

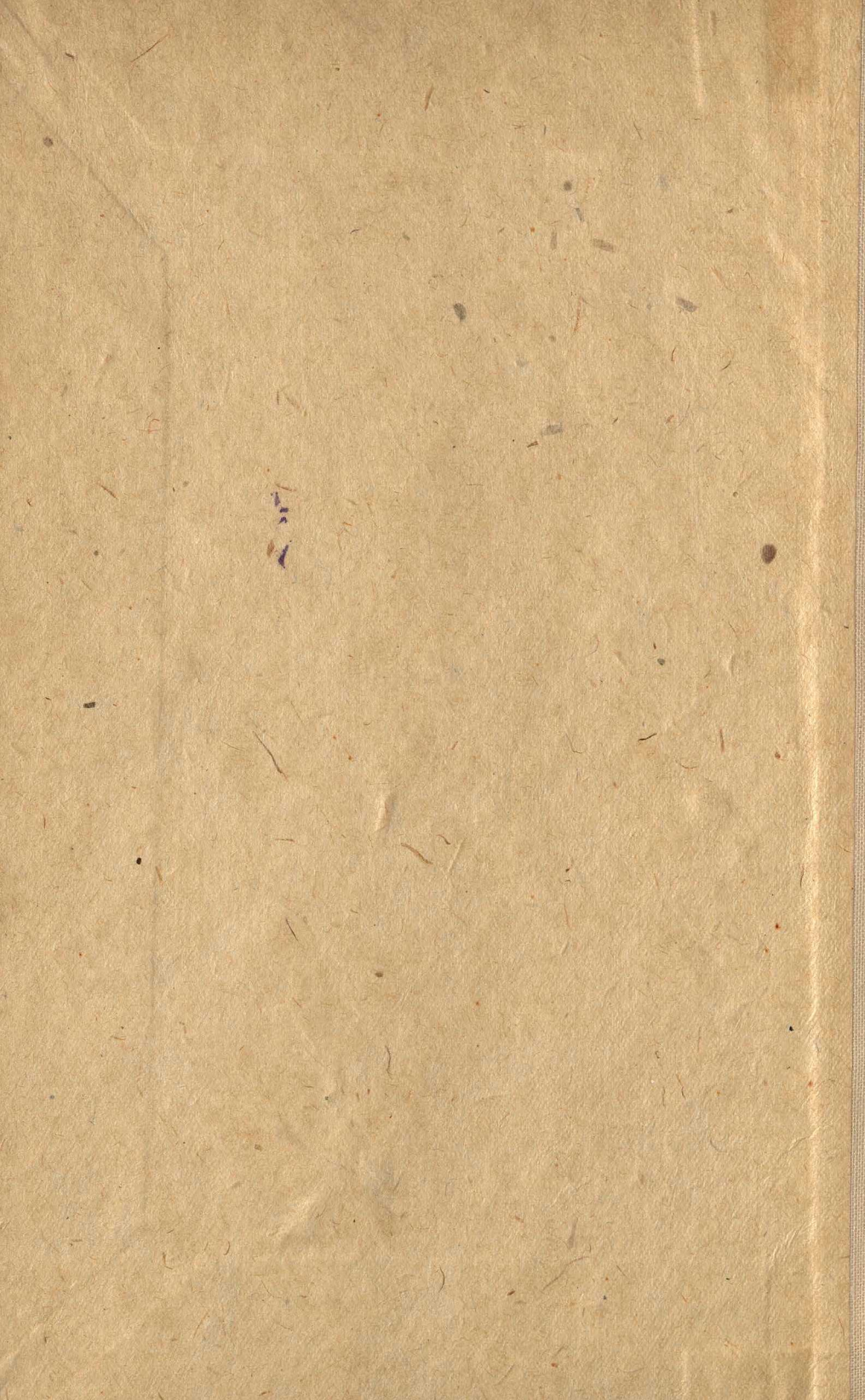
ГРИММ

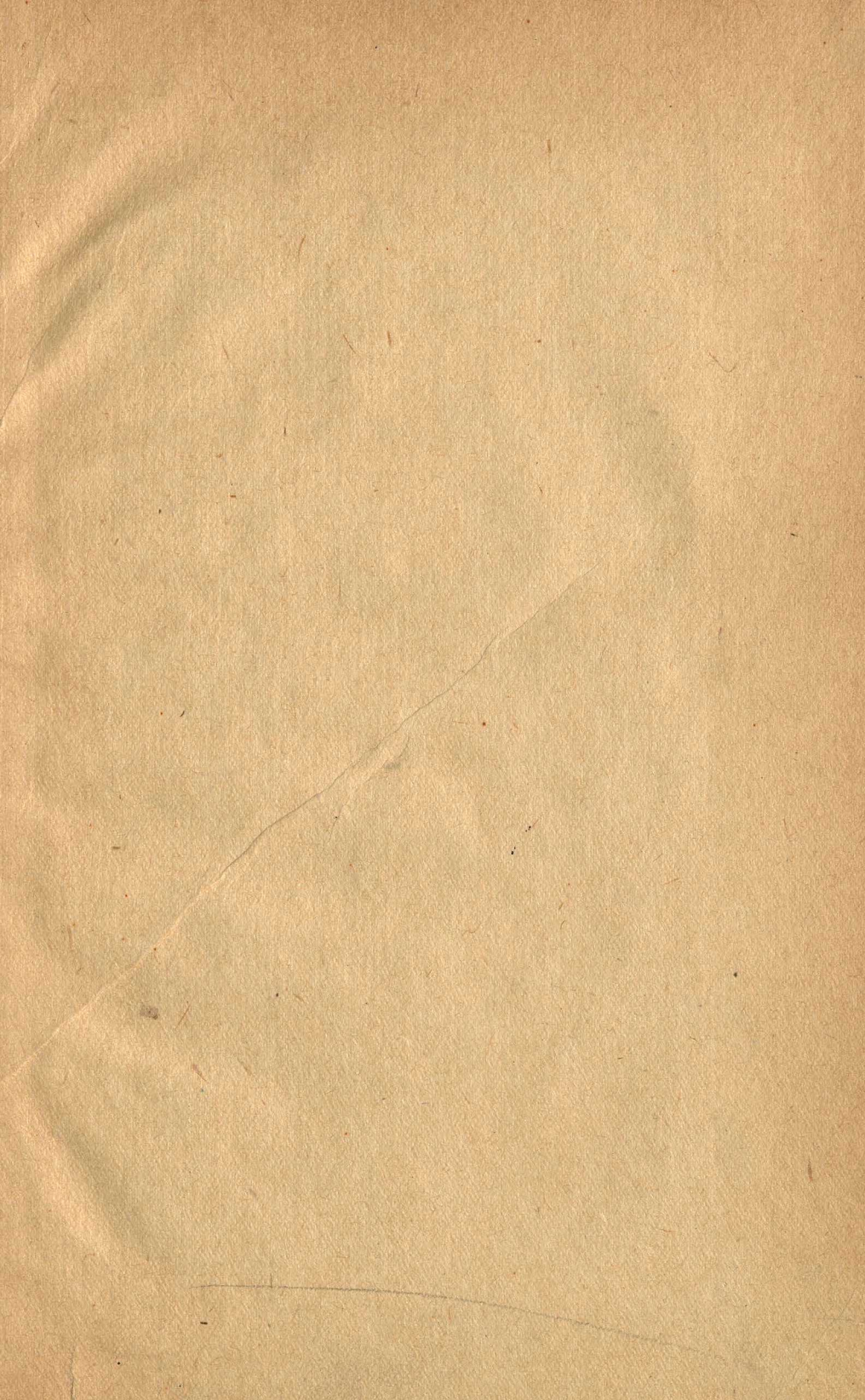
к В.опр.
с понятии и
истор. ике
обязательности
Гор.в. Иерм

P

330

735





437-460
Δ 848
!
Д. ГРИММЪ.

