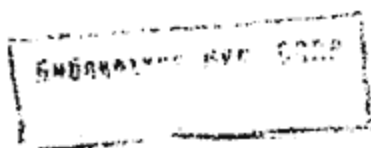


2812

Г. Ф. Шершеневичъ.

~~Съдъ~~
ОБЩАЯ
ТЕОРІЯ ПРАВА.

МОСКВА.
ИЗДАНИЕ БР. БАШМАКОВЫХЪ.



2812

Г. Ф. Шершеневичъ.

ОБЩАЯ
ТЕОРИЯ ПРАВА.

~~24757~~

—
Выпускъ первый.



МОСКВА.

Издание Бр. Башмаковыхъ.

1910.

ОГЛАВЛЕНИЕ

четырехъ выпусковъ.

Глава I. Философія права.	Стр.
§ 1. Задачи философіи	1
§ 2. Задачи философіи права	15
§ 3. Философія права и естественное право	26
§ 4. Философія права и общая теорія права	39
§ 5. Философія права и социологія	49
§ 6. Философія права и энциклопедія права	57
Глава II. Человѣкъ и его потребности.	
§ 7. Гипотеза изолированнаго человѣка	63
§ 8. Потребности человѣка	71
§ 9. Преобразование психики человѣка	80
§ 10. Преобразование поведенія человѣка	88
Глава III. Общество.	
§ 11. Понятіе объ обществѣ	97
§ 12. Механическое представленіе объ обществѣ	106
§ 13. Органическое представленіе объ обществѣ	111
§ 14. Біологическое представленіе объ обществѣ	116
§ 15. Материалистическое представленіе объ обществѣ	120
§ 16. Психологическое представленіе объ обществѣ	126
§ 17. Общественное сознаніе	129
§ 18. Общество и индивидъ	135
§ 19. Образование общества	148
Глава IV. Правила общежитія.	
§ 20. Содержаніе социальныхъ нормъ	152
§ 21. Виды социальныхъ нормъ	160
§ 22. Нормы нравственности	168
§ 23. Мотивы нравственнаго поведенія	177
§ 24. Нравственная санкція	190

Глава V. Государство.

Стр.

§ 25. Понятіе о государствѣ	199
§ 26. Государственная власть	214
§ 27. Государство и общество	230
§ 28. Задачи государства	241
§ 29. Происхождение государства	250
§ 30. Формы государства	261

Глава VI. Право.

§ 31. Постановка вопроса	273
§ 32. Нормы права	280
§ 33. Мотивы правового поведенія	290
§ 34. Право и государство	300
§ 35. Право и нравственность	315
§ 36. Критика главныхъ теорій о сущности права	329
§ 37. Оправданіе права	354

Глава VII. Формы права.

§ 38. Общій обзоръ формъ права	368
§ 39. Законъ	381
§ 40. Виды законовъ	391
§ 41. Дѣйствіе закона во времени	397
§ 42. Дѣйствіе закона по мѣсту	409
§ 43. Законодательство въ Россіи	420
§ 44. Правовые обычаи	431
§ 45. Административный указъ	458
§ 46. Судебная практика	465

Глава VIII. Образование права.

§ 47. Ученіе школы естественнаго права	475
§ 48. Ученіе исторической школы	478
§ 49. Поправки Іеринга и Муромцева	486
§ 50. Ученіе экономическаго матеріализма	493
§ 51. Происхождение права	499
§ 52. Развитие права	506

Глава IX. Система права.

§ 53. Основанія дѣленія	513
§ 54. Различіе по матеріальному моменту	522
§ 55. Различіе по формальному моменту	526
§ 56. Установленіе различія	533
§ 57. Государство, какъ субъектъ частно-правовыхъ отношеній	540
§ 58. Система публичнаго права	547
§ 59. Система частнаго права	554
§ 60. Историческое развитіе дѣленія права на публичное и частное	558

Глава X. Юридическое отношеніе.	Стр.
§ 61. Строеніе юридическаго отношенія	568
§ 62. Субъектъ права	574
§ 63. Объектъ права	588
§ 64. Субъективное право	600
§ 65. Правовая обязанность	618
§ 66. Движеніе юридическаго отношенія	623
Глава XI. Нарушеніе права.	
§ 67. Понятіе, виды и послѣдствія правонарушенія	629
§ 68. Уголовное правонарушеніе	644
§ 69. Уголовная отвѣтственность	656
§ 70. Гражданское правонарушеніе	676
§ 71. Гражданская отвѣтственность	690
Глава XII. Примѣненіе права.	
§ 72. Логическій процессъ примѣненія	699
§ 73. Принципы примѣненія права	704
§ 74. Критика	716
§ 75. Толкованіе	723
§ 76. Аналогія	742
Глава XIII. Методологія юридическихъ наукъ.	
§ 77. Задачи и методы правовѣдѣнія	758
§ 78. Догматическій методъ	768
§ 79. Историческій методъ	784
§ 80. Соціологическій методъ	791
§ 81. Критическій методъ	798

ГЛАВА I.

Философія права.

§ 1.

Задачи философіи.

Литература: Вундтъ, *Введеніе въ философію*, 1902, стр. 5—32; Паульсенъ, *Введеніе въ философію*, 1894, стр. 1—50; Корнелиусъ, *Введеніе въ философію*, 1905, стр. 1—52; Струве, *Введеніе въ философію*, 1890, стр. 57—404; Навиль, *Что такое философія*, 1896; Лесевичъ, *Что такое научная философія*, 1891; Дильтей, *Суцность философіи* („Философія въ систематическомъ изложеніи“), 1909, стр. 1—70; Виндельбандъ, *Что такое философія* („Прелюдіи 1904, стр. 1—44“); Риккертъ, *О понятіи философіи* („Логосъ“, 1910, № 1); Спенсеръ, *Основныя начала*, 1897, стр. 1—130; Лопатинъ, *Положительныя задачи философіи*, 1886, стр. 1—81; кн. С. Н. Трубецкой, *Метафизика древней Греціи* („Собраніе сочиненій“, т. III, 1910, стр. 1—44); Гротъ, *Философія и ея общія задачи*, 1904.

Философія обладаетъ весьма почтеннымъ прошлымъ. По своему возрасту она старше наукъ, которыя она выносила въ себѣ и которыя большею частью лишь недавно стали на ноги. Но и до сихъ поръ вопросъ о томъ, что слѣдуетъ понимать подъ именемъ философіи, не имѣетъ твердо установленнаго отвѣта. Какъ въ исторіи, такъ и въ настоящее время, философіи ставятъ задачи, далеко не сходныя по своему объему и содержанію.

Въ Греціи, съ которой начинается исторія европейской философіи, не существовало различія между философіей и наукой. Греческіе философы обладали всею совокупностью современныхъ имъ знаній, они были одновременно математики, физики, астрономы, зоологи, ботаники, даже медики, а также знатоки этики и политики. Возможность для единичнаго ума охватить всю сумму

свѣдѣній о природѣ и обществѣ обуславливалась, конечно, незначительнымъ уровнемъ научнаго развитія и элементарностью познанія, приобрѣннаго посредствомъ опыта. Мало того, что греческая философія совпадала съ наукою, она включала еще въ свой составъ и житиетскую мудрость, создавая правила благо-разумнаго поведенія, воздвигая идеалы человѣка и общества. Однако греческая философія, проникнутая свѣтскимъ духомъ, отграничилась отъ народной религіи и проявила отрицательное отношеніе къ политеизму и антропоморфизму, присущимъ греческому религиозному представленію ¹⁾.

Въ средніе вѣка близость философіи къ наукѣ, столь характерная для классическаго міра, нарушается. Научная мысль, способная обнаружить факты, несогласные съ установившимся католическимъ міровоззрѣніемъ, не находитъ доступа въ христіанское средневѣковое общество. Въ Откровеніи міръ познанъ и задача человѣка опредѣлена, а потому свободное научное изслѣдованіе неумѣстно. Философія же получаетъ особое назначеніе. Лишенная самостоятельности, она поступаетъ въ услуженіе къ религіи. Ея цѣлью становится рачіоналистическое оправданіе религиозныхъ догматовъ. Принимая догматъ за безспорное, философія обязывается привести надлежащія доказательства логической его вѣрности (*Cur Deus homo?*). Въ этой области ей не предоставлялась свобода усмотрѣнія, хотя трудно было, конечно, думать, чтобы за все время своего служенія философія не скопчила тайно кое-чего лично для себя ²⁾.

¹⁾ Философія буквально обозначаетъ любовь къ мудрости, философъ—это любитель (*philos*) мудрости (*sophia*). По словамъ Геродота, Крезъ называлъ Солона философомъ за его путешествія безъ всякой корыстной цѣли, изъ одной лишь любви къ познанію. Самъ Геродотъ называетъ семь греческихъ мудрецовъ не философами, а софистами (*Исторія въ девяти книгахъ*, пер. Мищенко, I, 29, IV, 95). По преданію, передаваемому Цицерономъ, Пинагоръ первый присвоилъ себѣ имя философа (*Тускуланскія бесѣды*, V, 3). Платонъ философіею называлъ и отдѣльныя науки, напр., геометрію. Аристотель, съ одной стороны, отождествляетъ философію съ научнымъ знаніемъ, а съ другой—обособляетъ ее подъ именемъ первой философіи (*ἡ πρώτη φιλοσοφία*), какъ ученіе объ основнхъ началахъ бытія (*Метафизика*, кн. IV, гл. 1—3).

²⁾ По мнѣнію основателя средневѣковой философіи Іоанна Скотта Эригены (IX вѣкъ), истинная философія въ то же время и истинная религія, и, обратно, истинная религія не можетъ не быть философіей. „Человѣческая мудрость, —говоритъ Петръ Даміанскій (XI вѣкъ),—должна смириться и никогда не выходить изъ роли

Въ новое время, которое характеризуется освобожденіемъ отъ рковнаго авторитета, философія стремится отмежеваться отъ теологіи и сблизиться съ наукой, для которой со времени реформациі открывается широкое поле дѣятельности. Опасенія католицизма вполнѣ оправдались. Успѣхи астрономіи и новыя географическія открытія поколебали довѣріе къ догматическому міросозерцанію, а вѣра въ разумъ подорвала вѣру въ авторитетъ. Несмотря на успѣхи наукъ, кругъ знаній остается все же настолько еще незначительнымъ, что выдающіеся умы, какъ и въ греческій періодъ, сохраняютъ возможность овладѣть ими вполнѣ и соединить съ ними философію. Относительно Декарта, Бэкона, Лейбница, Ньютона, Локка трудно сказать, преобладаетъ ли въ нихъ философъ надъ ученымъ или ученый надъ философомъ.

Но насталъ моментъ, когда это единеніе между наукой и философіей оказалось вновь нарушеннымъ, на этотъ разъ не по независящимъ обстоятельствамъ, а по винѣ философіи. Въ первую четверть XIX столѣтія германская философія оторвалась отъ науки и самоувѣренно пыталась достигъ цѣли познанія помимо научнаго пути. Взобравшись на крайнія высоты метафизической спекуляціи, философія горделиво поглядывала на кропотливую дѣятельность ученыхъ, и выбрасывала одну за другой системы, сполна объясняющія все сущее ³⁾.

Между тѣмъ, въ то же самое время, научная пылкость, освобожденная отъ всякихъ оковъ, бросилась во всѣ уголки міра, стремясь всюду открыть новые факты и соотвѣтственно измѣнить въ глубь и въ ширь прежнее міропознаніе. На этомъ поприщѣ, для достиженія уснбшшихъ результатовъ, потребовалось прежде всего научное раздѣленіе труда, и дѣло спеціализаціи пошло огромными шагами по мѣрѣ раскрытія новыхъ областей знанія.

покорной служанки". Также и Тома Аквинскій (XIII вѣкъ) признаетъ философію за *ancilla theologiae*.

³⁾ Системы Фихте, Шеллинга и Гегеля исходятъ изъ убѣжденія, что чистое мышленіе, не выходя изъ круга понятій, способно открыть абсолютное познаніе дѣйствительности, независимое отъ опыта, а слѣдовательно и отъ опытныхъ наукъ. Фихте примѣняетъ спекулятивный методъ къ исторіи, Шеллингъ—къ природѣ, Гегель—ко всей вообще дѣйствительности. Въ лицѣ Гегеля это философское самоиѣніе достигаетъ кульминаціоннаго пункта, и въ его же лицѣ терпитъ пораженіе отъ противорѣчія даннымъ науки.

Масса ученыхъ, съ малоизвѣстными міру именами, работаетъ надъ накопленіемъ научнаго капитала. Лишь только въ какой-либо области знанія матеріаль значительно разрастется, какъ изученіе его распредѣляется между новыми группами, и происходитъ распаденіе одной науки на нѣсколько. Такимъ образомъ формируются одна наука за другою и обособляются отъ нѣкогда единаго знанія.

Почувствовавъ въ себѣ силу, науки приняли наступательное движеніе по отношенію къ своему прежнему союзнику, а потомъ сопернику. Въ своемъ наступленіи онѣ стали занимать, одну за другою, части той территоріи, которая нѣкогда принадлежала философій. Въ этой войнѣ философія, дѣйствующая быстротою передвиженія, силою патиска, неожиданностью появленія, должна была, по общему стратегическому закону, уступить наукамъ, которыя дѣйствуютъ медленно, методически и надвигаются на непріятеля массами, т. е. фактами.

Успѣхи естествознанія и историзма вызвали реакцію противъ философій, длившуюся довольно долго. Но, одержавъ блестящую побѣду, науки стали испытывать чувство разрозненности, сознать утрату прежняго единства. Чѣмъ дальше идетъ научная спеціализація, тѣмъ сильнѣе ощущается потребность въ синтезѣ. Мысль вновь потянулась къ философій, и стало очевидно, что настала пора смѣнить враждебное отношеніе мирнымъ взаимодействіемъ, къ выгодѣ той и другою стороны. Однако на какихъ условіяхъ возможенъ миръ? Останется ли за философіей территорія, хотя небольшая по сравненію съ прежней, но все же самостоятельная, пока не занятая науками, а можетъ быть и недоступная для нихъ, возможно ли совмѣстное господство философій и науки на одной и той же территоріи, при томъ безъ всякой связи между ними или при самомъ тѣсномъ взаимодействіи?

За отдѣленіемъ цѣлаго ряда областей, которыя принадлежали нѣкогда философій, а теперь приобрѣли научную самостоятельность, осталось нѣсколько наукъ, на которыя философія до сихъ поръ заявляетъ исключительныя притязанія: это логика, психологія, этика, эстетика и педагогика. Конечно, возложить преподаваніе всѣхъ этихъ предметовъ на одного профессора можно, но едва ли допустимо признавать эту сумму знаній за филосо-

фию. При такой постановкѣ извращается историческая идея философии, — гдѣ же естествознаніе, которое составляло нѣкогда главное ея содержаніе и безъ котораго недостижима полнота міровоззрѣнія? Съ другой стороны, сохраненіе перечисленныхъ предметовъ знанія въ нѣдрахъ философии—вопросъ времени, и едва ли далекаго. Психологія, благодаря завязавшимся тѣснымъ сношеніямъ съ физиологіей и психіатріей, почти совсѣмъ встала на научную почву ⁴⁾. Къ тому же обнаруживаются явное стремленіе логика и этика, а педагогика, преобразованная въ педологію, и эстетика, вѣроятно въ недалекомъ будущемъ проявятъ тѣ же наклонности. Тогда наука займетъ уже всю территорию.

Но, можетъ быть, существуетъ такая область изъ прежней философской территоріи, которая навсегда останется внѣ поля изслѣдованія специальныхъ наукъ, а потому способна дѣйствительно составить исключительное достояніе философии? Нѣкоторые склонны видѣть эту недоступную для специальныхъ наукъ твердыню въ теоріи познанія, изслѣдующей условія нашей познавательной дѣятельности, т. е. возможность и границы познанія, иначе теорію самой науки ⁵⁾. Въ такой постановкѣ философія обладала бы особымъ предметомъ изученія, какъ и всякая наука, а потому приняла бы характеръ специальной науки. Однако при превращеніи философии, какъ теоріи познанія, въ одну изъ наукъ, пришлось бы прежде всего столкнуться съ вопросомъ о размежеваніи философии съ нѣкоторыми близкими науками. Можно конечно, утверждать, что теорія познанія, какъ ученіе объ условіяхъ познанія, не совпадаетъ съ логикой, какъ ученіемъ о формахъ познанія ⁶⁾. Но слѣдуетъ имѣть въ виду, что ученіе о по-

⁴⁾ „Психологія, какъ это уже общепризнано, не представляетъ собою въ настоящее время философской науки въ собственномъ смыслѣ, а лишь такую же самостоятельную область, какъ физика, или химія, или исторія“ (W and t, *Einleitung in die Philosophie*, 1906, стр. 14).

⁵⁾ Риль, *Теорія науки и метафизики съ точки зрѣнія философскаго критицизма*, 1887; болѣе осторожно въ статьѣ, помѣщенной въ „*Философіи въ систематическомъ изложеніи*“, 1909, стр. 89; см. еще „*Введеніе въ современную философію*“, 1903, стр. 23.

⁶⁾ Напр. Паульсенъ, *Введеніе въ философію*, стр. 17, говоритъ: „Наукой о познаніи должна будто бы быть философія. Но вѣдь такая наука издавна носитъ другое имя—логика или теорія познанія“.

знанія въ широкомъ смыслѣ обнимаютъ и логику, а логика въ широкомъ смыслѣ обнимаютъ и теорію познанія. Примыкая одною стороною тѣсно къ логикѣ, теорія познанія другою стороною также близко соприкасается съ психологіей. Но, если даже область спеціальнаго изученія теоріи познанія можетъ быть точно опредѣлена, все же самое стремленіе превратить философію въ спеціальную науку и поставить ее въ ряду другихъ, противорѣчитъ издавна сложившемуся представленію, въ силу котораго философія не сопоставляется, а противопоставляется спеціальнымъ наукамъ, стоитъ не рядомъ и не среди нихъ, а надъ ними. Всякій согласится, что философію, какъ бы ни былъ важенъ предметъ спеціальнаго ея изученія для всего человѣческаго знанія, нельзя считать такою же спеціальною наукою, какъ анатомія, химія, языковѣдніе и т. п., если только не отрѣшиться отъ того представленія о философіи, какое навязывается всей богатой ея исторіей.

Наука имѣетъ дѣло съ явленіями, и только ихъ изученіе, сравненіе, обобщеніе, классифицированіе возможно для науки. Изслѣдованіе же того, что стоитъ за явленіями, и что, можетъ быть, составляетъ неизвѣстную причину ихъ, наукѣ недоступно, но возможно, говорятъ, для философіи, которая становится тогда метафизикою. Подъ именемъ метафизики слѣдуетъ понимать познаніе міра дѣйствительности, за предѣлами явленій, достигаемое посредствомъ возвышающагося надъ опытомъ умозрѣнія ⁷⁾.

Передъ метафизикою встаетъ рядъ вопросовъ огромной важности: въ чемъ сущность міра, скрытаго за явленіями, безсмертна

⁷⁾ Таково въ сущности опредѣленіе Лопатина, *Положительныя задачи философіи*, если сопоставить указанія на стр. 80 и 289—290. Несмотря на то, что метафизика одно время почти совершенно потеряла довѣріе, въ послѣднее время она снова подняла голову. Многие и сейчасъ понимаютъ философію только какъ метафизику. По мнѣнію Лопатина, *Положительныя задачи философіи*, ч. I, 1886, метафизическое знаніе и философія однозначущи (стр. 18), а „метафизическое знаніе есть вѣчто прямо противоположное знанію положительному“ (стр. 32), религія и философія „начинаютъ именно тамъ, гдѣ положительное знаніе останавливается“ (стр. 7). Того же взгляда кн. С. Трубецкой, *Метафизика древней Греціи*, 1910, который говоритъ: „отнимите метафизику, философія распадется“, „метафизика есть то, что дѣлаетъ философію философіей“ (стр. 30). Точно такъ же и для Челпанова, *О положительныхъ философскихъ направленіяхъ*, 1902, „терминъ метафизика тождественъ съ терминомъ философія“ (стр. 5).

ли душа, зачѣмъ существуетъ человѣкъ и каково его назначеніе, какъ постичь Бога и др.

Такъ какъ метафизика, не довольствуясь относительнымъ знаніемъ, какое даетъ намъ опытная наука, стремится къ постиженію абсолютнаго, то доказываніе невозможности метафизики основывается иногда на отрицаніи абсолютнаго. Но такое отрицаніе само по себѣ метафизично, потому что оно строится на предполагаемомъ знаніи того, что знать человѣческому уму не дано. Однако, допустивъ абсолютное, какъ предполагаемую причину явленій и какъ предѣлъ нашей познавательной способности, ограниченной условіями нашей организаціи, мы можемъ и должны отвергнуть его познаваемость. Куда бы ни обратился человѣческій умъ съ своими запросами, онъ всюду наталкивается на собственную ограниченность, на неспособность выйти изъ себя. „Рыба въ пруду можетъ плавать лишь въ водѣ, а не въ землѣ, но она можетъ все-таки толкаться головою въ дно и берега“^{*)}. Отрицаніе познаваемости абсолютнаго вовсе не предполагаетъ предварительнаго изслѣдованія его природы. Достаточно признать существованіе стѣны, воздвигнутой нашей собственной организаціей и раздѣляющей познаваемое отъ непознаваемаго.

Можетъ быть, непознаваемость эта только временная, и весь вопросъ сводится къ передвиженію границъ между познаваемымъ и непознаваемымъ? Быть можетъ метафизика ставитъ вопросы, и даетъ на нихъ отвѣты, пока не поспѣетъ за ней болѣе тяжелой наука и не разъяснитъ ихъ? То, что сегодня кажется наукой непознаваемымъ, открыто только для метафизики, пока завтра не станетъ доступнымъ и для науки. Но это не такъ. Метафизика невозможна не потому, что ея вопросы не стали еще предметомъ научнаго изслѣдованія, а потому что они никогда не станутъ достояніемъ науки. Мы можемъ въ подробности изучить земной міръ и даже солнечную систему,—и все же никогда не постигнемъ міра въ его пространственной и временной безконечности. Мы можемъ въ точности установить время появленія человѣческаго рода на землѣ и всѣ ступени пройденнаго имъ развитія,—и все же мы никогда не откроемъ, зачѣмъ человѣчеству

^{*)} Ланге, *Исторія материализма*, изд. 1883, т. II, стр. 56.

нужно было появиться на землѣ, для чего каждый человѣкъ въ отдѣльности зарождается и умираетъ. Стѣна, раздѣляющая познаваемое отъ непознаваемого, обладаетъ волшебнымъ свойствомъ: чѣмъ длиннѣе лѣстница, которую приставляетъ человѣкъ, съ цѣлью перелѣзть черезъ стѣну, тѣмъ выше вверхъ уходитъ сама стѣна. Чѣмъ меньше знаетъ человѣкъ, тѣмъ легче кажется ему перешагнуть препятствіе.

Но, говорятъ, отъ метафизики, при всемъ убѣжденіи въ ея невозможности, никакъ нельзя отдѣлаться, потому что человѣку врождено метафизическое влеченіе. Вся полнота опытнаго знанія не удерживаетъ и не удержитъ человѣка отъ постановки метафизическихъ вопросовъ: „гоните ихъ въ одну дверь, они войдутъ въ другую“⁹⁾. Это вѣроятно, и, можетъ быть, весь трагизмъ человѣческой жизни заключается въ непостижимости ея цѣли. Тѣмъ не менѣе философія никогда не дастъ человѣку убѣдительнаго отвѣта на этотъ назойливый вопросъ. Человѣкъ можетъ, конечно, вѣрить въ то или другое его рѣшеніе, но это не будетъ научный отвѣтъ, обставленный доказательствами, обращенными къ его уму, и метафизика, которая берется за такія задачи, неизбѣжно уходитъ въ область религіознаго вѣрованія и поэтическаго творчества¹⁰⁾.

⁹⁾ Изъ метафизическаго влеченія человѣка Вундтъ выводитъ положеніе, что „если метафизика необходима, то она должна быть и возможной“ (*Systematische Philosophie*, 1907, стр. 132).—положеніе, напоминающее кантовское: „ты можешь, потому что ты долженъ“. Самъ Вундтъ даетъ опредѣленіе метафизики, подъ которымъ едва ли поднимется настоящій метафизикъ: „метафизика—это попытка (Versuch), предпринятая на почвѣ всего научнаго сознанія какой-нибудь эпохи или особенно выдающагося ея содержанія, построить мировоззрѣніе, объединяющее составныя части спеціального знанія“ (стр. 110).

¹⁰⁾ „Поскребите метафизику,—замѣтилъ Шопенгауэръ,—изъ подъ нея выступитъ теологія“. Въ защиту метафизики нерѣдко выдвигаютъ ея облагораживающее вліяніе, ея способность поднимать идеалистическое настроеніе. Только метафизикъ свойственна безкорыстная любовь къ вѣчной истинѣ. „Если отрицать не только познаваемость истины, но и самое существованіе ея, во что обратится наука?“ (Лопатинъ, *Положительныя задачи философіи*, стр. 79). Философія, стремящаяся обойтись безъ метафизики,—„бездушна“, по мнѣнію кн. С. Трубецкаго, *Метафизика древней Греціи*, стр. 29, „плоска“, по мнѣнію Виндельбанда, *Прелюдіи*, 1904, стр. 29. Противъ такого довода въ пользу метафизики правильно возражаетъ Лавсъ, *Идеализмъ и позитивизмъ*, стр. 12: „гениальный поэтъ мысли и благородство настроенія еще не достаточно надежныя признаки истины; напротивъ, они чаще ослѣпляли, нежели освѣщали, чаще ошляпали, нежели укрѣпляли“.

Если философия не отличается отъ наукъ предметомъ познания, то нельзя ли обнаружить отличіе въ методѣ, еѣ одной свойственномъ? Можетъ быть, существуетъ такой философскій, сверхнаучный, способъ познания, который совершенно не сходенъ съ общепринятыми приѣмами¹¹⁾. Однако, одно изъ двухъ. Или философия изучаетъ тотъ же міръ явленій, какъ и наука, и тогда никакихъ иныхъ, кромѣ научныхъ, методовъ не можетъ и быть: если усвоенный философіей методъ окажется научно вѣренъ, то имъ непременно воспользуется и наука. Или же предметомъ философскаго познания признается сверхчувственное бытіе, и тогда въ философіи непримѣнны научные методы: принятыя же ея приемы раскрытія дѣйствительности, скрытой за явленіями, никогда не получаютъ научнаго одобренія¹²⁾.

Если философия невозможна внѣ наукъ, — каково, спрашивается, ея положеніе среди наукъ? Нѣкоторые готовы отождествить философію со всею суммою научнаго знанія¹³⁾. Но, при современномъ состояніи наукъ, такое совпаденіе было бы уничтожающимъ для философіи, такъ какъ нѣтъ человѣческаго ума, который способенъ охватить весь громадный матеріалъ, собранный и разработанный въ настоящее время спеціальными науками. Философия въ такомъ смыслѣ теперь совершенно немислима. Да она была бы и бесполезна, потому что простая сумма не можетъ дать ничего болѣе того, что уже заключалось въ слагаемыхъ.

¹¹⁾ Существованіе особаго философскаго метода, вслѣдъ за Гегелемъ, отстаивали у насъ Чичеринъ и Дебольскій. Первый стоялъ на почвѣ диалектическаго метода, раскрывающаго дѣйствительность изъ понятій, съ нѣкоторыми уступками въ пользу лишь опыта (*Наука и религія* 1872, *Основанія логики и метафизики*, 1894, стр. 163—216). Дебольскій считаетъ предрасудкомъ признаніе философіи опытной наукой (*Философія будущаго*).

¹²⁾ Призывая, что „главные вопросы философіи имѣютъ дѣло съ тѣми фактами, которые выходятъ за предѣлы опыта“, проф. Челпановъ въ то же время утверждаетъ, что „возможна только одинъ способъ познания, именно, при помощи опыта, наблюденія, руководимаго разсужденіемъ“ (*О современныхъ философскихъ направленіяхъ*, стр. 7 и 11).

¹³⁾ Такъ Паульсенъ, *Введеніе въ философію* 1894, стр. 18 говоритъ: „философію нельзя отдѣлять отъ другихъ наукъ, она есть ничто иное, какъ совокупность всего научнаго познанія“ (ср. еще стр. 32). Риль, *Теорія науки и метафизики*, 1887, стр. 10, присоединяется къ мнѣнію тѣхъ, которые полагаютъ, что философія и наука одно и то же. Сюда же слѣдуетъ отнести, поименому и Лесевича, *Что такое научная философія*, 1891, стр. 241, 250.

Если философия не есть наука ¹⁴⁾, но состоитъ съ ней въ самой тѣсной связи, то соотношеніе между ними можетъ быть построено на слѣдующихъ основаніяхъ. Матеріаль философскаго изслѣдованія тотъ же эмпирическій матеріаль, что и въ наукахъ, методы разработкн однн и тѣ же, какъ у философин, такъ и у наукъ. Спеціальная задача философин заключается въ объединеніи тѣхъ выводовъ, которые даются отдѣльными науками, въ видахъ построенія цѣльнаго научнаго міросозерцанія. Сырой матеріаль, уже обработанный, систематизированный и обобщенный рядомъ наукъ, поступаетъ къ философин только для окончательной отдѣлки. Обобщенія создаются, конечно, въ лабораторіи каждой науки и количество обобщеній свидѣтельствуетъ о степени развитія науки. Но обобщенія эти, въ виду ограниченности изслѣдуемой каждою наукою области, всегда будутъ имѣть частичный и разрозненный характеръ. Приведеніе ихъ къ единству, которое и составляетъ цѣль научнаго познанія, является спеціальною задачею философин, научною спеціальностью философовъ ¹⁵⁾. Отдѣльная наука стоитъ ближе или дальше отъ философин, смотря по количеству предлагаемыхъ ею обобщеній и важности ихъ для выработкн общаго міросозерцанія ¹⁶⁾.

¹⁴⁾ Виндельбанлъ, *Прелюдіи*, 1904, стр. 2, 9, оспариваетъ положеніе, будто высшимъ понятіемъ по отношенію къ философин служатъ понятіе науки. По его мнѣнію „приходится отказаться отъ надежды найти для философин ближайшее понятіе“.

¹⁵⁾ Философія, какъ высшее объединеніе достигнутаго знанія, есть дѣло совместнаго труда многихъ, время великихъ философовъ уходитъ въ прошлое. Философія, какъ наука, демократизируется. Въ наше время странно читать такіа слова: „будущее философин, какъ духовной руководительницы, есть великій философъ,—и его прншествія мы должны дожидаться“. (Риль, *Введеніе въ современную философію*, 1903, стр. 182).

¹⁶⁾ Таковъ взглядъ на задачи философин, выражаемый мыслителями, которые принадлежатъ къ разнымъ школамъ. Такъ О. Коитъ, *Лурсъ положительной философин*, рус. пер. т. I. 1900, стр. 2, понимаетъ подъ философіей „только изученіе общихъ идей различныхъ наукъ, признавая науки подчиненными одному методу и составляющими различныя части одного общаго плана изслѣдованія“. Спенсеръ, представитель агностицизма, формулируетъ задачу философин такъ: „знаніе иного класса—необъединенное знаніе; наука—отчасти объединенное знаніе; философія—вполнѣ объединенное знаніе“. (*Основныя начала*, рус. пер. 1897, стр. 110). Вундтъ, характеризующій свою философію, какъ индуктивную метафизику, опредѣляетъ философію слѣдующимъ образомъ: „философія есть такая общая наука, которая имѣетъ цѣлю объединеніе знаній, добытыхъ частными науками, въ одну, свободную отъ противорѣчій, систему, и сведеніе всѣхъ использованныхъ наукою общихъ методовъ и

Въ такомъ видѣ философія является вѣнцомъ и въ то же время основою всѣхъ наукъ. Она соединяетъ всѣ выводы, подносимые ей науками, въ одно стройное цѣлое, и изслѣдуетъ положенія, которыя лежатъ въ основѣ всѣхъ наукъ и принимаются ими подеволѣ догматически. Если настоящая философія должна основываться на научныхъ данныхъ и внѣ ихъ бесплодна, то съ другой стороны и спеціальныя науки должны считаться съ философскими заключеніями, въ случаѣ разногласія пересматривать свои выводы, никогда не забывая, что каждая наука въ отдѣльности выполняетъ лишь частично задачи, которыя ставятъ человѣкъ научному познанію. Науки начинаютъ свою работу только на фундаментѣ, воздвигнутомъ философіею, и только философія подводитъ зданіе подъ крышу.

Ограничивается ли задача философіи познавательною стороною? Человѣкъ не только стремится къ познанію, но онъ также дѣйствуетъ, отдѣльно или совмѣстно, и при этомъ ставитъ цѣли своей дѣятельности. Является необходимость объединить различныя цѣли, найти общій принципъ поведенія. Философія, которая признаетъ своей задачей созданіе общаго міросозерцанія, не можетъ уклониться отъ этой новой задачи, тѣсно примыкающей къ первой.

Возможно, что практическая задача служила нерѣдко въ исторіи человѣческой мысли побудителемъ къ теоретической, возможно, что философы часто безсознательно смотрѣли на теорію, какъ на средство для пракческаго построенія, порою даже прямо провозглашали примать пракческаго разума. Все же нельзя переносить задачи философіи полностью въ практическую

предпосылокъ познанія къ ихъ общимъ принципамъ“ (*Введеніе въ философію*, рус. пер. 1902, стр. 18, *Система философіи* рус. пер. 1902, стр. 14). Надъ такимъ пониманіемъ задачъ философіи прозираетъ В и н д е л ь б а н дъ (*Прелюдіи*, рус. пер. 1904, стр. 16): „Спивать въ одно цѣлое лоскутья послѣднихъ выводовъ спеціальныхъ наукъ далеко не значить познавать вселенную; это есть трудолюбивое накопленіе знаній или художественное ихъ комбинированіе, но не наука. Философія подобна королю Лирю, который роздалъ все свое имущество и котораго, вслѣдъ затѣмъ, какъ нищаго, выбросилъ на улицу“. Однако, не самъ ли Лиръ виноватъ въ происшедшемъ? Зачѣмъ онъ выпустилъ изъ своихъ рукъ общее руководство въ управленіи частями царства, зачѣмъ онъ прекрасное единое царство разбилъ на части, совершенно отдѣльныя? Зачѣмъ было такъ слѣпо вѣрить старшимъ дочерямъ, теологамъ и метафизикамъ, и такъ жестко относиться къ младшей, къ наукѣ, которая одна даетъ поддержку.

область, сдѣлать философію практической наукою. Въ послѣднее время вновь проявилось стремленіе поставить основной и даже единственной областью философіи—міръ цѣнностей, единственною задачею—нахожденіе высшаго принципа оцѣнки. Съ этой точки зрѣнія наукѣ оставляется вопросъ объ истинѣ, а философія сосредоточиваетъ все свое вниманіе на благѣ. Важно не то, что и какъ познаетъ человѣкъ, а какую цѣнность имѣетъ приобрѣтенное имъ познаніе, и гдѣ найти критерій для оцѣнки. При этомъ рѣчь идетъ не о томъ, что считается цѣннымъ въ тѣхъ или иныхъ условіяхъ исторической жизни (относительная цѣнность), а о томъ, что должно имѣть безусловную цѣнность всегда и вездѣ (абсолютная цѣнность).

Всю эту попытку перемѣстить центръ философскихъ проблемъ слѣдуетъ признать неудачной оцѣнкой самой философіи. Научно воспитанная мысль можетъ освоиться только съ такимъ высшимъ принципомъ человѣческой дѣятельности, который окажется построеннымъ на твердомъ базисѣ знанія. Между тѣмъ перемѣщеніе задачъ философіи изъ теоретической въ практическую область неизбежно отнимаетъ этотъ базисъ, и оставляетъ философію или совершенно безъ фундамента, или заставляетъ строить на шаткомъ основаніи личной вѣры. Мало заявить, что человѣкъ долженъ поступать такъ то, но нужно и объяснить, почему. А это объясненіе невозможно безъ теорій и эмпирики. Исканіе же абсолютной цѣнности должно разорвать всякую связь между философіей и жизнью, и тѣмъ уничтожить ея практическую цѣнность, которую это направленіе стремится укрѣпить за философіей¹⁷⁾.

¹⁷⁾ Представителями этого течения философской мысли въ новѣйшее время являются особенно Вьндельбанъ и Риккертъ. Вьндельбанъ утверждаетъ: „то, чего въ настоящее время ожидаемъ отъ философіи—это изслѣдованіе о вѣчныхъ цѣностяхъ, которыя дѣлятъ надъ мѣняющимися интересами въ высшей духовной дѣятельности“ (*Философія въ нѣмецкой духовной жизни XIX столѣтія*, 1910, стр. 148). Признавъ, что „метафизика въ старомъ смыслѣ знанія о послѣднихъ основахъ дѣятельности есть нецѣльность“ (*Прелюдіи*, стр. 32), Вьндельбанъ приходитъ къ выводу, что „единственный, остающийся философій объектъ—эти оцѣнки“ (стр. 28), а потому философія является „критической наукой объ общеобязательныхъ цѣностяхъ“ (стр. 28). Въ противоположность сужденію, на которомъ строится наука, въ оцѣнкѣ „лишь выражается чувствъ одобренія или неодобренія“. „Всѣ предикаты суть выраженія симпатій или антипатій представляющаго сознанія: вещь пріятна или

Человѣкъ не хочетъ остановиться на границѣ, опредѣляющей, что онъ можетъ познать, что онъ долженъ дѣлать. Въ поискахъ цѣльнаго міропониманія, его мысль, несдержанная никакими условіями опыта, несется въ область непознаваемаго. Человѣкъ вѣритъ, что сверхчувственный міръ таковъ, какимъ ему рисуется его воображеніе. Вѣра дополняетъ знаніе, и тѣмъ округляетъ міровоззрѣніе. Однако, вѣра подсказывается волею, а не разумомъ, и потому вѣра даетъ отвѣты желательные, а не убѣдительные. Остается открытымъ вопросъ, можно ли сшить цѣльное міросозерцаніе изъ знанія и вѣры?

неприятна, понятіе истинно или ложно“ (стр. 24). „Поскольку наше мышленіе направлено на познаніе, т.-е. на истину, всѣ наши сужденія съ самаго же начала подчинены оцѣнкѣ, которая объявляетъ о правомѣрности или неправомѣрности совершеннаго въ сужденіи соединенія представленій“ (стр. 25). Что это за правомѣрность? Не опасно ли давать оцѣнку истиннаго и ложнаго съ точки зрѣнія симпатіи или антипатіи? Виндельбандъ смѣло толкаетъ мысль на тотъ путь, отъ котораго ее издавна предостерегала наука. Съ точки зрѣнія Виндельбанда опасности нѣтъ, потому что абсолютный принципъ оцѣнки стронется на нормальномъ сознаніи, до котораго мы всѣ должны возвыситься. Оно есть,—въ это твердо вѣритъ Виндельбандъ вопреки всѣмъ историческимъ и этнографическимъ даннымъ. „Мы (?) вѣримъ въ законъ болѣе высокій, нежели законъ естественно-необходимаго возникновенія нашихъ представленій—мы вѣримъ въ право, опредѣляющее ихъ цѣльность“ (стр. 35). И опять ссылка на какое то „право“! Виндельбандъ, подобно многимъ другимъ, думаетъ, что онъ знаетъ, что долженъ дѣлать человѣкъ вообще, безъ отношенія ко времени и пространству, не замѣчая, что его собственное знаніе есть продуктъ условій времени и мѣста. Впрочемъ Виндельбандъ сознается, что „убѣжденіе въ реальности абсолютнаго нормальнаго сознанія есть уже дѣло личной вѣры, а не научнаго познанія“ (стр. 44). Съ этимъ вмѣстѣ философія выпроваживается изъ научной области и пригнана въ область вѣры. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Риккертъ, *Понятіе философіи* (Логосъ, 1910, № 1). „Съ теченіемъ времени спеціальная науки постепенно отобразил у философіи всѣ проблемы, касающіяся дѣйствительнаго бытія, а потому и предметъ философіи долженъ быть измѣниться“ (стр. 34). „Въ мірѣ дѣйствительныхъ объектовъ уже совсѣмъ нѣтъ мѣста для специфически-философской постановки и обработки проблемъ. Поэтому въ отношеніи къ дѣйствительности у философіи остается еще только одна задача: въ противоположность къ частнымъ наукамъ, ограничивающимся всегда частями дѣйствительности, она должна быть наукой о цѣломъ ея“ (стр. 35). Но „цѣлое дѣйствительности“ недоступно нашему опыту. „А отсюда слѣдуетъ, что повятіе цѣлаго дѣйствительности уже не представляетъ изъ себя чистаго понятія дѣйствительности, но что въ немъ сочетается дѣйствительность съ цѣлностью“ (стр. 36). „Философія начинается тамъ, гдѣ начинается проблема цѣности“ (стр. 37), „философскія проблемы суть проблемы цѣности“ (стр. 38). Самъ Риккертъ сознаетъ опасность субъективизма въ такой философіи, но слабо отстраняетъ ее. Конечная дѣль философіи цѣлностей—это построеніе системы цѣлностей, но, къ удивленію, мы слышимъ отъ самого Риккерта сомнѣніе въ выполнимости вообще такой задачи (стр. 41).

