направлены только на самыхъ близкихъ окружающихъ его людей. И исторія культуры подтверждаетъ лишь *развитіе*

альтруистическихъ чувствъ въ глубину и въ ширину, но вовсе не *созданіе* ихъ изъ ничего. Эти чувства не *создаются* ни общественной средой, ни привычками, ни тѣмъ болѣе наслѣдственностью: всѣ внѣшнія воздѣйствія могутъ лишь способствовать *развитію того, что изначала заложено въ человѣческомъ духѣ* (а съ другой стороны могутъ совершенно заглушить эти сѣмена). И если мы спросимъ, что же является источникомъ альтруистическихъ чувствъ, то отвѣтъ можетъ быть только одинъ: это сознаніе духовнаго родства людей; всѣ люди братья, потому что происходятъ отъ одного и того же Отца.

Это сознаніе, существующее на первыхъ ступеняхъ въ видѣ самыхъ несовершенныхъ, смутныхъ инстинктовъ, расширяется на высшихъ ступеняхъ до того, что охватываетъ собою уже не только людей, но и весь міръ. Старецъ Зосима въ „Братьяхъ Карамазовыхъ“ Достоевскаго говоритъ: „Любите все созданіе Божіе, и цѣлое, и каждую песчинку. Каждый листикъ, каждый лучъ Божій любите! Любите животныхъ, любите растенія, любите всякую вещь. Будешь любить всякую вещь, и тайну Божію постигнешь въ вещахъ“. Это какъ разъ то же самое, что выражается въ глубокой формулѣ древней индійской философіи: tat twam asi, „это—ты самъ“: все окружающее меня родственно моему духу.

§ 128. Едва ли необходимо останавливаться на общеизвѣстныхъ фактахъ, свидѣтельствующихъ, что люди часто совершаютъ благожелательные поступки, вовсе не руководствуясь исканіемъ не только личнаго *удовольствія*, но даже и личной *пользы* (если различать понятіе удовольствія отъ понятія пользы). Такіе поступки обусловливаются и религіозными идеями, и сознаніемъ нравственнаго долга, и въ силу состраданія, и въ силу непосредственныхъ побужденій симпатіи.

И даже всѣ остальныя человѣческія дѣйствія (т. е. не непремѣнно благожелательныя по отношенію къ другимъ) въ весьма большой части совсѣмъ не вызываются ожиданіемъ удовольствія и желаніемъ избѣжать страданія (напр. дѣйствія инстинктивныя, привычныя). Если чиновникъ протестуетъ противъ явно незаконныхъ распоряженій начальства, не идетъ на сдѣлку съ совѣстью, зная, что въ результатѣ останется выброшеннымъ на улицу съ семьей, неужели здѣсь былъ подсчетъ удовольствій и страданій, или соображенія о личной пользѣ?

Вообще на принципѣ *личнаго* счастья, благополучія, пользы, интереса, невозможно построить нравственной обязанности эгоиста

дѣйствовать для *общаго* счастья, общей пользы, интереса: всѣ доводы, что общее счастье, общая польза, суть въ то-же время и его личная польза, эгоистъ отразитъ указаніемъ на исключительность личной оцѣнки счастья и на крайнюю неопредѣленность и растяжимость понятія пользы. А кромѣ того онъ можетъ сказать, что если богатый человѣкъ, напр. все свое время проводитъ въ кутежахъ, попойкахъ, развратѣ и т. п., то въ сущности его поведеніе приноситъ пользу обществу: оно способствуетъ денежному обороту, оно даетъ возможность жить нѣкоторымъ людямъ, нуждающимся въ деньгахъ и т. д. Или, напр., разбойникъ, ограбившій на улицѣ прохожаго, можетъ сказать, что его поступокъ былъ нравственнымъ, т. к. принесъ обществу большую пользу: благодаря этому грабежу было обращено серіозное вниманіе на охрану безопасности въ городѣ, и полиція стала строго относиться къ своимъ обязанностямъ, и т. п.

А если утилитаристы будутъ доказывать нравственную обязанность дѣйствовать для *общаго блага* независимо отъ соображеній личной пользы, то во 1-хъ здѣсь покидается почва чистаго утилитаризма, а въ 2-хъ) взамѣнъ неопредѣленныхъ понятій счастья, благополучія, пользы, интереса, вводится столь же неопредѣленное понятіе блага.

§ **129**. Итакъ мы видимъ, что разсматриваемое направленіе этики должно быть признано неправильнымъ въ виду своей крайней односторонности.

Конечно, нравственность заключается не только въ однихъ добрыхъ намѣреніяхъ, высокихъ мотивахъ, но и въ дѣлахъ. Конечно высшій принципъ общежитія есть солидарность, требующая отъ личности цѣлаго ряда альтруистическихъ поступковъ. Наконецъ, вѣрно и то, что общее благо обусловлено благомъ всѣхъ отдѣльныхъ членовъ. Но чтобы изъ этихъ данныхъ построить этическую систему, необходимъ совершенно другой фундаментъ, а не тотъ, который мы видѣли въ утилитаризмѣ.

§ **130** Возвращаясь теперь къ господствующей теоріи права, теоріи интереса, мы можемъ сказать, что помимо указанныхъ уже ея недостатковъ (§ 117—120), она построена на не выдерживающихъ критики философскихъ основахъ. Невольно вспоминается здѣсь признаніе главы этой теоріи, Іеринга, который выразилъ сожалѣніе по поводу своей философской неподготовленности*) И

*) *Der Zweck im Recht.* 3 Aufl. I Vorrede, S. IX.

примѣръ Іеринга долженъ служить предостереженіемъ для всѣхъ ученыхъ, желающихъ работать въ области общихъ вопросовъ права: если такой крупный талантъ, такой выдающійся умъ, такой энергичный и страстно ищущій истину ученый, какъ Іерингъ, далъ такую неудовлетворительную философію права, то о менѣе одаренныхъ и говорить нечего.

И мы видимъ, что господствующее направленіе науки права отреклось отъ философіи, приняло основныя положенія Іеринга (внеся туда нѣкоторыя поправки) и превратило науку права въ чисто-прикладную дисциплину, имѣющую цѣлью служить интересамъ судебной и административной практики, и давать указанія законодателю съ точки зрѣнія цѣлесообразности тѣхъ или другихъ юридическихъ нормъ для интересовъ „гражданскаго оборота“ и текущей государственной жизни.

§ **131**. Что же касается цѣнныхъ сторонъ теоріи интереса, то онѣ заключаются въ указаніи на крайне сложную область конкретной жизни съ ея безчисленными, разнородными и разнохарактерными интересами, *вліяющими на появленіе юридическихъ нормъ*. Эти интересы служатъ однимъ изъ важныхъ факторовъ образованія права. И право съ своей стороны оказываетъ вліяніе на интересы: одни интересы исчезаютъ, другіе развиваются, третьи вновь возникаютъ благодаря тѣмъ или инымъ юридическимъ нормамъ. Наконецъ различные жизненные интересы сплошь и рядомъ опредѣляютъ собою пользованіе правомъ.

Отсюда важность изученія той конкретной среды, гдѣ дѣйствуетъ право. Право есть жизненный факторъ, а не только система чисто-логическихъ конструкцій. И вотъ теорія интереса указала на необходимость изученія права и съ этой точки зрѣнія съ точки зрѣнія тѣхъ эффектовъ, которые производитъ право на текучіе интересы данной конкретной среды, она указала на зависимость его отъ этой среды.

Но смѣшавъ одинъ изъ факторовъ правообразованія съ самымъ правомъ, теорія запуталась въ противорѣчіяхъ.

Въ заключеніе отмѣтимъ, что 1) теорію интереса невозможно провести въ жизнь строго-послѣдовательно, т. е. обезпечить дѣйствіе принципа „чей интересъ больше, тотъ имѣетъ больше права“; 2) теорія сплошь и рядомъ расходится съ положительнымъ правомъ, очевидно построеннымъ на совершенно другихъ началахъ, незамѣчаемыхъ представителями теоріи, и 3) что глава всего направленія, Іерингъ, самъ не можетъ строго-послѣдователь-

но выдержать свою основную точку зрѣнія (напр. его мнѣніе о дѣлѣ Шейлока).

Право и экономическая жизнь.

(Экономическій матеріализмъ).

§ **132**. Послѣ всего сказаннаго въ предыдущемъ отдѣлѣ нетрудно видѣть несостоятельность теоріи, утверждающей, что „право есть форма, въ которую облекается экономика“: разъ невѣрна теорія интересовъ вообще, то тѣмъ болѣе невѣрна теорія, сводящая все право къ одному только интересу, интересу экономическому.

Но такъ какъ экономическій матеріализмъ занимаетъ видное мѣсто въ исторіи мысли и такъ какъ онъ заключаетъ въ себѣ нѣкоторыя особенности, отличающія его отъ уже изученныхъ теорій, то мы разсмотримъ его отдѣльно, тѣмъ болѣе, что это разсмотрѣніе дастъ намъ важный матеріалъ для дальнѣйшихъ построеній.

§ **133**. Сущность теоріи экономическаго матеріализма сводится къ слѣдующимъ положеніямъ.

Матеріальныя условія хозяйства (техника) представляютъ собою основу всей исторіи, всей соціальной жизни. Измѣненія этой основы совершаются по законамъ, совершенно независимымъ отъ воли людей Эти измѣненія обусловливаютъ собою опредѣленныя формы производства, а эти формы въ свою очередь влекутъ за собою опредѣленный порядокъ имущественныхъ отношеній (собственность). Отношенія собственности обусловливаютъ опредѣленное политическое устройство, а это послѣднее даетъ въ результатѣ идеологію, т. е. общественныя формы сознанія,—религіозныя, нравственныя, эстетическія, юридическія, научныя и т. д. Всѣ эти измѣненія происходятъ путемъ классовой борьбы, которая такимъ образомъ является орудіемъ основного принципа и составляетъ все содержаніе исторіи культуры.

Итакъ, вся исторія культуры есть результатъ экономики, вся жизнь человѣчества въ ея проявленіяхъ политическихъ, соціальныхъ, чисто-культурныхъ, въ религіи, наукѣ, искусствѣ, техникѣ, есть только „надстройка“ надъ экономической основой, надстройка, не имѣющая самостоятельнаго бытія.

§ **134**. Строго-научнаго обоснованія теоріи мы не находимъ ни у ея творца, К. Маркса, ни у его ближайшихъ сотрудниковъ.

Есть лишь догматическія положенія, рядъ отдѣльныхъ афоризмовъ и иллюстрацій фактами. Огромный авторитетъ Маркса для его послѣдователей обусловилъ принятіе на вѣру его основныхъ положеній большинствомъ писателей, занимавшихся экономическимъ матеріализмомъ и опредѣлилъ характеръ ихъ работъ. И наконецъ принятіе доктрины въ число основныхъ догматовъ политической партіи соціалъ-демократіи сдѣлало то, что въ вопросъ былъ внесенъ сильный элементъ страсти, чрезвычайно обострившій самый вопросъ и, конечно, способствующій только его затемнѣнію, но отнюдь не выясненію.

§ **135**. Обычный пріемъ защитниковъ экономическаго матеріализма заключается въ ссылкѣ на факты и въ утвержденіи, что эти факты доказываютъ теорію, т. к. они являются результатомъ экономики.

И вотъ огромная масса этихъ утвержденій представляетъ собою или явныя натяжки, или извращеніе смысла фактовъ. А такъ какъ подобное произвольное обращеніе съ фактами мы видимъ не только въ политическихъ рѣчахъ и въ газетныхъ статьяхъ, но и въ научныхъ работахъ, то мы должны заключить, что авторы ихъ ослѣплены предвзятыми мнѣніями или своими политическими симпатіями.

§ **136**. Возьмемъ нѣсколько примѣровъ такого произвольнаго обращенія съ фактами.

Уже въ I томѣ „Капитала“ мы читаемъ, что для общества товаропроизводителей христіанство представляетъ самую подходящую религію*). Это дало толчекъ для дальнѣйшаго „развитія“ мысли и передъ нами утвержденія Энгельса, что религія есть „маска экономическихъ интересовъ“; Каутскаго,—что христіанство было создано экономическими факторами и прежде всего объединеніемъ народа; Лафарга,—что пантеизмъ и переселеніе душъ Каббалы представляютъ собою выраженіе цѣнности товаровъ и ихъ обмѣна; Лоріа,—что Христосъ, Сократъ, Савонарола пострадали за свои протесты противъ собственности, что христіанство застращиваетъ загробными муками людей, покушающихся на капиталистовъ; и все это оканчивается вздорной книгой Ф. Лютгенау „Естественная и соціальная религія“ (1908 г.), гдѣ авторъ объединяетъ въ одно цѣлое всѣ мнѣнія своихъ предшественниковъ, „вскрываетъ экономическую основу ученія о безсмертіи“ (стр. 205),

*) „Капиталъ“, I, стр. 41 (переводъ подъ ред. Струве).

и заключаетъ положеніемъ, что „зависимость религіи отъ общественныхъ силъ означаетъ не заблужденіе или искаженіе религіи, а самую ея сущность. Съ нею падетъ въ концѣ концовъ и сама религія.... Общественныя силы, которыя господствуютъ надъ нами въ товаро-производящемъ обществѣ, будутъ подчинены господству общества... Наши продукты перестанутъ тогда казаться могущественной, невѣдомой силой, а съ этимъ исчезнетъ послѣдняя, невѣдомая сила, которая теперь еще отражается въ религіи. Но тогда исчезнетъ также и само религіозное отраженіе по той простой причинѣ, что тогда нечего уже будетъ больше отражать. (Стр. 289).

Для непредубѣжденнаго читателя, для человѣка, не ослѣпленнаго партійными страстями, все это есть какая-то эквилибристика мысли. Для надлежащей оцѣнки такихъ писаній не надо углубляться въ философію, открывающую глубочайшіе корни религіи въ духѣ человѣка. Тутъ достаточно самаго поверхностнаго анализа приводимыхъ нашими авторами фактовъ, чтобы увидѣть полную непригодность экономическаго ихъ объясненія. Возьмемъ, напр., курьезное открытіе Лафарга, что переселеніе душъ Каббалы есть выраженіе обмѣна товаровъ и ихъ цѣнности. Если мы обратимся къ исторіи культуры, то увидимъ, что въ самой сѣдой древности (много тысячъ лѣтъ до Р. Х.), когда существовало простѣйшее натуральное хозяйство, т. е. безъ товаровъ и ихъ обмѣна, уже существовало ученіе о перевоплощеніи.—Или возьмемъ общеизвѣстные факты, когда и отдѣльныя личности, и общины, и цѣлые народы жертвуютъ всѣмъ своимъ благосостояніемъ, даже жизнью, для религіи, для тѣхъ или иныхъ догматовъ религіи; этого не могло-бы быть, если бы религія была „маской ихъ экономическихъ интересовъ“. Гораздо правдоподобнѣе было бы объяснить различіе стиля фортепіанныхъ произведеній Моцарта и Листа экономическими причинами: во времена Моцарта не было такихъ фортепіанныхъ фабрикъ, такихъ усовершенствованныхъ роялей, какъ при Листѣ.

§ 137. Чтобы показать, до чего могутъ договариваться люди, потерявшіе подъ ногами твердую почву науки и замѣнившіе ее партійными программами, отмѣтимъ знаменитое открытіе одного изъ марксистовъ, Люкса („Cabet und der ikarische Kommunismus“. 1894), что наше мышленіе представляетъ собою „функцію капиталистической среды“. Что эта колоссальнѣйшая нелѣпость не есть случайное явленіе въ разсматриваемомъ направленіи, видно хотя бы

изъ книги Каутскаго „Этика и историческій матеріализмъ“ (пер. 1906 г.), гдѣ мы читаемъ, что „современное рабочее движеніе неуклонно стремится къ тому, чтобы положить конецъ дѣленію общества на классы, а вмѣстѣ съ нимъ и дуалистической философіи, философіи чистаго познанія (стр. 37). А. Менгеръ въ предисловіи къ своей книгѣ „Новое ученіе о нравственности“ обѣщаетъ намъ „теорію познанія съ соціалистической точки зрѣнія“. Скоро, вѣроятно, появятся соціалистическая геометрія, ботаника, логика и др., и мы до сихъ поръ очень заблуждались, когда думали, что никакія экономическія причины не могутъ заставить насъ правильно мыслить вопреки логическимъ законамъ тождества и противорѣчія.

§ **138**. Обратимся къ фактамъ въ области права. И здѣсь на каждомъ шагу мы встрѣчаемся съ полной невозможностью объяснить экономикой то или иное явленіе.

Возьмемъ законы объ обязательномъ всеобщемъ начальномъ обученіи. Тутъ государство, а стало быть по теоріи экономическаго матеріализма—господствующіе, эксплуатирующіе классы, дѣйствуетъ часто вопреки желаніямъ „эксплуатируемыхъ“, заставляя родителей отдавать дѣтей учиться. Или законы объ обязательномъ оспопрививаніи, санитарные законы, строительные, относящіеся къ путямъ сообщенія и т. п. Гдѣ здѣсь проявленіе эксплуатаціи капиталистами рабочаго класса? Беремъ обширную область уголовнаго права. Неужели законы, воспрещающіе убійство, поджоги, неосторожную ѣзду по улицамъ, злоупотребленіе властью, лихоимство, оскорбленія чести и т. д., и т. д.,—неужели все это проявленіе классовой экономической борьбы? Неужели процессуальные законы (напр. порядокъ допроса свидѣтелей)—отраженіе экономики?

Довольно такъ поставить вопросъ, чтобы каждый непредубѣжденный человѣкъ отвѣтилъ на нихъ отрицательно. И даже если взять фабричное законодательство, т. е. такую область, гдѣ рабочій классъ непосредственно заинтересованъ, то и здѣсь мы увидимъ факты, говорящіе противъ разсматриваемой теоріи (хотя бы тотъ фактъ, что въ Англіи фабричное законодательство возникло въ результатѣ дѣятельности богатыхъ филантроповъ, у которыхъ побудительными мотивами была вовсе не классовая борьба; рабочіе же долго оставались безучастными къ агитаціи въ пользу фабричнаго законодательства).

Если бы государство было дѣйствительно только организованнымъ господствомъ капиталистовъ-эксплуататоровъ, какъ утверждаетъ экономическій матеріализмъ, если бы все право было только формой, въ которую облекается экономика, то безусловно невозможны были бы юридическія нормы, направленныя противъ интересовъ капиталистовъ, или нормы, имѣющія цѣлью обезпечить интересы рабочихъ; невозможно было бы такое явленіе, какъ ярко-капиталистическая Франція съ такимъ чисто-демократическимъ институтомъ, какъ всеобщее голосованіе. Ясное дѣло, что хотя государственная власть и можетъ превращаться въ орудіе экономически-господствующаго класса при неблагопріятныхъ условіяхъ (демократическая республика, парламентаризмъ), но она никоимъ образомъ не есть отраженіе экономической силы этого класса, его произведеніе. Она имѣетъ свое самостоятельное происхожденіе, самостоятельное основаніе, позволяющее ей быть независимой отъ борьбы классовъ и служить не партійнымъ, а общимъ интересамъ.

§ **139**. Можно встрѣтить такое объясненіе явленій, указанныхъ въ предыдущемъ параграфѣ. Государство издаетъ законы и въ интересахъ эксплуатируемыхъ, но это есть компромиссъ, результатъ соотношенія силъ борющихся классовъ; значитъ основа этихъ законовъ—экономика.

Что нѣкоторыя явленія правовой жизни вполнѣ подходятъ подъ это объясненіе.—безспорно. Но большинство юридическихъ нормъ никакими натяжками нельзя свести къ „формѣ, въ которую облекается экономика“. Попробуйте произвести такой опытъ надъ закономъ, карающимъ за неосторожную ѣзду на улицѣ, или карающимъ за убійство.

Наконецъ, если бы право было отраженіемъ экономики, надстройкой надъ нею, то очевидно, что сначала долженъ образоваться опредѣленный экономическій порядокъ, а потомъ въ результатѣ сложиться соотвѣтствующій юридическій. Между тѣмъ каждый отлично знаетъ, что напр., институтъ частной собственности во много разъ старше капитализма. *И вообще какой бы то ни было экономическій строй можетъ развиться лишь на почвѣ права*, а стало быть право есть начало самостоятельное.

§ **140**. Само собою разумѣется, что огромное количество фактовъ, не объяснимыхъ экономикой, не осталось незамѣченными защитниками экономическаго матеріализма. И вотъ нѣкоторые изъ нихъ, не желая говорить явныхъ нелѣпостей, въ родѣ ука-

занныхъ выше, признаютъ, что существуютъ и неэкономическія причины, вліяющія на соціальную жизнь и въ частности на право. Но, говорятъ они, въ концѣ концовъ, въ послѣдней инстанціи, если мы доберемся до послѣдней причины, до историческои подпочвы,—то она окажется экономической.

Ни одинъ изъ представителеи экономическаго матеріализма не продѣлалъ такоі операціи ни съ однимъ изъ фактовъ, да и продѣлать не могъ, такъ какъ добраться историческимъ путемъ до этоі „послѣдней причины“ нѣтъ никакоі возможности. Тѣмъ болѣе легко ссылаться на нее и утверждать, что если бы можно было шагъ за шагомъ прослѣдить всю цѣпь причинъ даннаго явленія (напр. вѣры въ безсмертіе души), то мы получили бы въ концѣ концовъ причину экономическую. Но тутъ уже мы входимъ въ область вѣры, которую доказать нельзя; а вѣра эта основана на двухъ „столбахъ“: 1) такъ училъ Марксъ и 2) такъ учитъ программа соціалъ-демократіи. И выходитъ, что т. наз. „научныі соціализмъ“ въ противорѣчіе самому себѣ утверждаетъ метафизику (признаетъ единую первопричину всеі исторіи культуры, первопричину, до которой опытнымъ путемъ добраться нельзя и которая дѣйствуетъ по заложеннымъ въ ней законамъ помимо воли людеи). Конечно, это метафизика очень плохая, но все таки метафизика.

Но хотя экономическіі матеріализмъ не можетъ „научно“ доказать своеі вѣры въ эту первопричину, противники его могутъ, не покидая даже „строго-научноі“ почвы, оспаривать такое метафизическое построеніе. Дѣло въ томъ, что наука собрала уже много фактовъ, доказывающихъ, что и въ наиболѣе отдаленноі, первобытноі древности источникомъ духовноі жизни человѣка являлась не одна только хозяйственная дѣятельность, но и другіе факторы самостоятельнаго характера. Между прочимъ у Спенсера уже есть богатое собраніе фактовъ изъ первобытноі психологіи, доказывающее, что на психику первобытнаго человѣка имѣла огромное вліяніе окружающая природа съ ея явленіями, такіе факты, какъ болѣзнь, сонъ, смерть и т. п.

§ **141.** Итакъ экономическіі матеріализмъ не согласенъ съ фактами жизни и уже поэтому не можетъ быть принятъ.

Но и разсматриваемыі въ себѣ самомъ, чисто теоретически, онъ обнаруживаетъ рядъ крупныхъ недостатковъ, какъ теорія.

Онъ желаетъ всю общественную жизнь, всю исторію культуры вывести изъ одного начала. Здѣсь двѣ ошибки. 1) Монизмъ умѣ-

стенъ только въ метафизикѣ. Соціальная жизнь представляетъ собою сложнѣйшую массу разнородныхъ явленій, взаимно обусловленныхъ. Всю эту массу изучаетъ цѣлый рядъ спеціальныхъ наукъ, въ числѣ которыхъ находится политическая экономія. Эта наука выдѣляетъ изъ всей соціальной массы одинъ родъ явленій, искусственно изолируетъ его для своихъ цѣлей и такимъ образомъ изучаетъ. Ни исторія культуры, ни соціологія. не могутъ исходить въ своихъ изслѣдованіяхъ и выводахъ изъ одного какого нибудь фактора соціальной жизни, изъ одного рода явленій ея: онѣ должны исходить изъ соціальной жизни во всей ея сложности и многообразіи. Между тѣмъ экономическій матеріализмъ отожествляетъ понятія: „соціальный“ и „экономическій“, когда на самомъ дѣлѣ второе понятіе есть только часть содержанія перваго. 2) Вторая ошибка заключается въ томъ, что экономическій матеріализмъ пытается построить *философію* исторіи на данныхъ *спеціальной* науки (политическая экономія).

§ 142. У Маркса въ первомъ томѣ „Капитала“ есть очень назидательныя мѣста, гдѣ онъ пишетъ, что человѣкъ вліяетъ на окружающую его природу и измѣняетъ свою собственную природу, *развивая дремлющія въ ней потенціи*. Вотъ каждая изъ этихъ правильно подмѣченныхъ Марксомъ „потенцій“ можетъ при благопріятныхъ условіяхъ принять преобладающій характеръ. И уже поэтому нельзя говорить объ экономическихъ мотивахъ ни какъ о единственномъ, ни какъ о главномъ двигателѣ человѣческой психики. Каждый результатъ человѣческихъ дѣйствій есть какъ бы равнодѣйствующая въ параллелограммѣ силъ, а та „послѣдняя инстанція“, о которой намъ говорятъ экономическіе матеріалисты, есть человѣческая психика во всей ея сложности, со всѣми дремлющими въ ней потенціями. Ясное дѣло, что такое упрощеніе человѣческой психики, которое производятъ представители разбираемой теоріи (сведеніе ея къ экономическимъ побужденіямъ, какъ къ основнымъ), есть и недопустимое насиліе надъ фактами, и незнаніе психологіи, и даже недостаточно внимательное отношеніе къ основной книгѣ своего учителя.

§ 143. Въ своей главной работѣ Энгельсъ говоритъ, что когда наступитъ проектируемый соціалистами строй, тогда сразу кореннымъ образомъ измѣнится весь характеръ исторіи и человѣческой дѣятельности: вмѣсто подчиненія объективнымъ, чуждымъ силамъ, которыя управляли до сихъ поръ всей исторіей помимо воли человѣка, самъ человѣкъ будетъ управлять этими силами, самъ бу-

детъ сознательно дѣлать исторію. Это „прыжокъ изъ царства необходимости въ царство свободы“.

Такимъ образомъ допускается чудо: вдругъ появляется начало, раньше не существовавшее (и появляется только потому, что уничтожена частная собственность на орудія производства). Но и помимо этихъ несообразностей здѣсь заключается самопротиворѣчіе теоріи. Вѣдь она утверждаетъ, что соціальная жизнь есть продуктъ экономики, а тутъ мы читаемъ, что это только до тѣхъ поръ, пока существуетъ частная собственность на орудія производства. А слѣдовательно признается, что соціальная жизнь можетъ и не зависѣть отъ экономики.

§ **144.** Превосходную и глубокую оцѣнку экономическому матеріализму даетъ Вл. Соловьевъ. Совершенно вѣрно указавъ, что самостоятельность хозяйственной сферы заключается лишь въ томъ, что она есть особое, своеобразное поприще для осуществленія единаго нравственнаго закона (а вовсе не въ томъ, что она будто бы имѣетъ свои роковые законы), Соловьевъ говоритъ, что общественная безнравственность заключается не въ собственности, не въ наслѣдствѣ, не въ раздѣленіи труда и капитала, а въ „плутократіи“, т. е. въ возведеніи низшей и служебной по существу области—экономической, на степень высшей и господствующей, и низведеніи всего остального до значенія средства и орудія матеріальныхъ выгодъ. Но къ этому извращенію, только съ другой стороны, приводитъ и соціализмъ. Борьба между двумя враждебными лагерями ведется не изъ за содержанія принципа, а только изъ за объема его осуществленія: однихъ озабочиваетъ матеріальный интересъ капиталистическаго меньшинства, а другихъ—тоже матеріальный интересъ рабочаго большинства. И тамъ, и тутъ человѣкъ берется лишь какъ экономическій дѣятель. Очевидно, что никакого нравственнаго преимущества здѣсь быть не можетъ При этомъ соціализмъ проводитъ принципъ матеріальнаго интереса съ бо́льшей послѣдовательностью и полнотою, чѣмъ противная сторона: вѣдь плутократія все таки признаетъ существованіе другихъ началъ, а соціализмъ въ своемъ чистомъ видѣ рѣшительно отрицаетъ эти начала. Для него человѣкъ есть исключительно только производитель и потребитель, *и общество человѣческое есть только экономическій союзъ*. Слѣдовательно соціализмъ вовсе не есть антитеза, а лишь крайнее выраженіе, послѣднее заключеніе односторонней буржуазной цивилизаціи. Протестъ соціализма противъ „эксплуатаціи“ поверхностенъ, лишенъ прин-

ципіальнаго значенія: если мы будемъ исходить изъ основного положенія, что человѣкъ есть прежде всего и больше всего экономическій дѣятель, то вѣдь очевидно, что въ этомъ качествѣ нѣтъ ничего такого, что по существу должно было бы ограждать человѣка отъ эксплуатаціи. „Обѣ враждебныя стороны обусловливаютъ себя взаимно, и не могутъ выйти изъ ложнаго круга, пока не признаютъ и не примутъ на дѣлѣ простого и несомнѣннаго, но имп забытаго положенія, что *значеніе человѣка, а слѣдовательно и человѣческаго общества не опредѣляется по существу экономическими отношеніями*, что человѣкъ не есть прежде всего производитель матеріальныхъ цѣнностей, а есть нѣчто гораздо болѣе важное, и что слѣдовательно и общество также есть нѣчто бо́льшее, чѣмъ хозяйственный союзъ". („Оправданіе добра". Сочиненія, т. VII, стр. 346 и слѣд.).

§ **145**. Итакъ мы приходимъ къ выводу, что экономическій матеріализмъ, выводящій всю исторію культуры, всю духовную жизнь изъ низшихъ проявленій природы человѣка, есть одно изъ назидательнѣйшихъ заблужденій человѣческаго ума, ставшаго на ложный путь и ослѣпленнаго политическими догматами.

Тѣмъ не менѣе экономическій матеріализмъ заключаетъ въ себѣ и цѣнныя стороны, въ немъ есть часть истины.

Когда онъ подчеркиваетъ важность экономическаго начала въ исторіи, въ правѣ, онъ утверждаетъ истину; но когда онъ отрицаетъ самостоятельность другихъ фактовъ, онъ сугубо неправъ. Дѣйствительно, вся духовная жизнь человѣчества нуждается въ *матеріальной* основѣ, невозможна безъ этой основы. Рафаэль нуждался въ полотнѣ и краскахъ для своихъ картинъ, Бетховенъ нуждался въ нотной бумагѣ, карандашахъ, перьяхъ и чернилахъ для созданія своихъ симфоній, Гегель безъ бумаги, перьевъ и чернилъ не могъ бы создать своей „Логики", а всѣ они прежде всего нуждались въ пищѣ, одеждѣ и жилищѣ. Primum vivere deinde philosophari.

Но всѣ эти матеріальныя средства служатъ не *причиной*, а однимъ изъ *условій* появленія произведеній духа. И если безъ типографскихъ рабочихъ мы не могли бы пользоваться духовными сокровищами человѣческой мысли, если безъ рабочихъ фортепіанныхъ фабрикъ мы не могли бы наслаждаться игрой Гофмана или Падеревскаго, если безъ каменьщиковъ не существовалъ бы Кельнскій соборъ, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что трудъ рабочихъ есть причина возникновенія произведеній человѣческаго духа,

что онъ имѣетъ *одинаковую* культурную цѣнность съ трудомъ философовъ, артистовъ, инженеровъ и т. д.

Итакъ, часть истины экономическаго матеріализма заключается въ томъ, что въ числѣ другихъ факторовъ исторіи культуры находится и экономическій факторъ, на который до сихъ поръ не достаточно обращали вниманія.

§ **146.** Экономическій матеріализмъ правъ еще и въ другомъ отношеніи. Несомнѣнно, что экономическія потребности, заботы о добываніи средствъ къ жизни, носятъ особый, преобладающій характеръ: прежде чѣмъ думать о какой бы то ни было духовной жизни, человѣкъ долженъ пить, ѣсть, одѣваться, имѣть жилище. Невозможно жить человѣческой жизнью тому, кто вынужденъ работать физически въ ужасной обстановкѣ болѣе двѣнадцати часовъ въ сутки, чтобы не умереть съ голоду. Такой человѣкъ въ концѣ концовъ потеряетъ обликъ человѣческій, какими бы духовными богатствами онъ ни обладалъ. Отсюда огромная важность экономической обстановки въ жизни человѣчества.

Задача права состоитъ между прочимъ въ томъ, чтобы и съ своей стороны воздѣйствовать на эту сторону жизни, чтобы парализовать вредныя стороны естественнаго неравенства людей, чтобы дать *возможность* каждому истинно-человѣческаго существованія, чтобы очеловѣчить общежитіе и *не позволить изъ человѣка дѣлать простое орудіе экономическихъ интересовъ*. Но ясное дѣло, что достигнуть этихъ цѣлей право можетъ только тогда, *когда оно само есть факторъ самостоятельный*, когда оно не есть только отраженіе экономики, когда оно не есть только результатъ классовой борьбы.

Психологическая теорія права.

§ **147.** Право есть весьма сложное явленіе соціальной жизни. Исходя изъ несомнѣнно-даннаго, реальнаго факта существованія права, его дѣйствія въ соціальной жизни, наука стремится понять этотъ фактъ. А такъ какъ фактъ этотъ имѣетъ очень сложную природу, то наука можетъ изучать его съ различныхъ точекъ зрѣнія, можетъ изучать различныя его стороны.

Намъ уже приходилось отмѣчать, что дѣйствіе юридическихъ нормъ въ концѣ концовъ основано на психикѣ людей и что вся юридическая жизнь состоитъ изъ опредѣленныхъ актовъ поведе-

нія. обусловленныхъ извѣстными психическими переживаніями (см. напр. §§ 104, 111, 47[1]).

Отсюда вполнѣ законенъ взглядъ на право, какъ на психическое явленіе. Наука можетъ и должна изучать право и съ этой точки зрѣнія. И мы видимъ сплошь и рядомъ у многихъ ученыхъ отдѣльныя, отрывочныя замѣчанія о психической природѣ права; у нѣкоторыхъ ученыхъ эти замѣчанія переходятъ въ болѣе систематическіе психологическіе экскурсы, а у одного изъ современныхъ крупныхъ нѣмецкихъ юристовъ, Бирлинга, мы находимъ очень опредѣленную теорію психологическаго пониманія права. Въ этой теоріи Бирлингъ утверждаетъ, что право есть только наше психическое переживаніе, оно существуетъ только въ насъ, а не внѣ насъ; что же касается юридическихъ нормъ, то объективное существованіе ихъ есть лишь психологическая иллюзія*).

§ **148**. Но у Бирлинга эта теорія играетъ лишь служебную роль, и бо́льшая часть его четырехтомнаго изслѣдованія, не можетъ вызвать принципіальныхъ недоумѣній у юристовъ, привыкшихъ считать несомнѣннымъ фактомъ объективный характеръ юридическихъ нормъ.

Совершенно другое мы видимъ у нашего крупнаго юриста, проф. Л. І. Петражицкаго. Онъ долженъ быть признанъ тѣмъ по отношенію къ психологической теоріи права, чѣмъ является Іерингъ относительно теоріи интереса. И если бы психологическая теорія могла расчитывать на такое же распространеніе и широкое признаніе, какими пользуется теорія интереса, то родоначальникомъ и главою школы явился бы проф. Петражицкій. Дѣло въ томъ, что хотя сущность его теоріи тождественна съ только что приведенными положеніями Бирлинга, но у Петражицкаго психологическая теорія не введена въ систему, какъ служебное звено, а является основой, къ которой сводится все изложеніе. Это изложеніе представляетъ собою чрезвычайно обстоятельное, детально разработанное во всѣхъ подробностяхъ, развитіе основныхъ положеній, и притомъ развитіе, доводящее послѣдовательно всѣ выводы до ихъ естественныхъ результатовъ.

Этой послѣдовательностью проф. Петражицкій оказалъ большую услугу наукѣ, обнаруживъ воочію слабыя стороны теоріи и

*) *Iuristische Prinzipienlehre*. I. 1894. Dritter Abschnitt „Die Rechtsnormen als Inhalt von Rechtsverhältnissen". Стр. 145 и слѣд. Характерно окончаніе перваго абзаца на 146 стр., гдѣ авторъ говоритъ, что такая объективація есть продуктъ нашей фантазіи.

доказавъ, что психологическая теорія представляетъ собою только часть истины, но далеко не всю истину.

§ **149.** Между тѣмъ самъ г. Петражицкій не только находитъ, что въ защищаемой имъ теоріи наука нашла, наконецъ, истину, но и утверждаетъ, что все, что до него было писано о правѣ, не имѣетъ научнаго значенія, т. к. *всѣ* философы и юристы не знали истинной природы права, а если иногда и приближались къ истинѣ въ отдѣльныхъ вопросахъ, то дѣлали это или случайно, или не отдавая себѣ яснаго отчета въ своихъ утвержденіяхъ Между прочимъ проф. Петражицкій находитъ, что психологія также должна быть кореннымъ образомъ реформирована, и взамѣнъ до сихъ поръ существовавшей науки предлагаетъ свою „эмоціональную психологію". Относительно этики онъ дѣлаетъ аналогичныя заявленія.

Такимъ образомъ мы имѣемъ совершенно исключительное явленіе въ исторіи науки: ученый заявляетъ, что до него не существовало науки, а все то, что было сдѣлано за весь огромный періодъ, когда люди думали и писали о правѣ, представляетъ собою или макулатуру, или въ лучшемъ случаѣ наивныя, некритическія догадки. При этомъ страницы сочиненій г. Петражицкаго изобилуютъ ироническими замѣчаніями по адресу всѣхъ, работавшихъ до него въ области права, а всѣ утвержденія высказываются имъ какъ истины абсолютныя, недопускающія ни малѣйшаго сомнѣнія.

Это все дѣлаетъ необходимымъ остановиться на теоріи проф. Петражицкаго и подвергнуть ее особому разсмотрѣнію, тѣмъ болѣе, что благодаря своему большому таланту, своей научной энергіи и безусловной искренности въ связи съ оригинальностью и живостью изложенія, онъ обратилъ на себя большое вниманіе и вызвалъ значительную литературу *).

§ **150.** Мы не можемъ здѣсь входить въ разсмотрѣніе тѣхъ коренныхъ перемѣнъ, которыя сдѣлалъ проф. Петражицкій въ психологіи. Думаемъ, что неспеціалисту едва ли удобно отвергать существующую до сихъ поръ психологію и создавать свою. Хотя и по признанію самихъ спеціалистовъ это наука весьма еще несовершенная, но все таки въ ней накопился уже такой огромный матеріалъ, что для добросовѣстнаго изученія его надо отдать ему

*) Отмѣтить надо, что безусловно господствующее мнѣніе въ этой литературѣ относится отрицательно къ разсматриваемой теоріи.

все свое время. Этого не могутъ сдѣлать представители другихъ наукъ, а поэтому можно сомнѣваться въ правѣ ихъ создавать свою психологію. И если вообще на такой неразработанной и несовершенной наукѣ, какъ психологія, нельзя строить какихъ либо другихъ наукъ, то тѣмъ болѣе нельзя строить науки на психологіи, созданной однимъ ученымъ, да еще неспеціалистомъ.

§ **151**. Сущность теоріи права г. Петражицкаго сводится къ слѣдующему. Право есть особый видъ психическихъ переживаній. Природа этихъ переживаній („правовыя эмоціи") отличается „императивно-аттрибутивнымъ" характеромъ, т. е. мы приписываемъ себѣ извѣстныя права и одновременно сознаемъ, что опредѣленныя лица обязаны къ соотвѣтственному поведенію, эта обязанность „закрѣплена" за нами; и наоборотъ, мы сознаемъ, что наши извѣстныя обязанности закрѣплены за другими, которымъ мы приписываемъ соотвѣтствующія права. Въ такихъ переживаніяхъ нѣтъ чувства свободы: мы не можемъ не отдать извозчику условленной платы за поѣздку, мы связаны по отношенію къ нему, лишены свободы. Совершенно другимъ характеромъ (только „императивнымъ") отличаются чисто-нравственныя переживанія: здѣсь мы хотя и замѣчаемъ въ своей психикѣ авторитетный импульсъ, напр., оказать кому либо помощь, но въ то же время чувствуемъ себя свободными по отношенію къ соотвѣтствующимъ лицамъ, сознаемъ, что наша обязанность за нами не „закрѣплена", они не имѣютъ права *требовать* отъ насъ помощи.

Вездѣ, гдѣ мы замѣчаемъ указанныя выше императивно-аттрибутивныя психическія переживанія, мы имѣемъ *право* въ настоящемъ, научномъ смыслѣ слова, т. е. какъ явленіе, реально существующее, могущее быть изучаемымъ при помощи истинно-научныхъ (индуктивныхъ) методовъ. А если юристы думаютъ, что реально существуютъ еще и юридическія нормы, то это наивно-проекціонный взглядъ; нормы представляютъ собою лишь „эмоціональныя фантазмы", продукты эмоціональной проекціи: переживающему указанныя выше психическія состоянія „кажется, что гдѣ-то, какъ бы въ высшемъ пространствѣ надъ людьми имѣется и царствуетъ соотвѣтственное категорическое и строгое велѣніе или запрещеніе, напр. запретъ лжи, а тѣ, къ коимъ такія велѣнія и запрещенія представляются обращенными, находятся въ особомъ состояніи связанности, обязанности".

Всю область права (т. е. реальныхъ психическихъ явленій, эмоцій) Петражицкій дѣлитъ на двѣ большія категоріи: позитив-

ное право и интуитивное право. 1) Позитивное право—это императивно-аттрибутивныя эмоціи со ссылками на какой нибудь внѣшній фактъ, обусловливающій данное поведеніе субъекта. Напр.: „я обязанъ такъ поступать, потому что существуетъ такой-то законъ; потому что всѣ такъ поступаютъ; потому что суды такъ рѣшаютъ дѣла; потому что такъ написано въ такихъ-то книгахъ; потому что Богъ такъ велѣлъ; потому что такъ мама приказала; потому что такъ постановила сходка; потому что такъ приказалъ атаманъ нашей шайки; потому что я заключилъ такой договоръ; потому, что я уже такъ поступалъ въ аналогическихъ случаяхъ", и т. п., и т. п.—Особымъ подвидомъ позитивнаго права является офиціальное право; это право признанное и охраняемое государствомъ. 2) Всѣ остальныя императивно-аттрибутивныя эмоціи (т. е. безъ какихъ бы то ни было ссылокъ на внѣшніе факты)—представляютъ собою интуитивное право. „Интуитивныхъ правъ столько, сколько индивидовъ". *)

§ **152.** Для пониманія теоріи проф. Петражицкаго чрезвычайно важной является одна страница его главнаго труда, которую мы и выписываемъ дословно. „Для установленнаго понятія права и его распространенія на соотвѣтственныя психическія явленія не имѣетъ никакого значенія не только признаніе и покровительство со стороны государства, но и какое бы то ни было признаніе со стороны кого бы то ни было. Съ точки зрѣнія этого понятія и тѣ безчисленныя аттрибутивно-императивныя переживанія и ихъ проекціи, которыя имѣются въ психикѣ лишь одного индивида и никому другому въ мірѣ неизвѣстны, а равно всѣ тѣ, тоже безчисленныя, переживанія этого рода, сужденія и т. д., которыя, сдѣлавшись извѣстными другимъ, встрѣчаютъ съ ихъ стороны несогласіе, оспариваніе, или даже возмущеніе, негодованіе, не встрѣчаютъ ни съ чьей стороны согласія и признанія, отъ этого отнюдь не перестаютъ быть правомъ, правовыми сужденіями и т. д. Вообще всякое право, *всѣ правовыя явленія*, въ томъ числѣ и такія правовыя сужденія, которыя встрѣчаютъ согласіе и одобреніе со стороны другихъ, представляютъ съ нашей точки зрѣнія *чисто и исключительно индивидуальныя явленія*, а эвентуальное согласіе и одобреніе со стороны другихъ представляетъ нѣчто постороннее съ точки зрѣнія опредѣленія и изученія природы правовыхъ явленій, *никакого отношенія къ дѣлу не имѣющее.*

*) Ср. § 47[1].

Это неизбѣжно вытекаетъ изъ психологической точки зрѣнія на право. Всякое психическое явленіе происходитъ въ психикѣ одного индивида и только тамъ, и его природа не измѣняется отъ того, происходитъ ли что либо иное гдѣ либо, между индивидами, надъ ними, въ психикѣ другихъ индивидовъ или нѣтъ, *существуютъ ли другіе индивиды, или нѣтъ*, и проч. И такія императивно-аттрибутивныя переживанія и ихъ проекціи, нормы и т д., которыя имѣлись бы у индивида, находящагося внѣ всякаго общенія съ другими людьми, напр., живущаго на безлюдномъ и отрѣзанномъ отъ всего прочаго человѣческаго міра островѣ, или оставшагося единственнымъ человѣческимъ существомъ на землѣ, или попавшаго на Марсъ, *вполнѣ подходили бы подъ установленное понятіе права;* точно также, какъ радости, печали, мысли такого человѣка, не переставали бы быть радостями, печалями, мыслями вслѣдствіе его одиночества, отсутствія человѣческаго общества". *)

§ **153**. Въ параграфѣ 79 мы познакомились съ теоріями, черезчуръ съуживающими понятіе права (только одно частное право, признанное государствомъ). Теорія проф. Петражицкаго является діаметральной противоположностью: она черезчуръ расширяетъ понятіе права. И вотъ, послѣдовательно проводя свои основныя положенія, онъ къ области права относитъ не только конвенціональныя нормы, но и цѣлый рядъ такихъ явленій, причисленіе которыхъ къ правовымъ вызываетъ полное недоумѣніе и у юристовъ, и у профановъ, хотя бы и пользующихся терминомъ „право" въ примѣненіи ко многимъ чисто-бытовымъ отношеніямъ.

Такъ г. Петражицкій указываетъ на „любовное право"; на „дѣтское право"; „преступное право"**); на право старое, продолжающее дѣйствовать въ психикѣ нѣкоторыхъ элементовъ населенія, не смотря на то, что государство безпощадно искореняетъ это отжившее право, какъ нѣчто антикультурное (напр. право родовой кровавой мести); на право, возникающее въ психикѣ душевно-

*) Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. 1909 г. I 104—105. (Курсивъ вездѣ нашъ).

**) „Далѣе правомъ въ установленномъ выше смыслѣ окажется не только многое такое, что находится внѣ вѣдѣнія государства, не пользуется положительнымъ оффиціальнымъ признаніемъ и покровительствомъ, но и многое такое, что со стороны государства встрѣчаетъ прямо враждебное отношеніе, подвергается преслѣдованію и искорененію, какъ нѣчто противоположное и противорѣчащее праву въ оффиціально-государственномъ смыслѣ". Ibid I, 101.

больного человѣка; на „суевѣрное право": на религіозное право и т. д. Поэтому, если напр. кто нибудь вообразилъ себя лѣшимъ и заключилъ договоръ съ другимъ (несуществующимъ. а лишь воображаемымъ)лѣшимъ, то въ психикѣ этого помѣшаннаго человѣка мы находимъ соотвѣтственное право.

Но субъектами правовыхъ отношеній могутъ быть не только люди. Такими субъектами являются и животныя: по отношенію къ животнымъ люди часто переживаютъ правовыя эмоціи, приписывая животнымъ права и обязанности. „Если хозяинъ старой лошади, которая, пока были силы, служила ему вѣрою и правдою, съ легкимъ сердцемъ предоставляетъ ее голодной смерти или т. п., то люди съ болѣе тонкой этической, *въ частности правовою*, совѣстью, не одобряютъ этого, и даже будутъ негодовать по поводу *несправедливой обиды* (ib. I, 115. Курсивъ нашъ). Проф. Петражицкій выражаетъ увѣренность, что съ развитіемъ культуры „извѣстныя нравственныя *и правовыя обязанности по отношенію къ животнымъ* сдѣлаются общимъ этическимъ достояніемъ всего человѣчества"[*])

Далѣе субъектами правовыхъ отношеній могутъ быть не только животныя, но и неодушевленные предметы. Исторія знаетъ много примѣровъ, когда люди приписывали различнымъ окружающимъ ихъ вещамъ тѣ или иныя правовыя обязанности и права[**]).

---

[*]) ib. I, 117 (курсивъ нашъ). Другими словами, настанетъ время, когда животныя сдѣлаются субъектами правъ, а значитъ *будутъ имѣть право требовать* отъ людей исполненія соотвѣтствующихъ обязанностей, въ ихъ психикѣ появятся императивно-аттрибутивныя переживанія. Впрочемъ, оказывается, что эти переживанія уже и теперь существуютъ. „Съ помощью интроспективнаго метода, простого или экспериментальнаго, можно также убѣдиться въ возможности и *фактическомъ существованіи* такихъ *правоотношеній*, въ которыхъ оба субъекта, субъектъ права и субъектъ обязанности,—животныя, т. е. ознакомиться съ такими *правовыми* переживаніями, въ которыхъ оба субъектныя представленія суть представленія животныхъ. Напр., путемъ экспериментовъ съ двумя или нѣсколькими собаками, состоящихъ въ предоставленіи имъ пищи, лакомыхъ кусковъ и т. п. поровну или по инымъ началамъ, напр по „заслугамъ" послѣ охоты, можно въ случаяхъ посягательствъ со стороны одной собаки на то, что предоставлено другой, ознакомиться съ такими же *правовыми* явленіями, какія" и т. д (ib. I, 115—116). Итакъ, уже теперь собака можетъ понимать, что идетъ *равный* дѣлежъ, или даже дѣлежъ *по заслугамъ*, а значитъ можетъ понимать основанія неравнаго распредѣленія пищи.

[**]) Въ pendant къ предыдущему примѣчанію невольно возникаетъ вопросъ: не настанетъ ли въ отдаленномъ будущемъ такое время, когда по крайней мѣрѣ нѣкоторые „неодушевленные" предметы сдѣлаются субъектами правъ по отно-

Наконецъ, проф. Петражицкій находитъ, что и по отношенію къ Богу существуютъ у людей права (аттрибутивно-императивныя психическія переживанія). Не говоря уже о религіяхъ политеистическихъ, гдѣ есть даже „междубожественное право“ (I. 127), въ религіяхъ магометанской и еврейской Богъ „оказывается подчиненнымъ праву, связаннымъ различными правовыми обязанностями по отношенію къ людямъ и надѣленнымъ правами по отношенію къ нимъ“ *).

§ **154.** Теорія пр. Петражицкаго страдаетъ нѣсколькими крупными пороками.

Прежде всего она, строго-логически проведенная, приводитъ къ юридическому солипсизму (ср. § 152).

Далѣе, утверждая, что право есть явленіе индивидуальной психики, она закрываетъ глаза передъ дѣйствительною жизнью, свидѣтельствующей, что право есть явленіе соціальное и у изолированнаго человѣка немыслимое. Какъ языкъ могъ возникнуть только въ общежитіи, такъ и право, а посему увѣренія автора теоріи, что право возможно и у обитателя оторваннаго отъ всего міра острова, есть... „интеллектуальная фантазма“.

А если право возможно только въ общежитіи, то отсюда вытекаетъ произвольность и другого утвержденія автора теоріи, а именно, что возможно право въ психикѣ одного человѣка, не смотря на то, что это „право“ встрѣчаетъ со стороны всѣхъ окружающихъ возмущеніе, негодованіе и т. д. Никогда при такихъ условіяхъ права не возникнетъ; и даже въ психикѣ этого человѣка мы найдемъ сознаніе, что такого права въ сущности нѣтъ, хотя онъ лично находитъ его желательнымъ. Право возникаетъ только изъ совпаденія, согласія личныхъ переживаній у многихъ

шеніи къ людямъ, т. е. будутъ имѣть право требовать исполненія соотвѣтствующихъ обязанностей? (Напр., чтобы хулиганы не портили бы памятниковъ, периль, орнаментовъ, растеній и т. п.

*) I, 128. На слѣдующей страницѣ читаемъ, что еврейская религія зиждется на правовой психикѣ и пропитана этой психикой вездѣ и всюду. А посему—безъ знанія психологической теоріи права невозможно правильное пониманіе Библіи. Не слишкомъ ли много, въ особенности если принять во вниманіе, что Пятикнижіе Моисея представляетъ собою космогонію и метафизику глубочайшаго содержанія, родственнаго индійской и египетской религіозной философіи и, разумѣется, *выходящаго неизмѣримо далеко за предѣлы еврейской религіи* И все то, что до сихъ поръ является книгой за семью печатями для огромной массы ученыхъ теологовъ, такъ легко можно постичь, если усвоить психологическую теорію права!.

членовъ общежитія (объективированіе субъективнаго правосознанія).

Психологическая теорія расходится съ фактами еще и вотъ въ какомъ отношеніи. По теоріи—право будетъ тогда, и только тогда, когда въ психикѣ подлежащаго субъекта есть „императивно-атрибутивное“ переживаніе, т. е. приписываніе себѣ опредѣленныхъ правъ, а другимъ—соотвѣтствующихъ „закрѣпленныхъ“ обязанностей. Стало быть, когда нѣтъ такого переживанія, нѣтъ и права. А между тѣмъ жизнь часто даетъ примѣры существованія правъ, хотя бы заинтересованныя лица и не подозрѣвали объ этихъ правахъ. Законный наслѣдникъ можетъ жить въ домѣ своего умершаго отца, не зная совсѣмъ, что онъ былъ его сыномъ и что нынѣшній домовладѣлецъ не имѣетъ въ сущности права на этотъ домъ. И тѣмъ не менѣе, не смотря на полное отсутствіе въ психикѣ наслѣдника необходимыхъ по теоріи переживаній, право существуетъ. Съ другой стороны, если кто либо по ошибкѣ самымъ искреннимъ образомъ убѣжденъ, что обязанъ заплатить своему компаніону по общему дѣлу извѣстную сумму денегъ и переживаетъ соотвѣтственныя „правовыя эмоціи“, то сколько бы такое переживаніе ни продолжалось, оно никакого права не создаетъ.

§ **155**. Проф. Петражицкій видитъ отличіе права отъ нравственности въ томъ, что въ области нравственности мы свободны исполнить или нѣтъ наши обязанности, т. к. онѣ не закрѣплены за другими, между тѣмъ какъ въ области права какъ разъ наоборотъ. Это и вѣрно, и невѣрно. Если сказать, что нравственная обязанность не связываетъ меня, что я свободенъ ее не исполнить, что другому ничего „не причитается“ отъ меня,—это будетъ невѣрно. Разъ существуетъ обязанность по отношенію къ кому либо, то и я самъ, и тотъ другой, отлично сознаемъ, что обязанность *должна* быть исполнена, что она меня связываетъ. Все различіе заключается въ томъ, что если я не исполню *юридическую* обязанность, то меня *заставятъ* ее исполнить; тутъ вмѣшается внѣшній авторитетъ, и ко мнѣ будутъ примѣнены внѣшнія принудительныя средства. Вотъ почему исполненіе этихъ обязанностей не предоставлено только одной доброй волѣ обязаннаго, а гарантировано. И только поэтому въ психикѣ обязаннаго появляется переживаніе спеціальнаго типа, только наличность юридической нормы, т. е. нормы *безусловно* обязательной, гарантированной, создаетъ въ психикѣ индивидовъ сознаніе такой несво-

боды, безусловной связанности относительно соотвѣтствующихъ обязанностей. Безъ этихъ характерныхъ особенностей юридическихъ нормъ всѣ обязанности имѣли бы одну и ту же природу, отражались бы въ психикѣ людей совершенно одинаково. Такимъ образомъ *не психическое переживаніе опредѣляетъ собою юридическую норму, а наоборотъ*.

Отсюда очень важный выводъ: *безъ юридической нормы нѣтъ права*, а стало быть то, что г. Петражицкій называетъ интуитивнымъ правомъ, есть въ сущности то, что наша наука называетъ субъективнымъ правосознаніемъ; это не право, а личныя мнѣнія о правѣ или уже дѣйствующемъ, или желательномъ.

§ **156**. И еще одно очень важное обстоятельство: *для того, чтобы извѣстныя психическія переживанія мы могли квалифицировать, какъ правовыя, мы уже должны знать, что такое право*. Только тогда мы будемъ въ состояніи отличить нормальныя правовыя переживанія отъ ненормальныхъ, иначе „юридическія нормы“, дѣйствующія въ больномъ мозгу Поприщина, вообразившаго себя королемъ испанскимъ и требующаго отъ окружающихъ соотвѣтствующаго поведенія, и юридическія нормы испанской конституціи, опредѣляющія положеніе монарха, окажутся равноцѣнными.

Попробуемъ провести послѣдовательно теорію г. Петражицкаго въ жизнь. Право есть все то, что переживаетъ, какъ право, каждый индивидъ, каждая группа индивидовъ. И вотъ въ результатѣ получается, что въ государствѣ дѣйствуетъ не одинъ для всѣхъ обязательный правопорядокъ, а очень много правопорядковъ, обыкновенно враждебныхъ другъ другу. Каждый изъ этихъ правопорядковъ имѣетъ одну и ту же основу, т. е. „императивно-аттрибутивныя эмоціи“, а *значитъ всѣ принципіально равноцѣнны*. Какому же правопорядку я долженъ подчиняться въ каждомъ данномъ случаѣ, если между ними возникнетъ коллизія? Если скажутъ, что я долженъ подчиняться тому праву, которое признается государствомъ, хотя бы лично находилъ это право неправильнымъ, то съ точки зрѣнія психологической теоріи обосновать такое подчиненіе можно только апеллируя къ силѣ: государство сильнѣе, а потому и его право лучше, т. е. право есть сила. Но вѣдь самъ авторъ психологической теоріи энергично отвергаетъ теорію силы.

Вообще, остановиться на фактѣ, да еще на такомъ фактѣ, какъ фактъ психологическій, нельзя, потому что „какъ психологическіе

факты, глубокомысленные выводы мудреца и бредъ сумасшедшаго имѣютъ одинаковое значеніе“.*) А если говорить о специфическихъ для права„императивно-аттрибутивныхъ“ переживаніяхъ, то вѣдь существовали цѣлыя направленія въ наукѣ права, представители которыхъ не открывали у себя въ психикѣ этихъ переваній (напр., утилитаристы).—Такимъ образомъ необходимо вскрыть истинную основу подмѣченнаго г. Петражицкимъ психологическаго факта, показать—проявленіемъ какого начала служитъ этотъ фактъ, т. е. значитъ, не останавливаться на полъ-дорогѣ, а идти дальше. И тогда бы оказалось, что на столь шаткой почвѣ, какъ психологія, нельзя построить науки права.

§ 157. Философія права есть наука о правѣ, а не наука о нашихъ психическихъ переживаніяхъ по поводу права. Вѣдь съ одинаковымъ основаніемъ можно было бы „реформировать“ любую науку и превратить ее въ часть „универсальной психологіи“. И мы будемъ тогда изучать не физику, не астрономію, не сравнительное языкознаніе, а тѣ психическія явленія, которыя совершаются въ насъ по поводу соотвѣтствующихъ областей знанія“*).

На стр. 83 перваго тома „Теоріи права“ авторъ подчеркиваетъ слѣдующее мѣсто: „Специфическая природа явленій права, нравственности, эстетики, ихъ отличія другъ отъ друга и отъ другихъ переживаній, коренятся не въ области интеллектуальнаго, а въ области эмоціональнаго, импульсивнаго въ нашемъ смыслѣ ихъ состава“. Итакъ, сущность этихъ явленій, въ частности сущность права, сводится къ слѣпымъ, темнымъ влеченіямъ, къ низшимъ

---

* *Чичеринъ.* Вопросы философіи. 1904. стр. 357. Цитируемая статья представляетъ собою глубокую критику „Очерковъ философіи права“ проф. Петражицкаго, вышедшихъ въ 1900 году. Статья заканчивается пророческими словами: „Будемъ ждать дальнѣйшихъ выпусковъ, хотя едва-ли отъ нихъ можно ожидать существенныхъ улучшеній. На худомъ основаніи невозможно построить научнаго зданія“. Нашъ великій ученый, признавая выдающіяся дарованія проф. Петражицкаго, совѣтуетъ ему „полную переработку предмета“ и не выдавать за научную истину того, „что не имѣетъ ни малѣйшаго научнаго основанія“. Къ сожалѣнію проф. Петражицкій не призналъ авторитета Чичерина и въ своихъ дальнѣйшихъ трудахъ далъ лишь развитіе и дальнѣйшіе выводы изъ тѣхъ основныхъ положеній, которыя заключаются въ „Очеркахъ философіи права“.

**) Въ высокой степени характерно и назидательно слѣдующее мѣсто „Теоріи права и государства“: „Болѣе обстоятельное, въ томъ числѣ лабораторно-экспериментальное, изслѣдованіе физіологическаго дѣйствія активно—правовыхъ эмоцій—одна изъ интересныхъ задачъ будущей, психологической, теоріи права“ (I, 147). Думаемъ, что здѣсь полное смѣшеніе задачъ науки права съ задачами экспериментальной психологіи.

силамъ. Ясное дѣло, что при такомъ воззрѣніи право можетъ быть и у животныхъ, и уже совершенно непонятнымъ является, почему право должно считаться цѣннымъ началомъ: вѣдь все то, что не есть „эмоція", представляетъ собою продукты нашей фантазіи, реально не существуетъ. Во имя чего же можно требовать отъ человѣка, чтобы онъ подчинялся этимъ „фантазмамъ", если его „эмоція" побуждаетъ его поступать иначе?

Но вѣдь идя дальше по этому скользкому пути, можно объявлять „фантазмами" и все то, что дорого и свято для человѣка, до Бога включительно. Реальнымъ, единственно существующимъ будетъ тогда отдѣльное психическое переживаніе, а все остальное—фантазма*).

§ **158**. Не будемъ касаться остальныхъ дефектовъ теоріи проф. Петражицкаго, т. к. они на нашъ взглядъ являются не столь важными и всѣ обусловлены неправильными основными положеніями.

Въ заключеніе этого отдѣла необходимо отмѣтить цѣнныя стороны работъ проф. Петражицкаго. Само собою разумѣется, что здѣсь это не можетъ быть сдѣлано не только исчерпывающимъ образомъ, но даже и съ такою полнотою, какъ это сдѣлано относительно отрицательныхъ сторонъ.

Прежде всего слѣдуетъ всячески привѣтствовать самую постановку основного вопроса. Проф. Петражицкій стремится познать право въ его глубочайшемъ существѣ, независимо отъ мѣстныхъ и временныхъ условій, независимо отъ признанія тѣмъ или инымъ законодателемъ. Это—единственно правильная точка зрѣнія на задачу философіи права. Разрѣшить ее—не подъ силу не только отдѣльнымъ ученымъ, но и цѣлымъ поколѣніямъ ученыхъ. Наука медленно, шагъ за шагомъ, идетъ впередъ по этой дорогѣ, понемногу накопляя матеріалы и приближаясь къ истинѣ. Каждый ученый можетъ работать, только основываясь на томъ, что до него сдѣлали его предшественники. И если къ этому ему удастся прибавить хоть крупицу истины, онъ можетъ считать, что исполнилъ свой долгъ.

---

*) Проф. В. Хвостовъ въ своей прекрасной статьѣ: „Ученіе профессора Петражицкаго о правѣ и нравственности" говоритъ: „Не слѣдуетъ ли намъ думать, что и истина бываетъ разная для разныхъ людей, и что нѣтъ никакихъ основаній среди этой массы субъективныхъ представленій объ истинѣ отдавать предпочтеніе какимъ либо изъ нихъ? Не придемъ ли мы этимъ путемъ къ полному нигилизму и въ области познанія? Не есть ли и истина такая же эмоціональная фантазма, какими оказались право и справедливость, понимаемыя въ объективномъ смыслѣ? „*Этюды по современной этикѣ*. 1908. Стр. 199—200.

Проф. Петражицкій помимо отмѣченной уже заслуги (особенно цѣнной въ наше время) внесъ въ общую сокровищницу науки права не крупицу, а много истиннаго. Не говоря уже о его первоклассныхъ работахъ въ области гражданскаго права, онъ и въ нашей наукѣ является замѣтной величиной. Онъ первый обратилъ надлежащее вниманіе на то, что право есть также и явленіе человѣческой психики, причемъ разработалъ подлежащіе вопросы съ образцовой обстоятельностью и талантомъ, далъ массу интереснаго и цѣннаго матеріала. Большой заслугой его является цѣлый рядъ частныхъ поправокъ къ различнымъ отдѣльнымъ вопросамъ общей теоріи права. И наконецъ его работы по философіи права важны тѣмъ, что будятъ мысль и заставляютъ вновь пересматривать уже рѣшенные вопросы. Если эти вопросы далеко не всегда рѣшаются въ томъ смыслѣ, какъ этого хотѣлъ бы нашъ уважаемый коллега, то во всякомъ случаѣ они часто являются въ новомъ освѣщеніи, и во всякомъ случаѣ рѣшеніе получается болѣе углубленное. И самыя ошибки его представляются чрезвычайно поучительными, давая указанія на тотъ путь, идя по которому мы можемъ приближаться къ истинѣ*).

Теорія свободы.

§ 159. Приступая къ изложенію глубочайшей изъ всѣхъ существующихъ теорій права, теоріи наиболѣе до сихъ поръ приблизившейся къ истинѣ, мы должны подчеркнуть, что здѣсь болѣе всего сказывается вся необходимость философіи (метафизики), безъ помощи которой невозможно понять сущность права. Вотъ почему тѣ ученые, которые не получили основательной философской подготовки, а посему и отрицаютъ метафизику, дали въ своихъ теоріяхъ назидательнѣйшіе образцы заблужденій человѣческаго ума: у нихъ право потеряло всякое самостоятельное значеніе и превратилось въ средство для осуществленія задачъ текучей политики, руководимой соображеніями цѣлесообразности.

Философія права въ своемъ стремленіи понять сущность изучаемаго ею явленія должна исходить изъ двухъ данныхъ въ

*) Говоря о большой цѣнности работъ проф. Петражицкаго въ послѣднемъ отношеніи, мы имѣемъ въ виду только лицъ, которые уже овладѣли элементами науки и являются достаточно подготовленными для самостоятельныхъ занятій. Для студентовъ же „Теорія права и государства“ въ качествѣ основного руководства по нашему глубокому убѣжденію совершенно непригодна.

опытѣ фактовъ огромной важности: 1) существованіе личности и 2) существованіе общежитія. Мы видимъ, что общежитіе состоитъ изъ отдѣльныхъ личностей, а съ другой стороны передъ нами аксіома: человѣкъ можетъ жить и развиваться только въ общежитіи. „Человѣкъ по природѣ своей—существо политическое; кто живетъ, въ силу своей природы, а не вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ, внѣ государства, тотъ или сверхчеловѣкъ, или существо, недоразвитое въ нравственномъ отношеніи“ (Аристотель „Политика“ стр. 7).

Но вмѣстѣ съ тѣмъ передъ нами фактъ существованія общежитій и у животныхъ, причемъ эти общежитія бываютъ очень сложно организованными, съ раздѣленіемъ труда, съ „сословіями“, съ властью и т. п. Оказывается, что опредѣленіе человѣка, какъ „существа общежительнаго“, еще недостаточно. Необходимо найти, чѣмъ же отличаются общежитія людей отъ общежитій животныхъ.

§ **160.** Для того, чтобы найти это отличіе, мы опять должны исходить изъ факта очевиднаго, даннаго въ реальной жизни. Это вотъ какой фактъ. На протяженіи всей исторіи земли общежитія животныхъ остаются въ одномъ и томъ же состояніи, между тѣмъ какъ общежитія людей свидѣтельствуютъ о постоянномъ, несомнѣнномъ прогрессѣ, давая такіе поразительные контрасты, какъ: полуживотное-человѣкъ каменнаго періода—и Моцартъ, Гете, Гегель; первобытная орда—и швейцарскій союзъ; завываніе дикаря—и симфонія Бетховена; пещера троглодита—и домъ современнаго зажиточнаго человѣка со всею соотвѣтствующей обстановкой, и т. п.

Гдѣ причина этого постояннаго наростанія культурныхъ цѣнностей въ общежитіяхъ людей? Причина эта заключается въ слѣдующемъ: надъ элементами, общими и для людей, и для животныхъ (чисто физическіе и низшіе духовные), здѣсь появляются новые элементы, которые и служатъ источниками новаго порядка жизни, невозможнаго у животныхъ. Эти элементы—разумъ и воля, элементы высшаго духовнаго порядка.

Но вѣдь разумъ и воля по самому существу своему не могутъ принадлежать безличному цѣлому; они могутъ принадлежать только личности. Поэтому личность есть основа общежитія, краеугольный камень всего общественнаго зданія. (Чичеринъ).

§ **161**. Между тѣмъ въ общежитіяхъ животныхъ господствуютъ безличныя начала: общій инстинктъ рода и т. п. Вотъ почему тамъ отдѣльныя особи не имѣютъ никакого значенія, и вся жизнь. напр., муравейника, опредѣляется исключительно общими цѣлями. Для этихъ цѣлей каждый отдѣльный муравей является *только средствомъ*, жизнь и интересы отдѣльныхъ особей, какъ таковыхъ, не имѣютъ ни малѣйшей цѣнности, о нихъ никто не заботится.

Очень назидательно, что нѣкоторые ученые хотятъ уподобить и человѣческое общежитіе муравейнику, стараясь доказать необходимость полнаго поглощенія личности обществомъ, превращенія личности въ средство для общаго блага Они отрицаютъ за личностью всякую самостоятельную цѣнность. Всѣ „реалистическія“ теоріи права проникнуты такими тенденціями. Онѣ видятъ въ правѣ лишь средство для цѣлей, интересовъ, преслѣдуемыхъ большинствомъ, онѣ не признаютъ самоцѣнности личности и всѣ права ея выводятъ изъ правъ общества: личность имѣетъ только такія права и постольку, какія и поскольку находитъ цѣлесообразнымъ дать ихъ общество, государство. Для этихъ теорій представляется явной нелѣпостью такое положеніе, при которомъ *интересы* всего государства должны отступить передъ *правомъ* одного человѣка.

По поводу теорій, выводящихъ всѣ права личности изъ правъ цѣлаго общежитія, замѣтимъ пока слѣдующее: общежитіе состоитъ изъ отдѣльныхъ личностей; каждая такая личность есть юридическій нуль, она никакихъ правъ не имѣетъ; и вотъ изъ соединенія этихъ нулей какимъ-то чудомъ получается величина —право общества. Очевидная логическая нелѣпость.

§ **162**. Такъ какъ общежитіе строится на отношеніяхъ между людьми, т. к. личность есть краеугольный камень всего общественнаго зданія, то и необходимо прежде всего начать съ изученія этого камня. И здѣсь, какъ и въ философіи, корень всякаго знанія заключается въ человѣкѣ. *Человѣкъ есть микрокосмъ*, только углубляясь въ который мы и можемъ познать истину Такъ именно и учили великіе учители народовъ, такъ училъ Христосъ, указывая, что „Царство Божіе внутри васъ“, такъ училъ Сократъ, говоря „Познай самого себя“, такъ учитъ древняя индійская религіозная философія, этотъ неисчерпаемый, глубочайшій источникъ истины.

Человѣкъ есть микрокосмъ, т. е. природа его такъ-же сложна, какъ сложенъ весь міръ, въ немъ заключаются всѣ элементы мірозданія. Обычно говорятъ, что природа человѣка двойственна, что онъ состоитъ изъ духа и тѣла*), изъ части, подчиненной законамъ физики, химіи, біологіи и т. п,. и части, подчиненной законамъ духовнаго порядка.—Вѣрнѣе будетъ сказать, что *природа человѣка тройственна*, что онъ состоитъ изъ тѣла, „души“ и духа. Подъ душой здѣсь разумѣется вся область аффектовъ, инстинктовъ, чувствъ и т. д., а подъ духомъ—та безсмертная сущность, субстанціональная основа, та искра Божія, которая и отличаетъ человѣка отъ животнаго. Очевидно, что два первыхъ порядка природы человѣка роднятъ его съ окружающимъ физическимъ и животнымъ міромъ, и лишь третій элементъ его природы дѣлаетъ его членомъ высшаго мірового этическаго порядка.

§ **163**. Какъ извѣстно, позитивизмъ отрицаетъ существованіе духовной субстанціи и утверждаетъ, что нашъ духъ представляетъ собою просто комплексъ отдѣльныхъ различныхъ психическихъ состояній, рядъ ощущеній, связанныхъ постоянными законами въ одно цѣлое, которое мы и *называемъ* нашимъ *Я*. Но здѣсь реальны только эти отдѣльныя психическія состоянія, а то, что мы называемъ нашимъ *Я*, есть лишь абстракція, которой въ дѣйствительности ничего не соотвѣтствуетъ.

Въ этихъ утвержденіяхъ нельзя не видѣть логической нелѣпости: для того, чтобы понять всю совокупность нашихъ психическихъ состояній, какъ одно цѣлое, чтобы объединить ихъ, *безусловно необходимъ тотъ, кто ихъ объединяетъ*. Онъ долженъ быть уже съ самаго начала, а не появиться въ концѣ. Иначе мы получимъ такой абсурдъ: рядъ ощущеній самъ себя объеди-

---

*) Само собою разумѣется, что теперь уже нельзя серіозно считаться съ бывшимъ когда-то моднымъ взглядомъ, по которому духъ есть функція тѣла, а значитъ человѣкъ есть существо всецѣло матеріальное. Полная несостоятельность чистаго матеріализма теперь признана даже философствующими естественниками. А если иногда и теперь малограмотные въ философіи люди говорятъ, что мысль есть функція нашего мозга и нервной системы, что если повредить такой-то органъ, сразу прекратятся такія-то духовныя функціи, то достаточно указать на слѣдующую аналогію: если я говорю съ вами по телефону и нашъ разговоръ внезапно прерывается вслѣдствіе порчи телефона, то изъ этого съ такимъ же основаніемъ можно вывести, что тѣ слова, которыя вы слышали,—это функція телефона. *Изъ того, что духъ нуждается въ орудіяхъ для дѣйствія въ физическомъ порядкѣ міра, вовсе не слѣдуетъ, что внѣ этихъ орудій нѣтъ и духа, что онъ есть функція ихъ.*

няетъ, самъ себя помнитъ въ прошедшемъ и предвидитъ въ будущемъ. Другими словами, отрицая единую духовную субстанцію, мы всю эту хаотическую массу отдѣльныхъ психическихъ состояній превращаемъ въ самостоятельныя субстанціи. Не даромъ позитивистъ Милль въ 12 главѣ своей интересной книги „An Examination of sir W. Hamilton's Philosophy" говоритъ, что мы здѣсь стоимъ передъ фактомъ, *совершенно необъяснимымъ съ точки зрѣнія позитивизма*. И дѣйствительно, всѣ попытки позитивистовъ объяснить фактъ самосознанія, фактъ единства личности среди всѣхъ совершающихся въ ней перемѣнъ, приводятъ къ очевиднымъ нелѣпостямъ, которыя могутъ быть приняты за чистую монету только людьми, ослѣпленными предвзятыми догматами, а посему упорно закрывающими глаза и передъ реальною жизнью, и передъ свидѣтельствомъ разума.

§ **164**. Понятіе субстанціи есть понятіе метафизическое. *Субстанція есть бытіе единое, тождественное съ собою, постоянно пребывающее, лежащее въ основѣ всѣхъ измѣненій, всѣхъ различій*. Такою субстанціей и является духъ человѣка, и только на основѣ этой субстанціи понятно единство личности съ дѣтства до глубокой старости, не смотря на всѣ пережитыя измѣненія.

И достаточно каждому сосредоточиться, углубиться въ себя, чтобы самымъ реальнымъ образомъ убѣдиться въ существованіи своего ноуменальнаго *Я*, какъ говорилъ Кантъ.

Что наше тѣло, нервы, мозгъ, словомъ вся физическая сторона нашей природы постоянно обновляется, такъ что черезъ какихъ нибудь 7 лѣтъ не останется ни одной частицы прежняго человѣка,—это общепризнанный научный фактъ. Но вѣдь всѣ измѣненія физическаго тѣла сознаются нами, а значитъ есть кто-то, запоминающій эти измѣненія, не разлагающійся безъ остатка на физическія частицы. Мало этого: мы сознаемъ перемѣны и въ нашей душевной жизни. Мы можемъ наблюдать, какъ наши способности растутъ, или ослабѣваютъ. Мы можемъ сознательно работать надъ развитіемъ такихъ проявленій души, какъ сдержанность, вниманіе, сосредоточенность, альтруистическія чувства и т. д. А значитъ и позади этихъ проявленій есть кто-то, слѣдящій за ними *и вліяющій на нихъ*. Самоуглубленіе всегда отличаетъ въ насъ наше истинное, *ноуменальное я*, отъ тѣхъ оболочекъ, временныхъ формъ, а нерѣдко и искаженій, въ которыхъ дѣйствуетъ *Я феноменальное*.

На указанномъ фактѣ, засвидѣтельствованномъ и величайшими представителями философіи (Платонъ, Аристотель, Плотинъ, св. Ѳома, Лейбницъ, Кантъ, Гегель, Шеллингъ, Шопенгауэръ), и великими древними мудрецами, хранителями тысячелѣтнихъ традицій, и опытомъ множества людей во всѣхъ временахъ исторіи,— основаны и совѣсть, и справедливость, и свобода воли. Духъ человѣка, эта метафизическая основа его личности, эта искра Божія, наше истинное, ноуменальное *Я*, всецѣло принадлежитъ къ высшему міровому этическому порядку, тамъ его настоящая родина. Въ нашемъ духѣ дремлютъ и ждутъ своего пробужденія и развитія всѣ высшія начала. Между тѣмъ наше феноменальное *Я* сплошь и рядомъ далеко не соотвѣтствуетъ ноуменальному: указанныя потенціи или еще дремлютъ, или очень слабо развиты, или недостаточно сильны, чтобы окончательно побѣдить низшія стороны природы человѣка. Отсюда такія явленія, какъ угрызенія совѣсти, какъ внутренній разладъ человѣка съ самимъ собою, и т. п.

§ **165.** Позитивизмъ, отрицая метафизику, а слѣдовательно и духовную субстанцію человѣка, конечно долженъ отрицать какія бы то ни было права личности, какъ таковой: вѣдь измѣняющемуся ряду психическихъ состояній нельзя присвоить никакихъ правъ, нельзя требовать и уваженія къ этому ряду И позитивизмъ поступаетъ вполнѣ послѣдовательно, отрицая *свободу воли*: вѣдь личность есть пустое мѣсто, гдѣ сталкивается масса всевозможныхъ психическихъ переживаній. Эти переживанія всецѣло опредѣляютъ собою человѣка, его духовная жизнь есть только результатъ этихъ переживаній, она на нихъ разлагается безъ остатка.

Мы уже видѣли (§ 163), что наиболѣе выдающійся изъ позитивистовъ, Милль, откровенно заявилъ о полной невозможности объяснить фактъ самосознанія, оставаясь на почвѣ позитивизма. Это заявленіе чрезвычайно цѣнно и безусловно авторитетно; его должны были бы твердо помнить всѣ позитивисты, пишущіе о такихъ проблемахъ метафизики, какъ свобода воли. Вообще объ эмпирикахъ, отрицающихъ метафизику, можно сказать, что они „подобны ученику, который разобралъ машину, но не умѣетъ ее опять собрать, и въ оправданіе себя утверждаетъ, что машины въ дѣйствительности вовсе нѣтъ, а есть только отдѣльныя колеса и части“. (Чичеринъ)

Въ сущности *вопросъ о свободѣ воли* входитъ въ компетенцію философіи и только философіи (никоимъ образомъ не психологіи). Но такъ какъ вопросъ этотъ имѣетъ чрезвычайно важное значеніе для всего правовѣдѣнія, то та наука, которая является основной для всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, философія права, обязана изложить важнѣйшіе результаты соотвѣтствующихъ философскихъ изслѣдованій *)

§ **166.** Прежде всего необходимо устранить одно довольно распространенное недоразумѣніе относительно понятія свободы воли. Думаютъ, что сущность этой свободы заключается въ томъ, что человѣкъ можетъ въ любой моментъ дѣйствовать по своему произволу вопреки какимъ бы то ни было мотивамъ.

Это глубокое заблужденіе. Можно ли изъ такого безграничнаго индетерминизма выводить цѣнность личности, какъ носителя *такой* свободы, личности, всѣ поступки которой будутъ носить совершенно случайный характеръ, о которой мы никогда съ нѣкоторой вѣроятностью не будемъ въ состояніи сказать, *какъ* она

---

*) Къ сожалѣнію этотъ вопросъ постоянно излагается въ курсахъ уголовнаго права, причемъ криминалисты сплошь и рядомъ даютъ на него отрицательные отвѣты, забывая, что они не въ правѣ этого дѣлать: они не могутъ самостоятельно изслѣдовать вопросъ, требующій большой спеціальной подготовки и входящій въ компетенцію чужой науки. Кромѣ того они забываютъ, что *метафизическія проблемы не могутъ быть рѣшаемы при помощи спеціальныхъ наукъ*: бытіе Бога, безсмертіе души, свобода воли,—все это не можетъ быть ни доказано, ни опровергнуто въ предѣлахъ спеціальныхъ наукъ Это хорошо понято неокантіанцами. Отмѣтимъ, кстати, путаницу понятій у дилеттантовъ, пишущихъ по этому вопросу, доходящую до того, что нѣкоторые заявляютъ даже, что вопросъ давно уже сданъ въ архивъ науки, какъ безповоротно рѣшенный въ отрицательномъ смыслѣ Чрезвычайно грустно видѣть, какъ основныя метафизическія проблемы въ родѣ указанныхъ выше, требующія для своего рѣшенія огромной затраты духовныхъ силъ при большой спеціальной подготовкѣ, рѣшаются съ легкимъ сердцемъ каждымъ желающимъ. Какой нибудь физіологъ откажется рѣшить спорный вопросъ по гражданскому праву, ссылаясь на свою некомпетентность, а между тѣмъ о свободѣ воли пишетъ самымъ авторитетнымъ тономъ, что „говорить о свободѣ воли—все равно, что говорить о непротяженности матеріи“ (*Сѣченовъ* „О несвободѣ воли“. Вѣстн. Евр. 1881 г.) Вообще надо имѣть въ виду, что естествознаніе менѣе всего можетъ помочь при разрѣшеніи подобныхъ вопросовъ: оно изучаетъ опредѣленную область явленій бытія съ опредѣленныхъ точекъ зрѣнія, и только въ этихъ предѣлахъ можетъ создавать теоріи. Вопросъ же о свободѣ воли относится къ совершенно другой области явленій, имѣющей свои специфическія особенности, при изученіи которыхъ необходимы другіе научные пріемы.

поступитъ при такихъ то обстоятельствахъ? Ясное дѣло, что не въ этомъ заключается сущность свободы воли. Произвольный выборъ между мотивами есть лишь низшая ступень свободы воли.

Свобода, также какъ и разумъ—это начала высшаго мірового этическаго порядка, а посему сущность свободы воли заключается въ господствѣ человѣка надъ мотивами, опредѣляющими его поведеніе, въ господствѣ во имя высшихъ разумно-этическихъ началъ.

§ **167**. И вотъ, если мы отвергнемъ метафизическую духовную основу человѣка, если мы вмѣстѣ съ позитивистами скажемъ, что личность есть только пустая форма, гдѣ сталкивается масса психическихъ переживаній, то мы неизбѣжно должны будемъ отрицательно рѣшить проблему свободы воли. Личность не носитъ въ себѣ ничего самостоятельнаго, она всецѣло есть продуктъ окружающей среды, ея духовная жизнь разлагается безъ остатка на вліянія этой среды и обусловленныя этими вліяніями психическія переживанія. А если такъ, то очевидно, что всѣ поступки личности съ безусловною необходимостью вытекаютъ изъ борьбы различныхъ мотивовъ: сильнѣйшій мотивъ и опредѣляетъ каждый данный поступокъ согласно общему закону причинности.

Такимъ образомъ человѣкъ есть слѣпое орудіе въ рукахъ мотивовъ. И конечно, тогда не можетъ быть отвѣтственности человѣка за свои поступки. Отвѣтственность предполагаетъ, что человѣкъ не только *долженъ* былъ поступить иначе, но и *могъ* поступить. Но если онъ есть только слѣпое орудіе въ рукахъ мотивовъ, то вѣдь между камнемъ, случайно оторвавшимся отъ строющагося дома и убившимъ прохожаго, и разбойникомъ—убійцей, нѣтъ принципіальной разницы: и тотъ, и другой дѣйствовали *необходимо*, согласно закону причинности. Криминалисты много изощрялись надъ обоснованіемъ отвѣтственности при такомъ положеніи дѣла. Всѣ эти попытки представляютъ собою софизмы или явныя натяжки. И въ концѣ концовъ получается такое рѣшеніе: хотя преступникъ и дѣйствовалъ необходимо, хотя онъ не могъ при данныхъ условіяхъ не убить, но и государство также дѣйствуетъ необходимо: оно не можетъ не наказать преступника, оно не можетъ не принимать мѣръ защиты противъ антисоціальныхъ элементовъ. Получается полная аналогія съ истребленіемъ клоповъ и комаровъ: хотя они не могутъ не кусать, но и люди не могутъ не истреблять ихъ. Весьма назидательное уподобленіе человѣка, хотя бы и преступнаго, насѣкомому.

§ 168. Но разъ мы признаемъ духовную сущность человѣка, эту безсмертную искру Божію, вся картина сразу принимаетъ другой видъ. Духовная жизнь личности не сводится безъ остатка къ впечатлѣніямъ окружающей среды. Эти впечатлѣнія даютъ лишь матеріалы для развитія того безконечнаго содержанія, которое таится въ глубинѣ духа, причемъ каждый человѣкъ по своему перерабатываетъ эти матеріалы, по своему реагируетъ на всѣ воздѣйствія внѣшняго міра. *Человѣкъ есть монада*, духовная, *индивидуальная* сущность, которая ей одной только свойственнымъ способомъ отражаетъ въ себѣ міръ, сообразно тому, какія стороны, какіе элементы, какія потенціи его безконечнаго содержанія развиты и насколько.

А такъ какъ духовная сущность человѣка есть членъ высшаго мірового этическаго порядка (настоящая земная жизнь человѣка есть лишь мгновеніе въ эволюціи его духа), то онъ не только долженъ, но и *можетъ* стремиться къ достиженію того безконечно-отдаленнаго, но тѣмъ не менѣе реальнаго идеала, который указанъ въ словахъ Евангелія: „будьте совершенны, какъ Отецъ вашъ небесный“. Вотъ почему мы можемъ требовать отъ человѣка, чтобы онъ не былъ слѣпымъ орудіемъ мотивовъ, чтобы онъ господствовалъ надъ мотивами во имя высшихъ разумно-этическихъ началъ. Вотъ почему человѣкъ и отвѣтственъ за свои поступки: вѣдь эти поступки обусловлены въ послѣднемъ счетѣ его личностью, а не внѣшними факторами. Рѣшеніе между двумя противоположными поступками избрано человѣкомъ свободно, оно зависитъ отъ его существа, его образа мыслей, его склонностей, его развитія и т. д., человѣкъ сознаетъ, что онъ могъ-бы поступить иначе.

§ 169. И вотъ здѣсь противники свободы воли*) говорятъ: 1) что характеръ человѣка, окончательно опредѣляющій поведеніе, самъ складывается подъ вліяніемъ цѣлаго ряда внѣшнихъ факторовъ; 2) что если мы иногда и не можемъ съ безусловной точностью предсказать, какъ поступитъ такой-то человѣкъ при такихъ-то обстоятельствахъ, то это лишь потому, что мы не знаемъ всѣхъ безъ исключенія условій поступка; а если-бы всѣ эти условія были даны, мы бы съ математической точностью знали бы

*) Кстати, общепринятые термины—индетерминизмъ и детерминизмъ,—едва ли удачны. Быть защитникомъ свободы воли вовсе не значитъ отрицать опредѣляемость воли мотивами.

результатъ; и 3) что сознаніе свободы, есть просто иллюзія: „если бы падающій камень обладалъ сознаніемъ, онъ бы думалъ, что падаетъ внизъ по своему свободному желанію“ (Спиноза).

Разсмотримъ эти возраженія.

§ **170**. Повидимому очень сильно первое возраженіе Но это только до тѣхъ поръ, пока мы стоимъ на почвѣ позитивизма и думаемъ, что духовная жизнь человѣка *всецѣло* обусловлена окружающей средой, что она можетъ быть разложена безъ остатка на психическія переживанія, обусловленныя впечатлѣніями этой среды. Мы видѣли логическія несообразности, вытекающія изъ такого воззрѣнія, и пришли къ выводу, что необходимо признать существованіе духовной субстанціональной основы, на которой совершаются всѣ отдѣльныя психическія переживанія и *которой онѣ обусловливаются*.

А если такъ, то *мы сами принимаемъ самое непосредственное участіе въ образованіи нашего характера*. Это признаетъ и Милль, и вслѣдъ за нимъ другіе эмпирики. Да этого и нельзя не признать, такъ какъ здѣсь мы имѣемъ самоочевидный фактъ. Не будетъ большого преувеличенія, если сказать, что *человѣкъ можетъ изъ себя сдѣлать все, что пожелаетъ:* факты подтверждаютъ, что можно выработать и сильную волю, и сосредоточенность, и вниманіе, и сдержанность, и благожелательное отношеніе къ окружающимъ и т. д —Отчего это происходитъ? И тутъ эмпиризмъ въ лицѣ Милля даетъ отвѣтъ, свидѣтельствующій, что можно написать два объемистыхъ тома логики, и тѣмъ не менѣе въ аргументаціи дѣлать грубую логическую ошибку, называемую логическимъ кругомъ. Въ самомъ дѣлѣ, вотъ цѣпь положеній Милля: 1) выборъ мотивовъ зависитъ отъ характера; 2) характеръ можетъ совершенствоваться; и 3) воля можетъ стремиться измѣнить характеръ только въ виду опыта дурныхъ послѣдствій извѣстныхъ сторонъ этого характера; т. е. внѣшніе мотивы зависятъ отъ характера, характеръ отъ воли, а воля—опять отъ внѣшнихъ мотивовъ. (Чичеринъ). Ясное дѣло, что совершенствованіе характера обусловлено въ послѣдней инстанціи тою же духовною основой человѣка, его ноуменальнымъ *я*.

§ 171. Что касается возможности предсказать съ математической точностью каждый поступокъ человѣка, если будутъ даны *всѣ безъ исключенія* условія, то противъ этого ничего сказать нельзя. Дѣйствительно, если мы съ абсолютной точностью знаемъ всѣ условія, то мы скажемъ, что человѣкъ *и не могъ* поступить

иначе, чѣмъ онъ поступилъ. Но въ томъ-то и дѣло, что среди этихъ условій есть такое своеобразное условіе, какъ психика даннаго человѣка въ ея цѣломъ, обусловленная его субстанціональной основой, его ноуменальнымъ *я*; а эта психика *по своему* реагируетъ на всѣ внѣшніе мотивы, и, что еще важнѣе,—она является источникомъ *творческой дѣятельности, т. е. дѣятельности, вносящей новыя цѣнности въ окружающую жизнь.*

§ **172**. Наконецъ по поводу знаменитаго Спинозовскаго падающаго камня можно сказать, что это сравненіе или ничего не доказываетъ, или доказываетъ слишкомъ много. Такъ какъ никому не извѣстно, какія мысли были бы у одушевленнаго падающаго камня, то тутъ позволительно всяческое фантазированіе. А если Спиноза хотѣлъ сказать, что поступокъ, вытекающій *нормально* изъ *самой сущности человѣка* при данныхъ условіяхъ, есть поступокъ *необходимый*, хотя бы мы при этомъ и сознавали, что поступаемъ свободно, то это безусловно вѣрно. Человѣкъ съ развитою совѣстью, истинный духовный аристократъ, не можетъ въ борьбѣ со своими противниками употреблять очень многихъ пріемовъ, благодаря которымъ эти противники сплошь и рядомъ торжествуютъ надъ нимъ побѣду. Повидимому они свободнѣе его, а на самомъ дѣлѣ—какъ разъ наоборотъ: его этическая брезгливость не позволяетъ ему напр., стать на одну доску съ какими нибудь хулиганами пера, обливающими его грязью. Онъ настоящій свободный человѣкъ, властвующій надъ низшими сторонами своей природы; и вмѣстѣ съ тѣмъ его поведеніе съ необходимостью вытекаетъ изъ всего его существа. Здѣсь синтезъ свободы и необходимости, сюда вполнѣ примѣнимы слова Гегеля: „свобода есть сознанная необходимость“.

Относительно же квалификаціи такого важнаго факта, какъ тотъ, что люди вездѣ и всегда сознаютъ себя свободными, замѣтимъ, что называть это сознаніе иллюзіей, это значитъ дѣлать совершенно произвольное утвержденіе въ угоду невѣрной теоріи. Фактъ всеобщій, все человѣчество дѣйствуетъ подъ вліяніемъ его, цѣлый рядъ величайшихъ представителей мысли указываетъ на него, какъ на доказательство существованія причины, обусловливающей его, т. е. свободы, а тутъ группа ученыхъ утверждаетъ, что это иллюзія. Невольно вспоминаются слова выдающагося современнаго нѣмецкаго психолога и философа Липпса: „Можно утверждать, что просто и естественнымъ образомъ мыслящій человѣкъ врядъ ли можетъ впасть въ сомнѣніе относительно того,

какъ обстоитъ дѣло со свободой человѣческой воли. Жизненная практика въ этомъ отношеніи также находится по существу на правильномъ пути. Лишь *ученость* внесла въ вопросъ о свободѣ воли путаницу, которая въ немъ и въ настоящее время еще часто господствуетъ".

§ **173**. Противники свободы воли очень любятъ ссылаться на статистику, показывающую однообразныя цифры браковъ, преступленій, самоубійствъ, количества писемъ безъ адресовъ, опущенныхъ въ ящики и т. д.

Но эти ссылки—плодъ недоразумѣнія. Статистика не наука и не устанавливаетъ никакихъ законовъ. Статистика есть особый методъ наблюденія соціальныхъ явленій, и ея результаты говорятъ лишь одно: при такомъ то состояніи общества получаются такія-то цифры. А отсюда выводъ: съ измѣненіемъ этого состоянія измѣняются и цифры.

Кромѣ того та-же самая статистика свидѣтельствуетъ, что люди дѣйствуютъ подъ вліяніемъ тѣхъ-или иныхъ мотивовъ и могутъ измѣнять свое поведеніе кореннымъ образомъ, если къ старымъ мотивамъ прибавятся новые (напр. рѣзкое пониженіе внѣбрачныхъ рожденій со введеніемъ закона, воспрещающаго дѣвушкѣ требовать алименты; рѣзкое пониженіе извѣстныхъ преступленій съ усиленіемъ уголовной репрессіи). На этомъ основано существованіе всего уголовнаго законодательства: если бы люди дѣйствовали случайно, наперекоръ всѣмъ мотивамъ, уголовные законы потеряли бы всякій смыслъ. Но только напрасно нѣкоторые криминалисты отсюда заключаютъ о не свободѣ воли: человѣкъ можетъ быть наказанъ только тогда, когда мы знаемъ, что *онъ могъ поступить иначе, т. е. когда онъ свободенъ*. Наказывать за то, что человѣкъ сдѣлалъ *необходимо*, чего онъ не могъ не сдѣлать,—чудовищный абсурдъ. Мы видѣли, что логическимъ выводомъ изъ этого является отожествленіе преступнаго человѣка съ вреднымъ насѣкомымъ.

§ **174**. Здѣсь еще разъ надо подчеркнуть, что свобода воли вовсе не значитъ *безпричинность* воли, *не* опредѣляемость ее мотивами. Только надо отрѣшиться отъ пагубнаго заблужденія, будто вся міровая жизнь опредѣляется тою механической причинностью, которая господствуетъ въ физическомъ порядкѣ Такой умѣренный и осторожный защитникъ свободы воли, какъ *Кюльпе*, во многомъ стоящій на почвѣ „детерминизма", заключаетъ соотвѣтствующій раздѣлъ такими словами: „психофизиче-

скій организмъ никогда не служитъ просто этапнымъ моментомъ для причинныхъ связей, но представляетъ собою *въ высшей степени самостоятельную* систему силъ, *независимое вмѣшательство которой въ ходъ событій* можетъ быть отрицаемо или умаляемо однимъ только фаталистическимъ воззрѣніемъ. *)

§ **175.** Въ заключеніе надо замѣтить, что строго-логическимъ выводомъ изъ отрицанія свободы воли является фатализмъ. Если человѣкъ не свободенъ, если всѣ его поступки происходятъ необходимо въ силу непреложныхъ законовъ и безъ всякаго участія его воли, то очевидно, что человѣкъ долженъ подчиниться этому слѣпому року и пассивно ждать наступленія событій, вліять на которыя онъ не можетъ.

Но вѣдь большинство „детерминистовъ“ энергично отрицаютъ фатализмъ. И здѣсь нельзя не видѣть коренного противорѣчія, ими незамѣчаемаго. Если признавать, что человѣкъ можетъ вліять на ходъ событій, можетъ измѣнять окружающія условія, можетъ выбирать между различными мотивами,—то вѣдь этимъ самымъ признается свобода воли. Что нибудь одно: или фатализмъ, или свобода воли,—tertium non datur.

А если детерминисты говорятъ, что они отрицаютъ лишь *безграничную* свободу, независимость воли отъ какихъ бы-то ни было мотивовъ, исключеніе ея изъ подчиненія закону причинности, то здѣсь опять недоразумѣніе.

Прежде всего и наше самосознаніе, и опытъ, показываютъ, что человѣкъ дѣйствительно *можетъ* дѣйствовать „наперекоръ всѣмъ мотивамъ“, можетъ изъ желанія доказать свободу воли совершить

---

*) *Введеніе въ философію*. Пер. С. Франка. 1908. Стр. 254. Здѣсь умѣстно будетъ привести слѣдующее прекрасное мѣсто изъ вступленія къ „Критикѣ понятія свободы воли“ Н. Я. Грота, цѣнное въ особенности въ виду того, что авторъ раньше былъ позитивистомъ: „Однако, спросимъ себя по совѣсти: могутъ ли быть прочны надежды на блага жизни, общій и высшій смыслъ которой вполнѣ утраченъ? Если уже гдѣ нибудь умѣстно слово *иллюзія*, то именно для обозначенія всѣхъ тѣхъ эфемерныхъ утѣшеній, которыми обманываютъ себя люди, похоронившіе вѣру въ высшія начала жизни, въ абсолютный смыслъ идей истины, добра и красоты, въ реальное значеніе противоположности духа и матеріи, въ дѣйствительность царства Бога или вѣчнаго разума во вселенной, въ существованіе безсмертной души и свободной воли. Весь ихъ „прогрессъ человѣчества“ есть безцѣльное толченіе воды, ихъ „альтруизмъ“—наивный самообманъ, ихъ „идеалы“—горькая иронія, ибо позади всѣхъ этихъ словъ, которыми они ограждаютъ свое душевное спокойствіе, виденъ зловѣщій призракъ небытія,—стихійное царство „хаоса“.

поступокъ, рѣзко противорѣчащій всему складу его характера, его привычкамъ, поступокъ, доставляющій ему только однѣ непріятности. Здѣсь хотя и есть безграничная свобода, но нельзя говорить ни о дѣйствіи безъ мотивовъ, ни о неподчиненіи закону причинности: мотивъ былъ,—доказать свободу воли, а причиной поступка явилось рѣшеніе этой воли. Само собою разумѣется, что такіе поступки представляютъ рѣдкое исключеніе, но это исключеніе подтверждаетъ правило, т. е. безусловную свободу воли.

И даже произволъ, хотя является низшей ступенью свободы, тѣмъ не менѣе входитъ въ составъ ея, какъ элементъ. Онъ долженъ быть подчиненъ высшимъ началамъ, но тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что „свобода *добра* неизбѣжно сопряжена со свободою *зла*; одна безъ другой не существуетъ“ (Чичеринъ).

§ **176**. На свободѣ воли основано все законодательство: только къ существу разумному, могущему свободно выбирать между различными мотивами, и адресуются юридическія нормы въ формѣ велѣній; только свободное волеизъявленіе обусловливаетъ дѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ, духовныхъ завѣщаній и т. п.; только свободная воля обосновываетъ отвѣтственность человѣка за свои поступки. Точно также и нравственность предполагаетъ свободу воли: только на свободномъ исполненіи нравственныхъ требованій и основано достоинство человѣка.

Если теперь поставить вопросъ: гдѣ глубочайшій источникъ свободы воли? на чемъ она основана?—то отвѣтъ вытекаетъ изъ всего предыдущаго изложенія. Истинная духовная сущность человѣка, его ноуменальное *Я*,—есть искра Божія. „Человѣкъ есть образъ и подобіе Бога“. А посему онъ и носитъ въ себѣ сознаніе идеи Абсолютнаго Источника всего сущаго. Только потому онъ и *можетъ* отрѣшиться отъ всѣхъ частныхъ опредѣленій, господствовать надъ всѣми мотивами и опредѣляться къ дѣйствію чисто изнутри себя.

Только потому человѣкъ свободенъ, только потому онъ и имѣетъ право на уваженіе, имѣетъ право быть самоцѣлью, что онъ есть существо метафизическое, которое и разумомъ, и чувствомъ возвышается надъ всѣмъ относительнымъ и стремится къ единенію съ Абсолютнымъ Источникомъ всего сущаго. Вотъ почему религія всегда была, есть и будетъ кореннымъ началомъ человѣческой жизни. (Чичеринъ).

§ **177**. Итакъ, это „исканіе Бога“, въ какихъ бы формахъ оно ни проявлялось, какими бы именами оно ни называлось, есть

источникъ человѣческой свободы, источникъ самоцѣнности личности; это то, что принципіально отличаетъ человѣка отъ животнаго. Личность, какъ носитель началъ разума и свободы, и является и источникомъ того, что совершенно отсутствуетъ въ животномъ общежитіи, а именно—*права*.

По поводу такого рѣзкаго выдѣленія человѣка отъ всего окружающаго міра надо замѣтить слѣдующее.

Если даже признать, что не существуетъ непроходимой пропасти между человѣкомъ и остальнымъ животнымъ царствомъ, что тутъ есть различіе лишь въ степени, то и тогда наше рѣзкое выдѣленіе (и вытекающіе отсюда важные выводы) будетъ имѣть солидное основаніе. Дѣло въ томъ, что согласно міровоззрѣнію, имѣющему глубокіе корни въ древности и развиваемому еще греческими гилозоистами и Аристотелемъ, продолжающемуся черезъ всю дальнѣйшую исторію мысли, а въ настоящее время пріобрѣтающему господствующій характеръ даже среди естественниковъ, *все* въ природѣ одухотворено, но только въ различной степени; безусловно мертвой матеріи нѣтъ, и дѣленіе природы на одушевленную и неодушевленную есть дѣленіе чисто-условное. И вотъ, эта одухотворенность принимаетъ все высшія и высшія формы, поднимаясь по соотвѣтствующимъ ступенямъ, начиная съ камня, продолжая растеніемъ, животнымъ и оканчиваясь человѣкомъ. Человѣкъ и есть послѣднее звено въ этой непрерывной цѣпи развитія. Въ человѣкѣ природа сознаетъ самое себя.

Но если даже принять цѣликомъ, безъ оговорокъ, все это ученіе, то логическимъ выводомъ изъ него будетъ совершенно исключительное положеніе человѣка среди окружающей природы. Вѣдь онъ есть *послѣднее* звено; а стало быть въ немъ ярче всего, полнѣе всего, въ чистомъ видѣ проявляется то начало, которое составляетъ основной принципъ всей міровой жизни, т. е. начало духовное. Отсюда и рѣзкое отличіе человѣческаго общежитія отъ животнаго; отсюда недопустимость трактованія человѣка, какъ животнаго; отсюда—существованіе права только среди людей.

§ **178**. Наряду съ изложеннымъ въ предыдущемъ параграфѣ міровоззрѣніемъ всегда существовало и существуетъ другое, защищаемое многими выдающимися мыслителями. Согласно этому міровоззрѣнію существуетъ непроходимая пропасть между человѣкомъ и животнымъ; они различаются принципіально, а не только количественно. (Кромѣ того—человѣкъ не есть вѣнецъ, завершеніе, всего мірозданія.).

Здѣсь совершенно невозможно входить въ оцѣнку этихъ, казалось бы діаметрально-противоположныхъ, міровоззрѣній и излагать синтетическое міровоззрѣніе, примиряющее обѣ крайности. Замѣтимъ лишь, что во всякомъ случаѣ человѣкъ долженъ рѣзко выдѣляться изъ всего окружающаго міра, а человѣческое общежитіе носить черты, принципіально отличающія его отъ общежитія животныхъ. Одной изъ такихъ чертъ и является *право*. Оно существуетъ только потому, что существуетъ человѣкъ, какъ носитель высшей духовной жизни, какъ носитель началъ, отсутствующихъ у животныхъ, какъ самоцѣльная личность, не могущая быть превращаемой въ средство для постороннихъ ей цѣлей. *)

§ **179**. Но человѣкъ можетъ жить и развиваться только въ обществѣ. Такимъ образомъ общество есть *безусловно необходимая* основа для духовной эволюціи личности.

Общество состоитъ изъ людей. Каждый человѣкъ есть, какъ мы видѣли, индивидуумъ, *своеобразная* духовная сущность, монада. Нѣтъ двухъ древесныхъ листьевъ тождественныхъ, тѣмъ болѣе нѣтъ и не можетъ быть двухъ людей тождественныхъ духовно; у каждаго свой личный духовный міръ. И если на низшихъ ступеняхъ культуры между людьми преобладаетъ сходство, то на высшихъ все болѣе и болѣе развивается *индивидуальность*. Нерѣдко это развитіе принимаетъ такую острую форму, что дѣлается даже источникомъ страданія (чувство одиночества среди массы духовно-чуждыхъ людей).

Какъ примиряется развитіе индивидуальности съ развитіемъ солидарности, увидимъ дальше. А пока для насъ важно, что развитіе индивидуальности есть неисчерпаемый источникъ различій между людьми. Безконечное разнообразіе преслѣдуемыхъ людьми интересовъ неизбѣжно порождаетъ столкновенія. Каждый человѣкъ стремится расширить сферу своей свободы.

И если бы каждый во имя своей свободы сталъ дѣлать все, что ему угодно, общежитіе сдѣлалось бы невозможнымъ. Абсолют-

---

*) Б. Н Чичеринъ заканчиваетъ главу о личности въ своей „Философіи права“ перечисленіемъ основныхъ свойствъ, характеризующихъ природу личности. Эти свойства слѣдующія: 1) личность есть постоянно пребывающая *сущность*, а не мимолетное явленіе; 2) эта сущность *единичная* (индивидуальная); 3) эта сущность *духовная*, т. е. одаренная разумомъ и волею; 4) воля этого единичнаго существа признается свободною, и вслѣдствіе этого ей присвоиваются *права;* 5) личности присвоивается извѣстное достоинство, въ силу котораго она требуетъ къ себѣ уваженія· человѣкъ есть цѣль, а не средство.

ная, безграничная свобода одного означала бы превращеніе окружающихъ въ средство для цѣлей этого одного. Кромѣ того, какъ увидимъ изъ соотвѣтствующихъ ученій, организованное общежитіе есть начало самостоятельное, требующее извѣстнаго ограниченія свободы личности. Такимъ образомъ мы получаемъ чрезвычайно важный выводъ: общежитіе возможно только тогда, *когда свобода одного мирно сосуществуетъ со свободой всѣхъ окружающихъ*. А это возможно только при такомъ порядкѣ, гдѣ *каждому отмежевывается опредѣленная сфера свободы*. Въ этой сферѣ онъ полный хозяинъ, онъ не опасается ничьихъ вторженій, но въ тоже время не можетъ посягать и на сферу свободы всѣхъ остальныхъ.

§ **180**. Что же является факторомъ, создающимъ для каждаго члена общежитія принадлежащую ему сферу свободы? Такимъ факторомъ является общая для всѣхъ этическая *норма*, регулирующая внѣшнее поведеніе людей. *Эта норма и превращаетъ свободу въ право*. При этомъ надо имѣть въ виду, что рѣчь идетъ о *свободѣ внѣшней*, выражающейся въ различнаго рода дѣйствіяхъ людей, ихъ поведеніи. Такимъ образомъ понятіе права складывается изъ двухъ элементовъ: 1) внѣшней свободы и 2) опредѣляющей эту свободу нормы.

А если мы припомнимъ установленные нами формальные признаки юридической нормы (§ 90), то получимъ такое опредѣленіе: *право есть система этическихъ нормъ, безусловно обязательныхъ для всѣхъ безъ исключенія членовъ общежитія, санкціонированныхъ и гарантированныхъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ даннаго общежитія, регулирующихъ внѣшнюю свободу* Итакъ, высшее родовое понятіе есть понятіе *нормъ вообще*, видовое понятіе—этическія нормы; дальнѣйшее подраздѣленіе—этическія нормы, регулирующія внѣшнюю свободу, внѣшній распорядокъ жизни; и наконецъ, послѣднее подраздѣленіе—нормы безусловно обязательныя, санкціонированныя и гарантированныя высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ.

§ **181**. Мы приходимъ къ выводу, что содержаніемъ юридическихъ нормъ является не сила, не интересы, не экономика и т. д., а внѣшняя свобода человѣка. Изъ этого видно, что *право есть начало формальное*. Его задача—опредѣлить внѣшній распорядокъ жизни даннаго общежитія, установить твердыя и точныя границы принадлежащихъ каждому члену сферъ внѣшней свободы. Эти сферы наполняются самымъ разнообразнымъ содер-

жаніемъ, порождаемымъ развитіемъ жизни. Это жизненное содержаніе оказываетъ вліяніе на происхожденіе, измѣненіе и развитіе юридическихъ нормъ. Но надо твердо помнить, что существо права вовсе нельзя свести къ защитѣ указаннаго жизненнаго содержанія. Защита „существуетъ лишь во имя того, что она призвана защищать. Юридическая защита дается только юридическому началу, т. е. праву; поэтому, не она составляетъ существо права, а то, что ею охраняется". (Чичеринъ). А охраняется здѣсь начало не матеріальное (напр. интересы), а идеальное—свобода, какъ одно изъ проявленій глубочайшей сущности человѣка.

§ 182. Противъ признанія (внѣшней) свободы содержаніемъ права часто приводятъ возраженія, съ перваго взгляда очень сильныя.

Говорятъ, что не можетъ быть и рѣчи о свободѣ, какъ о содержаніи права, потому что существовала и существуетъ масса несомнѣнно *юридическихъ* нормъ, содержаніемъ которыхъ является не свобода, а совершенно противоположное начало. Напр. нормы права, устанавливающія рабство, крѣпостное состояніе, стѣсненіе свободы слова, свободы собраній, свободы передвиженія, свободы совѣсти и т. п.

Это возраженіе есть плодъ недоразумѣнія. Защищаемая нами теорія не говоритъ, что юридической нормои называется только такая норма, которая *надѣляетъ* свободой членовъ общежитія, *расширяетъ* сферы ихъ внѣшней свободы. Теорія говоритъ, что юридическія нормы *опредѣляютъ*, *регулируютъ внѣшнюю свободу*. Это значитъ, что сообразно условіямъ мѣста и времени внѣшняя свобода однихъ членовъ общежитія расширяется, другихъ съуживается, третьихъ—вовсе уничтожается въ тѣхъ или иныхъ отношеніяхъ.

Почему же тогда мы называемъ *правомъ* содержаніе такой юридической нормы, которая уничтожаетъ или сводитъ къ минимуму внѣшнюю свободу? Что касается такихъ нормъ, какъ нормы, устанавливающія рабство (т. е. совсѣмъ уничтожающихъ сферу свободы человѣка), то *правовой характеръ ихъ обусловленъ только тѣмъ, что онѣ расширяютъ сферу свободы (власти) рабовладѣльцевъ*. Очевидно, что содержаніемъ ихъ является свобода, власть, рабовладѣльцевъ*). Точно также, содержаніемъ юридическихъ

*) Отношеніе между терминами *свобода* и *власть* будетъ выяснено въ отдѣлѣ о субъективномъ правѣ. § 506—507.

нормъ, упраздняющихъ свободу собраній, свободу печати и т. п. является внѣшняя свобода, власть, соотвѣтствующихъ органовъ, агентовъ государства, уполномоченныхъ принимать извѣстныя мѣры противъ лицъ, нарушающихъ означенныя нормы. Содержаніемъ же такихъ нормъ, которыя лишь съуживаютъ (но не упраздняютъ совсѣмъ) сферу свободы тѣхъ или иныхъ лицъ, является и соотвѣтственная, расширенная сфера другихъ лицъ, и та, хотя ограниченная, но все же существующая сфера, которая остается въ обладаніи „обдѣленныхъ“ лицъ.

И само собою разумѣется, что не можетъ быть одной и той же мѣры свободы для всѣхъ временъ и народовъ. Все зависитъ отъ условій мѣста и времени, только изучивъ которыя мы можемъ понять, что многія ограниченія свободы, кажущіяся на первый взглядъ неправильными, на самомъ дѣлѣ являются разумными и цѣлесообразными*).

§ **183**. Иногда упрекаютъ теорію свободы въ смѣшеніи „чисто-теоретической“ точки зрѣнія съ точкой зрѣнія „политической“, т. е. утверждаютъ, что эта теорія не даетъ отвѣта на вопросъ: что такое право по своему содержанію? а лишь говоритъ о томъ, какое содержаніе является желательнымъ, цѣннымъ для права.

Изъ предыдущаго параграфа ясно, что этотъ упрекъ есть также плодъ недоразумѣнія: право *всегда* и *вездѣ* является *опредѣленіемъ***), регулированіемъ, внѣшней свободы.

Наконецъ теорію свободы пытаются опровергнуть ссылками на дѣтей и слабоумныхъ: они обладаютъ правами, а между тѣмъ свободы у нихъ нѣтъ.

Подробнѣе объ этомъ возраженіи будетъ сказано въ отдѣлѣ о субъективномъ правѣ, а пока замѣтимъ, что теорія свободы есть теорія идеалистическая, исходящая изъ признанія безусловной цѣнности человѣческой личности, независимо отъ той оболочки, въ которой воплощается „искра Божія“. А слѣдовательно, не смотря на неизбѣжныя ограниченія свободы, и у дѣтей, и у слабоумныхъ остается опредѣленная сфера свободы, которая и является ихъ правомъ.

§ **184**. *Изъ того, что право есть начало формальное (§ 181), слѣдуетъ, что оно не можетъ вмѣшиваться въ то, что дѣлаетъ*

---

*) Для правильнаго пониманія этого положенія необходимо имѣть въ виду главу о естественномъ правѣ.

**) Этотъ терминъ мы признаемъ лучшимъ чѣмъ терминъ „*ограниченіе*“ въ виду односторонняго характера послѣдняго.

каждый въ отмежеванной ему сферѣ внѣшней свободы, какимъ содержаніемъ онъ ее наполняетъ.

Это—чрезвычайно важное положеніе, богатое послѣдствіями. Во всей полнотѣ онѣ могутъ быть развиты лишь на протяженіи соотвѣтствующихъ отдѣловъ курса. А пока отмѣтимъ слѣдующее. Право не можетъ стремиться къ *матеріальному* равенству людей, потому что тогда ему пришлось бы вести безсильную борьбу съ тѣмъ принципомъ, который является источникомъ всей соціальной жизни, съ принципомъ индивидуальности (§ 179). А разъ люди и физически, и духовно, безконечно различаются между собою, то естественно, что и результаты ихъ дѣятельности должны быть различны. И если въ предѣлахъ предоставленныхъ имъ сферъ внѣшней свободы одни достигаютъ богатства, другіе—средняго достатка, третьи—нищенствуютъ, то съ точки зрѣнія права мы имѣемъ вполнѣ нормальныя явленія.

Среди кипучей жизни съ ея борьбой страстей и интересовъ право заботиться не о томъ, чтобы сдѣлать всѣхъ людей напр., одинаково зажиточными, а о томъ, чтобы *естественное* неравенство людей не превращалось бы въ неравенство *юридическое*, чтобы оно не принимало уродливыхъ формъ и не вырождалось въ порабощеніе однихъ людей другими и въ превращеніе ихъ въ простыя средства.

§ 185. Основная же задача права есть синтезъ двухъ на первый взглядъ непримиримыхъ началъ: личнаго и общественнаго.

Съ одной стороны общество есть необходимая основа, на которой только и можетъ развиваться личность; общество не есть простой механическій аггрегатъ личностей. Но съ другой стороны личность есть самоцѣль, она есть краеугольный камень всего общественнаго зданія. Отсюда вытекаетъ руководящій идеалъ для права: необходимость предоставленія ей такой сферы внѣшней свободы, при которой было бы обезпечено полное и всестороннее развитіе индивидуальности. *Фуллье* совершенно правъ, видя соціальный идеалъ въ такомъ общежитіи, гдѣ каждый членъ наиболѣе полно и всесторонне развилъ свою индивидуальность и гдѣ вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ проникнуты чувствами солидарности и братства. Въ сущности такой же идеалъ указываетъ и *Чичеринъ:* общежитіе, гдѣ царствуетъ наибольшая степень свободы личности и гдѣ нравственный законъ господствуетъ надъ всѣми отношеніями.

Въ сущности развитіе индивидуальности и развитіе солидарности взаимно обусловливаются. Въ самомъ дѣлѣ: какой эффектъ

произведетъ на нашъ духовный міръ все болѣе и болѣе *полное* знакомство съ духовнымъ міромъ другихъ людей? Что будетъ съ нами, если мы будемъ глубже узнавать другихъ людей, научимся ихъ понимать, будемъ чувствовать къ нимъ симпатію? А будетъ то, что нашъ духовный міръ обогатится, наша индивидуальность разовьется полнѣе.

И тотъ человѣкъ, духовный міръ котораго обнялъ бы все человѣчество, былъ бы наиболѣе богатой, наиболѣе полно развитой *личностью*. Эгоизмъ, возведенный въ принципъ, губитъ личность.

§ **186**. Вотъ почему теорія „сверхчеловѣка“ Ницше, или блестяще развитая Ренаномъ теорія безграничной власти *небольшой* группы избранныхъ духовнымъ аристократовъ, этого вѣнца всего развитія, надъ массами народа,—эти теоріи не смотря на свои цѣнныя стороны находятся въ непримиримомъ противорѣчіи съ идеалистической теоріей права. Личность, только потому, что она есть личность, т. е. своеобразная духовная сущность, носитель идеи Абсолютнаго, *способный къ безконечному развитію своего духовнаго міра*, не можетъ быть превращаема въ средство для расцвѣта жизни „сверхчеловѣка“.

Изъ того, что одна группа людей живетъ высшей духовной жизнью, а другая недалеко ушла отъ животныхъ,—вовсе не вытекаетъ права для первой группы третировать вторую, какъ животныхъ. Здѣсь-то право и обезпечиваетъ эту вторую группу отъ такихъ посягательствъ, ибо передъ его лицемъ—и представитель высшей духовной жизни, и *выродившійся обитатель трущобъ* большого города, равны. Подобныя различія влекутъ за собою (и должны влечь) главнымъ образомъ различія въ правахъ *политическихъ*, но не могутъ имѣть никакого значенія для основныхъ правъ, правъ *гражданскихъ*.

§ **187**. Чтобы закончить эту главу и наглядно показать все принципіальное различіе между идеалистической теоріей права и противоположными теоріями („матеріалистическія“) возьмемъ гипотетическій рѣзкій примѣръ.

Умираетъ милліардеръ, у котораго сынъ, единственный наслѣдникъ, давнымъ давно безъ вѣсти пропалъ. Въ виду возможной смерти сына милліардеръ составилъ духовное завѣщаніе, по которому все свое колоссальное состояніе передалъ цѣлому ряду общеполезныхъ культурныхъ учрежденій: нѣсколькимъ университетамъ, музеямъ, библіотекамъ, театрамъ, благотворительнымъ обществамъ, консерваторіямъ и т. д. Душеприказчики, получивъ свѣдѣнія о

смерти сына, привели въ исполненіе волю завѣщателя, и всѣ указанныя учрежденія сдѣлались обладателями крупныхъ суммъ. Между тѣмъ оказывается, что сынъ милліардера живъ и уже много лѣтъ какъ окончательно превратился въ босяка, въ „бывшаго человѣка“ Ловкій дѣлецъ узналъ обо всемъ, и вотъ нашъ босякъ предъявляетъ до истеченія срока давности въ судъ иски ко всѣмъ учрежденіямъ, незаконно пользующимся наслѣдствомъ милліардера.

Здѣсь на одной чашѣ вѣсовъ Ѳемиды находятся весьма важные культурно-общественные интересы, а на другой—право босяка, который изъ своихъ денегъ сдѣлаетъ самое невыгодное для общества употребленіе Съ точки зрѣнія „реалистическихъ теорій“ судъ долженъ въ искѣ отказать, между тѣмъ съ точки зрѣнія идеалистической теоріи вѣсы Ѳемиды склоняются въ сторону босяка. Очевидно, этимъ наносится самый существенный вредъ общественнымъ интересамъ, но зато непоколебимо стоитъ идеальный принципъ, а именно: уваженіе къ личности и ненарушимость ея права въ связи съ ненарушимостью права вообще.—А такъ какъ суды всѣхъ культурныхъ государствъ рѣшили бы нашъ случай въ пользу босяка, то отсюда ясно, что положительное право, на которое такъ любятъ ссылаться юристы-позитивисты, есть реализація тѣхъ началъ, которыя лежатъ въ основѣ *идеалистической* теоріи, и что, стало быть, „реалистическія“ теоріи не соотвѣтствуютъ реальной жизни.

ГЛАВА IV

Право и нравственность.

§ **188.** Сущность права, содержаніе его нормъ, станетъ для насъ еще яснѣе, когда мы разсмотримъ отношеніе его къ родственной области—нравственности (морали).

Всѣ многочисленныя теоріи взаимоотношенія права и нравственности могутъ быть сведены къ нѣсколькимъ типамъ.

Первый типъ. Сущность этихъ теорій можетъ быть выражена въ слѣдующихъ положеніяхъ. Нѣтъ никакой принципіальной разницы по содержанію между правомъ и нравственностью. *Каждое* требованіе нравственности можетъ быть облечено въ форму юридической нормы; только эта форма и создаетъ право. Вопросъ же о превращеніи чисто-нравственнаго требованія въ юридическую норму есть вопросъ цѣлесообразности. Онъ рѣшается государственной властью по цѣлому ряду практическихъ соображеній.

Что эти теоріи были извлечены изъ самой жизни, доказывается массой фактовъ. Практика т. наз. полицейскаго государства и просвѣщеннаго абсолютизма представляетъ собою полное торжество принциповъ этихъ теорій. И до сихъ поръ еще положительное право даетъ примѣры, повидимому доказывающіе правильность отожествленія по содержанію нормъ юридическихъ и нравственныхъ (вспомнимъ, хотя бы статью нашего X тома, предписывающую мужу любить свою жену).

Неизбѣжнымъ результатомъ такого положенія дѣла явилось чрезмѣрное расширеніе правъ государства за счетъ правъ личности: вся жизнь личности во всѣхъ ея проявленіяхъ, его чувства, его мысли, его самыя интимныя отношенія, могутъ быть предметомъ государственной регламентаціи. Государство, руководствуясь принципами общаго блага и благополучія всѣхъ и каждаго, призвано между прочимъ вести гражданъ къ лучшей, нравственной жизни. А посему оно можетъ принудительнымъ путемъ проводить въ жизнь нравственныя начала. Напр., оно можетъ наказывать за нежеланіе работать, за неоказаніе помощи нуждающемуся, за безнравственное поведеніе въ самыхъ разнообразныхъ его проявленіяхъ.

§ **189.** Къ этому же типу относится (какъ это ни странно съ перваго взгляда) и воззрѣніе на интересующій насъ вопросъ психологической теоріи права. Въ самомъ дѣлѣ: по этой теоріи

нѣтъ и не можетъ быть такихъ признаковъ содержанія нормъ, которые были бы отличительными для права или для нравственности; правовыя переживанія по своему интеллектуальному составу ничѣмъ не отличаются отъ нравственныхъ. „Единственное различіе состоитъ въ характерѣ эмоцій, въ аттрибутивной природѣ переживаемаго моторнаго возбужденія". Т. е., если субъектъ переживаетъ въ своей психикѣ извѣстное содержаніе такимъ образомъ, что онъ приписываетъ себѣ или другимъ соотвѣтствующія права и „закрѣпленныя" обязанности, мы получаемъ право. *)

Отсюда выводъ: достаточно, чтобы представители государственной власти переживали, напр., чисто-нравственныя требованія: „не лги" и „помогай нуждающемуся" какъ правовыя, и мы получимъ юридическія нормы, карающія за всякую ложь, за всякій отказъ нищему въ просимой милостынѣ и т. п. Вѣдь психическія переживанія, какъ таковыя, равноцѣнны, и у каждаго человѣка могутъ быть свои, совершенно отличныя отъ остальныхъ, психическія переживанія. А такъ какъ только эти переживанія и представляютъ собою настоящее право, т. к. для оцѣнки ихъ нельзя апеллировать къ какому бы то ни было высшему праву, то и для представителя психологической теоріи, и для защитника чистаго полицейскаго государства, нѣтъ и не можетъ быть никакихъ принципіальныхъ границъ государственнаго вмѣшательства въ личную жизнь гражданъ.

§ **190** *Второй типъ*. Эти теоріи представляютъ собою діаметральную противоположность только что разсмотрѣннымъ. Право и нравственность—это двѣ совершенно самостоятельныя области, не имѣющія между собою ничего общаго. Наиболѣе типичный изъ представителей такого рѣзкаго отдѣленія права отъ нравственности, Фихте въ третьемъ томѣ своихъ сочиненій (Grundlage des Naturrechts, стр. 10 и сл., стр. 54 и др.) выводитъ право изъ самостоятельнаго источника, а именно изъ необходимыхъ, данныхъ самой природой, отношеній между разумными и свободными существами. Здѣсь-то оно и заимствуетъ свою силу, а вовсе не изъ нравственныхъ началъ. Фихте даже говоритъ, что въ области права только физическая сила даетъ надлежащую санкцію.

Эти теоріи во многомъ обязаны своимъ развитіемъ той естественной реакціи, которая возникла противъ полицейскаго государ-

*) *Петражицкій*. Теорія права. I, 299, 81 и слѣд.

ства съ его чрезмѣрной опекой надъ личностью. Они легли въ основу теоріи „правового государства“, типичный представитель которой, Гумбольдтъ, требовалъ полнаго невмѣшательства государства въ личную и общественную жизнь и ограничивалъ его задачи охраной безопасности и права *).

Если неправильность первыхъ теорій заключается въ ихъ крайней односторонности (онѣ слишкомъ преувеличили несомнѣнно существующую связь права и нравственности, ихъ родство) и вытекающихъ отсюда печальныхъ результатахъ для свободы личности, то теоріи второго типа страдаютъ противоположной односторонностью. Правильно подмѣтивъ самостоятельный характеръ права, его отличіе отъ нравственности, онѣ слишкомъ преувеличили эту самостоятельность.

Уже совпаденіе содержанія многихъ юридическихъ и нравственныхъ нормъ (напр. запрещеніе убійства) достаточно ясно показываетъ, что *принципіальнаго* различія между обѣими областями нѣтъ. Кромѣ того, если мы оторвемъ право отъ его этическихъ основъ, поставимъ его внѣ всякой связи съ нравственнымъ порядкомъ, тогда мы неизбѣжно придемъ къ выводу, что единственной санкціей его является физическая сила.

§ **191**. *Третій типъ*. Эти теоріи не отожествляютъ областей права и нравственности, но, исходя изъ несомнѣннаго родства ихъ и изъ тождества содержанія многихъ юридическихъ и нравственныхъ нормъ, утверждаютъ, что право есть извѣстная часть нравственности. А чтобы рѣшить вопросъ, *какая же* это часть нравственности, выдвигается теорія, имѣющая многихъ крупныхъ представителей, теорія *этическаго минимума*. По мнѣнію Іеллинека право есть совокупность такихъ нравственныхъ требованій, которыя въ данную эпоху у даннаго народа признаются безусловно-необходимыми для существованія общежитія, безъ которыхъ общежитіе сдѣлалось бы невозможнымъ. Вотъ почему исполненіе такихъ требованій нельзя предоставить доброй волѣ каждаго, а необходимо гарантировать ихъ авторитетомъ государства, т. е. превратить эту часть нравственности въ право.

---

*) Что реакція противъ полицейскаго государства не была единственной причиной возникновенія разсматриваемаго типа теорій, видно хотябы изъ сочиненій того же Фихте: въ своемъ „Замкнутомъ торговомъ государствѣ“ и „Прикладномъ естественномъ правѣ“ онъ развиваетъ положенія, подъ которыми обѣими руками подписались бы защитники полицейскаго государства.

У насъ теорію этическаго минимума защищалъ такой во всѣхъ отношеніяхъ выдающійся мыслитель, какъ Вл. Соловьевъ, философъ, которымъ мы можемъ гордиться передъ Европой. Въ своей превосходной (не смотря на рядъ крупныхъ дефектовъ) книгѣ „Оправданіе добра“ онъ находитъ, что дѣйствительная организація нравственной жизни въ человѣчествѣ возможна только на почвѣ права и его воплощенія—государства. Нравственная проповѣдь, лишенная объективныхъ посредствъ и опоръ въ чуждой ей реальной средѣ, осталась бы въ лучшемъ случаѣ невиннымъ пустословіемъ, а само право съ другой стороны, при полномъ отдѣленіи своихъ формальныхъ понятій отъ ихъ нравственныхъ принциповъ и цѣлей, потеряло бы свое безусловное значеніе и ничѣмъ бы не отличалось отъ произвола. Вмѣсто нравственнаго совершенства юридическій законъ требуетъ низшей, минимальной степени нравственнаго состоянія, лишь фактической задержки извѣстныхъ проявленій безнравственной воли. Съ нравственной стороны нельзя отрицать, что требованіе добросовѣстнаго исполненія долговыхъ обязательствъ, воздержанія отъ убійствъ, грабежей,—есть требованіе хотя и элементарнаго, но все-таки добра, а не зла; а если мы обязаны любить враговъ, то тѣмъ болѣе мы обязаны уважать жизнь и имущество всѣхъ нашихъ ближнихъ. Безъ исполненія этихъ низшихъ требованій нельзя исполнить высшихъ заповѣдей. Такимъ образомъ право есть низшій предѣлъ, опредѣленный минимумъ нравственности. Далѣе. Изъ неограниченной природы нравственныхъ требованій вытекаетъ полная невозможность точно указать, въ какихъ именно дѣйствіяхъ должна реализоваться данная нравственная норма. Право, напротивъ, точно указываетъ опредѣленныя дѣйствія, которыя должны быть совершены, или отъ которыхъ надо воздержаться. Но вѣдь тутъ нѣтъ никакой противоположности между правомъ и нравственностью: исполненіе юридическаго закона, исполненіе извѣстныхъ дѣйствій, можетъ сопровождаться нравственнымъ настроеніемъ; а кромѣ того и для нравственности необходимо, чтобы это настроеніе выразилось въ какихъ либо поступкахъ. Съ этой точки зрѣнія право можно опредѣлить, какъ реализацію минимума добра. А такъ какъ право дѣйствуетъ принудительно, то Соловьевъ даетъ въ концѣ концовъ такое опредѣленіе: право есть принудительное требованіе реализаціи опредѣленнаго минимальнаго добра, или порядка, недопускающаго извѣстныхъ проявленій зла.

§ **192.** Къ изложенной аргументаціи Соловьева надо прибавить аргументы, выставляемые теоріями перваго типа (тождество содержанія массы юридическихъ и нравственныхъ нормъ: историческій фактъ превращенія многихъ чисто-нравственныхъ требованій въ юридическія), а также слѣдующіе аргументы, развитые главнымъ образомъ Іеллинекомъ. 1) Основа дѣйствія права—вовсе не внѣшнее принужденіе, а внутреннее убѣжденіе людей въ разумности или цѣлесообразности юридическихъ нормъ; слѣдовательно, какъ дѣйствія чисто-нравственныя, такъ и дѣйствія просто легальныя, обусловлены внутреннимъ убѣжденіемъ человѣка; 2) говорятъ, что для права важны только внѣшнія дѣйствія, внѣшній результатъ безотносительно къ мотивамъ, обусловившимъ этотъ результатъ; между тѣмъ мы видимъ, въ особенности въ уголовномъ правѣ, первостепенную важность мотивовъ для юридической квалификаціи результата; и 3) право никогда не предписываетъ совершенія безнравственныхъ дѣйствій.

Наконецъ относительно указаній на конфликты между правомъ и нравственностью проф. *А. Ященко**) дѣлаетъ цѣнныя замѣчанія, устраняющія многія недоразумѣнія: нельзя аргументировать въ пользу противоположности нормъ нравственности и права, ссылаясь на юридическія нормы одной эпохи, на извѣстной ступени культурнаго развитія народа, и противополагая имъ нормы нравственности болѣе высокой ступени развитія, болѣе поздней эпохи. Кромѣ того, если сравниваются юридическія и нравственныя нормы опредѣленной соціальной среды, то нельзя противополагать юридическимъ нормамъ чисто-субъективныя нравственныя воззрѣнія сравнивающаго.

§ **193.** Нельзя отрицать солидности аргументаціи теорій этическаго минимума. Эти теоріи безповоротно рѣшили вопросъ о пріемлемости теорій второго типа, доказавъ безусловную неправильность существованія непроходимой пропасти между правомъ и нравственностью. Эти теоріи неотразимо доказали, что часть нравственныхъ нормъ представляетъ собою вмѣстѣ съ тѣмъ и нормы юридическія.

Но доказала ли теорія то, что представляетъ собою центръ тяжести ея, а именно, что кромѣ только что указанныхъ юридическихъ нормъ нѣтъ, и не можетъ быть другихъ юридическихъ нормъ, имѣющихъ самостоятельное, независимое отъ нравственности со-

---

*) *Теорія федерализма.* 1912 г. Стр. 122—12[illegible].

держаніе? Вѣрно ли, что *всѣ* юридическія нормы суть одновременно и нормы нравственности?

И вотъ на эти вопросы приходится отвѣтить отрицательно. Такимъ образомъ теорія этическаго минимума, болѣе приблизившись къ истинѣ, чѣмъ теоріи первыхъ двухъ типовъ, тѣмъ не менѣе не можетъ быть принята, такъ какъ заключаетъ въ себѣ хотя и бо́льшую, чѣмъ предыдущія, но все таки лишь часть истины. Посмотримъ, въ чемъ заключаются слабыя стороны разсматриваемыхъ теорій.

§ **194**. Прежде всего факты реальной жизни показываютъ, что существуетъ огромная масса юридическихъ нормъ, не имѣющихъ къ области нравственности никакого отношенія. Содержаніе ихъ, если его оцѣнивать съ нравственной точки зрѣнія, является нравственно безразличнымъ: оно ни нравственно, ни безнравственно.

Содержатель торговаго заведенія обязанъ вывѣсить на видномъ мѣстѣ патентъ на право торговли. Пріобрѣсть право собственности на землю можно лишь при соблюденіи извѣстныхъ формальностей. Вексель, не протестованный въ теченіи извѣстнаго срока, теряетъ силу вексельнаго права и превращается въ простое обязательство. Для полученія каѳедры въ университетѣ требуется выдержать магистерскій экзаменъ и имѣть ученую степень. Апелляціонная жалоба по нѣкоторымъ гражданскимъ дѣламъ должна быть подана до истеченія мѣсячнаго срока со дня рѣшенія. Виновный въ контрабандѣ подвергается такому-то наказанію и т. д., и т. д. до безконечности.

Защитники теорій этическаго минимума пытаются опровергнуть этотъ аргументъ, приводя главнымъ образомъ слѣдующія соображенія. 1) Хотя и существуютъ нравственно-безразличныя юридическія нормы, но эти нормы надо оцѣнивать съ точки зрѣнія того цѣлаго, которому онѣ служатъ, въ которое онѣ входятъ, какъ органическія части. А это цѣлое есть право, какъ часть одного этическаго порядка, не могущая никоимъ образомъ быть противополагаемой понятію добра. 2) Нравственно-безразличныя юридическія нормы не самостоятельны, онѣ не имѣютъ цѣнности сами по себѣ, а лишь въ связи съ другими юридическими нормами. Эти нормы носятъ чисто-техническій характеръ: цѣль ихъ— обезпечить ненарушимость юридическихъ нормъ болѣе высокаго порядка, нормъ первичныхъ. 3) Нѣкоторыя повидимому нравственно-безразличныя юридическія нормы при ближайшемъ ихъ изученіи оказываются обладающими нравственнымъ содержаніемъ.

§ **195.** Всѣ эти соображенія не опровергаютъ того аргумента, на который онѣ направлены.

Ad 1) Совершенно вѣрно, что *право въ цѣломъ* служитъ добру, что оно есть часть одного общаго этическаго порядка. Но прежде всего нельзя отожествлять понятій *общаго этическаго порядка* и *нравственности*, какъ части этого порядка. А самое главное—изъ того, что право въ цѣломъ служитъ добру, вовсе не слѣдуетъ, что всѣ безъ исключенія юридическія нормы имѣютъ *нравственное* содержаніе. Это все равно, какъ если бы мы сказали: міръ, *какъ цѣлое*, есть красота, гармонія, разумъ и добро, а значитъ и всѣ явленія міровой жизни *сами по себѣ* и красивы, и хороши, и разумны.

Ad 2) Совершенно вѣрно, что масса юридическихъ нормъ имѣютъ вторичный, третичный и т. д. характеръ, что онѣ представляютъ одно цѣлое съ тѣми первичными нормами, для гарантіи которыхъ онѣ существуютъ. Но что же изъ этого слѣдуетъ? *Теряютъ ли поэтому вторичныя и третичныя нормы свой юридическій характеръ?* Конечно нѣтъ. И мы получаемъ все таки огромную массу юридическихъ нормъ съ безразличнымъ для нравственности содержаніемъ. Всѣ онѣ регулируютъ внѣшнюю свободу, разграничиваютъ сферы власти, но не заключаютъ въ себѣ ничего ни нравственнаго, ни безнравственнаго. Кромѣ того понятіе „вторичной“ юридической нормы имѣетъ условный характеръ: она является вторичной лишь по отношенію къ нормѣ высшаго порядка, между тѣмъ по отношенію къ нормамъ низшаго порядка она первична. И вотъ можно найти не мало такихъ юридическихъ нормъ высшихъ порядковъ, которыя обладаютъ безразличнымъ съ точки зрѣнія нравственности содержаніемъ (напр., обязательная подпись министра на извѣстныхъ актахъ монарха; обязанность монарха созвать новый парламентъ въ опредѣленный срокъ послѣ роспуска стараго; законъ, опредѣляющій необходимые признаки векселя, и т. д.). А если скажутъ, что и такія нормы суть вторичныя, то, идя логически по этому пути, мы постепенно будемъ упразднять первичный характеръ все меньшаго и меньшаго количества юридическихъ нормъ, пока не дойдемъ до нѣсколькихъ основныхъ, самаго общаго характера. Эти нормы конечно будутъ одновременно и юридическими, и нравственными. И мы тогда получимъ то, о чемъ говорилось въ первомъ пунктѣ настоящаго параграфа: право въ его цѣломъ служитъ добру, право есть часть одного общаго этическаго порядка. Но это не исклю-

чаетъ существованія огромной массы юридическихъ нормъ нравственно безразличныхъ.

Ad 3) Наконецъ, если бы даже *нѣкоторыя* изъ нравственно-безразличныхъ юридическихъ нормъ и оказались при ближайшемъ изученіи обладающими нравственнымъ содержаніемъ (а такихъ во всякомъ случаѣ окажется немного), то это нисколько не мѣняетъ положенія дѣла: вѣдь остальныя (и огромное большинство) все таки будутъ нравственно безразличными.

§ **196.** Уже одинъ фактъ существованія нравственно безразличныхъ юридическихъ нормъ говоритъ противъ теоріи этическаго минимума. Разъ теорія не можетъ объяснить всѣхъ фактовъ, идетъ вразрѣзъ съ массой фактовъ, слѣдовательно она не выражаетъ собою истины.

Но противъ теоріи этическаго минимума можно привести еще и другіе аргументы.

Жизнь даетъ примѣры юридическихъ нормъ, не только безразличныхъ съ точки зрѣнія нравственности, но прямо противныхъ нравственности, безнравственныхъ. Укажемъ для примѣра на регламентацію проституціи и домовъ терпимости. Мы беремъ юридическія нормы современнаго права и сравниваемъ съ ними нравственныя воззрѣнія современныхъ людей. Не подлежитъ сомнѣнію, что эти воззрѣнія относятся безусловно отрицательно и къ факту продажи своего тѣла женщиной, и къ факту покупки его, т. е. превращенія личности въ средство для удовлетворенія животной страсти. Могутъ быть разныя мнѣнія относительно „свободной любви“, но тутъ всѣ мнѣнія сходятся: проституція—дѣло безнравственное.

Что же, неужели мы скажемъ, что государство, разрѣшая дома терпимости и регламентируя проституцію, реализируетъ этимъ минимумъ половой нравственности? Ясное дѣло, что сложные мотивы, заставляющіе государство такъ поступать, лежатъ въ другой плоскости, ничего общаго съ нравственностью не имѣющей.

Конечно, съ развитіемъ культуры будутъ уменьшаться случаи коллизіи нормъ юридическихъ и нравственныхъ, но совершенно устранить возможность такой коллизіи нельзя, т. к. она коренится въ природѣ права съ одной стороны и въ природѣ нравственности съ другой (§ 210 и слѣд.).

Точно также, если болѣе высокому развитію культуры и удастся смягчить или даже уничтожить многіе случаи, когда *право*

помогаетъ совершать безнравственные поступки), то все таки останутся *и должны остаться* многіе случаи, когда право будетъ служить средствомъ для совершенія безнравственныхъ дѣйствій. Возьмемъ примѣръ хотя бы домового права: человѣкъ запирается у себя, чтобы никто не мѣшалъ ему напиваться, или развратничать. И здѣсь право должно быть ненарушимо именно потому, что оно есть начало самостоятельное, а не подчиненное всецѣло нравственности.

§ **197.** Въ своей превосходной работѣ „О началахъ этики“ Б. Н. Чичеринъ, разбирая указанную выше книгу Вл. Соловьева, ставитъ вопросъ: въ какомъ смыслѣ мы должны понимать терминъ „минимумъ нравственности“? Есть ли это то, что наиболѣе важно для общежитія, или то,что наименѣе важно? Но какъ бы ни отвѣтить на этотъ вопросъ, выводы получатся неутѣшительные для теоріи. Въ самомъ дѣлѣ: если минимумъ нравственности есть то, что наиболѣе важно для людей, то вѣдь самъ Соловьевъ признаетъ высшей нравственной обязанностью человѣка *благочестіе*. Но именно эта точка зрѣнія порождала истребленіе еретиковъ и костры инквизиціи. А если понимать минимумъ во второмъ смыслѣ, то на какомъ основаніи наименѣе важное будетъ принудительно, а то, что болѣе важно, остается „въ лучшемъ случаѣ только невиннымъ пустословіемъ“?

Самъ Соловьевъ съ его тонкимъ пониманіемъ существа нравственности совершенно правильно говоритъ, что „всѣ нравственные вопросы окончательно рѣшаются совѣстью“. А если такъ, то очевидно, что для принужденія здѣсь нѣтъ мѣста, ибо совѣсть по самому существу своему свободна, иначе это не совѣсть. Если же въ этой области вы допустите принужденіе, то нравственные вопросы рѣшаются уже не совѣстью, а государственною властью, и вы отдаете совѣсть въ ея распоряженіе, а это есть посягательство

---

*) Напримѣръ предъявленіе злостныхъ исковъ съ единственной цѣлью повредить; или—взысканіе богачемъ денегъ съ бѣдняка-должника, который вслѣдствіе этого оказывается выброшеннымъ на улицу съ семьей и т п. Во всѣхъ такихъ случаяхъ современное право несомнѣнно помогаетъ совершать безнравственные поступки. Устраненія подобныхъ конфликтовъ между правомъ и нравственностью возможно путемъ соотвѣтствующаго расширенія полномочій суда: напр. —отказъ въ *очевидно* злостномъ искѣ; разсрочка платежей по минимальнымъ довамъ на весьма продолжительные сроки и т. п.

на самыя священныя права человѣка, на самыя основанія нравственности. Принудительная нравственность есть безнравственность*).

§ **198**. Только что сказанное логически приводитъ къ вопросу объ основахъ нравственности. Гдѣ ея глубочайшій источникъ и почему въ области нравственности недопустимо принужденіе?

И самонаблюденіе, и факты жизни, и ученія величайшихъ представителей мысли, говорятъ, что нравственныя велѣнія исходятъ отъ внутренняго авторитетнаго для человѣка голоса. Что́ бы намъ ни говорили окружающіе, какъ бы ни относились къ данному вопросу всевозможные внѣшніе авторитеты—и церковь, и наука, и государство. и т. наз. общественное мнѣніе, мы никогда не согласимся признать тотъ или иной поступокъ нравственнымъ, или безнравственнымъ, если только этотъ внутренній авторитетный голосъ будетъ говорить намъ противоположное.

Этотъ голосъ есть *совѣсть*, какъ проявленіе духовной сущности человѣка, его ноуменальнаго *я*, сознающаго свою связь съ общимъ міровымъ этическимъ порядкомъ. Такимъ образомъ *совѣсть есть отраженіе въ нашемъ духѣ абсолютныхъ разумно-этическихъ началъ. Эти начала заложены въ нашемъ духѣ въ видѣ дремлющихъ потенцій*, которыя постепенно развиваются на протяженіи всей безконечной эволюціи духа. *Условіями* для такого развитія являются данныя окружающей жизни во всемъ разнообразіи ихъ исторической обстановки Вотъ почему мы видимъ безконечное разнообразіе нравственныхъ воззрѣній и въ отдѣльныхъ личностяхъ, и въ историческихъ эпохахъ, и въ различныхъ соціальныхъ группахъ.

§ **199**. И здѣсь передъ нами возникаетъ вопросъ: въ виду такого разнообразія нравственныхъ воззрѣній не есть ли и сама нравственность *всецѣло* продуктъ мѣстныхъ и временныхъ условій? Существуютъ ли абсолютные принципы нравственности?

Какъ извѣстно, эволюціонисты отрицаютъ эти принципы и утверждаютъ, что нравственность есть всецѣло результатъ историческаго развитія. И повидимому факты подтверждаютъ эту теорію, они свидѣтельствуютъ, что нравственные принципы были діаметрально противоположны въ разныя времена: всякій чужой есть врагъ,—всѣ люди братья; убивать старыхъ родственниковъ хорошее дѣло,—оказывать невниманіе къ старымъ родителямъ безнравственно; дѣвушка, не имѣвшая половыхъ

*) *Чичеринъ*. Вопросы философіи. 1904 г. Стр. 326 – 327.

сношеній съ многими мужчинами, не найдетъ себѣ мужа,—дѣвушка, „павшая“ одинъ разъ, рискуетъ остаться навсегда незамужней; и т. д., и т. д.

Наиболѣе послѣдовательные изъ представителей этого направленія утверждаютъ, что первоначально природой даны человѣку лишь эгоизмъ и чувства удовольствія и страданія; изъ этихъ данныхъ путемъ вѣковой эволюціи образовалась нравственность. Другіе эволюціонисты допускаютъ изначальное существованіе въ человѣческой природѣ и зачатковъ альтруистическихъ чувствъ.— А если спросить, какимъ образомъ изъ чисто-животныхъ инстинктовъ могли въ концѣ концовъ возникнуть высшія этическія понятія, эволюціонисты отвѣчаютъ: путемъ вѣковой эволюціи, постепенности, приспособленія, борьбы за существованіе и наслѣдственности.

§ **200.** Но вѣдь совершенно очевидно, что если въ самомъ началѣ не будетъ извѣстной потенціи, зародыша, дремлющей идеи, другими словами—если не будетъ производящей причины, то сколько бы милліоновъ вѣковъ мы ни нагромождали другъ на друга, мы никогда не получимъ искомаго результата. Постепенность, приспособленіе, борьба за существованіе (если бы даже принять цѣликомъ соотвѣтствующую теорію),—все это лишь извѣстные способы дѣйствія, которые сами по себѣ ничего не могутъ произвести. Ex nihilo nihil. Остроумно замѣчаетъ Чичеринъ („Собственность и государство“), что ссылкой на постепенность можно доказать, что человѣкъ въ состояніи поднимать горы; стоитъ только пріучать его понемножку, прибавляя песчинку къ песчинкѣ: при измѣнчивости организма и наслѣдственной передачѣ пріобрѣтенныхъ привычекъ черезъ нѣсколько тысячъ поколѣній человѣкъ будетъ уже нести Монбланъ.

Между прочимъ,—такое предположеніе гораздо правдоподобнѣе и менѣе противорѣчитъ логикѣ, чѣмъ утвержденіе, что изъ животныхъ инстинктовъ путемъ приспособленія и наслѣдственности въ концѣ концовъ возникла нравственность. Дѣло въ томъ, что въ примѣрѣ Чичерина мы имѣемъ дѣло съ физической силой, которая постепенно развивается. Стало быть у насъ есть въ самомъ началѣ то, что подлежитъ дальнѣйшему развитію. Но какимъ чудомъ появляется изъ чистаго эгоизма принципіально-противоположное, совершенно новое начало, это остается неразрѣшимой загадкой.

§ **201**. Въ частности, что касается наслѣдственности, на которую такъ любятъ ссылаться въ послѣднее время, то надо имѣть въ виду, что вопросъ этотъ принадлежитъ къ весьма спорнымъ и неразработаннымъ, это во первыхъ. А во вторыхъ, что еще важнѣе,—если и можно говорить о наслѣдственности, то только о „наслѣдственности тѣла", *но никоимъ образомъ не духа*. Духовную наслѣдственность можно признавать лишь будучи чистымъ матеріалистомъ, т. е. предполагая, что вся наша духовная жизнь представляетъ собою только функцію тѣхъ или иныхъ мозговыхъ и нервныхъ клѣтокъ.

Но вѣдь чистый матеріализмъ уже сданъ въ архивъ науки; его въ настоящее время могутъ признавать лишь полные невѣжды въ философіи. А если мы припомнимъ то, что говорилось раньше о духовной субстанціи человѣка, этой *безсмертной, единичной сущности*, то мы поймемъ всю колоссальную нелѣпость утвержденія, что эта монада получила свою духовную жизнь, свои идеи отъ другой *такой же* монады: вѣдь тогда эта другая монада была бы творцомъ ея.

Ясное дѣло, что свой духовный міръ она вырабатываетъ самостоятельно, постепенно, путемъ безконечной эволюціи, развивая изначала заложенное въ немъ духовное содержаніе. Какимъ образомъ все это происходитъ, здѣсь не мѣсто объяснять, потому что иначе пришлось бы развить всю систему соотвѣтствующаго философскаго міровоззрѣнія.

§ **202**. Во всякомъ случаѣ несомнѣнно одно: въ глубинѣ своего духа человѣкъ носитъ искру Божію Она можетъ быть покрыта грудой пепла, на разрытіе котораго, а дальше—на раздутіе этой искры въ пламя, потребуется масса времени и необходимыхъ условій. Но это пламя возможно только потому, что существуетъ искра. Развивается *нѣчто*, а не *ничто;* сама идея эволюціи заключаетъ въ себѣ понятіе *субстрата развитія*: только благодаря этому субстрату возможно единство и непрерывность развитія.

Впрочемъ, если мы даже обратимся къ главнымъ представителямъ біологическаго трансформизма (Дарвинъ, Уоллесъ, Вейсманъ), то увидимъ, что они путемъ приспособленія вовсе но объясняютъ *первоначальнаго возникновенія* той или иной черты, а только ея развитіе; такимъ образомъ они оставляютъ открытымъ вопросъ: существуютъ ли первоначальныя творческія силы позади дѣйствія естественнаго отбора и т. п. А новѣйшія работы по теоріи эволюціи все больше и больше выясняютъ, что приспособленіе

есть пассивная функція жизни, а на ряду съ ней существуетъ и активная: кромѣ стремленія къ самосохраненію, обусловленнаго воздѣйствіемъ окружающей среды, есть стремленіе къ самоутвержденію, обусловленное чисто-внутренними побужденіями, самою сущностью того, что испытываетъ на себѣ воздѣйствія среды.

§ **203.** Если признать, что нравственность есть только результатъ историческаго развитія, то мы не будемъ имѣть никакого объективнаго, принципіальнаго критерія для оцѣнки явленій въ области нравственности: всѣ результаты, какъ таковые, имѣютъ одинаковую цѣнность. Поэтому, если, напр., мы станемъ утверждать, что наши нравственныя воззрѣнія выше воззрѣній древняго грека, то въ доказательство мы, оставаясь на почвѣ эволюціонизма, можемъ привести лишь одно, а именно, что наши воззрѣнія—плодъ позднѣйшей культуры Но этотъ аргументъ очевидно слабъ: далеко не все то, что появляется позднѣе, представляетъ собою и лучшее.

Можно итти дальше въ этомъ направленіи. Если нравственность есть только результатъ, то она всецѣло опредѣляется условіями данной соціальной среды. Она такъ же относительна и измѣнчива, какъ и эта среда. А если такъ, то мы получаемъ этику индивидуальную, этику сословную, профессіональную, классовую и т. п., но не можетъ быть этики общечеловѣческой. Но тогда, если, напр., образовалась какая нибудь „этика“ адвокатская или врачебная, а какой нибудь адвокатъ или врачъ несогласенъ съ ней, то на какомъ основаніи его товарищи могутъ навязывать ему свои нравственныя воззрѣнія? Если ихъ этика—результатъ, то и этика несогласнаго съ ними врача или адвоката—такой же результатъ, а стало быть имѣетъ одинаковую цѣнность. Или быть можетъ цѣнность этическихъ принциповъ зависитъ отъ *количества лицъ*, признающихъ эти принципы?

И вотъ представители этическаго релятивизма отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно. А такой отвѣтъ приводитъ логически къ слѣдующему выводу: нравственность есть грубая сила (нравственно то́, что большинство считаетъ нравственнымъ).

§ **204.** Одинъ изъ яркихъ представителей этого направленія проф. А. Менгеръ („Новое ученіе о нравственности“) заявляетъ, что никакихъ вѣчныхъ и неизмѣнныхъ нормъ нравственности нѣтъ; нравственность есть результатъ соотношенія реальныхъ силъ данной соціальной среды, а совѣсть есть ничто иное, какъ стремленіе поступать въ согласіи съ господствующимъ соотноше-

ніемъ реальныхъ силъ. Точно такія же мысли высказываетъ и другой извѣстный соціалистъ—Каутскій („Этика и историческій матеріализмъ"), по мнѣнію котораго дарвинизмъ окончательно разрушилъ вѣру въ то, что человѣкъ состоитъ „изъ двухъ половинъ—божественной и животной". Нравственныя нормы по утвержденію этого писателя—это требованія, которыя общество предъявляетъ къ своимъ членамъ сообразно постоянно мѣняющимся условіямъ жизни

Итакъ, кто сильнѣе, тотъ и предписываетъ остальнымъ нравственныя воззрѣнія. Нѣтъ не только права, какъ самостоятельнаго начала, но нѣтъ и нравственности: оба являются прислужниками силы (большинства).

Не смотря на очевидную нелѣпость, эта теорія находитъ защитниковъ до послѣднихъ дней. Въ I выпускѣ „Общей теоріи права" (1911 г.) проф. Г. Шершеневича читаемъ: „Нравственность представляетъ не требованіе человѣка къ самому себѣ, а требованія общества къ человѣку. Это не человѣкъ опредѣляетъ, какъ онъ долженъ относиться къ другимъ, а общество опредѣляетъ, какъ одинъ человѣкъ долженъ относиться къ другому человѣку. Это не человѣкъ оцѣниваетъ поведеніе, какъ хорошее или дурное, а общество". „Нормы нравственности—это требованія, обращенныя къ человѣку извнѣ. Нравственный законъ не въ насъ, а внѣ насъ..... Исторія и этнографія разрушаютъ иллюзію (!) абсолютной нравственности и устанавливаютъ измѣнчивость нравственныхъ нормъ, относительность нравственныхъ понятій". „Обстоятельствомъ, которое придаетъ нравственный характеръ поведенію, является общественная *полезность* дѣйствій" (!). И дальше авторъ договаривается до конца: какъ же узнать, какое дѣйствіе общественно-полезно? „Объективнымъ основаніемъ нравственной оцѣнки дѣйствій является соотвѣтствіе ихъ *съ благополучіемъ значительнаго большинства* членовъ общества" (стр. 176).

Итакъ,—если большинство пруссаковъ находитъ полезнымъ для своего благополучія произвести экспропріацію польскихъ земель въ Познани, лишивъ собственниковъ ихъ имѣнія, то такой актъ проф. Шершеневичъ долженъ признать вполнѣ нравственнымъ.

§ **205**. Приведенныя только что теоріи должны быть признаны очень полезными для рѣшенія интересующаго насъ вопроса: онѣ представляютъ собою весьма наглядное reductio ad absurdum положеній, отрицающихъ абсолютныя основы нравственности и утвер-

ждающихъ, что нравственность есть только результатъ исторіи, данной среды и т. п.

Существованіе абсолютныхъ началъ нравственности выводится изъ существованія разумнаго Первоисточника всей міровой жизни и подтверждается тѣмъ фактомъ, что чѣмъ больше общежитіе проникается этими началами, тѣмъ жизнь становится во всѣхъ отношеніяхъ лучше (напр., распространеніе началъ всеобщаго братства, взаимной любви, отсутствія насилія).

Проф. кн. *Е. Трубецкой* въ превосходной главѣ своей „Энциклопедіи права“ (1907 г.), носящей названіе „Нравственность и эволюція“, говоритъ, что выводить измѣнчивость добра изъ того, что мѣняются человѣческія понятія о добрѣ, такъ же нелѣпо, какъ отрицать неизмѣнность законовъ природы на томъ основаніи, что на различныхъ ступеняхъ своего развитія человѣкъ представлялъ себѣ ихъ неодинаково. Свойство всѣхъ вообще вѣчныхъ законовъ, вѣчныхъ истинъ таково, что они существуютъ совершенно независимо отъ того, сознаются или не сознаются они человѣкомъ: законы геометріи имѣютъ вѣчное, незыблемое значеніе, хотя они и не сознаются дикаремъ. Примиряется положеніе о существованіи абсолютныхъ началъ нравственности съ одной стороны съ измѣнчивостью нравственныхъ понятій и требованій съ другой тѣмъ, что 1) измѣняются наши субъективныя представленія, наше пониманіе этихъ началъ и 2) измѣняются *отдѣльныя конкретныя требованія* нравственности въ зависимости отъ разнообразія мѣстныхъ и временныхъ условій. (Стр. 35—50).

§ **206**. Выше было указано (§ 198), что рѣшеніе нравственныхъ вопросовъ всецѣло зависитъ отъ совѣсти отдѣльной личности. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что нравственность есть начало чисто субъективное.

Въ порядкѣ нравственности мы имѣемъ четыре момента: 1) абсолютныя начала нравственности, вѣчныя и неизмѣнныя, 2) совѣсть, какъ отраженіе этихъ началъ въ духѣ человѣка; 3) личныя субъективныя воззрѣнія на нравственность и 4) положительная нравственность, какъ реализація такъ или иначе понятыхъ абсолютныхъ началъ въ данной конкретной соціальной средѣ.

На первыхъ ступеняхъ исторіи культуры личность еще не выдѣляется изъ окружающей ея соціальной среды; духовный міръ ея крайне бѣденъ и поэтому она слѣпо подчиняется существующей положительной нравственности (тезисъ). Съ развитіемъ культуры личность сознаетъ себя, открываетъ въ своемъ духѣ богатое

содержаніе, критически относится къ существующему объективному нравственному порядку, окружающему ее. Нерѣдко эта критика принимаетъ такой острый, рѣзкій характеръ, что личность во имя своей автономіи начинаетъ отрицать какую бы то ни было разумность окружающаго ее объективнаго порядка; она утверждаетъ, что всѣ вопросы нравственности рѣшаются единственно и исключительно ея совѣстью, внѣ которой нѣтъ и не можетъ быть никакого авторитета. Въ новое время такой нравственный анархизмъ особенно ярко выразился у Штирнера и Ницше. (Антитезисъ). Наконецъ, на высшей ступени личность *свободно и сознательно* подчиняется открытымъ ею разумнымъ принципамъ *объективной* нравственности. Здѣсь синтезъ двухъ предшествующихъ ступеней: съ одной стороны признается существованіе объективныхъ нравственныхъ началъ, а съ другой—утверждается автономія совѣсти, *только пройдя черезъ которую, эти объективныя начала становятся обязательными для личности.*

Изъ этого слѣдуетъ, что никакими внѣшними принудительными мѣрами нельзя заставить человѣка признавать ту или иную нравственную норму: онъ можетъ подчиняться ей чисто-внѣшнимъ образомъ, но ясное дѣло, что онъ такъ поступаетъ вопреки своей совѣсти, а стало быть поведеніе его опредѣляетъ не эта норма, а соображенія постороннія. Совѣсть по самому существу своему свободна, она принципіально не поддается принужденію. А такъ какъ свобода совѣсти есть свобода внутренняя, такъ какъ всѣ вопросы нравственности окончательно рѣшаются совѣстью, то очевидно, что нравственность регулируетъ внутреннюю свободу человѣка.

§ 207. Чрезвычайно назидательно будетъ привести здѣсь воззрѣнія наиболѣе выдающагося представителя современной философіи—*Вундта*, ученаго, обладающаго между прочимъ самой солидной естественно научной подготовкой (окончилъ медицинскій факультетъ, былъ профессоромъ физіологіи, извѣстенъ капитальными работами: „Медицинская физика“ и „Учебникъ физіологіи“).

Природа, говоритъ Вундтъ, есть самораскрытіе духа; духовное начало въ своемъ развитіи переходитъ ко все болѣе и болѣе высокимъ формамъ, а посему и нравственность осуществляется въ формѣ развитія. Такъ какъ истинная сущность человѣческой природы есть духъ, то отсюда вытекаетъ, что всякое дѣйствіе, которое способствуетъ раскрытію духовныхъ благъ и одухотворенію природы, должно быть признано нравственнымъ. Это и есть кри-

терій для оцѣнки нравственнаго достоинства людей и народовъ: важна не сумма счастья, которой они пользовались, а важно то, что́ они внесли въ духовное развитіе человѣчества. Такимъ образомъ человѣчество, какъ одно великое духовное цѣлое, есть послѣдняя цѣль нравственнаго развитія. *Государство и оправдывается тѣмъ, что служитъ этой цѣли.*—Но человѣчество есть хоть и *послѣдняя* цѣль, но цѣль далеко не *абсолютная:* тѣ нравственныя начала, которыя мы открываемъ въ своемъ духѣ и во всемъ человѣчествѣ, представляютъ собою составную часть высшаго мірового этическаго порядка, обусловленнаго единой разумной Первоосновой, Богомъ. Такимъ образомъ у Вундта этическая проблема въ концѣ концовъ переходитъ въ религіозную. („Система философіи"; „Этика").