R 330
735 КЪ ВОПРОСУ

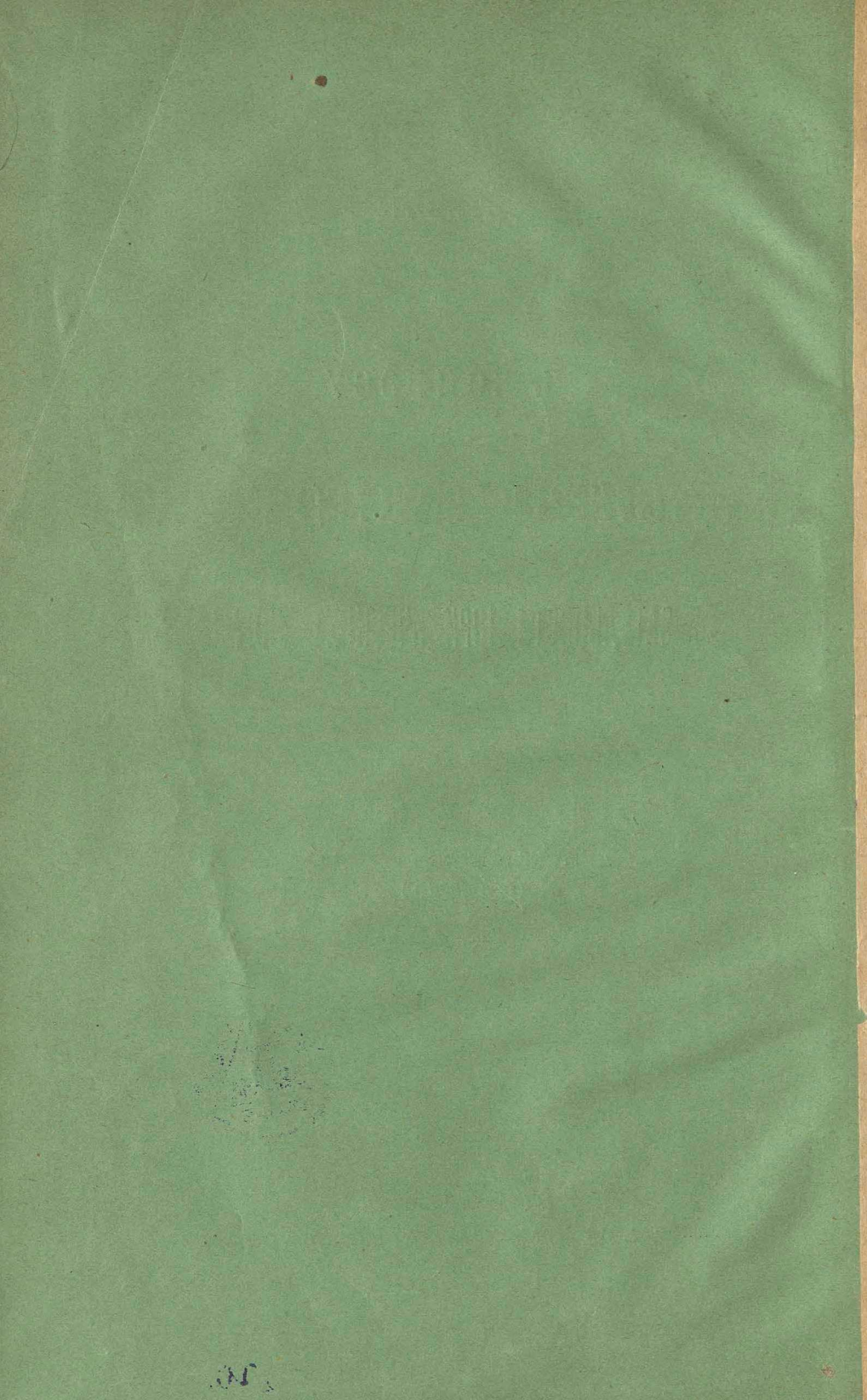
О ПОНЯТИИ И ИСТОЧНИКЪ

ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ.

*Изъ Журнала Министерства Юстиции
(Юль 1896 г.)*



/ С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА.
1896.



△ 150
48

Д. ГРИММЪ.

R $\frac{330}{735}$

КЪ ВОПРОСУ
О ПОНЯТИИ И ИСТОЧНИКЪ
ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ.

Изъ Журнала Министерства Юстиции
(Июль 1896 г.)

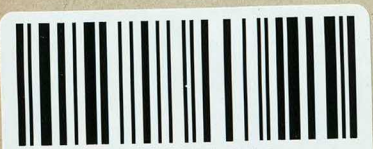


С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА.
1896.

Печатано съ разрѣшенія Министра Юстиціи.



9913169-28



КЪ ВОПРОСУ
О ПОНЯТІИ И ИСТОЧНИКЪ
ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ.

Д. Д. Гримма.

I.

Объективное право самымъ общимъ образомъ можетъ быть опредѣлено, какъ совокупность тѣхъ обязательныхъ *велѣній* или правилъ общежитія, которыя объединяются подъ общимъ именемъ *юридическихъ нормъ*.

Противъ этой суммарной характеристики въ настоящее время едва-ли кто-нибудь станетъ возражать. Правда, сравнительно недавно еще Zitelmann ¹⁾ высказалъ взглядъ, будто юридическія нормы суть не велѣнія, а *сужденія*. Однако, его взглядъ нигдѣ не встрѣтилъ сочувствія; слишкомъ ужъ бросается въ глаза несостоятельность его. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ заключается различіе между велѣніемъ и сужденіемъ? Велѣніе требуетъ наступленія или ненаступленія чего-либо, сужденіе утверждаетъ или отрицаетъ существованіе чего-либо. Велѣніе допускаетъ возможность того, что желательный результатъ не будетъ достигнутъ, сужденіе можетъ вызвать только сомнѣніе въ своей правильности. Велѣніе можетъ быть исполнимымъ или неисполнимымъ, но оно не можетъ быть

¹⁾ Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, стр. 200 и сл.

вѣрнымъ или ложнымъ; наоборотъ, сужденіе можетъ быть истиннымъ или ложнымъ, но его нельзя назвать исполнимымъ или неисполнимымъ. Не трудно установить послѣ этого, чѣмъ должны быть признаны юридическія нормы. Онѣ могутъ быть нарушены, могутъ быть исполними или неисполними, онѣ слѣдовательно суть велѣнія, а не сужденія. Правда, онѣ излагаются нерѣдко въ формѣ сужденій, но это конечно чисто редакціонный приѣмъ, который не измѣняетъ сущности дѣла.

Итакъ, несомнѣнно одно: юридическія нормы, составляющія въ своей совокупности объективное право, суть велѣнія. Чѣмъ же однако ближе характеризуются эти велѣнія, чѣмъ отличаются они отъ велѣній или нормъ иного порядка?

Вопросъ этотъ породилъ обширную литературу ¹⁾. Отмѣтимъ важнѣйшіе взгляды.

1) Весьма распространено ученіе, усматривающее отличительный признакъ юридическихъ нормъ въ *источникѣ*, изъ котораго проистекаютъ эти нормы. Такимъ источникомъ одни считаютъ волю законодателя, другіе—волю государства, третьи—народный духъ или народное правосознаніе, четвертые—соціальную среду или общество. Отсюда—опредѣленія права, какъ совокупности велѣній законодателя, какъ совокупности нормъ, признаваемыхъ обязательными для государства со стороны самого государства, какъ общей воли, какъ соціального порядка жизненныхъ отношеній и т. п. Изъ этихъ опредѣленій только первое даетъ дѣйствительно опредѣленный критерій, при помощи котораго возможно распознать отдѣльныя, конкретныя юридическія нормы, какъ таковыя, выдѣлить ихъ изъ числа нормъ иного порядка. Но за-то оно совершенно произвольно суживаетъ понятіе юридической нормы. Достаточно замѣтить, что отождествленію юридическихъ нормъ съ велѣніями законодателя противорѣчитъ фактъ существованія обычнаго права, которое исторически предшествуетъ законодательству и складывается помимо воли законодателя.

¹⁾ Ср. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, т. I, стр. 17 и сл.; Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, стр. 57 и сл.

Что касается остальных опредѣленій, то они страдают крайней неопредѣленностью: они не даютъ намъ никакого мѣрила, никакого критерія для оцѣнки характера данной, конкретной нормы, для установленія того, есть ли это норма юридическая или нѣтъ.

2) Другая группа теорій усматриваетъ отличительную особенность права въ *цѣляхъ*, которыя оно преслѣдуетъ.

Среди отдѣльныхъ представителей этого направленія естественно встрѣчается крайнее разнообразіе во взглядахъ. Такъ, одни усматриваютъ цѣль права въ усовершенствованіи чело-вѣческаго общества, другіе—въ гармоническомъ развитіи личности, третьи—въ упроченіи и развитіи нравственного порядка, четвертые—въ примиреніи равенства со свободой, пя-тые—въ обеспеченіи свободы и т. д.

Естественно, что опредѣленія, построенныя на столь неопредѣленныхъ и расплывчатыхъ признакахъ, и сами должны оказаться до крайности неопредѣленными и расплывчатыми. Дѣйствительно, что можетъ дать намъ опредѣленіе, гласящее, что право есть совокупность нормъ, обеспечивающихъ гармоническое развитіе личности, или совокупность нормъ, гарантирующихъ упроченіе и развитіе нравственного порядка въ цѣломъ и въ отдѣльныхъ его частяхъ, или жизненный законъ для обеспечения свободы разумныхъ существъ и т. п.? Это, по вѣрному замѣчанію проф. Коркунова, даже не попытки объективной характеристики положительнаго права, а скорѣе субъективныя сужденія отдѣльныхъ изслѣдователей объ идеалахъ, которымъ должно удовлетворять право.

3) Широкой извѣстностью пользуется далѣе теорія, усматривающая особенность юридическихъ нормъ въ возможности принудительнаго осуществленія ихъ. Съ этой точки зрѣнія объективное право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ *принудительныхъ* нормъ (*Zwangsnormen*, по выраженію Геринга).

Достоинство этой теоріи заключается въ томъ, что она выставляетъ вполне опредѣленный критерій для распознаванія отдѣльныхъ конкретныхъ юридическихъ нормъ.

Но за-то и эта теорія, подобно теоріи отождествленія

юридическихъ нормъ съ вѣдѣніями законодателя, совершенно произвольно суживаетъ понятіе юридической нормы. Дѣйствительно, при послѣдовательномъ проведеніи этой теоріи пришлось бы исключить изъ числа юридическихъ нормъ не только большинство нормъ международнаго права, но вообще всѣ такъ называемыя *leges imperfectae*, законы безъ санкціи.