Отношеніе между философіей, какъ высшей системою знанія, и религіей, какъ систематизированной вѣрой, было и остается спорнымъ. Философію въ средніе вѣка отдали подъ надзоръ религіи, позднѣе философія отстаивала свою самостоятельность противъ религіи, а одно время философія взялась исправлять и направлять религію. Преобладающее въ настоящее время воззрѣніе склоняется къ тому, что философія и религія имѣютъ каждая свою особую задачу и результаты ихъ не противорѣчатъ, но гармонично дополняютъ другъ друга ¹⁸⁾.

Противъ существованія вѣры рядомъ съ философіей, если она удовлетворяетъ личнымъ запросамъ духа, нельзя ничего возразить. Но возможно ли ихъ совмѣстное существованіе безъ постоянныхъ вторженій въ сосѣднюю область? Враждебное отношеніе религиозныхъ людей къ наукѣ объясняется тѣмъ, что наука шагъ за шагомъ вытѣсняетъ религиозныя объясненія явленій познаваемого міра, и религія чувствуетъ себя уязвленной усиѣхами положительнаго знанія. Это доказываетъ, что религія и наука дѣйствуютъ не въ разныхъ областяхъ, а въ одной и той же, онѣ не соотрудники, а соперники. И если подъ именемъ религіи понимать не искусственно выдуманную вѣру, а ту или иную исторически сложившуюся систему, то едва ли размежеваніе науки и религіи окажется легкой задачей. Своими интересами религія больше въ мірѣ эмпирическомъ, чѣмъ въ сверхчувственномъ. До сихъ поръ чувствуется давленіе религиозной точки зрѣнія въ такихъ вопросахъ, какъ образованіе міра, происхожденіе человѣка, источникъ власти, поведеніе человѣка,—вопросахъ, которые къ сверхчувственному міру не относятся.

Совмѣстимо ли раздѣльное существованіе науки и вѣры со стремленіемъ человѣка къ единому, цѣльному, связанному міро-

¹⁸⁾ Таково воззрѣніе Паульсена, Вундта, Ланге, Спенсера. Странно только, что Паульсенъ, опредѣливъ философію, какъ совокупность всего научнаго знанія, въ то же время утверждаетъ, что всякая философія содержитъ въ себѣ также и элементъ вѣры, котораго наука, какъ таковая, не содержитъ (*Введеніе въ философію*, 1894, стр. 32 и 322). Впрочемъ, нѣкоторые и сейчасъ не прочь отвести знанію служебное мѣсто; такъ напр., Челпановъ полагаетъ, что „задача знанія состоитъ въ томъ, чтобы раскрывать, разъяснять то, что является предметомъ вѣры“ (*Введеніе въ философію*, стр. 511—512).

пониманію? Можетъ ли человекъ раздвоиться на знающаго и вѣрующаго? Съ одной стороны ничего не принимать на вѣру и все критиковать, съ другою стороны вѣрить безъ критики? Научная философія должна строить не на вѣрѣ и не на вѣру, а на точномъ, критически провѣренномъ, знаніи.

§ 2.

Задачи философіи права.

Литература: Boistel, *Cours de philosophie de droit*, т. I, 1899, стр. 1—20; Hagms, *Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, 1889; Schuppe, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, 1889; Schein, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, 1889; Lingg, *Wesen und Aufgaben der Rechtsphilosophie*, (Z. f. Off. u. Pr. R. 1890, т. XVIII, стр. 42—63); Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 1—106; Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, стр. 1—17; Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftphilosophie*, т. II, 1905, стр. 1—32; Stern, *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, 1904; Carle, *La filosofia del diritto nel stato moderno*, 1903; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, изд. 3, 1908, стр. 3—41; Fragarane, *Obbjetto e limiti della filosofia del diritto*, в. 1, 1897, в. 2, 1899; Pagano, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 1908; Ducati, *Note di filosofia del diritto*, 1909, стр. 55—111; Groppali, *Filosofia del diritto*, 1906.

Въ пониманіи задачъ философіи права такъ же мало твердо установленнаго, какъ и въ пониманіи задачъ философіи вообще. Даже больше. На постановкѣ задачъ, на опредѣленіи предмета и методовъ философіи права отражались не только колебанія проявлявшіяся въ самой философіи, но и тѣ особыя сомнѣнія, которыя вызывались философіей права.

На философію права оказало вліяніе одно важное обстоятельство—это историческое разобщеніе между философіей права и юридическими науками. Въ то время, какъ юристы занимались исключительно толкованіемъ и систематизированіемъ нормъ положительнаго права, философія права разрабатывалась по преимуществу лицами, весьма мало или даже вовсе не причастными къ правовѣдѣнію. Одни изучали право, какъ оно дано имъ въ нормахъ, не задаваясь мыслью о томъ, какимъ оно должно быть, и даже можетъ ли оно быть инымъ, а философы создавали идеаль-

ное право, не зная, что такое право въ дѣйствительной жизни и какъ примѣняются его нормы. Эта разобщенность продолжается, къ сожалѣнію, и до нынѣ. Философы не желаютъ сходить съ неба на землю, а юристы не хотятъ поднять своихъ глазъ отъ земли повыше. Такое положеніе вещей отражается въ высшей степени вредно какъ на правовѣдѣніи, ослабляя его теоретическую цѣнность, такъ и на философіи права, подрывая ея практическое значеніе. Дѣло доходитъ до того, что приходится отстаивать передъ юристами философію права.

Все сильнѣе становится ощутительной разрозненность специальныхъ наукъ въ средѣ самого правовѣдѣнія. Надо признаться, что теперь уже нѣтъ болѣе юристовъ, а имѣются только цивилисты, криминалисты, государствовѣды, процессуалисты, канонисты. Все рѣже встрѣчаются лица, способныя составить себѣ имя не въ одной, а въ двухъ отрасляхъ правовѣдѣнія. При такомъ развитіи специализаціи получается опасность для каждой юридической науки, во-первыхъ, въ возрастающей ограниченности поля зрѣнія на правовой порядокъ общежитія, и во-вторыхъ, въ возрастающей ограниченности задачи изученія отдѣльныхъ нормъ въ связи съ оцѣнкою общественнаго значенія права. Разобщеніе юридическихъ наукъ между собою отражается губительно на теоретическомъ и практическомъ правовѣдѣніи. Какой интересъ имѣеть изученіе смѣняющихся съ большею или меньшею быстротою политическихъ формъ и юридическихъ нормъ, когда для изслѣдователя непонятно то постоянное, что скрывается подъ смѣняющимся, та общественная цѣль, которой служатъ и служили нарождающіяся и отмирающія формы. Плоха юридическая практика, не подкрѣпленная теоретическимъ свѣтомъ, какъ и безжизненна теорія, не вытекающая изъ практики. Законодатель и судья дѣйствуютъ слѣпо, пробиваются ощупью среди сложной общественной жизни. Чему служить государство и право, а вмѣстѣ съ тѣмъ каждый носитель власти, каждый проводникъ нормъ права? Во имя чего долженъ настаивать юристъ на соблюденіи закона, чѣмъ одушевлена его дѣятельность безъ глубокаго сознанія своего общественнаго назначенія?

Юридическія науки въ настоящее время страдаютъ крайнею догматичностью, въ томъ смыслѣ, что онѣ основываются постоянно

на понятіяхъ, которыя воспринимаются ими безъ всякой критики. Иногда эти понятія заимствуются изъ другой области знанія, напр., понятіе объ обществѣ. Иногда одна юридическая наука беретъ готовымъ понятіе, изслѣдованное критически въ другой, то же юридической. Такъ понятіемъ о правѣ пользуются всѣ юридическія науки, но критическому изслѣдованію подвергается оно преимущественно въ гражданскомъ правовѣдѣніи. Ученіе о нарушении права составляетъ почти исключительное достояніе уголовного правовѣдѣнія, хотя оно находится въ тѣснѣйшей связи съ вопросомъ о сущности права. Только государствовѣдѣніе изслѣдуетъ понятіе о государствѣ, хотя догматически его приписываютъ всѣ науки. И нѣтъ науки, которая бы объединила всѣ эти понятія и подвергла ихъ единовременной однородной критикѣ, устранила бы тѣ противорѣчія, какія создаются въ слѣдствіе ограниченности матеріала, положеннаго въ основу разработки, напримѣръ, между государственнымъ и гражданскимъ правомъ въ пониманіи субъективнаго права, между гражданскимъ и уголовнымъ правомъ въ пониманіи правонарушенія.

Такою же разбѣдиненностью обнаруживается правовѣдѣніе въ политикѣ права, которая въ большей или меньшей степени при-суца всякой специальной юридической наукѣ. Въ настоящее время положенія правовой политики создаются каждою наукою порознь, въ полномъ невѣдѣніи того, что творится у сосѣдки, а потому не вытекаютъ изъ общаго плана, не объединены общою идеей. Уголовное правовѣдѣніе посвящаетъ огромное вниманіе цѣлямъ наказанія и средствамъ борьбы съ преступностью, финансовая наука разрабатываетъ вопросъ о болѣе равномерномъ и справедливомъ обложеніи, административное правовѣдѣніе выдвигаетъ принципъ содѣйствія отдѣльнымъ лицамъ въ обеспеченіи благосостоянія и безопасности, гражданское правовѣдѣніе считаетъ необходимымъ оказывать помощь слабѣйшему контрагенту. Все это частныя отраженія чего-то цѣльнаго, скорѣе чувствуемаго, чѣмъ сознаваемаго.

Но, предположимъ, что юристъ, неудовлетворенный тѣмъ знаніемъ, какое даютъ ему юридическія науки, преисполненный желанія понять сущность того, съ чѣмъ приходится ему ежедневно имѣть дѣло, обращается къ философіи права. Что можетъ предложить ему современная философія права? „Сословіе юристовъ, —

жаловался Гегель,—которое обладает особымъ знаніемъ законовъ, считаетъ часто это своей монополіей, и кто къ сословію не принадлежитъ, не долженъ имѣть тутъ голоса. Но, какъ имѣть необходимости быть сапожникомъ, чтобы знать, хорошо ли приходятся ему сапоги, такъ не надо принадлежать къ цеху, чтобы имѣть знаніе такихъ предметовъ, которые затрагиваютъ общіе интересы“¹⁾. Конечно, всякій можетъ чувствовать, что сапогъ жметъ, во всякій ли способенъ указать, какъ нужно сдѣлать сапоги, чтобы они не жали ногу? Ощущеніе непригодности государственнаго устройства или правового порядка доступно каждому гражданину, но развѣ это есть пониманіе непригодности исторической формы, основанное на знаніи сущности государства и права? Философы превратили философію права въ придатокъ практической философіи, и вмѣсто того, чтобы строить представленіе о правѣ и государствѣ, исходя изъ явленій дѣйствительности, открывающейся при изученіи государственнаго устройства и государственнаго управленія, содержанія нормъ права и ихъ осуществленія при примѣненіи, философы хотѣли навязать правовѣдѣнію свои представленія, построенныя внѣ всякаго соприкосновенія съ данными дѣйствительной государственной и правовой жизни. Каптъ отрицалъ за юристами способность уловить понятіе о правѣ, потому что для этого имъ необходимо отрѣшиться предварительно отъ положительнаго права и искать критерія въ чистомъ разумѣ²⁾. Тутъ рѣчь идетъ уже не объ исправленіи выводовъ правовѣдѣнія въ свѣтѣ общей философіи, а о полной непримиримости точекъ зрѣнія. Отсюда крайняя односторонность философіи права, предлагаемой философами по профессіи, полная отрѣшенность ея отъ юридическихъ наукъ и незначительная полезность философіи права для теоретическаго и практическаго правовѣдѣнія³⁾.

1) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 215, *Zusatz*.

2) Каптъ, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, въ изд. Гартенштейна, т. VII, стр. 26.

3) Такое положеніе вещей заставило юриста Bergbohm'a въ отчаяніи воскликнуть: „Что же намъ остается, какъ не философствовать собственными силами—auf eigene Hand—по вопросу о томъ, что такое право“ (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 7 и 33). Замѣтимъ, что философія права большею частью читается не на юридическихъ факультетахъ, а на филологическихъ, словесныхъ или философ-

Отсюда цѣлѣный рядъ неправильныхъ попытокъ оторвать философію права отъ правовѣдѣнія, давъ ей или особый объектъ изученія или вмѣнивъ ей особые методы изслѣдованія. Встрѣчаются попытки отвести философіи права область, чуждую какой-либо юридической наукѣ. Такую специальную область должна составить теорія познанія права, преслѣдующая вопросъ не о томъ, что такое право, а о томъ, какъ мы его познаемъ и какъ изучаемъ⁴⁾. Но философія права, какъ и вообще философія, не можетъ, не потерявъ своего философскаго характера, стать спеціальною наукою, въ родѣ уголовного или гражданскаго правовѣдѣнія. Самая теорія познанія, изслѣдующая условія познанія нами нормъ права, можетъ составить одинъ изъ вопросовъ философіи права, но не исчерпать ея содержаніе. Также мало состоятельно утвержденіе, будто философія права, въ противоположность спеціальнымъ юридическимъ наукамъ, которыя познаютъ нормы права эмпирическимъ путемъ,—постигаетъ раціоналистически сущность и цѣль права⁵⁾. Отрицать такую постановку вопроса нельзя—такъ на самомъ дѣлѣ часто ставили въ исторіи задачу философіи права, такъ нерѣдко и сейчасъ стремятся постигнуть идею права внѣ эмпирической дѣйствительности. По этому пути пошли неокантианецъ Штаммлеръ и неогегелианецъ Колеръ⁶⁾. Но сущность права не можетъ быть понята внѣ проявленій его въ эмпирической дѣйствительной жизни. Научная философія права должна оперировать только тѣми методами, которыми пользуются отдѣльныя юридическія науки.

Въ дѣйствительности философія права, составляя часть философіи вообще, не должна отличаться отъ цѣлаго ни по своимъ задачамъ, ни по своимъ методамъ. Отличіе ея не качественное,

скихъ (см. относительно Франціи Voistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, стр. V—VI).

⁴⁾ Такъ наприм., понимаютъ задачи философіи права Вальденбергъ, *O zadachachъ философіи права* (Вопр. Фил. и Псих. 1897, № 40, стр. 924—928); Wal-laschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 106—107.

⁵⁾ Именно H a g m s, *Begriff, Formen, und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, 1889, раздѣляя все человѣческое знаніе на опытное и умопостигаемое, отводитъ правовѣдѣнію мѣсто по сию сторону опыта, философіи же права—по ту сторону (стр. 1—24).

⁶⁾ Stamm-ler, въ *Die Kultur der Gegenwart*, стр. 505 и 506, Kohler, въ *Archiv für Recht und Wirthschaftsphilosophie*, 1908, т. I.

а только количественное: среди юридических наук философія права призвана играть въ миниатюрѣ ту же роль, какая выпала на долю философіи въ отношеніи всего человѣческаго знанія?). Философія права должна ставить своею задачею то же, что составляетъ предметъ изученія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ: право, какъ оно есть, и право, какимъ оно должно быть. Такимъ образомъ опредѣляется двоякая задача философіи права, теоретическая и практическая. Теоретическая задача философіи права заключается въ критическомъ изслѣдованіи всѣхъ тѣхъ главныхъ понятій, которыя лежатъ въ основѣ юридическихъ наукъ и которыя принимаются ими большею частью догматически. Высшимъ и основнымъ понятіемъ слѣдуетъ безъ сомнѣнія признать понятіе о правѣ, а въ связи съ его сущностью изслѣдованію подлежать вопросы объ образованіи права, о нарушеніи права, о примѣненіи права, о создаваемыхъ правомъ отношеніяхъ. Право составляетъ явленіе государственной жизни, а потому его понятіе можетъ выясниться только на фонѣ понятія о государствѣ, которое въ свою очередь предполагаетъ понятіе объ обществѣ. Къ этому присоединяется методологія юридическихъ и государственныхъ наукъ.

Въ своей теоретической части философія права должна устанавливать основныя понятія, не примѣняясь къ тому разнообразію содержанія, какое дается условіями времени и мѣста. Философія права даетъ понятіе о сущности права не для даннаго историческаго періода или для данной страны. Она ищетъ постоянное въ смѣняющемся. Однако это не значитъ, что философія права стремится обнаружить за явленіями правовыми вѣчную идею права, раскрываемую разумомъ. Научная философія права строить свои понятія только на положительномъ правѣ. Ея построенія должны быть результатомъ только наблюденія надъ явленіями дѣйствительной жизни. Философія права не должна подставлять подъ реальныя понятія свои идеальныя представленія, выдавать за право то, что, по ея мнѣнію, должно бы быть правомъ. Задача

7) Ratto, *Sociologia e filosofia del diritto*, 1894, стр. 6, не допускаетъ возможности строить философію права отдѣльно отъ общей философіи, такъ какъ философія предполагаетъ синтезъ всего знанія. Но почему невозможенъ частичный синтезъ въ известной отрасли знанія? См. L a s s o n, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 11.

философии права съ теоретической стороны ограничивается установленіемъ отличительныхъ признаковъ тѣхъ явленій общественной жизни, которыя носили и носятъ въ разное время и у разныхъ народовъ названіе права, государства, преступленія и т. п. Дѣло философии права выяснить, въ чемъ заключается то единообразное, что давало основаніе соединять съ многообразными явленіями одно и то же представленіе и наименованіе.

Рѣшеніе такой теоретической задачи возможно только при томъ условіи, если философія права откажется отъ исканій сущности основныхъ понятій въ матеріальной сторонѣ, а постарается открыть ее съ формальной стороны. Безъ перехода къ формальному моменту философія права не выполнитъ своей задачи дать правовѣдѣнію основныя понятія, независимыя отъ историческаго многообразія. Безъ такихъ формальныхъ понятій отдѣльныя юридическія науки будутъ всегда страдать неточностью своихъ заключеній. Только при помощи формальнаго понятія о правѣ возможно рѣшать сомнѣніе, составляетъ ли данный случай юридическій вопросъ, и гдѣ юридическая сторона граничитъ съ другими сторонами. Только при формальномъ направленіи философии права возможна исторія права и сравнительное правовѣдѣніе. Если дать праву опредѣленіе, связанное съ тѣмъ или инымъ содержаніемъ, то исторія того или другого института начинается и кончается, какъ только возникаетъ или прекращается соотвѣтствіе между постановкою института въ исторической дѣйствительности и содержаніемъ права въ представленіи. Опредѣляя, напр., право, какъ обезпеченіе свободы личности и равенства, можно начинать исторію французскаго права только со времени первой революціи, потому что весь старыи режимъ былъ отрицаніемъ даннаго опредѣленія. Съ точки зрѣнія того же опредѣленія, отвергающаго за неразумными и безправственными законами характеръ права, слѣдовало бы признать, что рабства, какъ правового института, никогда не существовало. Такой же вопросъ можетъ возникнуть при обсужденіи значенія введенія конституціи: возникаетъ ли при этомъ впервые государство, какъ это должно бы быть съ точки зрѣнія философии, которая соединяетъ понятіе о государствѣ съ общею волею, или же при этомъ происходитъ только измѣненіе въ организаціи, какъ отвѣтить на это формальная точка зрѣ-

нія. Точно такъ же сравнительное правовѣдѣніе предполагаетъ формальное соотвѣтствіе сравниваемыхъ правовыхъ институтовъ.

Но, можетъ быть, на этой теоретической задачѣ и оканчивается роль философіи права? Можетъ быть, философіи права не слѣдуетъ идти за предѣлы историческаго права и ставить вѣхи, по которымъ должно бы пойти дальѣйшее развитіе права? Дѣйствительно, многіе полагаютъ, что философіи права присуща только теоретическая задача, и что практическая задача ей не свойственна³⁾. Съ такимъ ограниченіемъ задачъ философіи права невозможно согласиться. Устраненіе практической задачи нарушило бы соотвѣтствіе между философіей права и юридическими науками, высшимъ синтезомъ которыхъ она должна служить, потому что каждая юридическая наука не только изучаетъ установленныя нормы права, но и указываетъ на желательное ихъ измѣненіе. Такое ограниченіе философіи права одними теоретическими задачами нарушило бы соотвѣтствіе между современною философіей права и всею ея исторіею, потому что историческая философія права не только никогда не чуждалась пракческаго элемента, но даже, напротивъ, грѣшила перенесеніемъ центра вниманія въ эту сторону. Человѣкъ не только изучаетъ явленія, но и создаетъ ихъ своею волею, примѣнительно къ своимъ цѣлямъ. Это творчество обнаруживается не только въ технической, но и въ социальной области. Если нельзя отрицать, что многія явленія общественной жизни, и въ частности правовой, намѣренно вызваны человѣкомъ, какимъ образомъ можно отрицать стремленіе внести единство въ пониманіе цѣлей и средствъ ихъ достиженія? Могутъ сказать, что если научная философія должна быть построена на опытѣ, какимъ образомъ включать въ нее практическую философію, основанную на цѣляхъ, въ опытѣ не восприни-

³⁾ Lassoп, *System der Rechtsphilosophie*, стр. 10—12, который дѣлаетъ этотъ выводъ изъ того, что сама философія имѣетъ своею задачею проникновеніе въ сущее, а не въ должное; Fгагаране, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto*, II, стр. 122—132 называетъ практическую философію права эклектизмомъ, пытающимся примирять позитивизмъ съ идеализмомъ; Vассаго, *Sul rinnovamento della filosofia del diritto* (Riv. ital. di sociol. 1802, сент.—дек., стр. 521—526); такова же точка зрѣнія Wундт, *Einleitung in die Philosophie*, изд. 4, 1906, стр. 29, который полагаетъ, что философія рождалась такъ же мало призвана создавать новые религіи, какъ философія права новые правовые порядки.

маемыхъ. Однако, это невѣрно. Наблюденія надъ дѣйствительною жизнью открываетъ намъ эти цѣли, какъ тенденціи. Объединить ихъ, привести въ систему—дѣло научной философіи права. Научная почва утрачивается только тогда, когда изслѣдователь не считается ни съ запросами, предъявляемыми дѣйствительною жизнью, ни съ законами общественности, когда онъ за философію права выдаетъ свои собственные мечты, вскормленные личной фантазіей, а не изученіемъ дѣйствительности. Научная почва утрачивается и тогда, когда изслѣдователь, основываясь на данныхъ дѣйствительною жизни, превращаетъ подмѣченные имъ тенденціи въ вѣчныя цѣли. На самомъ дѣлѣ, философія права приводитъ къ единству только цѣли, данныя опредѣленнымъ временемъ,—вѣчныя цѣли въ опытѣ не даны. Отказываться далѣе отъ этой практической задачи—значитъ пренебречь настоятельными запросами переживаемой дѣйствительности. Современное правовѣдѣніе тоскуетъ по идеалу ⁹⁾.

Практическая задача философіи права предполагаетъ прежде всего точное проведеніе границы между теоретическою и практической сторонами, потому что смѣшеніе ихъ представляетъ слабое мѣсто современной философіи. Такъ всю этику, а съ нею и право, готовы перенести въ практическую философію, тогда какъ нравственность и право составляютъ достояніе теорій, пока изучается проявленіе ихъ въ исторической дѣйствительности. Съ другой стороны, научная философія права не должна допускать, чтобы за теоретическія понятія выдавались практическіе постулаты, чѣмъ опять-таки страдаетъ современная философія, которая нерѣдко подставляетъ свои желательныя представленія подъ понятія дѣйствительности. Необходимо строгое разграниченіе при изученіи права, какъ оно есть, и права, какъ оно должно быть.

⁹⁾ Въ пользу практической задачи философіи права см. Vanni, *La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in se ed in rapporto al socialismo contemporaneo*, 1894, и Carle, *La filosofia del diritto nel stato moderno*, стр. 420—430. Совершенно неправильно утверждаетъ Гамбаровъ, *Задачи современнаго правовѣдѣнія* (Ж. М. Ю. 1907, № 1, стр. 18), будто въ настоящее время „огромное большинство“ юристовъ утверждаютъ, что социально-законодательные вопросы „не должны существовать для юристовъ“. Наоборотъ, на этой точкѣ зрѣнія стоятъ незначительное меньшинство.

Такимъ образомъ передъ нами обнаружилась двѣ стороны философіи права, теоретическая и практическая. Но къ нимъ примыкаетъ еще третья,—историческая. Понятія чловѣка составляютъ сами продуктъ историческаго развитія. Чтобы оцѣнить значеніе пріобрѣтенныхъ современнымъ знаніемъ теоретическихъ понятій и поставленныхъ современною жизнью практическихъ цѣлей, надо сопоставить ихъ съ понятіями и цѣлями другихъ эпохъ. Отсюда выясняется содержаніе современной научной философіи права, которое состоитъ изъ слѣдующихъ трехъ частей:

- I. Общая теорія права.
- II. Исторія философіи права.
- III. Политика права.

Разсмотримъ теперь, въ какомъ отношеніи находится философія права къ наукамъ съ одной стороны, къ философіи—съ другой.

Отношеніе философіи права къ спеціальнымъ юридическимъ наукамъ выражается въ томъ, что она должна изслѣдовать всѣ тѣ понятія, которыя лежатъ въ основаніи послѣднихъ, и выработать при помощи этихъ понятій и на почвѣ историческаго опыта общій идеаль правоваго порядка. Отдѣльныя юридическія науки будутъ пользоваться въ своей систематической работѣ установленными философіей теоретическими понятіями, а въ политикѣ займутся вопросомъ объ осуществленіи, каждая въ своей области, идеала, начертаннаго общими штрихами тою же философіей права. Тогда возстановится общее представленіе о правовомъ порядкѣ, какъ о чемъ то цѣльномъ, нынѣ совершенно ускользающее отъ вниманія, благодаря изученію права лишь по частямъ. На обязанности спеціальныхъ юридическихъ наукъ лежитъ доставленіе философіи права матеріала, по возможности обработаннаго и готоваго для высшихъ обобщеній. Только тогда установится правильная связь какъ между отдѣльными юридическими науками, такъ и между правовѣдѣніемъ вообще и философіей права.

Философія права не можетъ быть построена на однѣхъ юридическихъ наукахъ. Именно, основныя понятія, которыми пользуется правовѣдѣніе, выходятъ за предѣлы области, отведенной ему для спеціальнаго изученія. Право есть одно изъ проявленій обще-

ственности, и, чтобы его понять, необходимо отграничить его от других проявлений в той же области познания. Отсюда слѣдуетъ, что право, въ его цѣломъ, есть понятіе социологическое, а не юридическое. Если право есть произведеніе человѣческое, то уясненіе его сущности невозможно безъ пониманія природы человѣка во всѣхъ ея проявленіяхъ, безъ проникновенія въ потребности человѣка, его способности, стремленія. Теорія права должна начинаться съ антропологическаго момента. Право ставить свою цѣлью опредѣлить отношенія между людьми, которыя приходятъ въ столкновеніе если не исключительно, то преимущественно на почвѣ борьбы за матеріальное благополучіе,—и здѣсь философія права приходитъ въ тѣсное соприкосновеніе съ политической экономіей. Когда возбуждается вопросъ, что заставляетъ людей соблюдать установленныя нормы права, и что побуждаетъ къ нарушенію ихъ, когда возникаетъ вопросъ, чѣмъ поддерживается власть однихъ людей надъ другими, необходимая для понятія о государствѣ,—то изслѣдователь долженъ искать отвѣта психологическаго, а не юридическаго. Если философія права, въ своей практической части, ставитъ вопросъ, какія цѣли желательно достигнуть при помощи того могучаго оружія, которое называется правомъ, она выходитъ за границы правовѣдѣнія и очерчиваетъ свои положенія въ этическомъ источникѣ. Примѣняя нормы права къ конкретнымъ случаямъ, систематизируя и обобщая юридическій матеріалъ, юристъ пользуется общими законами логики, а не какимъ-то спеціальнымъ юридическимъ мышленіемъ.

Таковы тѣ различныя отрасли человѣческаго знанія, съ которыми должна притти въ соприкосновеніе философія права для того, чтобы выполнить свои задачи.

Изъ всего сказаннаго выясняется также отношеніе философіи права къ общей философіи. Это прежде всего отношеніе части къ цѣлому, отъ котораго она не можетъ отличаться по существу. Проблемы философіи права для своего выясненія требуютъ твердой теоретической почвы, какую способна дать только философія. Съ другой стороны философія, занятая выработкою общаго міровоззрѣнія на основаніи выводовъ отдѣльныхъ наукъ, не въ состояніи, при современномъ развитіи знанія, вступать въ непосредственное сношеніе съ каждой спеціальной наукой. Филосо-

фія права является въ данномъ случаѣ въ роли посредницы. Это какъ бы мостъ, перекинутый отъ философіи къ правовѣдѣнію. По этому мосту провозится отъ правовѣдѣнія къ философіи отчасти обработанный юридическій матеріалъ для того, чтобы потомъ вернуть его съ той стороны вполне обработаннымъ при помощи такихъ средствъ, которыми правовѣдѣніе не располагаетъ¹⁰⁾.

§ 3.

Философія права и естественное право.

Литература: Saleilles, *Ecole historique et droit naturel* (R. trim. de dr. civil, 1902); Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé*, 1899, стр. 471—493; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910; Boucaud, *Qu'est que le droit naturel*, 1909; Ehrhardt, *La crise actuelle de la philosophie du droit*, 1903; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892. *Das Naturrecht der Gegenwart*; Stammler, *Die Lehre von den richtigen Rechten*, 1902; Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirthschaftsphilosophie*, т. II, 1905, стр. 13—17; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 13—21; Gierke, *Althusius*, 2 изд. 1902, стр. 264—320; Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 изд. 1909; Anzilotti, *La scuola del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea*, 1892; Salvadori, *Das Naturrecht und der Entwicklungsgedanke*, 1905; Miller, *The Law of Nature and Nations in Scotland*, 1896; Ritchie, *Natural rights*, 1898; Levi, *Il diritto naturale come fatto storico e come teoria filosofica*, 1905; Carle, *Il diritto naturale secondo R. Ardigò e il positivismo italiano*, 1909; Falchi, *Intorno il concetto scientifico di diritto naturale e di equità*, 1909; Fragarane, *Obb'etto e limiti della filosofia del diritto*, I, 1897, стр. 33—89; Новгородцевъ, *О задачахъ современной философіи права* (Право, 1902, № 40) Новгородцевъ, *Нравственный идеализмъ въ философіи права* (Проблемы идеализма 1902, стр. 236—296); Гессенъ, *Возрожденіе естественнаго права* (Право, 1902, №№ 10 и 11); Карѣевъ, *Нужно ли возрожденіе естественнаго права* (Рус. Бог. 1902, № 4); Ковалевскій, *Соціологія и сравнительная исторія права* (Вѣст. восп. 1902, № 2); Петражицкій, *Къ вопросу о возрожденіи естественнаго права и нашей программѣ* (Право, 1902, №№ 41, 42 и 43); Палиенко, *Ученіе о сущестѣ права и правовой связности государства*, 1908, стр. 1—71, 129—201; Покровскій, *Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданского права*, 1909.

Долгое время, а отчасти и до сихъ поръ, философія права отождествляется съ естественнымъ правомъ, которое ставить сво-

¹⁰⁾ Такою постановкою устраняется спорный вопросъ, слѣдуетъ ли философію права признавать юридическою наукою или философскою. Напр., Berolzheimer,

сю задачей априорное построение идеального правового порядка. При такой постановке задачи, весь центр внимания философии права переносится в практическую сторону. Не такъ однако легко опредѣлить цѣнность естественнаго права и его отношеніе къ философіи права, потому что съ выраженіемъ „естественное право“ соединялись въ исторіи и соединяются сейчасъ чрезвычайно различныя представленія.

Уже въ Греціи праву по установленію (*νόμος*) противопоставлялось право по природѣ (*νόσος*), т. е. рядомъ съ правомъ, установленнымъ людьми, признавалось право, начертанное природою. Аристотель раздѣляетъ все право, дѣйствующее въ государствѣ (*δίκαιον πολιτικόν*) на двѣ части: на измѣняемыя человѣческія постановленія (*δίκαιον νομικόν*), и на неизмѣнныя велѣнія природы (*δίκαιον φυσικόν*). Такъ напр., къ неизмѣнному праву относится раздѣленіе людей на рожденныхъ повелѣвать и рожденныхъ повиноваться. Это естественное право вступаетъ въ силу, когда молчитъ право, установленное людьми. Слѣдовательно, съ одной стороны естественное право является какъ бы частью всего права, съ другой стоитъ гдѣ то надъ нимъ и выступаетъ только по временамъ, какъ бы въ помощь положительному праву. Такимъ же неустойчивымъ оказывается понятіе о естественномъ правѣ римлянъ. Подъ этимъ именемъ у послѣднихъ понимаются то законы въ научномъ смыслѣ (*quod natura omnia animalia docuit*), напр., брачное сожитіе, произведеніе потомства; то ядро положительнаго права, неизмѣнно встрѣчающееся въ правѣ каждаго народа (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*); то, наконецъ, естественное право противопоставляется общепризнанному положительному праву, напр., въ вопросѣ о рабствѣ, которое противорѣчитъ природѣ (*contra naturam*), хотя и укрѣплено всюду законами. Во всякомъ случаѣ едва ли вѣрно, что одаренные практическимъ чутьемъ римляне смотрѣли на *jus naturale* только какъ на идеальное и не придавали ему дѣйствующей силы¹⁾.

System der Rechts- und Wirthschaftsphilosophie, т. II, стр. 2, полагаетъ, что философія права должна быть причислена къ правовѣдѣнію, но въ то же время является философскою наукой. W u n d t, *Einleitung in die Philosophie*, стр. 14, думаетъ, что настала пора стойти философіи права къ правовѣдѣнію.

1) V e u d a n t, *Le droit individuel et l'état*, стр. 59.

Этому противорѣчатъ ихъ собственныя выраженія: *jura naturalia observantur, jus naturale apud omnes custoditur*.

Въ средніе вѣка измѣнчивой части права, обязанной своимъ происхожденіемъ человѣческой волѣ, противопологали неизмѣнныя установленія божественнаго и естественнаго права. Естественное право въ представленіи того времени было дѣйствующимъ правомъ, и сомнѣніе относилось только къ вопросу, сливается ли оно съ понятіемъ божественнаго права или только сопоставляется. Одно было безспорно: естественное право признавалось обязательнымъ и считалось выше всякаго другого; всякіе законы и обычаи должны отступить передъ нимъ (*si naturali juri fuerint adversa, vana et irrita habenda sunt*).

Лучшая пора естественнаго права—XVII и XVIII столѣтія. Основаніе этому направленію кладетъ Гуго Гроцій и за нимъ слѣдуетъ рядъ блестящихъ умовъ того времени: Гоббсъ, Локкъ, Спиноза, Пуффендорфъ, Томазіи, Лейбницъ, Руссо. Политическія тенденціи этой школы измѣнялись съ теченіемъ времени: въ началѣ представители ея хотѣли дать разумныя объясненія сложившемуся порядку между людьми, а позаднѣе они стремились разрушить историческія основы и замѣнить ихъ разумными. За все время своего исключительнаго господства школа естественнаго права придавала этому выраженію не одинаковый смыслъ. Естественнымъ правомъ пользуются, какъ методологическимъ приемомъ: естественное право—это то, что было бы, если бы, не существовало государства и установленныхъ имъ законовъ. Естественное право является историческою гипотезою: это то право, которое дѣйствовало на самомъ дѣлѣ въ естественномъ состояніи, до перехода къ государственному. Естественное право играетъ роль политическаго и юридическаго идеала: это то право, которое должно бы дѣйствовать вмѣсто исторически сложившагося порядка. Наконецъ, естественное право выступаетъ въ качествѣ дѣйствующаго права: это то право, которое должно примѣняться тамъ, гдѣ молчатъ законы, а иногда и тамъ, гдѣ они явно противорѣчатъ разуму. При этомъ естественное право легко переходило изъ одного значенія въ другое. Очерченное, напр., для естественнаго состоянія, естественное право противопологалось культурно-извращенному праву, какъ оставшійся позади идеаль. При-

знанное за разумный идеаль, естественное право подставлялось какъ дѣйствующее, какъ подлежащее отмѣнѣ со стороны историческаго права. Задача философіи права заключалась въ раскрытіи, путемъ рационалистическимъ, абсолютнаго, неизмѣннаго, равнаго для всѣхъ народовъ и времени, права, которое дано самою природою, а потому стоитъ выше положительнаго права.

Въ началѣ XIX вѣка естественное право столкнулось съ новымъ теченіемъ мысли въ лицѣ исторической школы, объ которую оно разбилося не столько вслѣдствіе сильной критики извнѣ, сколько вслѣдствіе ослабѣвшей собственной силы изнутри. Въ оппозицію къ естественному праву стала въ Англии утилитарная школа Бентама. Въ Германіи его оттѣснила историческая школа Савиньи и Пухты. Связь естественнаго права съ революціонными тенденціями, проявленная въ XVIII вѣкѣ, вызвала гоненіе на него со стороны всѣхъ реакціонныхъ силъ, поднявшихся въ Европѣ на защиту стараго порядка. Но долгое время у самихъ противниковъ естественнаго права проступали признаки естественноправового зараженія.

Самый сильный ударъ идеѣ естественнаго права былъ нанесенъ научнымъ духомъ XIX вѣка, его исторической, социологической и эволюціонной точкой зрѣнія. Все давало основаніе думать, что естественное право окончательно умерло, и уже готовились ставить ему надгробный памятникъ, когда совершенно неожиданно въ исходѣ XIX столѣтія, оно вдругъ проявило всѣ признаки жизни. Это оживленіе обнаружилось одновременно въ разныхъ мѣстахъ Западной Европы и съ особенною яркостью въ Россіи. Вновь возродившееся естественное право признаетъ свое родство со старымъ какъ въ основній задачѣ—нахожденіи идеальнаго критерія, такъ и въ апріорномъ методѣ. Но новое направленіе отграничиваетъ себя отъ стараго тѣмъ, что оно не признаетъ вѣчнаго, неизмѣннаго для всѣхъ времени и народовъ права. Оно выдвигаетъ естественное право съ переменнымъ содержаніемъ²⁾, что однако не мѣшаетъ ему искать абсолютнаго критерія.

Новѣйшая вспышка естественнаго права показываетъ, какую живучестью отличается эта идея права, основаннаго на природѣ.

²⁾ Mit wechselndem Inhalt (Stammler), à contenu variable (Saliciles).

Гдѣ же причины этой жизненной силы, въ чемъ оправданіе естественнаго права?

Логическое обоснованіе состоитъ въ томъ, что понятіе о естественномъ правѣ создается отрицательнымъ путемъ, посредствомъ противоположенія реальнаго измѣчиваго права идеѣ неизмѣннаго права. Противопоставляя отжившимъ, несправедливымъ, непоследовательнымъ законамъ идею вѣчнаго, справедливаго и разумнаго права, человѣкъ легко признаетъ за этою идеею такое же реальное существованіе, какъ и за ея противоположностью, имѣющею реальное бытіе ³⁾. Можно логическое обоснованіе поставить нѣсколько иначе. Идеалу дается названіе „право“, которому соответствуетъ реальное понятіе, и путемъ постояннаго сочетанія слова и понятія умъ привыкаетъ придавать идеалу ту реальность, какая соединена съ названіемъ.