Здѣсь умѣстно будетъ вспомнить, что позитивистъ О. Контъ въ результатѣ своей духовной работы неизбѣжно долженъ былъ прійти къ религіозной проблемѣ, которую онъ хотѣлъ разрѣшить путемъ обожествленія человѣчества. Если бы онъ пошелъ дальше по правильной дорогѣ, онъ бы увидѣлъ, что его „Богъ" слишкомъ мелокъ, что останавливаться на человѣчествѣ нельзя. И нигдѣ эта связь нравственнаго начала, открываемаго человѣкомъ въ своемъ духѣ, со всѣмъ разумнымъ міропорядкомъ, не выражена болѣе глубоко, проникновенно и возвышенно-красиво, чѣмъ въ знаменитомъ окончаніи „Критики практическаго разума", начинающемся слѣдующими словами: „Двѣ вещи наполняютъ душу все новымъ и возрастающимъ изумленіемъ и благоговѣніемъ, чѣмъ чаще и продолжительнѣе занимается ими размышленіе: звѣздное небо надо мною, и нравственный законъ во мнѣ".

Да, только поставивши нравственный законъ въ связь съ Абсолютной Первоосновой міра, мы можемъ понять безусловный характеръ его, можемъ понять тотъ его характеръ, который далъ основаніе Канту назвать нравственные законы—категорическими императивами.

Послѣ всего сказаннаго какимъ убожествомъ мысли вѣетъ отъ всѣхъ попытокъ замѣнить міровой разумно-нравственный порядокъ и вытекающіе изъ него постулаты этики тою пародіей на этику, которая называется классовою, сословною, профессіональною, групповою этикой!

§ **208**. Итакъ изъ всего изложеннаго о существѣ нравственности слѣдуетъ, что эта область, какъ относящаяся къ *внутренней* свободѣ человѣка, гдѣ царитъ его совѣсть, не можетъ быть пред-

метомъ принужденія. Вести людей къ болѣе высокимъ ступенямъ нравственнаго развитія можно только путемъ свободы: человѣкъ самъ долженъ свободно и сознательно подчиняться требованіямъ нравственности.

Между тѣмъ, какъ мы видѣли изъ соотвѣтствующаго изложенія, право регулируетъ свободу *внѣшнюю*, и уже это одно показываетъ все различіе обоихъ порядковъ. Право не мыслимо безъ общежитія, между тѣмъ какъ нравственные императивы дѣйствуютъ и для изолированнаго человѣка. А общежитіе возникаетъ и развивается на основѣ чисто-практическихъ потребностей, обусловленныхъ тою оболочкой, въ которую должна воплотиться духовная субстанція человѣка, чтобы дѣйствовать на землѣ. И вотъ огромная масса отношеній, возникающихъ на почвѣ совмѣстныхъ стремленій людей къ удовлетворенію своихъ всевозможныхъ потребностей, порождаетъ соотвѣтствующія юридическія нормы. Эти нормы, регулируя внѣшнюю свободу членовъ общежитія, распредѣляя сферы власти, очевидно имѣютъ характеръ самостоятельный, независимый отъ нравственности, а посему никоимъ образомъ ихъ нельзя назвать частью нравственностн. „Изъ того, что нравственный законъ для своего осуществленія въ мірѣ нуждается въ общественной средѣ, вовсе не слѣдуетъ, что то́, что нужно для поддержанія этой среды, составляетъ требованіе нравственнаго закона. Эта среда не имъ создается и имѣетъ свои, независимыя отъ него требованія и законы“. (Чичеринъ).

§ **209.** Каково же взаимное отношеніе права и нравственности?

Наглядно можно такъ представить всѣ типы теорій по интересующему насъ вопросу: 1-й типъ—право и нравственность это два круга совпадающіе; 2-й типъ—два круга стоящіе рядомъ; 3-ій типъ—два круга концентрическихъ и, наконецъ, 4-ый типъ—два пересѣкающихся круга: часть пространства общая для обоихъ круговъ. Этотъ послѣдній типъ теорій долженъ быть признанъ правильнымъ.

Предыдущее изложеніе дало достаточный матеріалъ для установленія слѣдующаго положенія: хотя право *въ цѣломъ* и служитъ добру, хотя и право, и нравственность проистекаютъ изъ одного и того же источника, и ведутъ къ одной и той же цѣли, но оба порядка другъ отъ друга независимы, каждый изъ нихъ ведетъ къ общей цѣли различными путями, при помощи различныхъ средствъ.

Мы опредѣлили юридическія нормы, какъ подвидъ нормъ этическихъ. И вотъ для избѣжанія недоразумѣнія необходимо подчеркнуть, что понятіе „этическое“ гораздо шире понятія „нравственное“ (въ тѣсномъ смыслѣ слова). Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ въ виду все вообще поведеніе, всѣ поступки людей, могущіе подлежать оцѣнкѣ съ точки зрѣнія добра, понимаемаго въ самомъ широкомъ смыслѣ. Между тѣмъ какъ во второмъ случаѣ рѣчь идетъ только о внутренней свободѣ человѣка, о царствѣ его совѣсти и обусловленныхъ ею поступкахъ. Съ этой точки зрѣнія понятіе *справедливости* есть понятіе этическое (въ широкомъ смыслѣ слова), но оно не входитъ въ сферу нравственности въ тѣсномъ смыслѣ слова: тамъ ему соотвѣтствуетъ понятіе *совѣсти*, между тѣмъ какъ справедливость относится къ области права. Если богачъ, видя крайне-бѣдственное положеніе честнаго труженика и будучи въ состояніи ему помочь, не дѣлаетъ этого, никто не назоветъ его поступка несправедливымъ именно потому, что здѣсь оцѣнка дѣлается съ точки зрѣнія права, а не нравственности. Этого не могло бы быть, если-бы право и нравственность совпадали, если-бы право было только частью нравственности; *совѣсть* говоритъ человѣку: „люби ближняго и помогай ему“, *а справедливость* говоритъ: „отдай каждому свое, то что ему причитается“.

Психологическая теорія права совершенно вѣрно подмѣтила специфическую разницу переживаній правовыхъ и нравственныхъ, указывая, что въ первыхъ имѣется элементъ *безусловной* связанноости: я *требую*, чтобы мнѣ дали *мое*, то, что мнѣ причитается. Въ только что приведенномъ примѣрѣ бѣднякъ-труженикъ никоимъ образомъ не можетъ въ своей психикѣ найти *такого* переживанія, и ясно почему: онъ не можетъ сказать, что то, что долженъ былъ бы по-совѣсти дать ему богачъ, есть *его*, принадлежитъ ему. Такимъ образомъ не право обусловлено нашими психическими переживаніями, а наоборотъ: наши специфическія правовыя переживанія обусловлены природой права.

§ **210**. Итакъ, повторимъ еще разъ: право регулируетъ внѣшнюю свободу человѣка, распредѣляетъ сферы власти, имѣетъ въ виду внѣшніе результаты, всецѣло проникнуто принципомъ — „каждому свое“; нравственность регулируетъ внутреннюю свободу, внутренній распорядокъ человѣческой души, касается самыхъ интимныхъ чувствъ, всецѣло проникнуто принципомъ: „братья, лю-

бите и помогайте другъ другу". Это коренное различіе обѣихъ родственныхъ областей, установленное окончательно такими колоссами мысли, какъ Кантъ и Гегель, развитое и обоснованное у насъ такимъ первоклассным юристомъ—философомъ, какъ Чичеринъ, приходится все еще энергично подчеркивать и напоминать, т. к. даже въ самое послѣднее время одинъ крупный юристъ по поводу этого традиціоннаго положенія, заявилъ, что оно „явно и поразительно произвольно и объясняется лишь бѣдственнымъ состояніемъ наукъ о правѣ и нравственности".

Изъ указанныхъ характерныхъ чертъ права и нравственности выводится какъ ихъ сходство, такъ и различіе.

Между прочимъ указываютъ на то, что для нравственности не достаточно однихъ добрыхъ чувствъ и настроеній, а необходимо, чтобы эти чувства выразились бы въ тѣхъ или иныхъ поступкахъ; съ другой стороны и право не довольствуется одними внѣшними дѣйствіями, а желаетъ знать и оцѣнить внутреннее настроеніе дѣятеля (уголовное право). Но такое сравненіе только подтверждаетъ защищаемую нами теорію. Въ самомъ дѣлѣ: если нравственность и интересуется тѣми или иными поступками человѣка, то *лишь постольку, поскольку въ этихъ поступкахъ проявилось его внутреннее настроеніе;* это настроеніе есть для нравственности самое цѣнное, такъ что поступокъ вынужденный или совершенный по соображеніямъ постороннимъ нравственности, теряетъ нравственный характеръ, не только не имѣетъ въ глазахъ нравственности никакой цѣнности, но часто квалифицируется, какъ безнравственный.

Съ другой стороны, если право и интересуется (далеко не всегда) внутреннимъ настроеніемъ лица, совершившаго извѣстный поступокъ, то *лишь постольку, поскольку это настроеніе опредѣлило собою данный поступокъ, данное внѣшнее дѣйствіе.* Это *дѣйствіе* и есть для права самое важное. Вотъ почему, если бы какой-нибудь испорченный человѣкъ, обладающій самыми антисоціальными наклонностями, задумалъ какое-нибудь чудовищное убійство, но внѣшнія дѣйствія его ограничились бы только тѣмъ, что въ уголовномъ правѣ называется *приготовленіемъ* (напр., покупка оружія, осмотръ мѣстности, разспросы прислуги и сосѣдей), то съ точки зрѣнія уголовнаго права здѣсь нѣтъ повода для вмѣшательства государства. Нравственность отнесется сурово къ такому человѣку, а право скажетъ: внѣшнія дѣйствія этого человѣка сами по себѣ не

представляютъ никакой соціальной опасности, а посему они находятся внѣ моей компетенціи *).

§ 211. Изъ того, что право интересуется лишь внѣшнимъ поведеніемъ людей, что для него главную цѣнность представляютъ тѣ или иные внѣшніе результаты этого поведенія, слѣдуетъ, что эти результаты могутъ быть вынуждены мѣрами внѣшняго, физическаго принужденія. Другой вопросъ: можно ли получить *всѣ* желательные съ точки зрѣнія права результаты *только* путемъ принужденія? Отвѣтъ, конечно, дается отрицательный. Но въ данномъ случаѣ для насъ важна принципіальная допустимость принужденія въ области исполненія правовыхъ обязанностей, между тѣмъ какъ въ области исполненія нравственныхъ обязанностей принужденіе принципіально недопустимо.

Дальнѣйшій выводъ изъ того положенія, что для права важны лишь внѣшніе результаты: сплошь и рядомъ тотъ или иной результатъ можетъ быть выполненъ не лицомъ обязаннымъ, а другимъ лицомъ, дѣйствующимъ отъ имени обязаннаго, или даже отъ своего имени помимо вѣдома обязаннаго. Опять таки и здѣсь нравственность представляетъ полную противоположность праву: если бы третье лицо, видя безсердечіе, напр., брата, равнодушно относящагося къ бѣдственному положенію своей сестры, оказало бы ей помощь, то этимъ поступкомъ нравственный долгъ брата не былъ бы погашенъ. Что же *касается* представительства, то это явленіе свойственно исключительно праву: если бы я поручилъ своему адвокату передать нуждающемуся человѣку извѣстную сумму денегъ, взявъ ихъ, напр., въ банкѣ подъ залогъ моего дома, то здѣсь адвокатъ явится моимъ пред-

*) Въ наукѣ уголовнаго права не такъ давно возникло направленіе, отрицающее традиціи классической школы криминалистовъ и въ основу всѣхъ построеній кладущее: охрану общества отъ антисоціальныхъ элементовъ, личное состояніе преступности и т. п. Въ результатѣ представители этого направленія требуютъ примѣненія къ опаснымъ типамъ „охранительныхъ мѣръ“ даже при отсутствіи какихъ бы то ни было преступныхъ дѣйствій, и не признаютъ принципіальной разницы, напр., между убійствомъ, покушеніемъ на убійство и приготовленіемъ къ нему. Такимъ образомъ, понятіе преступленія замѣняется понятіемъ личнаго состоянія преступности, такъ или иначе проявившагося, а понятіе наказанія — понятіемъ мѣръ охраны, мѣръ предупредительныхъ, исполнительныхъ и т. д., обусловленныхъ каждымъ даннымъ индивидуальнымъ состояніемъ преступности.— Нельзя вообразить болѣе безнадежной путаницы понятій, болѣе опаснаго смѣшенія областей права и нравственности, самымъ тяжелымъ образомъ могущемъ отразиться на свободѣ личности.

ставителемъ лишь въ первой половинѣ порученія, т. е. въ операціи съ залогомъ и полученіемъ денегъ; что же касается второй половины, то роль его тождественна съ ролью простого посыльнаго.

Слѣдующій выводъ: по общему правилу для права совершенно безразличны внутреннія побужденія, обусловившія извѣстный желательный результатъ. Человѣкъ можетъ исполнить свою обязанность, проклиная въ душѣ и соотвѣтственную норму, и того, въ пользу котораго онъ исполнилъ обязанность. Болѣе того, могутъ быть случаи исполненія юридическихъ обязанностей по ошибкѣ (Иванъ долженъ Петру и Николаю по 100 р.; по ошибкѣ принявъ одного за другого, онъ платитъ Николаю 100 р., рѣшивъ совсѣмъ не платить Петру),—и тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія права все обстоитъ благополучно: извѣстный внѣшній результатъ произошелъ.

§ **212** Изъ указанной выше (§ 210) природы права сравнительно съ природой нравственности вытекаютъ еще новыя отличія этихъ двухъ областей.

Право отличается точностью и ограниченностью своихъ требованій; эти требованія имѣютъ въ виду общія категоріи дѣйствій, носящихъ типическія черты. Наоборотъ, нравственность индивидуализируетъ каждый конкретный случай, она не указываетъ точно ни тѣхъ дѣйствій, въ которыхъ должна выразиться извѣстная нравственная обязанность, ни тѣхъ предѣловъ, до которыхъ должно простираться исполненіе этой обязанности. Для достиженія идеала съ точки зрѣнія права указаны точно опредѣленныя рамки, между тѣмъ какъ нравственный идеалъ имѣетъ безконечный характеръ: „будьте совершенны, какъ Отецъ вашъ небесный“.

Отмѣченное различіе между правомъ и нравственностью вытекаетъ изъ различія основныхъ принциповъ этихъ областей и изъ свойственныхъ праву внѣшнихъ гарантій въ видѣ принужденія. Въ самомъ дѣлѣ: принципъ права—„каждому свое“—допускаетъ самое точное опредѣленіе „своего“ въ каждомъ конкретномъ случаѣ; между тѣмъ какъ принципъ нравственности: „братья, любите и помогайте другъ другу“—не терпитъ никакихъ границъ, никакихъ точныхъ и постоянныхъ шаблоновъ. Кромѣ того, разъ послѣдствіемъ неисполненія юридическихъ обязанностей можетъ быть физическое принужденіе, примѣненіе силы, то, очевидно, необходимо самымъ точнымъ образомъ опредѣлить эти обязанности, чтобы га-

рантировать гражданъ отъ всѣхъ послѣдствій неосмотрительнаго или произвольнаго примѣненія такого опаснаго средства, какъ сила.

§ **213**. Наконецъ, сфера дѣйствія нравственности гораздо шире сферы дѣйствія права: нравственность регулируетъ и отношенія человѣка къ животнымъ, и отношенія его къ себѣ, и даже, какъ это ни страннымъ кажется,—къ вещамъ, между тѣмъ какъ вмѣшательство права въ названныя отношенія характерно лишь для низкихъ ступеней культуры, когда право еще не дифференцировалось изъ общей этической основы. Если человѣкъ предается пьянству или разврату, все больше и больше опускается и постепенно превращается въ худшее изъ животныхъ,—онъ заслуживаетъ самаго суроваго порицанія съ точки зрѣнія нравственности, но праву здѣсь принципіально нечего дѣлать. Болѣе того, оно даже гарантируетъ такому человѣку свободу отъ посягательства со стороны окружающихъ, быть можетъ желающихъ насильственно удержать его отъ зла. *И это потому, что свобода быть нравственнымъ заключаетъ въ себѣ свободу быть безнравственнымъ.* Пока этой свободой не нарушается свобода другихъ, пока человѣкъ исполняетъ всѣ свои юридическія обязанности, право должно совершенно равнодушно смотрѣть на чисто личную жизнь безнравственнаго человѣка.

Вообще нравственный законъ безусловно запрещаетъ человѣку подобное поведеніе; онъ запрещаетъ ему и всякіе безжалостные поступки по отношенію не только людей, но и животныхъ; наконецъ, онъ запрещаетъ ему во многихъ случаяхъ даже пользоваться своимъ правомъ, если этимъ онъ можетъ причинить только одинъ вредъ людямъ. Но надо крѣпко помнить, что всѣ эти запрещенія обращаются *только къ совѣсти* человѣка, а посему праву съ его принудительнымъ аппаратомъ здѣсь дѣлать нечего.

§ **214**. Но само собою разумѣется, что изъ всего сказаннаго отнюдь нельзя выводить полной противоположности, антагонизма обѣихъ областей. Такая противоположность могла бы быть лишь тогда, если бы право было *силой*, или *интересомъ*, или *проявленіемъ экономики*. Но такъ какъ право есть проявленіе высшаго этическаго порядка, охватывающаго собою и религію, и нравственность, то очевидно, что рѣчь можетъ идти только о самостоятельности, но не о противоположности обѣихъ областей. А слѣдовательно право и нравственность могутъ оказывать и на самомъ дѣлѣ оказываютъ другъ другу взаимную поддержку.

Общежитіе, построенное *исключительно* на юридическихъ нормахъ, не можетъ существовать: не говоря уже о томъ, что отъ такого общежитія вѣяло бы страшнымъ холодомъ, въ немъ царила бы сухость и жесткость, надо помнить, что *право есть начало формальное*. А значитъ въ такомъ гипотетическомъ общежитіи мы имѣли бы одну форму безъ того содержанія, которое и даетъ смыслъ и цѣнность жизни.

Такимъ образомъ безусловно необходимо взаимодѣйствіе права и нравственности. Въ виду родственности обѣихъ областей и въ виду того, что нѣкоторая часть нормъ юридическихъ и нравственныхъ имѣетъ общее содержаніе, оказывается невозможнымъ провести между ними рѣзкую и точную границу разъ на всегда. Тѣмъ не менѣе изъ нѣкоторой подвижности границы вовсе не слѣдуетъ, что ее можно передвигать черезчуръ далеко. Руководящими началами могутъ быть слѣдующія: 1) Право не должно предписывать дѣйствій, безусловно запрещаемыхъ нравственностью; 2) право можетъ запрещать *нѣкоторые* безнравственные поступки, но лишь тогда, если ими нарушаются чужія права и 3) право должно весьма и весьма остерегаться *предписывать совершеніе* нравственныхъ поступковъ.

§ **215**. Съ другой стороны „все право со своими внѣшними предписаніями подкрѣпляется нѣкоторой нравственной атмосферой, въ которой оно дѣйствуетъ и изъ которой оно почерпаетъ свою жизненную силу“. (Новгородцевъ.) Сплошь и рядомъ начала нравственности смягчаютъ неизбѣжную строгость и неумолимость началъ права. И такое смягченіе часто бываетъ необходимо, благотворно вліяя на жизнь. Не даромъ свѣтлой памяти создатель Судебныхъ Уставовъ 1864 года начерталъ на нихъ золотыя слова: „Правда и милость да царствуютъ въ судахъ“ *). Наконецъ нравственность можетъ быть факторомъ, вліяющимъ на прогрессъ права въ смыслѣ его гуманизаціи. Если въ данномъ общежитіи господствуютъ болѣе высокія нравственныя воззрѣнія, а нѣкоторыя юридическія нормы рѣзко противорѣчатъ этимъ воззрѣніямъ, представляя собою наслѣдіе болѣе низкой ступени куль-

*) Само собою разумѣется, что здѣсь имѣется въ виду гармоническое сочетаніе началъ права и нравственности, а вовсе не доминирующее значеніе милости: судейскій долгъ есть подчасъ долгъ очень тяжелый, и такой судья, который бы сталъ всѣхъ „миловать“ подъ вліяніемъ своего мягкаго сердца и жалости къ людямъ, былъ бы нетерпимъ на судейскомъ креслѣ.

туры, то такія нормы обречены на смерть, наступленіе которой — вопросъ времени, и даже непродолжительнаго.

§ **216**. Но въ свою очередь и право можетъ быть такимъ прогрессивнымъ факторомъ по отношенію къ нравственности. Если оно находится на высшей ступени культуры сравнительно съ нѣкоторыми изъ дѣйствующихъ въ данномъ общежитіи нравственныхъ нормъ, оно вліяетъ на постепенное ихъ вымираніе. Было бы сильнымъ преувеличеніемъ признать вмѣстѣ съ Гумпловичемъ пріоритетъ права въ этомъ отношеніи, но во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что право можетъ имѣть и имѣетъ большое воспитательное значеніе. Оно сдерживаетъ и даже при благопріятныхъ условіяхъ сводитъ къ минимуму многія проявленія низшей стороны природы человѣка. Благодаря своимъ суровымъ императивамъ, подкрѣпленнымъ внѣшними принудительными гарантіями, оно во многихъ случаяхъ болѣе пригодно для обузданія животныхъ инстинктовъ, чѣмъ нормы религіи и нравственности *).

§ **217**. Во всякомъ случаѣ, хотя на человѣческое поведеніе вліяютъ самые разнохарактерные мотивы, часто другъ друга взаимно подкрѣпляя, хотя одно право безсильно вести человѣчество къ завѣтному царству Божію безъ помощи религіи и нравственности, но вслѣдствіе этого оно не теряетъ своей большой цѣнности въ общей гармоніи этическихъ силъ.

Помимо того, что право есть „порядокъ мира“, помимо его воспитательнаго дѣйствія въ смыслѣ уменьшенія въ человѣкѣ чертъ грубости, дикости и распущенности, здѣсь особенно необходимо отмѣтить одну великую функцію права, проявляющуюся на высшихъ ступеняхъ его развитія. Разумѣемъ охрану свободы личности. Право создаетъ вокругъ личности опредѣленную сферу, гдѣ эта личность является центромъ, гдѣ всѣ и каждый обязаны уважать ея волю, не могутъ посягать на ея свободу, подчиняются ея власти. А это въ результатѣ даетъ энергичнаго, крѣпкаго духомъ человѣ-

*) Едва ли можно найти ученаго, который бы полнѣе и обстоятельнѣе разработалъ вопросъ о воспитательномъ значеніи права, чѣмъ проф. Петражицкій. Но мы думаемъ, что правильность многихъ его выводовъ въ этомъ отношеніи получилась вопреки основнымъ положеніямъ его теоріи права. Вѣдь если юридическая норма опредѣляетъ поведеніе человѣка, вліяетъ на его характеръ, заставляетъ задерживать нѣкоторые грубые инстинкты, то это только потому, что она не есть его чисто-индивидуальное психическое переживаніе, а нѣчто объективно-существующее, чему онъ безусловно обязанъ подчиняться, независимо отъ своего личнаго къ ней отношенія (быть можетъ даже онъ ее считаетъ не актомъ права, а голымъ насиліемъ).

ка, готоваго бороться и за свое право, и за право вообще, а вмѣстѣ съ тѣмъ уважающаго чужое право. Пусть въ предѣлахъ своего права человѣкъ совершаетъ рядъ безнравственныхъ поступковъ: это будутъ невыгоды, которыя съ избыткомъ выкупаются цѣнными сторонами такого порядка. Трудно представить себѣ всѣ неисчислимыя бѣдствія, которыя произойдутъ для страны, если въ плоть и кровь гражданъ не вошло уваженіе къ праву и сознаніе своихъ правъ, если, наоборотъ, развита „рабская психика“. На такой испорченной почвѣ мало поможетъ религіозная проповѣдь. *Точно также развращающе дѣйствуетъ и система безграничной опеки надъ гражданами, хотя бы и во имя нравственныхъ началъ: право теряетъ свое самостоятельное значеніе.* Въ результатѣ получается вялость, отсутствіе энергіи, привычка во всемъ полагаться на заботливую власть, и ослабленіе чувства личнаго достоинства, а въ концѣ концовъ—та-же рабская психика*).

---

*) Чтобы наглядно представить всю важность разграниченія областей права и нравственности и всѣ печальныя послѣдствія, проистекающія отъ поглощенія права нравственностью, достаточно вспомнить теорію и практику т. наз. *полицейскаго государства.* Теоретики исходили изъ обязанности государства заботиться о благосостояніи всѣхъ и каждаго. Отсюда выводилось право государственной власти регламентировать всѣ безъ исключенія стороны жизни гражданъ. Практика полицейскаго государства дала въ результатѣ деспотизмъ власти, какъ неизбѣжный выводъ изъ такого пониманія задачъ государства. А это пониманіе обусловлено было главнымъ образомъ забвеніемъ того, что право есть начало самостоятельное, а не служебное по отношенію къ нравственности. — Гораздо ближе къ истинѣ стояли теоретики т. наз. *правового государства*: задача государства заключается только въ охранѣ безопасности и права; все остальное должно быть предоставлено личной и общественной иниціативѣ. Пока никто не нарушаетъ чужихъ правъ и общей безопасности, государство не вмѣшивается, хотя бы на его глазахъ люди и голодали, и умирали отъ болѣзней, и коснѣли въ невѣжествѣ, и т. д. Конечно, это крайность, но крайность менѣе опасная, чѣмъ крайность полицейскаго государства: здѣсь признается, что люди—не дѣти, которыхъ надо опекать, признается принципіальная граница вмѣшательства власти въ жизнь гражданъ (а слѣдовательно, признаются права личности), признается недопустимость принудительной нравственности; между тѣмъ какъ въ полицейскомъ государствѣ личность превращается въ безправнаго раба. Какимъ образомъ парализовать крайности чистаго правового государства, будетъ видно изъ соотвѣтствующаго отдѣла курса. — Кстати замѣтимъ, что соціализмъ, представляетъ собою теченіе мысли, весьма родственное полицейскому государству: если бы передъ соціалистомъ стоялъ выборъ между обѣими крайностями, онъ безъ малѣйшаго колебанія подписался бы подъ программой полицейскаго государства. Наоборотъ, анархистъ на вопросъ: какой изъ этихъ двухъ типовъ государства лучше? отвѣтилъ бы: „хотя всякое государство есть зло, но право-

А исторія знаетъ не мало назидательныхъ примѣровъ, когда населеніе, среди котораго культивировалась такая психика, гдѣ не было развито чувство законности, проявляло въ моменты рѣзкихъ переворотовъ такія дикія чувства, такую разнузданность, что многіе просвѣщенные умы справедливо сомнѣвались въ возможности предоставить такимъ людямъ всѣ блага гражданской и политической свободы. Эти уроки исторіи должны быть постоянно предъ глазами всѣхъ юристовъ и носителей власти: власть должна желѣзной рукой охранять правопорядокъ, но при этомъ помнить, что „право должно быть сильнымъ, но для того, чтобы быть сильнымъ, оно должно быть *правомъ*“.

вое государство есть меньшее зло сравнительно съ полицейскимъ, т. к. здѣсь личность имѣетъ гораздо больше свободы и поставленъ принципіальный предѣлъ вмѣшательству власти“.

ГЛАВА V.

Проблема естественнаго права.

§ **218**. Существо права сдѣлается окончательно яснымъ послѣ разсмотрѣнія основной, центральной проблемы нашей науки, а именно—проблемы о т. наз. естественномъ правѣ. Къ сожалѣнію, именно эта проблема, не смотря на колоссальную литературу на всѣхъ языкахъ, среди которой есть сочиненія, прямо-таки поражающія своей „эрудиціей“ и массой потраченнаго на нихъ труда, не смотря на много цѣннаго, заключающагося въ отдѣльныхъ мысляхъ и замѣчаніяхъ, разсыпанныхъ на страницахъ этой литературы, на собранный огромный фактическій матеріалъ, наконецъ, на нѣкоторыя работы, весьма близко подошедшія къ истинѣ *),— еще ждетъ ученаго, который взялъ бы на себя большой, но благодарный трудъ подвести итоги всей работѣ мысли въ этомъ направленіи и дать окончательное рѣшеніе великой проблемы.

§ **219**. Съ самаго начала систематическихъ размышленій о правѣ человѣческая мысль подмѣтила, что кромѣ элементовъ измѣнчивыхъ, текучихъ, въ немъ находятся и элементы прямо противоположнаго характера, элементы постоянства. устойчивости, не поддающіеся произволу законодателя. Этотъ фактъ послужилъ одной изъ причинъ возникновенія мысли о существованіи кромѣ права положительнаго еще другого права, неписаннаго, вѣчнаго и неизмѣннаго.

Другой причиной возникновенія этой мысли являются неизбѣжныя несовершенства положительнаго права. Эти несовершенства обнаруживаются въ трехъ направленіяхъ. 1) Юридическая норма формулирована законодателемъ неудачно или произвольно; 2) юридическая норма, правильно формулированная, оказывается несправедливой въ данномъ, конкретномъ случаѣ и 3) юридическая норма съ теченіемъ времени не соотвѣтствуетъ больше вновь возникшимъ соціальнымъ отношеніямъ, превращается въ тормазъ

---

*) Среди этихъ работъ на первомъ мѣстѣ надо поставить книгу V. Cathrein'a „Recht, Naturrecht und positives Recht“ (въ особенности второе изданіе 1909 года). Съ первымъ изданіемъ этой прекрасной книги я ознакомился, когда возврѣніе на естественное право у меня сложилось окончательно и излагалось съ каѳедры въ томъ видѣ, въ какомъ оно теперь предлагается читателю. Я былъ пріятно удивленъ совпаденіемъ многаго изъ защищаемой мною теоріи съ возврѣніями Cathrein'a

для поступательнаго развитія жизни. Во всѣхъ этихъ случаяхъ наше субъективное правосознаніе сравниваетъ существующую юридическую норму съ тою нормой, которая должна была бы существовать, съ нормой идеальной. Опять и здѣсь возникаетъ мысль, что кромѣ положительнаго, писаннаго права есть другое, неписанное и притомъ—идеальное Какъ относятся другъ къ другу обѣ указанныя причины въ ихъ результатахъ. — увидимъ дальше.

А теперь займемся исторіей естественнаго права, т. к. эта исторія даетъ чрезвычайно цѣнный матеріалъ для рѣшенія нашей проблемы.

§ **220**. Само собою разумѣется, что не только у первобытныхъ людей, но и у народовъ, жившихъ въ государствахъ древнѣйшаго Востока, не могло возникнуть критическаго отношенія къ тѣмъ этическимъ нормамъ, которымъ они обязаны были повиноваться. Какъ уже было указано раньше, всѣ этическія нормы на первой ступени представляли собой одно цѣлое, гдѣ всѣ опредѣленія были слиты. Эти нормы носили религіозный характеръ и были санкціонированы авторитетомъ Божества, причемъ представители свѣтской власти были только исполнителями Его велѣній и стражами Его законовъ. Само собою разумѣется, что эти нормы не допускали какой бы то ни было критики, и народъ долженъ былъ *слѣпо* имъ повиноваться.

Совершенно ошибочно распространенное мнѣніе, что философія и наука начинаются только у грековъ *). Напротивъ, онѣ существовали и въ тѣ времена, о которыхъ у насъ сейчасъ идетъ рѣчь. Но дѣло въ томъ, что тогдашнее человѣчество находилось еще въ такомъ состояніи, что нечего было и думать о сообщеніи ему хотя бы минимальныхъ знаній въ этой области. Она оставалась въ рукахъ небольшой группы посвященныхъ, жрецовъ, которые и руководили народомъ. Очередной задачей было воспитаніе этого человѣчества, немногимъ отличавшагося отъ животныхъ, образованіе изъ него прочныхъ соціальныхъ тѣлъ, пріученіе къ извѣстной дисциплинѣ, пробужденіе въ немъ элементарныхъ началъ высшей духовной жизни.

---

*) Для оцѣнки этого мнѣнія достаточно вспомнить, что человѣчество существовало на землѣ много десятковъ тысячъ лѣтъ до грековъ, и что индійская и египетская религіозная философія, запечатлѣнная характеромъ сѣдой, глубочайшей древности, заключаетъ въ себѣ такія метафизическія ученія о Богѣ, о мірѣ, о человѣкѣ, передъ которыми многое, написанное новыми философами, кажется дѣтскимъ лепетомъ.

Въ этомъ періодѣ личность еще не сознаетъ себя отдѣльно отъ окружающей соціальной группы, *здѣсь нѣтъ еще свободы, а стало быть нѣтъ еще дифференціаціи права изъ общей этической основы.*

§ **221**. Только въ Эллядѣ личность сознаетъ себя, только тамъ область знанія становится принципіально доступной для всѣхъ. И хотя еще право сливается съ остальными этическими силами, но греки оставили намъ очень много цѣннаго въ своихъ размышленіяхъ по отдѣльнымъ вопросамъ, относящимся къ праву и государству. У греческихъ философовъ прекрасно разработано ученіе о существованіи общаго мірового этическаго порядка, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ идей, какъ разумной основы всего сущаго, и о связи дѣйствующихъ въ общежитіи этическихъ нормъ съ высшимъ божественнымъ порядкомъ.

Одинъ изъ учениковъ Пиѳагора, этого величайшаго изъ всѣхъ греческихъ философовъ, дѣлилъ всѣ законы на писанные и неписанные. *Послѣдніе представляютъ собою, какъ исходящіе отъ Божества, основу и руководящія начала для писанныхъ законовъ.* Извѣстно ученіе Сократа о неписанныхъ божескихъ законахъ, которые дѣйствуютъ у всѣхъ народовъ, имѣютъ всеобщій характеръ. Аристотель, раздѣливъ всѣ законы на писанные и неписанные, училъ, что послѣдніе обладаютъ обязательной силой по самой своей природѣ, они не зависятъ отъ усмотрѣнія законодателя, они вездѣ и всегда одни и тѣ-же. Эти законы восполняютъ собою пробѣлы положительнаго права и служатъ критеріемъ для его оцѣнки.

Наконецъ у стоиковъ, мы находимъ очень развитое ученіе, отожествляющее законы этическіе съ законами природы: и тѣ, и другіе суть проявленіе одного и того же мірового разума, а посему нравственность есть лишь особая форма осуществленія всеобщаго закона природы. Человѣческая личность, какъ носитель божественнаго элемента, разума, имѣетъ цѣнность независимо отъ принадлежности къ государству и оффиціальной религіи. Право есть выраженіе всеобщаго разума.

Здѣсь греческая мысль совсѣмъ близко подошла къ выдѣленію права изъ общей этической основы. Такого выдѣленія не произошло потому, что не было отчетливо выяснено понятіе свободы: и у стоиковъ все исходитъ отъ объективнаго порядка, подчиненіе которому есть обязанность разумнаго человѣка. А если мы и находимъ у софистовъ рѣзко подчеркнутую свободу лич-

ности, то эта свобода, отрицающая какія бы то ни было объективныя начала, не могла дать ничего цѣннаго для выясненія идеи права.

§ **222.** Стоическая философія легла въ основу *римскихъ воззрѣній на право.*

Римляне—классическій народъ права. И если у нихъ тѣмъ не менѣе не было настоящей науки права, если у нихъ общія теоретическія построенія были слабы, то это, главнымъ образомъ, объясняется преобладаніемъ чисто-практической дѣятельности надъ теоретической и весьма слабымъ развитіемъ философіи: ничего самостоятельнаго въ этой области римляне не дали, а результаты греческой философіи восприняли чисто-эклектически.

Не смотря на всѣ эти неблагопріятныя условія римляне дали намъ въ области права массу цѣннаго. Оставляя въ сторонѣ общеизвѣстную цѣнность римскаго гражданскаго права, остановимся на результатахъ ихъ мысли, важныхъ для философіи права.— Прежде всего необходимо отмѣтить, что впервые въ римскомъ правѣ человѣкъ появляется, какъ самостоятельный дѣятель, человѣческая воля, свобода, какъ главный факторъ.

Римскіе юристы воспользовались результатами стоической философіи и развили ученіе о jus naturale. Это—право, выражающее порядокъ жизненныхъ отношеній, установленный природой, порядокъ, вытекающій изъ природы человѣка, природы вещей и природы отношеній. Въ этомъ ученіи выражена чрезвычайно важная мысль, а именно: жизненныя отношенія имѣютъ свою естественную природу, они заключаютъ въ себѣ указанія на то, какъ надо формулировать соотвѣтственную юридическую норму. Законодатель долженъ подмѣтить и выразить эту скрытую, естественную норму. Кромѣ этой „природы вещей“ римляне въ своихъ воззрѣніяхъ на jus naturale пользовались, какъ руководящими началами: 1) общностью даннаго правила всѣмъ народамъ и 2) чувствомъ справедливости.

§ **223.** Источники римскаго права изобилуютъ ссылками на естественное право, имѣющее всеобщій характеръ и притомъ характеръ обязательный. „Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest“. „Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit“ „Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt“, и т. п.,—всѣ эти общеизвѣстныя мѣста Дигестъ доказываютъ воочію, что римскіе юристы видѣли въ естественномъ правѣ далеко не только чисто-теоретическія построенія, проекты идеальнаго права. Другое дѣло—

какимъ образомъ римскіе юристы примѣняли это открываемое ими естественное право?

Въ источникахъ не разъ попадаются мѣста, гдѣ юристъ говоритъ, что такое-то положеніе есть требованіе естественнаго права, „sed", добавляетъ онъ, „alio jure utimur". И вотъ, въ случаяхъ коллизіи нормъ положительнаго права съ естественнымъ, римскіе юристы никогда не проповѣдывали ничтожности соотвѣтственной нормы, они никогда не нарушали принципа законности. Они очень осторожно и медленно путемъ толкованія и фикцій вводили въ жизнь положенія естественнаго права, оставаясь всегда на почвѣ положительнаго. Напр., никто изъ нихъ не отрицалъ *законности* рабства, хотя и признавалъ противорѣчіе его естественному праву. Отсюда—медленная работа юристовъ, направленная на постепенное смягченіе дѣйствующаго права путемъ толкованія всѣхъ сомнѣній въ пользу естественнаго права. Въ результатѣ — появленіе цѣлаго ряда нормъ, ограничивающихъ власть господина надъ рабами и облегчающихъ полученіе ими свободы.

Нигдѣ ярче и опредѣленнѣе не выражена сущность тогдашнихъ воззрѣній на естественное право, чѣмъ у наиболѣе замѣчательнаго представителя римской мысли—Цицерона. Онъ энергично предостерегаетъ отъ пріема, который такъ характеренъ для очень многихъ современныхъ ученыхъ, а именно, стремленія найти сущность права въ однѣхъ лишь нормахъ положительнаго права безъ помощи философіи. Въ краснорѣчивыхъ словахъ онъ характеризуетъ естественный законъ, неписанный, вѣчный, родившійся вмѣстѣ со своимъ источникомъ—божественнымъ разумомъ, неизмѣнный вездѣ и всегда, стоящій выше всѣхъ положительныхъ законовъ.

Резюмируя сказанное о естественномъ правѣ въ Римѣ, мы находимъ слѣдующія черты, характеризующія это право: 1) вѣчность, неизмѣнность и разумность; 2) оно—основа положительнаго права и 3) оно—критерій для его оцѣнки и надлежащихъ улучшеній. Въ сущности—это пониманіе тождественно съ греческимъ.

§ **224**. *Средніе вѣка.* Особенность этой эпохи заключается въ томъ, что представители ея выдвинули на первый планъ и придали рѣшающее значеніе религіозному моменту въ пониманіи естественнаго права (этотъ моментъ, какъ мы видѣли, существовалъ всегда и раньше).

Хотя масса цѣннаго по интересующему насъ вопросу заключается въ произведеніяхъ средневѣковыхъ отцовъ Церкви, для на-

шей цѣли достаточно взять писателя, сконцентрировавшаго въ себѣ всю средневѣковую духовную жизнь. Разумѣемъ великаго философа св. Ѳому Аквинскаго, геній котораго по справедливости можетъ быть поставленъ рядомъ съ геніями Платона, Лейбница, Канта и Гегеля.

Св. Ѳома различаетъ четыре вида законовъ: вѣчный, естественный, человѣческій и „божескій". Вѣчный законъ—это Божественный разумъ, управляющій міромъ; это правило и мѣрило всего сущаго. его вѣчная основа, первоисточникъ всей міровой жизни, всѣхъ ея законовъ. Въ физическомъ порядкѣ міра этотъ законъ проявляется въ видѣ законовъ природы, направляющихъ каждую вещь къ ея цѣли. Въ разумныхъ существахъ отраженіе въ нихъ вѣчнаго закона называется естественнымъ закономъ. *Этотъ естественный законъ заключаетъ въ себѣ нѣкоторыя общія начала.* А на основѣ этихъ началъ возникаетъ законъ человѣческій, положительный, представляя собою развитіе, реализацію естественнаго закона въ данной конкретной средѣ. Развитіе происходитъ въ двухъ направленіяхъ: 1) изъ даннаго общаго начала естественнаго закона логически выводятся необходимыя слѣдствія и 2) положительный законъ детально развиваетъ общія начала и создаетъ дополнительныя нормы (напр., опредѣленіе рода и вида наказанія).

Обращаетъ на себя вниманіе глубина этой концепціи, гармонически объединяющей всѣ проявленія міровой жизни и связывающей положительное право съ его вѣчной и неизмѣнной разумной основой.

§ **225.** У св. Ѳомы естественное право есть комплексъ нѣсколькихъ общихъ началъ, представляющихъ собою раціонально-этическую основу положительнаго права и вытекающихъ изъ вѣчнаго Божественнаго закона. Но естественное право вмѣстѣ съ тѣмъ есть критерій для оцѣнки положительнаго права. Въ основномъ сочиненіи великаго философа читаемъ: „Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra jus naturale, injusta est nec habet vim obligandi". (Summa theolog. 2, q. 60, a. 5). Такимъ образомъ св. Ѳома прямо отрицаетъ обязательный характеръ такихъ нормъ положительнаго права, которыя противорѣчатъ естественному праву. Впрочемъ не запрещается повиноваться *нѣкоторымъ* изъ такихъ законовъ по соображеніямъ цѣлесообразности (избѣжаніе худшаго зла).— Средневѣковые канонисты весьма опредѣленно учили, что ни монархи, ни даже церковь, не имѣютъ права издавать законовъ,

противорѣчащихъ естественному праву; такіе законы не имѣютъ обязательной силы.

Въ этихъ положеніяхъ заключается новое сравнительно съ ученіями о естественномъ правѣ древняго міра: идея естественнаго права пріобрѣтаетъ т. ск. „боевой характеръ“. И исторія показываетъ, что этотъ характеръ сплошь и рядомъ опредѣлялъ собою поведеніе людей въ особенности въ знаменитой борьбѣ церкви съ государствомъ, наполнившей все средневѣковье.

Замѣтимъ въ заключеніе, что никто изъ средневѣковыхъ писателей не далъ яснаго, точнаго и опредѣленнаго критерія для отличія справедливыхъ нормъ положительнаго права отъ несогласныхъ съ естественнымъ правомъ.

§ **226**. *Новое время. Періодъ до Канта.* Когда мы бросимъ общій взглядъ на писателей этого періода (преимущественно 17 и 18 вѣка), то сначала намъ покажется, что между ними нѣтъ ничего общаго: каждый выводитъ право изъ различнаго принципа (Гроцій—общительная природа человѣка, Гоббзъ—эгоизмъ, Спиноза—сила, Пуфендорфъ — стремленіе къ мирному общежитію, Вольфъ—стремленіе къ усовершенствованію, Локкъ—естественная свобода человѣка, Томазій—влеченіе къ благополучію, Лейбницъ—любовь).

Но болѣе внимательное изученіе открываетъ у всѣхъ писателей этого періода общія характерныя черты.

Прежде всего здѣсь человѣческая мысль окончательно эмансипировалась отъ церковнаго авторитета; философія изъ „служанки богословія“ превратилась въ самостоятельную „госпожу“. Это было время господства раціонализма, свободнаго отъ всѣхъ внѣшнихъ авторитетовъ. Главнѣйшими же путями для свободнаго изслѣдованія окружающаго міра были: опытное изученіе природы (Бэконъ) и математика (Декартъ). И когда мысль стремилась разрѣшить проблему права, то матеріаломъ ей послужило опытное изученіе природы человѣка, а формой—геометрія. Отсюда новая общая черта всѣхъ писателей—*натурализмъ*: всѣ они выводятъ право изъ различныхъ естественныхъ свойствъ человѣческой природы. У всѣхъ одно общее натуралистическое міровоззрѣніе: во всѣхъ проявленіяхъ міровой жизни они видѣли механическое обнаруженіе законовъ природы *).

*) Коренное различіе этого міровоззрѣнія отъ античнаго и средневѣковаго можно характеризовать терминами: супранатурализмъ, телеологизмъ и механизмъ. Въ средніе вѣка все выводилось изъ воли Бога; въ античномъ мірѣ воззрѣніе

§ **227**. Въ результатѣ указанныхъ предпосылокъ явилось отсутствіе настоящаго этическаго пониманія міра, не смотря на часто употребляемый терминъ „Этика“. Все сводилось къ естественнымъ влеченіямъ людей, обусловленнымъ ихъ природой, ко всевозможнымъ комбинаціямъ этихъ влеченій на основаніи законовъ природы, а высшими принципами поведенія были эгоизмъ и благополучіе.

Разумъ былъ средствомъ для познанія природы человѣка и окружающаго міра, и для вывода отсюда чисто-раціоналистическимъ путемъ соотвѣтствующихъ системъ.

Чрезвычайно важно отмѣтить, что у всѣхъ писателей человѣкъ брался какъ абстрактный индивидъ съ опредѣленнымъ, одинаковымъ у всѣхъ содержаніемъ, а общество разсматривалось какъ механическая совокупность такихъ индивидовъ. Они могутъ въ любой моментъ устраивать общежитіе по какимъ угодно формамъ согласно указаніямъ разума. Такимъ образомъ индивидуализмъ, столь характерный для идеи естественнаго права, проявился здѣсь въ наиболѣе рѣзкомъ видѣ.

§ **228**. Но не смотря на этотъ рѣзкій индивидуализмъ, всѣ теоріи естественнаго права разсматриваемаго періода страдали весьма крупнымъ недостаткомъ: *нигдѣ нѣтъ отчетливаго понятія о самоцѣльности личности, о ея нравственной автономіи*. А въ результатѣ мы видимъ, что индивидуализмъ писателей 17—18 в. нисколько не мѣшалъ многимъ изъ нихъ защищать деспотизмъ власти. И дѣйствительно, основываясь на механизмѣ, на эгоизмѣ и благополучіи, легко превратить личность въ простое средство для „общаго блага“, а все право выводить изъ предписаній власти. Получается бьющее въ глаза противорѣчіе всей теоріи: она начинаетъ съ права вѣчнаго, неизмѣннаго, стоящаго надъ государствомъ, а кончаетъ превращеніемъ всего права въ продуктъ государственной власти.

Въ связи съ указанными недостатками до-Кантовской философской мысли (отсутствіе нравственной автономіи личности, механическое міровоззрѣніе) находится и то, что эта мысль не могла удовлетворительно разрѣшить одну изъ основныхъ проблемъ философіи права, проблему отношенія личности къ обществу. При всемъ разнообразіи аргументаціи и оттѣнковъ у различныхъ

на природу было телеологическое, мысль вездѣ искала осуществленія цѣлей, между тѣмъ какъ новая мысль до Канта энергично отвергала телеологію (напр., Спиноза утверждалъ, что Богъ и природа дѣйствуютъ не въ виду цѣлей, а въ силу внутренней необходимости.

писателей, воззрѣнія ихъ можно свести къ двумъ крайностямъ: 1) общество существуетъ для личности, оно есть только средство для развитія личности, *для удовлетворенія ея стремленія къ благополучію*, и 2) личность есть только средство для благополучія общества.

§ **229**. Какъ понимали мыслители разсматриваемаго періода естественное право и отношеніе его къ положительному праву?

По этому вопросу существуетъ въ наукѣ мнѣніе, которое можно назвать господствующимъ, такъ какъ оно имѣетъ весьма многочисленныхъ представителей, принадлежащихъ даже къ прямо противоположнымъ научнымъ направленіямъ (и идеалисты, и „реалисты"). Сущность этого мнѣнія заключается въ слѣдующемъ: въ 17—18 в. понимали естественное право, какъ цѣлый кодексъ идеальныхъ нормъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ для всѣхъ временъ и народовъ. Эти идеальныя нормы существуютъ надъ положительнымъ правомъ, и получаются такимъ образомъ двѣ системы—право положительное и право естественное (дуализмъ права). При этомъ естественное право является критеріемъ для оцѣнки положительнаго: если какая нибудь норма положительнаго права противорѣчитъ соотвѣтственной нормѣ естественнаго, то такая норма не имѣетъ обязательной силы, не можетъ быть признана правомъ.

Думаемъ, что это мнѣніе неправильно. Неужели никому изъ писателей разсматриваемаго періода не бросилась бы въ глаза совершенная нелогичность допущенія существованія двухъ параллельныхъ правопорядковъ? Неужели они не могли понять невозможности реальнаго существованія огромнаго большинства юридическихъ нормъ иначе, какъ въ видѣ нормъ положительнаго права? Неужели они могли думать, что существуетъ, напр., вѣчная и неизмѣнная норма для всѣхъ временъ и народовъ, воспрещающая провозить безъ пошлины опредѣленныя вещи черезъ границу? Наконецъ, неужели никто изъ нихъ не понялъ бы ненужности и вреда положительнаго права, если имѣется идеальное право?

Уже эти вопросы заставляютъ сомнѣваться въ правильности господствующаго мнѣнія. А если мы обратимся къ сочиненіямъ важнѣйшихъ представителей философіи права 17—18 вв., то окончательно убѣдимся, что господствующее мнѣніе основано на недоразумѣніи.

§ **230**. *Гоббсъ* начинаетъ свое изслѣдованіе установленіемъ нѣсколькихъ основныхъ чертъ человѣческой природы, данныхъ въ опытѣ (самосохраненіе, стремленіе къ наслажденію, эгоизмъ, взаимный страхъ). Переходя затѣмъ къ образованію государства, обусловленному исканіемъ мира, стремленіемъ избѣжать войны всѣхъ противъ всѣхъ, онъ находитъ, что изъ этого договора вытекаютъ двадцать естественныхъ законовъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ, обязательныхъ для каждаго законодателя (договоры должны быть соблюдаемы; никто не можетъ быть судьей въ собственномъ дѣлѣ; судья не долженъ ожидать выгоды отъ того, въ пользу котораго онъ рѣшаетъ дѣло; необходимость для каждаго отказаться отъ первобытнаго права на все и уступки своихъ правъ государству; надо прощать добровольно кающагося въ своей винѣ; уважать чужое право; и т. д.).

Но эти вѣчные и неизмѣнные законы представляютъ собою только выводы разума; они сами по себѣ безсильны сдѣлать то, къ чему стремятся люди, ради чего они образовали государство т. е. обезпечить миръ. А такъ какъ въ государствѣ основной, важнѣйшій элементъ есть верховная власть, т. к. эта власть должна быть абсолютной, то *ей и принадлежитъ право толковать естественные законы и издавать въ развитіе ихъ положительные законы, снабженные принудительной силой*. Этимъ законамъ граждане обязаны безпрекословно повиноваться (причемъ сюда входитъ и сфера религіи, и нравственности), т. к. сама власть стоитъ надъ закономъ, она есть творецъ права. При этомъ характерно, что Гоббсъ подчеркиваетъ измѣнчивость и относительность положительнаго права, говоря, что смотря по обстоятельствамъ правое въ одно время можетъ сдѣлаться неправымъ въ другое время, разумное въ одно время можетъ признаваться неразумнымъ въ другое. (De cive. III, § 29).

Итакъ, здѣсь нѣтъ никакого дуализма права; есть одно положительное право, представляющее собою реализацію нѣсколькихъ общихъ принциповъ сообразно „обстоятельствамъ“, т. е. мѣстнымъ и временнымъ условіямъ. Система Гоббса страдаетъ односторонностью въ высокой степени, но упрекать ее въ дуализмѣ невозможно.

§ **231**. *Спиноза* въ своей философіи права исходитъ изъ тѣхъ же предпосылокъ, что и Гоббсъ. Стремленіе къ самосохраненію, естественная враждебность и желаніе избѣжать неудобствъ естественнаго состоянія, гдѣ каждый имѣетъ право на все (ограни-

ченное только недостаткомъ силы), побуждаютъ людей соединиться путемъ договора въ государство. По этому договору каждый переноситъ на верховную власть то право, которымъ онъ пользовался въ естественномъ состоянiи. Такимъ образомъ верховная власть получаетъ то-же самое естественное право, которымъ обладалъ каждый гражданинъ раньше, но получаетъ въ гораздо большей степени. Отсюда—безусловная обязанность подчиняться законамъ, изданнымъ властью; это обязанность, диктуемая человѣку разумомъ: вѣдь безъ государства наступятъ всѣ печальныя послѣдствiя естественнаго состоянiя; а если иногда велѣнiя власти противорѣчатъ разуму, то это меньшее зло, которое надо предпочесть для избѣжанiя бо́льшаго.

Оставляя въ сторонѣ нѣкоторыя (непослѣдовательныя) ограниченiя всемогущества власти, мы должны признать, что въ системѣ Спинозы нѣтъ и тѣни дуализма права: кромѣ положительнаго права нѣтъ никакого другаго. Естественное же право лежитъ въ основѣ положительнаго.

§ **233**. *Лейбницъ*, этотъ всеоблемлющiй геній, воплотившiй въ себѣ всѣ знанiя своего времени, получилъ первоначально основательное юридическое образованiе и написалъ нѣсколько работъ о правѣ. Къ сожалѣнiю онъ не далъ систематической разработки вопроса о естественномъ правѣ, хотя несомнѣнно въ своихъ воззрѣнiяхъ, заключающихъ много цѣннаго для науки, исходилъ отъ понятiя естественнаго права. Оно у Лейбница понимается, какъ часть высшаго мiрового разумно-этическаго порядка, имѣющаго источникъ въ Богѣ. Цѣль естественнаго права—благо тѣхъ, кто ему подчиняется; предметъ его—все, что касается другихъ и зависитъ отъ насъ; производящая причина — свѣтъ вѣчнаго разума, зажженный въ насъ Богомъ. Признавая безусловную необходимость государства и повиновенiя гражданъ изданнымъ властью законамъ, Лейбницъ подвергаетъ суровой критикѣ Гоббесовскiй абсолютизмъ власти, стоящей надъ закономъ и утверждаетъ, что верховенство власти вполнѣ совмѣстимо съ обязанностями ея къ Богу, къ церкви и къ народу.—Что же касается вѣчности и неизмѣнности естественнаго права съ одной стороны и измѣнчивости и условности положительнаго права съ другой, то Лейбницъ говоритъ, что хотя истины естественнаго права вѣчны и неизмѣнны, но сознаются онѣ людьми неодинаково въ зависимости отъ степени развитiя

Ближайшаго опредѣленiя этихъ истинъ естественнаго права у Лейбница нѣтъ, но несомнѣнно, что философъ понималъ ихъ,

какъ совокупность нѣсколькихъ общихъ *нравственныхъ* началъ лежащихъ въ основѣ положительнаго права, и могущихъ реализоваться различно, смотря по степени культуры. Ясное дѣло, что дуализма права здѣсь нѣтъ.

§ **234**. Возьмемъ писателя, котораго многіе называютъ отцомъ новой философіи права, *Гуго Гроція*.

Онъ рѣзко подчеркнулъ роль разума въ отысканіи началъ права. Основаніе естественнаго права коренится въ самой природѣ человѣка, а выводъ положеній естественнаго права изъ этой основы—дѣло разума. Эти положенія вѣчны, непзмѣнны, непоколебимы; они не могутъ быть измѣнены даже Богомъ: какъ Онъ не можетъ сдѣлать, чтобы дважды два не было четыре, такъ Онъ не можетъ сдѣлать, чтобы природа себѣ противорѣчила, чтобы злое было добрымъ. Но т. к. Богъ есть верховный разумъ, то Онъ же есть и первоначальный творецъ естественнаго права. Оно представляетъ собою совокупность нѣсколькихъ коренныхъ началъ: воздержаніе отъ чужого, возвращеніе того, что принадлежитъ другимъ, соблюденіе договоровъ, наказаніе преступленій и т. п.—Въ отличіе отъ естественнаго права, положительное право истекаетъ изъ свободной воли людей: оно имѣетъ своимъ источникомъ договоръ. Въ силу договора люди соединяются въ государство и подчиняются власти, а такъ какъ обязанность соблюдать договоры есть требованіе естественнаго права, то оказывается, что положительное право основано на естественномъ и должно быть соблюдаемо гражданами; они не имѣютъ права самовольно выходить изъ союза и не имѣютъ права возстанія противъ власти, издающей законы, противорѣчащіе естественному праву.

И здѣсь нѣтъ дуализма; и здѣсь естественное право понимается не какъ цѣлый кодексъ идеальныхъ нормъ, а какъ совокупность нѣсколькихъ разумныхъ принциповъ, лежащихъ въ основѣ положительнаго права.

§ **235**. *Томазій*, какъ извѣстно, рѣзко разграничилъ области права и нравственности, и на этомъ основаніи возставалъ противъ принудительнаго вмѣшательства государства въ область религіи и нравственности. Казалось бы, что у него можно найти „боевой характеръ“ идеи естественнаго права (т. е. утвержденіе обязательнаго характера естественнаго права и преимущество его передъ правомъ положительнымъ). И однако онъ нашелъ, что lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia. Выводя естественное право изъ воли Божіей, проявляющейся черезъ разумъ,

Томазій говоритъ, что естественный законъ предписываетъ тѣ дѣйствія, въ которыхъ разумъ усматриваетъ необходимую связь съ самою разумною природою человѣка. Основнымъ началомъ естественнаго права, изъ котораго можно вывести всѣ обязанности человѣка по отношенію къ окружающимъ, является слѣдующее: *дѣлай все, что необходимо для существованія общежитія и не дѣлай ничего, что ему противорѣчитъ.*

Ясное дѣло, что и Томазій не представлялъ себѣ естественнаго права въ видѣ кодекса идеальныхъ нормъ, параллельныхъ нормамъ положительнаго права: у него естественное право есть совокупность нѣсколькихъ общихъ принциповъ.

§ **236**. *Пуфендорфъ* видитъ основу естественнаго права въ Божескомъ законѣ; это право выводится разумомъ изъ человѣческой природы. Оно представляетъ собою совокупность началъ, неотдѣлимыхъ отъ человѣческой природы; эти начала такъ необходимо связаны съ разумнымъ и общежительнымъ существомъ человѣка, что безъ нихъ невозможно никакое мирное и честное общежитіе. Отсюда *основной естественный законъ заключается въ томъ, чтобы запрещать всѣ дѣйствія, нарушающія общежитіе и предписывать дѣйствія, необходимыя для общежитія.* Естественное право есть граница дѣйствій власти.—Но такъ какъ власть есть безусловно необходимый элементъ государства („верховная власть есть какъ бы душа, которою государство живетъ и движется"), такъ какъ положительное право исходитъ отъ воли законодателя, такъ какъ большая часть дѣйствій власти такова, что народъ неспособенъ обсуждать ихъ надлежащимъ образомъ,—то отсюда безусловная обязанность повиноваться установленному властью положительному праву. И это тѣмъ болѣе, что естественное право представляетъ собою право „несовершенное", лишенное санкціи.

Пуфендорфъ очень много писалъ о правѣ, но нигдѣ у него нельзя найти воззрѣнія на естественное право, какъ на цѣлый кодексъ идеальныхъ нормъ для всѣхъ временъ и народовъ.

§ 237. *Локкъ* исходитъ въ своихъ философско-правовыхъ построеніяхъ изъ первобытнаго, догосударственнаго состоянія людей (естественное состояніе). Въ этомъ состояніи люди жили, слѣдуя естественному праву. Но невыгоды такой жизни заставили людей путемъ договора образовать государство, причемъ значительную *часть* своихъ естественныхъ правъ люди перенесли на государственную власть. Вслѣдствіе этого власть получила право издавать

законы. обязательные для всѣхъ гражданъ въ извѣстныхъ разумныхъ предѣлахъ.

Если мы обратимся къ сочиненіямъ Локка, чтобы узнать, какъ онъ понималъ естественное право, то найдемъ, что оно представляетъ собою, рядъ общихъ положеній, открываемыхъ разумомъ: всѣ люди свободны и равны; никто не можетъ наносить вреда другому; должна быть уважаема собственность, основанная на трудѣ; существуетъ родительская власть надъ дѣтьми; договоры должны быть соблюдаемы; каждый имѣетъ право наказывать нарушителей этихъ естественныхъ законовъ; каждый обязанъ, на сколько это отъ него зависитъ, дѣйствовать не только для сохраненія себя, но и для сохраненія всего рода человѣческаго.

Ясное дѣло, что здѣсь нѣтъ и рѣчи о цѣломъ кодексѣ идеальныхъ нормъ. Напротивъ, Локкъ говоритъ, что люди соединялись въ государство именно съ тою цѣлью, чтобы замѣнить шаткость толкованія естественнаго права, носящаго столь общій характеръ, постоянными, опредѣленными и всѣмъ извѣстными законами. Такимъ образомъ у него естественное право есть разумная основа, на которой развивается право положительное.

§ 238. Для нашей цѣли достаточно знакомства съ названными важнѣйшими представителями школы естественнаго права 17—18 в. Мы видѣли, что никто изъ нихъ не говорилъ о цѣломъ кодексѣ идеальныхъ нормъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ для всѣхъ временъ и народовъ. Никто изъ нихъ и не думалъ отрицать положительное право, напротивъ—всѣ они находятъ, что положительное право есть реализація тѣхъ общихъ разумныхъ принциповъ, изъ которыхъ состоитъ естественное право. Наконецъ, ученія всѣхъ этихъ мыслителей вполнѣ совмѣстимы съ фактомъ измѣнчивости положительнаго права сообразно условіямъ мѣста и времени: эти общіе принципы естественнаго права различно понимаются и различно реализуются на различныхъ ступеняхъ культуры.

Почему же образовалось въ наукѣ столь распространенное мнѣніе, что въ 17—18 в. школа естественнаго права отрицательно относилась къ положительному праву, къ временнымъ и мѣстнымъ особенностямъ и предлагала право вѣчное и неизмѣнное для всѣхъ временъ и народовъ?

Думаемъ, что немаловажной причиной послужило недостаточно вдумчивое чтеніе соотвѣтствующихъ произведеній въ связи съ

предвзятымъ мнѣніемъ, принятымъ на вѣру *). И если приступать къ чтенію означенныхъ произведеній съ опредѣленной уже точкой зрѣнія, то, пожалуй, въ нихъ можно найти нѣкоторыя (кажущіяся) подтвержденія правильности оспариваемаго нами мнѣнія.

§ **239.** Дѣло въ томъ, что мыслители 17—18 в. не интересовались спеціально ни историческими, ни „соціологическими" вопросами; они не изслѣдовали, какимъ образомъ принципы естественнаго права реализуются въ конкретной соціальной средѣ. Все вниманіе ихъ было направлено на раціональную основу права. Такимъ образомъ у нихъ разрабатывалась одна сторона вопроса, другая же еще не была поставлена на очередь (ею занялась историческая школа). Но эта другая сторона ими не только не отрицалась, но прямо признавалась, что видно изъ отдѣльныхъ мыслей и намековъ **).

Далѣе. У разсматриваемыхъ писателей не формулировано ясно и опредѣленно то воззрѣніе на естественное право, которое мы находимъ у нихъ (т. е.—совокупность нѣсколькихъ разумныхъ принциповъ, представляющихъ собою основу положительнаго права), а это въ связи съ различіемъ взглядовъ ихъ на отдѣльныя положенія естественнаго права, на общность выраженій и на проявляющійся *иногда* „боевой характеръ" естественнаго права, могло дать нѣкоторое основаніе для подкрѣпленія критикуемаго нами мнѣнія.

Правда у второстепенныхъ писателей, особенно во 2-й половинѣ 18 в., мы видимъ опыты выведенія изъ общихъ принциповъ естественнаго права цѣлой массы юридическихъ нормъ, причемъ многіе изъ этихъ писателей склонны приписывать этимъ продуктамъ

---

*) А это мнѣніе высказано такимъ авторитетнымъ юристомъ, какъ глава исторической школы Савиньи. Въ своей знаменитой работѣ „Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" 1814 онъ упрекаетъ школу естественнаго права въ стремленіи создать идеальный кодексъ для всѣхъ временъ и народовъ, и въ полномъ игнорированіи мѣстныхъ и временныхъ условій.

**) Такой послѣдовательный раціоналистъ, какъ *Гоббсъ*, не разъ признаетъ всю важность конкретныхъ условій для реализаціи началъ естественнаго права. Напр., во II томѣ англійскаго изданія его сочиненій мы читаемъ весьма характерное мѣсто, гдѣ онъ пишетъ, что хотя кража, убійство, прелюбодѣяніе и обиды запрещаются естественнымъ правомъ, но ближайшее опредѣленіе этихъ понятій принадлежитъ всецѣло положительному праву. („Theft, murder, adultery, and all injuries, are forbid by the laws of nature; but what is to be called *theft*, what *murder*, what *adultery*, what *injury* in a citizen, this is not to be determined by the natural, but by the civil law". *Works*, II, p. 85).

своего субъективнаго правосознанія общеобязательный характеръ, квалифицировать ихъ, какъ нормы естественнаго права. Нѣкоторые доводили односторонность до того, что считали возможнымъ такія „юридическія нормы“ рекомендовать всѣмъ законодателямъ, не считаясь съ конкретными условіями среды. Наконецъ у этихъ писателей замѣчается чрезмѣрное увеличеніе основныхъ принциповъ естественнаго права въ связи съ разногласіемъ относительно ихъ содержанія.

Но вѣдь сущность такого крупнаго теченія мысли, какъ школа естественнаго права 17—18 в., должна познаваться и оцѣниваться по произведеніямъ „отцовъ“ школы, выдающихся писателей, а не по тѣмъ крайностямъ, въ которыя впадали нѣкоторые ученики.

§ **240**. Резюмируя сказанное, мы находимъ полную *аналогію* въ пониманіи естественнаго права у писателей новаго времени до Канта, у средневѣковыхъ писателей и у писателей классической древности. Не смотря на различныя исходныя точки, на различный характеръ построеній, на различный матеріалъ для выводовъ, на различную аргументацію, вездѣ естественное право понималось, какъ извѣстныя вѣчныя и неизмѣнныя раціонально-этическія начала, представляющія собою основу положительнаго права и критерій для его оцѣнки.

Въ частности только что разсмотрѣнная эпоха подчеркнула самостоятельность разума въ отысканіи началъ естественнаго права, пыталась точно формулировать эти начала, поставила ихъ въ связь съ природой человѣка, данной въ опытѣ, и обратила преимущественное вниманіе на естественное право, какъ на *основу* положительнаго (конститутивная функція).

Въ виду указанныхъ раньше (§ 228) недостатковъ вся работа мысли разсмотрѣнной эпохи приняла односторонній характеръ, а поэтому и нуждалась въ дальнѣйшемъ развитіи.

§ **241**. Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему изложенію, остановимся на двоякой функціи естественнаго права.

Мы видѣли, что оно понималось 1) какъ вѣчная и неизмѣнная основа положительнаго права (положительное право есть реализація, развитіе принциповъ естественнаго права) и 2) какъ идеальная норма, которая служитъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права, указываетъ пути для дальнѣйшей прогрессивной работы развитія права.

Весьма распространено мнѣніе, защищаемое даже выдающимися учеными, что обѣ эти концепціи нельзя свести одна къ другой, что надо строго различать воззрѣніе на естественное право, какъ на наши этическіе идеалы, отъ воззрѣнія на него, какъ на реальный фактъ, составной элементъ (основу) положительнаго права.

Думаемъ, что это мнѣніе не можетъ быть принято. Уже изъ того, что̀ мы нашли въ результатѣ изученія исторіи идеи естественнаго права, видно, что обѣ концепціи другъ друга обусловливаютъ. Въ самомъ дѣлѣ: естественное право есть совокупность нѣсколькихъ общихъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ раціонально-этическихъ началъ, составляющихъ часть мірового этическаго порядка. Эти начала реализуются въ каждой данной соціальной средѣ путемъ положительнаго права: оно есть развитіе этихъ началъ примѣнительно къ условіямъ мѣста и времени. Такимъ образомъ естественное право есть основа положительнаго, реальный фактъ, тотъ элементъ, который придаетъ положительному праву устойчивость, постоянство, крѣпость, который связываетъ его съ высшимъ міровымъ этическимъ порядкомъ, даетъ праву высшее освященіе Эту функцію естественнаго права мы предложили бы назвать *конститутивной функціей.*

Но вѣдь несомнѣнно, что *тѣ же самыя начала* служатъ одновременно и критеріемъ для оцѣнки положительнаго права.—Каждое изъ нихъ можетъ реализоваться несовершенно, измѣнившіяся условія жизни могутъ позволить болѣе послѣдовательно провести въ жизнь данное начало, выразить его въ болѣе чистомъ видѣ, обставить лучшими гарантіями. И каждый шагъ въ этомъ направленіи оцѣнивается нами при помощи того же идеальнаго критерія, того же начала естественнаго права, къ болѣе совершенной реализаціи котораго мы стремимся. Эту функцію естественнаго права мы бы предложили назвать *нормативной.*

Такимъ образомъ получается не два различныхъ пониманія естественнаго права, не двѣ его концепціи, а двѣ функціи (конститутивная и нормативная) одного и того же естественнаго права.—Только что сказанное послужитъ переходомъ къ дальнѣйшему изложенію, а именно къ Канту.

§ **242**. Мы видѣли, что главный порокъ до—Кантовской новой философіи права заключался въ отсутствіи яснаго понятія самоцѣльности личности, ея нравственной автономіи. *Кантъ* представляетъ собою важнѣйшій моментъ въ исторіи философіи вообще и

въ исторіи философіи права въ частности. Для нашей цѣли достаточно установить слѣдующія существенныя черты его философіи.

Человѣкъ при помощи чистаго разума (теоретическаго) познаетъ міръ не такимъ, каковъ онъ есть въ себѣ (вещь въ себѣ), а такимъ, какимъ онъ становится благодаря присущимъ нашему познающему инструменту формамъ и категоріямъ. Другими словами: нашъ теоретическій разумъ не есть зеркало, въ которомъ отражается міръ; тотъ міръ, который мы теоретически познаемъ, есть *продуктъ дѣятельности нашего разума*. Конечно, вещи въ себѣ существуютъ независимо отъ нашего разума, но для него онѣ остаются недоступными. Съ этой точки зрѣнія истина не есть согласіе нашихъ понятій съ вещами, а есть согласіе разума съ самимъ собою: это—гармоническая, строго-логическая связь всѣхъ продуктовъ нашего разума. Такимъ образомъ объективность познанія есть въ сущности всеобщая субъективность: всѣмъ людямъ присущи общія формы и категоріи мысли съ безусловнымъ характеромъ.

Но Кантъ открываетъ въ человѣческомъ духѣ другую область, которая выходитъ за предѣлы компетенціи „чистаго“ разума. Это область съ чисто-идеальнымъ содержаніемъ, обладающимъ абсолютнымъ характеромъ. Оказывается, что жизнь нашего духа гораздо шире „теоретическаго“ познанія (положительной науки). За явленіями, за областью необходимости механической, доступной положительной наукѣ, есть міръ вещей въ себѣ, за міромъ феноменальнымъ—міръ ноуменальный, царство свободы. Къ этому царству и относится та другая область человѣческаго духа, выходящая за предѣлы компетенціи „чистаго разума“. Эта область „практическаго“ разума (воли). Вотъ это раздѣленіе человѣческаго духа на двѣ самостоятельныя и *независимыя другъ отъ друга* области считается самой важной, основной особенностью философіи Канта*).

§ **243**. Критерій истины въ области теоретическаго разума, какъ указано выше, есть согласіе разума съ самимъ собою. Точно также и въ области „практическаго“ разума. Онъ есть источникъ особыхъ этическихъ нормъ, которыя существуютъ рядомъ съ законами познаваемаго міра, независимо отъ нихъ: это постулаты, императивы практическаго разума съ абсолютнымъ характеромъ. Въ

*) Здѣсь не мѣсто вдаваться въ оцѣнку господствующаго мнѣнія и доказывать, что въ сущности у Канта нѣтъ непроходимой пропасти между обѣими областями.

мірѣ опыта мы не найдемъ идеи *должнаго*: тамъ мы находимъ только то, что *есть*, что *было;* но никакое опытное изученіе не можетъ сказать намъ, что что-нибудь *должно* быть. Такимъ образомъ получается два параллельныхъ ряда сужденій: теоретическихъ и нравственныхъ, разграниченіе этики и науки. Вотъ почему никакое теоретическое объясненіе поступка, выясненіе его, какъ результата цѣлой цѣпи причинъ, не можетъ спасти его отъ нравственной оцѣнки: эта оцѣнка имѣетъ самостоятельныя основы и лежитъ въ другой плоскости.

Нравственный долгъ есть идея, непосредственно данная нашему сознанію, она не разложима ни на какіе элементы: вѣдь никакой опытъ, никакое научное изученіе фактовъ не могутъ объяснить намъ, почему нравственный долгъ имѣетъ абсолютный характеръ, почему онъ обращается къ намъ со своимъ категорическимъ: „ты долженъ“. Эти категорическіе императивы практическаго разума обусловлены нашимъ ноуменальнымъ *я*, обладающимъ свободою воли и являющимся членомъ царства свободы—міра ноуменальнаго, вещей въ себѣ. Этика Канта есть ученіе о нравственной свободѣ; она независима отъ какого бы-то ни было эмпирическаго содержанія: человѣкъ долженъ поступать нравственно единственно изъ уваженія къ нравственному закону, открываемому имъ въ своемъ духѣ. А этотъ законъ, категорическій императивъ, имѣетъ чисто-формальный характеръ: „дѣйствуй такъ, чтобы правило твоего поведенія могло бы сдѣлаться всеобщимъ закономъ;“ „дѣйствуй такъ, чтобы всегда признавать въ себѣ и въ другихъ личность не средствомъ, а цѣлью“.

§ **244**. Итакъ мы имѣемъ: 1) дуализмъ теоретическаго и практическаго разума и 2) примать практическаго разума, воли (человѣкъ не можетъ познать теоретически абсолютную истину, вещи въ себѣ, но онъ *во всякомъ случаѣ долженъ* дѣйствовать по указанію категорическихъ императивовъ практическаго разума).

Если мы теперь обратимся къ воззрѣнію Канта на естественное право, то увидимъ, что *идея естественнаго права у Канта есть категорическій императивъ*, норма практическаго разума, а значитъ—критерій для оцѣнки положительнаго права. Основной законъ формулируется слѣдующимъ образомъ: „дѣйствуй такъ, чтобы твоя свобода совмѣщалась со свободой другихъ по общему закону свободы“.

Здѣсь не мѣсто подробно разсматривать ученіе Канта о правѣ. Намъ важно было выяснить значеніе великаго философа въ исто-

ріи идеи естественнаго права. Это значеніе можно формулировать въ слѣдующихъ положеніяхъ.

1) Въ отличіе отъ предшествовавшаго періода здѣсь окончательно покидается натурализмъ: естественное право выводится не изъ природныхъ влеченій и свойствъ человѣка, *а изъ самаго существа его духа*, изъ практическаго разума; разумъ здѣсь не орудіе для нахожденія принциповъ, а источникъ ихъ.

2) Кантъ первый далъ философское обоснованіе самоцѣльности личности, ея нравственной автономіи. *Только съ этого момента и можно говорить объ идеѣ права.* Раньше все вниманіе было обращено на другой элементъ этой идеи—элементъ объективный, на связь права съ высшимъ этическимъ порядкомъ, на значеніе права для общежитія. Что касается личности, то, несмотря на всѣ индивидуалистическіе мотивы до—Кантовской философіи права, значеніе ея было неясно. И мы видѣли, что она или всецѣло поглощалась обществомъ, или считала общество лишь средствомъ для своего благополучія. Теорія Канта примирила обѣ крайности въ высшемъ синтезѣ: личность, какъ самоцѣль, какъ носитель абсолютныхъ цѣнностей, не можетъ быть превращена въ средство для благополучія общества; но съ другой стороны свобода личности вовсе не есть произволъ, а есть подчиненіе категорическимъ императивамъ автономнаго духа, одинаковаго у всѣхъ.

3) Кантъ рѣзко подчеркнулъ нормативную функцію естественнаго права. Признавая безусловную необходимость повиновенія гражданъ верховной власти, *признавая огромную цѣнность положительнаго права*, онъ видѣлъ въ категорическомъ императивѣ естественнаго права вѣчный призывъ къ усовершенствованію, тотъ маякъ, который указываетъ путь человѣчеству, критерій для оцѣнки каждаго шага въ развитіи права. Этотъ критерій не указывалъ никакого эмпирическаго содержанія, онъ не говорилъ, въ какихъ конкретныхъ формахъ надо устроить общежитіе, но онъ далъ чисто-формальное начало съ безусловнымъ, абсолютнымъ характеромъ, пригодное для оцѣнки какого бы то ни было эмпирическаго содержанія.

§ 245. Не будемъ останавливаться на тѣхъ поправкахъ, которыя внесли въ философію Канта Фихте и Шеллингъ*), и перей-

---

*) Т. наз. марбургская школа философіи (Когенъ, Наторпъ, Штаммлеръ и др.) пытается доказать, что Кантъ не превзойденъ дальнѣйшимъ развитіемъ, но аргументы ея неубѣдительны.

демъ къ философу, который представляетъ собою вершину европейской мысли—*Гегелю*.

Конечно, нельзя сказать, чтобы на немъ остановилось развитіе философіи, но ни до него, ни послѣ него не было системы философіи, задуманной и построенной такъ грандіозно, такъ глубоко, съ такимъ богатымъ содержаніемъ, давшей такъ много цѣннаго. Вотъ почему, если и призывать „назадъ“, то призывать слѣдовало бы не „назадъ къ Канту“, а „назадъ къ Гегелю“. *)

У Гегеля окончательно устраненъ дуализмъ мышленія и бытія, нашего разума и „вещи въ себѣ“ (начало было положено Фихте и особенно Шеллингомъ). Природа и духъ—это послѣдовательныя формы развитія единаго абсолютнаго бытія; бытіе въ своихъ высшихъ проявленіяхъ познаетъ себя, какъ мыслящій разумъ. Законы нашего разума представляютъ собою вмѣстѣ съ тѣмъ и законы развитія всего сущаго (панлогизмъ). Субъектъ и объектъ—члены одного цѣлаго, а посему подчинены однимъ и тѣмъ же законамъ; монизмъ окончательно торжествуетъ надъ (быть можетъ только кажущимся) Кантовскимъ дуализмомъ; утверждается тождество мышленія и бытія.

При такомъ воззрѣніи не можетъ быть и рѣчи о границахъ для разума, о непознаваемыхъ вещахъ въ себѣ. Сущность міра есть чистая мысль, и то, что логика раскрываетъ намъ подъ видомъ діалектической необходимости, есть вмѣстѣ съ тѣмъ необходимость внѣшняго міра или абсолютная необходимость Божественнаго развитія. „Все дѣйствительное разумно, и все разумное дѣйствительно“.

§ **246**. Для пониманія воззрѣнія Гегеля на естественное право необходимо помнить, что абсолютное бытіе, основа всего сущаго, не есть неподвижная субстанція, а представляетъ собою *развитіе* духа. Это развитіе совершается путемъ діалектическаго закона примиренія противоположныхъ опредѣленій въ высшемъ единствѣ (тезисъ, антитезисъ, синтезисъ). А если такъ, то этимъ самымъ *устраняется рѣзкая противоположность между идеальными началами и реальнымъ міромъ*. Эти идеальныя начала (*должное*

*) Такимъ образомъ не *неокантіанство*, а *неогегеліанство* есть направленіе мысли, которому предстоитъ будущее. Но въ сущности ни на одномъ философѣ успокоиться нельзя: всѣ они другъ друга дополняютъ. Такое взаимное дополненіе существуетъ между Кантомъ и Гегелемъ. Въ частности, для области права это превосходно выяснено *Новгородцевымъ* въ его изслѣдованіи: „Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ“. 1901.

Канта) не представляютъ собою лишь абстрактныхъ нормъ: они суть живыя силы, проявляющіяся въ реальномъ мірѣ, это—реализующіяся идеи, лежащія въ основѣ всѣхъ конкретныхъ явленій. Задачей философскаго изученія является познать въ измѣнчивыхъ, преходящихъ явленіяхъ вѣчно въ нихъ пребывающую идею, ихъ идеальную основу, настоящую „дѣйствительность".

Естественное право и есть такая идеальная основа положительнаго права (руководящій принципъ: синтезъ личной свободы и объективнаго порядка). Реализація этой идеи обусловлена мѣстными и временными данными соціальной среды. Такимъ образомъ естественное право не противополагается положительному, а составляетъ его идеальную сущность, вѣчную основу и вмѣстѣ съ тѣмъ факторъ всего историческаго развитія.

Изъ изложеннаго ясно, что вопреки мнѣніямъ нѣкоторыхъ ученыхъ 1) у Гегеля нѣтъ дуализма права; 2) его воззрѣнія не могутъ быть характеризованы, какъ *принципіально* отличныя отъ всѣхъ предыдущихъ и 3) что такое пониманіе естественнаго права вовсе не „равносильно его упраздненію".

§ **247**. *Исторія развитія воззрѣній на естественное право послѣ Гегеля* даетъ два интересныхъ момента: 1) рѣзко отрицательное отношеніе къ идеѣ естественнаго права и 2) т. наз. возрожденіе естественнаго права.

Отрицательное отношеніе къ естественному праву вызвано было главнымъ образомъ слѣдующими причинами. Внѣшняя причина: политическая реакція противъ революціонныхъ эффектовъ индивидуализма и раціонализма ученій естественнаго права 18 вѣка. Внутренняя причина: упадокъ философіи въ связи съ блестящимъ развитіемъ естествознанія и техники во 2-й половинѣ 19 вѣка

Въ наукѣ права развиваются догматическое, историческое и соціологическое изученіе положительнаго права, а чисто философскія работы отодвигаются на второй планъ. Все „реалистическое" направленіе въ наукѣ права настроено враждебно къ идеѣ естественнаго права.—Но не смотря на такое отношеніе, нерѣдко выражаемое въ рѣзкихъ формахъ, у многихъ представителей этого направленія мы находимъ элементы естественнаго права.

Бентамъ весьма энергично писалъ, что естественное право есть метафора, а продуктъ его—знаменитая „Декларація правъ человѣка и гражданина"—представляетъ собою рядъ анархическихъ софизмовъ. А между тѣмъ онъ стремился установить „высшіе ра-

зумные принципы права", которые могли бы служить критеріями для оцѣнки человѣческаго поведенія и маячными огнями для законодателя. Эти принципы онъ выводилъ *изъ природы человѣка* (стремленіе къ удовольствію и избѣжаніе страданія). Такимъ образомъ мы видимъ ученіе, аналогичное естественно-правовымъ ученіямъ 17—18 в.

Историческая школа юристовъ (Савиньи, Пухта и др.), возникшая какъ реакція противъ господства школы естественнаго права, энергично утверждала, что никакого права, кромѣ права положительнаго нѣтъ и быть не можетъ, что право развивается органически безъ всякаго участія сознательной работы человѣка и т. д. Но, не смотря на всю свою оппозицію школѣ естественнаго права, историческая школа была далеко не чужда естественно-правовыхъ элементовъ. Этотъ таинственный „народный духъ", гдѣ все право лежитъ уже въ готовомъ видѣ и лишь проявляется во внѣ въ обычаяхъ и законахъ, весьма напоминаетъ „природу вещей" школы естественнаго права, изъ которой разумъ могъ выводить юридическія нормы *).

Еще больше естественно-правовыхъ элементовъ можно найти у знаменитаго реалиста XIX в. Іеринга: признаніе нѣкоторыхъ универсальныхъ началъ, критическое отношеніе къ исторіи, признаніе личнаго творчества, обусловленнаго идеей права и т. п.

Въ 1892 г. Бергбомъ написалъ объемистый трудъ „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", гдѣ онъ поставилъ себѣ цѣлью „безпощадно, съ корнемъ вырвать эту сорную траву—естественное право", гдѣ бы она явно или тайно ни выростала. И вмѣстѣ съ тѣмъ у него читаемъ, что человѣчество должно вѣрить въ существованіе „чего-то высшаго", чѣмъ формально-обязательное право, что „юридическая обязательность и внутреннее достоинство права совсѣмъ не то-же самое". Только онъ предостерегаетъ отъ названія этого „чего-то высшаго" правомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ говоритъ, что необходимыми улучшеніями права должна заниматься политика права, а не философія права **).

---

*) Объ отношеніи исторической школы къ школѣ естественнаго права будетъ сказано подробнѣе въ главѣ VI.

**) Противъ послѣдняго положенія ничего нельзя возразить, но надо помнить, что безъ руководящихъ началъ философіи права политика права будетъ бродить въ потемкахъ. Она должна уже имѣть въ своихъ рукахъ именно то, „что-то высшее, чѣмъ формально-обязательное право".

§ **248.** Отрицательно относится къ естественному праву то направленіе науки, которое выступаетъ подъ знаменемъ историзма и соціологизма.

Цѣлью науки права здѣсь ставится познаніе существующаго путемъ выясненія его генезиса, историческихъ основъ, законовъ развитія. Что же касается критики существующаго съ точки зрѣнія этическихъ идеаловъ, то такая критика объявляется ненаучной: тутъ, говорятъ, всецѣло область субъективныхъ воззрѣній, ни для кого не имѣющихъ общеобязательнаго значенія.

И въ этомъ направленіи возникаютъ вопросы о будущемъ правѣ, но разрѣшаются они исключительно на „строго-научной“ почвѣ, т. е. позитивизма, соціологизма и историзма. Хотятъ уяснить ходъ развитія права и установить законы, которые въ ясныхъ формулахъ сдѣлали бы для насъ наглядным его развитіе, и, если эти законы правильно формулированы, то они, какъ и законы природы, могутъ намъ дать столь же достовѣрныя указанія о будущемъ правѣ (Нейкампъ).

Оставивъ въ сторонѣ вопросъ, нѣтъ ли и въ этихъ утвержденіяхъ такихъ элементовъ, которые входятъ въ общій составъ широко-понятой доктрины естественнаго права, мы отмѣтимъ здѣсь явную односторонность разсматриваемаго направленія. „Закономѣрное“ развитіе права можетъ дать въ результатѣ господство силы и произвола, подобно тому, какъ закономѣрное развитіе дерева можетъ направить ростъ его не вверхъ, а въ сторону: вѣдь уклоненіе отъ нормальнаго роста явилось естественнымъ результатомъ комбинаціи различныхъ силъ природы на основаніи законовъ этой природы. И подобно тому, какъ мы въ природѣ различаемъ нормальное развитіе отъ ненормальнаго (хотя оба происходятъ закономѣрно), такъ и въ соціальной жизни мы не можемъ удовольствоваться констатированіемъ, что такой-то результатъ закономѣрно произошелъ изъ такихъ-то данныхъ. Мы успокоимся только тогда, когда будемъ убѣждены, что этотъ результатъ нормаленъ и съ высшей точки зрѣнія, а именно съ точки зрѣнія идеи права. А эта идея въ опытѣ не дана, ее не откроетъ никакая соціологія, никакая исторія: тутъ компетентна лишь философія права. И только на основаніи ея данныхъ мы можемъ вводить въ правовую жизнь категорію *должнаго*. Между тѣмъ разсматриваемое направленіе учитъ насъ: „не то будетъ, что *должно* быть, а то должно быть, что *будетъ*“ (Новгородцевъ).

§ **249**. Изъ только что сказаннаго ясно, что представители школы естественнаго права подпишутся почти подъ всѣмъ тѣмъ, что признаютъ представители разсматриваемаго направленія. И хотя до сихъ поръ это направленіе не открыло ни одного „закона развитія права", а ограничивалось формулированіемъ общихъ мѣстъ, установленіемъ нѣкоторыхъ тенденцій, и—больше всего выраженіемъ пожеланій и обѣщаній,—но это нисколько не мѣшаетъ такимъ стремленіямъ имѣть научную цѣнность, тѣмъ болѣе, что представители этой школы собрали уже довольно много интереснаго матеріала. Но все это *только одна сторона* науки права, все это нисколько не противорѣчитъ признанію основъ школы естественнаго права.

До чего близки воззрѣнія нѣкоторыхъ представителей соціологизма къ естественно-правовой доктринѣ, видно изъ работъ современнаго выдающагося французскаго ученаго *Дюги*. Онъ объявляетъ себя противникомъ естественнаго права, энергично отрицаетъ индивидуализмъ и прирожденныя права человѣка. И вмѣстѣ съ тѣмъ основнымъ принципомъ его работъ является стремленіе найти *объективную норму, стоящую надъ положительнымъ правомъ, надъ государствомъ*, обязательную какъ для гражданъ, такъ и для носителей власти. Изъ этой нормы вытекаютъ нормы положительнаго права сообразно условіямъ мѣста и времени, причемъ законодатель не создаетъ юридическія нормы, а лишь констатируетъ ихъ существованіе. Дюги идетъ даже такъ далеко, что отрицаетъ юридическій, обязательный характеръ за такими законодательными актами, которые противорѣчатъ этой верховной *нормѣ права*, допуская даже право активнаго сопротивленія. А чтобы сдѣлать еще болѣе наглядной близость теоріи Дюги къ доктринѣ естественнаго права, приведемъ его формулировку верховной нормы права: „не дѣлать ничего, что наноситъ ущербъ соціальной солидарности въ одномъ изъ двухъ ея видовъ (механическая и органическая), и дѣлать все, что въ состояніи развить и осуществить эту солидарность". Оставляя въ сторонѣ критику этой формулы, вспомнимъ лишь формулы представителей естественнаго права 17—18 в.—Томазія и Пуфендорфа (§ 235—236), и мы увидимъ полную аналогію между ними и современнымъ соціологизмомъ *).

*) Другой выдающійся юристъ-соціологъ—*Гумпловичъ*, утверждая, что „теперь естественное право, къ счастью побѣждено: оно умерло и погребено", вмѣстѣ съ тѣмъ пишетъ въ другомъ мѣстѣ: „человѣческій умъ смотритъ въ корень вещей; онъ хочетъ изслѣдовать причины, принципъ всякой вещи, выдѣлить сущ-

§ 250. Наконецъ отрицательно относятся къ естественному праву многочисленные ученые представители *чисто-догматическаго* направленія науки права. Они заняты узко-спеціальными, исключительно—техническими вопросами положительнаго права. Они выставляютъ положеніе: „государство есть творецъ права и стоитъ надъ правомъ“, и съ точки зрѣнія этого догмата изучаютъ положительно—правовой матеріалъ настоящаго и прошлаго. Этотъ матеріалъ систематизируется, очищается, сводится къ ряду логическихъ положеній и т. д. Вопросъ о будущемъ правѣ здѣсь и не ставится, точно также, какъ и вопросъ о цѣнности съ точки зрѣнія высшихъ этическихъ началъ.

Никто не станетъ отрицать важности и полезности такого пріема изученія права. Ученые, посвящающіе ему свои силы, дѣлаютъ важное и хорошее дѣло. И для ихъ цѣли совершенно пригоденъ тотъ догматъ, который они кладутъ въ основу своихъ работъ: это полезный методологическій пріемъ. Для того, чтобы правильно истолковать извѣстную статью закона, поставить ее въ связь съ родственными статьями, вскрыть юридическій принципъ, лежащій въ основѣ всѣхъ этихъ статей и т. п., вовсе не надо задаваться вопросами: связывается ли государство правомъ и почему? гдѣ первоначальный источникъ всякаго права? имѣетъ ли положительное право отношеніе къ высшему этическому порядку? и т. п.

Но изъ этого слѣдуетъ только одно: догматическое направленіе науки права, точно также какъ и историко-соціологическое, разрабатываетъ только *одну сторону* права; оно совершенно некомпетентно рѣшать проблему естественнаго права, такъ какъ какое бы то ни было рѣшеніе этой проблемы не можетъ никоимъ образомъ отразиться на правильности чисто-юридическихъ конструкцій.

§ 251. „*Возрожденіе естественнаго права*“. Этимъ названіемъ опредѣляется очень интересное теченіе въ наукѣ права. Цѣлый рядъ ученыхъ стремится отыскать извѣстныя объективныя начала, независимыя отъ нормъ положительнаго права, могущія служить прочной основой и для науки права, и для руководства законодателю. Но въ отличіе отъ представителей школы естественнаго права, эти ученые исходятъ въ своихъ построеніяхъ то изъ психологіи, то изъ теоріи знанія, то изъ законовъ міровой эволюціи,

---

ность явленій, найти въ измѣняемомъ *вѣчно существующее*. Вѣчнымъ же въ измѣнчивыхъ фазахъ права является *его идея*“. „Идеи права не были бы факторомъ силы, если бы онѣ были чистой фантазіей“. (*Основанія соціологіи*).

то изъ соціологіи. Всѣ эти построенія заключаютъ въ себѣ много естественно-правовыхъ элементовъ, но причислить ихъ къ школѣ естественнаго права нельзя по очень простой причинѣ: у нихъ нѣтъ метафизическихъ основъ (нѣкоторые авторы даже отрицательно относятся къ метафизикѣ).

Въ результатѣ оказывается, что цѣлый рядъ ученыхъ вмѣсто „стараго“ естественнаго права предлагаетъ „естественное право съ измѣнчивымъ содержаніемъ“. Подъ этимъ терминомъ разумѣютъ идеалы, къ которымъ должно стремиться право въ каждую данную эпоху. Эти идеалы, живущіе въ сознаніи руководящей части общества, служатъ нравственными критеріями для оцѣнки положительнаго права и стимулами для созидательной работы.

Чтобы видѣть, насколько неумѣстенъ терминъ „естественное право“ для такихъ теорій, достаточно указать на то, что здѣсь отвергается *основной, важнѣйшій* изъ элементовъ естественнаго права, а именно абсолютность (вѣчность и неизмѣнность). А посему „естественное право *съ измѣнчивымъ содержаніемъ*“ есть contradictio in adjecto*).

Гораздо послѣдовательнѣе тѣ ученые, которые взамѣнъ естественнаго права предлагаютъ „политику права“. Здѣсь ставятся извѣстные идеалы для развитія права (даже идеалы абсолютные) и выражается надежда создать науку, которая давала бы законодателю солидно обоснованныя указанія для приближенія къ этимъ идеаламъ.

Но если бы даже такая наука и была создана, она не могла бы замѣнить собою того отдѣла философіи права, гдѣ рѣчь идетъ

---

*) Къ сожалѣнію это модное теченіе оказало вліяніе и на нѣкоторыхъ метафизиковъ, принадлежащихъ къ школѣ естественнаго права. Эти ученые незамѣтно для себя впадаютъ въ противорѣчіе, признавая съ одной стороны метафизическія основы права, а съ другой—утверждая, что естественное право есть „совокупность нравственныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ правовыхъ требованій, различныхъ для каждой націи и эпохи“ (*Е. Трубецкой.* „Энциклопедія права“ 1907, стр. 65. Въ той же главѣ авторъ высказываетъ рядъ глубокихъ мыслей о естеств. правѣ, которыя никоимъ образомъ не вяжутся съ измѣнчивостью содержанія). Другой нашъ выдающійся философъ права *П. И. Новгородцевъ* также признаетъ метафизическія основы права, въ своихъ работахъ также высказалъ рядъ глубокихъ мыслей о существѣ права, и также находитъ, что „старая школа“ заблуждалась, утверждая вѣчность и неизмѣнность началъ естественнаго права. Впрочемъ, судя по небольшой вступительной статьѣ въ № 1 „Юридическаго Вѣстника“ за 1913 г онъ измѣнилъ свои воззрѣнія въ смыслѣ признанія абсолютности естественнаго права.

о естественномъ правѣ, не говоря уже о томъ. что выставляемые абсолютные идеалы безъ метафизической основы оказываются висящими въ воздухѣ.

§ **252**. Насколько сильны естественно-правовые элементы даже у такихъ ученыхъ, которые стоятъ на почвѣ, принципіально отличной отъ какого бы то ни было идеализма, видно изъ работъ крупнаго германскаго юриста *Поста*. Онъ говоритъ, что искать какого-то идеальнаго, этическаго основанія права могутъ только спекулирующіе мечтатели. Всѣ свои построенія онъ выводитъ изъ законовъ обще-мировой эволюціи, понимаемой чисто-механически. Вездѣ, начиная съ атомовъ, кончая людьми. дѣйствуютъ одни и тѣ же начала. Соціальная жизнь регулируется естественными законами, тождественными по характеру съ законами природы. Идеалъ заключается въ познаніи людьми этихъ законовъ и свободномъ подчиненіи имъ. Когда этотъ идеалъ будетъ достигнутъ, положительное право исчезнетъ: оно представляетъ собою временный порядокъ, подготовляющій къ идеальному. А въ идеальномъ порядкѣ будетъ господствовать только одно естественное право, т. е. законы, вытекающіе изъ природы человѣка и природы человѣческихъ отношеній.

Въ заключеніе укажемъ на современнаго выдающагося французскаго философа—*Фуллье*. Его можно считать связующимъ звеномъ между только что разсмотрѣннымъ теченіемъ мысли и между школой естественнаго права. Сущность воззрѣній Фуллье на право можно свести къ слѣдующему.

Съ точки зрѣнія позитивизма и положительной науки правовая жизнь представляетъ комбинацію различныхъ силъ и интересовъ, трансформацію различныхъ инстинктовъ эгоистическихъ и альтруистическихъ. Но во всякомъ случаѣ здѣсь нельзя говорить о чемъ-то священномъ и неприкосновенномъ, нельзя говорить объ абсолютномъ правѣ: положительная наука имѣетъ дѣло съ явленіями, а явленія не даютъ ничего абсолютнаго. Съ этой точки зрѣнія идеи личной свободы и самоцѣльности личности не могутъ быть названы ни наблюдаемыми фактами, ни естественными законами. Но эти идеи тѣмъ не менѣе существуютъ въ нашемъ умѣ. А такъ какъ всякая идея есть идея—сила, она имѣетъ тенденцію реализоваться, то является возможность синтеза позитивизма и идеализма. Этотъ синтезъ есть эволюція, постепенная реализація идеаловъ, прогрессъ. Цѣль его—идеальное право, идеальная, равная для всѣхъ свобода; формула идеальнаго общежитія: наиболѣе полное и гармоническое

развитіе индивидуальности съ одной стороны и проникновеніе всѣхъ чувствами солидарности и братства съ другой. Такимъ образомъ идеальное право не есть фактъ опыта; это есть идея, постепенно реализующаяся въ фактахъ. Въ заключеніе Фуллье высказываетъ глубокую мысль: „возможно, что идея соотвѣтствуетъ какой либо метафизической реальности, символомъ которой она является".

Итакъ, если бы Фуллье сдѣлалъ еще одинъ шагъ дальше, онъ дошелъ бы до настоящей основы права, до метафизики и ея продукта—естественнаго права.

§ **253.** Сдѣланный историческій очеркъ воззрѣній на естественное право даетъ цѣнный матеріалъ для рѣшенія этой проблемы.

Мы видѣли, что идея естественнаго права возникла съ самаго начала человѣческихъ размышленій о правѣ, непрерывно развивалась въ исторіи, имѣя своими представителями величайшихъ мыслителей, и въ наше время опять начинаетъ привлекать вниманіе науки. Временный „упадокъ" ея объясняется тѣмъ, что разработка нѣкоторыхъ сторонъ права (догматической, исторической, соціологической) отвлекла вниманіе отъ философской стороны его*). Наконецъ, то теченіе, которое (неточно) называется возрожденіемъ естественнаго права, заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ естественно-правовыхъ элементовъ, стремится къ разрѣшенію многихъ вопросовъ, которые ставитъ себѣ естественно-правовая доктрина.

Очевидно, что такое постоянство и устойчивость должно имѣть очень глубокія причины.

Обращаясь къ содержанію естественно-правовой доктрины, мы замѣчаемъ въ ней слѣдующіе элементы. 1) Комплексъ общихъ разумно-этическихъ принциповъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ, регулирующихъ поведеніе людей; 2) связь этихъ принциповъ съ Первоисточникомъ міровой жизни; 3) реализація ихъ въ положительномъ правѣ сообразно условіямъ мѣста и времени и 4) двоякая роль ихъ въ правовой жизни: они—основа положительнаго права, элементъ, придающій праву прочность, устойчивость, сообщающій ему высшее этическое освященіе (конститутивная функція); они —критерій для оцѣнки положительнаго права, факторъ прогрессивнаго развитія (нормативная функція).

Разсмотримъ эти элементы.

---

*) Замѣтить надо, что и въ періодъ этого „упадка" не прекращалась работа мысли въ области естественнаго права: всегда были ученые, принадлежащіе къ школѣ.

§ **254**. Въ литературѣ естественнаго права нѣтъ единогласія относительно формулировки основныхъ принциповъ Мы видѣли, что у нѣкоторыхъ второстепенныхъ представителей школы количество этихъ принциповъ *слишкомъ* увеличивается и, какъ неизбѣжный результатъ, получается разногласіе между авторами относительно ихъ содержанія. Это обстоятельство послужило одной изъ причинъ отрицательнаго отношенія многихъ ученыхъ къ естественному праву. Но даже если мы обратимся къ главнѣйшимъ представителямъ школы естественнаго права 17—18 в., то увидимъ, что у нихъ замѣчается неопредѣленность, а нерѣдко и неправильныя исходныя точки въ формулированіи основныхъ принциповъ естественнаго права.

Все это доказываетъ, что въ этомъ центральномъ вопросѣ всей теоріи требуется чрезвычайная осторожность, иначе легко увлечься субъективными воззрѣніями и произвольно увеличивать количество основныхъ принциповъ естественнаго права. А отсюда недалеко до выведенія изъ нихъ цѣлой системы права.

Не забудемъ, что эти принципы должны имѣть слѣдующія характерныя черты: 1) непосредственная связь съ Абсолютнымъ Источникомъ всей міровой жизни; 2) разумно-нравственное содержаніе и 3) вѣчность и неизмѣнность для всѣхъ временъ и народовъ. Ясное дѣло, что *такихъ* принциповъ можетъ быть a) очень мало и b) они должны отличаться самымъ общимъ характеромъ; къ этому надо добавить, что формулировка ихъ едва ли можетъ претендовать на математическую точность (какъ и все въ метафизикѣ).

§ **255**. Здѣсь не мѣсто излагать соотвѣтствующій отдѣлъ философіи. Поэтому ограничимся тѣмъ, что приведемъ положенія, на которыхъ основывается ученіе о естественномъ правѣ.

Первымъ и самымъ важнымъ изъ этихъ положеній является существованіе Абсолютнаго Источника всей міровой жизни, Бога. Хотя Онъ и не можетъ быть познанъ нашимъ разумомъ, но во всякомъ случаѣ и религія, и метафизика, и искусство, и даже положительная наука даютъ въ изобиліи матеріалъ для того, чтобы приписать ему нѣсколько опредѣленій. Изъ этихъ опредѣленій для нашей цѣли особенно важны два: Богъ есть абсолютный Разумъ и абсолютное Добро. Онъ есть Первоисточникъ всѣхъ законовъ міра во всѣхъ его порядкахъ. Полная невозможность удовлетворительнаго объясненія явленій міровой жизни, ихъ эволюціи, ихъ закономѣрности, ихъ общей гармоніи—безъ признанія этого Первоисточника, классически выражена Вольтеромъ въ зна-

менитой фразѣ: „если бы Бога не было, Его надо было бы выдумать“.

Можно сколько угодно иронизировать надъ романтизмомъ въ наукѣ, можно „снисходительно допускать“ религію и метафизику, какъ проявленія духовной жизни параллельно съ „положительной“ наукой,—и все таки Галилеевское „e pur si muove!“ останется здѣсь въ полной силѣ: религія есть основа всей жизни человѣчества, она есть глубочайшее проявленіе нашего духа*).

§ **256**. Чрезвычайно назидательно это ослѣпленіе представителей „реалистическаго“ міровоззрѣнія: „научность“ они усматриваютъ въ томъ, чтобы все выводить изъ наиболѣе низкаго порядка, чтобы 1) въ основу всей міровой жизни класть слѣпыя, темныя, безсмысленныя силы и 2) изъ чисто-механическихъ комбинацій этихъ силъ выводить въ концѣ концовъ и логику, и этику, и эстетику, и весь высшій духовный порядокъ. Но откуда же появилось все это высшее, если его не было въ самой основѣ? Вѣдь разсуждая такимъ образомъ, можно сказать, что если взять нотную бумагу и брызгать на нее чернилами кисточкой и, закрывши глаза, ставить произвольно черточки, то изъ случайныхъ комбинацій точекъ и черточекъ выйдетъ симфонія Бетховена.

Вѣдь несомнѣннымъ, даннымъ въ опытѣ фактомъ остается наличность двухъ порядковъ явленій: духовнаго, разумнаго, идеальнаго и темнаго, слѣпаго, случайнаго, „матеріальнаго“. Этотъ второй порядокъ „реализмъ“ объявляетъ основнымъ и изъ него выводитъ первый. Но здѣсь мы имѣемъ яркій примѣръ произвольнаго утвержденія, т. к. съ такимъ же правомъ (а въ сущности—съ бо̀льшимъ) можно утверждать противоположное, т. е. что первый порядокъ есть основной, а второй производный. Далѣе, можно допустить и самостоятельность обоихъ порядковъ, несводимость

*) Какъ еще недавно господствовало „научное“ объясненіе происхожденія религіи на почвѣ невѣжества первобытныхъ людей. Воображеніе дикаря создало сначала грубыя формы, которыя затѣмъ переходили въ болѣе чистыя. Одни и тѣ-же явленія природы, наблюдаемыя примитивными духовными силами дикарей, страхъ, невѣжество, желанія и т. п. приводили людей къ олицетворенію явленій природы. Съ своей стороны жрецы пользовались такимъ положеніемъ дѣла и способствовали развитію религіи. Постепенно грубые миѳы превратились въ священныя писанія.—Такимъ образомъ самыя дорогія чаянія нашего сердца, высочайшія стремленія,—все это результатъ невѣжественной фантазіи дикаря, а великіе руководители человѣчества, мученики и герои, жили, учили и умирали потому, что или были введены въ обманъ, или сами обманывали! О нелѣпости экономическаго объясненія религіи говорилось раньше.

ихъ другъ на друга, и наконецъ, оба порядка можно считать двумя проявленіями одного и того же начала. Во всякомъ случаѣ то воззрѣніе, о которомъ у насъ сейчасъ идетъ рѣчь (т. е. матеріализмъ и механизмъ), должно быть признано самымъ неудачнымъ и съ чисто-логической стороны, и съ точки зрѣнія реальныхъ фактовъ жизни. Стремленіе объяснить дѣйствіе внутренняго, духовнаго, разумнаго начала механическимъ движеніемъ темныхъ, слѣпыхъ и безсмысленныхъ силъ, есть совершенно безнадежное предпріятіе.

§ **257**. Изъ установленнаго основного положенія (существованіе Абсолютнаго Разума и Добра, какъ свойствъ Первоисточника всей міровой жизни) вытекаетъ рядъ другихъ важныхъ положеній.

1) Прежде всего: *единство міра*, т. е. единство составныхъ элементовъ его, единство силъ и законовъ. Отсюда выводъ: окружающая насъ земная жизнь со всѣми ея проявленіями есть лишь безконечно малая частица міровой жизни; *и какъ физическій порядокъ жизни земли тѣсно связанъ съ физическимъ порядкомъ жизни міра, такъ и разумно-нравственный порядокъ имѣетъ такую же связь: онъ есть частица мірового этическаго порядка.*

2) Далѣе. Изъ того, что человѣческій духъ (ноуменальное *Я*) есть искра Божія, есть членъ мірового этическаго порядка, слѣдуетъ, что человѣкъ принципіально отличается отъ животнаго; что онъ обладаетъ разумомъ, *аналогичнымъ* Абсолютному Разуму („человѣкъ созданъ по образу и подобію Божію“), а посему законы его разума *аналогичны* законамъ мірового бытія, и онъ можетъ открывать и понимать законы, управляющіе жизнью мірового этическаго порядка.

3) Міровая жизнь представляетъ собою безконечную эволюцію, имѣющую свои законы развитія, свой ритмъ. Однимъ изъ безконечныхъ проявленій этой эволюціи является жизнь нашей земли. Въ этой жизни призванъ играть очень важную роль человѣкъ. Являясь на первыхъ ступеняхъ эволюціи полуживотнымъ, онъ прогрессируетъ въ своемъ развитіи, и становится свободнымъ и сознательнымъ участникомъ въ міровомъ процессѣ реализаціи Добра, осуществленіи царства Божія.

§ **258**. Но такъ какъ въ земной своей жизни человѣкъ можетъ исполнить свое назначеніе только въ общежитіи, такъ какъ это общежитіе обусловлено рядомъ практическихъ потребностей и цѣлей, такъ какъ та оболочка, въ которую воплощенъ безсмертный духъ человѣка, обладаетъ цѣлымъ рядомъ свойствъ, вліяющихъ

на его поведеніе,—то отсюда возникаетъ безусловная необходимость *организаціи* общежитія, т. е. существованія нормъ, которыя обезпечивали бы съ одной стороны возможность для человѣка исполнить свое назначеніе на землѣ, а съ другой—обезпечивали бы *мирное* сотрудничество людей для достиженія общихъ цѣлей.

Ясное дѣло, что если этическая жизнь земли входитъ въ составъ мірового этическаго порядка, если для совмѣстной дѣятельности людей необходимо организованное общежитіе, *т. е. необходимо право*, то сама *идея права есть часть мірового этическаго порядка*. Эта абсолютная идея права имѣетъ два „аспекта“: 1) Съ одной стороны она требуетъ, чтобы человѣкъ получилъ возможность выполнить свое назначеніе; чтобы въ немъ уважалась личность, какъ носитель искры Божіей; чтобы въ общежитіи всѣ и каждый воздавали ему „свое“, то, что ему причитается. 2) Съ другой стороны она требуетъ, чтобы было обезпечено мирное сотрудничество людей; чтобы былъ обезпеченъ порядокъ, препятствующій низшей сторонѣ природы человѣка побѣдить высшую и заглушить окончательно эту искру Божію; чтобы обезпечить наростаніе и охрану культурныхъ цѣнностей; чтобы общежитіе, какъ необходимая этическая основа для развитія личности, получала отъ этой личности „свое“, то, что ей причитается.

Такимъ образомъ абсолютная идея права есть синтезъ личной свободы и общественнаго порядка. Она не допускаетъ ни превращенія личности въ средство для общественныхъ цѣлей, ни наоборотъ—превращенія общества въ средство для благополучія личности; она говоритъ: „каждому свое“.

§ **259**. Въ предыдущей главѣ мы видѣли, что существуетъ также и абсолютная идея нравственности. Теперь мы можемъ сравнить обѣ идеи и такимъ образомъ окончательно выяснить характеръ идеи права.

Абсолютный законъ нравственности говоритъ: „будьте совершенны, какъ Отецъ вашъ небесный“. Отсюда требованія любви ко всѣмъ людямъ и соотвѣтствующаго братскаго къ нимъ отношенія; личнаго безграничнаго совершенствованія для полнаго развитія своей духовной природы и окончательной побѣды надъ низшей стороной.

Абсолютный законъ права кратко выражается въ формулѣ: „воздай каждому свое“. Тутъ нѣтъ и рѣчи о всеобщемъ братствѣ, о любви, о безконечномъ совершенствованіи: требуется лишь уважать свободу каждаго въ предѣлахъ мирнаго организованнаго

общежитія. И тѣмъ не менѣе этотъ законъ представляетъ собою необходимое дополненіе закона нравственности, оба закона другъ друга обусловливаютъ: только право обезпечиваетъ личности возможность свободно совершенствоваться, и создаетъ условія для коллективной работы человѣчества на пути къ осуществленію царства Божія.

Въ § 206 были указаны четыре момента въ порядкѣ нравственности. Аналогичные моменты находятся и въ порядкѣ права. Здѣсь мы имѣемъ: 1) абсолютную идею права съ ея опредѣленіями (естественное право); 2) справедливость, какъ отраженіе этой идеи въ духѣ человѣка; 3) субъективное правосознаніе и 4) положительное право. Такимъ образомъ понятіе *справедливости* (въ области права) соотвѣтствуетъ понятію *совѣсти* (въ области нравственности). Различіе между совѣстью и субъективными воззрѣніями на нравственность соотвѣтствуетъ различію между справедливостью и субъективнымъ правосознаніемъ. Совѣсть можетъ быть очень мало развита и поэтому человѣкъ считаетъ нравственно-допустимыми нѣкоторые безнравственные поступки. Точно также недостаточно развитое чувство справедливости обусловливаетъ такіе факты субъективнаго правосознанія, какъ, напр., требованіе угнетенія подвластной націи. Кромѣ того надо имѣть въ виду, что въ составъ субъективнаго правосознанія входятъ психическія переживанія, безразличныя съ этической точки зрѣнія, а поэтому и безразличныя для абсолютной идеи права; это — переживанія, обусловленныя соображеніями цѣлесообразности (напр.—убѣжденіе въ необходимости какой-либо юридической нормы чисто-техническаго характера, полезной для той или иной потребности оборота). Такимъ образомъ понятіе субъективнаго правосознанія *шире* понятія справедливости.

§ **260.** Итакъ мы имѣемъ абсолютную идею права, какъ часть мірового этическаго порядка. Она существуетъ объективно, независимо отъ того, сознаютъ ли ее люди, или нѣтъ, подобно тому какъ объективно существуетъ весь разумно-нравственный порядокъ, какъ существуютъ законы природы. Изъ указанныхъ выше двухъ „аспектовъ“ этой идеи вытекаютъ два ряда общихъ принциповъ: одинъ рядъ выводится изъ свободы и самоцѣльности личности, а другой—изъ необходимости организаціи общежитія. Къ первому ряду относятся требованія: равенства всѣхъ передъ закономъ, охраны личности и ея правъ, запрещеніе нарушать чужое право, необходимость соблюдать договоры Ко второму ряду:

необходимость прочной организаціи общежитія, необходимость власти, стоящей на стражѣ общаго блага, необходимость извѣстныхъ ограниченій личной свободы для поддержанія общежитія, право власти примѣнять принудительныя мѣры для охраны существованія общежитія.

§ **261**. Здѣсь еще разъ надо подчеркнуть, что всѣ эти принципы должны имѣть самый общій характеръ и находиться въ самой непосредственной связи съ высшимъ этическимъ порядкомъ. Такимъ образомъ дальнѣйшіе логическіе выводы изъ этихъ принциповъ не могутъ быть причислены къ „естественному праву“ и вотъ почему *„Естественный законъ“ ясенъ и безспоренъ для всѣхъ людей только въ своихъ самыхъ общихъ опредѣленіяхъ*. На какой бы ступени развитія ни находился человѣкъ, онъ всегда понимаетъ, что надо исполнять заключенный договоръ, нельзя нарушать чужихъ правъ, надо подчиняться власти въ опредѣленныхъ предѣлахъ и т. п. *)

Но стоитъ только начать дѣлать выводы изъ этихъ наиболѣе общихъ принциповъ, стоитъ только захотѣть дать болѣе конкретныя опредѣленія того, что́ должно считаться „своимъ“, какія дѣйствія нарушаютъ чужое право, какъ надо понимать это право, въ какихъ предѣлахъ надо подчиняться власти, въ какихъ формахъ должна ограничиваться личная свобода для общаго блага и т. д.,— такъ сейчасъ же единство пониманія прекратится и начнется неизбѣжное различіе субъективнаго правосознанія. И чѣмъ эти выводы становятся отдаленнѣе, чѣмъ конкретнѣе дѣлаются опредѣленія, тѣмъ рѣзче проявляется безконечное различіе субъективнаго правосознанія. А такъ какъ съ усложненіемъ соціальныхъ отношеній все увеличивается количество соотвѣтствующихъ нормъ, то и возникаетъ безусловная необходимость въ извѣстномъ внѣшнемъ авторитетѣ, который бы 1) формулировалъ точнымъ и для всѣхъ обязательнымъ образомъ всѣ, даже самые отдаленные выводы изъ основныхъ началъ естественнаго права, 2) создавалъ бы допол-

*) Въ опроверженіе сказаннаго нельзя ссылаться на многочисленные случаи нарушенія правъ, нарушенія договоровъ, на непризнаніе никакихъ правъ за „чужимъ“ и т. п. въ общежитіяхъ примитивныхъ. Въ предѣлахъ даннаго общежитія съ опредѣленнымъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ каждый членъ всегда сознаетъ *неправомѣрность*, несправедливость такихъ поступковъ, которые рѣзко противорѣчатъ *наиболѣе общимъ* принципамъ права. Каждый убійца всегда знаетъ, что онъ „нарушилъ“ норму права и знаетъ, что если власть будетъ а ировать на его поступокъ непріятнымъ для него образомъ, то опять таки — нра основанги нормы права.

нительныя нормы въ развитіе этихъ выводовъ и 3) обезпечилъ бы дѣйствіе права цѣлой системой санкцій, заканчивающейся такой рѣзкой санкціей, какъ наказаніе въ его наиболѣе острыхъ формахъ. Все это и есть положительное право.

§ **262**. Итакъ—положительное право есть реализація „естественнаго права“ въ конкретной соціальной средѣ. Эта реализація обусловлена данными мѣста и времени, и поэтому не представляетъ собою ничего неизмѣннаго; условія одной среды различаются отъ условій другой, а потому и право одного государства можетъ весьма существенно отличаться отъ права другого, право государства въ одну эпоху можетъ быть противоположно праву того-же государства въ другую*). Послѣ всего сказаннаго очень легко отвѣтить на вопросъ: реализація естественнаго права *всецѣло ли* есть дѣло усмотрѣнія законодателя. Иначе: есть ли законодатель *творецъ* положительнаго права, можетъ ли онъ создать любую юридическую норму, руководствуясь лишь своимъ усмотрѣніемъ? Отвѣтъ дается отрицательный. Прежде всего выводъ логическихъ слѣдствій, даже самыхъ отдаленныхъ, изъ принциповъ естественнаго права никоимъ образомъ не есть дѣло усмотрѣнія: логика и усмотрѣніе не совмѣстимы. Далѣе, реализація получаемыхъ слѣдствій обусловлена, конечно, данными конкретной соціальной среды. Но вѣдь эта среда имѣетъ свою „природу вещей“, съ которой необходимо считаться самымъ серіознымъ образомъ. Опять таки эта природа вещей ставитъ извѣстныя границы усмотрѣнію законодателя. Онъ долженъ подмѣтить сущность тѣхъ или иныхъ соціальныхъ отношеній и правильно формулировать подсказываемую ими норму. И чаще всего бываетъ, что изъ массы всевозможныхъ комбинацій только одна лучше всего соотвѣтствуетъ природѣ вещей данныхъ отношеній. Въ результатѣ оказывается, что личному усмотрѣнію законодателя представляется

*) И все-таки не смотря на всѣ эти измѣненія, внимательный наблюдатель замѣтитъ всегда и вездѣ извѣстныя абсолютныя начала. Такой трезвый, положительный ученый, какъ американскій профессоръ Вильсонъ, стоящій вездѣ на почвѣ однихъ только фактовъ, пишетъ: „Тотъ фактъ, что право развивается въ зависимости отъ національнаго характера....не мѣшаетъ ему обладать нѣкоторыми *универсальными* свойствами. Есть общія черты, присущія правовымъ системамъ всѣхъ ..народовъ.....Нынѣшніе юристы раскрываютъ во *всѣхъ* правовыхъ системахъ нѣкоторыя общія нравственныя понятія, обнаруживающія извѣстное единство въ пониманіи великихъ началъ справедливости. *Человѣчество въ извѣстной степени обладаетъ общимъ правовымъ сознаніемъ*“. („Государство“ § 1449.)

весьма и весьма скромная роль, и Дюги близокъ къ истинѣ, говоря, что законодатель не творитъ юридическія нормы, а лишь констатируетъ ихъ существованіе и санкціонируетъ ихъ своимъ авторитетомъ.

Но именно вслѣдствіе этого положительное право получаетъ высшее освященіе и непоколебимую основу: оно есть реализація естественнаго права.

§ **263**. Изъ сказаннаго въ предыдущемъ параграфѣ очевидно, что мнѣніе нѣкоторыхъ ученыхъ, отожествляющихъ естественное право съ „природой вещей“, не можетъ быть принято. 1) Эта природа вещей сама весьма измѣнчива: каждое новое возникающее соціальное отношеніе всегда имѣетъ свою природу; каждая новая историческая эпоха кореннымъ образомъ мѣняетъ природу вещей массы соціальныхъ отношеній; каждая мѣстность оказываетъ непосредственное вліяніе на природу вещей цѣлаго ряда отношеній. Такимъ образомъ, не смотря на всю свою „объективность“, природа вещей не заключаетъ въ себѣ *абсолютныхъ* началъ, а кромѣ того сплошь и рядомъ даетъ указанія законодателю лишь съ точки зрѣнія *цѣлесообразности*, а не этики. 2) Эта природа вещей очень часто чрезвычайно неясна и поэтому понимается различно различными людьми. Отожествленіе природы вещей съ естественнымъ правомъ было бы равносильно отожествленію его съ субъективнымъ правосознаніемъ.

§ **264**. А теперь для насъ ясно, почему нельзя назвать естественнымъ правомъ тѣ идеалы, которые живутъ въ сознаніи руководящей части общества и служатъ факторами прогрессивнаго развитія права. Эти идеалы относятся къ данной исторической эпохѣ, къ данной соціальной средѣ, они являются факторами развитія *даннаго* правопорядка. А слѣдовательно, если въ нихъ и есть сознаніе абсолютной идеи права и ея опредѣленій, то во всякомъ случаѣ они заключаютъ въ себѣ *цѣлый рядъ конкретныхъ выводовъ* съ точно опредѣленнымъ содержаніемъ *примѣнительно къ мѣстнымъ и временнымъ условіямъ*. Такимъ образомъ мы имѣемъ субъективное правосознаніе извѣстной части общества, а значитъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи ни объ абсолютномъ характерѣ соотвѣтственныхъ идеаловъ, ни о безусловной обязательности ихъ, подобно принципамъ естественнаго права.

По тѣмъ же основаніямъ не могутъ быть названы естественнымъ правомъ и тѣ указанія, которыя дѣлаетъ законодателю наука. Хотя бы эти указанія заключали въ себѣ строго-логичес-

кіе выводы изъ абсолютныхъ началъ права, хотя бы ученый мастерски вскрылъ природу вещей данной соціальной среды и съ полнымъ знаніемъ дѣла указалъ способы реализаціи въ ней полученныхъ имъ выводовъ,—тѣмъ не менѣе всѣ эти указанія, при всей ихъ цѣнности для развитія права, представляютъ собою субъективное правосознаніе.

§ **265**. Повторимъ еще разъ: естественное право есть совокупность *наиболѣе общихъ* принциповъ, нормъ, непосредственно вытекающихъ изъ абсолютной идеи права и имѣющихъ характеръ вѣчности, неизмѣнности и *безусловной обязательности для всѣхъ временъ и народовъ*)*. Это—не идеалы, къ осуществленію которыхъ право стремится, это не право, которое *должно* быть, а это *дѣйствующія нормы*, лежащія въ основѣ всякаго правопорядка, это логическій *и метафизическій* prius всякаго права, источникъ его существованія, норма для его оцѣнки и движущая сила для его прогрессивнаго развитія. А всѣми этими свойствами оно обладаетъ только потому, что представляетъ собою часть мірового разумно-этическаго порядка, вытекающаго изъ Первоисточника міровой жизни*).

И очевидно, что ни о какомъ дуализмѣ права не можетъ быть и рѣчи: есть только одно положительное право, вытекающее изъ только что указанныхъ разумно-этическихъ основъ.

§ **266**. Здѣсь нельзя не остановиться на очень характерномъ объясненіи возникновенія въ нашемъ духѣ абсолютныхъ идей и въ частности—идеи естественнаго права. Объясненіе принадлежитъ позитивизму.

Видный представитель позитивизма въ правѣ проф. *Коркуновъ* пишетъ: „Возникновеніе идеи естественнаго права объясняется

---

*) Эта общность не дѣлаетъ ихъ безсодержательными, чисто-формальными категоріями. „Воздай каждому свое“: этотъ принципъ, эта всеобщая норма, не смотря на свою всеобщность, имѣетъ опредѣленное и каждому понятное содержаніе.

*) Эти абсолютныя нормы могли бы быть получены и индуктивнымъ методомъ: постепенно обобщая юридическія нормы положительнаго права *всѣхъ народовъ*, мы въ концѣ концовъ пришли бы къ самымъ высшимъ обобщеніямъ, лишеннымъ какого бы то ни было *эмпирическаго* содержанія и насквозь проникнутымъ разумно-этическимъ характеромъ. Но изъ этого нельзя было бы сдѣлать вывода, что полученныя нами нормы суть чистыя абстракціи, существующія только въ нашемъ разумѣ: изъ того, что постепенно обобщая всѣ законы міровой жизни во всѣхъ ея проявленіяхъ, мы логически приходимъ къ Разумной Первопричинѣ, вовсе не слѣдуетъ, что эта Первопричина есть чистая абстракція нашего разума.

тѣмъ, что наши понятія образуются не только путемъ обобщенія получаемыхъ изъ опыта представленій, но также путемъ простого противоположенія тому, что намъ даетъ опытъ. Предметомъ опыта можетъ быть только условное, ограниченное, временное и во всякомъ случаѣ только существующее; но посредствомъ *простого противоположенія* тому, что мы въ дѣйствительности наблюдаемъ, у насъ образуются понятія безусловнаго, безграничнаго, вѣчнаго и даже понятіе небытія. Точно также, наблюдая въ дѣйствительности только измѣнчивое, разнообразное, условное право, мы путемъ подобной антитезы образуемъ понятіе неизмѣннаго, единаго, абсолютнаго права—права естественнаго". А на вопросъ: откуда же возникаетъ у насъ такая увѣренность въ существованіи абсолютныхъ началъ? онъ, ссылаясь на „авторитетъ" Милля, отвѣчаетъ: въ силу заблужденій человѣческаго ума, склоннаго приписывать реальное существованіе своимъ понятіямъ. (Лекціи по общей теоріи права 1894. Стр. 96—97).

Итакъ, мы получаемъ идею Бога путемъ простого противоположенія и вѣримъ въ Его существованіе въ силу заблужденій ума. Итакъ, всѣ величайшіе представители человѣческой мысли, начиная съ древнихъ мудрецовъ, продолжая Пиѳагоромъ, Сократомъ, Платономъ, Аристотелемъ, и далѣе—до Бэкона, Декарта, Лейбница, Спинозы, Канта, Фихте, Шеллинга, Гегеля, Шопенгауэра, и т. д., и т. д.,—всѣ они писали свои творенія подъ вліяніемъ заблужденій человѣческаго ума! Нельзя не выразить величайшаго изумленія по поводу того, что подобная плоская, до наивности нелѣпая „теорія" могла находить кредитъ*). По этой теоріи достаточно, чтобы человѣка постоянно держали въ цѣпяхъ, чтобы у него путемъ противоположенія возникла идея свободы; достаточно, чтобы его постоянно третировали, какъ вещь, чтобы у него путемъ противоположенія возникла идея о человѣческомъ достоинствѣ; достаточно, чтобы надъ нимъ былъ постоянный гнетъ произвола властей, чтобы путемъ противоположенія у него возникла идея

*) Въ частности на приведенное выше мѣсто у Коркунова ссылаются, какъ на авторитетное, нѣкоторые ученые не только у насъ, но и въ Европѣ Напр. въ книгѣ итальянскаго профессора *Giannini Lezioni di filosofia del diritto*. 1907 г. на стр. 80 - 88 мы читаемъ дословное воспроизведеніе разсужденій Коркунова, книгу котораго авторъ называетъ „corso bellissimo" (!). Къ величайшему удивленію у насъ на приведенное мѣсто у Коркунова ссылаются не только такіе типичные позитивисты, какъ Шершеневичъ, но даже проф. В М. Хвостовъ. (Общая теорія права. 1906. Стр. 53, прим. 3).

правового государства и т. д. А если исторія показываетъ намъ могучее вліяніе абсолютныхъ идей на жизнь, если она свидѣтельствуетъ, какими важными факторами культуры явились нѣкоторые постулаты, вытекающіе изъ естественнаго права, то возникаетъ вопросъ: какъ могутъ наши „противоположенія“, да притомъ еще продукты заблужденій ума, оказывать такое сильное и по общему признанію благотворное вліяніе на жизнь?

§ **267**. Послѣ всего изложеннаго ясно, что бо̀льшая часть возраженій, дѣлаемыхъ противъ естественнаго права, основана на недоразумѣніяхъ: эти возраженія направлены не противъ естественнаго права, а противъ того, что принимаютъ за естественное право. Нѣтъ ничего легче опровергнуть *такое* „естественное право“; мы имѣемъ несомнѣнный, данный въ опытѣ фактъ—существованіе положительнаго права, а поэтому всякая теорія, которая приводитъ или къ отрицанію положительнаго права, или къ существованію параллельно съ нимъ другого права, должна быть признана очевидно неправильной: вѣдь теорія должна объяснять факты, открыть ихъ причину, ихъ сущность, а не отрицать ихъ.

И вотъ если подъ естественнымъ правомъ разумѣть цѣлую систему, кодексъ идеальныхъ нормъ, то, конечно, оно должно быть отвергнуто; точно также не можетъ выдержать критики естественное право, понимаемое, какъ совокупность идеаловъ, какъ природа вещей; и мы видѣли—почему. Но всѣ эти воззрѣнія на естественное право неправильны, а посему и соотвѣтствующая критика не имѣетъ значенія для нашей проблемы.

Такимъ образомъ остается посмотрѣть, что̀ можетъ быть сказано по существу противъ естественнаго права, понимаемаго правильно. И тутъ передъ нами альтернатива: или позитивизмъ, или метафизика *).

---

*) Можно найти третій исходъ—неокантіанство и сказать: возможно, что въ основѣ положительнаго права лежитъ какое-то метафизическое начало, возможно, что есть міровой этическій порядокъ, что право имѣетъ съ нимъ какую-то связь. Но такъ какъ все это недоказуемо и непознаваемо, то можетъ быть лишь предметомъ вѣры, а не науки. Наука только учитываетъ то вліяніе, какое оказываетъ эта вѣра на субъективное правосознаніе. Теорія права не можетъ поэтому заниматься метафизическими началами, а должна изслѣдовать чисто формальные, логическіе, „общезначимые“ (!!) критеріи для уразумѣнія сущности права и его оцѣнки.

Что касается вопроса о познаваемости метафизическихъ началъ, то объ этомъ рѣчь была во введеніи. По поводу же работъ названнаго направленія надо сказать, что для науки онѣ безплодны: едва ли мы найдемъ другое теченіе

Позитивизмъ отрицаетъ какія бы то ни было сущности, абсолютныя начала, а поэтому для него не существуетъ и естественнаго права. О несостоятельности (односторонности) позитивизма мы говорили во введеніи, поэтому здѣсь ограничимся нѣсколькими замѣчаніями о позитивизмѣ въ наукѣ права Не касаясь цѣнныхъ сторонъ работъ юристовъ-позитивистовъ, мы должны сказать, что строго-логическимъ выводомъ изъ ихъ основныхъ положеній должно быть признаніе справедливымъ всякаго положительнаго права, каково бы ни было его содержаніе. Оцѣнка можетъ быть только съ точки зрѣнія цѣлесообразности. И дѣйствительно у Бергбома читаемъ, что *самый возмутительный* по своему содержанію законъ, если только онъ изданъ въ установленномъ конституціей порядкѣ, есть право и имѣетъ обязательную силу. При этомъ онъ добавляетъ, что въ томъ-то и заключается высшая добродѣтель юриста, чтобы вопреки протестамъ сердца и ума подчиняться всякому закону, пока онъ не отмѣненъ *).

Оставляя въ сторонѣ эту странную „добродѣтель“, которая заключается въ томъ, чтобы поступать одновременно и противъ совѣсти, и противъ разумнаго убѣжденія, замѣтимъ, что необходимымъ результатомъ подобныхъ утвержденій позитивистовъ должно быть признаніе, что право есть голая сила. *Разъ отвергнуты абсолютные критеріи для оцѣнки права, оно теряетъ всякую связь съ этикой и превращается въ силу*: соображенія цѣлесообразности весьма растяжимы и непринципіальны, а поэтому не могутъ служить для ограниченія чистаго произвола. Если администрація издаетъ указъ, воспрещающій лицамъ опредѣленной націи разговаривать на родномъ языкѣ, то соображенія цѣлесообразности мало помогутъ для оцѣнки такого акта: съ точки зрѣнія позитивизма мы будемъ имѣть юридическую норму, актъ права, обязательный для всѣхъ, а судьи должны проявлять „высшую добродѣтель юриста“, и подвергнуть наказанію виновныхъ

мысли, представители котораго достигли бы такой виртуозности въ изобрѣтеніи и разработкѣ всевозможныхъ гносеологическихъ и т. п. теорій, относящихся къ праву. Сколько умственнаго труда затрачено на всѣ эти тонкости, а между тѣмъ онѣ заставляютъ вспомнить извѣстную сказку о новомъ платьѣ короля! Юристы-догматики, историки, соціологи даютъ въ своихъ работахъ много цѣннаго для науки права, но у юристовъ неокантіанцевъ немногіе цѣнные элементы такъ загромождены массой только что отмѣченныхъ тонкостей, что разысканіе этихъ маленькихъ крупицъ истины представляетъ собою каторжный и весьма неблагодарный трудъ.

*) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 144, 398 et passim.

въ нарушеніи такого указа. Между тѣмъ какъ стоя на почвѣ естественнаго права, мы скажемъ, что передъ нами не юридическая норма, а актъ произвола, *имѣющій лишь внѣшній видъ права*, а посему судья долженъ послушаться и своей совѣсти, и голоса справедливости, и отказать въ примѣненіи такого указа, хотя бы ему пришлось за это пострадать. Но только тогда онъ и будетъ служителемъ права, настоящимъ юристомъ, а не прислужникомъ лицъ, обладающихъ силой *)

§ 268. Очень часто можно у позитивистовъ встрѣтить указанія на полную неопредѣленность, растяжимость принциповъ естественнаго права и на то, что они не могутъ быть ни для кого обязательны, такъ какъ не обезпечены никакой санкціей **).

Для того, чтобы критически отнестись къ этимъ аргументамъ, достаточно взять любой изъ принциповъ естественнаго права и посмотрѣть, дѣйствительно ли онъ страдаетъ полной неопредѣленностью. „Воздай каждому свое“,—„исполняй заключенный договоръ“, „повинуйся законной власти“, „управляй для общаго блага“, „не посягай на чужое право“ и т. п.—всѣ эти принципы, не смотря на ихъ общій характеръ, отличаются полной опредѣленностью: *они ясны и понятны для каждаго человѣка, для всѣхъ временъ и народовъ.*

Неясность начинается лишь тогда, когда изъ этихъ принциповъ мы начнемъ дѣлать выводы и когда мы пожелаемъ конкретизировать ихъ въ опредѣленной соціальной средѣ. Каждый носитель власти и каждый подданный всегда и вездѣ сознаетъ, что нужно управлять для общаго блага; но что̀ такое общее благо, какъ его осуществить въ данное время при данныхъ условіяхъ,—здѣсь область безконечныхъ споровъ. Необходимость верховной власти въ государствѣ,—принципъ безспорный и ясный для каждаго; но какъ эта власть должна быть организована, каковы должны быть предѣлы ея полномочій,—здѣсь опять область чрезвычайно спорная. „Не посягай на чужое право“: принципъ ясный для каждаго; всѣ отлично понимаютъ, что нельзя убивать, красть, оскорблять, поджигать и т. п., но стоитъ только ближе опредѣлить

---

*) Для надлежащей оцѣнки только что сказаннаго см. § 273-274.

**) Такія заявленія дѣлаютъ не только позитивисты. Извѣстный философъ права *Шталь*, выводящій весь этическій порядокъ, въ томъ числѣ и право, изъ Первоисточника міра, Бога, тѣмъ не менѣе говоритъ, что „т. наз. естественное право не обладаетъ необходимой для права опредѣленностью, ясностью, и не имѣетъ обязательной силы“ (Philosophie des Rechts. II, 221).

предѣлы чужаго права, какъ сейчасъ же начнется область безконечныхъ разногласій. И т. д.

Вотъ почему и необходимо положительное право: только оно одно и можетъ спасти общежитіе отъ всѣхъ печальныхъ послѣдствій господства субъективныхъ толкованій началъ естественнаго права; только благодаря ему эти начала воплощаются въ жизни. *Но съ другой стороны только благодаря этимъ началамъ и существуетъ положительное право*, подобно тому какъ только благодаря цѣлому ряду основныхъ понятій съ абсолютнымъ характеромъ (время, пространство, законъ, сила, единство, множество, движеніе, равенство, различіе и т д.) — и можетъ существовать наука.

Что же касается мнимой необязательности этихъ началъ, то здѣсь полное недоразумѣніе: самый поверхностный анализъ открываетъ въ человѣческой психикѣ существованіе глубокаго убѣжденія *въ абсолютной обязательности ихъ*. Даже анархисты, принципіально отрицающіе право и государство, признаютъ всѣ начала естественнаго права, относящіяся къ свободѣ и самоцѣльности личности.

Такимъ образомъ естественное право и не нуждается въ какой бы то ни было внѣшней санкціи. Эта санкція становится необходимой лишь съ момента реализаціи началъ естественнаго права въ конкретной соціальной средѣ. Можно даже сказать, что если бы всѣ нормы положительнаго права имѣли въ сознаніи людей такой же характеръ, какъ нормы права естественнаго, исчезла бы необходимость во внѣшнихъ санкціяхъ.

§ **269**. Позитивисты продолжаютъ настойчиво утверждать, что если признать существованіе естественнаго права, то получается дуализмъ. „*Что бы ни понимать* подъ естественнымъ правомъ, но одно несомнѣнно для всѣхъ: оно рѣзко противополагается положительному праву“, пишетъ проф. Шершеневичъ *), утверждая, что мы получаемъ такимъ образомъ „несомнѣнный и непостижимый“ дуализмъ права.

Это утвержденіе есть „несомнѣнное и непостижимое“ недоразумѣніе. О какомъ дуализмѣ права можно говорить, когда ясно и опредѣленно заявляется, что начала естественнаго права получаютъ свое конкретное бытіе только путемъ реализаціи въ нормахъ положительнаго права, причемъ *одно* какое-либо изъ этихъ началъ реа-

*) Общая теорія права. 1910 г. стр. 33.

лизуется быть можетъ *въ многихъ сотняхъ* нормъ положительнаго права. Еще разъ повторимъ: естественное право нельзя отожествлять съ тѣми заблужденіями, которыя мы видимъ у нѣкоторыхъ представителей школы 18 вѣка, выдававшихъ продукты своего субъективнаго правосознанія за вѣчныя и неизмѣнныя нормы естественнаго права. *).

§ 270. Въ нашей литературѣ недавно высказано мнѣніе, что естественное право есть „та общая формула, общій смыслъ и идея дѣйствительнаго права, конкретнымъ осуществленіемъ котораго является всякое опредѣленное положительное право. Естественное право есть логическая, раціональная сущность права, исторически реализуемаго въ зависимости отъ всей совокупности историческихъ условій и прежде всего отъ нравственнаго сознанія общества". „Право естественное и право положительное суть лишь двѣ различныя точки зрѣнія на одинъ и тотъ-же объектъ,—на дѣйствительное право. Отношеніе между естественнымъ и т. наз. положительнымъ правомъ то же, что, скажемъ, между принципами механики, законами сопротивленія матеріаловъ и т. п. и даннымъ мостомъ, зданіемъ, тунелью и т. д..... Никакого противоположенія естественнаго и положительнаго права и не можетъ, по существу дѣла, быть.... Можно различать лишь положительное право въ тѣсномъ смыслѣ слова, какъ совокупность исторически дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, и естественное право, какъ

---

*) Насколько сильно вкоренилось ошибочное понятіе о естественномъ правѣ, видно изъ того, что такой выдающійся юристъ-философъ, какъ *Колеръ*, убѣжденный противникъ позитивизма, пишетъ въ своемъ недавно появившемся курсѣ философіи права, что все право измѣнчиво сообразно той культурѣ, которой оно призвано служить; думать, что есть вѣчное и неизмѣнное право, значило бы признавать, что исторія культуры сказала свое послѣднее слово. (Lehrbuch der Rechtphilosophie. 1909. Стр. 2—7). Достаточно вспомнить то, что говорили главнѣйшіе представители школы естественнаго права о реализаціи общихъ принциповъ права, чтобы понять полную совмѣстимость вѣчныхъ и неизмѣнныхъ началъ естественнаго права съ одной стороны и измѣнчивости положительнаго права, какъ реализаціи этихъ началъ сообразно условіямъ мѣста и времени.

Нельзя не отмѣтить здѣсь крупныя недоразумѣнія у другого современнаго выдающагося философа права *Берольцгеймера*, автора капитальнаго курса философіи права. На недавно бывшемъ международномъ конгрессѣ философіи права онъ приводилъ противъ естественнаго права слѣдующій аргументъ: оно не можетъ дать отвѣта на цѣлый рядъ жизненныхъ вопросовъ; напр , нужно ли за рецидивъ кражи назначить maximum 10 или 15 лѣтъ тюрьмы? (Archiv fur Rechts— und Wirtschaftsphilosophie. 1910 г. кн. 4, стр. 525).

общую идею, какъ основной смыслъ всѣхъ дѣйствующихъ нормъ положительнаго права"*).

Повидимому эта теорія вполнѣ тождественна съ защищаемой нами. Но на стр. 111 авторъ пишетъ: „Для того, чтобы общая идея права (естественное право, въ нашемъ смыслѣ) могла послужить основаніемъ дѣйствительно правовой критики, необходимо, чтобы эта идея получалась, извлекалась изъ разсмотрѣнія исторически дѣйствующаго юридическаго матеріала". „Соотношеніе между положительнымъ историческимъ юридическимъ матеріаломъ и *отвлекаемой отъ него* (курсивъ нашъ) естественно-правовой идеей получается двоякое: на основаніи анализа и изученія конкретнаго права выясняется идея права, и съ точки зрѣнія этой идеи изслѣдуется, насколько въ отдѣльныхъ юридическихъ нормахъ осуществляется идея права".

Вотъ эти послѣднія положенія и возбуждаютъ большія сомнѣнія. Прежде всего ни одинъ ученый до сихъ поръ не продѣлалъ еще такой работы отвлеченія отъ дѣйствующаго положительнаго права его идеи, раціональной сущности. Но это неважно. Если бы даже такая работа и была сдѣлана, мы бы не получили естественнаго права, т. е. совокупности абсолютныхъ, вѣчныхъ и неизмѣнныхъ разумно-этическихъ началъ, лежащихъ въ основѣ всякаго права. Мы бы получили только сущность *даннаго* правопорядка. Но вѣдь ясное дѣло, что для того, чтобы подвергнуть этотъ правопорядокъ *принципіальной* оцѣнкѣ, мы должны подняться надъ нимъ, мы должны обладать критеріями, независящими отъ него, взятыми изъ другой области, мы должны знать, *насколько сущность этого правопорядка соотвѣтствуетъ абсолютной идеѣ права, лежащей въ основѣ всякаго правопорядка.* Вѣдь законы механики существовали раньше, чѣмъ возникъ данный мостъ, данное зданіе; эти законы вовсе не извлечены изъ тѣхъ построекъ. Точно также и абсолютная идея права съ ея опредѣленіями существовала раньше всякаго положительнаго права. Она есть не только логическій, но и метафизическій prius всякаго права, она поэтому не можетъ быть отвлеченіемъ отъ историческаго матеріала. Говорить о *сущности* чего либо и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣлять эту сущность, какъ *отвлеченіе*, какъ чистую абстракцію, едва ли допустимо: мы тогда станемъ на почву номинализма, а слѣдовательно и позитивизма со всѣми его послѣдствіями. А

*) *А. Ященко.* Теорія федерализма. 1912 Стр. 106—107.

однимъ изъ важнѣйшихъ такихъ послѣдствій будетъ слѣдующее: не сущность обусловливаетъ собою явленія, а наоборотъ. Такимъ образомъ явленія превращаются въ самостоятельныя сущности, а значитъ надъ ними нѣтъ и не можетъ быть никакой высшей инстанціи, куда можно апеллировать, съ точки зрѣнія которой можно оцѣнивать явленія. И отъ естественнаго права останется одна тѣнь: оно не можетъ исполнять ни одной изъ своихъ функцій—ни конститутивной, ни нормативной. Вотъ, что значитъ отречься отъ метафизики: проф. Ященко при разрѣшеніи проблемы естественнаго права сталъ на правильный путь, получилъ очень цѣнные результаты, но остановился на половинѣ дороги.

§ **271**. *Безъ существованія естественнаго права не могло бы существовать право положительное*: вѣдь, какъ уже сказано, положительное право есть реализація общихъ разумно-этическихъ началъ, а стало быть съ отрицаніемъ этихъ началъ мы отрицали бы всякій смыслъ положительнаго права, превратили бы его въ силу. Откуда положительное право государства получаетъ свою *внѣшнюю* санкцію? Конечно отъ верховной власти. А сама верховная власть откуда получитъ право издавать безусловно-обязательныя юридическія нормы? Позитивистъ можетъ дать только одинъ отвѣтъ: изъ силы. А на самомъ дѣлѣ правомѣрность актовъ верховной власти основывается на естественномъ правѣ, которое говоритъ, что она должна править для общаго блага и что граждане обязаны ей въ извѣстныхъ предѣлахъ повиноваться.

Существованіе естественнаго права инстинктивно признается всѣми людьми на всѣхъ ступеняхъ развитія. Во всѣхъ спорахъ, касающихся вопросовъ права и государства, и простые обыватели, и парламентаріи, и даже ученые юристы—позитивисты сплошь и рядомъ незамѣтно для самихъ себя, предполагаютъ существованіе естественнаго права. Имѣетъ ли государство право издать такой-то законъ? Должно ли государство взять въ свои руки такую-то область отношеній? и т. п.—всѣ такіе вопросы могутъ быть поставлены только на почвѣ естественнаго права.

Сами законодатели признаютъ его существованіе, отсылая къ нему судей въ случаяхъ пробѣловъ въ положительномъ правѣ. Напр. италіанскій кодексъ (§ 3) вмѣняетъ суду въ обязанность въ такихъ случаяхъ рѣшать дѣло, руководствуясь „общими принципами права“, а австрійскій (§ 7) прямо говоритъ: „на основаніи принциповъ естественнаго права, внимательно считаясь съ обстоятельствами дѣла“.—Судебная практика показываетъ, что нерѣд-

ко толкованіе законовъ и аналогія бываютъ безсильны заполнить пробѣлы положительнаго права, и тогда судьи руководствуются естественнымъ правомъ. *)

Наконецъ существованіе международнаго права было бы невозможно, если бы не было естественнаго права: большая часть нормъ международнаго права образуется посредствомъ договоровъ, но вѣдь эти договоры имѣютъ обязательную силу только потому, что существуетъ соотвѣтствующій принципъ естественнаго права.

Въ заключеніе необходимо подчеркнуть, что только на почвѣ естественнаго права можно обосновать связанность государства правомъ, обязательность права и для верховной власти. Подробно объ этомъ будетъ идти рѣчь въ отдѣлѣ „Государство и право".

§ 272. По поводу конститутивной функціи естественнаго права мы должны сдѣлать одно разъясненіе.

Ученые, стоящіе на почвѣ историзма, соціологизма и позитивизма могутъ сказать: исторія культуры знаетъ огромные періоды, въ которыхъ ни о какой свободѣ и самоцѣльности личности не могло быть и рѣчи; а стало быть—эти понятія представляютъ собою продуктъ исторіи, и слѣдовательно о конститутивной функціи естественнаго права нельзя говорить: если бы была абсолютная идея права, она бы должна была реализоваться въ тѣ періоды.

Такое возраженіе не опровергало бы теоріи. Дѣло въ томъ, что абсолютная идея права имѣетъ, какъ мы видѣли, двѣ стороны: 1) свобода и самоцѣльность личности и 2) необходимость упорядоченнаго общежитія. И вотъ, въ тѣ періоды, о которыхъ только что сказано, идея права должна была реализоваться односторонне: необходимо было, чтобы человѣчество прошло предварительную суровую школу, а посему на первый планъ и выступила вторая сторона абсолютной идеи права, положительное право развивалось преимущественно на основѣ второго ряда принциповъ естественнаго права (которые также представляютъ собою абсолютныя требованія высшаго этическаго порядка). Но тѣмъ не менѣе и принципы перваго ряда, т. е. относящіеся къ свободѣ личности, также проявлялись въ положительномъ правѣ, хотя и въ несовершенномъ видѣ.

---

*) Послѣдняя изъ появившихся крупныхъ работъ по естественному праву, книга *E. Jung*'а „Das Problem des natürlichen Rechts" 1912 г. представляетъ собою попытку (весьма неудачную) построить теорію естественнаго права, исходя изъ данныхъ судебной практики.

§ 272. Обратимся теперь къ нормативной функціи естественнаго права.

Какъ было указано раньше, объ функціи другъ друга обусловливаютъ и *нормативная функція была бы невозможной безъ конститутивной.**) Если какое нибудь начало естественнаго права реализовалось въ данной средѣ, то вѣдь это не значитъ, что мы имѣемъ идеальное воплощеніе: всегда неизбѣжны недостатки, и наиболѣе полная реализація въ одно время можетъ превратиться въ весьма несовершенную въ другое. Наконецъ основное требованіе абсолютной идеи права—синтезъ личной свободы и общаго блага—представляетъ собою такой идеалъ, къ которому можно только постепенно приближаться, и который удаляется отъ насъ по мѣрѣ приближенія. Ясное дѣло, что не можетъ быть одной и той же мѣры личной свободы для всѣхъ временъ и народовъ, но съ другой стороны несомнѣнно, что каждая мѣра допускаетъ оцѣнку съ точки зрѣнія абсолютнаго идеала**).

На первыхъ ступеняхъ исторіи культуры существовало полное единство всѣхъ этическихъ нормъ, конфликтъ между правомъ и нравственностью между объективнымъ порядкомъ и субъективнымъ правосознаніемъ, были невозможны. Съ усложненіемъ жизни право дифференцировалось изъ общей этической основы, и указанные конфликты сдѣлались обычнымъ явленіемъ, доходя иногда до полнаго разрыва права съ этикой. Но разрывъ этотъ влечетъ за собою самыя печальныя послѣдствія. Вѣдь въ концѣ концовъ дѣйствіе права основано на признаніи огромнаго большинства членовъ даннаго общежитія. А это признаніе обусловлено по меньшей мѣрѣ непротиворѣчіемъ положительнаго права этическимъ воззрѣніямъ общества и субъективному правосознанію его

---

*) На этомъ и основано различіе между *идеаломъ и утопіей*, фантастическими построеніями: сколько бы мы ни стремились къ нимъ, какъ бы мы ни вѣрили въ ихъ осуществимость, мы никогда ничего не получимъ. Хорошимъ примѣромъ могутъ служить утопіи соціализма и анархизма.

**) Хорошей иллюстраціей къ сказанному могутъ служить понятія геометріи: линія, кругъ, шаръ и т. п. Всѣ эти понятія суть чистыя идеальныя построенія, и тѣмъ не менѣе они существуютъ вполнѣ реально, оказывая самое непосредственное вліяніе на практическую дѣятельность. Мы никогда не можемъ ни изъ какого матеріала сдѣлать идеальнаго шара, но тѣмъ не менѣе идея шара лежитъ въ основѣ всѣхъ „матеріальныхъ“ шаровъ и служитъ критеріемъ для оцѣнки всѣхъ нашихъ работъ: мы должны, считаясь со всѣми особенностями даннаго матеріала, на сколько возможно воплотить въ немъ идею шара.

членовъ. Нормативная функція естественнаго права и напоминаетъ постоянно о связи права съ высшимъ этическимъ порядкомъ, о томъ, что идеаломъ можетъ быть только высшій синтезъ всѣхъ этическихъ нормъ.

§ 273. Чтобы закончить изложеніе, остановимся на важномъ вопросѣ, связанномъ съ нормативной функціей естественнаго права.

Въ исторіи науки не разъ возникалъ вопросъ: имѣетъ ли обязательную силу норма положительнаго права, несогласная съ естественнымъ правомъ? На разрѣшеніе этого вопроса было потрачено не мало силъ, но нельзя сказать, чтобы результаты получились удовлетворительные. Все время мы видимъ колебаніе мысли между двумя крайними рѣшеніями, одинаково непріемлемыми: 1) необходимо безусловно подчиняться хотя бы „самому возмутительному“ положительному праву и 2) положительное право теряетъ силу, если оно противорѣчитъ тому, что наше субъективное правосознаніе считаетъ естественнымъ правомъ.

Надо сказать, что самая постановка вопроса неправильна. При такой постановкѣ можно подумать, что рѣчь идетъ о цѣломъ кодексѣ идеальныхъ нормъ, существующихъ параллельно съ нормами положительнаго права. А между тѣмъ изъ предыдущаго изложенія мы знаемъ, что хотя условія мѣста и времени, при которыхъ реализуется какой либо принципъ естественнаго права, имѣютъ свою природу вещей, а значитъ изъ нея сплошь и рядомъ можно вывести юридическую норму для данныхъ отношеній, согласную съ естественнымъ правомъ, тѣмъ не менѣе такой выводъ будетъ лишь проектомъ желательнаго права, а не правомъ, и слѣдовательно самъ по себѣ не можетъ имѣть силы и значенія юридической нормы. Какъ бы норма положительнаго права ни противорѣчила этой проектируемой нормѣ, она одна остается правомъ и имѣетъ безусловную обязательную силу.

Вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: имѣетъ ли обязательную силу, можетъ ли называться *правомъ* такая норма положительнаго права, которая не только не представляетъ собою реализаціи какого либо принципа естественнаго права, но рѣзко противорѣчитъ ему?

И вотъ на такой вопросъ давались и даются отвѣты, что такая норма не есть право и не имѣетъ обязательной силы. Надо сказать, что въ такой общей формѣ отвѣтъ никуда не годится: это отвѣтъ не научный.

Раньше было сказано, что необходима чрезвычайная осторожность въ формулированіи общихъ принциповъ естественнаго права:

вѣдь можно объявить любую фантазію принципомъ естественнаго права, и на основаніи ея лишить любую норму положительнаго права обязательной силы (напр. сказать, что частная собственность противорѣчитъ естественному праву). Кромѣ того нельзя забывать, что принципы естественнаго права реализуются въ исторіи постепенно и въ связи съ условіями мѣста и времени: нельзя оцѣнивать положительнаго права древнихъ грековъ современными правовыми критеріями. Наконецъ надо помнить то, что было сказано о спорности и неясности *выводовъ* изъ принциповъ естественнаго права, въ особенности отдаленныхъ выводовъ.

Послѣ этихъ важныхъ оговорокъ мы поймемъ, что отпадаетъ огромное большинство случаевъ, когда можетъ явиться искушеніе объявить норму положительнаго права не имѣющей обязательной силы.

§ **274**. Но возможны случаи, когда положительное право *рѣзко* противорѣчитъ *несомнѣнному* принципу естественнаго права, *уже реализовавшемуся* такъ или иначе въ данной соціальной средѣ. Какъ тогда быть? Можемъ ли мы назвать *правомъ* такую норму?

Ученые, отрицающіе естественное право, отвѣчаютъ: „да, потому что государство стоитъ надъ правомъ, а слѣдовательно свою обязательную силу право заимствуетъ единственно лишь отъ воли верховной власти“. Другими словами: право есть сила.

Изъ соотвѣтственной главы мы знаемъ, что право не есть сила, а есть именно то начало, которое ограничиваетъ силу. Тамъ же было указано на случаи, когда юридическая норма является таковой только по своей формѣ, между тѣмъ, какъ ея содержаніе рѣшительно осуждается этическимъ сознаніемъ. Не будемъ приводить фантастическихъ примѣровъ для иллюстраціи сказаннаго, а укажемъ на историческіе факты преслѣдованія людей за ихъ религіозныя убѣжденія: неужели законъ, карающій за принадлежность къ опредѣленной религіи, есть актъ права? И совѣсть, и справедливость одинаково возмущаются такимъ закономъ, а посему, не смотря на внѣшность права, онъ есть актъ произвола и насилія. То-же самое мы должны сказать и о законѣ, воспрещающемъ говорить на родномъ языкѣ, о нормѣ средневѣковаго обычнаго права—jus primae noctis и о всякихъ аналогичныхъ „законахъ“: такія явленія не представляютъ собою права, а должны быть квалифицированы, какъ уродливые, ненормальные *факты правовой жизни*. Повиновеніе такимъ законамъ безусловно недопустимо со стороны тѣхъ, кто сознаетъ противорѣчіе ихъ естественному праву. И если

бы передъ судьей возникъ такой случай, то его долгъ обязывалъ бы его выйти въ отставку, чтобы не быть вынужденнымъ примѣнять подобные законы*).

Но само собою разумѣется, что здѣсь рѣчь идетъ о случаяхъ рѣзкихъ, безспорныхъ. Одно лишь *сомнѣніе* не даетъ права отказывать въ повиновеніи юридической нормѣ. И вообще при рѣшеніи такихъ вопросовъ необходима *чрезвычайная осторожность*, чтобы не нарушился благодѣтельный принципъ законности. Dura lex, sed lex—должно быть основой поведенія всѣхъ гражданъ, а въ особенности юристовъ.

---

*) Субъективное правосознаніе многихъ требуетъ нормы, предписывающей умерщвленіе новорожденныхъ, если комиссія экспертовъ найдетъ ребенка отягченнымъ неизлечимыми физическими дефектами, угрожающими соціальному благу. Такая норма рѣзко противорѣчила бы естественному праву, праву на жизнь: человѣкъ обязанъ исполнить на землѣ свое назначеніе, и никто не въ правѣ лишать его возможности этого исполненія

ГЛАВА VI.

Происхожденіе и развитіе права.

§ 275. Вопросъ о *происхожденіи* права, т. е. вопросъ: какимъ образомъ возникло право въ человѣчествѣ, до сихъ поръ не рѣшенъ наукой удовлетворительно. Предложенъ рядъ гипотезъ, изъ которыхъ ни одна не можетъ быть принята безъ серіозныхъ оговорокъ.

При изслѣдованіи этой проблемы мы должны исходить изъ того факта, что какъ бы глубоко нашъ взоръ ни проникалъ въ сѣдую древность, мы вездѣ застаемъ человѣка уже въ общежитіи, хотя-бы самомъ рудиментарномъ. Поэтому, не отрицая возможности до-общественнаго существованія первобытнаго человѣка, мы здѣсь можемъ не касаться вопроса, какимъ образомъ изолированный человѣкъ началъ входить въ соприкосновеніе съ себѣ подобными.

И вотъ, когда мы возьмемъ наиболѣе примитивное соціальное образованіе, каковымъ считается *орда*, то мы замѣтимъ, что уже здѣсь существуютъ *зародыши* права. Гумпловичъ утверждаетъ, что въ ордѣ нѣтъ права, что оно возникаетъ только тогда, когда одна орда подчиняетъ себѣ другую, когда, слѣдовательно, появляется неравенство и состояніе подчиненія; а т. к. въ ордѣ царитъ полное равенство, то тамъ и нѣтъ почвы для права. При этомъ онъ добавляетъ, что жизнь орды регулируется религіей и обычаями. Но вѣдь здѣсь авторъ самъ себѣ противорѣчитъ: что такое эти обычаи, какъ не та общая этическая масса, гдѣ слиты всѣ категоріи нормъ? Да и для того, чтобы одна орда могла подчинить себѣ другую, необходима уже хотя бы самая примитивная организація, т. е. существованіе нормъ, регулирующихъ поведеніе членовъ орды.—Само собою разумѣется, что этихъ нормъ было очень немного, что онѣ обладали самымъ первобытнымъ, смутнымъ, неяснымъ характеромъ, но онѣ существовали.

§ 276. Какъ онѣ возникли? Существуетъ мнѣніе, что здѣсь мы имѣемъ дальнѣйшее развитіе психическихъ чертъ, свойственныхъ животнымъ, и что такимъ образомъ вся позднѣйшая правовая эволюція человѣчества есть продолженіе этого развитія.

Если даже и принять теорію непрерывности, отсутствія непроходимой пропасти между человѣкомъ и животнымъ, то и тогда приведенное мнѣніе не можетъ быть признано правильнымъ: вѣдь

человѣкъ есть *послѣднее* звено въ этой непрерывной цѣпи проявленій жизни природы. А слѣдовательно въ этомъ звенѣ, гдѣ въ чистомъ видѣ обнаруживается духовное начало, мы должны найти такія явленія, которыя чужды всѣмъ остальнымъ ступенямъ развитія, которыя могли возникнуть только съ появленіемъ человѣка. Къ такимъ явленіямъ и относятся тѣ этическія нормы, о которыхъ мы только что говорили Не смотря на весь свой инстинктивный характеръ, онѣ принципіально отличны отъ тѣхъ началъ, на которыхъ построена сложная жизнь муравейника: въ этихъ нормахъ находятся зародыши права.

Что касается содержанія этихъ нормъ, то крайняя простота первобытной жизни могла дать лишь самый бѣдный матеріалъ для него Начинало вырабатываться сознаніе необходимости подчиненія вождю орды, чувство солидарности членовъ орды, рудиментарные зачатки собственности, недопустимости причиненія зла сочленамъ и т. п. Во всякомъ случаѣ, не смотря на всю бѣдность содержанія и смутный характеръ нормъ, онѣ давали импульсы для пробужденія дремлющихъ въ духѣ человѣка началъ естественнаго права.