Правда, нѣкоторые сторонники разбираемой теоріи подъ принужденіемъ понимаютъ не только физическое, но и психическое принужденіе. Въ этомъ смыслѣ, напримѣръ, Merkel ¹⁾ говоритъ объ этической мощи (*ethische Macht*) права, идущей рука объ руку съ матеріальной мощью его. Но при такой постановкѣ вопроса выдвигается новое затрудненіе. „Если подъ принужденіемъ разумѣть и психическое принужденіе,—говоритъ проф. Коркуновъ,—то конечно принужденіе сопутствуетъ каждому правовому явленію. Но такое принужденіе стоитъ не только за правовыми нормами, но и за принципами нравственности, и за догматами религіи, и даже за логическими и эстетическими законами“. Словомъ, при такомъ толкованіи понятія принужденія утрачивается всякая возможность распознать специфически юридическія нормы, выдѣлить ихъ изъ числа нормъ иного порядка.

4) Въ заключеніе настоящаго краткаго обзора литературы предмета мы остановимся нѣсколько подробнѣе на двухъ нѣвѣйшихъ попыткахъ обоснованія понятія юридической нормы: на теоріяхъ Бирлинга и проф. Коркунова.

Бирлингъ пытается соединить вопросъ объ опредѣленіи права съ вопросомъ объ *источникѣ обязательности* правовыхъ нормъ. Отвергая въ числѣ другихъ теорію о правѣ, какъ совокупности принудительныхъ нормъ, онъ доказываетъ, что основаніемъ обязательности юридическихъ нормъ служить не внѣшнее принужденіе, не физическая сила, а *признаніе* даннымъ кругомъ лицъ извѣстныхъ правилъ въ качествѣ нормъ совмѣстной жизни. Соотвѣтственно съ этимъ онъ и опредѣляетъ право, какъ совокупность нормъ, постоянно признаваемыхъ

¹⁾ Merkel, Juristische Encyclopaedie, стр. 30.

въ качествѣ правилъ совмѣстной жизни со стороны членовъ данной соціальной среды ¹⁾).

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ этой теоріи, нельзя прежде всего не замѣтить, что Бирлингъ, отводя центральное мѣсто моменту признанія, специально оговаривается, что признаніе бываетъ не только сознательное и добровольное; оно можетъ быть также вынужденнымъ, и даже больше—непроизвольнымъ, безсознательнымъ. Оговорка эта нужна ему для того, чтобы объяснить, почему обязательная сила правовыхъ нормъ распространяется и на такихъ лицъ, по отношенію къ которымъ не можетъ быть рѣчи о сознательномъ признаніи извѣстныхъ правилъ въ качествѣ нормъ общежитія; сюда относятся дѣти и умалишенные.

Уже эта оговорка выдаетъ искусственность всей теоріи. Безсознательное признаніе очевидно не есть признаніе, а лишь фикція признанія, ибо признаніе предполагаетъ извѣстный мыслительный актъ, представленіе о томъ, что признаешь, а посему оно немислимо тамъ, гдѣ сознание либо совсѣмъ отсутствуетъ, либо неспособно воспроизвести и фиксировать потребныя для даннаго акта признанія представленія. А такъ какъ сознательное отношеніе къ окружающимъ явленіямъ и въ частности къ дѣйствующимъ въ данной средѣ нормамъ существуетъ далеко не у всѣхъ членовъ среды, не говоря уже о дѣтяхъ и умалишенныхъ, то отсюда явствуетъ, что признаніе вообще не можетъ служить основаніемъ обязательности юридическихъ нормъ.

Ниже мы увидимъ, въ чемъ состоитъ это основаніе: оно заключается въ медленно образующемся и передающемся изъ поколѣнія въ поколѣніе *чувствѣ* обязательности подчиненія извѣстному законному порядку. Это чувство, какъ всякое чувство, можетъ быть болѣе или менѣе живымъ, сознательнымъ или инстинктивнымъ, полусознательнымъ или совсѣмъ безсознательнымъ; въ последнемъ случаѣ оно сливается съ чувствомъ обязательности подчиненія волѣ тѣхъ, отъ кого данное лицо ближайшимъ образомъ зависитъ.

¹⁾ Указ. соч., стр. 12.

Это одно. Засимъ, нельзя не сдѣлать еще и слѣдующее возраженіе. Если бы дѣйствительно пріобрѣтеніе данной нормой характера юридической нормы зависѣло отъ признанія ея въ качествѣ правила совмѣстной жизни, то пришлось бы требовать такого признанія по отношенію къ каждой нормѣ въ отдѣльности. Но это совершенно немислимо, ибо это предполагало бы знакомство всѣхъ со всею совокупностью нормъ, образующихъ дѣйствующее въ данной средѣ право. Такого знакомства не встрѣтишь даже у самаго образованнаго юриста, не говоря уже о профанахъ.

Такимъ образомъ и теорія Бирлинга не можетъ быть признана удовлетворительной.

То же самое слѣдуетъ сказать и про теорію проф. Коркунова ¹⁾. Г. Коркуновъ исходитъ изъ основнаго противоположенія нормъ этическихъ и техническихъ. Къ первымъ причисляются нормы юридическія и нравственныя, ко вторымъ— правила гигиены, строительнаго искусства и т. д. Основное различіе между тѣми и другими нормами усматривается въ томъ, что соблюденіе этическихъ нормъ для нормальныхъ людей обязательно, а соблюденіе техническихъ правилъ— факультативно, ибо несоблюденіе первыхъ разстраиваетъ всю нашу дѣятельность, а несоблюденіе вторыхъ ведетъ лишь къ недостиженію данной опредѣленной цѣли.

Однако, съ этимъ едва-ли можно согласиться. Съ чисто субъективной точки зрѣнія соблюденіе всякой нормы, разъ мы желаемъ достигнуть соответствующей цѣли, одинаково обязательно; съ другой стороны, всякая норма одинаково можетъ быть нарушена человѣкомъ, разъ онъ не пожелаетъ подчиниться ей; въ этомъ смыслѣ всѣ нормы факультативны. Конечно, человѣкъ, пожалуй, скорѣе рѣшится не соблюсти какое-нибудь техническое правило, чѣмъ требованія нравственности или предписанія закона. Но это будетъ уже простое различіе въ степени, а не принципиальное различіе по существу. Проф. Коркуновъ, правда, поясняетъ, что этическія нормы объективно обязательны, что соблюденіе ихъ не

¹⁾ Указ. соч., стр. 30 и сл.

зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія. Но если даже допустить, что это вѣрно по отношенію къ юридическимъ нормамъ, то нельзя сказать того же про вѣдѣнія нравственнаго характера, не прибѣгая къ игрѣ словъ.

Переходя засимъ къ установленію различія между нормами юридическими и нравственными, проф. Коркуновъ говоритъ: „юридическія нормы—это нормы *разграниченія интересовъ*, а нравственныя нормы—нормы *оцѣнки интересовъ*“.

Другими словами, задача права состоитъ въ предупрежденіи и устраниеніи столкновеній между людьми, задача нравственности—въ предпочтительномъ выборѣ однихъ цѣлей и средствъ предъ другими.

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ этого опредѣленія, нельзя не замѣтить прежде всего, что проф. Коркуновъ, къ сожалѣнію, не опредѣляетъ ближе, что онъ понимаетъ подъ интересомъ. Это само по себѣ уже вноситъ нѣкоторую неясность въ его конструцію.

Постараемся прежде всего восполнить этотъ недостатокъ. Подъ интересомъ очевидно слѣдуетъ подразумѣвать безпрепятственную возможность для человѣка пользоваться любыми средствами для достиженія любыхъ цѣлей.

Установивъ это опредѣленіе—(а мы не знаемъ, какъ бы иначе можно было опредѣлить интересъ),—предложимъ себѣ вопросъ: дѣйствительно ли право только разграничиваетъ человѣческіе интересы? Нѣтъ, оно сверхъ того оцѣниваетъ ихъ, объявляетъ пользованіе одними средствами для удовлетворенія человѣческихъ потребностей дозволеннымъ, а пользованіе другими—предосудительнымъ.

Масштабъ, который оно въ связи съ этимъ устанавливаетъ,—различеніе правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ дѣйствій,—не совпадаетъ съ масштабомъ, который устанавливается нравственностью, т. е. съ различеніемъ нравственныхъ и безнравственныхъ дѣйствій; данное дѣйствіе, удовлетворяя первому масштабу, можетъ не удовлетворять второму и наоборотъ.

Съ другой стороны, можно ли сказать, что нравственныя нормы суть только нормы оцѣнки интересовъ? Оцѣнивая ин-



тересы, онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ разграничиваютъ ихъ, отводятъ каждому извѣстную сферу интересовъ. Правда, это разграниченіе имѣетъ иной характеръ, иное значеніе, чѣмъ разграниченіе юридическое. Но это только доказываетъ, что самое понятіе разграниченія не обладаетъ достаточной опредѣленностью, чтобы лечь въ основаніе научной конструкціи.