Психологическое обоснованіе естественнаго права заключается въ исканіи авторитета, который могъ бы быть противопоставленъ авторитету, лежащему въ основѣ положительнаго права. Въ эпоху, когда существующій порядокъ поддерживается сложившимся уваженіемъ къ старинѣ, силою традиціи, борьба противъ него возможна не личною критикою, а ссылкой на другой авторитетъ, пользующійся столь же общимъ признаніемъ. Естественность являлась орудіемъ противъ историчности. Исканіе новаго авторитета, какъ средства воздѣйствія на сложившіяся отношенія, обусловливается склонностью людей поддаваться болѣе авторитетности, нежели убѣдительности.

Этическое обоснованіе естественнаго права состоитъ въ постоянномъ исканіи высшаго принципа поведенія внѣ окружающей дѣйствительности. Это протестъ противъ общепринятыхъ нормъ морали и права во имя новыхъ нормъ, источникомъ которыхъ можетъ быть только нѣчто, стоящее надъ данною культурою. Подсказавъ ли этотъ протестъ испытанною лично несправедливостью или продиктовавъ высокимъ чувствомъ состраданія къ другимъ,—изъ отрицанія онъ переходитъ въ положительный идеаль, который долженъ быть непременно осуществленъ. И человѣкъ въ дѣйствительности не столько почерпаетъ изъ природы,

³⁾ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 97—98.

сколько силою воли объективируетъ въ природѣ свой субъективный идеаль. Чего страстно желаешь, то пачинаешь наконецъ видѣть въ дѣйствительности.

Изъ предшествующихъ обоснованій вытекаетъ основное—историческое. „Особенно характерно это возвращеніе къ природѣ, какъ противоположности къ исторически сложившимся отношеніямъ. Оно до нѣкоторой степени лозунгъ всѣхъ реформацій и революцій. Всякій разъ, когда историческія формы уже отжили, когда право обратилось въ безправіе, благодѣяніе въ мученіе, союзи въ цѣпи и оковы, то кажется, будто человѣческій духъ окунается въ вѣчно одинаковую природу, чтобы смыть съ себя пыль вѣковъ,—словно Антея, стремящійся получить приливъ свѣжихъ силъ отъ вѣчно родной земли 4)“.

Прежде чѣмъ перейти къ критикѣ естественнаго права, какъ философіи права, необходимо установить самый объектъ критики, т. е. понятіе о естественномъ правѣ. Это не такъ легко въ виду указанного различія направленій въ естественномъ правѣ, особенно между старою школою XVII и XVIII вѣковъ и вновь возрожденнымъ естественнымъ правомъ, въ виду различныхъ точекъ зрѣнія, господствующихъ и въ настоящее время. Постараемся найти то, что обще всѣмъ направленіямъ, даже тамъ, гдѣ сторонники разныхъ теченій стремятся разграничиться.

Старое естественное право выступало какъ система нормъ, которая во всей подробности опредѣляетъ человѣческое общеніе, но въ отличіе отъ положительнаго права, задающагося тою же цѣлью, носитъ характеръ абсолютный, вѣчный, неизмѣничивый во времени и пространствѣ. Это прежде всего идеаль правового порядка, къ которому по возможности должно приближаться положительное право 5). Возрожденное естественное право уже не рисуетъ системы нормъ, предназначенныхъ замѣнить историческое право, оно воздерживается отъ конкретныхъ цѣлей, которыя измѣняются во времени и пространствѣ. Но оно

4) Виндельбандъ, *Исторія новой философіи*, т. I, изд. 1902, стр. 32.

5) Такъ и сейчасъ опредѣляетъ естественное право Boistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, стр. I: „совокупность правилъ, которыя, съ точки зрѣнія разума, должны быть снабжены принудительною санкціею“; также Odot, *Premiers essais de philosophie de droit*, стр. 67.

ищетъ только абсолютнаго начала, вѣчнаго и неизмѣннаго, исходя изъ котораго можно было бы разрѣшить тѣ задачи, какія ставятся праву условіями даннаго времени или данной страны ⁶⁾. Если старое и новое направленія расходятся въ полнотѣ начертаннаго идеала, то они сходятся въ абсолютности исходныхъ началъ,—едва ли и возможно естественное право безъ вѣры въ существованіе извѣстныхъ абсолютныхъ началъ права ⁷⁾. Новое направленіе слѣдовало бы характеризовать не какъ естественное право съ переменнымъ содержаніемъ, а какъ естественное право съ переменною частью своего содержанія. Кромѣ этого момента новое естественное право отличается отъ стараго социальнымъ характеромъ проблемъ, его интересующихъ.

Если бы естественное право выдвигалось только какъ идеаль, на который законодатель долженъ постоянно взирать при обновленіи положительнаго права, то естественное право могло бы вызвать упрекъ развѣ только въ односторонности. Философія права разсматривала бы только практическія проблемы, оставляя совершенно въ сторонѣ теоретическіе вопросы или отдавая ихъ на разработку спеціальнымъ наукамъ. Но естественное право стремится перейти изъ категоріи долженствующаго въ категорію сущаго. Отношеніе естественнаго права къ положительному обрисовывается не какъ отношеніе идеала къ дѣйствительности, а какъ одной части дѣйствительности къ другой. И эта черта присуща не только старому, но и новому направленію въ естественномъ правѣ ⁸⁾.

Приступая къ критикѣ естественнаго права, мы прежде всего

⁶⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, рус. пер., т. I, стр. 185 и слѣд.; Saloilles, *Ecole historique et droit naturel* (R. trim. de dr. civil, 1902, т. I, стр. 80—112); Новгородцевъ, *Проблемы идеализма*, стр. 253; кн. С. Трубцкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, изд. 1909, стр. 61; Ehrhardt, *La crise actuelle de la philosophie de droit*, 1903, стр. 165—174.

⁷⁾ Покровскій, *Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданского права*, стр. 40.

⁸⁾ Такъ кн. Е. Трубцкой, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 1906, стр. 48: „право позитивное не есть единственная форма права, надъ нимъ есть иное, высшее право, которое служитъ первоначальнымъ источникомъ всякаго авторитета, всякой власти и, слѣдовательно, является первоначальной основой всякаго правового порядка“. „Существованіе естественнаго права неопровержимо доказывается тѣмъ, что безъ него никакое вообще право не было бы возможно“.

наталкиваемся на это, только что указанное, признаніе существованія естественнаго права, какъ реальности, рядомъ съ положительнымъ правомъ. Это признаніе иногда затушевывается не выражается прямо, но тотчасъ же выступаетъ, если его вызвать раздражающимъ заявленіемъ, что существуетъ только одно право, положительное. Съ точки зрѣнія естественнаго права создается дуализмъ права: съ одной стороны исторически сложившееся право, съ другой—право умопостигаемое. Въ данномъ мѣстѣ, въ опредѣленный моментъ времени, для тѣхъ же самыхъ отношеній дѣйствуютъ два права. Получается удвоеніе правового порядка, которое напоминаетъ удвоеніе реального міра, введенное Платономъ. Если естественное право нормируетъ жизненные отношенія такъ же, какъ и положительное право, а не такъ, какъ это дѣлаетъ нравственность, приличіе, то мы имѣемъ передъ собой несомнѣнный и непостижимый дуализмъ. Если же естественное право выполняетъ свою задачу нормирования не такъ, какъ положительное право, то объектъ философіи права разсматриваемаго направленія лежитъ гдѣ-то внѣ права. Что бы ни понимать подъ естественнымъ правомъ, но одно несомнѣнно для всѣхъ: оно рѣзко противопоставляется положительному праву. Въ такомъ случаѣ, гдѣ же основаніе двумъ совершенно различнымъ понятіямъ присваивать одно и то же названіе „право“? Пусть истинное право будетъ то, что называется нынѣ естественнымъ правомъ,—тогда въ этомъ названіи необходимо отказать законамъ, обычаямъ, вообще формамъ положительнаго права. Если, наоборотъ, право—это то, что мы называемъ положительнымъ правомъ, то названіе „право“ должно быть отнято у естественнаго права.

На почвѣ дуализма происходитъ постоянно взаимное непониманіе, столь вредное для науки и для жизни. Тамъ, гдѣ относятся отрицательно къ естественному праву, рѣчь идетъ часто только о непризнаніи за нимъ характера права, безъ всякаго отстаиванія неприкосновенности историческаго права. Помимо взаимнаго непониманія, вызываемаго примѣненіемъ одного и того же названія къ существенно разнымъ понятіямъ, естественное право порождаетъ заблужденіе въ самихъ своихъ сторонникахъ: противопоставляя его положительному праву въ одни моменты,

они охотно подставляют его подъ положительное право въ другіе моменты, какъ это можно до сихъ поръ наблюдать въ вопросѣ объ естественныхъ политическихъ правахъ.

Философія права, которая ставитъ свою задачею объяснить дѣйствительность, чтобы ее оцѣнить, должна прежде всего устранить дуализмъ въ изучаемомъ объектѣ, т.-е. отбросить понятіе о естественномъ правѣ ⁹⁾.

Естественное право, принимаемое не какъ идеаль права, а какъ право, должно непременно оказаться въ противорѣчій съ дѣйствительностью. Его начала вѣчны и неизмѣнны, тогда какъ положительное право находится въ состояніи постоянного измѣненія. Если въ данный моментъ дѣйствуютъ законы, противные абсолютному нравственному сознанию, которое составляетъ основной принципъ естественнаго права, или подсказаны эгоизмомъ господствующаго класса, тогда какъ въ основѣ естественнаго права лежитъ вѣчная идея справедливости,—то какъ отнестись къ положительному праву, ставшему въ данное время въ противорѣчіе съ началами естественнаго права? Осудить его съ нравственной точки зрѣнія не значитъ еще отвергнуть за нимъ характеръ права, но непризнаніе за нимъ характера естественнаго права есть отрицаніе свойствъ права. Такъ и въ самомъ дѣлѣ поступаютъ нѣкоторые, болѣе послѣдовательные, представители раасматриваемаго направленія, которые въ случаѣ несогласія нормъ положительнаго права съ естественнымъ правомъ, отрицаютъ за такими нормами обязательный характеръ ¹⁰⁾. Отвергая дѣйствительныя явленія, естественное право не можетъ быть признано само за философію дѣйствительности.

⁹⁾ Совершенно правъ Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, стр. 109, когда онъ утверждаетъ, что допускаемый естественнымъ правомъ дуализмъ, есть „смертный грѣхъ противъ науки“.

¹⁰⁾ Напр., Cathrein, *Recht, Naturrecht und juristisches Recht*, 2 изд. 1909, стр. 61. „Такъ какъ законъ есть обязательное правило, то явно неразумный законъ не можетъ быть дѣйствительнымъ закономъ. Повиновеніе гражданъ должно быть разумнымъ; оно не будетъ такимъ, если требуетъ подчиненія закону, который очевидно противорѣчитъ разуму“. Точно также кн. Е. Трубецкой, *Энциклопедія права*, изд. 1906, стр. 48: „по отношенію къ власти, которая господствуетъ одной только голой силой, подданные не связаны ни правовыми, ни вообще какими бы то ни было обязательствами“.

Проведение разграничительной линии между правомъ и нравственностью, на которое было затрачено въ исторіи такъ много остроумія, возможно лишь на почвѣ положительнаго права. Старое естественное право рисовало полный законопроектъ, который и предлагало взазмѣнъ дѣйствующихъ законовъ. Новое естественное право отказывается отъ такой задачи и ограничивается нахожденіемъ общаго принципа. Такимъ принципомъ для однихъ является нравственное сознание, для другихъ—идея добра, для третьихъ—вѣчная справедливость. Но тогда философія права уходитъ полностью въ область этики. Въ самомъ дѣлѣ, представители разсматриваемаго направленія заявляютъ намъ, что „естественное право есть то же, что право нравственное“¹¹⁾, что подъ естественнымъ правомъ слѣдуетъ понимать „нравственные сужденія о положительномъ правѣ“¹²⁾. Дѣйствительно, право и нравственность имѣютъ общіе исходные пункты, но въ дальнѣйшемъ пути ихъ расходятся, и на этомъ расхожденіи построено исканіе отличительныхъ признаковъ каждаго изъ этихъ двухъ проявленій общности. Съ точки зрѣнія новаго направленія въ естественномъ правѣ задача философіи права заключается въ нахожденіи вновь общаго источника. Но почему тогда это будетъ философія права, а не нравственности? Старая школа давала намъ полную систему воображаемаго правового порядка, отстаивая за нимъ абсолютный характеръ, новая школа утверждаетъ, что абсолютное значеніе въ естественномъ правѣ имѣетъ только высшій критерій, какъ идея добра, вѣчная справедливость, нравственное сознание, все же остальное въ его содержаніи измѣнчиво. Но, если естественное право сводится только къ высшему принципу, имѣющему абсолютный характеръ, то что же можетъ видоизмѣняться въ естественномъ правѣ? Измѣнчиво положительное право, а не естественное. Если же неизмѣнною частью естественнаго права остается только высшій принципъ, имѣющий не юридическое, а нравственное значеніе, то гдѣ же естественное право? Такая постановка вопроса есть полное упразд-

¹¹⁾ Кн. Е. Трубѣцкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, изд. 1909, стр. 61.

¹²⁾ Новгородцевъ, *Нравственный идеализмъ въ философіи права* (Проблемы идеализма), стр. 254—255.

неніе естественнаго права, а слѣдовательно и философіи права, сдѣлавшей его своимъ объектомъ.

Принимая естественное право какъ оцѣнку положительнаго права и его идеалъ, мы должны спросить,—а гдѣ же теоретическія основы для критики и творчества? Откуда заимствуетъ ихъ естественное право? Само оно не создаетъ теоретическихъ понятій, потому что само оно, по представленію своихъ сторонниковъ, не наука ¹³⁾. Значить задача выработки теоретическихъ понятій, на которыхъ философія права предполагаетъ строиться, падаетъ на спеціальныя науки. Но мы уже видѣли, что сами спеціальныя науки нуждаются въ философскомъ построеніи теоретическихъ понятій.

Новое направленіе въ естественномъ правѣ сходится со старымъ въ одномъ, весьма важномъ, моментѣ: въ апріорности метода: „необходимо обратиться къ апріорнымъ указаніямъ нравственнаго сознанія, которое въ своемъ независимомъ отъ всякаго опыта существѣ содержитъ данныя для оцѣнки любого опытнаго матеріала“ ¹⁴⁾. Но нравственное сознаніе—само есть историческій фактъ, а потому и измѣнчивый. Съ этимъ, конечно, представители естественнаго права не согласятся, потому что допустить такое положеніе, значитъ выдернуть у себя изъ-подъ ногъ скамейку. Для защиты своей позиціи, имъ ничего не остается какъ обратиться къ вѣрѣ. Здѣсь на помощь выступаетъ то теченіе современной философской мысли, которое переноситъ задачи философіи въ міръ цѣнностей, и основывается на вѣрѣ въ абсолютное нормальное сознаніе, въ оцѣнки, имѣющія абсолютное значеніе, хотя бы онѣ фактически не пользовались всеобщимъ признаніемъ или даже никѣмъ не признавались ¹⁵⁾. Но въ такомъ

¹³⁾ Новгородцевъ, *Проблемы идеализма*, стр. 295: „естественное право, если оно должно возродиться, какъ живая идея, а не какъ антикварный продуктъ времени давно минувшихъ, должно не только опираться на углубленный философскій анализъ, но еще и войти въ союзъ съ наукой“.

¹⁴⁾ Новгородцевъ, *Проблемы идеализма*, стр. 256.

¹⁵⁾ Видельбадъ, *Прелюдіи* стр. 30: „Всѣ мы вѣримъ, что на сторонѣ необходимаго въ высшемъ смыслѣ лежитъ право, которому должны подчиняться всѣ. Мы вѣримъ въ законъ болѣе высокій, нежели законъ естественно-необходимаго возникновенія нашихъ представленій—мы вѣримъ въ право, опредѣляющее ихъ цѣнность“ (стр. 36). Какую злую шутку играетъ здѣсь слово „право“ надъ тѣми, кто

случаѣ между естественнымъ правомъ и опытными науками ложится пропасть, хотя представители разсматриваемаго направлення и полагаютъ, что данныя наукъ должны явиться арсеналомъ средствъ для тѣхъ цѣлей, которыя указываются этикой. Они забываютъ, что всякое средство должно быть приспособлено къ цѣли, а здѣсь цѣль появляется изъ совершенно иного міра, нежели средства. Съ нравственнымъ сознаніемъ современнаго представителя естественнаго права немислимо обращаться къ союзамъ людей, недостигшихъ современной культуры, и на томъ же основаніи оно можетъ оказаться дѣтскимъ лепетомъ передъ людьми отдаленной будущей культуры. И что только не казалось естественнымъ съ точки зрѣнія нравственнаго сознанія! Развѣ греки, а за ними основатель естественнаго права въ новое время, Гуго Гроцій ¹⁶⁾, не признавали естественнымъ рабство? Порталисъ и Потье считали естественнымъ господство мужа надъ женою. Почему современнымъ философамъ кажется, что ихъ нравственное сознаніе внѣ-исторично, независимо отъ условій времени и пространства? Странное дѣло, отчего, при вѣрѣ въ абсолютность нравственнаго сознанія, новое естественное право отличается отъ стараго по характеру проблемъ, которыя имъ выдвигаются? Въ XVIII вѣкѣ нравственное сознаніе подсказывало свободу, равенство, а современное вниманіе занято правомъ на трудъ, правомъ на достойное существованіе. Въ этомъ различіи политическихъ и соціальныхъ проблемъ не сказалось ли влияніе историческихъ условій на нравственное сознаніе?

Трудно выбрать болѣе неудачное названіе для философіи

въ философіи Виндельбанда ищетъ опоры для ученія о правѣ! То, что нравственное сознаніе даннаго автора не пользуется признаніемъ, насколько не подрываетъ довѣрія его къ абсолютности. „Мы не можемъ сомнѣваться въ томъ, что лучше: свобода или братствъ, правда или неправда, равенство или неравенство, право или произволъ. На все это у нравственнаго сознанія есть одинъ ясный и твердый отвѣтъ“ (Новгородцевъ, *О задачахъ современной философіи права*, „Право“, 1902, № 40, стр. 1750). Сомнительно, чтобы при современной сложности отношеній нравственное сознаніе способно было всегда дать легкій отвѣтъ на вопросы, что есть правда? Относительно равенства еще приходится спросить, какое равенство: не то ли, которое отстаивало манчестерство? Что касается права и произвола, то, какъ увидимъ, со стороны естественнаго права главная опасность та, что произволъ способенъ вытѣснить право.

*) *De jure belli et pacis*, кн. II, гл. V, § 27.

права, какъ „естественное право“. Этому выраженію свойственна та же двойственность смысла, какъ и слову „право“. Если последнее означаетъ науку о правѣ и систему нормъ права, то естественное право означаетъ и философію права и систему идеальныхъ нормъ права, если уже не считаться съ дуализмомъ. То, что изучаетъ философія права, именуемая себя естественнымъ правомъ,—прежде всего не „право“, а во-вторыхъ, не „естественное“. Старая школа по крайней мѣрѣ вѣрила, что ей удалось вскрыть систему нормъ, начертанныхъ самою природою. Но новому направленію ни въ какомъ случаѣ не слѣдовало пользоваться достаточно дискредитированнымъ названіемъ, не отвѣчающимъ вовсе сущности означаемого имъ понятія, потому что теперь не только не взываютъ къ природѣ, а стараются всячески отграничиться отъ естествознанія. Эта преимственность названія имѣетъ свое значеніе. Конечно, современные представители философіи права не могутъ нести отвѣтственности за грѣхи своихъ предшественниковъ, но, возстановляя названіе естественнаго права, они не могутъ считать себя вполне свободными отъ долговъ по наслѣдству, добровольно ими принятому ¹⁷⁾.

Намъ остается указать на практическій вредъ философіи права, выступающей подъ флагомъ естественнаго права. Если естественное право не есть только идеалъ права, а является дѣйствительнымъ правомъ, то оно имѣетъ полное основаніе требовать себѣ примѣненія въ жизни. Прежде всего выступаетъ желаніе восполнять естественнымъ правомъ всѣ пробѣлы положительнаго, затѣмъ намѣренно расширять эти пробѣлы, и, наконецъ, подъ видомъ разъясненій подставлять естественное право подъ дѣйствующіе законы. Въ виду различія нормальныхъ сознаний, содержаніе того, что будетъ предложено въ пополненіе или въ замѣну положительнаго права — заранее непредусмотримо. Если въ одно время нравственное сознаніе будетъ настроено въ духъ высокихъ идей свободы личности, уваженія къ ея непри-

¹⁷⁾ Тѣмъ, кто склоненъ опираться въ философіи права на Виндельбанда и Риккерта, слѣдуетъ имѣть въ виду, что именно понимаетъ послѣдній подъ природой. „Природнымъ, въ противоположность искусству и культурѣ, мы называемъ то, что возникаетъ само собою и не создано другими“ (*Границы естественно-научнаго образованія понятій*, 1904, стр. 187).

косновенности и обеспеченности, то въ другое время подъ тѣмъ же флагомъ можетъ быть проведена идея государственности, стоящей выше личности, идея полного подчиненія государственной власти. Судья и администраторъ, одушевленные идеею общаго блага, оторвавшись отъ положительнаго права, могутъ приспособлять правовой порядокъ къ новымъ запросамъ жизни, но такъ же легко, подъ предлогомъ того же блага, подавлять проблески новой жизни, поддерживать интересы одного класса въ ущербъ интересамъ всѣхъ прочихъ. Идея высшей справедливости способна, по существу естественнаго права, превратиться въ обусловленный вѣяніями времени произволь.

Эта опасность естественнаго права, эта скрытая въ немъ возможность социальнаго вреда, не даетъ однако основанія отвергать его историческаго значенія въ прошломъ, съ чѣмъ намъ придется встрѣтиться позднѣе, въ ученіи объ образованіи права.

§ 4.

Философія права и общая теорія права.

Литература: Merkel, *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allegemeinen Theil derselben* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, т. I, 1874, стр. 1—10 и 402—421); Schütze, *Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, т. VI, 1879); Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 1—16; Müller, *Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung*, 1877; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд. 1908, стр. 1—13; Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 6 изд. 1907, стр. 1—8; Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 4.

Въ противоположность разсмотрѣнному сейчасъ направленію сосредоточить задачи философіи права въ практической области, обнаруживается стремленіе ограничить задачи философіи права одною теоретическою областью. Съ этой точки зрѣнія, философія права, отказавшись разъ на всегда отъ всякихъ естественно-правовыхъ увлеченій, должна заняться исключительно изслѣдованіемъ основныхъ понятій, лежащихъ въ основѣ всякаго положительнаго права. Философія права превращается въ теорію права, которая получаетъ названіе общей, чтобы отличить ее

отъ тѣхъ теорій, которыя создаются въ предѣлахъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ. На основаніи только исторически даннаго матеріала, философія права должна выяснить, что такое вообще право, независимо отъ измѣнчиваго его содержанія, что такое государство въ разнообразіи дѣйствительныхъ формъ его существованія, каковы источники права, каковы методы разработки нормъ права.

Раньше всего и наиболѣе прочно утвердилась общая теорія права въ Англии. Нѣкоторые хотѣли бы поставить такое направленіе юридической и философской мысли въ связь съ національнымъ характеромъ англичанъ ¹⁾. Однако, едва ли это такъ просто. Въ XVIII вѣкѣ знаменитый англійскій юристъ Блэкстонъ стоялъ на точкѣ зрѣнія естественнаго права, и даже признавалъ за нимъ значеніе положительнаго. „Естественное право, говорилъ онъ, появившееся вмѣстѣ съ человѣкомъ и внушенное Богомъ, по этой уже причинѣ обязываетъ къ большому повиновенію, чѣмъ какое-либо иное право. Оно связываетъ всѣхъ на землѣ, во всѣхъ странахъ и во всѣ времена: никакіе человѣческіе законы не могутъ имѣть силы, если стоятъ въ противорѣчій съ нимъ“ ²⁾. И ту же склонность къ естественному праву проявилъ въ XIX вѣкѣ знаменитый англійскій философъ Гербертъ Спенсеръ ³⁾. Однако, остается вѣрнымъ, что современная англійская философія права въ общемъ относится совершенно отрицательно къ естественному праву и признаетъ только одно положительное право ⁴⁾.

Въ то время, какъ на континентѣ получала распространеніе историческая школа, въ Англии возникла аналитическая школа, главою которой признается Джонъ Остинъ. Уже Бентамъ, глава утилитарной школы въ этикъ, высказался крайне враждебно по отношенію къ „анархическимъ софизмамъ“ естественнаго права. Въ то же время онъ рѣзко различилъ въ правовѣдѣніи двѣ сто-

¹⁾ Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 6 изд. 1909, стр. 57—70.

²⁾ Blackstone, *Commentaries*, введение, стр. 43.

³⁾ Спенсер, *Principles of Ethics*, ч. IV., *Justice*.

⁴⁾ По словамъ Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 2 изд. 1907, стр. 2, естественное право было еще извѣстно дѣдамъ (our forefathers) „въ послѣдніе годы въ Англии какъ имя, такъ и содержаніе его совершенно вышли изъ обихода“.

роны его изученія: объяснительную, которая должна представить, что такое право, и критическую, которая должна представить, какимъ право должно быть ⁵⁾. Въ томъ же направленіи пошелъ Остинъ, выпустившій въ 1832 году свое основное сочиненіе „О предметъ науки права“ ⁶⁾. Въ теченіе всего XIX вѣка вліяніе Остина росло все болѣе и создало цѣлую школу, извѣстную подъ именемъ аналитической или формальной, потому что она поставила своею задачею анализъ основныхъ понятій права съ формальной точки зрѣнія ⁷⁾.

Въ противоположность правовѣдѣнію, излагающему право той или иной страны, въ той или другой его части, должно существовать общее правовѣдѣніе (General Jurisprudence), котораго задачею должно быть изслѣдованіе тѣхъ понятій, какія лежатъ въ основѣ различныхъ правъ. Это предметъ философскаго характера, поэтому ему можетъ быть присвоено названіе философіи положительнаго права или просто права (Philosophy of Law). Такъ какъ этотъ предметъ отстраняетъ отъ себя юридическую практику, въ смыслѣ ли ежедневнаго примѣненія нормъ права, въ смыслѣ ли законодательной политики, то онъ можетъ называться также теоріей положительнаго права или просто права (Theory of Law).

Мы видимъ, что уже въ самомъ наименованіи теорія права сливается съ философіей права. То же обнаружится при раз-

⁵⁾ Бентамъ, *Избранныя сочиненія*, рус. пер. 1867, стр. 301.

⁶⁾ Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, 1832. Сочиненія Остина изданы его женой. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of positive Law*, 5 изд. 1886, въ двухъ томахъ.

⁷⁾ О неослабввающемъ вліяніи Остина можно судить по книгѣ Brown, *The Austinian Theory of Law*, 1906, въ которой авторъ воспроизводитъ въ точности ученіе Остина и отражаетъ нападки на него. Къ представителямъ аналитической школы, которые пользуются успѣхомъ въ Англии, относятся: Holland, *The Elements of Jurisprudence* 10 изд. 1908, Maitland, *Elements of Law*, 6 изд. 1905; Нейпъ, *The Theory of legal duties and rights*, 1883, Lightwood, *The nature of positive Law*, 1883. Имѣются многочисленныя студенческія изданія философіи права Остина въ сжатомъ изложеніи, напр. Campbell, *An analysis of Austin's Lectures on Jurisprudence of the Philosophy of positive Law*, 6 изд. 1905. О вліяніи Остина въ Америкѣ до сихъ поръ даетъ представленіе Carter, *Law, its Origin, Growth and Function*, 1907. На континентѣ Европы не имѣютъ почти никакого понятія объ аналитической школѣ, несмотря на сдѣланное указаніе — Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 14, прим.

смотрѣніи содержанія. Разсматривая право того или другого народа, мы замѣчаемъ въ немъ черты двоякаго рода: свойственныя только данному праву и общія ему съ правами другихъ народовъ. Въ томъ, что встрѣчается, какъ общее въ различныхъ правахъ, слѣдуетъ опять-таки различать: то необходимое, безъ чего ни одно право не можетъ обойтись, и то случайное совпаденіе, котораго можетъ и не быть. Общее и необходимое—это и есть объектъ философіи права или теоріи права. Общее и необходимое—это основныя, высшія понятія въ правовѣдѣніи. Изъ сказаннаго уже слѣдуетъ, что эти понятія не могутъ быть созданы а priori, такъ какъ они создаются а posteriori, посредствомъ отвлеченія отъ положительнаго права. Второй выводъ тотъ, что вмѣстѣ съ положительнымъ матеріаломъ измѣняются и основныя понятія, а слѣдовательно и сама теорія права, положенія которой имѣютъ поэтому историческую, но не абсолютную цѣнность. Съ точки зрѣнія аналитической школы слѣдуетъ строго отличать теорію права отъ законодательной политики. По мнѣнію самого Остина *) законодательная политика (Science of Legislation) не входитъ составною частью въ науку о правѣ (Science of Jurisprudence), и потому философія права, въ представленіи главы аналитической школы, ограничивается одною теоретическою стороною и исключаетъ практическую.

Въ Германіи, гдѣ съ такою силою господствовала философія права въ смыслѣ естественнаго права, общей теоріи права не легко было пробиться. Въ теченіе XIX вѣка раздавались отдѣльные голоса въ пользу философіи положительнаго права, но они легко заглушались †). Болѣе благоприятно сложились обстоятельства къ семидесятымъ годамъ. Это было время упадка довѣрія къ спекулятивной философіи, увлеченія естествознаніемъ. Къ этому измѣненію философскаго міросозерцанія присоединился политическій моментъ — необходимость разграниченія государственнаго и каноническаго права въ виду борьбы между государствомъ и церковью.

*) Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, стр. 83.

†) Wenig, *Ueber den Geist des Studiums der Jurisprudenz*, 1814; Falck, *Juristische Encyclopädie*, 5 нах. 1851.

Во главѣ новаго направленія, выдвинувшаго взаи́мъ естественнаго права общую теорію права (*Allgemeine Rechtslehre*), выступилъ Адольфъ Меркель ¹⁰⁾. Правовѣдніе, какъ и всякая наука, не можетъ обойтись безъ философскаго элемента. Но философія должна вырости изъ самого правовѣднія, а не быть ему навязанной извнѣ. Исходныя начала для построенія новой философіи права готовы: это тѣ общія части, которыя созданы спеціальными юридическими науками. Здѣсь уже даны основныя понятія, которыми должна пользоваться въ своемъ изложеніи та или другая наука. Такъ уголовное правовѣдніе, прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній и сопровождающихъ ихъ наказаній, изслѣдуетъ понятія о преступленіи и наказаніи вообще. Такъ же поступаетъ и гражданское правовѣдніе, анализирующее понятіе о договорѣ, независимо отъ различныхъ договоровъ, встрѣчающихся въ жизни и признанныхъ законодательствомъ. Остается только создать такую юридическую науку, которая объединила, свела бы въ одно общее то, что уже сдѣлано общою частью каждой спеціальной науки. Это и есть задача общей теоріи права, единственная задача для истинной философіи права. Изъ сказаннаго обнаруживается, что общая теорія права составляетъ продолженіе общей части всѣхъ юридическихъ наукъ, что матеріаль ея исключительно положительное право, и что она и есть то, чѣмъ должна быть философія права.

Если въ настоящее время въ Германіи общая теорія права получаетъ все болѣе признанія ¹¹⁾, то однако нельзя сказать, чтобы отношеніе между общей теоріей права и философіей права могло считаться выясненнымъ въ германской литературѣ. Въ духѣ Меркеля за ограниченіе философіи права вопросами теоре-

¹⁰⁾ Merkel, *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, т. I, 1874). Впрочемъ, отъ выраженнаго въ этой статьѣ взгляда Меркель нѣсколько отступилъ въ своей *Encyclopädie*.

¹¹⁾ Въ разработкѣ общей теоріи права особая заслуга принадлежитъ: Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, т. I, 1872, т. II, 1877, Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, т. II, 1898, т. III, 1905; Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, 1892; Jellinek, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878.

тическими высказались Бергбомъ и Лассонъ, при всемъ различіи ихъ точекъ зрѣнія на право ¹²⁾.

Въ разработкѣ общей теоріи права Франція не представлена вовсе. Общая теорія права предполагаетъ предварительную работу въ специальныхъ наукахъ, которая въ Германіи такъ хорошо дѣлается въ общей части. Ничего подобнаго во Франціи пока нѣтъ и потому для построения общей теоріи права недостаетъ еще теоретическаго матеріала. Французскіе юристы пока мало цѣнятъ практическое значеніе теоріи права. Только въ самое послѣднее время, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Германіи и сознанія недостатковъ своего права, у французскихъ юристовъ сталъ зарождаться интересъ къ теоретическимъ вопросамъ.

На французскомъ языкѣ имѣются изслѣдованія по общей теоріи права, но они принадлежатъ или швейцарцамъ, какъ Роганъ, или бельгійцамъ, какъ Пикарь. Первый изъ нихъ выдвинулъ ученіе о чистомъ правѣ (*Science juridique pure*), подъ которымъ онъ понимаетъ изученіе права, внѣ всякой исторической и критической оцѣнки ¹³⁾. Такое ученіе ставитъ своею задачею изслѣдованіе, каковы необходимыя послѣдствія заранѣе предположенныхъ данныхъ, безъ всякаго отношенія къ тому или иному положительному законодательству и безъ всякой оцѣнки съ точки зрѣнія блага или пользы содержанія анализируемыхъ нормъ. Эта теорія заимствуетъ предположенія какъ изъ дѣйствительности, такъ и изъ воображенія. Отсюда должна получиться система отношеній не только реальныхъ, но и возможныхъ. Другими словами, теорія права, предлагаемая Роганомъ, должна быть наукой абстрактной въ отличіе отъ специальныхъ юридическихъ наукъ, имѣющихъ конкретный характеръ. Самъ Роганъ не отрицаетъ, что его построеніе общей теоріи права навязано примѣромъ политической экономіи, въ которой создано, благодаря Вальра, такое абстрактно математическое направленіе.

Проще смотритъ на свою теорію права (*Droit pur*) Пикарь, который полагаетъ, что она должна быть отвлеченіемъ отъ исто-

¹²⁾ Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 90—102, 538—552. Lason, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 12. Сюда же принадлежатъ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, изд. 1895, стр. 542.

¹³⁾ Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 3—38.

рическихъ правъ, при томъ не только культурныхъ, но и низшихъ народовъ. Общая теорія создается путемъ сравненія различныхъ правъ, причеиъ получается такой типичный отпечатокъ, какъ въ тѣхъ фотографіяхъ, которыя снимаютъ послѣдовательно рядъ роственныхъ лицъ, такъ что на снимкѣ остаются однѣ типическія черты и отпадаютъ индивидуальныя ¹⁴⁾.

Приведенныя сейчасъ мнѣнія по вопросу о сущности общей теоріи права обрисовываютъ очертанія этой науки, которая должна замѣнить собою философію права или стать рядомъ съ ней. Общая теорія права строитъ свои основныя понятія исключительно изъ того матеріала, который содержится въ положительномъ правѣ, т.-е. въ правѣ, которое есть въ данное время у какого-либо народа или было прежде. Никакія пожеланія о томъ правѣ, какое должно быть, въ эти построенія не влетаются. Но также неумѣстны и всякія предположенія о возможномъ правѣ, какъ это пытался провести Рогэнъ. Правда, онъ ставитъ рядомъ съ историческимъ правомъ не желательное право, а воображаемое: если бы было такое-то право, то получились бы такіе-то выводы. Но такъ какъ его воображаемое право не есть положительное право, а только методологическій приѣмъ, то оно и не можетъ быть поставлено рядомъ съ положительнымъ правомъ въ качествѣ строительнаго матеріала.

Такъ какъ положительное право есть историческое явленіе, то и всѣ понятія, изъ него построенныя, имѣютъ только историческую цѣнность. Какъ бы логично ни были связаны между собою понятія, построенныя общей теоріей права или какой нибудь системой гражданскаго или уголовнаго правовѣдѣнія, они все же не могутъ разсчитывать на абсолютную цѣнность. Раздѣленіе права на публичное и частное, право собственности, народное представительство, преступленіе, наконецъ само право—все это понятія исторически сложившіяся, не а priori, а эмпирически. Были моменты въ исторіи человѣчества, когда этихъ понятій не существовало, могутъ настать моменты, когда они сохранятся какъ культурныя воспоминанія. Можетъ быть, это способно подорвать

¹⁴⁾ Picard, *Le droit pur*, 2 изд. 1908, стр. 8—9; мысли автора сильно затемняются обильной фразеологіей.

цѣнность общей теоріи права, придавая ей неустойчивый, текущій характеръ, обусловленный измѣнчивостью матеріала? Однако изъ того, что мы отвергнемъ абсолютное, логическое значеніе понятій общей теоріи права, не слѣдуетъ еще, чтобы ея понятія не имѣли практическаго значенія, чтобы они не выяснили человѣку окружающей его дѣйствительности. Историческая жизнь на самомъ дѣлѣ течетъ крайне медленно и общественныя формы проявляютъ столько устойчивости, что понятія, выработанныя общеою теорією права, сохраняютъ свое значеніе для многихъ поколѣній. Этимъ уже оправдывается ея цѣнность.

При построеніи понятій изъ положительнаго права, общая теорія права отбрасываетъ все индивидуальное, свойственное тому или другому законодательству, и выбираетъ лишь типическое, свойственное всѣмъ законодательствамъ. Это не значитъ, однако, что общая теорія права имѣетъ дѣло со всѣмъ, что называется общимъ всѣмъ законодательствамъ. Изъ того, что всюду запрещается бракъ на свояченицѣ, не слѣдуетъ, чтобы это положеніе составило объектъ общей теоріи права ¹⁵⁾. Послѣдняя выбираетъ не только общія положенія, но и необходимыя, т. - е. такія, безъ которыхъ общежитіе даннаго культурнаго типа существовать не можетъ, каковы, напр., понятія о субъектѣ права, о договорѣ, о государственной власти.

Въ очерченномъ сейчасъ видѣ общая теорія права стремится объяснить право, какъ историческое явленіе, путемъ анализа самыхъ высшихъ его понятій. Съ этой точки зрѣнія общая теорія права есть философія дѣйствительности, въ частности философія права.

Но тутъ мы встрѣчаемся съ возраженіями, что общая теорія права не покрываетъ представленія о философіи права. Прежде всего утверждаютъ, что общая теорія права не совпадаетъ съ философіей права въ ея теоретической части. „Въ то время, какъ общая теорія права ограничивается кругомъ основныхъ понятій, не входя въ частности сложившихся институтовъ, — философія права имѣетъ дѣло со всею совокупностью правового матеріала, въ цѣломъ и въ частяхъ ¹⁶⁾. Едва ли кто признаетъ, что здѣсь

¹⁵⁾ Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 1907, стр. 6.

¹⁶⁾ Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirthschaftsphilosophie*, т. II стр. 20.

ясно проведена граница между общей теоріей права и философией права. Ни философия вообще, ни в частности философия права не въ состояніи объять всего научнаго матеріала: философия, какъ мы видѣли, всегда оперируетъ съ высшими обобщеніями, подносимыми ей науками. Съ точки зрѣнія приведеннаго возраженія выходитъ, что философия права неизбѣжно совпадаетъ съ общею теоріей права, поскольку объ изучаютъ право въ его цѣломъ. На долю философии права выпала бы только одна задача, не свойственная общей теоріи,—это изученіе права въ частности. Но тогда что же осталось бы за специальными науками?

Далѣе, говорятъ, что въ общей теоріи права юристъ подходитъ къ основнымъ понятіямъ съ точки зрѣнія юридической критики, т.-е. онъ анализируетъ ихъ до того мѣста, гдѣ кончается правовѣдѣніе, тогда какъ работа философа здѣсь только начинается, потому что его задача связать эти юридическія понятія съ общею философіею¹⁷⁾. Однако, опредѣлить основное юридическое понятіе, само право, въ предѣлахъ юридическихъ, — задача совершенно невыполнимая для юриста. Безъ социологіи и этики общей теоріи права никогда не удастся выяснить, что такое право или что такое государство. Основныя юридическія понятія выходятъ за границы специальныхъ юридическихъ наукъ и потому то они и нуждаются въ философскомъ освѣщеніи.