§ 277. Но, конечно, эти начала могли развиваться только въ общежитіяхъ болѣе сложнаго типа, гдѣ жизнь поднимается надъ полуживотнымъ существованіемъ орды. Такая жизнь давала уже больше матеріала для появленія этическихъ нормъ.

Какимъ образомъ онѣ возникали?

По этому вопросу существуютъ три гипотезы. 1) Люди установили этическія нормы путемъ договора. Это—самая несостоятельная гипотеза. Обыкновенно противъ нея приводится упрекъ въ логическомъ кругѣ: такой способъ возникновенія права невозможенъ, потому что предварительно должна уже существовать общеобязательная юридическая норма—„договоры должны быть соблюдаемы“. Но если мы вспомнимъ, что обязательность договоровъ есть принципъ естественнаго права, то мы поймемъ, что уже первобытная жизнь могла дать матеріалъ для болѣе или менѣе отчетливаго сознанія этого принципа. Тѣмъ не менѣе невозможно допустить установленія первоначальныхъ этическихъ нормъ путемъ договора: это предполагало бы уже высокую степень развитія всѣхъ членовъ общежитія.

2) Нѣкоторые ученые думаютъ, что этическія нормы возникли путемъ безсознательнаго коллективнаго творчества. Въ силу одинаковыхъ условій простой, несложной жизни и преобладанія

сходствъ между людьми, всѣ привыкаютъ поступать одинаково при аналогичныхъ условіяхъ. Образуются общія привычки, нарушеніе которыхъ непріятно поражаетъ окружающихъ, и это способствуетъ закрѣпленію сознанія обязательности соотвѣтствующихъ нормъ.

Въ этомъ мнѣніи есть часть истины, но цѣликомъ оно принято быть не можетъ. Путемъ такого процесса можно объяснить возникновеніе только нѣкоторыхъ нормъ, наиболѣе общихъ и простыхъ. Такой процессъ хорошо объясняетъ возникновеніе въ сознаніи людей нѣкоторыхъ началъ естественнаго права, напр., обязательности договоровъ, недопустимости причиненія „обиды“ сочленамъ, подчиненіе власти и т. п. Сказать же, что *всѣ* этическія нормы возникли безсознательно путемъ коллективнаго творчества, это значитъ допустить возможность, что бѣдная содержаніемъ психика первобытныхъ людей сама собою безъ посторонней помощи можетъ вырабатывать высшее духовное содержаніе. Если одинъ духовно-бѣдный человѣкъ не можетъ выработать никакого высшаго духовнаго содержанія, то сколько бы мы ни соединяли вмѣстѣ такихъ людей, дѣло останется въ такомъ же положеніи: количество никогда не можетъ замѣнить собою качества.

3) Наконецъ третья гипотеза объясняетъ возникновеніе этическихъ нормъ такъ: болѣе сильные, энергичные, развитые люди поступаютъ такъ или иначе, руководствуясь своимъ произволомъ. Окружающіе въ силу подражанія поступаютъ такъ-же, и наконецъ привычка закрѣпляетъ сложившійся образъ поведенія. Въ этой гипотезѣ точно также, какъ и во второй, есть доля истины, но въ цѣломъ она хуже: возникновеніе этическихъ нормъ сводится въ концѣ концовъ къ случаю и произволу.

§ **278**. Для того, чтобы подойти ближе къ истинѣ въ этой трудной проблемѣ, надо твердо помнить аксіому: изъ совокупности нулей нельзя получить никакой величины. *Безъ помощи людей, стоящихъ на высшихъ ступеняхъ духовнаго развитія, люди низшихъ ступеней не могутъ сами выработать общаго этическаго порядка жизни, который поднимался бы надъ полуживотнымъ существованіемъ*. Конечно, это не значитъ, что первобытный человѣкъ представлялъ собою въ буквальномъ смыслѣ слова духовный нуль. Но глубочайшая сущность его, его ноуменальное *Я*, гдѣ заложены сѣмена всей высшей духовной жизни, на столько подавлена той оболочкой, въ которую она воплощена, что одно

общеніе съ *такими же* людьми слишкомъ недостаточно для взращенія этихъ сѣмянъ*).

Нѣтъ ничего ошибочнѣе думать, что въ первобытномъ человѣчествѣ не было людей, стоящихъ на высшихъ ступеняхъ духовнаго развитія Такой взглядъ приводитъ къ явно-нелѣпому выводу, а именно: полуживотныя—люди, весь лексиконъ которыхъ состоялъ изъ нѣсколькихъ десятковъ простѣйшихъ словъ, духовный міръ которыхъ вполнѣ соотвѣтствовалъ этому лексикону, *путемъ одного лишь взаимнаго общенія другъ съ другомъ* выработали всю культуру. При этомъ еще недавно господствовало мнѣніе, что культура появилась только за нѣсколько сотъ лѣтъ до Р. Х., не смотря на то, что человѣчество существуетъ на землѣ много десятковъ тысячъ лѣтъ до начала нашей эры.

Теперь убѣдились, что культура, и культура очень высокая, существовала на землѣ много тысячелѣтій до начала греческой исторіи. А между тѣмъ мы не знаемъ именъ дѣятелей той культуры, не знаемъ ея Пиѳагоровъ, Платоновъ, Пиндаровъ, Софокловъ, Праксителей, Перикловъ. Значитъ ли это, что ихъ и не было? Конечно нѣтъ; это значитъ только, что мы ихъ не знаемъ. Оставляя въ сторонѣ другіе источники, не для всѣхъ убѣдительные, укажемъ на богатыя данныя, заключающіяся въ сравнительной миѳологіи, фольклорѣ, въ древнѣйшихъ священныхъ книгахъ, поэмахъ и т. д. Тамъ мы видимъ, что всегда, въ незапамятной древности были великіе люди, герои, работавшіе для блага человѣчества, создававшіе культуру для окружавшей ихъ среды. Преданія сохранили даже имена нѣсколькихъ такихъ провиденціальныхъ людей. Разумѣется, эти великіе люди для выполненія своихъ задачъ должны были имѣть цѣлый рядъ ближайшихъ сотрудниковъ, о которыхъ также упоминаютъ указанные выше источники.

И вотъ если мы будемъ имѣть въ виду все сказанное, намъ не трудно будетъ объяснить возникновеніе этическихъ нормъ на первыхъ ступеняхъ исторіи культуры.

§ **279**. Когда люди перешли къ общежитіямъ болѣе высокаго типа, чѣмъ орда, всегда и всюду появляются высшіе руководители въ лицѣ жрецовъ, царей, вождей, старѣйшинъ и начи-

---

*) Аналогичный порядокъ существуетъ на всемъ протяженіи исторіи культуры. Отсюда первостепенная важность духовной аристократіи; отсюда съ другой стороны высокая нравственная обязанность ея работать для поднятія культурнаго уровня человѣчества.

наютъ медленную работу постепеннаго созданія этическаго порядка.

Они имѣли передъ собою очень грубый матеріалъ въ видѣ людей, только что вышедшихъ изъ полуживотнаго существованія, у которыхъ только что начали возникать рудиментарныя представленія о нѣкоторыхъ этическихъ обязанностяхъ. Поэтому имъ сообщается извѣстная часть этическихъ нормъ, по формѣ и содержанію приспособленныхъ къ ихъ кругозору. По своему характеру всѣ нормы, какъ уже было указано раньше, были запечатлены непререкаемымъ, суровымъ авторитетомъ Божества; люди должны были имъ слѣпо подчиняться.

На этой общей основѣ всѣ детали вырабатывались путемъ единичныхъ актовъ власти, которые можно (неточно) назвать судебными рѣшеніями. Жрецъ, царь, старѣйшина и т. д. разрѣшалъ поставленный жизнью частный вопросъ или по своей иниціативѣ, или по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, ссылаясь при этомъ или на тѣ начала естественнаго права, которыя уже находились въ сознаніи людей, или создавая для даннаго случая особую норму въ развитіе этихъ началъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ дѣйствовалъ и другой факторъ. Одинаковыя условія жизни, преобладаніе сходствъ между людьми, сильная наклонность къ подражанію, простота и несложность отношеній— все это обусловило цѣлый рядъ одинаковыхъ поступковъ, одинаковаго поведенія при извѣстныхъ обстоятельствахъ; образовались опредѣленныя нормы поведенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ накоплялось число аналогичныхъ рѣшеній власти, изъ этихъ рѣшеній образовались общія нормы, запечатлѣнныя высшимъ авторитетомъ. Эти нормы сплетались съ только что отмѣченными нормами поведенія, образовавшимися незамѣтнымъ путемъ, въ одну однородную этическую массу. Случаи нарушенія этихъ нормъ вызывали реакцію членовъ общежитія, власть съ своей стороны, констатируя нарушеніе, подчеркивала безусловно-обязательный характеръ нормы, а виновный членъ общины долженъ былъ очиститься, искупить свою вину, чтобы опять быть полноправнымъ членомъ. Такіе случаи служили факторомъ, развивающимъ субъективное правосознаніе: они обращали вниманіе на опредѣленную норму и наглядно показывали ея безусловно-обязательный характеръ. Весь указанный этическій порядокъ освящался высшимъ религіознымъ авторитетомъ, вполнѣ гармонировалъ со всѣмъ міровоззрѣніемъ людей и, наконецъ, закрѣплялся привычкой.

§ **280**. Въ результатѣ получилось: 1) развитіе сознанія нѣкоторыхъ началъ естественнаго права въ связи съ развитіемъ субъективнаго правосознанія, правового чувства и 2) образованіе цѣлаго ряда нормъ положительнаго (обычнаго) права. Эти нормы стояли передъ людьми, какъ извѣстное объективное начало, запечатлѣнное высшимъ авторитетомъ и властно регулирующее соціальную жизнь.

Намѣченный процессъ возникновенія права показываетъ, что правовое чувство возникло въ самой здоровой атмосферѣ, что идея справедливости присутствовала у самой колыбели права. И разумѣется этимъ безповоротно отвергается теорія возникновенія права изъ силы, произвола и т. п. Когда процессъ образованія права уже закончился, оно могло служить средствомъ для охраны интересовъ одной группы населенія (завоевателей) въ ущербъ другой (завоеванныхъ). Но само возникнуть на почвѣ силы оно никогда не могло. Такимъ образомъ и вопросъ о сущности права (вопросъ философскій), и вопросъ о генезисѣ права (вопросъ историческій), даютъ аналогичные результаты.

§ **281**. Отъ вопроса о *происхожденіи* права мы различаемъ вопросъ *о развитіи права*.

Когда право уже появилось въ человѣческихъ общежитіяхъ, оно входитъ въ общій историческій процессъ, оно развивается вмѣстѣ съ развитіемъ исторіи культуры, часть которой оно составляетъ. Какъ же оно развивается?

Въ наукѣ 17 и 18 в. господствовалъ взглядъ, который можно характеризовать, какъ теорію произвольнаго установленія права. Лучшей иллюстраціей этой теоріи можетъ служить знаменитая фраза Вольтера: „Хотите имѣть хорошіе законы? Сожгите старые и издайте новые“. По этой теоріи единственнымъ творцомъ права является верховная власть, которая имѣетъ полную возможность издавать любой законъ, руководствуясь исключительно своимъ личнымъ пониманіемъ общаго блага. Въ тѣсной связи съ этой теоріей стояли указанныя раньше крайности школы естественнаго права: многіе представители ея 18 в. думали, что путемъ одного разума можно извлечь изъ основныхъ началъ естественнаго права цѣлые кодексы идеальныхъ нормъ, пригодные для всѣхъ народовъ. Своего апогея это теченіе мысли достигло ко времени великой французской революціи, дѣятели которой мечтали коренным образомъ перестроить все общежитіе, создать земной рай путемъ соотвѣтственной реформы права.

§ **282.** Какъ реакція противъ этихъ крайностей выступила возникшая въ началѣ 19 в. *историческая школа юристовъ*.

Она имѣла своихъ предшественниковъ. Въ половинѣ 18 в. вышла въ свѣтъ знаменитая книга Монтескье „Духъ законовъ", гдѣ онъ доказывалъ, что право обусловлено данными мѣста и времени, а поэтому законы одного народа, одного государства по общему правилу совершенно непригодны для другого народа.— Мысли Монтескье развивалъ во второй половинѣ 18 в. Пюттеръ, подъ вліяніемъ котораго въ Геттингенѣ образовалась цѣлая школа, самымъ виднымъ представителемъ которой былъ *Гуго*, издавшій свою работу по философіи права въ 1809 году. Въ этой работѣ онъ подвергаетъ критикѣ ученіе о законѣ, какъ о единственной формѣ права, и доказываетъ, что право развивается и помимо законодателя. У Гуго мы находимъ излюбленное сравненіе исторической школы, что право развивается само собою точно также, какъ развивается языкъ *).

Поэтому Гуго утверждаетъ, что естественный путь развитія права—это развитіе путемъ обычнаго права, которое обладаетъ бо́льшею цѣнностью, чѣмъ законъ. Эта цѣнность заключается въ его общеизвѣстности и въ привычкѣ къ нему народа. А для права, по мнѣнію Гуго, важно не содержаніе, а чисто внѣшняя его функція: обезпеченіе порядка, мира и спокойствія. Посему каково бы ни было право по своему содержанію, оно должно быть признано хорошимъ, если люди къ нему привыкли, если оно отличается ясностью и точностью, и обезпечиваетъ внѣшній порядокъ.

§ **283.** Гуго былъ главнымъ предшественникомъ исторической школы. Полное свое выраженіе она нашла въ лицѣ знаменитаго юриста *Савиньи* и его ученика *Пухты*.

Свои воззрѣнія Савиньи высказалъ въ упоминаемой уже работѣ: „О призваніи нашего времени къ законодательству и къ наукѣ права" 1814 г. (см. примѣч. къ § 238). Эта работа была написана по спеціальному поводу противъ работы извѣстнаго ученаго *Тибо*, который высказался за необходимость созданія общегерманскаго кодекса. Этотъ кодексъ долженъ замѣнить всю хаотическую массу разнородныхъ законовъ, дѣйствовавшихъ въ Германіи, и спасти ее отъ нашествія французскаго права. При этомъ Тибо

*) Въ отличіе отъ Савиньи и Пухты Гуго признавалъ, что на развитіе права вліяютъ и внѣшнія обстоятельства, а не однѣ только внутреннія силы —См. *Новгородцевъ*. „Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба" (это лучшая изъ всѣхъ работъ, существующихъ въ наукѣ по интересующему насъ вопросу).

настаивалъ на общности основныхъ началъ права для всѣхъ людей.

Возражая на работу Тибо, Савиньи выставилъ рядъ положеній, въ которыхъ выразилась сущность исторической школы. Основнымъ положеніемъ является слѣдующее: историческій процессъ управляется закономъ внутренней необходимости; развитіе народной жизни имѣетъ характеръ органическій, исключающій всякую мысль о случаѣ и произволѣ, о какомъ бы то ни было участіи сознательной дѣятельности человѣка. Второе важное положеніе: всѣ проявленія народной жизни вытекаютъ въ концѣ концовъ изъ общаго убѣжденія народа, изъ безличнаго народнаго духа. Это общее убѣжденіе одинаково присуще всѣмъ членамъ народа и господствуетъ надъ ними независимо отъ личныхъ мнѣній. Оно въ силу закона внутренней необходимости постепенно раскрываетъ въ исторіи свое содержаніе. Право, какъ одно изъ проявленій народнаго духа, подчинено общему закону органическаго развитія. Вслѣдствіе этого оно получаетъ высшій авторитетъ: какъ органическій продуктъ народнаго духа, создающійся помимо сознательной дѣятельности человѣка, *оно не можетъ подлежать никакой нравственной критикѣ*. Оно одинаково обязательно какъ для подданныхъ, такъ и для власти: вѣдь законодатель не участвуетъ въ его образованіи, онъ лишь выжидаетъ теченія народной жизни и санкціонируетъ нормы, возникшія уже изъ этой жизни, записываетъ, формулируетъ ихъ. Законодатель есть выразитель народнаго духа, а обычаи и законы—это формы для распознаванія права, таящагося въ глубинѣ народнаго духа.

Здѣсь надо обратить вниманіе на коренное различіе воззрѣній Гуго и Савиньи. Какъ мы видѣли, Гуго придавалъ праву цѣнность исключительно въ виду его внѣшней стороны; этическая оцѣнка его отвергалась. Савиньи же старался найти въ самомъ процессѣ происхожденія права этическое его оправданіе.

§ 284. Отмѣтимъ воззрѣнія Савиньи на дѣятельность юристовъ. Съ развитіемъ культуры различныя стороны народной жизни дифференцируются; появляется раздѣленіе труда. То, что прежде выполнялось сообща всѣмъ народомъ, теперь становится функціей различныхъ классовъ. Однимъ изъ такихъ классовъ являются юристы. Ихъ дѣятельность замѣняетъ собою дѣятельность всего народа въ процессѣ образованія права. Но юристы выражаютъ въ своихъ работахъ не свои личныя воззрѣнія, а воззрѣнія всего народа: они—лишь орудіе того же народнаго духа.

Въ позднѣйшихъ своихъ работахъ Савиньи высказалъ мысли, находящіяся въ противорѣчіи съ приведенными основными положеніями. Онъ призналъ, что возможны иноземныя вліянія на юридическую жизнь народа, и что законодатель можетъ иногда вмѣшиваться въ процессъ развитія права, причемъ это вмѣшательство можетъ имѣть творческій характеръ.

§ **285.** Подробную разработку и окончательное завершеніе теорія исторической школы нашла у *Пухты*.

Пухта еще энергичнѣе, чѣмъ Савиньи, подчеркиваетъ важность обычнаго права, его самостоятельность, независимость отъ законодателя, а также органическій характеръ его происхожденія. Источникомъ юридическихъ нормъ, также какъ и языка, и нравовъ, является народный духъ. Исторія права есть постепенное раскрытіе этого духа, и совершается безъ всякаго участія личности. И подобно тому, какъ форма и ходъ развитія растенія изъ зерна уже напередъ предопредѣлены, и совершаются съ объективной необходимостью, такъ и развитіе права представляетъ такой же процессъ. Право не создается государствомъ, а уже предполагается имъ. Оно исходитъ изъ народнаго духа первоначально въ видѣ обычнаго права, потомъ съ усложненіемъ жизни въ формѣ закона, который формулируетъ нормы, живущія въ сознаніи народа. Наконецъ съ дальнѣйшимъ развитіемъ жизни сознаніе права становится достояніемъ особаго класса юристовъ: они вскрываютъ такія юридическія положенія, которыя *хотя и лежали въ глубинѣ народнаго духа*, но не были ясно высказаны ни общимъ сознаніемъ, ни закономъ. Такимъ образомъ ни обычай, ни законъ, ни научныя положенія не творятъ права: они служатъ средствами распознаванія права, лежащаго въ готовомъ видѣ въ народномъ духѣ.

И Пухта, подобно Савиньи, въ позднѣйшихъ работахъ сталъ допускать иноземныя вліянія и творческую роль законодателя, что, конечно, противорѣчило основнымъ положеніямъ школы. Тѣмъ не менѣе, не смотря на эти уступки вождей школы, правовѣрные ученики упорно настаивали на чистотѣ основныхъ положеній и до послѣдняго времени защищали эти положенія.

§ **286.** А между тѣмъ жизнь давала факты, противорѣчащіе этимъ положеніямъ и заставившіе уже Савиньи и Пухту сдѣлать нѣкоторыя уступки.

И вотъ противъ исторической школы начался рядъ возраженій. Прежде всего выступили юристы гегеліанцы. Основой философіи

Гегеля была идея развитія; Савиньи также училъ, что право непрерывно развивается. Но велика была разница въ пониманіи характера этого развитія: у Савиньи—безмятежное, органическое развитіе, у Гегеля—развитіе путемъ примиренія противоположностей, совершаемое при помощи сознанія и свободы личности. Вотъ почему гегельянецъ *Гансъ* сдѣлалъ Савиньи упрекъ въ игнорированіи роли личности въ историческомъ процессѣ развитія права. Кромѣ того онъ оспаривалъ ученіе о народномъ духѣ, какъ о послѣднемъ источникѣ права: такимъ источникомъ должно признать общій божественный разумъ, а отдѣльные народные духи служатъ лишь частичными моментами его выраженія. Отсюда—возможность вліянія права одного народа на право другого, возможность заимствованій.

Другіе юристы (Унтергольцнеръ, Мюленбрухъ, Кирульфъ) указывали на то, что право возникаетъ не только на почвѣ общаго національнаго сознанія: 1) право существовало раньше чѣмъ образовались націи и 2) международное право нельзя разсматривать, какъ продуктъ національнаго духа. Они же возражали противъ того положенія, что юридическія нормы лежатъ въ готовомъ видѣ въ народномъ духѣ и утверждали, что для возникновенія нормы обычнаго права необходимо фактическое примѣненіе ея. Гарумъ въ своей книгѣ о происхожденіи права доказывалъ, что хотя источникомъ права является господствующая въ народѣ воля, но эта воля образуется изъ взаимодѣйствія индивидуальныхъ воль. Брунсъ ссылался на случаи, когда законодатель вовсе не являлся выразителемъ народнаго духа, а завоевателемъ, издающимъ законы, противорѣчащіе народному правосознанію; очевидно, что основа юридическаго дѣйствія такихъ законовъ—вовсе не народный духъ, а моментъ внѣшній, формальный. Этимъ подрывалось знаменитое положеніе исторической школы, что обычаи и законы представляютъ собою не правотворящіе факторы, а лишь способы распознаванія уже готовыхъ юридическихъ нормъ, лежащихъ въ народномъ духѣ*).

---

*) Одинъ изъ представителей школы—*Безелеръ*, утверждалъ, что въ народномъ духѣ существуетъ право, еще не выразившееся ни въ одной изъ внѣшнихъ формъ, и что даже обычное право можетъ быть ненадежнымъ способомъ распознаванія этого „народнаго права", т. к. можетъ искажать его.—Въ сущности это ученіе исторической школы представляетъ собою смѣшеніе понятій матеріальнаго и формальнаго источника права.

§ **287**. Но наиболѣе сильные удары нанесъ исторической школѣ въ ея чистомъ видѣ знаменитый юристъ прошлаго вѣка *Іеринъ*. Только благодаря его выдающемуся таланту, его блестящей формѣ изложенія, его страстности, онъ могъ сдѣлать то, чего не могли сдѣлать только что названные ученые, а именно—окончательно подорвать кредитъ ортодоксальной исторической школы.

Въ лицѣ Іеринга историзмъ вступаетъ въ новую фазу своего развитія. Іерингъ защищалъ историческое развитіе права, не признавалъ никакого другого права, кромѣ права положительнаго и подчеркивалъ важность мѣстныхъ и временныхъ условій. Здѣсь онъ сходился съ исторической школой. Но разногласія его гораздо существеннѣе. Вмѣсто *органическаго* развитія онъ защищалъ развитіе *телеологическое*, обусловленное постановкой людьми различныхъ цѣлей и сознательной работой къ ихъ достиженію. Вмѣсто развитія *безмятежнаго*, подобно растенію изъ зерна, онъ выставлялъ развитіе путемъ борьбы противоположныхъ интересовъ, борьбы сплошь и рядомъ тяжелой и упорной. Эту мысль онъ блестяще развилъ въ небольшой работѣ, обратившей на себя всеобщее вниманіе и переведенной почти на всѣ языки: „Борьба за право“. Несомнѣнно, говоритъ онъ, что развитіе права происходитъ закономѣрно, подобно развитію языка. Но форма и способъ развитія совершенно различны: человѣческій духъ, безсознательно работающій надъ созданіемъ языка, не встрѣчаетъ никакого ожесточеннаго сопротивленія, между тѣмъ какъ въ области права сталкиваются безконечно-разнообразные человѣческіе цѣли, стремленія и интересы; тутъ приходится вѣчно искать, бороться, добиваться своего. Вотъ почему появленіе какого нибудь правила грамматики, и появленіе юридической нормы—это два принципіально различные процесса, не смотря на то, что оба совершаются закономѣрно: одинъ совершается безболѣзненно, спокойно, незамѣтно, другой—путемъ борьбы и страданій. Это мы замѣчаемъ и въ настоящее время, это же въ еще бо́льшей степени было и въ первобытное время съ его дикостью и грубостью. Кромѣ того теорія исторической школы заключаетъ въ себѣ практическую опасность: если признать, что право развивается само собою, безъ всякаго участія человѣческаго сознанія и воли, то человѣку остается спокойно сидѣть, сложа руки, и не вмѣшиваться въ естественный ходъ событій. Напротивъ, если понимать процессъ развитія права, какъ борьбу, то вѣдь эта борьба ведется во имя идеи права: существующее право разрушается во

имя лучшаго права, права долженствующаго быть. Изъ этой теоріи Іерингъ дѣлаетъ выводъ, что борьба за право есть обязанность каждаго уважающаго себя человѣка: въ правѣ онъ защищаетъ условіе своего нравственнаго существованія, безъ права онъ нисходитъ до степени животнаго.

§ **288**. Противъ положенія исторической школы о національномъ характерѣ права Іерингъ указалъ на тотъ-же фактъ рецепціи, съ которымъ не могла справиться школа. Іерингъ пришелъ къ выводу, что заимствованіе чужаго права—столь же необходимое явленіе, какъ и развитіе собственнаго. Для духовнаго міра имѣетъ силу тотъ же законъ, что и для физическаго: жизнь есть заимствованіе извнѣ и внутреннее усвоеніе (рецепція и ассимиляція). Препятствовать заимствованію и осуждать организмъ на развитіе только изнутри, значитъ убивать его: подобное „развитіе“ начинается только у трупа. Соотвѣтственно съ этимъ и обособленіе народовъ есть смертный грѣхъ, ибо высшій законъ исторіи есть общеніе. Вопросъ о необходимости заимствованій долженъ рѣшаться не въ силу національныхъ соображеній, а на основаніи цѣлесообразности. Никто не будетъ заимствовать того, что хорошо у него самого, но нелѣпо отказываться отъ хины на томъ основаніи, что она выросла не у насъ. При этомъ Іерингъ отмѣчаетъ, что если въ древности развитіе права имѣло мѣстный, національный характеръ, то въ новое время опредѣляющей идеей является идея универсальности.

Свое ученіе о цѣли, какъ о движущей силѣ развитія права, Іерингъ подробно развилъ въ капитальномъ трудѣ „Цѣль въ правѣ“. Тамъ же мы находимъ ту теорію интереса, съ которой мы уже познакомились раньше.—Какъ результатъ основныхъ положеній Іеринга, явилась у него энергичная защита *закона*, какъ формы права высшей, чѣмъ обычное право, болѣе соотвѣтствующей прогрессивнымъ стремленіямъ человѣчества, болѣе отражающей въ себѣ творческую работу въ поискахъ лучшаго права.

Обозрѣвая всю работу Іеринга, мы можемъ видѣть отношеніе его къ естественно-правовой доктринѣ: 1) творческая роль личности, 2) признаніе универсальныхъ началъ, 3) прогрессивныя стремленія (въ противоположность національному консерватизму исторической школы) и 4) преимущество закона передъ обычнымъ правомъ,—все это начала общія и для Іеринга, и для школы естественнаго права. Сюда же надо прибавить великолѣпныя страницы I тома „Духа римскаго права“, гдѣ Іерингъ съ неподражае-

мымъ блескомъ, силой и убѣдительностью доказывалъ, что сущность права есть свобода; что личность есть самоцѣль: что права ея не представляютъ собою милости всемогущаго государства, а принадлежатъ человѣку въ силу того, что онъ есть человѣкъ; что государство не имѣетъ права принудительно осуществлять нравственность, и т. п.—т. е. положенія, подъ которыми обѣими руками подпишется любой представитель идеалистическаго направленія философіи *).

§ **289.** Итакъ Іерингъ исправилъ цѣлый рядъ ошибокъ исторической школы и внесъ въ науку много цѣннаго. Но, несмотря на всю свою полемику съ исторической школой, онъ самъ въ сущности стоялъ на почвѣ „историзма“.

Отмѣтимъ прежде всего одно увлеченіе Іеринга въ борьбѣ съ исторической школой. Онъ сильно подчеркнулъ моментъ борьбы за право, моментъ сознательной дѣятельности людей. Но онъ упустилъ изъ виду, что въ развитіи права участвуетъ и другой факторъ, противоположнаго характера, факторъ объективный. Есть цѣлый рядъ юридическихъ нормъ, которыя сложились незамѣтно, постепенно, безболѣзненно, безъ всякой борьбы. Кромѣ того надо имѣть въ виду формулированный Вундтомъ законъ „гетерогоніи цѣлей“: сплошь и рядомъ результаты человѣческихъ дѣйствій выходятъ за предѣлы тѣхъ цѣлей, ради которыхъ эти дѣйствія были совершены; благодаря этимъ результатамъ возникаютъ новые мотивы, приводящіе опять къ непредвидѣннымъ результатамъ и т. д. Такимъ образомъ многое въ историческомъ процессѣ является совершенно неожиданнымъ и непредвидѣннымъ для дѣятелей, сознательно участвовавшихъ въ томъ процессѣ.

Главный, основной недостатокъ ученій Іеринга есть именно „историзмъ“. Самъ Іерингъ признаетъ, что основнымъ факторомъ прогрессивнаго развитія права является „идея права“, а между тѣмъ эта идея права у него представляетъ всецѣло продуктъ

---

*) Позже, въ III томѣ „Духа римскаго права“ и въ „Цѣли въ правѣ“ Іерингъ кореннымъ образомъ измѣнилъ свои воззрѣнія: вмѣсто личности, въ основу всего онъ положилъ общество, отожествилъ право съ силой, съ интересомъ, поглотилъ личность въ государствѣ и т. п. —Впрочемъ, въ этихъ книгахъ у него попадаются мѣста съ противоположнымъ характеромъ. Вообще Іерингъ былъ кипучей, страстной натурой, вѣчно ищущей истину; а отсутствіе философской подготовки обусловило бросаніе его отъ одной крайности въ другую и массу противорѣчій. Не смотря на все это, работы Іеринга заключаютъ въ себѣ массу цѣннаго.

исторіи. Здѣсь очевидное противорѣчіе, упорно незамѣчаемое учеными, стоящими на почвѣ позитивизма. Намъ уже приходилось напоминать старую истину, что для того, чтобы оцѣнивать факты, надо подняться надъ ними, надо обладать критеріемъ, независимымъ отъ нихъ. Изъ условнаго, измѣнчиваго, текучаго, мы никогда не можемъ вывести абсолютнаго, имѣющаго постоянную цѣнность. Выводить идею права изъ борьбы темныхъ и эгоистическихъ силъ, выводить высшее изъ низшаго, это значитъ искажать жизнь въ угоду предвзятой точкѣ зрѣнія.

§ **290**. Въ результатѣ необходимо прійти къ выводу, что каждая изъ теорій развитія права заключаетъ въ себѣ часть истины. Необходимъ синтезъ этихъ теорій. И этотъ синтезъ возможенъ только на почвѣ естественнаго права.

Мы уже видѣли, что важнѣйшіе представители естественно-правовой доктрины, утверждая абсолютность, вѣчность и неизмѣнность основныхъ началъ, не только не отрицали принципіально историческихъ, мѣстныхъ и временныхъ условій, въ которыхъ эти начала должны реализоваться, но иногда прямо ихъ признавали. Но такъ какъ эти вопросы ихъ не интересовали, то они обратили все свое вниманіе на раціонально-этическій элементъ въ правѣ, дойдя въ лицѣ нѣкоторыхъ представителей до крайностей въ этомъ отношеніи.

Въ свою очередь историческая школа поставила на очередь вопросъ, на который раньше не обращали вниманія, вопросъ о происхожденіи и развитіи права, и центръ тяжести перенесла на положительное право. Не смотря на всю полемику ея съ школой естественнаго права (а на самомъ дѣлѣ съ искаженіями основныхъ положеній школы), она въ сущности представляла собою восполненіе содержанія послѣдней нѣсколькими новыми положеніями (идея историческаго развитія права, важность условій мѣста и времени, важность положительнаго права, внѣ котораго нельзя говорить о правѣ).

Наконецъ то направленіе, представителемъ котораго былъ Іерингъ, исправило рядъ односторонностей исторической школы и еще больше сблизило добытые наукой результаты съ положеніями школы естественнаго права. Остается признать абсолютную идею права и ея основныя опредѣленія, и мы станемъ на правильный путь. Мы скажемъ: основныя начала естественнаго права реализуются въ видѣ положительнаго права въ каждой данной исторической средѣ сообразно условіямъ мѣста и времени посред-

ствомъ сознательной дѣятельности людей съ одной стороны и объективныхъ данныхъ этой среды съ другой. *Такимъ образомъ въ эволюціи права участвуютъ три начала: 1) абсолютная идея права, 2) данная реальная среда съ ея условіями и 3) свободная дѣятельность личности.*

§ **291.** Право есть и результатъ исторіи культуры, и факторъ ея. Если бы развитіе права всецѣло обусловливалось данной реальной средой, то это развитіе носило бы характеръ необходимости, и право не могло бы имѣть собственной созидающей силы, не могло бы быть факторомъ культуры. Тогда бы ортодоксальная историческая школа была совершенно права. Но такъ какъ въ эволюціи права участвуетъ личность съ ея свободой и разумомъ, то этимъ самымъ въ чисто-объективныя данныя реальной среды, въ необходимый ходъ событій, вносится творческій факторъ, могущій свободно вліять на эти событія. Почему личность можетъ быть такимъ творческимъ факторомъ? Только потому, что она носитъ въ своемъ духѣ сознаніе высшихъ абсолютныхъ началъ и между прочимъ— началъ естественнаго права. Она можетъ поставить эти начала въ связь съ другими абсолютными цѣнностями и работать, руководствуясь этими высшими указаніями. Она можетъ пренебречь этими указаніями, или не сознавать ихъ; тогда сама она вплетается въ необходимый ходъ событій *и теряетъ значеніе самостоятельнаго фактора, посредника между идеальными началами міроваго этическаго порядка, руководимаго Провидѣніемъ, и темными, слѣпыми силами, образующими порядокъ необходимости.*

Если мы будемъ наблюдать историческую эволюцію права, то замѣтимъ въ ней двѣ опредѣленныя тенденціи, которыя, употребляя термины Спенсера, можно назвать 1) тенденціей къ интеграціи и 2) тенденціей къ дифференціаціи. Съ одной стороны мы видимъ все бо̀льшее и бо́льшее развитіе универсальныхъ началъ въ правѣ, все бо̀льшее и большее объединеніе права не только въ предѣлахъ одного государства, но и въ предѣлахъ всего человѣчества, видимъ развитіе солидарности, предчувствіе идеала всеобщаго братства. Съ другой стороны не менѣе ясно все большее и большее развитіе индивидуальности, развитіе мѣстныхъ особенностей, стремленіе обезпечить это развитіе. Обѣ эти тенденціи обусловлены глубочайшими причинами, онѣ другъ друга взаимно дополняютъ и не могутъ быть сведены одна къ другой.

§ **292.** Въ предыдущемъ параграфѣ мы сказали, что право есть факторъ культуры. Такую роль въ историческомъ процессѣ оно

можетъ играть благодаря своимъ чрезвычайно цѣннымъ *соціальнымъ функціямъ*. Всѣ эти функціи могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ: *соединительной* и *раздѣлительной*. Съ одной стороны право соединяетъ людей въ крѣпкія соціальныя единицы, эти единицы въ образованія высшаго порядка и, наконецъ, отдаленнымъ идеаломъ является организація всего человѣчества въ одно цѣлое („и будетъ едино стадо и единъ Пастырь"). Создается такимъ образомъ прочная основа для культурной работы, для развитія личности, слабыя силы отдѣльныхъ людей соединяются для достиженія культурныхъ цѣлей, для защиты отъ всевозможныхъ вредныхъ силъ. — Съ другой стороны право раздѣляетъ сферы свободы какъ отдѣльныхъ личностей, такъ и отдѣльныхъ общеній, обезпечиваетъ свободное развитіе жизни въ предѣлахъ этихъ сферъ, не позволяетъ превращать личность въ средство для постороннихъ ея цѣлей.

Къ этимъ функціямъ можно прибавить третью—*воспитательную*, какъ результатъ первыхъ двухъ: право развиваетъ солидарность, уваженіе къ личности и сдерживаетъ проявленія низшей природы человѣка.

Если теперь мы поставимъ вопросъ: благодаря чему право можетъ выполнять эти функціи? то должны будемъ отвѣтить: *благодаря своей формѣ*, т. е. благодаря своей точности, ясности, твердости, непоколебимости и безусловной авторитетности. Иначе: благодаря тому, что извѣстное содержаніе, представляющее собою развитіе началъ естественнаго права, облекается въ изученную уже нами форму юридическихъ нормъ и такимъ образомъ становится положительнымъ правомъ.

§ 293. Послѣ только что сказаннаго мы поймемъ необходимость восполненія ученій школы естественнаго права теоріей положительнаго права. Мы поймемъ и большую ошибку исторической школы, которая, обративъ все свое вниманіе на положительное право, не поняла такого важнаго фактора въ процессѣ образованія права, какъ воплощеніе того или иного „народнаго убѣжденія" въ форму юридической нормы. Какъ мы видѣли, историческая школа считала обычаи и законы только способами, при помощи которыхъ можно распознавать право, лежащее въ готовомъ видѣ въ глубинѣ народнаго духа.

А между тѣмъ, пока извѣстное убѣжденіе (субъективное правосознаніе), хотя бы и раздѣляемое подавляющимъ большинствомъ, не воплотилось въ форму юридическихъ нормъ (въ одну изъ формъ

права, до тѣхъ поръ не можетъ быть и рѣчи о правѣ. И это потому, что здѣсь нѣтъ той авторитетной непререкаемости, безусловной обязательности, опредѣленности и точности („положительности"), благодаря которымъ право можетъ выполнять свои указанныя выше соціальныя функціи.

Ясное дѣло, что обычаи, законы и другія формы права представляютъ собою не способы распознаванія уже готоваго права, *а одинъ изъ необходимыхъ факторовъ образованія права, одинъ изъ его источниковъ.*

§ **294.** Терминъ „источники права" до сихъ поръ еще понимается различно, и по поводу его ведутся споры Между тѣмъ всѣ споры основаны на недоразумѣніи: нѣтъ ничего проще устранить эти недоразумѣнія и согласиться на счетъ общаго пониманія термина, которымъ столь часто пользуется наука.

Источники права—это факторы творящіе право. Въ сущности почти всѣ ученые такъ и понимаютъ этотъ терминъ: разногласія начинаются только при рѣшеніи вопроса, что должно считаться правотворящими факторами; одни говорятъ, что это—объективныя условія данной среды, другіе,—что это высшій этическій законъ, третьи,—что это психическія переживанія личности, четвертые,—что это тѣ формы (обычай, законъ и т. д.), въ которыя облекается высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ извѣстное содержаніе. И всѣ эти ученые утверждаютъ истину: каждое изъ указанныхъ ими началъ представляетъ собою одинъ изъ источниковъ права, каждое есть одинъ изъ правотворящихъ факторовъ. *)

§ **295.** Основнымъ источникомъ права, основнымъ правотворящимъ факторомъ должна быть признана абсолютная идея права съ ея опредѣленіями (естественное право). Все содержаніе положительнаго права представляетъ собою главнымъ образомъ развитіе началъ естественнаго права; съ другой стороны безусловная обязательность положительнаго права также въ концѣ концовъ коренится въ естественномъ правѣ.

---

*) Отъ источниковъ права въ этомъ смыслѣ слова надо различать источники права въ смыслѣ тѣхъ средствъ, при помощи которыхъ мы знакомимся съ существующимъ или существовавшимъ въ данномъ общежитіи правомъ, напр., разсказы путешественниковъ, беллетристика, сочиненія ученыхъ изслѣдователей, сборники обычнаго права, вещественные памятники и т. д. Сюда же относятся и тексты соотвѣтствующихъ законовъ; поэтому законы могутъ быть названы источниками права въ двухъ различныхъ смыслахъ.

Но естественное право должно реализоваться въ опредѣленной соціальной средѣ въ видѣ положительнаго права. Какіе факторы участвуютъ въ процессѣ реализаціи? Иначе: какіе факторы мы должны признать непосредственными источниками права?

Всѣ эти факторы можно раздѣлить на двѣ основныя группы. Въ первую группу мы помѣщаемъ факторы, творящіе *содержаніе* права (матеріальные источники), а во вторую—факторы, сообщающіе этому содержанію безусловно—обязательный характеръ, облекающіе содержаніе въ форму юридическихъ нормъ (формальные источники).

§ **296**. Первая группа (матеріальные источники) въ свою очередь имѣетъ два подраздѣленія.

1) *Факторы объективные*. Это—данная соціальная среда со всѣми ея мѣстными и временными условіями. Тутъ мы имѣемъ географическое положеніе страны, ея естественныя богатства, климатъ, почва и т. д.; характеръ народа, расовыя особенности, его историческія традиціи; религія, экономика; общія свойства человѣческой природы; окружающія государства и т. д., и т. д. Всѣ эти условія опредѣляютъ собою отношенія между членами данной соціальной среды, всѣ они вліяютъ на жизнь этой среды, имѣютъ свою „природу вещей“.

2) *Факторъ субъективный*. Это—человѣческое сознаніе, для котораго всѣ объективные факторы доставляютъ матеріалъ. Этотъ матеріалъ преломляется въ психикѣ человѣка, пробуждаетъ въ ней различныя дремлющія потенціи, вліяетъ на появленіе и развитіе правового чувства. На первыхъ ступеняхъ культуры человѣческое сознаніе всецѣло подчиняется этому матеріалу, но съ дальнѣйшимъ ходомъ исторіи оно все болѣе и болѣе овладѣваетъ имъ. Субъективное правосознаніе вскрываетъ „природу вещей“ различныхъ отношеній и диктуетъ соотвѣтственныя юридическія нормы.

Въ сущности всѣ объективные факторы и сама абсолютная идея права, вліяютъ на содержаніе юридическихъ нормъ только проходя черезъ субъективное правосознаніе. Поэтому *непосредственнымъ матеріальнымъ источникомъ права является субъективное правосознаніе*.

§ **297**. Но права еще нѣтъ. Есть содержаніе желательной юридической нормы, есть убѣжденіе въ ея необходимости, есть стремленіе дѣйствовать подъ вліяніемъ соотвѣтствующаго субъективнаго правосознанія,—и тѣмъ не менѣе эти убѣжденія не имѣютъ ни для кого обязательнаго характера, а противъ стремленій къ

дѣйствію могутъ быть противоположныя стремленія. Право есть порядокъ обязательный; понятіе *права* самымъ тѣснымъ образомъ связано съ понятіемъ *власти*. Поэтому для бытія права безусловно необходимо, чтобы соотвѣтствующее субъективное правосознаніе объективировалось въ одну изъ формъ права и превратилось въ юридическую норму, санкціонированную высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ. *) Такимъ образомъ *формальные источники права* могутъ быть опредѣлены такъ: *это формы, въ которыхъ объективируется субъективное правосознаніе и которыя сообщаютъ ему безусловно—обязательный характеръ* (см. § 302).

Отсюда понятна вся важность этого правотворящаго фактора; (многіе ученые ему одному только и присваиваютъ терминъ „источники права“). Отсюда понятна необходимость самаго тщательнаго изученія его.

Этому изученію и посвящены двѣ слѣдующія части настоящаго курса.

---

*) Когда мы рѣшаемъ вопросъ: какъ появилась, откуда произошла данная юридическая норма? мы въ сущности рѣшаемъ два вопроса: 1) откуда взять матеріалъ для ея содержанія и 2) откуда происходитъ ея безусловно—обязательный характеръ.

ЧАСТЬ II.

Теорія положительнаго права.

А) Объективная сторона права.

ГЛАВА I.

Предварительныя понятія.

§ 298. Въ результатѣ первой части нашего курса мы пришли къ положенію, что о правѣ можетъ идти рѣчь только тогда, когда субъективное правосознаніе, личныя психическія правовыя переживанія, объективировались въ одной изъ формъ права, сообщающихъ интеллектуальному содержанію этого правосознанія безусловно-обязательной характеръ. Такимъ образомъ изъ правовыхъ воззрѣній отдѣльныхъ лицъ возникаетъ юридическая норма, существующая уже независимо отъ личнаго отношенія къ ней того, или другого члена даннаго общежитія. Эта норма опредѣляетъ собою поведеніе людей, какъ начало *объективное*, т. е. какъ нѣчто такое, что мы находимъ внѣ насъ, внѣ нашего субъективнаго правосознанія, чему мы обязаны повиноваться, хотя бы оно и не соотвѣтствовало этому правосознанію. Юридическая норма существуетъ вполнѣ реально, объективно: вѣдь реально далеко не все то, что можно воспринимать внѣшними чувствами. Существованіе ея относится къ порядку духовному, а не физическому, хотя на этотъ послѣдній порядокъ она оказываетъ самое могучее вліяніе.

Еще разъ настоятельно повторяемъ: только съ появленіемъ юридическихъ нормъ (въ той или другой формѣ) можно говорить о правѣ, какъ о самостоятельномъ порядкѣ соціальной жизни. Личныя правовыя переживанія (субъективное правосознаніе) никоимъ образомъ не могутъ быть названы правомъ; это только матеріалъ для образованія права. И понятно почему: здѣсь нѣтъ юридическихъ нормъ, существующихъ объективно, для всѣхъ обязательныхъ.

Отсюда понятна вся важность изученія того фактора, который переводитъ извѣстное содержаніе изъ области личныхъ мнѣній, желаній, стремленій, научныхъ воззрѣній, въ область права, какъ

реальной силы, опредѣляющей жизнь общества. Этимъ факторомъ являются *формы* права („формальные источники“ права): обычаи, законы, указы, автономическіе статуты, судебная практика, договоры и др.

§ **299**. Для избѣжанія недоразумѣнія здѣсь необходимо сдѣлать нѣсколько замѣчаній. Какъ извѣстно, юридическая норма, облеченная, напр., въ форму закона, появляется въ результатѣ опредѣленнаго акта государственной власти и закрѣпляется въ опредѣленномъ документѣ. Въ обыденномъ представленіи сливаются въ одно цѣлое 1) самый законъ, 2) актъ, „создавшій“ его и 3) документъ, закрѣпившій его. На самомъ дѣлѣ законъ, какъ юридическая норма, есть нѣчто отличное отъ остальныхъ двухъ моментовъ. Если законодатель въ опредѣленный день формулируетъ извѣстную юридическую норму и объявитъ о ея безусловной обязательности, то здѣсь мы имѣемъ „нормативный фактъ“ (Петражицкій) *), моментъ, съ котораго начинаетъ свое бытіе юридическая норма, какъ нѣчто длящееся, существующее постоянно (и существующее притомъ въ психикѣ людей).

Но такъ какъ законъ и не существовалъ бы безъ этого нормативнаго факта и безъ закрѣпленія въ соотвѣтствующемъ документѣ, то естественно, что всѣ три момента сливаются въ одно лѣлое.

§ **300**. Терминъ „*положительное* право“ можетъ внушить мысль, что существуетъ еще какое-то другое право. Многіе противополагаютъ ему понятіе „естественное право“, а проф. Петражицкій—понятіе „интуитивное право“.

Что касается противоположенія положительнаго и естественнаго права (т. е. признанія дуализма права), то объ этомъ достаточно было сказано въ своемъ мѣстѣ. По поводу же противоположенія проф. Петражицкаго надо сказать, что по скольку его „интуитивное право“ соотвѣтствуетъ общепринятому термину „субъ-

*) Напрасно только нашъ уважаемый коллега утверждаетъ, что наука смѣшиваетъ „законодательныя постановленія съ нормами“, „нормативные факты съ нормами“. Юристы различаютъ актъ созданія закона отъ самаго закона. Они только никогда не согласятся видѣть въ юридической нормѣ „эмоціональную фантазму“. Нельзя согласиться и съ тѣмъ, что въ „позитивно-правовыхъ“ психическихъ переживаніяхъ имѣются ссылки на *нормативные факты*; въ этихъ переживаніяхъ (въ отличіе отъ субъективнаго правосознанія) имѣются ссылки на юридическія нормы, а не нормативные факты: я не курю въ корридорѣ университета, потому что существуетъ норма, воспрещающая это дѣлать, а не потому, что тогда-то такой-то ректоръ подписалъ соотвѣтствующій актъ.

ективное правосознаніе", это противоположеніе совершенно правильно. Но только надо остерегаться называть это субъективное правосознаніе *правомъ*: у насъ тогда получится дуализмъ, пожалуй худшій, чѣмъ дуализмъ положительнаго и естественнаго права.

Итакъ положительное право противополагается понятію субъективнаго правосознанія. Положительное право можетъ быть опредѣлено, какъ совокупность юридическихъ нормъ, дѣйствующихъ въ данномъ общежитіи.

Изъ только что сказаннаго ясно отношеніе между терминами „положительное право" и формы („формальные источники") права: положительное право даннаго общежитія составляется изъ дѣйствующихъ въ этомъ общежитіи формъ („формальныхъ источниковъ") права; юридическія нормы, выразившіяся въ обычномъ правѣ, въ законахъ, въ указахъ, въ судебной практикѣ и т. д.,— всѣ въ совокупности представляютъ собою положительное право, *правопорядокъ*, даннаго общежитія.

Наконецъ, положительное право имѣетъ двѣ стороны: объективную и субъективную. Мы различаемъ *право въ объективномъ смыслѣ*, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ внѣшнюю свободу, и *право въ субъективномъ смыслѣ*, какъ ту сферу внѣшней свободы, или власти, которая предоставлена субъекту юридической нормой. *)

§ **301.** Въ наукѣ до сихъ поръ споренъ вопросъ о пріоритетѣ только что названныхъ сторонъ положительнаго права.— Одни ученые, ссылаясь на то, что каждое отдѣльное субъективное право (напр., мое право на принадлежащій мнѣ домъ) основывается на соотвѣтствующей юридической нормѣ, изъ нея вытекаетъ, утверждаютъ, что объективная сторона права и логически, и исторически предшествуетъ субъективной.

Другіе, наоборотъ, находятъ, что основное понятіе есть субъективное право, и приводятъ слѣдующіе аргументы въ доказа-

*) Вотъ почему нельзя утверждать, какъ дѣлаетъ одинъ изъ нашихъ ученыхъ, „что объективное право и соотвѣтствующій правопорядокъ" могутъ быть различны, что возможно „несоотвѣтствіе между объективнымъ правомъ и правопорядкомъ". Такого несоотвѣтствія быть не можетъ, потому что объективное право (лучше: объективная сторона права, или право въ объективномъ смыслѣ) есть, какъ мы видѣли, одна изъ сторонъ правопорядка (положительнаго права). Несоотвѣтствіе можетъ быть между одной изъ формъ права и правопорядкомъ: напр., законъ предписываетъ одно, а судебная практика поступаетъ иначе.

тельство своего мнѣнія. Объективное право есть система юридическихъ нормъ; но вѣдь норма есть обобщеніе массы однородныхъ случаевъ, абстракція. Для созданія такихъ обобщеній требуется сравнительно высокая степень развитія, а этого развитія не можетъ быть на первыхъ ступеняхъ культуры: только постепенно, изъ массы частныхъ случаевъ образуется общая норма. Такимъ образомъ первоначально каждое право было проявленіемъ личнаго правового чувства; „Зародышъ права—субъективная воля индивида, власть и сила личности были творцами и оплотомъ ранняго права“ (Іерингъ).—Къ этому прибавляютъ указаніе на то, что самодѣльность личности и уваженіе къ ея свободѣ есть источникъ всякаго права, а посему субъективное право есть основное понятіе, а объективное—производное.

Повидимому весь споръ основанъ на недоразумѣніи. Обѣ стороны правы, въ своихъ утвержденіяхъ, и тѣмъ не менѣе изъ этихъ утвержденій нельзя дѣлать вывода о пріоритетѣ субъективнаго или объективнаго права: вѣдь это двѣ стороны одного и того же предмета. Въ кругѣ одновременно даны и замкнутая кривая, и ограниченная этой кривой площадь, и въ понятіи положительнаго права одновременно даны обѣ его стороны: онѣ другъ друга взаимно обусловливаютъ, одна безъ другой невозможны.—Дѣйствительно на первыхъ ступеняхъ культуры нормы возникали въ результатѣ массы однородныхъ частныхъ случаевъ, въ результатѣ проявленія субъективнаго правосознанія. Но пока не возникла норма, нѣтъ еще и права; съ появленіемъ же ея мы сразу имѣемъ и объективную, и субъективную стороны права, и норму, и вытекающія изъ нея субъективныя права.

§ **302**. Мы видѣли, что всѣ *матеріальные источники* права можно свести въ концѣ концовъ къ одному, а именно къ субъективному правосознанію. Мы знаемъ, что *метафизическій источникъ* права тоже одинъ, а именно—абсолютная идея права и ея основныя опредѣленія (естественное право). Возникаетъ вопросъ: нельзя-ли свести и всѣ *формальные источники* также къ одному?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ дается утвердительный: *основнымъ формальнымъ источникомъ права надо признать тотъ высшій авторитетъ даннаго общежитія, который санкціонируетъ всѣ юридическія нормы.* Юридическая основа дѣйствія данной системы права заключается въ санкціи этого высшаго авторитета (въ государствѣ такимъ авторитетомъ является верховная власть).

Но только изъ этого вовсе нельзя дѣлать заключенія, что всѣ *формы права* можно свести къ одной, какъ это дѣлали многіе ученые, утверждавшіе, что такой основной формой является или обычное право, или законъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы увидимъ, что отдѣльныя формы права имѣютъ самостоятельный характеръ, и что хотя въ настоящее время въ государствѣ важнѣйшей формой, въ которую облекаются юридическія нормы, является законъ, но и другія формы права существуютъ рядомъ съ нимъ и независимо отъ него, не смотря на свой субсидіарный характеръ.

Итакъ высшій авторитетъ, высшая власть даннаго общежитія, будучи основнымъ формальнымъ источникомъ права, проявляетъ себя въ цѣломъ рядѣ формъ права.*)

Хорошимъ примѣромъ, могущимъ иллюстрировать изложенное ученіе о юридической основѣ дѣйствія права и о различіи матеріальнаго и формальнаго источника права, могутъ служить факты заимствованія цѣлыхъ иностранныхъ кодексовъ. Напр., у насъ въ Царствѣ Польскомъ дѣйствуетъ знаменитый гражданскій кодексъ Наполеона, а не X т. Свода Зак.—Но юристъ сдѣлалъ бы ошибку, если бы сказалъ, что въ Варшавѣ дѣйствуетъ французское гражданское право: юридической основой дѣйствія кодекса Наполеона является воля русскаго законодателя, выразившаяся въ опредѣленномъ законодательномъ актѣ, а слѣдовательно здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ французскимъ, а съ русскимъ мѣстнымъ правомъ, хотя матеріальнымъ источникомъ и явилось французское право (ср. примѣчаніе на стр. 239).

---

*)Многими учеными выражалось желаніе установить болѣе точную терминологію въ интересующемъ насъ вопросѣ и назвать законы, обычаи, указы и т. д. не источниками права, а формами права. *Мы всецѣло присоединяемся къ мнѣнію этихъ ученыхъ и думаемъ, что терминъ „формальный источникъ права“ слѣдуетъ употреблять въ значеніи высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія, а отдѣльныя проявленія этого авторитета въ видѣ закона, указа, судебной практики, и т. д. назвать „формами права“*. Хотя различеніе понятій „матеріальный“ и „формальный источники права“ вноситъ ясность въ вопросъ и улучшаетъ терминологію (вѣдь многіе ученые употребляютъ терминъ „источники права“ исключительно лишь по отношенію къ формамъ права) но въ виду изложеннаго въ текстѣ настоящаго параграфа казалось бы, что еще бо̀льшая ясность и точность терминологіи была бы достигнута различіемъ понятій „формальный источникъ права“ и „формы права“. Что касается термина „формы права“, то онъ соотвѣтствуетъ самому существу явленія: законъ, обычай, указъ и т. д.—все это различныя *формы, въ которыя облекаются юридическія нормы.*

§ **303**. Мы нашли, что матеріальнымъ источникомъ права является въ концѣ концовъ субъективное правосознаніе. Далѣе, мы видѣли, что субъективное правосознаніе представляетъ собою и матеріальную основу дѣйствія положительнаго права (ср. § 362). Представимъ себѣ, что издается законъ, рѣзко противорѣчащій субъективному правосознанію всего населенія, всѣхъ членовъ даннаго общежитія: такой законъ останется мертвой буквой, его никто не станетъ исполнять.—Наконецъ само положительное право сплошь и рядомъ отсылаетъ къ субъективному правосознанію: рѣшенія третейскихъ судовъ, опредѣленіе уголовнымъ судомъ размѣра наказанія, нѣкоторыя отношенія государственной службы (напр. дисциплинарныя наказанія), случаи, когда гражданскій судья имѣетъ право разсрочить присужденіе взысканія, и т. д.

Если мы ко всему этому добавимъ, что изъ основныхъ началъ естественнаго права можно дѣлать строго-логическіе выводы и находить такимъ путемъ отвѣты на вопросы правовой жизни, наконецъ, что въ „природѣ вещей“ находятся указанія на юридическую нормировку соотвѣтствующихъ отношеній, что все это совершается путемъ того-же субъективнаго правосознанія,—то мы естественно придемъ къ вопросу: *не есть ли субъективное правосознаніе настоящее право, а въ такомъ случаѣ не является ли положительное право не только излишнимъ, но даже и вреднымъ?*

Субъективное правосознаніе можетъ приспособиться ко всѣмъ оттѣнкамъ каждаго даннаго случая жизни, оно способно оцѣнивать самую сущность этого случая, оно, наконецъ, даетъ немедленные отвѣты на всѣ вновь возникающіе вопросы жизни. Между тѣмъ какъ положительное право, представляя собою рядъ обобщеній, сплошь и рядомъ оказывается даже несправедливымъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ; оно страдаетъ извѣстной жесткостью, формализмомъ, заставляющимъ нерѣдко отдавать предпочтеніе внѣшности въ ущербъ внутренней правдѣ; наконецъ, оно нерѣдко задерживаетъ развитіе жизни: его твердыя, окаменѣлыя нормы могутъ не соотвѣтствовать новымъ условіямъ.

Ко всему этому анархисты прибавляютъ рѣзкую критику того средства, при помощи котораго власть охраняетъ ненарушимость правопорядка,—физическаго принужденія, силы. Выходитъ такъ, что положительному праву подчиняются не потому, что оно соотвѣтствуетъ субъективному правосознанію, а потому, что оно санкціонировано внѣшнимъ авторитетомъ, могущимъ примѣнять силу.

Наконецъ исторія, и даже современная, даже самыхъ культурныхъ государствъ, даетъ примѣры юридическихъ нормъ, самымъ рѣзкимъ образомъ противорѣчащихъ и справедливости, и совѣсти.

Изъ всего сказаннаго ясно, что поставленный *вопросъ объ оправданіи положительнаго права*, есть вопросъ чрезвычайно важный и теоретически, и практически: юристъ только тогда можетъ со спокойной совѣстью заниматься своимъ дѣломъ, когда рѣшитъ этотъ вопросъ утвердительно на основаніи твердыхъ данныхъ науки.

§ **304.** При изложеніи проблемы естественнаго права было указано, что положительное право есть *необходимая* реализація началъ естественнаго права въ данной соціальной средѣ. Этимъ самымъ, какъ мы видѣли, положительное право получаетъ свое высшее этическое освященіе.

Но такой ссылки еще недостаточно. Вопросъ ставится такъ: не должна ли реализація началъ естественнаго права совершаться только путемъ субъективнаго правосознанія, которое обладаетъ указанными выше преимуществами передъ положительнымъ правомъ? Другими словами: надо ли уничтожить положительное право, и на будущее время обходиться совсѣмъ безъ юридическихъ нормъ, рѣшая каждый случай жизни ad hoc на основаніи субъективнаго правосознанія?

При такой отчетливой постановкѣ вопроса отвѣтъ не представляетъ затрудненій. Если бы даже случилось невозможное, а именно—были бы стерты съ лица земли всѣ юридическія нормы и люди рѣшили, что впредь не будетъ никакого положительнаго права, оно бы все таки появилось спустя болѣе или менѣе продолжительный періодъ времени. Какимъ образомъ? Да такимъ же, какимъ возникло существующее право (но только гораздо скорѣе) къ силу законовъ человѣческой природы и соціальной жизни. Постепенно, путемъ многократныхъ повтореній, ряды аналогичныхъ отношеній стали бы регулироваться одинаковымъ образомъ, выработались бы извѣстные шаблоны, договоры стали бы заключаться по опредѣленнымъ типамъ, субъективныя воззрѣнія на цѣлый рядъ слѣдствій изъ общихъ началъ естественнаго права стали бы объективироваться въ видѣ общихъ мнѣній, поведеніе, идущее въ разрѣзъ съ этими общими мнѣніями, начало бы возбуждать опредѣленныя реакціи и т. д., и т. д. Получилось бы обычное право, а затѣмъ—очень скоро и законы. Ubi societas, ibi

jus. Ни одно общежитіе (а тѣмъ болѣе общежитіе сложное, подобно современнымъ) не можетъ существовать безъ *нормъ, регулирующихъ внѣшній распорядокъ его жизни*, безъ извѣстной организаціи, опять таки неизбѣжно выражающейся въ опредѣленныхъ нормахъ*).

§ 305. Раньше уже было отмѣчено, какое разногласіе получается, стоитъ только начать дѣлать выводы изъ общихъ принциповъ естественнаго права, ясныхъ и понятныхъ каждому. Всѣ и каждый признаютъ, что нельзя нарушать чужого права самовольно; но попробуйте опредѣлить границы этого чужого права, въ особенности если эти границы налагаютъ на насъ извѣстныя стѣсненія, и вы увидите, какія самыя противорѣчивыя толкованія получатся у разныхъ лицъ, смотря по степени развитія, по возрасту, по темпераменту, по культурности. Вѣдь находятъ же наши современные дикари (хотя бы по внѣшности принадлежащіе къ культурному человѣчеству) вполнѣ нормальнымъ пѣть, играть, танцовать и т. п. поздно ночью у себя въ квартирѣ, зная, что въ сосѣднихъ квартирахъ живутъ люди.

Еще больше разногласій получится при установленіи дополнительныхъ нормъ въ развитіе и обезпеченіе тѣхъ или иныхъ выводовъ изъ началъ естественнаго права. Природа вещей заключаетъ въ себѣ указанія на юридическую нормировку опредѣленныхъ отношеній; но какъ различно можетъ быть понимаема эта природа!**) Кромѣ того сплошь и рядомъ возможно нѣсколько различныхъ способовъ достиженія одной и той же соціальной цѣли, и такимъ образомъ опять получается самая благодарная почва для разногласій.

А между тѣмъ жизнь требуетъ точныхъ и опредѣленныхъ нормъ, съ которыми всѣ и каждый могли бы согласовать свое поведеніе и расчитывать на опредѣленные результаты. Трудно себѣ представить всю безотрадность картины жизни, гдѣ бы все было случайно, все опредѣлялось бы субъективнымъ правосознаніемъ съ его необходимой измѣнчивостью и безконечнымъ разнообразіемъ.

Все это создаетъ безусловную необходимость высшаго внѣшняго авторитета, который формулировалъ бы точно и для всѣхъ непререкаемо юридическія нормы. Весь вопросъ сводится къ обезпече-

---

*) Подробнѣе вопросъ излагается въ ученіи объ оправданіи государства.

**) Вѣдь есть люди, самымъ искреннимъ образомъ убѣжденные, что по природѣ вещей принадлежащее частному лицу богатство есть общественное достояніе.

нію наилучшаго качества работы этого авторитета, а не къ его упраздненію.

§ **306**. Такимъ образомъ мы получаемъ рядъ весьма цѣнныхъ сторонъ положительнаго права сравнительно съ субъективнымъ правосознаніемъ:

1) *Общность*. Въ то время какъ субъективное правосознаніе по самому существу своему есть *личное* психическое переживаніе, нормы положительнаго права всѣмъ извѣстны и для всѣхъ обязательны.

2) *Опредѣленность*. Вмѣсто неясныхъ, разнообразныхъ и измѣняющихся субъективныхъ воззрѣній, положительное право представляетъ точныя и отчетливыя формулировки, съ которыми каждый можетъ ознакомиться и расчитывать свои дѣйствія.

3) *Устойчивость*. Положительное право измѣняется несравненно медленнѣе субъективнаго правосознанія и притомъ измѣняется способами для всѣхъ извѣстными. Очевидно, что оно гораздо пригоднѣе для регулированія длящихся, прочныхъ соціальныхъ отношеній.

4) *Богатство содержанія*. Положительное право есть продуктъ культуры, результатъ продолжительнаго опыта нерѣдко многихъ поколѣній. Въ цѣломъ—оно представляетъ собою такое богатство содержанія, которое совершенно немыслимо для субъективнаго правосознанія. Отдѣльная личность, даже наиболѣе богато-одаренная, никогда не можетъ выработать полной системы юридическихъ нормъ, охватывающей всю соціальную жизнь, а сплошь и рядомъ ей приходилось бы тратить силы на открытіе того, что давно уже открыто.

5) Наконецъ чрезвычайно цѣнной стороной положительнаго права является *сведеніе къ возможному минимуму случаевъ употребленія насилія*, физическаго принужденія. Несомнѣнно, что безъ примѣненія физической силы нельзя обойтись въ общежитіи, но несомнѣнно и то, что эта сила есть средство чрезвычайно опасное, что прогрессъ долженъ заключаться въ уменьшеніи случаевъ пользованія такимъ грубымъ средствомъ (идеалъ: полное отсутствіе его). И вотъ единственной почвой, на которой только и возможно обезвреженіе примѣненія силы, постепенное приближеніе къ идеалу, надо признать положительное право, точно и опредѣленно регламентирующее случаи примѣненія силы и обставляющее эти случаи надежными гарантіями. При господствѣ же субъективнаго правосознанія получается порядокъ, при которомъ

каждый ежеминутно можетъ опасаться испытать на себѣ проявленія убѣжденій перваго встрѣчнаго о необходимости примѣнить силу.

Итакъ мы приходимъ къ выводу, что цѣнныя стороны положительнаго права съ избыткомъ перевѣшиваютъ его неизбѣжные недостатки. Если геніальный человѣкъ можетъ обходиться безъ положительнаго права и вполнѣ довѣрять своему субъективному правосознанію, то для менѣе одаренныхъ, не говоря уже о массѣ, разрывъ съ положительнымъ правомъ былъ бы аналогиченъ разрыву съ культурой *). Отсюда—уваженіе къ праву, сильно развитое чувство законности представляютъ собою чрезвычайно цѣнныя культурныя блага. Стоитъ только сравнить страну, гдѣ уваженіе къ праву вошло въ плоть и кровь населенія, со страной, гдѣ каждый считаетъ нормальнымъ свое субъективное правосознаніе ставить выше закона, и мы получимъ результаты, не оставляющіе никакого сомнѣнія на счетъ цѣнности положительнаго права. Каждый юристъ долженъ это крѣпко помнить и съ чистою совѣстью работать, зная, что охраняя законъ отъ какихъ бы то ни было посягательствъ на него, проводя въ жизнь строгія начала законности, онъ содѣйствуетъ выработкѣ той основы, на которой только и возможна культура и прогрессъ человѣчества.

§ **307**. Все сказанное отнюдь не должно быть истолковано въ смыслѣ Гуго, который игнорировалъ содержаніе права и цѣнилъ только его внѣшнюю сторону (§ 282). Право очень важный факторъ культуры благодаря своимъ указаннымъ раньше соціальнымъ функціямъ (§ 292), а эти функціи представляютъ собою результатъ обѣихъ его сторонъ, т. е. и формы, и содержанія. Между этими сторонами должна быть гармонія, а путь къ прогрессу въ содержаніи права указывается абсолютной идеей права. Съ другой стороны мудрый законодатель, понимая всю важность субъективнаго правосознанія, будетъ дѣлать измѣненія въ содержаніи права осторожно, постепенно, стараясь по возможности никогда не расходиться рѣзко съ субъективнымъ правосознаніемъ населенія.

---

*) „Среди путаницы мнѣній, желаній, надеждъ, положительное право стоитъ, какъ скала, о которую разбиваются своекорыстныя стремленія. Допустимъ, что иногда непреклонность его причиняетъ вредъ, что неповоротливость, съ которою оно продолжаетъ развиваться, дѣйствуетъ на жизнь задерживающимъ образомъ: это будутъ невыгоды, которыми по недорогой цѣнѣ покупается обезпеченность и безпартійность“. *Регельсбергеръ*. Общее ученіе о правѣ. Стр. 22.

Ученіе о функціяхъ, элементахъ и санкціяхъ юридическихъ нормъ.

§ **308**. Простѣйшій элементъ правопорядка, его клѣточка, есть юридическая норма. Поэтому изученіе теоріи положительнаго права должно начинаться съ изученія природы юридической нормы. Въ первой части настоящаго курса изложено было общее ученіе о юридической нормѣ. Теперь остается дополнить это ученіе разсмотрѣніемъ нѣсколькихъ важныхъ вопросовъ.

Мы видѣли, что съ внѣшней стороны юридическая норма есть 1) властное повелѣніе высшаго авторитета даннаго общежитія. Этотъ авторитетъ объявляетъ 2) извѣстное содержаніе (поведеніе) безусловно обязательнымъ и 3) обставляетъ ненарушимость своего повелѣнія опредѣленными гарантіями. Такимъ образомъ передъ нами возникаютъ три вопроса: 1) о юридическихъ эффектахъ повелѣнія (функціи юридическихъ нормъ); 2) объ элементахъ, изъ которыхъ слагается содержаніе юридическихъ нормъ и 3) о тѣхъ способахъ, при помощи которыхъ гарантируется ненарушимость нормъ (санкціи). Разсмотримъ каждый изъ нихъ.

а) Функціи юридическихъ нормъ.

§ **309**. Въ наукѣ до сихъ поръ вопросъ о функціяхъ юридическихъ нормъ является спорнымъ.

Исходя изъ того, что юридическая норма есть повелѣніе высшаго внѣшняго авторитета, нѣкоторые ученые утверждаютъ, что функція юридическихъ нормъ есть повелѣніе и только повелѣніе.

Другіе находятъ, что кромѣ нормъ повелительныхъ, есть нормы запретительныя (двѣ функціи: повелѣніе и запрещеніе).

Третьи на ряду съ нормами повелительными и запретительными называютъ нормы опредѣлительныя, отрицательныя, дозволительныя (а до Савиньи признавалась еще и карательная функція).

Четвертые признаютъ три функціи—повелѣніе, запрещеніе и дозволеніе (какъ самостоятельныя).

И наконецъ пятые говорятъ, что юридическія нормы имѣютъ двѣ функціи *одновременно*: съ одной стороны онѣ повелѣваютъ, а съ другой—дозволяютъ (предоставляютъ).

Это послѣднее мнѣніе должно быть признано правильнымъ. Наша задача состоитъ въ томъ, чтобы показать, что въ концѣ концовъ всѣ перечисленныя только что функціи необходимо сводятся къ двумъ: повелѣнію и предоставленію (дозволенію).

§ **310**. Мнѣніе о существованіи многихъ функцій основано главнымъ образомъ на той редакціи, въ которой изложена юридическая норма.—Существуетъ много статей закона, которыя *опредѣляютъ* или порядокъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій, или устройство извѣстнаго учрежденія, или его компетенцію, или, наконецъ, даютъ опредѣленія тѣхъ или другихъ юридическихъ понятій. Но не трудно видѣть, что если законъ говоритъ, напр. „пререканія о подсудности между окружными судами разрѣшаются тою судебною палатой, въ вѣдомствѣ которой суды состоятъ“ (ст. 230 Учр. Суд. Уст.), то этимъ самымъ онъ *повелѣваетъ*, чтобы такъ было, чтобы пререканія о подсудности разрѣшались только указаннымъ судебнымъ мѣстомъ. Что же касается такихъ законовъ, которые даютъ чисто-теоретическія опредѣленія, то здѣсь надо имѣть въ виду слѣдующее важное положеніе: далеко не каждая отдѣльная статья закона представляетъ собою юридическую норму; часто бываетъ такъ, что юридическая норма составляется изъ нѣсколькихъ статей. Такимъ образомъ статьи, содержащія въ себѣ одни теоретическія опредѣленія, сами по себѣ не представляютъ юридическихъ нормъ (напр. опредѣленія понятій кражи, подлога, мошенничества, вмѣняемости и т. п.)

Возьмемъ нормы „отрицательнаго“ характера, и мы получимъ такой же результатъ. Если законодатель напр. говоритъ (ст. 47 Угол. Ул.): „не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ не существующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено“, то этимъ самымъ онъ *предписываетъ* полиціи, прокуратурѣ и суду не предпринимать никакихъ мѣръ противъ лицъ, совершившихъ такія дѣянія.

Нечего и говорить о „карательной“ функціи; ясное дѣло, что если статья уголовнаго кодекса грозитъ наказаніемъ за какое нибудь дѣяніе, то этимъ самымъ законодатель *повелѣваетъ* не совершать такихъ дѣяній (а суду предписываетъ: примѣнять къ виновнымъ опредѣленное въ ней наказаніе).

Наконецъ „запретительная“ функція очевидно есть повелѣніе, и если признаніе опредѣлительной и отрицательной функціи имѣетъ можетъ быть до нѣкоторой степени оправданіе съ внѣшней стороны, то для признанія запретительной функціи нѣтъ даже чисто внѣшнихъ основаній: для каждаго очевидно, что запрещеніе чего либо есть приказъ не совершать этихъ дѣйствій.

§ 311. Такимъ образомъ передъ нами остаются только двѣ функціи: повелительная и дозволительная (предоставительная). Можно ли и дозволительную функцію свести къ повелительной, какъ мы это сдѣлали съ другими мнимыми функціями?

По этому вопросу и существуютъ въ наукѣ серіозныя разногласія: одни весьма энергично настаиваютъ на томъ, что всѣ кажущіяся дозволенія представляютъ собою въ сущности повелѣнія; другіе утверждаютъ, что рядомъ съ нормами, функціей которыхъ является повелѣніе, существуютъ нормы съ дозволительной, и только дозволительной, функціей*); наконецъ третьи держатся мнѣнія (правильнаго), что юридическая норма имѣетъ одновременно обѣ функціи (*Merkel.* Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, § 4. Holzendorf's Encyklopadie. 1890 г.).

Бирлингъ въ своей уже цитированной капитальной работѣ Juristische Prinzipienlehre (I, 87) утверждаетъ, что только повелительныя нормы имѣютъ въ правопорядкѣ самостоятельный характеръ; всѣ остальныя нормы являются таковыми лишь въ соединеніи съ повелительными, составляя въ сущности ихъ части.—*Тонъ* исходитъ изъ того положенія, что вся роль права заключается въ сообщеніи жизни тѣхъ или иныхъ импульсовъ для воздѣйствія на нее согласно цѣлямъ законодателя. Но такіе импульсы даются только повелѣніями, т. к. если норма дозволяетъ что нибудь, то это дозволеніе не создаетъ ничего новаго: и безъ этого дозволенія люди такъ поступаютъ (Rechtsnorm und subjectives Recht, § 345).

Посмотримъ, можно ли свести всѣ „дозволительныя нормы“ къ повелѣніямъ. Всѣ статьи закона, заключающія въ себѣ дозволенія, можно свести къ четыремъ группамъ, которыя мы и разсмотримъ.

§ 311. *Первая группа:* статьи историческаго характера. Раньше какое нибудь дѣяніе воспрещалось, а затѣмъ выходитъ законъ, гдѣ сказано, что это дѣяніе разрѣшается. Здѣсь, пожалуй, можно сказать, что дозволеніе не имѣетъ самостоятельнаго характера и весь смыслъ новаго закона заключается въ повелѣніи, и именно—въ отмѣнѣ стараго.

Вторая группа: статьи редакціоннаго характера. Если какая нибудь статья выражаетъ общее дозволеніе какихъ либо дѣяній, а затѣмъ изъ этой статьи дѣлается рядъ исключеній, то опять

---

*) *Дернбургъ* находитъ даже, что самая сущность права есть предоставленіе, а всѣ приказы имѣютъ цѣлью создать гарантіи для дозволенныхъ дѣйствій.

таки и здѣсь центръ тяжести заключается въ этихъ исключеніяхъ, т. е. въ повелѣніи; дозволительная статья не имѣетъ никакого самостоятельнаго значенія.

Третья группа. Примѣрами могутъ служить слѣдующія статьи закона: ст. 227 Уст. Гр. Суд., разрѣшающая сторонамъ при заключеніи договора опредѣлять тотъ судъ, которому будетъ подсудно дѣло въ случаѣ нарушенія этого договора; ст. 136 Уст. Гр. Суд., разрѣшающая Мировому Судьѣ разсрочить присужденное взысканіе, если онъ найдетъ, что отвѣтчикъ находится въ крайне затруднительномъ положеніи; ст. 818 Уст. Уг. Суд. предоставляющая суду право отмѣнить обвинительный вердиктъ присяжныхъ засѣдателей, если судъ единогласно найдетъ, что обвиненъ невинный; статья университетскаго устава, разрѣшающая студенту записаться на лекціи любого профессора, если объявлено нѣсколько параллельныхъ курсовъ и т. п.

Эта группа вызываетъ болѣе всего разногласій. Сторонники перваго мнѣнія утверждаютъ, что „и такія статьи не выражаютъ въ дѣйствительности дозволительныхъ нормъ“ (Коркуновъ) и что сущность дѣла въ повелѣніи: суду—принять дѣло къ производству, если стороны заключили договоръ по 227 ст. Уст. Гр. Суд.; факультету—зачесть семестръ независимо отъ того, на лекціи какого профессора студентъ записался и т. п.—Другіе утверждаютъ, что здѣсь мы имѣемъ нормы съ одной только дозволительной функціей. Проф. Гредескулъ находитъ, что хотя законодатель и желаетъ, чтобы судъ въ подлежащихъ случаяхъ воспользовался правомъ, предоставленнымъ ему ст. 818 У. У. С., но исполненіе этого желанія зависитъ всецѣло отъ совѣсти судей и такимъ образомъ функція этой статьи есть „чистѣйшее дозволеніе“. Точно также онъ говоритъ и о ст. 136 У. Г. С., причемъ здѣсь мы читаемъ очень характерное мѣсто: „Законъ *желаетъ* этой разсрочки при наличности такихъ обстоятельствъ и судья внутренно *обязанъ* ее сдѣлать, но такъ какъ самое констатированіе наличности этихъ обстоятельствъ, по необходимости, остается въ рукахъ судьи, то законъ и выражается здѣсь, что судья *можетъ* разсрочку сдѣлать“. („Общая теорія права“, литограф. курсъ 1909 г. стр. 260). Нельзя лучше опровергнуть свою теорію о *чисто-дозволительныхъ* нормахъ: разъ законъ желаетъ извѣстнаго поступка и судья обязанъ его совершить, то ясное дѣло, что законъ *повелѣваетъ* именно такъ и поступать. А то обстоятельство, что здѣсь дѣйствія судьи не подлежатъ провѣркѣ, что судья руководствуется только „своею со-

вѣстью“ (точнѣе: своимъ субъективнымъ правосознаніемъ), нисколько не мѣняетъ существа дѣла*).

Итакъ, и въ этихъ нормахъ есть повелѣніе. Но въ нихъ также есть и дозволеніе, причемъ это дозволеніе настолько очевидно и имѣетъ такой опредѣленный характеръ, что дало основаніе для признанія его единственной функціей этихъ нормъ. Теорія односторонняя, но такою же односторонностью страдаетъ и противоположная теорія, упорно отрицающая дозволительный характеръ указанныхъ нормъ

Четвертая группа: нормы, предоставляющія выборъ между нѣсколькими дѣйствіями. Напр. ст. 219 Уст. Гр. Суд.—если искъ относится и къ движимому, и къ недвижимому имуществу, то отъ усмотрѣнія истца зависитъ избрать судъ или по мѣсту жительства отвѣтчика, или по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Относительно этихъ нормъ Коркуновъ говоритъ, что „юридическое значеніе ихъ не въ дозволеніи выбора, а въ запрещеніи сдѣлать выборъ внѣ устанавливаемой ими альтернативы„ („Лекціи“. 1894 г. Стр. 123). Опять таки и здѣсь дозволеніе имѣетъ очень важное юридическое значеніе: если законъ предоставляетъ мнѣ выборъ между двумя судами, то я *имѣю право* обратиться въ любой судъ по своему усмотрѣнію, а моему праву соотвѣтствуетъ обязанность суда—принять къ производству мой искъ. Но само собою разумѣется, что предоставленіе выбора не есть единственная функція этой нормы: кромѣ дозволенія она *и повелѣваетъ*: истцу—обращаться только въ одинъ изъ указанныхъ судовъ, а подлежащему суду—принять искъ.

§ 312. Итакъ мы приходимъ къ выводу, что каждая юридическая норма имѣетъ двѣ функціи: повелительную и предоставительную. Это вполнѣ соотвѣтствуетъ выясненной въ первой части курса природѣ права, какъ синтеза личной свободы и общаго блага. Если бы право было силой, интересомъ,—то его нормы были бы только повелѣніями отъ имени господствующаго цѣлаго,

---

*) Хорошимъ примѣромъ, иллюстрирующимъ печальные эффекты чисто-теоретическихъ заблужденій, можетъ служить толкованіе нашимъ Сенатомъ ст. 368 Уст. Гр. Суд.- Эта статья предоставляетъ право суду давать тяжущимся необходимыя указанія для выясненія обстоятельствъ дѣла. Очевидно, что судъ *обязанъ* дать эти указанія, если находитъ существенными соотвѣтствующія обстоятельства. Между тѣмъ Сенатъ находитъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло только съ *правомъ* суда; а значитъ,—если на глазахъ суда одна сторона проигрываетъ правое дѣло только потому, что упускаетъ изъ виду важное обстоятельство, и судъ остается пассивнымъ зрителемъ, то все обстоитъ благополучно.

онѣ бы не создавали никакихъ субъективныхъ правъ, всѣ права личности представляли бы собою только отраженіе (рефлексы) обязанностей, возникающихъ вслѣдствіе тѣхъ или другихъ повелѣній.*) Такимъ образомъ понятіе права потеряло бы самостоятельное значеніе и выводилось бы изъ понятія обязанности.

Поэтому нельзя говорить, что дозволенія не вносятъ въ жизнь ничего новаго (Тонъ), что „изданіе дозволительныхъ нормъ для дѣйствій, ранѣе не запрещенныхъ, такъ же безполезно, какъ при суммированіи нѣсколькихъ положительныхъ и отрицательныхъ величинъ взятіе слагаемымъ одного или нѣсколькихъ нулей.**) Дозволенія вносятъ въ жизнь „новые импульсы“, а именно—новыя субъективныя права. Изъ того, что извѣстное дѣяніе раньше не было запрещено, никоимъ образомъ нельзя дѣлать вывода, что поступавшіе соотвѣтствующимъ образомъ *имѣли на это право.* Нельзя смѣшивать *не запрещенія* чего нибудь съ прямымъ *дозволеніемъ* этого: въ первомъ случаѣ имѣется чисто фактическое состояніе, которымъ право не интересуется, а во второмъ—субъективное право. Законъ не запрещаетъ мнѣ любоваться красивымъ видомъ изъ оконъ моей дачи, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что я имѣю право запретить сосѣду построить дачу передъ моими окнами: такая постройка существенно нарушитъ мои *интересы*, но не мое *право.* Совсѣмъ другое дѣло будетъ, когда законъ даетъ спеціальное дозволеніе на опредѣленное дѣйствіе: тутъ въ результатѣ возникаетъ субъективное право, т. к. вопреки мнѣнію многихъ ученыхъ, дозволить что нибудь одному—это значитъ возложить соотвѣтствующія обязанности на другихъ, обязанности не нарушать права того, кому законъ дозволилъ какое либо дѣйствіе. Такъ какъ каждая юридическая норма имѣетъ двѣ функціи —повелительную и предоставительную, то ясно, что дозволяя что нибудь, законъ этимъ самымъ повелѣваетъ всѣмъ, „до кого сіе относиться можетъ“, соотвѣтствующій образъ поведенія.***)

Есть только одна область правопорядка, гдѣ незапрещеніе создаетъ право: это область уголовнаго права. Такъ какъ основ-

*) Совершенно вѣрно замѣчаетъ проф. Петражицкій: „Ибо какъ велѣнія по адресу однихъ могутъ создавать права для другихъ, это загадка“ *Теорія.* II, 332.

**) *В. Залѣскій.* Лекціи энциклопедіи права 1903.—стр. 103..

***) Интереснымъ примѣромъ, иллюстрирующимъ сказанное, можетъ служить возникшій недавно въ нашей судебной практикѣ вопросъ о правѣ женщинъ быть адвокатами Сенатъ рѣшилъ вопросъ отрицательно, вполнѣ правильно разъяснивъ, что одно незапрещеніе закона не создаетъ права.

нымъ началомъ его является nullum crimen, nulla poena sine lege, то очевидно, что если извѣстное дѣяніе не внесено въ уголовный кодексъ, каждый имѣетъ право совершать его, *не опасаясь быть наказаннымъ*. Само собою разумѣется, что здѣсь нѣтъ рѣчи о правомѣрности такого дѣянія вообще, о томъ, что можно требовать отъ всѣхъ и каждаго не препятствовать совершенію его. Опять таки и здѣсь, разъ нѣтъ спеціальнаго разрѣшенія, нѣтъ и права, и отношенія остаются фактическими.

в) Элементы юридической нормы.

§ **313.** Юридическая норма есть общее правило, по которому что либо должно необходимо происходить въ соціальной жизни; каждая норма такъ или иначе регулируетъ опредѣленные факты. Отсюда содержаніе нормы мы можемъ логически расчленить на двѣ части, найти въ немъ два элемента: 1) описаніе извѣстнаго факта, (или фактовъ) и 2) отношеніе къ этому факту даннаго правопорядка. Оба эти элемента можно найти во всякой юридической нормѣ, въ какой бы изъ двухъ формъ она ни была редактирована: *категорической* (безусловной) или *гипотетической* (условной). При категорической формѣ имѣется простое повелѣніе что либо сдѣлать, или чего либо не дѣлать. „Запрещается всѣмъ и каждому пьянство“; „Граждане обязаны повиноваться верховной власти“. При гипотетической формѣ норма говоритъ, что *если* совершатся такіе-то факты, *то наступятъ* такія-то юридическія послѣдствія“. Послѣдняя форма чаще употребляется, и поэтому нѣкоторые ученые (неправильно) утверждаютъ, будто всѣ юридическія нормы представляютъ собою условныя велѣнія. Но во всякомъ случаѣ логическій составъ и категорическихъ, и гипотетическихъ нормъ одинъ и тотъ же. Если законодатель говоритъ: „За нарушеніе общественной тишины виновные наказываются такъ-то“, или „если договоръ будетъ заключенъ для достиженія противозаконныхъ цѣлей, то онъ ничтоженъ“ (гипотетическія нормы), или „смертная казнь отмѣняется“ (категорическая норма), то во всѣхъ этихъ случаяхъ онъ выражаетъ свое отношеніе къ извѣстнымъ фактамъ, онъ называетъ эти факты и затѣмъ признаетъ ихъ или безусловно необходимыми, или нежелательными для правопорядка*).

*) Изъ сказаннаго въ текстѣ видно, что неправы тѣ ученые, которые утверждаютъ, что *всѣ* юридическія нормы можно свести къ формулѣ: „если—то„ (т. е. что всѣ нормы гипотетичны). Какимъ образомъ можно это продѣлать, напр., съ нормой: „смертная казнь отмѣняется“?.

§ **314** Въ гипотетическихъ нормахъ первый элементъ (описаніе фактовъ) принято называть терминомъ *гипотеза*, а второй (отношеніе данныхъ фактовъ къ правопорядку)—*диспозиція*. Гораздо лучше употреблять русскіе термины: *предположеніе* и *распоряженіе*. Между прочимъ это лучше потому, что термины „предположеніе“ и „распоряженіе“ могутъ быть примѣнены къ гипотетическимъ нормамъ всѣхъ областей права, въ томъ числѣ и уголовнаго, гдѣ укоренилась (къ сожалѣнію) другая терминологія: тамъ „диспозиціей“ называютъ не второй элементъ нормы, какъ въ остальныхъ областяхъ права, а первый (описаніе фактовъ), а второй элементъ называютъ *санкціей*. Получается путаница терминологіи *).

Предположеніе и распоряженіе—необходимые элементы всѣхъ гипотетическихъ юридическихъ нормъ (оба эти элемента имѣются и въ категорическихъ нормахъ, но въ другихъ формахъ). Но изъ этого нельзя дѣлать заключенія, что въ каждой статьѣ закона мы найдемъ оба элемента. Юридическая норма нерѣдко выражается въ двухъ или нѣсколькихъ статьяхъ, и такимъ образомъ предположеніе можетъ быть выражено въ одной (или нѣсколькихъ) статьѣ, а распоряженіе въ другой. Бываютъ также случаи, когда предположеніе и распоряженіе такъ слиты въ одной статьѣ, что расчленить ихъ можно только путемъ логическаго процесса.

§ **315**. Разсмотримъ различныя формы, въ которыхъ выражается предположеніе и распоряженіе.

I. Предположеніе можетъ быть выражено или въ *абстрактной*, или въ *казуистической* формѣ. Казуистическая форма появляется въ исторіи раньше; она представляетъ собою точное описаніе опредѣленнаго конкретнаго факта правовой жизни. Напр. „Оже ли оутнеть роукоу, и отпадеть роука, любо отсохнетъ: то 40 гривенъ“. Абстрактная форма есть обобщеніе множества однородныхъ фактовъ, выдѣленіе изъ этихъ фактовъ типическихъ чертъ и созданіе общей формулы, охватывающей все разнообразіе объединенныхъ этими чертами явленій. Напр. вмѣсто множества нормъ, карающихъ за отсѣченіе руки, одного, двухъ, трехъ пальцевъ, выколотіе глаза, оторваніе уха, поврежденіе уха, переломъ

*) Это—одинъ изъ печальныхъ результатовъ того положенія вещей, при которомъ общіе вопросы права разрабатываются въ спеціальныхъ наукахъ. Въ ученіи о санкціи юридическихъ нормъ мы увидимъ, что наказаніе есть только одинъ изъ видовъ санкціи.

ноги, откушеніе носа и т. д., и т. д., формулируется одна норма, карающая за увѣчье.

Абстрактная форма предположенія является болѣе совершенной. Она даетъ возможность охватить въ одной формулѣ массу случаевъ жизни, между тѣмъ какъ при казуистической формѣ всегда найдутся случаи, не предусмотрѣнные закономъ. Прогрессъ законодательной техники заключается именно въ удачныхъ формулировкахъ абстрактныхъ предположеній, и соотвѣтственно этому въ уменьшеніи количества статей закона. Напр. наше дѣйствующее уложеніе о наказаніяхъ состоитъ изъ 1711 статей, а швейцарскій уголовный кодексъ изъ 256, и тѣмъ не менѣе онъ благодаря высокой техникѣ охватываетъ гораздо большее количество преступныхъ дѣяній, чѣмъ наше уложеніе.

Конечно и абстрактная форма имѣетъ свои неудобства, подчасъ очень серіозныя, которыя заставляютъ иногда пожалѣть о точныхъ, ясныхъ нормахъ съ казуистическими предположеніями. Возьмемъ, напр., ст 142 Уст. о нак.: „за самоуправство виновные подвергаются....“ А что такое самоуправство, законъ не опредѣляетъ. И мы видимъ, что на выясненіе этого понятія потрачена масса работы и судовъ, и науки, что во время этой работы совершено было много ошибокъ, которыя часто очень печально отражались на правахъ и интересахъ людей. Ничего подобнаго не можетъ быть съ нормой, гдѣ въ казуистическомъ предположеніи описанъ конкретный случаи самоуправства, напр.; „если хозяинъ дома въ присутствіи квартиранта, вопреки его протесту, беретъ у него самоваръ, желая этимъ заставить квартиранта уплатить долгъ за квартиру, то хозяинъ за такое дѣяніе подвергается“. Тутъ не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, когда именно должна быть примѣнена эта норма.

И если бы было можно перечислить *всѣ* случаи жизни, то не нашлось бы возраженій противъ казуистической формы предположенія: кодексы приняли бы чудовищные размѣры, но пользованіе ими могло бы быть облегчено различными указателями. За то не было бы мѣста никакимъ сомнѣніямъ, невозможны были бы ошибки въ примѣненіи законовъ.

Но въ томъ то и дѣло, что никакой кодексъ, хотя бы и состоящій изъ милліона казуистическихъ статей, не можетъ исчерпать всего безконечнаго разнообразія даже одной области права. Юридическія нормы представляютъ собою обобщенія однородныхъ явленій. Конечно надо избѣгать и противоположной крайности,

а именно черезъ чуръ общихъ опредѣленій: это скользкая почва, ведущая къ произволу. Если бы издать такой законъ: „кто совершитъ вредный и опасный для общежитія поступокъ, подвергается наказанію смотря по обстоятельствамъ совершенія, важности нарушенныхъ правъ и степени своей испорченности“,—то такая норма могла бы замѣнить весь уголовный кодексъ, т. к. охватила бы всѣ безъ исключенія преступныя дѣянія Но такая статья представляла бы величайшую опасность для свободы, открывая самый широкій просторъ субъективному правосознанію.

Итакъ надо избѣгать обѣихъ крайностей: нельзя гоняться за перечисленіемъ всѣхъ случаевъ жизни, но нельзя и черезъ чуръ обобщать, давая чрезмѣрно растяжимыя предположенія. *)

§ **316**. Кромѣ разсмотрѣннаго различія по формѣ, предположенія могутъ различаться *по степени своей опредѣленности*. Здѣсь мы имѣемъ предположенія безусловно-опредѣленныя, неопредѣленныя и относительно-опредѣленныя.

a) *Безусловно опредѣленное* предположеніе—это высшій, совершенный типъ. Оно точно указываетъ факты, при наличности которыхъ наступаютъ послѣдствія, требуемыя распоряженіемъ. Напр. „свидѣтель за неявку въ судъ безъ указанныхъ въ законѣ уважительныхъ причинъ подвергается“, „Каѳедру въ университетѣ можетъ занять выдержавшій магистерскій экзаменъ и имѣющій ученую степень“; и т. п.

b) *Неопредѣленное* предположеніе представляетъ собою полную противоположность. Здѣсь примѣненіе послѣдствій, указанныхъ въ распоряженіи, обусловлено усмотрѣніемъ подлежащаго органа власти, который дѣйствуетъ, руководствуясь своимъ субъективнымъ правосознаніемъ. Напр. ст. 113 Уст. о пред. и прес. прест. даетъ полиціи право при безпорядкахъ вызывать войска „въ случаѣ нужды“. Такое право технически называется *дискреціонной властью*.

c) *Относительно—опредѣленное* предположеніе отличается отъ предыдущаго типа тѣмъ, что вводитъ нѣкоторыя ограниченія пользованія дискреціонной властью. Напр. принятіе извѣстной мѣры разрѣшается только въ случаяхъ открытаго возстанія; слѣдо-

---

*) По поводу абстрактныхъ предположеній надо замѣтить, что законодатель здѣсь въ особенности нуждается въ помощи науки, а примѣненіе такихъ нормъ предполагаетъ въ судьяхъ научную подготовку. Кстати нельзя не выразить глубокаго сожалѣнія по поводу существующаго у насъ ненормальнаго порядка, по которому судейское кресло можетъ занимать человѣкъ безъ юридическаго образованія (а даже и безъ надлежащаго общаго образованія).

вательно, когда возстанія нѣтъ, ее нельзя примѣнять; а при возстаніи можно по усмотрѣнію органа власти.

§ 317. II. *Формы распоряженія.* Распоряженіе можетъ имѣть три формы: безусловно-опредѣленную, неопредѣленную и относительно опредѣленную.

a) Безусловно-опредѣленная форма не оставляетъ мѣста для какого бы то ни было сомнѣнія или усмотрѣнія, напр., „за предумышленное убійство—смертная казнь“, „за неявкой истца въ засѣданіе производство дѣла прекращается“ и т. п.

b) Безусловно-неопредѣленная форма распоряженія предоставляетъ выборъ надлежащей мѣры усмотрѣнію примѣняющаго данную норму; напр. нормы стараго уголовнаго права, объявляющія, что за такое-то дѣяніе виновный долженъ быть наказанъ, причемъ ни родъ наказанія, ни размѣръ его не опредѣляется.

Въ гражданскомъ правѣ есть много нормъ, предоставляющихъ устанавливать распоряженія заинтересованнымъ лицамъ. Напр. законъ, по которому имущество умершаго поступаетъ тому, въ пользу котораго составлено завѣщаніе; здѣсь мы имѣемъ предположеніе: смерть завѣщателя, а распоряженіе, т. е. опредѣленіе наслѣдниковъ и долей наслѣдства предоставлено усмотрѣнію завѣщателя. Но на случаи, если бы завѣщатель не сдѣлалъ распоряженія, законъ самъ опредѣляетъ наслѣдниковъ. Такіе законы (т. е. дѣйствующіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда заинтересованныя лица не установили распоряженій) называются *диспозитивными**) (пополняющіе, вспомогательные). Необходимость ихъ вызывается требованіями жизни, нуждающейся въ индивидуализаціи, уклоненіи отъ общихъ шаблоновъ. Справедливо замѣчаетъ проф. Гамбаровъ (Курсъ гражданскаго права. 1911, стр. 260—261): „Преобладаніе такихъ нормъ въ гражданскомъ правѣ объясняется преобладающей ролью именно въ этой области личности, ея самоопредѣленія и свободы“.

c) Относительно-опредѣленная форма распоряженія. Здѣсь указывается нѣсколько мѣръ, а выборъ предоставляется лицу, примѣняющему норму. Напр. судъ въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ или подвергнуть денежному взысканію, или заключить въ тюрьму. Другая форма того же типа: законъ указываетъ максимумъ из-

---

*) Законы съ противоположнымъ характеромъ, т. е. не предоставляющіе заинтересованнымъ лицамъ устанавливать распоряженія, называются *прецептивными*, абсолютно-принудительными.

вѣстнаго наказанія, а суду предоставляется право назначать размѣръ по усмотрѣнію, не превышая этого максимума: или опредѣляется максимумъ, и минимумъ, а суду предоставляется выборъ въ предѣлахъ этихъ границъ.

с. Санкція юридическихъ нормъ.

§ **318**. Санкціей называются тѣ средства, при помощи которыхъ высшій внѣшній авторитетъ даннаго общежитія гарантируетъ ненарушимость юридическихъ нормъ.

Правопорядокъ представляетъ собою сложную систему нормъ, находящихся въ различныхъ отношеніяхъ другъ къ другу. Есть нормы основныя, изъ этихъ нормъ выводятся, какъ ихъ развитіе, нормы дополнительныя; на случай нарушенія этихъ первичныхъ нормъ существуютъ нормы вторичныя, опредѣляющія послѣдствія нарушенія; въ свою очередь на случай нарушенія вторичныхъ нормъ имѣются нормы третьяго порядка и т. д. Такимъ образомъ однѣ нормы представляютъ собою санкцію другихъ.

Изъ сказаннаго нельзя дѣлать вывода, что основа дѣйствія многочисленныхъ первичныхъ нормъ заключается въ ихъ санціяхъ. Установленіемъ санкцій законодатель создаетъ только лишній мотивъ для поведенія согласнаго съ этими нормами.

§ **319**. Въ сложной системѣ санкцій, на первомъ мѣстѣ должна быть поставлена такая санкція, въ которой нѣтъ элемента физическаго принужденія. Законодатель объявляетъ юридически ничтожными всѣ дѣйствія, направленныя на нарушеніе извѣстной нормы. Напр. бракъ, заключенный вопреки закону, считается ничтожнымъ; покупка дома безъ требуемаго закономъ крѣпостного акта не создаетъ для купившаго права собственности и т. п. Такимъ образомъ дѣйствія, совершенныя вопреки такимъ нормамъ, не производятъ эффектовъ, на которые расчитывалъ совершившій эти дѣйствія. Здѣсь мы имѣемъ полную аналогію съ законами природы: можно сколько угодно совершать дѣйствія вопреки закону тяготѣнія, но желательныхъ результатовъ мы не получимъ.

Юридическія нормы, санкція которыхъ заключается въ объявленіи ничтожными несогласныхъ съ ними дѣйствій, называются *leges perfectae*.

Ничтожность дѣйствій, совершенныхъ вопреки названнымъ нормамъ, можетъ имѣть различный характеръ. Теорія знаетъ 1 *ничтожность*, nullitas и 2) *опорочиваемость*, rescissibillitas. Въ первомъ

случаѣ ничтожность совершенныхъ дѣйствій наступаетъ ipso jure, безъ особыхъ требованій заинтересованныхъ лицъ (покупка дома безъ крѣпостного акта). Во второмъ случаѣ правонарушительныя дѣйствія могутъ произвести ожидаемый юридическій эффектъ лишь при условіи, что заинтересованныя лица не опорочатъ ихъ, не сдѣлаютъ суду соотвѣтственныхъ заявленій и не докажутъ ихъ; напр. духовное завѣщаніе, подписанное завѣщателемъ въ безсознательномъ состояніи, можетъ повлечь за собою переходъ наслѣдства согласно завѣщанію, пока это завѣщаніе не опорочено заинтересованными лицами. Далѣе теорія различаетъ 1) ничтожность абсолютную, когда ничтожны всѣ дѣйствія, совершенныя вопреки нормѣ (напр. вексель, выданный несовершеннолѣтнимъ) и 2) ничтожность относительную, когда ничтожными являются только нѣкоторыя стороны совершенныхъ дѣйствій (напр. вексель, выданный солдатомъ, имѣетъ значеніе простой долговой росписки).

§ **320**. Но могутъ быть случаи, когда дѣйствующій вопреки нормѣ извлекаетъ изъ своихъ дѣйствій извѣстную выгоду, когда стало быть правонарушительныя дѣйствія произвели для ихъ совершителя ожидаемый эффектъ (хотя бы и фактическій).

Здѣсь санкціей соотвѣтствующей нормы является возстановленіе нарушеннаго права: принудительное взысканіе долга, выселеніе изъ квартиры, отобраніе незаконно удерживаемой вещи и т. п. Это область гражданской юстиціи. И замѣтить надо, что правопорядокъ прибѣгаетъ тутъ къ физическому принужденію только въ самыхъ крайнихъ случаяхъ, когда исчерпанъ весь запасъ средствъ психическаго воздѣйствія, чтобы побудить исполнить требованіе юридической нормы. Человѣкъ вопреки закону не желаетъ платить слѣдуемыхъ съ него по договору денегъ. Первымъ средствомъ психическаго воздѣйствія является предъявленіе иска; далѣе—судебное рѣшеніе; выдача исполнительнаго листа; обращеніе къ судебному приставу; посылка приставомъ повѣстки о добровольной уплатѣ въ теченіи опредѣленнаго срока; опись имущества должника и объявленіе о публичной продажѣ, и наконецъ самая продажа. Очевидно, что только два послѣднихъ акта могутъ обусловить примѣненіе мѣръ физическаго принужденія (когда отвѣтчикъ препятствуетъ судебному приставу исполнить свои обязанности).

§ **321**. Однако не смотря на всѣ цѣнныя стороны разсмотрѣнной санкціи, не смотря на то, что она представляется идеальной съ точки зрѣнія культурнаго правопорядка (отсюда—*lex perfecta*),

жизнь даетъ случаи, когда она не можетъ служить гарантіей ненарушимости юридической нормы.

Человѣкъ совершаетъ извѣстное дѣйствіе, запрещенное юридической нормой, этимъ дѣйствіемъ осуществляетъ вполнѣ свой интересъ, достигаетъ желаемой цѣли, и вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдствія его дѣйствія таковы, что ихъ ничѣмъ устранить нельзя, нарушеннаго чужого права нельзя возстановить. Бываютъ дѣйствія, колеблящія авторитетъ закона, угрожающія основамъ правопорядка, производящія дурные психическіе эффекты и на окружающихъ, и на самаго совершителя. Въ такихъ случаяхъ необходимо *энергичное* порицаніе высшаго внѣшняго авторитета, выраженное въ рѣзкихъ формахъ, чтобы произвести надлежащій психическій эффектъ, противоположный дурному эффекту правонарушительнаго дѣйствія; нужны воздѣйствія, расчитанныя на подавленіе влеченій низшей стороны человѣческой природы. Тутъ не достаточно объявить юридически—ничтожными совершенныя дѣйствія.

И вотъ выступаетъ на сцену уголовное право, угрожая за совершеніе такихъ дѣйствій *наказаніемъ*. Преступленіе не можетъ доставить преступнику никакой юридической выгоды, преступныя дѣйствія не создаютъ никакихъ правъ для преступника: подложный документъ считается ничтожнымъ, украденное имущество считается собственностью потерпѣвшаго, подожженный домъ не даетъ права на полученіе страховой преміи и т. д. Но кромѣ этого преступникъ подвергается наказанію, болѣе или менѣе тяжкому, смотря по важности нарушаемаго права.—Юридическія нормы съ такою санкціей называются leges plus quam perfectae *).

§ **322**. Третій типъ санкціи представляютъ собою т. наз. *leges minus quam perfectae*. Здѣсь правонарушительное дѣйствіе не объявляется юридически ничтожнымъ, оно влечетъ за собою желаемый юридическій эффектъ, но совершитель такихъ дѣйствій подвергается извѣстнымъ невыгоднымъ для него послѣдствіямъ, взысканіямъ.

---

*) Терминологія установилась въ наукѣ прочно, хотя едва ли она соотвѣтствуетъ существу санкціи Если *совершенной* (perfecta), идеальной, санкцией мы признаемъ первую изъ разсмотрѣнныхъ санкцій, то вторую мы должны признать не только не *болѣе* совершенной, но именно *менѣе* совершенной. Для санкціи третьяго типа было бы болѣе пригоднымъ названіе *несовершенной* (imperfecta), а нормы *безъ санкціи* такъ бы и слѣдовало называть, между тѣмъ, какъ въ наукѣ ихъ принято называть leges imperfectae.

Напр., законъ требуетъ, чтобы письменныя сдѣлки оплачивались гербовымъ сборомъ; въ нарушеніе этого закона заключается сдѣлка; на основаніи этой сдѣлки завязался рядъ отношеній между многими лицами. Если бы объявить ничтожной самую сдѣлку, пострадали бы многіе ни въ чемъ неповинные люди. И вотъ законъ оставляетъ въ силѣ сдѣлку, но облагаетъ совершителей ея значительнымъ штрафомъ.

§ **323**. Наконецъ существуютъ юридическія нормы безъ (внѣшней) санкціи, не гарантированныя. Ихъ принято называть *leges imperfectae*. Такихъ нормъ много въ области государственнаго, административнаго и въ особенности международнаго права.

Въ первой части курса было уже выяснено, что 1) отъ этого названныя нормы не теряютъ своего юридическаго характера и 2) что огромное большинство ихъ имѣетъ тенденцію превращаться (и дѣйствительно превращается) въ нормы гарантированныя. Однимъ изъ важнѣйшихъ факторовъ прогресса въ этомъ отношеніи является развивающійся на нашихъ глазахъ институтъ административной юстиціи. Въ области же международнаго права такимъ факторомъ является идея международнаго суда въ связи съ идеей прочной международной организаціи отдѣльныхъ государствъ въ соединенія высшаго типа (какъ отдаленный, недосягаемый, но тѣмъ не менѣе реальный идеалъ: организація всего человѣчества въ одно гармоническое цѣлое). Такимъ образомъ нормами безъ внѣшней санкціи должны остаться только нормы, опредѣляющія права и обязанности высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія (напр. верховная власть въ государствѣ).

§ **324**. Въ заключеніе ученія о санкціяхъ юридическихъ нормъ необходимо отмѣтить, что современный правопорядокъ даже культурныхъ государствъ недостаточно еще охраняетъ личность отъ нарушенія ея правъ. Возможны безнаказанные случаи самаго безстѣнчиваго посягательства, потому что они не подходятъ ни подъ одну статью карательнаго кодекса, а гражданская юстиція окажется безсильной или потому, что имущественный ущербъ измѣряется ничтожной суммой, или потому, что его вовсе нѣтъ, или потому, что его совершенно нельзя доказать. Вашъ сосѣдъ не даетъ вамъ ночью спать громкими разговорами, стуками, пѣніемъ и т. п.; прислуга уходитъ отъ хозяевъ, оставляя ихъ въ безвыходномъ положеніи, не смотря на то, что по договору она не имѣла права уходить до срока; хозяинъ гостинницы, оставившій за мною комнату, сдаетъ ее другому и я, пріѣхавъ ночью,

остаюсь на улицѣ, такъ какъ все въ городѣ переполнено; любитель музыки пять часовъ стоитъ въ хвостѣ у кассы опернаго театра: когда приходитъ его очередь. кассиръ заявляетъ, что желаемыхъ билетовъ уже нѣтъ, а между тѣмъ продаетъ эти билеты слѣдующему по очереди; въ купэ для некурящихъ входятъ два нахала и наполняютъ его дымомъ, не смотря на протесты сидящихъ, а когда, наконецъ, кондукторъ заявилъ, что на ближайшей станціи пригласитъ жандарма, нахалы, закуривая по новой папиросѣ, говорятъ, что для нихъ уплатить максимальный штрафъ сущіе пустяки, а на ближайшей станціи они и безъ того должны выходить; и т. п., и т. п.

Криминалистамъ слѣдовало бы поработать надъ формулированіемъ новыхъ составовъ посягательствъ на личность, охватывающихъ аналогичные случаи, надъ расширеніемъ нѣкоторыхъ старыхъ и надъ охраной такого цѣннаго блага, какъ общественная тишина. Достойны вниманія нѣкоторыя начала европейскаго судебнаго права (германскія „буссы“, англійскіе весьма чувствительные штрафы, налагаемые судьей по усмотрѣнію въ пользу потерпѣвшаго), до извѣстной степени возмѣщающіе отмѣченные недостатки *).

Адресатъ юридическихъ нормъ.

§ **325**. Чтобы закончить этотъ отдѣлъ, намъ слѣдуетъ остановиться на вопросѣ: кому адресованы юридическія нормы? кого имѣетъ въ виду законодатель, формулируя ихъ?

Казалось бы, что тутъ и вопроса быть не можетъ: и житейское пониманіе, и общепринятое въ наукѣ мнѣніе сходятся въ томъ, что юридическія нормы обращены ко всѣмъ членамъ даннаго общежитія. Но не такъ давно въ наукѣ появились мнѣнія, иначе разрѣшающія этотъ простой вопросъ. Уже у Іеринга мы видимъ утвержденія, что „настоящія“ юридическія нормы ад-

*) Совершенно неправиленъ взглядъ многихъ ученыхъ, что т. наз неимущественые интересы не входятъ въ область гражданскаго права и поэтому не подлежатъ судебной защитѣ. Европейская судебная практика стала уже на правильный путь въ этомъ важномъ жизненномъ вопросѣ: свободная оцѣнка судомъ „неимущественныхъ интересовъ“ и право суда налагать большіе штрафы, смотря по обстоятельствамъ дѣла, даютъ хорошіе результаты и доказываютъ правильность мнѣнія ученыхъ, не отожествляющихъ всей области гражданскаго права съ имущественными отношеніями.

ресованы только къ органамъ государственной власти, а не къ гражданамъ. Аналогичныя мысли развиваетъ криминалистъ Биндингъ, утверждая, что нормы уголовнаго права будто бы ничего не запрещаютъ, а лишь опредѣляютъ послѣдствія нарушенія другихъ нормъ. Убійство запрещается общей нормой „не убій", а статья уголовнаго кодекса, опредѣляющая за предумышленное убійство смертную казнь, адресована исключительно судьѣ, который обязанъ примѣнить указанную въ ней карательную мѣру.

Полнѣе всего эти воззрѣнія изложены въ монографіи *M. Mayer*'а „Rechtsnormen und Kulturnormen" (1903 г.). Общепринятая теорія, говоритъ Майеръ, находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ фактами. А фактъ состоитъ въ томъ, что народъ не знаетъ законовъ. Болѣе того: если кто нибудь изъ обыкновенныхъ гражданъ знаетъ законы, это довольно плохой показатель, т. к. обыкновенно такіе знатоки оказываются сутягами, или далеко не безупречными по части нарушеній уголовныхъ законовъ. Уже довольно бросить взглядъ на устрашающую массу современныхъ законовъ (ихъ и сами юристы не знаютъ всѣхъ), чтобы убѣдиться въ абсолютной невозможности для народа знать ихъ. Но даже если гражданинъ и прочтетъ нѣкоторые законы, онъ ихъ не пойметъ надлежащимъ образомъ, т. к. для этого необходима спеціальная подготовка. Остается такимъ образомъ фикція, по которой всѣ законы предполагаются извѣстными всѣмъ, т. к. никто не можетъ отговариваться незнаніемъ закона. Эта фикція совершенно безполезна. Дѣло въ томъ, что огромное большинство предписаній права находится въ полномъ согласіи съ господствующими въ данномъ общежитіи воззрѣніями. Поэтому въ общемъ всѣ и безъ спеціальныхъ указаній закона знаютъ, что нельзя красть, обманывать, оскорблять, нарушать тишину, надо соблюдать договоры и т. п.—А изъ того, что законы публикуются, нельзя дѣлать выводы, что они адресуются ко всѣмъ. Уже самый способъ публикаціи доказываетъ это: публикація производится въ офиціальныхъ изданіяхъ, которыя не читаются даже юристами. Публикація вовсе не разсчитана на ознакомленіе народа съ закономъ: это лишь извѣстная необходимая формальность въ процедурѣ созданія закона.—Итакъ законъ адресуется только къ органамъ власти. Жизнь создаетъ извѣстные интересы и блага, господствующія въ данномъ общежитіи воззрѣнія запрещаютъ посягательства на эти интересы. Если право беретъ ихъ еще и подъ свою спеціальную охрану, тогда оно даетъ приказъ судьѣ карать такія

посягательства. Такимъ образомъ роль права сводится къ тому, чтобы уже созданное жизнью закрѣпить путемъ спеціальныхъ гарантій.*)

§ 236. Вся эта теорія страдаетъ крайней искуственностью.

Если мы обратимся къ обычному праву, то ни одинъ изъ представителей разбираемой теоріи не скажетъ, что оно адресовано только къ органамъ власти. Точно также и о первыхъ памятникахъ законодательной дѣятельности нельзя этого сказать, т. к. они представляли собою главнымъ образомъ записанные обычаи. И не такъ еще давно многіе законы объявлялись всенародно на площадяхъ и въ храмахъ. Уже этихъ фактовъ довольно, чтобы подорвать кредитъ теоріи: почему право такъ долго адресовало свои велѣнія ко всѣмъ членамъ общежитія, а въ послѣднее время перемѣнило адресата? А что оно не перемѣнило адресата, доказывается фактами современной правовой жизни. Въ настоящее время сплошь и рядомъ новые кодексы послѣ ихъ утвержденія вступаютъ въ силу лишь спустя болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени, чтобы дать возможность населенію ознакомиться съ новыми законами. Неужели расклеенныя на улицахъ обязательныя постановленія городскихъ думъ, губернаторовъ и т. д. адресованы не ко всему населенію, а къ чинамъ полиціи и къ судьямъ? Возьмемъ область уголовнаго права, на которую такъ любятъ ссылаться представители разбираемаго мнѣнія. Совершенно произвольно утвержденіе, будто нормы уголовнаго права ничего не запрещаютъ, а лишь опредѣляютъ карательныя послѣдствія за нарушенія другихъ нормъ. Если и вѣрно, что многія нормы уголовнаго права представляютъ собою санкцію нормъ другихъ областей правопорядка, то отъ этого уголовный законъ не теряетъ характера самостостоятельной (хоть и вторичной) юридической нормы. Эта норма существуетъ съ единственной цѣлью —оказать психическое воздѣйствіе на тѣхъ членовъ общежитія, для которыхъ мало „господствующихъ въ данномъ общежитіи воззрѣній“; очевидно, что она адресована прежде всего населенію. **)

*) Одинъ изъ крайнихъ представителей разбираемаго мнѣнія—*Шейнъ*—утверждаетъ, что право есть совокупность правилъ, которыми руководствуется государство въ своей дѣятельности *J. Schein.* Unsere Rechtsphilosophie und Iurisprudenz. 1889.

**) А многія нормы уголовнаго права вовсе не представляютъ собою санкцій другихъ нормъ: онѣ имѣютъ творческій характеръ, создавая раньше не существовавшую первичную норму.

Далѣе. Невѣрно утвержденіе разбираемой теоріи, что право не создаетъ ничего новаго для жизни, а лишь закрѣпляетъ уже созданное спеціальными гарантіями: исторія даетъ не мало примѣровъ, доказывающихъ, что право есть не только результатъ, но и факторъ культуры. Кромѣ того: что это значитъ „закрѣпляетъ уже созданное жизнью“? Это значитъ, что оно заканчиваетъ процессъ образованія юридической нормы, что извѣстное содержаніе, бывшее раньше предметомъ субъективнаго правосознанія, нравовъ, становится безусловно обязательнымъ, облекается въ одну изъ формъ права.

Наконецъ, указаніе на то, что населеніе не знаетъ законовъ, нисколько не подрываетъ господствующей теоріи. Прежде всего населеніе знаетъ основныя начала дѣйствующаго правопорядка, а этого вполнѣ достаточно для обычныхъ отношеній. Нормы права адресованы ко всему населенію, но огромная масса *спеціальныхъ* отношеній будетъ всегда чужда многимъ членамъ общежитія, которые поэтому и не знаютъ, и не интересуются соотвѣтствующими нормами.

ГЛАВА II.

Обычное право.

§ **327.** Обычное право есть совокупность неписанныхъ юридическихъ нормъ, возникшихъ незамѣтно, путемъ продолжительнаго фактическаго соблюденія среди членовъ общежитія.

Анализируя это опредѣленіе, мы находимъ, что юридическій обычай, норма обычнаго права, разсматриваемая съ ея внѣшней стороны, тождественна со всѣми остальными видами юридическихъ нормъ въ одномъ отношеніи: она имѣетъ безусловно-обязательный характеръ (обычай не простой, *а юридическій*). Въ остальныхъ отношеніяхъ *формальные* признаки нормы обычнаго права отличаются отъ соотвѣтствующихъ признаковъ другихъ юридическихъ нормъ. Она возникаетъ незамѣтно, остальныя нормы—путемъ точно опредѣленнаго акта („нормативный фактъ"); она для своего возникновенія требуетъ продолжительнаго фактическаго соблюденія, остальныя нормы возникаютъ путемъ единичнаго акта; она создается членами общежитія, остальныя нормы—государственною властью; она неписанная, остальныя—писанныя*).

§ **328.** Господствующее мнѣніе утверждаетъ, что обычное право есть первоначальная форма права, исторически предшествующая всѣмъ остальнымъ.

Противъ этого мнѣнія нѣкоторые ученые возражаютъ. Они говорятъ, что для образованія нормъ обычнаго права необходимо время, и время продолжительное; а что же регулировало общежитіе, пока еще не сложились юридическіе обычаи? И вотъ, указывая на чрезвычайно важную роль, которую играютъ въ образованіи права отдѣльные акты органовъ высшаго внѣшняго авторитета, они полагаютъ, что первоначальной формой права надо признать не обычное право, а эти акты, „судебныя рѣшенія", „прецеденты".

Возраженія эти основаны на недоразумѣніи. Въ ученіи объ образованіи права (§ 279) мы видѣли все великое значеніе прецедентовъ для возникновенія обычнаго права. Изъ этого ученія ясно, что о правѣ можно говорить только тогда, когда образовались

*) Относительно послѣдняго различія необходимо напомнить сказанное въ § 299, а относительно первыхъ двухъ обычное право тождественно съ судебной практикой.

юридическія нормы (хотя бы слитыя въ одну массу съ остальными этическими нормами), а норма обычнаго права возникаетъ только въ результатѣ продолжительнаго процесса накопленія однородныхъ прецедентовъ. Поэтому прецедентъ не можетъ быть названъ формой права, его формальнымъ источникомъ. Онъ имѣетъ тенденцію превратиться въ норму, но самъ по себѣ ее не творитъ; *а разъ нѣтъ нормы, нѣтъ и права.* Это положеніе необходимо энергично подчеркивать, если мы не желаемъ черезчуръ расширить понятіе права и смѣшать его съ личными психическими переживаніями.

Итакъ слѣдуетъ признать правильнымъ господствующее мнѣніе: обычное право есть исторически первоначальная форма права. Но это положеніе надо дополнить указаніемъ на важную роль *отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеній* въ первобытной правовой жизни. Судебное рѣшеніе, какъ увидимъ дальше (§ 462), создаетъ индивидуальную юридическую норму для даннаго случая. Если это бываетъ такъ въ настоящее время, то тѣмъ болѣе это такъ для той эпохи, когда все право находилось еще въ періодѣ первоначальнаго образованія. И вотъ мы должны признать, что первоначальной формой права на ряду съ нормами обычнаго права были индивидуальныя нормы, создаваемыя судебными рѣшеніями. (Ср. § 463).

§ **329**. Въ теоріи обычнаго права подлежатъ разрѣшенію два основныхъ вопроса: 1) вопросъ о происхожденіи нормъ обычнаго права, иначе: какіе факторы участвуютъ въ созданіи этихъ нормъ и 2) вопросъ объ источникѣ безусловно-обязательной силы обычнаго права.

По первому вопросу существуютъ двѣ крайнія теоріи. а) Историческая школа въ лицѣ Пухты учила, что юридическія нормы находятся въ готовомъ видѣ въ глубинѣ народнаго духа; онѣ проявляются во внѣ посредствомъ обычаевъ, фактическаго соблюденія. Такимъ образомъ фактъ примѣненія даннаго обычая служитъ только средствомъ распознаванія соотвѣтствующей нормы. Посему, довольно даже единичнаго факта, чтобы наблюдатель могъ сказать, что передъ нимъ норма обычнаго права*). Эту теорію многіе называютъ „спиритуалистической“.

---

*) Еще недавно нѣмецкій ученый *Бруннеръ* въ своей извѣстной работѣ „Deutsche Rechtsgechichte“ (I, 277) утверждалъ, что если норма обычнаго права согласна съ народнымъ правосознаніемъ, то мы имѣемъ ее передъ собою уже съ перваго случая ея соблюденія.

в) Противоположная („матеріалистическая“) теорія (Адикесъ, Цительманъ, Шершеневичъ) наоборотъ утверждаетъ, что норма обычнаго права происходитъ исключительно въ силу долговременнаго соблюденія. Фактъ примѣненія даннаго обычая является правотворящимъ факторомъ и притомъ единственнымъ.

§ **330.** Обращаясь къ оцѣнкѣ этихъ теорій, необходимо признать, что истина заключается въ ихъ синтезѣ.

Теорія исторической школы является крайне односторонней и несогласной съ фактами. Въ первой части курса уже говорилось о неправильности мнѣнія, по которому въ „народномъ духѣ“ лежитъ цѣлая система готовыхъ юридическихъ нормъ. Не существуетъ никакого „общенароднаго убѣжденія“, а существуютъ убѣжденія отдѣльныхъ лицъ. Для образованія изъ этихъ отдѣльныхъ убѣжденій общей нормы, необходимо, чтобы такъ или иначе онѣ объективировались, и чтобы люди постоянно дѣйствовали согласно этому убѣжденію. Каждый изъ насъ можетъ на себѣ легко провѣрить, какъ наши смутныя, туманныя психическія переживанія путемъ упорной умственной работы облекаются въ ясную форму понятій и запечатлѣваются или на бумагѣ, или въ рѣчи Если бы не было этой формы, не было бы и облеченной въ нее мысли. Аналогичное явленіе мы имѣемъ въ порядкѣ образованія нормы обычнаго права: она не рождается на свѣтъ готовой изъ таинственнаго народнаго духа, а появляется въ результатѣ долгаго процесса, въ которомъ многочисленные факты примѣненія играютъ главную роль.*)

Въ установленіи этого положенія заключается сильная сторона противоположной теоріи. Но мнѣніе, что фактъ соблюденія есть *единственная* причина возникновенія нормы обычнаго права едва ли можетъ быть принято. Если бы было такъ, то юридическій обычай ничѣмъ не отличался бы отъ простого обычая, гдѣ опредѣляющими мотивами является любезность, цѣлесообразность, привычка и т. п. Но вѣдь въ такихъ обычаяхъ нѣтъ характера безусловной обязательности, т. е. именно того, что рѣзко отличаетъ отъ нихъ юридическіе обычаи. Поэтому можно сказать, что какъ бы долго ни практиковался извѣстный образъ поведенія,

*) Важность этого момента настолько очевидна, что Савиньи внесъ поправку въ ученіе Пухты, признавъ, что нѣкоторыя нормы обычнаго права возникли изъ долговременнаго фактическаго соблюденія, напр. сроки, количество свидѣтелей при сдѣлкахъ.

онъ не можетъ сдѣлаться нормой обычнаго права, если къ нему не привходитъ сознаніе безусловной обязательности. Крестьяне могутъ 200 лѣтъ ѣздить въ городъ по одной дорогѣ и все таки ихъ правовое чувство не будетъ реагировать на необычный поступокъ поѣздки по другой, неудобной, дорогѣ

Такимъ образомъ необходимыми признаками юридическаго обычая является: 1) фактъ долговременнаго примѣненія и 2) сознаніе его безусловной обязательности

§ 331. По поводу этого сознанія обязательности необходимо сдѣлать нѣсколько разъясненій. Пухта училъ, что такимъ сознаніемъ является сознаніе всего народа. Но вѣдь очевидно, что юридическихъ обычаевъ, общихъ всему народу въ современномъ государствѣ нѣтъ Обычаи отличаются мѣстнымъ характеромъ, они различны для различныхъ круговъ населенія даже въ одной мѣстности. А между тѣмъ теорія исторической школы утверждала такую общность не только для первоначальнаго періода исторіи права, но и для современнаго. И вотъ другой знаменитый глава исторической школы, Савиньи, внесъ поправку въ ученіе Пухты. Поправка заключается въ слѣдующемъ. Подобно тому, какъ законодатель издаетъ мѣстные законы, такъ и народное правосознаніе можетъ проявиться въ формѣ мѣстныхъ обычаевъ; основа дѣйствія мѣстныхъ законовъ—воля законодателя, точно также основа дѣйствія мѣстныхъ обычаевъ—народный духъ, убѣжденіе всего народа.

Поправка эта не спасаетъ теоріи. Если бы теорія была вѣрна, то сначала должны были бы появиться общіе обычаи, а на почвѣ этихъ обычаевъ мы бы наблюдали возникновеніе мѣстныхъ, групповыхъ. На самомъ дѣлѣ процессъ образованія обычнаго права совершенно обратный: сначала появляются мѣстные обычаи, а потомъ общіе. Кромѣ того народъ, нація, представляетъ собою позднѣйшее историческое образованіе; между тѣмъ соціальныя общенія, предшествовавшія этому образованію (кланы, общины, роды) уже имѣли свое обычное право.

§ 322. Что касается перваго фактора образованія юридическаго обычая (примѣненіе), то онъ проявляется въ различныхъ формахъ. Обычай можетъ возникнуть въ результатѣ незамѣтнаго, безболѣзненнаго процесса; онъ можетъ появиться въ результатѣ борьбы противоположныхъ интересовъ; наконецъ, какъ мы видѣли, онъ возникаетъ въ результатѣ длиннаго ряда отдѣльныхъ актовъ, исходящихъ отъ органовъ высшаго внѣшняго авторитета.

Часто можно встрѣтить въ литературѣ вопроса выраженіе: „безсознательное“ творчество юридическихъ обычаевъ. Выраженіе это не соотвѣтствуетъ истинѣ: въ особенности оно неправильно, если стоять на почвѣ исторической школы: какъ это можетъ быть *безсознательное* развитіе изъ общаго *убѣжденія* народа? Но даже если стоять на почвѣ „матеріалистическихъ“ теорій, то и тогда нельзя говорить о безсознательномъ происхожденіи нормъ обычнаго права. Возьмемъ образованіе нормы въ результатѣ длиннаго ряда судебныхъ рѣшеній: вѣдь здѣсь уже въ первомъ рѣшеніи мы имѣемъ вполнѣ сознательный актъ, направленный на созданіе соотвѣтствующей нормы. То-же самое будетъ и въ случаяхъ возникновенія нормы въ результатѣ борьбы интересовъ: безсознательной борьбы быть не можетъ. И даже въ случаяхъ образованія нормы въ результатѣ спокойнаго, безболѣзненнаго процесса долговременнаго соблюденія извѣстнаго образа дѣйствій—каждый отдѣльный поступокъ будетъ совершаться сознательно, по опредѣленнымъ мотивамъ.

Норма обычнаго права возникаетъ *незамѣтно*, но не *безсознательно*.—Но изъ того, что процессъ образованія нормы съ самаго начала является сознательнымъ, нельзя дѣлать вывода, что это сознаніе надо понимать, какъ наличность второго необходимаго признака юридическаго обычая, т. е. какъ *общее убѣжденіе въ безусловно—обязательномъ характерѣ уже существующей нормы*. Это убѣжденіе является вторымъ по времени признакомъ въ процессѣ образованія нормы (первый признакъ есть многократность соотвѣтствующихъ поступковъ); оно складывается также незамѣтно, путемъ расширенія круга лицъ съ тождественнымъ субъективнымъ правосознаніемъ.

Но хотя только что указанный признакъ юридическаго обычая есть *второй* въ смыслѣ генезиса, онъ никоимъ образомъ не можетъ быть названъ *вторичнымъ* въ логическомъ смыслѣ: въ понятіи юридическаго обычая оба признака одинаково необходимы *и другъ отъ друга независимы*. Вотъ почему нельзя говорить, что общее убѣжденіе въ безусловной обязательности возникаетъ какъ результатъ долговременнаго соблюденія, что оно всецѣло обусловлено фактомъ повторенія: вѣдь тогда всѣ обычаи были бы юридическими. Изъ того, что въ исторіи одинъ элементъ появляется раньше, а другой позже, вовсе не слѣдуетъ, что первый есть основной, а второй производный. Фактъ примѣненія играетъ важную роль въ образованіи общаго убѣжденія (нормативная тенденція

фактическаго), но это не единственный факторъ: на ряду съ нимъ дѣйствуетъ субъективное правосознаніе, результатомъ котораго является *раціонализація фактическаго*. И только тогда фактъ превращается въ право (ср. § 111).

§ 333. Само собою разумѣется, что нельзя указать, сколько именно времени нужно для образованія юридическаго обычая; во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы соотвѣтствующее поведеніе соблюдалось очень долго: чѣмъ древнѣе обычай, тѣмъ крѣпче его сила. Поведеніе должно быть однообразнымъ: неопредѣленность, шатанія, уклоненія, задерживаютъ возникновеніе обычая.

Не такъ давно былъ поднятъ въ наукѣ вопросъ объ ошибкѣ въ процессѣ образованія нормы обычнаго права. Можетъ ли считаться правомъ такая норма, которая возникла въ результатѣ какого либо ошибочнаго убѣжденія? Вопросъ рѣшается утвердительно: важно, чтобы на лицо были оба существенные признака юридическаго обычая, а какіе факторы повліяли на созданіе убѣжденія въ его безусловной обязательности, это значенія не имѣетъ.

Спорнымъ еще и въ настоящее время является вопросъ о разумности обычая и о согласіи его съ нравственностью, какъ условіяхъ его юридическаго дѣйствія. Одни ученые (въ особенности англійскіе юристы) утверждаютъ, что явно неразумный обычай*) не долженъ считаться нормой обычнаго права. Другіе возражаютъ, что если существуютъ и дѣйствуютъ явно неразумные и безнравственные законы, то на такомъ же основаніи могутъ дѣйствовать и обычаи.—Повидимому весь споръ основанъ на недоразумѣніи. Прежде всего что касается первоначальнаго обычнаго права, то, какъ мы знаемъ, оно находилось въ полной гармоніи съ религіозно-нравственными воззрѣніями людей того періода исторіи культуры, когда право еще не дифференцировалось изъ общей этической основы. Вопросъ, стало быть, можетъ возникать лишь объ обычномъ правѣ позднѣйшихъ періодовъ и въ особенности объ обычномъ правѣ, существующемъ рядомъ съ закономъ. А отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ изъ положеній, установленныхъ въ § 273—274.—Что же касается неразумности и безнравственности обычая, противорѣчащаго общему духу существующихъ законовъ, то вопросъ сводится къ болѣе широкому вопросу, а

*) „Obviously and seriously repugnant to right and reason", какъ говоритъ Salmond. (Jurisprudence or the theory of the law. 1907, p. 146).

именно—объ отношеніи обычнаго права къ закону въ современномъ государствѣ.

§ **334.** Но предварительно мы должны заняться вторымъ основнымъ вопросомъ теоріи обычнаго права, вопросомъ объ источникѣ безусловно-обязательной силы юридическихъ обычаевъ. Разрѣшеніе этого вопроса дастъ основу и для разрѣшенія того вопроса, къ которому мы пришли въ концѣ предыдущаго параграфа.

Итакъ, откуда заимствуетъ обычное право свою обязательную силу?

До начала 19 в. въ наукѣ господствовало мнѣніе, отвергающее обычное право, какъ самостоятельную форму права. Юридическіе обычаи или подводили подъ понятіе закона („молчаливый законъ" въ республикахъ), или обязательную силу юридическаго обычая выводили изъ признанія законодателя (спеціальнаго для каждаго отдѣльнаго обычая, или общаго—для всѣхъ обычаевъ).—Историческая школа, впервые поставившая вопросъ объ обычномъ правѣ на научную почву, доказала, что обычное право есть самостоятельная форма права, и утверждала, что обязательную силу оно заимствуетъ не извнѣ, а изъ самого себя, а именно изъ общаго убѣжденія народа.

Въ настоящее время очень многіе ученые раздѣляютъ взглядъ исторической школы. Они подвергаютъ критикѣ старыя теоріи, указывая на фиктивность понятія „молчаливаго закона" въ республикахъ; на такую же фиктивность признанія законодателя, т. к. онъ не знаетъ и не можетъ знать (а слѣдовательно и признать) всѣхъ обычаевъ; на то, что обычное право предшествовало закону, а поэтому не только нельзя сказать, что обычай заимствуетъ свою силу отъ закона, но какъ разъ наоборотъ: сами законы заимствовали свою силу отъ обычаевъ; наконецъ указываютъ на то, что обычное право можетъ отмѣнять законъ (дерогирующая сила обычая).

§ **335.** Въ этихъ увѣреніяхъ много вѣрнаго. Но все это доказываетъ лишь одно, а именно, что *обычное право есть самостоятельная форма права*, не сводимая къ закону. Въ этомъ отношеніи старыя теоріи ошибались, а историческая школа, доказавшая самостоятельность обычнаго права, оказала наукѣ цѣнную услугу.

Но если мы скажемъ, что юридическіе обычаи представляютъ собою самостоятельную форму права, то этимъ мы еще не отвѣтимъ на вопросъ: изъ какого источника почерпаютъ они свой

безусловно-обязательный характеръ? Напомнимъ, что во всей этой части курса рѣчь идетъ о *формальномъ* источникѣ, обусловливающемъ юридическое дѣйствіе положительнаго права.

И вотъ, если мы расчленимъ вопросъ такимъ образомъ, то должны будемъ признать, что старыя теоріи стояли на правильномъ пути. Мы знаемъ, что формальная основа дѣйствія юридическихъ нормъ есть тотъ высшій внѣшній авторитетъ, который санкціонируетъ эти нормы. Норма обычнаго права отличается отъ остальныхъ юридическихъ нормъ только тѣмъ, что она образовалась помимо участія этого авторитета*); но имѣть безусловно-обязательную силу она можетъ только получивъ санкцію власти. Такъ было и въ первобытныя времена, когда кромѣ обычнаго права не было другой формы права, такъ было и въ первые періоды жизни государства, такъ тѣмъ болѣе оно есть въ настоящее время.

Конечно, если назвать правомъ всѣ соотвѣтствующія психическія переживанія индивида, то тѣмъ болѣе мы должны назвать правомъ сложившійся опредѣленный обычай, относительно котораго существуетъ „общее убѣжденіе въ его обязательности“. Тогда мы должны будемъ назвать дуэль юридическимъ обычаемъ, точно также какъ и правила о визитахъ. Но такое воззрѣніе находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ основнымъ принципомъ теоріи положительнаго права: *въ государствѣ можетъ дѣйствовать только одинъ правопорядокъ, проникнутый одними и тѣми-же началами и санкціонированный одной и тою-же властью; отдѣльныя части правопорядка не могутъ другъ другу противорѣчить.* **)

Если законъ запрещаетъ дуэль, то этотъ обычай никоимъ образомъ не можетъ назваться юридическимъ, и ясно почему: *высшимъ* внѣшнимъ авторитетомъ того общежитія, гдѣ существуетъ обычай дуэли, является государственная власть, это общежитіе входитъ въ составъ болѣе широкаго общежитія, государства, и подчиняется ему. А такъ какъ государственная власть не только не санкціонируетъ дуэли, но запрещаетъ ее, то дуэль относится къ области нравовъ, конвенціональныхъ нормъ. Тоже самое надо сказать о всякой другой мнимой юридической

*) Этого нельзя сказать безъ оговорки относительно нормъ, возникшихъ въ результатѣ первобытныхъ судебныхъ рѣшеній.

**) Здѣсь необходимо имѣть въ виду изложенное въ §§ 73, 92 и 93.

нормѣ: люди опредѣленнаго круга сколько угодно могутъ ей подчиняться, быть глубоко убѣжденными въ ея безусловной обязательности, но разъ государство ее не признаетъ, мы имѣемъ дѣло съ конвенціональной нормой*). Она была-бы юридической только тогда, когда это общеніе не входило бы въ составъ государства. Въ лучшемъ случаѣ она можетъ превратиться въ юридическую: если законъ прямо ее не запрещаетъ, а судъ окажетъ ей свою защиту.

§ **336.** Итакъ безусловно-обязательную силу (т. е. юридическій характеръ) обычай получаетъ только отъ признанія государства *въ той или иной формѣ*, чаще всего въ формѣ защиты отдѣльныхъ обычаевъ судомъ **).

Возникаетъ вопросъ: когда же судья долженъ оказывать такую защиту?

Если стать на точку зрѣнія, которую очень недавно защищалъ нѣмецкій юристъ К р о м е, утверждающій, что судья долженъ примѣнять юридическіе обычаи не въ силу разрѣшенія государства, а въ силу того, что они представляютъ собою право***), то мы получимъ порядокъ, при которомъ въ государствѣ могутъ дѣйствовать нѣсколько противорѣчащихъ другъ другу системъ права, и судья окажется въ безвыходномъ положеніи, когда ему придется примѣнять обычай, противорѣчащій закону: на какомъ основаніи онъ откажетъ въ примѣненіи такого обычая? вѣдь онъ представляетъ собою такое же дѣйствующее право, какъ и законъ. И вотъ, если онъ откажетъ примѣнить обычай, руководствуясь тѣмъ, что законъ имѣетъ больше силы, то этимъ самымъ онъ признаетъ, что обычай, противорѣчащій закону, не есть право (а дальнѣйшимъ выводомъ будетъ положеніе, что нормы обычнаго права существуютъ только въ силу признанія государства). А если онъ примѣнитъ обычай, противорѣчащій закону, руководствуясь тѣмъ, что здѣсь мѣстное, или спеціальное право, которому законъ долженъ

---

*) Англійскіе юристы единодушно отвергаютъ юридическій характеръ какого бы то ни было обычая, противорѣчащаго закону. „But no custom of any sort is of any validity as against statute law“ (Salmond, l. c, p. 147).

**) Это дало основаніе крупному англійскому юристу О с т и н у утверждать, что вездѣ обычное право представляетъ собою ничто иное, какъ судебную практику. *Austin* Lectures on jurisprudence on the Philosophy of Positive Law 1885. 538.

***) *Crome*. System d. deutsch. bürg. Rechts. 1900. I, 89.

уступать, то тогда противъ каждаго ненравящагося намъ закона мы можемъ создать противоположный ему обычай *).

Ясное дѣло, что судья можетъ примѣнять обычаи только тогда, когда государство признаетъ, 1) что въ составъ его правопорядка входитъ и обычное право и 2) опредѣлитъ объемъ примѣненія этой формы права, т. е. укажетъ, въ какихъ случаяхъ и при какихъ условіяхъ можно примѣнять юридическіе обычаи.

§ **338.** Можетъ показаться, что мы здѣсь имѣемъ логическій кругъ: съ одной стороны обычай только государствомъ надѣляется юридическимъ характеромъ, а съ другой стороны государство разрѣшаетъ примѣнять *юридическіе* обычаи, т. е. уже имѣющіе безусловно-обязательный характеръ. На самомъ дѣлѣ здѣсь логическаго круга нѣтъ: государство признаетъ *уже сложившіеся* обычаи и надѣляетъ ихъ юридическимъ характеромъ, точно указывая условія ихъ примѣненія; а изъ этихъ условій основнымъ является непротиворѣчіе обычая закону. Такимъ образомъ государство разрѣшаетъ судьѣ переводить извѣстную часть общихъ обычаевъ (нравовъ, конвенціональныхъ нормъ) въ разрядъ юридическихъ нормъ, а нѣкоторые изъ этихъ обычаевъ оно само объявляетъ юридическими и дѣлаетъ обязательными для судьи.

Этимъ и разрѣшается трудный вопросъ: по какому признаку судья выдѣляетъ юридическіе обычаи изъ простыхъ? Если самъ законодатель точно указываетъ, что въ такихъ-то отношеніяхъ судья *долженъ* руководствоваться *такими-то* обычаями (напр. въ дѣлахъ о наслѣдствѣ между крестьянами), то судья долженъ рѣшить только два вопроса, чтобы удостовѣриться въ юридическомъ характерѣ даннаго обычая: 1) дѣйствительно-ли онъ примѣняется давно и однообразно и 2) носитъ ли онъ характеръ

*) Еще рѣзче станетъ положеніе вещей, если мы скажемъ, что „для наличности обычнаго права достаточно наличности хотя бы въ психикѣ одного индивида (вопреки мнѣнію всѣхъ другихъ) императивно-аттрибутивнаго переживанія со ссылкою на поведеніе другихъ, хотя бы эта ссылка покоилась на недоразумѣніи, или подлежащее поведеніе было лишь рѣдкое и спорадическое“ *Петражицкій*. Теорія, II, 559). Я могу парализовать любой законъ, противопоставивши ему два тождественныхъ по содержанію права: мое „интуитивное право“ и мое „личное обычное право“. Вотъ къ какимъ практическимъ послѣдствіямъ ведетъ теоретически неправильное отожествленіе права съ личными психическими переживаніями, съ общимъ убѣжденіемъ и т. п. Еще и еще разъ повторимъ: право есть только такое субъективное правосознаніе (одного или многихъ), которое объективировалось въ одной изъ санкціонированныхъ высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ формъ права.

безусловной обязательности. Когда законодатель говоритъ, что при такихъ-то условіяхъ судья *можетъ* примѣнять мѣстные обычаи, и не указываетъ точно этихъ обычаевъ, то здѣсь усмотрѣнію судьи предоставляется большой просторъ Для судьи еще недостаточно разрѣшенія двухъ указанныхъ выше вопросовъ. Онъ долженъ рѣшить вопросъ, не противорѣчитъ ли данный обычай закону, а далѣе передъ нимъ могутъ возникнуть вопросы о разумности обычая, о его нравственномъ характерѣ, наконецъ вопросъ о цѣлесообразности дать ему юридическую охрану.

Вотъ почему судъ является важнѣйшимъ факторомъ въ образованіи обычнаго права. Здѣсь мы имѣемъ полную аналогію съ ролью „судебныхъ рѣшеній“ при образованіи первоначальнаго обычнаго права съ тою лишь разницей, что въ современномъ государствѣ судъ не творитъ содержанія нормы, а уже готовому содержанію, вылившемуся въ форму обычая, сообщаетъ юридическій характеръ.—

§ **338.** Изложенное заключаетъ въ себѣ отвѣтъ на вопросъ объ отношеніи обычнаго права къ закону въ современномъ государствѣ. Разъ юридическіе обычаи могутъ дѣйствовать только благодаря признанію государства, очевидно, что обычное право является хотя и самостоятельной, но *субсидіарной формой права*: оно регулируетъ тѣ отношенія, которыхъ не коснулся законъ.

Объемъ дѣйствія обычнаго права неодинаковъ въ современныхъ государствахъ. Въ однихъ государствахъ замѣчается тенденція къ полному упраздненію обычнаго права (напр. Австрія, Германія), въ другихъ оно признается столь же важной формой права, какъ и законъ (нѣкоторые кантоны Швейцаріи, Англія*),

*) Чрезвычайно широкимъ распространеніемъ пользуется мнѣніе, что въ Англіи основной формой права признается обычное право (common law) и обладаетъ такой же силой какъ законъ, и что хранителемъ этого права является судъ. Это мнѣніе не согласно съ истиной. Юридическіе обычаи входятъ въ составъ англійскаго правопорядка, но то, что называется common law, и хранителемъ чего являются англійскіе судьи, есть *судебная практика*, а не обычное право. Выдающіеся англійскіе историки права Pollock и Maitland въ своей капитальной работѣ „The History of English Law before the Time of Edward I“ (1895 г.) доказываютъ, что уже въ 13 вѣкѣ common law было обычнымъ правомъ *судовъ*, причемъ даже въ первооснове этой судебной практики лежало правотворчество суда, а не обычное право въ точномъ смыслѣ слова. Ср. первое примѣчаніе къ § 336. Сальмондъ, упоминая о распространенномъ мнѣніи относительно обычнаго права Англіи, выражаетъ сильное сомнѣніе въ его правильности: „it may be gravely doubted whether at any time this doctrine expressed the truth of the matter“ (l. c., 143; ср. стр. 160).

въ третьихъ ему отводится значительная субсидіарная роль. Къ такимъ государствамъ принадлежитъ Россія.

При той разношерстности, которой отличается населеніе Россіи, при той замкнутости и отчужденности отъ общей культуры, которыя характеризуютъ собою бытъ большинства населенія, при громадныхъ размѣрахъ территоріи, вполнѣ естественно, что обычное право имѣетъ широкое распространеніе. Прежде всего оно почти замѣняетъ собою законъ для кочующихъ и для многихъ изъ осѣдло живущихъ инородцевъ. Далѣе въ крестьянскомъ бытѣ волостные суды руководствуются обычнымъ правомъ во всѣхъ тяжебныхъ дѣлахъ; дѣла объ опекѣ, попечительствѣ и наслѣдованіи также рѣшаются на основаніи обычнаго права. Затѣмъ Уставъ торговый прямо предписываетъ коммерческимъ судамъ основывать рѣшенія на торговыхъ обычаяхъ, если нѣтъ соотвѣтствующаго закона. И въ общегражданскихъ законахъ есть указанія на торговые обычаи. Въ тѣхъ же законахъ въ статьѣ о договорахъ прямо предписывается суду при толкованіи договора, возбуждающаго сомнѣнія, руководствоваться обычаями, если законъ не можетъ разрѣшить сомнѣніе. И наконецъ Судебные Уставы вмѣняютъ въ обязанность мировому судьѣ примѣнять мѣстные обычаи, если данный случай закономъ не предусмотрѣнъ.

§ **339**. Само собою разумѣется, что если законъ разрѣшаетъ судьѣ примѣнять юридическіе обычаи, и если судья нашелъ соотвѣтствующій обычай, то онъ имъ такъ-же связанъ, какъ и закономъ; неправильное примѣненіе обычая, неправильное толкованіе его можетъ служить поводомъ для отмѣны рѣшенія и въ касаціонномъ порядкѣ.

Но если въ судебномъ правѣ непоколебимо твердо стоитъ принципъ, что судья обязанъ знать всѣ необходимые для рѣшенія дѣла законы, то относительно юридическихъ обычаевъ такого принципа нѣтъ и быть не можетъ. Поэтому нѣкоторые ученые находятъ, что обычное право слѣдуетъ отнести къ фактической сторонѣ дѣла, т. е. предоставить заинтересованной сторонѣ ссылаться на обычай и доказывать его существованіе. А если такой ссылки не будетъ, или если сторона не докажетъ своей ссылки, судья долженъ игнорировать существованіе обычая.—Мнѣніе это неправильно: разъ обычай является *правомъ*, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы предоставить усмотрѣнію сторонъ примѣненіе этого права; судья обязанъ его примѣнять ex officio. Все различіе между закономъ и обычаемъ заключается въ томъ, что при уста-

новленіи существованія обычая допускается самая широкая помощь сторонъ, которыя могутъ ссылаться на свидѣтелей, старожиловъ, знатоковъ мѣстныхъ обычаевъ и т. п. Но все это не избавляетъ судью отъ обязанности и съ своей стороны собирать доказательства существованія обычая.

§ **340**. Два слова о вопросѣ, который даже въ настоящее время разрѣшается не однообразно всѣми учеными. Это вопросъ о дерогирующей силѣ обычая. Можетъ ли обычное право отмѣнить законъ?

Нѣкоторые ученые даютъ утвердительный отвѣтъ, ссылаясь на факты, доказывающіе повидимому, что законъ перестаетъ примѣняться подъ вліяніемъ сложившагося противоположнаго обычая (напр. существующая въ нашемъ Врачебномъ Уставѣ такса и современные гонорары врачей). Изъ всего предыдущаго изложенія видна совершенная неправильность этого мнѣнія. Законъ можетъ убить какой угодно обычай, но всѣ обычаи безсильны передъ закономъ. Законъ можетъ фактически не примѣняться, всѣ могутъ быть убѣждены, что его уже не существуетъ, что онъ умеръ, но стоитъ только найтись хоть одному человѣку, заинтересованному въ соблюденіи закона, онъ сейчасъ же воскреснетъ изъ мертвыхъ. Законъ можетъ быть отмѣненъ только закономъ. Пусть какой нибудь зубной врачъ попробуетъ предъявить у мирового судьи искъ въ 3 руб. за „удаленіе зуба“, ссылаясь на установившуюся практику: судья на основаніи п. 3 ст. 149 Уст. Врачебнаго присудитъ только 15 коп.; или пусть какая нибудь медицинская „знаменитость“ съ широкими аппетитами предъявитъ искъ въ 100 руб. за посѣщеніе больного, ссылаясь на свою таксу и на то, что онъ ее примѣняетъ уже много лѣтъ,—и сейчасъ же оживетъ 1 п. 149 статьи, гласящій, что „докторъ“ за визитъ, совѣтъ и прописаніе рецепта „да пріемлетъ“ около двухъ рублей (а „лѣкарь“—около рубля).

§ **341**. Если мы бросимъ общій взглядъ на взаимное отношеніе закона и обычая, то замѣтимъ слѣдующее. Въ первомъ періодѣ обычное право было почти (окончаніе § 328) единственной формой права, оно было той почвой, на которой выросъ законъ; первые законы были записанными обычаями (Русская Правда, leges barbarorum). Дальнѣйшая исторія показываетъ три періода взаимоотношенія обѣихъ формъ права: 1) обычное право является основнымъ формальнымъ источникомъ права, оно первенствуетъ надъ закономъ, который ограничивается скромной ролью—дополнять обычаи; 2) во второмъ

періодѣ объ формы права имѣютъ одинаковое значеніе, онѣ конкуррируютъ, взаимно другъ друга дополняя и 3) законъ рѣшительно преобладаетъ и отводитъ обычаю подчиненную, субсидіарную роль. Кромѣ того замѣчается ясно выраженная тенденція къ совершенному упраздненію обычнаго права.

Возникаетъ вопросъ: имѣются ли разумныя основанія такой тенденціи? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо подвергнуть сравнительной оцѣнкѣ объ формы права. Если результаты покажутъ, что законъ выше обычнаго права, болѣе соотвѣтствуетъ высокой культурѣ, то этимъ самымъ мы вскроемъ тотъ внутренній смыслъ, ту движущую идею, которая лежитъ въ основѣ совершающагося историческаго факта, т. е. вытѣсненія обычая закономъ.

§ **342**. Историческая школа учила, что обычное право есть не только самостоятельная, независимая отъ закона форма права, но и наиболѣе совершенная. Съ этой точки зрѣнія все отмѣченное движеніе исторіи должно разсматриваться какъ ненормальное, нежелательное.

Такое воззрѣніе исторической школы имѣетъ двѣ основы: политическую и научную. Съ одной стороны ученіе исторической школы явилось реакціей противъ тѣхъ идей, которыя вызвали французскую революцію съ ея крайностями. А это были идеи *односторонне понятаго* естественнаго права; главной изъ нихъ была безусловная вѣра въ возможность однимъ почеркомъ пера перестроить все общежитіе путемъ созданія соотвѣтствующихъ законовъ. Съ другой стороны историческая школа изъ самой природы обычнаго права выводила его преимущества передъ закономъ.

Обычное право есть самая консервативная форма права. Юридическій обычай требуетъ для своего образованія очень много времени. Но точно также требуется очень много времени для его отмѣны: необходимо, чтобы образовалось субъективное правосознаніе всѣхъ членовъ общежитія противъ этого обычая, чтобы онъ пересталъ пользоваться защитой власти. А это требуетъ массы времени, массы отдѣльныхъ случаевъ, доказывающихъ несправедливость или нецѣлесообразность обычая, массы отдѣльныхъ случаевъ несоблюденія его. Мы видимъ здѣсь діаметральную противоположность закону, который сегодня существуетъ, а завтра можетъ быть отмѣненъ. Кромѣ того, законодатель можетъ ввести новый законъ однимъ почеркомъ пера, а для образованія нормы

обычнаго права требуется очень много времени: эта норма должна доказать свою жизнепригодность, должна заслужить общее признаніе. Очевидно, что тутъ невозможны рискованные эксперименты, невозможны случаи навязыванія странѣ чуждыхъ и вредныхъ юридическихъ нормъ. Право должно соотвѣтствовать народной жизни, состоянію данной культуры, а этому требованію лучше всего удовлетворяетъ обычное право: оно создается самой жизнью, его нормы не могутъ быть навѣяны чьей либо безпочвенной фантазіей. Ко всему этому надо прибавить цѣнныя качества обычнаго права, выгодно отличающія его отъ закона: общеизвѣстность его нормъ и уваженіе къ нимъ населенія, что даетъ въ результатѣ болѣе прочный и устойчивый правопорядокъ.

§ **343.** Казалось бы, что всѣ эти аргументы несокрушимы и что законодатель долженъ играть ту роль, которая указана ему исторической школой, т. е. только собирать, приводить въ систему, давать отчетливую формулировку уже сложившимся обычаямъ, устранять противорѣчія между ними, но никоимъ образомъ не вводить новыхъ нормъ, еще не выработанныхъ жизнью*).

На самомъ дѣлѣ мы видимъ, что историческая школа преувеличила цѣнныя стороны обычнаго права, а ея аргументація противъ закона имѣетъ силу только тогда, когда мы будемъ брать законы неудачные, скороспѣлые, не соотвѣтствующіе извѣстнымъ объективнымъ началамъ, опирающіеся *только* на волю законодателя.

Аргументы исторической школы, основанные на національномъ принципѣ, заключаютъ въ себѣ только часть истины. Конечно нельзя навязывать народу такихъ законовъ, которые органически чужды всему вѣками сложившемуся строю его жизни. Но съ другой стороны уже Іерингъ возражалъ, что развитіе исключительно изнутри себя есть путь, ведущій къ смерти націи, а факты исторіи показываютъ благотворные эффекты заимствованія цѣлыхъ кодексовъ у чужихъ народовъ. А если мы не забудемъ, что высшимъ и культурнымъ, и этическимъ, и религіознымъ идеаломъ является отдаленный идеалъ всеобщаго братства, то мы поймемъ, что обычное право благодаря своему національностическому и мѣстно-

*) Кстати здѣсь ортодоксальная историческая школа непослѣдовательна: если всѣ юридическія нормы уже въ готовомъ видѣ лежатъ въ глубинѣ народнаго духа, если достаточно единичнаго факта примѣненія для проявленія во внѣ какой либо нормы, то почему законодатель не можетъ вскрыть эти нормы, не дожидаясь факта примѣненія, или довольствуясь однимъ какимъ либо фактомъ?.

му характеру можетъ представить опасность для культурнаго развитія народа, опасность въ видѣ китайской стѣны.

Къ такому же выводу мы придемъ, если разсмотримъ аргументы, основанные на принципѣ консерватизма. Неоднократно въ теченіи курса мы настоятельно подчеркиваемъ огромную важность консерватизма. Нѣтъ ничего опаснѣе рискованныхъ законодательныхъ экспериментовъ въ погонѣ за новизной, за т. наз. „прогрессивными“ теченіями. Далеко не все то, что хорошо у одного народа можетъ быть сразу перенесено въ правовую жизнь другого. Надо съ уваженіемъ относиться къ вѣковымъ выработаннымъ формамъ жизни, и въ частности къ формамъ правовымъ и политическимъ.—Но не надо консерватизмъ дѣлать единственнымъ и исключительнымъ факторомъ жизни. Исторія даетъ намъ много примѣровъ, доказывающихъ, что мудрый законодатель можетъ съ большой пользой для страны вводить новые законы, рѣзко противорѣчащіе выработавшемуся укладу жизни. Укажемъ для примѣра на реформы Петра Великаго, на реформы Александра II, этотъ „фундаментъ, на которомъ покоится вся будущность Россіи“ (Чичеринъ). Такимъ образомъ и здѣсь мы приходимъ къ выводу, что консервативный характеръ обычнаго права можетъ представить опасность для культурнаго развитія народа, опасность въ видѣ невозможности ввести надлежащія реформы.

§ **344.** Разсмотрѣніе аргументаціи исторической школы привело насъ къ выводу, что кореннымъ порокомъ обычнаго права является *косность*.

Чрезвычайно распространено въ наукѣ слѣдующее утвержденіе: такъ какъ законъ не можетъ предусмотрѣть всѣ случаи жизни и нерѣдко отстаетъ отъ жизни, а обычное право создаетъ нормы для тѣхъ отношеній, которыхъ не коснулся законъ, то слѣдовательно обычное право отличается гибкостью, эластичностью и и легкой приспособляемостью къ жизни. И это говорятъ даже такіе ученые, которые признаютъ, что обычное право есть менѣе совершенная форма права сравнительно съ закономъ*).

Если бы это было такъ, то полученный нами выводъ о косности обычнаго права оказался бы ошибкой. Что нибудь одно: или обычное право страдаетъ косностью, или оно отличается гибкостью и приспособляемостью; одно исключаетъ другое.—На самомъ дѣлѣ

---

*) Напр. *Трубецкой*, I. c., 107; *Гамбаровъ*. Курсъ гражданскаго права. 1911. стр. 221; *Іерингъ* въ II томѣ „Духа римскаго права“.

утвержденіе о гибкости обычнаго права есть недоразумѣніе. Совершенно вѣрнымъ было бы такое положеніе: законъ не можетъ все предусмотрѣть, онъ оставляетъ многія отношенія не регулированными; тогда обычное право вырабатываетъ свои нормы для этихъ отношеній. Но вѣдь это не одно и тоже, что гибкость и приспособляемость. Достаточно вспомнить о процессѣ образованія юридическихъ обычаевъ, чтобы скептически отнестись къ этой мнимой гибкости: жизнь создаетъ какія нибудь новыя отношенія, а соотвѣтствующая норма обычнаго права появляется черезъ нѣсколько десятковъ лѣтъ! Или съ другой стороны: жизнь требуетъ отмѣны какой нибудь нормы обычнаго права, но для такой отмѣны необходимо опять нѣсколько десятковъ лѣтъ.

Повидимому большинство ученыхъ, приписывающихъ обычному праву гибкость, смѣшиваютъ его съ судебными рѣшеніями и съ субъективнымъ правосознаніемъ. Субъективное правосознаніе—это дѣйствительно чрезвычайно гибкое начало, обладающее поразительной приспособляемостью ко всѣмъ условіямъ жизни. Точно также судебныя рѣшенія даютъ немедленные отвѣты на всѣ случаи жизни, хотя бы не предусмотрѣнные закономъ. Но обычное право есть начало неподвижное и косное; историческая школа, отмѣчая его консерватизмъ, дала совершенно правильную характеристику. Но только представители школы ошибались, приписывая обычному праву вмѣстѣ съ тѣмъ большую производительную силу: на самомъ дѣлѣ эта производительная сила очень невелика.

Косность обычнаго права легко объясняется и съ психологической точки зрѣнія. Каждому извѣстно, какъ трудно человѣку отдѣлаться отъ своихъ привычекъ, а тѣмъ болѣе отъ привычекъ застарѣлыхъ. А вѣдь господство обычнаго права есть господство старины. И чѣмъ древнѣе юридическій обычай, тѣмъ онъ крѣпче.

§ **345.** Обычному праву часто ставятъ въ упрекъ его неопредѣленность и неясность, обусловливающія шатаніе практики. Но такъ ли это? Дѣйствительно ли юридическій обычай, т. е. норма, образовавшаяся въ результатѣ вѣкового соблюденія извѣстнаго поведенія, будетъ отличаться неопредѣленностью? Довольно такъ поставить вопросъ, чтобы дать на него отрицательный отвѣтъ. Эта неопредѣленность можетъ быть въ періодѣ образованія обычая, но вѣдь тогда еще не существуетъ нормы.

Часть истины въ этомъ упрекѣ заключается въ слѣдующемъ. Въ настоящее время, когда обычное право можетъ дѣйствовать

только въ очень ограниченномъ кругѣ отношеній, сплошь и рядомъ суду приходится имѣть дѣло съ еще неустановившимися обычаями, или съ такими, которые начинаютъ вымирать. И вотъ въ этихъ случаяхъ дѣйствительно становится чрезвычайно трудно доказать существованіе обычая и точно формулировать его.

Обычное право съ успѣхомъ регулировало несложную жизнь первыхъ періодовъ исторіи культуры. Но чѣмъ сложнѣе становится жизнь, чѣмъ больше дифференцируется населеніе, тѣмъ менѣе пригодной становится эта форма права. Поэтому при всѣхъ своихъ историческихъ заслугахъ, при важности своей для науки (какъ цѣнный матеріалъ), обычное право должно уступить свое мѣсто закону и можетъ пока продолжать существовать въ весьма скромной роли субсидіарной формы права. Эта замѣна происходитъ въ силу великаго историческаго закона, по которому чѣмъ дальше, тѣмъ больше жизнь человѣчества проникается разумными началами, сознаніемъ. Какъ одно изъ проявленій этого закона возникаетъ законодательная дѣятельность государства, благодаря которой своевременно могутъ быть установлены юридическія нормы, вполнѣ соотвѣтствующія требованіямъ жизни.