Наконецъ, противъ теоріи г. Коркунова, нельзя не сдѣлать и еще возраженіе, одинаково примѣнимое, впрочемъ, и къ теоріи Бирлинга: оба опять-таки не указываютъ никакихъ опредѣленныхъ критеріевъ для распознаванія отдѣльныхъ юридическихъ нормъ въ качествѣ таковыхъ.

Подведемъ итоги. Мы видимъ, что независимо отъ частныхъ недостатковъ всѣ теоріи объ объективномъ правѣ либо чрезмѣрно суживаютъ понятіе юридической нормы, либо страдаютъ крайней неопредѣленностью.

Задача наша будетъ состоять въ томъ, чтобы найти формулу, достаточно широкую, чтобы обнять всѣ виды юридическихъ нормъ, и достаточно опредѣленную, чтобы дать возможность распознать отдѣльныя юридическія нормы, какъ таковыя, выдѣлить ихъ изъ числа нормъ иного порядка.

Но прежде чѣмъ приступить къ разрѣшенію этой задачи, мы должны будемъ остановиться на вопросѣ объ источникѣ обязательности юридическихъ нормъ, ибо мы вполне раздѣляемъ мнѣніе Бирлинга, что безъ предварительнаго разъясненія этого вопроса нельзя придти къ удовлетворительной формулировкѣ понятія юридической нормы.

II.

Вопросъ объ источникѣ обязательности юридическихъ нормъ неоднократно возбуждался въ литературѣ, но большинство ислѣдователей считаетъ возможнымъ отдѣлаться отъ него двумя, тремя словами, не входя въ ближайшую оцѣнку этого сложнаго вопроса.

Одни считаютъ источникомъ обязательности юридическихъ нормъ чувство самосохраненія, побуждающее людей вступать во взаимное общеніе и устанавливать извѣстныя правила

совмѣстной жизни, другіе основываютъ обязательность ихъ на требованіяхъ разума, третьи—на соображеніяхъ общей пользы, четвертые, явно смѣшивая этотъ вопросъ съ вопросомъ объ источникѣ происхожденія юридическихъ нормъ, ссылаются на велѣнія законодателя, на народный духъ, на волю большинства, пятые указываютъ на этическую подкладку, на этическую мощь права, какъ источникъ обязательности его велѣній, шестые все сводятъ къ внѣшней, физической силѣ, къ внѣшнему принужденію, обеспечивающему соблюденіе нормъ права, и т. д.

Мы не станемъ подробно опровергать все эти либо безсодержательныя, либо прямо невѣрныя объясненія, тѣмъ болѣе, что Бирлингъ, который въ свою очередь, какъ мы видѣли, основываетъ обязательность юридическихъ нормъ на признаніи ихъ въ качествѣ правилъ совмѣстной жизни со стороны членовъ данной соціальной группы, прекрасно разобралъ все важнѣйшія теоріи по этому вопросу. Не повторяя сказаннаго имъ, мы перейдемъ прямо къ изложенію нашего взгляда на этотъ вопросъ.

1) Совмѣстная жизнь, общеніе людей даже въ самой примитивной формѣ предполагаетъ извѣстную взаимную уступчивость и оказаніе другъ другу помощи противъ возможныхъ бѣдъ и опасностей, грозящихъ отдѣльнымъ членамъ данной соціальной группы и всей группѣ извнѣ и изнутри.

Первое возникаетъ изъ того кореннаго факта, что потребности людей возрастаютъ въ общемъ гораздо быстрѣе, чѣмъ средства къ удовлетворенію ихъ, второе—изъ не менѣе кореннаго факта относительной слабости, незащитности отдѣльнаго индивида въ борьбѣ съ природой и ему подобными.

Оба эти момента приводятъ въ примѣненіи къ повторяющимся конкретнымъ случаямъ, въ которыхъ либо приходится проявлять уступчивость, либо приходитъ на помощь другимъ, къ выработкѣ извѣстныхъ прочныхъ *ассоціацій идей*, въ силу которыхъ при наступленіи такихъ-то и такихъ-то обстоятельствъ ожидается такое-то и такое-то поведеніе заинтересованныхъ лицъ, такія-то и такія-то дѣйствія ихъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, когда это ожиданіе не сбывается, воз-

никаетъ общее *чувство возмущенія* противъ того, кто такъ или иначе нарушилъ обычный порядокъ, и *стремленіе отмстить* ему за это,—стремленіе, которое выражается въ тѣхъ или иныхъ репрессивныхъ дѣйствіяхъ.

Въ указанныхъ ассоціаціяхъ идей, чувствахъ и стремленіяхъ слѣдуетъ усмотрѣть зародыши *общественнаго правосознанія* въ смыслѣ возникновенія смутнаго представленія о различіи между *правомъ и обязанностью* съ одной стороны, между *правомъ и неправдой* съ другой.

Появленіе этого зачаточнаго общественнаго правосознанія, которое впрочемъ на первыхъ порахъ сливается съ религиознымъ и нравственнымъ чувствомъ, между прочимъ влечетъ за собою одно весьма важное послѣдствіе, а именно потребность въ опредѣленномъ ви́шнемъ авторитетѣ, какъ хранителѣ и истолкователѣ этого общаго внутренняго правосознанія. Указанная потребность выражается прежде всего въ созданіи нѣкакого подобія организованнаго *суда*. Этому способствуютъ два обстоятельства. Съ одной стороны, въ громадномъ большинствѣ случаевъ потерпѣвшій или считающій себя таковымъ вынужденъ обращаться къ коллективной помощи другихъ для возстановленія нарушеннаго порядка или наложенія той или другой кары, того или другаго взысканія на обидчика, а такое обращеніе за помощью къ другимъ по самому существу дѣла предполагаетъ предварительное ознакомленіе этихъ лицъ съ сущностью происшедшаго столкновенія. Съ другой стороны, лица, къ которымъ обращаются за помощью, поневолѣ должны требовать отъ жалобщика представленія какихъ-нибудь доказательствъ въ подтвержденіе правильности его жалобы, во избѣжаніе нареканій отъ остальныхъ членовъ соціальной группы. Отсюда только шагъ къ предоставленію разрѣшенія важнѣйшихъ столкновеній либо сходу всѣхъ полноправныхъ членовъ данной соціальной группы, либо отдѣльнымъ, незаинтересованнымъ въ дѣлѣ лицамъ, пользующимся по тѣмъ или другимъ причинамъ особымъ авторитетомъ и значеніемъ (напр. жрецамъ или старѣйшинамъ).

Появленіе болѣе или менѣе организованнаго суда въ связи съ сопровождающей его выработкой системы репрессивныхъ

мѣръ приводитъ къ тому, что чисто конкретное на первыхъ порахъ общественное правосознаніе начинаетъ пріобрѣтать все болѣе отвлеченный характеръ. Во-первыхъ, человекъ, замѣчая, что нарушеніе существующаго порядка вещей ведетъ на практикѣ къ тѣмъ или инымъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, избѣгать которыхъ становится все труднѣе, все болѣе пріучается дѣйствовать по принятому даже тамъ, гдѣ ему лично хотѣлось бы поступить иначе: простая привычка переходить въ живое *чувство обязательности подчиненія установленнаго порядку вещей*, воплощенному въ авторитетныхъ представителяхъ его. Это чувство на первыхъ порахъ еще тѣсно связано съ представленіемъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ иного образа дѣйствій, но современемъ пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе, благодаря извѣстному ассоціативному закону, въ силу котораго то, что сначала представлялось желательнымъ лишь какъ средство для достиженія извѣстныхъ цѣлей (извлеченія извѣстныхъ выгодъ или избѣжанія извѣстныхъ неудобствъ), подъ вліяніемъ привычки становится желательнымъ само по себѣ, изъ средства обращается въ цѣль.

Это одно. Во-вторыхъ, подъ вліяніемъ тѣхъ же стимуловъ, крѣпнеть убѣжденіе, что не только въ тѣхъ случаяхъ, которые встрѣчаются въ повседневной практикѣ, но и во всякихъ другихъ должны существовать извѣстныя правила, какъ слѣдуетъ поступать самому и чего можно требовать отъ другихъ. вмѣстѣ съ тѣмъ является *потребность знать*, какъ именно слѣдуетъ поступать самому въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ и чего именно можно требовать отъ другихъ. Для удовлетворенія этой потребности начинаютъ обращаться за совѣтами къ лицамъ, пользующимся общимъ уваженіемъ (обыкновенно къ тѣмъ же лицамъ, къ которымъ обращаются и за разрѣшеніемъ происшедшихъ столкновеній).

Этимъ кладется начало образованію *обычнаго права*, въ смыслѣ совокупности болѣе или менѣе общихъ правилъ, которыя, какъ таковыя, получаютъ обязательную силу для членовъ даннаго общества и охраняются особо призванными къ тому лицами. Сначала эти обычаи переходятъ отъ поколѣнія къ поколѣнію въ формѣ устныхъ преданій, медленно допол-

няясь и видоизмѣняясь. Затѣмъ переходятъ къ письменному закрѣпленію ихъ.