Общая теорія права, говорятъ еще, есть систематическое изложеніе основныхъ юридическихъ понятій съ чисто формальной стороны, тогда какъ философия права стремится опредѣлить мѣсто и значеніе права въ міровомъ порядкѣ¹⁸⁾. И это возраженіе не можетъ быть признано вѣскимъ. Мѣсто права въ міровомъ порядкѣ — это есть отношеніе права къ инымъ проявленіямъ общественности, болѣе всего къ нравственности; значеніе права— это оцѣнка социальной роли права въ культурной жизни. Безъ рѣшенія того и другого вопроса понятіе юриста о правѣ не можетъ быть полнымъ. Не опредѣливъ мѣста права въ міровомъ порядкѣ, юристъ не имѣетъ теоретическаго понятія о правѣ, потому что опредѣленіе понятія всегда достигается ограниченіемъ

¹⁷⁾ Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, 1904, ч. I, стр. 171—172. Berolzheimer, *System der Rechts-und Wirthschaftsphilosophie*, т. II, стр. 20.

¹⁸⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 2 и 13.

по отношенію къ другимъ понятіямъ. Если же рѣчь идетъ о томъ, какую задачу жизни выполняетъ человѣческій духъ установленіемъ права,—то этотъ вопросъ метафизическій, лежащій за предѣлами научной философіи.

Если приведенныя возраженія оказались неспособными поколебать утвержденіе, что общая теорія права есть философія права, то это не значитъ, что общая теорія права есть вся философія права. Эти два понятія не совпадаютъ, потому что философіи права присуща еще практическая сторона, чуждая общей теоріи права. Здѣсь мы встрѣчаемся съ возраженіями иного рода. Говорятъ, что философіи права не могутъ быть навязаны практическія задачи, а слѣдовательно философія права совпадаетъ полностью съ общей теоріей права. Такой выводъ дѣлаютъ прежде всего изъ пониманія задачъ общей философіи, которая, какъ и всякая наука, имѣетъ свою цѣль познать міръ, какъ онъ есть¹⁹⁾. Однако науки, рядомъ съ теоретическими, ставятъ себѣ и практическія задачи. Такъ прикладная механика, хирургія, терапія систематизируютъ средства для достиженія опредѣленныхъ цѣлей. Но, говорятъ, цѣли эти уже лежатъ въ предѣлахъ, а не внѣ дѣйствительности. То, что есть, указываетъ на вѣроятное развитіе и на средства, которыми можно способствовать ему или задерживать его. Только дѣйствующее право способно само по себѣ дать критерій для своей оцѣнки и образцы дальнѣйшихъ реформъ. „Должно“ есть только выводъ изъ того, что „есть“. Если признать вмѣстѣ съ А. Меркелемъ, что цѣли даны въ изучаемой дѣйствительности, то однако систематизація средствъ къ достиженію этихъ цѣлей не то же самое, что систематизація явленій, изъ которыхъ такія средства могутъ быть созданы.

Философіи права, говорятъ далѣе, чужда задача самой создавать право, право, какимъ оно должно быть, въ отличіе отъ того, каково оно есть. Эти задачи недостижимы путемъ философіи. Только зрѣлый опытъ и испытанное знаніе отношеній и потребностей человѣка могутъ вести къ преобразованію права²⁰⁾. Но

¹⁹⁾ A. d. Merkel, *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, 1874, т. I, стр. 418).

²⁰⁾ Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 10—14; Fragarane, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto*, в. 2, 1899, стр. 122—129.

развѣ наука не есть матеріаль для философіи? Почему же философія, вооруженная тѣмъ громаднымъ знаніемъ, какое даетъ наука, не можетъ намѣчать пути желательнаго правового движенія съ большимъ успѣхомъ, чѣмъ какой-либо государственный человѣкъ съ его личнымъ и потому ограниченнымъ опытомъ? Одно изъ двухъ: или мы отказываемся отъ мысли сознательно воздѣйствовать на правовой порядокъ въ опредѣленномъ направленіи, и тогда никакой опытъ не можетъ помочь, или же мы признаемъ возможность воздѣйствія, и тогда непонятно, почему философія неспособна выполнить эту роль.

По разсмотрѣніи приведенныхъ возраженій необходимо притти къ заключенію, что общая теорія права есть не что иное, какъ теоретическая часть философіи права, въ единственно возможномъ научномъ ея содержаніи.

§ 5.

Философія права и социологія.

Литература. Alex. *Le droit et le positivisme*, 1876; René Worms, *La sociologie et le droit* (Rev. intern. de sociologie, 1895, стр. 35—53); Grasse-rie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, стр. 1—16; Brégeilles, *Le droit et la sociologie*, 1910; Stoerk, *Studien zur sociologischen Rechtslehre* (Arch. f. Off. Recht, т. I, стр. 541—586); Neukamp, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts*, 1894; Sinzheimer, *Die sociologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909; Ehrlich, *Sociologie und Jurisprudenz*, 1906; Eleuthropulos, *Rechtsphilosophie, Sociologie und Politik*, 1889; Anzilotti, *La filosofia del diritto e la sociologia*, 1902; Ratto, *Sociologia e filosofia del diritto*, 1894; Vaccaro, *Sul rinnovamento della filosofia del diritto* (Rivista di sociologia, 1902, декабрь); Carle, *La filosofia del diritto nel Stato moderno*, 1903, стр. 18—50; Francesco di Luca, *La sociologia di fronte alla filosofia del diritto*, 1908; Ducati, *Note di filosofia del diritto*, 1910; Ковалевскій, *Сравнительно-историческое правоустройство и его отношеніе къ социологii* (Сборникъ по общественно-юридическимъ наукамъ); Гамбаровъ, *Задачи современной правоустройства* (Ж. М. Ю. 1907, № 1, и отдѣльно); Гредескулъ, *Социологическое изученіе права* (Ж. М. Ю. 1900, № 10).

Съ точки зрѣнія тѣхъ, которые полагаютъ, что философія права, оставаясь на строго научной почвѣ, можетъ изучать только дѣйствительность и потому не должна ставить вопросы о желательномъ правѣ, — могло показаться соблазнительнымъ

слить философію права съ соціологіей. Право должно быть изучаемо только совмѣстно съ другими сторонами соціальной жизни, и лишь установленные такимъ путемъ законы развитія и сосуществованія общественныхъ явленій могутъ составить задачу философіи права, какъ части цѣлаго. Сверхъ выясненія дѣйствительности, не въ анализѣ понятій, а въ открытіи законовъ, соціологія даетъ надежду поднять завѣсу будущаго, представить, хотя бы въ отдаленной перспективѣ, очертанія права, которое должно быть не въ силу субъективной желательности, а вслѣдствіе объективной необходимости. Философія права возможна только на соціологической почвѣ и въ соціологіи она должна утратить свою историческую индивидуальность.

До середины XIX вѣка философія права, оторвавшись отъ философіи, продолжала вращаться около нея подобно спутнику планеты. Рѣзкое обособленіе наукъ о духѣ отъ наукъ о природѣ отразилось полностью на пониманіи задачъ философіи права, на ея методахъ. Успѣхи естествознанія и связанная съ ними вѣра въ правильность его задачъ и методовъ не могли остаться безъ влияния на общественныя науки. Необходимо должна была явиться мысль поставить обществовѣдѣніе на естественно-научную основу, сблизить его съ естествознаніемъ. На этой почвѣ рождается идея соціальной физики, за которой позднѣе утвердилось названіе соціологіи. Предметомъ ея изученія является общество въ его цѣломъ, при чемъ главная задача состоитъ въ раскрытіи законовъ, управляющихъ развитіемъ общественности. Эта новая наука получаетъ сразу огромный успѣхъ, который не могъ, конечно, не отразиться на юридическихъ наукахъ, изучающихъ одну изъ важныхъ сторонъ общественной жизни. Казалось, черезъ соціологію, правовѣдѣнію открывалась возможность полного сближенія съ естествознаніемъ. Но въ самой соціологіи, въ теченіе ея сравнительно непродолжительнаго существованія, произошли измѣненія. Изъ науки физической, какой она появилась въ умѣ своего творца Огюста Конта, и біологической, какою она стала потомъ подъ воздѣйствіемъ Дарвина и Спенсера, она переходитъ въ психологическую въ ученіяхъ Тарда и Уорда, чтобы вновь сблизиться съ философіей, черезъ теорію познанія, въ лицѣ Зиммеля.

Въ разработкѣ социологіи принимали участіе различныя страны, но не въ равной мѣрѣ и не безъ своеобразныхъ оттѣнковъ, обусловленныхъ всѣмъ складомъ научнаго и философскаго ума той или иной націи. Основаніе социологіи положено во Франціи Огюстомъ Конттомъ и въ Англии Гербертомъ Спенсеромъ. Наибольше воспримчивыми къ новой наукѣ оказались молодыя страны, Америка (Уордъ, Гиддингсъ, Бальдуинъ) и Россія. Наименѣе податливымъ оказался германскій умъ, воспитанный на метафизикѣ, гордый своей національной философіей¹⁾. Вопросъ о сопоставленіи социологіи съ философіей права нигдѣ не обсуждался съ такою подробностью и страстностью, какъ въ Италіи.

Выдвинувшаяся съ большимъ блескомъ, социологія поставила прежде всего вопросъ объ отношеніи къ ней спеціальныхъ общественныхъ наукъ: могутъ ли онѣ сохранить свое прежнее самостоятельное существованіе или же имъ предстоитъ быть поглощенными социологіей?

Въ настоящее время мало кто сомнѣвается въ томъ, что явленія общественной жизни подлежатъ такой же законмѣрности, какъ и всѣ прочія явленія. Соціальная жизнь несомнѣнно испытываетъ на себѣ дѣйствіе законовъ въ научномъ смыслѣ. Благодаря однако чрезвычайной сложности общественныхъ отношеній, законы эти, дѣйствующие почти всегда перекрестнымъ образомъ, не легко поддаются обнаруженію. Но трудность установленія соціальныхъ законовъ еще не даетъ основанія отрицать ихъ существованіе. Обладать знаніемъ такихъ законовъ—значить имѣть возможность предсказать будущее общественной жизни, значить быть въ состояніи, при помощи искусственнаго сочетанія различныхъ общественныхъ факторовъ, направлять по своему желанію теченіе общественной жизни. Отсюда заманчивость отысканія такихъ законовъ и успѣхъ той науки, которая

¹⁾ Недоброжелательное отношеніе германскихъ профессоровъ къ социологіи зло смѣиваетъ Гумпловичъ, по поводу „Полятика“ австрійца Ратценгофера. „Вѣдь вмѣстѣ съ полятикой профессорамъ надлежало бы признать и ту социологію, на которой она построена, ту же самую социологію, на которую они глядятъ такъ косо и все еще считаютъ ее ненаучной. Да къ тому же и упомянутая полятика и социологія—обѣ не германскаго происхожденія“ (Гумпловичъ, *Общее ученіе о государствѣ*, рус. пер. 1910, пред., стр. XXIII).

ставить себѣ цѣлью раскрытіе социальныхъ законовъ. Отсюда стремленіе отдѣльныхъ общественныхъ наукъ, оставивъ свои старыя задачи и приемы, приобщиться къ социологіи, стать на социологическую почву, сдѣлаться частью социологіи.

Юридическія нормы также социальные явленія и, какъ таковыя, подлежатъ въ равной мѣрѣ дѣйствию законовъ. Это даетъ возможность изучать юридическія и политическія явленія социологически, а вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду общественной важности государства и права, создаетъ изъ нихъ богатый матеріалъ для социологіи. Въ виду выдающагося значенія послѣдней, не оставить ли государственнымъ и юридическимъ наукамъ ту описательную работу, которая затрачивалась на догматику, и не превратиться ли въ ближайшихъ сотрудниковъ социологіи? Вотъ вопросъ, который всталъ передъ нѣкоторыми юристами, особенно въ виду угнетающей многихъ непопулярности современнаго правовѣдѣнія.

„Хотя правовѣдѣніе издавна присвоило себѣ имя науки, но между ними на самомъ дѣлѣ такая дистанція, что для сближенія ихъ потребовалось бы прежде всего разрушить и выстроить заново все зданіе“ ²⁾. Планъ перестройки слѣдующій: „Какъ математика, которая представляется въ видѣ ариеметики, геометріи, алгебры, какъ біологія, которая обнимаетъ гистологію, анатомію, физиологію, такъ и эта наука (социологія), самая юная по происхожденію, можетъ быть раздѣлена на части, среди которыхъ правовѣдѣніе составляетъ одну и, можетъ быть, самую трудную“ ³⁾. „Правовѣдѣніе, какъ и социологія, размыскиваетъ законы развитія общественной жизни“ ⁴⁾. „Правовѣдѣніе подымается на степень науки, стремящейся открыть повторяемость въ извѣстныхъ условіяхъ извѣстныхъ явленій права и причинную связь этихъ явленій, въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу и къ явленіямъ окружающей среды. Нѣтъ сомнѣнія, что право-

²⁾ Alex, *Du droit et positivisme*, 1876, стр. 13.

³⁾ Alex, тамъ же, стр. 14. Правовѣдѣніе можетъ получить научный обликъ только à titre de branche de la sociologie (R. Worms, *Revue intern. de sociologie*, 1895, стр. 43).

⁴⁾ Гамбаровъ, *Задачи современнаго правовѣдѣнія*, 1907, стр. 31.

вѣдѣніе, понятое въ этомъ смыслѣ, составляетъ необходимую часть общей науки объ обществѣ или социологін⁵⁾. Это направленіе отразилось на различныхъ наукахъ о правѣ и государствѣ. Такъ въ государствовѣдѣніи идетъ рѣчь о политической социологін. „Социологическое направленіе является, по сравненію съ другими, единственно научнымъ, рассматривая государство и другія общественныя образованія, какъ явленія природы, и стараясь, при помощи научныхъ методовъ, установить, какъ природу этихъ явленій, такъ и ихъ законосообразность“⁶⁾. То же самое наблюдается и въ уголовномъ правовѣдѣніи, гдѣ проявилось стремленіе преобразовать его въ уголовную социологін, образующую „отдѣльную и крупную вѣтвь общей социологін“. Она является полнымъ обновленіемъ науки уголовного права. „Наука о преступленіи и наказаніи была прежде изложеніемъ силлогизмовъ, созданныхъ одною силою логическаго мышленія; наша школа сдѣлала изъ нея науку позитивнаго наблюденія, которая, опираясь на антропологию, психологию, уголовную статистику, а также на уголовное право и на тюрьмовѣдѣніе, составляетъ ту синтетическую науку, которую я называю уголовной социологін⁷⁾. Изъ приведеннаго мѣста можно было бы подумать, что уголовная социологін лишь дополняетъ уголовное правовѣдѣніе. Но это предположеніе опровергается заявленіемъ, что „совершенно схоластическимъ является вопросъ о существованіи уголовного право (вѣдѣнія) въ видѣ отдѣльной науки: будемъ ли мы его называть уголовнымъ право (вѣдѣніемъ) или криминологіей, или уголовной социологін,—все это лишь академическіе пустяки“⁸⁾. Также отозвалось и гражданское правовѣдѣніе. „Необходимо различать общее гражданское правовѣдѣніе и гражданско-правовую политику. Общее гражданское правовѣдѣніе есть наука въ строгомъ смыслѣ слова. Не преслѣдуя никакой практической цѣли, но руководясь исключительно тре-

5) Гамбаровъ, тамъ же, стр. 30.

6) Ивановскій, *Учебникъ государственнаго права*, 1908, стр. 67.

7) Э. Ферри, *Уголовная социологін*, рус. пер. 1906, стр. 35.

8) Э. Ферри, тамъ же, стр. 24. Въ томъ же направленіи и даже еще рѣшительнѣе высказывается Дорадо.

бованіями любознательности, оно изучаетъ законы развитія гражданскаго права. Оно предполагаетъ, какъ подготовительную стадію, описательное гражданское правовѣдѣніе, которое описываетъ въ правильной системѣ факты гражданскаго права. Гражданско-правовая политика опредѣляетъ цѣли и приемы, которыми должны руководиться законодатель и судья“⁹⁾.

Считая вполнѣ возможнымъ соціологическое изученіе правовыхъ явленій, нельзя однако допустить, чтобы оно было единственно научнымъ, чтобы оно упраздняло догматику, чтобы оно составило особую отъ соціологіи науку.

О вытѣсненіи догматики, составляющей сущность юридическихъ наукъ, соціологическимъ правовѣдѣніемъ не можетъ быть и рѣчи, потому что задачи ихъ слишкомъ различны, и потребность, вызвавшая многовѣковое существованіе догматики, не будетъ никогда удовлетворена соціологіей. Исключительная претензія соціологическаго правовѣдѣнія на научный характеръ и научное достоинство представляется совершенно неосновательной, потому что догматика, какъ увидимъ далѣе, представляетъ чистый типъ описательной и систематизирующей науки.

Нельзя говорить о соціологическомъ правовѣдѣніи, какъ наукѣ, стоящей рядомъ съ догмой того или другого права. Соціологическое изученіе правовыхъ явленій возможно только для общей науки соціологіи, но не для спеціальной науки, какъ соціологическое правовѣдѣніе. Соціологія изучаетъ общество въ цѣломъ, она изслѣдуетъ взаимное отношеніе различныхъ сторонъ общественной жизни и на этомъ взаимодействіи строить соціальныя законы. Изъ такого понятія о сущности и задачахъ соціологіи очевидно, что ни о какомъ раздѣленіи на части нельзя говорить, что здѣсь соціальныя явленія должны быть изучаемы только во взаимной связи. Выдѣляя извѣстную группу соціальныхъ явленій, мы тотчасъ же теряемъ соціологическую почву. Соціологически нельзя изслѣдовать одну какую-либо сторону общественной жизни, напр., право. Изслѣдованіе

⁹⁾ Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 14—15. Менѣе рѣшительно Sinzheimer, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909.

же какой-либо стороны въ связи съ прочими сторонами общественной жизни, не можетъ составить предмета спеціальныхъ наукъ, въ родѣ правовѣдѣнія, потому что это сама социологія и есть ¹⁰⁾.

Итакъ, при всей важности социологіи для правовѣдѣнія, она не въ состояніи поглотить юридическихъ наукъ, имѣющихъ свои особыя задачи и доставляющихъ социологіи необходимый матеріаль. Но, не упраздняетъ ли социологія философію права, претендующую также на то, чтобы юридическія науки доставляли ей матеріаль, и не отвѣчающую той жизненной потребности, которая оправдываетъ самостоятельность спеціальныхъ юридическихъ наукъ съ ихъ догматическимъ методомъ? Предположеніе замѣнить социологіею философію права не является единственною попыткою дать социологіи уже насиженное мѣсто. Такъ предлагаютъ отождествить социологію съ философіей исторіи (Бартъ), съ этикой (де-Роберти), съ психологіей, по крайней мѣрѣ коллективной (Тардъ).

По мнѣнію Ардигò, философія права съ появленіемъ социологіи, неизбежно должна была слиться съ нею, потому что право составляетъ основное явленіе общественности, основную функцію общественнаго организма ¹¹⁾. „Социологія... въ отношеніи къ правовѣдѣнію могла бы служить его истинной и единственно-возможной научной философіей. Изученіе такой философіи было бы вѣнцомъ всѣхъ занятій правовѣдѣнія“ ¹²⁾.

Въ сопоставленіи социологіи съ философіей права рѣчь идетъ, очевидно, не о практической ея части, которая ставитъ себѣ цѣлью начертать идеальное право, потому что социологія стремится предвидѣть, что будетъ, но не берется указывать, куда идти ¹³⁾; не объ исторической части философіи права, которая

¹⁰⁾ Это возраженіе Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, т. I, стр. 5, пытается отразить тѣмъ, что дѣлитъ социологію на общую (la sociologie globale) и частныя (les sociologies partiales). Но откуда слѣдуетъ такое дѣленіе—неизвѣстно. Грассери предлагаетъ даже назвать гражданско-правовую социологію цивилиологіей (civililologie) въ соответствии съ криминологіей.

¹¹⁾ R. Ardigo, *Opere filosofiche*, т. IV, датировано по Carle.

¹²⁾ Гамбаровъ, *Задачи современнаго правовѣдѣнія*, 1907, стр. 33.

¹³⁾ Только криминалисты, въ родѣ Ферри или Дорадо, смѣшиваютъ социологію съ политикой.

ставить себѣ цѣлью показать постепенное уясненіе основныхъ понятій и проблемъ науки права. Сравненіе социологій, какъ науки абстрактной, допустимо только по отношенію къ теоретической части философіи права, т.-е. къ общей теоріи права.

И здѣсь сопоставленіе нѣсколько затрудняется тѣмъ обстоятельствомъ, что предметъ и задачи самой социологій недостаточно выяснены. Примемъ однако, что социологій имѣетъ свой особый объектъ изученія, саму общественность, т.-е. самый фактъ общенія между людьми, независимо отъ цѣли и содержанія отношеній, допустимъ, что задача социологій состоитъ въ обнаруженіи законовъ сосуществованія и послѣдовательности въ явленіяхъ общественности,—тогда социологій предстанетъ передъ нами не какъ философія, а какъ специальная наука, имѣющая свою ограниченную область изслѣдованія¹⁴⁾. Это одна изъ наукъ, доставляющихъ общей философіи матеріалъ для высшихъ построеній. Философія права есть часть общей философіи и своего особаго объекта изслѣдованія не имѣетъ. Она сама сводитъ доставленный ей специальными юридическими науками матеріалъ съ матеріаломъ другихъ наукъ, какъ социологій, этика, психологій, логика.

Отсюда видно, что философія права и социологій не совпадаютъ, а сотрудничаютъ, помогая одна другой. Философія права пользуется социологій для того, чтобы выяснить себѣ генезисъ основныхъ понятій, какъ право, государство, преступленіе, а социологій пользуется анализомъ основныхъ понятій, который производитъ философія права, для того, чтобы точнѣе прослѣдить возникновеніе и развитіе права, государства, преступленія среди, въ связи и въ зависимости отъ другихъ проявленій общественности.

¹⁴⁾ Такому пониманію социологій противорѣчатъ взгляды René Worm's (*Revue inter. de sociologie*), 1895, стр. 41, что социологій есть только синтезъ всѣхъ общественныхъ наукъ.

§ 6.

Философия права и энциклопедия права.

Литература. Eschbach, *Introduction générale à l'étude du droit*, 1856, стр. XIII—XXIV; Picard, *Le droit pur*, 1908, стр. 383—395; Копорак, *Über den Begriff und Zweck einer Encyclopädie im Allgemeinen und der Encyclopädie der Rechtswissenschaft im besonderen*, 1800; Friedländer, *Juristische Encyclopädie*, 1847, стр. 1—42; Ortloff, *Die Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung*, 1857; Реннекампфъ, *Очерки юридической энциклопедии*, 1880, стр. 1—25; Карасевичъ, *Энциклопедия права* (Врем. Дем. Лицей, 1872); Звѣревъ, *Энциклопедия права въ ряду юридическихъ наукъ* (Юрид. В. 1880, № 1).

Подъ именемъ энциклопедии понимается въ настоящее время изложеніе совокупности добытыхъ наукою знаній, представленное или въ формѣ внѣшняго ихъ сопоставленія, напр., въ алфавитномъ порядкѣ, или въ формѣ нѣкоторой систематизации, обусловленной удобствомъ пользованія¹⁾. Смотри по тому, обнимаетъ ли энциклопедія все человѣческое знаніе, или же опредѣленную часть, говорятъ объ энциклопедии общей или частной, напр., медицинской, коммерческой, инженерной.

Энциклопедизмъ противопоставляется специальности, энциклопедистъ специалисту, по количественному, а не по качественному моменту. Дѣло идетъ только объ объемѣ и разнообразіи свѣдѣній, а не о глубинѣ усвоенія ихъ. Энциклопедическое образованіе отличается въ то же время отъ философскаго образованія, которое, въ противоположность ограниченной специальности, предполагаетъ широкій объемъ знаній. Философское образованіе подлѣжитъ измѣренію въ трехъ направленіяхъ: въ ширину, глубину и высоту, тогда какъ энциклопедическое знаніе поддается измѣренію только на плоскости. Слѣдовательно сходство философскаго и энциклопедическаго знанія чисто поверхностное.

¹⁾ Своимъ происхожденіемъ слово „энциклопедія“ обязано грекамъ. Выраженіе *ἐγκύκλιος παιδεία* означало кругъ свѣдѣній изъ области наукъ и искусствъ, необходимый для образованія свободнаго гражданина. Римляне называли это *orbis doctrinae*. Въ средіе вѣка обзорнія необходимыхъ свѣдѣній носили названія *specula*, *summae*.

Энциклопедія права, какъ частная энциклопедія, должна представить въ сжатомъ видѣ совокупность знаній, добытыхъ юридическими науками. Такова энциклопедія права по идеѣ, но не всегда она являлась такою въ дѣйствительности.

Потребность въ юридической энциклопедіи стала обнаруживаться по мѣрѣ дифференціаціи въ самомъ правѣ. Пока все писанное право выражалось въ римскихъ и каноническихъ источникахъ, для юридической энциклопедіи было мало почвы. Но когда изъ права стали выдѣляться уголовное, процессуальное, административное, явилась необходимость соединять данныя разныхъ источниковъ въ одинъ обзоръ. Дѣйствительно, въ XVI и XVII столѣтіяхъ такихъ произведеній появляется очень много, и одно изъ нихъ даже придаетъ себѣ наименованіе энциклопедіи,—Гунніусъ, *Encyclopaedia juris universi*, 1683 года, которое и закрѣпляется за подобными обзорами. По своему характеру они представляли собою не что иное, какъ чисто механическое соединеніе большаго или меньшаго количества нормъ права. Объемъ измѣнялся въ зависимости отъ цѣли энциклопедіи. Онъ сокращался, когда энциклопедія права предназначалась для педагогическихъ надобностей, расширялся, если она должна была служить судебной или иной практикѣ.

Въ половинѣ XVIII вѣка появляется рядъ энциклопедій права съ нѣсколькимъ измѣненнымъ характеромъ. Среди этихъ произведеній особенное значеніе приписывается трудамъ Пюттера, автора двухъ работъ *). Основное отличіе новаго направленія заключалось въ томъ, что въ нихъ связность шла за счетъ объема. Авторы стремились найти въ расположеніи матеріала нѣкоторую идею.

Съ начала XIX вѣка въ энциклопедію права врывается новый духъ, представляющій отраженіе философской мысли, охватившей Германію со времени Канта. Привхожденіе философскаго элемента выражалось сначала въ чисто механическомъ соединеніи юридическихъ свѣдѣній съ философскими, и только подъ вліяніемъ Шеллинга начали стремиться къ отысканію орга-

*) I. Pütter, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie*, 1754, и *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, 1767.

нической связи въ предлагаемыхъ юридическихъ данныхъ. Рядомъ съ философскимъ стало пробиваться еще новое движеніе, вызванное вліяніемъ исторической школы. Энциклопедія права представила собою соединеніе элементовъ юридическаго, философскаго и историческаго. Включеніе новаго матеріала отразилось двоякимъ образомъ на содержаніи энциклопедіи. Съ одной стороны сталъ сокращаться обзоръ различныхъ частей положительнаго права, а съ другой сталъ выдвигаться очеркъ основныхъ понятій о правѣ. Энциклопедія права начала приближаться къ философіи права.

Для энциклопедіи права обстоятельства сложились особенно благопріятно въ Германіи. И до половины XIX вѣка энциклопедія права пышно расцвѣтаетъ въ этой странѣ. Къ этому времени относятся труды Карла Пюттера, Фридлендера, Аренса, Варнке-нига, Вальтера, Фалька *). Но затѣмъ наступаетъ періодъ упадка. Долгое время не появляется вовсе энциклопедій права въ прежнемъ значеніи. Только въ 1886 году выходитъ трудъ А. Меркеля и въ 1887 трудъ Гарейса. Въ этихъ сочиненіяхъ исчезаетъ историческій и философскій элементъ: рядомъ съ сжатыми обзорами различныхъ отдѣловъ права въ нихъ дается очень краткое представленіе объ основныхъ понятіяхъ. Съ введеніемъ германскаго гражданскаго уложенія, въ планъ университетскаго преподаванія внесено было Введеніе въ науку права, которое пока, несмотря на обиліе ученыхъ силъ Германіи, выразилось въ двухъ, весьма слабыхъ трудахъ Колера и Грюбера †). Первое изъ нихъ, за исключеніемъ трехъ страницъ, представляетъ собою только сжатое изложеніе частнаго и публичнаго права. Подъ именемъ энциклопедіи права въ Германіи выходятъ еще объемистыя произведенія, какъ Гольцендорфа и Биркмейера, которыя составляютъ сборники монографій по различнымъ отдѣламъ права.

*) K. Th. Pütter, *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, 1846; Friedländer, *Juristische Encyclopädie*, 1847; Walter, *Juristische Encyclopädie*, 1856; Warnkönig, *Juristische Encyclopädie*, 1853; Ahrens, *Juristische Encyclopädie*, 1855—1857; Falck, *Juristische Encyclopädie*, 1821.

†) Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1905, (имѣется русскій переводъ) и Grueber, *Einführung in die Rechtswissenschaft, eine juristische Encyclopädie und Methodologie*, 1908.

Въ другихъ странахъ дѣло съ энциклопедіями права обстоитъ еще хуже. Англію считать нельзя, потому что въ теченіе всего XIX вѣка она остается вѣрна своей общей теоріи права. Во Франціи, подъ вліяніемъ Германіи, даже состоялось въ 1840 году распоряженіе о включеніи въ число предметовъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ общаго введенія въ изученіе права. Французская литература обогатилась нѣсколькими трудами въ этой области, воспроизводящими идею энциклопедіи права въ германскомъ представленіи. Въ настоящее время Франціи нечѣмъ похвалиться въ отношеніи энциклопедіи права. Италія, въ университетахъ которой, рядомъ съ введеніемъ въ науку права читается философія права, сосредоточила всѣ свои литературныя силы на этой послѣдней ⁵⁾.

Въ Россіи университетскій уставъ 1835 года ввелъ энциклопедію законовѣднія, уставы 1863 и 1884 энциклопедію права, предполагая, вѣроятно, предметъ, вполне соответствующій тому, что подъ этимъ именемъ извѣстно на Западѣ. Но русская наука не пошла по пути энциклопедизма. Главное вниманіе русской научной мысли сосредоточилось на основныхъ понятіяхъ, и энциклопедія права, по содержанію и по названію, перешла въ общую теорію права ⁶⁾.

Печальное состояніе энциклопедіи права обусловливается тѣмъ, что она не имѣетъ и не можетъ имѣть будущаго. Энциклопедія права представляетъ полную несостоятельность какъ съ научной, такъ и съ педагогической стороны.

Научная несостоятельность энциклопедіи права выражается въ томъ, что у нея нѣтъ ни объекта, ни метода, т.-е. того, что оправдываетъ самостоятельность науки. Хотя нѣкоторые рѣшаются называть энциклопедію права „наукою наукъ“ ⁷⁾, но въ дѣйствительности ей недостаетъ того, что должно быть у каждой

⁵⁾ Заслуживаютъ вниманія: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, и Del Giudice, *Enciclopedia giuridica*.

⁶⁾ Исключеніе представлялъ Рождественскій, *Энциклопедія законовѣднія* 1863. Труды Коркунова, Петражицкаго, Хвостова окончательно утвердили названіе общей теоріи права.

⁷⁾ Friedländer, *Juristische Encyclopädie*, стр. 3; Walter, *Juristische Encyclopädie*, 1856 стр. 5.

науки—особой области изслѣдованія. Характерна та безпомощность, какая чувствуется въ стремленіи дать энциклопедіи права особое содержаніе: это извлеченіе изъ юридическихъ наукъ, обзорѣніе, резюме, дело юридическаго знанія, панорама и т. п. слова, предназначенныя замѣнить настоящей отвѣтъ⁵⁾. Основное содержаніе энциклопедіи права составляетъ сжатый обзоръ того, что имѣется уже въ специальныхъ юридическихъ наукахъ. И по существу энциклопедизма, въ энциклопедіяхъ права и не должно быть ничего больше. Краткія данныя объ основныхъ понятіяхъ не что иное, какъ контрабанда. Никакого метода, присущаго энциклопедіи права и отличительнаго отъ тѣхъ, которыми пользуются юридическія науки, не имѣется⁶⁾. По существу энциклопедіи, въ нее нельзя внести методологіи, и отсюда то двойное названіе, „Энциклопедія и Методологія“, которое такъ часто встрѣчается въ германскихъ учебникахъ. Съ научной стороны энциклопедія права, не вносящая рѣшительно ничего новаго въ сокровищницу человѣческаго знанія, должна быть признана бесполезнымъ членомъ научнаго общества.

Но, если энциклопедія лишена научнаго значенія, можетъ быть она обладаетъ педагогическими достоинствами? Говорятъ, что энциклопедія права „служить необходимымъ введеніемъ въ изученіе специальныхъ юридическихъ наукъ и, въ этомъ качествѣ, является предметомъ преподаванія высокаго интереса и важности“¹⁰⁾. Противъ этого необходимо сказать, что энциклопедія права такъ же несостоятельна съ педагогической стороны,

⁵⁾ Auszug по Меркелю, Uebersicht по Арасу, Resumé по Русселю, Rundgemälde по Варякѣвигу, vaste dépôt du savoir humain по Эмбаху и т. д.

⁶⁾ Въ одной изъ новѣйшихъ попытокъ построенія энциклопедіи права задача ея обрисовывается слѣдующимъ образомъ: „Юридическая энциклопедія составляетъ ученіе о классификаціи правовѣдѣнія. Она имѣетъ своимъ предметомъ: а) классификацію отдѣльныхъ юридическихъ наукъ; б) опредѣленіе мѣста правовѣдѣнія, какъ цѣлаго, въ системѣ всего современнаго знанія, мѣсто на globus intellectualis; в) отношеніе отдѣльныхъ юридическихъ наукъ къ отдѣльнымъ неюридическимъ наукамъ“ (Stegnhilg, *Allgemeine Rechtslehre* 1904, т. I, стр. 197). Навивность взгляда не требуетъ опроверженія его.

¹⁰⁾ Звѣревъ, *Энциклопедія права въ ряду юридическихъ наукъ* (Юрл. В. 1880, № 1, стр. 40). Суворовъ, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1907, стр. 4: „просто будемъ смотрѣть на нее (энциклопедію права), какъ на учебный предметъ, совершенно основательно внесенный въ кругъ университетскаго преподаванія“.

какъ и съ научной. Она трудна, бесполезна и вредна. Трудность энциклопедіи права заключается въ томъ, что усвоить себѣ содержаніе какой-нибудь отрасли правовѣдѣнія, напр., гражданское право, по сжатою обзору много труднѣе, нежели въ развитомъ видѣ. По конспекту повторяютъ, но не изучаютъ предметъ. Въ высшей степени полезно, прежде изученія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, представить себѣ право въ его цѣломъ. Картина цѣлаго должна предшествовать изслѣдованію подробностей. Представить лицамъ, приступающимъ къ изученію правовѣдѣнія, право, независимо отъ отдѣльныхъ нормъ, въ которыхъ оно выражается, выяснитъ его социальное значеніе, его отношеніе къ другимъ проявленіямъ общественности,—значитъ вызвать интересъ къ изучаемому предмету, оправдать ту затрату труда, часто кропотливаго и скучнаго, котораго потребуетъ догматика. Этой цѣли служить энциклопедія права неспособна. Вредность энциклопедіи права обнаруживается въ томъ, что молодой умъ, который прежде всего слѣдуетъ приучать къ строгой обоснованности, къ критикѣ воспринимаемаго, деморализируется предложеніемъ усвоить нѣсколько основныхъ понятій, данныхъ въ бѣгломъ, догматическомъ видѣ. Тамъ, гдѣ изучающему необходимо проникнуться вѣрой и любовью къ своему предмету, гдѣ ему надо убѣдиться въ своемъ призваніи,—ему предлагаютъ вѣрить на слово учителя, пока дѣло идетъ объ основныхъ понятіяхъ, ему подносятъ поверхностный обзоръ положеній отдѣльныхъ наукъ, не подкрѣпленныхъ ни общими социальными доводами, ни спеціально юридическими. Энциклопедія права въ томъ видѣ, какъ ее понимаютъ въ Германіи теперь, способна скорѣе оттолкнуть свѣжаго человѣка отъ правовѣдѣнія, чѣмъ привлечь къ нему.

Изъ сказаннаго выясняется отношеніе энциклопедіи права къ философіи права и къ общей теоріи права, съ которыми ее пытаются иногда отождествить. Въ дѣйствительности, энциклопедіи права нѣтъ мѣста среди правовѣдѣнія. Рядомъ съ юридическими науками существуетъ только философія права, частью которой является общая теорія права.

ГЛАВА II.

Человѣкъ и его потребности.

§ 7.

Гипотеза изолированнаго человѣка.

Съ различныхъ сторонъ и представителями различныхъ направлений отрицается изолированный человѣкъ. Съ цѣлью „пресѣчь послѣдній источникъ метафизическихъ иллюзій“, Контъ убѣждаетъ, что, какъ съ точки зрѣнія статической, такъ и динамической, человѣкъ, по существу, ничто иное, какъ „чистая абстракція“¹⁾. Виндельбандъ, котораго нельзя заподозрить въ чрезмѣрной враждѣ къ метафизикѣ, полагаетъ также, что „изолированная личность вообще невысказана: она есть фикція. Какъ физически отдѣльный человѣкъ происходитъ изъ рода, такъ же точно зависитъ онъ и духовно отъ рода. Даже и уединенный отшельникъ въ своей духовной жизни опредѣленъ обществомъ, которое его создало, и вся жизнь Робинзона покоится на остаткахъ цивилизаціи, изъ которой онъ выброшенъ въ свое одиночество. Абстрактный естественный человѣкъ не существуетъ; живетъ лишь историческій, общественный человѣкъ“²⁾. По мнѣнію Натора, „отдѣльный человѣкъ есть собственно лишь абстракція, такая же, какъ атомъ въ физикѣ“³⁾.

Признаніе изолированнаго человѣка чистой абстракціей можетъ быть понимаемо въ двоякомъ смыслѣ. Человѣка, отрѣзаннаго отъ

1) Comte, *Cours de philosophie positive*, изд. 1864, т. VI, стр. 590.

2) Виндельбандъ.

3) Natorp, *Socialpädagogik*, 1904, § 10.

вліянія другихъ людей, не можетъ быть, человекъ всегда продуктъ общественности, а не самопроизводства. „Человекъ такъ же мало рождаетъ самъ себя духовно, какъ и физически“ ⁴⁾. „Индивидъ происходитъ изъ рода и всю свою жизнь живетъ, какъ часть жизни рода, съ организаціей, въ которой онъ унаслѣдовалъ послѣдствія дѣйствій и страданія болѣе раннихъ поколѣній, въ жизненныхъ условіяхъ и духовной атмосферѣ, которыя принесены развитіемъ рода“ ⁵⁾. Слѣдовательно, человекъ, въ своемъ происхожденіи и въ своемъ существованіи, всецѣло обуславливается общественной средой, и съ этой точки зрѣнія изолированности человека нѣтъ мѣста.

Признанію изолированности человека абстракціей можетъ быть придано и другое значеніе,—историческая дѣйствительность не даетъ намъ изолированнаго человека. „Примѣра же совершенно обособленно-живущаго человека, въ принципиальномъ значеніи этого слова... историческій опытъ намъ не даетъ“ ⁶⁾. „Индивидъ есть абстракція; въ исторіи мы встрѣчаемъ только семьи, роды, племена, народы, государства“ ⁷⁾. „Изолированно человекъ не могъ и не можетъ существовать никогда и нигдѣ“ ⁸⁾. „Никогда не встрѣчался человекъ въ изолированномъ состояніи; внѣ общества—нѣтъ человека; общественное состояніе есть признакъ человека“ ⁹⁾.

Итакъ, изолированный человекъ немыслимъ, потому что всякій человекъ—всецѣло продуктъ общественности, и потому что человекъ никогда не жилъ внѣ общественной среды. Однако, отбросить понятіе изолированнаго человека, не значить ли это, выливая ванну, выбросить и ребенка? Можно ли считать изолированнаго человека абстракціей, когда то, что прежде всего дано въ опытѣ,—это и есть индивидъ съ его изолированнымъ сознаніемъ? Признавая изолированнаго человека абстракціей, мы, очевидно, должны считать реальностью общество. Но развѣ въ опытѣ

⁴⁾ Гумиловичъ, *Основы социологіи*. 1899, стр. 270.