Вспомнимъ первостепенную, все возрастающую важность научныхъ знаній и спеціальной подготовки при созданіи современныхъ законовъ, не забудемъ, что современный правопорядокъ есть чрезвычайно сложный организмъ, понять который можетъ только научно образованный юристъ, и мы поймемъ, что если при такихъ условіяхъ большинство членовъ современныхъ парламентовъ являются непригодными для роли законодателей, то тѣмъ болѣе не пригоденъ къ этой роли народъ. Совершенно правъ проф. Залѣскій, когда перечисляя гарантіи, которыми обставлена законодательная работа государства, говоритъ: „Все это представляетъ такія серіозныя гарантіи цѣлесообразности издаваемыхъ государственною властью законовъ, по сравненію съ которыми темная масса народа, бредущая ощупью и наугадъ, цѣною затраты огромной массы психическаго труда покупающаго нѣсколько приблизительно—цѣлесообразныхъ нормъ обычнаго права, --являетъ зрѣлище грустное и жалкое, а иногда даже полное трагизма“. *)

*) l. c., 152.—Превосходно разработанъ вопросъ о цѣнности обычнаго права у Петражицкаго „Теорія “. II, 563–572.

Все сказанное объ обычномъ правѣ относится только къ праву, дѣйствующему внутри государства. Въ международномъ правѣ юридическіе обычаи играютъ, и долго еще будутъ играть очень важную роль, хотя не трудно предвидѣть, что и здѣсь они должны уступить свое мѣсто болѣе совершенной формѣ права.

Въ заключеніе этой главы замѣтимъ, что идеальнымъ представляется такой порядокъ, при которомъ удачно формулированный законъ превращается въ норму обычнаго права.

ГЛАВА III.

Ученіе о законѣ.

§ **346**. *Законъ есть юридическая норма, исходящая непосредственно отъ высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія въ законодательномъ порядкѣ.*

Анализируя это опредѣленіе, мы находимъ, что понятіе закона заключаетъ въ себѣ двѣ стороны: матеріальную и формальную. Матеріальная сторона выражается въ терминѣ „юридическая норма", т. е. общее правило, регулирующее извѣстныя соціальныя отношенія согласно съ идеей этихъ отношеній (природой вещей и соотвѣтственнымъ началомъ естественнаго права). Такимъ образомъ здѣсь мы имѣемъ два признака: 1) общее правило, охватывающее массу напередъ не опредѣленныхъ случаевъ, и 2) согласіе его съ извѣстными объективными началами. Какъ видимъ,—это признаки общіе всѣмъ юридическимъ нормамъ, въ какую бы форму они ни облекались.

Формальная сторона закона, которая и отличаетъ его отъ всѣхъ остальныхъ юридическихъ нормъ, выражается въ двухъ признакахъ: 1) законъ устанавливается, или признается, *непосредственно* высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ даннаго общежитія (т. е. въ государствѣ верховной властью) и 2) онъ устанавливается въ спеціальномъ (законодательномъ) порядкѣ, гарантирующемъ его доброкачественность во всѣхъ отношеніяхъ.

§ **347**. Приведенное опредѣленіе выражаетъ собою понятіе закона *въ точномъ смыслѣ слова*, какъ высшей и наиболѣе совершенной формы права. Это опредѣленіе можно назвать общепринятымъ въ наукѣ, не смотря на кажущіяся разногласія.

Дѣло въ томъ, что нѣкоторые ученые наряду съ понятіемъ закона „въ тѣсномъ смыслѣ слова" (совпадающимъ съ нашимъ опредѣленіемъ) принимаютъ понятіе закона „въ широкомъ смыслѣ слова". Это послѣднее понятіе они опредѣляютъ, какъ *всякій актъ* верховной власти, изданный въ законодательномъ порядкѣ. Нѣкоторые еще больше расширяютъ понятіе закона, опредѣляя его, какъ „каждое повелѣніе высшей государственной власти", независимо отъ порядка изданія этого повелѣнія*).

*) Напр. *Н. Ренненкампфъ*. Очерки юридической энциклопедіи. 1880 г. стр. 76

Чтобы понять эти широкія опредѣленія закона, надо имѣть въ виду, что часто законодательныя учрежденія издаютъ акты, не устанавливающіе юридической нормы, а разрѣшающіе частные случаи жизни: актъ о присоединеніи къ государству какой нибудь новой области, актъ о разрѣшеніи какому либо гражданину за выдающіяся заслуги особыхъ наградъ, актъ объ экспропріаціи земли для желѣзной дороги, актъ объ амнистіи и т. п.

Такимъ образомъ ученые, расширяющіе понятіе закона, находятъ, что „законы въ тѣсномъ смыслѣ слова“ представляютъ собою только часть законовъ вообще, хотя и важнѣйшую часть.

§ **348**. Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію вопроса о правильности указаннаго расширенія понятія закона, мы должны остановиться на оригинальномъ теченіи научной мысли, еще болѣе расширяющемъ понятіе закона.

Проф. *Е. Трубецкой* находитъ, что закономъ въ обширномъ смыслѣ слова должна быть признана всякая юридическая норма, установленная прямымъ велѣніемъ *того или другого* внѣшняго авторитета. Поясняя свою мысль, онъ говоритъ, что подъ это понятіе подойдутъ не только юридическія нормы, издаваемыя напр. городскими думами, университетами и т. п., но и правила издаваемыя частными обществами, все равно легальными или нелегальными, и даже частными лицами. Такимъ образомъ распоряженіе помѣщика, воспрещающее охоту въ его лѣсу, постановленіе студенческой сходки о забастовкѣ и т. п.,—все это законы „въ обширномъ смыслѣ слова“*). Уважаемый коллега утверждаетъ, что благодаря такому расширенію понятія сравнительно съ „оффиціальнымъ пониманіемъ“ подъ него подойдутъ всѣ безъ исключенія позитивныя нормы, устанавливающія права.

Въ своемъ мѣстѣ мы говорили о неправильности смѣшенія юридическихъ нормъ съ областью конвенціональныхъ нормъ; изъ сказаннаго вытекаетъ неправильность причисленія проф. Трубецкимъ постановленій нелегальныхъ собраній къ законамъ. Вѣдь постановленія какой нибудь неразрѣшенной студенческой сходки не могутъ произвести ни при какихъ обстоятельствахъ другого юридическаго эффекта, кромѣ эффекта правонарушенія, на которое государство можетъ соотвѣтствующимъ образомъ реагировать. И если для участниковъ сходки и ихъ единомышленниковъ кажется, что эти постановленія обладаютъ безусловно—обязатель-

*) Энциклопедія права. 1907. стр. 108 и слѣд.

нымъ характеромъ, то достаточно самаго легкаго вмѣшательства государственной власти, чтобы доказать воочію всѣмъ и каждому всю эфемерность подобнаго рода „законовъ“. Воображать можно что угодно, можно имѣть какія угодно психическія переживанія, относящіяся къ области права, но дѣйствительнымъ правомъ, съ которымъ имѣетъ дѣло наука и практика, являются только юридическія нормы въ установленномъ выше смыслѣ.

Что же касается распространенія понятія закона на всѣ безъ исключенія аналогическія постановленія подчиненныхъ властей, автономныхъ единицъ и т. д., то такое распространеніе и неправильно теоретически, и не имѣетъ никакихъ практическихъ выгодъ. Дѣло въ томъ, что наука знаетъ терминъ, охватывающій всѣ безъ исключенія „позитивныя нормы, устанавляющія право“. Это—понятіе юридической нормы. Законъ есть одинъ изъ видовыхъ понятій, и если обыватель можетъ называть законами всякую юридическую норму, то для юриста это недопустимо. Наука должна точно устанавливать смыслъ понятій, классифицировать ихъ и тщательно относиться къ терминологіи. Вотъ почему мы и говоримъ, что родовымъ понятіемъ для области права является понятіе *юридической нормы*, а видовыя суть: юридическій обычай, законъ, указъ, автономическая норма и т. д.

§ **349**. Не трудно видѣть, что только что разсмотрѣнное мнѣніе проф. Трубецкаго сложилось подъ вліяніемъ теоріи проф. Петражицкаго. — Въ своемъ ученіи о „законномъ правѣ“ („Теорія“, II, 528—551) проф. Петражицкій говоритъ, что юридическая наука до сихъ поръ находилась въ заблужденіи и не знала, что такое право и что такое законъ. Сущность ученія уважаемаго коллеги о правѣ изложена въ первой части курса, гдѣ дана посильная оцѣнка этого ученія. Здѣсь повторимъ, что и послѣ самаго тщательнаго изученія трудовъ проф. Петражицкаго, мы думаемъ, что наука до сихъ поръ стояла на правильной почвѣ въ пониманіи природы права. Что касается чрезмѣрнаго расширенія понятія закона (сюда относятся: „соотвѣтственныя велѣнія боговъ, постановленія церковныхъ соборовъ, папъ, патріарховъ... постановленія родоначальниковъ, собраній старѣйшинъ и т. п.... велѣнія хозяина, отца, матери и т. д.... распоряженія господина рабовъ, владѣльца имѣнія, фабрики, торговаго заведенія... постановленія правленій, общихъ собраній... ученыхъ обществъ, политическихъ партій, не исключая преступныхъ организацій.. и проч., и проч.“ стр. 534),—то сюда относится сказанное въ предыдущемъ параграфѣ.

Но проф. Петражицкій находитъ, что даже если стоять на почвѣ общепринятыхъ въ наукѣ теорій, то и тогда откроется, что господствующее ученіе не можетъ быть признано правильнымъ. Прежде всего онъ подвергаетъ острой критикѣ второй формальный признакъ закона, а именно установленіе его въ спеціальномъ законодательномъ порядкѣ. Если принять такой признакъ, то множество дѣйствующихъ въ настоящее время законовъ окажутся не-законами, будутъ исключены изъ области права, а при болѣе послѣдовательномъ проведеніи господствующей теоріи получится массовое истребленіе дѣйствующихъ законовъ: изъ нихъ ни одного не останется Дѣло вотъ въ чемъ. Для того чтобы признать обыкновенные законы, издаваемые на основаніи конституціонныхъ законовъ и въ установленномъ конституціей законодательномъ порядкѣ, необходимо, чтобы подлежащіе конституціонные законы, въ свою очередь, были дѣйствительно законами, т. е. были изданы въ надлежащемъ, установленомъ для этого порядкѣ. И вотъ, если произвести соотвѣтственную провѣрку, то относительно многихъ государствъ уже въ первой стадіи такой повѣрки окажется, что подлежащіе конституціонные законы—не законы, не могутъ быть признаны законами вслѣдствіе ихъ противозаконнаго происхожденія. Это—конституціи революціоннаго происхожденія; далѣе, это законы, изданные верховною властью въ нарушеніе дѣйствующей конституціи. А если обратиться къ началу законодательной исторіи, къ первымъ законамъ какого либо государства, то подлежащіе законы не могутъ быть законами съ точки зрѣнія господствующаго ученія на томъ основаніи, что до начала законодательства нѣтъ и установленнаго надлежащаго порядка изданія законовъ. Сославшись въ заключеніе на случаи, когда и изданные въ надлежащемъ порядкѣ законы не дѣйствуютъ, т. к. не вызываютъ соотвѣтствующихъ психическихъ переживаній, проф. Петражицкій приходитъ къ заключенію, что существеннымъ для наличности закона является не изданіе въ установленномъ порядкѣ, а наличность соотвѣтственныхъ психическихъ переживаній.

§ **350**. Далѣе проф. Петражицкій находитъ теоретически неправильнымъ и первый формальный признакъ общепринятаго понятія закона. Онъ указываетъ на то, что разные государственные законы, въ томъ числѣ конституціонные, могутъ исходить и исходятъ не отъ государства, или органовъ государственной власти, а отъ другихъ лицъ, напр., конституціи революціоннаго происхожденія; конституціи, впервые конституирующія данное государ-

ство; законы, изданные узурпаторами и признанные населеніемъ. Наконецъ проф. Петражицкій отмѣчаетъ явленіе, противорѣчащее общепринятой теоріи, а именно, что въ присоединенныхъ къ государству новыхъ областяхъ продолжаютъ дѣиствовать разные прежніе законы, а всѣ эти законы вовсе не установлены верховной властью даннаго государства. — И здѣсь онъ приходитъ къ выводу, что существенно не то, отъ кого исходитъ законъ, а то, что извѣстный актъ вызываетъ соотвѣтственное психическое переживаніе.

Къ этому добавляется, что неправильно также считать законы велѣніями верховной власти и отсюда выводить ихъ обязательность: между прочимъ при такой точкѣ зрѣнія нельзя объяснить обязательность законовъ и для власти —

Проф. Петражицкій находитъ, что указанныя имъ ошибки господствующаго ученія основаны на методологическомъ недостаткѣ, а именно на смѣшеніи двухъ принципіально-различныхъ точекъ зрѣнія: теоретической (того, что есть) и практически-догматической (того, что должно быть по предписаніямъ офиціальнаго права). Изъ того, что данная конституція опредѣляетъ порядокъ изданія законовъ, порядокъ ихъ публикаціи, вступленія въ силу, отмѣны и т. д. вовсе не слѣдуетъ, что такъ всегда бываетъ.

§ **351**. Начнемъ разсмотрѣніе изложенныхъ воззрѣній съ послѣдняго утвержденія. Намъ уже приходилось указывать на неправильность весьма распространеннаго мнѣнія, противополагающаго „теоретическое“ разсмотрѣніе (то, что есть) нормативно-этической оцѣнкѣ сущаго съ точки зрѣнія того, что должно быть.

Это совершенно искусственное раздѣленіе одного и того же теоретическаго разсмотрѣнія. Теорія, т. е. наука, изучаетъ дѣйствительность во всей ея полнотѣ, поэтому теоретическое изученіе какой нибудь области явленій заключается не въ одномъ только описаніи этихъ явленій и установленіи порядка ихъ послѣдовательности и сосуществованія, но и въ раскрытіи лежащей въ основѣ этихъ явленій идеи, ихъ смысла, ихъ нормы.

Но повидимому проф. Петражицкій, дѣлая господствующему ученію о законѣ упрекъ въ методологическомъ смѣшеніи точекъ зрѣнія, имѣетъ въ виду нѣчто другое, а именно: смѣшеніе точки зрѣнія философіи права (общей теоріи права) и точки зрѣнія догматическаго изложенія дѣйствующаго государственнаго права. Такое смѣшеніе было бы большимъ порокомъ: философія права есть наука чистая и абстрактная, государственное право (догма)

—наука конкретная и прикладная. Далеко не все то, что установлено законами даннаго правопорядка, признается философіей права нормальнымъ, далеко не всѣ догматическія обобщенія этого правопорядка соотвѣтствуютъ чисто—теоретическимъ типамъ, установленнымъ философіей права.

Но господствующее опредѣленіе закона свободно отъ этого упрека. Наука здѣсь исходитъ изъ совершенно правильныхъ предпосылокъ. Находя, что основой всей правовой жизни является юридическая норма, наука стремится изучить эту основу во всѣхъ ея проявленіяхъ и историческомъ развитіи. При этомъ она приходитъ къ выводу, что высшей, наиболѣе совершенной формой юридическихъ нормъ является законъ. Изучая эту форму права, наука приходитъ къ выводу, что отъ всѣхъ остальныхъ юридическихъ нормъ законъ отличается только своими формальными признаками. И вотъ такихъ формальныхъ признаковъ устанавливается два: 1) законъ исходитъ непосредственно отъ высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія и 2) особый порядокъ его установленія. Теорія не говоритъ, какъ организовать этотъ высшій авторитетъ, какой именно порядокъ существуетъ при установленіи закона,—это дѣло догмы каждаго даннаго правопорядка. Общая теорія положительнаго права путемъ сравнительнаго изученія различныхъ правопорядковъ устанавливаетъ опредѣленные типы и вскрываетъ лежащія въ основѣ ихъ идеи. Никакого методологическаго смѣшенія здѣсь нѣтъ.

§ 352. А теперь обратимся къ тѣмъ возраженіямъ, которые дѣлаетъ проф. Петражицкій противъ формальныхъ признаковъ закона, какъ они установлены господствующимъ ученіемъ.

Не изданіе въ спеціальномъ порядкѣ является существеннымъ для закона, а то, что извѣстный актъ вызываетъ въ результатѣ соотвѣтственныя психическія переживанія.—Съ точки зрѣнія теоріи проф. Петражицкаго это быть можетъ и послѣдовательно, т. к. онъ считаетъ правомъ не то, что признается таковымъ наукой, а субъективныя психическія переживанія. Но тогда отвергается все ученіе о формахъ права и о юридическихъ нормахъ. Въ первой части курса обо всемъ этомъ достаточно говорилось. Что же касается утвержденія г. Петражицкаго будто при окончательной провѣркѣ всѣ нынѣ дѣйствующіе законы окажутся не законами, то здѣсь большое недоразумѣніе. Изъ ученія о происхожденіи государства мы увидимъ, что возникновеніе новаго государства, какимъ бы путемъ оно ни произошло, лежитъ внѣ

области права. Поэтому, пока нѣтъ государства, не можетъ быть и установленнаго порядка изданія законовъ, а съ возникновеніемъ государства появляется и этотъ порядокъ. Не сразу онъ вырабатывается, съ теченіемъ исторіи онъ измѣняется, но философія права во всѣхъ этихъ измѣненіяхъ видитъ проявленіе одной основной идеи, а именно: стремленіе создать наилучшія гарантіи доброкачественности закона, этого важнѣйшаго изъ всѣхъ актовъ верховной власти, этой основы всей государственной жизни.

§ **353.** Такъ какъ идеальнаго порядка, обезпечивающаго доброкачественность законовъ нѣтъ, такъ какъ современные парламенты представляютъ слишкомъ много темныхъ сторонъ въ этомъ отношеніи, и такъ какъ изъ двухъ сторонъ закона—матеріальной и формальной—основное значеніе имѣетъ первая, т. е. его содержаніе, то отсюда понятно, что могутъ быть такіе моменты въ государственной жизни, когда первый формальный признакъ закона (т. е. непосредственное установленіе его верховной властью) беретъ преобладаніе надъ вторымъ (установленіе въ спеціальномъ порядкѣ).

Разумѣемъ случаи изданія верховной властью законовъ съ нарушеніемъ конституціи. Не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, что всякое нарушеніе конституціи монархомъ есть съ точки зрѣнія права—зло. Но съ другой стороны бываютъ такіе кризисы въ государственной жизни, когда монархъ, какъ верховный охранитель общаго блага, обязанъ ради избѣжанія гораздо бо̀льшаго зла совершить меньшее и пожертвовать формой ради содержанія. Мы получаемъ законъ, соотвѣтствующій всѣмъ матеріальнымъ признакамъ установленнаго наукой понятія, но не вполнѣ соотвѣтствующій формальнымъ. Это нисколько не мѣшаетъ такому акту верховной власти быть закономъ. Теорія здѣсь констатируетъ *исключеніе изъ общаго правила*, оправдываемое чрезвычайными обстоятельствами.

Что же касается законовъ, издаваемыхъ узурпаторами, то одно изъ двухъ: или эти узурпаторы закрѣпляютъ за собою верховную власть, или изданные ими законы признаются верховной властью послѣ сверженія узурпатора. И въ томъ и въ другомъ случаѣ мы имѣемъ необходимые формальные признаки закона, т. е. санкцію верховной власти.—Наконецъ по поводу указанія проф. Петражицкаго на то, что въ присоединенныхъ провинціяхъ дѣйствуютъ старые законы, необходимо припомнить сказанное въ концѣ § 302. Вѣдь для бытія закона вовсе не нужно, чтобы за-

конодатель самъ вырабатывалъ его содержаніе: важно лишь, чтобы опредѣленному содержанію онъ далъ свою *непосредственную* санкцію.

Итакъ мы приходимъ къ выводу, что чрезмѣрное расширеніе понятія закона, отожествляющее его не только со всякой юридидической нормой, но и съ нормой конвенціальной и даже съ личными психическими переживаніями, не можетъ быть принято.

§ 354. Обратимся теперь къ вопросу о правильности того расширенія понятія закона, о которомъ рѣчь была въ § 347.

Нѣкоторые ученые утверждаютъ, что законъ въ широкомъ смыслѣ слова есть каждое повелѣніе верховной власти Это наиболѣе послѣдовательное расширеніе понятія закона. Другіе находятъ, что законъ въ широкомъ смыслѣ слова есть каждый актъ верховной власти, изданный въ законодательномъ порядкѣ.

Изъ предыдущаго параграфа мы видѣли, что теорія знаетъ исключенія изъ общаго правила и признаетъ законы, изданные верховною властью не только внѣ законодательнаго порядка, но и съ нарушеніемъ конституціи. Но здѣсь имѣются въ виду *юридическія нормы*, а не акты, относящіеся къ единичному конкретному случаю. Весь вопросъ такимъ образомъ сводится къ вопросу: совпадаютъ ли по содержанію понятія—законъ и юридическая норма? Все предыдущее изложеніе курса доказываетъ такое совпаденіе. Законъ, норма есть общее правило; это единодушно признается всѣми, и ученые, расширяющіе понятіе закона, исходятъ изъ другихъ соображеній, а не изъ отрицанія логической связи между указанными понятіями*).

Только что сказанное приводитъ насъ къ интересному ученію, возникшему недавно въ Германіи,—о различіи законовъ въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ (законы матеріальные и формальные).

§ 355. Для того, чтобы отчетливо понять это ученіе, необходимо помнить, что всѣ акты государственной власти съ *внѣшней***)

---

*) Тѣмъ болѣе странно читать въ послѣднемъ появившемся у насъ курсѣ общей теоріи права такія слова: „Но доказать это (т. е. тожество понятій „законъ“ и „юридическая норма“) нѣтъ никакой возможности, такъ какъ между понятіями законъ и юридическая норма нѣтъ внутренней, логически-необходимой связи“. *А. Рождественскій.* Основы общей теоріи права. 1912 г. Стр. 40. Тѣмъ не менѣе авторъ говоритъ, что, *„по общему правилу* въ форму закона облекаются юридическія нормы“ (ст. 41, 39)

**) О дѣленіи этихъ актовъ съ точки зрѣнія ихъ *природы* см. примѣчаніе къ § 434.

стороны могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: 1) установленіе общихъ правилъ, регулирующихъ на будущее время массу неопредѣленныхъ случаевъ (юридическія нормы), 2) разрѣшеніе единичныхъ конкретныхъ случаевъ жизни и 3) акты матеріальные (напр. задержаніе преступника, производство обыска, подавленіе уличныхъ безпорядковъ и т. п.)

Законы относятся къ первой группѣ указанныхъ актовъ. Казалось бы, что дѣленіе законовъ на матеріальные и формальные есть дѣленіе родового понятія на виды. На самомъ дѣлѣ это не такъ.

Родоначальниками разсматриваемаго ученія являются два крупныхъ нѣмецкихъ ученыхъ—*Іеллинекъ* и въ особенности *Лабандъ*.

Сущность теоріи Лабанда сводится къ слѣдующему. Матеріальный законъ есть актъ государственной власти, создающій юридическую норму (при этомъ безразличенъ порядокъ изданія и органъ издающій). *Обыкновенно* эта норма представляетъ собою общее правило, регулирующее напередъ массу неопредѣленныхъ случаевъ. Но такъ какъ соціальныя отношенія не представляютъ такого же постоянства, какъ явленія природы, то и нельзя уподоблять законовъ юридическихъ законамъ природы. Отсюда возможность законовъ, имѣющихъ въ виду опредѣленный конкретный случай. Для понятія закона существеннымъ признакомъ надо считать не общность, а мѣру свободы личности, или иначе—взаимное отношеніе правъ личности и государства. И вотъ, каждый разъ, когда государство издаетъ актъ, расширяющій или ограничивающій свободу личности, ея права, мы имѣемъ дѣло съ юридической нормой, а слѣдовательно—съ закономъ въ матеріальномъ смыслѣ.

Напротивъ если государство издаетъ и общее правило, но это общее правило не вноситъ ничего во взаимныя отношенія личности и государства, не касается сферы свободы, а опредѣляетъ только разныя стороны внутренней организаціи и дѣятельности власти,—то такое общее правило не есть юридическая норма: оно не даетъ никакихъ правъ, не налагаетъ никакихъ обязанностей на личность, это—всецѣло актъ управленія, а не законъ. И если такіе акты исходятъ отъ законодательнаго учрежденія, парламента, они представляютъ собою законы формальные.—Такимъ образомъ Лабандъ дѣлитъ всѣ акты законодательнаго учрежденія на законы матеріальные и формальные, но вмѣстѣ

съ тѣмъ признаетъ, что матеріальные законы могутъ исходить не только отъ законодательнаго органа власти, но и отъ правительства.

§ **356.** Противъ теоріи Лабанда очень сильныя возраженія сдѣлалъ выдающійся французскій ученый *Дюги*.

Онъ точно также, какъ и Лабандъ и Іеллинекъ, дѣлитъ законы на матеріальные и формальные; точно также онъ видитъ признакъ дѣленія во внутреннемъ характерѣ акта государственной власти, а именно—матеріальный законъ есть юридическая норма. Но онъ энергично возстаетъ противъ мнѣнія Лабанда, что юридическая норма возможна и тогда, когда актъ относится къ единичному конкретному случаю. Дюги доказываетъ, что и съ раціональной, и съ исторической, и съ соціальной точки зрѣнія самая сущность закона, какъ юридической нормы, заключается въ его характерѣ абстрактнаго, общаго правила, регулирующаго множество отношеній и случаевъ жизни, напередъ неизвѣстныхъ (на неопредѣленное время или на точно опредѣленный срокъ: временные законы). Всякій же актъ государственной власти, отъ кого бы онъ ни исходилъ, если только онъ имѣетъ въ виду точно опредѣленное лицо, конкретный случай, если все дѣйствіе его ограничивается этимъ случаемъ, есть не законъ, а актъ управленія. И если такой актъ исходитъ отъ законодательнаго учрежденія, мы имѣемъ формальный законъ.

Чрезвычайно сильны аргументы Дюги въ пользу такого пониманія закона. Только тогда, когда законы представляютъ собою абстрактныя, общія правила, когда они охватываютъ массу индивидуально не опредѣленныхъ отношеній, существуютъ прочныя гарантіи правъ личности противъ произвола власти. Здѣсь Дюги добавляетъ, что такія гарантіи необходимы при всякой организаціи власти, но въ особенности при господствѣ демократіи. Почему законъ служитъ такой гарантіей? Здѣсь надо имѣть въ виду, что въ тѣсной связи съ изложеннымъ воззрѣніемъ Дюги на сущность закона находится рѣзко подчеркнутое имъ положеніе, что акты управленія, т. е. такіе акты государственной власти, которые имѣютъ въ виду конкретный, индивидуальный случай, ни при какихъ обстоятельствахъ не могутъ противорѣчить закону. Они могутъ имѣть юридическое значеніе только при непремѣнномъ условіи согласія съ закономъ. Такимъ образомъ пока не отмѣненъ извѣстный законъ, гражданинъ можетъ быть увѣренъ, что государство не предприметъ по отношенію къ нему ни одного

шага, не согласнаго съ закономъ. Эта теорія не допускаетъ никакихъ исключеній, никакихъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, могущихъ оправдать изданіе государствомъ индивидуальнаго акта, не согласнаго съ закономъ: такой актъ Дюги называетъ актомъ деспотизма.

§ **357.** Изложенная теорія имѣетъ большую научную цѣнность. Соціальныя отношенія представляютъ собою не хаосъ случайностей, а извѣстныя постоянства, вытекающія изъ самой природы тѣхъ или иныхъ отношеній. Эта природа заключаетъ въ себѣ свою скрытую норму, которую законодатель долженъ съумѣть найти и надлежащимъ образомъ формулировать. Отсюда общій, абстрактный характеръ закона.

Можно ли сказать, что законъ есть всякій актъ верховной власти? Возьмемъ абсолютную монархію, т. е. такую форму государства, гдѣ верховная власть имѣетъ полную возможность сдѣлать одинаково обязательными всѣ свои велѣнія. Существуетъ цѣлый рядъ актовъ монарха, которые никто законами не назоветъ; напр., помилованіе осужденнаго преступника, награжденіе орденомъ, назначеніе кого нибудь министромъ, разрѣшеніе всенародной подписки на сооруженіе какого нибудь храма, музея, памятника, и т. п. Такіе акты не могутъ называться законами главнымъ образомъ потому, что совершаются на основаніи дѣйствующихъ законовъ, они не вносятъ никакихъ измѣненій въ правопорядокъ, *они не устанавливаютъ юридической нормы.* Съ развитіемъ культуры и съ усложненіемъ государственной жизни возникла потребность раздѣленія актовъ абсолютнаго монарха, устанавливающихъ юридическія нормы, на двѣ категоріи: актовъ, относящихся къ болѣе важнымъ сторонамъ государственной жизни, имѣющихъ основное, руководящее значеніе, и актовъ, относящихся къ менѣе важнымъ сторонамъ жизни. Первая категорія и представляетъ собою законы въ точномъ смыслѣ слова, а вторая—декреты, указы верховнаго управленія. Но такъ какъ отличить по существу законъ отъ указа нельзя (вѣдь понятіе „наиболѣе важныхъ“ сторонъ государственной жизни растяжимо), то и возникаетъ необходимость дать закону какой нибудь внѣшній признакъ, легко распознаваемый, по которому всѣ могли бы сразу отличить указъ отъ закона. И это тѣмъ болѣе важно, что законъ, какъ основа всей государственной жизни, долженъ быть выраженіемъ наиболѣе зрѣлой, обдуманной воли монарха, основанной на всестороннемъ знакомствѣ съ соотвѣтствующимъ вопросомъ.

Для этого устанавливается особый порядокъ формулированія закона. Обыкновенно такимъ порядкомъ является предварительное обсужденіе законопроекта въ спеціальномъ законосовѣщательномъ учрежденіи Такимъ образомъ въ абсолютной монархіи закономъ можетъ называться только такой актъ монарха. который состоялся съ соблюденіемъ этого порядка: монархъ предварительно знакомится съ мнѣніями. высказанными въ спеціальномъ совѣтѣ. Такой порядокъ существовалъ между прочимъ въ Россіи: по ст. 50 т. I. Св. Зак. „*всѣ* предначертанія *законовъ* разсматриваются въ Государственномъ Совѣтѣ, потомъ восходятъ на Высочайшее усмотрѣніе“ Отсюда выводъ: всѣ остальные акты монарха не должны противорѣчить законамъ.

§ **358.** Итакъ мы видимъ, что въ наиболѣе простой формѣ государства далеко не всякій актъ верховной власти можетъ быть названъ закономъ. Тѣмъ болѣе это такъ при сложной организаціи верховной власти, когда, напр. существуетъ спеціальный *законодательный* органъ. Со времени французской конституціи 1791 года на континентѣ Европы устанавливается воззрѣніе на законъ, какъ на такой актъ государственной власти, который исходитъ отъ законодательнаго учрежденія. Мы опять приходимъ къ первоначальному вопросу: *всѣ* ли акты этого учрежденія представляютъ собою законы?

Предыдущее изложеніе дало достаточный матеріалъ для окончательнаго рѣшенія этого вопроса. На основаніи этого матеріала мы должны сказать: нѣтъ, не всѣ, а только такіе. которые устанавливаютъ юридическія нормы. Остальные акты парламента не должны называться законами. Разрѣшеніе единичнаго, конкретнаго случая государственной жизни есть *актъ управленія, а не законъ*, отъ кого бы этотъ актъ не исходилъ: вѣдь природа акта не можетъ измѣниться отъ того, что онъ исходитъ напр., не отъ министра, а отъ парламента. И подобно тому, какъ мы не называемъ законами постановленія парламента о выраженіи довѣрія или недовѣрія правительству, такъ мы не должны называть законами постановленія объ открытіи новаго университета, о проведеніи новой желѣзной дороги и т. п. Такіе акты исходятъ отъ законодательнаго учрежденія, а не отъ правительства потому, что касаются очень важныхъ сторонъ государственной жизни, сопряжены съ большими расходами и требуютъ особенныхъ гарантій обдуманности, зрѣлости и солидности, которыя *предполагаются* въ этомъ учрежденіи. Внесеніе подобныхъ дѣлъ въ парламентъ есть вопросъ цѣлесообразности.

Теорія положительнаго права должна устанавливать чистые типы изучаемыхъ ею явленій, а эти типы во всей чистотѣ проявляются лишь въ концѣ ихъ эволюціи, а не въ началѣ. Такимъ типомъ въ интересующей насъ области является законъ, отчетливое понятіе котораго только на нашихъ глазахъ заканчиваетъ свою эволюцію. Вотъ почему мы рѣшительно отвергаемъ какъ терминологію „законъ въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ“, такъ и терминологію „законъ матеріальный и формальный“: закономъ можетъ называться только то, что соотвѣтствующіе ученые называютъ „законъ въ тѣсномъ смыслѣ“ и „законъ матеріальный“. Для т. наз. „формальныхъ законовъ“ необходимо установить другой терминъ, напр. „актъ, изданный въ законодательномъ порядкѣ“.

§ **359**. Теорія Лабанда, Дюги и др. страдаетъ еще тѣмъ порокомъ, что подъ понятіе матеріальнаго закона она подводитъ юридическую норму, изданную не только законодательнымъ органомъ власти, но и правительствомъ (указы, декреты). Этимъ не только нарушается чистота терминологіи, но стирается различіе между субсидіарной формой права (указъ) и основной (законъ): обѣ формы представляются обладающими одинаковой силой. А при такомъ порядкѣ нельзя говорить, что законъ есть основа всей государственной жизни, что законъ имѣетъ первенство передъ всѣми остальными актами государственной власти, что указъ не долженъ противорѣчить закону.

Изъ установленія точнаго понятія закона и раздѣленія всѣхъ актовъ парламента на законы и акты управленія, вытекаетъ чрезвычайно важный результатъ: парламентъ не имѣетъ права издавать актовъ управленія, несогласныхъ съ законами, не имѣетъ права отмѣнять этими актами законовъ. Представимъ себѣ такой случай. Обсуждается бюджетъ на будущій годъ; парламентъ находитъ, что извѣстныя должности ненужны и отказываетъ въ кредитѣ на содержаніе этихъ должностей. Такой поступокъ былъ бы чистѣйшимъ произволомъ: пока должность не упразднена *надлежащимъ закономъ*, парламентъ не имѣетъ права отказывать правительству въ деньгахъ на ея содержаніе, и даже не имѣетъ права уменьшать размѣры получаемаго представителями должности содержанія.

§ **360**. Спорнымъ представляется вопросъ: могутъ ли быть индивидуальныя юридическія нормы?

Мы видѣли разногласіе по этому вопросу между Лабандомъ и Дюги, видѣли чрезвычайно сильные аргументы Дюги противъ воз-

можности допущенія индивидуальныхъ законовъ. Противъ такой возможности говоритъ повидимому самое понятіе юридической нормы, какъ подвида общаго понятія нормы.—Но соціальная жизнь безконечно сложна, измѣнчива и многообразна; въ ней играетъ очень важную роль такой факторъ, какъ сознаніе и свободная воля человѣка, факторъ отсутствующій въ явленіяхъ природы. Отсюда—существованіе такихъ юридическихъ нормъ, которыя имѣютъ характеръ временный, условный (ср. § 58). Отсюда возможность существованія такихъ юридическихъ нормъ, которыя имѣютъ индивидуальный характеръ: всегда могутъ встрѣтиться исключительные случаи, не укладывающіеся въ общія формулы, или случаи, примѣненіе къ которымъ общей нормы было бы несправедливымъ или нецѣлесообразнымъ. Правовая жизнь даетъ очень много примѣровъ индивидуальныхъ нормъ.

Но само собою разумѣется, что формулированіе такихъ нормъ представляетъ весьма большія опасности въ особенности на высшихъ ступеняхъ культуры, когда все больше и больше проникаетъ во всеобщее сознаніе принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ. И исторія знаетъ не мало случаевъ злоупотребленія индивидуальными нормами. Руководящимъ началомъ здѣсь должно быть понятіе нормы вообще, какъ правила согласнаго съ идеей, лежащей въ основѣ происходящаго: индивидуальная норма, также какъ и общая, должна соотвѣтствовать природѣ опредѣляемаго ею жизненнаго отношенія. Изданіе такихъ нормъ должно быть обставлено наилучшими гарантіями, а поэтому въ современномъ государствѣ онѣ могутъ исходить только отъ законодательныхъ органовъ власти; иначе: *индивидуальная юридическая норма можетъ облечься только въ форму закона.*—

Отличіе индивидуальной юридической нормы отъ акта, разрѣшающаго единичный конкретный случай (актъ управленія) заключается въ слѣдующемъ: актъ управленія, распоряженіе по поводу опредѣленнаго случая, прекращаетъ свое дѣйствіе съ достиженіемъ цѣли, на которую онъ направленъ, онъ исчерпывается даннымъ случаемъ; напр., университетъ открытъ и этимъ самымъ актъ, разрѣшающій открытіе, исчерпалъ свое юридическое дѣйствіе: дальше университетъ функціонируетъ на основаніи общихъ законовъ и своего устава. Между тѣмъ какъ индивидуальная норма продолжаетъ дѣйствовать все время, на которое она установлена (напр. опредѣляемое конституціей содержаніе

монарха; разрѣшеніе автору исключительнаго права пользованія доходами съ изданія его сочиненій).

§ **361**. *Вопросъ объ основѣ обязательности закона* совпадаетъ съ вопросомъ объ основѣ обязательности права. До сихъ поръ въ наукѣ этотъ вопросъ не рѣшенъ. Существуетъ множество теорій, на первый взглядъ діаметрально другъ другу противоположныхъ, совершенно непримиримыхъ. На самомъ дѣлѣ каждая изъ этихъ теорій выражаетъ собою часть истины, а посему возможенъ синтезъ, какъ почти въ каждой изъ проблемъ нашей науки.

Укажемъ наиболѣе выдающіяся теоріи.

1) Основа обязательности закона есть договоръ; при образованіи государства люди предоставили верховной власти право издавать законы и обязались имъ подчиняться. (Гроцій, Гоббсъ, Локкъ, Спиноза и др.).

2) Законъ обязателенъ потому, что представляетъ собою выраженіе общей воли народа (Руссо).

3) Обязательность закона вытекаетъ изъ согласія его съ началами естественнаго права; съ вѣчнымъ божественнымъ закономъ.

4) Законъ есть выраженіе народнаго духа, общаго убѣжденія народа, отсюда его обязательность (историческая школа).

5) Основа обязательности закона есть признаніе гражданъ (Бирлингъ).

6) Закону повинуются потому, что въ психикѣ огромнаго большинства возникаютъ соотвѣтственныя правовыя переживанія (психологическая теорія).

7) Законъ обязателенъ потому, что находится въ согласіи съ общими этическими воззрѣніями населенія, со всѣмъ его міросозерцаніемъ, съ „культурными нормами“ (Майеръ).

8) Законъ есть выраженіе воли государственной власти; эта власть есть творецъ права, она всемогуща, не знаетъ надъ собою никакой высшей власти, и обладаетъ достаточной силой, чтобы заставить всѣхъ повиноваться своимъ велѣніямъ (новѣйшія формально-юридическія теоріи). Къ этому Коркуновъ добавляетъ, что въ глазахъ народа верховная власть обладаетъ авторитетомъ, а потому каждое ея велѣніе вызываетъ почти инстинктивное повиновеніе.

9) Разсматривая вопросъ объ источникѣ обязательной силы закона, Дюги доказываетъ, что никто (ни одинъ, ни многіе, ни всѣ) не имѣетъ права объявлять свою волю, какъ таковую, обязательной для другихъ. А такъ какъ власть состоитъ изъ людей,

то воля власти есть воля людей, и слѣдовательно не можетъ быть обязательной, какъ таковая. Издавая законы, власть не создаетъ ихъ, а лишь констатируетъ ихъ существованіе, формулируетъ ихъ. Законы же всѣ вытекаютъ изъ основной юридической нормы, стоящей надъ государствомъ и безусловно обязательной какъ для власти, такъ и для подданныхъ (ср. § 249). Такимъ образомъ, если власть удачно формулировала законъ, онъ становится безусловно-обязательнымъ въ силу своей внутренней природы, какъ проявленіе верховной нормы права сообразно условіямъ мѣста и времени. А власть получаетъ право требовать исполненія этого закона и гарантировать его внѣшними принудительными мѣрами.

§ **362.** Не трудно видѣть, что *всѣ выдвигаемыя этими теоріями основы обязательности закона можно свести къ тремъ: 1) извѣстныя объективныя начала, выраженіемъ которыхъ является законъ, 2) субъективное правосознаніе населенія, согласное или по крайней мѣрѣ не противорѣчащее содержанію закона и 3) авторитетъ верховной власти.*—Только что сказанное находится въ самой непосредственной связи съ ученіемъ о трехъ источникахъ права: метафизическомъ, матеріальномъ и формальномъ (§ 302). Каждый источникъ служитъ основой обязательности юридическихъ нормъ.

Очевидно, что *всѣ эти основы необходимы и другъ друга взаимно дополняютъ.* Абсолютныя начала естественнаго права реализуются въ видѣ законовъ положительнаго права согласно съ природой вещей данной соціальной среды. Эти законы санкціонируетъ своимъ авторитетомъ верховная власть и гарантируетъ ихъ внѣшними принудительными мѣрами. Но необходимой почвой для дѣйствія законовъ и для примѣненія этихъ внѣшнихъ гарантій является добровольное подчиненіе имъ возможно бо̀льшаго количества населенія.

Ясное дѣло, что наиболѣе односторонними изъ всѣхъ перечисленныхъ теорій являются формально-юридическія, выводящія обязательность законовъ только изъ велѣній государственной власти. Дюги совершенно правъ, говоря, что ни одинъ человѣкъ не имѣетъ права дѣлать свою волю, какъ таковую, обязательной для другихъ. Воля верховной власти, санкціонирующая законъ, представляетъ собою только формальный моментъ. А такъ какъ право не есть сила, интересъ и т. п., то къ этому моменту необходимо присоединить моментъ субстанціональный, моментъ согласія закона съ идеей государства, съ началами естественнаго права, сло-

вомъ съ высшимъ этическимъ порядкомъ. И тогда мы скажемъ что съ формальной стороны законъ есть воля верховной власти, но что эта власть отнюдь не есть творецъ закона изъ ничего, что она лишь формулируетъ юридическія нормы, скрытыя въ природѣ вещей. Самостоятельное творчество ея до нѣкоторой степени проявляется лишь въ области нормъ вторичныхъ, третичныхъ и т. д. Во всякомъ случаѣ внутреннее основаніе обязательности закона есть то, что онъ представляетъ собою реализацію абсолютныхъ началъ естественнаго права, безусловная обязательность которыхъ запечатлѣна въ духѣ человѣка Волей, проистекающей изъ Первоисточника всего сущаго. Вотъ почему, давая необходимое внѣшнее основаніе этой обязательности, государственная власть должна помнить, что право и произволъ—это два противоположные полюса. И если государственная власть можетъ и должна твердой рукою охранять правопорядокъ отъ посягательствъ на него антикультурныхъ, разнузданныхъ элементовъ населенія, то съ другой стороны она должна очень остерегаться разрывать связь закона съ идеей права, съ высшимъ этическимъ порядкомъ.

§ **363.** Изъ всего сказаннаго выводятся *необходимыя условія, которымъ долженъ удовлетворять законъ*. Со стороны внутренней законъ прежде всего долженъ быть реализаціей какого нибудь начала естественнаго права или находиться въ связи съ этимъ началомъ, какъ средство для такой реализаціи. Далѣе, законъ долженъ быть результатомъ самаго тщательнаго изученія природы вещей данныхъ соціальныхъ отношеній, условій мѣста и времени: малѣйшее упущеніе въ этой области влечетъ за собою неудачу самыхъ симпатичныхъ стремленій. Законъ есть выраженіе началъ права, а не нравственности, не науки; онъ предназначенъ для практическихъ цѣлей жизни. Поэтому не слѣдуетъ включать въ текстъ закона чисто-научныя опредѣленія, нравственныя пожеланія и т. п. *) Наконецъ законъ долженъ быть согласованъ по духу со всѣмъ дѣйствующимъ правопорядкомъ и въ частности съ тѣмъ отдѣломъ права, куда онъ включенъ; должны быть приняты во вниманіе всѣ тѣ многочисленныя связи, которыя соединяютъ его со всею массой остальныхъ законовъ Несоблюденіе этого условія влечетъ за собою противорѣчія въ законахъ, что весьма вредно отражается на жизни.

---

*) Напр. „мужъ обязанъ любить свою жену, какъ собственное свое тѣло, жить съ нею въ согласіи, уважать, защищать, извинять ея недостатки и облегчать ея немощи“. Ст 106 I ч X. т. Св. Зак

Со стороны внѣшней законъ долженъ ясно, точно и опредѣленно формулировать то содержаніе, которое имѣлъ въ виду законодатель (условіе очень трудное, какъ увидимъ въ ученіи о толкованіи юридическихъ нормъ). Законъ предназначается для всего населенія, а посему онъ долженъ быть изложенъ языкомъ какъ можно болѣе понятнымъ для самыхъ широкихъ слоевъ этого населенія; излишнія техническія выраженія, научные термины, понятные только спеціалистамъ, неумѣстны. Наконецъ въ цѣляхъ облегченія пользованія законами и усвоенія ихъ содержанія законы должны быть раздѣлены на удобно обозрѣваемые отдѣлы, подъ-отдѣлы, статьи, причемъ эти статьи должны быть по возможности кратки (вотъ почему нерѣдко одну юридическую норму удобнѣе изложить въ нѣсколькихъ статьяхъ закона).

Всѣ эти требованія имѣютъ далеко не только академическій характеръ. Чѣмъ больше законъ соотвѣтствуетъ имъ, тѣмъ благопріятнѣе отражается это на всей жизни страны. И понятно, что тутъ законодатель безъ помощи науки рискуетъ на каждомъ шагу надѣлать массу ошибокъ.

Ученіе о классификаціи законовъ.

§ **364**. Огромная масса дѣйствующихъ въ современномъ государствѣ законовъ представляетъ собою на первый взглядъ хаотическую кучу самыхъ разнохарактерныхъ юридическихъ нормъ. Научный анализъ сводитъ все многообразіе законовъ къ нѣсколькимъ группамъ, обладающимъ точно опредѣленными признаками.

Прежде всего всѣ законы дѣлятся 1) по степени ихъ важности на двѣ группы: законы основные и обыкновенные. Далѣе законы дѣлятся 2) по пространству дѣйствія на общіе и мѣстные. Слѣдующее дѣленіе законовъ 3) по объему—на общіе и особенные (спеціальные), и наконецъ 4) по логическому характеру законы дѣляться на общіе и исключительные. Разсмотримъ каждую изъ этихъ группъ.

§ **365**. *I. Законы основные и обыкновенные.* Подъ основными, или конституціонными законами теорія разумѣетъ законы первостепенной важности, служащіе фундаментомъ всей государственной жизни. Сюда относятся законы, опредѣляющіе государственное устройство, т. е. организацію верховной власти и отдѣльныхъ ея вѣтвей. Далѣе сюда относятся законы, опредѣляющіе отношеніе гражданъ къ государству, т. е. права и обязанности граж-

данъ. Наконецъ въ эту группу помѣщаются законы, опредѣляющіе порядокъ изданія, примѣненія и отмѣны всѣхъ законовъ. Кромѣ того къ числу основныхъ законовъ можетъ быть отнесенъ всякій законъ, которому желательно придать особо важное значеніе, больше твердости и постоянства.

Всѣ остальные законы называются обыкновенными. Здѣсь мы имѣемъ, смотря по характеру регулируемыхъ отношеній, законы гражданскіе, уголовные, финансовые, административные и т. д.

Основные законы это скелетъ правовой жизни государства. Этотъ скелетъ наполняется содержаніемъ, даваемымъ всѣми остальными юридическими нормами, въ какой бы формѣ онѣ не выражались.—Очевидно, что основные законы всегда бываютъ кратки и немногочисленны. Очевидно, даже, что они должны имѣть первенство передъ всѣми остальными законами, подчинять себѣ всѣ эти законы. Очевидно, наконецъ, что если вообще нежелательна частая перемѣна законовъ, то тѣмъ болѣе нежелательно частое измѣненіе основныхъ законовъ; *они должны отличаться наибольшею устойчивостью и неподвижностью.*

§ **366.** Въ каждомъ государствѣ есть законы основные и обыкновенные. Но это дѣленіе получаетъ строго-юридическій характеръ и практическое значеніе только тогда, когда основной законъ самымъ порядкомъ своего изданія и отмѣны рѣзко отличается отъ обыкновеннаго. Только тогда, когда изданіе и отмѣна основного закона не зависитъ всецѣло отъ законодательныхъ органовъ власти, можно оградить государство отъ большой опасности скороспѣлаго измѣненія конституціи подъ вліяніемъ преходящихъ интересовъ дня. Не безъ основанія говорятъ нѣкоторые ученые, что издаетъ и отмѣняетъ конституціонные законы не законодательная власть, а „учредительная“.

Однако не вездѣ мы находимъ различіе въ порядкѣ изданія основныхъ и обыкновенныхъ законовъ. И прежде всего обращаетъ на себя вниманіе классическая страна законности и уваженія къ старинѣ—Англія. De jure англійскій парламентъ (т. е. обѣ палаты и король) всемогущъ; онъ имѣетъ право издать любой законъ, не стѣсняясь его содержаніемъ. Въ одномъ и томъ же засѣданіи онъ имѣетъ право издать законъ, увеличивающій на полъ-пенни почтовую таксу, и законъ, упраздняющій двухпалатную организацію парламента. Такую систему мы называемъ системой *гибкой*, подвижной конституціи.

Но напрасно защитники гибкой конституціи стали бы ссылаться на Англію въ доказательство превосходства этой системы. Мы видимъ, что въ Англіи отчетливо сознается различіе между законами основными и обыкновенными, знаемъ, съ какими огромными трудностями сопряжено тамъ малѣйшее измѣненіе основныхъ законовъ. Здоровый консерватизмъ англичанъ и ихъ тонко развитое чувство права спасаетъ страну отъ всѣхъ послѣдствій всемогущества парламента.

§ **367**. Противоположностью этой системѣ является система т. наз. *неподвижной конституціи*. Типичное выраженіе этой системы представляетъ собою сѣверо-американская конституція (она выражаетъ въ законѣ тотъ же принципъ, который фактически соблюдается въ Англіи). Сѣверо-американская конституція есть особый законодательный актъ, состоящій менѣе, чѣмъ изъ ста параграфовъ. Для измѣненія какого нибудь изъ этихъ параграфовъ необходимъ слѣдующій порядокъ. Во 1-хъ *предложеніе* объ измѣненіи можетъ исходить только отъ двухъ третей конгресса, т. е. обѣихъ законодательныхъ палатъ, или отъ двухъ третей законодательныхъ собраній отдѣльныхъ штатовъ. Во 2-хъ для того, чтобы предложенная такимъ образомъ поправка была принята, необходимо, чтобы изъявили свое согласіе три четверти всѣхъ штатовъ и двѣ трети конгресса. Хотя такой порядокъ и не является достаточно сложнымъ, но всетаки благодаря ему за все время существованія Сѣв. Амер. Соед. Штатовъ было сдѣлано только 15 поправокъ конституціи.

На континентѣ Европы аналогическій порядокъ существуетъ въ Швейцаріи, причемъ къ двумъ факторамъ, которые дѣйствуютъ въ Америкѣ при измѣненіи конституціи, т. е. общей законодательной власти союза и законодательныхъ властей отдѣльныхъ входящихъ въ составъ союза государствъ, здѣсь присоединяется третій, весьма цѣнный по своему консервативному характеру факторъ—народный референдумъ.

Въ остальныхъ государствахъ существуютъ болѣе или менѣе сложные порядки измѣненія конституціонныхъ законовъ, начиная съ Бельгіи, гдѣ существуетъ наиболѣе сложный порядокъ (парламентъ рѣшаетъ вопросъ о необходимости поправки; затѣмъ онъ распускается, производятся новые выборы и тогда при наличности въ засѣданіи не менѣе двухъ третей всѣхъ членовъ поправка должна быть принята не простымъ большинствомъ, а большинствомъ двухъ третей присутствовавшихъ членовъ; наконецъ по-

правка должна быть утверждена королемъ), и кончая Франціей съ ея наименѣе сложнымъ порядкомъ (конституція можетъ быть измѣнена обычной законодательной властью; различіе заключается лишь въ томъ, что для измѣненія конституціи обѣ палаты засѣдаютъ совмѣстно подъ названіемъ „Національное Собраніе“, которое собирается не въ Парижѣ, а въ Версалѣ).

§ **368.** Нѣкоторые ученые думаютъ, что установленіе „неподвижныхъ“ конституцій нецѣлесообразно: вѣчныхъ законовъ быть не можетъ, а сложный порядокъ измѣненія основныхъ законовъ ведетъ къ тому, что они измѣняются путемъ насилія.

Нѣтъ ничего неправильнѣе такого мнѣнія, идущаго въ разрѣзъ и съ господствующей теоріей, и съ практикой государственной жизни. Довольно бѣглаго чтенія современныхъ конституціонныхъ хартій, чтобы видѣть, что *онѣ представляютъ собою ничто иное, какъ ближайшіе непосредственные выводы изъ началъ естественнаго права*. Мы видимъ вездѣ параграфы, гарантирующіе свободу личности, неприкосновенность жилища, собственности, тайны частной переписки, свободу совѣсти, равенство всѣхъ передъ закономъ. Мы видимъ такіе параграфы, какъ 19-й австрійской конституціи, гласящій: „всѣ народности государства равноправны и каждая народность имѣетъ право охранять и развивать свою національность и свой языкъ“; или ст. 7 Прусской конституціи: „Никто не можетъ быть изъятъ изъ вѣдомства своихъ законныхъ судей. Установленіе исключительныхъ судовъ и чрезвычайныхъ комиссій не допускается“; тамъ же ст. 8: „Наказанія могутъ назначаться и налагаться не иначе, какъ сообразно съ законами“; тамъ же ст. 20: „Наука и ея преподаваніе свободны“; тамъ же ст. 86: „Судебная власть отправляется отъ имени короля независимыми, не подчиненными никакому другому авторитету, кромѣ закона, судами“; далѣе—всѣ конституціи устанавливаютъ безотвѣтственность короля, священность и неприкосновенность его особы и опредѣляютъ рядъ принадлежащихъ ему важныхъ правъ, и т. д.

Само собою разумѣется, что всѣ такія и имъ подобныя постановленія не нуждаются въ измѣненіяхъ; главная задача обыкновенныхъ законовъ заключается въ подробномъ развитіи и проведеніи въ жизнь этихъ постановленій. Основные законы наглядно показываютъ, что существуютъ высшія начала права, стоящія надъ государствомъ и обязательныя для законодателя. Отсюда понятно стремленіе культурныхъ государствъ поставить эти начала внѣ всякой зависимости отъ текучей политики, отъ измѣненій

временныхъ интересовъ и т. п. Бываютъ, конечно, и въ основныхъ законахъ, какъ во всякомъ дѣлѣ рукъ человѣческихъ, неудачныя постановленія, или съ теченіемъ времени сдѣлавшіяся несоотвѣтствующими новымъ условіямъ жизни (напр 2-я часть ст. 106 Прусской конституціи). Но неподвижность конституціи, затрудняющая ихъ измѣненіе и обезпечивающая имъ продолжительное дѣйствіе вопреки требованіямъ жизни, есть гораздо меньшее зло, чѣмъ такой порядокъ, при которомъ отъ временнаго настроенія власти зависитъ отмѣнить норму, гарантирующую неприкосновенность жилища, или свободу науки и т п.

§ **369**. Но создавая извѣстныя затрудненія въ измѣненіяхъ основныхъ законовъ, мы можемъ обезпечить только одно, а именно: бо̀льшую устойчивость ихъ; мы можемъ гарантировать ихъ отъ скороспѣлыхъ измѣненій. А какъ гарантировать другое важное свойство ихъ,—*первенство ихъ* передъ обыкновенными законами? Какъ сдѣлать невозможнымъ, чтобы обыкновенный законъ не противорѣчилъ бы конституціи? Чтобы законодательная власть не могла бы обыкновенными законами парализовать законы основные?

Тутъ, очевидно, не пригодны *политическія гарантіи* (отвѣтственность министровъ, запросы, veto главы государства и т. п.) А между тѣмъ несомнѣнно, что если мы признаемъ за обыкновенными законами такую же силу, какъ и за основными, то самая сложная процедура изданія и отмѣны основныхъ законовъ превратится въ пустую игру, не имѣющую никакого практическаго значенія. Пусть ст. 7 Испанской конституціи гласитъ: „Правительственная власть не можетъ ни задержать, ни вскрыть корреспонденціи, довѣренной почтѣ“, но при равенствѣ силы основныхъ и обыкновенныхъ законовъ испанскій парламентъ можетъ установить законъ, разрѣшающій правительству въ точно опредѣленныхъ случаяхъ совершать перлюстрацію писемъ. И въ законодательной практикѣ европейскихъ государствъ бывали примѣры изданія антиконституціонныхъ законовъ.

Необходимы *юридическія гарантіи* первенства основныхъ законовъ. Эти гарантіи существуютъ въ Сѣв.-Америкѣ и (фактически) въ Англіи.

Въ Сѣв.-Америкѣ верховнымъ хранителемъ конституціи является судъ. Поэтому онъ обязанъ провѣрить согласіе каждаго примѣняемаго имъ закона съ конституціей, и если окажется, что законъ противорѣчитъ какой либо статьѣ конституціи, судъ не

имѣетъ права примѣнять такой законъ. Здѣсь надо имѣть въ виду, что судъ не отмѣняетъ неконституціоннаго закона, т. е. не дѣлаетъ общаго постановленія о его недѣйствительности, а просто не примѣняетъ его къ данному случаю. Такимъ образомъ американецъ можетъ быть совершенно спокоенъ на счетъ всѣхъ своихъ гарантированныхъ конституціей правъ. Если бы конгрессъ издалъ законъ, воспрещающій подъ угрозой наказанія имѣть оружіе безъ разрѣшенія полиціи, американецъ совершенно спокойно смотрѣлъ бы на свои любимые револьверы, т. к. онъ прекрасно знаетъ, что въ случаѣ привлеченія его къ суду за нарушеніе этого закона онъ былъ бы оправданъ: судъ призналъ бы, что этотъ законъ противорѣчитъ ст. II конституціи (поправка), гласящей: „Такъ какъ для безопасности свободнаго государства необходима хорошо организованная милиція, то не будетъ стѣснено право, принадлежащее народу,—хранить и носить оружіе“.

§ 370. На континентѣ Европы существуетъ противоположный порядокъ: суды не имѣютъ права провѣрять конституціонность законовъ.—Что касается положенія вопроса въ наукѣ, то господствующее мнѣніе находитъ совершенно нормальнымъ европейскій порядокъ. Представители этого мнѣнія говорятъ, что для суда долженъ быть обязательнымъ всякій законъ, ибо судъ есть органъ подзаконный, обязанный охранять существующіе законы. Предоставленіе суду права не примѣнять законы, объявляя ихъ противными конституціи, было бы извращеніемъ роли суда. Это поставило бы судъ выше всѣхъ властей, выше самаго монарха, санкціонировавшаго законъ. Наконецъ это внесло бы шатаніе и неопредѣленность въ правовую жизнь: сегодня одинъ судъ призналъ данный законъ неконституціоннымъ, а завтра другой судъ выскажетъ противоположное мнѣніе.

§ 371. Съ господствующимъ мнѣніемъ согласиться нельзя и аргументація его представляется слабой.

Уже сказаннаго въ § 369 достаточно, чтобы усумниться въ правильности этого мнѣнія. Разборъ аргументовъ, на которыхъ оно основано, еще болѣе убѣждаетъ въ томъ, что англо-американская система охраны конституціи стоитъ на правильномъ пути.

Прежде всего она вполнѣ согласна съ самой сущностью судебной дѣятельности (юрисдикціонная функція государственной власти). Если передъ судьей лежитъ обязательное постановленіе министра внутреннихъ дѣлъ, противорѣчащее закону, долженъ ли судья примѣнить эту юридическую норму? Очевидно нѣтъ, по-

тому что въ противномъ случаѣ вышло бы, что министръ можетъ отмѣнять законы. Это не значитъ, что министръ подчиненъ судьѣ, а значитъ что судья, исполняя возложенную на него государствомъ обязанность, долженъ провѣрять законность юридическихъ нормъ, исходящихъ отъ правительства.—Но если разсуждать строго послѣдовательно, то не видать, на какомъ основаніи мы будемъ запрещать суду провѣрять согласіе обыкновеннаго закона съ конституціоннымъ? Вѣдь принципъ одинъ и тотъ же: *нельзя допускать, чтобы юридическая норма первичная, обладающая бо́льшей силой, была бы вытѣснена вторичной, менѣе важной.*

Далѣе, однимъ изъ существенныхъ моментовъ дѣятельности суда является разрѣшеніе спора о правѣ. Если губернаторъ издаетъ незаконное постановленіе, а привлеченный къ суду за неисполненіе его обыватель утверждаетъ, что онъ имѣлъ право такъ поступить, такъ какъ это постановленіе противорѣчитъ такой-то статьѣ закона,—мы имѣемъ споръ о правѣ, подлежащій разрѣшенію суда. Но точно такой же споръ о правѣ будетъ и въ томъ случаѣ, когда привлеченный къ суду гражданинъ утверждаетъ, что законъ, на основаніи котораго онъ привлеченъ, противорѣчитъ такой-то статьѣ конституціи. Если такой споръ предоставить рѣшать самой законодательной власти, то получится ненормальный порядокъ: законодательная власть будетъ судьей въ своемъ же дѣлѣ.

§ **372**. Говорятъ, что въ послѣднемъ случаѣ дѣло касается власти законодательной, а эта власть стоитъ выше всѣхъ властей: она сама творитъ законъ, а всѣ остальные органы власти подзаконны, обязаны исполнять законы.

Въ этомъ утвержденіи цѣлый рядъ ошибокъ. Изъ всего предыдущаго изложенія курса мы знаемъ, что законодатель вовсе не есть творецъ закона, что какъ ни важна та форма, въ которую онъ облекаетъ устанавливаемую имъ юридическую норму, но все-таки она одна не можетъ создать основы обязательности закона (§ 362). И если законъ, явно противорѣчащій началамъ естественнаго права, возбуждаетъ большія сомнѣнія относительно своей обязательности, то эти сомнѣнія достигаютъ наивысшей степени, когда извѣстныя начала естественнаго права реализовались въ видѣ точно и опредѣленно выраженныхъ конституціонныхъ законовъ. *Эти законы издаются авторитетомъ высшимъ, чѣмъ обыкновенная законодательная власть*, а посему она является связанной, и связанной не только нравственно, но и юридически:

она не имѣетъ права издавать законовъ, противорѣчащихъ конституціи. Кромѣ того, если мы говоримъ, что и правительство, и судъ подзаконны, то это не значитъ, что законодательная власть поглощаетъ всѣ остальныя, превращаетъ ихъ въ подчиненныя власти, въ простыхъ исполнителей своихъ повелѣній *). Напротивъ,—въ предѣлахъ своей компетенціи и правительство, и судъ совершенно самостоятельны. А такъ какъ въ сферу компетенціи суда входитъ, какъ его основная задача, констатированіе существованія юридической нормы во всѣхъ условіяхъ ея бытія, то очевидно, что судъ не только имѣетъ право, но и обязанъ провѣрять согласіе обыкновенныхъ законовъ съ конституціонными.

§ **373.** Защитники господствующаго мнѣнія приводятъ еще одинъ аргументъ, съ перваго взгляда неотразимый. Должна же быть, говорятъ, въ государствѣ *послѣдняя* инстанція для окончательнаго рѣшенія всѣхъ вопросовъ государственной жизни, инстанція, дальше которой идти нельзя. Такой инстанціей и является верховная власть. Поэтому разъ она издаетъ законы, судъ, какъ одинъ изъ органовъ этой власти, не имѣетъ права ихъ не примѣнять; иначе *онъ* уже становится послѣдней инстанціей, превращается въ настоящую верховную власть.

Очевидно, что господствующее мнѣніе становится здѣсь на формально-юридическую точку зрѣнія. Но съ этой точки зрѣнія нѣтъ ничего легче, какъ доказать его неправильность. Кто установилъ конституціонные законы? Ихъ установила „власть учредительная“, а не законодательная, а значитъ всякое измѣненіе ихъ можетъ быть сдѣлано только учредительной властью, которая и является „послѣдней инстанціей“ для рѣшенія этихъ вопросовъ. Поэтому съ формально-юридической точки зрѣнія для верховной власти существуетъ только одинъ способъ отмѣнить нежелательный для нея параграфъ конституціи: дѣйствовать для этой отмѣны въ установленномъ самой конституціей порядкѣ. Поступая иначе, т. е. издавая законъ, противорѣчащій конституціи, и вмѣняя въ обязанность судамъ примѣнять этотъ законъ, власть совершаетъ недостойное ея издѣвательство надъ правомъ. Гораздо лучше тогда прямо заявить, что она вынуждена нарушить конституцію и беретъ на себя за это отвѣтственность предъ исторіей: это

*) Только во времена разгара политическихъ страстей могутъ раздаваться митинговые лозунги въ родѣ знаменитаго „исполнительная (!) власть да повинуется законодательной“.

путь чрезвычайно опасный, нежелательный, но прямой и честный; при чрезвычайныхъ, исключительныхъ условіяхъ государственной жизни онъ можетъ привести къ хорошимъ результатамъ, между тѣмъ, какъ путь издѣвательства надъ правомъ только развращаетъ и власть, и населеніе.

§ 374. Что же касается контроля суда надъ дѣйствіями законодателя, то не надо забывать основной аксіомы государствовѣдѣнія: всякая власть, какъ бы она ни была организована, нуждается въ извѣстныхъ сдержкахъ, которыя препятствовали бы ей выродиться въ деспотизмъ. Только такимъ образомъ она можетъ укрѣпить свои этическія основы.

По поводу же возраженія о шаткости правовой жизни вслѣдствіе колебаній судебной практики, которая можетъ сегодня признать данный законъ противорѣчащимъ конституціи, а завтра — согласнымъ съ конституціей, надо имѣть въ виду опытъ англо-американскихъ государствъ, доказывающій совершенно противное. Кромѣ того, вообще судебная практика не представляетъ шатанія и неопредѣленности; наоборотъ,—она подчиняется извѣстнымъ общимъ началамъ, что и даетъ основаніе считать ее самостоятельной формой права (формальнымъ источникомъ).

Опять таки и здѣсь мы видимъ всю важность суда для государства и всю необходимость надлежащей его организаціи, обезпечивающей его независимость, авторитетъ, всю полноту знаній (въ частности научно-юридическихъ) и т. д.

Итакъ конституціонные законы, эта основа всей жизни государства, *это олицетвореніе идеи, что государство связано правомъ*, могутъ надлежащимъ образомъ исполнять свою важную функцію только тогда, когда мы поручимъ спеціальную охрану конституціи тому органу государства, который долженъ быть воплощеннымъ спокойствіемъ, безпристрастіемъ, консерватизмомъ, авторитетомъ, недосягаемостью для бурныхъ теченій политики, и обладать всею полнотою знаній,—т. е. суду. Въ I томѣ своей прекрасной книги „Американская республика“ Брайсъ справедливо говоритъ, что порученіе суду охраны конституціи вовсе не есть такой порядокъ, который можетъ приносить хорошіе плоды только на англо-американской почвѣ. Описавъ далѣе организацію федеральныхъ судовъ Америки, онъ говоритъ: „Чтобы исполнять такія важныя обязанности, судъ долженъ быть такъ же неизмѣняемъ, какъ неизмѣняема конституція. Онъ долженъ выражаться въ томъ же духѣ и въ томъ же тонѣ, въ какихъ выражается народъ *въ свои*

лучшіе моменты. Онъ долженъ не подвергаться временнымъ требованіямъ, долженъ не поддаваться имъ тѣмъ упорнѣе, чѣмъ настойчивѣе онѣ высказываются. Укрывшись за своими неприступными твердынями, онъ долженъ отражать и открытыя нападенія другихъ органовъ власти, и вліяніе народныхъ страстей, еще болѣе опасное, потому что оно дѣйствуетъ незамѣтнымъ образомъ".

§ **375.** *II. Законы общіе и мѣстные* (jus commune—jus particulare). Подъ общими законами теорія разумѣетъ такіе законы, которые дѣйствуютъ на всей территоріи государства, а мѣстными, партикулярными называются законы, дѣйствующіе въ какой-нибудь одной части территоріи.

Казалось бы, что предметъ этотъ настолько простъ и ясенъ, что на немъ нечего и останавливаться. На самомъ дѣлѣ здѣсь мы имѣемъ нѣсколько вопросовъ, не легкихъ для разрѣшенія. Прежде всего самое понятіе „общаго права" требуетъ разъясненія. Возьмемъ два примѣра. Гражданскій кодексъ Наполеона благодаря своимъ выдающимся достоинствамъ былъ однимъ изъ богатыхъ источниковъ для заимствованія; между прочимъ онъ былъ цѣликомъ перенесенъ въ Баварію и у насъ въ Царство Польское. Можно ли сказать, что Франція, Бавaрія и наши польскія губерніи имѣютъ *общее* гражданское право? Другой примѣръ. Въ Германіи проходитъ черезъ рейхстагъ законъ и дѣлается обязательнымъ на всей территоріи имперіи; въ Германіи законодатели всѣхъ отдѣльныхъ государствъ (Пруссіи, Баваріи, Саксоніи и др.) издаютъ законъ тождественный по содержанію. Есть ли какое-либо различіе между такимъ „общимъ" закономъ и закономъ въ первомъ случаѣ?

Для правильнаго отвѣта на эти вопросы надо имѣть въ виду ученіе о формальномъ источникѣ права. Основываясь на этомъ ученіи, мы скажемъ, что одно лишь сходство содержанія еще не создаетъ юридическаго понятія общаго права: необходимо, чтобы это содержаніе исходило отъ одного формальнаго источника. Поэтому мы не можемъ сказать, что Франція и наши губерніи Царства Польскаго имѣютъ общее право: онѣ имѣютъ *сходное по содержанію* право. Точно также и въ примѣрѣ съ тождественнымъ по содержанію закономъ, изданнымъ всѣми государствами Германіи: здѣсь сходное, а не общее право, потому что формальнымъ источникомъ является воля не общегерманскаго законодателя, а воля отдѣльныхъ законодателей входящихъ въ составъ Германіи государствъ. Итакъ, понятіе общаго права заключаетъ въ себѣ два признака:

1) дѣйствіе права на всей территоріи и 2) общность формальнаго источника.

§ **376.** Мѣстные законы возникаютъ двоякимъ путемъ: 1) законодатель самъ издаетъ для отдѣльныхъ провинцій партикулярные законы или санкціонируетъ законы, прежде тамъ дѣйствовавшіе; мы здѣсь имѣемъ единство формальнаго источника права, и 2) отдѣльныя части территоріи имѣютъ свои самостоятельные формальные источники права; напр., законы Баваріи являются мѣстными законами Германіи, законы Женевы—мѣстными законами Швейцаріи.

Общіе законы могутъ имѣть характеръ абсолютный или субсидіарный. Общій законъ съ абсолютнымъ характеромъ не допускаетъ никакихъ несогласныхъ съ нимъ мѣстныхъ законовъ, такъ что если бы для какой либо провинціи былъ изданъ законъ, противорѣчащій абсолютному общему закону, то такой законъ не имѣлъ бы силы. Напротивъ, общій законъ съ субсидіарнымъ характеромъ примѣняется лишь тогда, когда соотвѣтствующія жизненныя явленія не регулированы мѣстнымъ закономъ. Такимъ образомъ, мѣстный законъ исключаетъ несогласный съ нимъ общій съ субсидіарнымъ характеромъ. Исключаетъ, но, конечно, не отмѣняетъ: общій законъ существуетъ, но въ данной мѣстности не примѣняется. И не примѣняется онъ только тогда, когда есть соотвѣтствующій мѣстный законъ; стоитъ лишь отмѣнить мѣстный законъ, сейчасъ же самъ собою безъ особыхъ упоминаній законодателя вступитъ въ дѣйствіе общій законъ (эластичность общаго закона).

§ **377.** Бросивъ общій взглядъ на исторію права, мы можемъ замѣтить, что существуетъ тенденція къ постепенному вытѣсненію мѣстнаго права общимъ правомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ наблюдается и другая тенденція—къ постепенному объединенію права во всѣхъ государствахъ. Въ области, напр , торговаго права мы уже имѣемъ примѣръ почти тождественнаго по содержанію права во всѣхъ культурныхъ государствахъ.

Между этими двумя тенденціями существуетъ тѣсная связь, въ основѣ ихъ лежитъ одна и та же причина, а именно—стремленіе къ объединенію, развитіе солидарности, предчувствіе идеала всеобщаго братства, всеобщей организаціи.

Возникаетъ вопросъ: какъ должно относиться государство къ этимъ тенденціямъ? Но должно ли оно въ качествѣ фактора культуры способствовать достиженію идеала? Отвѣтъ не возбуждаетъ

никакихъ сомнѣній. Но только изъ этого никоимъ образомъ нельзя сдѣлать вывода, что идеалъ состоитъ въ полномъ поглощеніи крупными соціально-политическими единицами мелкихъ, или въ насильственной централизаціи. Мы знаемъ, что параллельно развитію солидарности, развивается и индивидуальность, и мѣстныя общенія. Необходимъ и здѣсь синтезъ. А этотъ синтезъ возможенъ только на почвѣ уваженія къ мѣстнымъ особенностямъ и предоставленія имъ возможности полнаго развитія. Процессъ ассимиляціи права есть процессъ мирный; государство должно помнить, что нельзя произвести объединенія насильственнымъ или искусственнымъ путемъ. Въ III томѣ „Курса государственной науки“ Б. Н. Чичеринъ пишетъ слѣдующія золотыя слова: „Если мы должны видѣть въ государствѣ не мертвую машину, устрояемую по волѣ законодателя, а живой организмъ, образующійся медленнымъ историческимъ путемъ изъ разнородныхъ, нерѣдко даже враждебныхъ другъ другу элементовъ, которые не исчезаютъ въ общемъ строѣ, а тѣмъ болѣе стремятся къ сохраненію своихъ особенностей, чѣмъ болѣе они имѣютъ въ себѣ внутренней силы и крѣпости, то мы должны признать вниманіе къ мѣстнымъ особенностямъ одною изъ существенныхъ задачъ государственной политики“. „Не гоненіями, а покровительствомъ и удовлетвореніемъ всѣхъ человѣческихъ требованій люди привязываются къ государству и скрѣпляются связи между различными, входящими въ составъ его народностями“.

378. *III. Законы общіе и особенные, спеціальные* (jus generale —jus speciale). Законы общіе представляютъ собою юридическія нормы для всѣхъ лицъ и отношеній въ данной области права; законы спеціальные имѣютъ въ виду отдѣльныя группы населенія, они точнѣе и ближе опредѣляютъ особую природу извѣстныхъ отношеній. Возьмемъ, напр., противоположеніе гражданскаго и торговаго права; потребности торговаго оборота, особый характеръ торговыхъ сдѣлокъ создаетъ необходимость въ спеціальныхъ юридическихъ нормахъ, гарантирующихъ быстроту, точность, легкость передачи и обезпеченность. Всѣмъ этимъ условіямъ не могутъ удовлетворять нормы общаго гражданскаго права, поэтому жизнь вызвала существованіе торговаго права, которое общія начала гражданскаго права проводитъ въ спеціальной области отношеній, регулируетъ эту область болѣе свойственными ей нормами. Другой примѣръ спеціальныхъ законовъ—область военнаго права Особый характеръ военныхъ отношеній вызы-

ваетъ необходимость въ рядѣ видоизмѣненій общихъ нормъ, регулирующихъ государственную службу; въ частности здѣсь придается особо важное значеніе принципу подчиненія, дисциплинѣ. И въ области общаго гражданскаго права мы можемъ найти законы общіе и спеціальные; напр., есть законы общіе, относящіеся ко всѣмъ вообще договорамъ, и есть законы спеціальные, регулирующіе одинъ какой нибудь видъ договоровъ, напр., заемъ. Такимъ образомъ, законы о займѣ представляютъ собою развитіе общихъ законовъ о договорахъ въ примѣненіи къ спеціальнымъ особенностямъ даннаго вида договоровъ.

Изъ всего сказаннаго ясно, что спеціальные (особенные) законы никоимъ образомъ не могутъ быть разсматриваемы какъ исключеніе изъ общаго правила, а представляютъ собою лишь приспособленіе началъ общаго закона къ особенностямъ извѣстной группы отношеній. Отсюда чрезвычайно важный выводъ: *спеціальные законы не должны имѣть своимъ результатомъ полнаго изолированія соотвѣтственной группы населенія отъ дѣйствующаго правопорядка, они не должны вводить началъ, противорѣчащихъ общимъ законамъ.*

§ **379.** Взаимное отношеніе общихъ и спеціальныхъ законовъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Если одно и то же соціальное явленіе регулируется одновременно и общимъ, и спеціальнымъ закономъ, *то въ той сферѣ, для которой созданъ спеціальный законъ, только онъ одинъ и примѣняется.* Напр., если неповиновеніе распоряженію начальника имѣетъ одни послѣдствія въ общихъ законахъ, а другія въ военныхъ, то не можетъ быть и рѣчи о примѣненіи общаго закона къ случаямъ неповиновенія, оказаннаго солдатомъ офицеру. Общій законъ можетъ имѣть субсидіарное значеніе: если какой-нибудь случай въ особенной сферѣ отношеній не предусмотрѣнъ спеціальнымъ закономъ, то можетъ примѣняться соотвѣтствующій общій законъ.

§ **380.** Нельзя не отмѣтить неправильности терминологіи нѣкоторыхъ ученыхъ по интересующимъ насъ вопросамъ. Эти ученые дѣлятъ всѣ законы на *общіе* и *особенные*, причемъ во вторую группу помѣщаютъ законы мѣстные, спеціальные и привилегіи.

Прежде всего здѣсь нарушается общій принципъ классификаціи. Какъ мы видѣли (§ 364), что дѣленіе законовъ на общіе и мѣстные, общіе и спеціальные, общіе и исключительные, основано на различныхъ признакахъ: пространство дѣйствія, объемъ за-

кона, логическій характеръ закона. Кромѣ того, спеціальный законъ можетъ быть общимъ въ территоріальномъ смыслѣ. Напр., наши военные законы дѣйствуютъ на всей территоріи государства, а слѣдовательно, эти спеціальные (по своему объему) законы представляютъ собою законы общіе въ территоріальномъ смыслѣ. Съ другой стороны мѣстный законъ въ территоріальномъ смыслѣ можетъ быть общимъ по своему объему, т. е. относиться ко всему населенію данной мѣстности. Другой примѣръ неправильной терминологіи. Проф. Шершеневичъ дѣлитъ всѣ законы *по различію объема дѣйствія* на общіе и спеціальные, а эти послѣдніе подраздѣляетъ на исключительные, особенные и индивидуальные (Общая теорія, II, 395—396). Терминологія не можетъ быть принята потому, что также смѣшиваетъ различные принципы классификаціи законовъ: законы исключительные и индивидуальные, какъ сейчасъ увидимъ, противополагаются общимъ не на основаніи объема дѣйствія, а на основаніи своего логическаго характера (исключеніе изъ общаго правила).

§ **381**. *Законы общіе и исключительные.* Здѣсь мы имѣемъ противоположеніе общаго правила съ одной стороны и исключенія изъ него съ другой. Такимъ общимъ правиломъ является юридическая норма, регулирующая массу наперед неопредѣленныхъ случаевъ. Если дѣйствіе этой нормы временно пріостанавливается и взамѣнъ ея издается другая, мы имѣемъ 1) *временный исключительный законъ*. Если нѣкоторыя отдѣльныя лица изъемлются изъ дѣйствія общаго закона и для нихъ издается особый законъ надѣляющій опредѣленными правами, мы имѣемъ 2) *индивидуальный законъ*, который часто называется *привилегіей*. Наконецъ, если какому либо лицу дается однократное разрѣшеніе въ данномъ случаѣ не исполнять требованія общаго закона, мы имѣемъ 3) *сепаратный законъ*.

Разсмотримъ эти виды исключительныхъ законовъ.

Ad 1) *Временные исключительные законы* вызываются какими либо чрезвычайными обстоятельствами, благодаря которымъ дѣйствіе общихъ законовъ могло бы представить опасности для нормальнаго теченія жизни. Революціонное движеніе въ какой либо части территоріи, чрезмѣрное развитіе преступности, стихійныя бѣдствія и т. п.,—все это можетъ вызвать потребность въ исключительныхъ законахъ, пока жизнь снова не войдетъ въ обычную колею.—Нечего и говорить, что гораздо лучше, если дѣйствуютъ всегда общіе законы, что путь исключительныхъ законовъ есть

путь опасный, ведущій и къ ослабленію въ населеніи вѣры въ незыблемость законовъ, и ко всевозможнымъ злоупотребленіямъ. Но безусловное осужденіе исключительныхъ законовъ было бы научнымъ доктринерствомъ: жизнь всегда можетъ создать такія обстоятельства, которыя опрокинутъ узкую теорію. Наука можетъ только рекомендовать крайнюю осторожность въ пользованіи этимъ средствомъ и нѣкоторыя мѣры для обезвреживанія вредныхъ его эффектовъ.

Кромѣ того подмѣченъ слѣдующій важный фактъ. Чѣмъ здоровѣе жизнь государства, чѣмъ сильнѣе развито въ населеніи чувство законности, чѣмъ выше цѣнится личная свобода, тѣмъ менѣе шансовъ для появленія исключительныхъ законовъ. Чрезвычайно назидательнымъ примѣромъ можетъ служить Англія, не знающая континентальныхъ институтовъ военнаго положенія, чрезвычайной охраны и т. п. Конечно далеко не вездѣ населеніе вѣками воспитало въ себѣ такое сильное чувство законности, уваженія къ личности, привязанности къ государственному порядку, но во всякомъ случаѣ эта сторона англійской жизни заслуживаетъ большого вниманія.

§ **382.** Ad 2) Объ *индивидуальной юридической нормѣ* рѣчь уже шла въ § 360. Тамъ было указано на то, что такіе законы имѣютъ исключительный характеръ, обусловленный особенностями даннаго случая жизни.

Въ правовой жизни особенно важную роль играютъ индивидуальные законы, предоставляющіе опредѣленному лицу или группѣ лицъ извѣстныя преимущества сравнительно съ остальными гражданами. Такіе индивидуальные законы называются *привилегіями*.

Возникаетъ вопросъ о различіи привилегій отъ многихъ спеціальныхъ законовъ, предоставляющихъ извѣстнымъ лицамъ нѣкоторыя выгоды сравнительно съ остальными гражданами. Напр., какая разница между закономъ, предоставляющимъ какой нибудь акціонерной компаніи выпускать акціи на предъявителя (въ изъятіе изъ общаго закона, воспрещающаго такія акціи), и закономъ, по которому офицеръ за всѣ преступленія подлежитъ военному, а не гражданскому суду?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ изъ различія принциповъ классификаціи законовъ. Мы знаемъ, что по своему существу спеціальный законъ не есть исключеніе изъ общаго, между тѣмъ какъ привилегія именно есть такое исключеніе. Привилегія

говоритъ: *такое-то лицо*, или такая-то группа лицъ *не въ примѣръ прочимъ* пользуется такими-то правами. Спеціальный законъ гласитъ: *каждое лицо*, которое находится въ такомъ-то положеніи, вступаетъ въ такія-то отношенія, имѣетъ такія-то права и несетъ такія-то обязанности. Какъ видимъ различіе существенное: во второмъ случаѣ мы имѣемъ норму, регулирующую извѣстныя спеціальныя отношенія независимо отъ того, какія лица будутъ входить въ эти отношенія; въ первомъ случаѣ передъ нами норма, имѣющая въ виду точно опредѣленныхъ лицъ, создающая только для нихъ изъятія изъ общаго закона. Такимъ образомъ германскій законъ, по которому заработная плата, необходимая для пропитанія рабочаго въ теченіи 2 недѣль, не можетъ быть предметомъ взысканія по судебному рѣшенію, есть не привилегія, а спеціальный законъ. Точно также мы не можемъ назвать привилегіей права университетовъ получать изъ заграницы книги и журналы безъ цензуры: это спеціальный законъ. Вотъ почему нельзя одобрить термина „абстрактныя привилегіи“, употребляемаго нѣкоторыми учеными относительно такихъ спеціальныхъ законовъ.

§ 382[1]. Необходимо имѣть въ виду, что *привилегія есть индивидуальный законъ*, а посему всегда устанавливаетъ изъятія изъ общаго закона въ пользу точно опредѣленныхъ лицъ. (Напр., предоставленіе кому либо права безпошлиннаго провоза товаровъ изъ заграницы; освобожденіе кого нибудь отъ уплаты общаго налога). Типичнымъ примѣромъ привилегій являются привилегіи, дававшіяся прежде авторамъ на исключительное пользованіе доходами отъ изданія ихъ произведеній; общаго авторскаго права не было, а каждый отдѣльный авторъ могъ получать такое право лично для себя. Изъ длиннаго ряда такихъ привилегій возникло современное авторское право: привилегія превратилась въ спеціальный законъ.

Что касается вопроса о справедливости привилегій, то здѣсь нельзя дать безусловнаго отвѣта. Конечно, привилегіи часто нарушаютъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ. Но съ другой стороны нерѣдко бываютъ случаи, когда привилегія является вполнѣ справедливымъ вознагражденіемъ за общественныя заслуги или за результаты духовнаго творчества, цѣнные для культуры. Мы видѣли, что иногда историческое развитіе нѣкоторыхъ привилегій приводитъ къ изданію соотвѣтствующей общей нормы (авторское право). Другимъ примѣромъ такой общей нормы можетъ

служить законъ, разрѣшающій правительству выдавать *патенты на изобрѣтенія*. По существу каждый такой патентъ есть привилегія для лица, обладающаго имъ (т. н. реальная привилегія); но она устанавливается уже не верховною властью, а правительствомъ на основаніи общаго закона, разрѣшающаго въ опредѣленныхъ случаяхъ выдавать такіе патенты (терминологія „административныя привилегіи“ не можетъ быть одобрена).

Само собою разумѣется, что привилегіи въ виду ихъ исключительнаго характера могутъ устанавливаться только въ такомъ порядкѣ, который обезпечиваетъ справедливость ихъ раздачи, т. е. въ законодательномъ.

§ **383.** Ad 3) Наконецъ *сепаратный законъ* есть, какъ уже сказано, *однократное* разрѣшеніе, создающее исключеніе изъ общаго закона для даннаго случая (напр., кому-нибудь разрѣшается перевезти черезъ границу какія либо вещи безъ таможеннаго досмотра).

Такимъ образомъ здѣсь нѣтъ юридической нормы, а слѣдовательно нѣтъ и закона въ настоящемъ смыслѣ слова. Такіе акты законодательной власти имѣютъ полное сходство съ актами административными (административное распоряженіе) и съ судебными рѣшеніями (разрѣшеніе опредѣленнаго, конкретнаго случая). Отличіе ихъ отъ только что названныхъ актовъ заключается въ томъ, что и судебное рѣшеніе, и административное распоряженіе постановляются *на основаніи* уже существующихъ юридическихъ нормъ, а сепаратный законъ разрѣшаетъ конкретный случай *вопреки* этимъ нормамъ, создаетъ новое исключительное право для даннаго случая.

Нечего и говорить, что къ сепаратнымъ законамъ относятся *въ наивысшей степени* все то, что было сказано объ опасности исключительныхъ и индивидуальныхъ законовъ. Съ точки зрѣнія теоріи необходимо прійти къ безусловному осужденію этихъ законовъ, какъ это и дѣлаетъ Дюги. Если бы жизнь при всемъ своемъ неисчерпаемомъ многообразіи и дала бы единичные случаи, требующіе повидимому освобожденія ихъ отъ дѣйствія общаго закона, то съ точки зрѣнія нормальной правовой жизни лучше пожертвовать единичнымъ интересомъ, чѣмъ нарушать принципъ непоколебимости закона: вѣдь здѣсь нѣтъ тѣхъ оправданій, которыя существуютъ для индивидуальныхъ юридическихъ *нормъ*.

Гарантіи доброкачественности закона; процедура его установленія.

§ **384.** Мы знаемъ, что законъ, какъ наиболѣе совершенная форма права, какъ основа всей государственной жизни, долженъ быть обставленъ наилучшими при данныхъ условіяхъ мѣста и времени гарантіями, обезпечивающими наличность всѣхъ необходимыхъ качествъ закона, т. е. 1) его специфической формы, позволяющей всѣмъ и каждому сразу отличить законъ отъ всѣхъ остальныхъ актовъ государственной власти; 2) его авторитета въ глазахъ населенія и 3) обдуманности и зрѣлости его выработки какъ съ внутренней, такъ и съ внѣшней стороны (§ 363).

Первыя два качества достигаются тѣмъ, что законъ исходитъ 1) непосредственно отъ верховной власти 2) въ особомъ „законодательномъ“ порядкѣ. Мы видѣли, что если первое изъ этихъ условій существовало вездѣ и всегда, то необходимость второго только сравнительно недавно вошла въ сознаніе людей (хотя соотвѣтствующія тенденціи замѣчаются почти на всемъ протяженіи исторіи культуры).

Что же касается третьяго необходимаго качества закона, то для обезпеченія его нѣтъ универсальныхъ средствъ. Каждое государство вырабатываетъ свои средства сообразно исторической эпохѣ и состоянію культуры. Наука можетъ сводить эти средства къ опредѣленнымъ типамъ, можетъ изучать условія появленія и смѣны этихъ типовъ, подвергать ихъ сравнительной оцѣнкѣ какъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ данной соціальной средѣ, такъ, главнымъ образомъ, соотвѣтствія съ основнымъ принципомъ, лежащимъ въ основѣ всѣхъ типовъ.

§ **385.** А этотъ принципъ не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній: необходимо, чтобы верховная власть обладала *всею полнотою* многочисленныхъ знаній для формулированія закона: знаніе всѣхъ соотвѣтствующихъ условій народной жизни, природы вещей данныхъ соціальныхъ явленій, началъ естественнаго права и способовъ ихъ реализаціи въ данной средѣ, знаніе дѣйствующаго правопорядка и его научныхъ основъ, наконецъ чисто-техническія знанія для подлежащей юридической формулировки закона.

Здѣсь необходимо еще разъ напомнить, что законъ нельзя опредѣлить ни какъ волю верховной власти, ни какъ волю государства, ни тѣмъ болѣе—какъ волю народа („воля народа“ пустая фраза, за которой скрывается или воля большинства, или воля

руководящихъ группъ, или воля партіи). Нѣкоторый смыслъ имѣютъ выраженія „воля верховной власти“, „воля государства“, но нельзя при этомъ забывать, что не воля, какъ таковая, есть сущность закона, а его согласіе съ извѣстными объективными началами.

Отсюда чрезвычайно важный выводъ: всѣ гарантіи обдуманности и зрѣлости закона направлены вовсе не къ тому, чтобы наилучшимъ образомъ установить, чего желаетъ народъ, общество и т. п., а къ тому, чтобы выяснить существо данныхъ соціальныхъ явленій и открыть регулирующую ихъ норму. Эту норму воля верховной власти снабжаетъ своимъ авторитетомъ и внѣшними гарантіями. Во всякомъ случаѣ критеріемъ доброкачественности закона, являются извѣстныя объективныя начала, а не мнѣнія и желанія „народа“: никакое большинство, даже единогласное мнѣніе всего населенія не можетъ сдѣлать истину не-истиной и наоборотъ.

§ **386**. Процедура установленія закона обратна порядку установленія нормы обычнаго права. Тамъ она появляется въ результатѣ долговременнаго фактическаго соблюденія соотвѣтствующаго поведенія; здѣсь норма появляется сначала, а потомъ уже должно наступить фактическое соблюденіе ея. Но для того, чтобы это соблюденіе наступило, необходима доброкачественность закона. Очевидно, что гарантіи этой доброкачественности должны главнымъ образомъ находиться въ самомъ порядкѣ установленія его, въ той процедурѣ, которая приводитъ къ появленію закона на свѣтъ, и въ организаціи того учрежденія, которое вырабатываетъ законъ.

Эта процедура логически дѣлится на двѣ стадіи: въ первой стадіи вырабатывается содержаніе будущаго закона, а во второй —этому содержанію сообщается обязательная сила. Въ современныхъ государствахъ каждая изъ этихъ стадій распадается на отдѣльные моменты: въ первой стадіи мы имѣемъ иниціативу закона и его обсужденіе (которое въ свою очередь подраздѣляется на нѣсколько моментовъ); во второй: утвержденіе, промульгація, обнародованіе и полученіе исполнительной силы.

Разсмотримъ каждый изъ этихъ моментовъ.

§ **387**. *Иниціатива закона*. Каждый законъ возникаетъ не по капризу законодателя, а вызывается потребностями жизни. Извѣстныя потребности жизни, необходимость регулировать соотвѣтственныя отношенія, воздѣйствовать на нихъ,—все это является

мотивомъ къ изданію закона, цѣлью закона, его телеологическимъ основаніемъ, ratio legis.*)

И вотъ, когда назрѣла необходимость въ изданіи новаго закона или въ измѣненіи стараго, то объ этомъ надо довести до свѣдѣнія законодателя, предложить ему разрѣшить поставленный жизнью вопросъ. Это и есть въ широкомъ смыслѣ слова инціатива закона. Такимъ образомъ, если кто нибудь въ цѣломъ рядѣ публичныхъ лекцій, статей, докладныхъ записокъ и т. п. добился того, что законодатель обратилъ вниманіе на соотвѣтствующія явленія жизни и издалъ надлежащій законъ, то автору будетъ принадлежать честь инціативы этого закона.

Но отъ такого житейскаго словоупотребленія надо отличать техническое, юридическое понятіе инціативы закона. Дѣло въ томъ, что законодатель можетъ остаться глухимъ ко всѣмъ подобнымъ попыткамъ, можетъ не обратить вниманія на представляемые ему проекты закона, оставить ихъ безъ разсмотрѣнія. Совсѣмъ другое будетъ въ томъ случаѣ, когда эти проекты исходятъ отъ лица, обладающаго *правомъ законодательной инициативы*. Такъ какъ каждому праву соотвѣтствуетъ обязанность, то законодатель здѣсь уже не можетъ оставить проектъ безъ разсмотрѣнія: онъ обязанъ его разсмотрѣть и дать тотъ или другой отвѣтъ, т. е. или принять, или отвергнуть, или измѣнить.

Такимъ образомъ инціаторомъ закона въ техническомъ смыслѣ слова можетъ назваться только тотъ, кто, обладая соотвѣтствующимъ правомъ, приводитъ въ движеніе законодательную работу. Мы видимъ, что право законодательной инціативы есть право *непосредственно* вліять на ходъ законодательныхъ работъ, право очень важное.

§ **388**. Только что сказанное даетъ возможность правильно отвѣтить на вопросъ: можно ли право законодательной инціативы предоставить всѣмъ и каждому?

Съ перваго взгляда казалось бы, что вопросъ надо рѣшить въ положительномъ смыслѣ: вѣдь чѣмъ больше лицъ будетъ обращать вниманіе законодателя на соціальныя потребности, тѣмъ лучше, а составленіе вздорныхъ проектовъ—дѣло безвредное, т. к.

---

*) Не надо смѣшивать съ occasio legis, какъ дѣлаютъ нѣкоторые: occasio legis есть внѣшній, ближайшій поводъ къ изданію закона, какой нибудь конкретный фактъ, заставившій законодателя обратить вниманіе на соотвѣтственную сторону жизни, требующую законодательнаго вмѣшательства.

ихъ всегда можно отвергнуть. Важно то, что въ числѣ этихъ проектовъ могутъ попасться и цѣнные.

Но въ томъ то и дѣло, что составленіе вздорныхъ проектовъ только тогда можетъ быть названо невиннымъ занятіемъ, когда законодательное учрежденіе не будетъ обязано тратить свое время на разсмотрѣніе этихъ плодовъ юридическаго творчества. Если же мы завалимъ это учрежденіе кучами проектовъ, если каждый желающій будетъ имѣть право отнимать у него время и заставлять работать для разсмотрѣнія нелѣпыхъ писаній, то мы совершенно парализуемъ работу важнѣйшаго изъ государственныхъ учрежденій, не дадимъ ему возможности посвятить свои силы для его важнаго, отвѣтственнаго дѣла, требующаго спокойствія и неторопливости.

Вотъ почему мы нигдѣ не находимъ всеобщаго права законодательной иниціативы; вездѣ это право принадлежитъ только такимъ лицамъ, которыя внушаютъ особое довѣріе въ смыслѣ большей или меньшей основательности ихъ проектовъ. Даже въ Швейцаріи, гдѣ въ наибольшей степени осуществлено участіе народа въ законодательствѣ, отдѣльные граждане не имѣютъ права законодательной иниціативы; такимъ правомъ обладаютъ лишь весьма значительныя группы населенія, напр., въ Женевѣ 2500 человѣкъ, въ Бернѣ—12 тысячъ, а для иниціативы конституціонныхъ законовъ—50 тысячъ.

Въ остальныхъ государствахъ иниціатива принадлежитъ въ первую голову правительству, а затѣмъ самому законодательному учрежденію. И опытъ показалъ, что правительственная иниціатива во всѣхъ отношеніяхъ стоитъ выше всякой другой[1]).

---

[1]) „Правительственная иниціатива оказывается всегда и всюду наиболѣе использованной, потому, что по численности и по обоснованности министерскіе проекты стоятъ выше другихъ. Министерство располагаетъ запасомъ силъ, научно и технически подготовленныхъ къ законодательному творчеству, богатствомъ законодательныхъ матеріаловъ, статистическихъ данныхъ, издавна составленныхъ библіотекъ. Парламентская иниціатива стоитъ, конечно ниже правительственной. Членамъ парламента, явившимся, можетъ быть, впервые къ законодательному дѣлу, трудно состязаться съ бюрократіей въ дѣлѣ составленія законопроектовъ. Но самая возможность внесенія законопроекта со стороны членовъ парламента составляетъ уже сама по себѣ побужденіе для правительства держаться на уровнѣ запросовъ жизни и спѣшить съ законопроектами, чтобы предупредить болѣе радикальное предложеніе. Опытъ показываетъ, что парламентская иниціатива играетъ главнымъ образомъ роль такого memento, что сами парламенты относятся съ меньшимъ вниманіемъ къ проектамъ, исходящимъ отъ своихъ членовъ, чѣмъ къ проектамъ, предлагаемымъ со стороны министерствъ“ *Шершеневичъ*. Общая теорія II, 384.

§ **389**. Но съ другой стороны надо признать, что тотъ ограниченный кругъ лицъ, которому принадлежитъ право законодательной инициативы, не всегда можетъ быть освѣдомленъ о всѣхъ новыхъ комбинаціяхъ жизни, требующихъ законодательной нормировки. А между тѣмъ необходимо, чтобы законодатель былъ всегда въ курсѣ народной жизни, чтобы изданіе необходимыхъ законовъ было своевременнымъ.

Вотъ почему, если и нельзя предоставить права законодательной инициативы всѣмъ и каждому, то во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы каждый желающій имѣлъ право доводить свои мнѣнія до свѣдѣнія законодательной власти (право петицій). Всѣ петиціи разсматриваются особой комиссіей при законодательномъ учрежденіи, которая, если признаетъ проектъ заслуживающимъ вниманія, можетъ внести его на разсмотрѣніе законодателя*).—Кромѣ того право законодательной инициативы должно быть предоставлено суду, какъ такому органу власти, который, обладая надлежащими знаніями, ежедневно имѣетъ полную возможность получать изъ самой жизни цѣнный матеріалъ. Наконецъ право законодательной инициативы могло бы быть предоставлено періодическимъ съѣздамъ юристовъ всей страны.

§ **390**. *Обсужденіе закона*. Это самый важный моментъ во всей процедурѣ образованія закона, моментъ, гдѣ окончательно складывается содержаніе и редакція закона. Къ этой стадіи и должны быть пріурочены наиболѣе солидныя гарантіи обдуманности закона. Кромѣ того здѣсь должны быть гарантіи другого очень важнаго требованія законодательной политики, а именно: законодатель не долженъ увлекаться творчествомъ, не долженъ считать себя всемогущимъ, способнымъ однимъ почеркомъ пера перестроить жизнь. Наконецъ необходимы гарантіи противъ шатанія законодательства, временныхъ увлеченій, бросанія изъ одной крайности въ другую. Прекрасно по этому поводу говоритъ Чичеринъ: „шаткость законодательства есть одно изъ худшихъ общественныхъ золъ. При такомъ порядкѣ не обезпечены ни права, ни интересы гражданъ. Никто не довѣряетъ закону и не рѣшается предпринять что либо, основываясь на немъ, потому что никто не знаетъ, что будетъ завтра, не послѣдуетъ ли перемѣны. А такъ какъ увѣренность въ постоянствѣ порядка составляетъ

---

*) Швейцарскій ученый *Штюсси* предлагаетъ, чтобы это предварительное разсмотрѣніе проектовъ происходило при участіи ихъ авторовъ.

первое благо общественной жизни, то подобное положеніе однозначительно съ анархіей. Общество, которое подвергается противоположнымъ теченіямъ и дергается туда и сюда, не знаетъ чего держаться и теряетъ всякую устойчивость"*).

Вообще надо очень и очень осторожно относиться къ ломкѣ существующаго. Крайній радикализмъ—плохой показатель уровня политической зрѣлости и общей культуры.

§ **391**. Обращаясь къ обсужденію закона, мы видимъ, что оно проходитъ двѣ стадіи: предварительную и окончательную, обѣ одинаково важныя. Предварительное обсужденіе законопроекта происходитъ внѣ законодательнаго учрежденія, а окончательное—есть дѣло законодательнаго учрежденія, которое должно воспользоваться всѣми матеріалами предварительнаго обсужденія.

Замѣтить надо, что уже самая выработка проекта закона нерѣдко требуетъ большихъ предварительныхъ работъ: собираніе разныхъ матеріаловъ и въ частности—статистическихъ, а затѣмъ выработка первоначальной редакціи закона, служащей основой всего дальнѣйшаго обсужденія. „Поэтому весьма важно, чтобы редакція была поручена опытнымъ юристамъ, знающимъ силу и значеніе каждаго слова и тѣ разнообразныя толкованія, которымъ оно можетъ подвергаться на практикѣ" (Чичеринъ).

Когда текстъ закона выработанъ, начинается стадія предварительнаго обсужденія. Прежде всего мы имѣемъ *техническое обсужденіе*. Оно производится въ комиссіи юристовъ и спеціалистовъ по данному вопросу, которые тщательно разсматриваютъ проектъ со стороны его согласія съ природой вещей данныхъ соціальныхъ отношеній, согласія со всей системой законодательства, со сторо-

---

*) Къ этимъ золотымъ словамъ нашего знаменитаго ученаго надо прибавить слѣдующія замѣчанія изъ III тома его „Курса государственной науки": „Но если даже выяснилась потребность перемѣны, нельзя приступать къ ней иначе, какъ съ большою осторожностью. Нѣтъ ничего хуже легкомысленнаго законодательства, которое хватается за все наобумъ, не изучивши ничего основательно. Легкомысленный законодатель одержимъ презрѣніемъ къ старому и жаждой произвести что нибудь новое, блистательное. Онъ не останавливается ни передъ чѣмъ, все ему кажется легко и исполнимо. Между тѣмъ всякій законъ, который дѣйствовалъ въ теченіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени, связанъ со сложившимися подъ его охраной общественными отношеніями. Около него группируются общественные интересы, вызванные довѣріемъ къ законодателю, и которыхъ нельзя поэтому произвольно нарушать. Онъ связанъ и съ другими частями законодательства. Касаясь одной части зданія, можно расшатать остальныя".

ны его юридической техники. Это—спокойная кабинетная работа, которую невозможно сдѣлать въ большомъ собраніи и недостатки которой обыкновенно непоправимы. Далѣе идетъ *политическое обсужденіе,* производящееся въ собраніи высшихъ государственныхъ сановниковъ, стоящихъ во главѣ управленія; такое обсужденіе необходимо для законовъ, имѣющихъ общее значеніе; цѣль его—обезпечить единство внутренней политики. Наконецъ законопроектъ подвергается *общественному обсужденію* въ самыхъ разнообразныхъ формахъ: разсылка проекта мѣстнымъ учрежденіямъ самоуправленія, ученымъ обществамъ, отдѣльнымъ спеціалистамъ, юридическимъ факультетамъ и т. д. Вообще надо поставить дѣло такъ, чтобы каждый желающій имѣлъ возможность высказаться о проектѣ, и чтобы всѣ матеріалы предварительнаго обсужденія были въ виду при окончательномъ обсужденіи.

Конечно, не всѣ законы нуждаются въ такой сложной процедурѣ предварительнаго обсужденія, но для законовъ болѣе или менѣе важныхъ, затрагивающихъ обширныя области интересовъ, эта процедура необходима. Она, правда, очень громоздка и затягиваетъ дѣло, но достоинство законодательства состоитъ не въ быстротѣ, а въ основательности, зрѣлости, обдуманности каждаго шага, каждой мелочи. Вѣдь дѣло идетъ о томъ, чтобы формулировать законъ, согласный съ природой вещей, аналогичный законамъ физики и химіи! И, разумѣется, чѣмъ больше матеріала будетъ въ распоряженіи законодателя, чѣмъ съ большаго количества точекъ зрѣнія проектъ будетъ разсмотрѣнъ, тѣмъ больше гарантій для приближенія къ идеалу закона. Въ особенности важно выслушать мнѣніе людей, близко, непосредственно заинтересованныхъ въ той области жизни, которой касается законъ, людей обладающихъ надлежащими знаніями этой области. Что бы мы сказали о такомъ правительствѣ, которое, вырабатывая проектъ новаго университетскаго устава, не пожелало бы выслушать мнѣнія университетскихъ совѣтовъ.

§ 392. Переходимъ къ *окончательному обсужденію.* Оно производится въ законодательномъ учрежденіи и имѣетъ цѣлью окончательно установить текстъ закона на основаніи всѣхъ матеріаловъ предварительнаго обсужденія.—Ясное дѣло, что успѣхъ этой серіозной и отвѣтственной работы обусловленъ организаціей законодательнаго учрежденія и порядкомъ его дѣятельности.

Исторія знаетъ разнообразныя формы организаціи законодательныхъ учрежденій, но всѣ онѣ могутъ быть сведены къ слѣ-

дующимъ типамъ: 1) собраніе всего народа; 2) собраніе господствующей части населенія; 3) постоянная коллегія, составленная изъ наиболѣе авторитетныхъ и свѣдущихъ лицъ: 4) собраніе сословныхъ представителей и 5) современные парламенты.

Первые два типа представляютъ собою непосредственное участіе населенія въ обсужденіи законовъ. Они въ настоящее время совершенно не пригодны и представляютъ собою формы, окончательно сданныя въ архивъ исторіи. Да и въ тѣ времена, когда онѣ существовали, *обсужденія* законовъ на этихъ собраніяхъ (въ особенности перваго типа) не было. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно посмотрѣть на сохранившіяся еще переживанія интересующаго насъ типа. Разумѣемъ существующія въ нѣсколькихъ кантонахъ Швейцаріи народныя собранія (ландесгемейнды). Не смотря на микроскопическіе размѣры государства—кантона, на сравнительную несложность жизни, на значительную степень политическаго развитія населенія, фактически законодательство находится не въ рукахъ народнаго собранія, а въ рукахъ избраннаго имъ правительства. Ландесгемейнда собирается разъ въ годъ на нѣсколько часовъ. Очевидно, что тутъ не можетъ быть и рѣчи объ обсужденіи законовъ: собраніе просто принимаетъ предложенные правительствомъ законопроекты.

Непригодность народныхъ собраній къ законодательству, да еще на высшихъ ступеняхъ культуры, вытекаетъ изъ всего изложенія настоящаго курса: обладать надлежащими научными знаніями и высокою степенью развитія можетъ только руководящее меньшинство. Такъ было раньше, такъ существуетъ въ настоящее время, такъ будетъ и впредь еще безконечно долгое время.

§ **393**. Изъ только что сказаннаго очевидно, что теоретически высшимъ типомъ законодательныхъ учрежденій надо признать третій, т. е. постоянную коллегію, составленную изъ лицъ, обладающихъ и надлежащей научной подготовкой, и высокою степенью общаго духовнаго развитія, и жизненнымъ опытомъ, и знаніемъ государственной жизни во всѣхъ ея проявленіяхъ. Такой именно типъ представляли собою тѣ верховныя коллегіи жрецовъ, которыя существовали на первыхъ ступеняхъ исторіи культуры и которыя давали авторитетные совѣты монархамъ. Съ дальнѣйшимъ теченіемъ исторіи культуры этотъ типъ потерялъ свою чистоту, но тенденція къ нему не умирала, что видно изъ различныхъ законосовѣщательныхъ учрежденій при монархахъ вплоть до новѣйшаго времени, когда они уступили свое мѣсто парламентамъ.

Часто эти законосовѣщательныя учрежденія функціонировали плохо, но съ другой стороны они часто играли очень цѣнную роль въ государственной жизни. Неудача ихъ обусловлена главнымъ образомъ тѣмъ, что сплошь и рядомъ составъ ихъ пополнялся людьми, не обладающими необходимыми качествами. Они попадали въ высокое собраніе благодаря проискамъ и угодливости передъ тою силою, которая представляетъ собою наиболѣе темную сторону абсолютной монархіи и которая даже въ настоящее время играетъ очень важную роль въ нѣкоторыхъ государствахъ Это т. наз. „камарилья“, которая окружаетъ монарха специфической атмосферой придворной лжи, тщательно скрываетъ отъ него все, что можетъ вредно отразиться на ея интересахъ, недопускаетъ образованія около него никакихъ самостоятельныхъ силъ и разобщаетъ его съ жизнью страны.

Въ связи съ этимъ находится вторая важная причина плохого функціонированія разсматриваемыхъ учрежденій,—отсутствіе надлежащей самостоятельности и авторитетности. Если мы прибавимъ къ этому свойственную среднему человѣку черту—исполнять свои обязанности хуже при отсутствіи контроля, и работать менѣе продуктивно при сознаніи, что за эту работу онъ не несетъ отвѣтственности, что она представляетъ собою только совѣтъ, то мы исчерпаемъ главныя причины, поведшія къ паденію новыхъ законосовѣщательныхъ учрежденій.

§ **394.** Въ настоящее время законодательныя учрежденія существуютъ вездѣ въ формѣ парламентовъ, вытѣснившихъ какъ только что разсмотрѣнный типъ, такъ и сословныя собранія.

Было бы чрезвычайно наивнымъ думать, что парламентъ представляетъ собою послѣднее слово человѣческой мудрости въ стремленіи къ наилучшей организаціи законодательнаго учрежденія. Далеко не все то, что появляется позже, есть и лучшее. И парламенты заключаютъ въ себѣ такъ много темныхъ сторонъ, что вопросъ о замѣнѣ ихъ болѣе совершенной формой законодательнаго учрежденія, есть вопросъ времени. Случайность состава, вліянія партій, политиканство, чрезвычайно низкій минимальный возрастъ для права быть депутатомъ (25—30 лѣтъ), полная невозможность обсуждать серіозное дѣло въ многолюдномъ собраніи (да еще публично!), отсутствіе гарантій надлежащей подготовки депутатовъ,—все это такіе важные пороки учрежденія, что говорить о его великой будущности можно только по недоразумѣнію. При указанныхъ порокахъ парламентовъ насъ не должны удив-

лять ни дикія сцены засѣданій съ бранью и даже съ рукопашной расправой, ни митинговыя рѣчи, ни рѣчи, расчитанныя лишь на то, чтобы блеснуть „талантомъ“ и попасть на столбцы газетъ, ни шатанія практики, ни стремленіе подчинить себѣ правительство и т. п. И если даже въ англійскомъ парламентѣ мы замѣчаемъ иногда печальные эффекты присущихъ учрежденію пороковъ, то въ менѣе зрѣлыхъ въ политическомъ отношеніи странахъ эти эффекты достигаютъ порой прямо таки устрашительныхъ размѣровъ.

§ **395.** Надо твердо помнить, что парламенты возникли вовсе не потому, что люди искали наилучшей организаціи *законодательнаго* учрежденія: причины были исключительно политическія. *Гегель* справедливо говоритъ, что начало народнаго представительства основано не на томъ, что народъ лучше понимаетъ общіе интересы и можетъ лучше составлять законы, чѣмъ правительство; наоборотъ—онъ понимаетъ ихъ хуже. Причина существованія народнаго представительства заключается въ необходимости сочетанія субъективной и объективной свободы. При этомъ Гегель требуетъ, чтобы депутаты доказали уже свое знаніе общественныхъ дѣлъ предварительной службой въ какой нибудь общественной должности*).

Цѣнныя стороны парламентовъ заключаются главнымъ образомъ въ реальномъ контролѣ надъ дѣйствіями правительства и въ возможности для государственой власти быть освѣдомленной о всѣхъ нуждахъ населенія. Ради этихъ и нѣкоторыхъ другихъ менѣе важныхъ положительныхъ сторонъ приходится мириться съ отрицательными, принимая рядъ мѣръ для парализованія ихъ вредныхъ эффектовъ.

§ **396.** Такими мѣрами могли бы быть повышеніе возрастнаго и образовательнаго ценза депутатовъ и нѣкоторыя другія, говорить о которыхъ здѣсь не мѣсто. Въ частности, что касается обсужденія законовъ въ парламентахъ, практика выработала весьма цѣлесообразную мѣру, а именно—предварительное разсмотрѣніе законопроектовъ въ парламентскихъ комиссіяхъ. Немноголюдная комиссія, умѣло подобранная, засѣдающая непублично, имѣетъ возможность основательно изучить и обсудить проектъ и доложить результаты своихъ работъ парламенту, гдѣ такое изученіе

*) Philosophie des Rechts, § 298 и слѣд.

безусловно невозможно по цѣлому ряду причинъ.*) Затѣмъ практика знаетъ троекратное чтеніе проекта въ разныхъ засѣданіяхъ палаты, нѣкоторыя мѣры противъ излишняго затягиванія преній (палліативы) и т. п.

§ **397.** Но самой важной мѣрой, парализующей многіе эффекты темныхъ сторонъ парламентовъ, является т. наз. *двухпалатная система:* парламентъ состоитъ изъ нижней палаты (палаты депутатовъ) и верхней палаты (сената) съ особымъ составомъ членовъ (повышенныя гарантіи политической и духовной зрѣлости). Можно съ увѣренностью сказать, что если бы не было верхней палаты, то указанныя темныя стороны парламента очень скоро привели бы его къ паденію.—Въ наукѣ необходимость двухпалатной системы представляетъ собою прочно установленное положеніе. *Брайсъ* въ цитированномъ уже сочиненіи „Американская республика“ говоритъ: „Въ настоящее время необходимость двухъ палатъ сдѣлалась аксіомой политической науки“. Точно также выражается и французскій авторитетъ въ области государствовѣдѣнія, *Эсменъ*. Другой французскій выдающійся государствовѣдъ, *Дюги*, не смотря на принципіальное разногласіе съ Эсменомъ по ряду основныхъ вопросовъ, находитъ также двухпалатную систему необходимой. А *Чичеринъ* по этому вопросу пишетъ: „Только радикальное легкомысліе можетъ стремиться къ уничтоженію верхней палаты или къ ослабленію ея власти“ **)

Не касаясь цѣнныхъ сторонъ двухпалатной системы въ политическомъ отношеніи, мы здѣсь отмѣтимъ важность верхней палаты для непосредственно интересующаго насъ вопроса—обсужденія закона. Разсмотрѣніе закона въ двухъ палатахъ обезпечиваетъ бо̀льшую основательность, всесторонность обсужденія, боль-

---

*) Одной изъ аксіомъ политики должна быть полная непригодность многолюдныхъ собраній къ совмѣстной серіозной работѣ. При самомъ энергичномъ предсѣдателѣ всегда будетъ непродуктивно теряться масса времени, обмѣнъ мнѣній выродится въ словопренія болѣе или менѣе пространныя и цвѣтистыя въ особенности, если засѣданіе публично Къ этому прибавить надо отвращеніе многихъ тонко чувствующихъ натуръ къ публичнымъ спорамъ и рѣчамъ, что можетъ дать въ результатѣ отсутствіе возраженій противъ явно неправильныхъ утвержденій и кажущуюся ихъ побѣду.

**) И дѣйствительно, возраженія противъ верхней палаты раздаются со столбцовъ газетъ, въ партійныхъ брошюрахъ и quasi—научныхъ сочиненіяхъ съ лозунгами: „народное верховенство“, „окончательная побѣда демократическаго принципа“ и т. п.

шее согласіе закона съ дѣйствительными потребностями страны, съ объективными началами.

Такая выгода можетъ получиться даже тогда, когда обѣ палаты однородны по составу. Но вѣдь наука, признавая необходимость двухпалатной системы, имѣетъ въ виду не однородность обѣихъ палатъ, а разнородность. Каждая должна обладать своимъ особымъ характеромъ. Нижняя палата, демократическая по характеру, гораздо ближе стоитъ къ самымъ широкимъ слоямъ населенія, отражаетъ всѣ интересы этого населенія, обладаетъ большою отзывчивостью на всѣ текучіе запросы жизни. Верхняя палата, аристократическая по характеру, представляетъ собою начало консервативное, начало устоичивости, сдержанности, непрерывности политическаго духа, высшихъ знаній. И тотъ и другой элементъ одинаково важенъ и необходимъ въ государствѣ (преимущество демократіи—газетная болтовня). И вотъ, если законъ, разсмотрѣнный двумя палатами съ обѣихъ различныхъ точекъ зрѣнія, принятъ, то получается наибольшая степень вѣроятности соотвѣтствія его объективнымъ началамъ.

Вторая палата служитъ гарантіей противъ черезчуръ поспѣшнаго принятія законопроекта подъ вліяніемъ настроенія минуты, увлеченія рѣчью, впечатлѣнія случайныхъ событій. Ослабляется опасность проведенія закона какой нибудь партіей, воспользовавшейся случайнымъ большинствомъ въ данномъ засѣданіи.

Конечно, существованіе второй палаты осложняетъ и замедляетъ процедуру установленія закона, но еще разъ повторимъ: не быстрота законодательства, а его основательность служитъ рѣшающимъ критеріемъ для его оцѣнки.—

§ **398**. *Утвержденіе закона.* Утвержденіе закона есть заключительный моментъ первой половины процедуры образованія закона, т. е. той половины, гдѣ вырабатывается его содержаніе, и вмѣстѣ съ тѣмъ—это переходная ступень ко второй половинѣ процедуры, той половинѣ, гдѣ закону придается безусловно-обязательный характеръ.

Когда исчерпаны уже всѣ средства, при помощи которыхъ законодательное учрежденіе уясняетъ себѣ содержаніе проектируемаго закона, наступаетъ моментъ, когда надо дать окончательный отвѣтъ на вопросъ: какъ долженъ быть формулированъ будущій законъ. Этотъ отвѣтъ и есть утвержденіе закона.

Въ настоящее время утвержденіе закона состоитъ изъ двухъ актовъ: 1) принятіе закона парламентомъ и 2) санкціонированіе

его главою государства. Оба акта одинаково необходимы; не принятый парламентомъ законъ не можетъ быть представленъ главѣ государства для санкціи; а съ другой стороны принятый парламентомъ проектъ закона, не получившій санкціи главы государства, не можетъ имѣть силы закона. Такимъ образомъ глава государства имѣетъ право отказать въ санкціи закону, наложить на него свое veto. При этомъ монархи имѣютъ право абсолютнаго veto (законъ, принятый парламентомъ, отвергается безповоротно) а президенты республикъ—veto суспенсивнаго (отвергнутый президентомъ законъ вновь обсуждается въ парламентѣ и можетъ быть опять представленъ для санкціи, если будетъ принятъ; тогда уже президентъ не имѣетъ права отказать въ санкціи).

§ **399.** Относительно роли монарха въ процедурѣ образованія законовъ существуютъ три мнѣнія. Одни—думаютъ, что эта роль чисто отрицательна: монархъ не является факторомъ образованія закона, а можетъ только протестовать своимъ veto противъ закона, который кажется ему нарушающимъ интересы страны. Съ этой точки зрѣнія монархъ есть глава „исполнительной власти", а посему согласно теоріи „раздѣленія властей" въ законодательствѣ не участвуетъ. Логическимъ выводомъ изъ такого мнѣнія является необходимость предоставленія монарху права только суспенсивнаго veto (что мы видимъ въ Норвегіи).

Несостоятельность этого мнѣнія очевидна. Если говорить de lege lata, то его можетъ подкрѣпить только одна норвежская конституція, т. к. всѣ существующія конституціи признаютъ абсолютное veto монарха, а слѣдовательно активное участіе его въ законодательствѣ, какъ самостоятельнаго фактора Если же говорить de lege ferenda, то надо имѣть въ виду, что теоретическая основа этого мнѣнія, а именно теорія т. наз. „раздѣленія властей" подлежитъ принятію съ цѣлымъ рядомъ серіозныхъ оговорокъ. Отсюда вытекаетъ и неправильность терминологіи „исполнительная власть" и сугубая неправильность названія монарха „главой исполнительной власти".

Гораздо ближе къ истинѣ мнѣніе, однимъ изъ видныхъ представителей котораго является *Лабандъ*. Во II томѣ своего капитальнаго труда „Das Staatsrecht des deutschen Reiches" онъ утверждаетъ, что роль парламента сводится къ выработкѣ содержанія закона; обязательной же силой законъ снабжается только монархомъ. Подкрѣпленіе этого мнѣнія можно найти почти во всѣхъ конституціяхъ: 1) санкція монарха есть послѣдній моментъ въ

разсматриваемой стадіи образованія закона; 2) монархъ можетъ отказать въ санкціи и тогда не будетъ закона и 3) монархъ распоряжается о публикаціи закона, а публикація есть моментъ, создающій безусловную обязательность закона, моментъ, съ котораго законъ можетъ дѣйствовать. Къ этому можно еще добавить исключительно важное положеніе монарха въ государствѣ: онъ есть глава государства, тотъ его органъ, который по справедливымъ словамъ Гегеля служитъ послѣднимъ выраженіемъ государственной воли; монархъ подписываетъ свое имя и эта подпись есть вершина, за предѣлы которой нельзя выходить; онъ говоритъ „да“ и ставитъ точку надъ „і“ (Werke, VIII, § 279).

Но не смотря на всѣ приведенныя данныя въ пользу мнѣнія Лабанда, мы не можемъ не выразить серіозныхъ сомнѣній по поводу его de lege lata. Дѣло въ томъ, что никакой законъ не можетъ быть представленъ монарху для санкціи, если онъ не принятъ парламентомъ: монархъ связанъ текстомъ законопроекта и не можетъ измѣнить въ немъ ни одного слова. Этимъ отличается современная конституціонная монархія отъ монархіи абсолютной, гдѣ монархъ знакомился со всѣми мнѣніями законосовѣщательнаго учрежденія по поводу законопроекта, могъ выбирать изъ нихъ любое и дѣлать въ немъ какія угодно измѣненія. Такимъ образомъ, въ конституціонной монархіи для бытія закона необходимо согласіе и парламента (въ обѣихъ его палатахъ), и монарха. Этимъ, конечно, нисколько не умаляется роль монарха въ процедурѣ установленія закона. Онъ всетаки остается послѣдней инстанціей въ этомъ дѣлѣ, имѣющей право отказать въ санкціи, несмотря на самыя настойчивыя и повторныя представленія парламента. Напрасно нѣкоторые говорятъ, что тенденція исторіи ведетъ къ упраздненію абсолютнаго veto и ссылаются на Англію, гдѣ оно якобы упразднено обычаемъ. Эта ссылка представляетъ собою грубую ошибку: изъ того, что англійскій король 200 лѣтъ не пользуется своимъ правомъ, вовсе не слѣдуетъ, что этого права уже нѣтъ. Оно существуетъ и всегда можетъ проявиться, когда верховный стражъ блага Англіи признаетъ это необходимымъ *).

*) На практикѣ осуществленіе права veto бываетъ очень рѣдко (за исключеніемъ Сѣв.-Америки). Нѣкоторые ученые видятъ здѣсь вымираніе этого права и объясняютъ это мнимое вымираніе политической и нравственной силой народнаго представительства, а также и тѣмъ, что монарху не такъ легко идти противъ категорично выраженнаго желанія парламента. Ни о какомъ вымираніи

§ **400.** Существуетъ еще одинъ видъ утвержденія законовъ, который въ наукѣ еще мало разработанъ, но которому несомнѣнно принадлежитъ будущее. Это—*референдумъ*. Сущность его заключается въ томъ, что принятый законодательнымъ учрежденіемъ законъ долженъ быть утвержденъ путемъ всенароднаго голосованія.

Референдумъ существуетъ въ Швейцаріи и въ Сѣв.-Америкѣ. Въ Швейцаріи референдумъ требуется для всѣхъ измѣненій конституціи (обязательный референдумъ). Кромѣ того каждый законъ общаго характера можетъ быть подвергнутъ всенародному голосованію если до истеченія трехъ мѣсяцевъ со дня его опубликованія этого потребуетъ 30 тысячъ гражданъ или 8 кантоновъ (факультативный референдумъ). Отдѣльные случаи всенароднаго голосованія (плебисцитъ) бывали во Франціи и Италіи.

Ученые, изучавшіе на мѣстѣ дѣйствія референдума, приходятъ къ благопріятнымъ выводамъ относительно этой формы участія населенія въ государственной жизни. Отмѣчаютъ важное значеніе его въ качествѣ гарантіи противъ самовластія парламентовъ*) его несомнѣнный, ярко выраженный консервативный характеръ, дѣлающій этотъ институтъ особенно цѣннымъ для обезпеченія устойчивости основныхъ законовъ**). Процедура референдума сопряжена съ массой техническихъ затрудненій и слишкомъ громоздка, чтобы быть пригодной въ качествѣ нормальнаго способа утвержденія законовъ въ особенности въ большихъ государствахъ. Но для утвержденія конституціонныхъ законовъ онъ и сейчасъ повидимому могъ бы быть вездѣ пригоденъ, создавая твердый оплотъ противъ всякаго радикализма.

§ **401.** *Обнародованіе закона.* Утвержденіе закона само по себѣ еще не приводитъ его въ дѣйствіе, не сообщаетъ ему безусловно—обязательнаго характера. Этотъ характеръ законъ пріобрѣтаетъ въ слѣдующей стадіи процедуры своего образованія, а именно

права veto не можетъ быть и рѣчи, тѣмъ болѣе, что оно расчитано на рѣдкіе случаи. Если практика большинства государствъ оправдываетъ такой расчетъ, то объясняется это вовсе не „политической и нравственной силой народнаго представительства“, а тѣмъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ законопроекты вносятся въ парламентъ правительствомъ, находящимся въ самомъ непосредственномъ общеніи съ монархомъ.

*) *Курти.* Исторія народнаго законодательства и демократіи въ Швейцаріи. 1900. Стр. 238.

**) *Іеллинекъ.* Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія. *Stussi.* Referendum und Initiative im Kanton Zurich.

въ обнародованіи. Оно состоитъ изъ двухъ актовъ: промульгаціи и публикаціи. *Промульгація* есть приказъ главы государства о распубликованіи закона въ установленной формѣ. Что касается способовъ обнародованія, то въ настоящее время господствуетъ порядокъ напечатанія закона въ спеціальномъ оффиціальномъ органѣ. Такимъ органомъ въ Россіи является издаваемое съ 1863 года „Собраніе узаконеній и распоряженій правительства". Въ Англіи нѣтъ оффиціальной публикаціи; тамъ въ парламентѣ объявляется о королевской санкціи закона и это объявленіе есть въ то-же время обнародованіе. Но конечно, все происходящее въ парламентѣ, черезъ нѣсколько часовъ появляется въ газетахъ, и этимъ до извѣстной степени оправдывается фикція англійскаго права, по которой въ парламентѣ присутствуютъ всѣ англичане.

Само собою разумѣется, что порядокъ обнародованія закона въ одномъ лишь оффиціальномъ органѣ далеко не достаточенъ для всеобщаго ознакомленія съ новымъ закономъ: вѣдь даже юристы не читаютъ систематически оффиціальнаго изданія. Напечатаніе въ немъ закона есть чисто-формальный моментъ, очень важный для бытія закона, но вовсе не расчитанный на ознакомленіе съ нимъ населенія. А между тѣмъ такое ознакомленіе очень важно. Поэтому правительство должно принимать всѣ мѣры для распространенія текста закона среди населенія. Лучше всего было бы сдѣлать безплатными оффиціальныя изданія законовъ, а если это невозможно по финансовымъ соображеніямъ, то понизить цѣну ихъ до мимимума. Весьма цѣлесообразнымъ было бы обязать газеты печатать всѣ новые законы. Болѣе важные законы слѣдовало бы печатать въ видѣ афишъ и расклеивать на улицахъ. Только при всѣхъ этихъ и другихъ мѣрахъ основная презумпція всякаго правопорядка—„всѣ предполагаются знающими законы"—можетъ приблизиться къ истинѣ, въ особенности когда въ курсъ всякой школы будетъ введено элементарное знакомство съ законами и съ основными понятіями права.

§ **402.** Изъ того положенія, что законъ адресуется ко всему населенію, что по своему внѣшнему выраженію онъ есть велѣніе, расчитанное на то, чтобы опредѣлять поведеніе людей, слѣдуетъ, что свой безусловно-обязательный характеръ онъ получаетъ только тогда, когда онъ сдѣлался извѣстнымъ населенію. Вотъ почему моментъ публикаціи не совпадаетъ съ моментомъ *вступленія закона въ силу.*

Этотъ послѣдній моментъ наступаетъ позже, смотря по тому, сколько времени законодатель находитъ достаточнымъ для ознакомленія съ закономъ. Разнообразные порядки вступленія закона въ силу можно свести къ двумъ типамъ (не считая англійскаго): французскому и германскому. По французскому типу законъ вступаетъ въ силу въ столицѣ—на другой день послѣ выхода въ свѣтъ оффиціальнаго журнала, а въ остальныхъ мѣстахъ на другой день послѣ полученія нумера этого журнала. По германскому типу законъ вступаетъ въ силу сразу на всей территоріи государства спустя извѣстное время послѣ публикаціи (въ Германіи 14 дней, въ Австріи 45 дней, въ Бельгіи 10 дней). У насъ существуетъ французскій типъ: законъ вступаетъ въ силу *со дня* полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ которомъ онъ напечатанъ*).

§ **403.** Для нѣкоторыхъ обширныхъ и сложныхъ законовъ, въ особенности для такихъ, которые производятъ существенныя измѣненія въ правопорядкѣ, моментъ вступленія закона въ силу обыкновенно отсрочивается на болѣе продолжительное время, чтобы дать возможность населенію основательно ознакомиться съ новымъ закономъ и приготовиться къ его дѣйствію. Въ такихъ случаяхъ промежутокъ времени между публикаціей закона и вступленіемъ его въ силу называется vacatio legis. Напр., дѣйствующій у насъ Сводъ Законовъ былъ опубликованъ по Высочайшему манифесту 31 января 1833 года, но вступилъ въ силу согласно этому же манифесту съ 1 января 1835 г.

Возникаетъ вопросъ: каково юридическое значеніе закона опубликованнаго, но не вступившаго въ силу? Этотъ законъ входитъ въ составъ правопорядка и можетъ быть отмѣненъ или измѣненъ только новымъ закономъ. Если бы во время vacatio legis вышелъ законъ, вносящій измѣненія въ ожидающій времени вступленія въ силу опубликованный законъ, то съ наступленіемъ этого времени первый законъ вступаетъ въ силу въ соотвѣтственно измѣненномъ видѣ.

---

*) Очевидная неправильность. выходитъ, что законъ вступаетъ въ силу въ самый день его полученія, хотя бы еще никто его не могъ прочесть. Нашъ порядокъ страдаетъ и другими дефектами; напр., не установлено то именно учрежденіе, гдѣ долженъ получиться законъ, чтобы вступить въ силу.

Отмѣна закона. Кодефикація.

§ **404.** Мы прослѣдили весь процессъ образованія закона, начиная съ его зародыша (иниціативы), до момента вступленія его въ юридическую жизнь. Если законъ не былъ мертворожденнымъ (что иногда случается), то онъ, просуществовавъ болѣе или менѣе продолжительное время, подвергается участи всего живущаго на землѣ—смерти, несмотря на то, что въ прежнія эпохи нѣкоторые законы издавались „на вѣчное время". Въ области права вѣчными и неизмѣнными являются только его разумно-этическія основы, т. е. нормы естественнаго права. Реализація же ихъ (т. е. положительное право) какъ мы знаемъ, обусловлена данными мѣста и времени, конкретной соціальной средой, природой вещей. А все это измѣнчиво благодаря тому началу, которое отличаетъ соціальныя явленія отъ явленій природы, благодаря разуму и свободной волѣ человѣка.

Вотъ почему законъ юридическій не тождественъ съ закономъ природы, а лишь аналогиченъ ему. Юридическій законъ, *если онъ удачно формулированъ*, есть проявленіе сущности опредѣленныхъ соціальныхъ отношеній, онъ вытекаетъ изъ этой сущности съ такой же логической необходимостью, какъ законы Кеплера вытекаютъ изъ сущности соотвѣтствующихъ астрономическихъ явленій. Но въ то время, какъ сущность явленій, изъ которыхъ вытекаютъ законы Кеплера, вѣчна и неизмѣнна, сущность явлепій, изъ которыхъ вытекаютъ юридическіе законы, подвержена перемѣнамъ и можетъ даже совсѣмъ исчезнуть съ измѣненіемъ соціальныхъ условій. А соотвѣтственно этому измѣняются и отмѣняются законы. Законодатель долженъ внимательно слѣдить за ходомъ жизни и своевременно вносить въ правопорядокъ необходимыя измѣненія При этомъ еще разъ надо энергично подчеркнуть всю опасность скороспѣлыхъ законодательныхъ перемѣнъ и увлеченія творчествомъ: въ этой области лучше недодѣлать, чѣмъ передѣлать.

§ **405.** Основнымъ положеніемъ въ ученіи объ отмѣнѣ законовъ является слѣдующее: законъ можетъ быть отмѣненъ только закономъ. Намъ уже приходилось говорить объ этомъ по поводу мнѣнія, будто законъ можетъ быть отмѣненъ обычнымъ правомъ. Разъ законъ есть основная, важнѣйшая форма права, то очевидно, что всѣ остальныя формы могутъ имѣть лишь субсидіар-

ное значеніе. А при такомъ положеніи дѣла всѣ онѣ безсильны передъ закономъ, между тѣмъ какъ законъ можетъ убить любую юридическую норму, воплотившуюся въ остальныхъ формахъ.

И понятно почему. Какъ мы знаемъ (§ 302), формальнымъ источникомъ права является для государства его верховная власть; но вѣдь законъ есть *непосредственное* велѣніе этой власти, между тѣмъ какъ всѣ остальныя юридическія нормы не устанавливаются непосредственно верховной властью, и вмѣстѣ съ тѣмъ, послѣднее, формальное основаніе ихъ дѣйствія заключается въ ея согласіи.

Отмѣна законовъ совершается въ различныхъ формахъ. Ихъ можно свести къ двумъ группамъ: 1) отмѣна закона вытекаетъ изъ самаго содержанія отмѣняемаго закона и 2) отмѣна совершается путемъ изданія другого закона *)

§ **406.** *Первая группа.* Если законъ издается на точно опредѣленное время, то очевидно, что, что по прошествіи этого времени онъ eo ipso отмѣняется. Конечно, если законъ хотя и носитъ временный характеръ, но не заключаетъ въ себѣ такого указанія на срокъ своего дѣйствія, то отмѣна его можетъ произойти только путемъ новаго закона. Здѣсь нельзя говорить, что измѣнились обстоятельства, вызвавшія къ жизни временный законъ, а стало быть онъ отмѣняется (cessante ratione legis cessat lex ipsa): обстоятельства могутъ измѣниться, но вызванный ими законъ можетъ продолжать дѣйствовать, и производить юридическіе эффекты, о которыхъ законодатель, издавая законъ, могъ и не подозрѣвать. Это одно изъ проявленій т. наз. закона гетерогоніи цѣлей.

Вторая группа. Здѣсь возможны слѣдующія формы: 1) отмѣна въ чистомъ видѣ (abrogatio legis), когда все содержаніе новаго закона заключается въ томъ, что старый законъ отмѣняется; напр. „смертная казнь отмѣняется“; 2) полная замѣна стараго закона новымъ (obrogatio); напр. вводится институтъ гражданскаго брака вмѣсто формы церковнаго брака; 3) частичная замѣна (derogatio); напр. отмѣняется вторая ученая степень, какъ необходимое ранѣе

*) Никоимъ образомъ законъ не отмѣняется упраздненіемъ той законодательной власти, отъ которой онъ исходитъ. Конечно, новая законодательная власть имѣетъ право отмѣнить законы, изданные старой властью, но для этого необходимо точное указаніе отмѣняемыхъ законовъ, или изданіе новыхъ, регулирующихъ иначе тѣ-же отношенія. Вотъ почему сплошь и рядомъ въ государствѣ дѣйствуютъ законы, изданные тогда, когда оно имѣло совершенно другую форму устройства (монархія вмѣсто республики); вотъ почему въ присоединенныхъ областяхъ дѣйствуютъ законы, изданные бывшей тамъ раньше властью.

существовавшее условіе полученія каѳедры въ университетѣ и 4) дополненіе закона новымъ текстомъ (subrogatio).

При этомъ надо имѣть въ виду, что обыковенно новый законъ не указываетъ, что онъ замѣняетъ или отмѣняетъ такой-то старый: эта замѣна вытекаетъ изъ самаго содержанія новаго закона. Здѣсь дѣйствуетъ общій принципъ, по которому одно и то-же юридическое отношеніе не можетъ нормироваться одновременно двумя другъ другу противорѣчащими законами, а посему позднѣйшій законъ вытѣсняетъ всякій несогласный съ нимъ предшествующій (lex posterior derogat legi priori).

Впрочемъ надо оговориться: не всякій позднѣйшій законъ отмѣняетъ несогласный съ нимъ предшествующій. Для такой отмѣны необходимо, чтобы позднѣйшій законъ былъ одинаковаго объема (или меньшаго объема) съ предшествующимъ, или чтобы въ территоріальномъ смыслѣ новый законъ былъ одинаковъ съ предшествующимъ (или былъ мѣстнымъ). Напр., если издается *общій* законъ, отмѣняющій смертную казнь, то это еще не значитъ, что отмѣняется *спеціальный* законъ о смертной казни для арміи; если измѣняется *общій* законъ о наслѣдствѣ, это не значитъ, что отмѣняется *мѣстный* законъ о наслѣдствѣ въ Царствѣ Польскомъ. Наоборотъ, если издается спеціальный законъ, несогласный въ чемъ либо съ общимъ, то этимъ самымъ общій законъ отмѣняется для той сферы, на которую расчитанъ спеціальный; если для извѣстной части территоріи издается мѣстный законъ, онъ отмѣняетъ здѣсь дѣйствіе общаго закона.

§ **407.** *Кодефикація.* Законъ устанавливается посредствомъ акта, облеченнаго въ письменную форму. Если мы возьмемъ юридическую жизнь государства за весьма продолжительный періодъ времени; если мы примемъ во вниманіе, что законодательная дѣятельность есть дѣятельность непрерывная; если мы не забудемъ, что на ряду съ законами, существующими въ неизмѣненномъ видѣ очень долго, есть законы много разъ измѣнявшіеся и т. д., то поймемъ, какая необозримая масса печатнаго матеріала можетъ накопиться. При этомъ надо помнить, что разнохарактерность отдѣльныхъ законовъ, неизбѣжныя противорѣчія, повторенія—создаютъ необычайныя трудности для ознакомленія съ этими отдѣльными листами бумаги, содержащими въ себѣ тексты законовъ.

Совсѣмъ другое будетъ, если вмѣсто этой необозримой кучи отдѣльныхъ законовъ (фрагментарное законодательство) передъ

нами будетъ рядъ книгъ, въ которыхъ эта куча будетъ такъ или иначе систематизирована. Мы гораздо легче и скорѣе найдемъ интересующій насъ законъ, мы скорѣе замѣтимъ, что въ законодательствѣ есть извѣстные пробѣлы, недосмотры, противорѣчія. Такая систематизація дѣйствующаго права называется *кодификаціей* (codex).

Еще въ началѣ 19 вѣка вопросъ о кодификаціи былъ очень спорнымъ: были горячіе защитники и не менѣе горячіе противники кодификаціи. Причиной спора служило главнымъ образомъ то, что защитники требовали полнаго уничтоженія стараго права и замѣны его новыми кодексами (знаменитая фраза Вольтера: „если хотите имѣть хорошіе законы, сожгите старые и сдѣлайте новые"). — Но послѣ того, какъ такой рѣзкій взглядъ на задачи кодификаціи значительно смягчился, когда защитники кодификаціи стали признавать необходимость считаться съ историческими традиціями, съ условіями мѣста и времени, когда наконецъ опыты кодификаціи въ разныхъ государствахъ дали благопріятные результаты, число противниковъ кодификаціи стало замѣтно уменьшаться, и въ настоящее время ихъ совсѣмъ нѣтъ. Всѣ признаютъ необходимость кодификаціи, т. к. только при такой формѣ законодательство пріобрѣтаетъ стройность, становится удобнымъ для практики и для изученія.

§ **408.** Кодификація можетъ быть съ успѣхомъ выполнена далеко не во всякое время и не при всякомъ состояніи страны. Кодификація требуетъ высокаго уровня юридическихъ знаній, юридической техники. Вѣдь существуетъ большая разница между формулированіемъ отдѣльныхъ разрозненныхъ законовъ, и построеніемъ цѣлой системы права, гдѣ каждый законъ долженъ быть на своемъ мѣстѣ, долженъ логически согласоваться съ другими законами, гдѣ должны быть послѣдовательно проведены извѣстныя основныя начала и т. д.

Кромѣ того, бываютъ такіе періоды въ жизни государства, когда кодификація была бы безплодной работой. Это періоды переходные и періоды упадка: тутъ лучше ограничиться фрагментарнымъ законодательствомъ, т. к. для созданія кодексовъ, расчитанныхъ на долговѣчное существованіе, нѣтъ надлежащей почвы. Наоборотъ, эпохи подъема жизни, эпохи, начинающія новый періодъ, весьма благопріятны для кодификаціи.

Выгоды кодификаціи настолько очевидны, что даже въ Англіи все настойчивѣе начинаютъ раздаваться голоса въ пользу нея, и

дѣлаются попытки кодефицировать нѣкоторые отдѣлы права. Трудность кодефикаціи въ Англіи обусловливается кромѣ особаго склада характера англичанъ, не любящихъ рѣзкихъ нововведеній въ правовой жизни, хаотическимъ состояніемъ формъ англійскаго права (формальныхъ источниковъ). Основнымъ источникомъ является около двухъ тысячъ фоліантовъ, заключающихъ въ себѣ судебныя рѣшенія, въ которыхъ каждый англійскій юристъ долженъ умѣть ориентироваться. Къ этому надо прибавить болѣе 50 фоліантовъ парламентскихъ актовъ, заключающихъ въ себѣ законы, и мы поймемъ всю трудность приведенія въ систему этой огромной массы матеріала, въ особенности если не забудемъ, что дѣйствуютъ еще и юридическіе обычаи.

§ 409. Кодефикація можетъ быть произведена въ двухъ видахъ. 1) Изъ всей груды существующаго законодательнаго матеріала дѣлается извлеченіе тѣхъ нормъ, которыя въ настоящее время дѣйствуютъ. Эти нормы безъ всякаго измѣненія приводятся въ извѣстную внѣшнюю систему. Такимъ образомъ дѣйствующее хаотическое право получаетъ новый внѣшній видъ, облекается въ новую форму, облегчающую его изученіе и примѣненіе. Такой видъ кодефикаціи называется *инкорпораціей*. Это низшая форма кодефикаціи, не требующая всей полноты тѣхъ условій, о которыхъ шла рѣчь выше. Примѣромъ инкорпораціи можетъ служить колоссальная работа, выполненная Сперанскимъ, и давшая въ результатѣ нашъ Сводъ Законовъ. 2) Высшей формой является кодефикація въ тѣсномъ смыслѣ слова. Здѣсь законодатель не довольствуется одной внѣшней систематизаціей дѣйствущаго права. Онъ создаетъ кодексъ, построенный на извѣстныхъ началахъ; эти начала проводятся черезъ всѣ законы, причемъ тѣ изъ существующихъ законовъ, которые не соотвѣтствуютъ этимъ началамъ, отмѣняются и взамѣнъ ихъ устанавливаются новые; нѣкоторые изъ принятыхъ въ кодексъ дѣйствующихъ законовъ подвергаются измѣненіямъ и по формѣ, и по содержанію.

Тутъ уже мы имѣемъ дѣло не *съ новой формой* дѣйствовавшихъ раньше законовъ, а съ *новымъ закономъ*. Вотъ почему при инкорпораціи всегда можно въ случаяхъ сомнѣнія обращаться къ тому первоначальному матеріалу, который послужилъ ей основаніемъ, можно примѣнять и отдѣльные законы, не попавшіе въ сборники, а при кодефикаціи этого сдѣлать нельзя: кодексъ, какъ новый законъ, отмѣняетъ всѣ прежніе. Замѣчательнымъ примѣромъ кодефикаціи могутъ служить Судебные Уставы Императора Александра II.

Законы, изданные послѣ кодефикаціи, въ дополненіе и развитіе кодекса, называются *новеллами*. Само собою разумѣется, новеллы должны соотвѣтствовать основнымъ началамъ кодекса, хотя къ сожалѣнію это элементарное требованіе не всегда соблюдается. Назидательнымъ примѣромъ могутъ служить многія новеллы къ Судебнымъ Уставамъ, не только не развившія, но наоборотъ разрушившія начало независимости суда.

§ **410. Добавленіе.** Дѣйствующіе въ Россіи законы въ огромной своей части кодефицированы. Въ настоящее время существуетъ три главныхъ сборника законовъ: 1) Полное Собраніе Законовъ, 2) Сводъ законовъ и 3) Собраніе Узаконеній и распоряженій правительства. *Полное Собраніе Законовъ* состоитъ изъ трехъ частей; двѣ изъ нихъ (Первое и Второе Полное Собраніе) закончены, а третья продолжается. Первое Полное Собраніе (трудъ Сперанскаго) начинается съ Уложенія царя Алексѣя Михаиловича 1649 г. и оканчивается 12 декабря 1825 г. (45 томовъ). Второе начинается съ 12 дек. 1825 г, и оканчивается 1 марта 1881 г. (55 томовъ). Третье—начинается съ 1 марта 1881 г.; до сихъ поръ вышло 27 томовъ. Полное собраніе заключаетъ въ себѣ законы въ хронологическомъ порядкѣ (въ порядкѣ утвержденія). *Сводъ Законовъ* первоначально былъ составленъ Сперанскимъ въ 15 томахъ изъ матеріаловъ Перваго Полнаго Собранія и 8 томовъ Второго. Онъ представлялъ собою систематическое собраніе дѣйствующихъ законовъ. Относительно взаимнаго отношенія обоихъ сборниковъ правильнѣе всего мнѣніе, которое видитъ въ Сводѣ новую форму ранѣе существовавшихъ законовъ. Сводъ Законовъ былъ затѣмъ издаваемъ полностью два раза: въ 1842 и въ 1857 году, а затѣмъ всѣ послѣдующіе законы помѣщаются въ Продолженіяхъ (въ 1892 году къ 15 томамъ былъ прибавленъ 16-й, куда вошли Судебные Уставы). *Собраніе узаконеній и распоряженій правительства* издается Сенатомъ съ 1863 года, и представляетъ собою хронологическій сборникъ законовъ *въ порядкѣ ихъ обнародованія*. Такъ какъ напечатаніе закона въ этомъ сборникѣ есть существенный моментъ его бытія (публикація), то очевидно, что текстъ, помѣщенный здѣсь, имѣетъ первенство передъ всякимъ другимъ текстомъ, хотя бы и Свода Законовъ Необходимо замѣтить, что при существованіи Собранія Узаконеній является совершенно излишнимъ Полное Собраніе Законовъ.

Въ Сводъ вошли далеко не всѣ дѣйствующіе въ Россіи законы. Мы имѣемъ 12 томовъ Свода военныхъ постановленій, 18 книгъ Свода морскихъ постановленій, нѣсколько томовъ законовъ Удѣльнаго вѣдомства, особые законы церковные, масса законовъ (до 300 уставовъ) разныхъ учрежденій, мѣстные законы Бессарабіи, Закавказья; мѣстные законы Царства Польскаго, Остзейскаго края, Финляндіи

Взаимное отношеніе разномѣстныхъ законовъ.

§ **411.** Съ перваго взгляда кажется, что тутъ и вопроса быть не можетъ: каждый законъ дѣйствуетъ только въ предѣлахъ

точно указанной территоріи, въ каждомъ государствѣ могутъ дѣйствовать законы только даннаго государства. Поэтому, если англичанинъ живетъ въ Россіи, онъ обязанъ подчиняться русскимъ законамъ во всѣхъ своихъ отношеніяхъ, а если русскій пріѣдетъ хоть на нѣсколько часовъ въ Лондонъ, то каждое его дѣйствіе тамъ регулируется англійскими законами.

Это основное положеніе называется *территоріальнымъ принципомъ* дѣйствія законовъ. Оно вытекаетъ изъ общаго ученія о формальномъ источникѣ права: если такимъ источникомъ является высшій внѣшній авторитетъ даннаго общежитія, то, очевидно, что силу закона можетъ имѣть только такая юридическая норма, которая или исходитъ непосредственно отъ этого авторитета, или признается имъ. Государство не можетъ допускать на своей территоріи проявленія верховной власти другого государства, а вѣдь важнѣйшимъ такимъ проявленіемъ надо признать законы. Съ другой стороны современное государство оказываетъ правовую защиту всѣмъ безъ исключенія лицамъ, живущимъ на его территоріи, а посему и требуетъ отъ всѣхъ подчиненія своимъ законамъ. И если поставить вопросъ: какими законами долженъ руководствоваться судъ?, то отвѣтъ не возбуждаетъ сомнѣнія: конечно законами своего государства.

Но слишкомъ прямолинейное проведеніе территоріальнаго принципа могло бы повлечь за собою цѣлый рядъ крайне неудобныхъ результатовъ въ области частнаго права. Съ теченіемъ времени международное общеніе все болѣе и болѣе развивается, усиливается общность интересовъ между гражданами различныхъ государствъ, завязываются все болѣе частыя и постоянныя отношенія. И если бы каждое государство стало признавать только свои законы и не допускало бы никакого дѣйствія иностранныхъ законовъ, то такое положеніе могло бы парализовать международный оборотъ. Это сознаніе все болѣе усиливающейся солидарности всѣхъ народовъ есть основа международнаго права; оно настоятельно требуетъ, чтобы суды одного государства въ извѣстныхъ случаяхъ примѣняли законы другого государства.

Представимъ себѣ, что французъ живетъ долго съ семьею въ Россіи, женившись въ Парижѣ. Онъ умираетъ въ Россіи, оставивъ жену и дѣтей. Возникаетъ вопросъ: получатъ ли жена и дѣти оставшееся послѣ него наслѣдство? Если строго, прямолинейно проводить территоріальный принципъ, то мы будемъ имѣть слѣдующее положеніе вещей: въ Россіи отступленія отъ законной

церковной формы брака допускаются лишь для точно-опредѣленныхъ группъ населенія; нашъ французъ не можетъ быть причисленъ къ этимъ группамъ; онъ заключилъ въ Парижѣ гражданскій бракъ безъ освященія его церковью, а стало быть съ точки зрѣнія русскаго права онъ на территоріи Россіи находился въ „незаконномъ сожительствѣ“; стало быть его дѣти—незаконнорожденные, его жена—незаконная сожительница; отсюда выводъ—имущество его, какъ выморочное, поступаетъ въ казну, а жена и дѣти выбрасываются на улицу.

§ 412. И вотъ мы видимъ, что всѣ государства дѣлаютъ отступленія въ пользу иностранцевъ, разрѣшая судамъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣнять законы другихъ государствъ. Обыкновенно заключаются соотвѣтствующіе международные договоры, или законодатель самъ точно указываетъ, что въ такихъ-то случаяхъ суды должны руководствоваться такими-то иностранными законами. —Тутъ, конечно, не можетъ возникать никакихъ затрудненій: разъ есть ссылка законодателя на иностранный законъ, то для судьи эта ссылка есть сама по себѣ обязательное велѣніе законодателя, дающая твердую почву для рѣшенія дѣла.

Всѣ затрудненія возникаютъ, когда такихъ ссылокъ нѣтъ, когда нѣтъ и соотвѣтствующихъ международныхъ договоровъ. Имѣетъ ли тогда право судья примѣнить иностранный законъ?

Вопросъ въ наукѣ споренъ. Нѣкоторые ученые рѣшаютъ его отрицательно. Такое рѣшеніе они основываютъ на самой сущности территоріальнаго принципа, не допускающаго вмѣшательства чужой законодательной власти. Къ этому добавляютъ, что если бы судья началъ руководствоваться въ своихъ рѣшеніяхъ какими бы то ни было соображеніями, кромѣ самой строгой законности, онъ пересталъ бы быть судьей. Представители этой теоріи сами признаютъ, что она неудобна для международнаго оборота, можетъ приводить въ отдѣльныхъ случаяхъ къ весьма печальнымъ результатамъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ они настойчиво подчеркиваютъ, что только эта теорія согласна съ принципомъ законности, по которому единственнымъ руководителемъ для судьи долженъ быть законъ, а не соображенія цѣлесообразности, удобства оборота и т. п. Эти соображенія могутъ имѣть цѣнность для законодателя, побудивъ его сдѣлать соотвѣтствующія указанія судьѣ въ законѣ, но пока такихъ указаній нѣтъ, судья обязанъ примѣнять только отечественные законы.

§ **413**. Нельзя отказать этой теоріи въ простотѣ, ясности и стройности. Дѣйствительно. судья долженъ руководствоваться только закономъ, а не соображеніями цѣлесообразности. Поэтому какъ бы ни страдали интересы международнаго оборота, судья долженъ строго и неуклонно исполнять требованія закона.

Но возьмемъ два примѣра. 1) Судья отказываетъ милліонеру въ мелкомъ искѣ противъ рабочаго, руководствуясь соображеніями гуманности, руководствуясь тѣмъ, что для милліонера нѣтъ никакого интереса получить эту сумму, а рабочій будетъ выброшенъ на улицу. 2) Судья, руководствуясь французскимъ закономъ, постановляетъ, что жена и дѣти умершаго француза должны получить наслѣдство, хотя по русскому праву такой бракъ считается ничтожнымъ.—Въ первомъ примѣрѣ мы имѣемъ дѣло съ рѣшеніемъ, основаннымъ исключительно на соображеніяхъ цѣлесообразности; тутъ судья несомнѣнно нарушилъ законъ. Можно ли то-же самое сказать о второмъ примѣрѣ? Можно ли сказать, что и тутъ судья руководствовался соображеніями цѣлесообразности, а не права? Можно ли сказать, что онъ нарушилъ законъ?

Полагаемъ, что нѣтъ. Вѣдь онъ примѣнилъ къ данному дѣлу законъ, дѣйствующій, правда, не въ Россіи, *но законъ, имѣющій самое непосредственное отношеніе къ дѣлу*. Онъ слѣдовательно, руководствовался не соображеніями цѣлесообразности, а правомъ. *Русскаго закона онъ не нарушалъ, потому что рѣшенный имъ случай законодателемъ не былъ предвидѣнъ: въ законъ оказался пробѣлъ, который судья заполнилъ*. И если этотъ судья обязанъ примѣнять и финлядскіе, и польскіе, и остзейскіе, и бессарабскіе мѣстные законы, хотя бы онъ отправлялъ правосудіе въ Москвѣ, то не видать, почему онъ не имѣетъ права *въ аналогичныхъ случаяхъ* примѣнять французскіе законы?

Скажутъ, что здѣсь большая разница: остзейскіе и финляндскіе законы—это *русское* мѣстное право. Но вѣдь юридическая природа и тутъ, и тамъ тождественна: мы въ обоихъ случаяхъ имѣемъ дѣло со взаимнымъ отношеніемъ разномѣстныхъ законовъ, примѣняя тотъ, который имѣетъ самое непосредственное отношеніе къ дѣлу.

Вотъ почему надо признать противоположную теорію, по которой судья долженъ въ надлежащихъ случаяхъ примѣнять иностранные законы и безъ спеціальной ссылки на нихъ законодателя.

§ **414**. Но этимъ еще не дается отвѣтъ на вопросъ: *въ какихъ же случаяхъ* судья долженъ примѣнять иностранные законы?

И тутъ начинаются въ наукѣ безконечные споры. Не смотря на длинную исторію этихъ споровъ и на богатую литературу вопроса, онъ до сихъ поръ не рѣшенъ окончательно.

Соотвѣтствующее ученіе въ настоящее время носитъ названіе „частнаго международнаго права“. Но этотъ терминъ не можетъ быть признанъ удачнымъ. Дѣло въ томъ, что интересующій насъ вопросъ имѣетъ важное значеніе не только для международнаго права: судьѣ нерѣдко приходится сталкиваться съ этимъ вопросомъ, оставаясь въ предѣлахъ дѣйствующаго въ государствѣ права, напр. прусскій судья долженъ примѣнять Баварскіе законы, московскій судья долженъ примѣнять „Шестикнижіе Константина Гарменопуло“ дѣйствующее въ Бессарабіи. Вотъ почему ученіе правильнѣе называть, какъ дѣлаетъ Коркуновъ, ученіемъ о взаимномъ отношеніи разномѣстныхъ законовъ

Укажемъ важнѣйшіе принципы, конкуррирующіе съ основнымъ, территоріальнымъ принципомъ: 1) lex rei sitae (законъ того мѣста, гдѣ находится имущество); 2) lex domicilii (законъ того мѣста, гдѣ лицо живетъ, или состоитъ подданнымъ); 3) lex loci actus (законъ того мѣста, гдѣ совершено дѣйствіе); 4) lex loci contractus (законъ мѣста заключенія договора); 5) lex loci solutionis (законъ мѣста исполненія договора); 6) lex fori (законъ мѣста судебнаго разбирательства).— Теорія должна рѣшить вопросъ, въ какихъ случаяхъ примѣняется каждый принципъ.

§ **415.** До 20 хъ годовъ прошлаго вѣка въ наукѣ господствовала т. наз. *статутарная теорія*, ведущая свое начало отъ глоссаторовъ средневѣковой Италіи*). Эта теорія дѣлила всѣ законы на три группы статутовъ: личные (statuta personalia), вещные (statuta realia) и смѣшанные (statuta mixta). Statuta personalia—это законы, опредѣляющіе юридическое положеніе лица, его совершеннолѣтіе. его правоспособность. Всѣ вопросы, возникающіе на этой почвѣ, разрѣшаются по принципу—lex domicilii. Statuta realia—законы, опредѣляющіе вещныя права; здѣсь вопросы разрѣшаются по принципу—lex rei sitae Впрочемъ для движимыхъ вещей теорія дѣлала исключеніе и подчиняла ихъ личному статуту, т. к. эти вещи сопровождаютъ лицо повсюду, являются придаткомъ къ личности (mobilia personam sequuntur, ossibus inhaerent). Statuta

*) Въ началѣ среднихъ вѣковъ на практикѣ господствовала теорія личнаго права (lex originis): каждый человѣкъ подлежалъ дѣйствію права своей родины, своего племени.

mixta—законы, опредѣляющіе юридическія сдѣлки и дѣйствія лицъ. Здѣсь всѣ вопросы рѣшаются по законамъ той страны, гдѣ совершены дѣйствія (locus regit actum). Такимъ образомъ вопросъ о формѣ договора обсуждается по принципу—lex loci contractus, а вопросы объ исполненіи договора, по принципу—lex loci solutionis. Теорія изложена здѣсь въ самыхъ общихъ чертахъ и кажется очень простой. На самомъ дѣлѣ она заключала въ себѣ такую массу исключеній и оговорокъ, что не могла удовлетворить юристовъ, ищущихъ вездѣ точности, ясности и опредѣленности.

И началась работа мысли надъ созданіемъ соотвѣтствующей теоріи, работа, до сихъ поръ неоконченная, т. к никому не удалось найти такую формулу, которая была бы вполнѣ опредѣленной и охватывала всѣ случаи жизни.—До сихъ поръ лучшей теоріей остается теорія Савиньи. Она сводится къ слѣдующимъ положеніямъ: I. Всѣ культурные народы связаны правовымъ общеніемъ, а посему судья въ извѣстныхъ случаяхъ долженъ примѣнять иностранные законы. II. Для опредѣленія этихъ случаевъ необходимо обсуждать каждое юридическое отношеніе по закону того мѣста, которому оно принадлежитъ по своей природѣ (гдѣ оно имѣетъ свою „осѣдлость“, какъ выражается Савиньи). III. Когда найдена такая „осѣдлость“, судья долженъ примѣнить соотвѣтствующій иностранный законъ, за исключеніемъ такихъ случаевъ, гдѣ этотъ законъ 1) противорѣчитъ отечественному закону, не допускающему никакихъ уклоненій или 2) вводитъ институтъ, совершенно чуждый отечественному праву.

§ **416**. Первое положеніе этой теоріи безусловно правильно. Напрасно возражаютъ нѣкоторые, что народы находятся въ общеніи экономическомъ, научномъ, художественномъ, но не правовомъ: прежде всего фактъ существованія международнаго права доказываетъ противное. И международное право все больше и больше связываетъ отдѣльныя государства, оно развивается экстенсивно и интенсивно, ему несомнѣнно принадлежитъ великое будущее. Кромѣ того, говорить, что народы находятся въ экономическомъ общеніи, это значитъ признавать, что они находятся въ юридическомъ общеніи: вѣдь экономическія отношенія могутъ существовать только на почвѣ цѣлаго ряда юридическихъ институтовъ. Такимъ образомъ de lege ferenda несомнѣнно, что примѣненіе иностранныхъ законовъ въ извѣстныхъ случаяхъ есть юридическая обязанность судьи, хотя бы законодатель и не сдѣлалъ точнаго указанія на эти законы.