Послѣднее обстоятельство имѣетъ весьма важное значеніе. Съ одной стороны, благодаря ему, складывающіяся въ данной средѣ правила общежитія окончательно объективируются, выливаются во внѣшнюю, такъ сказать осязательную форму, приобрѣтаютъ болѣшую опредѣленность и независимость отъ конкретнаго субъективнаго правосознанія отдѣльныхъ членовъ данной соціальной среды.

Съ другой стороны, представленіе о правѣ, до тѣхъ поръ тѣсно связанное съ представленіемъ о внѣшнемъ авторитетѣ, носителѣ его, медленно начинаетъ дифференцироваться: чувство обязательности подчиненія существующему порядку, воплощенному въ данныхъ представителяхъ его, разлагается на свои элементы, образуются два самостоятельныхъ чувства: *обязательности подчиненія существующему порядку и обязательности подчиненія указаніямъ внѣшнихъ авторитетовъ, носителей и защитниковъ этого порядка.*

Кстати сказать, послѣднее чувство, порождая привычку послушанія—съ одной стороны, вмѣстѣ съ тѣмъ порождаетъ привычку властвовать, повелѣвать, требовать подчиненія—съ другой. Тѣмъ самымъ это чувство становится прочнымъ фундаментомъ организованной общественной власти: личный авторитетъ, преклоненіе предъ тѣми или другими личными качествами руководителей уступаетъ мѣсто авторитету положенія, преклоненію предъ атрибутами власти.

Дальнѣйшее усложненіе общественной жизни, образованіе правящаго класса, возрастающее неравенство между отдѣльными общественными слоями, появленіе соціальныхъ и нерѣдко противоположныхъ интересовъ среди представителей различныхъ профессій приводитъ къ тому, что на-ряду съ обычнымъ правомъ начинаетъ проявляться и законодательная дѣятельность. Этому способствуетъ прежде всего то обстоятельство, что усиленіе общественныхъ неравенствъ, сопровождающееся появленіемъ противоположныхъ интересовъ и потребностей среди отдѣльныхъ классовъ общества, задерживаетъ спокойный ростъ общихъ обычно-правовыхъ началъ.

Вслѣдствіе этого постепенно усложняющаяся социальная жизнь начинает опережать развитіе обычнаго права. Является потребность въ сознательномъ установленіи новыхъ, а также въ измѣненіи дѣйствующихъ правилъ общежитія. И вотъ въ результатъ начинается законодательная дѣятельность, органы, формы и конкретное содержаніе которой бывають весьма различны и зависятъ отъ степени развитія самой социальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій.

Въ зависимости отъ того или иного характера этой дѣятельности измѣняется и общественное правосознаніе. При благопріятныхъ условіяхъ оно переходитъ изъ чувства обязательности подчиненія существующему порядку вещей въ живое чувство обязательности подчиненія *законному* порядку вообще; при неблагопріятныхъ условіяхъ оно напротивъ вытѣняется слѣпымъ чувствомъ обязательности подчиненія *воли властвующихъ*. Въ большинствѣ случаевъ то и другое чувство въ разныхъ пропорціяхъ борются между собою.

2) Мы разсмотрѣли общія условія возникновенія и роста общественнаго правосознанія и установили вмѣстѣ съ тѣмъ связь, которая существуетъ между развитіемъ правосознанія и развитіемъ главнѣйшихъ внѣшнихъ формъ выраженія складывающихся въ данной средѣ правилъ общежитія, каковыми въ порядкѣ исторической преемственности являются судебныя рѣшенія, обычное право и законодательная дѣятельность.

При этомъ мы убѣдились, что конкретное на первыхъ порахъ правосознаніе современемъ пріобрѣтаетъ все болѣе отвлеченный характеръ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ оно все болѣе превращается въ источникъ обязательности соблюденія тѣхъ или другихъ правилъ общежитія *вообще*, безотносительно къ содержанію дѣйствующихъ въ данной средѣ конкретныхъ нормъ.

Въ виду этого теперь выдвигается новый вопросъ: чѣмъ же опредѣляется *содержаніе* слагающихся въ данной средѣ правилъ общежитія и чѣмъ объясняется особенно на высшихъ ступеняхъ социального развитія, что въ данной средѣ дѣйствуютъ именно данныя нормы, а не другія какія-нибудь?

Прежде чѣмъ приступить къ разрѣшенію его, мы позво-

лимъ себѣ маленькое отступленіе. Скажемъ два слова о методѣ, при помощи котораго мы пришли къ добытымъ нами пока результатамъ.

Исходнымъ пунктомъ для насъ послужили данныя личнаго и коллективнаго внутренняго опыта. Поставивъ себѣ вопросъ, въ чемъ заключается самостоятельное основаніе обязательности юридическихъ нормъ, свободное отъ примѣси религіозныхъ и нравственныхъ элементовъ, мы убѣдились, что такимъ основаніемъ является не сознательный волевой импульсъ, а именно унаслѣдованное нами *чувство*, которое, какъ это каждый легко можетъ убѣдиться изъ собственнаго опыта, проявляется въ двухъ различныхъ формахъ: въ однихъ случаяхъ въ формѣ чувства обязательности подчиненія законному порядку вообще, въ другихъ—въ формѣ чувства обязательности подчиненія волѣ извѣстныхъ внѣшнихъ авторитетовъ. Первое имѣетъ мѣсто при нормальныхъ условіяхъ, второе—при исключительныхъ ¹⁾.

Установивъ такимъ путемъ психологическій базисъ изслѣдованія, мы въ дальнѣйшемъ должны были попытаться свести это сложное чувство къ болѣ простымъ элементамъ, изъ которыхъ оно складывается, или иначе объяснить происхожденіе его. Это мы и попытались сдѣлать выше, причѣмъ въ заключеніе замѣтимъ, что эмпирической матеріаль, на которомъ построено предположеніе объ историческомъ приматѣ судебной практики надъ обычнымъ правомъ, заимствованъ нами главнымъ образомъ у Post'a, Die Grundlagen des Rechts ²⁾.

Мы возвращаемся къ поставленному нами выше вопросу.

При разрѣшеніи его необходимо имѣть въ виду, что всякое правило общежитія по существу своему есть *требованіе*, обращенное къ членамъ даннаго общежитія,—требованіе, съ которымъ должно быть соразмѣрено поведеніе данныхъ лицъ.

Всякое требованіе предполагаетъ представленіе о какой-нибудь цѣли и объ извѣстныхъ *средствахъ* для достиженія

¹⁾ Связанный съ этимъ спеціальнѣйшій вопросъ о возможности *конфликта* между обоими чувствами и о послѣдствіяхъ такого конфликта мы оставляемъ въ сторонѣ.

²⁾ Ср. также Мэнъ, Древнее право, стр. 4.

ея. Цѣли, какія могутъ быть намѣчены въ данномъ общежитіи, и средства, какія имѣются въ распоряженіи для достиженія ихъ, зависятъ отъ характера и степени развитія самой среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій. Отъ степени же развитія соціальной среды и отъ окружающихъ ее внѣшнихъ условій зависитъ также, какія изъ возможныхъ цѣлей и средствъ одобряются ею, признаются дозволенными или обязательными.

Сначала эти цѣли и средства намѣчаются, такъ сказать, инстинктивно, затѣмъ представленія о нихъ постепенно укрѣпляются подъ вліяніемъ привычки и подражательности и формулируются въ видѣ опредѣленныхъ правилъ общежитія. Съ этого времени становится возможнымъ болѣе сознательное отношеніе къ указаннымъ правиламъ, которое мало по малу переходитъ въ критическую оцѣнку цѣлесообразности ихъ.

Разъ возникло такое сознательное и критическое отношеніе къ дѣйствующимъ правиламъ общежитія, то дальнѣйшее сохраненіе или измѣненіе ихъ и дополненіе или замѣна ихъ новыми правилами опредѣляется *представленіями о цѣлесообразности* или нецѣлесообразности ихъ въ смыслѣ средствъ для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей—съ одной стороны, и господствующими въ данной средѣ правовыми идеалами—съ другой.

Но этого недостаточно: представленія о цѣлесообразности данныхъ нормъ и идеалы будущаго могутъ быть различны у разныхъ классовъ населенія, въ зависимости опять-таки отъ степени развитія ихъ и отъ окружающихъ ихъ внѣшнихъ условій. Чьи же представленія и идеалы имѣютъ въ данномъ случаѣ рѣшающее значеніе? Отвѣтъ напрашивается самъ собою: *представленія и идеалы правящихъ классовъ и лицъ*, какіе существовали въ прошедшемъ и какіе на-лицо имѣются въ настоящемъ.

Представленія и идеалы этихъ классовъ и лицъ въ данномъ частномъ случаѣ могутъ совпадать съ соотвѣтствующими представленіями и идеалами большинства населенія или расходиться съ ними. Это зависитъ, съ одной стороны, отъ общаго уровня культурнаго развитія населенія, съ другой стороны

отъ того, какіе классы населенія успѣли выдвинуться впередъ, въ какой формѣ выражается участіе ихъ въ общественныхъ дѣлахъ и т. д.