⁵⁾ Heffding, *Ethik*, 1868, стр. 30.

⁶⁾ Штамлеръ, *Хозяйство и право*, т. I, стр. 91.

⁷⁾ Liou, *Die Philosophie des Rechts*, 1906, стр. 274.

⁸⁾ Гумиловичъ, *Основы социологіи*, стр. 329.

⁹⁾ Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 888.

дано какое-либо общество, которое было бы изолированнымъ въ томъ смыслѣ, въ которомъ отрицается изолированныйъ человекъ? Человека нельзя признавать только продуктомъ общественности уже потому, что у него имѣется нѣчто, чего общество никогда не могло ему дать. Это—инстинктъ самосохраненія, данный человеку отъ природы, и лежащій въ основѣ всего его бытія, физическаго и психическаго. Инстинктъ самосохраненія—это первоначальная естественная сила, которая создала всю общественность, это рычагъ, при помощи котораго люди воздѣйствуютъ на человека и преобразуютъ его въ интересахъ общества. Инстинктъ самосохраненія есть данное антропологическое, но не социологическое.

Трудно, конечно, оспаривать, что человекъ обрабатывается общественной средой. Однако, одна и та же среда такъ комбинируетъ свои производительныя силы, что рядомъ съ чертами, общими всѣмъ его продуктамъ, каждому человеку свойственно нѣчто, ему одному присущее, что изолируетъ его отъ всѣхъ другихъ индивидовъ, принадлежащихъ къ тому же коллективному типу. Въ этой части своего духовнаго существа человекъ чувствуетъ себя, и всегда будетъ чувствовать, изолированнымъ отъ другихъ индивидовъ, потому что тутъ скрывается область неопостигаемаго для общественной среды. Каждый человекъ въ современномъ обществѣ остается въ нѣкоторой своей части „непонятымъ“. Въ душѣ его имѣются глубокіе тайники, куда никогда не проникаетъ чужой взоръ.

Сравнивая индивидовъ, принадлежащихъ къ разнымъ культурнымъ группамъ, мы замѣчаемъ, что степень ихъ социализаціи различна. Въ болѣе культурныхъ группахъ членъ общества проникнуть полнѣе и сильнѣе общественными вліяніями, въ менѣе культурныхъ—слабѣе. Даже въ одной и той же общественной группѣ замѣчается между отдѣльными членами союза различіе въ степени социализаціи. Это значитъ, что социализація человека есть процессъ, происходящій во времени, а не раскрытіе свойства, заложеннаго въ человекѣ изначально. А отсюда вытекаетъ, что процессъ преобразованія въ направленіи социализаціи идетъ по пути отъ состоянія, ей противоположнаго, какимъ можетъ быть только изоляція. Чтобы признавать за человекомъ спо-

собность, путемъ наслѣдственности, воспитанія, развитія, все болѣе проникаться общественными міровоззрѣніемъ, настроеніемъ, интересами, необходимо предположить въ человѣкѣ нѣчто не-общественное, подлежащее преобразованію. Если процессъ социализаціи человѣка идетъ постоянно, то мы имѣемъ основаніе разсматривать человѣка, что онъ такое, насколько онъ не социализированъ. Подъ покровомъ социологическаго типа скрывается человѣкъ, какъ существо, подчиненное закону самосохраненія, и готовое, подъ его дѣйствіемъ, преодолѣть всѣ препятствія, какія могутъ быть поставлены на его пути, хотя бы эта преграда была само общество.

Если человѣкъ есть только продуктъ общественности, то, очевидно, общество есть явленіе первичное, а индивидъ—явленіе производное. „Коллективная группа,—говоритъ де-Роберти,—есть производящая причина для индивида, для нравственной личности; всякое общество должно представляться намъ примитивной формой, низшей ступеню соціальной жизни, а индивидъ, напротивъ, долженъ насъ поражать, какъ форма послѣдующая, поздно появившаяся, высшая соціальная ступень“¹⁰⁾. „Преувеличенная оцѣнка индивидуальной этики,—поддерживаетъ ту же мысль Гефдингъ,—связана съ абстрактнымъ способомъ представленія, который вырываетъ человѣка изъ опредѣленныхъ, исторически данныхъ условій, и рассчитываетъ найти истиннаго человѣка въ такомъ изолированномъ существѣ. Но я вовсе не сначала человѣкъ вообще, а уже потомъ человѣкъ въ томъ или иномъ особомъ отношеніи. Я прежде всего датчанинъ, гражданинъ, отецъ семейства, а уже потомъ—человѣкъ вообще“¹¹⁾. Утверждать нѣчто подобное, не значитъ ли расходиться съ живою дѣйствительностью? Конечно, признать себя членомъ всего человѣчества можетъ только человѣкъ, преодолевшій связи, налагаемыя на него семьей, отечествомъ, государствомъ, національностью. Но изолированный человѣкъ чувствуется въ каждомъ индивидѣ прежде всего. Человѣческія стремленія берутъ постоянно верхъ надъ общественными. Человѣкъ можетъ отрѣшиться отъ семейныхъ узъ, отъ

¹⁰⁾ De-Roberty, *Frederic Nietzsche* 1902, стр. 146.

¹¹⁾ Heffding, *Ethik*, 1888 стр. 118.

чувства національной принадлежности, отъ привязанности къ отечеству, но отъ своей человѣческой природы человѣкъ никуда не уйдетъ. Вопреки Гефдингу, человѣкъ прежде всего человѣкъ, просто человѣкъ, а потомъ уже человѣкъ-мужъ, человѣкъ-отецъ, человѣкъ-гражданинъ. Антропологическій моментъ сплошь и рядомъ беретъ верхъ надъ социологическимъ. Въ минуту острой коллизіи интересовъ отецъ нерѣдко вспоминаетъ, что онъ сперва человѣкъ, и жертвуетъ интересами семьи ради личнаго спасенія. Граждане самыхъ культурныхъ странъ, покрытые самымъ густымъ социальнымъ налетомъ, показываютъ, какъ пробивается наружу скрытый антропологическій моментъ, даже и безъ особой остроты, при столкновеніи интересовъ. Что же иное означаютъ тѣ случаи, когда торговцы въ осажденномъ городѣ продаютъ по повышенной цѣнѣ припасы, когда граждане тайкомъ сбываютъ непріятелю своего отечества оружіе, поставляютъ войску, защищающему ихъ страну, гнилыя вещи и т. п. Изолированный человѣкъ сразу снимаетъ съ себя социальныя одежды, сотканныя многими вѣками.

Повторяемъ, что въ настоящее время недопустимо представленіе объ изолированномъ человѣкѣ въ смыслѣ человѣка, котораго существованіе и психическій складъ не были бы обусловлены общественною средою. Но это генетическое объясненіе не устраняетъ представленія объ изолированномъ бытін человѣка среди общества. Слѣдуетъ имѣть въ виду слѣдующее: многообразныя вліянія общественной среды дѣлаютъ то, что ни одинъ человѣкъ ни физически, ни духовно не тождественъ съ другими и потому сознаетъ себя въ нѣкоторой части изолированнымъ отъ другихъ; что человѣкъ отъ природы, а не отъ общества, имѣетъ инстинктъ самосохраненія, въ силу котораго его мысль направляется прежде всего на обезпеченіе своего существованія, и благодаря которому онъ никогда не поддается полной социализации и потому въ нѣкоторой своей части всегда останется изолированнымъ отъ общественнаго вліянія.

Правильное представленіе объ общественности возможно только при условіи, если исходнымъ началомъ будетъ взятъ изолированный человѣкъ, въ смыслѣ существа, имѣющаго и отстаивающаго свое особое бытіе. Для всякаго человѣка общественная среда есть тотъ же ви́шній міръ. Необходимо посмотретьъ на общество съ

точки зрѣнія отдѣльнаго человѣка, чтобы потомъ посмотреть на человѣка съ точки зрѣнія общества. Прежде чѣмъ приступить къ изслѣдованію общественнаго устройства, слѣдуетъ взглянуть на человѣка, какъ на матеріаль, изъ котораго строится общество. „Человѣка надо окончательно сдать естествознанію и антропологii; социальныя науки должны имѣть дѣло только съ личностью и обществомъ“¹³⁾. Это значитъ поставить обществовѣдѣніе на ложный путь. Наоборотъ, мы должны взглянуть прежде всего на живого человѣка, съ его естественными потребностями, съ его реальными наклонностями, и только изучивъ настоящаго человѣка, можемъ мы опредѣлить, какими средствами достигаются цѣли общезитія, т.-е. сожительства и сотрудничества подобныхъ существъ, потому что средства эти, для своей дѣйствительности, должны имѣть корни въ физической и психической природѣ человѣка. Мистическое представленіе о личности никогда не замѣнитъ представленія о естественномъ человѣкѣ.

Если представленіе объ изолированномъ человѣкѣ какъ объ исходномъ пунктѣ обществовѣдѣнія, цѣлесообразно, то допустимо ли оно съ научной точки зрѣнія? На это можно отвѣтить, что гипотеза изолированнаго человѣка допустима, какъ и всякая другая гипотеза. Мы можемъ предположить, какъ дѣйствовалъ бы человѣкъ, руководимый своими стремленіями, подѣ влияніемъ закона самосохраненія, если бы не встрѣчалъ противодѣйствія въ окружающей его общественной средѣ. Это методологическое предположеніе подобно всякому другому предположенію, наприм., какое направленіе принялъ бы и какую быстроту развилъ бы крокетный шаръ, если бы не встрѣчалъ тренія въ землѣ и сопротивленія воздуха. Мы изучаемъ дѣйствіе данной силы въ изолированномъ видѣ, не внося пока дѣйствія другихъ силъ, отклоняющихъ ея результатъ. Въ каждомъ современномъ человѣкѣ уже заложены при рожденіи родовою преемственностью, силы, противодѣйствующія его природнымъ стремленіямъ, еще болѣе восприметъ онъ этихъ силъ въ воспитаніи. Но насколько въ человѣка не проникли силы противодѣйствующія, насколько онъ не социализированъ, настолько онъ будетъ дѣйствовать,

¹³⁾ Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, стр. 148.

какъ естественный изолированный человекъ. При ослабленіи противодѣйствующихъ силъ рельефнѣе выступаютъ основныя силы, руководящія человекомъ. Это положеніе допускаетъ даже экспериментъ,—человекъ способенъ одичать при условіяхъ не только, когда онъ на долгое время окажется внѣ общества, но даже оставаясь въ средѣ людей, въ которой временно ослабляются внушенныя обществомъ понятія.

Становясь на точку зрѣнія изолированного человека, не подвергаемся ли мы опасности впасть въ антропоцентризмъ, этотъ основной предразсудокъ по мнѣнію Спинозы¹³⁾. Человекъ легко поддается мысли, что весь окружающій міръ созданъ и существуетъ для него, и такъ устроенъ, чтобы все соотвѣтствовало его выгодамъ, его удобствамъ. Цѣлесообразность міра оправдывается его соотвѣтствіемъ цѣлямъ человека. Животныя существуютъ только для того, чтобы человекъ пользовался ими для питанія и для передвиженія; растенія,—чтобы строить дома, суда, мебель; звѣздное небо—чтобы услаждать его взоръ. Этимъ, конечно, рѣзко противопоставляется человекъ всему остальному міру, этимъ оправдывается отношеніе человека ко всему не-человѣческому, какъ средству, приспособляемому къ высокимъ задачамъ существованія человека.

Странная иллюзія, подкрѣпляемая легендами о томъ, какъ міръ создавался въ цѣляхъ человека и какъ былъ ему предложенъ. Критическій разумъ заставляетъ человека отрѣшиться отъ такого поэтического представленія. Человекъ есть только одно изъ явленій земного міра. Быть можетъ, въ глубокую древность, когда, плохо вооруженный отъ природы, стоялъ человекъ лицомъ къ лицу съ огромными сильными соперниками, въ родѣ пещернаго медвѣдя, и чаще становился ихъ добычею, чѣмъ побѣждалъ ихъ,—человѣку едва ли могло бы придти въ голову такое антропоцентрическое представленіе. Человекъ самъ завоевалъ себѣ первенствующее положеніе на землѣ, и только тогда, когда почувствовалъ въ себѣ силу господина, нашелъ онъ себѣ оправданіе въ томъ, что міръ созданъ для его господства.

Но вся земля, на которой расположился съ такимъ удобствомъ

¹³⁾ Спиноза, *Этика*, ч. I прил. (въ пер. Модестова, 1886, стр. 55).

человѣкъ, составляетъ ничтожный клочокъ безконечнаго міра, и въ звѣздную ночь, передъ лицомъ необъятной вселенной, открывающейся ему издалека въ части своей неограниченности, добросовѣстный человѣкъ долженъ чувствовать всю неумѣстность своихъ претензій. И самъ онъ, человѣкъ, въ этомъ земномъ мірѣ есть преходящее явленіе. Міръ существовалъ до него и безъ него, и кто же можетъ утверждать, что міръ не будетъ существовать послѣ него? Даже историческая жизнь человѣка есть не болѣе, какъ отрывокъ изъ книги, начало и конецъ которой не въ нашихъ рукахъ. Поэтому нельзя не удивляться смѣлости тѣхъ философовъ, которые рѣшаются строить историческій процессъ, какъ будто въ полѣ ихъ зрѣнія дана вся жизнь человѣчества.

Человѣкъ данъ въ границахъ пространства и времени, далеко не исчерпывающихъ мірового бытія. Человѣку слѣдуетъ помнить, что онъ не поставленъ въ центрѣ міра Высшимъ Существомъ, а самъ себя поставилъ цѣлью земнаго міра, и потому „представляетъ“ себѣ весь міръ существующимъ изъ-за него и для него. Человѣкъ есть частица міра,—какая, ему не дано знать. Зачѣмъ нужно было это явленіе, почему человѣкъ рождается и умираетъ, въ чемъ смыслъ его существованія,—глубокая тайна, сокрытая для человѣческаго познанія.

Впрочемъ, не для всѣхъ. Нѣкоторымъ кажется, что они постигли смыслъ жизни человѣка. Человѣку жизнь дана для того, чтобы онъ выполнилъ свое нравственное призваніе, чтобы онъ достойно проводилъ нравственныя цѣли. Откуда это извѣстно? Тайну раскрываетъ метафизика, укрывающаяся за постулаты и тѣмъ уклоняющаяся отъ требованія логическихъ доказательствъ. Здѣсь мы снова возвращаемся къ антропоцентризму, потому что только на долю человѣка выпала такая высокая задача, которою онъ сразу ставится на недосягаемый пьедесталь. Антропоцентрическая точка зрѣнія присуща не тѣмъ, кто въ основу изученія общественныхъ явленій беретъ человѣка, какимъ его знаетъ антропология, а тѣмъ, кто приписываетъ человѣку данное ему Богомъ или природою, въ отличіе отъ другихъ существъ, чувство правды, нравственное сознаніе, идею справедливости и т. п. Именно это-то изолированному человѣку и не дано. А если признать, что вся нравственность есть не болѣе какъ человѣческое

средство сдѣлать возможною совмѣстную жизнь, то эта задача, какъ міровая, представится намъ въ высокой степени жалкой.

Взглянувъ на этотъ вопросъ безъ „возвышающаго духъ самообмана“, мы должны признать, что если существованіе человѣка и имѣть какое-нибудь міровое значеніе, то оно навсегда останется непостижимымъ со стороны ограниченаго въ своемъ познаніи человѣка. Въ опытѣ намъ данъ фактъ существованія человѣка и его стремленіе къ сохраненію жизни,—въ этомъ отношеніи человѣкъ ничѣмъ не отличается отъ иныхъ существъ, живущихъ на землѣ. Законъ самосохраненія едва ли можетъ быть оспариваемъ,—человѣкъ стремится всѣми силами поддержать свою жизнь и по возможности расширить сферу ея проявленія. Человѣкъ не только хочетъ жить, но, по мѣрѣ своего культурнаго подъема, въ силу того же закона самосохраненія, предъявляетъ все большія требованія къ понятію о жизни. Довольный сначала удовлетвореніемъ своихъ элементарныхъ физическихъ потребностей, человѣкъ въ дальнѣйшемъ настаиваетъ на возможно полномъ удовлетвореніи всѣхъ сторонъ своего душевнаго склада. Сначала просто жизнь, а потомъ возможно полная жизнь. Это фактъ, данный въ опытѣ, и имѣющій огромное значеніе въ человѣческомъ общеніи.

§ 8.

Потребности человѣка.

Литература: Wagner, *Grundlegung der Politischen Oekonomie*, т. I, 1892, стр. 70—137; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 174—192.

Подъ именемъ потребности понимается непріятное ощущеніе недостатка, сопровождаемое стремленіемъ его устранить¹⁾. Такое устраненіе, вызывающее чувство удовлетворенія, достигается при помощи благъ, подъ которыми слѣдуетъ понимать все то, что способно служить желанной цѣли удовлетворенія потребностей.

¹⁾ Опредѣленіе Германа, принятое, А. Wagner, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, т. I, стр. 73.

Физическая природа человѣка создаетъ прежде всего физическія потребности, опредѣляемыя необходимостью поддержанія организма, который можетъ существовать только при извѣстномъ отношеніи къ внѣшнимъ условіямъ. Сюда прежде всего входитъ питаніе, какъ постоянный обмѣнъ веществъ, воспринимаемыхъ изъ внѣшняго міра и ассимилируемыхъ организмомъ. Это основная потребность, свойственная въ равной степени всему органическому. Какъ самыя качества поглощаемыхъ веществъ, такъ и размѣръ ихъ не произвольны для человѣка, а имѣютъ свои минимальныя и максимальныя границы.

Чтобы сохранить необходимую для жизни органическую теплоту, человѣкъ вынужденъ прибѣгать къ такимъ средствамъ, помощью которыхъ задерживается расходъ теплоты. Эти средства—одежда и жилище. Въ этой потребности уже нѣтъ той органической безусловности, какъ въ дѣлѣ питанія. Одни животныя строятъ себѣ жилища и прячутся въ нихъ на нѣкоторое время года, такъ же какъ и покрываются густою шерстью, предохраняющею отъ холода, тогда какъ другіе виды не прибѣгаютъ къ этимъ средствамъ. Человѣкъ вынужденъ пользоваться или освобожденъ отъ этой потребности (по физиологическимъ основаніямъ) въ зависимости отъ того пункта земного шара, которое стало мѣстомъ его жительства. Чѣмъ далѣе подвигается человѣкъ отъ экваторіальнаго пояса, тѣмъ болѣе физиологически настоятельно становится необходимость въ одеждѣ и жилищѣ. Какъ бы ни закалялъ себя человѣкъ въ отношеніи погоды, какъ бы ни приучалъ себя принимать на голое тѣло снѣжныя хлопья (древній римлянинъ, огнеземелецъ), но за предѣлами извѣстной широты организмъ его не въ состояніи будетъ выдержать холоднаго климата безъ предохранительныхъ средствъ. Если же онъ съ малыхъ лѣтъ приученъ къ одеждѣ и жилищу, то организмъ его не въ силахъ будетъ противостоятъ внѣшней температурѣ и въ болѣе тепломъ климатѣ. Необходимость въ одеждѣ и жилищѣ становится такимъ образомъ физическою потребностью для человѣка или въ силу климата или въ силу сложившихся привычекъ. Здѣсь опредѣляется низшій уровень потребностей человѣка, удовлетворяемыхъ посредствомъ матеріальныхъ благъ (Existenzminimum), за который онъ не можетъ спускаться безъ риска потерять жизнь.

Рядомъ съ физическими потребностями, удовлетворяемымъ при помощи внѣшнихъ благъ, свободныхъ и хозяйственныхъ, въ человѣкѣ нарождаются психическія потребности. Данные человѣку органы чувствъ прежде всего служатъ цѣлямъ его самохраненія. Обоняніе и вкусъ испытываютъ припимаемое въ видѣ пищи, чтобы въ организмъ не попало то, что способно повредить жизни, обоняніе, зрѣніе и слухъ даютъ знать о близости добычи или опасности. Но постепенно упражненіе предохранительныхъ органовъ даетъ человѣку наслажденіе независимо отъ ихъ первоначальной цѣли. Конечно, зрѣніе не имѣетъ своимъ назначеніемъ доставлять человѣку наслажденіе видомъ моря или солнечнаго заката, но оно способно доставлять удовольствія. Точно такъ же и слухъ, изошренный до того, чтобы воспринимать въ шумѣ нужные для жизни звуки, начинаетъ давать удовольствіе самымъ воспріятіемъ гармоничныхъ сочетаній. Зрительныя и слуховыя ощущенія, предназначенныя служить средствомъ, превращаются въ цѣль.

Высшее развитіе психическихъ силъ создаетъ потребности, соотвѣтствующія различнымъ элементамъ душевной дѣятельности, мышленію, чувствамъ, волѣ. Это потребности познанія, эмоціональныхъ переживаній, творчества. Удовлетвореніе ихъ зависитъ отъ внутреннихъ благъ, унаслѣдованныхъ и развитыхъ способностей, но также и отъ внѣшняго міра, какъ области ихъ примѣненія. Мысль человѣка работаетъ надъ данными опыта, полученными извнѣ, творческая сила человѣка предполагаетъ внѣшнюю точку ея приложенія, эмоціи вызываются внѣшними толчками. Мышленіе требуетъ среды постоянного обмѣна идеями, чувствованія требуютъ возбуждающей среды, воля предполагаетъ среду воспринимающую. Богатство психической жизни обусловливается не только тѣмъ, что заложено въ самомъ человѣкѣ, но и тѣмъ, что притекаетъ къ нему извнѣ.

Мы ставимъ высоко психическія потребности надъ физическими, и совершенно справедливо, потому что амплитуда психическихъ наслажденій шире, нежели физическихъ. Человѣкъ, испытывающій психическія потребности и стремящійся къ ихъ удовлетворенію, полнѣе пользуется жизнью, нежели человѣкъ, чуждый имъ. Для такого человѣка жизнь представляетъ болѣе

шую цѣнность, но онъ и самъ получаетъ высшую оцѣнку со стороны общества, потому что онъ способенъ не только болѣе взять самъ отъ жизни, но и болѣе дать другимъ.

Однако, при этомъ не слѣдуетъ упускать изъ виду слѣдующихъ двухъ обстоятельствъ. Во первыхъ, основныя физическія потребности обуславливаютъ самое существованіе человѣка, а потому до ихъ обезпеченія невозможны психическія наслажденія. Пока не удовлетворены физическія потребности, мысль, воля, чувства направляются всецѣло, въ силу закона самосохраненія, на эту основную задачу. Тамъ, гдѣ для обезпеченнаго человѣка средства превращаются въ цѣль, тамъ для нуждающагося человѣка средства должны выполнять свое первоначальное назначеніе. Во вторыхъ, развитіе психическихъ потребностей и стремленіе къ ихъ удовлетворенію возможно только при извѣстной внѣшней обстановкѣ, обезпечивающей достаточный притокъ внѣшнихъ впечатлѣній. Отъ человѣка, поставленнаго въ благопріятныя внѣшнія условія, зависитъ дать ходъ своимъ духовнымъ силамъ, человѣку, лишенному этихъ условій, нельзя ставить въ упрекъ, что онъ не поднимается выше физическихъ наслажденій.

Создавшіяся психическія потребности отражаются на физическихъ потребностяхъ. Подъ вліяніемъ психическаго момента послѣднія преобразуются. Потребность принять извѣстное количество питательныхъ веществъ превращается въ потребность опрятно или даже изящно убраннаго стола, чистой посуды, хорошо приготовленныхъ блюдъ, застольной бесѣды. Потребность въ жилищѣ, предохраняющемъ отъ потери тепла, превращается въ потребность „своего угла“, обставленнаго, хотя бы скромно, но соотвѣтственно внутреннему міру хозяина. Психическая сторона, путемъ привычки, до такой степени связывается съ физической, что удовлетвореніе физическихъ потребностей становится затруднительнымъ или даже невозможнымъ при пренебреженіи къ психическому моменту. Тамъ, гдѣ дикій человѣкъ отлично удовлетворитъ свое чувство голода, нисколько не стѣсняясь видомъ пищи, и способомъ ея изготовленія, тамъ культурный человѣкъ можетъ остаться совершенно неудовлетвореннымъ, потому что вполне годный для питанія кусокъ станетъ поперекъ горла или будетъ извергнутъ желудкомъ — именно благодаря

психическому моменту. До надлежащаго удовлетворенія осложненныхъ физическихъ потребностей жизненная энергія человѣка понизится, способность бороться за свое существованіе ослабнетъ, и явится опасность для самаго организма, а это въ свою очередь должно возбудить инстинктъ самосохраненія.

Отсюда обнаруживается, что въ соотвѣтствіи съ развитіемъ психической стороны человѣка, повышается его Existenz-minimum, тотъ крайній предѣлъ, за которымъ начинается пониженіе жизненныхъ функций и открывается угроза самому существованію человѣка.

За физическими и психическими потребностями выступаютъ социальныя потребности, заключающіяся въ стремленіи къ общенію съ другими людьми.

На путь социальныхъ потребностей человѣка толкаетъ половое влеченіе, которое, хотя и составляетъ индивидуальную физическую потребность, и притомъ въ высшей степени настоящую, но которая является переходнымъ звеномъ отъ физическаго, чрезъ психическое, къ социальному. Эта физиологическая потребность можетъ быть удовлетворена только при участіи другого индивида. Хотя по временамъ, не только въ исторіи, но и въ современности, второй индивидъ разсматривается лишь какъ вещь, но постепенно близость этой вещи превращаетъ ее для господина въ личность, общеніе съ которой доставляетъ ему удовольствіе само по себѣ, независимо отъ физической стороны. Удовлетвореніе полового инстинкта, сохраняя физическую основу, постепенно облекается въ психическое переживаніе высокаго характера. Любовь создаетъ изъ психики поэтической покровъ для физиологическаго акта и не только повышаетъ амплитуду удовлетворенія, но нерѣдко становится самоцѣлью, заставляя даже жалѣть о наличности физической стороны.

Въ погонѣ за удовлетвореніемъ своихъ физическихъ потребностей, человѣкъ обнаружилъ ту выгоду, какую представляетъ для него сотрудничество другихъ людей. Даже на самыхъ низшихъ ступеняхъ культурнаго развитія человѣкъ нерѣдко рискуетъ остаться безъ удовлетворенія основныхъ потребностей, если не помощь другихъ, напр., на охотѣ, при ловлѣ, въ набѣгѣ. Въ культурномъ же состояніи человѣкъ нуждается въ сотрудниче-

ствѣ, какъ средствѣ обезпечивающемъ ему удовлетвореніе не только основныхъ, но и осложненныхъ физическихъ и психическихъ потребностей, которыя только и развиваются на почвѣ сотрудничества. Безъ содѣйствія современный человѣкъ не можетъ добыть себѣ пищи, построить себѣ жилище, покрыть себя одеждами. Сотрудничество становится неизбѣжнымъ средствомъ для полученія всѣхъ необходимыхъ благъ, какъ матеріальныхъ, такъ и духовныхъ.

Но, какъ и въ половомъ вопросѣ, и здѣсь средство превращается въ цѣль. Общеніе съ другими людьми становится желательнымъ человѣку само по себѣ, независимо отъ тѣхъ выгодъ, какія оно ему обѣщало. Постоянное сотрудничество создаетъ въ человѣкѣ привычку къ своимъ сотрудникамъ, влеченіе къ нимъ ради совместнаго нахождения, ради взаимнаго обмѣна мыслями, ради одновременнаго переживанія эмоциональныхъ движеній. Въ общественной средѣ человѣкъ не только находитъ возможность совместнаго и наиболѣе полного удовлетворенія своихъ физическихъ и психическихъ потребностей, но открываетъ въ обществѣ совершенно новыя блага, совершенно новыя источники наслажденій, которые становятся привычными и вызываютъ новыя потребности. Человѣкъ ищетъ сочувствія въ общественной средѣ, одобренія своимъ дѣйствіямъ. Благопріятное отношеніе къ нему со стороны другихъ увеличиваетъ количество и качество испытываемыхъ наслажденій, хотя соотвѣтственно усиливается страданіе отъ неудовлетворенныхъ потребностей. Общественное сочувствіе возбуждаетъ въ человѣкѣ творческія силы, даетъ новый толчекъ психическимъ потребностямъ, нерѣдко соединяетъ съ высокой оцѣнкой личности и большее матеріальное обезпеченіе. Человѣкъ жаждетъ этой оцѣнки, тянется къ ней, видитъ въ ней цѣль своей жизни, и страшно боится потерять ее, частью или полностью. „Трудно придумать,—говоритъ Джемсъ,—болѣе дьявольское наказаніе (если бы такое наказаніе было физически возможно), какъ если бы кто-нибудь попалъ въ общество людей, гдѣ на него совершенно не обращали бы вниманія. Если бы никто не оборачивался при нашемъ появленіи, не отвѣчалъ на наши вопросы, не интересовался нашими дѣйствіями, если бы всякій при встрѣчѣ съ нами намѣренно не узнавалъ насъ и обходился

съ нами, какъ съ неодушевленными предметами, то нами овладѣло бы извѣстнаго рода безсильное отчаяніе, отъ котораго были бы облегченіемъ жесточайшія тѣлесныя муки“²⁾). На высшей ступени это общественное вниманіе, общественная оцѣнка выражается въ авторитетѣ, какимъ пользуется человекъ, напр., въ качествѣ мыслителя, въ восхваленіи талантомъ артиста, художника, поэта, въ восхваленіи мудрыхъ и полезныхъ актовъ государственнаго дѣятеля. Но даже въ самой маленькой группѣ всѣ эти блага распредѣляются въ большей или меньшей степени. Принимая во вниманіе, что удовольствіе связано съ подъемомъ, а страданіе съ пониженіемъ жизненности³⁾, мы должны признать, что лишеніе члена общества социальныхъ благъ не проходитъ для него даромъ. Паденіе общественной оцѣнки можетъ больно отразиться на человекѣ, подорвать его жизненную энергію, разрушить не только его психическую, но и физическую жизнь.

Существованіе социальной среды и наличность соединенныхъ съ ней социальныхъ потребностей оказываютъ рѣшительное вліяніе на сферу индивидуальныхъ потребностей. Это вліяніе обнаруживается прежде всего въ томъ, что общественная среда опредѣляетъ, какъ должны удовлетворяться индивидуальныя потребности. При питаніи человекъ вынужденъ считаться съ тѣмъ, что даетъ рынокъ, и чѣмъ принято питаться. Еще больше сказывается эта зависимость отъ общественной среды при выборѣ одѣянія и обстановкѣ жилища.

Самое важное вліяніе общественной среды состоитъ въ томъ, что благодаря ей приобрѣтаются потребности и благодаря ей возбуждается стремленіе къ ихъ удовлетворенію. Современное культурное общество представляетъ массу индивидовъ, различающихся значительно по богатству и образованію. Социальная потребность одобренія, переходящая въ потребность удивленія, порождаетъ на сторонѣ одной части общества стремленіе выдѣлиться изъ массы по своимъ потребностямъ и средствамъ ихъ удовлетворенія. Въ другой части общества это выдѣленіе порождаетъ стремленіе къ уравниванію съ первыми путемъ подражанія. Такимъ

²⁾ Джемсъ. *Психологія*, 1905, стр. 147.

³⁾ Ванъ, *Психологія*, т. II, 1906, стр. 147.

образомъ, то, что человекъ ѣсть, пить, какъ онъ одѣвается, гдѣ жить и какъ обставляетъ свое жилище, въ какой степени пользуется зрѣлищами, поѣздками, каковъ кругъ его мыслей, чувствъ, желаній—вызывается съ одной стороны инициативой, подгоняющей къ выдѣленію, съ другой—подражаніемъ подгоняющимъ къ уравненію. Въ классовомъ обществѣ эти волны потребностей ясно наблюдаются. Страхъ отстать отъ другихъ, показаться смѣшнымъ въ глазахъ другихъ, неразвитымъ въ отношеніи потребностей, слабосильнымъ въ отношеніи средствъ ихъ удовлетворенія, порождаетъ страшную зависимость человека отъ общественной среды.

Отсюда получается въ высшей степени важный результатъ,—чувство удовлетворенности въ своихъ физическихъ и психическихъ потребностяхъ основывается для каждаго человека на сравненіи съ уровнемъ потребностей другихъ людей. Потребности человека опредѣляются не абсолютнымъ, а относительнымъ критеріемъ. Постепенное повышеніе матеріальнаго благосостоянія низшихъ классовъ нисколько не примиряетъ ихъ съ общественнымъ порядкомъ, построеннымъ на началѣ неравенства, потому что сознаніе удовлетворенности опредѣляется не динамическимъ началомъ, а статическимъ. Для сознанія не то важно, что нѣкогда лица того же класса пользовались меньшимъ благосостояніемъ, а то важно, что сейчасъ имѣется на лицо рѣзкая разница въ потребностяхъ и средствахъ удовлетворенія. Рабочій прежняго времени питался и одѣвался хуже, чѣмъ нынѣшній, но онъ былъ ближе къ своему хозяину по уровню потребностей, чѣмъ въ настоящее время.

Все большее количество благъ, выбрасываемыхъ на современный рынокъ, все большее различіе въ способахъ удовлетворенія потребностей, основанное на различной состоятельности, порождаютъ мучительное чувство постоянно новыхъ желаній, обусловленныхъ часто не дѣйствительными потребностями тѣла или духа, а только сравненіемъ. Человекъ не находитъ въ себѣ силы удовлетвориться тѣмъ, чего самъ желаетъ, а онъ постоянно желаетъ того, чѣмъ удовлетворяются другіе. Въ Дантовскомъ раю имѣется рядъ круговъ, въ каждомъ изъ которыхъ блаженствуютъ попавшіе въ него. Но это блаженство достигается тѣмъ, что одинъ

кругъ не вѣдаетъ, чѣмъ наслаждаются въ другихъ кругахъ. Здѣсь же на землѣ, гдѣ общество также раздѣлено на круги, въ каждомъ знаютъ, что дѣлается въ другихъ. „Приравниай твои притязанія нулю,—говоритъ Карлейль,—и цѣлый міръ будетъ у твоихъ ногъ“⁴⁾. Но такой аскетическій рецептъ человѣчеству не подь силу, и на такомъ принципѣ не можетъ основываться никакое общественное устройство, хотя онъ нерѣдко слышится въ коварномъ совѣтѣ не поднимать культурнаго уровня низшихъ слоевъ.

Современный демократизмъ, признающій политическое и юридическое равенство всѣхъ гражданъ, не только не поднимаетъ степени индивидуальной удовлетворенности, но еще болѣе обостряетъ вопросъ. Рабъ не чувствуетъ несправедливости своего положенія; онъ не рассчитываетъ на лучшія одежды, столъ, помѣщеніе, какими на его глазахъ пользуется господинъ. Но свободные граждане, чувствуящіе себя юридически равными другъ другу, одинаково несущіе личныя повинности, одинаково обладающіе политическими правами, особенно страдаютъ отъ экономическаго неравенства, которое создаетъ различіе не только въ матеріальныхъ средствахъ, но и въ образованіи, и въ общественномъ положеніи. Человѣкъ всегда будетъ чувствовать себя неудовлетвореннымъ, а потому и несчастнымъ, если онъ, сознавая, что могъ бы имѣть право на любое благо, въ то же время видитъ, что многія блага остаются ему недоступными. Неудовлетворенность какого бы то ни было рода, возбуждая инстинктъ самосохраненія пониженіемъ жизненной энергіи, будетъ постоянно вызывать въ человѣкѣ стремленіе обезпечить возможную полноту благъ, падающихъ на его долю.

Не слѣдуетъ впрочемъ заблуждаться по поводу послѣдствій равномернаго распредѣленія матеріальныхъ благъ. За матеріальными благами стоятъ соціальныя блага, цѣнность которыхъ все возрастаетъ, а распредѣленіе ихъ обусловливается силами ума, энергіи, природными способностями. Неравномерное ихъ распредѣленіе оставить, а можетъ быть, даже усилить чувство неудовлетворенности, основанное на томъ же сравненіи.

⁴⁾ Цит. у Джемса, *Психологія*, стр. 155.

§ 9.

Преобразование психики человѣка.

Литература: Спенсеръ, *Основанія психологіи*, т. IV, 1876, стр. 205—330; Векъ, *Психологія*, т. I, 1902, т. II, 1906; Гефдингъ, *Очерки психологіи*, 1908; Джемсъ, *Психологія*, 1905.

Духовный складъ современнаго человѣка, образовавшійся на фонѣ инстинкта самосохраненія, не данъ ему готовымъ отъ природы, а составляетъ продуктъ развитія подъ вліяніемъ всѣхъ условій, въ которыхъ протекала жизнь человѣка на землѣ. Способы мышленія, виды чувствъ, приемы дѣйствій, являются результатомъ опыта и средствами приспособленія къ условіямъ существованія. Такое преобразование психики наблюдается на огромномъ пространствѣ времени по мѣрѣ превращенія дикаря въ культурнаго человѣка, и въ меньшемъ масштабѣ повторяется при превращеніи ребенка въ человѣка взрослаго.

Если преобразование психики совершается подъ вліяніемъ условій, при которыхъ происходитъ борьба за существованіе и въ виду приспособленія психическихъ силъ къ средѣ съ цѣлью самосохраненія, то очевидно измѣненіе среды должно оказывать рѣшающее дѣйствіе на душевный складъ. Едва ли можно оспаривать, что по мѣрѣ успѣховъ культуры происходитъ постепенное, но постоянное перемѣщеніе человѣка изъ естественной среды въ социальную. Чѣмъ ниже культурная ступень, на которой находится человѣкъ, тѣмъ ближе стоитъ онъ лицомъ къ лицу съ природой, и потому всѣ его мысли, чувства, дѣйствія направлены на приспособленіе къ непосредственно окружающей человѣка природѣ. Напротивъ, культурный человѣкъ уходитъ все больше отъ природы и погружается все глубже въ социальную среду. Соответственно тому, его душевныя свойства направляются въ сторону наилучшаго приспособленія къ общественнымъ условіямъ существованія. Такимъ образомъ происходитъ преобразование психики человѣка подъ вліяніемъ инстинкта самосохраненія.

Прежде всего преобразование психики обнаруживается въ переходѣ отъ безпечности къ предусмотрительности. Чѣмъ ниже

въ культурномъ отношеніи стоитъ человекъ, тѣмъ болѣе живетъ онъ изо дня въ день, цѣня лишь непосредственно полезное. Чѣмъ дальше уходитъ человекъ въ культурномъ развитіи, тѣмъ болѣе повышается его заботливость объ условіяхъ позднѣйшаго существованія, тѣмъ болѣе становится онъ способенъ цѣнить то, что можетъ оказаться полезнымъ въ отдаленномъ будущемъ.

Различіе между первобытнымъ и культурнымъ человекомъ въ дѣлѣ удовлетворенія матеріальныхъ потребностей состоитъ въ томъ, что первый удовлетворяетъ ихъ подъ вліяніемъ ощущенія, тогда какъ второй—подъ вліяніемъ представленія. Дикарь приступаетъ къ поискамъ пищи, когда начинаетъ чувствовать голодь, и прекращаетъ питаніе, когда чувствуетъ полное пресыщеніе. Поэтому дикарь большею частью удовлетворяетъ свои потребности въ состояніи сильнѣйшаго ощущенія недостатка, наступающаго въ моментъ, когда находится желаемая пища. Отсюда и поражающая наблюдателя неумѣренность въ удовлетвореніи, и отсюда же рѣзкая смѣна пресыщенія и недостатка. Конечно, такой порядокъ удовлетворенія потребностей возможенъ только при томъ условіи, если окружающая природа даетъ естественныя блага, для отысканія которыхъ необходимо сравнительно незначительное время, и находитъ себѣ оправданіе въ неумѣннн сохранить блага, найденныя въ количествѣ, превышающемъ текущія потребности. Каковы бы ни были условія, каково бы ни было оправданіе, но важенъ фактъ безопасности, создающейся подъ ихъ вліяніемъ, не позволяющей человеку заглядывать далеко въ будущее и не побуждающей къ признанію цѣнности за тѣмъ, что выходитъ за границы даннаго момента.