Остается лишь дополнить первое положеніе теоріи Савиньи оправданіемъ примѣненія иностранныхъ законовъ съ точки зрѣнія de lege lata, т. е. дать юридическую конструкцію этого примѣненія. Здѣсь прежде всего мы имѣемъ третье положеніе теоріи, устанавливающее случаи, когда иностранный законъ, хотя бы имѣющій непосредственное отношеніе къ дѣлу, не можетъ быть примѣненъ: когда такое примѣненіе было бы нарушеніемъ отечественныхъ законовъ. *При отсутствіи же такого препятствія надо исходить изъ положенія, что данный случай закономъ не предусмотрѣнъ, а посему судья имѣетъ право проявить здѣсь творческую дѣятельность, восполняя пробѣлъ въ законѣ согласно съ общимъ духомъ всего правопорядка.* А этотъ общій духъ отнюдь не препятствуетъ примѣнять иностранные законы, если они не противорѣчатъ основамъ правопорядка. Каждый такой случай можетъ быть контролируемъ высшимъ кассаціоннымъ судомъ государства, а правительство, если находитъ неправильнымъ складывающуюся судебную практику, всегда можетъ внести въ законодательное учрежденіе соотвѣтствующій законопроектъ.

Остается точно опредѣлить случаи приложенія иностранныхъ законовъ. И здѣсь второе положеніе теоріи Савиньи даетъ лишь общую руководящую мысль, оставляя многочисленныя подробности для разработки науки и судебной практики. А эта руководящая мысль совершенно правильна: необходимо тщательно изучить всѣ элементы каждаго даннаго конкретнаго юридическаго отношенія, изслѣдовать ихъ природу и только тогда можно рѣшить вопросъ, какой законъ долженъ быть примѣненъ къ каждому изъ этихъ элементовъ. Ясное дѣло, что тутъ нельзя дать общей формулы, пригодной для разрѣшенія всѣхъ вопросовъ *).

---

*) Коркуновъ предложилъ такую формулу: „Каждый фактъ долженъ быть обсуждаемъ на основаніи того закона, подъ господствомъ котораго онъ совершился“ (l. c., 339).

Чтобы видѣть непригодность этой формулы для разрѣшенія всѣхъ случаевъ, возьмемъ такой примѣръ: нѣмецъ заключилъ въ Петербургѣ договоръ съ русскимъ, ѣдущимъ въ Берлинъ, передавъ ему свое право по обязательству; между тѣмъ оказывается, что по германскому закону такія обязательства не могутъ быть передаваемы. По формулѣ Коркунова выйдетъ, что русскій пріобрѣлъ право: вѣдь фактъ, т. е. передача ему права, совершился подъ господствомъ русскаго закона, допускающаго передачу.

Взаимное отношеніе разновременныхъ законовъ.

§ **417**. Вопросъ, который подлежитъ здѣсь разрѣшенію, можетъ быть поставленъ такъ: отмѣненный законъ прекращаетъ ли съ момента отмѣны всякое дѣйствіе на будущее время? Съ этимъ вопросомъ тѣсно связанъ и другой: новый законъ распространяетъ ли свое дѣйствіе и на отношенія, возникшія до вступленія его въ силу?

Представимъ себѣ, что старый законъ устранялъ дочерей отъ наслѣдства. На основаніи этого закона сыновья наслѣдодателя уже давно владѣютъ своими частями. Выходитъ новый законъ, измѣняющій старый въ томъ смыслѣ, что дочери получаютъ равныя части съ сыновьями. Слѣдуетъ ли изъ этого, что надо ломать всѣ установившіяся отношенія, отнимать у сыновей ихъ части и производить новый раздѣлъ? Другой примѣръ: человѣкъ совершаетъ преступленіе, за которое старый законъ грозилъ только арестомъ. Пока тянется слѣдствіе, выходитъ новый законъ, который за это преступленіе назначаетъ смертную казнь. Какое наказаніе долженъ опредѣлить судъ: арестъ или смертную казнь?

Второй примѣръ является особенно яркимъ. Нѣкоторые криминалисты (напр. Биндингъ, Таганцевъ) утверждаютъ, что въ такихъ случаяхъ надо примѣнять новый законъ. Основывается это мнѣніе на слѣдующихъ соображеніяхъ. Уголовный законъ самъ по себѣ ничего не запрещаетъ; онъ только даетъ приказъ судьѣ примѣнить извѣстныя послѣдствія за нарушеніе юридическихъ нормъ, находящихся въ другихъ частяхъ правопорядка. Напр., существуютъ нормы, запрещающія убійство, кражу, поджоги, изнасилованіе и т. д. Онѣ существуютъ независимо отъ уголовнаго закона и имѣютъ безусловно—обязательный характеръ. Если кто нибудь крадетъ, онъ нарушаетъ одну изъ такихъ нормъ, а вовсе не уголовный законъ, гласящій, что за кражу виновные подвергаются такому—то наказанію. И стало быть, если судья разбираетъ дѣло о кражѣ, онъ обязанъ примѣнить тотъ уголовный законъ, который дѣйствуетъ въ моментъ разбирательства.

Эта теорія представляетъ собою одинъ изъ печальныхъ результатовъ того ненормальнаго положенія вещей, о которомъ мы уже не разъ говорили. Разумѣемъ изложеніе въ спеціальныхъ юридическихъ наукахъ вопросовъ общей теоріи права. Вопросы о законѣ, его элементахъ, его образованіи, его дѣйствіи и т. п.,—все это вопросы не уголовнаго права, а общей теоріи права, и вне-

сеніе ихъ въ курсы уголовнаго права вредно не только потому, что загромождаетъ эти курсы излишнимъ балластомъ (мѣшая криминалисту сосредоточиться надъ спеціальными вопросами), но главнымъ образомъ потому, что сплошь и рядомъ получается въ лучшемъ случаѣ одностороннее ихъ освѣщеніе *).

§ **418**. Обращаясь къ разсмотрѣнію интересующаго насъ вопроса, мы должны сказать, что изложенная теорія страдаетъ крайней искусственностью. Уголовное право представляетъ собою ту часть правопорядка, задачей которой служитъ гарантированіе этого правопорядка внѣшними принудительными мѣрами. Поэтому очень многія нормы уголовнаго права служатъ санкціями другихъ юридическихъ нормъ. Но отсюда нельзя дѣлать вывода, что уголовные законы лишены самостоятельнаго характера, что каждый такой законъ есть санкція какой либо другой юридической нормы, являясь по отношенію къ ней нормой вторичной. А главное—уголовный законъ есть юридическая норма, и, какъ таковая, адресована ко всему населенію въ расчетѣ оказать извѣстное психическое давленіе на поведеніе гражданъ Предположеніе этой нормы гласитъ: „если будутъ совершены такіе-то факты", а распоряженіе: „то виновный подвергнется такому-то наказанію". Ясное дѣло, что говоря такимъ образомъ, законодатель запрещаетъ совершать эти факты, и сплошь и рядомъ это запрещеніе появляется впервые именно въ формѣ уголовнаго закона (т. е. раньше не существовало никакой юридической нормы). И преступникъ, совершая преступленіе, „нарушаетъ" *уголовный* законъ: онъ дѣйствуетъ вопреки его запрещенію. А разъ онъ „нарушилъ" опредѣленный уголовный законъ, то къ нему могутъ быть примѣнены *только тѣ* послѣдствія, которыя указаны въ распорядительной части закона: въ этомъ отношеніи уголовный законъ ничѣмъ не отличается отъ всѣхъ остальныхъ законовъ—(т. е. наступленіе фактовъ, указанныхъ въ описательной части закона, въ предположеніи, влечетъ за собою послѣдствія, указанныя въ распорядительной части).

---

*) Укажемъ для примѣра на объемистый курсъ *Н. Таганцева*, вышедшій въ 1902 году. Въ этомъ курсѣ мы видимъ изложеніе вопросовъ: объ условіяхъ возникновенія правовыхъ нормъ, объ источникахъ права, санкція закона, его обнародованіе, вступленіе въ силу, отмѣна, толкованіе законовъ, исторія кодификаціи въ Россіи, о дѣйствіи законовъ и т. д. (I, 126—305). А изъ всей этой массы страницъ къ уголовному праву относятся десятка два. То-же самое надо сказать почти о всѣхъ другихъ курсахъ уголовнаго права.

Преступникъ, совершивъ преступленіе, этимъ самымъ вступаетъ въ юридическое отношеніе къ государству, требующему осуществленія своего карательнаго права. Въ этомъ юридическомъ отношеніи онъ имѣетъ опредѣленныя права, между прочимъ—право не быть наказаннымъ строже, чѣмъ допускается распорядительною частью нарушеннаго имъ уголовнаго закона. Законодатель издалъ этотъ законъ, имѣя въ виду воздѣйствовать на поведеніе гражданъ; быть можетъ, преступникъ передъ совершеніемъ преступленія обдумывалъ свое будущее положеніе и рѣшилъ, что для него выгоднѣе подвергнуться аресту, чѣмъ не совершить задуманнаго. И вдругъ, оказывается, что законодатель подставилъ ему ловушку, издавъ новый законъ, карающій смертною казнью за это преступленіе, а судья говоритъ подсудимому: „напрасно вы утверждаете, что къ вамъ надо примѣнить старый законъ, а не новый: оба эти закона были изданы не для васъ, а исключительно для меня; для васъ же существовала норма, запрещающая совершеніе того, что вы сдѣлали; а такъ какъ въ настоящее время дѣйствуетъ новый законъ, а старый отмѣненъ, то вмѣсто того, чтобы заключить васъ подъ арестъ, я прикажу васъ повѣсить“.

Для всякаго непредубѣжденнаго человѣка очевидно, что такой порядокъ самымъ рѣзкимъ образомъ нарушаетъ справедливость и превращаетъ подсудимаго въ безправный объектъ. Странно, что защищающіе такой порядокъ криминалисты не замѣчаютъ, что тутъ не можетъ быть и рѣчи о *правѣ:* законодатель можетъ ограничиться перечнемъ запрещенныхъ дѣяній и объявить, что за совершеніе каждаго изъ нихъ виновный можетъ быть подвергнутъ наказанію—отъ выговора до смертной казни, смотря по тому, какой законъ будетъ данъ судьѣ въ день разбирательства дѣла. Можно идти дальше и предоставить судьѣ по усмотрѣнію назначать наказанія, и наконецъ, мы дойдемъ до того, что не нужно будетъ и списка запрещенныхъ дѣяній: усмотрѣнію суда будетъ предоставлено наказывать за всякое дѣйствіе, признанное судомъ опаснымъ или вреднымъ.

Вотъ каковы строго-логическіе выводы изъ разбираемой теоріи. Мы получаемъ полное упраздненіе права въ связи съ полнымъ произволомъ власти.

§ **419.** Итакъ мы приходимъ къ выводу, что уголовный законъ долженъ дѣйствовать только на будущее время и не долженъ имѣть „обратной силы“. Всѣ дѣянія, совершенныя во время

господства стараго закона, должны обсуждаться по этому закону и послѣ замѣны его новымъ *).

Но къ такому же выводу мы придемъ, если обратимся къ законамъ гражданскимъ. Человѣкъ пріобрѣтаетъ право собственности на участокъ земли, вкладываетъ въ эту землю массу труда, сживается съ нею,—и вдругъ выходитъ новый законъ, упраздняющій данный способъ пріобрѣтенія права собственности. Очевидно, что такой законъ долженъ имѣть силу только на будущее время: впредь никто не можетъ пріобрѣтать права собственности такимъ способомъ, но тѣ, кто уже пріобрѣли его по старому закону, должны сохранить свои права. Иначе получается порядокъ, самымъ рѣзкимъ образомъ нарушающій справедливость: человѣкъ подвергается невыгоднымъ послѣдствіямъ, страданіямъ за тѣ дѣйствія, которыя были предписаны закономъ, которыя онъ совершалъ, повинуясь закону. Можно ли при такомъ порядкѣ говорить объ уваженіи къ закону? Вѣдь если я уважаю законъ и соблюдаю его, то и законъ долженъ уважать мои права, вытекающія изъ него (Чичеринъ). Такой порядокъ, при которомъ каждый новый законъ ломалъ бы и уничтожалъ всѣ послѣдствія, вытекающія изъ стараго закона, произвелъ бы самыя гибельныя послѣдствія для общежитія: никто не могъ бы быть увѣреннымъ въ завтрашнемъ днѣ, уничтожилась бы прочность и обезпеченность отношеній, и вся жизнь пошла бы „на авось“. Стоитъ ли заботиться о будущемъ, когда всѣ плоды моихъ трудовъ завтра же могутъ быть уничтожены новымъ закономъ! И въ результатѣ получилось бы весьма опасное для государства состояніе народной психики, а именно—въ лучшемъ случаѣ равнодушіе къ государству.

Всѣмъ стоящимъ у власти необходимо твердо помнить, что вся сила, всѣ основы политическаго бытія государства лежатъ въ психикѣ населенія. Если населеніе любитъ государство, готово для него жертвовать всѣмъ, никакіе внѣшніе и внутренніе враги не страшны. Но такая любовь воспитывается вѣками, и *самымъ важнымъ факторомъ ея образованія является господство законности во всей государственной жизни и полная обезпеченность*

---

*) Исключеніе представляютъ тѣ случаи, когда новый законъ опредѣляетъ болѣе мягкое наказаніе, или объявляетъ дѣяніе ненаказуемымъ. Здѣсь по соображеніямъ цѣлесообразности и гуманности примѣняется новый законъ.

правъ гражданъ *). А такой обезпеченности быть не можетъ при „обратной силѣ“ законовъ.

§ **420**. Вотъ почему и въ наукѣ, и въ законодательствахъ господствуетъ принципъ, по которому законъ не имѣетъ обратной силы. (lex ad praeteritum non valet). Это положеніе было выражено въ римскомъ правѣ, существовало въ средневѣковомъ каноническомъ правѣ, помѣщалось въ конституціонныя хартіи, и въ настоящее время существуетъ во многихъ гражданскихъ и уголовныхъ кодексахъ.

Для судьи и для администратора этотъ принципъ имѣетъ абсолютное значеніе. Примѣнители закона не имѣютъ права придавать ему обратную силу. Это положеніе безспорно и въ наукѣ и въ практикѣ. Относительно законодателя вопросъ споренъ. Имѣетъ ли право законодатель издавать законы съ обратной силой?

Нѣкоторые ученые (позитивисты) рѣшаютъ этотъ вопросъ очень просто. Исходя изъ положенія, что „воля законодателя стоитъ надъ правомъ“, они говорятъ, что изданіе законовъ съ обратной силой есть вопросъ цѣлесообразности.—Мы уже знаемъ изъ всего предыдущаго изложенія курса, что не воля законодателя стоитъ надъ правомъ, а наоборотъ право стоитъ надъ волей законодателя. *Эта воля представляетъ собою только формальный моментъ въ процессѣ правообразованія.* Поэтому и нельзя сказать, что законодатель имѣетъ право издавать какіе угодно законы, руководствуясь лишь соображеніями цѣлесообразности: прежде всего онъ обязанъ считаться съ соображеніями справедливости. Мы видѣли, что распространять дѣйствіе болѣе строгихъ уголовныхъ законовъ на дѣянія, совершенныя до ихъ вступленія въ силу, не позволяютъ законодателю принципіальныя причины, лежащія въ области права, а не цѣлесообразности. То же самое надо сказать и о приведенномъ выше примѣрѣ изъ области гражданскаго права.

---

*) „Но сочувствіе гражданина государству зависитъ отъ того, что̀ даетъ ему государство. Мы можемъ осуждать принципъ „ubi bene ibi patria“, но не должны закрывать глаза на то, что степень готовности гражданина принести жертвы государству зависитъ отъ представленія, что̀ онъ теряетъ съ этимъ государствомъ. Гражданинъ государства, которое обезпечиваетъ ему личную и имущественную неприкосновенность, законность и свободу, защиту всюду, гдѣ бы онъ ни былъ,—готовъ на бо̀льшія жертвы, чѣмъ гражданинъ того государства, которое относится къ нему, какъ къ безправному рабу. Первый будетъ защищать государство, какъ свой домъ, второй—какъ домъ своего господина“. *Шершеневичъ.* Общая теорія права. I 249.

§ 421. Обращаясь къ изслѣдованію вопроса, мы прежде всего видимъ, что исторія даетъ много примѣровъ изданія законовъ съ обратной силой. Возьмемъ два типичныхъ примѣра и сравнимъ ихъ между собою.

Во французской конституціи 1793 года былъ параграфъ 14-й, который въ самыхъ категорическихъ выраженіяхъ запрещалъ издавать законы съ обратной силой. И не прошло года со дня составленія конституціи, какъ революціонный законодатель издалъ законъ о наслѣдствахъ съ обратной силой на 5 лѣтъ: всѣ наслѣдства были отобраны у наслѣдниковъ и произведены были новые раздѣлы.—Въ 1861 году русскій законодатель издалъ законъ объ отмѣнѣ крѣпостного права, и этотъ законъ получилъ обратную силу: всѣ помѣщики потеряли свои права на владѣемыхъ ими крестьянъ.

Первый примѣръ представляетъ собою актъ несправедливости, между тѣмъ какъ второй оправдывается съ точки зрѣнія высшихъ этическихъ началъ, а именно,—началъ естественнаго права, и началъ нравственности. Если бы строго держаться принципа дѣйствія закона только на будущее время, то получился бы такой порядокъ: со времени вступленія въ силу закона 1861 года никто не можетъ покупать, и продавать крестьянъ; кромѣ того, всякій, родившійся отъ крѣпостного, считался бы свободнымъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ крѣпостные, которыхъ уже засталъ новый законъ, должны оставаться въ томъ же положеніи, если помѣщики не захотятъ ихъ освободить. Такимъ образомъ упраздненіе крѣпостного права было бы отсрочено до тѣхъ поръ, пока умретъ послѣдній крѣпостной, а слѣдовательно институтъ, признанный законодателемъ безнравственнымъ, противорѣчащій уже реализовавшемуся началу естественнаго права, долженъ былъ бы существовать и оказывать свои вредные эффекты еще лѣтъ 50.

Итакъ мы приходимъ къ выводу, что могутъ быть случаи, когда законодатель имѣетъ право издать законъ съ обратной силой. Вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что это право принадлежитъ законодателю далеко не относительно всякаго закона. Гдѣ же граница этого права?

§ 422. Ее надо искать не въ собраніяхъ цѣлесообразности, государственной пользы, какъ учатъ позитивисты и соціалисты, дѣлающіе изъ государства Левіаѳана, поглощающаго всѣ права личности. Эта граница находится въ томъ высшемъ этическомъ порядкѣ, проявленіемъ котораго является естественное право,

связывающее государство. А въ числѣ началъ естественнаго права находится, какъ мы знаемъ, самоцѣнность личности съ ея свободой. Отсюда вытекаетъ обязанность государства уважать права личности.

Въ интересующемъ насъ сейчасъ вопросѣ эта обязанность выражается въ слѣдующемъ принципѣ: *новый законъ не долженъ поражать правъ, пріобрѣтенныхъ на основаніи стараго закона.* Модныя теченія отрицательно относятся къ понятію пріобрѣтенныхъ правъ (jura quaesita), и со своей точки зрѣнія эти теченія вполнѣ послѣдовательны: не можетъ быть и рѣчи о пріобрѣтенныхъ правахъ, когда всякое право существуетъ только какъ даръ всемогущаго государства, когда личность есть только средство для блага государства.

Изъ научныхъ теорій, стремящихся принципіально разрѣшить нашъ вопросъ, до сихъ поръ лучшей остается теорія Шталя, изложенная въ его уже цитированной работѣ „Философія права“. Шталь находитъ, что принципъ, по которому законъ не можетъ имѣть обратной силы, есть принципъ абсолютный. Поэтому, если человѣкъ имѣетъ уже какія либо права, никакой новый законъ не можетъ ихъ отнять. Въ частности, разъ существуютъ извѣстныя сословныя или политическія привилегіи, то новый законъ уничтожающій эти привилегіи, не можетъ невыгодно отразиться на лицахъ, уже пріобрѣвшихъ права. Въ крайнемъ случаѣ, если законодатель находитъ безусловно вреднымъ существованіе такихъ привилегій, то государство должно выкупить ихъ у обладателей.—Такимъ образомъ у Шталя основной принципъ не допускаетъ никакихъ исключеній и распространяется на всѣ области права, какъ частнаго такъ и публичнаго.

Теорія несомнѣнно строго-логическая, и цѣльная. Но она тѣмъ не менѣе не выражаетъ собою всей истины. Возьмемъ примѣръ съ обратнымъ дѣйствіемъ закона объ отмѣнѣ крѣпостнаго права или рабства. Теорія вполнѣ справедливо требуетъ, чтобы государство, освобождая крѣпостныхъ, или рабовъ, дало вознагражденіе, ихъ владѣльцамъ. Но если они откажутся получить вознагражденіе и не пожелаютъ отпустить на свободу своихъ людей, ссылаясь на пріобрѣтенное право? Вѣдь тогда государство должно будетъ нарушить это право во имя высшаго права, подобно тому, какъ оно дѣлаетъ при т. наз. экспропріаціи земли.

§ **423**. Довольно большой, но незаслуженной популярностью пользовалась, да и теперь еще пользуется, теорія Лассаля

Въ спеціальной монографіи о пріобрѣтенныхъ правахъ*) онъ полемизируетъ со Шталемъ и пытается доказать неправильность требованія вознагражденія за отмѣненное право. Государство, отмѣняя вредный по его мнѣнію институтъ, осуществляетъ и свое право, и свою обязанность; передъ этимъ правомъ должны отступить права отдѣльныхъ лицъ. Требованіе вознагражденія равносильно требованію обложить податью народный духъ за его прогрессивное развитіе. Вмѣстѣ съ тѣмъ Лассаль признаетъ понятіе пріобрѣтеннаго права и говоритъ, что обратное дѣйствіе закона есть посягательство на свободу и вмѣняемость человѣка; такой законъ не есть законъ, а абсолютная неправда, уничтоженіе самаго понятія о правѣ. Казалось бы, что подъ такой теоріей обѣими руками подпишется Шталь. Но дальше Лассаль совершенно разрушаетъ эти положенія, запутываясь въ противорѣчіяхъ. На вопросъ, что̀ такое пріобрѣтенное право, дается такой отвѣтъ: это есть право, въ созданіи котораго участвовала воля личности на основаніи существующихъ законовъ. Пока эти законы не отмѣнены, личность сохраняетъ свои пріобрѣтенныя права, но если законодатель уничтожаетъ самую сущность права, тогда о пріобрѣтенныхъ правахъ не можетъ быть и рѣчи. Утверждать противное, значило бы требовать самодержавія личности; „лицо не можетъ воткнуть свой собственный колъ въ юридическую почву“, т. к. пріобрѣтенное право имѣетъ своимъ законнымъ основаніемъ не какой нибудь отдѣльный законъ, а общее сознаніе народа. Разъ это сознаніе мѣняется, мѣняются и всѣ пріобрѣтенныя права.

Мы видимъ, что начавъ со свободы личности и требованія обезпеченія ея пріобрѣтенныхъ правъ, Лассаль кончаетъ полнымъ порабощеніемъ этой личности и растворенiемъ ея правъ въ „общемъ сознаніи народа“.

§ **424.** Въ настоящее время наибольшимъ распространеніемъ пользуется теорія Савиньи. Онъ дѣлитъ всѣ законы на двѣ группы: 1) законы опредѣляющіе способы пріобрѣтенія правъ, и 2) законы опредѣляющіе самое существованіе правъ. Первая группа не можетъ имѣть обратной силы, вторая можетъ. Напр., при существованіи крѣпостного права издается законъ, воспрещающій продавать крестьянъ безъ земли; этотъ законъ не имѣетъ обратной силы: всѣ лица, купившіе раньше крестьянъ безъ земли (т. е. имѣющіе пріобрѣтенныя права) оставались бы собствен-

*) System der erworbenen Rechte. 1880. (въ особенности первая часть).

никами ихъ. Но если упраздняется самый институтъ крѣпостного права, законъ имѣетъ обратную силу. Или: законъ измѣняетъ порядокъ полученія дворянства, или чина дѣйствительнаго статскаго совѣтника; такой законъ не имѣетъ обратной силы: всѣ дворяне и дѣйствительные статскіе совѣтники сохраняютъ свои званія. Но если законъ упраздняетъ самый чинъ, упраздняетъ сословіе дворянства, то такой законъ имѣетъ обратную силу.

Въ сущности эта теорія родственна теоріи Лассаля, а посему и страдаетъ тѣмъ же основнымъ порокомъ, т. е. ставитъ бытіе субъективныхъ правъ личности въ зависимость отъ усмотрѣнія государственной власти. Съ точки зрѣнія позитивизма это вполнѣ нормально, но съ точки зрѣнія идеализма такой порядокъ недопустимъ: такъ какъ „личность есть краеугольный камень всего общественнаго зданія "(Чичеринъ), такъ какъ сама идея права заключаетъ въ себѣ самоцѣльность личности, то очевидно, что и помимо всякихъ утилитарныхъ соображеній государство должно уважать пріобрѣтенныя права *).

§ **425.** Но недостаточно выставить принципъ пріобрѣтенныхъ правъ. Надо точно установить, что именно разумѣется подъ пріобрѣтеннымъ правомъ. Вопросъ этотъ до сихъ поръ представляется спорнымъ въ наукѣ, хотя господствующее мнѣніе сложилось уже достаточно опредѣленно и въ общемъ должно быть признано правильнымъ. Господствующее мнѣніе подъ пріобрѣтеннымъ правомъ разумѣетъ право уже окончательно сложившееся, т. е. *такое право, всѣ условія бытія котораго были уже на лицо при старомъ законѣ*. Поэтому простыя ожиданія, надежды, права, находящіяся въ процессѣ образованія, сюда не относятся. Пояснимъ это примѣрами.

Законъ устанавливаетъ десятилѣтнюю давность для пріобрѣтенія права собственности на землю. Человѣкъ владѣетъ участ-

---

* Видный представитель позитивизма, проф. Шершеневичъ пишетъ.: „Игнорированіе принципа—„законъ обратной силы не имѣетъ" породило бы такую неустойчивость въ общественныхъ отношеніяхъ, такую неувѣренность въ пріобрѣтенныхъ правахъ, такую необезпеченность личнаго существованія, что правовой порядокъ потерялъ бы свое равновѣсіе. Основная цѣнность правового порядка заключается въ томъ, что каждый можетъ сообразовать свое поведеніе съ заранѣе установленными правилами. Эта возможность тотчасъ исчезла бы, если бы приходилось принимать въ расчетъ не только тѣ нормы, которыя установлены, но и тѣ, которыя могутъ быть установлены".(Общая теорія права, II, 403—404).

комъ земли 9 лѣтъ и 364 дня и предвкушаетъ удовольствіе черезъ день сдѣлаться собственникомъ этого участка. Но вотъ на слѣдующій, 365-й день, вступаетъ въ силу новый законъ, увеличивающій срокъ давности до 15 лѣтъ, и всѣ надежды нашего владѣльца рухнули: онъ не имѣетъ пріобрѣтеннаго права, и новый законъ захватываетъ его въ сферу своего дѣйствія. Вотъ если бы новый законъ вступилъ въ силу черезъ два дня, т. е. на 366-й день, онъ бы не коснулся нашего владѣльца, потому что тогда истекъ бы требуемый старымъ закономъ десятилѣтній срокъ, а слѣдовательно *совершились бы всѣ юридическіе факты*, обусловливающіе бытіе права собственности. — Для какой-нибудь мѣстности законъ устанавливаетъ двадцатилѣтній срокъ службы для права полученія пенсіи. Выходитъ новый законъ, уничтожающій всѣ преимущества службы въ данной мѣстности. Всѣ чиновники, уже получающіе пенсіи, или еще не получающіе, но прослужившіе 20 лѣтъ, имѣютъ пріобрѣтенныя права и новый законъ на нихъ не распространяется, между тѣмъ какъ у лицъ, недослужившихъ хотя бы одинъ день, есть только простыя ожиданія.— Незаконные дѣти не имѣютъ права на наслѣдство; у отца есть двое законныхъ дѣтей и незаконный сынъ, отецъ близокъ къ смерти и законные дѣти ожидаютъ полученія наслѣдства. За день до смерти отца вступаетъ въ силу новый законъ, допускающій къ наслѣдству и незаконныхъ дѣтей. Можно ли сказать, что законные дѣти имѣютъ пріобрѣтенное право и что новый законъ къ нимъ не относится? Очевидно. что нѣтъ, т. к. здѣсь мы имѣемъ простыя надежды, здѣсь не совершились всѣ факты, обусловливающіе бытіе наслѣдственнаго права, а именно—нѣтъ смерти наслѣдодателя. А если бы новый законъ вступилъ въ силу черезъ день послѣ смерти наслѣдодателя, незаконный сынъ не имѣлъ бы права на наслѣдство.—Возьмемъ другую комбинацію съ послѣднимъ примѣромъ. Отецъ составляетъ завѣщаніе, по которому всѣ дѣти, въ томъ числѣ и незаконный сынъ получаютъ по равной части наслѣдства. Въ день смерти завѣщателя вступаетъ въ силу новый законъ, устанавливающій другую форму завѣщанія. Могутъ ли законные дѣти отказать своему незаконному брату выдать причитающуюся ему часть наслѣдства, ссылаясь на то, что въ виду новаго закона завѣщаніе, какъ составленное безъ соблюденія требуемыхъ имъ формальностей, недѣйствительно? Отвѣтъ дается отрицательный: незаконный сынъ имѣетъ пріобрѣтенное право, т. к. совершились при старомъ законѣ всѣ факты, обусло-

вливающіе бытіе наслѣдственнаго права, а эти факты должны обсуждаться по старому закону (согласно принципу tempus regit actum).—По старому закону покупка дома не уничтожала договоровъ найма квартиры въ этомъ домѣ, такъ что новый домовладѣлецъ не имѣлъ права требовать отъ квартирантовъ, заключившихъ контракты съ прежнимъ домовладѣльцемъ, очистки квартиръ. Новый законъ вводитъ начало „Kauf bricht Miethe“, т. е. для новаго собственника не обязательны договоры наймa, заключенные съ прежнимъ собственникомъ. Этотъ новый законъ (вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ цивилистовъ) не распространяется на тѣ договоры, которые уже заключены при господствѣ стараго закона, т. к здѣсь имѣются пріобрѣтенныя права.

§ **426.** Итакъ изъ этихъ примѣровъ мы видимъ, что для бытія пріобрѣтеннаго права необходимо, чтобы совершились всѣ юридическіе факты, обусловливающіе данное право. Эти факты могутъ быть простые и сложные, единичные и множественные, а посему только тщательное изученіе каждаго даннаго юридическаго отношенія можетъ привести къ правильному рѣшенію вопроса, какой законъ—старый или новый долженъ быть примѣненъ, имѣется ли пріобрѣтенное право, или нѣтъ?

Все только что изложенное имѣетъ въ виду прежде всего примѣнителя закона—судью или администратора: вѣдь законодатель, издавая новый законъ, напр. о давности, очевидно не имѣетъ въ виду придавать ему обратную силу.

Для законодателя важенъ общій принципъ уваженія къ пріобрѣтеннымъ правамъ. Этотъ принципъ не позволяетъ издавать законы съ обратной силой, а если необходимость заставитъ придать нѣкоторымъ законамъ обратную силу, то государство обязано вознаградить тѣхъ, кого оно лишаетъ пріобрѣтенныхъ правъ.

Въ области гражданскаго и въ особенности уголовнаго права изданіе законовъ съ обратной силой недопустимо. Оно можетъ имѣть мѣсто только въ областяхъ публичнаго права, гдѣ основнымъ началомъ является идея цѣлаго, благо государства. Но и здѣсь въ самыхъ широкихъ размѣрахъ долженъ примѣняться принципъ вознагражденія за потерянныя права. Вотъ почему, упраздняя, напр., какую нибудь должность, государство обязано принять мѣры къ тому, чтобы лица, занимавшіе эту должность, не остались въ тяжеломъ матеріальномъ положеніи.

§ **426**[1]. Въ наукѣ господствуетъ недоразумѣніе относительно обратной силы законовъ въ области судебнаго права. За единичными ис-

ключеніями*) всѣ процессуалисты утверждаютъ, что здѣсь законы имѣютъ обратное дѣйствіе. Напр., при старомъ законѣ извѣстное преступленіе было подсудно суду съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей. Новый законъ измѣняетъ подсудность и передаетъ эти преступленія въ вѣдѣніе суда безъ участія присяжныхъ. И вотъ, хотя бы этотъ новый законъ вышелъ уже послѣ привлеченія обвиняемаго къ суду, дѣло будетъ разсматриваться безъ участія присяжныхъ. Или,—старый законъ не допускалъ допроса потерпѣвшаго въ качествѣ свидѣтеля, а новый допускаетъ: этотъ новый законъ примѣняется и къ дѣламъ, уже находящимся въ производствѣ.

Въ этомъ общепринятомъ мнѣніи заключается крупное недоразумѣніе. Въ области судебнаго права законы дѣйствуютъ по общему правилу, т. е. только на будущее время. Возьмемъ наши примѣры и мы увидимъ, что процессуальный законъ ничѣмъ не отличается въ этомъ отношеніи отъ остальныхъ законовъ. Преступникъ привлеченъ къ суду въ качествѣ обвиняемаго; но вѣдь дѣло еще не разбирается, оно *будетъ* разбираться, и будетъ разбираться въ томъ судѣ, который опредѣленъ *закономъ, дѣйствующимъ въ моментъ разбирательства.* Точно также и съ закономъ о допросѣ потерпѣвшаго въ качествѣ свидѣтеля: когда *наступитъ* моментъ допроса свидѣтелей, то допросъ долженъ быть произведенъ по закону, дѣйствующему въ этотъ моментъ. **)

Ясное дѣло, что объ обратной силѣ здѣсь не можетъ быть и рѣчи. А то, что дѣло уже начато производствомъ, не имѣетъ никакого значенія для этого вопроса: судебныя дѣйствія имѣютъ совершенно самостоятельный характеръ, они не зависятъ отъ того, какое именно преступленіе совершилось, или какія права въ данномъ случаѣ нарушены. Судебное право есть самостоятельная

---

*) Напр. *Н. Н. Розинъ.* Уголовное судопроизводство. 1913. Стр. 57. Достойно похвалы и то, что авторъ не вводитъ въ свой курсъ вопросовъ, относящихся къ общей теоріи права.

**) Для того, чтобы это сдѣлалось яснымъ, возьмемъ такой примѣръ: я обязался черезъ нѣсколько мѣсяцевъ продать свой домъ; къ моменту продажи вступаетъ въ силу новый законъ, измѣняющій старую форму купчей крѣпости. Очевидно, что долженъ быть примѣненъ новый законъ о купчей крѣпости, а не тотъ, который дѣйствовалъ тогда, когда я далъ обязательство о продажѣ: самый фактъ продажи еще не совершился, а когда онъ совершится, то по общему правилу къ нему долженъ быть примѣненъ законъ, который будетъ дѣйствовать въ моментъ совершенія.

область права, не зависящая отъ т. наз. матеріальнаго (гражданскаго, уголовнаго) права*).

Въ заключеніе выразимъ глубокое убѣжденіе, что принципъ, запрещающій издавать законы съ обратнымъ дѣйствіемъ для областей уголовнаго и гражданскаго права, и обязывающій государство давать вознагражденіе въ случаяхъ изданія такихъ законовъ въ области публичнаго права, только тогда можетъ получить прочныя юридическія гарантіи, когда онъ будетъ помѣщаться въ основныхъ законахъ, которые должны быть отданы подъ спеціальную охрану суда (англо-американскій порядокъ**).

Дѣйствіе закона по отношенію къ лицамъ

§ **427**. Современное право, согласно съ правосознаніемъ всѣхъ культурныхъ народовъ, весьма опредѣленно проводитъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ. Всѣ живущіе на территоріи государства, обязаны одинаково подчиняться закону. Этотъ принципъ представляетъ собою непосредственный выводъ изъ началъ естественнаго права, а посему мудрый законодатель обязанъ принять всѣ мѣры для полнаго проведенія его въ жизни и для надлежащихъ гарантій.

Сознаніе этого принципа—дѣло сравнительно очень недавнее. Поэтому нѣтъ ничего удивительнаго, что даже въ культурныхъ европейскихъ государствахъ онъ не вездѣ нашелъ полное осуществленіе. Что же касается Россіи, то здѣсь, не смотря на многое уже достигнутое въ этомъ отношеніи, принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ остается только на бумагѣ. Ни одна страна не нуждается такъ въ арміи научно-образованныхъ юристовъ, которые путемъ медленной, но упорной работы способствовали бы воспитанію народной психики на началахъ законности, уваженія къ праву и равенства всѣхъ передъ закономъ. Къ величайшему сожалѣнію у насъ люди сильные и имѣющіе власть

---

*) Подробнѣе объ этомъ см. нашу работу „Судебное право, какъ самостоятельная юридическая наука“ („Право“ 1908 г. № 32).

**) У насъ этотъ принципъ выраженъ въ ст. 89 Основныхъ Законовъ, но выраженъ неудачно. Статья гласитъ: „Каждый законъ имѣетъ силу только на будущее время, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, или что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго“. Въ особенности неправильна заключительная часть статьи: толкованіе закона не есть дѣло законодателя.

могутъ безнаказанно совершать самыя грубыя нарушенія закона, а обычнымъ порядкомъ управленія является принципъ „поддержанія престижа власти“, въ жертву которому приносится и законность, и равенство всѣхъ передъ закономъ.

Впрочемъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ не проведенъ у насъ послѣдовательно и чисто-теоретически. Даже такой законодательный памятникъ, какъ Судебные Уставы, знаетъ нарушенія этого принципа. Напр. тамъ существуютъ статьи, дающія право длинному ряду лицъ не являться въ судъ въ качествѣ свидѣтелей, а требовать, чтобы судъ допрашивалъ ихъ „въ мѣстѣ ихъ жительства“ (въ числѣ этихъ лицъ находятся начальники дивизій, архіереи, губернаторы, градоначальники). Эта аномалія въ особенности рѣжетъ глаза, когда мы вспомнимъ, что въ Англіи даже наслѣдникъ престола можетъ быть вызванъ въ качествѣ свидѣтеля къ полицейскому судьѣ.

§ **428**. Но изъ принципа равенства всѣхъ передъ закономъ существуютъ исключенія во всѣхъ культурныхъ государствахъ, причемъ эти исключенія оправдываются теоріей.

Нѣкоторыя изъ этихъ исключеній основаны на началахъ государственнаго права, а другія—на началахъ международнаго права.

Въ монархіяхъ глава государства изъемлется изъ сферы дѣйствія законовъ. Онъ не можетъ быть никѣмъ привлеченъ къ суду, не можетъ ни передъ кѣмъ отвѣчать за какія бы-то ни было свои дѣйствія; казнь Людовика XVI—неизгладимое позорное пятно въ исторіи Франціи.

Но каковъ смыслъ этого принципа? Значитъ ли онъ, что монархъ стоитъ выше закона и воленъ его нарушить? Никоимъ образомъ: никакая власть не можетъ быть выше закона; монархъ есть первое лицо въ государствѣ, его верховный представитель, а значитъ онъ прежде всего обязанъ охранять существующій законъ. Обязанность эта не только нравственная, но и юридическая. Все различіе между монархомъ и остальными лицами заключается въ томъ, что по отношенію къ нему законы лишаются своей внѣшней санкціи; онъ—безотвѣтственъ. Эта безотвѣтственность вытекаетъ изъ самаго существа монархіи.

Что касается президентовъ республикъ, то ни одна конституція не сравниваетъ ихъ въ этомъ отношеніи съ монархами. Даже президентъ Сѣверо-Американскихъ Соед. Шт. съ его громадной властью является отвѣтственнымъ за всѣ преступленія (ст. II отдѣлъ 4 конституціи).

§ **429.** Довольно неясно стоитъ вопросъ (въ сущности очень простой) о т. наз. иммунитетѣ членовъ парламента. Конституціонное право стремится обезпечить независимость членовъ парламента отъ кого бы то ни было, а также обезпечить безпрепятственное выраженіе своихъ мнѣній въ засѣданіяхъ. Все это вполнѣ разумно и вытекаетъ изъ самой природы парламента.

Но нѣкоторые ученые выводятъ изъ этого безнаказанность (безотвѣтственность) депутатовъ за произносимыя ими рѣчи. Это уже путаница понятій, граничащая съ газетной болтовней: выходитъ, что депутатъ имѣетъ право съ парламентской трибуны безнаказанно оскорблять кого угодно, разглашать порочащіе честь факты, призывать къ революціи и даже отзываться непочтительно о монархѣ! Очевидно что такого права и не существуетъ, и не можетъ существовать; депутатъ подлежитъ отвѣтственности, какъ и каждый гражданинъ. Весь вопросъ сводится къ организаціи отвѣтственности и къ порядку привлеченія. Оставляя въ сторонѣ дисциплинарную отвѣтственность (власть предсѣдателя и парламента), надо признать, что за уголовныя правонарушенія депутатъ подлежитъ отвѣтственности передъ общими судами. Это наиболѣе правильный порядокъ.*)

§ **430.** По началамъ международнаго права главы иностранныхъ государствъ и дипломатическіе агенты изъемлются изъ сферы дѣйствія законовъ того государства, гдѣ они находятся. Изложеніе этого вопроса относится къ области науки международнаго права.—

---

*) Какъ назидательный образецъ путаницы понятій нельзя не привести раздававшихся недавно требованій „адвокатскаго иммунитета“ (безотвѣтственности за произносимыя въ судѣ рѣчи). Остается еще потребовать „газетнаго иммунитета“!

ГЛАВА IV.

Субсидіарныя формы права.

I. Юридическія нормы, издаваемыя въ порядкѣ управленія. (Указы).

§ **431**. Изъ ученія о законѣ мы видѣли, что установленіе спеціальнаго законодательнаго порядка для изданія юридическихъ нормъ есть дѣло сравнительно поздняго времени, и что хотя на всемъ протяженіи исторіи культуры замѣчается тенденція къ установленію этого порядка, но всегда верховная власть издавала и такіе законы, въ составленіи которыхъ не принимали участія законосовѣщательныя или законодательныя учрежденія

Въ результатѣ историческаго развитія получился существующій нынѣ въ культурныхъ государствахъ принципъ, по которому силу закона можетъ имѣть только такая юридическая норма, которая установлена верховною властью при соблюденіи опредѣленнаго законодательнаго порядка.

Этотъ порядокъ отличается большою сложностью, расчитанной на то, чтобы гарантировать доброкачественность законовъ, какъ такихъ юридическихъ нормъ, которыя представляютъ собою основу всей правовой жизни государства. Но именно эта сложность дѣлаетъ законодательный порядокъ нецѣлесообразнымъ для изданія юридическихъ нормъ меньшей важности, представляющихъ собою дальнѣйшее развитіе началъ законовъ въ приложеніи къ безконечно сложной области управленія.

Конечно, принципіально мыслимъ такой порядокъ, при которомъ юридическія нормы исходили бы исключительно отъ законодательнаго органа власти. Но такое монополизированіе самымъ вреднымъ образомъ отразилось бы на жизни. Законодательное учрежденіе было бы подавлено огромной массой мелкой работы, которая препятствовала бы ему отнестись съ должнымъ вниманіемъ къ болѣе серіозной работѣ. Представимъ себѣ, что бы получилось, если бы парламенты должны были устанавливать таксы для извозчиковъ во всѣхъ городахъ, или правила о производствѣ торговли на рынкахъ, правила о порядкѣ движенія по такому-то мосту, въ такое-то время и т. п. Но кромѣ непроизводительной траты силъ, мѣшающей отвѣтственной работѣ по изданію важ-

ныхъ юридическихъ нормъ, такой порядокъ отразился бы вредно на жизни еще и потому, что въ виду неизбѣжной медленности не могли бы быть удовлетворены своевременно текучія потребности управленія. Правительство, вѣдающее эту сложнѣйшую изъ всѣхъ областей государственной жизни, оказалось бы связаннымъ по рукамъ и ногамъ: оно должно было бы годами ждать появленія мелкой юридической нормы, для формулированія которой совершенно не нуженъ весь сложный законодательный аппаратъ.

§ 432. Вотъ почему вездѣ мы видимъ, что государственная власть издаетъ юридическія нормы не только въ законодательномъ порядкѣ, но и въ порядкѣ управленія. А теорія не только констатируетъ это явленіе, но и оправдываетъ его, находитъ соотвѣтствующимъ природѣ вещей *).

Что касается названія этихъ юридическихъ нормъ, то въ русской наукѣ до сихъ поръ не установилась правильная терминологія **). Большинство ученыхъ называютъ ихъ „административными распоряженіями". Несмотря на его распространенность, этотъ терминъ надо признать совершенно неудачнымъ. Дѣло въ томъ, что терминомъ „распоряженіе" обозначаются и такіе акты администраціи, или правительства, которые относятся только къ данному конкретному случаю. Такимъ образомъ, однимъ и тѣмъ же терминомъ приходится обозначать и разрѣшеніе губернаторомъ выдачи заграничнаго паспорта, и изданіе имъ юридической нормы, воспрещающей всякія сборища на улицахъ.

Не лучше будетъ, если терминъ „распоряженіе" замѣнить терминомъ „постановленіе", или—„обязательное постановленіе". Если губернаторъ постановилъ закрыть газету, то, очевидно, что въ такомъ постановленіи никакой юридической нормы нѣтъ: оно относится къ данному конкретному случаю (и, конечно, имѣетъ обязательный характеръ).

Коркуновъ въ своемъ хорошемъ изслѣдованіи „Указъ и законъ" (1892 г.) ввелъ терминъ „указъ", который и начинаетъ

*) Совершенно неправильно утвержденіе тѣхъ ученыхъ, которые говорятъ, что изъ опредѣленія закона, какъ юридической нормы, установленной верховной властью въ законодательномъ порядкѣ, слѣдуетъ будто бы требованіе de lege ferenda, чтобы юридическія нормы облекались исключительно въ форму закона.

**) Въ нѣмецкой наукѣ твердо установился терминъ Verordnung, а во французской - терминологія еще шатается: тамъ употребляютъ термины décret, ordonnance, а чаще всего réglement, причемъ нѣкоторые изъ этихъ терминовъ примѣняются и къ конкретнымъ актамъ.

прививаться въ русской наукѣ Общему признанію его мѣшаетъ то, что наше положительное право употребляетъ терминъ „указъ“, говоря объ актахъ, исходящихъ отъ монарха („по указу Его Императорскаго Величества“); и дѣйствительно, для нашего уха какъ-то странно звучитъ такое сочетаніе: „указъ губернатора, или исправника“.

Не беря на себя задачи устанавливать терминологію *), мы будемъ пользоваться терминомъ Коркунова, такъ какъ, несмотря на отмѣченный недостатокъ, онъ все таки лучше другихъ. Такимъ образомъ, *подъ указомъ мы будемъ разумѣть юридическую норму, изданную органами государственной власти въ порядкѣ управленія* **).

§ **433**. Анализируя это опредѣленіе, мы находимъ, что оно заключаетъ въ себѣ три признака: 1) указъ есть юридическая норма (а слѣдовательно онъ долженъ удовлетворять всѣмъ условіямъ, установленнымъ теоріей для юридической нормы); 2) указъ издается органомъ государственной власти и 3) онъ издается въ порядкѣ управленія. Отсюда слѣдуетъ, что подъ это опредѣленіе подойдетъ всякая юридическая норма, изданная всякимъ органомъ власти, кромѣ законодательнаго, т. е. начиная съ главы государства, продолжая членами правительства, различными подчиненными властями и кончая низшимъ представителемъ полиціи. Далѣе, *съ формальной* стороны указы представляютъ собою акты управленія, т. е. проявленія той отрасли государственной власти, которая называется правительствомъ. *По существу же* указъ есть проявленіе нормативной функціи государственной власти, т. е. функціи, создающей юридическія нормы и входящей въ обычную компетенцію законодательныхъ учрежденій.

Указы имѣютъ весьма разнообразное содержаніе. Нѣкоторые ученые дѣлятъ ихъ на двѣ группы: указы техническіе и указы юридическіе. Первая группа не относится непосредственно къ населенію, является внутреннимъ дѣломъ самой администраціи и опредѣляетъ общія правила цѣлесообразнаго осуществленія какой нибудь отдѣльной задачи управленія. Вторая группа адресована непосредственно къ населенію и создаетъ взаимныя права и обязанности. Едва ли это дѣленіе можетъ быть принято: указъ толь-

---

*) Думаемъ, что правильнѣе всего былъ бы терминъ „*регламентъ*“.

**) О неправильности называть такія нормы „матеріальными законами“ или „законами въ широкомъ смыслѣ слова“, уже говорилось раньше

ко потому и входитъ въ область науки права, что онъ имѣетъ юридическій характеръ; не-юридическихъ указовъ быть не можетъ. И нельзя сказать, что тѣ указы, которые регламентируютъ внутренній распорядокъ какого нибудь учрежденія, не имѣютъ отношенія къ населенію и не создаютъ взаимныхъ правъ и обязанностей: стоитъ только кому нибудь обратиться въ это учрежденіе, какъ сейчасъ же онъ подпадаетъ подъ дѣйствіе соотвѣтствующихъ статей его регламента, не говоря уже о томъ, что для должностныхъ лицъ учрежденія во взаимныхъ ихъ отношеніяхъ изъ этого регламента вытекаютъ права и обязанности.

Итакъ всѣ указы обладаютъ юридическимъ характеромъ. Одни имѣютъ непосредственное отношеніе къ учрежденіямъ и агентамъ власти, другіе—къ населенію. Изъ этихъ послѣднихъ одни устанавливаютъ новыя обязанности (напр. обязательная поливка улицъ каждымъ домовладѣльцемъ); другіе болѣе подробно опредѣляютъ исполненіе уже установленныхъ закономъ обязанностей, третьи устанавливаютъ новыя права, четвертые обезпечиваютъ проведеніе въ жизнь тѣхъ или иныхъ выраженныхъ въ законѣ началъ и т. д.

§ **434**. Въ теоріи указа основными вопросами являются слѣдующіе: 1) вопросъ объ оправданіи регламентарной дѣятельности правительства, 2) вопросъ объ отношеніи указа къ закону и 3) вопросъ о гарантіяхъ закономѣрности указовъ.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что нормативная функція государственной власти должна проявляться исключительно въ формѣ законовъ *). И мы видимъ, что до половины прошлаго

---

*) Нельзя смѣшивать вопроса *о функціяхъ государственной власти* съ вопросомъ о т. наз. *раздѣленіи властей*. Функціями государственной власти мы называемъ типическіе акты, въ которыхъ выражается ея дѣятельность для достиженія многообразныхъ цѣлей. Какія бы задачи ни ставила себѣ государственная власть, къ какимъ бы цѣлямъ она ни стремилась, она можетъ дѣйствовать только посредствомъ нѣсколькихъ функцій: I) юридическихъ (т. е. всецѣло входящихъ въ область права), II) матеріальной и III) политической (*выходящей изъ области права*). I. *Юридическихъ функцій* существуетъ три: нормативная, административная и юрисдикціонная. 1) *Нормативная функція* выражается въ созданіи юридическихъ нормъ въ различныхъ формахъ: законъ, указъ, судебная практика и т. д. 2) *Административная функція* выражается въ индивидуальныхъ, конкретныхъ актахъ, создающихъ, отмѣняющихъ или измѣняющихъ субъективныя права (напр. разрѣшеніе открыть аптеку, выдача концессіи на постройку жел. дороги, закрытіе ученаго общества). 3) *Юрисдикціонная функція* также выражается въ индивидуальныхъ, конкретныхъ актахъ;

вѣка въ наукѣ безусловно господствовало мнѣніе, что юридическія нормы возможны только въ формѣ закона. Это мнѣніе нашло себѣ теоретическое обоснованіе въ знаменитомъ ученіи о раздѣленіи властей на законодательную, „исполнительную“ и судебную. Какъ извѣстно, ученіе проводило рѣзкія границы между этими тремя властями, не позволявшія ни одной вмѣшиваться въ компетенцію остальныхъ. При такомъ положеніи дѣла „исполнительная власть“ должна была только исполнять законы, но никоимъ образомъ не принимать участія въ нормативной функціи власти, т. к. для этого существуетъ особая законодательная власть.

Съ паденіемъ такимъ образомъ понимаемой теоріи раздѣленія властей потеряло свои основы разсматриваемое воззрѣніе. А знаменитый германскій ученый Лоренцъ Штейнъ, одинъ изъ отцовъ науки административнаго права, доказалъ, что указы представляютъ собою самостоятельную форму (формальный источникъ) права. Какъ отголосокъ чистой теоріи раздѣленія властей

она также подзаконна, какъ и административная. Но въ отличіе отъ этой послѣдней здѣсь государственная власть выступаетъ не для того, чтобы создать новое субъективное право, а для того, чтобы констатировать уже существующее и обезпечить его существованіе. Административная функція носитъ активный характеръ, юрисдикціонная пассивный: съ этой функціей власть выступаетъ лишь по почину заинтересованныхъ лицъ, когда возникаетъ вопросъ или споръ о существованіи и правильномъ пониманіи или субъективнаго права, или юридической нормы, а также вопросъ о нарушеніи того или другой. Юрисдикціонный актъ есть по своей формѣ силлогизмъ: большая посылка—констатированіе юридической нормы; меньшая—констатированіе факта, противнаго этой нормѣ, или субъективнаго права, возникшаго на основаніи ея; заключеніе—приказъ, являющійся логическимъ выводомъ —II. *Матеріальная функція* выражается обыкновенно въ различныхъ актахъ исполнительныхъ или подготовительныхъ (напр. задержаніе преступника, производство обыска, собраніе справокъ, составленіе смѣтъ, выселеніе изъ квартиры). III. Наконецъ примѣрами *политической функціи* могутъ служить многіе дипломатическіе акты, роспускъ парламента главою государства, объявленіе войны, борьба съ революціей.

Вопросъ же *о раздѣленіи властей* заключается въ распредѣленіи всѣхъ названныхъ функцій между отдѣльными отраслями власти. Обыкновенно такихъ отраслей считаютъ три: законодательная, правительственная и судебная; нѣкоторые прибавляютъ сюда (основательно) четвертую—монарха. Распредѣленіе функцій между ними -дѣло положительнаго права. Наука рекомендуетъ: 1) предоставленіе юрисдикціонной функціи *исключительно суду*, 2) организацію отраслей власти по системѣ взаимныхъ сдержекъ, чтобы предотвратить деспотизмъ и 3) объединеніе всѣхъ властей въ лицѣ монарха. Подробное изложеніе всѣхъ этихъ вопросовъ будетъ сдѣлано во второмъ томѣ.

до сихъ поръ сохранился терминъ „исполнительная власть“, къ сожалѣнію употребляемой многими учеными. А между тѣмъ правительству поручена самая трудная, самая сложная, щекотливая и отвѣтственная задача, а именно—управленіе, осуществленіе тѣхъ руководящихъ началъ, которыя даетъ законодатель. Для выполненія этой задачи правительство должно имѣть извѣстный просторъ, должно обладать иниціативой. должно самостоятельно выбирать средства для осуществленія руководящихъ началъ, изложенныхъ въ законахъ.

§ **435**. Новѣйшее теченіе въ наукѣ о государствѣ различаетъ *свободную* и *связанную* дѣятельность органовъ государства. Законъ даетъ лишь общій планъ, общія формы государственной дѣятельности, а какое содержаніе вливается въ эти формы, это зависитъ отъ свободнаго творчества государственныхъ органовъ. А это творчество есть прежде всего дѣло той силы, той отрасли государственной власти, которая призвана къ наиболѣе отвѣтственной работѣ, т. е. правительству. Справедливо замѣчаетъ Іеллинекъ въ своемъ „Общемъ ученіи о государствѣ“: „Управленіе, осуществляемое исключительно на основаніи указаній закона, было бы возможно только въ государствѣ, лишенномъ правительства, а такое государство есть не болѣе, какъ плодъ воображенія“.

Вотъ почему въ настоящее время законодатель беретъ на себя общее руководство жизнью государства, намѣчаетъ общую схему этой жизни, даетъ извѣстныя точки опоры, приципіально опредѣляетъ самыя важныя стороны. Вся же огромная область деталей, наполненіе конкретнымъ содержаніемъ данныхъ имъ формъ, дальнѣйшее развитіе установленныхъ имъ началъ,—дѣло двухъ другихъ отраслей государственной власти, суда и правительства. Откладывая вопросъ о дѣятельности суда до другого мѣста, здѣсь отмѣтимъ, что для выполненія своихъ многочисленныхъ и разнохарактерныхъ задачъ, для удовлетворенія текучихъ потребностей управленія, правительство безусловно нуждается въ правѣ издавать юридическія нормы.

Если въ какомъ либо большомъ городѣ одновременно происходятъ выборы въ парламентъ, большой съѣздъ по случаю какого либо торжества и ярмарка, полиція должна принять рядъ мѣръ для обезпеченія порядка и свободнаго движенія по улицамъ. Возможно, что для этого представится цѣлесообразнымъ закрыть проѣздъ по нѣкоторымъ улицамъ на опредѣленные часы, воспретить останавливаться на извѣстныхъ пунктахъ, опредѣлить, въ

какомъ направленіи надо двигаться на такихъ-то мостахъ и улицахъ, и т. д. Мы получимъ регламентъ, указъ, состоящій изъ ряда статей, расчитанный на дѣйствіе въ теченіе нѣсколькихъ дней. Своевременно распубликованный, онъ въ высокой степени облегчитъ полиціи ея трудную задачу. Между тѣмъ, если бы лишить полицію права издавать указы и ожидать изданія необходимыхъ юридическихъ нормъ въ законодательномъ порядкѣ, то соотвѣтственный временный законъ появился бы черезъ годъ по минованіи въ немъ надобности, не говоря уже о томъ, что законодательное учрежденіе само не въ состояніи было бы формулировать юридическія нормы, всецѣло обусловленныя данными опредѣленнаго мѣста и времени, насквозь проникнутыя характеромъ цѣлесообразности, предполагающія самое детальное знаніе мелкихъ, преходящихъ, жизненныхъ потребностей даннаго момента и даннаго города.

Только что приведенный примѣръ наглядно доказываетъ неправильность теоріи „раздѣленія властей", требующей, чтобы юридическія нормы исходили только отъ законодателя, а администрація была бы лишь простой исполнительницей законодательныхъ повелѣній.—Если мы прибавимъ къ этому, что изданіе юридическихъ нормъ въ порядкѣ управленія исторически предшествовало появленію спеціальнаго законодательнаго порядка, что такимъ образомъ управленіе было той исторической основой, изъ которой въ послѣдствіи образовались другія отрасли государственной власти, то мы получимъ достаточно данныхъ для оправданія указной дѣятельности правительства.

§ **436.** Такимъ образомъ фактъ изданія правительствомъ юридическихъ нормъ никоимъ образомъ не можетъ разсматриваться, какъ явленіе исключительное: напротивъ, этотъ фактъ вытекаетъ изъ самой природы правительства, а слѣдовательно *указная дѣятельность входитъ въ нормальную компетенцію органовъ правительства и подчиненной ему администраціи* *).

---

*) Это господствующее въ наукѣ мнѣніе (см. напр. *Hauriou.* Droit administratif. 1903, стр. 505; *Rosin.* Das Verordnungsrecht 1895. стр. 58) оспаривается нѣкоторыми учеными (напр. Дюги). Они исходятъ изъ того положенія, что указъ по своей природѣ есть проявленіе нормативной функціи власти, а не административной; отсюда дѣлается выводъ, что указная дѣятельность не входитъ въ нормальную компетенцію органовъ администраціи: эти органы только тогда имѣютъ право издавать указы, когда законъ далъ имъ спеціальное полномочіе.

Изъ этого положенія вытекаетъ отвѣтъ на вопросъ объ основѣ обязательности указовъ. Указъ имѣетъ обязательную силу не потому, что основанъ на такомъ-то законѣ, а потому, что исходитъ отъ компетентной власти. Точно также нельзя сказать, что право правительства издавать указы основано на разрѣшеніи законодателя. Хотя во многихъ конституціяхъ есть спеціальныя указанія на право главы государства издавать указы, но эти указанія только торжественно подтверждаютъ уже существующее право. И подобно тому, какъ безотвѣтственность монарха не вытекаетъ изъ соотвѣтственнаго параграфа конституціи, такъ и право его издавать указы вытекаетъ изъ самой сущности института.

Но то-же самое мы должны сказать и о членахъ правительства, и о подчиненной администраціи, съ тою лишь существенной разницей, что право на изданіе указовъ ограничено предѣлами компетенціи каждаго органа власти. Вотъ почему различіе между указами верховнаго управленія и указами подчиненнаго управленія не можетъ считаться принципіальнымъ. Это чисто внѣшнее различіе, имѣющее большое практическое значеніе, но по существу всѣ указы, отъ кого бы они ни исходили, представляютъ собою юридическія нормы, одинаково обязательныя (если онѣ удовлетворяютъ всѣмъ условіямъ указа).

§ **437**. Подобно законамъ, указы имѣютъ свои санкціи. Обычной формой санкціи указовъ является наказаніе за ихъ неисполненіе. Здѣсь положительное право знаетъ двѣ системы: или существуетъ уголовный законъ, грозящій наказаніемъ за неисполненіе указовъ, или сами органы, издающіе указы, получаютъ право отпредѣлять наказанія, какъ санкцію своихъ указовъ. При первой системѣ лицо, нарушившее указъ, привлекается къ суду по жалобѣ администраціи, при второй—наказывается самой администраціей.

Обѣ системы иногда комбинируются. Напр. въ Россіи есть общій уголовный законъ карающій нарушеніе указовъ (ст. 29 Уст. о наказ.: „за неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей и т. д.... виновные подвергаются денежному взысканію не свыше 50 рублей). Вмѣстѣ съ этимъ въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на положеніи усиленной или чрезвычайной охраны, администрація имѣетъ право за нарушеніе своихъ указовъ налагать наказанія.

Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что первая система выше второй и болѣе соотвѣтствуетъ идеѣ правового государства. Но

отсюда нельзя выводить заключенія, что вторая система вездѣ и всегда должна уступить свое мѣсто первой. Это возможно только на высокой ступени культуры, при хорошей организаціи суда, позволяющей и производить надлежащую оцѣнку каждаго даннаго случая, и немедленно налагать наказанія на виновныхъ. Если же приговоръ по дѣлу о мелкомъ нарушеніи какого нибудь полицейскаго „обязательнаго постановленія“ послѣдуетъ черезъ нѣсколько мѣсяцевъ, или даже черезъ годъ послѣ нарушенія, если судебная практика имѣетъ ярко-выраженную тенденцію опредѣлять только минимальныя наказанія за такіе проступки, тогда государство силою вещей вынуждено примѣнять вторую систему, лучше гарантирующую ненарушимость указовъ.

§ 438. Второй основной вопросъ теоріи указа, а именно вопросъ объ отношеніи указа къ закону рѣшается легко, и въ наукѣ не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Не смотря на то, что указъ есть самостоятельная форма права, играющая очень важную роль въ современной правовой жизни, не смотря на то, что и для отдаленнаго будущаго эта роль остается такою-же, *указъ есть субсидіарная форма права*. А слѣдовательно законъ, какъ важнѣйшій актъ верховной власти, какъ основа всей государственной жизни имѣетъ безусловное первенство передъ указомъ.

Указъ не только не можетъ отмѣнить закона или измѣнить его, но не можетъ въ чемъ бы-то ни было быть несогласнымъ съ закономъ. Правительство можетъ издать указъ, опредѣляющій подробности исполненія закона, можетъ развить дальше слѣдствія, вытекающія отъ закона, можетъ, наконецъ, регулировать такія стороны жизни, которыя не предусмотрѣны закономъ. Но все это можетъ имѣть юридическое значеніе, т. е. имѣть обязательную силу лишь при условіи непротиворѣчія закону. И въ то время, какъ указъ не можетъ касаться вопросовъ, уже разрѣшенныхъ закономъ, не можетъ въ чемъ бы то ни было противорѣчить закону, законъ во всякое время можетъ упразднить любой указъ, иначе регулируя соотвѣтствующія отношенія. Это *начало подзаконности указовъ* принято положительнымъ правомъ всѣхъ культурныхъ государствъ *).

---

*) Въ Россіи это начало точно и опредѣленно выражено въ Основныхъ Законахъ, какъ относительно указовъ подчиненнаго управленія, такъ и верховнаго управленія. Ст. 84 гласитъ: „Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ“. Ст. 11: Государь

Итакъ при всей широтѣ предоставленнаго ему поля дѣйствій, при всей самостоятельности и свободѣ въ разрѣшеніи подлежащихъ задачъ—правительство всегда должно имѣть въ виду законъ, какъ основу, какъ руководящее начало, *какъ общій планъ, детали котораго оно призвано разработать.* Очевидно, что эти детали никоимъ образомъ не должны ни нарушать плана, ни находиться въ противорѣчіи съ общимъ его характеромъ. А съ другой стороны ясно, что только эти детали наполняютъ планъ живымъ содержаніемъ, и что огромная и отвѣтственная работа надъ ними требуетъ извѣстной самостоятельности и иниціативы.

Только при такомъ взаимномъ отношеніи указа и закона мы поставимъ правительство въ благопріятныя условія для его культурной работы, а съ другой стороны создадимъ основу *правового государства, которое характеризуется прежде всего подзаконностью управленія.*

§ **439.** Съ только что сказаннымъ самымъ тѣснымъ образомъ связанъ третій основной вопросъ теоріи указа, вопросъ о гарантіяхъ подзаконности указовъ.

Можно сколько угодно помѣщать въ основныхъ законахъ статьи, воспрещающія изданіе противорѣчащихъ законамъ указовъ; но если правопорядокъ не знаетъ надлежащихъ гарантій подзаконности указовъ, то такія статьи останутся мертвой буквой. И жизнь (въ особенности культурно-отсталыхъ государствъ) даетъ въ изобиліи примѣры, доказывающіе, что сплошь и рядомъ законъ безсиленъ передъ указомъ, а не наоборотъ.

Вопросъ сводится къ установленію надлежащаго контроля надъ законностью указовъ. Этотъ контроль можетъ быть троякаго рода: административный, парламентскій и судебный.

Административный контроль, само собою разумѣется, возможенъ только по отношенію къ указамъ подчиненнаго управленія. Онъ заключается въ томъ, что на дѣйствія органа власти, издавшаго незаконный указъ, приносится жалоба его начальству. Жизнь даетъ слишкомъ много фактовъ, доказывающихъ проблематичность этого способа контроля: сплошь и рядомъ принципъ „поддержа-

---

Императоръ издаетъ указы „въ соотвѣтствіи съ законами“. Ст. 122: „Обязательныя постановленія, инструкціи и распоряженія, издаваемыя Совѣтомъ министровъ, министрами и главноуправляющими, а также другими, на то закономъ уполномоченными, установленіями, не должны противорѣчить законамъ“.

нія престижа власти“ одерживаетъ побѣду надъ принципомъ законности. Въ отсталыхъ государствахъ это является общимъ правиломъ.

Парламентскій контроль представляетъ собою болѣе надежное средство. Путемъ запросовъ министрамъ и соотвѣтствующихъ резолюцій парламентъ можетъ многое сдѣлать для проведенія принципа подзаконности указовъ. Но этотъ способъ самъ по себѣ далеко не достаточенъ. Если въ государствѣ установился т. наз. парламентаризмъ (т. е. министерство назначается изъ парламентскаго большинства), то очевидно, что партійныя соображенія почти всегда одержатъ верхъ надъ соображеніями законности. Представимъ себѣ, что правительство, принадлежащее къ господствующей въ парламентѣ партіи, издаетъ указъ, хотя несогласный съ закономъ, но зато какъ нельзя болѣе согласный съ интересомъ партіи. Здѣсь опять таки жизнь дала слишкомъ много фактовъ, доказывающихъ, что партійность и законность уживаются другъ съ другомъ очень плохо.

А если парламентаризма нѣтъ, то правительство, проводящее принципъ „поддержанія престижа власти“, всегда имѣетъ возможность превратить всѣ запросы и соотвѣтствующія резолюціи въ невинное занятіе.—Кромѣ того нельзя не отмѣтить, что парламентскій контроль даже при нормальномъ отношеніи правительства къ своимъ обязанностямъ является крайне недостаточнымъ способомъ обезпеченія подзаконности указовъ: непосредственно заинтересованныя лица не имѣютъ права лично защищать свои права, а предъявленіе запроса всецѣло зависитъ отъ членовъ парламента.

§ **440.** Такимъ образомъ остается третій, самый надежный способъ контроля,—судебный контроль.

Этотъ контроль бываетъ двоякаго рода: косвенный и прямой. Косвенный контроль осуществляется уголовнымъ судомъ. Мы видѣли (§ 437), что нормальнымъ видомъ санкціи указовъ является наказаніе, налагаемое судомъ на нарушителей указовъ. Въ такихъ случаяхъ администрація выступаетъ въ качествѣ обвинителя. И вотъ судья прежде всего обязанъ провѣрить законность указа, т. е. рѣшить два вопроса: 1) не противорѣчитъ ли данный указъ закону и 2) имѣлъ ли право данный органъ власти издать этотъ указъ въ предѣлахъ своей компетенціи. Если какой нибудь изъ этихъ вопросовъ рѣшается отрицательно, судья оправдываетъ обвиняемаго. Жалоба администраціи оставляется безъ послѣдствій

и судья признаетъ, что обвиняемый имѣлъ право не исполнять данный указъ).

Не смотря на всю цѣнность косвеннаго судебнаго контроля, онъ является не достаточнымъ: вѣдь уголовный судъ не имѣетъ права отмѣнить незаконный указъ, онъ только отказываетъ санкціонировать его въ данномъ конкретномъ случаѣ. И понятно почему: задача уголовнаго суда состоитъ въ рѣшеніи вопроса о совершеніи подсудимымъ правонарушенія и о назначеніи надлежащаго наказанія, если подсудимый будетъ признанъ виновнымъ.

Гражданскій судъ, также не имѣетъ права отмѣнять незаконные указы. Вся роль его въ интересующихъ насъ случаяхъ сводится къ тому, чтобы разрѣшить гражданскій искъ объ убыткахъ, если таковые произошли вслѣдствіе незаконныхъ дѣйствій администраціи.

§ 441. Но кромѣ гражданской и уголовной юстиціи существуетъ третья обширная область суда—*административная юстиція Административный судъ и осуществляетъ прямой контроль надъ законностью указовъ:* по искамъ заинтересованныхъ лицъ онъ отмѣняетъ указъ, противорѣчащій закону, или изданный съ нарушеніемъ компетенціи даннаго органа власти.

Административная юстиція есть одинъ изъ плодовъ новѣйшей правовой жизни, и надо сказать—едва ли не лучшій изъ этихъ плодовъ. Ей несомнѣнно принадлежитъ большое будущее. Только надлежащее развитіе административной юстиціи можетъ дать вполнѣ солидныя гарантіи законности управленія, только административная юстиція вѣнчаетъ зданіе правового государства.

Къ сожалѣнію не только не установилась еще болѣе или менѣе однообразная практика административной юстиціи въ разныхъ государствахъ, но и въ наукѣ до сихъ поръ не существуетъ полнаго единства воззрѣній на сущность этого важнаго института. Оставляя разсмотрѣніе вопроса до надлежащаго мѣста, здѣсь отмѣтимъ пока, что *сущность административной юстиціи есть охрана субъективныхъ правъ, нарушенныхъ незаконными указами и распоряженіями администраціи.* Лицо, считающее свои права нарушенными, обращается въ судъ съ административнымъ искомъ,

---

*) Нельзя не отмѣтить аномаліи, существующей въ Пруссіи: по ст. 106 Прусской конституціи провѣрка законности королевскихъ указовъ принадлежитъ только парламенту. Такимъ образомъ для суда обязательны не только законы, нарушающіе конституцію, но и королевскіе указы, нарушающіе законы.

и если судъ признаетъ этотъ искъ правильнымъ, то отмѣняетъ соотвѣтствующій указъ или распоряженіе.

§ **442.** Въ заключеніе отмѣтимъ одинъ видъ указовъ, рѣзко отличающійся отъ всѣхъ уже разсмотрѣнныхъ. Разумѣемъ, т. н. *чрезвычайные указы* (Nothverordnungen). По своей формѣ они отличаются отъ обыкновенныхъ указовъ тѣмъ, что могутъ быть издаваемы только главою государства; по содержанію же—тѣмъ, что они вторгаются въ сферу компетенціи законодателя, нерѣдко измѣняя или отмѣняя законы.

Въ нѣкоторыхъ государствахъ право изданія чрезвычайныхъ указовъ признано конституціей за главою государства и обусловлено слѣдующими обстоятельствами: 1) государственная потребность, не терпящая отлагательства, 2) отсутствіе въ данный моментъ сессіи законодательнаго учрежденія, 3) не противорѣчіе конституціи и 4) внесеніе чрезвычайнаго указа на разсмотрѣніе ближайшей сессіи этого учрежденія. Само собою разумѣется, что не можетъ быть и рѣчи о судебномъ контролѣ законности чрезвычайныхъ указовъ, такъ какъ они имѣютъ силу закона, пока не отмѣнены ближайшей сессіей парламента. Съ другой стороны несомнѣнно право суда (англо-американскій порядокъ) отказать чрезвычайному указу, какъ и всякому закону, въ примѣненіи, если онъ нарушаетъ конституцію.

Но исторія знаетъ примѣры чрезвычайныхъ указовъ съ другимъ характеромъ. Эти указы не соотвѣтствовали только что перечисленнымъ условіямъ и измѣняли конституцію.

Съ формальной, строго-юридической точки зрѣнія такіе акты являются несомнѣнно неправомѣрными, а поэтому ни за населеніемъ, ни за судомъ и другими органами власти не можетъ быть признано юридической обязанности повиноваться такимъ указамъ. Но нельзя забывать, что бываютъ случаи, когда неповиновеніе можетъ повлечь за собою гораздо худшія бѣдствія для страны, чѣмъ признаніе совершившагося *факта* и тѣмъ самымъ превращеніе его въ *право*. Поэтому для такихъ случаевъ существуетъ нравственная обязанность не подвергать страну всѣмъ бѣдствіямъ революціи изъ-за нарушенія главою государства извѣстныхъ формальностей. Конечно, могутъ быть и противоположные случаи, когда нарушеніе конституціи представляетъ собою вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніе началъ естественнаго права. Тогда возникаетъ обязанность не подчиненія такимъ актамъ. Напр., глава государства, вопреки конституціи, издаетъ указъ,

воспрещающій извѣстной части населенія говорить на родномъ языкѣ или исповѣдывать національную религію.

Во всякомъ случаѣ за исключеніемъ подобныхъ рѣзкихъ примѣровъ необходима чрезвычайная осторожность при рѣшеніи вопроса объ отказѣ въ повиновеніи актамъ главы государства по однимъ только формальнымъ причинамъ. Нельзя забывать, что въ особенности монархъ, какъ верховный стражъ блага государства, обязанъ въ случаяхъ крайней необходимости, принимать всѣ мѣры, которыя подсказываетъ ему совѣсть и его долгъ передъ страной, хотя бы эти мѣры и расходились съ установленными формами. И, конечно, лучше всего, когда монархъ въ такихъ случаяхъ открыто заявляетъ, что крайняя необходимость заставляетъ его для спасенія государства нарушить конституцію и взять на себя отвѣтственность передъ Богомъ и исторіей. Мы здѣсь вступаемъ всецѣло въ область фактовъ, а не права, сталкиваемся съ тою функціей верховной власти, которая называется политической функціей, творческой и свободной по преимуществу. Акты, вытекающіе изъ этой функціи, могутъ рождать новое право, а съ другой стороны, при неразборчивомъ пользованіи ею, могутъ принести странѣ величайшія бѣдствія. Отсюда выводъ: *всякое* сомнѣніе должно быть толкуемо въ пользу ненарушимости конституціи.

2. Автономическія нормы права.

(Статутарное право).

§ **443.** Указы, какъ мы видѣли, могутъ быть издаваемы и мѣстными органами администраціи, т. е. чиновниками, подчиненными въ іерархическомъ порядкѣ правительству и обязанными дѣйствовать по его указаніямъ. Необходимость предоставленія этимъ чиновникамъ указнаго права вытекаетъ изъ того, что правительство не имѣетъ возможности знать всѣ мѣстныя особенности, всѣ текучіе интересы, требующіе немедленнаго нормированія, всѣ подробности мѣстной жизни. Вотъ почему правительство оставляетъ за собою изданіе только такихъ указовъ, которые имѣютъ общій характеръ, регулируютъ болѣе или менѣе устойчивыя, важныя отношенія.

Возникаетъ вопросъ: желательно ли расширеніе указной дѣятельности мѣстной администраціи?

Отвѣтъ дается отрицательный. Жизнь показала, что административные чиновники обнаруживаютъ ярко выраженную тенденцію относиться къ дѣлу чисто-формально и шаблонно.

Это обусловлено ихъ служебнымъ положеніемъ: они лишены самостоятельности, они являются только исполнителями приказаній, данныхъ изъ центра. Поэтому они и привыкаютъ каждый свой служебный шагъ оцѣнивать прежде всего съ точки зрѣнія „видовъ правительства“, а не дѣйствительныхъ нуждъ и интересовъ мѣстной жизни. Кромѣ того, расширеніе указной дѣятельности мѣстной администраціи повлекло бы за собою чрезмѣрное усиленіе ея власти, что представляетъ собою одно изъ самыхъ печальныхъ явленій государственной жизни: нѣтъ худшаго и невыносимѣйшаго деспотизма, чѣмъ деспотизмъ мѣстныхъ сатраповъ. *)

§ **444**. Вотъ почему мѣстная жизнь можетъ развить всѣ свои силы, можетъ дать полный расцвѣтъ только тогда, когда ближайшее руководство ею ввѣряется мѣстнымъ же людямъ, избранникамъ мѣстнаго населенія. Эти люди самымъ непосредственнымъ образомъ интересуются мѣстною жизнью, любятъ ее, знаютъ, про-

---

*) Здѣсь будетъ умѣстно привести слѣдующія замѣчательныя слова *Чичерина* изъ III тома „Курса государственной науки“: „Нѣтъ болѣе опаснаго заблужденія, какъ смѣшеніе силы власти съ господствомъ произвола.... Мѣстные правители превращаются въ полновластныхъ пашей, произволу которыхъ отдается въ жертву все населеніе. Даже послѣдній полицейскій изъемлется изъ вѣдѣнія суда и становится подъ защиту начальства, которое во имя власти всегда готово его поддержать, какъ бы онъ ни былъ виновенъ. Къ произволу присоединяется и сознаніе своей непогрѣшимости..... Власть, признающая свою ошибку, тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ нравственный авторитетъ, который сторицей вознаграждаетъ за неизбѣжныя въ человѣческихъ дѣлахъ заблужденія Всего хуже, когда эта непогрѣшимость произвола распространяется и на низшихъ представителей власти. Правительство не только считаетъ нужнымъ поддерживать ихъ во имя своего достоинства, но нерѣдко оно цѣнитъ именно то нахальное отношеніе власти къ подчиненнымъ, которое поверхностнымъ и грубымъ умамъ представляется обаяніемъ силы. Когда же подчиненные осмѣливаются поднять голосъ, ихъ считаютъ за революціонеровъ. Иногда держатъ правителя, возбуждающаго всеобщее неудовольствіе, единственно изъ опасенія, что удаленіе его будетъ представляться какъ бы уступкою обществу. Это—лучшее средство сдѣлать власть ненавистной Правительство, которое слѣдуетъ такой политикѣ, подрываетъ собственныя свои основы. Оно теряетъ всякій нравственный авторитетъ и лишается той ничѣмъ не замѣнимой поддержки, которую даетъ добровольное содѣйствіе общества“. „Поддержку власти могутъ дать только живыя общественныя силы, а для этого онѣ должны стоять на своихъ ногахъ и пользоваться подобающей имъ самостоятельностью“ (стр. 399, 398).

никаются ея нуждами, испытываютъ на себѣ лично всѣ ея недостатки. Другое важное преимущество ихъ передъ назначенными изъ центра чиновниками: они постоянно находятся подъ контролемъ мѣстнаго общества, съ мнѣніемъ котораго имъ необходимо серіозно считаться.

На этомъ основано *самоуправленіе*: государство поручаетъ осуществленіе части своихъ задачъ по управленію мѣстному обществу. Одной изъ важнѣйшихъ функцій самоуправленія является изданіе юридическихъ нормъ, регулирующихъ мѣстную жизнь. Эти нормы принято называть автономическими нормами.

Нѣкоторые ученые не согласны съ господствующимъ мнѣніемъ и находятъ, что юридическія нормы, издаваемыя, напр. городскими думами, земскими собраніями, университетами и т. п., представляютъ собою не что иное, какъ указы подчиненнаго управленія. Называть ихъ автономическими нормами можно только признавая т. наз. общественную теорію самоуправленія (защищаемую такими крупными учеными, какъ Гирке). По этой теоріи самоуправленіе есть самостоятельное, независимое отъ государства управленіе обществомъ своими дѣлами; государство вѣдаетъ лишь политическія, общія для всей страны дѣла, и не можетъ вмѣшиваться въ дѣла общественныя. Но такъ какъ въ настоящее время господствуетъ государственная теорія самоуправленія (главнымъ образомъ благодаря работамъ Л. Штейна), по которой органы самоуправленія выполняютъ возложенныя на нихъ государствомъ задачи управленія, и такимъ образомъ дѣятельность государства и мѣстныхъ самоуправляющихся единицъ есть дѣятельность однородная,—то органы самоуправленія являются ничѣмъ инымъ, какъ органами мѣстной администраціи. А слѣдовательно нѣтъ основаній для выдѣленія издаваемыхъ ими юридическихъ нормъ въ особую категорію: эти нормы представляютъ собою указы подчиненнаго управленія.

§ 445. Изложенное мнѣніе не можетъ поколебать господствующей терминологіи. Хотя общественная теорія самоуправленія не выдерживаетъ критики, хотя государственная теорія гораздо ближе къ истинѣ, но это еще не даетъ основанія сливать въ одну категорію указы и автономическія нормы (конечно по формѣ, т. к. по существу и тѣ, и другіе представляетъ собою юридическія нормы, точно также какъ и законы, и юридическіе обычаи и др.). Дѣло въ томъ, что нельзя совершенно отожествлять органы мѣстнаго самоуправленія и правительственные органы мѣстной адми-

нистраціи. Есть существенное различіе между такими органами мѣстной администраціи, какъ губернаторъ, казенная палата, управленіе акцизными сборами съ одной стороны, и городской думой, городской управой, земскимъ собраніемъ съ другой. Правительственныя учрежденія являются исполнителями предначертаній, данныхъ изъ центра, у нихъ не можетъ быть своихъ особыхъ интересовъ, *между ними и государствомъ невозможны юридическія отношенія.*

Наоборотъ органы самоуправленія представляютъ собою не ставленниковъ правительства, а избранниковъ мѣстнаго общества, обязанныхъ прежде всего блюсти интересы этого общества.

Они входятъ въ составъ государства и подчиняются ему, но черезъ это не теряютъ своей самостоятельности: они имѣютъ свои особыя гражданскія права, свои отдѣльныя имущества, и могутъ защищать эти права путемъ исковъ даже противъ государства. Вполнѣ возможенъ искъ города къ казнѣ объ убыткахъ, между тѣмъ какъ искъ казенной палаты къ государству есть юридическая нелѣпость.—Далѣе, изъ того, что самоуправляющіяся единицы подчинены государству, слѣдуетъ, что осуществляя свое право надзора, государственная власть можетъ отмѣнять и измѣнять постановленія соотвѣтствующихъ органовъ. Но она не можетъ предписать имъ издать опредѣленное постановленіе, опредѣленную юридическую норму: всѣ постановленія органы самоуправленія издаютъ совершенно самостоятельно, подобно тому, какъ суды постановляютъ свои рѣшенія.

Такимъ образомъ юридическія нормы, издаваемыя органами самоуправленія, вполнѣ правильно господствующей теоріей выдѣляются въ самостоятельную форму права подъ именемъ автономическихъ нормъ. *)

§ **446.** Государство можетъ предоставить право автономіи и нѣкоторымъ своимъ учрежденіямъ, преслѣдующимъ чисто-культурныя цѣли. Обыкновенно автономіей пользуются, университеты, и тогда на ряду съ другими правами (выборы должностныхъ лицъ, обладаніе и распоряженіе собственнымъ имуществомъ и т. п.) они имѣютъ право издавать юридическія нормы, безусловно—обяза-

*) Въ предѣлахъ автономнаго союза возникаютъ также юридическія нормы, не облеченныя въ форму автономическихъ нормъ, а образовавшіяся путемъ практики *органовъ самоуправленія*. Эти нормы имѣютъ сходство съ юридическими обычаями, Въ нѣмецкой наукѣ онѣ носятъ названіе Observanz, заведенный порядокъ, обыкновеніе.

тельныя для всѣхъ входящихъ въ составъ ихъ лицъ. а также и для постороннихъ лицъ, входящихъ въ сношенія съ университетомъ.

Иногда къ автономическимъ нормамъ относятъ уставы различныхъ частныхъ обществъ, клубовъ, акціонерныхъ компаній и т. п. Такое отнесеніе представляетъ собою смѣшеніе понятій: органы, издающіе автономическія нормы, являются всегда субъектами публичнаго права, они облечены авторитетомъ государственной власти, дѣйствуютъ отъ ея имени. Между тѣмъ какъ акціонерная компанія, клубъ, артистическій кружокъ и т. п.—это субъекты частнаго права, это соединенія частныхъ лицъ, которымъ государство разрѣшило организоваться для совмѣстнаго преслѣдованія общихъ цѣлей. Уставы такихъ организацій представляютъ собою юридическія нормы особой категоріи, которую нельзя смѣшивать съ автономическими нормами въ виду существеннаго различія тѣхъ органовъ, отъ которыхъ онѣ исходятъ *).

§ **447.** Обязательную силу автономическія нормы получаютъ вслѣдствіе признанія ихъ государствомъ, которое охраняетъ ненарушимость ихъ такимъ же способомъ, какъ и ненарушимость указовъ, съ тою лишь разницей, что здѣсь почти исключительнымъ способомъ санкціи является существованіе особаго уголовнаго закона, карающаго нарушеніе указовъ и автономическихъ нормъ.

Само собою разумѣется, что для примѣненія карательнаго закона къ нарушителю автономической нормы судья долженъ предварительно удостовѣриться въ законности этой нормы, т. е. также какъ и относительно указовъ онъ долженъ рѣшить два вопроса: 1) не противорѣчитъ ли данная автономическая норма закону и

*) Но если частное общество, преслѣдующее чисто-культурныя цѣли, пріобрѣтаетъ особо-важное значеніе въ государственной жизни, а поэтому пользуется особымъ покровительствомъ правительства, то исходящія отъ него юридическія нормы должны быть отнесены къ категоріи автономическихъ нормъ. Важнѣйшимъ примѣромъ такихъ обществъ является Императорское Русское Музыкальное Общество. Дѣятельность его многочисленныхъ отдѣленій, объединенныхъ подъ руководствомъ Главной Дирекціи, охватываетъ всю Россію; Общество обладаетъ громаднымъ имуществомъ, имѣетъ въ своемъ вѣдѣніи множество учрежденій, изъ которыхъ, напр., консерваторіи предоставляютъ своимъ питомцамъ права, аналогичныя правамъ университетскихъ дипломовъ, а своимъ преподавателямъ—права государственной службы. Ясное дѣло, что здѣсь мы имѣемъ юридическое лицо съ публично-правовымъ характеромъ, а посему исходящія отъ него юридическія нормы рѣзко отличаются отъ уставовъ акціонерныхъ компаній, клубовъ и т. п.

2) не нарушилъ ли данный органъ самоуправленія своей компетенціи, издавая эту норму.

Такимъ образомъ автономическія нормы раздѣляютъ общую судьбу всѣхъ субсидіарныхъ формъ права: онѣ безсильны передъ закономъ. Отсюда вытекаетъ, что кромѣ указаннаго косвеннаго контроля законности автономическихъ нормъ долженъ существовать и прямой контроль: государственная власть должна имѣть возможность отмѣнить автономическую норму, противорѣчащую закону или изданную съ нарушеніемъ компетенціи. Болѣе того: нельзя отрицать за государственой властью права контроля и надъ такими автономическими нормами, которыя хотя и удовлетворяютъ указаннымъ двумъ требованіямъ, но представляются явно нарушающими интересы мѣстности, не говоря уже о такихъ, которыя противорѣчатъ государственнымъ интересамъ (контроль надъ цѣлесообразностью). Если правительство не имѣетъ права давать прямыхъ предписаній относительно содержанія автономическихъ нормъ, то несомнѣнно, что оно имѣетъ право оказывать вліяніе на это содержаніе. Такое вліяніе достигается 1) посредствомъ регулированія личнаго состава органовъ самоуправленія (утвержденіе избранныхъ должностныхъ лицъ, введеніе въ составъ учрежденій членовъ отъ правительства, досрочный роспускъ выборныхъ собраній, назначеніе новыхъ выборовъ и т. п.) и 2) посредствомъ контроля содержанія актовъ самоуправленія, въ томъ числѣ и автономическихъ нормъ.

§ 448. Необходимость контроля надъ законностью автономическихъ нормъ очевидна изъ самаго положенія ихъ какъ субсидіарной формы права. Нѣкоторыя сомнѣнія можетъ возбудить контроль надъ цѣлесообразностью. Казалось бы, что если самая сущность самоуправленія заключается въ томъ, что мѣстные люди лучше знаютъ мѣстные нужды и интересы, то правительство должно ограничиться только контролемъ законности автономическихъ нормъ, совершенно не вмѣшиваясь въ вопросы цѣлесообразности.

Но не надо забывать, что мѣстное самоуправленіе наряду съ большими достоинствами (знаніе мѣстныхъ нуждъ; развитіе самодѣятельности въ гражданахъ; возможность расцвѣта мѣстной жизни; заинтересованность населенія въ общественныхъ дѣлахъ; хорошая школа практическаго политическаго образованія и т. д.), имѣетъ рядъ темныхъ сторонъ: далеко не всегда избранники мѣстнаго населенія руководствуются въ своей дѣятельности общественными интересами; сплошь и рядомъ выборы опредѣляются

Упр. Г.

личными отношеніями и интригами, которыя въ тѣсномъ кругу мѣстной жизни получаютъ первенствующее значеніе; нерѣдко отсутствуютъ люди, обладающіе необходимымъ спеціальнымъ образованіемъ для плодотворной работы по управленію; самоуправленіе всегда основывается на владычествѣ большинства со всѣми многочисленными отрицательными результатами этого владычества. Вотъ почему предоставленныя самимъ себѣ, мѣстныя самоуправляющіяся единицы могутъ представить и дѣйствительно сплошь и рядомъ представляютъ примѣры самаго недоброкачественнаго управленія во всѣхъ отношеніяхъ: и расхищеніе общественнаго достоянія, и угнетеніе извѣстныхъ партій, и хищническая эксплуатація лѣса и другихъ естественныхъ богатствъ, и не желаніе давать деньги на дѣйствительно полезныя и необходимыя культурныя нужды

Эти присущіе мѣстному самоуправленію недостатки сами собой указываютъ на необходимость вмѣшательства центральной власти. „Если центральное управленіе требуетъ восполненія мѣстнымъ, то и послѣднее, въ свою очередь, требуетъ восполненія центральнымъ. Здѣсь, какъ и вездѣ, нужны взаимныя сдержки и соглашеніе противоположныхъ началъ“ (Чичеринъ). Было бы противно природѣ вещей, еслибы правительство, обязанное заботиться о благѣ государства, какъ цѣлаго, обязанное имѣть въ виду его будущее, сложа руки смотрѣло на изданіе автономическихъ нормъ, явно нарушающихъ интересы мѣстности, или направленныхъ на угнетеніе извѣстнаго класса населенія, хотя бы эти нормы были безупречны съ точки зрѣнія законности.

§ **449.** Весь вопросъ заключается въ способѣ осуществленія контроля. И въ этомъ отношеніи указы подчиненнаго управленія и автономическія нормы существенно другъ отъ друга отличаются.

Незаконный или нецѣлесообразный указъ любого органа подчиненнаго управленія можетъ отмѣнить или измѣнить начальство этого органа по своему усмотрѣнію. Это вытекаетъ изъ взаимнаго іерархическаго положенія органовъ администраціи и принципа подчиненности. Между тѣмъ органы самоуправленія, какъ мы видѣли, существенно отличаются отъ правительственныхъ органовъ мѣстной администраціи: имъ не могутъ быть даваемы приказы по содержанію ихъ дѣятельности, они могутъ даже предъявлять иски къ государству, защищая свои права. Отсюда слѣдуетъ, что не только высшіе органы мѣстной администраціи, но и правительство не имѣетъ права (de lege ferenda) отмѣнять или

измѣнять незаконныхъ или нецѣлесообразныхъ автономическихъ нормъ. Контроль правительства выражается въ томъ, что автономическія нормы вступаютъ въ силу только послѣ утвержденія ихъ или высшимъ правительственнымъ органомъ мѣстной администраціи, или министерствомъ.

Если этого утвержденія не послѣдуетъ, а органъ самоуправленія настаиваетъ на правильности изданной имъ нормы, не соглашаясь съ мнѣніемъ правительства, возникаетъ конфликтъ, споръ о правѣ. А такъ какъ самоуправляющаяся единица представляетъ собою юридическое лицо и можетъ вступать съ государствомъ въ юридическія отношенія, то очевидно, что споръ этотъ, какъ всякій споръ о правѣ, подлежитъ вѣдѣнію суда, онъ входитъ въ компетенцію административной юстиціи*).

Практика государствъ отсталыхъ не соотвѣтствуетъ этой теоріи. Тамъ весьма недовѣрчиво относятся къ самоуправленію, стремятся превратить органы самоуправленія въ исполнительные органы правительства, чрезмѣрно расширяютъ власть высшихъ мѣстныхъ администраторовъ, и когда эти администраторы въ своемъ рвеніи доходятъ даже до очевиднаго самодурства, смотрятъ на это снисходительно, боясь нарушить основной принципъ „поддержанія престижа власти“. Но конечно такая практика нисколько не мѣшаетъ правильности изложенной теоріи, а разъ теорія правильна, она рано или поздно осуществится и въ жизни: никакая сила не можетъ задержать побѣдоноснаго шествія идей.

§ 450. Только что сказанное приводитъ насъ къ „закону діалектическаго развитія“ автономическаго права, которыи можно под-

---

*) Здѣсь опять нельзя не привести превосходнаго мѣста изъ III тома „Курса государственной науки“ Б. Н. Чичерина. „Мѣстныя нужды находятся въ связи съ общими; въ самыхъ мѣстныхъ учрежденіяхъ,... могутъ быть принесены въ жертву интересы меньшинства. Иногда вся масса населенія становится предметомъ своекорыстнаго хищенія со стороны шайки, успѣвшей захватить управленіе въ свои руки. Все это можетъ быть устранено только контролемъ со стороны центральной власти, которая является здѣсь высшимъ, безпристрастнымъ судьей. Этотъ контроль естественно принадлежитъ органу правительства, состоящему на мѣстѣ и близко знакомому съ мѣстными нуждами. Но если этотъ контроль безграниченъ, если онъ доходитъ до безусловнаго права запрета на всѣ постановленія мѣстныхъ собраній, то самостоятельность мѣстныхъ учрежденій исчезаетъ. Она можетъ быть обезпечена, только если всѣ столкновенія подобнаго рода возносятся къ высшей инстанціи и разрѣшаются административно-судебнымъ порядкомъ“. (Стр. 502—503).

мѣтить въ исторіи европейскихъ государствъ въ особенности новаго времени.

Когда эти государства находились еще въ періодѣ своего образованія, когда складывались различные элементы государства, верховная власть была чрезвычайно слаба и единство государства существовало лишь въ умахъ передовыхъ людей. Тогда каждая община, каждый городъ, каждый феодальный владѣлецъ представляли собою совершенно самостоятельныя единицы. Въ результатѣ получался хаосъ, безпрестанная борьба, господство насилія (тезисъ). Этотъ періодъ окончился усиленіемъ верховной власти, которая объединила государство, внесла порядокъ во внутреннюю жизнь и приступила въ лицѣ просвѣщеннаго абсолютизма къ разрѣшенію ряда культурныхъ задачъ. Здѣсь верховная власть очень ревниво оберегаетъ свои права и чрезвычайно подозрительно относится ко всему, напоминающему первый періодъ съ его хаосомъ. Вотъ почему все управленіе сосредоточено въ рукахъ правительства, проводится самая строгая *административная централизація* и, конечно, о какой бы то ни было самостоятельности мѣстныхъ общеній не могло быть и рѣчи (антитезисъ).

Но когда абсолютизмъ сыгралъ свою важную историческую роль, когда единство государства было вполнѣ обезпечено, когда окончательно сложилось понятіе единой верховной власти, когда, наконецъ поднялся общій уровень культуры въ связи съ развитіемъ личности, а темныя стороны всеобъемлющей правительственной регламентаціи обнаруживались все больше и больше,—совершенно измѣнилось и воззрѣніе верховной власти на самоуправленіе. Ясно видя, что ей не подъ силу разрѣшеніе всѣхъ вопросовъ государственной жизни во всей ея полнотѣ, верховная власть часть этихъ вопросовъ поручила самостоятельнымъ мѣстнымъ общеніямъ, а за собою оставила лишь общее руководство и общій надзоръ. И оказалось, что цѣлый рядъ культурныхъ задачъ государства рѣшается гораздо лучше при системѣ *административной децентрализаціи*, причемъ чѣмъ культурнѣе страна, чѣмъ больше въ гражданахъ развита личная энергія и самодѣятельность, тѣмъ шире становится область самоуправленія, тѣмъ болѣе важное значеніе пріобрѣтаютъ автономическія нормы. Это—періодъ синтезиса, въ который давно уже вступила Англія, начинаютъ вступать многія государства, и котораго такъ боятся отсталыя государства, не могущія понять, что единая, твердая и сильная

государственная власть вполнѣ совмѣстима съ самой широкой мѣстной автономіей.*)

§ 451. Чтобы закончить вопросъ объ автономическихъ нормахъ права, надо остановиться на одномъ недоразумѣніи, которое начинаетъ распространяться въ послѣднее время.

Нѣкоторые ученые подъ автономіей областей разумѣютъ право области на изданіе *мѣстныхъ законовъ*; такимъ образомъ автономическая норма отожествляется съ мѣстнымъ закономъ. Съ житейской точки зрѣнія такое отожествленіе понятно, но въ наукѣ оно недопустимо. Терминологія должна соотвѣтствовать сущности явленій. Понятіе мѣстнаго закона есть видовое понятіе закона, а законъ, какъ мы знаемъ, есть юридическая норма, исходящая непосредственно отъ верховной власти въ установленномъ законодательномъ порядкѣ; стало быть мѣстный законъ долженъ быть изданъ *верховной властью* для опредѣленной мѣстности. Автономическая же норма исходитъ не отъ верховной власти, а отъ органовъ самоуправленія. Смѣшивать эти категоріи юридическихъ нормъ нельзя, иначе можетъ явиться искушеніе отожествить ихъ во всѣхъ смыслахъ и сказать, что законъ не можетъ вмѣшиваться въ тѣ отношенія, которыя регулированы уже автономическими нормами. На самомъ же дѣлѣ законодатель можетъ путемъ мѣстнаго закона регулировать любыя отношенія, изъявъ ихъ этимъ самымъ изъ сферы дѣйствія автономическихъ нормъ.

Кромѣ того естественно возникаетъ вопросъ: какое различіе между автономическими нормами, исходящими отъ органовъ областного самоуправленія, и нормами, исходящими отъ органовъ городского самоуправленія? Если быть послѣдовательнымъ, то придется назвать мѣстными законами всѣ автономическія нормы, и тогда въ государствѣ окажется столько законодателей, сколько есть городовъ, земствъ, волостей и т. д.

И вотъ нѣкоторые представители оспариваемаго мнѣнія пытаются выйти изъ указаннаго затруднительнаго положенія слѣдующимъ образомъ: область имѣетъ свой мѣстный парламентъ и прошедшіе черезъ него мѣстные законопроекты представляются

---

*) Здѣсь еще разъ повторимъ, что какъ показываетъ опытъ, самыми прочными связями, скрѣпляющими даже завоеванныя области съ другою національностью въ одно цѣлое съ государствомъ, являются связи, основанныя на благодарности и любви за предоставленіе возможности жить полною жизнью и за уваженіе къ мѣстнымъ особенностямъ.

для санкціи непосредственно главѣ государства Но здѣсь мы вступаемъ въ область чистой фантазіи, гдѣ можно не заботиться о смѣшеніи понятій: разъ мѣстный „парламентъ“ дѣйствуетъ только по уполномочію, обладаетъ властью делегированной, то очевидно, что онъ не представляетъ собою законодательнаго учрежденія въ точномъ юридическомъ смыслѣ слова. Вѣдь законодательное учрежденіе есть составной элементъ верховной власти, а слѣдовательно 1) оно должно быть единымъ для всего государства и 2) оно должно обладать властью самостоятельной, ни отъ какой другой власти не зависящей.

На этомъ основано различіе между автономной провинціей и т. наз. несуверенным государствомъ. Власть несуверенаго государства (напр. швейцарскаго кантона, Баваріи, Пруссіи) есть власть верховная, *т. е. ни отъ какой другой власти независимая*. Поэтому она издаетъ *законы*, которые въ территоріальномъ смыслѣ являются мѣстными сравнительно съ законами, издаваемыми союзною властью. Власть автономной провинціи, хотя бы она фактически ничѣмъ не отличалась отъ государства, есть власть делегированная, которую государство всегда имѣетъ право уничтожить. Посему эта власть издаетъ не законы, а *автономическія нормы*. При этомъ государство имѣетъ право вліять на содержаніе этихъ нормъ и контролировать ихъ цѣлесообразность, между тѣмъ какъ подобный порядокъ юридически невозможенъ въ отношеніяхъ между центральной, союзной властью и властью входящаго въ составъ союза несуверенаго государства*).

---

*) Иногда можно встрѣтить мнѣнія, что не существуетъ принципіальнаго отличія между автономной провинціей и несуверенным государствомъ. Аргументируютъ ссылками на такія автономныя провинціи, какъ Канада съ ея парламентомъ и отвѣтственнымъ передъ нимъ министерствомъ; утверждаютъ также что суверенитетъ есть необходимый признакъ въ понятіи государства, а посему несуверенное государство представляетъ собою contradictio in adjecto.—Между тѣмъ для юриста не можетъ быть ничего легче найти принципіальное различіе между автономной провинціей (хотя бы *фактически* она ничѣмъ не отличалась отъ государства) и несуверенным государствомъ: бытіе автономной провинціи можетъ быть *легально* уничтожено государствомъ *путемъ соотвѣтствующаго правового акта*, а бытіе несуверенаго государства можетъ быть уничтожено центральной властью только *путемъ грубаго насилія*. И это потому, что несуверенное государство обладаетъ *верховною властью*, т. е. властью первоначальной, въ самой себѣ имѣющей свой источникъ, а автономная провинція—*властью делегированной*, несамостоятельной, подчиненной контролю верховной власти. Что же касается понятія суверенитета, то его нельзя смѣшивать съ понятіемъ верховной власти (какъ иногда дѣлаютъ). Суверенитетъ есть несущественный приз-

3 Наука, какъ формальный источникъ права.

§ 452. Историческая школа, какъ уже было отмѣчено, считала науку права однимъ изъ „источниковъ права“ наравнѣ съ обычаемъ и закономъ. И со своей точки зрѣнія она была права. Разъ всѣ юридическія нормы лежатъ въ глубинѣ народнаго духа въ готовомъ видѣ, а законъ или обычай являются лишь способами распознаванія этихъ нормъ, а не правотворящими факторами, то такимъ же способомъ еще съ бо́льшимъ основаніемъ можетъ служить и наука права. И историческая школа отводила наукѣ права очень важное мѣсто въ этомъ отношеніи. Сословіе юристовъ призвано выполнять ту работу, которую раньше выполнялъ весь народъ. Юристы должны приводить къ сознанію и развивать лежащее въ народномъ духѣ право; этимъ самымъ они пополняютъ пробѣлы въ законахъ и обычаяхъ, указываютъ пути для дальнѣйшаго движенія законодательства и не допускаютъ изданія противныхъ народному духу законовъ.

Въ настоящее время вопросъ считается спорнымъ. Господствующее мнѣніе не признаетъ науку источникомъ права; меньшинство ученыхъ находитъ, что наука должна быть причислена къ источникамъ права, хотя и второстепеннымъ.

Весь этотъ споръ происходитъ потому, что ведущіе его ученые не достаточно уяснили себѣ ученіе объ источникахъ права. Мы видѣли, что подъ источниками права надо разумѣть правотворящіе факторы; что эти факторы, между прочимъ, дѣлятся на такіе, которые творятъ содержаніе права (матеріальные источники), и такіе, которые придаютъ этому содержанію безусловно-обязательный характеръ (формальные источники). Наука несомнѣнно является

какъ верховной власти. Суверенитетъ есть право *исключительнаго* юридическаго самоопредѣленія во всѣхъ областяхъ государственной жизни. Но вѣдь власть не потому называется верховной, что она не обязана подчиняться стоящему надъ нею праву, а потому, что она въ самой себѣ имѣетъ свой источникъ, ни передъ какой другой властью не обязана отчетностью, не подлежитъ *никакому контролю* въ предѣлахъ своей компетенціи, не можетъ быть упразднена никакою другою властью. А всѣ эти признаки налицо и въ швейцарскихъ кантонахъ, и въ штатахъ Сѣв. Америки, и въ германскихъ государствахъ.

Къ величайшему удивленію, даже въ наши дни раздаются одинокіе голоса ученыхъ, утверждающихъ вопреки фактамъ, что напр. Пруссія, Баварія, Саксонія—не государства, а провинціи Германіи. Логическій выводъ отсюда, что напр. Баварскій король—это нѣчто въ родѣ нашего генералъ-губернатора или намѣстника, котораго въ любой моментъ можно лишить власти!

очень важнымъ источникомъ права, но источникомъ матеріальнымъ, а не формальнымъ.

Прежде всего она служитъ ничѣмъ не замѣнимымъ помощникомъ для законодателя: мы видѣли, что въ этой области нельзя шагу сдѣлать правильно безъ помощи науки, иначе каждый законопроектъ будетъ представлять собою цѣлое гнѣздо ошибокъ, сплошь и рядомъ непоправимыхъ. Достаточно взять современныя Объяснительныя Записки къ болѣе или менѣе сложнымъ законопроектамъ, чтобы воочію убѣдиться во всей неизмѣримой важности науки для законодательныхъ работъ. И чѣмъ дальше идетъ исторія культуры, тѣмъ эта роль науки становится важнѣе. Несомнѣнно, что въ будущемъ благодаря этому народные представители если не исчезнутъ изъ законодательныхъ учрежденій, то во всякомъ случаѣ займутъ въ нихъ болѣе скромное мѣсто.

§ **453**. Съ другой стороны наука является ничѣмъ не замѣнимымъ, драгоцѣннымъ руководителемъ для юридической практики, какъ административной, такъ и въ особенности для судебной. Только вооруженный научными знаніями судья или администраторъ можетъ содѣйствовать дальнѣйшему прогрессивному развитію права. Наука даетъ возможность вскрывать положенія права, не выраженныя прямо въ законѣ, и проводить эти положенія въ жизнь. Такимъ образомъ несомнѣнно, что наука является могучимъ творческимъ факторомъ права.

Но можно ли ее назвать формальнымъ источникомъ права, или точнѣе: одной изъ формъ, въ которыя облекаются юридическія нормы?

Достаточно такъ поставить вопросъ, чтобы отвѣтить на него отрицательно. Юридическая норма не есть научное положеніе: это правило, властно регулирующее поведеніе людей. Между тѣмъ, научныя положенія не обладаютъ и не могутъ обладать безусловно-принудительной силой. Онѣ сильны не внѣшнимъ авторитетомъ, а внутреннимъ. Властныхъ императивовъ наука не знаетъ, не знаетъ никакихъ догматовъ, потому что первая и самая важная обязанность ученаго—безпрестанно искать истину, не успокаиваясь ни на какихъ достигнутыхъ результатахъ. Конечно, существуетъ рядъ истинъ, прочно установленныхъ, существуютъ теоріи, принятыя почти всѣми учеными, но все это должно быть свободно и сознательно усвоено каждымъ желающимъ.

Само собою разумѣется, что если по какому либо вопросу, имѣющему непосредственное отношеніе къ практикѣ, установи-

лось communis opinio doctorum, то это научное положеніе рано или поздно войдетъ въ жизнь. Но войдетъ оно только потому, что соотвѣтствующее субъективное правосознаніе объективируется въ одной изъ формъ права, т. е. или въ законѣ, или въ судебной практикѣ. Только этимъ путемъ научныя положенія превращаются въ нормы положительнаго права. Вотъ почему нельзя объединять науку права и судебную практику въ одно понятіе *право юристовъ* (Juristenrecht): съ одной стороны мы имѣемъ ученыхъ, разрабатывающихъ вопросы права чисто-теоретически, мнѣнія которыхъ не могутъ имѣть непосредственнаго обязательнаго характера; съ другой стороны—судей, органовъ государственной власти, разрабатывающихъ часть вопросовъ права съ точки зрѣнія ихъ примѣненія къ жизни и постановляющихъ властныя рѣшенія съ безусловно-обязательнымъ характеромъ. Наука права даетъ лишь сѣмена; эти сѣмена превращаются въ юридическія нормы только благодаря надлежащей почвѣ въ видѣ судебной практики.

4. Судебная практика.

§ 454. Есть много ученыхъ, не признающихъ судебную практику*) самостоятельной формой (формальнымъ источникомъ) права И съ перваго взгляда можетъ показаться, что это мнѣніе основано на весьма солидныхъ аргументахъ.

1) Прежде всего указывается на принципъ „раздѣленія властей“, изъ котораго вытекаетъ, что устанавливать юридическія нормы есть дѣло законодателя, а дѣло судьи—только примѣнять эти нормы къ соотвѣтствующимъ случаямъ жизни. Какъ законодатель не имѣетъ права судить, такъ и судья не имѣетъ права законодательствовать. Если бы было иначе, гражданская свобода подвергалась бы ежеминутно опасности, т. к. населеніе могло бы быть судимо не на основаніи закона, а по усмотрѣнію судей, т е. произвольно. 2) Второй аргументъ указываетъ на самую природу судебнаго рѣшенія. Судебное рѣшеніе есть актъ государственной власти, относящійся только къ опредѣленному конкретному случаю жизни и имѣющій силу только для этого случая. Изъ этого вытекаетъ неправильность распространенія судебнаго рѣшенія на другіе случаи: вѣдь эти случаи имѣютъ свои осо-

*) Вѣрнѣе: нормы, созданныя судебной практикой.

бенности, а посему для нихъ должны быть постановлены совершенно самостоятельныя рѣшенія. 3) Третій аргументъ ссылается на характеръ судейской дѣятельности. Судья долженъ быть абсолютно независимъ при постановленіи рѣшенія; онъ долженъ руководствоваться только закономъ (и притомъ закономъ, имъ лично такъ или иначе понимаемымъ), фактами дѣла и своею судейскою совѣстью, просвѣщенною надлежащими знаніями. Если же мы заставимъ судью руководствоваться кромѣ всего этого еще и другими судебными рѣшеніями, заставимъ его принимать во вниманіе, какъ подобные случаи рѣшались раньше, мы этимъ окажемъ сильное давленіе на судью, свяжемъ его чужими воззрѣніями, лишимъ внутренней независимости, заставимъ понимать законъ не такъ, какъ онъ лично понимаетъ, а какъ понимаютъ его другіе судьи. А вслѣдствіе этого невѣрное пониманіе закона, ошибки практики, могутъ фиксироваться, парализовать развитіе жизни.

Такимъ образомъ прецедентъ не долженъ играть въ судебной практикѣ никакой роли: для каждаго дѣла необходимо рѣшеніе, считающееся со всѣми индивидуальными особенностями этого дѣла. И такъ какъ каждое рѣшеніе есть только примѣненіе существующей юридической нормы къ данному случаю, то нельзя говорить о творческой роли суда въ созданіи новыхъ юридическихъ нормъ, нельзя говорить, что судебная практика есть самостоятельная форма права.

§ 455. Обращаясь прежде всего къ фактамъ жизни, мы видимъ, что они совершенно расходятся съ изложенной теоріей. Не говоря уже о Римѣ, гдѣ нормы, созданныя судебной практикой, были главнѣйшей формой права, объ Англіи, гдѣ онѣ играютъ такую же роль, вездѣ и всегда эти нормы являются во всякомъ случаѣ субсидіарной формой права. Вездѣ новыя юридическія нормы входятъ въ правопорядокъ не только благодаря дѣятельности законодателя, но и благодаря суду. Чрезвычайно назидательнымъ примѣромъ можетъ служить появившаяся съ 1837 года во Франціи юридическая норма, карающая дуэль. Въ уголовномъ кодексѣ 1810 года нѣтъ дуэли, т. к. она была сознательно не помѣщена законодателемъ въ списокъ преступленій. И въ теченіи почти 30 лѣтъ французскіе судьи смотрѣли на дуэль, какъ на дѣяніе незапрещенное. Но въ 1837 году кассаціонный судъ подъ вліяніемъ доводовъ генералъ-прокурора Дюпена, постановилъ рѣшеніе, въ которомъ призналъ дуэль преступленіемъ, подведя ее

подъ статьи объ убійствѣ и нанесеніи ранъ. Рѣшеніе это было принято судами, и въ результатѣ появилась норма судебной практики, карающая дуэль. Аналогичныхъ примѣровъ можно привести не мало изъ судебной практики всѣхъ странъ.

Такимъ образомъ теорія рѣзко расходится съ фактами жизни, она безусловно неправильна de lege lata. Конечно этого еще недостаточно для осужденія ее и de lege ferenda. Представители ея могутъ сказать, что жизнь даетъ совершенно нежелательныя явленія, что она уклонилась отъ нормальнаго порядка, что посему на нее необходимо воздѣйствовать для возстановленія этого порядка. Вотъ почему разъ мы имѣемъ дѣло не съ чисто-догматической теоріей (задачей которой является только юридическая конструкція данныхъ положительнаго права), а съ теоріей, стремящейся выразить самую сущность изучаемыхъ явленій съ точки зрѣнія идеальнаго будущаго, мы должны разсмотрѣть основы теоріи и провѣрить ея правильность, оставивъ въ сторонѣ несоотвѣтствія ея существующей правовой жизни. Только тогда если мы и здѣсь получимъ отрицательные результаты, мы можемъ сказать, что теорія не вѣрна.

§ **456**. Прежде всего историческое изученіе вопроса говоритъ противъ разбираемой теріи. Мы знаемъ, что 1) судебныя рѣшенія были важнѣйшимъ факторомъ образованія права на первыхъ ступеняхъ исторіи культуры и 2) что на всемъ протяженіи этой исторіи судебная практика играла очень важную роль въ смыслѣ созданія новыхъ юридическихъ нормъ.

Но представители теоріи могутъ сказать, что ссылки на исторію сами по себѣ не могутъ быть убѣдительными: вѣдь нерѣдко исторія свидѣтельствуетъ о томъ, что уродливыя явленія существуютъ вѣками.—На это можно возразить слѣдующее. Если исторія показываетъ намъ существованіе какого нибудь юридическаго института, или факта правовой жизни на протяженіи многихъ столѣтій, то очевидно, что здѣсь имѣются весьма глубокіе корни въ самой природѣ вещей. Въ интересующемъ насъ вопросѣ мы имѣемъ историческій фактъ чрезвычайной важности: съ самаго зарожденія исторіи культуры вплоть до нашихъ дней (т. е. на протяженіи нѣсколькихъ десятковъ тысячелѣтій) судъ является творческимъ факторомъ въ области правовой жизни, онъ создаетъ новыя юридическія нормы.

Уже это одно заставляетъ усумниться въ правильности теоріи, объявляющей такое положеніе вещей ненормальнымъ. Разсмотрѣніе основъ теоріи окончательно убѣждаетъ въ ея неправильности.

§ **457.** По поводу ученія о раздѣленіи властей мы видѣли при разсмотрѣніи вопроса объ указахъ примѣръ, наглядно доказывающій несостоятельность этого ученія въ его чистомъ видѣ. Цѣнныя стороны его заключаются между прочимъ въ томъ, что 1) государственная власть должна быть организована по системѣ надежныхъ сдержекъ для обезпеченія гражданской свободы и 2) законодательная дѣятельность является первенствующей, законъ есть основа всей государственной жизни. Но это нисколько не препятствуетъ тому, что нормативная функція государственной власти осуществляется не только законодательнымъ учрежденіемъ, но и правительствомъ, и судомъ. *Важно лишь, чтобы было обезпечено господство закона надъ всѣми остальными категоріями юридическихъ нормъ.* И подобно тому какъ законъ можетъ убить любую норму обычнаго права, любой указъ, или автономическую норму, *такъ онъ можетъ убить и любую норму судебной практики.* Приведенный выше примѣръ изъ французской судебной практики о наказуемости дуэли можетъ служить иллюстраціей только что сказаннаго. Эта норма судебной практики появилась только потому, что законодатель молчалъ о соотвѣтствующемъ явленіи жизни. Если бы онъ прямо сказалъ, что дуэль не наказуема, ни одинъ судъ не могъ бы поступить вопреки его волѣ; точно также стоитъ только издать законъ, объявляющій дуэль не наказуемой, и сейчасъ же отмѣняется норма судебной практики, какъ бы долго она ни соблюдалась.

§ **458.** Обратимся къ двумъ остальнымъ аргументамъ, лежащимъ въ основѣ разсматриваемой теоріи.—Судебное рѣшеніе есть актъ, относящійся къ конкретному случаю*). Каждый такой случай имѣетъ свои индивидуальныя черты, а посему нуждается въ совершенно самостоятельномъ рѣшеніи; прецедентъ не долженъ играть *никакой* роли.

Въ этомъ утвержденіи все правильно, кромѣ заключительной части: она никоимъ образомъ не представляетъ собою логическаго вывода изъ предшествующихъ положеній. Что бы мы сказали о

*) Ему соотвѣтствуетъ сепаратный законъ въ области законодательной дѣятельности государства и административное распоряженіе въ области правительственной.

такомъ судьѣ, для котораго не существовали бы его прежнія рѣшенія, о которомъ мы никогда съ увѣренностью не могли бы сказать, какъ онъ будетъ понимать законъ въ 101-мъ случаѣ своей практики, хотя онъ понималъ его въ опредѣленномъ смыслѣ уже сто разъ? Что бы мы сказали о такомъ порядкѣ вещей, при которомъ въ одномъ судѣ законъ о самоуправствѣ понимается такъ, а въ сосѣднемъ иначе? Ничего не можетъ быть хуже постояннаго шатанія, колебанія судебной практики, подобно тому, какъ ничего не можетъ быть хуже постояннаго шатанія законодательства, постоянной перемѣны законовъ.

Вотъ почему судебный прецедентъ имѣетъ и долженъ имѣть важное значеніе: разъ судъ путемъ внимательнаго изученія дѣла въ связи съ относящимся къ нему закономъ пришелъ къ опредѣленному пониманію этого закона, онъ обязанъ считаться со своимъ рѣшеніемъ при всякомъ другомъ аналогичномъ случаѣ, и отступать отъ прежняго взгляда можетъ лишь при наличности очень серіозныхъ причинъ, когда имѣются очень убѣдительныя доказательства неправильности прежняго взгляда.

Но точно также онъ обязанъ считаться и съ установившейся судебной практикой. Конечно, судья не связанъ безусловно этой практикой, подобно тому какъ онъ связанъ, напр., закономъ; но несомнѣнно, что отступать отъ нея безъ солидныхъ основаній онъ не долженъ. Всякое сомнѣніе должно быть здѣсь толкуемо судьей въ пользу сохраненія установившейся практики.

§ **459**. Только что сказанное даетъ намъ отвѣтъ на вопросъ: какъ мы должны относиться къ общеизвѣстному преклоненію судебныхъ дѣятелей передъ прецедентами? Всѣмъ извѣстно, напр., какую важную роль играютъ въ нашей судебной жизни кассаціонныя рѣшенія Сената. Несомнѣнно, что въ основѣ этого явленія лежитъ здоровая идея: серіозно считаясь съ прецедентами, судебные дѣятели способствуютъ единообразію и устойчивости судебной практики, капитализируютъ коллективный опытъ и содѣйствуютъ выработкѣ твердыхъ нормъ положительнаго права.

Зло начинается тогда, когда судебные дѣятели изъ прецедентовъ создаютъ себѣ кумиръ, когда они относятся къ нему слѣпо, не критически, когда кассаціонныя рѣшенія отожествляются ими съ законами, и они не желаютъ слушать никакихъ аргументовъ, не согласныхъ съ тезисами кассаціонныхъ рѣшеній. А между тѣмъ не трудно достигнуть такого порядка, при которомъ были бы обезпечены положительныя стороны пользованія прецедентами

и парализованы дурныя. Самымъ главнымъ и надежнымъ средствомъ для этого является *возможно большая* близость судебныхъ дѣятелей къ наукѣ права. Конечно, нельзя требовать, чтобы судья былъ вмѣстѣ съ тѣмъ и ученымъ; но необходимо требовать, чтобы судья получилъ самую солидную научную подготовку и чтобы онъ по мѣрѣ возможности непрерывно пополнялъ свои научныя познанія. *) Только при такомъ положеніи дѣла судья можетъ быть тѣмъ, чѣмъ его называетъ Іерингъ, т. е. воплощеннымъ говорящимъ закономъ („das lebendig gewordene, in seiner Person der Sprache theilhaftig gewordene Gesetz". Zweck, I, 387), только тогда онъ можетъ выполнить свою отвѣтственную соціальную и политическую роль, только тогда онъ можетъ быть факторомъ прогрессивнаго развитія права. Судья долженъ принадлежать къ духовной аристократіи страны; въ частности—судья безъ юридическаго образованія есть contradictio in adjecto. **).

§ **460**. Посмотримъ, въ чемъ выражается творческій характеръ судебной практики.

Прежде всего надо замѣтить, что примѣненіе юридическихъ нормъ къ конкретнымъ случаямъ жизни не есть механическій процессъ. Законъ есть общая формула, охватывающая массу однородныхъ случаевъ; это абстракція. Предусмотрѣть всѣ безконеч-

---

*) Нельзя не отмѣтить здѣсь чрезвычайно ненормальнаго порядка, существующаго у насъ: судейское кресло можетъ занять лицо не только безъ высшаго юридическаго образованія, но и безъ общаго. Есть случаи (недавніе) назначенія судей изъ канцелярскихъ чиновниковъ. Неудивительно, что такіе судьи являются рутинерами, не способными понять смыслъ законовъ и критически отнестись къ кассаціоннымъ рѣшеніямъ, а въ своей дѣятельности они руководствуются не принципомъ законности, а чисто-административными началами цѣлесообразности и іерархическаго подчиненія.—Въ высшей степени печально, что въ новомъ законѣ о мировыхъ судьяхъ опять нѣтъ требованія юридическаго образованія для кандидатовъ на судейское кресло. А между тѣмъ это образованіе единоличному судьѣ еще больше необходимо, чѣмъ членамъ коллегіальныхъ судовъ

**) Этимъ рѣшается вопросъ о судѣ присяжныхъ. Безъ спеціальной научной подготовки, безъ практическаго опыта, безъ профессіональныхъ судейскихъ добродѣтелей, присяжные засѣдатели могутъ быть пока полезны въ составѣ суда лишь въ качествѣ дополнительныхъ гарантій (въ частности какъ помощники судей при рѣшеніи вопросовъ факта). Подробно вопросъ разобранъ мною въ книгѣ: „Основные принципы организаціи уголовнаго суда". 1905 г. Стр. 191—239.—Особенная страстность и повышенная нервность при обсужденіи вопроса о судѣ присяжныхъ, „суда общественной совѣсти"(!!) все еще продолжается у насъ, препятствуя строго-научному рѣшенію этого въ сущности простого вопроса

но-разнообразные оттѣнки, измѣненія, индивидуальныя особенности ни одинъ законодатель не можетъ. Точно также онъ не можетъ давать немедленныхъ отвѣтовъ на всѣ вопросы жизни, не укладывающейся въ рамки существующихъ законовъ. Мы знаемъ, что законодатель даетъ лишь общее руководство, основу правовой жизни, а всѣ детали должны самостоятельно разработать судъ и администрація. А такъ какъ въ своей кипучей дѣятельности администрація постоянно сталкивается съ правами и интересами гражданъ, то естественно возникаютъ споры о правѣ, разрѣшать которые долженъ судъ. И вотъ судъ даетъ немедленные отвѣты на всѣ вопросы правовой жизни; онъ развиваетъ дальше начала, выраженныя въ законахъ; онъ служитъ посредникомъ между абстрактной формулой закона и жизнью.

Только въ судебномъ рѣшеніи законъ получаетъ свое реальное бытіе *). Но это бытіе сплошь и рядомъ даетъ картину совершенно не похожую на ту, которая представлялась „творцу“ закона. Творческая дѣятельность суда проявляется при толкованіи казалось бы самыхъ ясныхъ законовъ: вооруженный научными знаніями судья нерѣдко вноситъ въ опредѣленія закона признаки, въ немъ не заключающіеся, но вытекающіе изъ соотвѣтствующихъ научныхъ опредѣленій. Напр., въ многословной ст. 1637 Улож. о нак., дающей опредѣленіе грабежа, пропущенъ существенный признакъ этого преступленія—корыстное намѣреніе присвоить себѣ чужое имущество. Вотъ почему, хотя статья опредѣляетъ грабежъ, какъ *всякое* отнятіе у кого либо принадлежащаго ему имущества съ насиліемъ, или угрозами и т. д., но наша судебная практика совершенно правильно не подводила подъ эту статью случаевъ отнятія не съ корыстною цѣлью присвоить себѣ, а напр. для удовлетворенія долга (самоуправство). Такимъ образомъ съ одной стороны мы имѣемъ законъ, гласящій, что *всякое* отнятіе имущества при такихъ-то внѣшнихъ обстоятельствахъ есть грабежъ, а съ другой стороны мы имѣемъ норму судебной практики, вносящую существенное ограниченіе въ этотъ законъ на основаніи научныхъ данныхъ.

Еще ярче проявляется творческая роль суда въ тѣхъ случаяхъ, когда въ описательной части закона (предположеніе) законо-

*) Въ сущности, какъ правильно замѣчаетъ *Бюловъ* (Gesetz und Richteramt), законъ намѣчаетъ лишь планъ желаемаго правопорядка, и только судебная практика выполняетъ этотъ планъ въ дѣйствительности.

датель не даетъ никакихъ фактовъ, а ограничивается общимъ терминомъ, напр. клевета, диффамація, самоуправство и т. п. Здѣсь судебная практика, руководствуясь наукой, самостоятельно устанавливаетъ составы преступленій, рѣшаетъ, что̀ именно надо понимать подъ терминомъ клевета, самоуправство и т. д.

Наконецъ наиболѣе широкое проявленіе судебнаго творчества мы видимъ въ тѣхъ нерѣдкихъ случаяхъ, когда законъ не даетъ прямого отвѣта на поставленный жизнью вопросъ. Это бываетъ или тогда, когда законъ выражается слишкомъ общими словами, или тогда, когда законъ совсѣмъ не предусматриваетъ случаевъ подобнаго рода, когда онъ отсталъ отъ жизни. Мы здѣсь имѣемъ пробѣлы въ законѣ, и эти пробѣлы долженъ пополнить судья: онъ долженъ формулировать новую юридическую норму. Швейцарскій гражданскій кодексъ прямо говоритъ, что если судья не найдетъ отвѣта на поставленный жизнью вопросъ ни въ законѣ ни въ обычномъ правѣ, ни въ установившейся научной теоріи, тогда онъ долженъ рѣшить дѣло такъ, какъ если бы онъ самъ былъ законодателемъ.

§ **461.** И вотъ, если рѣшеніе исходитъ отъ авторитетнаго суда, или если оно обладаетъ внутренней цѣнностью, оно въ аналогичныхъ случаяхъ служитъ руководствомъ для другихъ судовъ. Формулированное въ немъ пониманіе закона, или установленная въ немъ новая юридическая норма мало по малу принимаются всѣми судами и превращаются въ обычный порядокъ, въ нормы судебной практики, usus fori, нарушеніе которыхъ вызываетъ уже чувство неудовольствія.

Здѣсь мы имѣемъ тотъ-же процессъ, посредствомъ котораго создаются нормы обычнаго права. Это сходство дало основаніе нѣкоторымъ ученымъ отожествлять обычное право съ судебной практикой и утверждать, что судебная практика есть видъ обычнаго права. Такое мнѣніе принято быть не можетъ: нормы обычнаго права вырабатываются населеніемъ, между тѣмъ какъ нормы судебной практики вырабатываются органами государственной власти. И подобно тому какъ мы считаемъ указы подчиненнаго управленія и автономическія нормы двумя различными формами права на томъ основаніи, что эти нормы исходятъ отъ различныхъ внѣшнихъ авторитетовъ, такъ по той же причинѣ мы должны различать обычное право и судебную практику

Проф. Трубецкой („Энц. права“ 1907 стр. 132) находитъ указанный признакъ различія несущественнымъ, „такъ какъ органы

власти, въ особенности суды, могутъ вырабатывать свои обычаи". Тѣмъ не менѣе онъ признаетъ, что „судебная практика не можетъ быть сведена къ обычаю: ибо она можетъ вырабатывать нормы права не только путемъ множественныхъ, но и путемъ единичныхъ прецедентовъ".

Въ этомъ положеніи нашего уважаемаго коллеги мы наталкиваемся на очень интересный и спорный вопросъ: можетъ ли *судебное рѣшеніе* считаться формой (формальнымъ источникомъ) права?

Въ наукѣ безусловно господствуетъ воззрѣніе, рѣшающее этотъ вопросъ отрицательно. *Судебное рѣшеніе* есть актъ, относящіися къ конкретному случаю жизни; оно не имѣетъ обязательной силы для другихъ случаевъ, оно не создаетъ абстрактной юридической нормы. Такую норму создаетъ лишь *судебная практика*, а посему только она и является самостоятельной формой права.

§ **462.** Нельзя отрицать сильныхъ сторонъ господствующаго воззрѣнія. Несомнѣнно, что судебное рѣшеніе нельзя отожествлять съ нормой судебной практики, потому что первое имѣетъ обязательную силу только для даннаго конкретнаго случая, между тѣмъ какъ вторая связываетъ судъ при всѣхъ аналогичныхъ случаяхъ.

Но изъ этого слѣдуетъ только одно, а именно: норма, создаваемая судебнымъ рѣшеніемъ, и норма создаваемая судебной практикой, представляютъ собою хотя и близко-родственныя, но тѣмъ не менѣе различныя формы права. Различіе заключается въ томъ, что *судебное рѣшеніе создаетъ индивидуальную юридическую норму, а судебная практика—абстрактную, общую юридическую норму.* Возможность существованія индивидуальныхъ юридическихъ нормъ мы видѣли при изложеніи ученія о законѣ (§ 360); а творческій характеръ судебнаго рѣшенія, созданіе этимъ рѣшеніемъ индивидуальной юридической нормы для даннаго конкретнаго случая слишкомъ очевиденъ. Скорѣе можно подвергать сомнѣнію существованіе нормъ судебной практики, чѣмъ индивидуальныхъ нормъ, созданныхъ судебными рѣшеніями. Въ самомъ дѣлѣ: не смотря на установившуюся судебную практику судья можетъ отступить отъ нея, онъ не связанъ ею такъ безусловно, какъ закономъ; съ другой стороны и граждане могутъ поступать вопреки этой практикѣ. Между тѣмъ какъ вошедшее въ законную силу судебное рѣшеніе, хотя бы даже основанное на неправильномъ пониманіи закона, связываетъ безусловно какъ органы власти,

такъ и участвующихъ въ дѣлѣ лицъ: оно устанавливаетъ новое право, устанавливаетъ непререкаемо со всѣмъ авторитетомъ верховной власти*).

§ **463**. Такимъ образомъ мы находимъ правильной мысль проф. Трубецкаго, заключающуюся въ утвержденіи, что „судебная практика можетъ вырабатывать нормы путемъ единичныхъ прецедентовъ". Только надо имѣть въ виду, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ общими нормами судебной практики, а съ индивидуальными нормами, получаемыми въ результатѣ судебныхъ рѣшеній, т. е. въ сущности съ двумя различными формами права. А отсюда слѣдуетъ, что ссылка на единичные прецеденты не можетъ быть пригодна для обоснованія различія между судебной практикой и обычнымъ правомъ.

Кромѣ того нельзя не замѣтить, что въ самомъ утвержденіи: „норма, вырабатываемая путемъ единичнаго прецедента"—заключается опасное недоразумѣніе. Дѣло въ томъ, что созданная путемъ судебнаго рѣшенія индивидуальная норма имѣетъ, какъ мы видѣли, обязательную силу только для даннаго конкретнаго случая. Для всѣхъ аналогичныхъ случаевъ эта норма можетъ имѣть обязательную силу только тогда, когда *путемъ многочисленныхъ прецедентовъ* она превратится въ норму судебной практики. Вотъ почему нельзя говорить о нормѣ, выработанной единичнымъ *прецедентомъ* (вмѣсто „судебнымъ рѣшеніемъ"): прецедентъ всегда предполагаетъ *другое* дѣло, а для этого другого дѣла онъ можетъ служить лишь необязательнымъ руководствомъ, а не юридической нормой.

§ **464**. Только что сказанное даетъ намъ отвѣтъ на поставленный жизнью вопросъ: какое значеніе имѣютъ рѣшенія высшаго кассаціоннаго суда.

Кассаціонный судъ, единый для всего государства, составленный изъ наиболѣе опытныхъ и знающихъ судей-юристовъ, является лучшимъ средствомъ обезпеченія единства и правильности судебной практики. По жалобамъ заинтересованныхъ лицъ онъ провѣряетъ рѣшенія всѣхъ судовъ съ точки зрѣнія согласія ихъ съ закономъ, и даетъ соотвѣтствующія авторитетныя разъясненія,

---

*) Ср. форму нашего исполнительнаго листа: судья отъ имени Его Императорскаго Величества *приказываетъ* „всѣмъ мѣстамъ и лицамъ, до коихъ сіе можетъ относиться, исполнить въ точности настоящее рѣшеніе, а властямъ мѣстнымъ, полицейскимъ и военнымъ оказывать исполняющему рѣшеніе Судебному Приставу надлежащее по закону содѣйствіе безъ малѣйшаго отлагательства."

отмѣняя рѣшенія, постановленныя вопреки дѣйствующимъ юридическимъ нормамъ.— Само собою разумѣется, что рѣшеніе кассаціоннаго суда, какъ и всякое судебное рѣшеніе, имѣетъ обязательную силу только по тому дѣлу, по которому оно состоялось. Съ другой стороны несомнѣнно, что рѣшеніе столь высокаго и авторитетнаго суда имѣетъ большое значеніе для судовъ по всѣмъ аналогичнымъ дѣламъ. Но значеніе это основано на внутреннемъ авторитетѣ и не можетъ имѣть безусловно-обязательной силы. Оно не связываетъ судъ, подобно закону. Въ самомъ дѣлѣ: „сдѣлать разъясненія третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ по всѣмъ однороднымъ дѣламъ значило бы придать имъ силу законовъ и присвоить третьей инстанціи законодательную власть". Кромѣ того „признаніе рѣшеній третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ ведетъ къ обходу принципа обратнаго бездѣйствія законовъ, а всякое нарушеніе этого принципа, поражая пріобрѣтенныя гражданами при дѣйствіи прежняго закона права, подрываетъ въ нихъ вѣру въ справедливость и святость закона, лишаетъ ихъ чувства увѣренности въ своихъ законно пріобрѣтенныхъ правахъ". Наконецъ „признаніе рѣшеній третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ чрезвычайно неблагопріятно отражается на дѣятельности низшихъ судовъ, лишая ихъ всякой самостоятельности и пріучая къ пассивному подчиненію разъясненіямъ третьей инстанціи" *)

Между тѣмъ нашъ сенатъ, не смотря на единодушный протестъ въ наукѣ, требуетъ, чтобы его рѣшенія были обязательны для всѣхъ судовъ. Это требованіе, основанное на слишкомъ шаткихъ аргументахъ, принесло очень печальные плоды въ нашей судебной практикѣ, и чѣмъ скорѣе мы вернемся къ правильному пути, на который давно вступила Европа, тѣмъ во всѣхъ отношеніяхъ будетъ лучше. Если кассаціонный судъ будетъ стоять на высотѣ своей задачи, если онъ будетъ дѣйствительно верховнымъ стражемъ законности, если его рѣшенія будутъ проникнуты глубокимъ знаніемъ дѣйствующаго права и освѣщены благодѣтельнымъ свѣтомъ науки,—они безъ всякихъ принудительныхъ мѣръ будутъ импонировать всѣмъ судамъ и внесутъ столь необходимое единство въ судебную практику **).

---

*) *Е. Васьковскій.* Курсъ гражданскаго процесса. 1913. I. 212—216.

**) Нельзя не отмѣтить здѣсь самаго близкаго родства указанной тенденціи Сената съ такими уродливыми явленіями въ его практикѣ, какъ знаменитое рѣ-

§ **465**. На основаніи всего изложеннаго мы приходимъ къ выводу, что *судебная практика представляетъ собою важнѣйшую изъ всѣхъ субсидіарныхъ формъ права*,—и Бюловъ въ цитированной выше работѣ совершенно вѣрно говоритъ, что не законъ, а законъ и судебная власть даютъ народу его право.

Но именно потому, что мы называемъ судебную практику субсидіарной формой права, мы должны признать, что творческая роль ея должна быть заключена въ опредѣленныя закономъ границы. И вотъ здѣсь мы подходимъ къ очень серіозному вопросу о чрезвычайномъ расширеніи полномочій суда. На такомъ расширеніи настаиваютъ нѣкоторые представители новѣйшихъ теченій въ наукѣ. Эти теченія требуютъ гораздо бо̀льшей самодѣятельности и свободы суда при разрѣшеніи поставленныхъ ему вопросовъ. Доходятъ до того, что предлагаютъ не стѣсняться закономъ и не примѣнять его, если онъ оказывается несправедливымъ или нецѣлесообразнымъ въ данномъ случаѣ, а также создавать новый законъ спеціально для даннаго случая, хотя бы этотъ случай былъ предусмотрѣнъ дѣйствующимъ закономъ. Словомъ, рекомендуется сдѣлать судъ независимымъ даже отъ закона, сдѣлать судебныя рѣшенія основной формой права*).

Поскольку всѣ эти воззрѣнія имѣютъ въ виду недостатки современнаго судебнаго права, а также недостатки законовъ, которые обязанъ примѣнять судъ, они заключаютъ въ себѣ цѣнные моменты. Но взятыя въ цѣломъ, они не могутъ быть приняты, такъ какъ представители ихъ хотятъ возвратить судъ къ началу его исторіи.

§ **466**. Можетъ возникнуть вопросъ: не представляетъ ли собою такое возвращеніе конечную цѣль исторіи развитія полномочій суда, высшій синтезъ этой исторіи?

Первый періодъ этой исторіи (тезисъ) характеризуется слѣдующими чертами. Судъ былъ не столько примѣнителемъ, сколько творцомъ права. И эта творческая роль очень долго сохранялась за судомъ даже при существованіи закона. Древніе аѳинскіе и

шеніе, въ которомъ онъ отрицательно отнесся къ пользованію научными данными въ судебныхъ рѣшеніяхъ, или какъ нѣсколько рѣшеній, въ которыхъ принципъ законности принесенъ въ жертву интересамъ текущей политики.

*) Къ этой категоріи взглядовъ надо отнести мнѣнія односторонникъ защитниковъ суда присяжныхъ, утверждающихъ, что „судъ народной совѣсти“ (!) не связанъ закономъ и можетъ рѣшать дѣла, руководствуясь своимъ субъективнымъ правосознаніемъ.

римскіе народные суды судили каждый случай, не стѣсняясь положительнымъ правомъ: эти суды олицетворяли собою весь народъ, а слѣдовательно были одновременно и законодателемъ, и судьей. Субъективное правосознаніе судей было главнымъ факторомъ при постановленіи рѣшеній.

Такой порядокъ продолжался за немногими исключеніями до начала новаго времени. Въ результатѣ получился страшный произволъ суда. Ясное дѣло, что когда началась реакція противъ государственнаго деспотизма, когда освобождающаяся личность начала требовать признанія своихъ правъ, то въ числѣ реформъ одной изъ важнѣйшихъ оказалась реформа суда и совершенная перемѣна его роли. Другимъ факторомъ этой перемѣны явилась верховная власть новаго государства, стремившаяся подчинить себѣ всѣ остальныя политическія силы и поставить свои велѣнія въ основу всей государственной жизни.—И вотъ судъ превращается въ механическаго примѣнителя законовъ, которыхъ онъ даже не имѣетъ права толковать; творческая роль его совершенно отвергалась (антитезисъ).

Но жизнь показала, что роль суда не можетъ быть сведена къ роли машины. И начинается постепенное расширеніе полномочій суда на почвѣ основной идеи, по которой судъ есть только примѣнитель закона и не долженъ вторгаться въ область законодателя. Въ настоящее время признается, что судебная практика есть субсидіарная форма права, т. е., что судъ дополняетъ и развиваетъ начала, выраженныя въ законахъ. Новѣйшія теченія находятъ, что этого еще мало, что синтезъ долженъ заключаться въ предоставленіи суду права творить юридическія нормы, не стѣсняясь законами.

Очевидно, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ увлеченіями и крайностями. Всемогущій судъ, не связанный никакими законами, былъ бы уничтоженіемъ того великаго принципа, на которомъ основано современное государство, т. е. принципа законности, господства закона. Въ первомъ періодѣ все правотворчество сосредоточивалось въ рукахъ суда благодаря неразвитости права Въ настоящее время положеніе дѣла совершенно иное: мы имѣемъ чрезвычайно сложную систему юридическихъ нормъ, а посему при всей своей важности судъ можетъ играть только вспомогательную роль въ дальнѣйшемъ развитіи права, но никоимъ образомъ не можетъ замѣнить собою законодателя. Такая замѣна представляла бы огромную опасность для свободы личности и обезпеченности ея правъ.

Господство субъективнаго правосознанія судей есть господство произвола, и несомнѣнно, что лучше подчиняться самому несовершенному закону, чѣмъ субъективному правосознанію хотя бы самыхъ просвѣщенныхъ судей: тамъ у насъ будетъ твердая, прочная правовая жизнь, обезпеченный порядокъ, съ которымъ каждый можетъ сообразовать свое поведеніе и расчитывать съ увѣренностью на опредѣленные результаты, а здѣсь—постоянная неопредѣленность и шатаніе съ всѣми печальными послѣдствіями такого порядка.

§ **467.** Вся великая культурная роль суда, его важное значеніе въ государственной жизни, вся его моральная сила заключается въ томъ, что онъ есть охранитель права. А для этого онъ самъ долженъ быть *подзаконенъ*

Расширеніе правъ суда желательно и возможно, но только на почвѣ принципа его подзаконности. Вооруженный всею полнотою научныхъ знаній, развивъ всѣ отдѣльныя стороны своей дѣятельности, судъ долженъ быть признанъ однимъ изъ важныхъ факторовъ дальнѣйшаго развитія права, онъ долженъ быть посредникомъ между закономъ и жизнью, долженъ смягчать нѣкоторыя жескости закона въ приложеніи его къ конкретнымъ случаямъ жизни (напр. условное осужденіе, „судебное прощеніе“, разсрочка взысканія долга и т. п.). Но при этомъ судьи не должны ни на минуту забывать, что они первые служители и охранители дѣйствующаго правопорядка, что развивать и дополнять его они должны не на основаніи своего субъективнаго правосознанія, не на основаніи текущихъ интересовъ внутренней политики, а на основаніи заключающихся въ самомъ правѣ началъ. Не легкомысленное презрѣніе къ положительному праву, не поставленіе своего субъективнаго правосознанія выше закона, а тщательное изученіе этого права при свѣтѣ науки,—вотъ единственно правильный путь для судьи. На этомъ пути онъ найдетъ много случаевъ для проявленія творчества, но это творчество должно совершаться въ предѣлахъ и на основаніи закона. Судья можетъ и долженъ формулировать новую юридическую норму для случаевъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ; но если возникнетъ конфликтъ между закономъ и субъективнымъ правосознаніемъ судьи, то за *чрезвычайно рѣдкими* исключеніями, руководствующимъ принципомъ для судьи долженъ быть афоризмъ: dura lex, sed lex.

5. Остальныя субсидіарныя формы права.

§ 468. Изъ всего предыдущаго изложенія мы видѣли, что юридическія нормы могутъ облекаться въ слѣдующія формы: законъ, юридическій обычай, указъ, автономическая норма, судебное рѣшеніе и норма судебной практики. Исчерпываются ли этими формами всѣ формы права? Конечно нѣтъ, т. к. жизнь даетъ примѣры юридическихъ нормъ, не укладывающихся ни въ одну изъ перечисленныхъ формъ.

Директоръ театра объявляетъ, что во время исполненія безусловно воспрещается входъ въ зрительный залъ. Здѣсь мы имѣемъ юридическую норму, создающую цѣлый рядъ правъ и обязанностей, очень непріятныхъ для распущенныхъ людей, привыкшихъ не стѣсняться тѣмъ, что своимъ опозданіемъ они мѣшаютъ слушать музыку. Если это правило издается дирекціей Императорскихъ театровъ, передъ нами будетъ „указъ“ подчиненнаго управленія; но если такое правило издастъ дирекція частной оперы, то его нельзя подвести ни подъ одну изъ изученныхъ нами категорій юридическихъ нормъ. А между тѣмъ не можетъ возникнуть ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что это правило есть юридическая норма: всѣ внутренніе и внѣшніе признаки ея на лицо (между прочимъ право дирекціи поставить у входовъ служителей и не впускать въ зрительный залъ опоздавшихъ; непріятныя послѣдствія для лицъ, пытающихся силой войти въ залъ и т. д.).

И вотъ необходимо признать, что здѣсь мы имѣемъ особую форму права, а именно: *юридическія нормы, устанавливаемыя частными лицами и обществами.* Владѣлецъ частнаго музея или парка устанавливаетъ правила, регулирующія посѣщеніе его владѣній публикой: опредѣляются дни и часы, извѣстныя категоріи лицъ, поведеніе посѣтителей (напр. не топтать травы, не рвать цвѣтовъ, не трогать руками картинъ и т. п.). Помѣщикъ воспрещаетъ охоту въ своихъ лугахъ и лѣсахъ, или разрѣшаетъ ее въ опредѣленное время на опредѣленныхъ условіяхъ. Общество любителей искусствъ устанавливаетъ правила, регулирующія пользованіе посторонними лицами своей библіотекой, коллекціями, рисовальнымъ классомъ. И т. д.

Всѣ такія нормы признаются и охраняются государствомъ при условіи 1) не противорѣчія юридическимъ нормамъ высшаго по-

рядка и 2) заключенія въ тѣсныя границы каждаго даннаго частнаго права.

§ **469.** Слѣдующей формой права, играющей особо-важную роль въ области международныхъ отношеній, является *договоръ*. Въ международномъ правѣ очень много юридическихъ нормъ устанавливается путемъ договора между заинтересованными государствами, и эти нормы имѣютъ такое же значеніе, какое имѣетъ законъ для отношеній внутри государства. Такимъ образомъ въ международномъ правѣ договоръ является не субсидіарной, а главной формой права.

Но и въ отношеніяхъ внутри государства договоръ часто является формальнымъ источникомъ права съ субсидіарнымъ характеромъ. Сплошь и рядомъ договоръ создаетъ юридическія нормы для контрагентовъ. Возьмемъ, напр., договоръ между директоромъ театра и артистомъ: здѣсь устанавливается цѣлый рядъ юридическихъ нормъ *(индивидуальныхъ)*, регулирующихъ поведеніе контрагентовъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Отъ такихъ *нормативныхъ договоровъ* надо отличать договоры, какъ юридическія сдѣлки въ чистомъ видѣ; напр., артистка обязывается за извѣстное вознагражденіе пропѣть въ такомъ-то концертѣ арію изъ „Аиды“. Возможны и комбинаціи обоихъ типовъ. Очень широка сфера дѣйствія этой формы права при созданіи уставовъ различныхъ частныхъ обществъ всевозможнаго характера.

Если группа лицъ желаетъ учредить, напр., акціонерное общество, то эти лица путемъ общаго договора*) вырабатываютъ уставъ проектируемаго общества, который затѣмъ утверждается государственной властью. А этотъ уставъ есть рядъ юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ взаимныя права и обязанности входящихъ въ составъ общества лицъ.

Противъ признанія договоровъ и опредѣленій частныхъ лицъ особой формой права есть возраженія. Напр. Н. К. Ренненкампфъ (Очерки юридич. энцикл. 1880 г. стр. 118) пишетъ: „признаніе договоровъ и одностороннихъ распоряженій частныхъ

*) Нѣкоторые ученые для такихъ случаевъ употребляютъ терминъ *соглашеніе* и отличаютъ это понятіе отъ понятія договора. Едва ли имѣются для этого серіозныя основанія.

лицъ особою формою права было бы равносильно признанію частнаго лица законодателемъ въ своей частной сферѣ, что противорѣчитъ понятію о законѣ и государствѣ". Это возраженіе представляетъ собою недоразумѣніе: понятію о законѣ противорѣчилъ бы такой порядокъ, при которомъ всѣ остальныя юридическія нормы обладали бы одинаковой съ закономъ силой, могли бы конкуррировать съ нимъ, парализовать его дѣйствіе. Но подобно тому, какъ въ отведенной закономъ области дѣйствуютъ указы и автономическія нормы, такъ на томъ же основаніи дѣйствуютъ нормы, установленныя частными лицами и обществами. Равнымъ образомъ нѣтъ никакого противорѣчія понятію о государствѣ въ томъ, что частное лицо является „законодателемъ въ своей частной сферѣ" (конечно, если терминъ „законодатель" мы будемъ понимать не въ точномъ смыслѣ, а въ смыслѣ установителя юридическихъ нормъ). Вѣдь государство не поглощаетъ личности, а признаетъ ея самоцѣнность и свободу, т. е. возможность самоопредѣленія въ принадлежащей ей сферѣ свободы. И даже если согласиться съ теоріей, выводящей всѣ права личности изъ соизволенія государства, то и тогда въ отведенной ей государствомъ сферѣ свободы, личность имѣетъ право быть законодателемъ въ миніатюрѣ.

§ **470.** Но правовая жизнь знаетъ юридическія нормы, исходящія отъ органовъ власти и не укладывающіяся ни въ одну изъ изученныхъ уже нами формъ. Очевидно, что количество формъ права болѣе, чѣмъ это признается господствующими ученіями.

Здѣсь прежде всего обращаютъ на себя вниманіе нормы, созданныя *административной практикой*. Сплошь и рядомъ эти нормы играютъ въ жизни важную роль, развивая и восполняя соотвѣтствующіе законы и указы. Возьмемъ для примѣра практику университетскихъ совѣтовъ и факультетовъ: тутъ цѣлый рядъ юридическихъ нормъ выработанъ путемъ многочисленныхъ прецедентовъ; часто эти нормы впослѣдствіи фиксируются, превращаясь въ автономическія нормы, но сплошь и рядомъ существованіе ихъ распознается только посредствомъ соотвѣтствующей практики, на которую и ссылаются заинтересованныя лица.

Немаловажное значеніе въ жизни государства имѣютъ нормы, установленныя путемъ *парламентской практики* Эти нормы регулируютъ дѣятельность представителей власти, министровъ, членовъ парламента и могутъ превращаться въ соотвѣтствующіе законы. Но, по справедливому замѣчанію Дайси, онѣ „въ сущно-

сти совсѣмъ не законы", и сила нѣкоторыхъ изъ нихъ „очень сомнительна" *).

Чрезвычайно интересную форму права зналъ древній Римъ въ видѣ *эдиктовъ претора*. При вступленіи въ должность преторъ объявлялъ, что въ теченіи своей службы онъ будетъ руководствоваться при разрѣшеніи дѣлъ такими-то правилами. И вотъ нормы преторскихъ эдиктовъ послужили важнѣйшимъ источникомъ римскаго права. Само собою разумѣется, что этотъ источникъ нельзя подвести ни подъ одну изъ разсмотрѣнныхъ уже формъ права.

Родственнымъ явленіемъ надо признать декларации правительствъ, намѣчающихъ программу будущей дѣятельности: въ государственной жизни на эти декларации часто ссылаются для обоснованія тѣхъ или иныхъ притязаній. Въ международномъ правѣ аналогическій характеръ имѣютъ заявленія отдѣльныхъ государствъ относительно ихъ образа дѣйствій по опредѣленнымъ вопросамъ международныхъ отношеній.

§ **471**. Итакъ мы видимъ, что количество формъ (формальныхъ источниковъ) права гораздо больше, чѣмъ это признается господствующими ученіями: вмѣсто двухъ—трехъ формъ мы насчитали ихъ болѣе десяти.

Здѣсь очень важно подчеркнуть, что рѣчь идетъ о формахъ, въ которыя облекаются *юридическія нормы*. Вотъ почему къ этимъ формамъ нельзя причислить напр., науки права: мы видѣли, что она сама по себѣ можетъ создавать только содержаніе юридической нормы, содержаніе ни для кого не имѣющее безусловно-обязательнаго характера, между тѣмъ какъ норма, изданная владѣльцемъ частнаго лѣса, воспрещающая охоту, властно опредѣляетъ поведеніе всѣхъ лицъ, могущихъ быть заинтересованными въ соотвѣтствующихъ отношеніяхъ.

Наконецъ надо помнить, 1) что не всѣ формы права обладаютъ всегда одинаковой юридической силой и 2) что не всегда правопорядокъ представляетъ собою господство закона надъ всѣми остальными формами права. Тѣмъ не менѣе чисто-теоретическое положеніе о такомъ господствѣ остается непоколебимымъ въ качествѣ руководящаго принципа разумно понятой политики **).

---

*) Основы государственнаго права Англіи. 1905. Стр. 28–31.

**) Даже въ международномъ правѣ вырисовываются въ будущемъ общіе штрихи такого порядка, при которомъ будетъ существовать международный законъ, какъ высшая, основная форма нормъ международнаго права.

ГЛАВА V.

Примѣненіе юридическихъ нормъ.

§ **472**. Юридическія нормы издаются съ чисто-практическою цѣлью: регулировать опредѣленныя жизненныя явленія. И граждане, а въ особенности органы власти на каждомъ шагу „примѣняютъ“ юридическія нормы. Отсюда понятна важность вопросовъ, связанныхъ съ этимъ примѣненіемъ.

Для того чтобы примѣнить юридическую норму, необходимо: 1) установить ея текстъ и рѣшить вопросъ объ ея обязательной силѣ и 2) понять ея смыслъ. Первую операцію принято называть *критикой* юридическихъ нормъ, а вторую—*толкованіемъ*. Эти двѣ операціи представляютъ собою въ то-же время предварительную стадію для научной (догматической) разработки положительнаго права.

Критика юридическихъ нормъ. Она дѣлится на критику высшую и низшую. Высшей критикой называется рѣшеніе вопроса о подлинности юридической нормы и о ея обязательной силѣ, низшей—повѣрка ея текста.

Рѣшить вопросъ о подлинности юридической нормы значитъ установить, что данная норма исходитъ отъ соотвѣтствующаго внѣшняго авторитета. Рѣшить вопросъ объ обязательной силѣ нормы значитъ установить: 1) что данный внѣшній авторитетъ имѣетъ право издать критикуемую норму, 2) что она издана въ надлежащемъ порядкѣ, и 3) что она не противорѣчитъ юридическимъ нормамъ высшаго порядка. Изъ сказаннаго очевидно, что разрѣшеніе вопроса объ обязательной силѣ нормы есть дѣятельность, носящая чисто-юридическій характеръ, въ то время какъ первая стадія высшей критики, т. е. установленіе подлинности нормы, такимъ характеромъ не отличается: установленіе подлинности юридической нормы и установленіе подлинности (т. е. принадлежности опредѣленному автору) литературнаго или научнаго произведенія относятся къ одному и тому-же порядку явленій.

Примѣры высшей критики юридическихъ нормъ. 1) Передъ мировымъ судьей лежитъ „обязательное постановленіе“ генералъ-губернатора, за нарушеніе котораго обыватель привлеченъ полиціей къ отвѣтственности. Судья обязанъ провѣрить: входитъ ли

въ компетенцію генералъ-губернатора изданіе такого „обязательнаго постановленія“, не противорѣчитъ ли оно закону, и было ли оно опубликовано для свѣдѣнія населенія. 2) Передъ судьей законъ, за нарушеніе котораго гражданинъ привлеченъ къ отвѣтственности прокуратурой или полиціей. Обвиняемый заявляетъ, что законъ противорѣчитъ такой-то статьѣ конституціи. Судья обязанъ провѣрить согласіе закона съ конституціей.

§ **473**. Когда окончена высшая критика, примѣнитель юридической нормы приступаетъ къ низшей критикѣ: онъ провѣряетъ подлинность текста нормы.

Здѣсь мы имѣемъ чисто-механическую работу: простое сличеніе текстовъ. Дѣло въ томъ, что населеніе обыкновенно знакомится съ содержаніемъ юридическихъ нормъ не по первоисточникамъ, а по копіямъ съ нихъ. Въ копіяхъ же могутъ быть ошибки, искажающія текстъ нормы.

Вотъ почему представляется необходимымъ сличать текстъ копіи съ текстомъ первоисточника для исправленія возможныхъ ошибокъ.

Первоисточникомъ является актъ, исходящій непосредственно отъ соотвѣтствующаго внѣшняго авторитета и заключающій въ себѣ текстъ юридической нормы (напр. экземпляръ текста закона, на которомъ имѣется собственноручная санкція главы государства). Относительно законовъ текстъ, помѣщенный въ оффиціальномъ органѣ, служащемъ для обнародованія, имѣетъ значеніе авторитетно-засвидѣтельствованной самимъ правительствомъ копіи первоисточника. Такимъ образомъ въ Россіи текстъ, помѣщенный въ „Собраніи Узаконеній“, замѣняетъ собою подлинный экземпляръ съ собственноручной санкціей монарха. Отсюда слѣдуетъ, что не только частныя изданія законовъ, но и статьи, напечатанныя въ оффиціальномъ изданіи Свода Законовъ, подлежатъ исправленію въ порядкѣ низшей критики, если онѣ расходятся съ текстомъ Собранія узаконеній.

Существуетъ мнѣніе, что въ задачу низшей критики входитъ также исправленіе опечатокъ и искаженій текста въ оффиціальномъ органѣ, служащемъ для публикаціи законовъ.

Неправильность этого мнѣнія очевидна: для того, чтобы исправить опечатку, надо понять смыслъ закона, а этого достигнуть можно путемъ *толкованія*. Низшая критика, повторяемъ, есть чисто-механическій процессъ сличенія текстовъ При этомъ, конечно, исправлять текстъ можно только на основаніи текста

первоисточника, или замѣняющей его оффиціальной копіи. Если же и тамъ замѣчаются опечатки, дѣятельность низшей критики должна прекратиться. она не компетентна исправлять подлинные тексты юридическихъ нормъ.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что тутъ все дѣло сводится къ спору о словахъ: текстъ подлинника можно исправить. но такое исправленіе называется не критикой, а толкованіемъ. На самомъ дѣлѣ здѣсь серіозное различіе. Толкованіе, какъ мы сейчасъ увидимъ, обставлено цѣлымъ рядомъ правилъ, гарантирующихъ достиженіе истины въ вопросѣ о раскрытіи смысла закона, гарантирующихъ отъ произвола толкователей. Это процессъ по существу отличающійся отъ низшей критики. И вотъ, если бы согласиться съ оспариваемымъ мнѣніемъ, то получился бы такой порядокъ: судья сличаетъ текстъ Свода Законовъ съ текстомъ Собранія Узаконеній; ему кажется, что текстъ Свода правильнѣе, а въ текстѣ Собранія есть опечатка; онъ сейчасъ же исправляетъ кажущуюся неправильность, не потрудившись продѣлать всей сложной процедуры толкованія, не уяснивши надлежащимъ образомъ смысла закона.

Толкованіе юридическихъ нормъ.

§ **474**. Когда установлена подлинность и обязательность нормы и провѣренъ текстъ, наступаетъ слѣдующая стадія, обусловливающая примѣненіе нормы: выясненіе ея смысла. Эта стадія есть толкованіе

Долгое время существовало мнѣніе, что толкованіе законовъ есть дѣло не только ненужное, но и вредное, т. к. толкователь легко можетъ извратить истинный смыслъ закона подъ вліяніемъ своего субъективнаго правосознанія. Въ связи съ этимъ мнѣніемъ находилось мнѣніе, считавшее, что единственнымъ толкователемъ закона можетъ быть его авторъ. Въ результатѣ этихъ мнѣній появилось стремленіе многихъ законодателей воспретить толкованіе примѣнителямъ законовъ Напр. Юстиніанъ, издавая Corpus juris, приказалъ, чтобы суды въ случаяхъ сомнѣній обращались за разъясненіями къ самому императору. Во Франціи въ 1790 г. также было предписано судамъ обращаться за разъясненіями къ законодательному учрежденію. И даже въ 19 ст. были примѣры запрещенія толкованія законовъ не только судьямъ, но даже про-

фессорамъ права: когда въ Баваріи былъ изданъ уголовный кодексъ 1813 г., король запретилъ писать какія бы то ни было комментаріи къ нему. Это воззрѣніе перешло и въ нашъ Сводъ Законовъ, гдѣ въ Основныхъ Законахъ предписывалось, что „безъ доклада Императорскому Величеству никакое мѣсто, не исключая и высшихъ правительствъ не имѣетъ права перемѣнять въ законѣ ни единой буквы и не допускать обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“; при этомъ законы должны быть толкуемы по точному и *буквальному* ихъ смыслу. И наша практика постоянно представляла случаи обращенія судовъ за разъясненіемъ законовъ къ верховной власти.

§ **475**. Съ половины 19 ст. это воззрѣніе замѣнилось нынѣ существующимъ, по которому судъ не только имѣетъ право, но и обязанъ толковать законы. Онъ не имѣетъ права обращаться за разъясненіемъ къ кому бы то ни было, а всѣ затрудненія, всѣ сомнѣнія обязанъ рѣшать самъ. У насъ этотъ принципъ выраженъ въ Судебныхъ Уставахъ 1864 г. Онъ имѣетъ глубокія основанія въ самомъ существѣ правового государства и въ существѣ судебной власти. Строгая законность, какъ руководящее начало всей государственной жизни, возможна только тогда, когда 1) законы издаются только на будущее время и 2) когда законодатель не есть въ то же время и судья.