Въ зависимости отъ этого возможны самыя разнообразныя комбинаціи. Не вдаваясь въ подробности, мы замѣтимъ только, что большее или меньшее соотвѣтствіе дѣйствующихъ въ данной соціальной средѣ правилъ общежитія съ желаніями и представленіями большинства населенія, живущаго сознательной жизнью, усиливаетъ авторитетность ихъ: это потому, что при такихъ условіяхъ правосознаніе въ смыслѣ чувства обязательности подчиненія законному порядку вообще *ассоцируется* съ убѣжденіемъ въ цѣлесообразности дѣйствующаго порядка, конкретной системы нормъ. И наоборотъ: антагонизмъ въ указанномъ отношеніи приводитъ къ борьбѣ между чувствомъ обязательности подчиненія законному порядку вообще и сознаніемъ нецѣлесообразности дѣйствующаго порядка, что можетъ привести къ ослабленію чувства законности, а при извѣстныхъ условіяхъ и къ столкновеніямъ между правящими классами или лицами и большинствомъ населенія.

Подведемъ итоги сказанному. Мы видимъ, что источникомъ обязательности юридическихъ нормъ является не сознательный волевой импульсъ, а постепенно сложившееся и унаследованное нами чувство, которое проявляется въ охарактеризованныхъ выше двухъ формахъ. Это чувство объясняетъ намъ только, почему мы *вообще* подчиняемся нормамъ даннаго порядка. Оно вовсе не объясняетъ намъ, ни почему въ данной средѣ дѣйствуютъ именно данныя нормы, ни почему *данныя, конкретныя* нормы причисляются къ юридическимъ, а не религіознымъ или нравственнымъ и т. д.

Къ разрѣшенію послѣдняго вопроса мы и обратимся теперь.

III.

Въ чемъ заключается сущность юридическихъ нормъ, въ чемъ ихъ отличительныя особенности въ противоположность всякаго рода инымъ велѣніямъ,—вотъ проблема, которую намъ предстоитъ разрѣшить.

Разсуждая а ргіогі, мы можемъ избрать двоякій путь для этого: мы должны отыскать или внѣшній, формальный критерій, отличающій юридическія нормы отъ велѣній иного порядка, или же внутренній, матеріальный критерій. Въ настоящее время мы ограничимся первымъ путемъ.

Итакъ, чѣмъ съ внѣшней, формальной стороны характеризуются юридическія нормы въ противоположность инымъ нормамъ?

Такимъ внѣшнимъ критеріемъ на нашъ взглядъ является различіе въ *органахъ*, въ силу авторитета которыхъ за данными нормами признается обязательное значеніе. По отношенію къ юридическимъ нормамъ такими органами являются лица и учрежденія, осуществляющія въ данное время функции государственной власти. Съ этой точки зрѣнія *юридическія нормы суть нормы, признаваемыя обязательными въ силу того, что онѣ признаются таковыми со стороны органовъ государственной власти.* Въ противоположность имъ религіозными велѣніями являются велѣнія, признаваемыя обязательными въ силу церковныхъ авторитетовъ, нравственными нормами—нормы, признаваемыя обязательными въ силу личного убѣжденія, личного авторитета, техническими нормами—нормы, признаваемыя обязательными въ силу авторитета науки или практики, и т. д.

Таково общее положеніе. Намъ предстоитъ теперь ближе разъяснить и обосновать его.

1) Прежде всего возникаетъ вопросъ: въ какомъ смыслѣ требуется признаніе обязательности данныхъ нормъ со стороны органовъ государственной власти?

На это нужно дать такой отвѣтъ: норма признается юридической нормой, разъ она сложилась въ *признанной* органами государственной власти *формѣ образованія обязательныхъ нормъ.*

Важнѣйшими изъ этихъ формъ являются законъ, обычай и судебная практика.

Признаніе можетъ быть *открытое* или *молчаливое*, *добровольное* или *вынужденное.*

Противъ этого нельзя возразить, что при такомъ широ-

комъ толкованіи момента признанія онъ фактически сводится на нѣтъ. Это было бы справедливо въ томъ только случаѣ, если бы мы, по примѣру Бирлинга, стали понимать подъ признаніемъ и бессознательное признаніе. Бессознательнаго признанія дѣйствительно не существуетъ и не можетъ существовать. Но молчаливое или вынужденное признаніе все же есть сознательное признаніе,—различіе между этими видами признанія и признаніемъ открытымъ и добровольнымъ заключается лишь въ мотивахъ и во внѣшнихъ проявленіяхъ его.

Итакъ, *юридическими нормами являются нормы, возникшія въ признанной органами государственной власти (открыто или молчаливо, добровольно или по необходимости) формѣ образованія обязательныхъ нормъ.*

Таковъ формальный критерій, характеризующій всѣ юридическія нормы и общій всѣмъ имъ. Разъ данная норма удовлетворяетъ этому условію, то она признается со стороны указанныхъ органовъ обязательною для всѣхъ, кого она касается.

Дѣйствительно, легко убѣдиться, что подъ эту формулу подходятъ всѣ безусловно нормы, которыя согласно установившейся терминологіи причисляются къ юридическимъ нормамъ, какъ-то нормы, издаваемые самими подлежащими органами государственной власти въ законодательномъ и административномъ порядкѣ (законы и указы, по терминологіи проф. Коркунова), нормы обычнаго права, нормы, выработанныя судебной и административной практикой, такъ называемыя статутарныя нормы, выработанныя въ средѣ подчиненныхъ государству союзовъ, наконецъ и нормы международнаго права.

Въ самомъ дѣлѣ, всѣ эти нормы признаются обязательными постольку, поскольку органами государственной власти признается соответствующая форма образованія ихъ. Признаніе это нерѣдко бываетъ молчаливое, въ особенности въ примѣненіи къ нормамъ обычнаго права и административной практики, подчасъ и вынужденное, въ особенности въ примѣненіи къ статутарнымъ нормамъ (при слабости центральной власти). Но во всякомъ случаѣ, въ той или другой формѣ, но признаніе за нормой обязательнаго значенія со

стороны органовъ государственной власти необходимо. Норма, не признаваемая никѣмъ изъ подлежащихъ органовъ государственной власти, не можетъ быть признана юридической нормой.

Правда, въ примѣненіи къ обычному праву нѣкоторые ученые учили и учать, будто оно обладаетъ полной самобытностью, полной независимостью, будто оно дѣйствуетъ помимо всякаго признанія его со стороны органовъ государственной власти. Рѣзче всего этотъ взглядъ былъ формулированъ Пухтой, который прямо заявляетъ, что обычное право стоитъ въ такой тѣсной и необходимой связи съ понятіемъ народа, что въ дѣйствительности не можетъ быть вовсе вопроса о томъ, имѣетъ ли обычное право силу и на какомъ основаніи.

Это однако вѣрно лишь въ томъ смыслѣ, что для образованія обычно-правныхъ нормъ не требуется официальнаго, открытаго признанія обычнаго права въ законѣ. Но отсюда далеко до утвержденія, будто возможно обойтись безъ всякаго признанія этихъ нормъ со стороны органовъ государственной власти. Подобное признаніе совершенно необходимо, по крайней мѣрѣ со стороны суда, который конечно тоже есть органъ государственной власти и отъ котораго въ случаѣ спора зависитъ разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли признать или не признать существованіе данной нормы обычнаго права. Такого признанія конечно легче добиться отъ суда, если законъ открыто признаетъ силу обычно-правныхъ нормъ. Его труднѣе добиться, разъ въ законѣ содержится прямое запрещеніе признавать обязательную силу за обычаями. Но и въ послѣднемъ случаѣ подобное признаніе со стороны суда не невозможно, ибо судъ, имѣя постоянно дѣло съ реальными, жизненными отношеніями, не можетъ относиться къ нимъ чисто отрицательно, а долженъ современемъ дѣлать имъ уступки. Съ другой стороны, пока данная норма, сама по себѣ могущая пріобрѣсти значеніе юридическаго обычая, никѣмъ изъ органовъ государственной власти не признается обязательной, она не можетъ считаться юридической нормой, юридическимъ обычаемъ, а служить

только показателемъ субъективныхъ стремленийъ и желаній, образовавшихся въ данной мѣстности или въ данномъ классѣ общества.

Итакъ, наблюденія надъ фактами дѣйствительности вполнѣ подтверждаютъ правильность нашей формулы. Это одно. Съ другой стороны, тѣ же наблюденія свидѣтельствуютъ о томъ, что для приобрѣтенія данной нормой характера юридической нормы ничего другаго кромѣ признанія ея обязательнаго значенія со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти въ указанномъ выше смыслѣ не требуется.

Въ частности, для признанія данной нормы юридической не требуется, чтобы тотъ или иной органъ государственной власти, и въ частности законодатель, принялъ участіе въ *выработкѣ* ея, чтобы она въ этомъ смыслѣ удостоилась *спеціального* признанія. Дѣйствительно, законодатель не участвуетъ въ выработкѣ обычно-правныхъ, статутарныхъ нормъ, нормъ судебной практики, судъ не участвуетъ въ выработкѣ законовъ и т. д. Всѣ эти органы, каждый въ своей сферѣ, руководствуются лишь тѣмъ, возникла ли данная норма въ признанной формѣ образованія обязательныхъ нормъ.