Совершенно иною представляется психика культурнаго человека. Недостатокъ естественныхъ благъ и ихъ недоступность для каждаго заставляютъ человека не столько искать, чѣмъ удовлетворить свои матеріальныя потребности, настоятельно требующія удовлетворенія, сколько думать о предупрежденіи этого остраго момента. Человекъ стремится обезпечить себя на продолжительное время условіями, при которыхъ ему не пришлось бы стать лицомъ къ лицу съ угрожающими запросами организма. Это представленіе или, лучше сказать, рядъ представленій о возможности такого момента, когда нечѣмъ будетъ удовлетворить

свои потребности, заставляеть человѣка даже лишать себя полнаго удовлетворенія въ настоящій моментъ ради будущаго. Такъ поступаетъ земледѣлецъ, сохраняющій зерна для посѣва, хотя онъ не безъ удовольствія и пользы для своего организма потребилъ бы ихъ въ пищу сейчасъ; такъ поступаетъ ремесленникъ, откладываящій деньги на покупку необходимаго инструмента, хотя семья его крайне нуждается въ теплой одеждѣ. Такого образа дѣйствій придерживаются какъ бѣдняки, такъ и состоятельные лица. Въ буржуазномъ строѣ мечтою cadaго является скопленіе такого капитала, который бы своими процентами устранялъ всякую мысль о нуждѣ. Фабрикантъ или банкиръ, хотя бы и довольный тою прибылью, какую даетъ ему предпріятіе сейчасъ, устремляетъ свой хозяйственный взоръ въ далекое будущее, вычисляетъ всевозможныя рыночныя комбинаціи и завязываетъ отношенія, которыя могутъ дать результаты только весьма отдаленныя.

Эта душевная черта все болѣе развивается вширь и вглубь съ каждымъ дальнѣйшимъ шагомъ хозяйственной культуры. При домашнемъ хозяйствѣ забота была направлена на то, чтобы всѣ необходимыя блага обезпечивались въ теченіе оборотнаго періода собственными производительными силами. Излишки особенной цѣны не имѣли. Съ переходомъ къ мѣновому хозяйству и спеціализаціей въ области производства, забота направилась на отысканіе устойчиваго сбыта, на точную оцѣнку продуктовъ своихъ и чужихъ, на использованіе cadaго излишка, полученнаго въ производствѣ. Мѣновое хозяйство заставляетъ предусмотрительность выйти за границы своего хозяйства. Необходимо предусмотрѣть положеніе другихъ хозяйствъ, отъ которыхъ зависятъ собственное. Интересъ человѣка къ другимъ хозяйствамъ идетъ такъ далеко, что у него является желаніе предупредить угрожающія имъ опасности, хотя бы цѣною нѣкотораго личнаго лишенія. Чѣмъ большее число хозяйствъ охватывается мѣновымъ процессомъ, чѣмъ сильнѣе становится зависимость собственнаго благополучія отъ благополучія другихъ, тѣмъ шире область, въ которой находитъ себѣ примѣненіе предусмотрительность. Хозяйства, вовлеченныя въ міровой обмѣнъ, должны думать о случайностяхъ, способныхъ застичь самыя отдаленныя хозяйства,

съ которыми они не связаны ни политическими, ни національными, ни нравственными узами.

Указанное психическое преобразование сопровождается другою чертою. Первобытный человекъ страдаетъ только отъ ощущенія наличнаго недостатка, культурный человекъ страдаетъ отъ представленія о возможномъ недостаткѣ. Чѣмъ болѣе возрастаетъ предусмотрительность человекъ, чѣмъ болѣе опасностей грозитъ ему со всѣхъ сторонъ, тѣмъ сильнѣе его страданія, омрачающія его наличныя радости, дающія ему свободу полнаго наслажденія только въ періодъ, когда на немъ еще не лежитъ забота о себѣ и своей семьѣ. Если забота о „завтрашнемъ днѣ“, растянутомъ на много дней, обезпечиваетъ человекъ отъ остраго страданія, то она же отравляетъ ему жизнь хроническимъ страданіемъ. Человекъ постоянно заказываетъ себѣ сапоги тогда, когда ему нужны только босовики ¹⁾.

Возрастаніе предусмотрительности не ограничивается экономической областью. Воспитанное на хозяйственной почвѣ, это чувство переносится и на другія области. Первоначально человекъ цѣнить знаніе только съ точки зрѣнія наглядной полезности, напр., когда онъ узнаетъ новый способъ приготовления оружія, ловли птицы и т. д. Только весьма поздно, при значительномъ развитіи предусмотрительности, начинаетъ человекъ понимать значеніе знанія безотносительно къ возможности его немедленнаго примѣненія. Предусмотрительность переносится и въ социальную область. Первоначально человекъ въ состояніи цѣнить общественность только съ точки зрѣнія непосредственныхъ результатовъ. Ему понятно сотрудничество, когда вмѣстѣ съ другими ему удастся убить звѣря, не поддающагося его единичнымъ силамъ. Онъ понимаетъ значеніе соединенныхъ силъ, когда при этомъ условіи удастся одолѣть или отразить сильнѣйшаго врага. Но за этими предѣлами общественная организація ничего не говоритъ его уму и чувству. Чѣмъ выше въ культурномъ отношеніи человекъ, тѣмъ болѣе способенъ онъ цѣнить общество само по себѣ, тѣмъ болѣе личныхъ жертвъ готовъ онъ принести для поддержанія или охраненія того, что представляется ему необходимымъ условіемъ его личнаго существованія въ будущемъ.

¹⁾ Гр. Л. Толстой, *Чѣмъ люди живутъ*.

Другое психическое преобразование обнаруживается въ переходѣ отъ импульсивности къ сдержанности.

Импульсивнымъ мы называемъ человѣка, который слѣдуетъ первому явившемуся побужденію, который дѣйствуетъ немедленно, какъ только нервные токи, пронесаясь по мозговымъ волокнамъ и клѣткамъ, возбудили его двигательные центры, безъ задержки какихъ-либо представленій въ сознаніи. Если такой человѣкъ испытываетъ голодъ или жажду, онъ беретъ пищу или питье, гдѣ бы ни увидѣлъ, считаясь только съ тѣмъ, что эти предметы способны удовлетворить его потребности. Если въ немъ заговорилъ усиленно половой инстинктъ, онъ поспѣшитъ удовлетворить свою страсть, чего бы это ни стоило другому существу и ему самому. Когда ему понравится какая нибудь вещь, онъ потянется къ ней, потому что его дѣйствіе опредѣляется однимъ только факторомъ—желаніемъ имѣть ее для себя. Въ случаѣ, если онъ почувствуетъ обиду, нанесенную ему другимъ лицомъ, онъ тотчасъ же отомститъ, не считаясь ни съ величиною причиняемаго вреда, ни съ угрожающими ему самому послѣдствіями. Тотъ же самый отецъ, который готовъ защищать своихъ дѣтей съ опасностью для собственной жизни, способенъ разбить мальчику голову объ стѣну за то, что тотъ уронилъ корзину съ яйцами, или вымѣнять дочь на предметъ, сильно поразившій его воображеніе²⁾.

Такой типъ несомнѣнно первобытный. Онъ обусловливается недостаточнымъ развитіемъ задерживающихъ центровъ. Между ощущеніемъ и дѣйствіемъ не встаетъ рядъ представленій, при прохожденіи черезъ которые движеніе можетъ ослабѣть или совсѣмъ уничтожиться.

Совершенно иное даетъ намъ сдержанный типъ. Культурный человѣкъ не поддается сразу ощущеніямъ, но дѣйствуетъ только пройдя, хотя бы и быстро, рядъ представленій о возможныхъ послѣдствіяхъ дѣйствія. Такія представленія даются, конечно, опытомъ, личнымъ и родовымъ. Сначала опытъ даетъ человѣку представленія о невыгодныхъ для человѣка послѣдствіяхъ немед-

²⁾ Letourneau, *Evolution de la famille*, стр. 147, Спенсеръ, *Основанія социологии* т. I, стр. 76.

леннаго реагированія. Ребенокъ научается не хватать огонь, дикарь не бросаться, хотя бы въ состоянїи голода, на сильное животное. Еще болѣе оный въ этомъ направленїи даетъ социальная жизнь. Ребенокъ устремляется на своего обидчика, не считаясь съ реальнымъ соотношенїемъ силъ, взрослый отомститъ или проглотитъ обиду, взвѣсивъ предварительно свои силы. Съ постепеннымъ ходомъ умственнаго развитія человѣчества сложность душевнаго склада возрастаетъ все болѣе и болѣе, и на ряду съ нею возрастаетъ и число мотивовъ, задерживающихъ тотъ или другой импульсъ^{*)}. Въ ежедневномъ столкновенїи съ людьми человекъ научается сдерживать свои порывы, умѣрять дѣйствія представленіями послѣдствїй. Необходимость преобразования импульсивныхъ чертъ въ черты сдержанности подсказывается инстинктомъ самосохраненія все болѣе по мѣрѣ того, какъ человекъ все сильнѣе удаляется отъ чисто естественныхъ условїй.

Въ сложной общественной средѣ импульсивный типъ является совершенно неприспособленнымъ. Онъ будетъ встрѣчать такую массу противодѣйствїй, что, если окажется не въ состоянїи видоизмѣниться подъ ихъ влїяніемъ, то вынужденъ будетъ очистить поле для болѣе приспособленныхъ противниковъ. Степень сдержанности есть качество, опредѣляющее приспособленность человекъ къ общественной средѣ. А это качество достигается путемъ подчиненія воли представленію о послѣдствїяхъ, исходящихъ главнымъ образомъ отъ той же общественной среды.

Въ третьихъ преобразованїе психики человекъ при культурномъ его восхожденїи обнаруживается въ повышенїи сознательности въ отношенїи къ условїямъ своего существованія. Человекъ, находящійся на низшихъ ступеняхъ культуры, находится всецѣло подъ дѣйствїемъ унаслѣдованныхъ инстинктовъ, прибрѣтенныхъ лично привычекъ и усвоенныхъ отъ общественной среды традицій. Выборъ того или другого образа дѣйствїй опредѣляется не столько сознанною его пѣлесообразностью, сколько подражанїемъ. Рѣшающій мотивъ въ поведенїи, — это то, что всегда такъ дѣлалось, что такъ принято, такъ заведено. „Такъ поступали отцы и дѣды“ — таковъ высшїй авторитетъ, передъ которымъ должна смолкнуть всякая дерзкая критика. Недостатокъ

^{*)} Джемсъ, *Психологія*, 5 изд. 1905, стр. 379.

сознательности обнаруживается какъ въ отношеніи человѣка къ природѣ, такъ и въ отношеніи его къ обществу. Такъ нужно выпаживать землю, потому что такъ всегда раньше пахали, такъ нужно ловить животныхъ, потому что такимъ способомъ всегда и прежде ловили. Общество представляется такому человѣку столь же естественной средой, какъ и природа. Изъ природы можно извлекать то, что она даетъ, но ее нельзя измѣнять примѣнительно къ человѣческимъ требованіямъ. Точно также нужно приспособлять свои потребности къ общественнымъ условіямъ, но не можетъ быть и рѣчи о сознательномъ приспособленіи общественныхъ условій къ человѣческимъ потребностямъ. Поэтому малокультурный человѣкъ безропотно подчиняется такимъ общественнымъ правиламъ, которыя возникли нѣкогда при совершенно иныхъ условіяхъ, а теперь, потерявъ всякую цѣлесообразность, держатся слѣпой традиціей.

Причины такого некритическаго отношенія къ условіямъ своего существованія объясняются, съ психологической стороны, трудностью, съ которою мало развитой человѣкъ усваиваетъ себѣ каждое средство приспособленія. Недостаетъ умственной энергіи, чтобы перейти отъ старой пищи къ новой, отъ старыхъ орудій къ новымъ. Вспомнимъ, съ какою трудностью проникали въ Европу новыя питательныя вещества, какъ напр., картофель, и сравнимъ то недовѣріе, съ которымъ относится ребенокъ ко всякой предлагаемой перемѣнѣ пищи. Съ другой стороны, недостатокъ сознательнаго отношенія къ условіямъ своего существованія находитъ себѣ объясненіе въ крайнемъ однообразіи жизненныхъ условій. Сознаніе пробуждается только при болѣе или менѣе рѣзкой перемѣнѣ⁴⁾. Тамъ, гдѣ всѣ живутъ одинаково, и притомъ издавна, мысль не получаетъ толчка къ дѣятельности. Проводя всю свою жизнь въ той же неизмѣняемой общественной средѣ, не имѣя передъ глазами никакихъ иныхъ формъ общежитія, человѣкъ, совершенно понятнымъ образомъ, принимаетъ историческій строй за естественный и ничто не способно пробудить въ немъ критическаго сомнѣнія.

По мѣрѣ развитія въ человѣкѣ умственной дѣятельности и

⁴⁾ Гефдингъ, *Очерки психологіи*, 5 изд., 1908, стр. 81.

увеличенія разнообразія въ условіяхъ его существованія, обнаруживается ростъ сознательнаго отношенія къ матеріальнымъ, духовнымъ и социальнымъ условіямъ жизни. Сравнивая неволью, путемъ произвольнаго соприкосновенія съ другими, различныя потребности и различныя средства ихъ удовлетворенія, человѣкъ культурнаго типа легче измѣняетъ свои потребности и проявляетъ большую готовность измѣнять и средства удовлетворенія усвоенныхъ ранѣ. На высшей ступени человѣкъ ищетъ сравненія для нахождения наилучшихъ способовъ, и даже путемъ сопоставленія имѣющихся способовъ, стремится отыскать еще лучшій, прилагая всѣ свои творческія способности. Если при однообразіи духовнаго склада на низшихъ культурныхъ ступеняхъ человѣкъ никогда не задумывается о себѣ, то въ средѣ, гдѣ умственное развитіе представляетъ большія отличія въ ея членахъ, у отдѣльныхъ единицъ пробивается сознаніе превосходства другихъ, пониманіе причинъ неравенства, стремленіе преодолѣть препятствія къ раскрытію своихъ духовныхъ силъ. Чѣмъ выше общественный типъ, чѣмъ чаще и тѣснѣе его соприкосновеніе съ другими общежитіями по причинамъ не только военнымъ, но и экономическимъ, интеллектуальнымъ, эстетическимъ, тѣмъ сильнѣе пробуждается у членовъ общежитія критическое отношеніе къ своему порядку. Все болѣе утрачивается вѣра въ исконность его, въ божественную предустановленность, въ особый государственный умъ правящаго класса. Каждый человѣкъ начинаетъ оцѣнивать существующій строй съ точки зрѣнія того, насколько послѣдній соответствуетъ его интересамъ. Разъ начавшись, критическое отношеніе къ устройству и управленію все болѣе усиливается. Сознательность вытѣсняетъ традицію.

Указанныя три черты въ культурномъ преобразованіи психики не являются единственными, но для нашей цѣли они являются самыми важными. Съ другой стороны не слѣдуетъ понимать дѣло такъ, будто преобразование охватываетъ одновременно всѣхъ членовъ развивающагося общества. Чѣмъ сложнѣе общественный типъ, тѣмъ менѣе позволительно характеризовать всѣхъ одними психическими чертами. И какъ бы высоко не поднялось общество въ культурномъ отношеніи, всегда въ его средѣ могутъ обнаружиться атактистическія черты.

§ 10.

Преобразование поведенія чловѣка.

Человѣкъ существо не только мыслящее и чувствующее, но и дѣйствующее. Совокупность дѣйствій, направленныхъ къ достиженію жизненныхъ цѣлей, составляетъ поведеніе чловѣка ¹⁾. Инстинктъ самосохраненія оказываетъ вліяніе и на поведеніе чловѣка, преобразовывая его примѣнительно къ внѣшнимъ условіямъ и внутреннимъ требованіямъ. Въ своемъ поведеніи изолированный чловѣкъ руководствуется представленіемъ о томъ удовольствіи или страданіи, съ которыми соединено то или другое дѣйствіе. Какъ растеніе тянется къ свѣту, такъ чловѣкъ къ тѣмъ предметамъ, которые манятъ его удовольствіемъ. Откуда же знаетъ чловѣкъ, какое дѣйствіе соединяется съ удовольствіемъ, и какое со страданіемъ? Такое указаніе можетъ исходить только изъ опыта, притомъ какъ индивидуальнаго, такъ и родового.

Первоначально чловѣкъ стремится къ тому, что способно удовлетворить его потребности, показателемъ чего является чувство пріятнаго, и отвращается отъ того, что способно повредить ему, показателемъ чего служитъ чувство непріятнаго. Удовольствіе, испытываемое при удовлетвореніи, начинаетъ пріобрѣтать само притягательную силу и чловѣкъ уже стремится испытать, воспроизвести это состояніе. Такъ, напр., при ѣдѣ, голодный чловѣкъ желаетъ прежде всего насытиться. Пріемъ пищи, какъ средство удовлетворенія голода, оставляетъ въ немъ воспоминаніе пріятныхъ вкусовыхъ и обонятельныхъ ощущеній. У чловѣка, недостаточно голоднаго, какимъ является средней культурный чловѣкъ, у котораго голодь не покрываетъ другія чувства, возникаетъ стремленіе къ самому пріему пищи, какъ ожидаемому удовольствію. Средство превращается въ цѣль.

Съ точки зрѣнія Шопенгауэра такое превращеніе невозможно, потому что, по его мнѣнію, всякое удовлетвореніе есть только

¹⁾ Опредѣленіе понятія о поведеніи даетъ Спенсеръ, *Научныя основанія нравственности*, русск. изд. 1896, ч. I, гл. I.

прекращеніе страданія, вызваннаго потребностью, а потому удовольствіе имѣетъ только отрицательную, но не положительную сторону. Но удовольствіе, испытываемое при удовлетвореніи потребности, не есть моментъ, а длящееся состояніе, которое поэтому и обладаетъ притягательной силой для человѣка.

Если удовольствіе есть благопріятный показатель жизненнаго процесса, то человѣкъ, движимый инстинктомъ самосохраненія, будетъ стремиться укрѣпить его за собою. Это стремленіе человѣка руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ представленіемъ о собственномъ удовольствіи, составляетъ эгоизмъ въ біологическомъ смыслѣ. Стремленіе же къ удовольствію и уклоненіе отъ страданій за счетъ другихъ, составляетъ эгоизмъ въ этическомъ смыслѣ. Очевидно, эти понятія не совпадаютъ. Эгоизмъ въ первомъ значеніи можетъ перейти и во второе, но это не необходимо. Можно, оставаясь эгоистомъ въ біологическомъ смыслѣ, останавливаться передъ личными удовольствіями, когда они достигаются цѣною страданій другихъ. Изолированный человѣкъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ біологическаго эгоизма, и только общественная среда внушаетъ человѣку представленіе объ этическихъ границахъ его поведенія. Въ этомъ именно направленіи идетъ нравственная эволюція поведенія человѣка, насколько этому не препятствуютъ съ одной стороны недостаточно социализированныя наклонности изолированнаго человѣка, а съ другой—возникающія въ той же общественной средѣ условія, которыя поддерживаютъ эти наклонности.

Однако, подвергается оспариванію самое существованіе эгоизма, какъ начала, движущаго поведеніемъ человѣка. Утверждаютъ, что рядомъ съ эгоизмомъ въ природу человѣка (изолированнаго) заложено и другое, противоположное ему начало, альтруизмъ или симпатія къ другимъ. На это приходится отвѣтить, что насколько мы имѣемъ дѣло съ социализированнымъ человѣкомъ, насколько человѣкъ вынужденъ руководствоваться социальными правилами, настолько въ поведеніи его обнаруживаются моменты, стоящіе въ противорѣчій съ эгоизмомъ. Но, насколько мы имѣемъ дѣло съ изолированнымъ человѣкомъ, поведеніе его будетъ всецѣло опредѣляться эгоизмомъ. И даже уклоненіе въ пользу противоположныхъ началъ, какъ мы уви-

димъ дальше, окажется возможнымъ только благодаря изначальной наличности въ человѣкѣ эгоизма.

Въ пользу эгоизма, какъ основного принципа человѣческаго поведенія, говорятъ доказательства какъ а priori, такъ и а posteriori. Необходимость эгоизма въ поведеніи человѣка основывается на законѣ самосохраненія. „Если бы,—замѣчаетъ Гефдингъ,—существо было организовано такимъ образомъ, чтобы испытывать удовольствіе отъ всего вреднаго для него и неудовольствіе отъ всего ему полезнаго, то такое существо не могло бы жить“²⁾. Но точно также существо осуждено было бы на гибель, если бы оно уклонялось отъ всего того, что соединяется для него съ удовольствіемъ, и стремилось бы ко всему тому, что соединяется для него со страданіемъ. Эмпирическими доказательствами эгоизма полна окружающая жизнь. Не смотря на огромные успѣхи социализаціи, мы въ нашемъ домашнемъ обиходѣ исходимъ изъ предположенія, что каждый преслѣдуетъ свои интересы и что это въ порядкѣ вещей. Особенно рѣзко проявленіе эгоизма въ области экономическихъ отношеній, гдѣ для него создается особенно благоприятная почва. Но тотъ же эгоизмъ проявляется, какъ нѣчто нормальное, и въ другихъ сферахъ жизни. Напр., мы были бы очень удивлены, если бы въ толпѣ, тѣснящейся передъ кассой какого-нибудь интереснаго зрѣлища, кто-нибудь отказался отъ полученнаго съ трудомъ билета и передалъ его намъ. Въ области изобрѣтеній, даже научныхъ, у каждаго, при всей его любви къ человѣческому знанію, имѣется тайное желаніе, чтобы его открытіе или изобрѣтеніе было первымъ или самымъ цѣннымъ. Опровергающіе эгоизмъ не утверждаютъ, что онъ есть, но стараются ослабить его впечатлѣніе тѣмъ, что рядомъ съ нимъ видятъ дѣйствіе другихъ началъ. Но дѣло въ томъ, что эти другія начала ничто иное, какъ преобразованный эгоизмъ, который всегда лежитъ въ основѣ и который всегда готовъ вновь всплыть наружу, въ своемъ чистомъ видѣ, какъ только ослабнетъ дѣйствіе силъ, его преобразовавшихъ.

Какимъ же образомъ происходитъ преобразование эгоистиче-

²⁾ Гефдингъ, *Очерки психологіи*, 5 изд. 1908, стр. 263; Бэнь, *Психологія*, т. I, 1902, стр. 223—224.

скаго начала? Оставляя пока въ сторонѣ, какими способами удастся обществу приспособлять эгоизмъ къ своимъ цѣлямъ, мы посмотримъ, какимъ образомъ онъ самъ собою преобразовывается въ общественной средѣ подъ вліяніемъ инстинкта самосохраненія.

Процессъ преобразованія можетъ быть замѣченъ въ современной жизни. Возьмемъ два конкурирующихъ предпріятія, напр., пароходныхъ. Если не на словахъ, то въ душѣ каждый изъ соперниковъ радъ несчастью, постигнутому другому конкурента, напр., если сгорѣлъ чужой пароходъ, если чужой капитанъ устроилъ скандалъ, оказавшій впечатлѣніе на публику, если съ чужого парохода снятъ больной въ тяжелой, заразной формѣ и т. п., и наоборотъ, каждому неприятно, если конкурентъ совершилъ выгодную операцію, построилъ лучшій пароходъ и т. д. Но вотъ противники приходятъ къ заключенію, что конкуренція уменьшаетъ доходы каждаго и рѣшаются слиться въ одно предпріятіе. Тотчасъ мѣняются всѣ чувства. То, что только что вызывало удовольствіе, теперь оказывается неприятностью, а то что огорчало, теперь стало радовать. Это произошло отъ того, что „твое“ сдѣлалось и „моимъ“. Другой примѣръ. При значительномъ предложеніи рабочихъ рукъ рабочій—врагъ всякому другому рабочему, который является его соперникомъ въ заработкѣ и угрозою его сложившемуся образу жизни. Ничего удивительнаго, что одинъ проникается самымъ враждебнымъ чувствомъ къ другому. Но вотъ происходитъ перемѣна—разрозненные рабочіе образуютъ союзъ. Ихъ сила заключается въ численности, въ сплоченности, въ организованности. Благополучіе каждаго тѣсно связано съ успѣхомъ всѣхъ. Взаимныя чувства тотчасъ же преобразовываются. Еще примѣръ. Въ артистической средѣ, гдѣ, какъ извѣстно, взаимное недоброжелательство сильно развито, одинъ артистъ доволенъ, если его соперникъ сорвется съ ноты, неудачно сыграетъ роль. Но представимъ себѣ, что одинъ изъ двухъ соперниковъ дѣлается антрепренеромъ и приглашаетъ къ себѣ другого. Немедленно каждый неуспѣхъ, каждая неудача послѣдняго огорчить и перваго, потому что это вредно „его“ дѣлу.

Чѣмъ же объясняется то чувство симпатіи, сочувствія, которое явилось въ указанныхъ случаяхъ на мѣсто первоначальнаго эгоизма? Простымъ расширеніемъ сферы приложенія эгоизма.

Цѣли отдѣльнаго человѣка стали болѣе осуществимы при со-
вмѣстномъ дѣйствіи и удовлетвореніе личныхъ интересовъ облег-
чается при успѣшномъ достиженіи своихъ цѣлей со стороны
другихъ, затрудняется неудачей другихъ. Гдѣ удовольствіе для
одного, тамъ оно и для другого, гдѣ страданіе для одного, тамъ
оно и для другого. Отсюда со-чувствіе, со-страданіе, сим-патія. Рас-
ширеніе общественныхъ круговъ, въ которыхъ примѣняется со-
трудничество, должно естественнымъ образомъ расширять эгои-
стическій принципъ. Переходъ отъ родового быта къ племен-
ному, отъ племенного къ народному, образованіе союзовъ поли-
тическихъ, экономическихъ, сопровождалось соответственнымъ
преобразованиемъ поведенія человѣка.

Однако слѣдуетъ имѣть въ виду, что подъ этимъ преобра-
зованнымъ эгоизмомъ лежитъ чистый эгоизмъ изолированнаго че-
ловѣка, всегда готовый выступить наружу, какъ только распа-
дется та общность интереса, которая привела къ преобразованію.
Такъ, въ семьѣ, гдѣ преобразующія силы дѣйствуютъ, повиди-
мому, съ особенною силою, гдѣ онѣ сплочиваютъ членовъ семьи
въ самое крѣпкое единство, готовое поддерживать другъ друга
съ единодушіемъ и даже самопожертвованіемъ, — первоначаль-
ный эгоизмъ вдругъ выступаетъ съ поразительною рѣзкостью
при раздѣлѣ семейнаго наслѣдства.

Эгоизмъ самъ имѣетъ въ основѣ противопоставленіе своего
Я всему остальному какъ *Не-я*. Въ это послѣднее входитъ не
только природа, но и всѣ другіе люди. „Никто не можетъ пи-
тать одинаковый интересъ къ своей личности и къ личности
своего ближняго. Личность ближняго сливается со всѣмъ осталь-
нымъ міромъ въ одну общую массу, рѣзко противопологаемую
моему собственному Я“²⁾. Однако эта рѣзкость нѣсколько смят-
чается неопредѣленностью самого Я. Помимо различія границъ
между психическимъ и психофизическимъ Я, обнаруживается
стремленіе къ дальнѣйшему расширенію границъ, въ которыхъ
Я можетъ испытывать удовольствія и страданія, какъ свои соб-
ственные. Не говоря уже о хозяйственномъ Я, границы котораго
понятны почти каждому, расширеніе предѣловъ, въ которыхъ

²⁾ Джемсъ, *Психологія*, 1905, стр. 144.

человѣкъ чувствуетъ свое Я, и которые онъ противопоставляетъ Не-я, возможно въ отношеніи политическомъ, литературномъ, художественномъ. Писатель всю сферу своего вліянія чувствуетъ, какъ продолженіе своего Я. Въ утвержденіи абсолютнаго монарха: „Государство—это Я“ есть нѣкоторый психологическій смыслъ.

Человѣкъ испытываетъ страданіе, когда задѣваютъ общественную среду, въ которой укладываются его ближайшіе социальныя интересы. Отнять у него эту среду, сократить ее, видоизмѣнить ея содержаніе, значитъ лишить человѣка общенія, восхищенія, преклоненія, повиновенія, которыя стали его потребностью, значитъ нарушить размѣръ его удовлетворенности. Къ своей общественной средѣ человѣкъ такъ же чувствителенъ, какъ паукъ къ своей паутинѣ. Оставаясь отдѣльнымъ отъ нея, противопоставляя себя ей, онъ въ то же время чувствуетъ свою солидарность съ ней по противопоставленію со всѣмъ остальнымъ міромъ.

Въ этомъ стремленіи къ расширенію области своего Я человѣкъ встрѣчается съ противоположнымъ теченіемъ,—съ социальнымъ стремленіемъ ограничить эту область въ интересахъ всѣхъ другихъ. Преодолѣнію этого препятствія мѣшаетъ человѣку то, что сумма! социальныхъ наслажденій, къ которымъ тяготѣетъ человѣкъ, возрастаетъ, а между тѣмъ достиженіе ихъ невозможно безъ одновременнаго подчиненія тѣмъ условіямъ, какія ставитъ ему общество. Уваженіе, почетъ, власть, вліяніе, въ сторону которыхъ направляетъ свое поведеніе человѣкъ подѣйствіемъ эгоизма, зависятъ отъ самого общества.

Если изолированный человѣкъ находится подѣйствіемъ эгоизма, то руководителемъ его поведенія можетъ служить только начало цѣлесообразности. Человѣкъ совершаетъ дѣйствіе, насколько оно способно привести къ цѣли, подсказываемой эгоизмомъ, т. е. общааетъ удовольствіе. Необходимо признать нравственное безразличіе въ поведеніи изолированнаго человѣка. Дѣйствіе хорошо, съ его точки зрѣнія, если оно даетъ ему удовольствіе, если оно ему полезно; дѣйствіе дурно, съ его точки зрѣнія, если оно угрожаетъ ему страданіемъ, если оно ему вредно. Мы часто высмѣиваемъ этотъ принципъ, называя его готтентотскимъ, и, съ нашей, социальной, точки зрѣнія, мы правы. Но отрѣшиться отъ готтентотской морали пока не удалось. Развѣ мы не назы-

ваемъ хорошей операцію, которую намъ удалось уничтожить нашего экономическаго конкурента? Развѣ мы не руководствуемся этимъ началомъ, когда наше Я преобразуется въ политическое Мы? Какую радость доставляетъ странѣ удачное окончаніе войны, закончившейся присоединеніемъ части территоріи сосѣдняго государства, отъ котораго отрываютъ кусокъ, органически давно сросшійся съ остальнымъ составомъ. Не такъ давно глава одного правительства въ отвѣтъ на упреки въ позорности его политики, отвѣчалъ, что „позорною политика могла бы быть признана только въ томъ случаѣ, если бы она вредила интересамъ своего государства“. И какъ трудно бываетъ перемѣнить начало цѣлесообразности на нравственное начало уваженія чужой личности, когда дѣло идетъ объ отношеніи къ людямъ, съ которыми чувствуется мало общности, видно изъ многочисленныхъ примѣровъ, какъ относятся представители самыхъ культурныхъ народовъ къ дикимъ племенамъ. Дикарей уничтожаютъ отравленными хлѣбами, разбрасываемыми по дорогѣ, на нихъ устраиваютъ облавы, какъ на волковъ, ихъ намѣренно заражаютъ губительными болѣзнями. Гдѣ же абсолютное нравственное сознаніе этихъ людей, категорически повелѣвающее имъ уважать въ другомъ человѣкѣ личность и не дѣлать другого человѣка средствомъ для своихъ цѣлей? Очевидно, человѣкъ, выведенный изъ той общественной среды, гдѣ его эгоистическое поведеніе подверглось преобразованію, чувствуетъ себя снова въ положеніи изолированнаго человѣка.

Поведеніе человѣка можетъ опредѣляться волею его, избирающею цѣлесообразный образъ дѣйствія примѣнительно къ конкретной совокупности обстоятельствъ, или волею, слѣдующею установленнымъ нормамъ.

Подъ именемъ нормы или правила мы понимаемъ общее указаніе, какъ должно дѣйствовать, чтобы достигнуть той или иной цѣли. Норма представляетъ собой возможное приспособленіе дѣятельности къ цѣли. Всякое правило предполагаетъ непремѣнно извѣстную цѣль. Безъ цѣли правило немислимо. Иной вопросъ, насколько данное правило сообразовано съ цѣлью, насколько оно обезпечиваетъ достиженіе намѣченной цѣли, другими словами, насколько оно цѣлесообразно. Съ этой точки зрѣнія всѣ правила безъ исключенія подлежатъ оцѣнкѣ. Мы

называемъ хорошимъ правило, которое ведетъ къ достиженію поставленной цѣли, мы называемъ правило дурнымъ, если согласованіе съ нимъ поведенія не обезпечиваетъ достиженія данной цѣли. Значеніе и превосходство одной нормы передъ другой обусловливается тѣмъ обстоятельствомъ, насколько соблюденіе одной изъ нихъ болѣе и полнѣе обезпечиваетъ достиженіе цѣли, чѣмъ соблюденіе другой.

Правило, указывая, какъ слѣдуетъ поступать для достиженія цѣли, очевидно, рассчитано на неопредѣленное число случаевъ, а не на одинъ или нѣсколько, заранее опредѣленныхъ, случаевъ. Указаніе, каковъ долженъ быть фундаментъ, чтобы выдержать тяжесть дома въ соотвѣтствіи съ устойчивостью почвы, составляетъ правило, но совѣтъ сосѣда углубить фундаментъ въ виду того, что домъ строится на мягкой почвѣ, не можетъ считаться правиломъ. Указаніе гигиены, что во избѣжаніе холерной заразы необходимо какъ можно чаще мыть руки, составляетъ правило, тогда какъ приказаніе матери, данное дочери, вымыть руки, не имѣетъ признаковъ правила.

Такъ какъ норма указываетъ цѣлесообразный порядокъ дѣйствій, то она всегда обращена къ волѣ разумнаго существа, способнаго ставить себѣ цѣли и стремиться къ достиженію ихъ. Правила существуютъ только для существъ, обладающихъ сознательною волею, и только ими примѣняются. Отсюда слѣдуетъ, что соблюденіе правила обезпечивается желаніемъ достичь цѣли, къ которой оно ведетъ. Если художникъ желаетъ возбудить въ зрителяхъ полную иллюзію, онъ долженъ соблюсти въ картинѣ правила перспективы; если архитекторъ желаетъ упрочить за собою имя хорошаго строителя, онъ долженъ придерживаться правилъ стіля, механики, гигиены; если страдающій хроническимъ катарромъ желудка желаетъ избавиться отъ своей болѣзни, онъ долженъ держаться установленнаго врачомъ режима; если правительство желаетъ аккуратно получать налоги съ гражданъ, оно должно соблюдать правила взиманія налоговъ, при которыхъ уплата послѣднихъ была бы наименѣе ощутительна для плательщиковъ. При нежеланіи достичь цѣли, къ которой ведетъ норма, усвоенная человѣкомъ, норма не будетъ имъ соблюдаться. Вопросъ нисколько не измѣняется отъ того, будутъ ли нормы со-

зданы самимъ дѣйствующимъ лицомъ, или заимствованы имъ у другихъ, или наложены на него авторитетомъ, выше его стоящимъ. Слѣдовательно, нормы могутъ быть всегда нарушаемы. Нѣтъ никакой возможности заставить человѣка поступать по правиламъ, какъ только возбуждая его волю представленіемъ преимуществъ одного образа дѣйствія передъ другимъ, и тѣмъ вызывая въ немъ стремленіе къ цѣли, связанной съ нормой.

Правила являются прежде всего продуктомъ болѣе или менѣе продолжительнаго опыта. Чѣмъ менѣе развито научное знаніе, тѣмъ болѣе эмпиричны нормы. Правила построенія жилищъ, добыванія пищи, леченія, изготовленія оружія, обработки земли и т. п. составляли первоначально результатъ многочисленныхъ наблюденій ⁴⁾. И въ настоящее время многія правила устанавливаются такимъ именно путемъ. Художникъ рядомъ опытовъ добивается способа составленія извѣстной краски, отличающейся особенной яркостью или прочностью. Врачъ, наблюдая многочисленные случаи дѣйствія даннаго лѣкарства на опредѣленную болѣзнь, постепенно добивается установленія дозы, въ которой оно лучше всего дѣйствуетъ. Развитіе наукъ, познаніе силъ природы, сравненіе и систематизація этихъ выработанныхъ самою жизнью правилъ, отодвигаютъ этотъ медленный способъ установленія нормъ, и на первый планъ выступаютъ правила, выводимыя теоретически на основаніи научныхъ данныхъ и только провѣряемыя эмпирически. Такова раціональная медицина, такова механика, архитектура, агрономія, таковою стремится стать педагогика. Превосходство второго способа установленія нормъ передъ первымъ едва ли нуждается въ доказываніи. Оно блестяще подтверждается всей культурой новаго времени. Слѣдуетъ только замѣтить, что нормы, выработанныя самою жизнью въ продолженіе долгаго времени, пускаютъ такіе глубокіе корни въ общественное сознаніе, на какіе не могутъ рассчитывать нормы, установленныя не эмпирически.

Нормы, указывающія цѣлесообразное поведеніе, приспособленное къ достиженію тѣхъ или иныхъ жизненныхъ цѣлей человѣка, называются техническими нормами.

⁴⁾ Бэ и ч, *Психологія*, т. II, стр. 324.

ГЛАВА III.

Общество.

§ 11.

Понятіе объ обществѣ.

Литература. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887; Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 589—630; Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, рус. пер. 1907, т. I, стр. 83—120; Rümelin, *Ueber den Begriff der Gesellschaft und einer Gesellschaftslehre* (Reden und Aufsätze, т. III); Gothein, слово *Gesellschaft* въ *Handw. d. Staatswiss.*, т. IV. Kistiakowsky, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899; R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, т. I, 1903, стр. 11—43.

При всей спорности вопроса о томъ, что такое общество, одинъ моментъ въ его понятіи остается внѣ сомнѣнія: общество есть совокупность индивидовъ. Нельзя быть въ обществѣ съ самимъ собою. Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что природа являетъ намъ общества различныхъ индивидовъ, но всегда зоологически однородныхъ. Лѣсъ, наполненный всевозможными видами животнаго міра, можетъ составить единое царство только въ сказкѣ¹⁾. При всей безспорности разсматриваемаго момента въ понятіи объ обществѣ, очевидна и вся его недостаточность для опредѣленія. Въ самомъ дѣлѣ, толпа на улицѣ, заполняющая ее въ оживленные торговые часы, никогда и никѣмъ не будетъ признана за общество. Правда, мы говоримъ, смотря на подгулявшую въ ресторанѣ компанію, — „веселое общество“, или приглядываясь къ

¹⁾ Между тѣмъ Спенсеръ, *Основанія социологіи*, т. II, стр. 510, не прочь включить въ составъ общественнаго организма также животныхъ и растенія, населяющія занимаемую обществомъ поверхность. Въ томъ же направленіи Schöffle, *Von und Leben des socialen Körpers*, т. I, изд. 2, стр. 13.

наполнившей концертный залъ публикѣ,—„блестящее общество“, но для насъ самихъ ясно, что мы не хотѣли сказать ничего болѣе, какъ то, что мы видимъ въ первомъ случаѣ нѣсколько весело настроенныхъ лицъ, сидящихъ за однимъ столомъ, а во второмъ случаѣ, что мы имѣемъ передъ собой много роскошно одѣтыхъ дамъ и видныхъ лицъ. Совокупность есть необходимое, но не исчерпывающее условіе; это только одинъ изъ моментовъ въ понятіи объ обществѣ.