Въ самомъ дѣлѣ: что представляетъ собою обращеніе суда къ законодателю за разъясненіемъ смысла закона? Какъ мы должны квалифицировать такое разъясненіе? Очевидно, что это будетъ новый законъ. И этотъ новый законъ, котораго не зналъ раньше ни судъ, ни стороны, будетъ примѣненъ къ отношеніямъ, возникшимъ раньше, т. е. получитъ обратную силу. А быть можетъ при этомъ разъясненіи будутъ приняты во вниманіе конкретныя особенности даннаго случая и повліяютъ на самый характеръ разъясненія. При такомъ порядкѣ оставляется широкій просторъ всевозможнымъ личнымъ, мѣстнымъ и временнымъ вліяніямъ, не говоря уже о получающейся въ результатѣ медленности въ рѣшеніи дѣлъ.

§ **476**. Въ связи съ изложеннымъ находится споръ въ наукѣ о задачѣ толкованія. Одни ученые утверждаютъ, что эта задача состоитъ въ выясненіи воли *законодателя*, обнаружившейся въ законѣ. Другіе полагаютъ, что толкованіе ставитъ себѣ задачей выясненіе смысла *закона*, независимо отъ того, что хотѣлъ выразить въ немъ данный законодатель.

Нѣкоторые ученые считаютъ это различіе споромъ о словахъ. Едва ли это такъ. Если признать правильнымъ первое изъ приведенныхъ мнѣній, т. е. что толкованіе должно выяснить волю *законодателя*, воплотившуюся въ данномъ законѣ, то нельзя не признать, что лучшимъ (а даже и единственнымъ) толкователемъ этой воли будетъ авторъ закона. Всѣ сомнѣнія могутъ быть разъяснены только имъ, т. к. никто лучше его не можетъ знать, что̀ именно хотѣлъ онъ выразить въ данномъ законѣ. И тогда надо признать правильной старую практику, обращавшуюся за разъясненіями къ законодателю, надо признать правильными запрещенія толковать законы всѣмъ, кромѣ самаго законодателя.

§ **477**. Для оцѣнки этой теоріи прежде всего надо вспомнить о той сложной процедурѣ, въ результатѣ которой появляются законы современнаго государства. Если въ абсолютной монархіи можно еще говорить о монархѣ, какъ объ авторѣ закона, то въ конституціонной монархіи и въ республикѣ положеніе дѣла совершенно иное. Въ созданіи закона принимаетъ участіе множество лицъ; въ результатѣ ихъ совмѣстной работы, ихъ соглашенія, появляется законъ, состоящій изъ нѣсколькихъ строкъ. Но можемъ ли мы сказать, что вся эта масса лицъ, т. е. всѣ члены обѣихъ палатъ парламента, члены правительства, глава государства,—что всѣ они совершенно сходятся въ пониманіи этихъ нѣсколькихъ строкъ, что всѣ они пришли къ убѣжденію въ необходимости этого закона по однимъ и тѣмъ же мотивамъ?

Никоимъ образомъ. Согласіе ихъ относится только къ необходимости изданія даннаго текста закона, этихъ нѣсколькихъ строкъ. При этомъ сплошь и рядомъ у различныхъ участниковъ законодательной работы могутъ быть свои мотивы и свое пониманіе смысла закона. Могутъ возразить, что существуютъ парламентскіе отчеты и объяснительныя записки, изъ которыхъ можно видѣть и мотивы къ изданію закона, и пониманіе его законодательнымъ собраніемъ. Но если мы обратимъ вниманіе даже на рѣчи въ парламентѣ, то замѣтимъ, что и здѣсь сплошь и рядомъ обнаруживается различное пониманіе одного и того же закона. А главное: огромная масса членовъ парламента не принимаетъ активнаго участія въ обсужденіи, а лишь участвуетъ въ голосованіи. Но вѣдь каждому, кто принималъ участіе въ болѣе или менѣе многолюдныхъ собраніяхъ, извѣстно, что часто голосуешь за опредѣленное рѣшеніе вопроса вовсе не потому, что убѣдился рѣчами защитниковъ проектируемаго рѣшенія (вспомнимъ что ора-

торы многолюдныхъ собраній рѣдко говорятъ дѣльно), а руководствуешься своими соображеніями, не высказанными передъ собраніемъ.

§ **478.** Но если бы даже всѣ участники законодательной работы были согласны въ опредѣленномъ пониманіи закона, то и тогда это пониманіе не было бы обязательнымъ для населенія: законодатель выражается только текстомъ закона, и чего нѣтъ въ этомъ текстѣ, что осталось въ мысляхъ законодателя и не перешло въ текстъ, то юридически не существуетъ.

Здѣсь надо напомнить то, что было сказано въ ученіи о законѣ: законодатель можетъ быть названъ творцомъ закона лишь съ серіозными оговорками. Есть существенная разница между творцомъ художественнаго произведенія и творцомъ закона: художникъ создаетъ оперу, симфонію, поэму, всецѣло изъ глубины своего духа, между тѣмъ какъ законодатель лишь констатируетъ скрытую въ природѣ опредѣленныхъ отношеній норму, и все творчество его заключается въ удачномъ формулированіи этой нормы. Вотъ почему лучшимъ толкователемъ художественнаго произведенія является авторъ его, а всѣ остальные толкователи обязаны стремиться къ возможно полному проникновенію въ намѣренія, настроенія и пониманіе автора (иначе они будутъ исказителями произведенія). Совершенно иное мы видимъ при толкованіи законовъ. Здѣсь толкователь можетъ лучше законодателя понимать смыслъ данной юридической нормы, можетъ найти, что она неумѣло формулирована и сдѣлать соотвѣтствующія исправленія.

Все значеніе „воли законодателя“ исчерпывается тѣмъ, что благодаря этой волѣ законъ получаетъ юридическую жизнь. Въ этомъ смыслѣ законодатель есть творецъ закона. Но разъ обнародованный, законъ отдѣляется отъ своего творца и получаетъ самостоятельное существованіе (Колеръ) Онъ вступаетъ въ связь съ другими законами и производитъ такія юридическія послѣдствія, о которыхъ и не думалъ законодатель.

§ **479.** Вотъ почему слѣдуетъ отвергнуть теорію, по которой задачей толкованія является обнаруженіе воли законодателя. Такой задачей надо признать *выясненіе смысла закона*. т. е. изслѣдованіе того, что могъ выразить закономъ не тотъ или другой опредѣленный человѣкъ, а вообще разумный человѣкъ, законодатель въ абстрактномъ смыслѣ слова. Нѣкоторые ученые употребляютъ выраженіе „воля закона“ и говорятъ, что обнаруженіе этой воли (а не „воли законодателя“) должно быть задачей толкованія.

Такъ какъ здѣсь передъ нами метафора, то очевидно, что по существу названные ученые раздѣляютъ защищаемую нами теорію: задачей толкованія является раскрытіе *смысла закона*. независимо отъ того, что думалъ объ этомъ законѣ его „создатель“.

При этомъ необходимо сдѣлать очень важное дополненіе: раскрытіе смысла закона *насколько этотъ смыслъ выразился въ словахъ самаго закона*. Этимъ создается гарантія противъ субъективизма и произвольнаго толкованія: чего нѣтъ въ текстѣ закона, для чего мы не имѣемъ опоры въ словахъ закона, то и не существуетъ.

§ 480. Только это сказанное приводитъ насъ къ новѣйшимъ теченіямъ въ ученіи о толкованіи юридическихъ нормъ. Эти теченія совершенно игнорируютъ моментъ изданія закона и переносятъ центръ тяжести на моментъ его примѣненія: задачей толкованія объявляется раскрытіе соціальной цѣли закона въ моментъ его примѣненія сообразно съ данной культурной средой. По выраженію одного изъ представителей этого теченія, французскаго ученаго Салейля, лучшая интерпретація законовъ есть такая, которая лучше всего *приспособляетъ ихъ къ соціальнымъ потребностямъ настоящаго момента*. Такимъ образомъ здѣсь законъ разсматривается, какъ непосредственный продуктъ данной соціальной среды во время его примѣненія. Судья долженъ „приспособить“ каждый законъ къ существующимъ соціальнымъ потребностямъ.

Нельзя не видѣть тѣсной связи этого направленія съ теоріями, чрезвычайно расширяющими полномочія суда. И какъ не могутъ быть приняты эти теоріи, такъ не можетъ быть принято изложенное ученіе о толкованіи законовъ: вѣдь при такомъ пониманіи толкованія законъ по справедливому выраженію Регельсбергера становится „только пустымъ сосудомъ, въ который толкователь вливаетъ то, что ему кажется разумнымъ“. Отъ предлагаемаго новаторами „приспособленія“ закона къ соціальнымъ потребностямъ до полнаго господства въ судѣ субъективнаго правосознанія (т. е. произвола) только одинъ шагъ.

Какъ увидимъ, при толкованіи законовъ играетъ важную роль раскрытіе соціальной цѣли закона (ratio legis). Но сводить къ этому все толкованіе было бы вредной односторонностью, въ особенности когда вопросъ о соціальной цѣли закона обсуждается не съ точки зрѣнія момента изданія закона, а съ точки зрѣнія момента его примѣненія. Такимъ образомъ слѣдуетъ признать от-

мѣченныя новѣйшія теченія неправильными: еще разъ повторимъ, что лучше подчиняться самымъ несовершеннымъ законамъ (при условіи неуклоннаго ихъ соблюденія), чѣмъ субъективному правосознанію суда. При наличности яснаго закона, какъ бы онъ ни противорѣчилъ „соціальнымъ потребностямъ“ даннаго момента, творчеству суда не должно быть мѣста.

§ **481** Итакъ задача толкованія юридической нормы заключается въ раскрытіи смысла нормы, на сколько онъ выразился въ ея текстѣ.

Отсюда слѣдуетъ, что толкованіе распадается на двѣ стадіи. Прежде всего надо установить *словесный смыслъ* закона, уразумѣть ту форму, въ которой воплотилась мысль закона (т. н. грамматическое, словесное толкованіе). Но такъ какъ scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, то выясненіе словеснаго смысла закона есть только предварительная ступень для толкованія, для выясненія той мысли, которая воплотилась въ словахъ (т. наз. логическое, реальное толкованіе).

Уже первая стадія (словесное толкованіе) нерѣдко представляетъ значительныя трудности. Толкователь долженъ установить смыслъ каждаго слова нормы въ отдѣльности, выяснить синтаксическое строеніе нормы и логическую связь между ея частями, принять въ расчетъ стиль автора и затѣмъ, основываясь на полученныхъ результатахъ, опредѣлить смыслъ того сочетанія всѣхъ разобранныхъ элементовъ, какое дано въ толкуемой нормѣ (Васьковскій). Для удачнаго рѣшенія связанныхъ съ этой стадіей толкованія вопросовъ необходима извѣстная, подчасъ довольно высокая, степень общаго образованія.

Когда окончена первая стадія толкованія, могутъ получиться два результата: 1) словесный смыслъ нормы неясенъ и 2) смыслъ этотъ ясенъ. При первомъ результатѣ не можетъ быть сомнѣнія въ необходимости перехода къ т. наз. реальному, логическому толкованію (2-я стадія толкованія). Что касается второго результата, то съ перваго взгляда кажется, что никакой дальнѣйшей работы отъ толкователя и не требуется: разъ словесный смыслъ не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній, законъ и долженъ быть примѣненъ по его буквальному смыслу.

Правовая жизнь знаетъ продолжительные періоды, когда господствовалъ принципъ примѣненія законовъ по ихъ буквальному смыслу. И до настоящаго времени въ наукѣ существуетъ мнѣніе, что при ясности словеснаго смысла закона никакого

дальнѣйшаго толкованія быть не можетъ. Искать какого то другого смысла значило бы присваивать себѣ права законодателя, замѣнять законъ своимъ толкованіемъ.

Но это мнѣніе не можетъ быть принято. Вѣдь слова закона представляютъ собою только средство для выраженія опредѣленной мысли. Поэтому на первомъ планѣ и должна быть поставлена эта мысль; толкователь всегда долженъ ставить вопросъ: *выражаютъ ли слова закона, хотя бы и самыя ясныя, его мысль?* Жизнь показываетъ, что сплошь и рядомъ этого не бываетъ, что даже при самомъ тщательномъ редактированіи текста закона часто употребляются слова и обороты фразы, не выражающіе истиннаго смысла закона. Кромѣ того часто смыслъ закона можетъ быть понятъ только тогда, когда данный законъ мы сопоставимъ съ другимъ закономъ или даже съ группой законовъ, т. е. произведемъ его толкованіе.

Что же касается опасенія судейскаго произвола, то гарантіями противъ него являются: прежде всего солидное научное образованіе судей въ связи съ практическимъ опытомъ толкованія законовъ, подъ контролемъ надлежаще организованнаго кассаціоннаго суда.

§ **482**. Итакъ послѣ первой стадіи толкованія необходимо всегда переходить ко второй, т. е. раскрытію истиннаго (внутренняго) смысла закона *). Основой, конечно, являются результаты, полученные при словесномъ толкованіи: только уясненный текстъ закона служитъ тѣмъ объектомъ, который изучается толкователемъ при помощи различныхъ *источниковъ* и *пріемовъ* толкованія.

Источники толкованія доставляютъ средства, матеріалы для толкованія. Такимъ матеріаломъ прежде всего являются дѣйствующія юридическія нормы (источники внутренніе). Это самый цѣнный и надежный матеріалъ. Всѣ остальныя средства, напр.,

---

*) Указанныя двѣ стадіи толкованія обыкновенно называются толкованіемъ *доктринальнымъ*. Ему противополагаютъ т. н. *толкованіе легальное* или *аутентичное*, которое исходитъ отъ самого законодателя. Изъ всего дальнѣйшаго изложенія ясно, что толкованіе законовъ есть дѣло примѣнителей ихъ, а не законодателя. „Толкованіе“ закона самимъ законодателемъ есть въ сущности новый законъ, получающій такимъ образомъ обратную силу со всѣми указанными ранѣе печальными послѣдствіями такого порядка. Поэтому надо признать, что т наз. легальное толкованіе есть нелѣпость и нелѣпость очень вредная: законодатель не долженъ имѣть права толковать законы.

объяснительныя записки, своды замѣчаній на проектъ закона, парламентскіе отчеты и т. п. называются внѣшними источниками.

Здѣсь передъ нами возникаетъ слѣдующій вопросъ: изъ какихъ источниковъ граждане обязаны почерпать матеріалъ для толкованія законовъ, изъ внутреннихъ только, или также и изъ внѣшнихъ? Что касается внутреннихъ источниковъ, то тутъ не можетъ быть сомнѣнія: такъ какъ „никто не можетъ отговариваться незнаніемъ законовъ“, т. к. юридическія нормы адресованы ко всему населенію и предполагаются всѣмъ извѣстными, то очевидно, что населеніе обязано правильно понимать законы и пользоваться для этого всѣми дѣйствующими юридическими нормами.

Но какъ быть съ внѣшними источниками? Эти источники могутъ оказывать важныя услуги при толкованіи законовъ. Отсюда, казалось бы, надо сдѣлать выводъ, что пользованіе внѣшними источниками обязательно для гражданъ. Такой выводъ и дѣлаютъ нѣкоторые ученые. Они говорятъ, что если граждане обязаны *знать* законы, то само собою разумѣется, они обязаны ихъ *понимать*. А такъ какъ иногда безъ помощи внѣшнихъ источниковъ законъ не можетъ быть правильно понятъ, то въ такихъ случаяхъ пользованіе внѣшними источниками обязательно.

Другіе ученые, раздѣляя въ общемъ приведенное мнѣніе, находятъ, что для гражданъ должно быть обязательнымъ пользованіе только такими внѣшними источниками, которые общедоступны, напр., напечатанные и поступившіе въ продажу парламентскіе отчеты, объяснительныя записки.

§ **483**. Оба эти мнѣнія безусловно неправильны.*) Конечно, современное государство не можетъ обойтись безъ принципа: „никто не можетъ отговариваться незнаніемъ законовъ“. Но само собою разумѣется, что на самомъ дѣлѣ едва ли найдется хоть одинъ юристъ, который могъ бы похвастаться знаніемъ всѣхъ законовъ, не говоря уже объ остальныхъ юридическихъ нормахъ.

И если бываютъ случаи, когда было бы несправедливымъ ставить гражданамъ въ вину незнаніе той или иной юридической нормы, то тѣмъ болѣе несправедливо насильственное превращеніе всѣхъ гражданъ въ ученыхъ юристовъ. Вѣдь только для чисто-

*) Нельзя не выразить удивленія, что второе мнѣніе защищаютъ не только нѣкоторые „кабинетные“ ученые, но и такіе, которые близко знакомы съ практикой, напр., проф. Е. Васьковскій въ своей прекрасной монографіи „Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ“. 1901. (стр. 86—120).

научныхъ цѣлей необходимо ознакомленіе со всѣми законодательными матеріалами; только ученый можетъ обладать и временемъ, и другими данными для такого ознакомленія. Во всякомъ случаѣ, если бы нашелся законодатель, который вздумалъ бы послѣдовать оспариваемой нами теоріи и объявилъ, что всѣ обязаны при толкованіи законовъ пользоваться внѣшними источниками толкованія, то такой законъ остался бы мертвой буквой.

А что же дѣлать, если законъ такъ неясенъ, что его нельзя понять на основаніи однихъ только внутреннихъ источниковъ? Отвѣтъ можетъ быть только одинъ: если эта невозможность установлена, никому не можетъ быть поставлено въ вину незнаніе такого закона; онъ какъ бы не существуетъ и не можетъ производить юридическихъ эффектовъ. Само собою разумѣется, что это нисколько не мѣшаетъ каждому желающему, и въ особенности ученому юристу, стараться уяснить смыслъ темнаго закона при помощи внѣшнихъ источниковъ. Если это удастся, то предложенное толкованіе можетъ быть принято судебной практикой.

§ **484**. *Пріемы толкованія*. Пріемами толкованія мы называемъ тѣ способы, при помощи которыхъ можно выяснить внутренній смыслъ нормы, пользуясь разсмотрѣнными только что источниками. Современная наука знаетъ нѣсколько пріемовъ толкованія.

1) Первымъ и самымъ надежнымъ является *выясненіе логической связи толкуемаго закона съ другими законами*. Эта связь можетъ быть ближайшая, т. е. съ законами сосѣдними, находящимися въ одномъ отдѣлѣ, и связь отдаленная,—съ законами различныхъ отдѣловъ. Названный пріемъ даетъ самые лучшіе результаты и къ нему слѣдуетъ прибѣгать прежде всего. Онъ основанъ на томъ, что очень часто „законодатель“ выражаетъ свою мысль не въ одной, а въ нѣсколькихъ статьяхъ; часто только изъ соединенія нѣсколькихъ статей получается юридическая норма; наконецъ, отдѣльныя мысли законодателя обобщаются въ цѣлыхъ отдѣлахъ права.

2) Второй пріемъ есть выясненіе смысла закона на основаніи того положенія, которое занимаетъ толкуемый законъ въ системѣ права или въ извѣстномъ отдѣлѣ (систематическій пріемъ). Этотъ пріемъ основанъ на предположеніи, что законодатель распредѣляетъ всѣ законы по строго-логической системѣ, а поэтому законы каждаго отдѣла, подъ-отдѣла и т. п. находятся между собою въ ближайшей родственной связи. Такимъ образомъ, если извѣ-

стный отдѣлъ снабженъ заголовкомъ, то предполагается, что этотъ заголовокъ даетъ общее руководящее указаніе на характеръ входящихъ въ составъ отдѣла законовъ.

Напр., ст. 136 Уст. о нак. грозитъ наказаніемъ за клевету, но не опредѣляетъ понятія клеветы. Возникаетъ вопросъ: распространеніе всякихъ ли ложныхъ слуховъ будетъ клеветой? Примѣняя систематическій пріемъ толкованія, мы находимъ, что ст. 136 помѣщена въ главѣ XI, озаглавленной: „Объ оскорбленіи чести, угрозахъ и насиліи"; далѣе мы видимъ, что всѣ статьи этой главы, помѣщенныя раньше 136-й, говорятъ о различныхъ видахъ оскорбленія чести. Изъ этого выводимъ заключеніе, что подъ клеветой законъ разумѣетъ распространеніе только такихъ ложныхъ свѣдѣній, которыя порочатъ честь.

§ **485**. 3) Третій пріемъ есть *выясненіе основанія закона*. Хотя по степени достовѣрности этотъ пріемъ уступаетъ второму и въ особенности первому пріему, но часто онъ оказываетъ важныя услуги, т. к. смыслъ закона не можетъ быть понятъ надлежащимъ образомъ, если мы не знаемъ причинъ, создавшихъ его, вызвавшихъ его къ жизни, его основаній.

Такихъ основаній существуетъ нѣсколько. а) *Юридическое основаніе*. Это основаніе въ логическомъ смыслѣ, т. е. какой либо общій юридическій принципъ, изъ котораго толкуемая норма вытекаетъ, какъ *необходимое* слѣдствіе (ratio juris). Примѣромъ можетъ служить приводимая проф. Васьковскимъ ст. 574 I ч. X т. Св Зак.: „Какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ и убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность, а съ другой стороны производятъ право требовать вознагражденіе". Буквальный смыслъ статьи позволяетъ думать, что подъ нее можно подвести всѣ безъ исключенія дѣйствія, причинившія кому либо ущербъ въ имуществѣ („всякій ущербъ"), хотя бы эти дѣйствія были осуществленіемъ своего права. Если въ маленькомъ городѣ есть только одинъ парикмахеръ, то очевидно, что пріѣхавшій и открывшій магазинъ другой парикмахеръ причинитъ первому „ущербъ въ имуществѣ, вредъ и убытки". Можно ли примѣнить къ нему ст. 574?

Обращаясь къ рельному толкованію ея, мы находимъ, что первая половина статьи заключаетъ въ себѣ ея юридическое основа-

ніе. Этимъ основаніемъ является выраженный здѣсь юридическій принципъ: „никто не можетъ быть безъ суда (т. е. самовольно) лишенъ принадлежащихъ ему правъ“. Отсюда дѣлаемъ выводъ: подлежитъ возмѣщенію не *всякій* ущербъ, вредъ и убытки, а только такіе, которые произошли въ результатѣ нарушенія чьихъ либо *правъ* (а не *интересовъ*, какъ въ нашемъ примѣрѣ).

в) *Телеологическое основаніе* (ratio legis). Это та соціальная цѣль, для достиженія которой изданъ толкуемый законъ. Здѣсь именно и должны быть приняты во вниманіе различныя соціальныя потребности и средства къ ихъ удовлетворенію, о которыхъ говорятъ указанные въ § 480 новаторы. Но только необходимо помнить, что съ выясненіемъ цѣли закона надо поступать чрезвычайно осторожно, и что этотъ пріемъ далеко не всегда можетъ оправдать возлагаемыя на него надежды. Прежде всего нерѣдко существуетъ много путей, которые ведутъ къ одной и той же цѣли; къ этому присоединяется еще и то, что законодатель можетъ ошибаться въ средствахъ; наконецъ цѣль не всегда можетъ быть установлена съ увѣренностью (Регельсбергеръ).

Примѣромъ толкованія закона при помощи его соціальной цѣли можетъ служить ст. 284 I ч. X т.: „за труды свои опекуны получаютъ изъ доходовъ малолѣтняго всѣ вмѣстѣ 5% ежегодно“. Законъ неясенъ: какой здѣсь доходъ имѣется въ виду, чистый или валовой? Обращаясь къ выясненію телеологическаго основанія закона, мы находимъ, что общая цѣль института опеки—огражденіе интересовъ малолѣтнихъ. А значитъ толкуемая статья только тогда можетъ быть средствомъ для этой цѣли, когда мы будемъ понимать „доходъ“ въ смыслѣ чистаго, т. к. только тогда у опекуна будетъ интересъ заботиться объ увеличеніи доходовъ малолѣтняго (Васьковскій).

с) *Историческое основаніе*. Часто истинный смыслъ закона можетъ быть выясненъ только тогда, когда мы сравнимъ толкуемый законъ съ ранѣе существовавшимъ закономъ, отмѣненнымъ или измѣненнымъ новымъ. Дѣло въ томъ, что большинство законовъ представляетъ собою дальнѣйшее развитіе, дополненіе или измѣненіе ранѣе дѣйствовавшихъ законовъ; такимъ образомъ между старыми и новыми законами образуется родственная связь, которая и должна быть въ надлежащихъ случаяхъ использована при толкованіи. Многіе законы имѣютъ своимъ основаніемъ соотвѣтствующія нормы иностраннаго права или теоретическія сочиненія.

Въ такихъ случахъ мы можемъ также говорить объ историческомъ основаніи *).

§ **486**. По поводу изложенныхъ пріемовъ толкованія необходимо замѣтить слѣдующее. При первомъ и второмъ пріемѣ толкователь довольствуется одними только внутренними источниками. Но когда онъ пожелаетъ выяснить основанія закона (въ особенности основаніе телеологическое и историческое), то сплошь и рядомъ являются необходимыми и внѣшніе источники въ видѣ объяснительныхъ къ закону записокъ, парламентскихъ отчетовъ и т. д.

Далѣе надо имѣть въ виду, что толкуемый законъ можетъ имѣть одновременно нѣсколько основаній: и юридическое, и телеологическое, и историческое. Въ такихъ случаяхъ надо опредѣлить, какое изъ нихъ является ближайшимъ и сообразно съ этимъ произвести толкованіе (бываютъ и исключенія изъ этого правила). Само собою разумѣется, что такой процессъ требуетъ и солидной теоретической подготовки, и практическаго навыка. Въ числѣ общихъ руководящихъ указаній отмѣтимъ 1) что при инкорпораціи ближайшимъ основаніемъ является историческое, а при кодификаціи—другія основанія (ср. § 409), и 2) что для законовъ общихъ ближайшимъ основаніемъ является юридическое, а для законовъ исключительныхъ—телеологическое (ср. § 381).

Въ заключеніе замѣтимъ, что хотя умѣніе правильно толковать юридическія нормы въ значительной степени обусловлено практическимъ навыкомъ, но безъ свѣта теоріи этотъ навыкъ самъ по себѣ будетъ рутиной, сплошь и рядомъ очень печально отражающейся на судебной практикѣ.

§ **487**. *Результаты реальнаго толкованія*. Въ результатѣ реальнаго толкованія можетъ получиться одно изъ двухъ: 1) реальный смыслъ нормы соотвѣтствуетъ ея словесному смыслу (мысль соотвѣтствуетъ формѣ) или 2) такого соотвѣтствія нѣтъ, т. е. слова нормы неточно или невѣрно выражаютъ ея смыслъ. Первый случай особаго интереса не представляетъ: очевидно, что здѣсь норма должна быть примѣнена согласно ея словесному и реальному смыслу.

---

*) Иногда въ числѣ основаній закона называютъ *поводъ* къ изданію закона (occasio legis) Это—какой нибудь конкретный фактъ, обративший на себя вниманіе законодателя и побудивший издать соотвѣтственный законъ. Для толкованія occasio legis не имѣетъ непосредственнаго значенія.

Что касается второго случая, то здѣсь возможны различныя разновидности.

1) Реальный смыслъ закона можетъ быть уже, чѣмъ его словесный смыслъ: законъ можетъ быть написанъ въ слишкомъ общихъ, широкихъ выраженіяхъ, которыя обнимаютъ собою гораздо большее количество явленій, чѣмъ это вытекаетъ изъ природы лежащихъ въ основаніи закона соціальныхъ отношеній. Въ такихъ случаяхъ пользуются т. наз. *ограничительнымъ толкованіемъ* (interpretatio restrictiva).

2) Реальный смыслъ закона можетъ быть шире, чѣмъ его словесный смыслъ: законъ редактированъ въ такихъ выраженіяхъ, которыя не обнимаютъ собою всѣхъ соотвѣтствующихъ явленій жизни (напр. слова закона относятся только къ мужчинамъ, между тѣмъ какъ реальный смыслъ очевидно имѣетъ въ виду и мужчинъ, и женщинъ). Въ такихъ случаяхъ пользуются т. н. *распространительнымъ толкованіемъ* (interpretatio extensiva).

3) Можетъ оказаться, что послѣ реальнаго толкованія смыслъ закона остается неяснымъ: его можно понимать въ различныхъ смыслахъ (двусмысленность нормы). Здѣсь теорія рекомендуетъ слѣдующее: изъ двухъ одинаково возможныхъ смысловъ закона надо предпочесть тотъ, который является болѣе справедливымъ, затѣмъ (при равенствѣ въ этомъ отношеніи)—болѣе цѣлесообразнымъ и наконецъ (ceteris paribus)—менѣе стѣснительнымъ для гражданъ. Если бы оказалось, что оба смысла одинаковы во всѣхъ названныхъ отношеніяхъ, тогда надо предпочесть тотъ, который дѣлаетъ законъ болѣе совершеннымъ по своей формѣ, по способу изложенія. Тутъ обращается вниманіе на то, чтобы ни одно слово въ текстѣ закона не оказалось бы лишнимъ, чтобы слова имѣли наиболѣе естественный смыслъ и т. п.*) Такое разъясненіе истиннаго смысла нормы называютъ *изъяснительнымъ толкованіемъ* (interpretatio declarativa).

4) Наконецъ можетъ оказаться, что слова закона совершенно невѣрно выражаютъ его мысль (опечатки, редакціонные недосмотры). Въ такихъ случаяхъ прибѣгаютъ къ т. н. *исправляющему толкованію* (interpretatio correctiva, abrogans) —Нѣкоторые ученые не допускаютъ такого пріема, опасаясь произвола толкователей при „исправленіи“ закона. Конечно этотъ пріемъ требуетъ наибольшей

*) Вопросъ о результатахъ реальнаго толкованія прекрасно разработанъ у Вѣськовскаго (l c 173—208).

степени осторожности, наибольшаго ограниченія случаевъ своего примѣненія. Но такъ какъ въ каждомъ дѣлѣ рукъ человѣческихъ возможны ошибки, то не смотря на самую строгую и тщательную корректуру, не смотря на самое внимательное редактированіе, въ первоначальный, оффиціальный текстъ закона могутъ вкрасться опечатки и тому подобные промахи. Отсюда неизбѣжность исправляющаго толкованія. Но здѣсь надо настоятельно подчеркнуть, что при этомъ толкованіи безусловно недопускаются внѣшніе источники. И понятно почему: если бы можно было исправлять текстъ закона на основаніи объяснительныхъ записокъ или парламентскихъ отчетовъ, то извратилось бы отношеніе между подготовительными работами и результатомъ этихъ работъ, текстъ закона потерялъ бы свое основное значеніе.

§ **488.** *Восполненіе пробѣловъ въ правѣ.* До сихъ поръ рѣчь шла о такихъ случаяхъ жизни, для которыхъ можно было отыскать въ положительномъ правѣ соотвѣтственную юридическую норму. Но жизнь даетъ случаи, когда этого сдѣлать нельзя: фактическія обстоятельства случая не соотвѣтствуютъ ни одной изъ описательныхъ частей (предположеній) дѣйствующихъ юридическихъ нормъ. Мы имѣемъ такимъ образомъ пробѣлъ въ положительномъ правѣ: оно не даетъ отвѣта на поставленный жизнью вопросъ. Такіе случаи всегда возможны, потому что 1) жизнь необъятна и ни одинъ законодатель не въ состояніи предусмотрѣть всѣ безъ исключенія ея комбинаціи и 2) жизнь постоянно идетъ впередъ и можетъ создавать такія новыя комбинаціи, которыхъ еще не было во время изданія дѣйствующихъ законовъ.

Какъ долженъ поступить судъ въ такихъ случаяхъ? Вѣдь по основному принципу современнаго судебнаго права судья не можетъ обращаться къ законодателю за разрѣшеніемъ какихъ бы то ни было сомнѣній: судъ обязанъ совершенно самостоятельно рѣшить каждый поставленный ему жизнью вопросъ. Напр., ст. 10 Уст. Гр. Суд. гласитъ: „воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, *недостатка* или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи“.

Такимъ образомъ и законъ, и жизнь возлагаютъ на судъ обязанность пополнять пробѣлы положительнаго права, формулировать новыя юридическія нормы.

Какимъ образомъ долженъ судъ разрѣшать эту задачу?

Здѣсь мы имѣемъ весьма распространенную теорію, согласно которой въ положительномъ правѣ, *какъ цѣломъ*, нѣтъ пробѣловъ. Дѣло въ томъ, что кромѣ явно выраженныхъ юридическихъ нормъ, правопорядокъ заключаетъ въ себѣ массу скрытыхъ нормъ, которыя могутъ быть логически выведены или изъ отдѣльныхъ нормъ, или изъ общихъ принциповъ даннаго правопорядка („общій смыслъ законовъ“ по выраженію ст. 9 Уст. Гр. Суд.). И вотъ судья долженъ открыть эти скрытыя нормы и примѣнить ихъ къ случаямъ жизни, не подходящимъ подъ явно выраженныя въ правопорядкѣ нормы. Этого онъ достигаетъ путемъ логическаго развитія явно выраженныхъ нормъ. Такимъ образомъ мнимые пробѣлы въ правопорядкѣ пополняются на основаніи матеріала, заключающагося въ самомъ правопорядкѣ, а слѣдовательно здѣсь нѣтъ мѣста для личнаго усмотрѣнія судьи, для проявленія его субъективнаго правосознанія: весь его опытъ, всѣ его научныя знанія служатъ лишь необходимымъ средствомъ для обнаруженія скрытыхъ въ правопорядкѣ нормъ. Отсюда выводъ: не смотря на весь творческій характеръ этой дѣятельности судьи, она въ сущности представляетъ собою *примѣненіе* дѣйствующаго права, а не созданіе новаго.

§ **489**. Изложенная теорія имѣетъ цѣнныя стороны, но въ общемъ принята быть не можетъ.

Не можетъ подлежать сомнѣнію, что изъ наличныхъ нормъ дѣйствующаго права можно очень часто вывести путемъ логическаго развитія новыя нормы для случаевъ жизни, не предусмотрѣнныхъ правопорядкомъ. И конечно, это представляетъ собою наиболѣе желательный путь для пополненія пробѣловъ въ правопорядкѣ, т. к. здѣсь устраненъ произволъ суда и сохраняется единство основъ дѣйствующаго права.

Но нельзя слишкомъ переоцѣнивать производительную силу правопорядка: она имѣетъ свой предѣлъ. Если мы представимъ себѣ даже такое законодательство, которое цѣликомъ построено на опредѣленныхъ началахъ и проникнуто однимъ духомъ, то и тогда оно окажется безсильнымъ передъ совершенно новыми явленіями жизни, если законодатель своевременно не слѣдилъ за нею. И суду придется создавать для этихъ явленій новыя нормы на основаніи другихъ источниковъ, важнѣйшимъ изъ которыхъ является естественное право.

Тѣмъ болѣе это такъ, если правопорядокъ представляетъ собою различныя наслоенія, проникнутыя сплошь и рядомъ противо-

положными началами. Тутъ не можетъ быть и рѣчи объ общемъ духѣ законовъ, и передъ новыми явленіями жизни, не предусмотрѣнными существующими юридическими нормами, судья сплошь и рядомъ окажется безпомощнымъ, если онъ захочетъ извлечь для этихъ явленій „скрытыя“ въ правопорядкѣ нормы: такихъ нормъ не окажется. И только естественное право, этотъ неисчерпаемый источникъ, можетъ спасти судью отъ банкротства права: на основаніи логическаго развитія общихъ началъ естественнаго права въ примѣненіи къ потребностямъ данной соціальной среды будетъ формулирована новая юридическая норма и заполнитъ пробѣлъ положительнаго права.

Но даже если новая норма извлекается путемъ логическаго развитія дѣйствующаго законодательнаго матеріала, мы имѣемъ несомнѣнный творческій актъ суда. Въ результатѣ этого акта появляется новая юридическая норма и входитъ въ составъ правопорядка.

Важнѣйшими пріемами логическаго развитія служатъ заключеніе по противоположности (argumentum a contrario) и аналогія. Разсмотримъ эти пріемы.

§ **490.** *Заключеніе по противоположности* состоитъ въ томъ, что изъ нормы, предусматривающей какой нибудь случай, выводится противоположная по содержанію норма для другихъ случаевъ.

Для того, чтобы argumentum a contrario былъ логически правильнымъ, необходимо: 1) чтобы было извѣстно, какому именно предмету противополагается предметъ даннаго сужденія и 2) чтобы это противоположеніе было сдѣлано законодателемъ сознательно, намѣренно. Само собою разумѣется, что относительно юридическихъ нормъ оба эти условія установить не легко (въ особенности второе). Поэтому въ примѣненіи разсматриваемаго пріема необходима чрезвычайная осторожность.

Примѣромъ можетъ служить приводимый Регельсбергеромъ законъ Юстиніана, запрещающій отчужденіе въ пользу еретиковъ участковъ земли, на которыхъ помѣщаются церкви и молитвенные домы правовѣрныхъ. Изъ этого закона путемъ argumentum a contrario выводятся двѣ нормы: 1) эти участки земли вообще можно отчуждать (т. к. ихъ нельзя отчуждать *только* еретикамъ) и 2) еретики имѣютъ право покупать земли (т. к. имъ запрещается покупать *только* опредѣленные участки).—Другой примѣръ: изъ

нормы, разрѣшающей завѣщать *благопріобрѣтенныя* имѣнія, выводится путемъ argumentum a contrario норма, запрещающая завѣщать *родовыя* имѣнія.

§ **491. Аналогія** *есть разрѣшеніе не предусмотрѣннаго положительнымъ правомъ случая жизни на основаніи нормы, предусматривающей другой случай, сходный съ первымъ во всѣхъ юридически-существенныхъ элементахъ.*

Если эта норма явно выражена въ положительномъ правѣ, мы имѣемъ т. наз. *аналогію закона*; если эту норму надо извлечь изъ общихъ началъ положительнаго права, мы имѣемъ т. наз. *аналогію права**).

До сихъ поръ еще очень многіе ученые неправильно понимаютъ сущность аналогіи и въ особенности т. наз. аналогію закона. Они говорятъ, что если данный случай закономъ не предусмотрѣнъ, то судъ долженъ отыскать законъ, предусматривающій аналогичный случай и затѣмъ примѣнить къ разбираемому дѣлу *этотъ найденный законъ*.—Ничего не можетъ быть неправильнѣе такого утвержденія: судъ можетъ только тогда примѣнить законъ къ данному случаю жизни, когда юридическіе факты этого случая и описательная часть закона (предположеніе) *тождественны*. Если хоть одинъ фактъ не соотвѣтствуетъ предположенію, законъ не можетъ быть примѣненъ, иначе получится система произвола, при которой любой законъ по желанію можетъ быть примѣненъ къ разбираемому случаю подъ тѣмъ предлогомъ, что онъ предусматриваетъ сходный случай. Нельзя не отмѣтить, что упомянутые ученые вмѣстѣ съ тѣмъ правильно говорятъ, что аналогія есть извлеченіе изъ положительнаго права *новыхъ* нормъ. Какъ же примирить это съ указаннымъ невѣрнымъ пониманіемъ аналогіи закона?

Если въ приведенномъ нами опредѣленіи аналогіи мы говоримъ, что она есть разрѣшеніе случая жизни *на основаніи* нормы, предусматривающей другой случай, то это не значитъ, что должна быть примѣняема найденная норма. Эта норма служитъ только основаніемъ для дальнѣйшей операціи, а именно: *изъ этой нормы выводится болѣе общая норма*, предположеніе которой охватываетъ собою какъ разбираемый случай, такъ и норму, по-

---

*) Это общепринятое подраздѣленіе является, какъ увидимъ ниже, сомнительнымъ.

служившую основаніемъ для вывода болѣе общей нормы. И вотъ эта-то послѣдняя, извлеченная изъ положительнаго права, новая норма и примѣняется къ разбираемому случаю.

Примѣромъ можетъ служить норма римскаго права, запрещавшая опекуну покупать вещи у своего подопечнаго (Регельсбергеръ). Относительно попечителя никакого запрещенія подобнаго рода не было. Возникаетъ дѣло по поводу покупки попечителемъ имѣнія у своего подопечнаго. Судъ находитъ, что хотя законъ молчитъ о такомъ случаѣ, хотя къ данному дѣлу нельзя примѣнить норму объ опекунахъ, т. к въ ней совершенно точно и ясно указаны только опекуны, но составы фактовъ въ обоихъ случаяхъ вполнѣ аналогичны, *юридическое и телеологическое основанія закона объ опекунахъ были бы вполнѣ пригодны служить основаніями и для тождественнаго закона о попечителяхъ*. Поэтому въ виду общаго принципа, въ силу котораго равное обсуждается равнымъ образомъ, судъ приходитъ къ слѣдующему выводу: хотя законодатель и не имѣлъ въ виду такихъ случаевъ, но изъ закона объ опекунахъ можно вывести болѣе общую норму, подъ которой несомнѣнно подписался бы законодатель, а именно норму, запрещающую тѣмъ лицамъ, коимъ ввѣрены заботы о личности и имуществѣ несовершеннолѣтнихъ, покупать у нихъ имущество. Эта открытая судомъ новая норма охватываетъ собою какъ существующую норму объ опекунахъ, такъ и разбираемый случай; ее судъ и примѣняетъ къ дѣлу.

§ **492**. Только что разобранный случай можетъ служить руководящимъ примѣромъ для разграниченія аналогіи отъ разсмотрѣннаго въ § 490 пріема (argumentum a contrario) Дѣло въ томъ, что часто изъ одной и той-же нормы можно сдѣлать и заключеніе путемъ аналогіи, и заключеніе по противоположности Выводы, конечно, получаются принципіально различные. Такъ, въ разобранномъ случаѣ, если бы изъ нормы объ опекунахъ сдѣлать заключеніе по противоположности, то вмѣсто полученной нами общей нормы мы получили бы такой выводъ: такъ какъ законодатель воспретилъ покупать имущество у малолѣтнихъ *только опекунамъ*, то слѣдовательно всѣ остальныя лица, въ томъ числѣ и попечители могутъ покупать.

Для того, чтобы рѣшить, какое изъ этихъ двухъ заключеній надо сдѣлать въ каждомъ данномъ конкретномъ случаѣ, необходимо раскрыть основаніе нормы (§ 485). Въ нашемъ примѣрѣ это основаніе совершенно ясно и не позволяетъ дѣлать заключенія

по противоположности: мы не можемъ сказать, что законодатель намѣренно противопоставилъ опекуна попечителю, т. к. оба они связаны со своими подопечными совершенно сходными отношеніями.

Но часто бываетъ очень трудно открыть настоящее основаніе закона, и поэтому выборъ между аналогіей и argumentum a contrario требуетъ напряженной работы, соотвѣтствующихъ знаній догмы права и большого опыта.

§ **493**. У аналогіи есть сходство съ распространительнымъ толкованіемъ (§ 487 п. 2), и нѣкоторые ученые отожествляютъ эти понятія. Но такое отожествленіе представляетъ собою результатъ недостаточно глубокаго анализа.

Сходство между аналогіей и распространительнымъ толкованіемъ заключается въ томъ, что посредствомъ обоихъ этихъ пріемовъ мы изъ данной нормы положительнаго права выводимъ положенія, идущія дальше словеснаго смысла нормы. Но и исходныя точки, и результаты этихъ пріемовъ существенно различны. 1) При распространительномъ толкованіи мы исходимъ изъ положенія, что законодатель имѣлъ въ виду разсматриваемый нами случай жизни, но только редактировалъ соотвѣтствующую норму не точно, употребилъ слишкомъ узкія выраженія (видовое понятіе взялъ вмѣсто родового), поэтому реальный смыслъ закона оказывается шире его словеснаго смысла. Наоборотъ, при аналогіи мы исходимъ изъ положенія, что разсматриваемый случай не предусмотрѣнъ законодателемъ.— 2) Въ результатѣ распространительнаго толкованія мы примѣняемъ къ нашему случаю толкуемый законъ, реальный смыслъ котораго оказался шире словеснаго. Между тѣмъ какъ при аналогіи мы примѣняемъ новую норму, полученную нами путемъ логическаго развитія скрытыхъ въ правопорядкѣ положеній.—

Отсюда выводъ: аналогія не есть пріемъ толкованія юридическихъ нормъ, а представляетъ собою творческій актъ суда, создающій новую норму. Но такъ какъ эта новая норма появляется въ результатѣ логическаго развитія данныхъ положительнаго права, то мы можемъ говорить, что аналогія есть въ сущности примѣненіе дѣйствующаго права: формулированная новая норма заключалась въ скрытомъ видѣ въ этомъ правѣ; такимъ образомъ законодатель, установившій ту норму, которая послужила основаніемъ для открытія новой нормы, долженъ необходимо признать и эту послѣднюю норму.

§ **494**. Гораздо болѣе творчества проявляетъ судъ при т. наз. *аналогіи права.* — Общепринятое мнѣніе подъ этимъ понятіемъ разумѣетъ разрѣшеніе судомъ непредусмотрѣнныхъ положительнымъ правомъ случаевъ жизни на основаніи общаго духа законовъ, общаго ихъ смысла, цѣлой системы законодательства и т. д. „Аналогія права“ допускается только тогда, когда въ правопорядкѣ нельзя найти ни одной нормы, на основаніи которой можно было бы воспользоваться „аналогіей закона“.

Намъ кажется, что едва ли можно называть указанный пріемъ пополненія пробѣловъ права аналогіей.

Какъ мы видѣли, при аналогіи надо отыскать норму, предусматривающую сходный случай и изъ нея вывести болѣе общую норму

Между тѣмъ какъ при т. наз. аналогіи права судья долженъ извлечь изъ правопорядка скрытую въ немъ норму, не опираясь ни на одну изъ явно выраженныхъ нормъ, и слѣдовательно не продѣлывая логическаго процесса заключенія по аналогіи. Здѣсь основаніемъ для формулированія новой нормы служитъ не аналогія, а такія неопредѣленныя и растяжимыя понятія, какъ „общій смыслъ законовъ“ и т. п. Въ лучшемъ случаѣ такимъ основаніемъ является цѣлый рядъ законовъ, имѣющихъ *то или иное отношеніе* къ разсматриваемому дѣлу. Но вѣдь это далеко не то-же, что законъ, предусматривающій *сходный* случай.

Вотъ почему казалось бы, что подъ аналогіей надо понимать только то, что̀ общепринятая терминологія называетъ аналогіей закона. Что же касается т. наз. аналогіи права, то здѣсь мы имѣемъ совершенно самостоятельный пріемъ пополненія пробѣловъ правопорядка. Это болѣе высокая ступень творческой дѣятельности суда, переходящая часто въ наивысшую ступень, гдѣ источникомъ для формулированія новыхъ нормъ является естественное право (§ 489).

§ **495**. Въ заключеніе, напоминая, что пользоваться аналогіей надо съ величайшей осторожностью, отмѣтимъ, что она безусловно недопустима въ области уголовнаго права.

Примѣненіе къ гражданину какихъ бы то ни было мѣръ, носящихъ характеръ наказанія, можетъ быть допущено только на основаніи точнаго смысла явно выраженной юридической нормы.

Принципъ nullum crimen nulla poena sine lege есть одна изъ лучшихъ гарантій правъ личности, и всякое посягательство на этотъ

принципъ свидѣтельствуетъ объ упадкѣ уваженія къ личности въ связи съ ростомъ деспотизма власти. Даже въ наиболѣе острые моменты государственныхъ кризисовъ, когда необходимо усиленіе власти, расширеніе ея полномочій и повышеніе репрессіи за неповиновеніе ея распоряженіямъ, указанный принципъ не долженъ нарушаться. Государственная власть можетъ чрезвычайно расширить область наказуемыхъ дѣяній, можетъ примѣнять самыя строгія карательныя мѣры, но при непремѣнномъ условіи: предварительно издать соотвѣтственныя юридическія нормы, съ которыми каждый могъ бы сообразовать свое поведеніе, не опасаясь быть наказаннымъ за дѣяніе, этими нормами не предусмотрѣнное.

ЧАСТЬ III.

Теорія положительнаго права.

B) Субъективная сторона права.

ГЛАВА I.

Ученіе о юридическомъ отношеніи и о субъективномъ правѣ.

§ **496**. Право въ объективномъ смыслѣ есть система юридическихъ нормъ. Эти нормы регулируютъ соціальную жизнь, которая представляетъ собою безконечное множество разнохарактерныхъ, взаимно переплетающихся и другъ друга обусловливающихъ отношеній между людьми и отношеній людей къ окружающему міру. Далеко не всѣ эти отношенія регулируются правомъ, а лишь сравнительно небольшая ихъ часть. Для того, чтобы высшій внѣшній авторитетъ даннаго общежитія (и въ частности—государственная власть) обратилъ вниманіе на опредѣленное жизненное, бытовое отношеніе и издалъ соотвѣтственную юридическую норму, необходимы три условія: 1) это отношеніе должно отличаться постоянствомъ, оно не должно носить чисто случайнаго характера; 2) оно должно *нуждаться* въ юридической регламентаціи*) и 3) оно должно *заслуживать* этой регламентаціи.—Есть очень много такихъ жизненныхъ отношеній постояннаго характера, которыя совершенно не нуждаются въ юридической регламентаціи; они опредѣляются другими этическими нормами: религіозными, нравственными, конвенціональными. Нерѣдко вмѣшательство права въ эти отношенія принесло бы только вредъ. Съ другой стороны есть и такія жизненныя отношенія, которыя хотя быть можетъ и нуждаются въ охранѣ права, но не заслуживаютъ такой охраны, потому что лежащіе въ основѣ ихъ интересы признаются или безнравственными, или неразумными, или слишкомъ мелкими.

*) А нуждаться въ юридической регламентаціи оно можетъ 1) или потому, что законодатель находитъ его полезнымъ для общежитія, 2) или наоборотъ—считаетъ его вреднымъ и поэтому стремится искоренить.

Само собою разумѣется, что рѣшеніе въ каждомъ данномъ случаѣ вопроса о необходимости вмѣшательства права въ жизненныя отношенія представляетъ часто большія трудности, такъ какъ далеко не каждое содержаніе можетъ быть облечено въ форму юридической нормы. Дальнѣйшія трудности представляетъ уразумѣніе природы даннаго жизненнаго отношенія, лежащей въ основѣ его идеи, и наконецъ,—надлежащее формулированіе соотвѣтствующей юридической нормы

Но если законодатель найдетъ, что опредѣленное жизненное отношеніе нуждается и заслуживаетъ юридической регламентаціи, то сплошь и рядомъ этой регламентаціи подвергается не все отношеніе, а только извѣстная сторона его (напр. въ отношеніи между хозяиномъ и прислугой есть стороны: 1) экономическая, 2) нравственная, 3) сторона, опредѣляемая конвенціональными нормами и, наконецъ, 4) сторона юридическая).

И вотъ—жизненныя, бытовыя отношенія, поскольку они регламентированы юридическими нормами, называются юридическими отношеніями. Или иначе: *юридическое отношеніе есть та сторона бытового отношенія, которая происходитъ на основаніи юридическихъ нормъ.*

§ **497**. Теорія различаетъ конкретныя и абстрактныя юридическія отношенія. *Конкретное* юридическое отношеніе есть каждое данное жизненное отношеніе со всѣми его индивидуальными чертами, происшедшее на основаніи юридическихъ нормъ (напр. Иванъ купилъ бѣлую лошадь у Петра за 150 руб.). *Абстрактное* юридическое отношеніе есть общій типъ аналогичныхъ конкретныхъ отношеній. Изъ всевозможныхъ конкретныхъ отношеній купли и продажи вещей выдѣляются общія, типическія черты и отбрасывается то, что составляетъ особенность каждаго даннаго отношенія. Получается такимъ образомъ юридическій скелетъ въ видѣ абстрактнаго юридическаго отношенія.*) Этотъ скелетъ наполняется конкретными юридическими отношеніями.

---

*) Не надо думать, что всѣ безъ исключенія конкретныя юридическія отношенія кристаллизуются въ абстрактныя Другими словами: *абстрактныя юридическія отношенія не покрываютъ собою всѣхъ конкретныхъ отношеній*, а лишь выражаютъ сущность наиболѣе типическихъ, постоянныхъ, которыя съ точки зрѣнія правопорядка являются особо-важными. Вся остальная масса конкретныхъ юридическихъ отношеній остается т. ск некристаллизированной, не подведенной подъ опредѣленные типы съ техническими названіями. Она пред-

Совокупность всѣхъ конкретныхъ юридическихъ отношеній опредѣленной страны въ извѣстную эпоху называется *юридическимъ бытомъ*. Съ абстрактными юридическими отношеніями имѣетъ дѣло ученый и законодатель; съ конкретными—юристъ-практикъ: судья, адвокатъ и т. д. Само собою разумѣется, что юристъ-практикъ долженъ умѣть выдѣлять изъ всей массы бытовыхъ чертъ, индивидуальныхъ подробностей каждаго даннаго случая, его юридическую природу и подводить этотъ случай подъ соотвѣтствующій типъ абстрактныхъ юридическихъ отношеній, т. е. онъ долженъ умѣть дѣлать юридическій діагнозъ каждаго конкретнаго отношенія. Помощь науки, въ частности—догмы соотвѣтственнаго отдѣла положительнаго права, здѣсь ничѣмъ незамѣнима.

Абстрактное юридическое отношеніе нѣкоторые ученые отожествляютъ съ понятіемъ *юридическаго института*. Едва ли такое отожествленіе правильно, т. к. юридическій институтъ часто охватываетъ собою цѣлую совокупность однородныхъ юридическихъ отношеній. *Подъ юридическимъ институтомъ слѣдуетъ разумѣть совокупность юридическихъ нормъ, относящихся къ одному или нѣсколькимъ абстрактнымъ юридическимъ отношеніямъ, объединеннымъ въ одно цѣлое какимъ либо общимъ юридическимъ принципомъ ради опредѣленной соціальной цѣли* (напр институтъ опеки, собственности, наслѣдства[1]).

§ **498** Изъ предыдущаго изложенія слѣдуетъ, что бытовыя, жизненныя отношенія представляютъ собою необходимую основу, на которой строится правопорядокъ. Эти отношенія составляютъ

ставляетъ собою богатый источникъ для возможныхъ конструкцій. Отъ бытовыхъ отношеній только что отмѣченныя конкретныя юридическія отношенія отличаются тѣмъ, что совершаются на почвѣ юридическихъ нормъ.

[1]) Понятіе юридическаго института во многомъ совпадаетъ съ понятіемъ общаго юридическаго принципа, юридическаго обобщенія Но почему можно говорить объ институтѣ брака, монархіи, представительства, объ институтѣ наказанія, въ частности напр. объ институтѣ тюремнаго заключенія, и нельзя говорить объ институтѣ убійства, подлога и т. п.? Вѣдь понятіе подлога есть также юридическое обобщеніе, казалось бы аналогичное такимъ обобщеніямъ, какъ опека, наслѣдство и т. д.

Для правильнаго рѣшенія этого вопроса надо имѣть въ виду, что *въ понятіи юридическаго института заключается признакъ соціальной цѣли, которой служитъ данный институтъ*. Вотъ почему бытовыя отношенія, квалифицируемыя правопорядкомъ какъ вредныя, могутъ быть обобщаемы въ юридическія понятія, но не въ институты. Для искорененія такихъ отношеній законодатель создаетъ тѣ или другіе юридическіе институты.

ту конкретную соціальную среду, гдѣ должны реализоваться общія начала естественнаго права въ видѣ нормъ положительнаго права.

При этомъ между юридическими нормами и бытовыми отношеніями происходитъ взаимодѣйствіе. Съ одной стороны бытовыя отношенія обусловливаютъ собою появленіе соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ. Съ другой—юридическія нормы оказываютъ вліяніе на бытовыя отношенія, превращая ихъ въ юридическія отношенія со всѣми послѣдствіями такого превращенія.

Каковы эти послѣдствія? Какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, юридическія нормы имѣютъ двѣ (юридическія) функціи: повелѣніе и предоставленіе. Въ примѣненіи къ регулируемымъ ими бытовымъ отношеніямъ эти функціи производятъ слѣдующій эффектъ: одни лица получаютъ различныя права, а на другія лица возлагаются соотвѣтствующія обязанности, причемъ государство гарантируетъ обладателямъ правъ ихъ ненарушимость и исполненіе вытекающихъ изъ нихъ обязанностей. Чисто житейскія, бытовыя связи между лицами превращаются въ связи болѣе прочнаго характера, въ связи юридическія.

Кромѣ того на основаніи юридическихъ нормъ возникаютъ нерѣдко юридическія отношенія между людьми, которые не находились другъ къ другу ни въ какихъ бытовыхъ отношеніяхъ. Напр., завѣщатель поручаетъ своему наслѣднику выдать извѣстную сумму денегъ лицу, котораго наслѣдникъ никогда не видѣлъ и совсѣмъ не знаетъ; между этимъ лицомъ и наслѣдникомъ возникаетъ юридическое отношеніе, хотя раньше они ни въ какихъ бытовыхъ отношеніяхъ не находились.

§ 499. Случаи подобнаго рода дали основаніе проф. Петражицкому утверждать, что господствующее воззрѣніе на юридическое отношеніе не выдерживаетъ критики даже на почвѣ общепринятыхъ въ наукѣ данныхъ: такіе случаи доказываютъ (будто бы) неправильность опредѣленія юридическаго отношенія, какъ отношенія бытового, регулируемаго правомъ.—На самомъ дѣлѣ эти случаи доказываютъ только одно, а именно: юридическое отношеніе между нѣкоторыми лицами можетъ возникнуть раньше бытового, юридическое отношеніе можетъ быть почвой для возникновенія бытового (напр. извѣстныя исторіи права формы заключенія брака, когда брачущіеся раньше не знали другъ друга). Здѣсь мы имѣемъ примѣры, доказывающіе существованіе взаимодѣйствія между жизнью и правомъ: юридическія нормы въ свою

очередь воздѣйствуютъ на соціальную жизнь, вызывая новыя бытовыя отношенія. Но во всякомъ случаѣ,—возникло ли бытовое отношеніе раньше юридическаго, или наоборотъ, *оно всегда является необходимой матеріальной основой.* Безъ этой основы невозможно юридическое отношеніе.

Такимъ образомъ, разсматриваемое съ точки зрѣнія своей юридической природы, каждое конкретное юридическое отношеніе есть извѣстное сочетаніе правъ и обязанностей; разсматриваемое съ точки зрѣнія своего реальнаго, жизненнаго содержанія, своей матеріальной основы, оно есть бытовое отношеніе, регулируемое опредѣленными юридическими нормами. Для устраненія недоразумѣній слѣдуетъ отмѣтить, что бытовое отношеніе между нѣкоторыми лицами возможно безъ какихъ бы то ни было непосредственныхъ взаимныхъ воздѣйствій между ними: наслѣдникъ посылаетъ указанному завѣщателемъ совершенно незнакомому лицу опредѣленную завѣщаніемъ сумму денегъ черезъ своего повѣреннаго.

§ **500.** Всѣ бытовыя отношенія происходятъ на почвѣ удовлетворенія различныхъ потребностей людей: экономическихъ, нравственныхъ, религіозныхъ, эстетическихъ, и т. д. Входя въ сношенія другъ съ другомъ и проявляя дѣятельность по отношенію къ окружающему міру, люди всегда дѣйствуютъ руководствуясь тѣмъ или другимъ интересомъ, тѣмъ или инымъ благомъ; удовлетвореніе возможныхъ потребностей своей физической природы, потребности развлеченія, потребности общенія съ окружающими людьми, безконечно разнообразныя потребности духовнаго порядка, и т. д.

Какъ бы разнохарактерны ни были бытовыя отношенія въ зависимости отъ лежащихъ въ основѣ ихъ интересовъ, всѣ они могутъ быть сведены къ тремъ типамъ: 1) человѣкъ еще не обладаетъ извѣстнымъ благомъ, но стремится къ нему и для этого вступаетъ въ то или иное бытовое отношеніе; 2) человѣкъ уже обладаетъ извѣстнымъ благомъ, и бытовое отношеніе является средствомъ, при помощи котораго проявляется это обладаніе и 3) кто либо препятствуетъ человѣку въ обладаніи принадлежащимъ ему благомъ, и бытовое отношеніе имѣетъ цѣлью устранить это препятствіе.

Очевидно, что изъ указанныхъ типовъ *основнымъ* надо признать второй. Онъ представляетъ собою отношеніе человѣка къ тому, что является для него извѣстнымъ благомъ, что удовлетво-

ряетъ той или иной его потребности. Первый типъ можно характеризовать какъ типъ *подготовительный*, а третій—какъ *производный*.

§ **501**. Сообразно съ этими типами бытовыхъ отношеній строятся и юридическія отношенія, причемъ такъ какъ подготовительныя отношенія не имѣютъ самостоятельнаго значенія, а служатъ лишь средствами для пріобрѣтенія того или иного права, то юридическія отношенія сводятся къ двумъ типамъ: 1) Субъектъ обладаетъ какимъ либо правомъ надъ опредѣленнымъ объектомъ и совершаетъ извѣстныя дѣйствія въ предѣлахъ этого права (основное юридическое отношеніе) и 2) Субъектъ предъявляетъ извѣстныя требованія къ другимъ субъектамъ, такъ или иначе препятствующимъ ему осуществлять принадлежащее ему право (производное юридическое отношеніе).

Изъ только что сказаннаго очевидно, что не всякое требованіе, обращенное субъектомъ къ другому субъекту, создаетъ производное юридическое отношеніе, а только такое требованіе, которое вызвано конфликтомъ между субъектами по поводу принадлежащаго кому нибудь изъ нихъ права. Такимъ образомъ, если домохозяинъ приказываетъ дворнику подмести дворъ, то такое требованіе входитъ какъ составной моментъ въ содержаніе основного юридическаго отношенія найма опредѣленныхъ услугъ. Другое дѣло, когда дворникъ не желаетъ исполнять своихъ обязанностей вопреки договору: тогда требованіе подмести дворъ носитъ иной характеръ и обусловливаетъ возникновеніе производнаго юридическаго отношенія.

§ **502**. Итакъ наиболѣе характернымъ признакомъ, отличающимъ юридическое отношеніе отъ бытового, является наличность *субъективнаго права*. Вмѣсто чисто фактическаго обладанія тѣмъ или инымъ благомъ, вмѣсто чисто фактическаго удовлетворенія той или другой потребности, субъектъ получаетъ *право* на такое удовлетвореніе. Это право возникаетъ въ результатѣ воздѣйствія юридическихъ нормъ на бытовыя отношенія.

Только что сказанное никоимъ образомъ не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что субъективное право есть понятіе производное, всецѣло обусловленное юридическими нормами (т. наз. объективнымъ правомъ). Въ своемъ мѣстѣ (см. § 300—301) было уже указано, что „право въ объективномъ смыслѣ“ и „право въ субъективномъ смыслѣ“—это двѣ стороны одного и того же понятія, а посему о пріоритетѣ какой нибудь стороны не можетъ быть и

рѣчи. Съ чисто практической точки зрѣнія несомнѣнно, что субъективныя права отдѣльныхъ лицъ вытекаютъ изъ соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ. Но вѣдь юридическая норма не есть произвольное созданіе власти, законодатель не создаетъ, а лишь констатируетъ законъ, придавая юридическій характеръ содержанію, выработанному жизнью, т. е. бытовыми отношеніями. Вотъ почему можно сказать, что съ одной стороны юридическія нормы представляютъ собою сконцентрированныя бытовыя отношенія, выражая сущность, идею этихъ отношеній, а съ другой стороны юридическія отношенія представляютъ собою развернутыя юридическія нормы

Получается такимъ образомъ самая непосредственная логическая связь между ученіемъ объ объективной сторонѣ права (юридическія нормы) и ученіемъ о субъективной сторонѣ права (юридическія отношенія).

§ **503**. Основнымъ вопросомъ въ ученіи о юридическомъ отношеніи является *вопросъ о субъективномъ правѣ*.

Въ чемъ заключается сущность субъективнаго права? Вопросъ этотъ считается однимъ изъ наиболѣе трудныхъ и спорныхъ въ нашей наукѣ. Есть даже ученые, которые предлагаютъ совершенно выбросить изъ науки понятіе субъективнаго права, утверждая, что никакихъ субъективныхъ правъ въ соціальной жизни нѣтъ, а есть только обязанности, налагаемыя на членовъ общества юридическими нормами. Нечего и говорить, что эта теорія самымъ рѣзкимъ образомъ расходится съ жизнью, на каждомъ шагу дающей примѣры существованія субъективныхъ правъ: общежитіе, гдѣ никто не имѣлъ бы никакихъ правъ, а только несъ бы однѣ обязанности, немыслимо. А изъ общаго ученія о юридическихъ нормахъ, мы знаемъ, что онѣ съ одной стороны повелѣваютъ, а съ другой—предоставляютъ (тѣ или иныя права).

Многочисленныя теоріи, рѣшающія вопросъ о сущности субъективнаго права, можно свести къ тремъ группамъ.

1) *Теоріи воли*. Эти теоріи сущность субъективнаго права видятъ въ волѣ того субъекта, кому принадлежитъ данное право. Изъ различныхъ опредѣленій этой группы наиболѣе характерными надо признать слѣдующія: право есть воля субъекта, признанная общей волей, или—совпадающая съ общей волей, или—содержаніе которой составляетъ норму права (Виндшейдъ, Шуппе, Бирлингъ и др).

Односторонность этой теоріи обнаруживается ясно, если мы обратимъ вниманіе на слѣдующіе факты правовой жизни. По смыслу теоріи всякое дѣйствіе, совершенное субъектомъ права (въ предѣлахъ своего субъективнаго права) представляетъ собою дѣйствіе одобряемое „общей волей", согласное съ нормои права Но вѣдь правовая жизнь на каждомъ шагу даетъ примѣры дѣйствій безнравственныхъ, которыя совершаются въ предѣлахъ данныхъ субъективныхъ правъ: напр. человѣкъ, пользуясь правомъ неприкосновенности жилища, устраиваетъ тамъ оргіи. Неужели можно говорить, что т. наз. „общая воля" одобряетъ, находитъ желательными такія дѣйствія? Или представимъ себѣ, что человѣкъ, обладающій достаточными средствами, абсолютно не желаетъ ничего дѣлать ни для своего личнаго духовнаго развитія, ни для т. наз. общаго блага, и свои деньги тратить исключительно на чувственныя удовольствія, въ которыхъ проводитъ всю жизнь. Не можетъ возникнуть ни малѣйшаго сомнѣнія, что онъ *имѣетъ право* такъ поступать *); но съ другой стороны несомнѣнно, что такое поведеніе никоимъ образомъ не можетъ быть признано желательнымъ съ точки зрѣнія той нормы права, опираясь на которую человѣкъ въ нашемъ примѣрѣ злоупотребляетъ своимъ субъективнымъ правомъ.

Далѣе,—если субъективное право есть воля управомоченнаго, то какимъ образомъ могутъ обладать правами зародыши, дѣти, помѣшанные? Если субъективное право есть воля управомоченнаго, то какъ возможны случаи пріобрѣтенія правъ безъ какого бы то ни было участія этой воли или даже вопреки ей? Какъ возможны случаи сохраненія правъ противъ воли управомоченнаго?

§ **504**. 2) *Теорія интереса*. Эта чрезвычайно распространенная въ настоящее время теорія ведетъ свое начало отъ Іеринга, подвергшаго весьма рѣзкой критикѣ теорію воли.

По мнѣнію Іеринга субъективное право; состоитъ изъ двухъ элементовъ: элементъ матеріальный, или субстанціонный—польза, выгода, интересъ, и элементъ формальный—юридическая защита этого интереса, защита въ формѣ иска**). Отсюда—право есть ин-

---

*) Такія сомнѣнія могутъ возникнуть только съ точки зрѣнія утопическаго государства, о которомъ мечтаютъ соціалисты.

**) Многіе защитники разсматриваемой теоріи, понимая слишкомъ узкій характеръ этого опредѣленія (пригоднаго въ лучшемъ случаѣ только для нѣкото-

ресъ, защищаемый искомъ; право есть юридическая обезпеченность пользованія интересомъ.

При разсмотрѣніи вопроса о содержаніи юридическихъ нормъ нами была разобрана теорія интереса. Мы видѣли, что сплошь и рядомъ у людей существуютъ самые насущные интересы, но нѣтъ соотвѣтствующаго права, и наоборотъ—есть права, даже нарушающія интересы управомоченныхъ. Мы видѣли, что если *цѣлью* права сплошь и рядомъ является интересъ, то изъ этого никоимъ образомъ нельзя заключать, что *сущность* права есть интересъ. Отмѣтить надо еще, что часто права даются вовсе не въ интересахъ управомоченныхъ лицъ, а въ интересахъ другихъ. Наконецъ, нельзя въ одно время говорить, что право есть „обезпеченный интересъ“ и „обезпеченіе пользованія интересомъ“.

§ **505.** 3) *Теоріи свободы.* При изученіи вопроса о содержаніи юридическихъ нормъ мы пришли къ результату, что этимъ содержаніемъ является внѣшняя свобода человѣка. Юридическая норма опредѣляетъ внѣшнюю свободу людей въ общежитіи и служитъ основаніемъ субъективныхъ правъ. Отсюда ясно, что *сущность субъективнаго права есть внѣшняя свобода, опредѣляемая нормой.*

Однако такое опредѣленіе субъективнаго права многіе ученые находятъ неполнымъ. Для чего необходима человѣку эта внѣшняя свобода? Большею частью она необходима для того, чтобы человѣкъ могъ пользоваться извѣстнымъ благомъ или осуществлять извѣстный интересъ. Такимъ образомъ внѣшняя свобода является въ большинствѣ случаевъ средствомъ для достиженія опредѣленныхъ цѣлей общежитія. Отсюда вытекаетъ необходимость внести въ понятіе субъективнаго права признакъ интереса. Получаемъ такое опредѣленіе: *субъективное право есть предоставленная юридической нормой сфера внѣшней свободы для осуществленія опредѣленнаго интереса.*

По поводу этого опредѣленія слѣдуетъ имѣть въ виду, что вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ интересъ, осуществляемый при помощи субъективнаго права, можетъ быть не только личнымъ интересомъ управомоченнаго, но и интересомъ другихъ лицъ

рыхъ частныхъ субъективныхъ правъ), расширяютъ понятіе субъективнаго права, опредѣляя его какъ *юридически защищенный интересъ* (не только путемъ иска, но и другими способами).

(напр. его дѣтей, подопечныхъ), или интересомъ общественнымъ, государственнымъ (напр. право отправлять правосудіе дается судьѣ для осуществленія государственнаго интереса).

§ 506. Но и такое расширенное опредѣленіе многіе считаютъ не достаточно точнымъ.

Указываютъ на то, что понятіе права тѣсно связано съ понятіемъ *власти* Опираясь на это, говорятъ, что если юридическая норма предоставляетъ кому либо опредѣленную сферу внѣшней свободы для безпрепятственнаго осуществленія того или иного интереса, то такое осуществленіе можетъ быть достигнуто только тогда, когда управомоченный получаетъ извѣстную власть какъ надъ объектомъ своего права, такъ и по отношенію къ другимъ лицамъ. Отъ этихъ лицъ онъ имѣетъ право требовать опредѣленнаго поведенія, и это право обезпечено за нимъ государствомъ, къ которому онъ всегда можетъ обратиться за помощью въ случаяхъ неисполненія его требованій. Такимъ образомъ *субъективное право есть извѣстная сфера власти, предоставленная управомоченному для осуществленія опредѣленнаго интереса.*

Для надлежащаго пониманія этого опредѣленія необходимо помнить, что здѣсь рѣчь идетъ не о фактической власти, а о власти юридической. Юридическая власть можетъ быть предоставлена правопорядкомъ управомоченному субъекту, но бытовыя отношенія нерѣдко складываются такъ, что лишаютъ его возможности проявить эту власть (случаи безсилія права). Тѣмъ не менѣе эта юридическая власть остается у субъекта въ потенціальномъ состояніи и всегда можетъ проявиться при благопріятныхъ условіяхъ.

§ **507.** Сравнивая только что приведенныя три разновидности опредѣленія субъективнаго права, не трудно замѣтить, что онѣ нисколько не противорѣчатъ другъ другу и что первое изъ нихъ должно быть признано основнымъ: оно является болѣе широкимъ и охватываетъ собою два остальныхъ. Въ самомъ дѣлѣ, — сущность субъективнаго права есть внѣшняя свобода, опредѣляемая юридической нормой. Очень часто эта внѣшняя свобода является лишь средствомъ для осуществленія извѣстнаго интереса; но бываютъ случаи, когда она разсматривается, какъ самоцѣль, независимо отъ какого бы то ни было интереса (напр. право личной свободы).

Наконецъ, часто правопорядокъ снабжаетъ управомоченнаго субъекта опредѣленной сферой власти, при помощи которой онъ

можетъ заставить соотвѣтствующихъ лицъ исполнить лежащія на нихъ обязанности. *Въ такихъ случаяхъ присущая правопорядку мощь, сила, индивидуализируется, сосредоточивается въ рукахъ управомоченнаго: удовлетвореніе его требованія (правопритязанія, облеченнаго въ форму иска) обезпечивается всею силою высшаго внѣшняго авторитета, санкціонирующаго правопорядокъ.* Но подобно тому, какъ не всѣ юридическія нормы снабжены внѣшними принудительными гарантіями, такъ и не всѣ субъективныя права являются индивидуализированной мощью правопорядка, не всѣ (пока) могутъ быть защищаемы при помощи исковъ (ср. § 524).

Теперь, если мы сопоставимъ теорію внѣшней свободы, какъ сущности субъективнаго права, съ теоріями воли и интереса, то увидимъ, что обѣ послѣднія теоріи могутъ быть примирены съ первой въ высшемъ синтезѣ: теорія воли вѣрна, поскольку осуществленіе субъективнаго права зависитъ отъ воли управомоченнаго, а теорія интереса вѣрна, поскольку субъективное право является средствомъ для осуществленія опредѣленнаго интереса*)

§ **508**. *Проявленія субъективнаго права.* Субъективное право есть центръ тяжести юридическаго отношенія, его самый характерный признакъ (нѣкоторые ученые даже отожествляютъ понятія юридическаго отношенія и субъективнаго права).

Мы знаемъ, что юридическія отношенія строятся по двумъ типамъ: основныя и производныя (§ 501). Въ основномъ юридическомъ отношеніи субъектъ осуществляетъ такъ или иначе свое право надъ объектомъ, въ производномъ,—онъ предъявляетъ требованія къ другимъ субъектамъ, препятствующимъ ему осуществлять это право. Въ первомъ случаѣ субъективное право проявляется въ видѣ отдѣльныхъ *правомочій* субъекта относительно объекта; во второмъ случаѣ оно проявляется въ видѣ *притязаній* (или: правопритязаній) къ другимъ субъектамъ (Anspruch).

По поводу понятія притязанія (введеннаго въ науку Виндшейдомъ) существуетъ мнѣніе, что наука можетъ отлично обойтись безъ него. Это мнѣніе основывается на яко-бы спорности и невыясненности понятія притязанія. Такъ, нѣкоторые ученые утверж-

---

*) А такъ какъ въ большинствѣ случаевъ цѣлью права является тотъ или другой интересъ, то отсюда ясна важность этого признака въ понятіи субъективнаго права: безъ него большинство субъективныхъ правъ оказались бы тождественными по содержанію. Нельзя только, повторимъ еще разъ, отожествлять право съ интересомъ.

дают, что самая сущность субъективнаго права заключается именно въ притязаніи *); другіе строго различают эти понятія; третьи находятъ, что иногда притязаніе совпадаетъ съ субъективнымъ правомъ, а иногда отъ него отличается.

§ 509. На самомъ дѣлѣ спорность понятія „притязаніе"—кажущаяся. *Притязаніе есть проявленіе субъективнаго права*, проявленіе *въ формѣ требованія, обращеннаго управомоченнымъ къ другому субъекту, такъ или иначе нарушающему его право.* Ясное дѣло, что ни отожествлять притязанія съ субъективнымъ правомъ**), ни рѣзко различать эти понятія нельзя. Подобно тому, какъ субъективное право можетъ проявиться во множествѣ отдѣльныхъ правомочій (напр. изъ права собственности на садъ вытекаютъ правомочія гулять въ саду, рубить деревья, пользоваться фруктами, продавать ихъ, отчуждать части сада и т. д.),—такъ это же субъективное право можетъ проявиться во множествѣ притязаній: не гуляй въ моемъ саду, не рви тамъ яблокъ, не пускай въ него свиней, не прихватывай части его и т. д.***).

Если бы мы отожествили понятія „притязаніе" и „субъективное право", то должны были бы признать, что мое право собственности на садъ цѣликомъ, безъ остатка, проявилось въ притязаніи: „не гуляй въ моемъ саду". Между тѣмъ *субъективное право представляетъ собою центръ, изъ котораго подобно лучамъ исходятъ всевозможныя правомочія* (по отношенію къ объекту) *и правопритязанія* (по отношенію къ нарушителямъ какого нибудь изъ этихъ правомочій).

---

*) Напр. Бирлингъ: „Nur der Rechtsanspruch verdient im vollen Sinne des Wortes als „Recht eines Subjectes", „Recht im subjectiven Sinne", oder kurzweg als „subjectives Recht" bezeichnet zu werden". (Prinzipienlehre. I. 161).

**) Между прочимъ,—отожествлять эти понятія нельзя и потому, что бываютъ случаи, когда при наличности субъективнаго права нѣтъ притязанія. Напр., Иванъ занялъ Петру 100 руб. на три мѣсяца. Несомнѣнно, что между ними возникло юридическое отношеніе: Иванъ имѣетъ право на полученіе отъ Петра ста рублей; но притязаніе можетъ возникнуть только по истеченіи трехмѣсячнаго срока.

***) Чрезвычайно важно напомнить, что *не всякое требованіе создаетъ производное отношеніе, а только такое, которое вызвано конфликтомъ между субъектами.* Если конфликта нѣтъ, то требованіе сплошь и рядомъ является средствомъ для осуществленія правомочій въ *основномъ* юридическомъ отношеніи. Напр. я приказываю моему дворнику очистить крыльцо отъ снѣга; профессоръ требуетъ, чтобы экзаменующійся студентъ прочелъ мѣсто изъ книги и объяснилъ его.

§ **510.** Но этимъ не ограничиваются проявленія субъективнаго права.

Субъектъ, считающій свое право нарушеннымъ или угрожаемымъ, можетъ не только предъявлять соотвѣтствующія требованія другимъ лицамъ, но и обратиться за содѣйствіемъ къ тому высшему внѣшнему авторитету, который санкціонируетъ юридическія нормы, а слѣдовательно и основанныя на нихъ субъективныя права.

Это обращеніе за содѣйствіемъ къ государственной власти можетъ носить различныя формы. Всѣ онѣ сводятся къ двумъ группамъ. Въ первую группу мы помѣщаемъ проявленія такихъ субъективныхъ правъ, которыя не представляютъ собою индивидуализированной мощи правопорядка (§ 507), не снабжены спеціальной защитой суда; сюда относятся всевозможныя заявленія различнымъ органамъ власти, жалобы, протесты, возраженія и т. п. Ко второй группѣ относятся проявленія спеціально гарантированныхъ субъективныхъ правъ. Здѣсь обращеніе за содѣйствіемъ къ государственной власти (судъ) облекается въ форму *иска*.

Наиболѣе типичнымъ видомъ иска является *гражданскій искъ*, который представляетъ собою обращеніе управомоченнаго субъекта къ суду съ ходатайствомъ: констатировать его субъективное право и, если окажется нужнымъ, приказать отвѣтчику исполнить соотвѣтственную обязанность *). Другіе виды иска—*уголовный* и *административный*, отличаясь отъ гражданскаго иска нѣкоторыми особенностями, представляютъ собою точно также обращеніе упра-

---

*) Въ наукѣ до сихъ поръ терминъ „искъ“ (гражданскій) часто употребляютъ въ двухъ смыслахъ: въ процессуальномъ и въ т. наз. матеріально-правовомъ. Процессуальный смыслъ совпадаетъ съ опредѣленіемъ, даннымъ въ текстѣ; подъ искомъ въ матеріально-правовомъ смыслѣ разумѣютъ такія „притязанія“, которыя могутъ быть осуществлены при содѣйствіи суда.—Пора оставить эту двойственную терминологію, вносящую неясность въ теорію. Понятіе иска въ матеріально-правовомъ смыслѣ ведетъ свое начало отъ римлянъ. Въ римскомъ правѣ понятіе иска выступало на первый планъ: каждое субъективное право было снабжено спеціальнымъ искомъ для своей защиты, такъ что *безъ такого иска не было и права*. Современное правосознаніе стоитъ на совершенно другой точкѣ зрѣнія: искъ является въ результатѣ субъективнаго права, а не наоборотъ. Поэтому понятіе матеріально-правового иска по меньшей мѣрѣ излишне. Проявленіе субъективнаго права по отношенію къ его нарушителю есть *притязаніе*, а подъ *искомъ* надо разумѣть дальнѣйшее проявленіе, т. е. обращеніе къ суду. Такимъ образомъ искъ есть понятіе процессуальное, безъ обращенія къ суду не можетъ быть и рѣчи объ искѣ.

вомоченнаго субъекта къ суду за содѣйствіемъ въ случаяхъ нарушенія или стѣсненія субъективныхъ правъ.

Въ заключеніе вопроса о проявленіи субъективнаго права необходимо напомнить, что правомочія имѣютъ мѣсто въ основныхъ юридическихъ отношеніяхъ, а притязанія и разныя формы обращенія къ власти за содѣйствіемъ—въ производныхъ.

§ **511**. Только что сказанное даетъ основу для критики теорій, отожествляющихъ субъективное право съ притязаніемъ. Эти теоріи утверждаютъ, что юридическія отношенія возможны только между людьми. Отношеніе же между субъектомъ и объектомъ есть отношеніе чисто-фактическое, оно само по себѣ не имѣетъ юридическаго характера. Напр., существуетъ законъ, по которому вещь, никому не принадлежащая (res nullius), становится собственностью того, кто ею овладѣетъ. Вы думаете, что законъ здѣсь устанавливаетъ отношеніе между человѣкомъ и вещью? Ничуть не бывало: человѣкъ, нашедшій такую вещь, становится къ ней въ чисто-фактическое отношеніе. Юридическимъ же это отношеніе становится только тогда, когда по поводу этой вещи нашедшій входитъ въ тѣ или другія отношенія къ другимъ людямъ: только тогда появляются взаимныя права и обязанности. А вѣдь юридическое отношеніе и есть въ сущности опредѣленное сочетаніе правъ и обязанностей; обязанности же могутъ имѣть только люди, а не вещи.

На первый взглядъ изложенная теорія представляется правильной. Но господствующее мнѣніе въ наукѣ относится къ ней отрицательно, и надо сказать, что это мнѣніе опирается на весьма солидныя основы.

§ **512**. Разсматриваемая теорія не признаетъ юридическихъ отношеній между субъектомъ и объектомъ, а слѣдовтаельно она не признаетъ существованія основныхъ юридическихъ отношеній. Для нея всѣ юридическія отношенія складываются по одному типу, а именно по типу производныхъ отношеній, а субъективныя права представляютъ собою только различныя притязанія управомоченныхъ къ другимъ субъектамъ, несущимъ соотвѣтственныя обязанности.

Для оцѣнки этой теоріи возьмемъ слѣдующій примѣръ. У отца похищаютъ его трехлѣтняго ребенка. Ребенокъ несомнѣнно является объектомъ права отца, который и предъявляетъ къ похитителю требованіе, притязаніе, о возвращеніи ребенка. На чемъ

основано это притязаніе? Очевидно, что если бы отношеніе отца къ ребенку было чисто-фактическимъ, то онъ не имѣлъ бы права требовать возвращенія этого ребенка. Такое право существуетъ только потому, что отношеніе между отцомъ и ребенкомъ есть отношеніе юридическое; изъ этого основного юридическаго отношенія вытекаетъ производное, т. е. притязаніе отца къ похитителю. Другими словами: притязаніе отца къ похитителю есть одно изъ проявленій субъективнаго права отца, права родительской власти.

Но если мы признаемъ, что здѣсь дѣйствительно существуетъ между субъектомъ и объектомъ юридическое отношеніе, то не видать, почему мы будемъ отрицать такой же юридическій характеръ въ отношеніяхъ между субъектомъ и объектомъ права собственности? Вѣдь принципъ одинъ и тотъ-же: правопорядокъ опредѣляетъ извѣстную сферу внѣшней свободы, или власти, которой пользуется субъектъ относительно объекта. Этотъ принципъ нисколько не теряетъ своего характера отъ того, что въ одномъ случаѣ объектомъ права является вещь, а въ другомъ—человѣкъ Все дѣло заключается въ опредѣленіи границъ субъективнаго права и вытекающихъ изъ него правомочій: что возможно по отношенію къ вещи, то сплошь и рядомъ недопустимо по отношенію къ личности.

Но именно поэтому правопорядокъ и долженъ опредѣлить юридическое отношеніе субъекта къ объекту въ каждомъ типическомъ видѣ бытовыхъ отношеній. Если бы такого опредѣленія не было, если бы отношеніе субъекта къ объекту было чисто-фактическимъ, если бы законъ не регламентировалъ предѣловъ свободы субъекта по отношенію къ объекту, то невозможно было бы опредѣлить: что же обязаны дѣлать, или не дѣлать другіе люди по отношенію къ этому субъекту? А слѣдовательно невозможно было бы предъявленіе къ нимъ какихъ бы то ни было притязаній, т. е. невозможны были бы между субъектомъ и другими людьми юридическія отношенія по поводу даннаго объекта. Производныя юридическія отношенія всецѣло обусловлены основными, т. е. отношеніемъ субъекта къ объекту.

§ **513**. Если бы принять разбираемую теорію, то оказалось бы, напр., что не существуетъ права собственности на садъ. Вмѣсто этого права получилось бы безконечное множество отношеній къ окружающимъ людямъ: одинъ собираетъ самовольно фрукты въ моемъ саду; другой, ставя свой заборъ, прихватилъ часть мо-

его сада; третій пускаетъ своихъ свиней въ этотъ садъ; четвертый гуляетъ тамъ безъ моего разрѣшенія; пятый спускаетъ воду изъ своего колодца и заливаетъ часть сада; шестой выкосилъ тамъ траву и т. д., и т. д. И всѣ эти отношенія возникаютъ только съ момента совершенія перечисленныхъ дѣйствій (т. е. съ момента нарушенія права). Такимъ образомъ мое право собственности раздробилось на массу отношеній *и внѣ этихъ отношеній не существуетъ*. А слѣдовательно, пока никто не совершаетъ никакихъ посягательствъ, никакого права собственности нѣтъ, а есть только мое фактическое отношеніе къ саду. Выводъ, обнаруживающій неправильность теоріи.

Еще нелѣпѣе была бы такая конструкція: мое право собственности на садъ существуетъ потому, что я связанъ юридическими отношеніями *со всѣми людьми на землѣ*: всѣ они несутъ по отношенію ко мнѣ отрицательныя обязанности—не посягать на мое право (ср. § 518[1]). Другими словами: при каждой покупкѣ какой нибудь вещи происходитъ измѣненіе юридическихъ отношеній между всѣми людьми на землѣ, или въ лучшемъ случаѣ между живущими въ томъ государствѣ, гдѣ совершается покупка.

§ 513[1]. Можетъ возникнуть такой вопросъ: почему же, если я живу на заброшенномъ необитаемомъ островѣ, отношеніе мое къ саду будетъ фактическимъ, а если я живу въ государствѣ, оно превращается въ юридическое? Не обусловлено ли такое превращеніе существованіемъ соотвѣтствующихъ обязанностей у окружающихъ меня людей? А значитъ, не вытекаетъ ли изъ этого правильность теоріи, по которой юридическія отношенія возможны только между людьми?

Никоимъ образомъ. Правопорядокъ можетъ возникнуть только въ общежитіи, изолированный человѣкъ не знаетъ права и не нуждается въ немъ. Но изъ этого вовсе не вытекаетъ правильность разбираемой теоріи. Правопорядокъ, какъ уже было указано раньше, регулируетъ бытовыя отношенія, а эти отношенія являются не только отношеніями между людьми, но и отношеніями людей къ окружающему міру вообще. И вотъ часть этихъ послѣднихъ отношеній въ виду особой важности ихъ для общежитія превращается правопорядкомъ въ юридическія отношенія, а именно въ отношенія субъектовъ къ объектамъ ихъ права (основныя отношенія) Только потому, что на основаніи юридическихъ нормъ субъектъ пріобрѣлъ право собственности на садъ, окружающіе люди обязаны не нарушать его права. Обязанности безъ права

быть не можетъ, т. к. она представляетъ собою пассивное дѣйствіе права, оборотную его сторону.

§ **514**. Только что сказанное приводитъ насъ къ вопросу *о значеніи обязанности въ правовой жизни.*

Мы сказали, что каждой обязанности соотвѣтствуетъ право. И если въ области нравственности основнымъ понятіемъ является обязанность, то *въ области права обязанность является понятіемъ производнымъ, не имѣющимъ самостоятельнаго значенія*, а поэтому и не нуждающемся въ спеціальномъ научномъ изученіи. Какъ справедливо замѣчаетъ Биндингъ, право есть логически предшествующее, а обязанность—послѣдующее.

Не потому существуетъ мое право собственности на домъ, что всѣ и каждый несутъ по отношенію ко мнѣ извѣстныя обязанности, а наоборотъ: только потому они обязаны не посягать на мою собственность, что существуетъ мое право. Не потому я имѣю право требовать возвращенія взятыхъ у меня взаймы денегъ, что взявшій обязанъ ихъ отдать, а только потому онъ и обязанъ ихъ отдать, что я имѣю соотвѣтствующее право. Не потому командиръ полка имѣетъ право командовать, что солдаты и офицеры обязаны ему подчиняться, а наоборотъ—они обязаны подчиняться только потому, что онъ имѣетъ соотвѣтствующее право. И т. п.

§ **515**. Не смотря на всю логичность сказаннаго въ предыдущемъ параграфѣ, существуютъ въ наукѣ противоположныя мнѣнія о значеніи обязанностей. Нѣкоторые ученые находятъ, что обязанности имѣютъ самостоятельный характеръ, и даже есть теоріи, утверждающія, будто основнымъ понятіемъ является обязанность, а право есть понятіе производное.

Наиболѣе яркая и послѣдовательная изъ этихъ теорій можетъ быть названа теоріей *монизма объективнаго права*. Представители этой теоріи совершенно отрицаютъ бытіе субъективныхъ правъ. Основываясь на положеніи, что функція юридическихъ нормъ есть только повелѣніе, они утверждаютъ, что изъ юридическихъ нормъ вытекаютъ только однѣ обязанности. Граждане обязаны поступать согласно юридическимъ нормамъ; такое ихъ поведеніе доставляетъ различнаго рода выгоды всѣмъ и каждому. Эти выгоды и представляютъ собою то, что по недоразумѣнію называютъ субъективными правами; на самомъ же дѣлѣ здѣсь нѣтъ никакихъ правъ, а лишь простыя отраженія (рефлексы) объективнаго права.

Впрочемъ нѣкоторые изъ представителей теоріи монизма объективнаго права, сознавая, что эта теорія не можетъ быть согла-

сована со всѣми фактами жизни, говорятъ, что чисто-теоретически возможенъ такой правопорядокъ, въ которомъ совсѣмъ не будетъ субъективныхъ правъ, а будутъ только однѣ обязанности: соціалистическое государство.

Остальныя теоріи разсматриваемой категоріи (т. е. признающія самостоятельный характеръ обязанностей) можно свести къ двумъ группамъ: одна группа признаетъ существованіе субъективныхъ правъ только въ области частнаго права и отрицаетъ ихъ въ публичномъ правѣ; другая группа признаетъ и публичныя субъективныя права, но только не во всѣхъ отношеніяхъ публичнаго права, а лишь въ нѣкоторыхъ.

§ **516**. Приступая къ критикѣ указанныхъ теорій, остановимся прежде всего на положеніи, которое признается и нѣкоторыми учеными, въ общемъ стоящими на принципіально другой почвѣ. Мы имѣемъ въ виду положеніе, что основнымъ понятіемъ является обязанность, а производнымъ—право

Главнымъ аргументомъ, который приводятъ въ доказательство этого положенія, является слѣдующій: хотя субъективное право невозможно безъ соотвѣтствующей обязанности, но обязанность можетъ существовать безъ соотвѣтствующаго ей права; слѣдовательно обязанность есть основное понятіе, она обусловливаетъ бытіе права.

Но дѣйствительно ли бываютъ случаи, когда существуютъ обязанности безъ соотвѣтствующихъ имъ правъ? Знаменитая теорія Іеринга о троякомъ эффектѣ субъективныхъ правъ даетъ на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ.

По этой теоріи субъективное право производитъ троякое дѣйствіе: активное, пассивное и рефлективное. Главное дѣйствіе—*активное;* оно выражается въ юридическомъ господствѣ управомоченнаго надъ объектомъ своего права *Пассивное* дѣйствіе выражается въ связанности объекта: 1) по отношенію къ управомоченному объектъ юридически подчиненъ и 2) по отношенію ко всѣмъ другимъ лицамъ исключается возможность всякаго рода воздѣйствія на этотъ объектъ, не согласнаго съ правомъ субъекта управомоченнаго. Въ сущности пассивное дѣйствіе представляетъ собою обратную сторону активнаго, это коррелятивныя понятія: Иванъ—кредиторъ Петра (активная сторона), Петръ—должникъ Ивана (пассивная сторона). Наконецъ, *рефлективное* дѣйствіе субъективнаго права выражается въ томъ, что оно часто доставляетъ *чисто-фактическія* выгоды (или невыгоды) другимъ лицамъ, не участвующимъ въ данномъ юридиче-

скомъ отношеніи. Напр., я нанялъ квартиру и заключилъ съ домохозяиномъ контрактъ, обезпеченный солидной неустойкой, по которому во всѣхъ остальныхъ квартирахъ этого дома отъ 8 часовъ вечера до 9 ч. утра должна соблюдаться полная тишина. Представьте себѣ, что въ одной изъ квартиръ этого дома поселился человѣкъ, также, какъ и я дорожащій тишиной и не переносящій ни фортепіаннаго бренчанія, ни граммофона, ни проявленій распущенности, игнорирующей чужой покой Онъ будетъ пользоваться благопріятными для него эффектами *моего* права, но эта выгода будетъ имѣть для него чисто-фактическій характеръ: стоитъ только мнѣ уйти съ квартиры, и онъ не будетъ гарантированъ отъ того, что какой нибудь „широкой натурѣ“ вздумается устроить вечеринку съ музыкой и танцами до 3—4 часовъ ночи.

§ **517**. До сихъ поръ изложенная теорія Іеринга не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній.— Но дальше Іерингъ находитъ, что бываютъ нерѣдко случаи, когда пассивная сторона субъективнаго права можетъ существовать безъ активной. Это бываетъ, когда субъектъ права временно отсутствуетъ. Такое явленіе наблюдается въ двухъ формахъ: 1) промежуточной, когда временно отпадаетъ субъектъ права, и 2) предварительной, когда субъективное право находится въ процессѣ образованія. Примѣръ первой формы: hereditas jacens; наслѣдство открылось, но еще не принято наслѣдниками; здѣсь имущество, т. е. объектъ права, временно не имѣетъ субъекта, а между тѣмъ законъ охраняетъ это имущество отъ расхищенія, слѣдовательно—существуютъ обязанности всѣхъ и каждаго по отношенію къ объекту, а соотвѣтствующихъ субъективныхъ правъ нѣтъ. Примѣръ второй формы: условныя сдѣлки; здѣсь пока не наступило условіе, никакого субъективнаго права еще нѣтъ, но пассивная сторона этого права выражается въ томъ, что на контрагентахъ лежитъ обязанность не препятствовать наступленію условій, отъ которыхъ зависитъ возникновеніе права. Къ этой же категоріи нѣкоторые относятъ защиту зародыша: человѣкъ еще не родился, а между тѣмъ на матери лежитъ обязанность не вредить жизни утробнаго младенца, и этой обязанности не соотвѣтствуетъ ничье субъективное право.

§ **518**. Обращаясь къ критикѣ изложенной теоріи, прежде всего необходимо отмѣтить, что если бы даже признать вмѣстѣ съ Іерингомъ, что бываютъ случаи, когда пассивная сторона субъективнаго права существуетъ безъ активной, то и тогда изъ этого нельзя было бы дѣлать вывода, что обязанность есть основное

понятіе, а право—производное. Вѣдь по смыслу этой теоріи окружающія лица имѣютъ обязанности по отношенію къ данному объекту только потому, что этимъ обезпечивается право будущаго субъекта. Это право, оставаясь временно безъ субъекта, производитъ свой пассивный эффектъ, который выражается въ томъ, что всѣ обязаны уважать его. Очевидно, стало быть, что и здѣсь обязанность имѣетъ производный характеръ: она вытекаетъ изъ права.

Но ближайшее разсмотрѣніе всѣхъ случаевъ, на которые ссылается теорія, показываетъ, что *никогда не бываетъ юридической обязанности безъ соотвѣтствующаго ей субъективнаго права.* Дѣло въ томъ, что въ каждомъ *конкретномъ* юридическомъ отношеніи всегда есть субъектъ права; но часто бываетъ, что это конкретное отношеніе имѣетъ временный, преходящій характеръ, и поэтому правопорядокъ не создаетъ соотвѣтствующаго *абстрактнаго* юридическаго отношенія съ надлежащимъ техническимъ названіемъ*). Напр., при hereditas jacens между предполагаемымъ наслѣдникомъ и объектомъ его будущаго права (наслѣдствомъ) нѣтъ того юридическаго отношенія, которое технически называется наслѣдственнымъ правомъ. Но можемъ ли мы сказать, что здѣсь объектъ не имѣетъ субъекта, который бы находился къ нему въ юридическомъ отношеніи? Никоимъ образомъ: вѣдь предполагаемый наслѣдникъ имѣетъ право переуступить наслѣдство другому, имѣетъ право отказаться отъ наслѣдства, а слѣдовательно между нимъ и наслѣдствомъ существуетъ юридическое отношеніе. Далѣе,—существуетъ юридическое отношеніе между попечителемъ наслѣдства и наслѣдствомъ, между попечителемъ и контролирующимъ его органомъ власти. Вотъ почему, въ каждый данный моментъ всегда будетъ на лицо какой нибудь субъектъ, который обладаетъ извѣстнымъ субъективнымъ правомъ, и поэтому можетъ предъявлять соотвѣтствующія притязанія ко всѣмъ другимъ лицамъ и заставить ихъ исполнить свои обязанности по отношенію къ наслѣдству. Самимъ же терминомъ hereditas jacens обозначается постоянный объектъ, объединяющій множество разнообразныхъ *конкретныхъ* юридическихъ отношеній по поводу его, изъ которыхъ каждое имѣетъ управомоченнаго субъекта**).

---

*) Ср. первое примѣчаніе къ § 497.

**) *Д. Гриммъ* въ его хорошей работѣ по общей теоріи права, озаглавленной почему-то „Курсъ римскаго права“ (т. I, 1904 г.).

Точно также при условныхъ сдѣлкахъ: пока не наступило необходимое условіе, не существуетъ соотвѣтствующаго субъективнаго права. Но можемъ ли мы сказать, что обязанности контрагента—не препятствовать наступленію этого условія—не соотвѣтствуетъ ничье право? Конечно нѣтъ: другой контрагентъ несомнѣнно имѣетъ право требовать соотвѣтственнаго поведенія.

§ **518**[1]. Большимъ заблужденіемъ является отнесеніе охраны утробнаго младенца къ числу безсубъектныхъ правъ. Вытравленіе плода есть преступленіе, т. е. дѣяніе, которое государство считаетъ особенно вреднымъ для общежитія и поэтому запрещаетъ его подъ угрозой наказанія. Ясное дѣло, что обязанности матери здѣсь соотвѣтствуетъ право государства требовать, чтобы такія дѣянія не совершались, и право прокуратуры предъявлять къ нарушителямъ закона уголовный искъ.

Излюбленнымъ примѣромъ, доказывающимъ будто бы существованіе однихъ обязанностей безъ соотвѣтствующихъ правъ, является потерянное долговое обязательство на предъявителя. Говорятъ, что здѣсь существуетъ на сторонѣ выпустившаго такую бумагу обязанность платить, а соотвѣтствующаго права ни у кого нѣтъ, пока бумага никѣмъ не найдена. Но вѣдь совершенно очевидно, что обязанность платить возникаетъ въ каждомъ данномъ случаѣ только съ того момента, когда кто нибудь нашелъ бумагу, сдѣлался ея обладателемъ: а стало быть и здѣсь обязанность платить вытекаетъ изъ права обладателя бумаги.

Итакъ обязанностей безъ соотвѣтствующихъ правъ не существуетъ. Скорѣе можно сказать наоборотъ: возможны субъективныя права, которымъ *въ данномъ юридическомъ отношеніи* не соотвѣтствуютъ ничьи обязанности. Напр. въ отношеніи между собственникомъ и объектомъ его права: всѣ окружающіе не потому обязаны воздерживаться отъ посягательствъ на право собственника, что связаны съ нимъ юридическими отношеніями въ которыхъ несутъ „отрицательныя обязанности“, а потому, что вообще никто не имѣетъ права нарушать чужихъ правъ.

§ **519**. Обратимся теперь къ тѣмъ ученіямъ, которыя признаютъ существованіе субъективныхъ правъ только въ области частнаго права и отрицаютъ ихъ въ области публичнаго права.

Представители этихъ ученій утверждаютъ, что въ области публичнаго права существуютъ только однѣ обязанности, а все то, что по недоразумѣнію называютъ публичными субъективными правами, представляетъ собою рефлексы объективнаго права. Пуб-

личное право есть совокупность нормъ, возлагающихъ извѣстныя обязанности на гражданъ и на агентовъ власти. Если всѣ они исполняютъ свои обязанности, въ результатѣ получается цѣлый рядъ выгодъ и для отдѣльныхъ лицъ, и для совокупностей лицъ. Но называть эти выгоды субъективными правами нельзя, потому что здѣсь отсутствуетъ характерный признакъ субъективнаго права: возможность управомоченнаго распоряжаться своимъ правомъ по своей волѣ и заставить всѣхъ исполнить соотвѣтствующія обязанности. Такая возможность существуетъ только въ области частнаго права, между тѣмъ какъ въ области публичнаго права ея нѣтъ. И если гражданинъ приноситъ жалобу на неправильныя дѣйствія чиновника, то эта жалоба далеко не тождественна съ гражданскимъ искомъ, защищающимъ субъективное право: гражданинъ только указываетъ, что агентъ не исполнилъ своей обязанности. Всѣ т. наз. публичныя субъективныя права представляютъ собою обязанности, а не права (напр. право отправлять правосудіе). Одинъ изъ крупныхъ представителей излагаемаго воззрѣнія, Лабандъ, утверждаетъ, что избирательное право есть лишь обязанность гражданъ, вытекающая изъ соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ; что право приносить апелляціонную жалобу на рѣшеніе суда есть въ сущности рефлексъ соотвѣтствующихъ процессуальныхъ законовъ, точно также, какъ и право присутствовать въ качествѣ зрителя въ публичныхъ засѣданіяхъ суда.

Наиболѣе послѣдовательные изъ представителей излагаемыхъ воззрѣній прямо говорятъ, что государственное и административное право нельзя называть правомъ, ибо подъ правомъ надо понимать только такія нормы, которыя регулируютъ отношенія между гражданами, т. е. между совершенно самостоятельными и равными субъектами. Между тѣмъ въ области государственнаго права мы имѣемъ дѣло съ отношеніями между личностью и государствомъ, т. е. съ такими отношеніями, гдѣ не можетъ быть и рѣчи о равенствѣ субъектовъ. Государство не связано правомъ, оно само есть творецъ права, а посему у подданныхъ не можетъ быть никакихъ правъ противъ государства.

§ **520.** По поводу послѣднихъ утвержденій мы можемъ ограничиться ссылкой на все сказанное въ первой части нашего курса. Тамъ мы видѣли, что юридическая норма не есть произвольное установленіе государства; что эта норма связываетъ одинаково и гражданъ, и верховную власть; что надъ государствомъ

стоитъ естественное право; что личность есть краеугольный камень всего общественнаго зданія, представляетъ собою самоцѣль и уже по одному этому не можетъ быть безправнымъ рабомъ государства.

Изъ всего этого вытекаетъ, что юридическія отношенія возможны не только между гражданами, но и между гражданиномъ и государствомъ. А такъ какъ юридическія отношенія немыслимы безъ *взаимныхъ* правъ и обязанностей, то очевидно, что и въ области публичнаго права есть субъективныя права.

Вѣдь если провести строго-логически положеніе, что въ публичномъ правѣ существуютъ только однѣ обязанности, а всѣ права представляютъ собою лишь выгоды, проистекающія отъ исполненія этихъ обязанностей, выгоды, на которыя никто не имѣетъ субъективнаго права,—то получится, что и само государдство не имѣетъ никакого права на тѣ выгоды, которыми оно пользуется вслѣдствіе исполненія гражданами различныхъ обязанностей.

Наконецъ многочисленные факты жизни на каждомъ шагу опровергаютъ теорію, не признающую публичныхъ субъективныхъ правъ. Уже достаточно отмѣтить такой крупный фактъ, какъ административная юстиція, институтъ, которому предстоитъ великое будущее Здѣсь субъективныя публичныя права защищаются судебнымъ порядкомъ: административный искъ аналогиченъ гражданскому иску. А все больше и больше растущее сознаніе культурнаго человѣчества о необходимости солидныхъ гарантій правъ личности должно бы заставить призадуматься ученыхъ, склонныхъ превращать личность въ средство для блага государства.

Что же касается ссылокъ на гипотетическое соціалистическое государство, гдѣ не будетъ никакихъ правъ, а будутъ только обязанности, то надобно сказать, что предѣловъ для фантазіи человѣка быть не можетъ. Поэтому позволительно мечтать и о такой утопіи, какъ соціалистическое государство. Но даже еслибы допустить невозможное, а именно—допустить, что такое государство могло бы существовать, то и тамъ были бы не только однѣ обязанности, но и права: вѣдь долженъ быть кто-нибудь, кому бы принадлежало право требовать исполненія гражданами своихъ обязанностей.

§ **521**. Факты реальной жизни, доказывающіе существованіе субъективныхъ правъ не только въ области частнаго, но и публичнаго права, заставили нѣкоторыхъ ученыхъ отнестись критически къ только что изложенному воззрѣнію, широко распростра-

ненному въ Германіи (т е. отрицающему публичныя субъективныя права, считающему ихъ рефлексами объективнаго права).

Наиболѣе крупнымъ представителемъ этого критическаго направленія долженъ быть признанъ Іеллинекъ. Онъ въ результатѣ своего изслѣдованія пришелъ къ заключенію, что въ области публичнаго права существуютъ и рефлексы объективнаго права, и субъективныя права. Критеріемъ для разграниченія этихъ понятій служитъ спеціальная защита права, главнымъ образомъ путемъ административнаго иска. И вотъ, во всѣхъ случаяхъ, когда на государствѣ въ силу юридическихъ нормъ лежатъ извѣстныя обязанности по отношенію къ гражданамъ, а гражданинъ не имѣетъ права путемъ иска требовать исполненія этихъ обязанностей, мы имѣемъ дѣло съ рефлексомъ объективнаго права Въ тѣхъ же случаяхъ, когда правопорядокъ даетъ гражданину спеціальныя средства для защиты, мы имѣемъ не рефлексъ, а субъективное право. Напр., изъ нормы, устанавливающей публичность засѣданій парламента. вовсе не вытекаетъ субъективнаго права гражданина присутствовать на этихъ засѣданіяхъ. Если онъ сидитъ въ залѣ засѣданій, то здѣсь мы имѣемъ пользованіе выгоднымъ для него положеніемъ дѣла вслѣдствіе исполненія соотвѣтственными агентами власти своихъ обязанностей, это рефлексъ объективнаго права: гражданинъ не имѣетъ никакого права требовать исполненія этихъ обязанностей, у него нѣтъ спеціальной защиты, при помощи которой онъ могъ бы заставить впустить его въ залъ.

§ **522**. Для оцѣнки этой теоріи вспомнимъ, что понимаетъ подъ терминомъ „рефлексъ“ Іерингъ. Рефлексъ—это *чисто-фактическая* выгода, доставляемая чужимъ *субъективнымъ* правомъ. Если жилецъ 3-го этажа заключилъ съ домохозяиномъ контрактъ, обязывающій покрыть лѣстницу ковромъ и освѣщать ее, то жилецъ 2-го этажа будетъ пользоваться создавшимся для него выгоднымъ положеніемъ, но очевидно, что о какомъ бы то ни было правѣ здѣсь не можетъ быть и рѣчи.

Теперь сравнимъ съ этимъ примѣромъ такой примѣръ, гдѣ по мнѣнію Іеллинека есть рефлексъ *объективнаго* права. Существуетъ законъ, устанавливающій опредѣленные дни и часы для производства почтовыхъ операцій въ интересахъ населенія. Несомнѣнно, что этотъ законъ налагаетъ обязанности на почтовыхъ чиновниковъ: открывать контору въ извѣстные дни и часы, присутствовать въ ней и т. п. Но можно ли сказать, что если я въ указан-

ный закономъ часъ вхожу въ почтамтъ и сдаю заказное письмо. то здѣсь я пользуюсь чисто-фактической выгодой вслѣдствіе исполненія чиновниками своихъ обязанностей? Можно ли сказать. что здѣсь, какъ и въ предыдущемъ примѣрѣ, о какомъ бы то ни было правѣ не можетъ быть и рѣчи? Очевидно, что отвѣтъ на эти вопросы долженъ быть только отрицательнымъ: вѣдь если жилецъ 3-го этажа уѣдетъ на недѣлю, а хозяинъ дома на это время перестанетъ освѣщать лѣстницу и сниметъ коверъ, жильцу 2-го этажа и въ голову не придетъ видѣть въ такомъ поступкѣ нарушеніе его правъ. Между тѣмъ, если вопреки закону почтамтъ будетъ закрытъ, или если чиновникъ, принимающій письма, будетъ читать газету вмѣсто исполненія своихъ обязанностей, каждый изъ публики будетъ реагировать на это, какъ на нарушеніе своего права. Ясное дѣло, что въ приведенныхъ двухъ примѣрахъ мы имѣемъ дѣло съ *принципіально* различными явленіями правовой жизни: если въ первомъ примѣрѣ можно говорить только о рефлексѣ, то во второмъ—передъ нами публичное субъективное право.

§ **523** Проф. Шершеневичъ для иллюстраціи положенія, что въ публичномъ правѣ существуютъ только однѣ обязанности, приводитъ такой примѣръ: „Если городское управленіе издаетъ обязательное постановленіе. опредѣляющее предѣльную быстроту уличнаго движенія автомобилей, то отсюда возникаетъ обязанность для обладателя автомобиля не развивать при ѣздѣ на улицахъ бо́льшей быстроты,—но субъективнаго права нѣтъ“.— На самомъ дѣлъ изъ этой юридической нормы вытекаетъ масса субъективныхъ правъ. Прежде всего шоффферъ имѣетъ право безпрепятственно ѣздить до предѣльной скорости, не опасаясь уголовной отвѣтственности за скорую ѣзду; далѣе,—агенты власти имѣютъ право привлечь шоффера за скорую ѣзду, если онъ перейдетъ предѣлъ; мировой судья имѣетъ право подвергнуть его отвѣтственности. Наконецъ, каждый прохожій или проѣзжающій по улицѣ имѣетъ право потребовать отъ шоффера замедлить ѣзду, если переѣденъ законный предѣлъ, имѣетъ право обратиться къ полицейскому для прекращенія безобразія, имѣетъ право принести жалобу на отказъ полицейскаго остановить шоффера, и т. д.

И такую массу субъективныхъ правъ можно вывести изъ любой нормы публичнаго права, издана ли она ради государственныхъ, или ради общественныхъ интересовъ.

Утверждаютъ что нельзя говорить о субъективномъ правѣ въ тѣхъ случаяхъ. когда гражданинъ не можетъ путемъ судебной защиты заставить соотвѣтствующихъ лицъ исполнить обязанности, возложенныя на нихъ юридической нормой. Такимъ образомъ мы получаемъ слѣдующій результатъ: никто не имѣетъ *права* пользоваться общественными дорогами, улицами, троттуарами, музеями, библіотеками, почтой, учебными заведеніями и т. п. Положеніе, несомнѣнно противорѣчащее современному правосознанію: вѣдь для обывательскаго здраваго смысла очевидно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ граждане имѣютъ права.

Но это положеніе противорѣчитъ не только современному правосознанію Оно противорѣчитъ истинной природѣ указанныхъ соціальныхъ отношеній. Эти отношенія совершаются на почвѣ юридическихъ нормъ, а стало быть представляютъ собою отношенія юридическія. *А юридическія отношенія немыслимы безъ субъективныхъ правъ.*

§ **524**. Только нельзя такъ *съуживать понятіе субъективнаго права*, какъ это дѣлаютъ представители разсматриваемаго направленія.

Мы видѣли, что субъективное право есть сфера внѣшней свободы. опредѣляемая юридической нормой; мы видѣли также. что нѣкоторыя субъективныя права представляютъ собою какъ бы индивидуализированную мощь правопорядка, т. к снабжены спеціальной судебной защитой (§ 507). Но вѣдь мы знаемъ, что и правомочіе, и притязаніе, и искъ, представляютъ собою различныя проявленія субъективнаго права, а посему не могутъ быть отожествляемы съ нимъ. *Сущность* субъективнаго права и *защита* его—не одно и то-же.

Дѣло положительнаго права организовать надлежащую защиту отдѣльныхъ субъективныхъ правъ. И подобно тому, какъ не всѣ конкретныя юридическія отношенія покрываются абстрактными отношеніями (§ 497, примѣч.; § 518), такъ и не всѣ субъективныя права обезпечены спеціальной защитой. Тѣмъ не менѣе очень многія изъ этихъ правъ могутъ быть защищаемы другими средствами (§ 510).

Возьмемъ напр., юридическую норму, обязывающую домовладѣльцевъ содержать въ порядкѣ троттуары у своихъ домовъ. Изъ этой нормы вытекаетъ цѣлый рядъ субъективныхъ правъ, въ томъ числѣ права всѣхъ и каждаго пользоваться *надлежащими* троттуарами. И если на улицѣ, гдѣ я ежедневно долженъ проходить,

какой нибудь троттуаръ содержится очень плохо (напр.. зимою не очищается отъ снѣга и льда и поэтому становится непроходимымъ), то очевидно, что домохозяинъ между прочимъ нарушаетъ и мое субъективное право. Если я обращусь съ уголовнымъ искомъ противъ домохозяина, обвиняя его въ нарушеніи соотвѣтствующей нормы и основаннаго на ней моего субъективнаго права, судъ не станетъ даже разсматривать моего иска, т. к. правопорядокъ не даетъ спеціальной судебной защиты такимъ субъективнымъ правамъ. Но у меня существуютъ другіе законные способы реагировать на нарушеніе моего права: я обращаюсь съ заявленіемъ къ полицейскому чиновнику, на обязанности котораго лежитъ наблюденіе за благоустройствомъ данной части города; я повторяю это заявленіе, если оно осталось безрезультатнымъ. И если бы полицейскій чиновникъ не исполнилъ своей обязанности, я подаю на него жалобу его начальнику и т. д. Ничего подобнаго не могло бы быть, еслибы я не имѣлъ никакого субъективнаго права въ данномъ случаѣ.

§ **525** Съ перваго взгляда кажется очень сильнымъ слѣдующій аргументъ оспариваемой теоріи. Нельзя говорить о публичныхъ субъективныхъ правахъ, потому что эти „права“ принципіально отличаются отъ настоящихъ субъективныхъ правъ, т. е. отъ правъ въ области частнаго права: здѣсь субъективное право находится въ полномъ распоряженіи управомоченнаго, оно служитъ его интересамъ, управомоченный можетъ не пользоваться своимъ правомъ, передавать его другимъ, между тѣмъ какъ въ области публичнаго права т. наз. субъективныя права представляютъ собою въ сущности обязанности, а не права. Судья имѣетъ право судить, но вѣдь это его обязанность, за неисполненіе которой онъ подлежитъ отвѣтственности.

При ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что этотъ аргументъ есть плодъ недоразумѣнія.

Дѣло въ томъ, что, какъ увидимъ дальше, общее родовое понятіе субъективнаго права дѣлится на виды, на отдѣльныя категоріи субъективныхъ правъ. Эти категоріи различаются другъ отъ друга по объему, по характеру и по содержанію. Даже въ области частнаго права мы имѣемъ такія субъективныя права, о которыхъ нельзя сказать, что они служатъ интересамъ управомоченныхъ (§ 505), что управомоченный можетъ не пользоваться своимъ правомъ и т. д. (напр. право отцовской власти). Съ другой стороны, если очень многія частныя субъективныя права яв-

ляются индивидуализированной мощью правопорядка, представляютъ собою опредѣленную сферу *власти* управомоченнаго надъ объектомъ и надъ другими лицами, то вѣдь несомнѣнно, что такія публичныя субъективныя права, какъ право отправлять правосудіе, право начальствовать въ томъ или другомъ присутственномъ мѣстѣ и т. п., обладаютъ этими признаками еще въ большей степени.

Наконецъ отмѣтимъ, что и въ области публичнаго права можно найти немало такихъ субъективныхъ правъ, осуществленіе которыхъ предоставлено свободному усмотрѣнію управомоченнаго. Напр. правомочія, входящія въ сферу дискреціонной власти, право участвовать въ выборахъ членовъ парламента *) и т. п.

Итакъ: 1) юридической обязанности, какъ самостоятельнаго понятія не существуетъ: юридическая обязанность тѣмъ и отличается отъ нравственной, что ей всегда соотвѣтствуетъ чье либо субъективное право; 2) субъективное право есть понятіе основное, а обязанность—производное и 3) центръ тяжести юридическаго отношенія лежитъ въ субъективномъ правѣ.

§ 526. Только что сказанное приводитъ насъ къ вопросу *о взаимной обусловленности правъ и обязанностей.*

---

*) По поводу избирательнаго права существуютъ въ наукѣ теоріи, конструирующія это право, какъ юридическую обязанность гражданъ, какъ ихъ повинность. Оставляя въ сторонѣ разновидности этихъ теорій, подчасъ очень остроумныя, замѣтимъ, что въ результатѣ ихъ получается слѣдующій выводъ: избиратель есть должностное лицо государства и, вотируя, онъ исполняетъ лишь свою обязанность.—Но вѣдь избирательное право отличается отъ должности существенными чертами, которыя не позволяютъ отожествлять эти понятія. Качество свободнаго гражданина является лишь *условіемъ* для полученія должности, а *основаніемъ* для этого является рядъ спеціальныхъ качествъ, способностей; между тѣмъ какъ при избирательномъ правѣ какъ разъ наоборотъ: основаніемъ является качество гражданина, а способность (напр. возрастъ, полъ, степень развитія и т. п.)—условіемъ. Нечего и говорить о томъ, что превращеніе всѣхъ гражданъ въ чиновниковъ есть такая же утопія, какъ и соціалистическое государство, а всякая попытка перевести изъ бумаги въ жизнь „обязанность" гражданъ принимать активное участіе въ выборахъ, обречена на полную неудачу: *это право, а не обязанность, право, пользованіе которымъ зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія гражданина.*—Что же касается теорій, которыя расчленяютъ избирательное право на два понятія: 1) право быть избирателемъ и 2) право подавать голосъ на выборахъ, причемъ обязанностью считаютъ только второе изъ этихъ правъ, то достаточно замѣтить, что если первое изъ этихъ правъ считать субъективнымъ правомъ, то второе есть лишь одно изъ проявленій перваго, одно изъ вытекающихъ изъ него правомочій.

Мы знаемъ, что юридическія отношенія не существуютъ изолированно. Если взять искусственно-изолированное юридическое отношеніе, то въ немъ одна сторона имѣетъ право, а другая—соотвѣтствующую обязанность; получается положеніе. при которомъ эта другая сторона подчинена первой. Но юридическія отношенія имѣютъ самую тѣсную взаимную связь, изъ одного юридическаго отношенія неизбѣжно вытекаетъ другое, третье и т. д. Въ результатѣ оказывается, что взамѣнъ обязанностеи каждый обязанный субъектъ имѣетъ права въ другихъ юридическихъ отношеніяхъ, и наоборотъ: лица обладающіе правами, вмѣстѣ съ тѣмъ несутъ обязанности въ другихъ отношеніяхъ. Такимъ образомъ происходитъ компенсація, возмѣщеніе правъ и обязанностей, ихъ равновѣсіе.

Замѣчается тенденція провести принципъ равенства между правами и обязанностями: если субъектъ имѣетъ извѣстныя обязанности, то взамѣнъ ихъ онъ долженъ имѣть права, и наоборотъ. Этотъ принципъ вытекаетъ изъ самой идеи права, которая требуетъ, чтобы 1) каждый получилъ „свое“, то, что ему причитается и 2) чтобы въ каждомъ человѣкѣ признавалась личность съ ея свободой.

По поводу принципа равенства необходимо помнить, что люди равны только какъ люди вообще, отвлеченно взятые, т. е. какъ разумно-нравственныя, а потому свободныя существа. Слѣдовательно *равенство вытекаетъ изъ свободы, а не наоборотъ*. Принадлежащее свободѣ равенство есть равенство правъ, т. е *равенство юридическое, формальное, но никоимъ образомъ не равенство матеріальное.* Равенство матеріальное, т. е. равенство въ пользованіи наличными благами, о чемъ мечтаютъ соціалисты, противорѣчитъ свободѣ. „Какъ свободное существо, всякій человѣкъ, одинаково съ другими, является независимымъ источникомъ дѣятельности; но т. к. матеріальныя и умственныя силы и способности людей, ихъ наклонности, ихъ положенія, наконецъ тѣ условія и обстоятельства, среди которыхъ они дѣйствуютъ, неравны, то и результаты ихъ дѣятельности не могутъ быть одинаки. Свобода необходимо ведетъ къ неравенству. Отсюда ясно, что уничтожать неравенство можно только подавивши самую свободу, изъ которой оно истекаетъ, искоренивши въ человѣкѣ самостоятельный центръ жизни и дѣятельности, и превративши его въ орудіе общественной власти, которая, налагая на всѣхъ общую мѣру, можетъ, конечно, установить общее равенство, но

равенство не свободы, а рабства“ (*Чичеринъ* Собственность и го сударство. I, 259).

§ **527**. Въ послѣднее время многіе ученые, весьма далекіе отъ соціализма, выдвигаютъ требованіе *равенства исходнаго пункта* (а не полнаго матеріальнаго равенства соціализма и его крайняго проявленія—коммунизма).

Въ основу этого требованія кладутъ „право на достойное человѣческое существованіе“ и утверждаютъ, что государство должно не только устранять юридическія препятствія къ развитію свободы, но и доставлять матеріальную возможность для наилучшаго проявленія свободы, т. к. пользованіе свободой можетъ быть совершенно парализовано недостаткомъ средствъ. При этомъ указанные ученые энергично подчеркиваютъ, что рѣчь идетъ только о *содѣйствіи* государства, а вовсе не о вмѣшательствѣ, не объ опекѣ; что въ основу всего должна быть положена свобода личности, ея энергія, иниціатива; что должна быть граница, дальше которой недопустимо государственное вмѣшательство.

По поводу этихъ новыхъ теченій необходимо сказать, что выставляемые ими принципы страдаютъ неопредѣленностью и растяжимостью. Когда коммунисты требуютъ полнаго матеріальнаго равенства, это вполнѣ опредѣленно и ясно: мы отлично понимаемъ, что здѣсь отвергается свобода, что личность превращается въ безправное существо. Когда представители чистаго правового государства требуютъ полнаго невмѣшательства государства во внутреннюю жизнь, это опять таки вполнѣ ясно и опредѣленно: мы понимаемъ, что въ основу всего кладется свобода личности и ея права, хотя бы такой режимъ и приводилъ нерѣдко къ уродливымъ результатамъ. Точно также не возбуждаетъ принципіальныхъ сомнѣній то направленіе, которое, оставаясь на почвѣ правового государства, расширяетъ задачи государства, требуя его *содѣйствія* (въ опредѣленныхъ направленіяхъ) личной и общественной работѣ.

Но когда намъ говорятъ, что человѣкъ *имѣетъ право* требовать отъ государства обезпечить ему „достойное существованіе“, когда нѣкоторые ученые этого направленія поясняютъ, что здѣсь рѣчь идетъ объ обезпеченіи „извѣстнаго образованія, условій здоровой жизни и нѣкотораго имущественнаго достатка“, то сейчасъ же возникаютъ серіозныя сомнѣнія. Откуда выводится такое субъективное право, какъ право на *достойное* существованіе? Вѣдь изъ принциповъ естественнаго права его нельзя вывести.

Его можно вывести только изъ смѣшенія порядка нравственности съ порядкомъ права *). И чѣмъ отличаются эти требованія отъ соціалистическаго „права на трудъ“ и тому подобныхъ „правъ“?

Ясное дѣло, что все это открываетъ самый широкій просторъ для государственной опеки и вмѣшательства, что все это приводитъ къ развитію принципа равенства за счетъ принципа свободы. Отчего тогда не установить не только минимальный предѣлъ матеріальнаго достатка, но и максимальный, конфискуя въ казну всякій излишекъ? Отчего не превратить всѣхъ гражданъ въ государственныхъ рабочихъ? Отчего не уравнять всѣхъ по одной мѣркѣ во *всѣхъ* отношеніяхъ**), чтобы устранить всякіе поводы для зависти и т. п.? И оказывается, что желаніе ученыхъ разсматриваемаго направленія отмежеваться отъ соціализма и коммунизма—не осуществимо. Но только соціализмъ гораздо послѣдовательнѣе: онъ прямо заявляетъ, что личность не имѣетъ никакихъ правъ, что основной принципъ есть равенство, а не свобода и что по отношенію къ государству граждане имѣютъ только однѣ обязанности.

§ **528**. Итакъ равенство, какъ понятіе входящее въ составъ идеи права, есть равенство формальное, юридическое: всѣ люди равны въ своемъ человѣческомъ достоинствѣ, всѣ имѣютъ равное право на покровительство закона, всѣ равны передъ закономъ, для всѣхъ должны быть равныя условія пріобрѣтенія отдѣльныхъ субъективныхъ правъ. Но изъ того, что всѣ *могутъ* пріобрѣтать тѣ или иныя права, вовсе не слѣдуетъ, что всѣ *об-*

---

*) Ср. примѣчаніе къ § 217.

**) Такъ именно и хотѣло сдѣлать въ концѣ 18 стол. то теченіе мысли, которое называютъ б а б у в и з м о м ъ (знаменитый заговоръ Бабефа). Исходили изъ положенія, что природа дала каждому человѣку равное право на пользованіе всѣми благами жизни, а посему всѣ люди и должны быть равны во всѣхъ отношеніяхъ. Для этого необходимо уничтожить *всякія* преимущества одного человѣка передъ другимъ. А такъ какъ важнымъ источникомъ неравенства является различіе въ духовномъ складѣ личностей, то необходимо привести духозный міръ всѣхъ гражданъ къ одному общему уровню. Такимъ уровнемъ, конечно, можетъ быть только довольно низкій. Поэтому всѣ должны получать одинаковое воспитаніе и образованіе, ограничивающееся самымъ необходимымъ. Все остальное — это вредная роскошь, которая не должна допускаться. Человѣческія потребности сводятся къ возможно низкому уровню и все, что превышаетъ его, отсѣкается, какъ зло. Конечно, всѣ граждане должны обязательно работать для общаго блага и о какой бы то ни было свободѣ нѣтъ и рѣчи: все приносится въ жертву односторонне понятому началу равенства.

ладаютъ этими правами. Такое обладаніе зависитъ отъ цѣлаго ряда условій, существующихъ въ положительномъ правѣ. а условія эти не могутъ быть одни и тѣ-же для всѣхъ временъ и народовъ, это во первыхъ, а во вторыхъ, что еще важнѣе: пріобрѣтеніе многихъ правъ есть результатъ личной дѣятельности, энергіи, способностей, что, конечно, не можетъ быть равнымъ у всѣхъ.

Сообразно съ изложеннымъ долженъ быть рѣшаемъ вопросъ о равновѣсіи правъ и обязанностей въ юридическихъ отношеніяхъ. Изъ принципа формальнаго равенства слѣдуетъ, что такое положеніе, при которомъ человѣкъ несетъ однѣ только обязанности, не получая никакихъ правъ, должно быть признано ненормальнымъ съ точки зрѣнія идеи права. Но изъ этого же принципа съ другой стороны слѣдуетъ, что равновѣсіе правъ и обязанностей въ юридическихъ отношеніяхъ можетъ быть только формальное: сторона, несущая обязанности, должна имѣть соотвѣтствующія права въ другихъ отношеніяхъ, и наоборотъ. Ни о какомъ матеріальномъ равенствѣ здѣсь не можетъ быть и рѣчи, потому что сущность права есть не интересъ, а внѣшняя свобода, т. е. начало формальное.

Задача, которую стремится разрѣшить объективное право, заключается въ томъ, чтобы возможно справедливѣе распредѣлить взаимныя права и обязанности въ юридическихъ отношеніяхъ согласно началу: „каждому *свое*“. Вмѣстѣ съ тѣмъ правопорядокъ долженъ парализовать темныя стороны естественнаго неравенства людей въ томъ смыслѣ. чтобы не допускать превращенія человѣка въ безправное существо, въ простое средство для чужихъ интересовъ, хотя бы это были интересы самаго государства

§ **529**. Вотъ почему право не можетъ допустить такого проявленія внѣшней свободы человѣка, въ результатѣ котораго является *принципіальное* уничтоженіе этой свободы. Договоръ (хотя бы и заключенный свободно и сознательно), по которому человѣкъ продаетъ себя въ рабство, будетъ ничтожнымъ въ глазахъ правопорядка именно потому, что такой договоръ противорѣчилъ бы сущности права, былъ бы *принципіальнымъ* отрицаніемъ этой сущности Точно также былъ бы ничтожнымъ договоръ, по которому напр , женщина продала бы себя на опредѣленный срокъ въ домъ терпимости: такой договоръ превратилъ бы женщину въ объектъ, въ средство для очевидно безнравственныхъ цѣлей. Аналогическій характеръ имѣетъ запрещеніе договора личнаго найма на слишкомъ продолжительные сроки: законодатель опасается чрезмѣрнаго стѣсненія свободы, не

справедливаго преобладанія правъ на одной сторонѣ въ ущербъ другой.

По поводу второго изъ приведенныхъ примѣровъ можетъ возникнуть недоразумѣніе, которое должно быть сразу устранено. Дѣло въ томъ, что изъ запрещенія подобнаго рода безнравственныхъ договоровъ никоимъ образомъ нельзя выводить отсутствія принципіальной границы между правомъ и нравственностью. Здѣсь законъ не желаетъ *содѣйствовать* превращенію человѣка въ простое средство для удовлетворенія чужихъ безнравственныхъ интересовъ; поэтому онъ отказываетъ въ своей помощи такимъ договорамъ, такія бытовыя отношенія никогда не могутъ превратиться въ юридическія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ законъ и не вмѣшивается въ эти отношенія, пока онѣ не нарушаютъ чьихъ либо правъ. Вообще, для того, чтобы рѣшить вопросъ, заслуживаетъ ли и нуждается ли какая либо категорія бытовыхъ отношеній въ юридической регламентаціи, надо твердо помнить: 1) что сущность права есть внѣшняя свобода и 2) что соціальная жизнь регулируется не только правомъ, но и другими этическими силами (религія, нравственность, нравы), *поглощеніе которыхъ правомъ привело бы къ самымъ печальнымъ результатамъ*.

530. Это положеніе часто забывается морализирующими юристами съ одной стороны и юристами, стоящими на почвѣ историзма и соціологизма съ другой.

Наблюдая факты, показывающіе, что право нерѣдко служитъ орудіемъ эксплуатаціи, или средствомъ для безнравственныхъ цѣлей, многіе ученые возмущаются такимъ положеніемъ вещей и требуютъ коренной передѣлки цѣлаго ряда юридическихъ институтовъ (и созданія новыхъ) въ смыслѣ проникновенія ихъ нравственными началами: помощи нуждающимся, покровительства экономически слабымъ и т. п.

А юристы-соціологи, наблюдая факты, свидѣтельствующіе о зависимости юридическихъ институтовъ отъ условій мѣста и времени, утверждаютъ, что всѣ современные юридическіе институты, въ томъ числѣ и такіе институты частнаго права, какъ собственность, договоръ, наслѣдство, представляютъ собою только „историческія категоріи“, а не что-то незыблемое, вытекающее изъ самой сущности права.

Все это въ связи съ соціалистическимъ движеніемъ послѣдняго времени съ одной стороны и постояннымъ расширеніемъ дѣятельности государства съ другой, приводитъ многихъ ученыхъ къ

мнѣнію о неизбѣжности принципіальнаго измѣненія цѣлаго ряда современныхъ институтовъ. Это измѣненіе совершится, говорятъ, въ смыслѣ перенесенія центра тяжести юридическихъ отношеній съ права на обязанность, ограниченія начала свободы, проникновенія юридическихъ отношеній соціальными цѣлями и нравственными началами. Такимъ образомъ, напр., свобода договоровъ. отойдетъ въ область исторіи. Вѣдь подъ формальной свободой договора сплошь и рядомъ скрывается глубокое матеріальное неравенство договаривающихся лицъ со всѣми печальными результатами этого неравенства: фабрикантъ можетъ эксплуатировать рабочаго, можетъ уволить его, оставивъ безъ всякихъ средствъ къ существованію и т. д. Поэтому въ будущемъ договоръ совершенно измѣнитъ свою юридическую физіономію: вмѣсто нынѣшней формальной свободы, какъ основы договора, тогда онъ будетъ разсматриваться какъ взаимное сотрудничество договаривающихся лицъ, сотрудничество всецѣло опредѣляемое тою соціальной цѣлью, которой служитъ данный договоръ. И, конечно, при такомъ порядкѣ нельзя будетъ ни покупать трудъ за безцѣнокъ, ни эксплуатировать трудящихся.

§ **531**. По поводу всѣхъ этихъ предсказаній и пожеланій необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Никому не возбраняется ни фантазировать на счетъ будущаго соціальнаго строя, ни симпатизировать опредѣленнымъ политическимъ партіямъ. Но только нельзя смѣшивать науки права съ литературой, вызванной такими фантазіями и симпатіями.—Что же касается ссылокъ на историческія и соціологическія изслѣдованія, то изъ первой части курса мы знаемъ, что если бы даже оказались правильными всѣ соотвѣтствующія наблюденія (чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ); то изъ нихъ никоимъ образомъ нельзя дѣлать тѣхъ выводовъ, какіе дѣлаетъ разсматриваемое теченіе мысли. Вѣдь ни исторія, ни соціологія (если бы даже признать ее безъ оговорокъ) никогда не могутъ сказать намъ, что̀ *должно* быть; не могутъ онѣ и предсказать будущее.

А слѣдовательно фактъ измѣнчивости юридическихъ отношеній сообразно условіямъ мѣста и времени свидѣтельствуетъ лишь объ одномъ, а именно: реализація общихъ началъ естественнаго права обусловлена конкретной соціальной средой.

Но мы знаемъ, что эти общія начала вѣчны и неизмѣнны для всѣхъ временъ и народовъ. Слѣдовательно никакая эволюція не можетъ измѣнить ихъ характера и содержанія, она можетъ только

раскрыть это содержаніе. А такъ какъ однимъ изъ основныхъ опредѣленій абсолютной идеи права является свобода и самоцѣльность личности, такъ какъ сущность права есть внѣшняя свобода. то очевидно, что идеаломъ человѣческаго общежитія можетъ быть только расширеніе, а не подавленіе свободы. Въ частности что касается договора, то по справедливымъ словамъ Чичерина „какъ чистое выраженіе свободы, существующее договорное право развивалось вмѣстѣ со свободою и можетъ пасть только со свободою". Поэтому свободный договоръ вытекаетъ изъ самой сущности права, а вовсе не представляетъ собою „исторической категоріи".

Отсюда ясно, что нареканія на формальную свободу, прикрывающую собою эксплуатацію и т. п., это чистѣйшая декламація. Изъ того, что свободой договора можно злоупотреблять, вовсе не слѣдуетъ, что она должна быть упразднена Съ такимъ же правомъ можно требовать упраздненія всѣхъ острыхъ орудій, потому что ими сплошь и рядомъ причиняютъ зло, можно требовать упраздненія искусства, потому что уродливыя проявленія его даютъ въ результатѣ порнографію и кафе-шантанъ. Вотъ почему если государство и можетъ стремиться парализовать нѣкоторыя наиболѣе рѣзкія злоупотребленія свободой договоровъ, то во всякомъ случаѣ оно должно помнить, что посягательство на существующій институтъ договора было бы посягательствомъ на самую сущность права, а стало быть въ концѣ концовъ не прошло бы безнаказаннымъ и для самого государства.

§ **532**. Сказанное по поводу договора примѣнимо къ большинству основныхъ институтовъ частнаго права: собственности, наслѣдству и т. д. Разгоряченная фантазія, партійныя страсти и научная односторонность могутъ говорить, что все частное имущество есть въ сущности „общественное" достояніе, что собственникъ есть лишь управляющій, дѣйствующій по порученію государства; но трезвая наука, остающаяся на почвѣ фактовъ и не разрывающая связи съ философіей, скажетъ, что никакого права на имущества частныхъ лицъ государство не имѣетъ, т. к. эти имущества созданы не имъ, а энергіей и дѣятельностью частныхъ лицъ.

А такъ какъ эта дѣятельность и энергія есть источникъ всей жизни государства, такъ какъ „личность есть краеугольный камень всего общественнаго зданія", то очевидно, что государство должно очень и очень остерегаться посягать на то начало, которое является необходимымъ предположеніемъ для энергіи и само-

дѣятельности личности, т. е. на свободу. Конечно, объемъ предоставляемой личности свободы не можетъ быть одинъ и тотъ-же для всѣхъ временъ и народовъ; конечно, бываютъ періоды, когда государство должно расширить сферу своей дѣятельности, должно даже взять на себя такія задачи, которыя при болѣе высокой степени культуры разрѣшаются личной и общественной самодѣятельностью. Но во всякомъ случаѣ идеаломъ является не съуженіе, а расширеніе свободы личности, не опека надъ взрослыми людьми, а предоставленіе имъ свободно достигать поставленныхъ цѣлей.

Надо твердо помнить, что государство и не можетъ, и не должно стремиться къ уничтоженію *всѣхъ* соціальныхъ золъ Если бы оно поставило себѣ такую задачу, если бы оно захотѣло осуществить Царствіе Божіе на землѣ путемъ созданія соотвѣтствующаго правопорядка, то въ результатѣ такого стремленія получился бы самый невыносимый деспотизмъ власти, какой только можно себѣ представить, не говоря уже о томъ, что намѣченная цѣль все таки не была бы достигнута. И понятно почему: для достиженія этой завѣтной цѣли право служитъ лишь *однимъ* изъ средствъ, *и можетъ производить благопріятные эффекты лишь въ свойственной ему области* А для смягченія неизбѣжной жесткости права существуютъ другія этическія силы. Эти же силы проявляютъ свои благодѣтельные эффекты въ такихъ областяхъ, гдѣ вмѣшательство власти было бы безполезнымъ, или даже вреднымъ.

§ **533**. *Вопросъ о т. наз. прирожденныхъ правахъ*. Выше было указано, что изъ каждой юридической нормы вытекаютъ соотвѣтствующія субъективныя права. Изъ этого многіе ученые дѣлаютъ выводъ, что *всѣ безъ исключенія* субъективныя права являются продуктомъ даннаго правопорядка. Отсюда дальнѣйшій выводъ: личность обладаетъ только такими правами, какія находитъ нужнымъ дать государство.

Такое положеніе можетъ быть признано правильнымъ лишь съ точки зрѣнія позитивизма и технической юриспруденціи. Но философія права не довольствуется изученіемъ одной поверхности, и поэтому должна идти дальше. Она ставитъ вопросъ: дѣйствительно ли человѣкъ обладаетъ только такими правами, какія предоставляетъ ему данный правопорядокъ?

Чтобы правильно рѣшить этотъ вопросъ, достаточно видоизмѣнить его слѣдующимъ образомъ: въ силу чего человѣкъ имѣетъ право на жизнь, въ силу ли предоставленія ему этого права государствомъ, или только потому, что онъ человѣкъ? Каждый непред-

убѣжденный человѣкъ, не ослѣпленный кабинетною „ученостью“, отвѣтитъ на этотъ вопросъ правильно. Онъ скажетъ, что имѣетъ право жить независимо отъ соизволенія государства. А философія права къ этому добавитъ, что если государство издаетъ законы, ограждающіе человѣческую жизнь отъ посягательствъ, то это значитъ, что оно *гарантируетъ* прирожденное человѣку право на жизнь, но не *создаетъ* его. Между прочимъ изъ этого права выводится право личности на т. наз. необходимую оборону.—Право защищать свою жизнь отъ незаконныхъ посягательствъ не зависитъ отъ разрѣшенія государства: *это естественное субъективное право.*

Такимъ образомъ мы признаемъ существованіе субъективныхъ правъ, независящихъ отъ какого бы то ни было правопорядка, предшествующихъ всякому правопорядку. Это права, непосредственно вытекающія изъ абсолютной идеи права и ея опредѣленій, т. е. изъ нормъ естественнаго права.

§ **534**. Какъ извѣстно, ученіе о т. наз. прирожденныхъ правахъ въ настоящее время считается сданнымъ въ архивъ науки. Причиной такого отрицательнаго отношенія современной науки къ этому ученію является господство позитивизма. Но и сами защитники „прирожденныхъ правъ“ не мало способствовали паденію теоріи.

Дѣло въ томъ, что ученіе о прирожденныхъ правахъ находится въ самой непосредственной связи съ ученіемъ о естественномъ правѣ. И вотъ, стоитъ только усвоить неправильное воззрѣніе на сущность естественнаго права, какъ логическимъ результатомъ явится совершенно непригодная теорія прирожденныхъ правъ. Напр , если подъ естественнымъ правомъ понимать идеальный кодексъ нормъ, то мы получимъ необозримую массу субъективныхъ „прирожденныхъ“ правъ, вытекающихъ изъ каждой такой нормы. Или,—если естественнымъ правомъ называть идеалы, къ которымъ по мнѣнію „руководящей части общества“ долженъ стремиться данный правопорядокъ, въ результатѣ получимъ другую картину прирожденныхъ правъ.

И мы видимъ, что между представителями ученія о прирожденныхъ правахъ господствовало разногласіе относительно количества и формулировки этихъ правъ. Ясное дѣло, что субъективное правосознаніе отдѣльныхъ ученыхъ играло здѣсь главную роль: результаты этого правосознанія выдавались за нормы естественнаго права, а изъ этихъ нормъ выводились соотвѣтствующія прирожденныя права.

До послѣдняго времени мы видимъ примѣры такого рода мнимыхъ правъ, напр. знаменитыя соціалистическія „права“ на трудъ и на полный продуктъ труда, или новѣйшее „право“ на достойное человѣческое существованіе. Такія субъективныя права могли бы существовать только тогда, когда правопорядокъ содержалъ бы въ себѣ соотвѣтствующія юридическія нормы. А такъ какъ такихъ нормъ нѣтъ, то напр. о „правѣ на трудъ“ можно говорить лишь, какъ о продуктѣ субъективнаго правосознанія, какъ о пожеланіяхъ для будущаго правопорядка, пожеланіяхъ, выраженныхъ нѣкоторыми группами населенія. Что же касается квалификаціи „права на трудъ“, какъ права естественнаго, то здѣсь очевидная грубая ошибка: изъ естественнаго права можно вывести лишь (субъективное) право *трудиться* (т. е. право свободно избирать любой трудъ), но никоимъ образомъ не право требовать, чтобы государство обезпечило работу для каждаго желающаго трудиться

§ **535**. Въ первой части курса мы изложили теорію естественнаго права. Тамъ было указано на опасность чрезмѣрнаго увеличенія количества нормъ естественнаго права, на необходимость осторожности при формулировкѣ этихъ нормъ, и на то, что онѣ имѣютъ самый общій характеръ, нигдѣ и никогда не возбуждающій никакихъ сомнѣній (напр. воздай каждому свое, соблюдай заключенный договоръ, не посягай на чужое право, и т. п.). И несомнѣнно, что разъ существуютъ нормы естественнаго права, предшествующія всякому положительному праву, составляющія основу всякаго правопорядка, то изъ этихъ нормъ вытекаютъ соотвѣтствующія субъективныя права: право на жизнь, на честь, право не быть превращаемымъ въ вещь, право на свободное пользованіе законно принадлежащимъ имуществомъ и т. д.

Но мы видѣли, что реальное бытіе и полную обезпеченность начала естественнаго права получаютъ только путемъ реализаціи въ положительномъ правѣ, которое дѣлаетъ логическіе выводы изъ этихъ началъ и создаетъ въ развитіе и дополненіе ихъ соотвѣтственныя юридическія нормы. — Сообразно съ этимъ и естественныя субъективныя права только въ положительномъ правѣ получаютъ реальное бытіе и надлежащія гарантіи. Но еще разъ повторимъ: изъ того, что положительное право гарантируетъ естественныя субъективныя права, вовсе не слѣдуетъ, что оно ихъ создаетъ. — Само собою разумѣется, что всѣ остальныя субъектив-

ныя права существуютъ только благодаря наличности соотвѣтствующихъ нормъ положительнаго права.

Въ заключеніе отмѣтимъ, что изъ началъ естественнаго права вытекаютъ субъективныя права не только отдѣльныхъ личностей (какъ во взаимныхъ отношеніяхъ другъ къ другу, такъ и въ отношеніяхъ между личностью и государствомъ), но и права государства по отношенію къ личности и ко всему населенію: напр. право требовать подчиненія въ опредѣленныхъ границахъ, право требовать извѣстныхъ матеріальныхъ и духовныхъ услугъ для нуждъ государства, право примѣнять принудительныя мѣры для охраны правопорядка*) и т. д.

§ **536.** *Составъ юридическихъ отношеній.* Каждое юридическое отношеніе можетъ быть разложено на элементы. Что касается количества этихъ элементовъ, то вопросъ является спорнымъ. Одни ученые находятъ коренную разницу между отношеніями частнаго и публичнаго права, и сообразно съ этимъ неодинаково опредѣляютъ количество элементовъ обѣихъ группъ отношеній; въ отношеніяхъ публичнаго права они находятъ три элемента: 1) субъекты, 2) объектъ и 3) правовая обязанность; въ отношеніяхъ частнаго права—четыре элемента: 1) субъекты, 2) объектъ, 3) правовая обязанность и 4) субъективное право. Другіе ученые (большинство) признаютъ, что юридическія отношенія какъ частнаго, такъ и публичнаго права, имѣютъ тождественный составъ, и что поэтому субъективное право является необходимымъ элементомъ всякаго юридическаго отношенія. Тѣмъ не менѣе и среди этихъ ученыхъ существуетъ разногласіе относительно количества элементовъ, входящихъ въ составъ юридическаго отношенія; напр. одни ученые признаютъ право и обязанность двумя элементами, другіе—оба указанные элемента объединяютъ въ одно понятіе юридической связи между субъектами.

Выше было разобрано то направленіе научной мысли, которое отрицаетъ существованіе публичныхъ субъективныхъ правъ. Мы видѣли, что такія права существуютъ. Мы видѣли, что центромъ тяжести всякаго юридическаго отношенія является субъективное право Отсюда ясно, что составъ юридическихъ отношеній во всѣхъ областяхъ правовой жизни одинъ и тотъ-же. По поводу признанія правовой обязанности самостоятельнымъ элементомъ

*) Этимъ рѣшается знаменитый вопросъ, такъ занимающій криминалистовъ, вопросъ о т. н. правѣ наказанія (jus puniendi).

юридическихъ отношеній необходимо напомнить сказанное раньше а именно: въ правовой жизни обязанность самостоятельнаго значенія не имѣетъ, а представляетъ собою оборотную сторону права.

§ **536**[1]. Послѣ этихъ замѣчаній мы должны признать, что въ юридическихъ отношеніяхъ можно открыть только слѣдующіе элементы: субъекты, объекты и субъективныя права (съ соотвѣтствующими обязанностями)

А для правильнаго рѣшенія вопроса о количествѣ элементовъ въ каждомъ юридическомъ отношеніи, необходимо припомнить, что юридическія отношенія бываютъ двухъ типовъ: основныя и производныя. Въ *основныхъ* юридическихъ отношеніяхъ мы имѣемъ два вида: 1) отношенія, въ которыхъ есть только субъектъ права, но нѣтъ спеціальнаго субъекта обязанности (напр. отношеніе человѣка къ вещи при правѣ собственности), и 2) отношенія, въ которыхъ существуютъ взаимно связанные субъекты и правъ, и обязанностей (напр. при договорахъ личнаго найма). Въ отношеніяхъ перваго вида мы находимъ три элемента: субъектъ, объектъ и субъективное право: въ отношеніяхъ второго вида—четыре: субъектъ права, субъектъ обязанности, объектъ и субъективное право (этотъ элементъ выражается въ правѣ на одной сторонѣ и соотвѣтствующей обязанности на другой).

Что касается *производныхъ* отношеній, то очевидно, что въ нихъ всегда должно быть четыре элемента (вѣдь онѣ возникаютъ всегда на почвѣ конфликтовъ между людьми): 1) субъектъ права. 2) субъектъ обязанности, такъ или иначе не исполняющій своей обязанности, или нарушающій чужое право, 3) объектъ и 4) субъективное право, *проявляющееся въ видѣ притязанія* (ему соотвѣтствуетъ обязанность „пассивнаго“ субъекта). Нашему изученію подлежитъ каждый изъ названныхъ элементовъ юридическихъ отношеній, т. е. субъектъ, объектъ и субъективное право*).

---

*) Мы видѣли, что матеріальной основой, на которой строятся юридическія отношенія, являются бытовыя отношенія. Тамъ же было указано, что юридическое отношеніе не покрываетъ собою цѣликомъ соотвѣтствующаго бытового отношенія, а представляетъ собою только одну сторону его. Вотъ почему въ бытовыхъ отношеніяхъ можно открыть массу всевозможныхъ элементовъ, между тѣмъ какъ въ юридическихъ—только указанные въ текстѣ.

ГЛАВА II.

Субъектъ юридическихъ отношеній.

§ 537. Omne jus hominum causa constitutum est. Право существуетъ только въ человѣческомъ общежитіи, юридическія нормы адресованы къ существамъ, способнымъ руководствоваться ими, т. е только къ людямъ; юридическія нормы регулируютъ поведеніе людей. Регулировать поведеніе людей—значитъ возлагать на нихъ извѣстныя обязанности и предоставлять имъ тѣ или другія права. Права и обязанности можетъ имѣть только человѣкъ. Отсюда выводъ: *субъектами юридическихъ отношеній могутъ быть только люди.*

Какъ ни очевидно, какъ ни логично это положеніе, но въ наукѣ существуютъ теоріи, значительно расширяющія кругъ субъектовъ юридическихъ отношеній. Представители этихъ теорій находятъ, что субъектами юридическихъ отношеній могутъ быть не только люди, но и животныя, и вещи. Напр., Беккеръ въ своей работѣ о денежныхъ бумагахъ, напечатанной въ 1887 г., доказывалъ, что бумага на предъявителя есть юридическій субъектъ, носитель требованія; а въ позднѣйшей работѣ о субъектѣ права тотъ же ученый утверждалъ, что такимъ субъектомъ можетъ быть не только человѣкъ, но и вещь, и безтѣлесное отношеніе. По мнѣнію Беккера наслѣдодатель можетъ оставить наслѣдство въ пользу своего вѣрнаго пса, своей старой лошади, въ пользу картины, съ которой у него связана масса воспоминаній. Даже возможны иски отъ имени лягавой собаки Тираса и англійской кобылы Беллоны, хотя судъ на первое время и былъ бы удивленъ такими исками (Jahrbucher für die Dogmatik etc. XII, 27).

Мы привели Беккера, какъ наиболѣе послѣдовательнаго и яркаго представителя разсматриваемаго направленія. Другіе ученые этого направленія не дѣлаютъ всѣхъ логическихъ выводовъ изъ своихъ основныхъ положеній, а поэтому ихъ теоріи и не кажутся такими абсурдами, какъ теорія Беккера.

§ 538. Въ основѣ всѣхъ этихъ теорій лежитъ догматъ о всемогуществѣ правопорядка, который можетъ создавать субъектовъ права по мѣрѣ надобности. Отсюда выводъ: субъектъ права—это чисто формальная юридическая категорія, существующая для нуждъ юридической техники. Поэтому законодатель можетъ объ-

явить субъектомъ права что угодно. Съ другой стороны—человѣкъ является субъектомъ юридическихъ отношеній не потому, что онъ человѣкъ, а потому, что положительное право снабжаетъ его этимъ качествомъ.

Съ перваго взгляда все это кажется правильнымъ, т. к. повидимому подтверждается фактами. Исторія права показываетъ намъ, что субъектами юридическихъ отношеній признавались не только люди, но и животныя, и неодушевленые предметы, и боги, и сверхъестественныя существа и т. д. (напр., процессы противъ животныхъ продолжались до начала 18 столѣтія). Далѣе, мы видимъ, какимъ измѣненіямъ подвергалось въ исторіи положеніе личности, какъ субъекта юридическихъ отношеній, начиная съ рабства, кончая признаніемъ правоспособности за каждымъ человѣкомъ. Наконецъ современная правовая жизнь даетъ не мало примѣровъ, могущихъ внушить мысль, что правопорядокъ можетъ создавать субъектовъ юридическихъ отношеній и помимо отдѣльныхъ личностей (напр. субъектами юридическихъ отношеній являются города, университеты, благотворительныя учрежденія и т. п.).

§ **539**. Но если для цѣлей технической юриспруденціи, для догматическаго изученія права можно исходить изъ положенія о всемогуществѣ правопорядка, можно утверждать, что субъектъ права есть чисто формальная юридическая категорія, то для философіи права это значило бы остановиться на поверхности изучаемаго предмета.

Мы знаемъ, что юридическія отношенія возникаютъ на основѣ бытовыхъ отношеній, а слѣдовательно нельзя говорить о „всемогуществѣ“ правопорядка, о творческой роли права безъ серіозныхъ оговорокъ: право никогда не можетъ создать того, для чего нѣтъ надлежащей почвы въ бытовыхъ отношеніяхъ.

Но кромѣ бытовыхъ отношеній (конкретная соціальная среда) факторами развитія права являются 1) абсолютная идея права и ея опредѣленія и 2) свободное творчество личности (ср. § 290—291). Это творчество при всей своей свободѣ, связано съ одной стороны данными условіями конкретной соціальной среды, а съ другой—основными началами естественнаго права. А такъ какъ эти начала въ ихъ развитіи сознаются людьми различно въ зависимости отъ общаго уровня культуры, то исторія права по интересующему насъ вопросу даетъ большое разнообразіе: субъектами

юридическихъ отношеній считались и боги, и сверхъестественныя существа, и животныя, и вещи.

Тѣмъ не менѣе эта же самая исторія права обнаруживаетъ тенденцію къ ограниченію понятія субъекта юридическихъ отношеній: чѣмъ выше становится уровень культуры, тѣмъ отчетливѣе сознается, что такими субъектами могутъ быть только люди. Съ другой стороны сознается, что *человѣкъ становится субъектомъ юридическихъ отношеній только потому, что онъ человѣкъ*: положительное право лишь закрѣпляетъ за нимъ это качество, гарантируетъ личности свободную дѣятельность въ качествѣ субъекта и опредѣляетъ извѣстныя формальныя условія для такой дѣятельности.

Вотъ почему для философіи права понятіе субъекта юридическихъ отношеній тѣсно связано съ понятіемъ личности: первое понятіе предполагаетъ существованіе второго.

Но само собою разумѣется, что субъектъ юридическихъ отношеній и личность—понятія не тождественныя: *второе понятіе шире и заключаетъ въ себѣ первое, какъ одно изъ своихъ проявленій; субъектъ юридическихъ отношеній есть только одна сторона личности*).*

§ **540**. Положительное право культурныхъ государствъ сравнительно очень недавно усвоило вытекающее изъ началъ естественнаго права положеніе, что человѣкъ является субъектомъ юридическихъ отношеній въ силу того, что онъ человѣкъ (еще до половины прошлаго вѣка нѣкоторыя европейскія законодательства признавали рабство). Это положеніе лучше всего формулировано въ ст. 13 швейцарскаго кодекса, которая гласитъ: „Правоспособенъ каждый. Всѣ люди, въ границахъ правопорядка, одинаково способны имѣть права и нести обязанности“.

---

*) Изъ всего сказаннаго ясно, что утвержденіе одного изъ нашихъ ученыхъ, будто юристу нѣтъ никакого дѣла до философскаго понятія личности, есть плодъ недоразумѣнія точно также, какъ и упрекъ его большинству юристовъ, которые рѣшали проблему субъекта права, отправляясь отъ понятія личности: такой пріемъ не только не есть „коренная методологическая ошибка“, а единственно правильный путь для научнаго рѣшенія вопроса. Вотъ что значитъ отрывать общую теорію права отъ философіи права! При такомъ разрывѣ совершенно естественно говорить, что „субъектъ права—это формально-юридическая категорія“, что „съ логической стороны нѣтъ препятствій для того, чтобы на ряду съ людьми и другія существа могли быть разсматриваемы, какъ субъекты права“ и т. п.

Теорія положительнаго права выражаетъ это положеніе въ понятіи *правоспособности*, т. е способности быть субъектомъ юридическихъ отношеній. Такую правоспособность, принципально принадлежащую каждому человѣку, слѣдуетъ называть *абстрактной или общей правоспособностью.*

Отъ абстрактной правоспособности надо отличать *конкретную, или специальную правоспособность*, т. е. способность обладать тѣмъ или другимъ субъективнымъ правомъ въ предѣлахъ даннаго правопорядка (напр. правомъ занимать судейское кресло). Всѣ люди обладаютъ общей правоспособностью, но объемъ специальной правоспособности зависитъ отъ цѣлаго ряда условій, опредѣляемыхъ правопорядкомъ.

Далѣе, теорія различаетъ *активную* и *пассивную* правоспособность. Активная правоспособность есть способность обладать субъективными правами, пассивная правоспособность есть способность нести юридическія обязанности и совершать соотвѣтственныя дѣйствія.

§ **541** Отъ понятія правоспособности теорія различаетъ понятіе *дѣеспособности*, т. е способности лично совершать юридическія дѣйствія

Понятіе правоспособности шире понятія дѣеспособности: можно обладать извѣстными субъективными правами, и въ то же время не быть способнымъ совершать лично юридическихъ дѣйствій для осуществленія своихъ правъ. Напр ребенокъ можетъ быть собственникомъ имущества, но не можетъ лично распорядиться имъ. Недостатокъ дѣеспособности восполняется представительствомъ: отъ имени малолѣтняго совершаетъ юридическія дѣйствія его опекунъ.

Подобно правоспособности и дѣеспособность бываетъ общая и спеціальная, активная и пассивная. Общая дѣеспособность относится ко всѣмъ безъ исключенія юридическимъ дѣйствіямъ, спеціальная лишь къ нѣкоторымъ. Активная дѣеспособность есть способность къ дѣйствіямъ, въ результатѣ которыхъ возникаетъ субъективное право; при пассивной дѣеспособности—возникаетъ обязанность. Примѣръ спеціальной пассивной дѣеспособности—способность обязываться векселями.

Нѣкоторые ученые находятъ господствующее въ наукѣ раздѣленіе понятій право- и дѣеспособности не выдерживающимъ критики и предлагаютъ отожествить оба понятія, какъ неразрывно связанныя другъ съ другомъ. Такимъ образомъ по этому воззрѣ-

нію кто правоспособенъ, тотъ eo ipso дѣеспособенъ и наоборотъ. Недѣеспособность можетъ быть только фактической, но не юридической.

Но поводу этого мнѣнія надо замѣтить, что правовая жизнь знаетъ случаи, когда понятія право- и дѣеспособности такъ сливаются, что между ними нельзя провести различія. Это бываетъ тогда, когда правопорядокъ не допускаетъ совершенія юридическихъ дѣйствій черезъ представителя; напр. составленіе духовнаго завѣщанія, право вступленія въ бракъ, право отправленія правосудія, избирательное право.

Но не смотря на то, что различіе между разсматриваемыми понятіями стирается въ нѣкоторыхъ случаяхъ, не смотря на то, что этого различія не существуетъ въ нѣкоторыхъ правопорядкахъ (его нѣтъ напр. во французскомъ правѣ), господствующее мнѣніе въ наукѣ должно быть признано правильнымъ: теоретически эти понятія различны. Малолѣтній монархъ представляетъ собою такого же главу государства, какъ и совершеннолѣтній, онъ обладаетъ такими же правами; но пока не наступилъ требуемый конституціей возрастъ, монархъ далеко не всѣ свои права можетъ осуществлять путемъ личныхъ дѣйствій. И здѣсь нельзя говорить, что мы имѣемъ дѣло съ *фактической* дѣеспособностью: вѣдь за двѣ недѣли до наступленія срока совершеннолѣтія монархъ фактически можетъ совершать всѣ дѣйствія для осуществленія своихъ правъ, но въ виду отсутствія дѣеспособности эти дѣйствія лишены юридическаго характера.

Практическое значеніе различенія понятій право- и дѣеспособности обнаруживается въ томъ, что недостатокъ дѣеспособности восполняется представительствомъ, между тѣмъ какъ относительно правоспособности не можетъ быть и рѣчи о представительствѣ*).

§ **542**. Мы видѣли, что общая (абстрактная) правоспособность принадлежитъ каждому человѣку. Она представляетъ собою одно

---

*) До чего можетъ доводить отожествленіе этихъ понятій, видно изъ книги *Hölder'a* Natürliche und juristische Personen. 1905. Этотъ ученый изъ отсутствія у дѣтей и сумасшедшихъ дѣеспособности дѣлаетъ выводъ, что они также лишены и правоспособности, они не могутъ быть субъектами правъ. Правовое положеніе дѣтей и сумасшедшихъ представляетъ много затрудненій для реалистическихъ теорій права, между тѣмъ какъ съ точки зрѣнія идеалистическихъ теорій дѣло очень просто: право охраняетъ *личность, какъ таковую*, независимо отъ оболочки, въ которую воплощена духовная основа личности.