Равнымъ образомъ не требуется, чтобы соблюденіе данной нормы обезпечивалось мѣрами внѣшняго принужденія, чтобы она въ этомъ смыслѣ была нормой принудительной: существуетъ немало нормъ, которыя считаются обязательными въ силу того, что онѣ возникли въ признанной органами государственной власти формѣ, хотя онѣ не охраняются никакими мѣрами внѣшняго принужденія: стѣдуетъ вспомнить хотя-бы о нормахъ международнаго права, о многихъ статутарныхъ нормахъ.

Въ заключеніе позволимъ себѣ сдѣлать еще одно замѣчаніе: признаніе обязательности данныхъ нормъ со стороны органовъ государственной власти не слѣдуетъ смѣшивать съ дѣйствительнымъ соблюденіемъ ихъ со стороны этихъ органовъ. Первое само по себѣ вовсе не обезпечиваетъ послѣдняго. Это вытекаетъ уже изъ самаго понятія нормы какъ велѣнія: всякое велѣніе можетъ быть нарушено, и наруши-

телями могутъ быть конечно не только частныя, но и должностныя лица. Соблюденіе дѣйствующихъ въ данной средѣ нормъ и въ частности законовъ, подчиненіе имъ не только со стороны частныхъ, но и должностныхъ лицъ зависитъ не только отъ характера нормы, какъ юридической, но и отъ степени развитія чувства уваженія къ законному порядку не только въ средѣ управляемыхъ, но и управляющихъ.

2) Въ предшествующихъ строкахъ мы постарались развить и обосновать нашъ взглядъ на сущность юридическихъ нормъ. Теперь обратимъ вниманіе еще на одно обстоятельство. Наша формула даетъ намъ возможность пролить до известной степени новый свѣтъ на рядъ проблемъ, издавна возбуждавшихъ споры и разногласія среди ученыхъ изслѣдователей. Мы позволимъ себѣ вкратцѣ остановиться на двухъ спорныхъ вопросахъ, а именно: являются ли судебная практика и наука права самостоятельными формами образованія юридическихъ нормъ (или, какъ принято выражаться, „источниками“ права), или нѣтъ?

Разрѣшеніе этого вопроса въ томъ или другомъ смыслѣ съ нашей точки зрѣнія всецѣло зависитъ отъ того, признаютъ ли органы государственной власти судебную практику и науку права формами образованія обязательныхъ нормъ, или нѣтъ.

Что касается прежде всего *судебной практики*, то здѣсь сомнѣніе насчетъ дѣйствительнаго значенія ея вытекаетъ изъ того соображенія, что мы привыкли считать за ближайшую задачу суда примѣненіе существующихъ, а не созданіе новыхъ нормъ. Но не слѣдуетъ забывать, что задача суда не исчерпывается примѣненіемъ права къ конкретнымъ случаямъ. Ограничивать дѣятельность суда однимъ только примѣненіемъ права немыслимо даже въ современныхъ, культурныхъ государствахъ при сравнительно высокомъ развитіи законодательства. Тѣмъ менѣе это возможно на болѣе раннихъ ступеняхъ культурнаго развитія. Чѣмъ несовершеннѣе состояніе дѣйствующаго права, тѣмъ важнѣе роль судебной практики въ дѣлѣ образованія юридическихъ нормъ.

Это положеніе какъ нельзя лучше иллюстрируется исторіей права. Она свидѣтельствуетъ о томъ, что бывали даже при-

мѣры, когда творческое значеніе судебной практики въ дѣлѣ образованія юридическихъ нормъ пользовалось открытымъ, официальнымъ признаніемъ. Достаточно вспомнить эдиктальную дѣятельность римскихъ преторовъ, основанную на формально признанномъ за ними *jus edicendi*.

Въ настоящее время мы подобнаго прямого признанія творческаго значенія судебной практики не встрѣчаемъ. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы суды на самомъ дѣлѣ не то чтобы ограничивались, а могли бы ограничиваться примѣненіемъ дѣйствующихъ нормъ.

Во всякомъ законодательствѣ встрѣчаются неполнота, противорѣчія, неясныя постановленія. Для ихъ устраненія, по вѣрному замѣчанію проф. Коркунова, представляются обыкновенно нѣсколько путей и выборъ между этими различными, но одинаково возможными путями, дѣлаемый судебной практикой, *можетъ* (прибавимъ мы съ своей стороны) привести къ установленію новыхъ нормъ, разъ данное толкованіе начинаетъ считаться обязательнымъ *не въ силу внутренняго убѣжденія суда въ правильности его, а въ силу либо того, что оно освящено прежней практикой, либо того, что оно исходитъ отъ высшаго суда*, покоится на его авторитетѣ. Тутъ и прямое запрещеніе закона мало помогаетъ: оно приводитъ лишь къ тому, что вмѣсто открытаго признанія силы судебныхъ прецедентовъ и авторитета высшаго суда устанавливается молчаливое признаніе сложившихся такимъ путемъ нормъ.

Лучшимъ подтвержденіемъ сказаннаго служить положеніе дѣла у насъ. Формально нашъ законъ не признаетъ обязательнаго значенія за нормами, вырабатываемыми судебной практикой. Напротивъ, законъ, обязывая суды не уклоняться отъ толкованія закона даже въ перечисляемыхъ въ ст. 10 Уст. гражд. суд. и ст. 13 Уст. угол. суд. случаяхъ, исходитъ изъ предположенія, что суды въ каждомъ данномъ случаѣ будутъ толковать законъ исключительно по внутреннему убѣжденію, не стѣсняясь судебными прецедентами и авторитетомъ высшихъ инстанцій и въ особенности Кассационныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената, если только разъясненіе Сената

не состоялось по данному дѣлу, подлежащему уже обсужденію низшаго суда и возвращенному Сенатомъ въ виду неправильнаго толкованія закона. На дѣлѣ однако низшія судебныя инстанціи при разрѣшеніи спорныхъ вопросовъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ безпрекословно подчиняются разясненіямъ, преподаваемымъ Сенатомъ. Да это и вполне естественно, ибо не говоря уже о томъ, что самъ Сенатъ склоненъ считать свои толкованія закона обязательными для низшихъ судовъ не только по данному дѣлу, но и по однороднымъ съ нимъ дѣламъ, существуютъ и другіе мотивы, по которымъ суды рѣдко стануть уклоняться отъ началъ, установленныхъ сенатской практикой. Съ одной стороны, подчиняться сенатскому толкованію удобно для суда, ибо это освобождаетъ его отъ необходимости дать самостоятельную мотивировку юридическимъ основаніямъ своего рѣшенія. Съ другой стороны, въ случаѣ принесенія кассационной жалобы на рѣшеніе суда, несогласное съ ранѣе высказанными взглядами Сената, есть гораздо бѣльшая вѣроятность кассации рѣшенія, чѣмъ въ противномъ случаѣ. А такъ какъ дѣла въ такихъ случаяхъ для пересмотра ихъ передаются обыкновенно въ тотъ же судъ, который постановилъ отмѣненное по дѣлу рѣшеніе (хотя и въ другомъ составѣ), причемъ подтвержденное разясненіе Сената получаетъ уже безусловно обязательное значеніе для суда, то послѣдній конечно по возможности будетъ избѣгать столкновеній, сопряженныхъ съ новымъ значительнымъ обремененіемъ и безъ того заваленныхъ работою членовъ своихъ.

Итакъ, слѣдуетъ признать, что судебная практика открыто или молчаливо всегда должна будетъ сохранить характеръ одной изъ формъ образованія юридическихъ нормъ. Отличительная особенность вырабатываемыхъ ею нормъ вполне исчерпывается слѣдующимъ опредѣленіемъ: нормы судебной практики суть нормы, признаваемые обязательными либо въ силу того, что онѣ освящены прежней практикой, либо въ силу авторитета высшаго суда.

Мы переходимъ къ *науцѣ права*. Могутъ ли положенія, вырабатываемыя ею, быть признаны юридическими нормами?

Въ литературѣ этотъ вопросъ принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ.

Съ нашей точки зрѣнія разрѣшеніе его въ томъ или иномъ смыслѣ обусловливается двумя обстоятельствами: во-1-хъ, характеромъ самаго научнаго положенія, и, во-2-хъ, признаніемъ обязательнаго значенія за подобнаго рода положеніями со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.

Что касается перваго условія, то есть не мало научныхъ положеній, которыя сами по себѣ вполне могли бы пріобрѣсти характеръ юридическихъ нормъ.