Что же придаетъ совокупности индивидовъ характеръ общества? Въ поискахъ связующаго начала, особенно часто выдвигаютъ общій интересъ, какъ моментъ, превращающій совокупность индивидовъ въ общество. Дѣйствительно, общество непременно предполагаетъ наличность общаго интереса у своихъ членовъ, все равно, будетъ ли это интересъ экономическій, или политическій, религіозный, научный, художественный. Но достаточна ли общность интереса, какъ признакъ? Опредѣляетъ ли этотъ моментъ самъ по себѣ понятіе объ обществѣ? Передъ нами зрительный залъ театра, наполненный публикою, при чемъ у всѣхъ одинъ и тотъ же интересъ получить эстетическое впечатлѣніе отъ пьесы; аудиторія, собравшаяся выслушать публичную лекцію, при чемъ у каждаго слушателя тотъ же интересъ пріобрѣсти новыя свѣдѣнія; митинговое собраніе избирателей, которые охвачены общимъ интересомъ провести въ парламентъ партійнаго кандидата. Ни въ одномъ изъ приведенныхъ случаевъ никто не признаетъ общества. На лицо совокупность индивидовъ, на лицо общность интересовъ,—но все же общества нѣтъ. Эта общность ничто иное, какъ логическая абстракція, произведенная наблюдателемъ, но сами индивиды остаются изолированными, безъ всякаго взаимодѣйствія на почвѣ сознанной общности. Такая общность интереса можетъ быть признана исчерпывающимъ моментомъ для понятія объ общественномъ классѣ, но не о самомъ обществѣ.

Если однако этотъ моментъ оказывается недостаточнымъ, то тѣмъ не менѣе онъ является необходимымъ признакомъ въ понятія объ обществѣ. Безъ общихъ интересовъ общество немыслимо. И этому нисколько не противорѣчитъ то обстоятельство, что въ одномъ и томъ же обществѣ могутъ оказаться интересы, не только

не сходные, но даже борющіеся другъ съ другомъ. Всякій чело-вѣкъ, какъ личность, имѣетъ свои личные интересы, и какъ бы ни приспособлялся онъ къ общественной средѣ, но индивидуальность его никогда окончательно не сотрется. Поэтому, съ понятіемъ объ обществѣ, построенномъ на общности интереса, вполнѣ примиряется возможность противорѣчивыхъ интересовъ на ряду съ наличностью общихъ. Вопросъ только въ томъ, которые изъ этихъ интересовъ берутъ верхъ. Сплоченность общества зависитъ отъ преобладанія общихъ интересовъ надъ противоположными. Преобладаніе сталкивающихся интересовъ надъ общими должно повести къ разрушенію общества.

Предшествующее изложеніе показало, что общность интереса должна быть направлена не только на предметъ внѣшній, но и на внутренній. Совокупность лицъ должна быть заинтересована вся не только въ чемъ то, лежащемъ внѣ ея, напр., въ спектаклѣ, лекціи, но и должна сознавать, что эта цѣль достижима только при совмѣстномъ стремленіи къ ней. Другими словами у совокупности людей долженъ быть интересъ другъ въ другѣ, какъ возможности осуществленія интереса, присущаго каждому. Отсюда обнаруживается новый существенный моментъ въ понятіи объ обществѣ, — это сотрудничество. Подъ этимъ именемъ понимается достиженіе совмѣстными усилиями цѣли, недостижимой вовсе или мало достижимой единичными силами.

Сотрудничество, необходимое для понятія объ обществѣ, не можетъ быть ни случайнымъ, ни временнымъ; оно должно быть постояннымъ. Случайное сотрудничество мыслимо тогда, когда нѣсколько лицъ, стремясь одновременно къ осуществленію одного и того же интереса, оказываютъ помимо своего намѣренія, помощь другъ другу. Напр., послѣ снѣжнаго заноса рядъ возовъ пробиваетъ дорогу изъ деревни къ городу. Временное сотрудничество имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ совокупность лицъ намѣренно соединяется въ достиженіи цѣли, имѣющей переходящее значеніе. Напр., молодежь, желая придать похоронамъ торжественность и порядокъ, устраиваетъ живую цѣпь; прибрежные крестьяне соединяются, чтобы разгрузить затонувшій на рѣкѣ пароходъ. Постоянное сотрудничество предполагаетъ наличность дѣйствующаго интереса, т.-е. сознанія у всей совокупности индивидовъ, что у

нихъ есть какая то общая потребность, не исчерпываемая какимъ-нибудь опредѣленнымъ дѣйствіемъ. Нельзя однако отрицать, что постоянное сотрудничество вырабатывалось медленно, незамѣтными переходами изъ временнаго.

Сотрудничество немисливо безъ того, чтобы дѣйствія отдѣльныхъ членовъ совокупности не были между собою согласованы по какимъ-нибудь правиламъ. Цѣлесообразность требуетъ сочетанія въ дѣятельности сотрудничающихъ индивидовъ. Правила сочетанія не могутъ идти отъ каждаго индивида, а должны быть даны ему извнѣ. Гдѣ есть сотрудничество, тамъ должно быть нормированіе дѣятельности. Сочетаніе дѣйствій многихъ лицъ по правиламъ составляетъ организацію дѣятельности ихъ. Если даже не считать организацію за признакъ, обусловливающей понятіе объ обществѣ, то на него слѣдуетъ смотрѣть какъ на признакъ необходимо сопутствующій. Гдѣ есть общество, непременно есть и нѣкоторая организація, т.-е. какія-нибудь правила, опредѣляющія отношеніе между индивидами въ дѣлѣ сотрудничества.

Соединяя всѣ разсмотрѣнные признаки, мы находимъ, что понятіе объ обществѣ предполагаетъ слѣдующіе моменты: а) совокупность индивидовъ, б), общій интересъ, с) сотрудничество, д) организацію. Нѣкоторые выдвигаютъ еще моментъ сожительства, предполагая организованное сотрудничество совокупности лицъ объединенныхъ не только общимъ интересомъ, но и пространствомъ своей дѣятельности ²⁾. Но существованность этого момента для характеристики понятія признать трудно. Это моментъ обычный, но не необходимый. Такъ напр., акціонерное общество представляетъ совокупность лицъ, часто разъединенныхъ пространственно. Таковъ орденъ іезуитовъ, или любое международное ученое общество. Съ другой стороны жильцы одного дома, пространственно объединенные стѣнами его, не составляютъ между собою общества.

Данное опредѣленіе объ обществѣ не стоитъ ни въ какой связи съ понятіемъ о государствѣ. Въ предѣлахъ одного и того же государства можетъ умѣститься не мало различныхъ об-

²⁾ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 594; Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, ч. 1, стр. 89; Posa da, *Theories modernes sur les origines de la famille*, 1896, стр. 18.

ществъ, и въ то же время многія общества могутъ выйти за предѣлы различныхъ государствъ, совершенно не стѣснясь таможенными границами³⁾. Это нисколько не ослабляетъ значенія того обстоятельства, что совокупность лицъ, объединенныхъ одною государственною властью, приобретаетъ благодаря тому новый общій интересъ, объединяется на почвѣ новаго сотрудничества, и образуетъ общество, совпадающее пространственно съ государствомъ, но не сливающееся съ нимъ въ существѣ, и не препятствующее тому, чтобы составляющіе его индивиды принадлежали одновременно къ другимъ общественнымъ соединеніямъ.

Обратимся отъ даннаго опредѣленія къ нѣкоторымъ другимъ опредѣленіямъ понятія объ обществѣ.

Съ точки зрѣнія Гиддинса, общество есть сознание рода⁴⁾. Общество создается не фактомъ физическаго сближенія извѣстной совокупности единицъ, а пріобрѣтеніемъ каждою единицею сознания сходства и психической близости къ другимъ единицамъ. Пока этого сознания нѣтъ,—нѣтъ еще и общества. Очевидно, Гиддинсъ отбрасываетъ сознание общности потребностей и сознание возможности ихъ удовлетворенія путемъ сотрудничества. Рѣшающимъ для него моментомъ является сознание принадлежности къ общему роду и вызванное этимъ сознаніемъ чувство симпатіи. „Я понимаю подъ этимъ, говоритъ Гиддинсъ, такое состояніе сознания, въ которомъ всякое существо, на какой бы жизненной ступени оно ни стояло, готово признать любое такое же разумное существо одного съ нимъ рода“. Но съ такимъ опредѣленіемъ Гиддинса невозможно согласиться. Возможному, но случайному моменту онъ стремится придать значеніе необходимаго. Конечно, общество тѣмъ сильнѣе, чѣмъ болѣе оно связано чувствомъ симпатіи между образующими его единицами. Но нельзя утверждать, что общества нѣтъ тамъ, гдѣ это сознание слабо или даже вовсе отсутствуетъ. Выдвигаемый Гиддинсомъ моментъ существенъ для понятія о національности, но не объ обществѣ. Национальность есть дѣйствительно чисто психическій фактъ,

³⁾ Съ этимъ не согласуется ничѣмъ не мотивированное утвержденіе Е л л и н е к а, *Общее ученіе о государствѣ*, русск. пер. 1908, стр. 69, будто „никакая общественная группа не можетъ быть мысляма вне государства“.

⁴⁾ Г и д д и н с ъ, *Основанія социологіи*, 1898.

выражающийся въ чувствѣ взаимнаго притяженія, основанномъ на сознаниі сходства, которое въ свою очередь обусловливается общностью исторической судьбы. Но національность можетъ быть и внѣ общества. Евреи, разсѣянные по всему міру, несомнѣнно одарены сознаниемъ рода, но сами по себѣ они общества не составляютъ ⁵⁾.

По опредѣленію Тарда общество есть совокупность индивидовъ, готовыхъ подражать другъ другу или сходныхъ другъ съ другомъ, насколько общія имъ черты составляютъ старинныя копии одного и того же образца ⁶⁾. Всѣ общественныя явленія обязаны своимъ возникновеніемъ взаимодѣйствию открытій и подражаній, а потому „общество,—это подражаніе“. Нельзя, конечно, отрицать въ высшей степени важнаго значенія, какое имѣетъ установленный Тардомъ законъ подражанія. Но не подлежитъ также сомнѣнію и преувеличеніе, допущенное Тардомъ, который пытается этимъ закономъ объяснить всю общественную дѣйствительность. Если даже признать законы подражанія во всемъ ихъ объемѣ, на которомъ настаиваетъ Тардъ, все же это только законы, объясняющіе процессъ, происходящій въ обществѣ, но не сущность общества. Подражаніе—это то, что происходитъ въ обществѣ, но не то, что такое общество. Съ точки зрѣнія самого Тарда, подражаніе составляетъ лишь проявленіе въ общественной средѣ того общаго мірового закона повторенія, которое въ неорганической средѣ выражается волнами колебательныхъ движеній, въ органической средѣ наслѣдственною передачею. Что же это за среда, въ которой законъ повторенія преломляется въ видѣ закона подражанія? Иначе, что такое общество? Это понятіе, несмотря на рѣшительное утвержденіе Тарда, остается имъ не опредѣленнымъ.

„Понятіе объ обществѣ, говоритъ Зиммель, имѣетъ два значенія, которыя съ научной стороны должны быть строго различаемы. Во-первыхъ, это есть совокупность обобществившихся индивидовъ, общественно оформленный человѣческій матеріалъ

⁵⁾ René Worms, *Organisme et société*, 1896, стр. 31, присваиваетъ имя общества только національнымъ соединеніямъ людей,—точка зрѣнія, подсказанная французскимъ происхожденіемъ автора.

⁶⁾ Tarde, *Les lois de l'imitation*, 5 изд. 1906, стр. 73 и 95 (въ русск. пер. стр. 68 и 89).

въ исторической дѣйствительности. Во-вторыхъ, общество есть сумма тѣхъ формъ отношеній, благодаря которымъ изъ индивидовъ образуется общество въ первомъ смыслѣ“ 7). Зиммель вноситъ въ первое значеніе признакъ второго, а второе опредѣляетъ признакомъ перваго. Но Зиммель даетъ еще опредѣленіе понятія объ обществѣ, которое по его мнѣнію, по своей широтѣ устраняетъ всякіе споры. „Общество имѣется на лицо тамъ, гдѣ нѣсколько индивидовъ вступаютъ во взаимодѣйствіе“ 8). Напрасно, однако, думаетъ Зиммель, что большая общность опредѣленія спасаетъ отъ опасностей, связанныхъ съ опредѣленіемъ. Легко изъ чрезмѣрной общности впасть въ полную неопредѣленность. Ставъ на точку зрѣнія опредѣленія, даннаго Зиммелемъ, придется признать общество всюду, гдѣ есть нѣсколько людей, потому что невозможно, чтобы между ними не было взаимодѣйствія, хотя бы въ томъ, что они смотрятъ другъ на друга, говорятъ другъ съ другомъ. И дѣйствительно, онъ готовъ признать обществомъ обѣдающихъ за табльдотомъ. Если для опредѣленія понятія объ обществѣ одного взаимодѣйствія мало, то, съ другой стороны, и не всякое взаимодѣйствіе достаточно. Зиммель самъ предвидѣлъ, что согласно его опредѣленію слѣдуетъ признать обществомъ и два воюющихъ государства, такъ какъ между ними существуетъ несомнѣнное взаимодѣйствіе 9), но устранить этого возраженія ему не удалось. Зиммелю хотѣлось бы въ обществѣ точно различать содержаніе общественной жизни отъ ея формы. Но едва ли можно понять форму общественныхъ отношеній внѣ ихъ содержанія, если не выдвигать нормъ, опредѣляющихъ порядокъ отношеній, чего Зиммель не желаетъ.

Самое представленіе объ обществѣ сложилось сравнительно недавно. У грековъ общество сливалось съ государствомъ, или лучше сказать, общество растворялось въ государствѣ. Причиной тому, что греки изъ-за государства не видѣли общества, заключалось въ незначительномъ размѣрѣ греческихъ государствъ-городовъ, при которомъ политическая связь, охватывав-

7) Simmel, *Sociologie*, 1908, стр. 10.

8) Simmel, *Sociologie*, стр. 5.

9) Зиммель, *Соціальная дифференціація*, 1909, стр. 21.

шая гражданина со всѣхъ сторонъ, не давала простора для особыхъ общественныхъ связей. Въ средніе вѣка рядомъ съ государствомъ, слабо выраженнымъ въ дѣйствительности, становится церковь, какъ общество вѣрующихъ. Но это сопоставленіе церкви съ государствомъ не могло способствовать созданію представленія объ обществѣ, потому что сама церковь боролась за свѣтскую власть и стремилась не отличаться отъ государства, а уподобиться ему. Въ XVII и XVIII вѣкахъ выдвинулась школа естественнаго права, которая занимается вопросомъ, какимъ образомъ по соглашенію обособленныхъ людей создается совмѣстное ихъ существованіе, все равно будетъ ли то называться государствомъ или обществомъ. Только на почвѣ смѣшенія общества съ государствомъ могло появиться утвержденіе Гоббса, что понятіе о томъ, что добро и зло, создается лишь государствомъ,—мнѣніе невѣрное и опасное, тогда какъ въ немъ скрыта правильная мысль о социальномъ характерѣ нравственныхъ понятій. Ж. Ж. Руссо даетъ своему знаменитому сочиненію заглавіе „Объ общественномъ договорѣ“, тогда какъ на самомъ дѣлѣ въ немъ говорится о договорѣ, которымъ образовывалось государство ¹⁰⁾.

Представленіе объ обществѣ, отличное отъ представленія о государствѣ, создается въ XIX столѣтіи подъ вліяніемъ различныхъ теченій. Прежде всего политическая экономія, только что сложившаяся, выдвигаетъ общество, занятое хозяйственною дѣятельностью; въ противоположность государству, поглощенному управленіемъ. Это теоретическое противопоставленіе имѣло политическую подкладку,—обосновавъ самостоятельность общества отстранить вмѣшательство государства. Самъ Адамъ Смитъ рассматривалъ политическую экономію, какъ часть болѣе обширнаго ученія объ обществѣ въ цѣломъ. Съ другой стороны, въ господствующей философіи Гегель выдвигаетъ идею гражданскаго общества, необходимую ему, какъ антитезисъ семьи, чтобы округлить синтезъ въ государствѣ. Въ государствовѣдѣніи пред-

¹⁰⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 62—63, оспариваетъ мнѣніе Р. фонъ-Моля, будто Руссо понятіе объ обществѣ осталось совершенно чуждымъ и старается доказать, что именно Руссо первый противопоставилъ государство и общество. Но доказательства, приводимыя Еллинекомъ, крайне натянуты.

ставленіе объ обществѣ, отличномъ отъ государства, развиваютъ Р. фонъ-Моль и Л. фонъ-Штейнъ. Первый рассматривалъ общество, какъ ту жизненную среду, въ которой вращаются интересы отдѣльныхъ лицъ и которая поэтому нуждается въ государствѣ, какъ примирителѣ и объединителѣ. Второй изъ нихъ, испытавшій на себѣ сильное вліяніе французскаго социализма, далъ представленіе объ обществѣ, раздѣленномъ на классы, которые находятся въ постоянной борьбѣ за государственное господство.

Наконецъ, социологія, это новообразование XIX вѣка, сдѣлавшая новое представленіе объ обществѣ предметомъ своего спеціального изученія, вскрыла подъ государственнымъ наслоеніемъ общественный пластъ и тѣмъ окончательно утвердила самостоятельность понятія объ обществѣ и его независимость отъ понятія о государствѣ.

Остается выяснить, представляетъ ли общество явленіе спеціально человѣческой жизни, или же человѣческое общество слѣдуетъ признать только видомъ общежитія живыхъ существъ? Допустимо ли сопоставленіе человѣческаго общества съ животными обществами, возможны ли здѣсь заключенія по аналогіи?

Нѣкоторые рѣшительно протестуютъ противъ такого приема. По мнѣнію Уорда рѣзкое различіе между человѣкомъ и животнымъ выражается въ слѣдующей формулѣ: животное приспособляется къ средѣ, тогда какъ человѣкъ приспособляетъ среду¹¹⁾. Но спрашивается, что же дѣлаетъ боберъ, когда онъ собираетъ, ломаетъ, перегрызаетъ сучки и складываетъ домики; что дѣлаютъ пчелы, когда извлекаютъ изъ цвѣтовъ медъ и превращаютъ его въ соты? Развѣ это не приспособленіе среды? Если рассматривать вопросъ со стороны степени способности къ приспособленію, то далеко ли ушли дикари отъ животныхъ въ умѣніи приспособлять природу къ своимъ потребностямъ?

Не допускаетъ и Штаммлеръ сопоставленія между соціальною жизнью человѣка и животныхъ. Съ его точки зрѣнія характернымъ моментомъ въ понятіи объ обществѣ является внѣшнее регулированіе, подчиненіе сожителствующимъ людямъ внѣшнимъ правиламъ. Этотъ моментъ, по его мнѣнію, отсутствуетъ въ со-

¹¹⁾ Ward, *Sociologie pure*, франц. пер. 1906, т. I, стр. 17.

жительствѣ животныхъ ¹²⁾. На чемъ основано его утверждение? Чтобы въ союзахъ животныхъ могли устанавливаться правила, объ этомъ, говоритъ Штаммлеръ, намъ рѣшительно ничего неизвѣстно, тутъ рѣшаетъ наше личное мнѣніе, которое имѣетъ столько же основанія, сколько и мнѣніе объ обитаемости планетъ. Но Штаммлеръ не только говоритъ, что намъ неизвѣстно, имѣются ли у животныхъ такія правила,—онъ утверждаетъ, что этихъ правилъ нѣтъ, а это противорѣчитъ его познавательному положенію. Онъ утверждаетъ, что животнымъ, находящимся въ сожительствѣ, чужды конфликты воли, но такое утверждение основывается на предполагаемомъ противорѣчій между социальными правилами и индивидуальными побужденіями. Наконецъ, ссылка на то, что человѣкъ руководится въ своихъ отношеніяхъ къ другимъ людямъ разумомъ, тогда какъ животныя въ сношеніяхъ между собою пользуются только инстинктомъ, строится на предположеніи рѣзкой пропасти между человѣкомъ и животнымъ, которая подсказывается старымъ антропоцентрическимъ міровоззрѣніемъ ¹³⁾.

Если современная общественная жизнь людей оставила далеко за собою все то, что представляетъ сожительство животныхъ, то не слѣдуетъ забывать, что это лишь результатъ долгаго развитія изъ такихъ зачаточныхъ формъ, которыя ничѣмъ не отличаются отъ животнаго общежитія. И такое сопоставленіе не только не унижаетъ достоинства человѣка, но можетъ служить предметомъ его гордости.

§ 12.

Механическое представленіе объ обществѣ.

Литература: Fouillée, *La science sociale contemporaine*, рус. пер. 1895, стр. 1—55; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 35.

Мы рассмотримъ различныя точки зрѣнія, съ которыхъ складывались представленія о сущности общества. Ихъ можно раз-

¹²⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, рус. пер. 1907, т. I, ст. 95—103.

¹³⁾ О социальной жизни животныхъ см. Espinas, *Sociétés animales*, руск. пер. Peggier, *Colonies animales*.

дѣлится на механическое, органическое, биологическое, матеріалистическое и психологическое представленія объ обществѣ.

Съ точки зрѣнія механической общество представляется, какъ искусственное произведеніе сознательной воли людей, согласившихся соединиться ради лучшаго обезпеченія свободы и порядка. Общество—это большой и сложный механизмъ, произвольно сложенный, а потому способный по усмотрѣнію быть разложеннымъ на свои составныя части. Общество изобрѣтено людьми, потому что они до этого додумались и потому, что захотѣлось осуществить свою мысль. Такое представленіе объ обществѣ предполагаетъ, какъ условіе, представленіе о человѣкѣ въ обществѣ: человѣкъ до общества, исторически и логически. Механическое представленіе ставитъ личную свободу и обезпеченность какъ цѣль, общественный договоръ, какъ средство, гражданское товарищество (*societas*), какъ образецъ, сознательную волю, какъ основаніе. Говоря объ обществѣ, разсматриваемое направленіе имѣетъ въ виду не всякую общественную форму, а только то общество, которое лежитъ въ основаніи государства, которое совпадаетъ съ населеніемъ страны.

Такой взглядъ не чуждъ былъ классической древности и среднимъ вѣкамъ, но особеннаго развитія и распространенія онъ достигъ въ XVII и XVIII столѣтіяхъ, въ ученіи школы естественнаго права. Для такого воззрѣнія чрезвычайно благоприятно сложились обстоятельства какъ разъ къ этому времени. Успѣхи механики и физики создали въ лицѣ Ньютона и Бойля механическое міровоззрѣніе, по которому міровое цѣлое не что иное какъ большой двигающійся по строгимъ законамъ механизмъ, и которое все въ мірѣ объясняло по механическимъ законамъ атомовъ ¹⁾. Торжество раціонализма не могло не внушить идею возможности построенія обществъ по тѣмъ же механическимъ законамъ, силою изобрѣтающаго разума и творящей воли. Задача еще облегчалась смѣшеніемъ общества съ государствомъ и вытекающимъ отсюда предположеніемъ, что все, что относится къ государству, относится и къ обществу. Механическое представленіе господствовало до XIX вѣка, когда оно встрѣтилось съ

¹⁾ Ланге, *Исторія матеріализма*, т. I, рус. пер. 1881, стр. 238—239.

историзмомъ, подорвавшимъ вѣру въ соотвѣтствіе его исторической дѣйствительности. Соціологія довершила ударъ механической точкѣ зрѣнія, и въ настоящее время принято считать ее окончательно ниспровергнутой. Однако едва ли это такъ. Не говоря уже о такомъ философѣ, какъ Фуллье, который взялъ на себя защиту механическаго представленія ²⁾, оно возрождается въ ученіяхъ анархистовъ и, по недоразумѣнію, нѣкоторыхъ социалистовъ, которые, уничтожая на будущее время государство и право, представляютъ себѣ общественную жизнь въ видѣ сознательныхъ и совершенно произвольныхъ договорныхъ соединеній.

Разсматривая критически механическое представленіе, мы ограничимся здѣсь взглядами, выраженными въ эпоху его расцвѣта.

Механическому представленію объ обществѣ ставили всегда въ упрекъ его историческую несостоятельность. Договора, которыми бы люди согласились перейти изъ естественнаго состоянія въ общественное, никогда не было. Исторія не дастъ намъ ни одного примѣра договорнаго образованія обществъ. Ссылка на историческіе факты, въ родѣ созданія Германской имперіи 1870 года, въ которомъ участвовали правительства, а не отдѣльные граждане, неубѣдительна, потому что эти образованія не соотвѣтствуютъ тѣмъ изображеніямъ, какія предлагали писатели XVII и XVIII вѣковъ, рисуя картины народненія общественной жизни. Общественнаго договора не только никогда не было, но и не могло быть, потому что самая идея договора предполагаетъ существованіе государства, создавшаго ее и охраняющаго ненарушимость договоровъ. Общество не могло образоваться въ силу договора, потому что договоръ держится только силою общества. Юридическая несостоятельность механическаго представленія обнаруживается въ томъ, что общественный договоръ связывается съ обоснованіемъ (Локкъ) или подавленіемъ (Гоббсъ) естественныхъ правъ, принадлежавшихъ человѣку до вступленія его въ общество. Право есть само явленіе общественное, а

²⁾ Pouillée, *La science sociale contemporaine*, 3 изд.; рус. пер. *Современная наука объ обществѣ*, 1895.

потому оно могло явиться результатомъ общественнаго договора, а не предшествовать ему. Наконецъ психологическая несостоятельность механическаго представленія заключается въ томъ, что оно предполагаетъ изолированнаго человѣка въ естественномъ состояніи совершенно такимъ, какимъ даетъ его современная жизнь, забывая, что психика человѣка сама есть продуктъ общественной жизни.

Таковы упреки, посылаемые по адресу механическаго представленія объ обществѣ. Такъ ли всѣ они неотразимы, какъ это принято считать?

Совершенно основательно указаніе, что въ естественномъ состояніи не могло быть правъ, съ которыми человѣкъ вступалъ бы въ общество, потому что, если право есть явленіе социальное, то оно можетъ возникнуть только въ обществѣ, а не внѣ общества. Однако ученіе о естественныхъ правахъ не составляетъ сущности механическаго представленія. Правда, естественныя права явились въ XVII и XVIII вѣкахъ основнымъ политическимъ мотивомъ къ созданію механической теоріи, все равно, выдвигались ли они въ качествѣ гарантіи противъ деспотизма или какъ правомѣрное обоснованіе того же деспотизма. Но если отрѣшиться отъ исторической перспективы и на мѣсто правъ подставить интересы,—механическое представленіе мало измѣнится. Нельзя также не признать правильности замѣчанія насчетъ психологической несостоятельности разсматриваемой теоріи. До общества могъ существовать только дикій человѣкъ, а естественнаго человѣка изображали одареннымъ всѣми способностями, всѣмъ разумѣніемъ культурнаго человѣка. Естественный человѣкъ не могъ представлять себѣ ясно всѣхъ выгодъ общественной жизни, а потому не могъ сознательно стремиться къ созданію общества путемъ договора.

Едва ли однако можно признать справедливымъ упрекъ, будто механическое представленіе совершенно расходится съ историческою дѣйствительностью. Стоитъ обратить вниманіе на современную общественную жизнь дикарей, стоящихъ на низшей ступени культуры, чтобы признать связь между ними чисто механической. Группы австралійцевъ въ нѣсколько десятковъ людей собираются подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ причинъ, и также

легко рассыпаются подобно кучѣ песку, причемъ составные ея элементы идутъ врозь на образование новыхъ группъ. Исторически не подлежитъ сомнѣнію, что роды, которые испытывали давленіе извнѣ, сплачивались для совмѣстнаго отпора ³⁾. Это соединеніе изъ чувства самосохраненія, сопровождаемое согласіемъ подчиниться военной власти избраннаго вождя,—развѣ это не общественный договоръ? Ошибка защитниковъ механическаго представленія заключалась въ томъ, что они думали, будто общества возникли только договорнымъ путемъ, тогда какъ завоеваніе играетъ еще ббольшую роль въ образованіи обществъ; будто договорное основаніе лежитъ въ основаніи современныхъ обществъ, тогда какъ договорнымъ путемъ могли возникать только общественные зародыши, изъ которыхъ въ дальнѣйшемъ, силою сложнаго историческаго процесса, создались современныя общества; будто договорное происхожденіе зародышей способно открыть свободную возможность дѣленія и сложенія обществъ, получившихъ историческую сплоченность, другими словами возможность кроить современныя общества по своему вкусу.

Въ оправданіе механическаго представленія слѣдуетъ замѣтить, что сторонники его рѣдко становились на точку зрѣнія исторической дѣйствительности. Общественный договоръ для нихъ только методологическій приемъ. Для нихъ не важно, было ли такъ въ исторіи или нѣтъ, для нихъ важно доказать, какой видъ должно принять общество, если предположить, что въ основаніи его лежитъ договоръ, обусловленный согласіемъ всѣхъ, безъ чего никто не можетъ считать себя связаннымъ общественными узамн.

Несправедливо указаніе, будто въ основаніи общества не можетъ лежать договоръ, такъ какъ онъ уже предполагаетъ государственную организацію. Дѣйствительно, договоръ, какъ правовое явленіе, опирающееся на организованную защиту, немислимъ внѣ государства. Но договоръ не только правовой институтъ. Обмѣнъ товарами, производимый при такъ называемой нѣмой торговлѣ, совершается внѣ государственной гарантіи и держится только сознаниемъ своего интереса съ каждой стороны. Договоры международные также не могутъ быть признаны пра-

³⁾ Т а й л о р ъ, *Антропология*, стр. 427.

вовыми, но сила ихъ обезпечивается политическимъ расчетомъ участниковъ и давленіемъ неучаствовавшихъ государствъ, которыя заинтересованы въ соблюденіи договора.

Механическое представленіе слѣдуетъ понять и оправдать главнымъ образомъ съ точки зрѣнія историческаго момента. Своимъ появленіемъ эта теорія расчистила путь для научной мысли, устранивъ съ ея дороги историческія препятствія. Ее нужно оцѣнить, какъ протестъ противъ неприкосновенности историческихъ предразсудковъ. Человѣкъ не захотѣлъ мириться съ общественнымъ укладомъ, который онъ нашелъ при своемъ рожденіи, случайномъ по времени и мѣсту, и поставилъ себѣ задачей создать его такъ, какъ ему подсказывали интересы и разумъ. Это есть требованіе внести сознательность туда, гдѣ до сихъ поръ царила воля Провидѣнія и сила традиціи, и это требованіе находитъ себѣ оправданіе въ наблюденіи, что въ общественномъ устройствѣ инстинктъ все болѣе отступаетъ передъ сознательностью.

§ 13.

Органическое представленіе объ обществѣ.

Литература: Спенсеръ, *Основанія социологіи*, т. II, ч. 2, русск. пер. 1877, стр. 497—654; Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers*, 2 изд. 1896, т. I, стр. 1—265; Hartwig, *Die Lehre vom Organismus und ihre Beziehung zur Socialwissenschaft*, 1899; R. Worms, *Organisme et Société*, 1896; Карѣевъ, *Введеніе въ социологію*, 2 изд. 1907, стр. 51—74; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 36; Михайловскій, *Аналогическій методъ въ общественной наукѣ* (Сочиненія, изд. 1906, т. I); Хвостовъ, *Соціальный организмъ* (Вопр. Фил. и Псих. 1909, № 100). Фулье, *Современная наука объ обществѣ*, 1895, стр. 75—150.

Органическое представленіе объ обществѣ состоитъ въ приравненіи общества организму. Общество представляется какъ организмъ и потому сущность общества выясняется изъ строенія и функций организма. Если общество есть организмъ, то все, что вѣрно въ отношеніи организма, также вѣрно и въ отношеніи общества. Все неясное въ строеніи и дѣятельности общества можетъ быть объяснено по аналогіи съ анатоміей и фізіологіей. И чѣмъ

дальше пойдутъ успѣхи биологій, тѣмъ больше выиграетъ наука объ обществѣ.

Въ чемъ же обнаруживается сходство съ организмомъ? Общество, какъ и организмъ, растетъ, и этотъ ростъ выражается одинаково у обоихъ, какъ въ увеличеніи массы, такъ и въ уплотненіи. Съ увеличеніемъ размѣровъ общества, какъ и организма, происходитъ увеличеніе сложности строенія, сопровождаемое дифференціаціей въ функціяхъ. Раздѣленіе труда есть именно та особенность, какъ въ обществѣ, такъ и въ организмѣ, которая дѣлаетъ каждое изъ нихъ живымъ цѣлымъ. Въ обществѣ, какъ и въ организмѣ, между частями существуетъ такая тѣсная зависимость, при которой нарушеніе въ одной части отражается само собою на состояніи другихъ частей. Въ противоположность механизму и въ согласіи съ организмомъ, общество способно къ саморазвитію внутренними, присущими ему силами. Какъ и организмъ, общество подвержено болѣзнямъ и смерти. Не ограничиваясь общими указаніями, сторонники органическаго направленія, проводятъ сходство и въ подробностяхъ. Въ каждомъ организмѣ, достаточно развитомъ, имѣются три системы органовъ, выполняющихъ три главныхъ функціи: органы питанія, органы сношеній, органы кровообращенія; этимъ тремъ органамъ, поддерживающимъ жизнь, соотвѣтствуютъ промышленность, управленіе, торговля. Чѣмъ дальше ведется параллель, тѣмъ менѣе согласія между представителями органическаго направленія. Одни сравниваютъ мозгъ съ правительствомъ, кровеносные сосуды съ путями сообщенія, кровяные шарики съ деньгами; другіе уподобляютъ зубы крѣпостей, рвы и валы защитительнымъ тканямъ, какъ зубы, волосы, ногти, рога.

Сравненіе общества съ живымъ тѣломъ встрѣчаются уже въ древности. Платонъ въ своемъ „Государствѣ“ уподобляетъ общество, главнымъ образомъ съ житейской точки зрѣнія, громадному животному, именуемому Демосомъ. Въ Исторіи Рима извѣстно преданіе, будто М. Агриппа, сопоставленіемъ общественныхъ классовъ съ членами организма, такъ сильно повліялъ на плебеевъ, ушедшихъ въ недовольствѣ на патриціевъ изъ города, что тѣ вернулись. Въ XVII столѣтіи Гоббсъ призналъ государство библейскимъ чудищемъ Левіафаномъ. Но едва ли во всѣхъ

этихъ случаяхъ сравненія можно видѣть настоящую органическую идею. Въ частности относительно Гоббса приходится согласиться, что его Левіафанъ скорѣе механизмъ, чѣмъ организмъ. Органическое представленіе является продуктомъ XIX столѣтія. Оно создается раньше всего подъ вліяніемъ философіи Шеллинга и Краузе. Огюсть Контъ установилъ непосредственную связь между біологіей и соціологіей и даже бросилъ нѣсколько сравненій общества съ организмомъ. Главная заслуга научнаго развитія органическаго представленія принадлежитъ несомнѣнно Герберту Спенсеру ¹⁾. Идея Спенсера встрѣтила сильныя возраженія, но нашла и не мало послѣдователей. Среди послѣднихъ выдавались Шефлэ, который, въ отличіе отъ Спенсера, призналъ клѣткой не индивида, а семью ²⁾, и Лиліенфельдъ ³⁾. Въ настоящее время нѣкоторые считаютъ это представленіе окончательно опровергнутымъ и подавленнымъ, тогда какъ другіе, напротивъ, видятъ въ немъ господствующее направленіе. На самомъ дѣлѣ оно крѣпко держится во Франціи, гдѣ имѣетъ видныхъ сторонниковъ въ лицѣ Ренэ Вормса, Фулье, Изулэ, Піюже ⁴⁾, и находитъ себѣ поддержку въ Германіи, въ философіи Вильгельма Вундта.

Обращаясь къ критикѣ органическаго представленія, мы должны отмѣтить, что главныя возраженія, чаще всего повторяющіяся, были добросовѣстно выдвинуты самимъ Спенсеромъ.

Прежде всего само собою напрашивается возраженіе методологическаго характера. Наука подвигается впередъ, объясняя еще неизвѣстное уже извѣстнымъ, и потому не можетъ быть сомнѣнія въ допустимости аналогіи. Если мы хорошо знаемъ,

¹⁾ Готейпъ, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, т. 4, 1909, стр. 689, обвиняетъ Спенсера за то, что тотъ, со свойственнымъ англичанамъ невѣжествомъ, вообразилъ, будто открылъ органическій методъ. Между тѣмъ самъ Спенсеръ указываетъ, что аналогія между обществомъ и организмомъ не однократно выдвигалась философами (*Основанія соціологіи*, рус. пер. 1877, т. II стр. 647). Невѣжество оказалось на нѣмецкой сторонѣ.

²⁾ Schöffle, *Bau und Leben des socialen Körpers*, 1875, 4 т., 2 изд. 1896, I и II т.

³⁾ Lilienfeld, *Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft*, 6 т. 1872.

⁴⁾ René Worms, *Organisme et société*, 1896; Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 3 изд. рус. пер. 1895; Isoulet, *La cité moderne*, 5 изд. 1898.

что такое организмъ, то подведеніемъ понятія объ обществѣ подъ понятіе объ организмѣ достигается значительный успѣхъ. Но знаемъ ли мы, что такое организмъ? Попытки опредѣлить жизнь, отличающую органической міръ отъ неорганическаго, едва ли можно признать удавшимися. Признаемъ ли мы жизнью способность приспособляться къ внѣшнимъ условіямъ или способность ассимиляціи воспринимаемыхъ предметовъ, мы должны сознаться, что стоимъ не на твердомъ знаніи, а на зыбкой почвѣ угадываній. Какъ разъ въ то время, когда обнаружилось стремленіе представить себѣ общество, какъ организмъ, стало обнаруживаться встрѣчное теченіе—представить себѣ организмъ какъ общество. Много ли достигается утвержденіемъ, что „всякій индивидъ есть общество, а всякое общество есть индивидъ?“ Всмотриваясь въ аналогію, развиваемую сторонниками органическаго представленія, мы замѣчаемъ, что рѣчь идетъ не столько о доказательствѣ того, что общество есть организмъ, сколько о томъ, въ чемъ общество, какъ и организмъ, отличаются отъ механизма. Однако изъ того, что двѣ величины не равны порознь третьей, еще не слѣдуетъ, что онѣ равны между собой. Остается открытымъ вопросъ, не составляетъ ли общество особый видъ бытія, столь же отличный отъ органическаго, какъ органическое отъ неорганическаго?

Но, допустимъ методологическую правильность органическаго представленія. Самое сравненіе общества съ организмомъ вызвало рядъ сомнѣній. Реаленъ только организмъ, а общество есть не болѣе, какъ отвлеченіе. Организму присуща конкретность, чуждая обществу,—„всѣ части животнаго образуютъ одно конкретное цѣлое, но части, составляющія общество, образуютъ такое цѣлое, которое должно считаться раздѣльнымъ, дискретнымъ, а не конкретнымъ“²⁾. Въ противоположность члену общества, способному мѣнять свои функціи, наприм., рабочий можетъ сдѣлаться солдатомъ, а потомъ швейцаромъ,—кѣтки организма не способны къ измѣненію функціональной дѣятельности. Индивидъ способенъ выдѣлиться изъ общества физически, не переставая сознавать себя членомъ этого общества. Если индивидъ

²⁾ Спенсеръ, *Основанія социологіи*, т. II, стр. 649 (§ 269).

можетъ жить внѣ своего общества, выходить и возвращаться, совершенно отдѣляясь и прирастать къ другому обществу, то клѣточки, отдѣленные отъ своего организма, теряютъ жизнеспособность. Въ организмѣ сознание концентрировано, въ обществѣ оно разсѣяно по всѣмъ составнымъ частямъ; сознание при- сущее каждому организму,—у общества, внѣ его членовъ, сознания нѣтъ. Отсюда рѣшающій выводъ, что въ организмѣ цѣлое есть цѣль, клѣтки лишь средство, въ обществѣ цѣлью служить каждый индивидъ, а цѣлое—только средство.

Не всѣ изъ приведенныхъ возраженій справедливы. Главное, нѣтъ увѣренности въ томъ, что клѣтки дѣйствительно лишены индивидуальнаго сознанія. Однако, пока наука не установила твердо сознательности клѣтокъ, образующихъ организмъ, мы должны въ этомъ видѣть существенное отличіе общества отъ организма, которое чрезвычайно ослабляетъ цѣнность сопоставленія общества и организма, съ цѣлью выясненія сущности перваго. Помимо того, нельзя не обратить вниманія на аморфность общества⁶⁾. Въ противоположность организму, имѣющему опредѣленные границы въ пространствѣ, общество можетъ не имѣть опредѣленныхъ очертаній. Составъ общества точно устанавливается только въ элементарныхъ соединеніяхъ, ограничивающихся какою-нибудь одной опредѣленной цѣлью. Въ сложныхъ обществахъ мы наблюдаемъ обычно расплывчатость границъ. Для каждаго индивида границы общества идутъ не далѣе того, какъ онъ чувствуетъ самъ свою связь съ обществомъ. Государственныя границы, сплочивая людей рядомъ интересовъ, въ то же время не мѣшаютъ переходить одному и тому же обществу за эти предѣлы и умѣщаться различнымъ обществамъ въ тѣхъ же предѣлахъ. Другими словами, общества не живутъ рядомъ другъ съ другомъ, какъ организмы, но они живутъ другъ въ другѣ полностью или частично, и не въ одномъ, а въ нѣсколькихъ разомъ.