изъ проявленій въ терминахъ положительнаго права начала самоцѣнности личности. Вотъ почему нельзя говорить, что „правоспособность есть *всецѣло* созданіе объективнаго права“, что человѣкъ становится субъектомъ правъ исключительно въ силу велѣнія положительнаго права. Если бы право было всецѣло продуктомъ государства, это было бы такъ. Но положительное право есть реализація абсолютныхъ началъ естественнаго права въ данной соціальной средѣ, а въ числѣ этихъ началъ находится свобода и самоцѣнность личности, значеніе которой далеко не исчерпывается тѣмъ, что она есть членъ общежитія. Отсюда логическій выводъ: человѣкъ правоспособенъ въ силу того, что онъ человѣкъ; положительное право не *создаетъ* этого свойства личности, а лишь констатируетъ и гарантируетъ. Всѣ историческія измѣненія и колебанія понятія правоспособности доказываютъ только одно, а именно: и это понятіе, подобно многимъ другимъ, далеко не сразу сознается людьми, далеко не сразу и не одинаково реализуется въ жизни.

Но все это относится только къ абстрактной, общей правоспособности. Что же касается конкретной, спеціальной правоспособности, то она находится въ самой тѣсной связи съ условіями мѣста и времени, а посему объемъ ея не можетъ быть одинаковъ для всѣхъ временъ и народовъ. Кромѣ того изъ самой природы правопорядка вытекаетъ необходимость различныхъ степеней спеціальной правоспособности. Вотъ почему, если ограниченія общей правоспособности въ современномъ культурномъ государствѣ мы находимъ принципіально недопустимыми, если существующіе еще случаи такого ограниченія мы относимъ на счетъ несовершенства даннаго правопорядка, то ограниченія спеціальной правоспособности никоимъ образомъ не допускаютъ такого общаго принципіальнаго отрицанія.

Рѣчь можетъ идти только о справедливости или *цѣлесообразности* каждаго даннаго ограниченія спеціальной правоспособности. А для разрѣшенія этихъ вопросовъ прежде всего необходимо знать природу вещей данной соціальной среды. Только самое тщательное изученіе условій мѣста и времени можетъ спасти отъ узкаго доктринерства, которое иногда въ своемъ отрицательномъ отношеніи къ нѣкоторымъ ограниченіямъ спеціальной правоспособности приближается къ газетной болтовнѣ.

§ **543.** Такимъ образомъ опредѣленіе условій спеціальной правоспособности есть дѣло положительнаго права. Философія права

можетъ дать только самыя общія руководящія указанія. Эти указанія сводятся къ слѣдующимъ.

Всякое ограниченіе спеціальной правоспособности должно вытекать изъ природы данныхъ соціальныхъ отношеній. Надо остерегаться чрезмѣрно увеличивать количество ограниченій; возникающія сомнѣнія должны быть толкуемы въ пользу расширенія правоспособности. Необходимо избѣгать созданія искусственныхъ перегородокъ между людьми, препятствующихъ установленію *юридическаго* равенства всѣхъ гражданъ. Историческія переживанія, находящіяся въ противорѣчіи съ существующимъ уровнемъ культуры и общаго правосознанія, должны быть уничтожаемы.

Примѣромъ такихъ историческихъ переживаній можетъ служить ограниченіе спеціальной правоспособности лицъ не-дворянскаго происхожденія для поступленія въ нѣкоторыя учебныя заведенія, для занятія нѣкоторыхъ должностей и т. п. Эти ограниченія въ настоящее время потеряли всякій смыслъ и представляютъ собою совершенно искусственныя перегородки между людьми *)

§ 544. Положительное право ограничиваетъ спеціальную правоспособность по различнымъ основаніямъ. Всѣ эти основанія можно свести къ нѣсколькимъ группамъ: 1) физическія, 2) духовныя, 3) общественныя, 4) карательныя и 5) основанія, вытекающія изъ несовмѣстимости нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній.

---

*) Только что сказанное никоимъ образомъ не должно быть толкуемо въ смыслѣ необходимости „демократизаціи“ общества. Аристократическое начало представляетъ собою громадную культурную силу, и благо той странѣ, гдѣ существуетъ *настоящая* аристократія, т. е. сильная не чисто-внѣшними преимуществами надъ остальными общественными группами, а своими внутренними качествами: высокимъ уровнемъ культуры, накопленными традиціями, политическимъ опытомъ, здоровымъ консерватизмомъ и т. п. Такой аристократіи нельзя создать искусственными мѣрами. Правильно говоритъ Чичеринъ: „Уваженіе къ высокому положенію является и политическимъ, и нравственнымъ требованіемъ, когда это положеніе дается высокими качествами, образованіемъ, заслугами; когда же люди раздѣляются на высшую и низшую породу единственно по физическому происхожденію, то противъ этого возмущается человѣческое достоинство, равное во всѣхъ. Если же внутреннее содержаніе находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ внѣшнимъ почетомъ, если чванство и могущество прикрываютъ полную внутреннюю пустоту, невѣжество и неспособность, то преимущества и почести, воздаваемыя знатнымъ лицамъ, не могутъ не возбуждать негодованія во всякой благородной душѣ, дорожащей общимъ благомъ и нравственнымъ характеромъ общественныхъ отношеній“. (Курсъ госуд. науки. III, 161).

Физическія основанія ограниченія правоспособности въ громадномъ большинствѣ случаевъ не возбуждаютъ принципіальныхъ сомнѣній. Сюда относятся трѣбованія достиженія опредѣленнаго возраста для полученія нѣкоторыхъ должностей, для обладанія нѣкоторыми политическими правами; требованія отсутствія извѣстныхъ физическихъ недостатковъ для вступленія въ нѣкоторыя юридическія отношенія и т. п. Нельзя, напр., глухому человѣку получить судейское кресло, нельзя послать въ парламентъ законодательствовать юношу 20 лѣтъ. Въ частности что касается возраста, какъ условія для занятія нѣкоторыхъ должностей, то онъ долженъ быть *значительно* повышенъ сравнительно съ существующимъ нынѣ предѣломъ. Разумѣемъ такія должности, которыя предполагаютъ въ своихъ носителяхъ большой житейскій опытъ, полную духовную зрѣлость, уравновѣшенность и авторитетность. Къ такимъ должностямъ въ первую голову относится судейская. И если сравнить англійскаго судью, по общему правилу человѣка лѣтъ за 50—60, и нашего единоличнаго судью, сплошь и рядомъ недавно сошедшаго со школьной скамьи, то результаты получатся весьма назидательные. Слишкомъ низокъ также и минимальный возрастъ для членовъ парламентовъ

Къ физическимъ основаніямъ относятся ограниченія спеціальной правоспособности для женщинъ: онѣ не могутъ занимать государственныхъ должностей, быть членами парламентовъ, не могутъ имѣть многихъ политическихъ правъ и т. д.

Какъ извѣстно, въ послѣднее время ведется сильная агитація въ пользу полнаго уравненія правъ мужчинъ и женщинъ *во всѣхъ отношеніяхъ*. Въ положительномъ правѣ начинаютъ появляться отраженія этой агитаціи въ видѣ предоставленія женщинамъ нѣкоторыхъ должностей и расширенія ихъ политическихъ правъ. На эти отраженія указываютъ какъ на симптомы наступленія лучшаго будущаго, т. е. полнаго равенства обоихъ половъ.

Несомнѣнно, что многія изъ существующихъ ограниченій правоспособности женщинъ представляютъ собою историческія переживанія, и должны быть признаны ненормальными явленіями правовой жизни. Несомнѣнно, что безусловная подчиненность женщины несовмѣстима съ высокимъ уровнемъ культуры. Несомнѣнно наконецъ, что въ общей работѣ человѣчества для достиженія Царства Божія участіе женщины столь же цѣнно и необходимо, какъ и участіе мужчины. Какимъ бы женоненавистникомъ ни былъ наблюдатель, онъ во всякомъ случаѣ долженъ признать,

что всѣ болѣе рѣзкія проявленія звѣря въ человѣкѣ, внушающія отвращеніе тонко чувствующимъ натурамъ, встрѣчаются у женщинъ лишь въ видѣ исключенія, что женщина есть носительница того драгоцѣннаго начала, которое подъ именемъ „вѣчно женственное“ вызывало поклоненіе во всѣ времена. Это начало благодаря своимъ многочисленнымъ благотворнымъ проявленіямъ служитъ такимъ же важнымъ факторомъ культуры, какъ и то, проявленіемъ котораго надо считать Будду, Мойсея, Зороастра, Пиѳагора, Платона, Фидія, Софокла, Гегеля, Канта, Баха, Моцарта, Бетховена, Галилея, Коперника, Карла Великаго, Наполеона, и т. д. Вездѣ, гдѣ требуется развитіе высшей творческой силы, женщина уступаетъ мужчинѣ; но не надо забывать 1) что безъ „вѣчно женственнаго“ не могла бы развиться эта творческая сила, 2) что она приняла бы одностороннее направленіе, и человѣчество выродилось бы въ изображенныхъ Уэльсомъ марсіанъ и 3) что изъ общаго преобладанія творческихъ силъ у мужчины вовсе не слѣдуетъ, что каждый мужчина будетъ въ этомъ отношеніи выше каждой женщины.

§ 544[1]. Изъ всего сказаннаго не трудно сдѣлать выводы. Различный характеръ половъ и различное ихъ назначеніе необходимо вызываетъ и различіе правъ. „Подводить оба пола подъ одну общую категорію человѣческой личности и, вслѣдствіе того, требовать для нихъ одинаковыхъ правъ во всѣхъ сферахъ человѣческой дѣятельности, не принимая во вниманіе ни различія свойствъ, ни различія назначенія, можно только при самомъ поверхностномъ отношеніи къ предмету“. (Чичеринъ. Философія права). Ограниченіе спеціальной правоспособности женщинъ требуется и физической ея природой, и естественнымъ ея назначеніемъ—быть центромъ семьи, оживляющимъ ея духомъ, отъ котораго зависитъ все семейное счастье. Семья есть та соціальная ячейка, здоровье которой обусловливаетъ собою здоровье всего соціальнаго цѣлаго. Вотъ почему правопорядокъ долженъ избѣгать всего, что можетъ такъ или иначе дѣйствовать разлагающимъ образомъ на семью.

Но если въ семьѣ преобладающая роль принадлежитъ женщинѣ, если обезпеченіе здѣсь ея правъ есть одна изъ важнѣйшихъ задачъ правопорядка, то преобладающая роль въ государствѣ принадлежитъ мужчинѣ. Стремленіе къ участію въ политической жизни, къ завоеванію активнаго и пассивнаго избирательнаго права и т. п.—все это проявленія того кризиса, который характеризуетъ собою современную соціальную и государственную

жизнь. Женщина—депутатъ парламента, женщина—судья, женщина—министръ, все это можетъ звучать нормально только для лицъ, окончательно потерявшихъ всякое чутье къ природѣ вещей, а дикіе подвиги англійскихъ суффражистокъ должны служить назидательнымъ memento для всѣхъ законодателей.

Само собою разумѣется, что ограниченія спеціальной правоспособности въ области политической жизни, и нѣкоторыя ограниченія въ области соціальной жизни нисколько не препятствуютъ пріобрѣтенію женщинами самаго широкаго образованія, и дѣятельности ихъ на различныхъ поприщахъ соціальной жизни Важно лишь установить, что цѣлый рядъ существующихъ ограниченій имѣетъ разумныя основанія, вытекающія изъ природы вещей.

§ **545**. Духовныя основанія ограниченія спеціальной правоспособности сводятся къ требованію извѣстныхъ умственныхъ и нравственныхъ качествъ для вступленія въ опредѣленныя юридическія отношенія. Напр., получить судейское кресло, каѳедру въ университетѣ, быть врачемъ, инженеромъ и т. д. можетъ только тотъ, кто обладаетъ прежде всего надлежащими знаніями. При этомъ необходимо замѣтить, что относительно нѣкоторыхъ изъ указанныхъ ограниченій рѣчь можетъ идти только о значительномъ повышеніи требованій. Въ государствахъ отсталыхъ мы наблюдаемъ несравненно меньше ограниченій этой категоріи, чѣмъ въ государствахъ, находящихся на высокихъ ступеняхъ культуры. Въ Россіи, напр., до сихъ поръ должность судьи можетъ получить человѣкъ не только безъ высшаго юридическаго образованія, но и безъ надлежащаго общаго образованія, а отвѣтственныя административныя должности, требующія отъ своихъ носителей прежде всего юридическихъ знаній, замѣщаются сплошь и рядомъ военными людьми.

Общественныя ограниченія представляютъ самую разнохарактерную и многочисленную группу, болѣе всего зависящую отъ условій конкретной соціальной среды. Къ этой группѣ главнымъ образомъ примѣнимы тѣ руководящія указанія, которыя сдѣланы въ § 543. Съ другой стороны жизнь показываетъ, что здѣсь законодатель менѣе всего можетъ проявлять свое творчество, и долженъ самымъ серіознымъ образомъ считаться съ данными мѣста и времени, съ установившимися бытовыми отношеніями. Сюда относятся ограниченія, обусловленныя общественнымъ положеніемъ, профессіей, вѣроисповѣданіемъ, національностью.

Примѣрами могутъ служить: ограниченія правоспособности евреевъ, монашествующихъ, запрещеніе содержателямъ питейныхъ заведеній быть городскими избирателями и т. д.

Карательныя ограниченія въ огромномъ большинствѣ случаевъ не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній (конечно только при томъ условіи, что они опредѣляются *судомъ*). Примѣры: инженеръ, обнаруживший свое невѣжество, лишается права производить постройки; врачъ, доказавшій на дѣлѣ, что дипломъ полученъ имъ по недоразумѣнію, лишается права практики; аптекарь, небрежно относящійся къ своимъ обязанностямъ, лишается права содержать аптеку и т. п.

Наконецъ цѣлый рядъ ограниченій вытекаетъ изъ несовмѣстимости правъ и обязанностей въ различныхъ юридическихъ отношеніяхъ. Напр. судья не можетъ занимать никакой другой должности, а также состоять на частной службѣ; министръ финансовъ не можетъ быть управляющимъ дѣлами какого нибудь промышленнаго синдиката и т п.

Изъ всего изложеннаго очевидно, что хотя общая правоспособность должна быть равной для всѣхъ, но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ равенства спеціальной правоспособности. Въ особенности это такъ въ области правъ политическихъ, гдѣ должно быть отведено надлежащее мѣсто *началу способности*.

§ **546**. Само собою разумѣется, что изъ того, что кто либо обладаетъ правоспособностью общей или спеціальной, далеко не всегда вытекаетъ, что онъ уже обладаетъ тѣмъ или другимъ субъективнымъ правомъ. Напр. можно имѣть ученую степень, написать рядъ научныхъ работъ (т. е. имѣть спеціальную правоспособность для полученія каѳедры) и тѣмъ не менѣе не имѣть права читать лекціи въ университетѣ; можно обладать всѣми условіями для полученія судейскаго кресла и не быть судьею и т. п

Но правовая жизнь знаетъ случаи, когда правоспособность и субъективное право совпадаютъ, когда достаточно обладать общей или спеціальной правоспособностью, чтобы обладать опредѣленнымъ субъективнымъ правомъ. Напр., законъ опредѣляетъ условія, при наличности которыхъ гражданинъ можетъ быть избирателемъ въ парламентъ; этимъ самымъ каждый, удовлетворяющій

указаннымъ условіямъ, получаетъ избирательное право*). Или когда ст. 17 Уст. Гр. Суд. говоритъ, что „каждый признается способнымъ отыскивать и защищать на судѣ свои права“, то здѣсь спеціальная правоспособность совпадаетъ съ субъективнымъ правомъ: напр., правомъ предъявить искъ (этому праву соотвѣтствуетъ обязанность суда принять искъ къ производству).

Различить обѣ указанныя категоріи случаевъ не трудно. Если для пріобрѣтенія субъективнаго права необходимъ *особый правопроизводящій фактъ, относящійся къ данному субъекту* (напр. покупка дома, назначеніе на должность, избраніе въ парламентъ), то правоспособность и субъективное право не совпадаютъ. Если же такого факта не требуется и данное субъективное право находится въ обладаніи неопредѣленнаго множества людей, тогда оба понятія сливаются.

§ **547.** Есть въ наукѣ мнѣніе, что субъектомъ правъ можетъ быть только живой человѣкъ. „Только живые люди правоспособны“ (Коркуновъ). Это мнѣніе находится въ тѣсной связи съ теоріей интересовъ, съ воззрѣніемъ, по которому субъектомъ правъ является тотъ, кто пользуется соотвѣтствующимъ интересомъ.

Теорія „живыхъ людей“ не можетъ удовлетворительно объяснить нѣкоторыхъ фактовъ правовой жизни, а посему является односторонней. Она не объясняетъ факта охраны жизни зародыша, факта охраны правъ лицъ безвѣстно отсутствующихъ, и въ особенности она неудовлетворительна для объясненія наслѣдственнаго права. Вѣдь если субъектомъ правъ можетъ быть только живой человѣкъ, то логическимъ выводомъ изъ этого должно быть отрицаніе возможности распространенія воли человѣка за предѣлы его физической жизни, отрицаніе права завѣщать свое

---

*) Иногда говорятъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ субъективнымъ правомъ, а со спеціальной правоспособностью (правомъ быть избирателемъ). По поводу этого невѣрнаго мнѣнія ср. окончаніе примѣчанія къ § 525. Неправильность отрицанія въ разсматриваемомъ случаѣ субъективнаго права сдѣлается еще очевиднѣе, если мы сравнимъ т. наз. активное избирательное право (право избирать) съ т. наз. пассивнымъ избирательнымъ правомъ (правомъ быть избраннымъ). Тогда окажется, что о субъективномъ правѣ можно говорить лишь въ первомъ случаѣ, тогда какъ второй представляетъ собою не субъективное право, а спеціальную правоспособность: для пріобрѣтенія субъективнаго права (быть членомъ парламента) необходимъ актъ избранія. Отсюда ясно, что часто употребляемая терминологія „пассивное избирательное право“ должна быть отвергнута.

имущество. А между тѣмъ это право признается и всѣми законодательствами, и общежитейскимъ здравымъ смысломъ, и философскимъ мышленіемъ. Оспаривается оно только фантазирующими соціалистами*).

И здѣсь опять мы видимъ, что безъ философскаго понятія личности нельзя надлежащимъ образомъ конструировать юридическое понятіе субъекта правъ. Истиннымъ субъектомъ правъ является безсмертная духовная сущность личности, ноуменальное *я* человѣка, поскольку оно обнаруживается въ правовой жизни. А если такъ, то отсюда вытекаютъ слѣдующія важныя положенія: 1) личность принципіально уважается правопорядкомъ независимо отъ той оболочки, въ которую воплощено ноуменальное *я* и 2) правомѣрная воля субъекта производитъ юридическіе эффекты и послѣ его смерти.

§ **548. Проблема юридическихъ лицъ.** Современное право отрѣшилось отъ заблужденій прежнихъ временъ, и признаетъ субъектомъ юридическихъ отношеній только человѣка. Но на ряду съ

---

*) „Отвергать же возможность распространенія воли за предѣлы физической жизни значитъ не понимать самаго существа человѣческой личности и вытекающаго изъ нея права. Если цѣли человѣка продолжаются за предѣлы его жизни, если эти цѣли служатъ для него побужденіемъ къ дѣятельности, то онъ имѣетъ неотъемлемое право требовать, чтобы его воля уважалась и послѣ смерти, насколько этимъ не нарушается чужое право. Уваженіе къ волѣ умершаго есть дань, отдаваемая духовному естеству человѣка, признакъ высшаго его достоинства, какъ разумнаго существа, котораго мысль и воля не ограничиваются предѣлами физическаго существованія, а простираются въ безконечную даль. Оно представляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и право живыхъ, ибо на этомъ началѣ зиждется уваженіе къ собственной ихъ посмертной волѣ. Этимъ устанавливается связь поколѣній, которою держится все человѣческое развитіе, связь вмѣстѣ юридическая, нравственная и религіозная, ибо уваженіе къ волѣ умершаго, признаваемое правомъ, предписывается нравственностью и освящается религіей. Поэтому мы находимъ это начало у всѣхъ народовъ. Оно признается даже въ области публичнаго права. Если человѣкъ завѣщалъ сумму денегъ на устройство общественнаго учрежденія, то воля его исполняется и учрежденіе поддерживается, пока оно достигаетъ своего назначенія. Когда же, съ измѣненіемъ общественнаго быта, измѣняются и самыя его цѣли, то воля умершаго толкуется, какъ воля разумнаго человѣка, понимающаго измѣнившіяся потребности, и тогда завѣщанное имъ имущество получаетъ соотвѣтствующее назначеніе. Всякое законодательство, уважающее человѣческую личность, держится этихъ началъ, и чѣмъ выше уваженіе къ лицу, тѣмъ выше уваженіе къ его посмертной волѣ. Только голый матеріализмъ, отрицающій духовное значеніе лица и идеальный характеръ права, ограничиваетъ человѣческую волю предѣлами физической жизни". Чичеринъ. Собственность и государство. I, 226—227.

отдѣльными лицами субъектами юридическихъ отношеній въ современномъ правѣ являются различныя совокупности людей, различныя учрежденія. Этотъ фактъ и породилъ знаменитую проблему т. наз. юридическихъ лицъ (моральныхъ лицъ, безтѣлесныхъ лицъ, фингированныхъ лицъ). Не смотря на массу затраченнаго на нее труда, на обширную литературу, проблема эта до сихъ поръ является нерѣшенной окончательно и возбуждаетъ споры.

Изъ длиннаго ряда теорій мы изложимъ наиболѣе типичныя.

Теорія Савиньи. Сущность этой теоріи, оказавшей большое вліяніе на науку первой половины 19 вѣка и имѣющей до сихъ поръ многихъ защитниковъ, сводится къ слѣдующему. Савиньи признаетъ, что понятіе субъекта юридическихъ отношеній совпадаетъ съ понятіемъ личности: „только отдѣльный человѣкъ правоспособенъ“. Но положительное право для чисто-юридическихъ цѣлей можетъ перенести понятіе правоспособности на нѣчто такое, что не есть человѣкъ, и такимъ образомъ искусственно создать субъектъ юридическихъ отношеній, не существующій реально. Юридическое лицо есть фикція, вымышленная личность. Правопорядокъ вынужденъ создавать такія фикціи, потому что кромѣ цѣлей, преслѣдуемыхъ отдѣльными людьми, существуютъ цѣли, преслѣдуемыя совокупностями лицъ, а также потому, что существуютъ имущества, не принадлежащія ни одному отдѣльному человѣку. А такъ какъ эти имущества не могутъ считаться никому не принадлежащими, то правопорядокъ и создаетъ фиктивное лицо, замѣняющее несуществующаго субъекта.

Эта теорія въ числѣ своихъ основъ имѣетъ положеніе о всемогуществѣ правопорядка. Но мы уже знаемъ, что законодатель не творитъ содержанія юридическихъ нормъ, а лишь констатируетъ содержаніе, выработанное жизнью; онъ не можетъ создать субъекта правъ тамъ, гдѣ его въ дѣйствительности нѣтъ. Вѣдь человѣкъ не создается государствомъ, а лишь признается имъ субъектомъ правъ. Кромѣ того—развѣ можно назвать фикціей (т. е. чѣмъ то не только не существующимъ, но и не могущимъ существовать въ дѣйствительности) городъ, университетъ, акціонерную компанію, само государство? Развѣ можно сказать, что они реально не существуютъ, *какъ нѣчто отличное отъ составляющихъ ихъ членовъ?* Весь вопросъ и заключается въ томъ, чтобы понять и дать надлежащую юридическую конструкцію этимъ выработаннымъ жизнью реальностямъ. А этого теорія фикціи не

дѣлаетъ; она не отвѣчаетъ на вопросъ: кто же является субъектомъ правъ въ указанныхъ случаяхъ?

§ **549.** Теорія Савиньи вызвала цѣлый рядъ возраженій, послужившихъ основаніемъ для построенія новыхъ теорій.

Одна группа этихъ теорій, представителемъ которой является *Бринцъ*, исходитъ изъ того положенія, что если въ юридическихъ лицахъ нѣтъ реальнаго субъекта, то его не надо и придумывать, такъ какъ фикція не можетъ дать бытія тому, чего нѣтъ въ дѣйствительности. Поэтому Бринцъ предлагаетъ упразднить самое понятіе юридическихъ лицъ: въ системѣ гражданскаго права оно такъ-же излишне, какъ понятіе пугала для птицъ (огородное чучело) въ естествознаніи. Реальный же фактъ жизни, подлежащій объясненію со стороны науки, заключается въ томъ, что имущество можетъ принадлежать не только *кому нибудь*, но и *чему нибудь*, т. е. быть предназначеннымъ для какой нибудь цѣли. Такимъ образомъ существуютъ не два вида лицъ (физическія и юридическія), а два вида имуществъ: имущества, принадлежащія какому нибудь лицу, и имущества, предназначенныя для какой нибудь цѣли, цѣлевыя имущества. По самому своему понятію *цѣлевое имущество не можетъ имѣть субъекта* (безсубъектное имущество). А для осуществленія той цѣли, которой служитъ имущество, дѣйствуютъ физическія лица въ качествѣ представителей: они дѣйствуютъ для цѣли, они имѣютъ права только какъ представители, въ интересахъ цѣли.

Противъ этой теоріи достаточно замѣтить, что полемизируя съ теоріей фикціи, она сама предлагаетъ фикцію: цѣль дѣлается собственникомъ имущества, цѣль заключаетъ договоры, предъявляетъ иски и т. п.—По поводу утвержденія, будто могутъ существовать въ гражданскомъ оборотѣ безсубъектныя, т. е. никому не принадлежащія имущества, предназначенныя для опредѣленныхъ цѣлей и управляемыя людьми ради этихъ цѣлей, необходимо указать, что такое имущество есть contradictio in adjecto: вѣдь съ точки зрѣнія правопорядка такое имущество является *объектомъ* юридическихъ отношеній, а объектъ безъ субъекта есть юридическій абсурдъ.—Наконецъ теорія Бринца, даже если бы признать ее правильной, не объясняетъ всѣхъ соотвѣтствующихъ фактовъ жизни: она относится только къ одному разряду юридическихъ лицъ, а именно къ такъ называемымъ учрежденіямъ (напр., богадѣльня, музей), гдѣ основой является имущество. Между тѣмъ существуетъ другая категорія юридическихъ лицъ, т.

наз. корпораціи, гдѣ основой является соединеніе людей для общей цѣли; здѣсь никакъ нельзя сказать, что передъ нами имущество, никому не принадлежащее и предназначенное для опредѣленной цѣли: напр., бываютъ корпораціи, въ которыхъ имущество принадлежитъ совокупности членовъ этой корпораціи. Наконецъ вполнѣ возможно возникновеніе юридическаго лица безъ наличности имущества: или потому, что имущество играетъ въ дѣятельности этого лица слишкомъ незначительную роль, или потому, что образованіе имущества ожидается въ будущемъ (напр., общество для оказанія помощи учащимся).

§ **550**. *Теорія Іеринга*. Эта теорія отвергаетъ и фиктивныя лица Савиньи, и безсубъектное имущество Бринца. Исходя изъ отожествленія права съ интересомъ, Іерингъ утверждаетъ, что правами можетъ обладать только тотъ, кто получаетъ ту или иную выгоду, пользу, осуществляетъ интересъ. А такимъ пользователемъ можетъ быть только человѣкъ. Поэтому Іерингъ признаетъ основное положеніе Савиньи, что субъектомъ юридическихъ отношеній можетъ быть только человѣкъ. Но въ то время какъ Савиньи на ряду съ физическими лицами допускаетъ существованіе фиктивныхъ, созданныхъ правопорядкомъ лицъ, и этимъ лицамъ приписываетъ права, Іерингъ говоритъ, что юридическія лица—это только кажущіеся субъекты, за которыми скрываются дѣйствительные. Такими дѣйствительными субъектами являются т. наз. *дестинатары*, т. е. лица, для интересовъ которыхъ существуетъ корпорація или учрежденіе. Юридическое же лицо есть лишь созданная для практическаго удобства форма, посредствомъ которой дестинатары могутъ защищать совокупно свои интересы; никакого новаго, отдѣльнаго отъ дестинатаровъ субъекта правъ этимъ не создается. Такимъ образомъ по этой теоріи субъектами правъ, напр., университета являются профессоры и студенты, субъектами правъ богадѣльни—призрѣваемые въ ней бѣдные и т. д.

Въ своемъ мѣстѣ было указано на неправильность отожествленія понятій права и интереса. Отсюда вытекаетъ и неправильность опредѣленія понятія субъекта права: извлеченіе пользы, выгоды, вовсе не есть рѣшающій признакъ въ этомъ понятіи. Проводя послѣдовательно свою теорію юридическихъ лицъ, Іерингъ долженъ былъ бы прійти къ результатамъ, противорѣчащимъ его основному положенію, т. е. что субъектомъ права можетъ быть только человѣкъ. Напр., въ обществѣ покровительства

животныхъ, дестинатарами являются не люди, а животныя. Но даже если мы оставимъ въ сторонѣ этотъ рѣзкій примѣръ, теорія Іеринга окажется въ противорѣчіи съ фактами жизни: ни одинъ правопорядокъ не признаетъ, напр., субъектами правъ университета студентовъ, субъектами правъ богадѣльни—призрѣваемыхъ бѣдныхъ, субъектами правъ общества распространенія просвѣщенія—всѣхъ лицъ, пользующихся дѣятельностью общества, и т. д. Во всѣхъ такихъ случаяхъ дестинатары даже не входятъ въ составъ юридическаго лица. А если мы возьмемъ такія юридическія лица, гдѣ входящіе въ составъ ихъ члены являются вмѣстѣ съ тѣмъ и дестинатарами, то и тогда мы увидимъ, что субъектомъ правъ признается юридическое лицо, какъ нѣчто отличное отъ его членовъ: ни одинъ изъ членовъ акціонерной компаніи не имѣетъ, напр., права предъявить искъ къ лицу, не выполнившему договора о доставкѣ матеріаловъ для постройки новаго зданія, принадлежащаго компаніи.—Наконецъ невѣрно утвержденіе Іеринга, будто понятіе юридическаго лица нужно только для внѣшнихъ сношеній: вполнѣ возможны юридическія отношенія между отдѣльными членами какой нибудь корпораціи и самой корпораціей.

§ **551.** Общая черта всѣхъ разсмотрѣнныхъ теорій—отрицаніе реальнаго субъекта правъ за юридическимъ лицомъ. Кромѣ того всѣ эти теоріи разсматриваютъ вопросъ преимущественно съ точки зрѣнія частнаго права, обращая вниманіе на имущественную сторону.

Значительный шагъ впередъ представляютъ собою теоріи т. наз. *германистовъ* (ученыхъ, работавшихъ надъ германскимъ правомъ и его исторіей, въ противоположность романистамъ, основывавшимъ свои положенія на римскомъ правѣ). Эти ученые (Гирке, Безелеръ, Регельсбергеръ и др.) находятъ, что юридическія лица представляютъ собою реальныхъ субъектовъ правъ, столь же реальныхъ, какъ и физическія лица; юридическія лица суть соціальные организмы, обладающіе волеспособностью и дѣеспособностью, живущіе особою жизнью, отличной отъ жизни отдѣльныхъ членовъ, входящихъ въ ихъ составъ. Германисты обращаютъ особое вниманіе на такіе союзы, какъ государство, а также на публичное значеніе юридическихъ лицъ, справедливо говоря, что теорія юридическихъ лицъ должна быть результатомъ изученія всѣхъ соотвѣтствующихъ явленій, а не одной только имущественной стороны, проявляющейся въ области частнаго права. Со-

ціальные организмы не создаются государствомъ, а возникаютъ помимо него; государство лишь констатируетъ ихъ существованіе и гарантируетъ имъ участіе въ юридической жизни.

Заслуга этихъ теорій (пользующихся широкимъ распространеніемъ) состоитъ въ признаніи юридическихъ лицъ реальными субъектами правъ. Недостаткомъ ихъ является тенденція къ отожествленію соціальныхъ группъ съ біологическими организмами. Не говоря уже о томъ, что само понятіе организма не можетъ считаться окончательно выясненнымъ, надо имѣть въ виду, что въ примѣненіи къ соціальнымъ образованіямъ можно говорить объ организмѣ съ цѣлымъ рядомъ оговорокъ. Въ концѣ концовъ изложенныя теоріи, пойдя по правильному пути, остановились на половинѣ его: установивъ, что кромѣ физическихъ лицъ субъектами правъ являются юридическія лица, германисты и ихъ послѣдователи ограничились опредѣленіемъ юридическихъ лицъ, какъ соціальныхъ организмовъ, не замѣчая, что всѣ ихъ попытки выясненія природы этихъ „организмовъ“ представляютъ собою или недоказанныя положенія, или злоупотребленія аналогіей съ біологическимъ организмомъ *).

§ **552.** Противъ теоріи „соціальныхъ организмовъ“ были выставлены возраженія, обвинявшія теорію въ томъ, что она, сама того не замѣчая, признаетъ фикцію. Нѣкоторые ученые думаютъ даже, что безъ такой фикціи нельзя и обойтись, если желать во что бы то ни стало удержать понятіе юридическаго лица въ системѣ науки. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти ученые находятъ, что понятіе юридическаго лица совсѣмъ не нужно для науки, а посему и

---

*) Теоріи соціальныхъ организмовъ иногда дѣлаютъ упрекъ, что она расходится съ фактами жизни. Говорятъ, что относительно учрежденій сплошь и рядомъ не можетъ быть и рѣчи о какихъ бы то ни было соціальныхъ организмахъ, потому что учрежденіе (напр. университетъ, богадѣльня) возникаетъ какъ юридическое лицо съ момента изданія соотвѣтствующаго акта государственной власти, хотя бы еще не было въ наличности членовъ даннаго учрежденія.—Это возраженіе надо признать слабымъ. Съ чисто формальной точки зрѣнія можно говорить, что университетъ уже существуетъ, если имѣется соотвѣтствующій актъ государственной власти. Но въ реальной дѣйствительности не можетъ быть и рѣчи объ университетѣ, пока нѣтъ тѣхъ лицъ, которымъ ввѣряется управленіе его имуществомъ и осуществленіе его задачъ.—Здѣсь опять передъ нами примѣръ, доказывающій, что бытовыя отношенія представляютъ собою реальную основу юридическихъ отношеній. Право можетъ быть факторомъ, вліяющимъ на возникновеніе бытовыхъ отношеній, *но пока они не возникли, мы имѣемъ юридическія отношенія лишь въ потенціи.*

нѣтъ никакой необходимости дѣлать искусственныя построенія. Напр. французскій ученый Планіоль говоритъ, что вмѣсто мнѣическаго юридическаго лица надо имѣть дѣло съ реальнымъ понятіемъ, а именно съ понятіемъ коллективной собственности.

По поводу такого упрощенія вопроса достаточно указать на массу фактовъ, не допускающихъ замѣны понятія юридическаго лица понятіемъ коллективной собственности. Не говоря уже о такомъ юридическомъ лицѣ, какъ государство, мы имѣемъ множество юридическихъ лицъ, въ жизни которыхъ имущество играетъ весьма незначительную роль, такъ что сводить весь смыслъ существованія такихъ соціальныхъ организацій къ коллективному обладанію имуществомъ было бы явной нелѣпостью. Съ другой стороны относительно множества юридическихъ лицъ, обладающихъ большими имуществами, никоимъ образомъ нельзя сказать, что здѣсь передъ нами коллективная собственность. Развѣ можно, напр., сказать, что имущество университета есть коллективная собственность профессоровъ?

Нѣкоторые изъ ученыхъ отмѣченнаго направленія (т. е. вычеркивающихъ понятіе юридическаго лица изъ системы науки), исходя изъ положенія, что субъектомъ права надо считать не пользователя, какъ думаетъ Іерингъ, а распорядителя, т. е обладающаго волевою властью, утверждаютъ, что въ учрежденіяхъ субъектомъ правъ являются тѣ лица, коимъ ввѣрено управленіе; эти лица распоряжаются ввѣреннымъ имъ для опредѣленной цѣли имуществомъ. Что же касается корпорацій, то по мнѣнію этихъ ученыхъ здѣсь субъектами правъ являются всѣ отдѣльные члены корпорацій. Впрочемъ Holder (l. c.) держится такого мнѣнія лишь относительно корпорацій, преслѣдующихъ цѣли личной выгоды своихъ членовъ; что же касается остальныхъ корпорацій, то онъ ихъ отожествляетъ съ учрежденіями, и субъектами правъ считаетъ лишь администрацію.

Относительно этихъ теорій достаточно указать на то, что онѣ не согласны съ фактами правовой жизни: субъектомъ правъ вездѣ считается, напр., малолѣтній или сумасшедшій, а не опекунъ, какъ утверждаютъ представители теорій. Точно также положительное право субъектомъ правъ, напр., акціонерной компаніи считаетъ не правленіе ея, и не отдѣльныхъ членовъ, а компанію, какъ единое цѣлое. Наконецъ, если разсматриваемая теорія говоритъ, что администраторы учрежденія управляютъ ввѣреннымъ имъ иму-

ществомъ, то этимъ еще не дается отвѣтъ на вопросъ: кому же принадлежитъ это имущество?

§ **553**. Только что разсмотрѣнныя попытки упразднить понятіе юридическаго лица показываютъ, что безъ этого понятія наука обойтись не можетъ. Очевидно, что оно выражаетъ собою юридическую природу опредѣленныхъ реальныхъ явленій жизни. Очевидно, что субъектами юридическихъ отношеній могутъ быть не только отдѣльныя „физическія“ лица, но и извѣстныя совокупности лицъ, и учрежденія.

Наука должна не отворачиваться отъ этого факта, а понять его и дать надлежащее объясненіе.

Приведемъ нѣкоторыя данныя для правильнаго рѣшенія проблемы юридическихъ лицъ.— Прежде всего надо признать совершенно неправильнымъ мнѣніе, будто понятіе субъекта юридическихъ отношеній перенесено съ лица физическаго на юридическое, т. е. что сначала выработалось воззрѣніе на человѣка, какъ на субъекта правъ, а потомъ уже это готовое понятіе перенесли на различныя соединеніл людей, олицетворили эти соединенія. Исторически дѣло происходило какъ разъ наоборотъ. Какъ уже было отмѣчено въ своемъ мѣстѣ, личность первоначально не выдѣлялась изъ окружающей ее соціальной среды; человѣкъ былъ только частью опредѣленной соціальной группы, все свое значеніе заимствовалъ изъ этой группы, жилъ исключительно групповыми интересами. Исключенный изъ группы становился въ положеніе дикаго звѣря. За посягательства на члена группы виновный навлекалъ на себя месть всей группы; эта месть направлялась не только на виновнаго, но и на ту общину, къ которой онъ принадлежалъ. Такимъ образомъ субъектами юридическихъ отношеній были соціальныя группы.

Такой порядокъ существовалъ очень долго и на болѣе высокихъ ступеняхъ культуры; даже въ наше время, не смотря на значительный прогрессъ въ развитіи индивидуальности, чрезвычайно сильно еще держатся воззрѣнія, переносящія отвѣтственность за дѣйствія отдѣльныхъ членовъ опредѣленной соціальной группы на всю группу.—

§ **553**[1]. Все это доказываетъ, что правопорядокъ, признавая тѣ или иныя соединенія людей самостоятельными субъектами юридическихъ отношеній, не создаетъ никакихъ фикцій, а имѣетъ дѣло съ реальными явленіями жизни. Жизнь въ изобиліи даетъ примѣры такихъ соціальныхъ образованій и общественныхъ орга-

низацій, которыя представляютъ собою единое цѣлое, живущее своими особыми интересами, стремящееся къ единой опредѣленной цѣли. Такая соціальная единица, въ особенности когда она существуетъ очень долго, не можетъ быть разложена безъ остатка на составляющихъ ее членовъ; она вступаетъ въ бытовыя отношенія, какъ нѣчто самостоятельное, проникнутое особымъ духомъ, имѣющее свою волю и могущее проявлять эту волю въ дѣйствіяхъ.

Существованіе указанныхъ общественныхъ организацій объясняется главнымъ образомъ тѣмъ, что есть такія вытекающія изъ природы человѣка потребности, которыя не могутъ быть удовлетворены дѣятельностью единичныхъ людей, есть такія цѣли, которыя связаны съ судьбой множества лицъ, даже съ судьбой многихъ поколѣній. Эти цѣли могутъ быть достигнуты только путемъ планомѣрной совмѣстной дѣятельности извѣстныхъ организованныхъ общеній.

Отсюда вытекаетъ необходимость для правопорядка считать эти общенія самостоятельными субъектами юридическихъ отношеній. Поступая такъ, государство нисколько не нарушаетъ принципа omne jus hominum causa constitutum est, а лишь подтверждаетъ его: вѣдь только благодаря существованію юридическихъ лицъ могутъ быть достигнуты многія важныя цѣли человѣческой дѣятельности. Кромѣ того субъектами юридическихъ отношеній являются здѣсь люди, но только не какъ единичныя личности, а какъ совокупности личностей. Не надо забывать при этомъ, что человѣкъ можетъ имѣть права не только какъ индивидуальная личность, но какъ членъ извѣстнаго соціальнаго цѣлаго.

§ **554**. Все до сихъ поръ сказанное объясняетъ существованіе одной группы юридическихъ лицъ, а именно т. наз. корпорацій. Онѣ представляютъ собою соціальныя группы, относительно которыхъ много вѣрнаго находится въ изложенныхъ выше теоріяхъ германистовъ (соціальные организмы).

Нѣсколько сложнѣе вопросъ о второй категоріи юридическихъ лицъ, о т. наз. учрежденіяхъ *). Если субъектомъ юридическихъ отношеній является акціонерная компанія, общество любителей камерной музыки, городъ и т. п., то это нисколько не нарушаетъ положенія, что права и обязанности могутъ принадлежать только людямъ. Но когда, напр., искъ предъявляется отъ

*) Общепринятые термины: для корпорацій—universitas personarum, для учрежденій—universitas bonorum.

имени музея, учрежденнаго богатымъ жертвователемъ для просвѣтительныхъ цѣлей, невольно возникаетъ вопросъ: кто же здѣсь является субъектомъ правъ? Вѣдь тутъ никакого „соціальнаго организма“ нѣтъ, тутъ нѣтъ общественной группы: администрація музея можетъ состоять изъ двухъ-трехъ лицъ. Не правъ ли здѣсь Бринцъ съ его „цѣлевыми имуществами“? Или быть можетъ истина на сторонѣ Савиньи съ его фикціями? Быть можетъ субъектомъ правъ надо считать волю учредителя? Или такимъ субъектомъ мы должны признать администрацію учрежденія? Но тогда возникаетъ новый вопросъ: можно ли считать имущество музея принадлежащимъ его администраціи? Если на этотъ вопросъ отвѣтить утвердительно, возникаетъ необходимость дать юридическую конструкцію права администраціи относительно имущества: вѣдь очевидно, что это право не тождественно съ правомъ собственности. Если вопросъ рѣшить отрицательно, можно получить въ результатѣ „безсубъектное имущество“.

§ **555**. Трудности, связанныя съ вопросомъ объ „учрежденіяхъ“, повели къ тому, что нѣкоторые ученые признаютъ юридическими лицами только „корпораціи“. Такъ поступалъ напр. Больце (Der Begriff d. jur. Pers. 1879), утверждавшій, что „учрежденія“ вовсе не представляютъ собою юридическихъ лицъ; такъ поступаетъ въ нашей наукѣ прив.-доц. Рождественскій („Основы общей теоріи права“. 1912)

Такимъ образомъ мы имѣемъ два противоположныхъ мнѣнія: подавляющее большинство ученыхъ признаетъ учрежденія юридическими лицами, а нѣкоторые совершенно вычеркиваютъ учрежденія изъ категоріи юридическихъ лицъ. Средину между этими крайними мнѣніями занимаетъ воззрѣніе, представителемъ котораго является Регельсбергеръ. Сущность его теоріи сводится къ слѣдующему. Если какое нибудь учрежденіе входитъ въ юридическую сферу опредѣленнаго субъекта права, напр. государства, города, общины и т. п., этотъ субъектъ и является собственникомъ имущества учрежденія. Поэтому нельзя говорить о государственной больницѣ, университетѣ, библіотекѣ и т. п, какъ о юридическихъ лицахъ: здѣсь нѣтъ самостоятельныхъ субъектовъ правъ, такимъ субъектомъ является государство. Напротивъ частные университеты, богадѣльни, музеи, банки и т. п представляютъ собою юридическія лица, такъ какъ они существуютъ самостоятельно, не включаются въ юридическую сферу какого нибудь другого субъекта. Эти учрежденія входятъ въ юри-

дическую жизнь, какъ особыя существа съ присущими имъ интересами, стремящіяся къ опредѣленнымъ цѣлямъ и во имя этихъ цѣлей проявляющія свою дѣятельность *).

§ **556**. Повидимому ближе къ истинѣ находится теорія Регельсбергера.

Воззрѣніе большинства (господствующее) не можетъ указать принципіальной границы между учрежденіями, пользующимися правами юридическаго лица, и учрежденіями, этими правами не обладающими. Напр., почему казенная палата, губернское правленіе и т. п. не являются юридическими лицами, а частный музей изящныхъ искусствъ является? Вѣдь казенная палата имѣетъ гораздо болѣе сложную организацію, чѣмъ этотъ музей; она заключаетъ въ себѣ массу служащихъ разнаго рода, объединенныхъ общими интересами, а вся администрація музея можетъ состоять изъ одного, двухъ лицъ.

Съ другой стороны отказывать всѣмъ учрежденіямъ въ правахъ юридическаго лица, это значитъ закрывать глаза передъ дѣйствительной жизнью, на каждомъ шагу подтверждающей, что различныя учрежденія считаются правопорядкомъ самостоятельными субъектами юридическихъ отношеній. Представители этого мнѣнія утверждаютъ, что такъ какъ основой учрежденія (его субстратомъ) является имущество, то съ точки зрѣнія юридической логики мы здѣсь имѣемъ дѣло не съ субъектомъ, а съ *объектомъ* права. Такимъ образомъ учрежденія представляютъ собою лишь особую форму управленія имуществомъ, предназначеннымъ для какой либо опредѣленной цѣли.

Но вѣдь главный вопросъ и заключается въ томъ, чтобы опредѣлить: кому принадлежитъ это имущество, т. е. другими словами,—кто является субъектомъ права? И вотъ теорія Регельсбергера даетъ на это совершенно правильный отвѣтъ: если имущество принадлежитъ государству, субъектомъ правъ учрежденія является государство, если имущество принадлежитъ городу, такимъ субъектомъ является городъ, и т. д. Поэтому напр. городская публичная библіотека, городской банкъ, городская больница и т. п. не могутъ считаться юридическими лицами: все ихъ имущество принадлежитъ городу, который ввѣряетъ управленіе ими

*) „Sonach begegnen uns hier wieder die Merkmale eines ins Gemeinleben gestellten und eingreifenden Wesens mit eignem Interessenkreis und eigner Lebensbethätigung". Pandekten, I, 292.

опредѣленнымъ лицамъ; субъектомъ юридическихъ отношеній, въ которыя вступаетъ, напр., городская больница, является городъ; эта больница не можетъ предъявить къ городу искъ, за долги больницы отвѣчаетъ городъ и т. д.—Точно въ такомъ же положеніи оказываются и всѣ государственныя учрежденія: имущество, напр., университета принадлежитъ государству, и если бы университетъ оказался несостоятельнымъ должникомъ, за его долги отвѣчала бы казна. Если это такъ относительно университетовъ, то тѣмъ болѣе это такъ относительно остальныхъ государственныхъ учрежденій: они представляютъ собою отдѣльныя проявленія государственной дѣятельности; субъектомъ всѣхъ юридическихъ отношеній, въ которыя вступаютъ эти учрежденія, является государство.

И только по соображеніямъ цѣлесообразности государство можетъ даровать права юридическаго лица нѣкоторымъ изъ своихъ учрежденій (университеты). Но даже и тогда едва ли будутъ на лицо всѣ результаты, вытекающіе изъ положенія учрежденія, какъ самостоятельнаго субъекта юридическихъ отношеній: все таки въ концѣ концовъ за долги университета отвѣчаетъ казна, все таки имущество университета принадлежитъ государству.

§ **557.** Въ иномъ положеніи оказываются такія учрежденія, которыя не входятъ въ юридическую сферу другихъ субъектовъ права: эти учрежденія должны быть признаны юридическими лицами.

Нѣкто жертвуетъ капиталъ, на проценты съ котораго долженъ существовать музей изящныхъ искусствъ, предоставленный безплатному пользованію всѣмъ желающимъ. Музей построенъ на землѣ, подаренной жертвователемъ и заключаетъ въ себѣ массу книгъ, картинъ, статуй и т. п., переданныхъ туда тѣмъ же лицомъ. Съ теченіемъ времени музей все больше обогащается новыми произведеніями искусства, книгами и т. д., пріобрѣтенными администраціей его на проценты съ основного капитала. Дестинатарами музея являются всѣ и каждый: каждый желающій можетъ въ опредѣленное время осматривать его, пользоваться его библіотекой, получать необходимыя разъясненія отъ администраціи, копировать картины, статуи и т. д. Отъ имени музея могутъ быть предъявляемы иски всякаго рода ко всевозможнымъ субъектамъ: и къ частнымъ лицамъ, и къ городу, въ которомъ онъ существуетъ, и къ государству (напр. за неправильное обложеніе). Съ другой стороны къ музею могутъ быть предъявлены ис-

ки, причемъ за несостоятельность его не отвѣчаетъ никто: кредиторы могутъ быть удовлетворены только имуществомъ музея.

Кто же является субъектомъ правъ музея? Очевидно, что такими субъектами не могутъ считаться ни городъ, ни государство: имущество не имъ принадлежитъ и измѣнить назначенія его они не могутъ.

§ **557**[1]. Попробуемъ примѣнить къ нашему вопросу различныя разсмотрѣнныя выше теоріи.

Прежде всего оказывается явно несостоятельной теорія Бринца, по которой слѣдовало бы, что здѣсь мы имѣемъ никому не принадлежащее имущество, предназначенное для опредѣленной цѣли.—Еще болѣе нелѣпымъ воззрѣніемъ было бы признаніе здѣсь коллективной собственности (теоріи, упраздняющія понятіе юридическихъ лицъ). Совершенно непригодна теорія Іеринга: дестинатары имѣютъ право пользоваться музеемъ, но не имѣютъ никакого права распоряжаться имъ, они остаются совершенно въ сторонѣ отъ всѣхъ юридическихъ отношеній, въ которыя вступаетъ музей. Противъ теоріи Савиньи говоритъ то, что мы здѣсь имѣемъ весьма реальный субъектъ юридическихъ отношеній, а не искусственный продуктъ положительнаго права.—Нѣкоторые ученые находятъ, что субъектомъ здѣсь является воля учредителя. Но вѣдь музей принадлежитъ не учредителю: давши, актомъ своей воли юридическую (и соціальную) жизнь учрежденію, учредитель уже не властенъ измѣнять эту волю; музей—его дитя, но дитя, живущее самостоятельной жизнью.

§ **558**. Регельсбергеръ находитъ, что субъектомъ правъ является здѣсь, какъ и при корпораціяхъ, опредѣленная соціальная организація; музей, частный университетъ, госпиталь и т. п.—все это объединяетъ дѣятельность людей для преслѣдованія извѣстныхъ соціальныхъ цѣлей. Такимъ образомъ по этой теоріи субъектомъ юридическихъ отношеній въ нашемъ примѣрѣ является самъ музей.

Нельзя не видѣть нѣкоторой неопредѣленности въ такомъ воззрѣніи: если мы скажемъ, что субъектомъ является музей, какъ нѣчто идеальное, то отсюда недалеко до фикцій Савиньи. Неправильнымъ представляется и отожествленіе учрежденій съ корпораціями: если относительно послѣднихъ можно говорить, что субъектомъ является корпорація, какъ опредѣленное цѣлое, если здѣсь можно говорить съ нѣкоторымъ основаніемъ о соціальномъ организмѣ, то относительно учрежденій это во многихъ случаяхъ будетъ натяжкой.

Казалось бы, что наиболее правильнымъ было бы признать слѣдующее положеніе: субъектомъ юридическихъ отношеній, въ которыя вступаетъ музей, является его администрація. Эта администрація владѣетъ и распоряжается имуществомъ музея, причемъ права ея ограничены уставомъ: она должна сообразовать всѣ свои распоряженія съ цѣлью музея, съ интересами его дестинаторовъ и съ правами будущихъ преемниковъ въ должности. Здѣсь мы имѣемъ нѣкоторую аналогію съ положеніемъ собственника заповѣднаго имущества: этотъ собственникъ ограниченъ въ своихъ правахъ интересами и правами своихъ будущихъ преемниковъ, онъ не можетъ, напр., продать имущество.

Такимъ образомъ мы имѣемъ въ учрежденіяхъ вполнѣ реальныхъ субъектовъ юридическихъ отношеній, а именно—людей Поэтому нѣтъ никакой надобности олицетворять цѣль учрежденія и создавать фиктивное лицо. Правопорядокъ, признавая цѣль учрежденія соціально полезной, даетъ свою санкцію его уставу и этимъ самымъ признаетъ его самостоятельнымъ субъектомъ юридическихъ отношеній, юридическимъ лицомъ.

§ **559**. Можетъ возникнуть вопросъ: чѣмъ отличаются учрежденія отъ фабрикъ, заводовъ, магазиновъ и т. п.? Съ перваго взгляда кажется, что какая нибудь большая фабрика обладаетъ всѣми признаками юридическаго лица, ничѣмъ по существу не отличается отъ учрежденія: она представляетъ собою сложную организацію, служащіе ея мѣняются, а она продолжаетъ дѣйствовать, она разсматривается всѣми, входящими съ ней въ отношенія, какъ нѣкоторое самостоятельное единство, и т. д.

А между тѣмъ она на самомъ дѣлѣ есть не субъектъ, а объектъ юридическихъ отношеній, она есть имущество. Собственникомъ этого имущества можетъ быть не только физическое, но и юридическое лицо, и тогда надо строго различать юридическое лицо—собственника фабрики отъ самой фабрики, какъ объекта права собственности. Точно также общество потребителей есть юридическое лицо (корпорація), а магазинъ этого общества съ его обширнымъ штатомъ служащихъ разнаго рода представляетъ собою имущество, принадлежащее обществу.

Фабрики, заводы, магазины и т. п. не могутъ считаться юридическими лицами, потому что они входятъ въ юридическую сферу другихъ субъектовъ; всѣ дѣйствія лицъ, служащихъ въ этихъ предпріятіяхъ, совершаются (юридически) отъ имени собственниковъ предпріятій. Юридическія нормы, регулирующія жизнь фаб-

рики или магазина, суть нормы, относящіяся ко всѣмъ предпріятіямъ подобнаго рода, между тѣмъ какъ учрежденіе, пользующееся правами юридическаго лица, имѣетъ свой уставъ, утвержденный государственной властью. Конечно, собственникъ завода можетъ установить рядъ правилъ, обязательныхъ для внутренней жизни завода, которымъ должны подчиняться всѣ служащіе, начиная съ директора, кончая простымъ рабочимъ. Но въ этомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло съ юридическими нормами, исходящими отъ частныхъ лицъ (§ 468); а такія нормы обязательны лишь въ предѣлахъ даннаго частнаго права. Вотъ почему собственникъ завода не можетъ создать изъ этого завода юридическое лицо.

§ **560.** *Необходимыя условія для бытія юридическаго лица.* Первымъ такимъ условіемъ является наличность *цѣли*, которая представляетъ собою какъ бы животворящій духъ юридическаго лица, raison d'être его существованія.

Эта цѣль прежде всего должна быть цѣлью серіозной, длящейся, соціально-полезной, въ достиженіи которой заинтересованы многія лица. Обыкновенно такая цѣль не можетъ быть достигнута силами и средствами отдѣльныхъ лицъ. Наконецъ эта цѣль не должна быть противной существующему правопорядку. Цѣли юридическихъ лицъ весьма разнообразны и этимъ обусловлено разнообразіе юридическихъ лицъ: политическія, религіозныя, общественныя, имущественныя, научныя, художественныя и т. д.

Вторымъ условіемъ теорія считаетъ т. наз. *субстратъ* юридическаго лица. Этимъ терминомъ обозначаютъ входящихъ въ составъ юридическаго лица людей и тѣ матеріальныя средства, имущество, которое предназначено для достиженія его цѣли.

Наконецъ, третьимъ условіемъ является *признаніе со стороны правопорядка*. Безъ такого признанія не можетъ быть и рѣчи о существованіи юридическаго лица, хотя бы въ наличности была и опредѣленная цѣль, и совокупность лицъ, объединенная совмѣстной работой для достиженія этой цѣли, и имущество.

Существуетъ мнѣніе, что юридическими лицами являются и такія соціальныя организаціи, которыя не получили признанія со стороны государства, и даже такія, которыя запрещаются государствомъ, если только эти организаціи выступаютъ въ соотвѣтственныхъ соціальныхъ отношеніяхъ какъ самостоятельныя единицы, независимо отъ составляющихъ ихъ членовъ.

Что фактически здѣсь мы имѣемъ явленіе аналогичное юридическому лицу, это несомнѣнно. Но отъ аналогіи еще далеко до тождества. Пусть только такое „юридическое лицо“ выйдетъ изъ тѣсныхъ предѣловъ того соціальнаго круга, гдѣ оно дѣйствуетъ, и сейчасъ же окажется, что оно не существуетъ. Да и каждый членъ этого соціальнаго круга можетъ въ любой моментъ отказать такому „юридическому лицу“ въ своемъ признаніи и поступать соотвѣтствующимъ образомъ.

И все это потому, что жизнь такихъ организацій опредѣляется не юридическими нормами, а конвенціональными. Смѣшеніе этихъ категорій нормъ представляетъ собою большой научный порокъ. Если мы желаемъ избѣжать расплывчатости и неопредѣленности въ понятіи права, мы должны твердо помнить, что важнѣйшимъ *формальнымъ* признакомъ юридической нормы является санкціонированіе ея высшимъ внѣшнимъ авторитетомъ даннаго общежитія.

А такимъ авторитетомъ для всѣхъ входящихъ въ составъ государства соціальныхъ группъ является государственная власть. Ясное дѣло, что если эта власть не признаетъ юридическаго характера какихъ либо дѣйствующихъ въ опредѣленной соціальной группѣ нормъ, то отношенія, регулируемыя такими нормами, будутъ бытовыми, но не юридическими.

Итакъ, внутри государства юридическія лица могутъ существовать только благодаря признанію государственной власти. Само же государство въ качествѣ юридическаго лица признается международнымъ союзомъ*).

§ 561. *Право- и дѣеспособность юридическихъ лицъ.* Если правопорядокъ признаетъ юридическія лица самостоятельными субъ-

---

*) Что государство въ цѣломъ рядѣ отношеній, въ которое оно вступаетъ, является юридическимъ лицомъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію. Изученіе государства съ этой точки зрѣнія внесло много цѣннаго въ разработку проблемы юридическихъ лицъ, устранивъ односторонности теорій, основанныхъ на явленіяхъ только одного частнаго права.

Нѣкоторые ученые находятъ, что третье необходимое условіе для бытія юридическихъ лицъ,—признаніе, получается государствомъ отъ народа. Это невѣрно. Если бы было такъ, тогда и въ предѣлахъ государства юридическія лица возникали бы въ силу признанія со стороны данной соціальной группы. Признаніе нужно со стороны высшаго внѣшняго авторитета даннаго общежитія, со стороны правопорядка этого общенія. А такъ какъ государство входитъ въ составъ международнаго общенія, регулируемаго международнымъ правомъ, то и признаніе государства членомъ этого общенія совершается по началамъ международнаго права.

ектами правъ, то этимъ самымъ признается, что они правоспособны и дѣеспособны: они могутъ обладать правами, нести юридическія обязанности, и совершать юридическія дѣйствія.

Но изъ самой природы юридическихъ лицъ вытекаетъ, что правоспособность ихъ отличается отъ правоспособности лицъ физическихъ. Прежде всего юридическое лицо не можетъ имѣть *всѣхъ* тѣхъ правъ, которыя непосредственно вытекаютъ изъ самаго понятія личности. Напр., оно не можетъ имѣть правъ семейственныхъ, наслѣдственныхъ по закону (предполагающихъ родство), не можетъ обладать т. наз. пассивнымъ избирательнымъ правомъ. Но едва ли правы тѣ ученые, которые утверждаютъ, что юридическое лицо не можетъ имѣть ни одного изъ правъ, вытекающихъ изъ понятія личности. Въ частности значительный интересъ представляетъ вопросъ о правѣ на честь.

Неужели нормально такое положеніе, при которомъ всякій можетъ безнаказанно называть любую корпорацію шайкой мошенниковъ и негодяевъ, или приписывать ей дѣйствія, позорныя для чести? Ясное дѣло, что въ такихъ случаяхъ оскорбляется корпорація, какъ таковая, а не отдѣльные ея члены, а слѣдовательно она должна имѣть право возбуждать уголовный искъ.

Что касается остальныхъ правъ, то здѣсь между физическимъ и юридическимъ лицомъ существуетъ различіе, вытекающее изъ слѣдующаго положенія: юридическое лицо существуетъ и признается государствомъ ради опредѣленной цѣли; уставъ каждаго даннаго юридическаго лица есть основа всей его жизни.

Отсюда слѣдуетъ, что *юридическое лицо не имѣетъ права совершать такихъ дѣйствій, вступать въ такія юридическія отношенія, которыя* **противорѣчатъ** *его уставу.* Напр , университетъ не имѣетъ права построить на своей землѣ оперный театръ и извлекать изъ него доходы; акціонерная компанія не имѣетъ права объявить конкурсъ на премію за лучшее научное сочиненіе о природѣ акцій; музыкальное общество не имѣетъ права открыть торговлю нотами и музыкальными инструментами; библейское общество не имѣетъ права содержать гостинницу, и т. п. Всѣ такія дѣйствія противорѣчили бы тѣмъ цѣлямъ, для достиженія которыхъ существуютъ указанныя юридическія лица, выходили бы явно изъ предѣловъ ихъ уставовъ.

Предложенная теорія избѣгаетъ двухъ крайностей: съ одной стороны слишкомъ педантичнаго отношенія къ буквѣ устава, а съ другой—т. наз. принципа неограниченности. При первой

крайности юридическое лицо можетъ совершать только такія дѣйствія, которыя прямо перечислены въ его уставѣ. И тогда можно дойти до такихъ нелѣпостей, какъ отрицаніе права университетскаго совѣта почтить вставаніемъ память умершаго ученаго, или выразить сожалѣніе по поводу ухода изъ состава совѣта какого нибудь члена: вѣдь такія дѣйствія уставомъ не предусмотрѣны.— Съ другой стороны при принципѣ неограниченности мы можемъ дойти до того, что признаемъ нормальнымъ фактъ открытія библейскимъ обществомъ кафе-шантана для увеличенія своихъ доходовъ.

§ **562**. Что касается дѣеспособности юридическихъ лицъ, то съ точки зрѣнія теорій, не признающихъ юридическихъ лицъ реальными субъектами правъ (напр. теорія фикцій), необходимо отрицать эту дѣеспособность. Такъ и поступаютъ названныя теоріи. Онѣ приравниваютъ юридическія лица къ малолѣтнимъ и слабоумнымъ, и утверждаютъ, что вмѣсто юридическаго лица дѣйствуетъ его *представитель*.

Наоборотъ, теоріи напр. „соціальныхъ организмовъ“ признаютъ дѣеспособность юридическихъ лицъ, не отличая ее принципіально отъ дѣеспособности лицъ физическихъ. И корпораціи, и учрежденія совершаютъ всѣ юридическія дѣйствія посредствомъ своихъ *органовъ*.

Различіе между представителемъ и органомъ заключается въ слѣдующемъ Представитель и представляемое имъ лицо—это два различные субъекта, находящіеся между собою въ юридическомъ отношеніи (договоръ). Въ совершаемыхъ имъ дѣйствіяхъ представитель проявляетъ *свою* волю, которая только посредственно разсматривается какъ воля представляемаго. Наконецъ представитель не входитъ, какъ таковой, въ составъ представляемаго имъ юридическаго лица (напр. нанятый корпораціей адвокатъ).

Наоборотъ—органъ не является субъектомъ, отдѣльнымъ отъ юридическаго лица; между органомъ и юридическимъ лицомъ не существуетъ юридическаго отношенія. Въ совершаемыхъ имъ дѣйствіяхъ органъ выражаетъ *непосредственно* волю юридическаго лица. Это лицо дѣйствуетъ чрезъ своихъ органовъ подобно тому, какъ человѣкъ дѣйствуетъ своими руками, ногами и т. д. Органъ есть необходимый элементъ юридическаго лица, они составляютъ одно цѣлое.

Изъ изложеннаго видно, что теорія германистовъ ближе къ истинѣ, чѣмъ теорія фикцій. Вѣдь если юридическое лицо есть

фиктивный субъектъ, то какимъ образомъ оно можетъ давать порученіе своему представителю? А если скажутъ, что здѣсь нѣтъ порученія, а есть возложенная правопорядкомъ обязанность представлять собою юридическое лицо, то получится споръ о словахъ: вмѣсто термина „органъ“ употребляется терминъ „представитель“.

§ **563**. Итакъ—юридическое лицо дѣеспособно. Оно дѣйствуетъ черезъ своихъ органовъ*).

Кто является органомъ даннаго юридическаго лица, въ какихъ предѣлахъ воля органа является волей юридическаго лица, каковъ порядокъ выработки этой воли и т. п.,—все это опредѣляется уставомъ. Здѣсь мы имѣемъ великое разнообразіе въ зависимости отъ различныхъ категорій юридическихъ лицъ съ одной стороны и условій мѣста и времени съ другой. Но принципъ вездѣ одинъ и тотъ-же: дѣйствія органа разсматриваются какъ дѣйствія юридическаго лица, поскольку они *не противорѣчатъ* уставу. Такимъ образомъ: только тѣ физическія лица могутъ совершать юридическія дѣйствія въ качествѣ органовъ, которыя облечены этимъ званіемъ въ силу устава; каждое изъ этихъ лицъ можетъ совершать только тѣ дѣйствія, которыя входятъ въ его компетенцію; акты, исходящіе отъ органовъ, могутъ имѣть юридическое значеніе только тогда, когда они совершены при соблюденіи всѣхъ требуемыхъ уставомъ условій.

Это имѣетъ одинаковое значеніе для всѣхъ безъ исключенія юридическихъ лицъ, начиная съ самаго государства, уставомъ котораго является его конституція. Она опредѣляетъ, какимъ путемъ вырабатывается воля государства, кто является его органами, предѣлы ихъ компетенціи и т. д.

§ **564**. Съ вопросомъ дѣеспособности юридическихъ лицъ тѣсно связанъ спорный вопросъ объ ихъ *деликтоспособности*.

Можетъ ли юридическое лицо совершить правонарушеніе? И если да, то каковы предѣлы его отвѣтственности?

---

*) Это не исключаетъ возможности дѣйствовать и черезъ представителей: напр. директоръ музея (органъ) поручаетъ выступить на судъ отъ имени музея адвокату, спеціально приглашенному для веденія даннаго дѣла. Возможно и длящееся представительство: правленіе акціонерной компаніи (органъ) приглашаетъ постояннаго адвоката для веденія всѣхъ своихъ дѣлъ. Здѣсь адвокатъ, не будучи органомъ юридическаго лица, является его постояннымъ представителемъ.

Исторія даетъ многочисленные примѣры отвѣтственности цѣлыхъ соціальныхъ группъ за правонарушенія, совершенныя ихъ членами, и еще недавно въ наукѣ существовали мнѣнія, что юридическія лица могутъ совершать даже преступленія. Несомнѣнно, что огромная часть этихъ примѣровъ должна быть отнесена на счетъ несовершенства даннаго правопорядка. Но было бы неправильно *всѣ* примѣры относить на счетъ такого несовершенства. Отвергать деликтоспособность юридическихъ лицъ можно только тогда, когда мы признаемъ, что они недѣеспособны. А такъ какъ мы признаемъ ихъ дѣеспособность, то должны признать также и деликтоспособность.

Теоріи, отвергающія деликтоспособность юридическихъ лицъ, исходятъ изъ слѣдующаго положенія: юридическое лицо создается правопорядкомъ ради опредѣленныхъ соціально-полезныхъ цѣлей. А если такъ, то вся жизнь его опредѣляется уставомъ, и только тѣ дѣйствія считаются дѣйствіями юридическаго лица, которыя совершены на основаніи устава. Но вѣдь ни одинъ уставъ не даетъ права юридическому лицу совершать правонарушеній. Отсюда слѣдуетъ, что за правонарушенія отвѣчаютъ только тѣ физическія лица, которыя ихъ совершили: если городская управа постановитъ что нибудь явно противозаконное, отвѣтственными лицами будутъ члены, подписавшіе незаконный актъ, а не городъ; точно также если городской голова оскорбитъ кого либо изъ публики во время засѣданія городской думы, онъ лично и будетъ нести отвѣтственность за свои дѣйствія.

§ **565**. Противъ этой теоріи прежде всего надо возразить, что она основана на недоразумѣніи. Дѣло въ томъ, что если правопорядокъ не уполномочиваетъ юридическія лица на совершеніе правонарушеній, то точно также онъ не даетъ подобныхъ полномочій и физическимъ лицамъ. Оставаясь послѣдовательными, мы должны были бы сказать, что и физическія лица не отвѣчаютъ за совершенныя ими правонарушенія.

Далѣе, надо различать правонарушенія гражданскія и правонарушенія уголовныя (преступленія). Вопросъ о деликтоспособности юридическихъ лицъ рѣшается неодинаково по отношенію къ каждой изъ названныхъ категорій правонарушеній.

Если органъ юридическаго лица дѣйствуетъ *въ предѣлахъ своихъ полномочій, на основаніи устава и для достиженія цѣлей данной корпораціи или учрежденія*, то не подлежитъ сомнѣнію, что юридическое лицо отвѣчаетъ за вредъ и убытки, причинен-

ные этими дѣйствіями, хотя бы органъ допустилъ при этомъ ошибку, небрежность и даже недобросовѣстность. Вѣдь очевидно, что третье лицо, вступая въ юридическія отношенія (напр. по перевозкѣ груза) съ опредѣленнымъ агентомъ желѣзной дороги, заключаетъ договоръ не съ Петровымъ или Ивановымъ, а съ желѣзной дорогой, которая и обязана отвѣчать за цѣлость груза, за своевременность доставки и т. п. Точно также, если правленіе университета заключитъ съ подрядчикомъ договоръ о поставкѣ дровъ, подрядчикъ имѣетъ дѣло не съ профессорами, подписавшими договоръ, а съ университетомъ, который и долженъ уплатить условленную сумму. *Во всѣхъ аналогичныхъ случаяхъ въ лицѣ органа дѣйствуетъ само юридическое лицо, а посему оно и отвѣчаетъ за причиненныя этими дѣйствіями вредъ и убытки**).

§ **566**. Совершенно иначе рѣшается вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ.

Если органъ совершаетъ убійство, поджогъ, изнасилованіе, оскорбленіе дѣйствіемъ, подлогъ и т. п., то здѣсь никоимъ образомъ нельзя сказать, что въ лицѣ органа дѣйствуетъ само юридическое лицо. Юридическое лицо, какъ таковое, не можетъ совершать правонарушеній, *обусловленныхъ чисто-индивидуальной волей и сознаніемъ*, подобно тому, какъ оно не можетъ вступить въ бракъ, не можетъ наслѣдовать по закону и т. п.

Поэтому за преступленіе подвергается наказанію только то „физическое“ лицо, которое его совершило. Этимъ, однако, не исключается возможность отвѣтственности юридическаго лица за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ его органа. Напр. если-бы кондукторъ выбросилъ изъ вагона безбилетнаго пассажира и причинилъ ему увѣчье, желѣзная дорога обязана была бы вознаградить потерпѣвшаго за потерю трудоспособности или возмѣстить издержки по лѣченію. При опредѣленіи случаевъ имущественной отвѣтственности юридическихъ лицъ за преступленія своихъ органовъ надо исходить изъ слѣдующаго положенія: от-

---

*) Этимъ рѣшается знаменитый вопросъ объ отвѣтственности государства за дѣйствія своихъ должностныхъ лицъ. Сфера такихъ дѣйствій гораздо шире, кругъ отношеній несравненно больше, чѣмъ для остальныхъ юридическихъ лицъ, вопросы объ отвѣтственности въ каждомъ данномъ случаѣ могутъ представлять особыя трудности для рѣшенія, но основной принципъ здѣсь тотъ же, что и для всѣхъ остальныхъ юридическихъ лицъ. Отсюда между прочимъ выводится обязанность государства вознаграждать лицъ, невинно пострадавшихъ вслѣдствіе привлеченія къ суду.

вѣтственность наступаетъ тогда, когда органъ дѣйствовалъ въ предѣлахъ своей компетенціи для осуществленія цѣлей даннаго юридическаго лица. Вотъ почему, если бы кондукторъ причинилъ пассажиру увѣчье въ буфетѣ или въ другой комнатѣ вокзала, хотя бы это преступленіе и было вызвано фактомъ проѣзда пассажира безъ билета, желѣзная дорога не отвѣчала бы; здѣсь кондукторъ отвѣчаетъ лично, такъ какъ онъ дѣйствовалъ внѣ сферы своей компетенціи.

§ **567**. *Виды юридическихъ лицъ*. Выше было отмѣчено великое разнообразіе существующихъ и существовавшихъ юридическихъ лицъ. Такое разнообразіе обусловлено ихъ цѣлями, характеромъ и организаціей. Сообразно этому возможны различныя классификаціи юридическихъ лицъ.

Наиболѣе старой и распространенной является классификація Савиньи. Въ основу ея положенъ субстратъ юридическаго лица. Если субстратомъ являются люди, мы имѣемъ корпорацію (universitas personarum), если имущество,—то учрежденіе (universitas bonorum).—При всѣхъ своихъ достоинствахъ эта классификація страдаетъ существеннымъ порокомъ: она въ одну категорію помѣщаетъ юридическія лица публичнаго и частнаго характера. Далѣе, надо замѣтить, что существуетъ очень много юридическихъ лицъ, гдѣ субъектомъ являются одновременно и люди, и имущество.

Классификація на основаніи цѣлей юридическихъ лицъ была бы чрезвычайно сложной и дробной (научныя, художественныя, религіозныя, спортивныя и т. д. юридическія лица). Классификація по организаціи была бы поверхностной: напр., въ одну категорію помѣщались бы всѣ корпораціи и учрежденія, во главѣ которыхъ стоитъ какой нибудь единоличный органъ.

Болѣе правильной представляется классификація по характеру юридическихъ лицъ, т. е. на публично-правовыя и частноправовыя. Но здѣсь возникаетъ вопросъ: по какому признаку мы будемъ относить каждое данное юридическое лицо въ ту или другую категорію? Если, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые ученые, мы скажемъ, что первая категорія лицъ преслѣдуетъ цѣли публичныя или общественныя, а вторая—эгоистическія цѣли входящихъ въ составъ ихъ членовъ, то мы принуждены будемъ дѣлать натяжки. Напр. частный музыкальный кружокъ, существующій въ какомъ-либо городѣ, и Императорское Русское Музыкальное Общество мы должны будемъ помѣстить въ одну категорію публич-

но-правовыхъ юридическихъ лицъ, такъ какъ оба преслѣдуютъ одну и ту же „общественную“ цѣль. Точно также въ одну категорію мы должны будемъ помѣстить и университетъ, и т. наз. „народный университетъ“. А между тѣмъ въ обоихъ примѣрахъ мы имѣемъ и публично-правовое и частно-правовое юридическое лицо. Очевидно, что къ публично-правовымъ юридическимъ лицамъ надо отнести только такія, которыя уполномочены государствомъ осуществлять какія либо функціи властованія.

Изъ всего сказаннаго ясно, что вопросъ о классификаціи юридическихъ лицъ не можетъ считаться окончательно рѣшеннымъ.

§ **568**. *Возникновеніе и прекращеніе юридическихъ лицъ*. Всѣ способы возникновенія юридическихъ лицъ можно свести къ тремъ категоріямъ: 1) юридическое лицо возникаетъ какъ продуктъ исторіи; его образованіе лежитъ внѣ области права, и правопорядокъ лишь признаетъ то, что уже фактически существуетъ; 2) юридическое лицо создается государствомъ, и 3) юридическое лицо создается частными лицами и признается государствомъ.

Къ первой категоріи относится возникновеніе государства, церкви. Ко второй—возникновеніе, напр. университета и другихъ государственныхъ учрежденій, которымъ государство даруетъ права юридическаго лица. Къ третьей категоріи относится возникновеніе всѣхъ остальныхъ юридическихъ лицъ. Это самая обширная категорія.

Относительно нея нѣкоторые ученые утверждаютъ, что и здѣсь юридическое лицо создается государствомъ, а не частными лицами: вѣдь новое юридическое лицо рождается только съ момента утвержденія устава. Однако есть существенная разница между возникновеніемъ государственнаго университета и частнаго музея: въ первомъ случаѣ государство является всецѣло творцомъ новаго юридическаго лица, а во второмъ оно участвуетъ въ созданіи его лишь косвенно, посредственно. Настоящимъ творцомъ является тотъ, кто далъ необходимыя матеріальныя средства, опредѣлилъ цѣль будущаго учрежденія, кто вдохнулъ въ него животворящій духъ.

Что касается прекращенія существованія юридическихъ лицъ, то оно совершается различными способами. Прежде всего изъ того, что цѣль является животворящимъ духомъ юридическаго лица, слѣдуетъ, что съ исчезновеніемъ цѣли прекращаетъ свое существованіе соотвѣтственная корпорація или учрежденіе. Да-

лѣе прекращеніе существованія юридическаго лица можетъ произойти на основаніи устава: напр. данная корпорація постановляетъ прекратить дальнѣйшее существованіе. Юридическое лицо можетъ прекратить свое существованіе вслѣдствіе выбытія всѣхъ членовъ, или вслѣдствіе истощенія всѣхъ матеріальныхъ средствъ по разнымъ причинамъ. Наконецъ, государство можетъ закрыть любую корпорацію или учрежденіе, если наидетъ дѣятельность ихъ противорѣчащей правопорядку или явно нарушающей уставъ. Само собою разумѣется, что въ такихъ случаяхъ необходимы гарантіи правомѣрности соотвѣтствующихъ актовъ государственной власти (контроль административной юстиціи).

Вопросъ о судьбѣ имущества прекратившаго свое бытіе юридическаго лица рѣшается въ общемъ слѣдующимъ образомъ. Если юридическое лицо преслѣдовало исключительно эгоистическія цѣли своихъ членовъ, то имущество является собственностью этихъ членовъ. Если въ уставѣ юридическаго лица точно указано назначеніе имущества послѣ закрытія корпораціи, или учрежденія, то имущество передается по этому назначенію. Если такого указанія нѣтъ, то имущество юридическихъ лицъ, преслѣдовавшихъ соціально-полезныя цѣли, поступаетъ по общему правилу въ казну.

ГЛАВА III.

Объектъ юридическихъ отношеній.

§ **569**. Вторымъ необходимымъ элементомъ юридическаго отношенія является объектъ его, т. е. *то, на что субъектъ имѣетъ право, или то, къ чему обязанъ пассивный субъектъ*. Юридическое отношеніе такъ-же немыслимо безъ объекта, какъ оно немыслимо безъ субъекта; не можетъ быть какъ безъсубъектныхъ правъ, такъ и безъобъектныхъ правъ.

Мы знаемъ, что понятіе обязанности не имѣетъ въ области права самостоятельнаго значенія, а представляетъ собою оборотную сторону субъективнаго права. Поэтому если мы желаемъ ближе опредѣлить понятіе объекта юридическихъ отношеній, мы можемъ ограничиться опредѣленіемъ объекта субъективнаго права. Принимая во вниманіе установленную въ § 505—507 сущность субъективнаго права, мы скажемъ, что *объектомъ права надо признать все то, что входитъ въ предоставленную субъекту сферу внѣшней свободы, или все то, что подчиняется его юридической власти*.

Нѣкоторые ученые (позитивисты) даютъ такое опредѣленіе: объектомъ права является все то, что служитъ средствомъ осуществленія интересовъ субъекта. Не повторяя сказаннаго раньше о неправильности теоріи интереса, здѣсь укажемъ на одинъ назидательный логическій выводъ изъ приведеннаго: малолѣтній сынъ является средствомъ для осуществленія интересовъ отца.

§ **570**. Дальнѣйшее изслѣдованіе понятія объекта приводитъ къ новому вопросу: что-же именно входитъ въ сферу внѣшней свободы, что̀ подчиняется юридической власти субъекта?

Факты жизни показываютъ разнообразіе объектовъ права. Отецъ требуетъ возвращенія похищеннаго у него ребенка. Учитель музыки имѣетъ право получить плату за уроки. Пригласившій этого учителя имѣетъ право на опредѣленныя дѣйствія учителя. Купившій товаръ въ магазинѣ имѣетъ право взять товаръ и унести его къ себѣ. Запершійся у себя въ квартирѣ имѣетъ право требовать, чтобы никто туда не входилъ безъ его разрѣшенія. Гражданинъ имѣетъ право не быть произвольно арестованнымъ агентомъ власти. И т. д., и т. д.

Возникаетъ вопросъ: можно ли свести всѣ эти объекты къ одному понятію?

Утвердительный отвѣтъ даютъ *монистическія теоріи*. Одни ученые сводятъ всѣ объекты права къ *людямъ*, утверждая, что если право есть господство одного лица надъ другимъ, то объектомъ всякаго права можетъ быть только человѣкъ Другіе находятъ, что объектомъ права является не человѣкъ, а его *воля*. Третьи сводятъ всѣ объекты къ *дѣйствіямъ людей*; четвертые къ ихъ *поведенію*. Существуетъ мнѣніе (Коркуновъ), что объектами права являются различныя *силы:* собственныя силы субъекта, силы природы, силы другихъ людей и силы общества.

§ 571. Ни одна изъ монистическихъ теорій не можетъ быть принята.

Противъ теоріи, сводящей всѣ объекты правъ къ *людямъ*, достаточно возразить указаніемъ на принципіальное различіе между объектами въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, какъ покупка раба съ одной стороны, и договоръ съ учителемъ музыки съ другой: очевидно, что во второмъ случаѣ объектомъ права ученика никоимъ образомъ не является человѣкъ.

Точно также неправильно считать *волю* объектомъ права: если даже и признать, что во многихъ юридическихъ отношеніяхъ для активнаго субъекта важно подчинить себѣ волю пассивнаго субъекта, то вѣдь это подчиненіе является лишь средствомъ для того, чтобы осуществить извѣстный интересъ. Въ этомъ интересѣ, въ извѣстномъ благѣ, въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ пассивнаго субъекта и лежитъ центръ тяжести юридическаго отношенія.

Нельзя сводить всѣ объекты права къ *дѣйствіямъ*. Если я купилъ въ музыкальномъ магазинѣ рояль Блютнера, то объектомъ моего права является рояль, а не дѣйствія приказчика или владѣльца магазина. Точно также объектомъ права отца является его малолѣтній сынъ, а не дѣйствія кого бы-то ни было.

Что касается теоріи Коркунова, то неправильность ея очевидна уже изъ только что приведенныхъ примѣровъ. Развѣ рояль есть сила природы? Развѣ принадлежащій мнѣ томъ прелюдій Шопена есть сила природы? Развѣ объектомъ права отца являются силы его двухмѣсячнаго ребенка?

Наиболѣе правильной изъ монистическихъ теорій можно признать теорію, сводящую всѣ объекты правъ къ *поведенію* людей. Но и эта теорія принята быть не можетъ. Совершенно вѣрно, что всѣ юридическія нормы регулируютъ поведеніе людей. Такимъ образомъ можно сказать, что это поведеніе является объектомъ юридическихъ нормъ (объективнаго права). Объектомъ

же юридическихъ отношеній (субъективнаго права) является въ громадномъ количествѣ случаевъ не поведеніе само по себѣ, а тѣ блага, выгоды, которыя получаются въ результатѣ поведенія въ каждомъ данномъ случаѣ для управомоченнаго субъекта.

§ **572.** Итакъ свести къ одному понятію всѣ разнообразные объекты права нельзя. Задача теоріи должна заключаться въ сведеніи всѣхъ объектовъ права къ нѣсколькимъ типическимъ группамъ, въ классификаціи объектовъ.

Прежде чѣмъ приступить къ разрѣшенію этой задачи, мы должны устранить одно недоразумѣніе. Существуетъ мнѣніе, что юридическое понятіе объекта правъ совпадаетъ съ экономическимъ понятіемъ о благахъ. Отсюда выводится, что вещь, лишенная всякой экономической цѣнности, не можетъ быть объектомъ права.—Это мнѣніе основано на двухъ положеніяхъ, неправильность которыхъ выяснена была раньше: 1) отожествленіе понятій права и интереса и 2) субъективное право можетъ быть только въ области частнаго права, но не публичнаго. Но даже въ области частнаго права мы имѣемъ факты, противорѣчащіе разсматриваемому мнѣнію: въ семейственномъ правѣ цѣлый рядъ отношеній лишенъ имущественнаго характера. Кромѣ того существуютъ напр., права собственности на предметы, не имѣющіе никакой экономической цѣнности. Принадлежащія мнѣ письма умершаго дорогого мнѣ человѣка—это такая же моя собственность, какъ и принадлежащій мнѣ домъ; положительное право должно охранять оба эти объекта отъ посягательствъ, не смотря на то, что первый имѣетъ чисто-субъективную цѣнность*).

§ **573.** Существуетъ нѣсколько классификацій объектовъ правъ. Наиболѣе распространенными являются двѣ: одна дѣлитъ всѣ объекты на три группы—a) вещи, b) дѣйствія и c) лица; другая

---

*) Здѣсь умѣстно напомнить то, что говорилось въ своемъ мѣстѣ объ охранѣ неимущественныхъ интересовъ. Расширеніе этой охраны знаменуетъ собою высшую ступень развитія культуры.—Отмѣтимъ, кстати, односторонность мнѣнія, по которому понятіе объекта права есть такая же чисто-формальная юридическая категорія, какъ и понятіе субъекта права: вѣдь правопорядокъ совершенно безсиленъ *создать* какой бы то ни было объектъ права; онъ лишь сообщаетъ юридическій характеръ тѣмъ благамъ, интересамъ, которые выработаны бытовыми отношеніями. Понятіе объекта правъ, какъ и масса другихъ понятій, есть дѣйствительно юридическая категорія, вполнѣ достаточная для цѣлей догматическаго изученія положительнаго права. Но философія права учитъ, что такое изученіе даетъ въ результатѣ знаніе лишь одной стороны изучаемаго сложнаго явленія.

къ названнымъ группамъ прибавляетъ четвертую, а именно— собственную личность субъекта со всѣми ея проявленіями. Вторая классификація представляется болѣе правильной, причемъ для бо̀льшей точности терминъ „дѣйствія“ лучше замѣнить терминомъ „поведеніе“. Такимъ образомъ получаемъ четыре категоріи объектовъ: 1) собственная личность субъекта, 2) вещи, 3) поведеніе людей и 4) люди. Каждая изъ этихъ категорій имѣетъ свои подраздѣленія.

Разсмотримъ указанныя категоріи.

§ **574. Собственная личность субъекта.** Съ перваго взгляда можетъ показаться страннымъ признаніе такого объекта права. Повидимому это противорѣчитъ положенію, что къ себѣ самому человѣкъ можетъ находиться только въ нравственныхъ отношеніяхъ, но не въ юридическихъ. „Если субъективное право есть власть, пріобрѣтаемая.... содѣйствіемъ правового порядка, воздѣйствующаго на другихъ лицъ, то признаніе субъективнаго права на свое лицо несомнѣнно противорѣчитъ понятію о субъективномъ правѣ. Допущеніе субъективныхъ правъ на самаго себя стоитъ въ противорѣчіи съ представленіемъ о субъектѣ и объектѣ: если объектомъ мы называемъ нѣчто, находящееся внѣ воспринимаемаго субъекта, какъ можно признать объектомъ субъективнаго права умственныя силы самаго субъекта“ *).

Дѣйствительно-ли признаніе собственной личности объектомъ права противорѣчитъ понятіямъ и субъекта, и объекта права, и субъективнаго права, какъ это утверждаетъ Шершеневичъ? Припомнимъ соотвѣтствующія опредѣленія. Мы видѣли, что субъективное право есть сфера внѣшней свободы субъекта, опредѣляемая юридической нормой, а объектъ права есть все то, что входитъ въ эту сферу. Изъ этого ясно: 1) что субъективное право не всегда принимаетъ характеръ юридической власти по отношенію къ другимъ лицамъ (§ 505—507) и 2) что объектомъ права не всегда бываетъ „нѣчто, находящееся внѣ воспринимаемаго субъекта“. *Мое* тѣло, *мое* доброе имя, *моя* честь, *моя* свобода и т. д.—все это такіе-же объекты моего права, какъ и мой домъ, мой ребенокъ, услуги моей горничной, работа моего переписчика и т. д

Въ самомъ дѣлѣ: если существуетъ право на свободу совѣсти, на честь, на неприкосновенность личности и т. п, то долженъ быть и объектъ этого права, ибо безъобъектныхъ правъ быть не

*) Шершеневичъ. Общая теорія права. III, 598.

можетъ. На основаніи чего мы можемъ предъявлять къ другимъ лицамъ требованія (притязанія) воздерживаться отъ поступковъ, оскорбительныхъ для нашей чести? Такое требованіе создаетъ производное юридическое отношеніе, а мы знаемъ, что производныя юридическія отношенія невозможны безъ основныхъ (§ 501), т. е. отношенія субъекта къ объекту. Объектомъ же основного отношенія является честь, какъ особое, цѣнное благо, находящееся въ обладаніи субъекта.

§ **575**. Нѣкоторые ученые утверждаютъ, что такъ какъ блага такого рода лежатъ въ насъ самихъ, то для нихъ понятіе объекта правъ не имѣетъ существеннаго значенія, оно сливается съ понятіемъ субъекта правъ *).

Съ этимъ нельзя согласиться ни съ точки зрѣнія формально-юридической, ни съ точки зрѣнія философіи права. Съ формально-юридической точки зрѣнія мы уже видѣли, что безъобъектныхъ правъ быть не можетъ. Поэтому, разъ существуютъ т. н. права личности (право на честь, неприкосновенность, свободу совѣсти и т. п.), необходимо долженъ быть объектъ каждаго изъ этихъ правъ. Конечно, всѣ эти объекты лежатъ въ насъ самихъ, но юридическій анализъ разлагаетъ „насъ“ на субъекта и объекты нашихъ правъ.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что такое разложеніе есть схоластическій пріемъ юридической формалистики. Но философія права учитъ, что это разложеніе вытекаетъ изъ глубочайшей сущности изучаемыхъ явленій. Здѣсь опять мы имѣемъ примѣръ, доказывающій, что безъ помощи философіи наука права можетъ только скользить по поверхности изучаемыхъ явленій. Въ концѣ § 539 была показана невозможность построенія понятія субъекта правъ безъ философскаго понятія личности. Понятіе же личности есть сложное понятіе. Въ своемъ мѣстѣ было указано, что человѣкъ имѣетъ тройственный составъ (духъ, душа и тѣло), что основой его является ноуменальное, метафизическое *я*, искра Божія, и что отъ этого ноуменальнаго *я* надо отличать *я* феноменальное, эмпирическое, представляющее собою ту оболочку, въ которую воплощается безсмертный духъ. Эта оболочка не только матеріальна: кромѣ физической оболочки (тѣло) есть еще оболочка т. ск. соціально-юридическая. Такимъ образомъ настоящимъ субъектомъ правъ является метафизическое *я*, а слѣдовательно

*) Напр. Гамбаровъ. Курсъ гражданскаго права. I, 571.

его оболочка, все эмпирическое *я* полностью (тѣлесная неприкосновенность, свободное распоряженіе своимъ тѣломъ, честь, стыдливость, доброе имя, общественное положеніе и т. д.) должно разсматриваться какъ объектъ правъ этого субъекта. И въ сущности—это самый важный изъ всѣхъ объектовъ.

Изъ всего сказаннаго ясно, что человѣкъ можетъ „къ себѣ самому“ находиться не только въ нравственныхъ, но и въ юридическихъ отношеніяхъ. И подобно тому, какъ собственникъ дома не имѣетъ права поджечь его, если этимъ онъ можетъ нарушить чужія права, такъ человѣкъ не имѣетъ права причинить себѣ увѣчье, если этимъ онъ можетъ нарушить право государства (воинская повинность), женщина не имѣетъ права продать свое тѣло въ такой обстановкѣ, которая явно оскорбляетъ стыдливость всѣхъ и каждаго.

§ **576. Вещи.** Эта категорія объектовъ съ перваго взгляда кажется очень простой, но на самомъ дѣлѣ она возбуждаетъ рядъ вопросовъ, едва ли окончательно рѣшенныхъ.

Прежде всего возникаютъ сомнѣнія относительно самаго термина „вещь“. Если принадлежащая мнѣ палка есть дѣйствительно вещь, то уже относительно моей собаки терминъ „вещь“ не совсѣмъ удобенъ, а относительно произведенія моего духовнаго творчества (напр., книга) можетъ показаться двусмысленнымъ: одинъ и тотъ же терминъ примѣняется и къ данному экземпляру книги, и къ самому произведенію моего духа. Еще ярче обнаружится эта двусмысленность, если мы возьмемъ какое нибудь техническое изобрѣтеніе, на которое авторъ получилъ патентъ: это изобрѣтеніе есть источникъ дохода для изобрѣтателя, но называть его вещью можно лишь съ очень большою натяжкой. Далѣе,—къ этой же категоріи относятъ и такія „вещи“, какъ урожай будущаго года, газъ, электричество *) и т. д.

Изъ приведенныхъ фактовъ ясно, что противъ общепринятой терминологіи возможны серіозныя возраженія: одинъ и тотъ-же терминъ охватываетъ собою и садъ, и топоръ, и лошадь, и электричество, и будущій приплодъ, и проценты, и партитуру оперы,

---

*) Регельсбергеръ (Pandekten, I, 365) признавая газъ вещью, отказывается подвести подъ эту категорію электричество по чисто-физическимъ соображеніямъ. Но вѣдь юридическое понятіе вещи не тождественно съ физическимъ. И если возможна кража газа, то по тѣмъ же соображеніямъ возможна и кража электричества.

и оперу и т. д.—Не беря на себя задачи измѣнять господствующую терминологію, мы считаемъ необходимымъ указать на эту разнохарактерность объектовъ, причисляемыхъ къ категоріи вещей.

Возникаетъ вопросъ: есть ли основаніе создавать изъ этихъ объектовъ одну общую, самостоятельную категорію?

Повидимому вопросъ долженъ быть рѣшенъ утвердительно. Если мы изъ всей массы объектовъ исключимъ собственную (эмпирическую) личность субъекта, другихъ людей и поведеніе людей, у насъ останется обширная группа объектовъ, которая при всей своей разнохарактерности обладаетъ нѣкоторыми общими чертами. Кромѣ того здѣсь вездѣ юридическая власть субъекта, его господство, направлено непосредственно на самую „вещь". Поведеніе людей является только средствомъ для проявленія этого господства.

§ **577.** Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что распространенныя опредѣленія „вещей", какъ „ограниченныхъ частей внѣшней матеріальной природы", или „всѣхъ предметовъ внѣшняго міра" и т. п, должны быть признаны односторонними. Ученые, принимающіе такія опредѣленія, не могутъ подвести подъ понятіе объекта правъ напр., электричество, произведенія духовнаго творчества.

Нѣкоторые прямо заявляютъ, что „понятіе о безтѣлесныхъ вещахъ слѣдуетъ вовсе выключить изъ правовѣдѣнія" (Трубецкой). Если это правильно относительно такихъ, признаваемыхъ нѣкоторыми учеными, мнимыхъ безтѣлесныхъ вещей, какъ напр. слушаніе музыки, катаніе на рѣкѣ, посѣщеніе картинной галлереи (здѣсь объектомъ является поведеніе людей, а не вещи), то такое „выключеніе изъ правовѣдѣнія понятія о безтѣлесныхъ вещахъ" приводитъ къ отрицанію за авторомъ права на произведенія его творчества, т. е. къ отрицанію очевидныхъ фактовъ реальной жизни. Напрасно нѣкоторые объектомъ авторскаго права считаютъ поведеніе (дѣйствія) другихъ лицъ: воздержаніе отъ контрафакціи, платежи гонорара и т. д. Вѣдь это поведеніе есть лишь результатъ авторскаго права: только потому, что данное произведеніе является объектомъ моего права, подчинено моей юридической власти, всѣ и каждый обязаны къ опредѣленному поведенію относительно этого объекта. Здѣсь мы видимъ полную аналогію съ правомъ собственности на вещь: объектомъ моего права является, напр., садъ, а не поведеніе всѣхъ окружающихъ меня людей.

Такимъ образомъ къ разсматриваемой категоріи объектовъ надо отнести *все то, что, не будучи ни собственной личностью субъекта, ни другими людьми, ни ихъ поведеніемъ, признается положительнымъ правомъ быть способнымъ подлежать юридической власти субъекта.*

§ **578.** Вся эта обширная категорія объектовъ можетъ быть раздѣлена на нѣсколько группъ: 1) животныя, 2) вещи въ тѣсномъ смыслѣ слова (самая обширная группа), 3) силы природы (напр. электричество) и 4) нематеріальныя произведенія человѣческаго творчества.

Для огромной массы этихъ объектовъ имѣетъ большое значеніе ихъ экономическій характеръ. Но надо твердо помнить, что юридическое понятіе объекта и экономическое понятіе цѣнности не покрываютъ другъ друга. Поэтому совершенно невѣрно утвержденіе нѣкоторыхъ ученыхъ, что „лишенная всякой цѣнности вещь не можетъ быть объектомъ права".

Нѣкоторые ученые различаютъ вещи „оборотныя", т. е. находящіяся въ гражданскомъ оборотѣ, и вещи, исключенныя изъ этого оборота, res extra commercium. Относительно послѣднихъ говорятъ, что онѣ не могутъ быть объектами правъ, такъ какъ правопорядокъ исключаетъ ихъ изъ гражданскаго оборота. Въ видѣ примѣровъ приводятъ тѣло живого человѣка, священные предметы, общественные сады, большія дороги, судоходныя рѣки и т. п. Въ этомъ дѣленіи заключается значительная часть истины: есть цѣлый рядъ вещей, которыя не могутъ быть объектами правъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, такъ какъ эти вещи принадлежатъ или государству, или церкви, или городамъ и т. д. Но изъ этого никоимъ образомъ нельзя дѣлать вывода, что вещи эти исключаются изъ категоріи объектовъ правъ: напр. священныя вещи являются объектами правъ церкви. Что же касается тѣла живого человѣка, то оно не можетъ быть объектомъ права другихъ лицъ потому, что представляетъ собою объектъ права самого субъекта (§ 574), причемъ положительное право можетъ или не признавать юридическаго характера за нѣкоторыми актами распоряженія человѣка своимъ тѣломъ (напр. продажа своего тѣла для разврата), или прямо воспретить нѣкоторые изъ такихъ актовъ (напр. увѣчье) *).

*) Различаютъ еще вещи, принадлежащія какому либо субъекту, и вещи безхозяйныя, res nullius. Безхозяйная вещь становится собственностью того, кто ею овладѣлъ. Здѣсь нельзя не отмѣтить ошибки, допущенной однимъ изъ на-

§ **579**. Въ цѣломъ рядѣ курсовъ общей теоріи права дается классификація „вещей“ (индивидуальныя и родовыя, движимыя и недвижимыя, дѣлимыя и недѣлимыя, главныя и побочныя, и т. д.). Но такъ какъ вещи являются объектами преимущественно частно-правовыхъ отношеній, то ближайшее изученіе этихъ объектовъ должно входить въ науку гражданскаго права. Наша же наука можетъ ограничиться опредѣленіемъ того мѣста, которое занимаютъ вещи въ общей категоріи объектовъ юридическихъ отношеній, и выясненіемъ общаго характера этой группы объектовъ.

Въ заключеніе надо сдѣлать нѣсколько замѣчаній по поводу т. наз. нематеріальныхъ вещей въ связи съ вопросомъ о правахъ, какъ объектахъ субъективныхъ правъ.

Дѣло въ томъ, что нѣкоторые ученые находятъ, что объектомъ субъективныхъ правъ могутъ быть отдѣльныя субъективныя права; напр. я могу уступить другому свое право взысканія по исполнительному листу, и такимъ образомъ объектомъ возникшаго между нами юридическаго отношенія является субъективное право. При этомъ одни ученые подводятъ такіе „объекты“ подъ общую категорію вещей и причисляютъ ихъ къ группѣ нематеріальныхъ вещей наравнѣ съ продуктами духовнаго творчества въ области науки, искусства и техники. Другіе создаютъ особую категорію объектовъ (право на право).

§ **580**. Ни то ни другое мнѣніе не можетъ быть принято. Если бы даже согласиться, что субъективное право само можетъ быть объектомъ субъективнаго права, то и тогда нельзя было бы включать такой „объектъ“ въ одну группу съ произведеніями духовнаго творчества. Можно продать свой исполнительный листъ, и можно продать право собственности на свою книгу, но изъ этого никоимъ образомъ нельзя выводить однородности обоихъ объектовъ юридическихъ отношеній. Но и создавать особую категорію объектовъ для такихъ случаевъ нельзя.

Прежде всего признаніе субъективнаго права объектомъ представляетъ собою contradictio in adjecto: субъектъ, объектъ и субъек-

---

шихъ ученыхъ. Онъ утверждаетъ, будто въ настоящее время „всякая вещь, находящаяся на территоріи даннаго государства и никому въ особенности не принадлежащая, считается собственностью государства“. Отсюда выводъ: каждый охотникъ, каждый рыболовъ совершаетъ посягательство на государственную собственность, каждый, положившій себѣ въ карманъ найденный на большой дорогѣ двугривенный, присвоилъ себѣ государственную собственность!

ливное право являются, какъ мы видѣли, отдѣльными элементами юридическаго отношенія. Каждый изъ этихъ элементовъ обладаетъ свойственными ему характерными особенностями, не допускающими смѣшенія одного элемента съ другимъ: то, что является объектомъ, никоимъ образомъ не можетъ быть ни субъектомъ, ни субъективнымъ правомъ. То-же самое должно сказать и относительно другихъ элементовъ.

А если мы анализируемъ каждый случай, гдѣ критикуемая теорія видитъ субъективное право въ качествѣ объекта юридическаго отношенія, то увидимъ, что теорія построена на недоразумѣніи. Возьмемъ приведенный выше примѣръ съ продажей исполнительнаго листа. На первый взглядъ кажется, что если я продалъ здѣсь свое право на взысканіе означенной въ листѣ суммы денегъ, то слѣдовательно это право и является объектомъ юридическаго отношенія между мною и покупщикомъ листа. На самомъ дѣлѣ юридическій анализъ обнаруживаетъ неправильность такого житейскаго словоупотребленія. Когда я получилъ изъ суда исполнительный листъ, то на основаніи его между мною и отвѣтчикомъ возникаетъ юридическое отношеніе, въ которомъ активнымъ субъектомъ являюсь я, пассивнымъ—отвѣтчикъ, а объектомъ—та сумма денегъ, которая означена въ исполнительномъ листѣ. Продажа исполнительнаго листа измѣняетъ въ этомъ юридическомъ отношеніи только активнаго субъекта, объектъ-же и пассивный субъектъ остаются тѣ-же. Такимъ образомъ оказывается, что я продалъ не свое субъективное право, а объектъ этого права: этотъ объектъ сначала находился въ моей юридической власти, а теперь перешелъ во власть купившаго.

Въ другихъ случаяхъ юридическій анализъ обнаруживаетъ, что въ результатѣ уступки субъектомъ какого нибудь права получается слѣдующее: одинъ и тотъ-же объектъ получаетъ вмѣсто одного субъекта двухъ субъектовъ. Напр. собственникъ усадьбы продаетъ сосѣду право проѣзда черезъ свою землю, или собственникъ лѣса продаетъ кому либо право собирать въ лѣсу грибы и т. п. Объектами такихъ юридическихъ отношеній вовсе не являются права, а являются тѣ-же объекты, которые существовали и раньше, т. е. усадьба и лѣсъ: черезъ усадьбу новый субъектъ имѣетъ право проѣзжать, въ лѣсу новый субъектъ имѣетъ право собирать грибы. Различный объемъ и содержаніе этихъ правъ нисколько не измѣняютъ объекта ихъ: одинъ и тотъ-же лѣсъ

является объектомъ права и собственника, и узуфруктуарія (напр., собирателя грибовъ).*)

§ 581. Поведеніе людей. Выше было уже отмѣчено, что поведеніе людей является объектомъ всѣхъ юридическихъ нормъ; что же касается юридическихъ отношеній, то это поведеніе сплошь и рядомъ служитъ лишь средствомъ для достиженія цѣли каждаго даннаго отношенія, т. е. для предоставленія управомоченному субъекту возможности осуществлять свое право надъ тѣмъ или другимъ объектомъ.

Но есть цѣлый рядъ юридическихъ отношеній, въ которыхъ поведеніе людей является *непосредственнымъ* объектомъ правъ (и соотвѣтствующихъ обязанностей). Здѣсь управомоченный субъектъ имѣетъ право требовать *опредѣленнаго поведенія, какъ такового*, въ этомъ поведеніи заключается весь его интересъ. Если я покупаю въ магазинѣ фунтъ кофе, объектомъ моего права является этотъ кофе, а не поведеніе приказчика; дѣйствія приказчика служатъ лишь средствомъ для того, чтобы я могъ получить интересующую меня вещь. Напротивъ, если купецъ нанимаетъ приказчика, объектомъ права купца является опредѣленное поведеніе приказчика, весь интересъ купца въ возникшемъ между нимъ и приказчикомъ юридическомъ отношеніи сосредоточенъ непосредственно на этомъ поведеніи.

Большинство ученыхъ обозначаютъ изучаемую категорію объектовъ терминовъ *дѣйствія*. Такую терминологію нельзя признать правильной потому, что поведеніе людей, являющееся объектомъ юридическихъ отношеній, далеко не всегда выражается въ дѣйствіяхъ. Если я заключилъ съ домохозяиномъ, живущимъ въ одномъ со мною домѣ, договоръ, по которому послѣ извѣстнаго часа въ его квартирѣ не должно быть музыки, пѣнія, танцевъ и т. п., то объектомъ моего права являются не дѣйствія домохозяина, а воздержаніе его отъ точно опредѣленныхъ дѣйствій.

---

*) Здѣсь кстати нельзя не отмѣтить ошибки, допускаемой нѣкоторыми учеными (напр., Коркуновъ). При изложеніи вопроса *объ объектѣ* юридическихъ отношеній они по поводу вещей говорятъ о различныхъ проявленіяхъ господства человѣка надъ вещами: собственность, владѣніе, права въ чужой вещи и т. д. Но вѣдь въ отдѣлѣ объ объектѣ рѣчь можетъ идти только о томъ, что можетъ быть объектомъ, какіе бываютъ объекты, каковы ихъ свойства и т. п. Говорить же о предѣлахъ власти субъекта надъ объектомъ, это значитъ изслѣдовать вопросъ не объ объектѣ, а о субъективномъ правѣ И тогда надо говорить объ этомъ не только по поводу вещей, но и по поводу всѣхъ остальныхъ объектовъ.

Правда, ученые придерживающіеся критикуемой терминологіи, различаютъ *дѣйствія положительныя* и *дѣйствія отрицательныя*, но крайняя искуственность термина „отрицательное дѣйствіе“ слишкомъ очевидна: если я послѣ опредѣленнаго часа не имѣю права играть на фортепіано, то исполняя эту обязанность, я вовсе не „дѣйствую“, а „бездѣйствую“ въ извѣстномъ отношеніи.

§ **582.** Поведеніе людей представляетъ собою чрезвычайно обширную и разнохарактерную категорію объектовъ юридическихъ отношеній.

Всю эту категорію можно раздѣлить на группы, какъ по характеру формъ поведенія, такъ и по характеру субъектовъ, обязанныхъ къ извѣстному поведенію. Что касается дѣленія по характеру формъ поведенія, то большинство современныхъ ученыхъ квалифицируютъ поведеніе, какъ „дѣйствія“, и дѣлятъ ихъ на положительныя и отрицательныя. О неправильности такой терминологіи было только что сказано.

Но возникаетъ вопросъ: быть можетъ эта терминологія, хотя бы и неправильная, отражаетъ въ себѣ сущность изучаемыхъ явленій? Быть можетъ всѣ формы человѣческаго поведенія, интересующія юриста, можно свести къ двумъ: 1) что нибудь дѣлать и 2) чего нибудь не дѣлать?

Большинство юристовъ на этотъ вопросъ отвѣчаютъ утвердительно. Между тѣмъ еще римскіе юристы различали три формы поведенія: 1) facere, 2) non facere и 3) pati. Въ исторіи науки это дѣленіе принималось многими учеными, и даже въ настоящее время оно имѣетъ защитниковъ (напр. у насъ проф. Петражицкій).

§ **583.** Не смотря на отрицательное отношеніе господствующаго ученія къ трехчленному дѣленію мы должны сказать, что римскіе юристы были ближе къ истинѣ, чѣмъ современные.

Одинъ изъ выдающихся представителей господствующаго дѣленія Бирлингъ (l. c. I, 242—244), утверждаетъ, что третья форма поведенія, pati, сводится въ сущности ко второй (non facere). Мы употребляемъ выраженіе „терпѣть“ (pati), говоритъ онъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кто-нибудь своими поступками даетъ намъ поводъ къ сопротивленію, а мы отъ такого сопротивленія отказываемся по какимъ-бы то ни было причинамъ. Такимъ образомъ если правопорядокъ предписываетъ „терпѣть“ что либо, то въ сущности онъ запрещаетъ совершать дѣйствія, препятствующія управомоченному субъекту осуществлять свое право.

Внимательный анализъ соотвѣтствующихъ формъ поведенія показываетъ, что природа „терпѣнія“ далеко не всегда тождественна съ природой „недѣланія“ чего-нибудь.

Возьмемъ примѣры, наглядно иллюстрирующіе различный характеръ трехъ формъ поведенія. 1) Я взялъ билетъ на концертъ Гофмана. Поведеніе Гофмана, какъ объектъ моего права, выражается въ томъ, что онъ обязанъ совершить точно опредѣленныя дѣйствія: съиграть на фортепіано указанныя въ программѣ концерта вещи. 2) Я заключилъ съ моимъ сосѣдомъ по квартирѣ договоръ, въ силу котораго я обязанъ не играть на фортепіано послѣ 9 часовъ вечера. Мое поведеніе, какъ объектъ права сосѣда, выражается въ воздержаніи отъ точно опредѣленныхъ дѣйствій: какое бы сильное желаніе у меня ни явилось услышать звуки просматриваемой мною сонаты Бетховена, какъ бы ни необходимо было демонстрировать посѣтившему меня пріятелю-музыканту интересную страницу Верди, о которой у насъ возникъ оживленный обмѣнъ мнѣній, я не имѣю права играть. 3) Судья на основаніи постановленнаго имъ приговора объявляетъ выговоръ осужденному. Поведеніе осужденнаго, какъ объектъ права государства, выражается въ томъ, что онъ обязанъ „терпѣть“ обращенныя къ нему слова судьи въ опредѣленной обстановкѣ.

Можно ли сказать, что это „терпѣніе“ сводится къ запрещенію извѣстныхъ дѣйствій со стороны осужденнаго? Нѣтъ, потому что, если бы осужденный позволилъ себѣ въ засѣданіи суда какія либо дѣйствія, имѣющія цѣлью воспрепятствовать судьѣ объявить выговоръ (напр., кричать, шумѣть, спорить съ судьей, пытаться уйти изъ зала и т. п.), онъ оказался бы виновнымъ въ *самостоятельномъ преступленіи*, выразившемся именно въ этихъ дѣйствіяхъ, онъ обязанъ воздерживаться отъ этихъ дѣйствій совершенно независимо отъ того, объявляется ли ему выговоръ, или онъ допрашивается въ качествѣ свидѣтеля, или просто находится въ залѣ въ качествѣ зрителя. А главное,—въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ въ психикѣ осужденнаго не возникаетъ ни малѣйшаго побужденія уклониться отъ исполненія своей обязанности „терпѣть“ объявленіе ему выговора. Здѣсь никоимъ образомъ нельзя сказать вмѣстѣ съ Бирлингомъ, что судья своими поступками даетъ осужденному поводъ къ сопротивленію.

§ 584. Итакъ мы приходимъ къ выводу, что поведеніе людей, являющееся объектомъ юридическихъ отношеній, сводится къ

тремъ формамъ: 1) что-нибудь дѣлать, 2) чего-нибудь не дѣлать и 3) что-нибудь „терпѣть“. Нерѣдко эти формы комбинируются; напр., пассивный субъектъ обязанъ въ одно и то-же время и что-нибудь дѣлать, и что-нибудь „терпѣть“ (обязанности подчиненнаго по отношенію къ начальнику, прислуги по отношенію къ хозяину и т. п.).

Нѣкоторые ученые утверждаютъ, что „дѣйствія“, лишенныя экономической цѣнности, не могутъ быть объектами права. О неправильности такого односторонняго взгляда на юридическія отношенія рѣчь уже шла при разсмотрѣніи вещи, какъ объектовъ правъ. То-же самое еще съ бо̀льшимъ основаніемъ можно повторить и относительно поведенія людей, какъ объекта правъ: сплошь и рядомъ объектомъ юридическихъ отношеній является поведеніе, не имѣющее никакой экономической цѣнности (напр. всѣ три приведенныя въ предыдущемъ параграфѣ типическіе примѣры).

Иногда къ категоріи „дѣйствій“ причисляютъ дѣйствія самаго субъекта права. Это крупное заблужденіе. Здѣсь мы имѣемъ совершенно самостоятельный объектъ права, по своей природѣ не допускающій смѣшенія съ другими объектами (собственная личность субъекта). Кромѣ того объектомъ т. наз. личныхъ правъ являются далеко не одни *дѣйствія* управомоченнаго субъекта, даже не его поведеніе: какъ можно свести къ поведенію, напр., неприкосновенность тѣлесную?

§ **585**. Въ ученіи о классификаціи двухъ первыхъ формъ поведенія, особый интересъ представляетъ вопросъ о дѣленіи т. наз. „отрицательныхъ дѣйствій“ (воздержаній).

Обыкновенно дѣлятъ ихъ на двѣ группы 1) воздержаніе отъ какихъ либо точно опредѣленныхъ дѣйствій и 2) воздержаніе отъ какихъ бы-то ни было дѣйствій, полное невмѣшательство въ сферу чужого права. При этомъ всегда приводятъ право собственности, какъ примѣръ такихъ юридическихъ отношеній, гдѣ поведеніе пассивныхъ субъектовъ заключается въ полномъ невмѣшательствѣ.

Въ дополненіе къ тому, что было сказано по этому вопросу въ § 513 и 518[1], здѣсь замѣтимъ слѣдующее.

Объектомъ права собственности является не поведеніе людей, а „вещь“. *Со всѣми остальными людьми собственникъ не связанъ никакими юридическими отношеніями, а посему и нельзя оворить, что они несутъ по отношенію къ нему обязанности „полнаго невмѣшательства“*. Юридическія отношенія собствен-

ника къ окружающимъ людямъ могутъ произойти лишь въ видѣ *производныхъ* отношеній, т. е. когда кто либо такъ или иначе посягаетъ на право собственника.—То же самое можно сказать и о всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ, гдѣ по господствующему мнѣнію существуетъ обязанность всѣхъ и каждаго воздерживаться отъ какихъ бы то ни было дѣйствій, нарушающихъ право даннаго субъекта.

Такимъ образомъ мы приходимъ къ заключенію, что *воздержанія* („отрицательныя“ дѣйствія), какъ объектъ юридическихъ отношеній, возможны только въ видѣ воздержаній отъ точно опредѣленныхъ дѣйствій.

Воздерживаться же отъ какихъ бы то ни было дѣйствій, нарушающихъ, напр., мое право собственности, или мою честь, мою тѣлесную неприкосновенность, всѣ и каждый обязаны вовсе не потому, что этимъ они нарушаютъ свои отрицательныя обязанности по отношенію ко мнѣ, что такія обязанности являются объектомъ моего права, или вытекаютъ изъ моего права (подобно, напр., обязанности не играть на фортепіано послѣ опредѣленнаго въ договорѣ часа),—а потому, что эти люди не имѣютъ никакихъ правъ на данный объектъ, а слѣдовательно и не могутъ на него посягать въ виду основного принципа всякаго правопорядка.

§ **586.** Что касается *дѣйствій* (или по господствующей терминологіи: „положительныхъ“ дѣйствій), то классификація ихъ до извѣстной степени аналогична классификаціи вещей.

Общими свойствами всѣхъ дѣйствій, какъ объектовъ юридическихъ отношеній, являются: строгая опредѣленность, ясно очерченныя границы, физическая выполнимость и непротиворѣчіе (а не дозволенность) нормамъ положительнаго права.— Изъ подраздѣленій дѣйствій особо-важное значеніе имѣетъ дѣленіе на дѣйствія *индивидуальныя и родовыя*: индивидуальныя дѣйствія должны быть выполнены непремѣнно опредѣленными лицами, иначе они потеряютъ всякую цѣнность для даннаго отношенія; родовыя дѣйствія всегда могутъ быть выполнены одними лицами вмѣсто другихъ.— Другое важное дѣленіе: дѣйствія *дѣлимыя* и *недѣлимыя*: дѣлимыя дѣйствія состоятъ изъ многихъ актовъ, могущихъ быть совершенными въ разное время, актовъ, связанныхъ въ одно цѣлое какимъ либо общимъ началомъ (напр., веденіе адвокатомъ дѣла); недѣлимое дѣйствіе должно быть совершено въ точно опредѣленный моментъ времени цѣликомъ (напр, исполненіе музыкальнаго произведенія въ концертѣ).

§ **587** По характеру субъектовъ, обязанныхъ къ опредѣленному поведенію, мы различаемъ 1) поведеніе частныхъ лицъ, 2) поведеніе должностныхъ лицъ и 3) поведеніе государства (какъ юридическаго лица).

Поведеніе частныхъ лицъ можетъ быть объектомъ правъ какъ въ отношеніяхъ между частными лицами, такъ и въ отношеніяхъ между частными лицами и государствомъ. Поведеніе должностныхъ лицъ можетъ быть объектомъ правъ въ отношеніяхъ ихъ и къ частнымъ лицамъ, и къ государству. Наконецъ поведеніе государства можетъ быть объектомъ правъ въ отношеніяхъ государства къ другому государству, къ частнымъ лицамъ и къ должностнымъ лицамъ.

Подробное изслѣдованіе всѣхъ указанныхъ случаевъ входитъ въ содержаніе наукъ гражданскаго, государственнаго, административнаго, судебнаго и международнаго права.

§ **589**. *Люди, какъ объекты юридическихъ отношеній.* По поводу этой категоріи объектовъ возможны принципіальные споры. Для отчетливаго выясненія вопроса необходимо строго различать изученіе его de lege lata отъ изученія de lege ferenda.

Если мы будемъ изучать вопросъ de lege lata, то увидимъ, что юридическая жизнь давала и даетъ очень много фактовъ, свидѣтельствующихъ, что человѣкъ является объектомъ правъ. Прежде всего мы имѣемъ институтъ рабства, сравнительно недавно уничтоженный въ культурныхъ государствахъ. Въ юридическихъ отношеніяхъ рабъ есть такая же „вещь“, какъ собака, лошадь и т. п. Здѣсь воззрѣніе на человѣка, какъ на объектъ правъ, проявляется самымъ послѣдовательнымъ образомъ.

Но и въ современномъ культурномъ правопорядкѣ люди бываютъ объектами правъ. Это мы видимъ въ отношеніяхъ между родителями и малолѣтними дѣтьми, между опекунами и опекаемыми, между мужемъ и женою, между государствомъ и арміей въ военное время, между государствомъ и осужденными нѣкоторыми приговорами уголовнаго суда (смертная казнь).

Напрасно нѣкоторые ученые утверждаютъ, что современное право не допускаетъ такого господства, при которомъ одно лицо низводится на степень вещи и средства для цѣли другого лица: въ военное время, напр., всѣ составляющіе армію лица являются только средствами для цѣлей государства, а всѣ солдаты и офицеры во время сраженія служатъ только средствами для цѣлей того военачальника, который командуетъ данной частью арміи.

Какъ можно при наличности такихъ фактовъ говорить, что „современное право мирится только съ такимъ господствомъ одного лица надъ другимъ, при которомъ сохраняется свобода обоихъ?“ О какой свободѣ можно говорить съ точки зрѣнія офицера и командуемой имъ роты солдатъ, которыхъ генералъ для спасенія всей арміи посылаетъ на вѣрную смерть?

§ **590**. Но и относительно жены и дѣтей нельзя согласиться съ тѣмъ, что здѣсь „господство одного лица надъ другимъ является взаимнымъ, не исключаетъ личной свободы, а потому оно и допускается современнымъ правомъ“.

Возьмемъ отношеніе между отцомъ и его двухлѣтнимъ ребенкомъ. Какъ можно утверждать, что этотъ ребенокъ (юридически) господствуетъ надъ отцомъ, что отецъ является объектомъ права ребенка? Это совершенно невѣрно: ребенокъ дѣйствительно является объектомъ права отца, но не наоборотъ. Отецъ, конечно, несетъ рядъ обязанностей относительно ребенка (не только нравственныхъ, но и юридическихъ), но объектомъ этихъ обязанностей является *поведеніе* отца, а не самъ онъ, между тѣмъ какъ объектомъ правъ отца является ребенокъ, а не его поведеніе.

И относительно жены нельзя сказать, что „если мужъ обладаетъ исключительнымъ правомъ на жену, то свобода ея этимъ не уничтожается, ибо и она имѣетъ такое же исключительное право на своего мужа“. Какъ согласить съ такимъ мнѣніемъ право мужа требовать, чтобы жена слѣдовала за нимъ при всякой перемѣнѣ мѣста жительства? Ясное дѣло, что здѣсь объектомъ права мужа является не поведеніе жены, а она сама, между тѣмъ какъ никакого взаимнаго права жена не имѣетъ.

§ **591**. Итакъ, мы должны признать, что современный культурный правопорядокъ знаетъ случаи, когда человѣкъ является объектомъ права. Случаи эти часто носятъ смягченный характеръ благодаря тому, что субъектъ права несетъ по отношенію *къ объекту* нѣкоторыя обязанности, чего по общему правилу не бываетъ относительно объектовъ, напр., права собственности. Но изъ этого нельзя дѣлать заключенія, что *всѣ* права субъекта надъ объектами этой категоріи представляютъ собою одновременно и обязанности (подобно тому, какъ право судьи отправлять правосудіе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и его обязанность). Возьмемъ хотя бы право мужа требовать къ себѣ жену для совмѣстнаго жительства: здѣсь никоимъ образомъ нельзя говорить, что мужъ обязанъ воспользоваться своимъ правомъ.

Нѣкоторые ученые находятъ, что область, въ которой по современному правопорядку человѣкъ является объектомъ правъ, надо еще расширить Эти ученые утверждаютъ, что люди являются объектами правъ въ отношеніяхъ между подданными и верховною властью, а также въ отношеніяхъ между начальниками и подчиненными. Въ доказательство такого мнѣнія приводятъ слѣдующее: въ указанныхъ отношеніяхъ объектомъ правъ верховной власти и начальниковъ являются не отдѣльныя дѣйствія подвластныхъ лицъ, а всѣ тѣ стороны жизни человѣка, въ которыхъ для него обязательно исполненіе воли другихъ; а такъ какъ эти стороны самымъ тѣснымъ образомъ слиты съ его личностью, то ихъ и невозможно выдѣлить, какъ самостоятельный объектъ юридическихъ отношеній.

§ **592** Съ такимъ расширеніемъ категоріи изучаемыхъ объектовъ юридическихъ отношеніи нельзя согласиться даже de lege lata.

Въ исторіи культуры были времена, когда подданные дѣйствительно являлись объектомъ правъ верховной власти. Но правосознаніе современныхъ культурныхъ народовъ, вполнѣ согласное съ выводами науки о существѣ государства и его элементовъ, окончательно оставило это воззрѣніе. Свободный гражданинъ является одновременно и подданнымъ, но подданнымъ не верховной власти (а тѣмъ болѣе не даннаго носителя этой власти), а государства, какъ идеальнаго цѣлаго. Объектомъ правъ верховной власти, осуществляющей свои функціи посредствомъ опредѣленныхъ даннымъ правопорядкомъ органовъ, являются не граждане (и не ихъ отдѣльныя дѣйствія), а ихъ поведеніе. Это поведеніе складывается изъ всѣхъ трехъ формъ: дѣйствія, воздержанія и „терпѣнія“, что̀ и даетъ поводъ представителямъ критикуемаго мнѣнія утверждать, будто объектомъ здѣсь является лицо.

Правда, что въ отсталыхъ государствахъ сохранились еще нѣкоторыя переживанія стараго порядка, но во всякомъ случаѣ современный правопорядокъ построенъ на началахъ прямо противоположныхъ, и эти начала все больше и больше входятъ въ общее правосознаніе, все полнѣе и послѣдовательнѣе проводятся въ отдѣльныхъ юридическихъ институтахъ. Изъ того, что гражданинъ обязанъ къ извѣстному поведенію въ отношеніяхъ съ верховной властью. никоимъ образомъ не слѣдуетъ, что онъ является объектомъ ея правъ. Какъ гражданинъ, онъ есть носитель цѣлаго комплекса правъ, уважать которыя обязано государство, и уже поэтому онъ не можетъ быть превращаемъ въ объектъ. Это тѣмъ

болѣе такъ, что въ современныхъ культурныхъ государствахъ граждане тѣмъ или инымъ способомъ принимаютъ участіе въ образованіи т. наз. воли государства.

§ **593**. Если по отношенію къ верховной власти подданный не можетъ быть объектомъ ея правъ, то тѣмъ болѣе это такъ въ отношеніяхъ между начальниками и подчиненными. Даже въ военной службѣ, гдѣ начало подчиненности проводится особенно строго, объектомъ правъ начальника является поведеніе подчиненнаго, а не самъ подчиненный: солдаты, напр., не должны исполнять явно противозаконный приказъ своего командира.

Въ отсталыхъ государствахъ фактически существуетъ порядокъ, при которомъ можно сказать, что подчиненный является объектомъ правъ начальника. Самыя вопіющія проявленія произвола, нарушенія самыхъ элементарныхъ правъ подчиненнаго сплошь и рядомъ проходятъ безнаказанно для начальника, потому что руководящимъ принципомъ для всей соотвѣтственной политики государственной власти служитъ не законность, а знаменитое „поддержаніе престижа власти“. Но не надо смѣшивать фактическаго порядка съ юридическимъ: даже въ этихъ отсталыхъ государствахъ правопорядокъ знаетъ способы (правда несовершенные) огражденія правъ подчиненныхъ отъ произвола начальниковъ. Вотъ почему даже здѣсь при извѣстной энергіи и мужествѣ можно, опираясь на правопорядокъ не безъ успѣха бороться за свои права Что же касается нормальнаго порядка, то не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, что власть начальника надъ подчиненнымъ должна быть заключена въ строго-опредѣленныя границы, должна имѣть своимъ объектомъ точно-опредѣленное поведеніе подчиненнаго, и что подчиненный долженъ имѣть полную возможность защищать свои права отъ какихъ бы то ни было дѣйствій начальника, нарушающихъ эти права. Практика культурныхъ государствъ, во многомъ уже приблизившихся къ нормальному порядку, свидѣтельствуетъ, что только такимъ путемъ государство пріобрѣтаетъ надежныхъ и преданныхъ агентовъ, съ достоинствомъ несущихъ свои обязанности и способствующихъ проведенію въ жизнь драгоцѣнныхъ началъ уваженія къ личности и строгой законности.

§ **594**. Итакъ разсмотрѣніе вопроса de lege lata приводитъ къ заключенію, что современный порядокъ знаетъ слѣдующіе случаи, когда человѣкъ является объектомъ юридическихъ отношеній: малолѣтнія дѣти и опекаемые въ отношеніяхъ къ родителямъ и

опекунамъ, жены въ отношеніяхъ къ мужьямъ, члены арміи въ военное время въ отношеніяхъ къ государству, осужденные нѣкоторыми судебными приговорами преступники въ отношеніяхъ къ государству.

Обратимся къ разсмотрѣнію вопроса de lege ferenda. Руководящимъ началомъ здѣсь является положеніе: „человѣкъ никогда не можетъ быть средствомъ для постороннихъ цѣлей, онъ есть самоцѣль". Мы знаемъ, что абсолютная идея права заключаетъ въ себѣ безусловное требованіе обезпеченія свободы и самоцѣльности личности. Мы знаемъ, что человѣкъ, и только человѣкъ, есть субъектъ юридическихъ отношеній. Отсюда естественный выводъ: *человѣкъ не можетъ быть объектомъ юридическихъ отношеній.* Свободное и разумное существо не можетъ быть до такой степени лишено своей свободы, чтобы превратиться въ объектъ чужого права, уподобиться вещи.

Конечно, въ общежитіи не можетъ быть и рѣчи объ *абсолютной* свободѣ, которую проводятъ анархисты. Человѣкъ обязанъ подчиняться извѣстнымъ нормамъ, такъ или иначе ограничивающихъ его свободу. Но задачей права является регулированіе этой свободы, а не упраздненіе ея. Вотъ почему институтъ рабства самымъ рѣзкимъ образомъ противорѣчитъ идеѣ права. Вотъ почему прогрессъ въ исторіи права знаменуется расширеніемъ области свободы, а не съуженіемъ ея. Вотъ почему, напр., современное брачное право, гдѣ жена является объектомъ правъ мужа, гдѣ законъ накладываетъ свою тяжелую руку на область самыхъ интимныхъ отношеній, нуждается въ серіозныхъ реформахъ въ смыслѣ расширенія свободы субъектовъ соотвѣтствующихъ юридическихъ отношеній.

§ 595. Но изъ всего этого никоимъ образомъ нельзя дѣлать вывода, что законодатель долженъ сейчасъ же провести въ жизнь указанный въ предыдущемъ параграфѣ принципъ естественнаго права во всей его полнотѣ. Такое требованіе было бы забвеніемъ того положенія, что естественное право реализуется въ положижительномъ правѣ сообразно условіямъ конкретной соціальной среды. Эта соціальная среда имѣетъ свою природу вещей, которая и обусловливаетъ способъ реализаціи въ ней абсолютныхъ началъ, подобно тому, какъ покрытый сучками грубый кусокъ дерева обусловливаетъ реализацію въ немъ идеи шара.

Съ этой точки зрѣнія даже такой институтъ, какъ рабство, былъ въ свое время не только неизбѣжнымъ, но и оказалъ очень

цѣнныя услуги исторіи культуры. — Обращаясь къ современному праву, мы должны сказать, что о скоромъ упраздненіи нѣкоторыхъ юридическихъ институтовъ, въ которыхъ человѣкъ является объектомъ правъ, не можетъ быть и рѣчи. Напр., пока существуетъ война, безусловно необходимо, чтобы армія въ военное время была объектомъ правъ государства; пока существуетъ смертная казнь, очевидно, что осужденный преступникъ долженъ быть объектомъ правъ государства*). Не можетъ быть принципіальныхъ возраженій противъ признанія малолѣтнихъ дѣтей объектами правъ родителей и опекуновъ. — И только въ отношеніяхъ между супругами возможно уже и сейчасъ приступить къ необходимымъ реформамъ (напр. введеніе гражданской формы брака, расширеніе значенія брачнаго договора, облегченіе развода и т. д.).

§ **596**. Тѣмъ не менѣе абсолютный принципъ, требующій, чтобы человѣкъ не былъ превращаемъ въ объектъ правъ, оказываетъ могучее вліяніе на юридическую жизнь всякой конкретной соціальной среды, подобно тому, какъ идея шара оказываетъ могучее вліяніе на грубый, неуклюжій кусокъ дерева: мы стремимся на сколько возможно лучше реализовать принципъ при данныхъ условіяхъ.

Отсюда вытекаетъ цѣлый рядъ ограниченій для субъекта въ осуществленіи его власти надъ такимъ объектомъ, какъ человѣкъ. Отсюда—цѣлый рядъ обязанностей, которыя правопорядокъ налагаетъ на субъекта по отношенію къ такому объекту. Все это показываетъ, что правопорядокъ стремится провести принципіальную границу между такимъ объектомъ, какъ вещь, и такимъ, какъ человѣкъ; онъ стремится не допустить вырожденія юридической власти человѣка надъ человѣкомъ въ порабощеніе человѣка.

§ **597**. Въ заключеніе необходимо сдѣлать нѣсколько замѣчаній для устраненія возможнаго смѣшенія понятій.

Во всей этой главѣ рѣчь шла объ объектѣ юридическихъ отношеній. Это понятіе надо различать отъ понятія *объекта преступленія*. Посягательство можетъ быть направлено на такія блага, какъ общественная тишина, общественная безопасность, здравіе, какъ достоинство власти, безопасность и цѣлость государства и т. д. — Возникаетъ вопросъ: можно ли всѣ такія блага называть

*) Нерѣдко можно встрѣтить даже среди ученыхъ энергичныя пожеланія о *немедленномъ* упраздненіи войны и смертной казни. Такія пожеланія представляютъ собою декламацію, ничего общаго съ наукой не имѣющую.

объектами юридическихъ отношеній, т. е. нужно ли создавать еще одну категорію объектовъ, кромѣ уже разсмотрѣнныхъ?

Отвѣтъ долженъ быть отрицательнымъ. Дѣло въ томъ, что преступленіе не есть юридическое отношеніе (вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ). *Преступленіе есть юридическій фактъ, обусловливающій возникновеніе юридическихъ отношеній:* между преступникомъ и потерпѣвшимъ, между потерпѣвшимъ и государствомъ, между преступникомъ и государствомъ. Въ этихъ юридическихъ отношеніяхъ субъекты имѣютъ различныя права: напр., потерпѣвшій имѣетъ право требовать возмѣщенія причиненныхъ ему убытковъ, имѣетъ право или самъ возбуждать уголовное преслѣдованіе, или обратиться къ соотвѣтствующимъ органамъ власти, государство имѣетъ право требовать осуществленія своей карательной власти, преступникъ имѣетъ право быть наказаннымъ лишь въ предѣлахъ и на основаніи существующихъ законовъ, и т. д.

Но во всѣхъ этихъ юридическихъ отношеніяхъ нѣтъ никакихъ особыхъ объектовъ, кромѣ уже разсмотрѣнныхъ категорій.

ГЛАВА IV.

Классификація субъективныхъ правъ.

§ **598**. Два изученные уже элемента (субъектъ и объектъ) даютъ лишь матеріалъ для юридическихъ отношеній. Изъ этого матеріала строится каждое юридическое отношеніе только тогда, когда къ названнымъ элементамъ присоединяется третій, т. ск. чисто-идеальный элементъ, а именно—юридическая связь между субъектомъ и объектомъ, или между двумя субъектами. Эта юридическая связь есть субъективное право.

Съ природой субъективнаго права и съ его проявленіями мы уже познакомились въ главѣ первой. Теперь мы должны изучить различные виды субъективныхъ правъ.

Всѣ субъективныя права можно раздѣлить: 1) *по объему*—на двѣ группы: права абсолютныя и относительныя; 2) *по содержанію*—на четыре группы: права личныя, вещныя, обязательственныя и права власти; 3) *по характеру*—на три группы: публичныя, частныя и международныя.

Разсмотримъ каждое изъ этихъ дѣленій.

§ **598**[1]. А) **Права абсолютныя и относительныя.** Обыкновенно противополагаютъ эти группы слѣдующимъ образомъ: абсолютныя права это такія права, которымъ соотвѣтствуютъ *отрицательныя* обязанности *всѣхъ и каждаго* (не посягать на эти права), а относительныя,—которымъ соотвѣтствуютъ обязанности лишь на сторонѣ лицъ, связанныхъ съ управомоченнымъ субъектомъ спеціальными юридическими отношеніями. Примѣръ абсолютнаго права—собственность; примѣръ относительнаго права—долгъ по заемной росписк̀ѣ.

Въ §§ 585, 518[1] и 513 рѣчь уже шла о неправильности утвержденія, будто если я пріобрѣтаю право собственности на купленную мною картину, то этимъ самымъ я связываюсь юридическими отношеніями со всѣми, живущими на территоріи даннаго государства или даже со всѣми людьми на землѣ. Никакихъ такихъ юридическихъ отношеній здѣсь не возникаетъ, а посему и нельзя говорить, что всѣ окружающіе меня люди несутъ *по отношенію ко мнѣ* „отрицательныя“ (?) обязанности. Обязанности этихъ людей могутъ возникнуть только въ производныхъ отношеніяхъ*).

*) Правильно говоритъ *Колеръ* („Lehrbuch der Rechtsphilosophie“. 1909. стр. 56), что критикуемое въ текстѣ, столь распространенное мнѣніе, представляетъ собою одно изъ самыхъ превратныхъ заблужденій.

Такимъ образомъ, если удерживать въ наукѣ дѣленіе субъективныхъ правъ на абсолютныя и относительныя, то нельзя эти права характеризовать такъ, какъ это дѣлаетъ большинство ученыхъ. Оставляя въ сторонѣ вопросъ о научной цѣнности разсматриваемаго дѣленія, и не касаясь вопроса о неудачности терминологіи („абсолютныя“ права), замѣтимъ, что *относительными* правами субъектъ обладаетъ въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, гдѣ онъ связанъ съ опредѣленнымъ другимъ „пассивнымъ“ субъектомъ. Примѣры: я имѣю право требовать, чтобы мой сосѣдъ не игралъ на фортепіано послѣ извѣстнаго часа; университетъ имѣетъ право требовать отъ подрядчика доставки условленнаго количества дровъ; судья имѣетъ право требовать личной явки вызваннаго имъ въ засѣданіе обвиняемаго; государство имѣетъ право требовать отъ другого государства выдачи преступника, если заключенъ между ними соотвѣтствующій договоръ.

Всѣ остальныя права суть права „абсолютныя“. Отъ правъ относительныхъ они отличаются тѣмъ, что ко всѣмъ окружающимъ управомоченнаго субъекта лицамъ они *могутъ* проявиться *только въ видѣ притязаній*, т. е. только въ производныхъ отношеніяхъ (Ср. § 508—509). Примѣры: право собственности на усадьбу; право автора на его произведеніе; неприкосновенность личности и жилища; право на честь; право свободно исповѣдывать свою религію *).

§ 599. В) **Дѣленіе субъективныхъ правъ по содержанію.** Содержаніе субъективнаго права опредѣляется тѣмъ объектомъ, который

---

*) Чрезвычайно назидательный примѣръ смѣшенія понятій находимъ у *Коркунова* (Лекціи, 1894 г. стр. 150): „Права, которымъ соотвѣтствуетъ такая общая обязанность всѣхъ, могущихъ прійти въ соприкосновеніе съ даннымъ объектомъ, называются *правами вещными*. Ихъ называютъ также правами противъ каждаго. Противоположность вещнымъ правамъ составляютъ *права личныя*. Соотвѣтствующая имъ обязанность возлагается только на индивидуально опредѣленное лицо; только въ отношеніи къ нему и могутъ быть осуществляемы такія личныя права“.—Помимо обычнаго заблужденія о существованіи обязанностей всѣхъ окружающихъ по отношенію напр., къ собственнику, здѣсь мы видимъ отожествленіе правъ вещныхъ съ абсолютными и обязательственныхъ съ личными. По Коркунову выходитъ, что право свободы совѣсти есть вещное право, а право требовать уплаты по векселю есть личное право.

Аналогичное заблужденіе находимъ у нѣкоторыхъ другихъ ученыхъ. Напр. *Radbruch* (Einführung in die Rechtswissenschaft. 1910. S. 40) всѣ частныя права дѣлитъ на вещныя и личныя, подъ которыми онъ понимаетъ обязательственныя права. Куда при такомъ дѣленіи отнести хотя-бы семейственныя права?

входитъ въ сферу внѣшней свободы субъекта, или который подчиняется юридической власти субъекта. А такъ какъ мы нашли четыре категоріи объектовъ, то соотвѣтственно этому должны признать четыре вида субъективныхъ правъ: 1) личныя права, т. е. тѣ права, гдѣ объектомъ является собственная личность субъекта; 2) вещныя (объектъ ихъ—вещи); 3) обязательственныя (объектъ ихъ—поведеніе субъектовъ) и 4) права власти (объектъ ихъ—люди и ихъ поведеніе).

Отсюда ясно, что не могутъ быть приняты другія классификаціи. Напр., дѣленіе правъ на личныя, имущественныя и права власти, неправильно приписываетъ имущественный характеръ всѣмъ вещнымъ и обязательственнымъ правамъ; дѣленіе правъ на вещныя и обязательственныя, не можетъ подвести подъ свои категоріи такихъ правъ, какъ право на неприкосновенность личности, право отца на своего малолѣтняго ребенка, и т. д.

§ **600**. I) *Личныя права*. Объектомъ ихъ является собственная личность субъекта со всѣми ея проявленіями, вся та оболочка тѣлесная, соціальная и юридическая, въ которую воплощено „ноуменальное *Я*“.

Всѣ личныя права по своему объему абсолютны (§ 598[1]). Они являются основаніемъ всѣхъ другихъ правъ, и прогрессъ исторіи культуры выражается больше всего въ развитіи и гарантіяхъ этихъ правъ. Личныя права могутъ быть раздѣлены на слѣдующіе виды: 1) права на жизнь и тѣлесную неприкосновенность; 2) права на свободу, честь, неприкосновенность жилища, свободу совѣсти и т. д ; 3) права на извѣстное соціальное положеніе со всѣми его проявленіями; 4) права на извѣстныя услуги со стороны государства и 5) права на участіе въ осуществленіи функцій государственной власти (политическія права).

Само собою разумѣется, что далеко не всегда и не вездѣ развиты всѣ указанные виды личныхъ правъ (даже въ современныхъ культурныхъ государствахъ далеко еще не законченъ процессъ этого развитія). Въ особенности большія колебанія наблюдаются въ области правъ политическихъ. Да это и понятно: обладаніе политическими правами предполагаетъ высокій уровень общей культуры съ одной стороны, и цѣлый рядъ способностей у носителя этихъ правъ съ другой. Нельзя предоставить однихъ и тѣхъ же политическихъ правъ и зрѣлому человѣку, и несложившемуся еще юношѣ; и мужчинѣ, и женщинѣ; и культурному человѣку, и представителю „толпы“. Кромѣ того въ этомъ вопросѣ чрезвы-

чайно важную роль играетъ общій уровень политическаго развитія страны: то, что возможно и необходимо у народа политически зрѣлаго, вѣками воспитаннаго въ уваженіи къ праву, къ государству, къ личности, сплошь и рядомъ привело бы къ самымъ пагубнымъ результатамъ у народа, только начинающаго пріучаться къ серіозной политической жизни. Вотъ почему требованія „демократизаціи“ государства, всеобщаго избирательнаго права и т. п., выставляемыя нерѣдко за послѣднее время, какъ абсолютные регулятивные принципы, представляютъ собою печальные плоды того низкаго уровня научныхъ знаній, которыи образовался въ результатѣ политическихъ страстей, партійной литературы и развращающаго вліянія журналистики.

§ **601**. Всѣ виды личныхъ правъ исходятъ изъ одного центра: права личности на признаніе ея самоцѣльности и этическаго достоинства. Это право непосредственно вытекаетъ изъ абсолютной идеи права. Процессъ историческаго развитія вырабатываетъ отдѣльные виды личныхъ правъ сообразно мѣстнымъ и временнымъ условіямъ. Въ этомъ процессѣ очень важную роль играетъ отчетливое пониманіе общаго центра всѣхъ личныхъ правъ: такое пониманіе даетъ возможность выводить и формулировать новые виды правъ подъ вліяніемъ соотвѣтствующихъ требованій жизни, а съ другой стороны оно даетъ возможность защиты личности отъ различныхъ посягательствъ, не смотря на отсутствіе соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ. Здѣсь судебная практика можетъ руководствоваться примѣромъ римскаго actio injuriarum.

Само собою разумѣется, что личныя права не имѣютъ имущественнаго характера, они не могутъ быть оцѣниваемы деньгами. Изъ этого, однако, не слѣдуетъ, что нарушенія ихъ не могутъ быть караемы между прочимъ и штрафами въ пользу потерпѣвшихъ*).

§ **602**. II) *Вещныя права*. Объектомъ этихъ правъ являются „вещи“ (§ 578). Сущность вещнаго права заключается *въ непосредственномъ* господствѣ субъекта надъ объектомъ. Объектъ подчиняется юридической власти субъекта, который проявляетъ эту власть въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ правомочій. Юридическое

*) Кстати отмѣтимъ неправильность мнѣнія нѣкоторыхъ ученыхъ, причисляющихъ авторское право къ личнымъ правамъ. Объектомъ авторскаго права является опредѣленное произведеніе духовнаго творчества, „вещь“ а стало быть это право слѣдуетъ отнести къ категоріи вещныхъ правъ, тѣмъ болѣе, что сплошь и рядомъ авторское право имѣетъ имущественный характеръ.

отношеніе (основное) существуетъ здѣсь между субъектомъ и объектомъ, не нуждаясь для своего бытія въ другомъ (обязанномъ) субъектѣ; этотъ другой субъектъ можетъ появиться лишь въ производныхъ отношеніяхъ (ср. §§ 501, 509, 512 и 536[1]).—Изъ указанной сущности вещнаго права вытекаетъ его абсолютный объемъ (§ 598[1]).—Наконецъ необходимо отмѣтить, что далеко не всѣ вещныя права носятъ имущественный характеръ; возьмемъ для примѣра право человѣка на принадлежащія ему письма умершаго отца или матери, не имѣющія никакой экономической цѣнности.

§ **603**. Важнѣйшимъ, основнымъ видомъ вещныхъ правъ является *собственность* (dominium).

Собственность есть наиболѣе полная и исключительная власть субъекта надъ „вещью“. Въ границахъ своего права собственникъ можетъ дѣйствовать по своему усмотрѣнію, не отдавая никому отчета, какимъ образомъ онъ воспользовался своими многочисленными правомочіями. Онъ можетъ не только пользоваться своимъ правомъ, но и злоупотреблять имъ (jus utendi et abutendi).

Это jus abutendi очень возмущаетъ нѣкоторыхъ современныхъ морализирующихъ юристовъ. Но возраженія этихъ ученыхъ доказываютъ только, что они не уяснили себѣ надлежащимъ образомъ отличія права отъ нравственности, а посему склонны смѣшивать эти области. Мы знаемъ (§ 213), что свобода быть нравственнымъ заключаетъ въ себѣ свободу быть безнравственнымъ, и что право принципіально не должно вмѣшиваться въ эту сферу. Вотъ почему, если напр., человѣкъ въ одну ночь проиграетъ въ карты все свое громадное состояніе, если онъ изъ за минутнаго каприза сожжетъ свой богатый музей и библіотеку, заключающую въ себѣ цѣлыя сокровища, если онъ уничтожитъ громадные запасы хлѣба въ своихъ амбарахъ не желая оказывать помощи голодающимъ, то всѣ такіе поступки будутъ строго осуждаться нравственностью, но съ точки зрѣнія права здѣсь будетъ вытекающее изъ собственности jus abutendi. И если никому изъ морализирующихъ юристовъ не покажется ненормальнымъ фактъ уничтоженія собственникомъ напр. купленной имъ книги, то, оставаясь послѣдовательными, они не должны видѣть ничего ненормальнаго (съ точки зрѣнія права) въ приведенныхъ выше примѣрахъ: это такое же проявленіе права собственности, какъ и уничтоженіе непонравившейся книги. Здѣсь умѣстно будетъ напомнить сказанное въ § 217 о великой воспитательной функціи права.

§ **604**. Само собою разумѣется, что и право собственности имѣетъ свои границы. Эти границы прежде всего указываются правами другихъ лицъ: собственникъ не можетъ пользоваться своею „вещью“ такимъ способомъ, который нарушаетъ права́ (но не интересы) окружающихъ лицъ (напр , поставить плотину на своей части рѣки такимъ образомъ, что затопляется сосѣдній участокъ; поджечь свое сѣно въ сараѣ, близко стоящемъ отъ дома сосѣда).— Далѣе существуетъ рядъ ограниченій полицейскаго характера, вызываемыхъ требованіями безопасности, благоустройства, общественнаго здоровья и т. д. Напр., собственникъ не имѣетъ права устраивать въ своей городской усадьбѣ склада нечистотъ, заражающихъ воздухъ, не можетъ возводить построекъ съ нарушеніемъ строительнаго устава, и т. д.—Отмѣтить надо ограниченія права собственности на лѣса въ современныхъ государствахъ, вызываемыя необходимостью оградить столь цѣнное для страны благо отъ хищнической эксплуатаціи. Здѣсь государство, оберегая насущные интересы всей страны и будущихъ поколѣній, вынуждено сильно ограничить jus abutendi собственниковъ.

Наконецъ рядъ ограниченій требуется финансовымъ правомъ государства. Очевидно, что государство для осуществленія своей высокой культурной миссіи нуждается въ средствахъ; очевидно, что средства эти должны доставлять входящіе въ составъ государства и пользующіеся его услугами люди. Вотъ почему собственники обязаны извѣстную часть своего имущества отдавать въ казну и подчиняться контролю, требуемому нуждами финансоваго обложенія.

Въ заключеніе укажемъ на институтъ „экспропріаціи“, наиболѣе сильно ограничивающій право собственности. Здѣсь государство имѣетъ право требовать въ опредѣленныхъ правопорядкомъ случаяхъ, чтобы собственникъ уступилъ ему (за справедливое вознагражденіе) свою вещь для важныхъ государственныхъ нуждъ.

§ **605**. Возникаетъ вопросъ: не нарушается ли указанными въ предыдущемъ параграфѣ ограниченіями самый принципъ собственности? Можно ли говорить въ виду такихъ фактовъ, что собственность есть *полное и исключительное* господство субъекта надъ вещью, что она, какъ абсолютная категорія, вытекаетъ изъ самой идеи права и изъ природы человѣка, какъ разумнаго и свободнаго существа?

И вотъ то теченіе научной мысли, которое выступаетъ подъ знаками историзма, соціологизма, позитивизма и т. п., утверж-

даетъ, что собственность есть не болѣе какъ „историческая категорія“, что истинное основаніе собственности заключаются не въ природѣ человѣка, не въ овладѣніи, не въ трудѣ, а въ измѣняющейся волѣ законодателя, вслѣдствіе чего и „самый порядокъ собственности можетъ измѣняться, смотря по соображеніямъ, которыя имѣетъ въ виду законодатель“ (Ад. Вагнеръ). Къ этому цѣлый рядъ писателей добавляетъ, что настоящимъ собственникомъ всѣхъ вещей является „общество“, а частныя лица—это лишь временные владѣльцы тѣхъ вещей, которыя предоставлены имъ „обществомъ“ на опредѣленныхъ условіяхъ. Добавимъ къ этому утопіи коммунистовъ, утверждающихъ, что собственность можетъ быть только коллективная на всѣ вещи безъ исключенія, и соціалистовъ, допускающихъ индивидуальную собственность лишь на предметы потребленія, а для земли и орудій производства требующихъ коллективной собственности „общества“,—и мы поймемъ всю необходимость для философіи права подвергнуть особому разсмотрѣнію основную юридическую категорію.

Это разсмотрѣніе приводитъ къ результатамъ, что истина не на сторонѣ модныхъ теченій, отрекшихся отъ метафизики и высшимъ принципомъ считающихъ релятивизмъ (тѣмъ болѣе она не на сторонѣ партійныхъ программъ и политическихъ агитаторовъ), а она на сторонѣ вѣкового сознанія народовъ и вполнѣ согласныхъ съ нимъ ученій великихъ философовъ.

§ **606**. Если мы обратимся къ фактамъ исторіи культуры, то увидимъ слѣдующее. Частная собственность выдѣлилась съ закономѣрной необходимостью изъ первобытнаго состоянія, въ которомъ можно найти и черты коллективизма, и черты коммунизма, и зародыши индивидуальной собственности на отдѣльные предметы. Даже на сравнительно болѣе высокихъ ступеняхъ культуры мы находимъ на ряду съ развившимся уже институтомъ частной собственности собственность коллективную (земельную). Послѣдняя ступень эволюціи собственности даетъ намъ существующій въ настоящее время институтъ, который такимъ образомъ исторически совпадаетъ съ окончаніемъ процесса дифференціаціи личности и съ признаніемъ ея автономіи въ юридической и политической жизни. Уже это одно совпаденіе наводитъ на мысль, что указанная послѣдняя ступень выражаетъ собою сущность развивающагося въ исторіи начала: вѣдь мы знаемъ, что сущность всего развивающагося обнаруживается не въ началѣ, а въ концѣ эволюціи. И какъ нельзя говорить, что въ ребенкѣ мы имѣемъ вполнѣ про-

явившуюся сущность человѣка, что въ жолуди мы имѣемъ вполнѣ проявившуюся сущность дуба, такъ и нельзя сказать, что въ коллективизмѣ или въ коммунизмѣ мы имѣемъ вполнѣ проявившуюся сущность собственности.

Та-же исторія культуры свидѣтельствуетъ намъ, что на почвѣ института частной собственности, какъ одного изъ коренныхъ началъ современнаго соціальнаго строя, развились всѣ блага культуры и цивилизаціи, вся наша наука, искусство, техника. Что могъ бы намъ дать соціальный строй, основанный на коммунизмѣ или коллективизмѣ, мы не знаемъ, такъ какъ кромѣ фантазій нѣсколькихъ писателей у насъ нѣтъ никакихъ данныхъ для сужденія. Но такъ какъ съ одной стороны передъ нами самые осязательные результаты, а съ другой—ничего, кромѣ фантазій, то уже простая научная осторожность и объективность заставляетъ отнестись скептически къ утвержденію о совмѣстимости высокой культуры съ соціалистическимъ или коммунистическимъ строемъ, заставляетъ предположить, что институтъ частной собственности имѣетъ глубокіе корни въ природѣ вещей, въ психикѣ человѣка и въ идеѣ права.

Наконецъ все та-же исторія культуры учитъ насъ, что частная собственность есть съ одной стороны одинъ изъ факторовъ для развитія нравственныхъ чувствъ (обусловливаетъ раздѣленіе труда, взаимную зависимость людей другъ отъ друга, даетъ стимулы для проявленія любви къ ближнимъ на почвѣ оказанія помощи неимущимъ и т. д.*), а съ другой стороны она есть могучій факторъ для развитія такихъ цѣнныхъ сторонъ личности, какъ самодѣятельность, энергія, любовь къ труду, бережливость, она является для человѣка стимуломъ, побуждающимъ его одухотворять природу, вкладывать въ принадлежащую ему землю всю свою душу. Кромѣ того факты говорятъ намъ, что и съ чисто-экономической точки зрѣнія частная собственность даетъ несравненно лучшіе результаты въ смыслѣ увеличенія богатства страны: личный интересъ и конкурренція—здѣсь ничѣмъ не замѣнимы.

§ **607.** Какіе же факты приводятъ коллективисты въ доказательство своего отрицательнаго отношенія къ частной собственности? Главными фактами служатъ для нихъ: неравномѣрное распредѣленіе богатствъ, доходящее до такихъ рѣзкостей, какъ

---

*) По этому вопросу много цѣннаго мы находимъ у Спенсера въ его „Этикѣ“, а также у французскаго ученаго Бордье въ его „La vie des societés“.

милліардеръ съ одной стороны и нищій съ другой; пауперизмъ со всѣми его бѣдствіями; эксплуатація труда капиталомъ.

Факты несомнѣнны, но никоимъ образомъ не могутъ служить аргументами въ пользу разсматриваемаго теченія мысли.—Прежде всего мы должны припомнить все то, что уже говорилось раньше по вопросу о матеріальномъ равенствѣ (§ 526 и слѣд.).

И тогда мы скажемъ, что самые рѣзкіе контрасты въ распредѣленіи имущественныхъ благъ между людьми представляютъ собою съ точки зрѣнія права вполнѣ нормальныя явленія. Подобно тому, какъ не можетъ быть и рѣчи о несправедливости при видѣ красивой женщины съ одной стороны и безобразной съ другой, талантливаго человѣка—и бездарности, умнаго—и глупаго, точно также нѣтъ ничего несправедливаго въ томъ, что одинъ законнымъ путемъ пріобрѣлъ огромное состояніе, а другой нищенствуетъ. Такимъ образомъ, какъ правильно замѣчаетъ *Lasson* („System der Rechtsphilosophie“ 1882, S. 597), неравенство имуществъ и вытекаетъ изъ природы вещей, и требуется справедливостью.

Что же касается пауперизма и эксплуатаціи труда капиталомъ, то уничтожать частную собственность потому, что она можетъ быть *одной изъ причинъ* этихъ печальныхъ явленій, было бы равносильнымъ буквальному пониманію изреченія: „если глазъ твой соблазняетъ тебя, вырви его“. Борьба съ пауперизмомъ и съ эксплуатаціей труда вполнѣ возможна на почвѣ существующаго соціальнаго строя, что доказывается цѣлымъ рядомъ назидательныхъ фактовъ. Думать же, что всѣ соціальныя бѣдствія прекратятся съ уничтоженіемъ частной собственности и съ превращеніемъ общежитія въ одну большую фабрику, управляемую заботливой и опекающей всѣхъ властью, свидѣтельствуетъ объ утратѣ подъ ногами какой бы то ни было научной почвы, и о замѣнѣ ея фантазіей, подогрѣтой личными симпатіями и политическими страстями.

§ **608.** Ничего не можетъ быть неправильнѣе утвержденій, что собственникомъ всѣхъ матеріальныхъ благъ является „общество“, государство, что все принадлежащее частнымъ лицамъ имущество, есть „народное богатство“, и т. п.

Такія утвержденія представляютъ собою юридическія нелѣпости. Вѣдь общество, государство, состоятъ изъ отдѣльныхъ лицъ; „народное богатство“ есть лишь сумма богатствъ отдѣльныхъ лицъ. И если ни одно изъ этихъ лицъ не имѣетъ права

собственности, то откуда это право появилось у совокупности лицъ? Каждый имѣетъ право на тѣ вещи, которыя онъ законно пріобрѣлъ, но никто не имѣетъ права на то, что пріобрѣтено другими. Это безусловно-необходимый выводъ изъ абсолютнаго начала естественнаго права: „отдай каждому свое“. А такъ какъ частныя имущества создавались и пріобрѣтались не государствомъ, а отдѣльными лицами, ихъ энергіей, трудомъ, сбереженіями и иниціативой, то очевидно, что государство не имѣетъ на эти имущества никакого права*).

Государство не имѣетъ права не только на „движимое имущество“ своихъ гражданъ, но и на „недвижимое“. Господство государства надъ территоріей есть не право собственности, не dominium, а imperium, т. е. власть повелѣвать людьми, населяющими территорію. Вотъ почему объ институтѣ экспропріаціи никоимъ образомъ нельзя говорить, что здѣсь государство беретъ себѣ свою собственность: оно лишь даетъ властный приказъ собственнику уступить участокъ земли для государственныхъ нуждъ. При этомъ и справедливое вознагражденіе собственника, и необходимыя гарантіи всего производства доказываютъ, что дѣло идетъ о частной собственности, которую государство должно уважать.

Такимъ образомъ нельзя видѣть непримиримаго противорѣчія между экспропріаціей и частной собственностью.

§ **609**. Еще больше только что сказанное относится къ остальнымъ, указаннымъ въ § 604, ограниченіямъ права собственности. Всѣ эти ограниченія нисколько не нарушаютъ принципа, лежащаго въ основѣ частной собственности: изъ того, что собственникъ дома обязанъ уплачивать извѣстный налогъ, изъ того, что собственникъ лѣса не имѣетъ права вырубить его безъ надлежащаго разрѣшенія, изъ того, что домохозяинъ не имѣетъ права построить на межѣ своей усадьбы сѣновалъ, если это противорѣчитъ строительному уставу,—вовсе не слѣдуетъ, что домъ, лѣсъ

---

*) Мы здѣсь не можемъ касаться дилеттантскаго смѣшенія понятій „общество“ и „государство“. Замѣтимъ лишь, что общество есть совокупность всѣхъ разнохарактерныхъ и разнородныхъ соціальныхъ группъ, составляющихъ населеніе государства. Государство есть организація этихъ группъ въ одно политическое цѣлое, объединенное верховною властью. Такимъ образомъ общество не представляетъ собою никакого единства; это единство дается государствомъ. Въ понятіи общества исходнымъ началомъ является личность, въ понятіи государства наоборотъ: цѣлое, владычествующее въ извѣстныхъ предѣлахъ надъ личностью.

и усадьба принадлежатъ государству. Вездѣ здѣсь право собственности остается неприкосновеннымъ. всѣ доходы поступаютъ въ пользу собственника.

Надо твердо помнить, что источникъ частной собственности не въ государствѣ, а въ отдѣльной личности. Конечно, для того, чтобы существовать, какъ юридическій институтъ, она должна быть опредѣлена нормами положительнаго права Но здѣсь государство не создаетъ института изъ ничего, а лишь формулируетъ и снабжаетъ гарантіями то, что вытекаетъ изъ природы человѣка и изъ началъ естественнаго права. Человѣкъ имѣетъ право на жизнь, на свободу и т. д. вовсе не потому, что эти права даровало ему государство: государство лишь опредѣляетъ и гарантируетъ эти права. То-же самое и съ частной собственностью.

„Въ результатѣ, мы должны сказать, что право собственности есть коренное юридическое начало, вытекающее изъ человѣческой свободы и установляющее полновластіе лица надъ вещью. Это начало, осуществляясь въ дѣйствительности, подвергается дѣленію и ограниченіямъ, какъ вслѣдствіе взаимныхъ отношеній людей, такъ и вслѣдствіе отношеній лица къ обществу. Но оно всегда составляетъ правило и норму, къ которой все окончательно приводится; остальное оправдывается только какъ исключеніе. Поэтому вторженіе государства въ область собственности и стѣсненіе права хозяина распоряжаться своимъ имуществомъ всегда должно разсматриваться, какъ зло, которое по возможности должно быть устранено. Посягательство же со стороны государства на право собственности, иначе какъ въ случаѣ нужды и за справедливое вознагражденіе, всегда есть насиліе и неправда“ *).