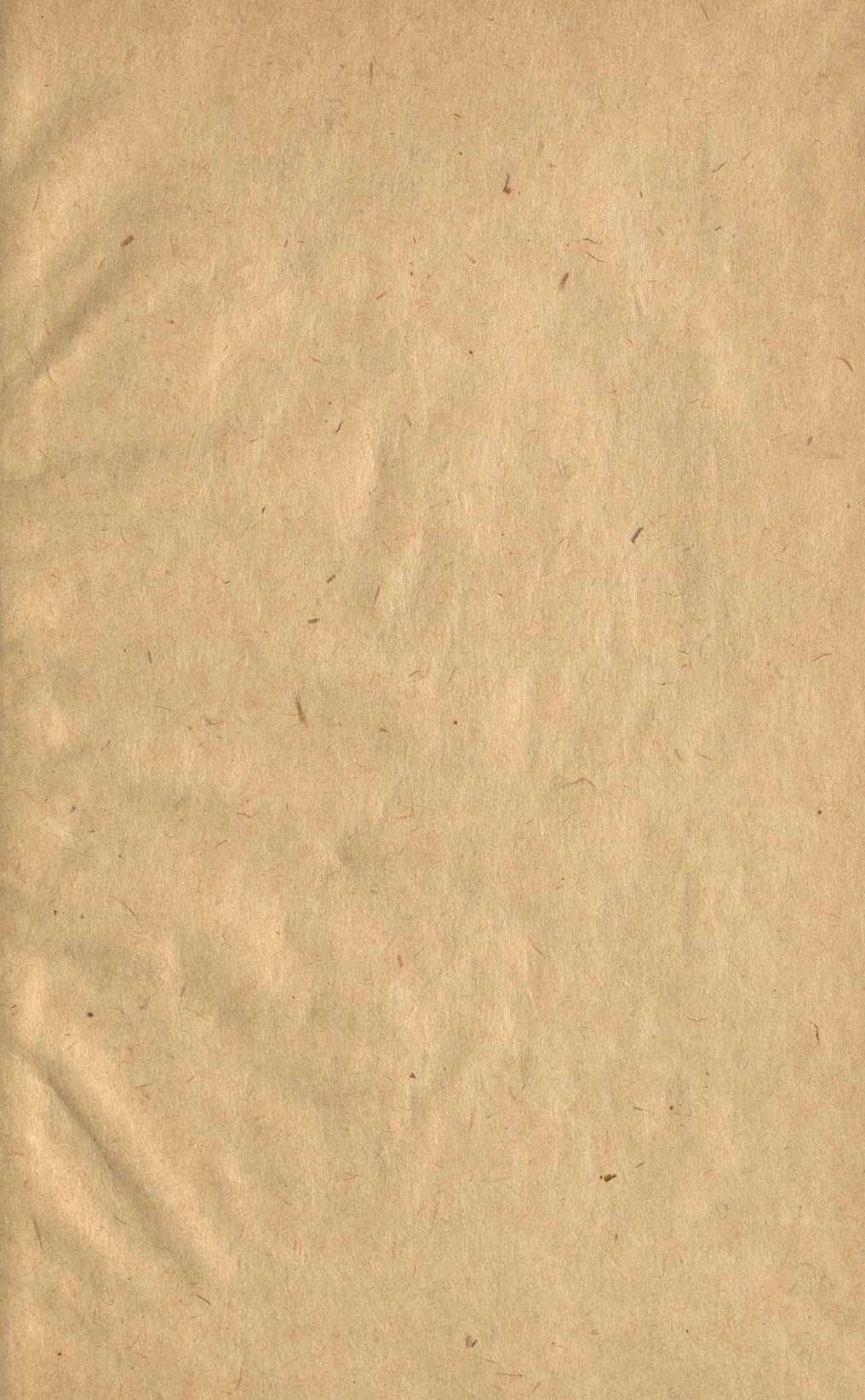
Относительно втораго условія нельзя не замѣтить, что въ исторіи встрѣчаются примѣры признанія самостоятельнаго значенія науки права въ дѣлѣ выработки юридическихъ нормъ. Самый рельефный примѣръ такого рода представляетъ опять-таки Римъ. Какъ извѣстно, юриспруденція въ Римѣ при императорахъ добилась оффиціального признанія своего значенія въ качествѣ „творца права“: именно со временъ Августа извѣстнымъ выдающимся юристамъ стали жаловать *jus respondendi*, право давать заключенія по спорнымъ вопросамъ права, если о томъ ихъ просили заинтересованныя лица и судебныя мѣста. Эти заключенія первоначально имѣли обязательное значеніе лишь по тому дѣлу, по которому они были постановлены, но вскорѣ на нихъ стали ссылаться и въ аналогичныхъ случаяхъ. Во II вѣкѣ юристъ Гай въ своихъ институціяхъ о *responsa prudentium* упоминаетъ уже наряду съ законами и другими оффиціально признанными формами образованія юридическихъ нормъ. Процессъ этотъ завершился въ V ст., когда были изданы въ законодательномъ порядкѣ (*lex Valentiniana allegatoria*) особыя правила, какъ поступить въ случаѣ разногласій во мнѣніяхъ признанныхъ авторитетовъ.

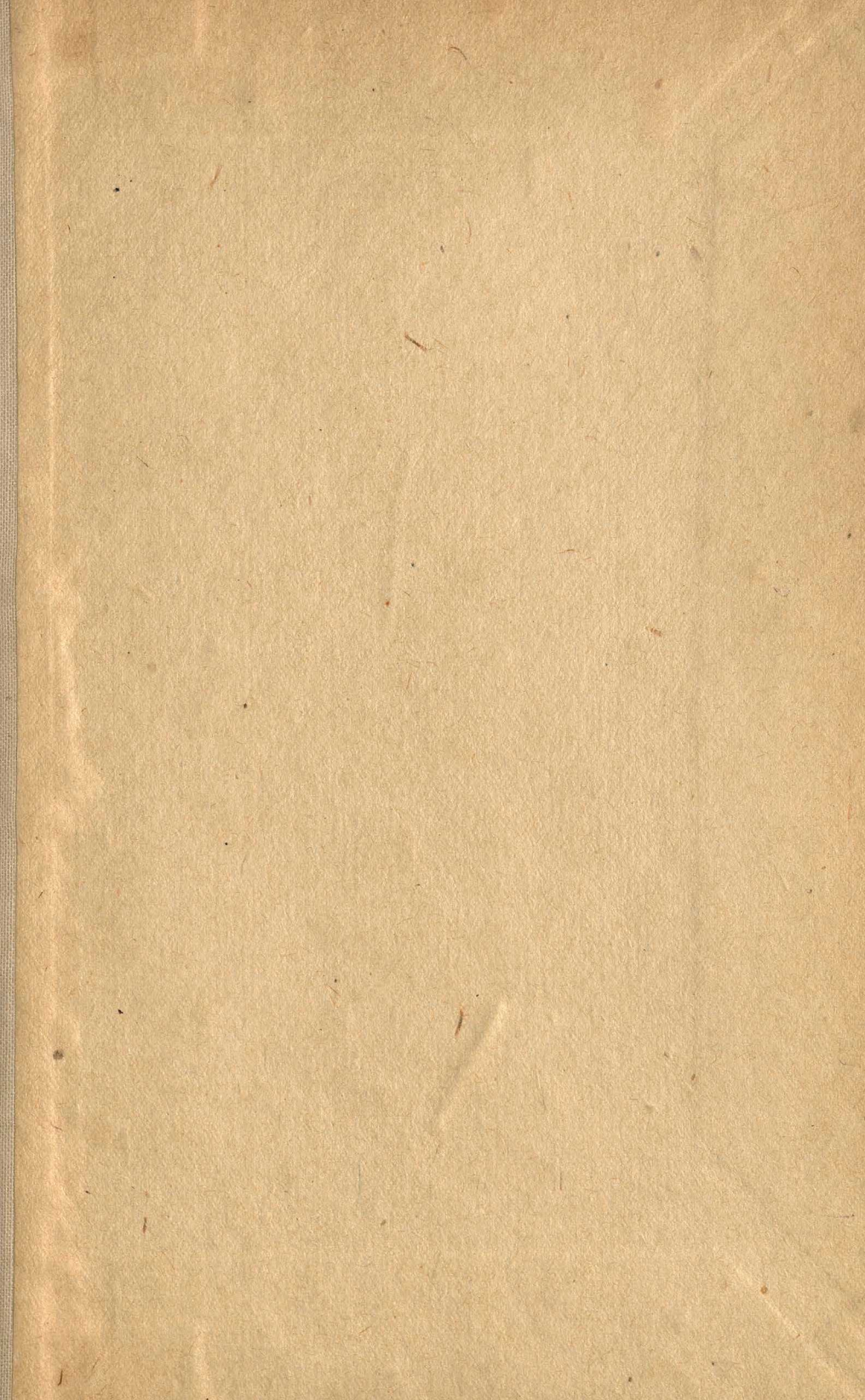
Въ современныхъ государствахъ мы подобнаго оффиціального признанія науки права не встрѣчаемъ. Молчаливое же признаніе по существу дѣла немислимо. Дѣло въ томъ, что ученые во взглядахъ своихъ на отдѣльные спорные вопросы права часто расходятся; разъ признавать обязательное значеніе за положеніями, выставляемыми ими, то тотчасъ воз-

никаетъ вопросъ, какъ поступать суду въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ единообразія во взглядахъ. Приходится или прибѣгать къ механическому счету голсовъ, какъ это было установлено въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ; но это почти неосуществимо иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ. Или же судъ невольно будетъ рѣшать дѣла въ такихъ случаяхъ по внутреннему убѣжденію, какъ это и происходитъ на самомъ дѣлѣ. Но съ этимъ несовмѣстимо хотя-бы молчаливое признаніе обязательной силы научныхъ положеній.

Въ виду изложенныхъ соображеній придется признать, что наука права въ настоящее время не можетъ быть причислена къ формамъ образованія юридическихъ нормъ.

55







2011096341