§ 610. Итакъ собственность представляетъ собою абсолютную юридическую категорію, непосредственно вытекающую изъ естественнаго права. Далеко не сразу появляется она въ чистомъ видѣ въ исторіи культуры; положительное право знаетъ различные виды собственности въ зависимости отъ экономическаго и политическаго ея значенія; вездѣ она подвергается различнымъ ограниченіямъ сообразно условіямъ мѣста и времени,—но и весь историческій процессъ развитія права собственности, и всѣ измѣненія и ограниченія ея въ различныхъ правопорядкахъ, все это совершается на почвѣ одного и того-же начала. И только зная это начало, мы можемъ надлежащимъ образомъ понять и всю его эволю-

*) *Чичеринъ*. Собственность и государство. I, 154.

цію, и различныя приложенія его въ каждой конкретной соціальной средѣ.

Съ другой стороны, только зная это начало, мы можемъ съ увѣренностью говорить о будущемъ. Мы тогда скажемъ, что всѣ мѣстныя и временныя условія, всѣ измѣненія исторіи культуры могутъ лишь задерживать или видоизмѣнять развитіе основныхъ началъ, но никоимъ образомъ не могутъ ихъ поколебать, подобно тому, какъ они могутъ совершенно упразднить юридическіе институты преходящаго, относительнаго характера. Наконецъ знаніе истинной сущности собственности, какъ абсолютной категоріи, самымъ непосредственнымъ образомъ связанной со свободой и автономіей личности, позволяетъ намъ съ увѣренностью утверждать, что „если идеаломъ человѣческаго общежитія можетъ быть только расширеніе, а не подавленіе свободы, то въ будущемъ мы можемъ ожидать не стѣсненія, а напротивъ, утвержденія и расширенія права собственности. Чистый индивидуализмъ, безъ сомнѣнія не есть окончательный результатъ исторіи. Можно полагать, что будущее принесетъ намъ бо̀льшую крѣпость частныхъ союзовъ и развитіе дѣятельности государства въ принадлежащей ему сферѣ; но все это можетъ совершиться только на почвѣ свободы. Область, присвоенная свободѣ, ея точка опоры во внѣшнемъ мірѣ, должна оставаться неприкосновенной. Свобо̀дная собственность при свобо̀дномъ трудѣ составляетъ поэтому идеалъ всякаго гражданскаго быта. Посягать на эти начала значитъ подрывать свободу въ самомъ ея корнѣ, уничтожать фундаментъ великаго зданія, воздвигнутаго человѣчествомъ“. (Чичеринъ, ibid., I, 160 *).

*) Только отреченіемъ отъ философіи, научной односторонностью и субъективными политическими симпатіями можно объяснить утвержденія нѣкоторыхъ ученыхъ, что собственность представляетъ собою *подобно всѣмъ остальнымъ* юридическимъ категоріямъ всецѣло продуктъ условій мѣста и времени, и что „въ будущемъ мы стоимъ передъ новымъ фазисомъ въ развитіи системы вещныхъ правъ въ направленіи, совершенно отличномъ (!) отъ того, которое развила передъ нами философія естественнаго права“. Крупный ученый соціалистъ А. Менгеръ въ своемъ „Новомъ ученіи о государствѣ“, говоря объ основныхъ институтахъ частнаго права – собственности и семьѣ, называетъ отнесеніе ихъ къ области частнаго права „удивительнымъ извращеніемъ понятій“, и утверждаетъ, будто уже и теперь „современная форма частной собственности является только тѣнью римскихъ формъ собственности: въ наиболѣе важныхъ случаяхъ владѣнія собственникъ занимаетъ, въ настоящее время, скорѣе скромное мѣсто управляющаго, стѣсняемаго на каждомъ шагу своей эксплоатаціи собственности контролемъ государственныхъ органовъ и принужденнаго дѣлиться значительною частью своего дохода съ государствомъ“. (Кн. II. гл. I).

§ **611**. Все сказанное о частной собственности нельзя толковать въ томъ смыслѣ, что она должна вытѣснить окончательно коллективную собственность. Обѣ формы могутъ существовать одновременно, и при самомъ совершенномъ порядкѣ общежитія возможна и желательна коллективная собственность какъ отдѣльныхъ соціальныхъ группъ, такъ и государства.

Другіе виды вещныхъ правъ не вызываютъ такихъ принципіальныхъ споровъ, какъ собственность. Важнѣйшіе изъ этихъ видовъ суть т. наз. права въ чужой вещи, сервитуты. Здѣсь управомоченный субъектъ обладаетъ лишь частичнымъ господствомъ надъ вещью, принадлежащей другому; напр., право проѣзда черезъ чужой участокъ, право собирать ягоды и грибы въ чужомъ лѣсу.

§ **612**. Спорнымъ вопросомъ является вопросъ о наслѣдственномъ правѣ.

Прежде всего въ наукѣ до сихъ поръ не выработано общепринятаго мнѣнія о сущности наслѣдственнаго права. Одни причисляютъ его къ категоріи вещныхъ правъ, другіе—считаютъ его личнымъ правомъ, третьи создаютъ для него особую категорію, не сводимую на остальныя. Нѣкоторые расчленяютъ наслѣдственное право на два, или даже три вида: 1) право вступить въ наслѣдство, право на пріобрѣтеніе наслѣдства; 2) право на положеніе наслѣдника, возникающее изъ пріобрѣтенія наслѣдства и 3) право защищать свое наслѣдство. Но очевидно, что первое „право", есть правоспособность, а не субъективное право, а третье право есть простое проявленіе субъективнаго права, не имѣющее самостоятельнаго характера.

Что касается природы наслѣдственнаго права, то со стороны содержанія она опредѣляется, какъ и всѣ вообще права, объектомъ права. Объектомъ наслѣдственнаго права является *имущество* наслѣдодателя, т. е. или совокупность всѣхъ „вещей", или отдѣльныя „вещи". А стало быть по своему содержанію наслѣдственное право есть право вещное.

§ **613**. Гораздо серіознѣе споры о наслѣдственномъ правѣ de lege ferenda.

Здѣсь опять, какъ и по вопросу о собственности, мы имѣемъ теченіе научной мысли, утверждающее, что наслѣдство есть историческая категорія, всецѣло обусловленная данными конкретной соціальной среды. А соціалисты принципіально возстаютъ противъ наслѣдства и требуютъ упраздненія этого института, или по крайней мѣрѣ сведенія къ минимуму его проявленій. Они указываютъ

на то, что благодаря наслѣдству поддерживается современное неравенство состояній, что часто человѣкъ дѣлается случайно безъ всякихъ заслугъ обладателемъ громаднаго имущества, что „народное богатство“ концентрируется въ немногихъ рукахъ, и т. д.

Аргументы соціалистовъ не имѣютъ научнаго характера, а основаны на политическихъ симпатіяхъ. Противъ нихъ достаточно вспомнить то, что уже не разъ говорилось объ отсутствіи у „общества“ права на имущества частныхъ лицъ, о необходимости *принципіальной* границы вмѣшательства государства въ частныя отношенія и т. п.

Что касается юристовъ, стоящихъ на почвѣ историзма, соціологизма и позитивизма, то и здѣсь, какъ и вездѣ, воззрѣнія ихъ свидѣтельствуютъ о научной односторонности, къ которой нерѣдко примѣшиваются вліянія соціализма. Наблюдая факты исторіи права, эти ученые утверждаютъ, что „современная организація наслѣдованія, выдаваемая за естественную, далеко не общее достояніе всѣхъ эпохъ и народовъ даже въ своей идеѣ“. Вотъ въ этомъ утвержденіи и обнаруживается неумѣніе вскрыть идею среди всевозможныхъ измѣненій и проявленій ея въ различныя эпохи у различныхъ народовъ. Это вполнѣ естественно для ученыхъ, отрекшихся отъ философіи, а посему преклоняющихся передъ явленіями. Дѣйствительно, если признавать только одни явленія, а задачу науки видѣть въ описаніи ихъ и установленіи ихъ законовъ, то ни о какихъ проявляющихся въ исторіи идеяхъ не можетъ быть и рѣчи. Но если понять, что весь смыслъ явленія получаютъ только отъ лежащихъ въ ихъ основѣ идей, если вспомнить, что начала естественнаго права реализуются неодинаково въ каждой данной конкретной соціальной средѣ, то мы легко увидимъ, что въ основѣ всѣхъ историческихъ колебаній наслѣдственнаго права лежитъ одна и та-же идея, что наслѣдство есть „всемірно-историческое явленіе“, что „дѣйствительная жизнь всегда крѣпко держалась этого начала“. А философія „всегда понимала его, какъ одну изъ непоколебимыхъ основъ человѣческихъ обществъ“. Даже такой соціалистически настроенный ученый, какъ А. Ланге, признаетъ, что наслѣдственное право слишкомъ глубоко коренится въ человѣческой природѣ, для того, чтобы оно могло когда нибудь совершенно потерять свое значеніе.

§ **614**. Мы знаемъ, что существуетъ два вида наслѣдства: по закону, и по завѣщанію. Оба имѣютъ разумныя основанія и взаимно другъ друга дополняютъ.

Наслѣдство по закону исторически старше. Оно основано на преемственности поколѣній, на происхожденіи людей другъ отъ друга и проистекающей отсюда кровной связи. Оно, какъ справедливо говоритъ Чичеринъ, составляетъ неотъемлемую принадлежность семейнаго союза, такъ что нельзя посягать на наслѣдство, не посягая вмѣстѣ съ тѣмъ и на семью, которая въ имуществѣ имѣетъ свою необходимую матеріальную основу. Все человѣческое развитіе имѣетъ свой источникъ въ преемственности поколѣній, въ передачѣ однимъ поколѣніемъ другому накопленныхъ благъ и духовныхъ, и матеріальныхъ.

Наслѣдство по завѣщанію возникло въ результатѣ развитія индивидуализма и разростанія кровныхъ союзовъ. Источникъ этого вида наслѣдства есть право субъекта распоряжаться своимъ имуществомъ и при жизни, и послѣ смерти*). Такимъ образомъ этотъ видъ наслѣдства есть одно изъ необходимыхъ слѣдствій права собственности съ одной стороны и признанія духовной субстанціи личности съ другой.

Задача законодателя состоитъ въ томъ, чтобы сочетать оба вида наслѣдства наиболѣе справедливымъ и цѣлесообразнымъ способомъ примѣнительно къ условіямъ данной конкретной соціальной среды. Тутъ возможны разнообразныя комбинаціи: право первородства, маіораты, пропорціональное дѣленіе наслѣдства, равный раздѣлъ, ограниченіе свободы завѣщанія въ интересахъ ближайшихъ родственниковъ, различіе имуществъ родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ и т. д.

Но при всѣхъ комбинаціяхъ и видоизмѣненіяхъ законодатель долженъ крѣпко помнить, что наслѣдство есть институтъ частнаго, а не публичнаго права, что имущества, составляющія объекты наслѣдственныхъ правъ, принадлежатъ не государству, а частнымъ лицамъ. Вотъ почему если наслѣдодатель не оставилъ завѣщанія, то самый отдаленнѣйшій родственникъ, никогда не видавшій ни наслѣдодателя, ни его семьи, живущій въ другой странѣ, имѣетъ гораздо больше правъ на оставшееся имущество, чѣмъ государство. Вотъ почему съ другой стороны высокія наслѣдственныя пошлины должны быть признаны несправедливыми, а если существуетъ тенденція къ ихъ повышенію, то здѣсь можно видѣть недостойное государства стремленіе присваивать себѣ чужое имущество.

---

*) См. цитату изъ Чичерина въ примѣчаніи къ § 547.

§ **615**. *III. Обязательственныя права.* Объектомъ этихъ правъ является поведеніе субъектовъ юридическихъ отношеній, т. е. или какія либо дѣйствія, или воздержанія отъ какихъ либо дѣйствій, или „терпѣнія“ чего либо*). Смотря по обязаннымъ субъектамъ всѣ юридическія отношенія этого типа дѣлятся на 1) отношенія между частными лицами, 2) отношенія между частными лицами и государствомъ и 3) отношенія между государствами. Вездѣ основой юридическаго отношенія является *договоръ*: изъ него вытекаетъ право одной стороны требовать опредѣленнаго поведенія отъ другой стороны и соотвѣтствующая обязанность этой другой стороны. (Не касаемся обязательствъ изъ деликтовъ).

Возникаетъ вопросъ: почему договоръ связываетъ договорившіяся стороны, почему онъ обязателенъ для нихъ?

На этотъ вопросъ давались различные отвѣты, и до сихъ поръ еще не прекратились споры въ наукѣ, обусловленные главнымъ образомъ разрывомъ юриспруденціи съ философіей. Главными основаніями обязательности договоровъ выставлялись слѣдующія: нравственное начало вѣрности данному слову; польза договора для сторонъ; чистое начало свободы, въ силу которой человѣкъ воленъ связать себя обѣщаніемъ; согласіе договора съ государственной пользой; согласіе воль контрагентовъ; согласіе договора съ разумными цѣлями общежитія; необходимость договора для сохраненія общественнаго мира; договоръ есть начало естественнаго права.

§ **616**. Большинство этихъ теорій должны быть отвергнуты.

Нельзя строить обязательности договоровъ на нравственныхъ началахъ, потому что этимъ путемъ мы смѣшаемъ области нравственности и права. Нельзя выводить обязательности договоровъ изъ односторонней свободы, т. к. тогда отъ этой свободы будетъ зависѣть и прекращеніе договора. Польза договоровъ не можетъ быть основой ихъ обязательности, потому что это начало неопре-

---

*) Отсюда вытекаютъ слѣдующія различія между вещными и обязательственными правами: въ вещныхъ правахъ существуетъ *непосредственное* отношеніе субъекта къ объекту; напротивъ, въ обязательственномъ правѣ между субъектомъ и объектомъ стоитъ лицо обязанное, такъ что цѣль обязательственнаго права можетъ быть достигнута только посредствомъ поведенія этого лица. Такимъ образомъ центръ тяжести вещнаго права - въ непосредственномъ воздѣйствіи субъекта на вещь, а въ обязательственномъ правѣ наоборотъ—въ поведеніи обязаннаго.

дѣленное и растяжимое; кромѣ того изъ этого начала въ любой моментъ можно вывести основаніе для нарушенія договора. Цѣли общежитія не могутъ служить основой обязательности договоровъ, потому что если стать на эту точку зрѣнія, то всякій поступокъ человѣка, согласный съ цѣлями общежитія, будетъ обязательнымъ. То-же самое можно сказать и объ общественномъ мирѣ.

Остаются такимъ образомъ двѣ теоріи, одна другую дополняющія: 1) обязательность договора есть начало естественнаго права и 2) договоръ обязателенъ потому, что онъ представляетъ собою *взаимное* ограниченіе свободы контрагентовъ; это „законъ", созданный сторонами по взаимному соглашенію другъ для друга. Уже чисто-опытныя данныя доказываютъ, что обязательность договоровъ есть начало естественнаго права: это начало признавалось и признается всегда и вездѣ, *на всѣхъ ступеняхъ человѣческаго развитія*, во всѣхъ соціальныхъ группахъ. И первобытные дикари, и дѣти, и разбойничьи шайки, и анархисты, принципіально отрицающіе право, и даже соціалисты, такъ возстающіе противъ современнаго обязательственнаго права, всѣ они сознаютъ принципіальную необходимость соблюденія договора. Это сознаніе можетъ быть очень смутнымъ, неразвитость задерживающихъ центровъ можетъ приводить къ постояннымъ нарушеніямъ заключеннаго договора, договоры могутъ быть заключаемы съ намѣреніемъ ихъ неисполнить, но все это нисколько не мѣшаетъ существованію общаго начала, которое отражается въ духѣ человѣка болѣе или менѣе полно и отчетливо, смотря по степени его развитія.

И подобно тому, какъ напр., начало естественнаго права „не нарушай чужого права" признается вездѣ и всегда, а разногласія начинаются только тогда, когда приходится примѣнять это начало къ различнымъ конкретнымъ положеніямъ и дѣлать изъ него выводы, такъ и начало обязательности договоровъ возбуждаетъ разногласія не само по себѣ, а лишь въ его конкретизаціи въ его выводахъ. Вотъ почему и здѣсь, какъ и для остальныхъ началъ естественнаго права, необходимо положительное право, дѣлающее всѣ выводы изъ основного начала и снабжающее ихъ гарантіями.

§ 617. Итакъ основой обязательности договора является, какъ это отчетливо сознавали римскіе юристы, взаимное свободное со-

глашеніе*) сторонъ; а обязательность этого соглашенія есть начало естественнаго права. Вступая въ договоръ, я связываю свою свободу со свободой моего контрагента, а посему безъ его согласія я уже не могу измѣнить своей воли, такъ какъ иначе я нарушаю чужую свободу, вторгаюсь въ сферу чужого права.

Не смотря на очевидность всего этого, модное теченіе научной мысли (историзмъ, соціологизмъ, позитивизмъ) утверждаетъ, что и договоръ подобно собственности и наслѣдству представляетъ собою лишь историческую категорію.

Ученые этого направленія говорятъ, что исторія свидѣтельствуетъ о постоянной смѣнѣ принциповъ, на которыхъ въ разное время строились институты обязательственнаго права; что въ первоначальной исторіи договора мы не замѣчаемъ даже зародышей новаго обязательственнаго права (древнѣйшія обязательства отличаются „вещнымъ характеромъ“: малѣйшая неисправность со стороны должника влекла за собою его рабство); что уже и въ настоящее время свобода договоровъ начинаетъ встрѣчать различныя ограниченія со стороны государства въ тѣхъ областяхъ, гдѣ существуетъ глубокое матеріальное неравенство договаривающихся сторонъ, влекущее за собою угнетеніе слабѣйшаго сильнѣйшимъ; что въ будущемъ характеръ договора совершенно измѣнится: договоръ превратится въ отношеніе взаимнаго сотрудничества договорившихся, въ интересахъ достиженія общихъ цѣлей того вида производства или той дѣятельности, къ которымъ относится данный договоръ, и, конечно, руководящимъ принципомъ сдѣлается не соглашеніе сторонъ, не формальное ихъ равенство, а общее благо.

§ **618.** Не трудно замѣтить соціалистическія тенденціи этого направленія: свобода и самоопредѣленіе личности въ ея частной сферѣ замѣняется государственной опекой во имя начала общаго блага; отъ усмотрѣнія власти зависитъ признать договоръ, или разрушить, смотря по тому, считаетъ ли она его полезнымъ для общаго блага, или нѣтъ.

Что же касается „научной“ аргументаціи разсматриваемаго направленія, то она представляетъ собою сплошное недоразумѣніе.

---

*) Для юридической силы договора необходимо, чтобы контрагенты 1) знали, въ чемъ заключается объектъ соотвѣтствующаго юридическаго отношенія и 2) добровольно согласились вступить въ это отношеніе. Мотивы согласія не имѣютъ никакого значенія, если только не было *противозаконнаго* принужденія, или такого-же обмана.

Опять таки и здѣсь наука открываетъ, что во всей исторіи договора лежитъ одинъ и тотъ-же принципъ: проявленіе идеи договора сообразно даннымъ каждой конкретной соціальной среды. Изъ того, что по древнѣйшему праву неисправный должникъ дѣлался рабомъ кредитора, или могъ быть „разсѣченъ на части“ кредиторами, никоимъ образомъ нельзя дѣлать вывода, что въ основѣ тогдашняго договора лежала совершенно другая идея, чѣмъ въ основѣ современнаго: различны главнымъ образомъ гарантіи договора, но не его идея. Вѣдь такъ еще недавно существовала личная отвѣтственность должника, ничѣмъ по существу не отличавшаяся отъ уголовныхъ каръ.

По поводу различныхъ ограниченій свободы договоровъ въ современномъ правѣ необходимо замѣтить, что только научная предубѣжденность можетъ усмотрѣть въ нихъ тенденцію къ фантастическому соціалистическому государству. Эти ограниченія нисколько не нарушаютъ идеи договора: очевидно, что свобода договоровъ, какъ и всякая свобода, должна имѣть свои границы. Эти границы указываются и чужими правами, и правами самихъ договаривающихся, и общими началами даннаго правопорядка, и нравственными началами. Нельзя продать самаго себя въ рабство; нельзя обязаться убить кого нибудь; нельзя заключать договора о поступленіи въ домъ терпимости; нельзя правительству заключать договоръ, напр., съ желѣзно-дорожной компаніей, предоставляющій ей право назначить какія угодно цѣны за провозъ и не отвѣчать ни за что; и т. д.

Вездѣ въ подобныхъ случаяхъ правопорядокъ не посягаетъ на самую идею договора, а лишь полагаетъ свободѣ разумныя границы, *вполнѣ согласныя съ началами права*. Если, напр., правопорядокъ не признаетъ договора о продажѣ женщиной своего тѣла для разврата, это не значитъ, что здѣсь проводится начало принудительной нравственности: право только отказываетъ въ своей защитѣ такимъ договорамъ, но вовсе не вмѣшивается въ соотвѣтствующія фактическія отношенія.

§ 619. Правда, что въ особенности за послѣднее время появляются иногда юридическія нормы, ограничивающія свободу договоровъ въ интересахъ экономически слабѣйшаго контрагента. Нельзя не признать, что здѣсь право становится на скользкій путь. Въ такихъ случаяхъ, *оправдываемыхъ лишь какъ исключенія*, необходима чрезвычайная осторожность. И если иногда особыя обстоятельства могутъ оправдать опеку государства надъ

экономически слабыми, если такая опека можетъ принимать даже широкіе размѣры на низшихъ ступеняхъ культуры, то во всякомъ случаѣ на высокой ступени культуры общимъ правиломъ должно быть положеніе, что взрослый человѣкъ—не ребенокъ и въ опекѣ не нуждается (ср. § 217).

Нѣтъ ничего неправильнѣе и опаснѣе, какъ думать, что государство призвано замѣнить собою и личную, и общественную самодѣятельность, и церковь, что оно должно избавить людей отъ всѣхъ соціальныхъ золъ и водворить на землѣ идеальное общежитіе. Задачи государства, при всей ихъ важности, гораздо скромнѣе, а право есть только одинъ изъ факторовъ культуры; оно нуждается въ подкрѣпленіи и дополненіи другими самостоятельными этическими силами (религія, нравственность, нравы), но никоимъ образомъ не должно стремиться поглотить ихъ: такое стремленіе всегда приведетъ къ самымъ печальнымъ результатамъ.

Въ заключеніе отмѣтить надо, что критикуемое направленіе совершенно произвольно игнорируетъ массу фактовъ юридической жизни, а именно—международные договоры. Вѣдь идея договора одна и та-же, какіе бы субъекты ни заключали его. А между тѣмъ никто не рѣшится утверждать, что основа обязательности международныхъ договоровъ должна быть тождественной съ тою основой, которую проектируютъ соціалисты для своего фантастическаго государства.

§ **620**. Всѣ обязательственныя права по своему объему относительны (§ 598[1]).

Такъ какъ объектомъ ихъ является опредѣленное поведеніе субъектовъ, то никоимъ образомъ нельзя сказать вмѣстѣ съ нѣкоторыми учеными, что обязательственныя права суть права имущественныя. Вѣдь даже въ области частнаго права далеко не всякое поведеніе, могущее служить объектомъ обязательственнаго права, имѣетъ имущественный характеръ, можетъ подлежать экономической оцѣнкѣ. Сплошь и рядомъ нарушеніе договора обязаннымъ субъектомъ не влечетъ для другого субъекта никакого имущественнаго ущерба (или такой ущербъ выражается въ совершенно ничтожной суммѣ), а между тѣмъ это нарушеніе можетъ самымъ рѣзкимъ образомъ отразиться на психикѣ потерпѣвшаго, можетъ причинить ему такую моральную боль, съ которой нельзя сравнить никакихъ денежныхъ потерь. Насущная задача права заключается въ созданіи надлежащихъ гарантій для этихъ договоровъ: одна неустойка не всегда можетъ служить такой гарантіей.

Что же касается договоровъ между государствами и договоровъ между государствомъ и частными лицами, то здѣсь весьма нерѣдко обязательство не имѣетъ никакого имущественнаго характера.

§ **621**. По поводу договоровъ между государствомъ и частными лицами необходимо замѣтить слѣдующее.

Содержаніе этихъ договоровъ можетъ быть чрезвычайно разнообразнымъ. Договоры о подрядахъ и поставкахъ различнаго рода, договоры объ исполненіи отдѣльныхъ дѣйствій для того или иного учрежденія, концессіи разнаго рода, договоры разнаго найма услугъ, начиная съ найма служителей для должностныхъ лицъ и присутственныхъ мѣстъ, продолжая наймомъ канцелярскихъ писцовъ и т. п., кончая наймомъ преподавателей высшихъ учебныхъ заведеній, артистовъ казенныхъ театровъ, врачей, юристовъ, инженеровъ и т. д.*). Во всѣхъ этихъ случаяхъ государство является такою же договаривающейся стороною, какъ и частное лицо; за нарушеніе договора оно несетъ такую же имущественную отвѣтственность, подчиняясь рѣшенію суда, куда имѣетъ право обратиться въ такихъ случаяхъ противная сторона.

Отношенія этой категоріи давно служатъ предметомъ споровъ въ наукѣ. Проблема здѣсь формулируется такъ: какимъ образомъ возможно, чтобы органъ государственной власти—судъ разбиралъ споры между государствомъ и частнымъ лицомъ, и постановлялъ рѣшеніе противъ государства? Почему государство должно подчиняться такимъ рѣшеніямъ, и почему оно въ силу своего верховенства не можетъ принудительно требовать отъ гражданъ необходимыхъ услугъ, а должно входить съ ними въ договорныя отношенія.

§ **622**. Во всей полнотѣ проблема эта можетъ быть изслѣдована лишь въ той части курса, которая посвящена ученію о государствѣ. Здѣсь же пока ограничимся слѣдующими замѣчаніями.

Договорныя отношенія не измѣняютъ своей сущности, смотря по тому, кто является субъектомъ ихъ. Изъ самой идеи договора вытекаетъ безусловная взаимная связанность контрагентовъ. А посему, разъ государство вступило въ договорныя отношенія съ частнымъ лицомъ, оно обязано исполнить договоръ. Для объясне-

---

*) Здѣсь рѣчь идетъ о т. наз. службѣ по вольному найму. Она не можетъ быть вполнѣ отожествляема съ государственной службой въ тѣсномъ смыслѣ слова.

нія подчиненія государства такой обязанности придумана была теорія, существующая и въ настоящее время, *теорія фиска*. По этой теоріи государство по отношенію къ гражданамъ существуетъ въ двухъ лицахъ: какъ безусловно-властвующій суверенъ, и какъ казна, субъектъ частнаго права. И вотъ въ этомъ второмъ качествѣ государство можетъ вступать съ гражданами въ договорныя отношенія и нести отвѣтственныя обязанности.

Искусственность этой теоріи, расчленяющей единое юридическое лицо—государство на два разнохарактерныя лица, очевидна. Государство нисколько не мѣняетъ своего характера, вступая въ тѣ или другія отношенія съ гражданами. Взыскиваетъ ли оно налоги, производитъ ли оно пополненіе арміи новыми силами, проводитъ ли оно ту или иную мѣру, требуемую внутренней политикой, приглашаетъ ли оно къ себѣ на службу преподавателей, аргистовъ, врачей и т. д., — вездѣ оно является государствомъ, т. е. безусловно-властвующимъ повелителемъ.

Но такъ какъ мы знаемъ, что государство само связано правомъ, что граждане обладаютъ цѣлымъ комплексомъ правъ, которыя государство обязано уважать, то очевидно, что существуетъ цѣлый рядъ отношеній между гражданами и государствомъ, гдѣ государство является юридически-обязанной стороною. Вотъ почему хотя въ договорныя отношенія между государствомъ и частными лицами входятъ нѣкоторыя черты, обусловленныя особымъ положеніемъ такого субъекта, какъ государство, но отъ этого сущность договорныхъ отношеній не измѣняется: государство такъ-же связано договоромъ, какъ и частное лицо.

Весь вопросъ сводится къ наилучшимъ гарантіямъ этихъ отношеній. А такъ какъ разрѣшеніе споровъ, вытекающихъ изъ указанныхъ отношеній, принадлежитъ къ юрисдикціонной функціи государственной власти (примѣчаніе къ § 434), то отсюда логическій выводъ: государство обязано подчиняться рѣшенію того органа власти, которому поручена юрисдикціонная функція, т. е. суду.—Поступать иначе, т. е. не входить съ гражданами въ договорныя отношенія, а требовать принудительно всѣхъ услугъ, можно только въ чистой деспотіи, считая населеніе простымъ объектомъ правъ государства.

§ **623**. *IV. Права власти.* Объектомъ этихъ правъ являются люди, а также такое ихъ поведеніе, въ которомъ соединяются всѣ три его формы, т. е. и дѣйствія, и воздержанія, и „терпѣнія“.

Права этой категоріи дѣлятся на три группы: 1) права семейныя (супружескія и родительскія) и опекунскія, 2) права въ отношеніяхъ государственной службы и 3) права государства въ лицѣ его органовъ по отношенію къ подданнымъ. Въ первой группѣ объектомъ являются люди (жена, дѣти, опекаемые); во второй поведеніе людей; въ третьей люди (армія въ военное время, нѣкоторые осужденные преступники) и чаще—поведеніе ихъ.

По своему объему права власти бываютъ и абсолютными (напр. право отца на своего ребенка, мужа на свою жену, государства на осужденнаго преступника: гдѣ бы эти лица ни находились, кто бы ихъ ни скрывалъ, управомоченный субъектъ имѣетъ право ихъ требовать), и относительными (права членовъ семьи по отношенію другъ къ другу, права начальниковъ и государства по отношенію къ подчиненнымъ и подданнымъ).

Отъ правъ обязательственныхъ права власти отличаются (кромѣ своего объекта) слѣдующими чертами. Прежде всего управомоченные субъекты здѣсь всегда несутъ по отношенію къ объектамъ своей власти, или по отношенію къ тѣмъ людямъ, поведеніе которыхъ является объектомъ ихъ власти,—опредѣленныя обязанности. *Эти обязанности вытекаютъ не изъ договорныхъ отношеній, какъ при обязательственныхъ правахъ, а изъ нормъ положительнаго права*, причемъ за нарушеніе этихъ обязанностей субъектъ можетъ быть подвергнутъ *наказанію*, т. е. слѣдовательно къ нему можетъ быть примѣнено самое крайнее, рѣзкое средство охраны правопорядка.—Съ другой стороны и обязанные субъекты за неисполненіе своихъ обязанностей въ отношеніяхъ, гдѣ юридическою связью являются права власти, могутъ быть подвергнуты наказанію.

Далѣе цѣлый рядъ правъ власти является одновременно и обязанностями (напр. право судьи отправлять правосудіе, право профессора экзаменовать студентовъ). Раньше было уже указано на ошибочность мнѣнія, будто *всѣ* права власти суть въ то-же время и обязанности (мужъ имѣетъ право требовать къ себѣ жену, но не обязанъ этого дѣлать).

Такимъ образомъ мы видимъ, что права власти обладаютъ такими признаками, которые обусловливаютъ выдѣленіе этихъ правъ въ совершенно самостоятельную группу, не сводимую на другія. Отъ вещныхъ правъ ихъ отличаетъ то, что даже если объектомъ ихъ является человѣкъ, то управомоченный субъектъ несетъ по отношенію къ нему опредѣленныя положительнымъ правомъ обя-

занности. Отъ обязательственныхъ правъ они отличаются тѣмъ, что даже если объектомъ ихъ является поведеніе, то *это поведеніе гораздо больше сливается т. ск съ личностью, чѣмъ при обязательственныхъ правахъ*, выполненіе этого поведенія обставляется болѣе солидными гарантіями, и опять таки субъектъ, осуществляющій права власти, несетъ по отношенію къ подчиненному субъекту рядъ обязанностей, опредѣленныхъ правопорядкомъ.

§ **624**. По поводу отдѣльныхъ видовъ правъ власти (или какъ ихъ иначе называютъ: правъ въ чужой личности) необходимо замѣтить слѣдующее

Иногда права семейныя конструируютъ какъ личныя права (§ 600). Неправильность такой конструкціи очевидна: личное право есть право субъекта надъ собственной личностью, между тѣмъ какъ семейное право есть право надъ другой личностью. De lege lata это не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. А если разсматривать вопросъ de lege ferenda и говорить, что такое подчиненіе личности противорѣчитъ современному правосознанію, то во 1-хъ подчиненіе малолѣтнихъ дѣтей родительской власти нисколько не противорѣчитъ современному правосознанію, а во 2-хъ если говорить о реформѣ брачнаго права, то соотвѣтствующія субъективныя права скорѣе можно было бы конструировать, какъ обязательственныя, чѣмъ какъ личныя.

Что касается правъ въ отношеніяхъ государственной службы, то здѣсь необходимо имѣть въ виду два принципа: 1) изъ самой идеи государства, какъ союза, обладающаго *верховной* властью, логически вытекаетъ, что всѣ органы государственной власти, всѣ агенты ея обязаны безусловно подчиняться этой власти и служить орудіями для проявленія ея воли; 2) съ другой стороны человѣкъ, служа государству въ качествѣ его агента, не можетъ отречься ни отъ своей совѣсти, ни отъ своего человѣческаго достоинства. Отсюда слѣдуетъ, что правопорядокъ долженъ гармонически сочетать оба принципа: если государственная служба должна быть построена на принципѣ квалифицированнаго подчиненія, доходящаго въ военной службѣ до наивысшей степени интенсивности, то подчиненіе это не есть самоцѣль, оно должно служить идеальнымъ цѣлямъ государства, а агенты власти отъ высшаго до низшаго должны обладать опредѣленными правами, и имѣть возможность защищать ихъ отъ чьихъ бы то ни было посягательствъ.

Наконецъ въ отношеніяхъ между гражданами и государственною властью не можетъ быть и рѣчи о *квалифицированномъ* под-

чиненіи, характеризующемъ отношенія государственной службы. Весь прогрессъ исторіи культуры въ области политической жизни выражается главнымъ образомъ въ развитіи и гарантіяхъ личныхъ правъ гражданъ, уважать которыя обязано государство. Здѣсь еще разъ надо повторить, что только то государство можетъ быть крѣпкимъ и сильнымъ, гдѣ граждане готовы свободно жертвовать всѣмъ для его блага. А такая любовь къ государству обусловливается прежде всего сознаніемъ обезпеченности свободы и личныхъ правъ. Изъ рабовъ нельзя сдѣлать преданныхъ гражданъ.

§ **625.** C). **Дѣленіе субъективныхъ правъ по характеру.** По своему характеру всѣ субъективныя права дѣлятся на частныя, публичныя и международныя.

Это дѣленіе соотвѣтствуетъ исчерпывающему дѣленію всей совокупности фактовъ юридической жизни на три области: право частное, публичное и международное.—Нѣкоторые ученые принимаютъ двухчленное дѣленіе на право частное и публичное, относя международное право ко второй группѣ. Но такое дѣленіе не можетъ быть принято: публичное право регулируетъ отношенія между государствомъ и подчиненными ему лицами, а международное право регулируетъ отношенія между государствами, какъ *принципіально равноправными субъектами**). И какіе бы успѣхи ни сдѣлала исторія культуры въ области международныхъ отношеній, даже если бы достигнутъ былъ идеалъ всемірной федераціи государствъ,—подчиненность этихъ государствъ федераціи будетъ имѣть принципіально иной характеръ, чѣмъ подчиненность гражданъ верховной власти своего государства: отдѣльныя государства федераціи всегда будутъ равноправными членами, обладающими каждое своею *верховною* властью, т. е. властью, въ себѣ самой имѣющей источникъ своего бытія, ни отъ кого не зависимой, ни передъ кѣмъ не обязанной отчетомъ въ предѣлахъ своей компетенціи. Принимая во вниманіе только что сказанное, можно было бы съ бо̀льшимъ основаніемъ отнести международное право къ области частнаго права, гдѣ другъ противъ друга стоятъ принципіально равные субъекты. Но причисленіе международнаго права

---

*) По поводу возраженій противъ господствующей въ международномъ правѣ теоріи равноправія государствъ хорошія замѣчанія дѣлаетъ проф. А. *Байковъ* въ своей монографіи „Междувластныя и властныя отношенія въ теоріи права". 1912. Стр 330 и слѣдующія.

къ частному праву было-бы парадоксомъ: велика разница между такими субъектами, какъ государства, обладающія каждое своимъ формальнымъ источникомъ права (§ 302), и частныя лица, всѣ права коихъ имѣютъ своимъ *формальнымъ* источникомъ верховную власть государства.

Итакъ, международное (междугосударственное) право есть совершенно самостоятельная область права на ряду съ частнымъ и публичнымъ правомъ*).

§ **626.** Вопросъ о международныхъ субъективныхъ правахъ не представляетъ особыхъ трудностей. Относящіяся сюда контроверзы подлежатъ изслѣдованію науки международнаго права**).

Совершенно въ другомъ положеніи находится вопросъ о публичныхъ и частныхъ субъективныхъ правахъ.

Правда, что юристы согласны относительно распредѣленія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ: къ области частнаго права от-

---

*) Существуютъ единичныя мнѣнія, утверждающія, что наряду съ указанными областями права надо признать еще двѣ самостоятельныя области: церковное право и общественное право.

Но церковное право не имѣетъ самостоятельнаго характера: юридическія нормы, регулирующія отношенія церкви къ государству, взаимныя отношенія членовъ церкви, положеніе церковныхъ имуществъ, права и обязанности служителей церкви и т. д.,—исходятъ не отъ церкви, а отъ государства Формальнымъ источникомъ церковнаго права является не церковная власть, а государственная. Область же чисто-каноническихъ вопросовъ, подлежащая исключительному вѣдѣнію церковной власти,—это область не юридическая. Церковная власть можетъ издавать и юридическія нормы, но свой юридическій характеръ онѣ получаютъ только потому, что признаются и охраняются государствомъ. Безъ такого признанія онѣ превращаются въ конвенціональныя, подчиненіе которымъ зависитъ отъ доброй воли каждаго вѣрующаго (§§ 69, 70, 71, 73). Даже такая могущественная церковь, какъ католическая, вполнѣ независимая отъ государства, и подчиненная такому главѣ, какъ папа (ср. прекрасную монографію проф. *А. Л. Байкова* „Современная международная правоспособность Папства“. 1904) не можетъ сдѣлать своихъ нормъ безусловно-обязательными безъ согласія соотвѣтствующихъ государствъ.

Что же касается общественнаго права, то признаніе такой юридической области, и даже попытки создать соотвѣтствующую науку, представляютъ собою сплошное недоразумѣніе. Въ государствѣ можетъ дѣйствовать только одинъ правопорядокъ, имѣющій своимъ формальнымъ источникомъ верховную власть (ср. примѣчаніе къ § 608). Такимъ образомъ въ государствѣ не можетъ быть никакой третьей области, кромѣ публичнаго и частнаго права.

**) Главная изъ этихъ контроверзъ: являются ли субъектами международнаго права только государства, или также и частныя лица (какъ признаетъ, напр., проф *В. Улянцкій* въ своемъ прекрасномъ курсѣ „Международное право“ 1911 г.).

носятся гражданское право съ его подраздѣленіями, торговое, вексельное, морское; къ области публичнаго: государственное, административное, финансовое, церковное, уголовное, судебное (процессы). Но вопросъ о принципіальныхъ признакахъ, по которымъ та или другая юридическая норма, то или иное юридическое отношеніе должны принадлежать къ области частнаго или публичнаго права, до сихъ поръ окончательно не рѣшенъ, не смотря на громадную литературу и на весьма продолжительную исторію. Нѣкоторые современные ученые находятъ даже, что вопросъ и не можетъ быть принципіально рѣшенъ, т. к. мы здѣсь „имѣемъ дѣло съ исторически сложившейся, удовлетворяющей чисто-практическимъ цѣлямъ группировкой правовыхъ институтовъ". Параллельно съ этимъ мнѣніемъ историзмъ, соціологизмъ и соціализмъ, утверждая, что не можетъ быть и рѣчи о принципіальномъ различіи между частнымъ и публичнымъ правомъ, что все зависитъ отъ условій каждой данной конкретной соціальной среды, предсказываютъ для будущаго времени коренное измѣненіе характера огромнаго большинства современныхъ отношеній частнаго права въ смыслѣ перехода этихъ отношеній въ область публичнаго права.

§ **627.** Само собою разумѣется, что философія права не можетъ присоединиться къ мнѣнію о невозможности найти принципіальную границу между публичнымъ и частнымъ правомъ. Передъ нами жизненные факты огромной важности, и если для догматическаго изученія каждой отдѣльной юридической дисциплины быть можетъ и достаточно того критерія, что нормы, составляющія матеріалъ этой дисциплины, въ данное время и въ данномъ государствѣ отнесены къ области частнаго или публичнаго права, то такой критерій для нашей науки является весьма недостаточнымъ. Мы должны вскрыть самую идею, лежащую въ основѣ интересующаго насъ дѣленія. Только тогда мы можемъ понять различныя проявленія этой идеи въ исторіи, можемъ критически отнестись къ существующему распредѣленію областей публичнаго и частнаго права, можемъ, наконецъ, давать руководящія указанія законодателю, основанныя не на субъективныхъ симпатіяхъ, не на партійныхъ симпатіяхъ, не на шаткихъ и растяжимыхъ положеніяхъ историческаго и соціологическаго релятивизма (по необходимости односторонніхъ), а на солидныхъ и надежныхъ научныхъ данныхъ; получить же ихъ безъ философскаго освѣщенія вопроса невозможно.

Обращаясь къ тому, что̀ сдѣлала наука для разрѣшенія интересующей насъ проблемы, мы должны сказать, что и здѣсь, какъ во многихъ другихъ случаяхъ, многочисленныя теоріи выражаютъ собою истину въ ихъ синтезѣ: каждая теорія подмѣтила болѣе или менѣе важную сторону изслѣдуемыхъ явленій. Односторонность многихъ теорій обусловливается главнымъ образомъ тѣмъ, что авторы ихъ—представители отдѣльныхъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, а не философы права.

§ **628.** Всѣ теоріи, относящіяся къ нашей проблемѣ, можно свести къ нѣсколькимъ типическимъ группамъ.

Старѣйшей и наиболѣе распространенной является теорія, выраженная въ знаменитомъ фрагментѣ Ульпіана: publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum—quod ad singulorum utilitatem. Общепринятое толкованіе этого фрагмента различаетъ публичное и частное право по признаку пользы: если имѣется въ виду польза государства, передъ нами публичное право, если польза отдѣльныхъ лицъ,—частное. Нѣкоторые ученые, не соглашаясь съ общепринятымъ толкованіемъ, предлагаютъ слѣдующее: Ульпіанъ подъ публичнымъ правомъ понималъ право государства, а подъ частнымъ— права отдѣльныхъ лицъ. Повидимому общепринятое толкованіе правильнѣе.

И вотъ съ Ульпіана ведетъ свое начало длинный рядъ широко распространенныхъ въ настоящее время т. наз. *матеріальныхъ теорій* разграниченія публичнаго и частнаго права, т. е. теорій, считающихъ критеріемъ для разграниченія — содержаніе юридическихъ отношеній. Нѣкоторые представители этихъ теорій высказываются противъ Ульпіановскаго критерія (общая польза—польза отдѣльныхъ лицъ), но на самомъ дѣлѣ выражаютъ ту-же мысль Ульпіана только другими словами, напр., замѣняя слово „польза“, словами „интересъ“ или „благо“. Нѣкоторые ученые вносятъ въ Ульпіановскую формулу тѣ или иныя добавленія, модификаціи, но отъ этого сущность теоріи не измѣняется.

Вотъ нѣсколько типичныхъ формулировокъ этой группы теорій. „Въ частныхъ отношеніяхъ индивидуальные интересы и границы ихъ господства сталкиваются съ таковыми-же. Въ отношеніяхъ публичнаго характера по крайней мѣрѣ на одной сторонѣ находятся публичные интересы“ (Меркель).— Въ публичномъ правѣ государство является цѣлью, а отдѣльный человѣкъ играетъ подчиненную роль, между тѣмъ какъ въ частномъ правѣ человѣкъ является цѣлью (Савиньи).— Если юридическая норма служитъ

прежде всего интересамъ отдѣльныхъ лицъ, то она относится къ частному праву; если же рѣшающимъ для нея является интересъ общества, то она принадлежитъ къ публичному праву (Дернбургъ). — Если непосредственной цѣлью юридическаго отношенія является личность, оно принадлежитъ къ частному праву; если же непосредственной цѣлью является общеніе, общественный организмъ, мы имѣемъ публичное право (Аренсъ).

Особый видъ матеріальныхъ теорій представляютъ собою теоріи тѣхъ ученыхъ, которые критерій для различія публичнаго и частнаго права видятъ въ имущественномъ характерѣ права (Кавелинъ, Мейеръ, отчасти Побѣдоносцевъ). Согласно этимъ теоріямъ частное право обнимаетъ собою лишь имущественныя отношенія; всѣ же остальныя отношенія должны быть отнесены къ публичному праву.

§ **629**. Наибольшей односторонностью страдаетъ послѣдняя группа теорій. Она безусловно невѣрна de lege lata: всѣ современныя законодательства считаютъ область семейныхъ отношеній частнымъ правомъ, а не публичнымъ; между тѣмъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, что центромъ тяжести отношеній семейнаго права является вовсе не имущество. Но эти теоріи невѣрны и de lege ferenda: не говоря уже о неправильности проектируемаго ими перенесенія семейныхъ отношеній въ область публичнаго права, достаточно указать, что, проводя послѣдовательно эти теоріи, мы должны были бы требованіе исключеннаго члена клуба о возстановленіи его въ правахъ отнести къ области публичнаго права, ученіе о пошлинахъ и налогахъ отнести къ частному праву, и т. д. Такимъ образомъ доля истины этихъ теорій заключается въ томъ, что весьма значительная часть отношеній частнаго права носитъ имущественный характеръ.

Что же касается остальныхъ матеріальныхъ теорій, то основнымъ ихъ недостаткомъ надо признать отожествленіе права съ интересомъ (пользой, благомъ). Дѣйствительно очень многія нормы напр. публичнаго права издаются (или могутъ быть изданы) въ виду пользы, интереса всего государства. Но вѣдь польза, интересъ, какъ уже было выяснено въ своемъ мѣстѣ (§ 131), могутъ служить только причиной появленія соотвѣтствующей нормы, они никоимъ образомъ не являются ея сущностью. Отмѣтить надо неправильность терминологіи нѣкоторыхъ теорій, смѣшивающихъ понятіе государства съ понятіемъ общества; дѣятельность ученаго приноситъ общую пользу, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что

заключенный имъ съ типографіей договоръ, имѣющій цѣлью изданіе его труда, входитъ въ область публичнаго права. Далѣе, мы знаемъ, что существуютъ юридическія нормы, имѣющія своей непосредственной цѣлью пользу, интересъ частныхъ лицъ, и тѣмъ не менѣе относящіяся не къ частному, а къ публичному праву (напр. нормы уголовнаго права, карающія за посягательство на частную собственность, на жизнь, честь, свободу и т. п.). Всѣ эти и другіе недостатки обусловлены указаннымъ выше кореннымъ порокомъ теорій.

Итакъ доля истины разсмотрѣнныхъ теорій заключаются въ томъ, что нормы публичнаго права возникаютъ (или могутъ возникать) въ интересахъ государства, а нормы частнаго права—въ интересахъ индивидовъ.

§ **630**. Другая группа теорій, которую принято называть *формальными теоріями*, видитъ различіе публичнаго и частнаго права въ способахъ ихъ защиты.

Родоначальникомъ этихъ теорій долженъ быть признанъ Іерингъ, который, какъ мы видѣли (§ 504), различалъ въ понятіи субъективнаго права элементъ матеріальный (интересъ), и элементъ формальный (защиту интереса путемъ иска). Но въ своемъ чистомъ видѣ разсматриваемая группа теорій выражена въ книгѣ *Тона* „Rechtsnorm und subjectives Recht“ 1878 г., гдѣ на страницахъ 121, 133—134 и др. находимъ слѣдующій критерій для разграниченія публичнаго и частнаго права: рѣшающимъ признакомъ являются юридическія послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ факта правонарушенія; если защита права въ случаяхъ правонарушенія предоставлена самому заинтересованному лицу путемъ частно-правового притязанія, мы имѣемъ дѣло съ частнымъ правомъ, если же защита лежитъ на обязанности органовъ власти,—передъ нами публичное право. *)

Въ русской наукѣ формальная теорія была принята Муромцевымъ („Опредѣленіе и основное раздѣленіе права“. 1879. Стр. 195—201), учившимъ, что „гражданскія права защищаются не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ—ихъ субъектовъ“, „напротивъ, въ публичномъ правѣ все движеніе защиты исходитъ отъ воли органовъ власти“. Къ ней примкнулъ и другой нашъ крупный цивилистъ—Дювернуа.

*) Мнѣніе проф. Петражицкаго, что теорія Тона должна быть причислена къ группѣ „смѣшанныхъ“ теорій, едва ли можетъ поколебать господствующій въ наукѣ взглядъ на эту теорію.

§ **631**. Формальныя теоріи страдаютъ болѣе крупными недостатками, чѣмъ матеріальныя. 1) Прежде всего онѣ въ лучшемъ случаѣ представляютъ собою то, что въ логикѣ называется тавтологіей, т. е. опредѣленіе, высказывающее въ иной формѣ нѣчто уже содержащееся въ опредѣляемомъ. Въ самомъ дѣлѣ: теорія утверждаетъ, что частное право есть право, защищаемое гражданскимъ (частнымъ) искомъ. Такимъ образомъ на вопросъ: когда мы имѣемъ дѣло съ частнымъ правомъ?—теорія отвѣчаетъ: тогда, когда право защищается гражданскимъ искомъ; а на вопросъ: когда право защищается гражданскимъ искомъ? дается отвѣтъ: тогда, когда оно представляетъ собою частное право. 2) Формальныя теоріи слишкомъ съуживаютъ понятіе субъективнаго права; онѣ утверждаютъ, что о правѣ можно говорить только тогда, когда оно защищено путемъ иска. Ошибочность такого взгляда была выяснена въ своемъ мѣстѣ (§ 524). 3) Формальныя теоріи, въ особенности въ формулировкѣ Муромцева, невѣрны даже съ чисто-догматической точки зрѣнія, de lege lata. Положительное право знаетъ цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ *публичныя* права защищаются „не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ—ихъ субъектовъ“ (административная юстиція). *) 4) Онѣ не

---

*) *Коркуновъ* прибавляетъ къ этому („Лекціи“ § 33 въ концѣ), что „существуютъ и преступленія, которыя преслѣдуются только по жалобѣ потерпѣвшаго“. Здѣсь мы видимъ одну изъ грубыхъ ошибокъ, въ такомъ изобилии разсѣянныхъ въ курсѣ Коркунова. Фактъ преступленія не имѣетъ никакого значенія при опредѣленіи публичнаго или частнаго характера нарушеннаго права, и если напр., оскорбленія чести, легкія раны, изнасилованіе, преслѣдуются по жалобамъ потерпѣвшихъ, то въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ нарушеніе не публичныхъ, а частныхъ (личныхъ: § 600) правъ. Нѣсколькими строками ниже въ томъ же параграфѣ мы встрѣчаемъ другую грубую ошибку. Самымъ важнымъ аргументомъ противъ формальныхъ теорій Коркуновъ считаетъ слѣдующій: послѣдствіемъ правонарушенія могутъ быть одновременно и частный искъ, и преслѣдованіе (уголовное) отъ имени государства (напр., при убійствѣ, кражѣ и т. п. рядомъ съ уголовнымъ искомъ о наказаніи возможны гражданскіе иски потерпѣвшихъ о возмѣщеніи убытковъ). „Но само собою разумѣется“, говоритъ Коркуновъ, „что если такимъ образомъ послѣдствія и того, и другого рода могутъ наступать совмѣстно, различіе ихъ не можетъ быть основаніемъ различія частныхъ и публичныхъ правъ. Иначе пришлось бы допустить, что одно и то-же право можетъ быть и частнымъ, и публичнымъ“. Но вѣдь въ приведенныхъ примѣрахъ уголовный и гражданскій иски вытекаютъ вовсе не изъ одного и того-же права: гражданскій искъ потерпѣвшаго отъ преступленія вытекаетъ изъ нарушенія его частнаго права, между тѣмъ какъ уголовный искъ (обвинительный актъ) есть проявленіе публичнаго права, принадлежащаго государству (jus puniendi).

дають никакой возможности различить публичное и частное право, пока не совершилось соотвѣтственное правонарушеніе. А вѣдь сущность субъективнаго права познается въ его нормальномъ состояніи, въ коренныхъ отношеніяхъ; искъ есть лишь одно изъ проявленій субъективнаго права.—5) Онѣ не дають принципіальнаго опредѣленія правъ, не указывають, почему именно тѣ или иныя отношенія должны быть помѣщены законодателемъ въ области публичнаго или частнаго права.

Такимъ образомъ доля истины формальныхъ теорій заключается въ томъ, что онѣ подмѣтили чрезвычайно важный фактъ, а именно—тѣсную связь частныхъ правъ съ особой формой ихъ защиты (искъ по иниціативѣ самаго управомоченнаго *частнаго* лица). Эта связь вытекаетъ изъ самой сущности частнаго права, какъ такого права, которое сливается т. ск. съ личностью управомоченнаго, которое входитъ въ ту сферу, гдѣ личность является опредѣляющимъ все центромъ, и пользованіе которымъ должно быть по общему правилу предоставлено усмотрѣнію личности.

§ 632. Существуютъ еще теоріи смѣшанныя, которыя такъ или иначе комбинируютъ разсмотрѣнные уже элементы матеріальныхъ и формальныхъ теорій. Особое разсмотрѣніе этихъ теорій не представляется необходимымъ*).

Особое положеніе занимаетъ группа теорій, разграничивающихъ публичное и частное право по субъектамъ юридическихъ отношеній Эти теоріи можно раздѣлить на два вида. 1) Типичной формулировкой перваго вида является слѣдующая: взаимныя отношенія людей, какъ отдѣльныхъ индивидовъ, входятъ въ область частнаго права; отношенія, въ которыя вступаютъ люди, какъ члены какого либо общенія, связаннаго правомъ въ одно цѣлое, представляютъ собою отношенія публичнаго права**).—Слабость этихъ теорій (односторонность) очевидна хотя бы изъ того, что далеко не всѣ соціальныя группы, объединенныя правомъ въ одно цѣлое, обусловливаютъ публичный характеръ юридическихъ отношеній, въ которыя вступаютъ члены этихъ группъ (напр. акціонерная компанія, клубъ, музыкально-драматическій кружокъ). 2) Второй видъ этихъ теорій выражается въ слѣдующемъ по-

---

*) На теоріяхъ единичныхъ ученыхъ, напр. на очень слабой теоріи Коркунова, мы останавливаться не будемъ.

**) *L. Arndts Ritter v. Arnesberg.* Juristische Encyklopadie und Methodologie. 1908. стр. 25.

ложеніи Іеллинека: „Различіе частнаго и публичнаго права можетъ быть сведено къ той основной идеѣ, что въ частномъ правѣ отдѣльные индивиды противостоятъ другъ другу, какъ принципіально соподчиненные, оно регулируетъ, поэтому, взаимныя отношенія индивидовъ, какъ таковыхъ, между тѣмъ какъ публичное право нормируетъ отношенія между различными субъектами власти, или организацію и функцію субъектовъ власти и ихъ отношенія къ подчиненнымъ этой власти“[*]).—Болѣе сжатую и точную формулировку этого типа мы находимъ у проф. кн. *Е. Трубецкаго*: „Тѣ права, гдѣ индивидуальное лицо является самостоятельнымъ субъектомъ права, суть права частныя, а тѣ права, гдѣ отдѣльное лицо фигурируетъ, какъ подчиненная часть соціальнаго цѣлаго,—права публичныя“ (l. c., 204). Не совсѣмъ удачное выраженіе „соціальнаго цѣлаго“ надо здѣсь понимать, какъ видно изъ всего прекраснаго изложенія (стр. 201—209), въ смыслѣ „государства“.

Итакъ по этимъ теоріямъ отношенія государственной службы и отношенія государственной власти къ подданнымъ составляютъ область публичнаго права, а отношенія гражданъ между собою, какъ самостоятельныхъ субъектовъ правъ,—входятъ въ область частнаго права.

§ **633.** Послѣдняя группа (довольно значительная) теорій болѣе всѣхъ другихъ приблизилась къ истинѣ. Однако эти теоріи нуждаются въ дополненіи и развитіи; вѣдь сказать, что публичное право мы имѣемъ въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, гдѣ субъектомъ является государство, а частное—тамъ, гдѣ субъектами являются частныя лица, еще недостаточно. Если, напр., государство въ лицѣ какого нибудь учрежденія покупаетъ въ магазинѣ необходимыя для этого учрежденія канцелярскіе матеріалы, или заключаетъ договоръ съ подрядчикомъ о доставкѣ дровъ, то соотвѣтствующія юридическія отношенія не превращаются въ публично-правовыя только потому, что однимъ изъ субъектовъ

---

*) Эту теорію Іеллинекъ принимаетъ въ своемъ главномъ трудѣ „Общее ученіе о государствѣ“. Въ болѣе раннемъ трудѣ, посвященномъ вопросу о публичныхъ субъективныхъ правахъ, Іеллинекъ даетъ чрезвычайно сложную и искусственную теорію, которую напрасно нѣкоторые ученые (напр. *Рождественскій* „Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ“ 1913) считаютъ особенно цѣнной. Въ книгѣ Іеллинека есть интересный матеріалъ, интересныя мысли, много отдѣльныхъ вѣрныхъ положеній, но сама теорія, составляющая центръ тяжести книги, едва ли заслуживаетъ изложенія и критики въ общемъ курсѣ.

является государство. Такимъ образомъ уже изъ этого примѣра мы видимъ, что *рѣшающимъ признакомъ для разграниченія публичнаго и частнаго права не можетъ быть субъектъ юридическихъ отношеній*. Такимъ признакомъ можетъ быть только характеръ принадлежащихъ субъекту правъ.

§ **634**. Обращаясь къ изслѣдованію этого характера, мы должны прежде всего вспомнить то, что говорилось въ первой части курса объ абсолютной идеѣ права (естественное право). Тамъ мы видѣли, что эта идея имѣетъ двѣ стороны: 1) свобода и самоцѣльность личности и 2) необходимость организованнаго общежитія и вытекающая отсюда необходимость извѣстнаго подчиненія личности этому общежитію. Вся исторія права есть непрерывное исканіе синтеза обоихъ началъ, съ различными колебаніями въ ту или другую сторону въ зависимости отъ условій мѣста и времени.

Автономная личность, носитель искры Божіей, требуетъ уваженія къ себѣ и обезпеченія ей возможности исполнить свое назначеніе, которое далеко не исчерпывается тѣмъ, что она есть членъ общежитія. Съ другой стороны государство, какъ носитель необходимой для его культурной миссіи верховной власти, требуетъ безусловнаго подчиненія личности въ цѣломъ рядѣ отношеній.—Но мы знаемъ, что „личность есть краеугольный камень всего общественнаго зданія“, что государство состоитъ изъ отдѣльныхъ людей, и что человѣкъ становится субъектомъ юридическихъ отношеній только потому, что онъ человѣкъ (§ 539—540). Отсюда возникаетъ обязанность государства *гарантировать* естественныя права личности и развить соотвѣтственныя начала естественнаго права примѣнительно къ условіямъ данной конкретной соціальной среды. *Такимъ образомъ получается цѣлый комплексъ правъ, центромъ которыхъ является личность, получается сфера, гдѣ господствуетъ свобода личности, куда никто не можетъ вторгаться.*

Государство здѣсь заинтересовано только въ томъ смыслѣ, чтобы такія сферы свободы мирно уживались другъ съ другомъ, чтобы никто не посягалъ на сферу своего сосѣда. Оно охраняетъ эти сферы отъ посягательствъ кого бы то ни было, *и если оно само вступаетъ съ отдѣльными лицами въ отношенія, связанныя съ такими сферами, оно обязано уважать соотвѣтствующія права личности; это—права частныя*. Государство здѣсь является не въ роли властнаго суверена, господствующаго надъ личностью,

а въ роли равноправнаго контрагента А посему и права, принадлежащія государству въ такихъ отношеніяхъ, лишены того *характера безусловной власти надъ людьми*, которымъ отличаются права публичныя. Эти послѣднія права предполагаютъ владычество государства надъ всѣми входящими въ составъ его соціальными группами и отдѣльными людьми.

§ **635.** Такимъ образомъ мы имѣемъ два самостоятельныя начала: 1) автономная личность, какъ свободный распорядитель принадлежащихъ ему частныхъ правъ, гарантированныхъ, но не созданныхъ государствомъ и 2) государство, какъ верховный союзъ, безусловно властвующій въ цѣломъ рядѣ отношеній надъ личностью.—Само собою разумѣется, что обусловленныя этими началами области частнаго и публичнаго права не могутъ имѣть абсолютно-неизмѣнной границы для всѣхъ временъ и народовъ. Отсюда колебанія въ ту или другую сторону, которыя мы наблюдаемъ въ исторіи. Но точно также очевидно, что *тамъ, гдѣ существуютъ два самостоятельныя начала, рѣчь можетъ идти только о синтезѣ ихъ, но никоимъ образомъ не о поглощеніи одного начала другимъ*.

Иногда можно встрѣтить въ наукѣ мнѣнія, будто первоначально все право было публичнымъ. Это большое заблужденіе. На первыхъ ступеняхъ исторіи культуры не можетъ быть и рѣчи ни о частномъ, ни о публичномъ правѣ. И подобно тому, какъ само право только въ результатѣ длиннаго историческаго процесса дифференцировалось изъ общей этической основы, такъ и отдѣльныя области права появились въ результатѣ аналогичнаго процесса дифференціаціи. Исходнымъ же пунктомъ было такое состояніе, въ которомъ сливались черты и частнаго, и публичнаго права. Необходимо отмѣтить, что важнѣйшимъ факторомъ, повліявшимъ на дифференціацію частнаго и публичнаго права, явилось развитіе личности и освобожденіе ея изъ подъ власти соціальныхъ группъ. А эта власть обусловливала между прочимъ проникновеніе чертами публичнаго права нѣкоторыхъ отношеній, входящихъ нынѣ въ область частнаго права. Наоборотъ, въ позднѣйшую эпоху (напр. средніе вѣка) очень многіе изъ современныхъ институтовъ публичнаго права были насквозь проникнуты частно-правовымъ характеромъ (многія феодальныя права, права государей и т. д.).

§ **636.** Современное разграниченіе областей частнаго и публичнаго права представляетъ собою такимъ образомъ результатъ

многовѣковой эволюціи права. Опять таки и здѣсь мы можемъ съ полнымъ основаніемъ сказать, что истинная сущность развивающагося явленія обнаруживается не въ началѣ, а въ концѣ процесса А зная ту идею, которая лежитъ въ основѣ всего процесса, мы можемъ по достоинству оцѣнить заявленія соціализма, который устами А. Менгера говоритъ: „поскольку важнѣйшая цѣль соціализма заключается въ томъ, чтобы преобразовать формы нашего частнаго права въ формы права публичнаго, постольку вмѣстѣ съ нашимъ общественнымъ строемъ вообще исчезнетъ всякая противоположность между частнымъ и публичнымъ правомъ“ („Новое ученіе о государствѣ“. Кн. II, гл. I).—Параллельно съ такими откровенными заявленіями мы имѣемъ „научные“ выводы юристовъ, выступающихъ подъ знаменами позитивизма, историзма и соціологизма: основываясь на историческихъ фактахъ измѣнчивости областей частнаго и публичнаго права, и не признавая въ основѣ историческаго процесса никакихъ абсолютныхъ идей, они утверждаютъ, что частныя права въ современномъ правопорядкѣ не вытекаютъ изъ автономіи личности и изъ идеи права, „а представляютъ собою лишь ту долю участія члена гражданскаго общества въ жизненныхъ благахъ, находящихся въ распоряженіи этого общества (!), которую оно предоставляетъ ему по условіямъ своего существованія и своей дѣятельности“. Выводъ изъ этого: въ будущемъ весьма возможно соціалистическое государство съ уничтоженіемъ частной собственности, наслѣдства, договора и т. д.

По поводу всѣхъ такихъ заявленій необходимо замѣтить слѣдующее. Если передъ нами откровенныя заявленія соціалистовъ, то мы сразу знаемъ, съ чѣмъ имѣемъ дѣло: партійныя декламаціи, фантазіи, обѣщанія и т. п.—все это ничего общаго съ наукой не имѣетъ, хотя бы и исходило отъ профессоровъ университета. Поэтому увѣренія Менгера, будто „исчезнетъ всякая противоположность между частнымъ и публичнымъ правомъ“, представляютъ собою плоды личныхъ симпатій ученаго, которые онъ не могъ выдавать съ каѳедры за научные выводы.—Что же касается утвержденій модныхъ историко-соціологическихъ теченій, то здѣсь мы видимъ яркій примѣръ того печальнаго положенія, которое можетъ появиться въ результатѣ научной односторонности и разрыва съ философіей. Факты исторіи говорятъ намъ, что современное раздѣленіе областей публичнаго и частнаго права есть результатъ многовѣковой эволюціи, философія вскрываетъ идею, лежащую въ основѣ этой эволюціи, величайшіе умы на основаніи

этихъ данныхъ приходятъ къ выводу, что основные институты современнаго частнаго права представляютъ собою абсолютныя юридическія категоріи, вытекающія и изъ понятія личности, и изъ идеи права,—а группа ученыхъ „новой школы", не желающая видѣть въ историческомъ процессѣ ничего, кромѣ поверхности его, оспариваетъ господствующее мнѣніе на основаніи „новыхъ" научныхъ данныхъ, которыя на самомъ дѣлѣ въ своемъ принципѣ были извѣстны уже Аристотелю.

§ **637**. Итакъ мы приходимъ къ выводу, что раздѣленіе областей публичнаго и частнаго права имѣетъ принципіальное основаніе, что историческій процессъ *долженъ былъ* привести къ этому раздѣленію, и что оно *должно* остаться во всякомъ будущемъ правопорядкѣ. При этомъ надо замѣтить, что прогрессъ въ этой области долженъ выразиться въ гармоническомъ сочетаніи обоихъ указанныхъ основныхъ началъ *на почвѣ расширенія и укрѣпленія частныхъ правъ*. И это понятно: если развитіе индивидуальности каждой отдѣльной личности знаменуетъ собою прогрессъ исторіи культуры, если это развитіе невозможно безъ широкой сферы свободы, обезпеченной за личностью, то отсюда вытекаетъ, что частныя права личности должны быть принципіальной границей государственной дѣятельности*). Въ концѣ концовъ все публичное право служитъ для наилучшей гарантіи частныхъ правъ**).

---

*) „Неприкосновенность частной жизни и частной дѣятельности должна считаться кореннымъ закономъ всякаго образованнаго общества. Вмѣшательство государства въ эту область можетъ быть оправдано только въ крайнихъ случаяхъ и всегда должно считаться не правиломъ, а исключеніемъ. И если при извѣстныхъ обстоятельствахъ, тамъ, гдѣ свободная дѣятельность не достигла еще надлежащаго развитія, можетъ потребоваться усиленная регламентація частныхъ отношеній во имя общаго интереса, также какъ требовалось рабство, то нѣтъ сомнѣнія, что въ общемъ ходѣ развитія высшая ступень состоитъ въ предоставленіи свободѣ того, что дѣлалось путемъ принужденія. Идеаломъ человѣчества можетъ быть только расширеніе, а не стѣсненіе свободы".—„Частная свобода остается кореннымъ правомъ человѣка, источникомъ его самостоятельности; но надъ нею воздвигается другая область, общественная, гдѣ водворяется политическая свобода. Первая служитъ основаніемъ, вторая обезпеченіемъ. И это отношеніе должно сохраниться ненарушимо, ибо оно составляетъ драгоцѣннѣйшее пріобрѣтеніе человѣческаго рода, плодъ всего его историческаго развитія". *Чичеринъ*. „Собственность и государство". I, 30, 33.

**) Правъ Іеллинекъ, говоря: „всякая общественная и государственная дѣятельность въ конечномъ результатѣ служитъ, или по крайней мѣрѣ должна служить, благу индивида". „Общ. учен. о госуд.", 250.

Коренное различіе въ характерѣ частныхъ и публичныхъ правъ (въ первыхъ—проявленіе свободы и автономіи личности, во вторыхъ—безусловное господство государства надъ личностью) объясняетъ ту долю истины, которая заключается въ изложенныхъ выше теоріяхъ. Изъ самаго характера частнаго права вытекаетъ, что оно служитъ главнымъ образомъ цѣлямъ, интересамъ, благу отдѣльныхъ лицъ; что отдѣльное лицо можетъ распоряжаться своимъ правомъ по усмотрѣнію; что защита этихъ правъ обусловлена желаніемъ управомоченнаго, что эти права принадлежатъ людямъ, какъ отдѣльнымъ, принципіально равнымъ индивидамъ.— Съ другой стороны изъ самаго характера публичныхъ правъ вытекаетъ, что они могутъ принадлежать только государству, или отдѣльнымъ лицамъ и группамъ, но выступающихъ отъ имени государства; что цѣль этихъ правъ—благо, интересы всего государства, какъ единаго цѣлаго; что облеченные этими правами органы и агенты государства не могутъ распоряжаться ими всецѣло по своему усмотрѣнію; что, наконецъ, защита этихъ правъ не можетъ быть обусловлена иниціативой отдѣльныхъ лицъ.

§ **638**. Въ заключеніе разсмотримъ отдѣльные виды частныхъ и публичныхъ правъ.

Здѣсь можно ограничиться общимъ обзоромъ, такъ какъ во первыхъ, достаточный матеріалъ данъ уже раньше, а во вторыхъ, подробное изслѣдованіе отдѣльныхъ видовъ правъ входитъ въ содержаніе спеціальныхъ юридическихъ наукъ.

Что касается частныхъ правъ, то мы должны остановиться лишь на одномъ видѣ ихъ, такъ отнесеніе его къ области частнаго права возбуждаетъ еще въ наукѣ сомнѣнія. Разумѣемъ личныя права (§ 600). Свобода совѣсти, право на честь, личную неприкосновенность, неприкосновенность жилища, и т. д.—Какія это права по своему характеру, частныя, или публичныя? Нѣкоторые ученые причисляютъ ихъ къ публичнымъ правамъ, ссылаясь главнымъ образомъ на способъ защиты этихъ правъ: напр. посягательства на жизнь, на здоровье, преслѣдуются независимо отъ воли потерпѣвшаго, и караются въ порядкѣ уголовнаго права, т. е. права публичнаго.

Мнѣніе это есть плодъ недоразумѣнія. Прежде всего, какъ уже было сказано, способъ защиты правъ самъ по себѣ не можетъ служить критеріемъ для разграниченія областей частнаго и публичнаго права. Вѣдь право собственности охраняется также

и уголовными законами, откуда вовсе не слѣдуетъ, что оно есть публичное право. По существу, несомнѣнно, что такія права какъ право на жизнь, на свободу, на честь, на тѣлесную неприкосновенность, и т. п.—самымъ тѣснымъ, непосредственнымъ образомъ связаны съ личностью; о нихъ никто не рѣшится сказать, что цѣлью здѣсь является благо, польза, интересы всего государства: что они принадлежатъ личности не какъ индивиду, а какъ члену государства; наконецъ, въ этихъ правахъ совершенно отсутствуетъ характеръ безусловнаго господства надъ личностью со стороны управомоченнаго.

§ **639.** Однако не всѣ, перечисленные въ § 600, виды личныхъ правъ относятся къ области частнаго права, а только первые два вида и отчасти третій.

Относительно третьяго вида личныхъ правъ (права на извѣстное соціальное положеніе со всѣми его проявленіями) необходимо различать соціальное положеніе, вытекающее изъ принадлежности къ данному государству (право гражданства) или изъ отношеній государственной службы, отъ соціальнаго положенія, не находящагося въ связи съ отношеніями государственнаго права. Такимъ образомъ право члена англійскаго клуба на признаніе его членства есть право частное, между тѣмъ какъ напр., право дѣйствительнаго статскаго совѣтника на признаніе за нимъ титула „превосходительство“ есть право публичное.

Что же касается четвертаго и пятаго видовъ личныхъ правъ, то они всецѣло относятся къ области публичнаго права. Въ самомъ дѣлѣ: права на участіе въ осуществленіи функцій государственной власти (напр., избирательное право, права должностныхъ лицъ) принадлежатъ человѣку только въ его качествѣ члена даннаго государства, здѣсь онъ выступаетъ отъ имени государства, осуществляетъ свои права исключительно для цѣлей всего государства, здѣсь не можетъ быть и рѣчи о свободѣ и автономіи личности, какъ опредѣляющихъ признакахъ.—Наконецъ права на извѣстныя услуги со стороны государства существуютъ въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, которыя возникаютъ по поводу или вслѣдствіе исполненія должностными лицами государства своихъ служебныхъ обязанностей. Вотъ почему мое право требовать содѣйствія полиціи въ опредѣленныхъ случаяхъ, право требовать, чтобы судья принялъ мое прошеніе и т. п. права, *какъ непосредственнымъ образомъ связанныя съ отношеніями государ-*

ственной службы, суть права публичныя. Этихъ правъ не существовало бы, если бы законъ не возложилъ на должностныхъ лицъ извѣстныхъ обязанностей*).

Обращаясь къ отдѣльнымъ видамъ публичныхъ правъ, мы должны имѣть въ виду два очень важныя положенія: 1) настоящимъ источникомъ всѣхъ публичныхъ правъ является государство, и 2) говорить о субъективныхъ правахъ государства можно только тогда, если признавать, что государство вступаетъ въ *юридическія* отношенія съ отдѣльными лицами или группами лицъ. Вотъ почему тѣ ученые, которые не признаютъ связанности государства правомъ, запутываются въ противорѣчіяхъ, говоря о *правахъ* государства: разъ государство не связано правомъ, оно и не можетъ вступать со своими подданными въ юридическія отношенія, потому что признаніе юридическаго характера за отношеніями между государствомъ и подданными неизбѣжно влечетъ за собою признаніе цѣлаго ряда *юридическихъ* обязанностей государства. Гдѣ есть права, тамъ есть и обязанности. Единственно логическимъ выводомъ изъ теорій, отрицающихъ связанность государства правомъ, былъ бы такой: господство государства надъ подданными есть чисто-фактическое отношеніе, обусловленное преобладаніемъ силы. А такое положеніе повлекло бы за собою цѣлый рядъ выводовъ самаго печальнаго характера (напр.: никакой обязанности подчиняться государству не существуетъ, каждый можетъ въ любой моментъ противопоставить силѣ силу и т. д.).— Итакъ, даже оставаясь на почвѣ положительнаго права, мы должны признать, что государство, обладая цѣлымъ рядомъ публичныхъ правъ, вмѣстѣ съ тѣмъ несетъ и цѣлый рядъ юридическихъ (а не только нравственныхъ) обязанностей.

Изслѣдованіе отдѣльныхъ видовъ публичныхъ субъективныхъ правъ государства—входитъ въ содержаніе науки государственнаго права. Здѣсь необходимо отмѣтить, что государство можетъ обладать и частными правами. Не касаясь спорныхъ вопросовъ о правахъ государства на государственныя имущества разнаго рода, напомнимъ сказанное въ § 621—622: право государства взыскивать убытки съ неисправнаго подрядчика или съ инженера, построившаго по договору плохой мостъ или казенное зданіе,—есть право частное, а не публичное.

---

*) Только надо остерегаться дѣлать изъ этого выводъ, что такія права гражданъ представляютъ собою „рефлексы объективнаго права“ Ср. §§ 519—524.

Кромѣ государства, какъ идеальнаго цѣлаго, публичными правами могутъ обладать тѣ или иныя соціальныя группы. Здѣсь мы имѣемъ *делегацію власти* со стороны государства, но никоимъ образомъ не самостоятельную власть. Наконецъ, какъ мы видѣли, публичными правами обладаютъ и отдѣльныя лица (§ 639). Само собою разумѣется, что разъ между отдѣльными лицами или группами лицъ и государствомъ возникаютъ юридическія отношенія на почвѣ публичныхъ правъ, государство несетъ рядъ обязанностей (напр. право должностного лица требовать уплаты жалованья или пенсіи; право города обжаловать въ административный судъ отказъ правительства утвердить какое либо „обязательное постановленіе“ и т. п.).

ГЛАВА V.

Динамика юридическихъ отношеній.

§ **641**. *Юридическіе факты.* До сихъ поръ мы изучали юридическія отношенія въ состояніи покоя, ихъ статику. Но вѣдь конкретныя юридическія отношенія находятся въ непрерывномъ движеніи, *отражая въ себѣ движеніе жизни.* Они возникаютъ, измѣняются, прекращаются, различныя права такъ или иначе нарушаются, защищаются.—Намъ остается разсмотрѣть причины, условія и формы движенія юридическихъ отношеній, ихъ динамику. Подробное изслѣдованіе динамики различныхъ юридическихъ отношеній входитъ въ содержаніе спеціальныхъ юридическихъ наукъ, поэтому здѣсь мы должны ограничиться изложеній основныхъ понятій, общихъ для всѣхъ отдѣльныхъ наукъ.

Мы знаемъ, что юридическимъ отношеніемъ называется та сторона бытового отношенія, которая происходитъ на основаніи юридическихъ нормъ. Каждое бытовое отношеніе можетъ быть разложено на составляющіе его факты. Нѣкоторые изъ этихъ фактовъ правопорядокъ признаетъ особо-важными и поэтому связываетъ съ ними тѣ или иныя послѣдствія; такіе факты называются юридическими фактами. Напр., я захожу въ книжный магазинъ, здороваюсь съ хозяиномъ, разговариваю съ нимъ о разныхъ предметахъ, прошу его приказать мальчику дать мнѣ стаканъ холодной воды, просматриваю полученныя книжныя новости, справляюсь объ условіяхъ выписки двухъ иностранныхъ журналовъ, прошу передать мой привѣтъ его женѣ, выбираю двѣ книги и уношу нхъ съ собой, поручивъ стоимость поставить мнѣ въ счетъ. И вотъ, изъ всей этой массы фактовъ, входящихъ въ составъ указаннаго бытового отношенія, юридическое значеніе имѣетъ только мое заявленіе, что я беру себѣ двѣ книги и прошу записать ихъ въ мой счетъ. Только этотъ фактъ и есть юридическій фактъ: онъ обусловилъ бытіе между мною и книгопродавцемъ юридическаго отношенія—покупки книгъ; другими словами: вслѣдствіе этого факта мое отношеніе къ книгопродавцу подпадаетъ подъ дѣйствіе извѣстныхъ нормъ положительнаго права, изъ бытового превращается въ юридическое.

§ **642**. Такимъ образомъ, *оставаясь въ области права*)*, мы можемъ сказать, что между юридическими фактами и юридическими отношеніями существуетъ причинная связь: наличность тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ влечетъ за собою возникновеніе, прекращеніе, измѣненіе извѣстныхъ юридическихъ отношеній.

Почему юридическіе факты обладаютъ такимъ свойствомъ? Потому, что они соотвѣтствуютъ составу предположеній (описательныхъ частей) юридическихъ нормъ (§ 314). Здѣсь обнаруживается самая тѣсная связь между ученіемъ о юридическихъ нормахъ (объективная сторона права) и ученіемъ о юридическихъ отношеніяхъ (субъективная сторона). Юридическая норма гласитъ: „если совершатся такіе-то факты (предположеніе), то наступятъ такія-то послѣдствія (распоряженіе)“. И вотъ какъ только какія нибудь факты бытового отношенія подойдутъ подъ предположенія одной или нѣсколькихъ юридическихъ нормъ, они пріобрѣтаютъ юридическій характеръ и влекутъ за собою возникновеніе, прекращеніе или измѣненіе *конкретныхъ* (§ 497) юридическихъ отношеній. **)

А такъ какъ центромъ тяжести юридическаго отношенія является соотвѣтствующее субъективное право, то можно сказать, что *юридическіе факты влекутъ за собою возникновеніе, прекращеніе или измѣненіе субъективныхъ правъ*. Такимъ образомъ сплошь и рядомъ для доказательства существованія какого либо субъективнаго права необходимо доказать совершеніе юридическихъ фактовъ, обусловившихъ возникновеніе этого права. Отсюда важность того или иного закрѣпленія юридическихъ фактовъ для облегченія констатированія ихъ въ надлежащихъ случаяхъ

Здѣсь кстати отмѣтимъ неправильность мнѣнія тѣхъ ученыхъ, которые утверждаютъ, что юридическія нормы сами по себѣ не могутъ установлять или прекращать субъективныя права (т. е. что субъективныя права могутъ, напр., возникать только вслѣд-

---

*) Это – важная оговорка: вѣдь область права не есть самодовлѣющій міръ, а посему настоящими причинами явленій въ этой области сплошь и рядомъ служатъ бытовыя отношенія.

**) Проф. *Д. Гриммъ*, оспаривая господствующее мнѣніе о существованіи причинной связи между юридическими отношеніями, пишетъ: „Юридическіе факты, входя въ составъ данныхъ конкретныхъ отношеній, *служатъ основаніемъ для юридической квалификаціи этихъ отношеній*, для подведенія ихъ подъ тотъ или иной абстрактный типъ“ (l. c., 142). Думаемъ, что подчеркнутая самимъ авторомъ фраза выражаетъ собою господствующее мнѣніе только другими словами (надо имѣть въ виду предыдущее примѣчаніе).

ствіе опредѣленныхъ юридическихъ фактовъ). Неправильность этого мнѣнія видна изъ сказаннаго въ § 546: ясное дѣло, что если издается законъ, гарантирующій неприкосновенность жилища, то этимъ самымъ всѣ и каждый пріобрѣтаютъ соотвѣтственныя субъективныя права

§ **643**. Изъ всего сказаннаго не трудно вывести различіе между юридическимъ фактомъ и юридическимъ отношеніемъ. Это вовсе не тождественныя понятія, какъ утверждаетъ проф. Петражицкій, дѣлая на этомъ основаніи рѣзкій упрекъ господствующему воззрѣнію (l. c. II, 349—353). По мнѣнію проф. Петражицкаго мы можемъ, напр., давностное владѣніе вещью называть по желанію или юридическимъ отношеніемъ, или юридическимъ фактомъ; поэтому господствующее воззрѣніе, утверждая, что юридическіе факты обусловливаютъ возникновеніе юридическихъ отношеній, допускаетъ логическую нелѣпость: юридическій фактъ долженъ появиться, чтобы возникло юридическое отношеніе, т. е. *A* предполагаетъ наличность *A*; *A* должно существовать раньше своего возникновенія

Логическая нелѣпость была бы здѣсь только тогда, если бы дѣйствительно понятія юридическаго факта и юридическаго отношенія были тождественны. На самомъ дѣлѣ этого нѣтъ. Возьмемъ приводимый Петражицкимъ примѣръ съ давностнымъ владѣніемъ вещью. Если здѣсь имѣется въ виду пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія, то вѣдь это право (и соотвѣтствующее юридическое отношеніе) возникаетъ въ результатѣ наступленія *нѣсколькихъ* юридическихъ фактовъ: десятилѣтнее владѣніе, безспорность, непрерывность, animus. И даже если взять одинъ фактъ десятилѣтняго владѣнія, то его никоимъ образомъ нельзя отожествить съ тѣмъ юридическимъ отношеніемъ, которое получится въ результатѣ: пока не прошло десяти лѣтъ, владѣніе не квалифицируется какъ юридическій фактъ, по прошествіи же десяти лѣтъ это владѣніе является однимъ изъ юридическихъ фактовъ, обусловливающихъ возникновеніе права собственности —То-же самое по общему правилу мы должны сказать о всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ: для возникновенія ихъ необходима наличность не одного, а нѣсколькихъ юридическихъ фактовъ*) (напр., въ приведенномъ въ § 641 примѣрѣ покупки двухъ

*) Совокупность фактовъ, обусловливающихъ наступленіе опредѣленныхъ правопорядкомъ юридическихъ послѣдствій, называется технически *фактическимъ составомъ* (Thatbestand).

книгъ. кромѣ заявленія покупателя необходимы еще другіе юридическіе факты, напр., согласіе купца).

Но если бы даже возникновеніе юридическаго отношенія (а слѣдовательно соотвѣтствующаго субъективнаго права) было обусловлено наличностью *одного* юридическаго факта, то и тогда нельзя было бы отожествлять понятій „юридическій фактъ“ и „юридическое отношеніе“: *юридическій фактъ есть историческій prius, обусловливающій возникновеніе того, чего раньше не существовало, а именно даннаго субъективнаго права*; это право есть нѣчто длящееся, между тѣмъ какъ фактъ можетъ совершиться въ нѣсколько секундъ (поднятіе съ земли безхозяйной вещи — право собственности).

§ **664.** Теорія различаетъ слѣдующіе способы возникновенія правъ: посредственные и непосредственные, первоначальные и производные.

При посредственномъ способѣ необходима дѣятельность самаго субъекта, направленная на пріобрѣтеніе права, или дѣятельность другого субъекта, нарушающая права перваго; напр., покупка, находка, обязательственное право, всѣ правонарушенія. При непосредственномъ способѣ субъектъ пріобрѣтаетъ право независимо отъ личной дѣятельности его въ силу объективнаго факта; напр., полученіе наслѣдства вслѣдствіе смерти наслѣдодателя, полученіе избирательнаго права вслѣдствіе достиженія указаннаго въ законѣ возраста.

Первоначальнымъ способомъ возникновенія правъ называется такой, при которомъ субъектъ пріобрѣтаетъ право, независимо отъ существованія какого-бы то ни было другого права; онъ самъ создаетъ для себя это право. Напр., находка, написаніе художникомъ картины или композиторомъ оперы, образованіе новаго государства*).

---

*) Образованіе новаго государства всегда есть первоначальный способъ (и посредственный) возникновенія субъективныхъ правъ (правъ государственной власти), какимъ бы путемъ ни произошло это образованіе. Быть или не быть новому государству,—этотъ вопросъ окончательно рѣшается только тѣми людьми, которые желаютъ войти въ составъ новаго государства, хотя бы даже инициатива исходила, напр., отъ метрополи, „дарующей“ независимость своей провинціи. Это чрезвычайно важно имѣть въ виду для пониманія существа верховной власти: она въ себѣ самой имѣетъ источникъ своего бытія, ни отъ кого не зависитъ, ни отъ кого своей власти не получала.

При производномъ способѣ субъектъ получаетъ право, вытекающее изъ права другого субъекта (покупка, наслѣдство, автономія области). Здѣсь дѣйствуетъ принципъ: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet (возможны исключенія изъ этого принципа).

Юридическіе факты, служащіе основаніемъ пріобрѣтенія права, принято называть „титуломъ“ этого права.

§ **645.** Здѣсь еще разъ умѣстно напомнить, что факты играютъ въ жизни правотворящую роль только потому, что они суть *юридическіе* факты, а эта квалификація обусловлена соотвѣтствіемъ ихъ предположеніямъ юридическихъ нормъ. Такимъ образомъ, хотя факты существуютъ помимо юридическихъ нормъ, но послѣдствія этихъ фактовъ всецѣло обусловлены юридическими нормами.

Но правопорядокъ знаетъ случаи, о которыхъ нельзя сказать, что здѣсь факты существуютъ помимо юридическихъ нормъ. Фактъ можетъ не существовать въ дѣйствительности, но законодатель можетъ предписать признать его существованіе. Такимъ образомъ *юридическія послѣдствія примѣняются къ фактамъ, которыхъ мы въ дѣйствительности не усматриваемъ, такъ какъ эти факты или вовсе не существуютъ, или существуютъ въ другомъ видѣ, или существованіе ихъ сомнительно.*

Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ чрезвычайно интересными и важными явленіями юридической жизни, свидѣтельствующими о творческомъ воздѣйствіи права на жизнь, свидѣтельствующими, что право есть не только результатъ, но и факторъ культуры. Научная разработка этихъ явленій далеко еще не закончена, поэтому ограничимся указаніемъ важнѣйшихъ случаевъ, относящихся къ отмѣченной области*).

1) *Юридическія фикціи.* Фикція вообще есть извѣстный пріемъ мышленія, состоящій въ допущеніи существующимъ завѣдомо несуществующаго обстоятельства, или наоборотъ—несуществующимъ завѣдомо существующаго. Юридическая фикція есть тотъ же пріемъ, но допускаемый и даже предписываемый въ извѣстномъ случаѣ положительнымъ правомъ. Примѣры: actio Publiciana римскаго права, по которому истецъ приравнивался къ давностно-

---

*) Лучшей изъ существующихъ работъ является превосходное (къ величайшему сожалѣнію не оконченное) изслѣдованіе *Г. Ѳ. Дормидонтова* „Юридическія фикціи и презумпціи“ (1895 г.), къ выводамъ котораго мы всецѣло присоединяемся и изложеніемъ котораго пользуемся въ текстѣ.

му владѣльцу, хотя давность еще не истекла; фикція англійскаго права, по которой въ парламентѣ присутствуютъ всѣ англійскіе граждане, а посему все. оффиціально объявленное тамъ, считается извѣстнымъ всей странѣ.

2) *Презумпціи.* Презумпція вообще есть принятое мнѣніе о сомнительномъ, но во всякомъ случаѣ возможномъ фактѣ. Юридическая презумпція въ техническомъ смыслѣ есть такое предписаніе положительнаго права. въ силу котораго возможный, но сомнительный фактъ (или таковое же качество) принимается за объективно вѣроятный или даже достовѣрный. и обсуждается, какъ существующій и доказанный.

Другими словами: въ силу предписанія закона мы признаемъ существующимъ и доказаннымъ извѣстный фактъ, хотя доказательствъ существованія его не представлено, и самое существованіе можетъ быть для насъ сомнительнымъ въ большей или меньшей степени.—Чаще всего законъ предписываетъ опредѣленное мнѣніе о сомнительномъ фактѣ на основаніи *вѣроятности* (напр. презумпція, по которой собственникомъ движимой вещи считается тотъ. кто ею обладаетъ), но вообще законодатель можетъ руководиться здѣсь самыми разнообразными соображеніями: политическими, нравственными, соображеніями не только справедливости, но и цѣлесообразности, и общаго блага.

§ **646.** Различаютъ три вида презумпцій.

a) *Praesumptio hominis* (*seu facti*) Это—общечеловѣческое предположеніе, выработанное по даннымъ людского опыта, по соображеніямъ логики и т. д. Такое предположеніе не предписывается никакимъ закономъ, и поэтому не имѣетъ принудительнаго характера для отдѣльнаго лица, которому въ данномъ конкретномъ случаѣ предстоитъ рѣшить вопросъ о существованіи извѣстнаго факта. Особенно часто приходится руководствоваться такими общечеловѣческими предположеніями судьѣ при установленіи фактической стороны дѣла

b) *Praesumptio juris.* Здѣсь уже законодатель предписываетъ признавать существованіе извѣстныхъ возможныхъ, но сомнительныхъ фактовъ; но такое признаніе обязательно лишь до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано противное. Эти презумпціи играютъ особо-важную роль въ судебномъ правѣ. Напр. основная презумпція уголовнаго процесса— praesumptio boni hominis: обвиняемый признается невиннымъ, пока обвинитель не докажетъ противнаго Другіе примѣры: движимая вещь считается собствен-

ностью ея обладателя; ребенокъ, рожденный въ законномъ бракѣ, считается происходящимъ отъ законнаго отца, и т. п.

c) *Praesumptio juris et de jure.* Здѣсь законодатель предписываетъ признавать существованіе извѣстнаго факта, но вмѣстѣ съ тѣмъ запрещаетъ доказывать, что фактъ не существуетъ, или существуетъ въ другомъ видѣ. Напр., презумпція римскаго права императорскаго періода, по которой деньги, занятыя солдатомъ, состоящимъ подъ отеческой властью, употреблены на военныя нужды. Другой примѣръ: въ гражданскомъ судѣ, разбирающемъ дѣло объ убыткахъ, причиненныхъ преступленіемъ, истецъ въ доказательство того, что преступленіе совершено отвѣтчикомъ, представляетъ копію вошедшаго въ законную силу приговора уголовнаго суда, коимъ отвѣтчикъ былъ признанъ виновнымъ въ совершеніи этого преступленія; въ такомъ случаѣ для гражданскаго суда виновность отвѣтчика есть praesumptio juris et de jure: отвѣтчикъ не имѣетъ права доказывать, что онъ былъ жертвой судебной ошибки въ уголовномъ судѣ.

§ **647.** Въ послѣднемъ примѣрѣ мы имѣемъ презумпцію, основанную на высшей степени вѣроятности. Но не всѣ презумпціи обладаютъ такимъ характеромъ: иногда возможность существованія факта бываетъ настолько незначительной, что возникаетъ затрудненіе, куда отнести данное предписаніе закона,—къ презумпціямъ, или къ фикціямъ. Примѣромъ можетъ служить основная презумпція всякаго правопорядка: „каждый гражданинъ считается знающимъ законы своей стораны".

Такіе случаи какъ нельзя лучше доказываютъ, что вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ (напр. у насъ Муромцевъ) между фикціями и презумпціями есть родственная связь, доходящая въ презумпціяхъ juris et de jure до высшей степени. Различіе же между фикціями, и презумціями, не допускающее ихъ полнаго отожествленія, заключается въ томъ, что, какъ мы видѣли, при фикціи законъ предписываетъ вымышлять извѣстный фактъ, *завѣдомо не существующій*, а при презумпціи—принимать извѣстный *возможный, но сомнительный* фактъ за доказанный.

Многіе ученые отрицательно относятся къ фикціямъ, считая ихъ принадлежностью низшихъ ступеней развитія права. Но, какъ правильно замѣчаетъ проф. Дормидонтовъ, „фикція есть, можетъ быть, пріемъ болѣе искусственный, но во всякомъ случаѣ близкій пріему презумпціи и не заключающій въ себѣ ничего постыднаго или опаснаго для юриспруденціи, если только не увле-

каться и не злоупотреблять имъ. Да, кромѣ того, оба пріема не такъ уже различны и по цѣли, которой стремятся достигнуть при ихъ помощи“ (l. c., 33).

§ **648.** Юридическіе факты бываютъ различнаго вида и характера. Къ понятію юридическаго факта теорія относитъ не только всѣ формы поведенія людей, но и тѣ душевныя состоянія людей, которыя имѣютъ значеніе для права, и наконецъ, чисто-внѣшнія событія, обусловленныя или не обусловленныя дѣятельностью людей. Напр., и нанесеніе удара ножомъ есть юридическій фактъ, и желаніе нанесшаго ударъ убить свою жертву есть такой же фактъ, и сознаніе его, что отъ его дѣйствія можетъ произойти смерть. есть фактъ, и, наконецъ, смерть жертвы есть юридическій фактъ. Всѣ эти факты (и еще нѣкоторые другіе) входятъ въ составъ того преступленія, которое называется убійствомъ, и которое влечетъ за собою примѣненіе соотвѣтственной юридической нормы“).

) Изъ этого примѣра видна неправильность мнѣнія тѣхъ ученыхъ, которые утверждаютъ, будто при разборѣ судебныхъ дѣлъ нельзя разграничить вопросы факта отъ вопросовъ права. Юристъ всегда можетъ сказать: „da mihi factum, dabo tibi jus“. Установить фактическій составъ напр. приписываемаго обвиняемому преступленія, это значитъ разрѣшить вопросы о существованіи всѣхъ отдѣльныхъ фактовъ, входящихъ въ этотъ составъ. А въ числѣ этихъ фактовъ находятся не только объективные факты (напр. Иванъ нанесъ Петру ударъ ножомъ), но и субъективные факты, обусловливающіе собою понятіе виновности, а именно (главнымъ образомъ) фактъ сознанія обвиняемаго, что отъ его дѣйствія можетъ послѣдовать противоправный результатъ, и фактъ желанія (или допущенія) этого результата. Когда всѣ эти фактическіе вопросы разрѣшены, юристъ рѣшаетъ вопросы права: онъ сравниваетъ всѣ установленные факты съ описательною частью (предположеніемъ) соотвѣтственной юридической нормы, и если находитъ, что эти факты покрываются предположеніемъ, то дѣлаетъ необходимый юридическій выводъ, т. е примѣняетъ послѣдствія, указанныя въ предписательной части нормы (распоряженіе). Ясное дѣло, что и первая, и вторая половины всей этой процедуры, т. е. и установленіе фактовъ, и подведеніе ихъ подъ соотвѣтственную юридическую норму, не имѣютъ ничего общаго съ усмотрѣніемъ, съ произволомъ, а носятъ строго-объективный характеръ. Только путаницей понятій можно объяснить приписываніе, напр., присяжнымъ засѣдателямъ права рѣшать вопросы факта по своему усмотрѣнію и безконтрольно (напр. отвергать фактъ нанесенія смертельнаго удара при очевидной доказанности его), а также права отвергать виновность подсудимаго при доказанности фактовъ сознанія и желанія противоправнаго результата, т, е. приписываніе присяжнымъ права помилованія или даже права не примѣнять законъ, если онъ имъ не нравится.

Поведеніе людей бываетъ обусловлено психическими переживаніями. Отсюда дѣленіе юридическихъ фактовъ на объективные (различные акты поведенія), и субъективные (тѣ психическія переживанія, которыя обусловили данное поведеніе). Къ числу объективныхъ фактовъ относятся, какъ особая категорія, всѣ внѣшнія событія и состоянія, не обусловленныя дѣятельностью людей: напр. смерть наслѣдодателя, наступленіе совершеннолѣтія, появленіе эпидеміи, стихійныя бѣдствія. Фактическій составъ, обусловливающій примѣненіе юридической нормы, чаще всего складывается изъ фактовъ и объективныхъ, и субъективныхъ. Но бываютъ случаи, когда примѣненіе юридической нормы обусловлено только одними объективными фактами: напр. полиція обязана примѣнять извѣстныя мѣры въ случаяхъ появленія эпидеміи, страховое общество обязано уплатить собственнику сгорѣвшаго отъ удара молніи дома страховую премію.

Что же касается чисто-субъективныхъ фактовъ, то они *сами по себѣ* никогда не могутъ обусловить примѣненіе юридическихъ нормъ. И ясно почему: право имѣетъ дѣло съ внѣшнимъ поведеніемъ людей, оно не вмѣшивается во внутренній міръ человѣка, не интересуется его мыслями, желаніями, симпатіями и т. д. Самыя антисоціальныя стремленія, если они не выразились въ опредѣленныхъ соціально-опасныхъ формахъ поведенія, должны оставаться внѣ области права. Отсюда, напр., положенія современнаго уголовнаго права о ненаказуемости умысла и приготовленія. Противоположный порядокъ характеризуетъ низшія ступени культуры. Цѣлый рядъ переживаній этого порядка сохранился еще въ отсталыхъ государствахъ.

На основаніи изложеннаго можно дать такое опредѣленіе: *юридическій фактъ есть всякій актъ поведенія людей, всякое обусловившее этотъ актъ психическое переживаніе, и всякое событіе и состояніе внѣшняго міра, которые въ отдѣльности или въ опредѣленной совокупности влекутъ за собою примѣненіе юридическихъ нормъ.*

§ 649. *Классификація юридическихъ фактовъ.* Обычно дѣлятъ всѣ юридическіе факты на двѣ группы: къ первой относятъ акты поведенія людей, а ко второй событія внѣшняго міра, имѣющія только объективный составъ. Но такое дѣленіе въ качествѣ основного не можетъ быть признано правильнымъ. Дѣло въ томъ, что, какъ было указано въ § 496 (примѣчаніе), всѣ бытовыя отношенія, дающія матеріалъ для юридическихъ фактовъ, могутъ быть

раздѣлены съ точки зрѣнія правопорядка на двѣ основныя группы: въ первую помѣщается все, что правопорядокъ считаетъ полезнымъ для общежитія, а во вторую наоборотъ—все, что правопорядокъ находитъ вреднымъ, а посему такъ или иначе воздѣйствуетъ на него.

Отсюда получается основное дѣленіе юридическихъ фактовъ на двѣ группы: факты, согласные съ правопорядкомъ, и факты, противорѣчащіе правопорядку. Каждая изъ этихъ группъ въ свою очередь дѣлится на двѣ группы: событія и состоянія внѣшняго міра, для которыхъ сознательная дѣятельность людей не имѣетъ юридическаго значенія, и акты поведенія людей (вмѣстѣ съ вызываемыми ими событіями). Такимъ образомъ получаемъ четыре основныя группы юридическихъ фактовъ: I. Согласные съ правопорядкомъ: 1) Событія и состоянія внѣшняго міра. 2) Акты поведенія людей.—II. Несогласные съ правопорядкомъ: 1) Событія и состоянія внѣшняго міра. 2) Акты поведенія людей. Каждая группа имѣетъ дальнѣйшія подраздѣленія.

Разсмотримъ каждую группу въ указанномъ порядкѣ.

§ **650**. *I. Юридическіе факты согласные съ правопорядкомъ.* Первое подраздѣленіе этой группы представляютъ собою событія и состоянія внѣшняго міра, не обусловленныя сознательною дѣятельностью людей, а также такія событія и состоянія, которыя хотя и возникли въ результатѣ сознательной дѣятельности, но влекутъ за собою юридическія послѣдствія сами по себѣ, независимо отъ этой дѣятельности. Напр. смерть наслѣдодателя, достиженіе совершеннолѣтія, наступленіе эпидеміи, измѣненіе русла рѣки, пожаръ дома отъ удара молніи.

Нѣкоторые ученые называютъ эту группу „юридическими фактами въ тѣсномъ смыслѣ слова“, и противополагаютъ ей вторую группу—„юридическія дѣйствія“. Съ такой терминологіей согласиться нельзя. Юридическій фактъ есть общее понятіе, охватывающее всѣ подраздѣленія, а поэтому пріуроченіе термина къ какому либо одному подраздѣленію всегда будетъ произвольнымъ: почему юридическимъ фактомъ „въ тѣсномъ смыслѣ слова“ мы будемъ называть наступленіе эпидеміи, а не составленіе духовнаго завѣщанія, выдачу исполнительнаго листа, убійство и т. д.?

Переходимъ ко второй группѣ юридическихъ фактовъ, согласныхъ съ правопорядкомъ. Существующая терминологія возбуждаетъ сомнѣнія. Называть всѣ юридическіе факты этой группы „юридическими дѣйствіями“ едва ли правильно, потому что тогда

намъ придется признать „отрицательныя дѣйствія“: человѣкъ сознательно допускаетъ другого десять лѣтъ владѣть принадлежащимъ ему участкомъ земли. и въ результатѣ такого сознательнаго бездѣйствія теряетъ право собственности. Называть такое поведеніе „отрицательнымъ дѣйствіемъ“ было бы и нелогично, и крайне искуственно. (Ср. § 581 и слѣд.).

Но если еще можно съ натяжкой примириться съ терминомъ „юридическія дѣйствія“, примѣняемымъ къ разсматриваемой группѣ юридическихъ фактовъ, то слѣдуетъ энергично протестовать противъ термина „сдѣлки“, которымъ нѣкоторые ученые обозначаютъ эту группу Какъ увидимъ сейчасъ, эта группа обнимаетъ собою не только поведеніе частныхъ лицъ, но и поведеніе органовъ власти. И вотъ у одного изъ ученыхъ, употребляющихъ критикуемую терминологію, мы читаемъ, что „одностороннія сдѣлки публичнаго права облекаются въ форму административныхъ, судебныхъ или законодательныхъ актовъ“. Итакъ, если судья постановляетъ рѣшеніе, то этотъ актъ представляетъ собою „сдѣлку“ публичнаго права. Трудно придумать комбинацію словъ, которая бы больше оскорбляла и здравый смыслъ, и существо дѣла. Но даже если мы останемся въ области частнаго права, то и тогда терминъ „сдѣлка“ будетъ звучать нелѣпо въ примѣненіи къ нѣкоторымъ юридическимъ фактамъ: возьмемъ, напр., фактъ десятилѣтняго владѣнія человѣкомъ безхозяйнымъ участкомъ земли. Далѣе, въ высокой степени искусственный характеръ терминъ „сдѣлка“ носитъ и въ примѣненіи къ такимъ юридическимъ актамъ, какъ завѣщаніе, дареніе. Вотъ почему этотъ терминъ можно удержать только для нѣкоторыхъ юридическихъ актовъ частнаго права, носящихъ договорный характеръ.

§ 651. Обращаясь къ ближайшему изученію юридическихъ фактовъ разсматриваемой группы, мы видимъ, что они могутъ быть подраздѣлены на три группы: 1) акты поведенія частныхъ лицъ, 2) органовъ государства и 3) государства, какъ политическаго цѣлаго. Въ свою очередь *каждая* изъ этихъ группъ можетъ быть раздѣлена на два вида: a) акты, вся сущность которыхъ заключается только въ обнаруженіи воли, т. е. имѣющіе цѣлью сдѣлать эту волю извѣстной другимъ (напр., завѣщаніе, судебное рѣшеніе, международная декларація), и b) акты, сущность которыхъ заключается въ достиженіи желаемыхъ результатовъ, и при которыхъ изъявленіе воли связывается съ другимъ фактомъ (напр., передача купленной вещи, заключеніе въ тюрьму осуж-

деннаго преступника, реторсія или репрессалія въ международномъ правѣ).

Подробное изученіе всѣхъ указанныхъ категорій юридическихъ фактовъ относится къ областямъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ. Общая теорія права ограничивается установленіемъ классификаціи и разсмотрѣніемъ нѣкоторыхъ чертъ, общихъ всѣмъ фактамъ.

§ **652.** Всѣ акты поведенія частныхъ лицъ теорія дѣлитъ на двѣ группы: акты односторонніе (дареніе, завѣщаніе) и двухсторонніе (купля—продажа, наемъ услугъ). Что касается актовъ должностныхъ лицъ. органовъ государства, то нѣкоторые ученые обозначаютъ ихъ общимъ терминомъ *распоряженія*. Это весьма неправильная терминологія. Мы знаемъ (§ 355 и примѣчаніе къ § 434), что съ *внѣшней* стороны всѣ акты поведенія органовъ власти можно свести къ тремъ группамъ: акты, устанавливающіе юридическія нормы, акты, разрѣшающіе конкретные случаи жизни, и акты матеріальные; а съ *внутренней* ихъ стороны эти акты дѣлятся на пять группъ: акты, осуществляющіе нормативную функцію государственной власти, акты, осуществляющіе административную функцію, акты, осуществляющіе юрисдикціонную функцію, матеріальную и политическую функцію. Такимъ образомъ терминъ „распоряженіе“ примѣнимъ по первому дѣленію только ко второй группѣ, а по второму дѣленію—ко второй и пятой.

Наконецъ акты, совершаемые государствомъ въ области международнаго права, могутъ быть односторонними (декларація, реторсіи, репрессаліи), двухсторонними (договоры) и коллективными (конвенціи, конференціи).

§ **653**. Всѣ только что перечисленные акты положительное право обставляетъ извѣстными условіями, которыя теорія дѣлитъ на двѣ группы: 1) условія, относящіяся къ субъектамъ, совершающимъ акты, и 2) условія, относящіяся къ формѣ совершенія акта.

Что касается условій первой группы, то здѣсь прежде всего необходимо, чтобы данный субъектъ удовлетворялъ всѣмъ тѣмъ требованіямъ, которыя положительное право ставитъ для того, чтобы дѣйствія этого субъекта имѣли юридическій характеръ Для частныхъ лицъ эти требованія сводятся къ понятіямъ *правоспособности* и *дѣеспособности*, а для должностныхъ лицъ и учрежденій—къ понятію *компетенціи*: каждый органъ государства можетъ совершать только такіе акты, которые входятъ въ сферу его компетенціи, опредѣленной соотвѣтствующими юридическими нормами.

Условія, относящіяся къ формѣ совершенія актовъ, дѣлятся на двѣ группы. 1) Форма извѣстнаго акта можетъ быть установлена въ интересахъ удобства, цѣлесообразности; она имѣетъ цѣлью закрѣпить содержаніе акта для облегченія возможности доказательства его существованія въ случаѣ необходимости и т. п. Примѣромъ можетъ служить совершеніе какого либо акта (напр. договора) нотаріальнымъ порядкомъ. Здѣсь отъ желанія частнаго лица зависитъ избрать эту форму, или предпочесть ей совершеніе акта домашнимъ порядкомъ. Аналогичныя формы совершенія актовъ существуютъ и для должностныхъ лицъ (напр. установленная форма веденія протоколовъ, настольныхъ реестровъ и т. п.). Здѣсь не можетъ быть и рѣчи о безусловной связанности такими формами: если данное должностное лицо найдетъ болѣе цѣлесообразнымъ другую форму, оно можетъ примѣнять ее, не стѣсняясь старой. Важно лишь, чтобы новая форма удовлетворяла той же цѣли.

2) Форма совершенія акта можетъ быть предписана правопорядкомъ *безусловно*, такъ что актъ, совершенный внѣ этой формы, теряетъ юридическій характеръ, становится ничтожнымъ. Здѣсь форма акта сливается съ самой сущностью его, она является очень важной гарантіей зрѣлости, обдуманности и прочности акта, а также его соціальныхъ или государственныхъ функцій. Для частныхъ лицъ примѣрами могутъ служить покупка недвижимости, облекаемая непремѣнно въ форму крѣпостного акта, обязательная форма векселя Для должностныхъ лицъ: обязательная подпись судьи на постановленномъ имъ рѣшеніи, цѣлый рядъ формъ и обрядовъ процесса, несоблюденіе которыхъ влечетъ за собою ничтожность всего производства (напр. рѣшеніе дѣла безъ вызова отвѣтчика, недопущеніе какой либо стороны представить свои объясненія, существенныя для дѣла) *).

§ **654.** *II. Юридическіе факты, не согласные съ правопорядкомъ.* Первое подраздѣленіе этой группы составляютъ неправомѣрныя событія и состоянія внѣшняго міра.

---

*) Нигдѣ такъ не сказывается важность научной подготовки для должностныхъ лицъ, какъ въ вопросахъ о разграниченіи безусловныхъ формъ извѣстныхъ актовъ отъ формъ, предписываемыхъ лишь соображеніями цѣлесообразности. Для рутинера нарушеніе всякой установленной формы представляется одинаково важнымъ, научно-образованный юристъ съумѣетъ отличить безусловную форму отъ условной, а въ самыхъ условныхъ формахъ отличить болѣе или менѣе существенныя. Въ особенности печально, когда канцелярское буквоѣдство начинаетъ господствовать въ чисто-судейской работѣ.

Само собою разумѣется, что юридическія нормы относятся исключительно къ человѣческому общежитію, онѣ регулируютъ поведеніе людей, адресованы только къ людямъ. Поэтому противорѣчить имъ можетъ только поведеніе людей, только оно можетъ называться правомѣрнымъ или неправомѣрнымъ. Событія внѣшняго міра могутъ быть называемы неправомѣрными лишь въ качествѣ результатовъ свободной и сознательной дѣятельности людей, а не сами по себѣ.

Но событія внѣшняго міра могутъ создавать такое положеніе вещей, при которомъ нарушаются интересы однихъ лицъ, и въ то-же время другія лица обязываются принять тѣ или иныя мѣры для удовлетворенія потерпѣвшихъ. Въ такихъ случаяхъ событія внѣшняго міра играютъ роль юридическихъ фактовъ. Называть ихъ правонарушеніями нельзя, потому что правонарушенія могутъ совершать только люди; вотъ почему принято называть такіе юридическіе факты неправомѣрными событіями или состояніями. Напр., стѣна рухнула вслѣдствіе бури и засыпала часть сада сосѣднея усадьбы: собственникъ сада получаетъ право требовать отъ сосѣда очистки сада.

Къ этой же категоріи юридическихъ фактовъ относятся и дѣйствія людей невмѣняемыхъ, причинившія вредъ и убытки. Дѣйствія такихъ людей не могутъ быть названы правонарушеніями, такъ какъ юридическія нормы адресованы къ человѣку, какъ разумному и свободному существу, а посему *понятіе правонарушенія предполагаетъ понятіе вины*. Понятіе же вины складывается изъ двухъ элементовъ: сознанія (человѣкъ долженъ сознавать; что совершаемое имъ *можетъ* повлечь за собою противоправный результатъ) и воли (человѣкъ долженъ желать или допускать наступленіе этого результата, или по крайней мѣрѣ не проявить надлежащей осторожности для предотвращенія его). Вотъ почему между сумасшедшимъ, убѣжавшимъ изъ больницы и избившимъ на улицѣ прохожаго, и собакой, искусавшей другого прохожаго, не существуетъ съ этой точки зрѣнія никакого различія. Такого рода событія могутъ быть юридическими фактами только тогда, когда правопорядокъ связываетъ съ ними юридическія послѣдствія (напр. отвѣтственность за недосмотръ).

§ **655**. *Правонарушенія*. Чрезвычайно важную роль въ правовой жизни играетъ вторая группа юридическихъ фактовъ, не согласныхъ съ правопорядкомъ, а именно: различнаго рода акты

поведенія вмѣняемыхъ людей, противорѣчащіе юридическимъ нормамъ Такіе акты называются *правонарушеніями.*

Итакъ правонарушеніе есть поведеніе вмѣняемыхъ людей, противорѣчащее юридическимъ нормамъ, или, какъ принято (неточно) говорить, „нарушающее" юридическія нормы. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ правильно замѣчаетъ Бирлингъ въ 4 томѣ своего уже не разъ цитированнаго капитальнаго труда, правонарушеніе всегда нарушаетъ какое либо субъективное право. И здѣсь мы можемъ употреблять слово „нарушаетъ" въ самомъ точномъ смыслѣ: вѣдь объективную норму (въ какой бы то ни было области бытія) нарушить нельзя (§ 56), между тѣмъ какъ напр., воръ, похитившій у меня книгу, несомнѣнно нарушилъ мое право собственности на эту вещь

Въ наукѣ существуетъ мнѣніе, что правонарушеніе не есть нарушеніе субъективныхъ правъ, а представляетъ собою только „нарушеніе" юридическихъ нормъ. Другое родственное мнѣніе находитъ, что о нарушеніи субъективныхъ правъ можно говорить только въ области частнаго права: тамъ правонарушеніе дѣйствительно нарушаетъ одновременно и субъективное право, и юридическую норму. Наконецъ третье мнѣніе допускаетъ, что и въ области публичнаго права бываютъ случаи, когда правонарушеніе нарушаетъ субъективное право: это тѣ случаи, гдѣ правопорядокъ даетъ специальную защиту публичному субъективному праву путемъ административнаго иска.

Всѣ эти мнѣнія основаны на соотвѣтствующихъ теоріяхъ субъективныхъ правъ (§ 515—524, 525), а посему падаютъ вмѣстѣ съ этими теоріями. Утверждать, что убійца не нарушилъ субъективнаго права убитаго, что начальникъ, уволившій подчиненнаго безъ достаточныхъ основаній, не нарушилъ его субъективнаго права, что министръ, издавшій незаконный указъ, не нарушилъ субъективныхъ правъ каждаго, кто чувствуетъ свою свободу стѣсненной этимъ указомъ, и т. п.—можно только будучи ослѣпленнымъ предвзятой неправильной теоріей.

§ 656. Защитники оспариваемыхъ мнѣній указываютъ на цѣлый рядъ уголовныхъ правонарушеній, гдѣ отсутствуетъ нарушеніе субъективныхъ правъ; напр богохульство, нарушеніе общественной тишины, преступленія, оскорбляющія общественную нрав-

ственность *); преступленія противъ порядка управленія, государственныя преступленія. Эти ссылки—плодъ недоразумѣнія. Конечно, если мы будемъ смотрѣть на государство, какъ на разбойничью шайку, какъ на организованное насиліе, тогда не можетъ быть и рѣчи ни о какихъ субъективныхъ правахъ государства. Но тогда надо дѣлать всѣ логическіе выводы изъ этого положенія, а эти выводы обнаруживаютъ его нелѣпость. Изъ соотвѣтствующихъ мѣстъ всего предыдущаго изложенія курса мы знаемъ, что бытіе государства вытекаетъ съ необходимостью изъ началъ естественнаго права (а слѣдовательно бытіе его освящается міровымъ разумно-этическимъ порядкомъ), что оно связано правомъ, оно вступаетъ въ цѣлый рядъ юридическихъ отношеній съ гражданами. А слѣдовательно оно обладаетъ цѣлымъ комплексомъ субъективныхъ правъ, и прежде всего правомъ на охрану своего существованія. Организованное насиліе не можетъ имѣть *права* защищать свое бытіе, здѣсь защита носитъ чисто-фактическій характеръ; борьба между такой организаціей и лицами, стремящимися ее уничтожить, всецѣло опредѣляется „соотношеніемъ реальныхъ силъ“. Между тѣмъ какъ государство *имѣетъ право* бороться со своими врагами и внѣшними, и внутренними; вотъ почему и тѣ, и другіе, посягая на *права* государства, совершаютъ *правонарушенія*.

Такимъ образомъ очевидно, что преступленія государственныя и противъ порядка управленія представляютъ собою нарушеніе субъективныхъ правъ государства. Что же касается другихъ приводимыхъ оспариваемымъ направленіемъ примѣровъ преступленій, гдѣ будто бы отсутствуетъ нарушеніе субъективныхъ правъ, то достаточно напомнить, что государство имѣетъ право издавать юридическія нормы *и имѣетъ право требовать подчиненія этимъ нормамъ*. Вотъ почему „нарушеніе“ любой юридической нормы можно разсматривать какъ нарушеніе субъективнаго права государства**). Но такъ какъ цѣлый рядъ субъективныхъ правъ самымъ непосредственнымъ образомъ связанъ съ личностью отдѣльныхъ гражданъ, такъ какъ въ частныхъ правахъ основой являет-

*) Между прочимъ такія преступленія нарушаютъ субъективныя права неопредѣленнаго множества лицъ; *принципіально* возможно предоставить право обвиненія каждому желающему (actio popularis)

**) *Биндингъ* правильно подчеркнулъ эту сторону въ понятіи правонарушенія („Die Normen und ihre Uebertretung“. 1890), но онъ впалъ въ крайность, придавая ей основное значеніе во всѣхъ правонарушеніяхъ.

ся свобода и автономія личности (§ 637). то здѣсь субъективное право государства должно отступить передъ правомъ личности. Поэтому „нарушеніе“ соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ представляетъ собою нарушеніе частныхъ субъективныхъ правъ.

§ **657**. Могутъ возразить ссылками на такія преступленія, какъ убійство, кража и т. п.: возбужденіе преслѣдованія не зависитъ отъ желанія потерпѣвшаго, и въ результатѣ къ виновному примѣняются нормы публичнаго (уголовнаго) права.

Выше было уже указано на то, что характеръ субъективнаго права не измѣняется отъ способовъ его защиты Вотъ почему норма уголовнаго права, карающая убійство. или кражу, охраняетъ не публичныя, а частныя субъективныя права гражданъ. Что же касается порядка возбужденія преслѣдованія (независимо отъ желанія потерпѣвшаго и не отъ его имени), то мы нисколько не смущаемся сдѣлать логическіе выводы изъ теоріи, которую признаемъ правильной. какъ бы эти выводы ни казались парадоксальными. Вотъ эти выводы: возбужденіе преслѣдованія противъ нарушителей всѣхъ частныхъ субъективныхъ правъ должно быть въ принципѣ обусловлено желаніемъ потерпѣвшаго, вестись отъ его имени, и даже прекращаться за отказомъ потерпѣвшаго*); государство можетъ лишь оказывать помощь въ той или иной формѣ потерпѣвшему въ нѣкоторыхъ случаяхъ нарушенія его правъ; оно можетъ само выступать въ качествѣ обвинителя только тогда, когда нарушеніе частнаго права представляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ серіозную опасность для правъ другихъ лицъ, для правъ государства или для общаго блага (напр поджогъ). Такимъ образомъ при всѣхъ нарушеніяхъ частныхъ субъективныхъ правъ долженъ господствовать принципъ volenti non fit injuria, субъективное право государства, указанное въ концѣ предыдущаго параграфа, должно отступить передъ правомъ потерпѣвшаго.

---

*) Не представляется ли очевидно нелогичнымъ такой порядокъ, при которомъ истецъ имѣетъ право прекратить начатое имъ судебное преслѣдованіе противъ отвѣтчика, захватившаго у него часть усадьбы, и подарить ему эту часть, между тѣмъ, какъ если бы у того же самаго истца кто нибудь укралъ изъ кармана одинъ рубль, то дѣло о кражѣ будетъ возбуждено *вопреки желанію* потерпѣвшаго, который не имѣетъ права подарить вору украденный рубль и прекратить преслѣдованіе? Почему самая возмутительная клевета, самое тяжкое оскорбленіе чести преслѣдуются только по жалобѣ потерпѣвшаго, а нанесеніе ранъ преслѣдуется даже вопреки желанію потерпѣвшаго?

Обратный порядокъ, логически проведенный, дастъ въ результатѣ слѣдующій принципъ: *всякое* нарушеніе *какого бы то ни было* частнаго права преслѣдуется государствомъ даже вопреки желанію потерпѣвшаго, потому что всякое правонарушеніе есть *прежде всего* нарушеніе обязанности подчиняться велѣніямъ государственной власти, выразившимся въ юридическихъ нормахъ. Другими словами: всякое право есть право публичное (ср. § 637)*).

§ **658.** Чтобы покончить съ направленіемъ, видящимъ въ правонарушеніи единственно и исключительно лишь нарушеніе юридической нормы (а не субъективнаго права), остановимся еще на нѣкоторыхъ фактахъ, приводимыхъ учеными этого направленія.— Ссылаются на факты т. наз. *объективной юрисдикціи*, куда относятъ многіе случаи кассаціоннаго обжалованія (кассаціонный судъ отмѣняетъ рѣшенія низшихъ судовъ напр. вслѣдствіе нарушенія подсудности), жалобы на превышеніе власти, пререканія о подсудности и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, говорятъ, нѣтъ и рѣчи о нарушеніи чьихъ либо субъективныхъ правъ, и весь вопросъ сводится къ тому: нарушенъ или нѣтъ такой-то законъ?

По поводу этихъ ссылокъ необходимо замѣтить, что сплошь и рядомъ въ случаяхъ подобнаго рода есть нарушеніе субъективныхъ правъ тѣхъ лицъ, которые приносятъ соотвѣтствующія жалобы. А главное: во всѣхъ этихъ случаяхъ по общему правилу нельзя и говорить о *правонарушеніи* Если, напр, высшій судъ отмѣняетъ рѣшеніе низшаго суда, то это еще не значитъ, что низшій судъ совершилъ правонарушеніе: въ высшемъ судѣ могутъ быть представлены новыя данныя, которыхъ не имѣлъ въ виду низшій судъ, высшій судъ можетъ иначе оцѣнить факты, оцѣненные низшимъ судомъ съ своей точки зрѣнія; наконецъ высшій судъ можетъ иначе истолковать относящіеся къ дѣлу законы. Во всѣхъ этихъ случаяхъ низшій судъ *имѣлъ право* поступать такъ, какъ онъ и поступилъ, а слѣдовательно о правонарушеніи не можетъ быть и рѣчи. Всякое правонарушеніе, какъ уже сказано раньше, необходимо предполагаетъ *вину* правонару-

---

*) Само собою разумѣется, что если правонарушеніе нарушаетъ одновременно и частное субъективное право, и такія права государства, которыя не могутъ отступать передъ правами частныхъ лицъ, преслѣдованіе возбуждается государствомъ независимо отъ желанія частнаго лица; напр. оскорбленіе, нанесенное въ судебномъ засѣданіи, оскорбленіе должностного лица по поводу исполненія служебныхъ обязанностей.

шителя (*Binding, l. c.*, I 244). Субъективныя же права могутъ быть нарушены (и возстановлены) совершенно независимо отъ виновности кого бы-то ни было.

Итакъ.—понятіе правонарушенія складывается изъ слѣдующихъ признаковъ: 1) поведеніе вмѣняемаго субъекта, противорѣчащее юридической нормѣ. 2) виновность субъекта (окончаніе § 654) и 3) нарушеніе какого либо субъективнаго права.

§ 659. *Классификація правонарушеній.* Нѣкоторые ученые дѣлятъ всѣ правонарушенія на двѣ группы: публичныя и частныя; при этомъ поясняютъ, что такое дѣленіе имѣетъ и практическое значеніе: при публичныхъ правонарушеніяхъ (нарушающихъ нормы публичнаго права) преслѣдованіе возбуждается государствомъ, а при частныхъ—потерпѣвшими лицами.

Эта классификація не можетъ быть принята. Не говоря уже о томъ, что она не охватываетъ собою международныхъ правонарушеній, напомнимъ, что положительное право знаетъ цѣлый рядъ случаевъ, когда „частныя правонарушенія“ преслѣдуются государствомъ даже вопреки желанію потерпѣвшаго (кража), а съ другой стороны есть нарушенія публичныхъ правъ, влекущія за собою преслѣдованіе не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго (административный искъ о возстановленіи нарушеннаго избирательнаго права). Такимъ образомъ, если отбросить практическій признакъ иниціативы возбужденія преслѣдованія, оказавшійся не соотвѣтствующимъ фактамъ, то мы получимъ безплодное въ теоретическомъ отношеніи дѣленіе, основанное на чисто-внѣшнемъ признакѣ: публичное правонарушеніе нарушаетъ публичныя права, а частное—частныя. Это тавтологія, ничего не объясняющая.

Приступая къ отысканію признаковъ для классификаціи правонарушеній, мы должны исходить изъ слѣдующаго положенія: *всѣ правонарушенія тождественны по своей сущности.* Каждое правонарушеніе есть юридическій фактъ, противорѣчащій правопорядку, совершенный вмѣняемымъ субъектомъ при наличности вины, посягающій на чье либо право.

Но такъ какъ, смотря по условіямъ каждой данной конкретной соціальной среды, отдѣльныя субъективныя права представляютъ безконечное разнообразіе въ глазахъ правопорядка съ точки зрѣнія цѣнности ихъ (по самымъ разнообразнымъ причинамъ), такъ какъ способы посягательствъ на эти права точно также безконечно разнообразны и влекутъ за собою соотвѣтствующую оцѣнку со стороны правопорядка съ точки зрѣнія своей опасности, и такъ

какъ вина правонарушителя можетъ имѣть разнообразные оттѣнки. то правопорядокъ не одинаково реагируетъ на каждое правонарушеніе, не смотря на тождественность ихъ сущности.

Это реагированіе правопорядка на правонарушенія выражается въ различныхъ *послѣдствіяхъ*, которыя влечетъ за собою каждое правонарушеніе. А эти послѣдствія обусловлены санкціей соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ (ср. § 318—323).—При всемъ своемъ разнообразіи эти послѣдствія могутъ быть сведены къ нѣсколькимъ опредѣленнымъ типамъ. И вотъ здѣсь мы прежде всего должны искать признаковъ для классификаціи правонарушеній.

§ **660**. Правопорядокъ можетъ реагировать на правонарушеніе только предписаніемъ возстановить нарушенное субъективное право. Это возстановленіе возможно въ различныхъ формахъ: 1) судъ предписываетъ признать данное нарушенное субъективное право. и вмѣняетъ въ обязанность нарушителю соотвѣтствующее поведеніе (напр., возстановленіе въ правахъ незаконно исключеннаго члена клуба); 2) судъ признаетъ юридически-ничтожными тѣ дѣйствія, въ которыхъ выразилось нарушеніе даннаго субъективнаго права (напр , отмѣна распоряженія губернатора о закрытіи ученаго общества); 3) судъ предписываетъ нарушителю даннаго субъективнаго права возмѣстить потерпѣвшему вредъ и убытки, происшедшіе вслѣдствіе нарушенія; 4) судъ предписываетъ возстановить то фактическое состояніе, съ которымъ связано осуществленіе нарушеннаго права (напр., возвращеніе дѣтей отцу, очистка квартиры, отобраніе незаконно удерживаемой вещи)

Всѣ эти формы возстановленія нарушенныхъ правъ объединяются тѣмъ, что въ основѣ ихъ лежитъ санкція, характеризующая собою lex perfecta: дѣйствія, противорѣчащія этимъ юридическимъ нормамъ, признаются ничтожными, и изъ такого признанія выводятся всѣ необходимыя логическія послѣдствія для юридическаго отношенія, возникшаго между субъектомъ права и нарушителемъ этого права.

Итакъ мы получаемъ первую группу правонарушеній, общимъ признакомъ которыхъ являются послѣдствія въ видѣ возстановленія нарушенныхъ правъ. Другимъ общимъ признакомъ этихъ правонарушеній является то, что преслѣдованіе противъ нарушителей правъ можетъ быть возбуждено не иначе, какъ по иниціативѣ потерпѣвшаго.

§ **661**. Эта группа въ свою очередь можетъ быть раздѣлена на двѣ группы, смотря по субъектамъ правонарушенія.

Дѣло въ томъ, что субъективныя права, принадлежащія частнымъ лицамъ, могутъ быть нарушены или такими же частными лицами (и тогда мы имѣемъ то, что принято называть *гражданскимъ правонарушеніемъ*), или должностными лицами, дѣйствующими отъ имени государства. Ясное дѣло, что въ послѣднемъ случаѣ правонарушеніе пріобрѣтаетъ особыя черты, не позволяющія вполнѣ отожествлять его съ гражданскими правонарушеніями. Велика разница между фактомъ неуплаты губернаторомъ за взятые имъ лично для себя въ магазинахъ товары, и фактомъ закрытія губернаторомъ газеты: во второмъ примѣрѣ губернаторъ осуществляетъ функціи государственной власти, *а посему за его дѣйствіемъ стоитъ презумпція законности.*

Эта презумпція обусловливаетъ собою чрезвычайную трудность, а нерѣдко и невозможность, констатировать фактъ *правонарушенія* въ каждомъ данномъ случаѣ нарушенія субъективнаго права (вспомнимъ, что не каждое нарушеніе субъективныхъ правъ есть въ то-же время *правонарушеніе* въ техническомъ смыслѣ слова, т. е. совмѣщаетъ въ себѣ признаки, указанные въ концѣ § 658). Вотъ почему правовая жизнь знаетъ цѣлую категорію случаевъ, въ которыхъ послѣдствіемъ нарушенія субъективныхъ правъ, происшедшаго въ результатѣ извѣстныхъ актовъ органовъ государственной власти, является отмѣна этихъ актовъ, носящая вполнѣ аналогичный характеръ съ отмѣной высшимъ судомъ рѣшенія низшаго суда (ср. § 658). Такія нарушенія субъективныхъ правъ (публичныхъ или частныхъ) принято называть *административными правонарушеніями.* Здѣсь нѣтъ личной отвѣтственности должностного лица, совершившаго „правонарушеніе“ *).

Но, конечно, возможны случаи, когда подобнаго рода дѣйствія должностныхъ лицъ осложняются ихъ виною (т. е. представляютъ собою правонарушенія въ техническомъ смыслѣ слова). Тогда возникаетъ вопросъ о личной отвѣтственности, и эти дѣйствія могутъ влечь за собою или возмѣщеніе вреда и убытковъ потерпѣвшимъ (гражданская отвѣтственность), или наказаніе (уголовная отвѣтственность). Замѣтить надо, что въ случаяхъ несостоятель-

*) Примѣры: изданіе министромъ незаконнаго указа; исключеніе губернаторомъ извѣстной категоріи лицъ изъ списковъ избирателей; неправильное опредѣленію казенной палаты о взысканіи начета съ должностного лица; отказъ полиціймейстера разрѣшить постановку въ театрѣ какой либо оперы; закрытіе газеты; и т. п.

ности должностного лица гражданская отвѣтственность должна падать на государство (ср. § 565).

§ **662.** Такимъ образомъ мы получили двѣ группы правонарушеній: гражданскія и административныя.

Но мы знаемъ, что въ числѣ санкцій юридическихъ нормъ существуетъ угроза причинить „нарушителю“ тѣ или другія страданія путемъ отнятія у него какого либо блага, т. е угроза *наказаніемъ*. Отсюда цѣлый рядъ правонарушеній, послѣдствіемъ которыхъ является наказаніе нарушителя правъ. Такія правонарушенія называются уголовными правонарушеніями, или—*преступленіями**). Сложная классификація преступленій по родамъ и видамъ составляетъ важнѣйшую часть содержанія науки уголовнаго права. Эта наука возникла въ виду особаго характера того средства, при помощи котораго правопорядокъ реагируетъ на разсматриваемую категорію правонарушеній: наказаніе есть крайнее, самое рѣзкое и опасное изъ всѣхъ средствъ охраны правопорядка. Ясное дѣло, что для того, чтобы наказаніе не выродилось въ голое насиліе, чтобы оно служило праву (и такимъ образомъ явилось бы однимъ изъ факторовъ культуры), необходимо: 1) самымъ тщательнымъ образомъ опредѣлить всѣ условія, при которыхъ человѣкъ можетъ быть наказанъ, 2) установить исчерпывающій перечень тѣхъ правонарушеній, которыя по условіямъ данной соціальной среды являются столь серіозными, что бороться съ ними можно только путемъ наказанія и 3) выработать наиболѣе цѣлесообразныя и справедливыя формы наказанія Кромѣ того необходимо создать солидныя гарантіи для справедливаго рѣшенія въ каждомъ конкретномъ случаѣ такого остраго вопроса, какъ вопросъ объ осуществленіи карательнаго права государства. Первая группа вопросовъ рѣшается наукой уголовнаго права, а вторая—тою отраслью судебнаго права, которая называется уголовнымъ процессомъ**).

---

*) Здѣсь отмѣтимъ неряшливую терминологію, къ сожалѣнію употребляемую нерѣдко: „уголовное преступленіе“. Это все равно, какъ если бы сказать: деревянное дерево, желѣзное желѣзо и т п. Почему же тогда не сказать „гражданское преступленіе“?

**) Вопросъ о правѣ государства наказывать (jus puniendi) рѣшается очень просто. Мы уже знаемъ, что въ самое понятіе права входитъ какъ существенный (внѣшній) признакъ—гарантированность внѣшними *принудительными* мѣрами. *Наказаніе есть квалифицированное принужденіе.* Стало быть, разъ государство имѣетъ право издавать юридическія нормы, то eo ipso оно

§ **663**. Итакъ, уголовныя правонарушенія (преступленія) отличаются отъ гражданскихъ и административныхъ внѣшнимъ признакомъ, а именно—своими послѣдствіями (наказаніе). Наука потратила очень много силъ, чтобы отыскать *принципіальную* границу между уголовными и гражданскими правонарушеніями, но всѣ предложенныя теоріи оказались несостоятельными. Для примѣра укажемъ на теорію такого колосса мысли, какъ Гегель. Онъ дѣлитъ всѣ правонарушенія на три группы: 1) человѣкъ нарушаетъ чужое право, самъ того не сознавая, такъ какъ въ принципѣ онъ признаетъ право, какъ таковое, но въ данномъ случаѣ онъ лишь заблуждается на счетъ принадлежащаго ему права; это—гражданское правонарушеніе; 2) вторая форма правонарушенія есть намѣренное нарушеніе чужого права, совершаемое подъ маскою права; это—обманъ; 3) третья и высшая форма правонарушенія есть открытое, принципіальное отрицаніе права, поставленіе своего произвола выше закона; это—преступленіе („Философія права“ § 83—97). Не смотря на очень цѣнныя стороны этой теоріи, она въ общемъ оказывается не соотвѣтствующей фактамъ жизни: есть цѣлый рядъ преступленій, о которыхъ никоимъ образомъ нельзя сказать, что они представляютъ собою открытое, принципіальное отрицаніе права (напр., всѣ неосторожныя); что же касается гражданскихъ правонарушеній, то по теоріи Гегеля надо было бы огромную массу современныхъ гражданскихъ правонарушеній обложить наказаніями, т. к. о нихъ нельзя сказать, что здѣсь нарушитель заблуждался на счетъ принадлежащихъ ему правъ.

§ **664**. Такимъ образомъ наука можетъ установить различіе между уголовнымъ и гражданскимъ правонарушеніемъ только на почвѣ положительнаго права. При этомъ надо исходить изъ установленнаго выше положенія, что всѣ правонарушенія тождественны по своей сущности. Необходимымъ логическимъ слѣдствіемъ изъ этого является положеніе: каждое правонарушеніе можетъ быть обложено наказаніемъ *) („Alles Unrecht strafbar ist“. Binding).

имѣетъ право принимать всѣ необходимыя принудительныя мѣры для обезпеченія ихъ безусловной обязательности. Весь вопросъ сводится здѣсь только къ созданію надлежащихъ гарантій, не допускающихъ этимъ мѣрамъ выродиться въ голое насиліе.

*) Но далеко не каждое правонарушеніе можетъ быть причислено законодателемъ къ категоріи *гражданскихъ* правонарушеній, а только такое, которое можетъ повлечь за собою возстановленіе нарушенныхъ правъ указанными въ

Вотъ почему вопросъ о причисленіи какого либо типа правонарушеній къ категоріи преступленій рѣшается законодателемъ на основаніи цѣлаго ряда чисто-практическихъ соображеній, всецѣло обусловленныхъ данными мѣста и времени. Это вопросъ уголовной политики, а не философіи права.

Философія права можетъ здѣсь дать лишь слѣдующія общія руководящія указанія. Законодатель долженъ помнить, что наказаніе есть крайнее, самое рѣзкое и весьма опасное средство охраны правопорядка, поэтому: 1) нельзя злоупотреблять имъ и переходить разумныя границы, указываемыя природой вещей данной соціальной среды; 2) необходимо обставить пользованіе этимъ средствомъ указанными выше гарантіями (§ 662) и 3) по возможности стремиться къ ограниченію области примѣненія наказанія и къ смягченію его формъ*).

Мечтать о совершенномъ исчезновеніи уголовныхъ кодексовъ можно только утопистамъ. Наука же констатируетъ, что чѣмъ культурнѣе общество, тѣмъ меньше объемъ уголовнаго кодекса, тѣмъ мягче формы наказанія и рѣже случаи фактическаго примѣненія его. Съ другой стороны, если многія изъ современныхъ преступленій должны исчезнуть изъ будущихъ кодексовъ (напр., многія половыя, религіозныя, государственныя, противъ порядка управленія), то болѣе культурное общежитіе потребуетъ нѣкоторыхъ новыхъ видовъ преступленій и повышенія уголовной репрессіи за цѣлый рядъ современныхъ „маловажныхъ“ преступленій (напр., фальсификація нѣкоторыхъ продуктовъ, антисанитарное содержаніе жилищъ и дворовъ, нарушеніе общественной тишины, разнаго рода посягательства на личность).

§ **665.** Совершенно самостоятельную категорію правонарушеній представляютъ собою международныя правонарушенія. Въ кур-

---

§ 660 способами. Такимъ образомъ существуютъ правонарушенія, которыя по самой юридической природѣ своей должны быть причислены къ преступленіямъ; напр., нарушеніе общественной тишины, измѣна, бунтъ, развращеніе дѣтей и т. п.

*) Само собою разумѣется, что изъ этого никоимъ образомъ нельзя дѣлать вывода, что какая нибудь карательная мѣра (напр., тѣлесное наказаніе) должна быть признана абсолютно-недопустимой ни при какихъ мѣстныхъ и временныхъ условіяхъ. Подобнаго рода утвержденія представляютъ собою такую-же фразеологію, какъ и модныя еще такъ недавно утвержденія, что „наказаніе безсильно устрашить правонарушителей“, что „каждый преступникъ есть невмѣняемый человѣкъ, котораго надо лечить, а не наказывать“, что „настоящимъ виновникомъ преступленій является не преступникъ, а общество“, и т. п.

сахъ общей теоріи права о нихъ никогда не говорится. Это объясняется тѣмъ общимъ недостаткомъ всѣхъ курсовъ, что они обыкновенно игнорируютъ или мало обращаютъ вниманія на важную область международнаго права. Отсюда получается односторонняя разработка общихъ вопросовъ права: предполагается, что право существуетъ только въ государствѣ.

Обращаясь къ интересующему насъ сейчасъ вопросу, мы находимъ, что правонарушенія могутъ совершаться и совершаются государствами по отношенію къ другимъ государствамъ. Въ такихъ случаяхъ „нарушаются“ тѣ или иныя нормы международнаго права, выразившіяся въ формѣ международныхъ обычаевъ, договоровъ и т. д., и вмѣстѣ съ тѣмъ субъективныя права „потерпѣвшаго“ государства (напр., оскорбленіе достоинства государства, вмѣшательство въ его внутреннія дѣла, захватъ принадлежащей ему области, нарушеніе обычаевъ войны, раздѣлъ слабаго государства его сосѣдями). Очевидно, что ни подъ одну изъ разсмотрѣнныхъ уже категорій эти правонарушенія не подходятъ. Съ другой стороны очевидно, что факты подобнаго рода представляютъ собою правонарушеніе. Къ сожалѣнію международныя отношенія все еще не вышли изъ того состоянія, въ которомъ рѣшающимъ факторомъ является „соотношеніе реальныхъ силъ“. Въ результатѣ получается внѣшнее признаніе международнаго права, а на самомъ дѣлѣ господство принципа: „мое право есть моя сила“. Отсюда цѣлый рядъ самыхъ вопіющихъ международныхъ правонарушеній, зарегистрованныхъ исторіей.

Хуже всего, что такой порядокъ вещей находитъ защиту въ лицѣ нѣкоторыхъ интернаціоналистовъ, гордящихся своимъ „реализмомъ“. Но этотъ реализмъ представляетъ собою такую же односторонность, какъ и соотвѣтствующія теоріи въ другихъ областяхъ права. Международное право строится на тѣхъ же основахъ, какъ и право, дѣйствующее внутри государства, т. е. на естественномъ правѣ. А слѣдовательно и здѣсь сила должна служить праву, которое все больше и больше очищается отъ первобытной грубости, и все чаще проявляетъ свою идеальную сущность.

Даже оставаясь на почвѣ однихъ только фактовъ, можно съ увѣренностью предсказать наступленіе такой международно—правовой организаціи человѣчества, при которой будетъ съ одной стороны обезпечена полная независимость и свобода отдѣльныхъ государствъ, а съ другой—подчиненіе всѣхъ государствъ общему

для всѣхъ праву и вполнѣ правомѣрное, достойное культурнаго человѣчества, разрѣшеніе всѣхъ международныхъ споровъ. Какъ завершеніе всего зданія, вырисовывается идея верховнаго международнаго суда, разрѣшающаго всѣ споры и всѣ правонарушенія не въ угоду сильнымъ государствамъ, а исключительно на началахъ права*).

§ **666**. *Защита правъ и гарантіи правопорядка.* Каждый правопорядокъ есть, какъ мы знаемъ, реализація началъ естественнаго права въ данной соціальной средѣ. Въ этомъ—высшее освященіе правопорядка, его непоколебимая этическая основа. Но несовершенства человѣческой природы, недостатки соціальнаго и политическаго строя и другія причины, влекутъ за собою поведеніе людей, противорѣчащее нормамъ положительнаго права и нарушающее субъективныя права. Очевидно, что однѣ этическія основы, на которыхъ строится правопорядокъ, сами по себѣ еще не достаточны для непоколебимости его. Нужны дополнительныя гарантіи. Эти гарантіи дѣлятся на три группы: соціальныя, политическія и юридическія.

1) *Соціальныя гарантіи* представляютъ собою чрезвычайно разнообразную группу условій, могущихъ содѣйствовать прочности правопорядка. Всѣ эти условія создаютъ то „соотношеніе реальныхъ силъ", о которомъ такъ любятъ говорить позитивисты. Здѣсь мы имѣемъ распредѣленіе экономическихъ благъ въ различныхъ формахъ, всевозможныя взаимныя отношенія разнообразныхъ соціальныхъ группъ, господствующія религіозныя и нравственныя воззрѣнія, степень распространенія просвѣщенія, общій характеръ народа и т. д. Въ результатѣ получаются господствующіе въ населеніи нравы, создающіе то, что называется „общественнымъ мнѣніемъ". Если эти нравы стоятъ на должной высотѣ,

*) По поводу войны прекрасно замѣчаетъ проф. *В. Уляницкій* „Исторія показываетъ, что съ измѣненіемъ культурной и государственной организаціи измѣняется и характеръ войны. Слѣдовательно, съ устраненіемъ въ государственномъ строѣ и въ культурѣ человѣчества причинъ, которыя болѣе всего содѣйствуютъ возникновенію войны, случаи такихъ вооруженныхъ столкновеній могутъ быть ограничены и быть можетъ даже совершенно устранены" („Международное право". 1911 г. Стр. 380).—Русская наука можетъ гордиться такимъ именемъ, какъ проф. графъ *Л. Камаровскій*, который въ цѣломъ рядѣ замѣчательныхъ работъ проводилъ идеи международной организаціи человѣчества на началахъ естественнаго права, международнаго суда, независимости отдѣльныхъ государствъ. См. его „Начало невмѣшательства" 1874 г., „О международномъ судѣ" 1881 г. и „Вопросъ о международной организаціи" 1905 г.

они могутъ быть сильнымъ оплотомъ противъ всевозможныхъ правонарушеній, откуда бы таковыя ни исходили.

§ **667.** Но не слѣдуетъ забывать, что однимъ изъ важныхъ факторовъ, создающихъ весь укладъ соціальной жизни и вліяющихъ на нравы, является право. И если вѣрна поговорка: quid leges sine moribus", то съ такимъ же основаніемъ можно сказать: „quid mores sine legibus". Юристу болѣе чѣмъ кому нибудь другому не слѣдуетъ переоцѣнивать значеніе соціальныхъ гарантій, потому что въ результатѣ можно дойти до чрезвычайно опасныхъ выводовъ, а именно до отрицанія значенія права и его институтовъ. И тогда можно сказать: „были бы люди хороши, а учрежденія не важны". При такомъ положеніи мы получимъ бытъ, гдѣ все дѣлается „по душѣ", и гдѣ можетъ атрофироваться чувство законности; а отсюда весьма недалеко до господства произвола въ разнообразныхъ формахъ.

Лучшимъ доказательствомъ справедливости сказаннаго можетъ служить современное положеніе важнѣйшаго изъ факторовъ, создающихъ т. наз. „общественное мнѣніе", а именно—періодической прессы. Если газета имѣетъ такой большой спросъ, если она для большинства замѣняетъ собою книгу, если она пріобрѣтаетъ такое важное значеніе въ соціальной жизни, то это свидѣтельствуетъ только о низкомъ уровнѣ умственнаго развитія общества, которое жалкій и фальсифицированный суррогатъ принимаетъ за настоящую духовную пищу. А когда кучка людей съ самымъ легковѣснымъ умственнымъ и весьма сомнительнымъ нравственнымъ багажемъ создаетъ „общественное мнѣніе", можно съ увѣренностью сказать, что изъ двухъ золъ,—или вовсе не имѣть періодической прессы, или имѣть ее въ видѣ современныхъ газетъ, —второе несравненно хуже. Не даромъ мы видимъ такое отрицательное отношеніе къ газетѣ со стороны всѣхъ выдающихся умовъ.*)

---

*) Вотъ что пишетъ *Чичеринъ*: „Но именно къ теоретическому обсужденію вопросовъ ежедневная печать менѣе всего способна... Отрѣшенный отъ практической почвы, журнализмъ остается праздной болтовней, въ которой основательные и образованные умы рѣдко принимаютъ участіе. Онъ попадаетъ въ руки второстепенныхъ и третьестепенныхъ писателей, которымъ серіозная работа не по силамъ. Съ своей стороны, публика, воспитанная на этомъ пустомъ разглагольствованіи, пріобрѣтаетъ привычку легкомысленно судить о всѣхъ вопросахъ. Ей ежедневно кладутъ въ ротъ готовыя фразы, которыя она принимаетъ на вѣру, избавляясь отъ всякаго умственнаго напряженія. Воспитанное журнализмомъ

§ **668**. 2) *Политическія гарантіи.* Онѣ заключаются въ надлежащей организаціи государственной власти со всѣми ея развѣтвленіями. Эта организація должна свести къ минимуму опасность вырожденія власти въ голый деспотизмъ; она должна гарантировать добросовѣстное исполненіе всѣми агентами власти своихъ обязанностей и уваженіе ими правъ гражданъ.

Основныя понятія, относящіяся къ затронутой области, разрабатываются въ той части курса, которая посвящена общему ученію о государствѣ, а детальная разработка соотвѣтствующихъ учрежденій примѣнительно къ условіямъ мѣста и времени, относится къ области государственнаго права. Поэтому здѣсь мы должны ограничиться нѣсколькими замѣчаніями.

общественное мнѣніе представляетъ хаосъ праздныхъ толковъ, сбивчивыхъ понятій и шаблонныхъ сужденій, въ которомъ выдающуюся роль играютъ тѣ, которые меньше всего стѣсняются нравственными соображеніями и умѣютъ угодить вкусамъ и страстямъ весьма неприхотливой массы читателей". „Духъ партіи всего менѣе способствуетъ добросовѣстному исканію истины; напротивъ, онъ обыкновенно ведетъ къ намѣренному ея затемнѣнію. Вся задача заключается въ томъ, чтобы побороть противниковъ, представивъ чужое мнѣніе въ невыгодномъ свѣтѣ. Самые очевидные факты скрываются, или искажаются немилосердно; ложь расточается безъ малѣйшаго зазрѣнія совѣсти; клевета сыплется полными руками". Далѣе Чичеринъ приводитъ слѣдующія слова замѣчательнаго государственнаго дѣятеля, Штейна: „При настоящемъ состояніи общественнаго духа и общей нравственности я считаю свободу печати для журналовъ и газетъ учрежденіемъ пагубнымъ..... Пускай свобода преній имѣетъ мѣсто въ собраніяхъ народныхъ представителей, въ серіозныхъ и основательныхъ печатныхъ произведеніяхъ; но пустая шваль памфлетистовъ и газетчиковъ должна быть обуздана, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока нынѣшнее одичавшее поколѣніе не исчезло и новыя учрежденія не пустили глубокихъ корней". „Эти строки", справедливо говоритъ Чичеринъ, „могли бы казаться написанными для нашего времени". „Однако, даже при наилучшихъ условіяхъ журналистика всегда представляетъ такія темныя стороны, которыя если не перевѣшиваютъ, то во всякомъ случаѣ умаляютъ приносимую ею пользу. Дѣйствительно серіозные журналы, съ нравственными требованіями, съ сознаніемъ своей отвѣтственности, съ желаніемъ безпристрастно выяснить общественные вопросы, всегда составляютъ исключеніе... Притомъ, чѣмъ серіознѣе и основательнѣе журналъ, тѣмъ менѣе онъ доступенъ массѣ публики и потому тѣмъ менѣе онъ читается. Съ демократизаціей общества, въ особенности, требуется ежедневное чтеніе, принаровленное ко вкусамъ и понятіямъ необразованной массы. Кромѣ центральныхъ органовъ нужны и мѣстные, а для послѣднихъ вовсе не достаетъ силъ. При такихъ условіяхъ масса избирателей питается дешевыми изданіями, которыя наполняются мѣстными сплетнями и менѣе всего могутъ имѣть притязанія на серіозную политическую мысль" („Курсъ государств. наукъ". III, 532—534).

Само собою разумѣется, что не можетъ быть одной организаціи государства, пригодной для всѣхъ временъ и народовъ. Но несомнѣнно, что во всѣхъ измѣненіяхъ, которыя показываетъ намъ исторія, можно прослѣдить различныя комбинаціи однихъ и тѣхъ же элементовъ, а именно: монархіи, аристократіи и демократіи. Въ послѣднее время нѣкоторые ученые предсказываютъ, что эволюція формъ государственнаго устройства приведетъ къ окончательному торжеству демократіи. Ничего не можетъ быть понятнѣе такихъ предсказаній, если стать на точку зрѣнія личныхъ симпатій авторовъ; но съ другой стороны ничего не можетъ быть антинаучнѣе. Даже если оставаться на почвѣ историческихъ данныхъ, то и тогда мы должны будемъ признать, что эти данныя свидѣтельствуютъ не въ пользу демократіи. А если къ фактамъ исторіи мы присоединимъ философское изученіе сущности государства и различныхъ его элементовъ, то мы скажемъ, что идеаломъ можетъ быть только *гармоническое* сочетаніе монархіи, аристократіи и демократіи, и что изъ всѣхъ *чистыхъ* формъ государства демократія является худшей, а монархія — лучшей. Отсюда выводъ: такое сочетаніе должно быть произведено на основѣ монархическаго начала*).

Основными гарантіями въ интересующемъ насъ сейчасъ вопросѣ являются слѣдующія: надежная система взаимныхъ сдержекъ и контроля, препятствующая различнымъ органамъ власти нарушать права гражданъ; широкое развитіе мѣстнаго самоуправленія; надлежащая организація законодательнаго учрежденія; созданіе стоящей на высотѣ своей задачи бюрократіи. Но вѣнцомъ всего является созданіе того органа власти, которому ввѣряется по преимуществу охрана права,—суда. Это приводитъ насъ къ послѣдней группѣ гарантій правопорядка.

§ 669. 3) *Юридическія гарантіи.* Онѣ заключаются въ томъ, что *каждый, чье субъективное право нарушено кѣмъ бы-то ни было, можетъ обратиться къ суду и получить соотвѣтствующее удовлетвореніе.*

Ясное дѣло, что только при послѣдовательномъ проведеніи въ правовую жизнь этого положенія будутъ вполнѣ обезпечены субъ-

---

*) Но конечно не въ формѣ т. наз. парламентаризма, извращающаго роль монарха. Даже многія проявленія жизни настоящей конституціонной монархіи заставляютъ пожалѣть объ абсолютной монархіи, обладающей рядомъ цѣнныхъ качествъ, не говоря уже о ея великихъ историческихъ заслугахъ.

ективныя права, а правопорядокъ получитъ наиболѣе солидныя гарантіи. Такое проведеніе не встрѣчаетъ принципіальныхъ препятствій при правонарушеніяхъ, совершенныхъ частными лицами. Если частное лицо нарушаетъ право другого частнаго лица, это послѣднее всегда можетъ обратиться въ судъ или съ гражданскимъ, или съ уголовнымъ (а иногда и съ обоими вмѣстѣ) искомъ. Правопорядокъ долженъ наилучшимъ образомъ организовать соотвѣтствующіе институты судебнаго права, чтобы обезпечить каждому защиту отъ всевозможныхъ посягательствъ на его права. Здѣсь еще разъ отмѣтимъ чрезвычайно слабо организованную защиту многихъ правъ личности, односторонне квалифицируемыхъ нѣкоторыми учеными какъ „нематеріальные интересы“. Кромѣ того напомнимъ сказанное раньше (§ 657), что возбужденіе преслѣдованія противъ нарушителей *всѣхъ* частныхъ правъ должно быть принципіально обусловлено желаніемъ потерпѣвшаго. Въ этомъ отношеніи современный правопорядокъ переходитъ должныя границы, а современная наука находитъ вполнѣ правильнымъ такое вмѣшательство государства въ сферу частныхъ правъ.

Точно также если частное лицо нарушаетъ права государства, то защита этихъ правъ осуществляется судебнымъ порядкомъ. Судъ въ такихъ случаяхъ рѣшаетъ споръ о правѣ между личностью и государствомъ. Только такой порядокъ соотвѣтствуетъ идеѣ правового государства и принципу уваженія къ правамъ личности.

Противоположный порядокъ, т. е. примѣненіе принудительныхъ мѣръ противъ нарушителей правъ государства безъ участія суда, былъ бы аналогичнымъ самоуправному осуществленію своихъ правъ частными лицами, т. е. порядку, господствовавшему на низшихъ ступеняхъ культуры.

§ 670. Но хотя въ области гражданской и уголовной юрисдикціи далеко не всѣ явленія современной государственной жизни могутъ быть оправданы съ точки зрѣнія выставляемыхъ философіей права идеаловъ, все же здѣсь въ общемъ практика стала на правильный путь, т. е. принципіально признала, что судъ является охранителемъ всѣхъ соотвѣтствующихъ субъективныхъ правъ.

Въ другомъ положеніи находится третья область юрисдикціи, —*административная юстиція*.

Если органы государственной власти, осуществляя функціи властвованія, нарушаютъ чьи либо субъективныя права, не совершая при этомъ ни уголовнаго, ни гражданскаго правонарушенія, мы получаемъ то, что принято называть административнымъ пра-

вонарушеніемъ. Казалось бы, что единственно правильной формой защиты субъективныхъ правъ, нарушенныхъ такими дѣйствіями агентовъ государства, является обращеніе заинтересованныхъ лицъ къ суду, который долженъ возстановить нарушенное право.

Но не смотря на всю очевидность этого положенія, практика современныхъ государствъ начинаетъ дѣлать только первые шаги для проведенія его въ жизнь. Только въ Англіи мы находимъ вполнѣ послѣдовательно проведенный принципъ судебнаго возстановленія всякаго субъективнаго права, кто бы ни былъ его нарушителемъ; только въ этой классической странѣ законности государство окончательно порвало съ системой самоуправнаго осуществленія своихъ правъ, и всѣ требованія свои къ гражданамъ подчиняетъ судебному контролю. Остальныя государства представляютъ собою регрессирующій рядъ, начиная съ такихъ государствъ, какъ Бельгія, болѣе всего приближающаяся къ Англіи въ этомъ отношеніи, продолжая Франціей съ ея значительно развитой административной юстиціей, Германіей, гдѣ положеніе дѣла страдаетъ неопредѣленностью, не смотря на достигнутые успѣхи, кончая Россіей, гдѣ существуютъ лишь слабые зародыши административной юстиціи.

§ **671**. Препятствіемъ для проведенія въ жизнь англійской системы служитъ невѣрное пониманіе теоріи раздѣленія властей, изъ которой выводятъ недопустимость вмѣшательства суда въ сферу дѣйствія администраціи. Но здѣсь забываютъ, что вся роль суда заключается въ осуществленіи юрисдикціонной функціи, а эта функція охватываетъ собою всѣ правонарушенія, кѣмъ бы они ни были совершены. Администрація можетъ совершать цѣлый рядъ актовъ, повидимому тождественныхъ съ юрисдикціонными (ср. примѣчаніе къ § 434); но какъ только по поводу этихъ актовъ возникаетъ споръ между нею и заинтересованнымъ лицомъ, утверждающимъ, что его право нарушено, на сцену долженъ выступить тотъ органъ государственной власти, который существуетъ для того, чтобы разрѣшать всѣ споры о правѣ.

Но самымъ важнымъ препятствіемъ для проведенія англійской системы являются переживанія той эпохи, когда существовало только одно понятіе *подданнаго* и не было еще понятія *гражданина*, когда личность не имѣла никакихъ правъ, уважать которыя должно было государство. Даже въ настоящее время есть ученые разныхъ направленій, утверждающіе, что государство есть знаменитый Гоббесовскій Левіаѳанъ, что всѣ субъективныя права—

суть лишь рефлексы объективнаго права, что существуютъ только однѣ обязанности, а не права, и т. п.

§ **672**. И вотъ, когда идея правового государства начала мало-по-малу проникать въ жизнь, когда отношенія между гражданами и государствомъ начали принимать характеръ юридическихъ отношеній, практика начала допускать рядъ формъ защиты субъективныхъ правъ гражданъ, нарушенныхъ дѣйствіями должностныхъ лицъ. Первоначальной формой были разнаго рода прошенія и жалобы потерпѣвшихъ, обращенныя къ высшимъ органамъ администраціи; затѣмъ появилось выдѣленіе нѣкоторыхъ дѣлъ и передача ихъ вѣдѣніе суда; учрежденіе спеціальныхъ административныхъ судовъ, не входящихъ въ судебное вѣдомство, и передача этимъ судамъ *нѣкоторыхъ* споровъ между частными лицами и администраціей; комбинаціи жалобъ по начальству и административныхъ исковъ, и т. п.

Въ основѣ всѣхъ этихъ попытокъ лежитъ одна идея, а именно необходимость судебной защиты всякаго субъективнаго права, идея уже реализовавшаяся въ Англіи. Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что она реализуется и въ остальныхъ государствахъ, тѣмъ болѣе, что нѣкоторыя уже много сдѣлали для ея реализаціи (Франція, Бельгія, Скандинавскія государства). И тогда каждый гражданинъ будетъ имѣть право защищать свои субъективныя права путемъ исковъ трехъ видовъ: гражданскаго, уголовнаго и административнаго.

§ **673**. Но изъ того, что существуетъ административный искъ, вовсе не слѣдуетъ, что долженъ существовать какой-то особый административный судъ: вѣдь гражданскіе и уголовные иски разсматриваются однимъ и тѣмъ же судомъ (въ разныхъ отдѣленіяхъ); точно также и административные иски должны входить въ компетенцію общаго суда (принципъ единства и исключительности судебной власти). Всѣ аргументы защитниковъ спеціальныхъ административныхъ судовъ не выдерживаютъ критики и представляютъ собою уступки существующей практикѣ, сложившейся подъ вліяніемъ отмѣченныхъ въ § 671 переживаній.

Итакъ, административная юстиція есть контроль суда надъ законностью дѣйствій правительства и подчиненныхъ ему органовъ администраціи, а также мѣстныхъ самоуправляющихся общеній. Этотъ контроль осуществляется слѣдующимъ образомъ: каждый управомоченный субъектъ, считающій, что его право (частное или публичное) нарушено дѣйствіями органа власти, выразившимися

или въ распоряженіи, или въ изданіи незаконнаго указа (регламента), обращается въ судъ съ административнымъ искомъ. Если судъ найдетъ, что право дѣйствительно нарушено, онъ отмѣняетъ соотвѣтствующее распоряженіе или указъ, а также можетъ предписать органу власти исполнить лежащую на немъ обязанность.

Еще разъ повторимъ: только при полномъ проведеніи въ жизнь этихъ положеній можно говорить о правовомъ государствѣ; а слѣдовательно только при такомъ порядкѣ государственная власть будетъ обладать высшимъ этическимъ авторитетомъ въ глазахъ гражданъ. А въ результатѣ получатся самые благодѣтельные эффекты для государства: любовь гражданъ къ государству и готовность всѣмъ жертвовать для его поддержанія.

§ **674**. Само собою разумѣется, что для выполненія своей столь важной и отвѣтственной миссіи,—быть высшимъ охранителемъ права,—судъ долженъ стоять на надлежащей высотѣ. Онъ долженъ быть одинаково далекъ и отъ тенденцій поколебать существующій политическій и соціальный строй, и отъ тенденцій превратиться въ послушное орудіе временныхъ теченій внутренней политики, и отъ тенденцій отражать въ себѣ всѣ проявленія „общественнаго мнѣнія“. Олицетвореніе справедливости, консерватизма, спокойствія, безпристрастія, высшаго авторитета, государственной мощи, всей полноты научныхъ и профессіональныхъ знаній, житейскаго опыта и нравственной чистоты, онъ долженъ быть основой всей государственной жизни. Iustitia fundamentum regnorum!

Къ этому идеалу должны быть направлены всѣ усилія законодателя и государственнаго дѣятеля, къ этому идеалу должны быть обращены взоры каждаго студента—юриста.

БИБЛИОТЕКА
Юридической
академии