Несмотря на недостатки органической теоріи, внушающей неправильное представленіе объ обществѣ, заслуги ея передъ наукой не подлежатъ сомнѣнію. Съ точки зрѣнія историческаго

⁶⁾ Спенсер, *Essays*, т. I, стр. 393.

момента органическое представление находить свое оправданіе въ противопоставленіи механическому, съ чѣмъ была связана идея искусственности общественной организаціи, пренебреженіе къ внутреннимъ силамъ общества, способнымъ оказывать противодѣйствіе произвольнымъ экспериментамъ. Органическое направленіе иногда понимается въ смыслѣ утвержденія внутренняго саморазвитія и, соотвѣтственно тому, отказа отъ личнаго воздѣйствія на строеніе и жизнь общества. Но такой выводъ не связанъ непременно съ органическимъ представленіемъ, хотя онъ и дѣлался видными его сторонниками. Органическое представленіе не исключаетъ воздѣйствія, оно требуетъ только учета процесса развитія, закона преемственности. Съ органической точки зрѣнія историческими силами надо пользоваться, но ими нельзя пренебрегать, какъ это внушалось механическимъ представленіемъ. Пониманіе органической связи, статической и динамической, предупреждаетъ ошибки соціальной политики, направленной къ искусственному подавленію назрѣвшихъ процессовъ и искусственному вызыванію еще не подготовленныхъ нарастаній. Въ этомъ положеніи, измѣнившемъ взглядъ на общество, несомнѣнная заслуга органической теоріи.

§ 14.

Біологическое представленіе объ обществѣ.

Литература: Vassaro, *Les bases sociologiques du droit et de l'état*, 1898; Ammon, *Les bases naturelles de l'ordre social*, 1900; Novikow, *La critique du darwinisme social*, 1910; Карѣевъ, *Введеніе въ социологію*, 2 изд. 1907, стр. 75—87; Михайловскій, *Теорія Дарвина и общественная наука* (Сочиненія, изд. 1906, т. I).

Признаніе общества организмомъ уже есть біологическое представленіе. Все же органическому представленію можно противопоставить особое біологическое. Органическое представленіе считаетъ возможнымъ примѣнить къ обществу біологическіе законы потому, что общество есть организмъ. Біологическое же представленіе признаетъ примѣнимость къ обществу біологическихъ законовъ потому, что общество, какъ и внѣшняя природа, является

тою средою, въ которой индивиды, какъ организмы, борются за свое существованіе.

Биологическое направленіе связано съ именемъ Дарвина, который въ половинѣ XIX столѣтія (1859 г.) выдвинулъ законы борьбы за существованіе и естественнаго отбора, какъ факторы биологической эволюціи. Сущность борьбы за существованіе выражается: а) въ уничтоженіи однимъ организмомъ другихъ для поддержанія своей жизни; б) въ вытѣсненіи соперниковъ, стремящихся къ той же цѣли при помощи тѣхъ же средствъ. Сущность естественнаго отбора состоитъ: а) въ выживаніи тѣхъ индивидовъ, которые наиболѣе приспособлены къ условіямъ этой борьбы; б) въ передачѣ обезпечивающихъ свойствъ потомству силою наслѣдственности; с) въ постепенномъ усовершенствованіи вида. Подъ дѣйствіемъ этихъ биологическихъ законовъ природа превращается въ арену постоянной борьбы, уносящей массы жертвъ, за счетъ которыхъ сохранили свое существованіе немногіе. Лишенія и смерть царятъ въ природѣ. Мысль объ этой всеобщей борьбѣ казалась самому Дарвину печальной, но утѣшеніе онъ находилъ въ мысли, что въ результатѣ этой борьбы наиболѣе сильныя, здоровыя и счастливыя индивиды переживаютъ остальныхъ и размножаются.

Дарвинъ произвелъ огромное впечатлѣніе не только на естествознаніе, но вообще на все міровоззрѣніе XIX вѣка, и потому неудивительно, что его идеи были перенесены въ социальный міръ, для котораго онѣ не предназначались. Доступу биологическихъ законовъ Дарвина въ представленіе объ обществѣ не могло не благопріятствовать то обстоятельство, что они сами сложились, по собственному признанію Дарвина, подъ вліяніемъ социальнаго закона Мальтуса, который указывалъ на то, что средства существованія развиваются медленнѣе, чѣмъ размножаются люди, откуда создается соперничество, неизбѣжно сопровождающееся гибелью многихъ людей.

Это было бы еще ничего, если бы идея, ставшая господствующею, получила только большее примѣненіе въ наукѣ, чѣмъ слѣдуетъ. Хуже то, что дарвинизмомъ стали пользоваться въ жизни для того, чтобы оправдать нѣкоторыя особенности существующаго общественнаго строя. Когда было указано на тѣ несправедливости,

какими сопровождается экономическая конкуренция, то защитники полной свободы экономических отношений и государственного невмешательства не в состоянии были отразить эти обвинения нравственными доводами. Но дарвинизм натолкнулъ ихъ на мысль воспользоваться закономъ борьбы за существованіе для оправданія экономическихъ преимуществъ буржуазіи. Борьба за существованіе, видомъ которой является свободная конкуренція, есть естественный законъ, противъ котораго человѣкъ безсиленъ и передъ которымъ приходится смириться даже тѣмъ, кто считаетъ своимъ долгомъ возставать противъ несправедливыхъ человѣческихъ законовъ. Съ такимъ же основаніемъ стремились использовать законъ естественнаго отбора для оправданія историческихъ привилегій аристократіи. Развѣ не имѣютъ права требовать преимуществъ тѣ, которые являются потомками, унаслѣдовавшими лучшія черты отъ прежнихъ побѣдителей въ жизненной борьбѣ? Дарвинизмъ какъ бы поддерживалъ милитарныя тенденціи. Въ письмѣ къ проф. Блюнчли фельдмаршалъ Мольтке развивалъ слѣдующія мысли: „Вѣчный миръ есть мечта и при томъ даже не прекрасная. Война есть одно изъ условій мірового порядка, установленнаго Богомъ. Въ ней развиваются самыя благородныя черты человѣка. Безъ войны, міръ загнилъ бы и погрязъ въ матеріализмѣ“.

Допустимо ли въ самомъ дѣлѣ, примѣненіе біологическихъ законовъ къ людямъ? Несомнѣнно, что человѣкъ есть одно изъ произведеній природы и потому онъ не можетъ не испытывать силы естественныхъ законовъ. Если бы человѣкъ жилъ въ естественномъ состояніи, изолированно, онъ всецѣло находился бы подъ дѣйствіемъ законовъ борьбы за существованіе и естественнаго отбора.

Но человѣкъ живетъ не изолированно, а въ сообществѣ. И самый фактъ соціальной жизни оказываетъ, съ силою закона, противодѣйствіе біологическимъ законамъ Дарвина. Общественная организація измѣняетъ естественныя условія существованія, и, насколько взаимныя отношенія людей организованы,—біологическіе законы не могутъ имѣть дѣйствія. Общественное сотрудничество создается съ цѣлью совмѣстной борьбы противъ природы, а не для облегченія соперничества внутри общества.

Съ другой стороны, естественный отборъ оказывалъ бы свое дѣйствіе на человѣка, если бы послѣдній въ своей борьбѣ противъ виѣшнихъ условій стоялъ на уровнѣ животныхъ, т.-е., если бы онъ выдерживалъ борьбу силами своего организма. Но человѣкъ выдѣлился изъ животнаго міра способностью дѣлать орудія и владѣть ими, а социальная организація обезпечила за каждымъ наслѣдованіе этихъ орудій. Съ этого момента наиболѣе приспособленнымъ въ борьбѣ съ природою оказывается тотъ, кто обладаетъ наибольшими и наилучшими орудіями самозащиты. вмѣстѣ съ тѣмъ, въ противоположность чисто биологическому результату естественнаго отбора въ мірѣ животныхъ, естественный отборъ между людьми не стоитъ въ необходимой связи съ здоровьемъ и умомъ отдѣльныхъ индивидовъ.

Если это такъ, и если общественная организація имѣетъ свою цѣлью устранить путемъ сотрудничества соперничество между людьми, то все же, и именно поэтому, слѣдуетъ признать вѣрнымъ, что биологическіе законы, вполне примѣнимые къ естественному, неорганизованному состоянію, сохраняютъ свое дѣйствіе въ отношеніи людей, насколько ихъ существованіе остается неорганизованнымъ ¹⁾.

Такая неорганизованность наблюдается сейчасъ во взаимныхъ отношеніяхъ тѣхъ обществъ, которыя являются намъ, какъ государства. Несомнѣнно, что государства борются между собою за существованіе, что государства стремятся всею своею организаціей приспособиться къ условіямъ этой борьбы, и что государства, не успѣвшія или не сумѣвшія приспособиться, падаютъ жертвами соперничества. Въ борьбѣ между государствами, какъ и въ борьбѣ животнаго міра, выживаютъ типы наиболѣе приспособленные,—по закону естественнаго отбора.

¹⁾ Novikow, который въ своемъ сочиненіи *Conscience et volonté sociales*, 1897, утверждалъ, что „если общества являются организмами, то а priori слѣдуетъ признать къ нимъ примѣнимость всѣхъ биологическихъ законовъ“ (стр. 3), что „если законъ Дарвина вѣренъ, то его дѣйствіе должно быть всеобщимъ, а слѣдовательно распространяться на социальные явленія, какъ и на биологическія“ (*Les luttes entre sociétés humaines*, 1893, стр. 482), теперь, въ *La critique du darwinisme social*, 1910, заявляетъ, что „быть социологомъ и дарвинистомъ,—это явное противорѣчіе“ (стр. 101), и что „социальный дарвинизмъ можетъ быть опредѣленъ, какъ ученіе, которое призываетъ коллективное убійство условіемъ человѣческаго прогресса“ (стр. 3).

Но биологическіе законы сохраняютъ свою примѣнимость и въ соціальной средѣ, т.-е. внутри общества, насколько отношенія между людьми остались неорганизованными. Такая недоорганизованность имѣетъ мѣсто особенно въ области экономическихъ отношеній, гдѣ нѣтъ организациі производства и обмѣна, а есть только приспособленіе къ условіямъ производства и обмѣна, и гдѣ поэтому отдѣльные люди или частныя хозяйства соперничаютъ между собою за существованіе. При этомъ, такъ какъ другія стороны общественной жизни организованы, то въ этой борьбѣ одерживаютъ побѣду не самыя лучшія въ антропологическомъ смыслѣ, а самыя сильныя въ экономическомъ отношеніи. Въ средніе вѣка, пока не была достигнута политическая организациа,— шла борьба между феодалными сеньоріями, теперь, пока еще нѣтъ экономической организациа,—борьба идетъ между торговыми предпріятіями.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что дѣйствіе биологическихъ законовъ въ соціальной средѣ задерживается общественной организацией. Чѣмъ далѣе пойдетъ процессъ организациа, тѣмъ меньше останется мѣста для примѣненія этихъ законовъ. Но отрицать ихъ дѣйствіе въ настоящее время совершенно невозможно. Слѣдуетъ только имѣть въ виду, что они дѣйствуютъ не потому, что неотвратимы, а потому что не отвращены.

§ 15.

Матеріалистическое представленіе объ обществѣ.

Литература. Вельтовъ, *Къ вопросу о развитіи монистическаго взгляда на исторію*, 4 изд., 1906; Lacombe, *Histoire comme science*; Labriola, *Essai sur la conception materialiste de l'histoire*, 1902; Горрали, *Sociologia e psicologia*; Вольманъ, *Историческій матеріализмъ*, рус. пер. 1901; Ковалевскій, *Современныя социологи*, 1905, стр. 223—321; Карѣвъ, *Старые и новые взгляды объ экономическомъ матеріализмѣ*, 1896.

Съ матеріалистической точки зрѣнія общество, со всею своею сложностью и многообразностью, представляетъ собою отраженіе основнаго стремленія человѣка—удовлетворить свои потребности посредствомъ матеріальныхъ благъ. Весь общественный строй

какъ бы ни былъ различенъ онъ по стилю, всегда воздвигается на экономическомъ фундаментѣ. Весь духовный складъ каждаго человѣка опредѣляется условіями производства хозяйственныхъ благъ въ окружающей его средѣ. Экономическія отношенія обусловливаютъ не только государство и право, но и области, казалось бы, совершенно далекія отъ матеріальныхъ запросовъ,—науку, искусство, религію. „Соціологъ не ошибается,—говорить Лоріа,—когда глазомъ рыси открываетъ въ самыхъ высокихъ, самыхъ заоблачныхъ стремленіяхъ человѣческаго ума таинственныя подмигиванія и дьявольскую улыбку экономического фактора“. Все творить экономика, духъ является только продуктомъ, но никогда не бываетъ факторомъ.

Съ этой точки зрѣнія пониманіе общественной жизни чрезвычайно упрощается. Общественное сотрудничество, созданное нѣкогда для лучшаго обезпеченія матеріальныхъ интересовъ, продолжаетъ носить тотъ же элементарный характеръ, несмотря на все усложненіе какъ индивидуальной психики, такъ и общественнаго взаимодѣйствія. Какъ бы ни сплетались различные факторы наблюдаемыхъ общественныхъ явленій, но съ матеріалистической точки зрѣнія они легко могутъ быть сведены къ одному первичному. Достигается ясное и простое представленіе объ обществѣ.

Экономическій матеріализмъ былъ поставленъ въ наукѣ Марксомъ и Энгельсомъ. Въ предисловіи къ „Критикѣ политической экономіи“, вышедшей въ 1859 году, находится знаменитое мѣсто, формулирующее точку зрѣнія экономического матеріализма. „Въ сферѣ общественнаго производства люди вступаютъ въ опредѣленныя, необходимыя, независящія отъ ихъ воли отношенія,—отношенія производственныя, соотвѣтствующія данной ступени развитія ихъ матеріальныхъ производительныхъ средствъ. Совокупность этихъ производственныхъ отношеній образуетъ экономическую структуру общества, реальный базисъ, на которомъ воздвигается юридическая и политическая надстройка и которому соотвѣтствуютъ опредѣленныя формы общественнаго самосознанія. Способъ производства матеріальныхъ жизненныхъ благъ обусловливаетъ процессъ жизни соціальной, политической и духовной“. Слѣдуетъ признать, что матеріалистическое представленіе, выставленное его творцами какъ тезисъ, осталось необосно-

ваннымъ съ ихъ стороны и составило задачу для послѣдователей доктрины. Но какъ сложилось оно у самихъ творцовъ?

Не подлежитъ никакому сомнѣнію связь матеріалистическаго возрѣнія съ философіей Гегеля. Марксъ пользуется діалектическимъ методомъ Гегеля, чтобы построить міросозерцаніе прямо противоположное гегелевскому. Напрасно Марксъ увѣряетъ, что его діалектическій методъ не только въ основѣ отличается отъ метода Гегеля, но является его прямой противоположностью. „Для Гегеля процессъ мышленія, который онъ подъ именемъ идеи превращаетъ даже въ самостоятельный субъектъ, является деміургомъ дѣйствительности, составляющей только его внѣшнее проявленіе. У меня же, наоборотъ, идеальное есть не что иное, какъ матеріальное, превращенное и перемѣненное въ человѣческомъ мозгу“. Но именно методъ то и остается тѣмъ же. Дѣло не въ томъ, что у Гегеля „діалектика стоитъ внизъ головою“ и ее пришлось перевернуть, а въ томъ, что Марксъ взялъ иной исходный моментъ, и отправившись отъ него діалектическимъ методомъ, пришелъ, конечно, къ инымъ выводамъ.

Съ другой стороны, на матеріалистическое представленіе оказала огромное вліяніе натурфилософія Дарвина, котораго сочиненіе „О происхожденіи видовъ“ вышло въ одинъ годъ (1859) съ „Критикою политической экономіи“ Маркса. Объ этомъ слияніи теченій мысли свидѣтельствуетъ Энгельсъ въ рѣчи, произнесенной надъ могилой Маркса въ 1883 году. „Какъ Дарвинъ открылъ законъ развитія органической природы, такъ Марксъ открылъ законъ развитія человѣческой исторіи“¹⁾. „Можно сказать,—говоритъ Плехановъ,—что марксизмъ есть дарвинизмъ въ его приимѣненіи къ обществознанію“²⁾.

На родоначальниковъ матеріалистическаго представленія оказала значительное вліяніе Морганъ съ его изслѣдованіемъ (1877 г.) первобытнаго общества, въ которомъ онъ доказывалъ, что общественное развитіе обусловливается потребностью размноженія и распространенія³⁾. Подъ этимъ новымъ вліяніемъ расширилась

¹⁾ Вольфманъ, *Историческій матеріализмъ*, 1901, стр. 161.

²⁾ Бельтовъ, Къ вопросу о развитіи монистическаго взгляда, 1906, изд. 4, стр. 200, прим.

³⁾ Морганъ, *Первобытное общество*, рус. пер. 1900.

формула экономического материализма, не безъ ущерба для ея чистоты. Энгельсъ призналъ, что рѣшающимъ моментомъ въ развитіи и строеніи общества являются „производство и воспроизведеніе“, т.-е., съ одной стороны способы удовлетворенія материальныхъ потребностей питанія, одѣянія, а съ другой—способы удовлетворенія половыхъ потребностей.

Сотрудниками материалистическаго направленія являются въ настоящее время Лякомбъ и Лябриоля—во Франціи, Лоріа и Гроппали—въ Италіи, Мерингъ, Каутскій—въ Германіи, изъ русскихъ Плехановъ ⁴⁾.

При оцѣнкѣ материалистическаго представленія необходимо имѣть въ виду, что это не только признаніе преобладающаго значенія за экономическимъ факторомъ среди другихъ факторовъ, но это сведеніе всѣхъ факторовъ общественности къ одному, экономическому. Это монистическое ученіе, и именно съ этой стороны оно подлежитъ критикѣ, даже при полномъ признаніи выдающагося значенія экономики въ общественной жизни. Но, при оцѣнкѣ экономического монизма, необходимо отбросить тѣ карикатурныя преувеличенія, какія допущены многими послѣдователями и которыя дискредитируютъ самое ученіе. Въ развитіи всякой мысли могутъ проникнуть неправильности, которыя однако не уничтожаютъ вѣрности самой мысли. Необходимо также оставить въ сторонѣ возраженія, которыя вытекаютъ изъ нравственнаго протеста противъ низведенія высокихъ побужденій къ низкимъ источникамъ. При оцѣнкѣ ученія слѣдуетъ прежде всего опредѣлять соотвѣтствіе его истинѣ: если оно вѣрно, то съ нимъ должны примириться самыя благородныя идеи, если оно ложно на немъ нельзя строить идеаловъ.

Можно ли приложить материалистическое представленіе ко всякому состоянію общества? Всегда ли экономическій факторъ опредѣляетъ и всегда ли будетъ опредѣлять общественныя отношенія? Нельзя утверждать, какъ это сказано въ коммунистическомъ манифестѣ, что „исторія всего предшествующаго общества представляетъ исторію борьбы классовъ“, потому что на первоначаль-

⁴⁾ Конечно, каждый изъ представителей экономического материализма имѣетъ свои индивидуальныя оцѣнки.

ныхъ ступеняхъ общественнаго развитія классовъ не существовало. При водвореніи социалистическаго порядка классовъ не будетъ. Какимъ образомъ тогда экономическій факторъ будетъ опредѣлять, со всею присущею ему полнотою власти, складъ общества и міросозерцаніе составляющихъ его индивидовъ? Мы должны предположить одно изъ двухъ: или общественная жизнь остановится въ своемъ развитіи, или продолжитъ свое развитіе подъ влияніемъ иныхъ факторовъ. Первое предположеніе невѣроятно, потому что остановка общественнаго развитія была бы смертью общества; второе предположеніе уничтожаетъ значеніе матеріалистическаго представленія объ обществѣ, потому что общество оказывается мыслимымъ и внѣ экономическаго фактора.

Но и въ современномъ обществѣ, при всей его классовой фізіономіи, невозможно свести всѣ проявленія общественности къ одному экономическому фактору. Подъ влияніемъ чего складываются самыя производственныя отношенія? Можно ли допустить, что ростъ производительныхъ силъ является самопроизвольнымъ, находящимъ причину въ самомъ себѣ? Очевидно измѣненія въ условіяхъ производства вызываются успѣхами техники. А что даетъ успѣхи техники? Конечно, развитіе идейной стороны въ человѣкѣ. Далѣе, въ основѣ экономики лежитъ ничто иное, какъ психика. Причиной, побуждающею къ накопленію капитала, служить не матеріальная нужда, а тщеславіе, властолюбіе,—фактъ не экономическій, а психическій. При обмѣнѣ благами оцѣнка производится на психической основѣ. Надъ потребностями, вызванными необходимостью пить, ѣсть, имѣть жилище и одѣваться для поддержанія своего организма, стоятъ въ несравненно большемъ количествѣ потребности, созданныя взаимодействіемъ людей.

Въ утвержденіи, что государство и право составляютъ лишь пассивное отраженіе экономическихъ отношеній, упущено, что сама экономика, и прежде всего условія производства, опредѣляются государствомъ и правомъ. Чтобы могла наступить капиталистическая эра, необходимо было, чтобы право признало институтъ частной собственности, а государство рѣшилось поддерживать его всѣми своими силами. Если государство есть организація для поддержанія господства меньшинства надъ большинствомъ,

то что же сдерживаетъ это большинство въ повиновеніи государственной власти? Если мы даже признаемъ, что государственный механизмъ даетъ возможность меньшинству располагать его силою, играя на матеріальныхъ интересахъ большинства, то какъ объяснить, что сама мораль, держащаяся силою общественнаго мнѣнія, складывается къ невыгодѣ большинства?

Допустимъ, что экономическими отношеніями вызваны новыя общественныя явленія въ видѣ государства и права. Но, утвердившись въ сознаніи людей, государственныя и правовыя отношенія стали самостоятельнымъ факторомъ, способнымъ вызывать не только новыя явленія, которыя никогда не были бы вызваны экономикою, но даже измѣнять самый складъ экономическихъ отношеній, въ результатѣ чего могутъ создаться еще новыя общественныя явленія. Что достигается въ пониманіи современнаго общества сведеніемъ всѣхъ причинъ къ экономическому фактору, какъ первопричинѣ? Способенъ ли такой приемъ уяснить намъ явленія общественности, когда приходится учитывать дѣйствіе не только экономическаго фактора ⁵⁾.

Экономическій факторъ не есть единственный активный факторъ общественности. Взглядъ на общество съ единой матеріалистической точки зрѣнія одностороненъ и невѣренъ. Тѣмъ не менѣе огромною заслугою историческаго матеріализма остается то, что онъ выдвинулъ выдающееся значеніе экономическаго фактора, что онъ указалъ возможность связать „въ конечномъ счетѣ“ даже высокія идеи и благородныя чувства человѣка съ матеріальною стороною его существованія. Но самъ экономическій матеріализмъ выдвинулся въ половинѣ XIX вѣка подъ влияніемъ идейнаго стремленія индивида къ освобожденію отъ экономической зависимости. Во всякомъ случаѣ экономическій матеріа-

⁵⁾ Къ такому ограниченію матеріалистическаго представленія, теряющему поэтому монистическій характеръ, пришелъ подъ конецъ (1894 г.) самъ Энгельсъ. „Политическое, правовое, философское, религіозное, литературное, художественное развитіе основываются на экономическомъ. Но всѣ они воздѣйствуютъ другъ на друга и на экономическій базисъ. Вовсе не то, чтобы только экономическое положеніе было причиною и одно только активно, а все остальное было бы лишь пассивнымъ дѣйствіемъ. Происходитъ взаимодѣйствіе на основаніи экономической необходимости, всегда проявляющейся въ конечномъ счетѣ“.

лизмъ представляетъ одну изъ самыхъ крупныхъ гипотезъ въ ученіи объ обществѣ, способную лучше всего объяснить массу общественныхъ явленій.

§ 16.

Психологическое представленіе объ обществѣ.

Литература: Ковалевскій, *Современные социологи*, 1905, стр. 1—97; Карѣвъ, *Введеніе въ социологию*, 2 изд., 1907, стр. 105—125; Хвостовъ, *Предметъ и методъ социологии* (Вопр. фил. и псих. 1909, № 99). Франкъ *Сущность социологии* (Философія и жизнь, 1910, стр. 280—235).

Психологическое представленіе рассматриваетъ общество, какъ сумму психическихъ взаимодействій. „Общество есть совершенно реальнѣй процессъ между-психическаго взаимодействия составляющихъ его индивидовъ, процессъ, который мы конструируемъ, какъ особое единство“. „Будучи единствомъ психическаго міра, общество, конечно, неосызаемо, невидимо, неслышимо“¹⁾. „Организация, осуществляемая социальную жизнью, есть организация психическая, ея средства—психическаго свойства, а именно: мысли, желанія, побужденія, санкціи и вытекающія изъ всего этого чувствованія“²⁾.

Съ точки зрѣнія, сейчасъ рассматриваемой, психологія, индивидуальная и коллективная, не только средство къ уясненію того, что происходитъ въ обществѣ, но это единственный путь къ уясненію того, что такое общество. Всѣ общественныя явленія разрѣшаются въ психическіе акты и внѣ ихъ нѣтъ ничего общественнаго.

Если основатель социологии, Контъ, не удѣлилъ достаточнаго вниманія психической сторонѣ общественности, не далъ даже психологіи мѣста въ классификаціи наукъ, втиснувъ ее въ біологію, то это объясняется ненаучнымъ характеромъ психологіи во время Конта, построенной всецѣло на самонаблюденіи. Спенсеръ

¹⁾ Хвостовъ, *Социальный организм* (Вопр. фил. и псих. 1909, кн. 100, стр. 376).

²⁾ Baldwin, *Social and ethical interpretation in mental development*, 1906, 4 изд., стр. 41.

былъ уже въ лучшемъ положеніи и потому помѣстилъ психологію между біологіей и соціологіей, а вмѣстѣ съ тѣмъ использовалъ ее для объясненія нѣкоторыхъ общественныхъ явленій. Онъ долго и тщательно развѣтываетъ психику первобытнаго человѣка для того, чтобы построить на ней первобытное міросозерцаніе, исходя изъ котораго можно было бы понять зачаточныя формы общест-венности. Но Спенсеръ стоитъ всецѣло на почвѣ индивиду-альной психологіи, наслѣдующей душевные акты отдѣльнаго че-ловѣка, ему чужда коллективная психологія, поставившая своею задачею изученіе процессовъ душевнаго взаимодействія между людьми, живущими совмѣстно.

Выдвигающаяся въ послѣднее время коллективная психологія, при всей еще незначительности своихъ успѣховъ, отразилась на соціологіи и увлекла многихъ на путь представленія общества, какъ исключительно психическаго взаимодействія. Во Франціи на этотъ путь всталъ Габріель Тардъ ³⁾, пытавшійся свести всю общественность къ актамъ изобрѣтенія (*invention*) и подражанія (*imitation*). Особенно сильно это направленіе въ Америкѣ, гдѣ оно представлено такими соціологами, какъ Гиддинсъ ⁴⁾, Лестеръ Уордъ ⁵⁾, Бальдуинъ ⁶⁾. Для Гиддинса вся общественность сводится къ психическимъ актамъ: сознанію рода (*the consciousness of Kind*), личному импульсу, подражанію и разумному выбору. Главный тезисъ Уорда сводится къ утвержденію, что основной общественный, а вмѣстѣ и психическій фактъ—это есть социальное творчество человѣка (*achievement*). По Бальдуину общественная матерія представлена всегда психическими состояніями че-ловѣка, когда они переходятъ въ сознаніе другихъ. Въ Италіи психологическое направленіе поддерживается особенно Сигелѣ. Для нѣкоторыхъ сторонниковъ психологическаго представленія вопросъ кажется совершенно ясенъ. „Представьте себѣ ученаго, заявляющаго міру, что онъ сдѣлалъ поразительное открытіе, будто въ механикѣ все сводится къ движенію. Какимъ гомериче-

³⁾ Tarde, *Les lois de l'imitation*, 5 изд. 1906, *La logique sociale*, 2 изд. *Etudes de psychologie sociale*.

⁴⁾ Giddins, *Principles of psychology*, 1896.

⁵⁾ Lester Ward, *Pure sociology*, 1902, 2 т.

⁶⁾ Baldwin, *Social and ethical interpretations in mental development*, 1906.

скимъ хохотомъ было бы встрѣчено такое заявленіе. А когда социологи нашего времени выступаютъ съ такимъ само собою понятнымъ трюизмомъ, что въ социологіи все сводится къ психическому акту, они встрѣчаютъ полное недоувѣріе, а иногда и рѣзкія возраженія“ 7).

Психологическое представленіе справедливо заставило обратить вниманіе на ту сторону общественности, которая до сихъ поръ оставалась въ тѣни. Психологическое изслѣдованіе въ состояніи объяснить намъ многіе вопросы, ускользающіе отъ отвѣта, потому что къ нимъ приступали съ совершенно иныхъ точекъ зрѣнія. Таковъ, напр., вопросъ о сущности и источникѣ силы государственной власти. Но разсматриваемое направленіе требуетъ для себя больше, чѣмъ ему можно дать безъ ущерба для истины. Попытка свести всю общественность на психическое взаимодействіе, объяснить строеніе и жизнь общества одними законами коллективной психологіи, представляетъ собою такое же преувеличеніе, какъ и всѣ, ранѣе разсмотрѣнныя направленія.

Если общество есть только психическій процессъ, то всѣ явленія общественности только психическіе акты. Если общество только психическія переживанія составляющихъ его индивидовъ, то что дѣлать съ фактами, созданными общественностью, которые привели къ этимъ переживаніямъ, и съ внѣшнимъ проявленіемъ этихъ переживаній? Увеличеніе роста общества не есть только біологическій фактъ, потому что сгущеніе населенія мѣстами, наприм., къ городамъ, есть фактъ общественный. Возможно ли общественную интеграцію свести къ усиленію психическаго взаимодействія? Когда, вслѣдствіе неблагопріятныхъ условій труда, наступаетъ физическое вырожденіе значительной части населенія и вмѣстѣ съ тѣмъ неспособность даннаго общества выдерживать борьбу за существованіе, то всякій согласится, что это фактъ общественный. Но развѣ это только психическій актъ? Когда въ средѣ общества вслѣдствіе неравномѣрнаго распредѣленія богатствъ образуются рѣзко раздѣленные и враждебные другъ другу классы, можно ли утверждать, что власть одного класса надъ другимъ и подчиненность одного класса другому

7) Novikow, *La critique du darwinisme social*, 1910, стр. 71.

имѣютъ чисто психическій характеръ безъ матеріальнаго момента? Развѣ самое скопленіе въ однѣхъ рукахъ матеріальной силы не есть нѣчто большее, чѣмъ просто психическій актъ? Невозможно свести полностью на психическіе акты ту взаимную зависимость членовъ общества, которая порождается процессомъ общественнаго раздѣленія труда. Когда городовые силою уводятъ въ тюрьму арестованнаго преступника, то этотъ юридическій фактъ нельзя объяснить съ одной психологической точки зрѣнія. Когда непріятельская армія утверждаетъ свое господство надъ завоеванной страной, можно ли этотъ политическій фактъ, опредѣляющій отношеніе одной группы индивидовъ къ другой, разрѣшить полностью въ рядъ психическихъ переживаній? Мы наблюдаемъ муравейникъ, какъ общественную группу, но психической основы его жизни мы вовсе не знаемъ; однако, это не мѣшаетъ намъ отличать одно муравьиное общество отъ другого, подмѣчать факты общественной жизни среди членовъ данной муравьиной группы.

Сторонники психологическаго представленія могутъ возразить, что если непосредственно данный общественный фактъ имѣетъ физическое обоснованіе, то „въ конечномъ счетѣ“ онъ все же сводится на психологическое, напр., при объясненіи, почему армія повинуется и идетъ убивать и калѣчить другихъ людей, почему городской исполняетъ приказъ наложить свою руку на арестованнаго. Но здѣсь психологическое представленіе впадаетъ въ то положеніе, въ какомъ оказалось матеріалистическое представленіе, и само должно признать замѣчанія, которыя дѣлались послѣднему по поводу самостоятельнаго дѣйствія причинъ, оторванныхъ отъ своего первоначальнаго обоснованія.

§ 17.

Общественное сознаніе.

Литература: Nowikow, *Conscience et volonté sociales*, 1897; Фулье, *Современная наука объ обществѣ*, 1895, стр. 151—201; Wundt, *System der Philosophie*, 3 изд. 1907, стр. 343—372; Kistiakowsky, *Gesellschaft und*

Einselwesen, 1899, стр. 111—205; Izoulet, *La cité moderne*, 5 изд. 1898, стр. 84—124.

Въ ежедневной прессѣ, въ рѣчахъ политическихъ ораторовъ, въ историческихъ сочиненіяхъ, приходится постоянно встрѣчать выраженія, въ родѣ: общественное настроеніе, національный характеръ, народная воля и т. п. Какое значеніе приписывается этимъ выраженіямъ со стороны тѣхъ, кто ими пользуется? Имѣется ли при этомъ въ виду опредѣлить однимъ собирательнымъ названіемъ черты характера, желанія, мысли, господствующія въ преобладающей массѣ индивидовъ, составляющихъ данное общество, данный народъ или данную національность? Или, можетъ быть, при этомъ ставится задача выйти за психику индивидовъ, составляющихъ общество, и установить психическія свойства и психическія переживанія самого общества, какъ чего-то совершенно самостоятельнаго. Другими словами, исчерпывается ли общество совокупностью индивидуальныхъ сознаний, или же общество имѣетъ свое мышленіе, свою волю, свои чувства? Иначе, существуетъ ли у общества сознание, отличное отъ сознания составляющихъ его индивидовъ?

Представленіе о существованіи, рядомъ съ индивидуальными сознаніями, особаго общественнаго сознанія, лежало въ основаніи ученія исторической школы правовѣдѣнія. Народный духъ (*Volksgeist*), заложенный въ каждомъ народѣ при самомъ появленіи его на историческую сцену, и неизмѣнный, несмотря на постоянную смѣну во времени народныхъ клѣтокъ, былъ явнымъ выраженіемъ взгляда на общество, какъ на носителя особой души. Какъ ни различны оказались пути, по которымъ пошли историческая школа и философская школа, вдохновленная Гегелемъ, но исходное начало у нихъ было общее,—это признаніе коллективнаго духа, который у однихъ принималъ національный видъ, а у другихъ являлся въ качествѣ мірового абсолюта.

Утвержденіе психической самостоятельности общества, утвержденіе присущаго ему сознанія, имѣетъ не мало сторонниковъ въ настоящее время. Конечно, скорѣе всего это направленіе могло найти себѣ почву въ Германіи. Самымъ виднымъ представителемъ его въ настоящее время слѣдуетъ признать Вундта,

который выдвинулъ идею коллективнаго духа (Gesamtgeist). Вундтъ возражаетъ противъ мнѣнія, будто коллективный духъ не обладаетъ истинною реальностью, будто „все, что происходитъ въ духовной жизни, совершается индивидами и для индивидовъ“¹⁾. По мнѣнію Вундта въ основѣ такого мнѣнія лежатъ два ошибочныхъ предположенія: 1) что пзначала дано только индивидуальное духовное бытіе, а духовное общеніе является прекращеніемъ, въ силу соединенія, этого состоянія изолированности; 2) что всѣ результаты общенія являются только продуктами индивидовъ, такъ что все общественное творчество сводится къ внушенію и усвоенію отъ одного къ другому. Но опытъ не даетъ намъ изолированнаго человѣка. „Въ опытѣ памъ дана общность индивидовъ, составляющая условіе физическаго развитія и въ еще большей степени такой факторъ духовной жизни, отъ котораго нельзя мысленно отрѣшиться“. Рѣчь, обычай, религіозныя воззрѣнія—это продукты не индивидовъ, потому что они не могли бы возникнуть безъ общенія. Вундтъ опасается, однако, и не безъ основанія, что его коллективный духъ можетъ показаться мистическимъ существомъ. „Конечно, говоритъ онъ, вѣрно, что нѣтъ коллективнаго духа, стоящаго внѣ индивидовъ и существующаго независимо отъ нихъ“. Въ дѣйствительности индивидъ, какъ самознающая себя духовная личность, возможенъ не отдѣльно отъ общенія, а съ нимъ и въ немъ. Все же Вундтъ признаетъ, что „реальность коллективной жизни такъ же изначальна и прочно обоснована, какъ и реальность индивидуальной жизни“²⁾.

Такіе же взгляды встрѣчаемъ и во Франціи³⁾. Ихъ развиваетъ, напр., Изула. Нашъ организмъ состоитъ изъ огромнаго количества клѣтокъ, изъ которыхъ каждая есть частное „я“, а клѣтки мозга составляютъ „я“ публичное. Если перейти отъ организма къ государству, то встрѣтится то же различіе. Каждый человѣкъ есть „я“, и притомъ публичное „я“ по отношенію къ

1) Wundt, *System der Philosophie*, 3 изд. 1907, стр. 188.

2) Wundt, *System der Philosophie*, стр. 189.

3) Напрасно думаетъ Фулье (*Современная наука объ обществѣ*, рус. пер. 1895, стр. 167), что тезисъ коллективнаго сознанія, популярный въ Германіи, парадоксаленъ для француза.

своему физическому организму, и въ то же время частное „я“ по отношенію къ общественному организму. Въ общеніи людей (антропидовъ) имѣется толпа и избранники (l'élite), т.-е. частные люди и публичные люди. Отсюда выводъ, что какъ мозгъ есть душа тѣла, такъ государство, представленное избранниками, есть душа политическаго тѣла. Изуле полагаетъ, что это единственно реалистическая точка зрѣнія ⁴⁾. Съ точки зрѣнія Эспинаса общество образуется именно связующимъ единицы сознаниемъ. Улей или муравейникъ представляются ему одаренными общимъ сознаниемъ,—это совмѣстно мыслящія и чувствующія существа ⁵⁾.

Настаивающіе на существованіи общественнаго сознанія, отличающаго отъ сознанія составляющихъ общество индивидовъ, примѣняютъ двойкій приемъ для доказательства своего положенія. Съ одной стороны они утверждаютъ бытіе общественнаго сознанія на основаніи результатовъ, которые не могли бы быть произведены индивидами. Съ другой стороны они подвергаютъ сомнѣнію индивидуальное сознаніе, разлагая его на массу сознанийъ клѣтокъ, составляющихъ организмъ, хотя изъ того, что индивидъ есть сумма сознанийъ, не слѣдуетъ, чтобы всякая сумма сознанийъ создавала индивида.

Допустимъ, что съ биологической точки зрѣнія не такъ легко отвѣтить, что такое индивидуальный организмъ. Согласимся, что для насъ остается непостижимымъ, какъ изъ массы клѣтокъ, обладающихъ самостоятельной жизнью, и независимо отъ ихъ смѣны, создается самосознаніе организма. Но все же остается непоколебимымъ, что мы сознаемъ себя отдѣльно отъ общественной среды, т.-е. отъ другихъ индивидовъ. Это дано намъ нашимъ внутреннимъ опытомъ. Какой опытъ даетъ намъ представленіе объ общественномъ сознаніи? Если мы знаемъ о сознаніи другихъ индивидовъ и о психическихъ ихъ переживаніяхъ, то только чрезъ посредство чувственныхъ впечатлѣній. Внѣшнія выраженія другого индивида, переданныя намъ нашимъ тѣломъ мы переводимъ на нашъ языкъ, при помощи нашего собствен-

⁴⁾ Izoulet, *La cité moderne*, 5 изд. 1898, стр. 351—355.

⁵⁾ Espinas, *Revue philosophique*, 1901, т. I, стр. 478.

наго словаря: что мы переживали бы душевно, когда дѣлали бы такія тѣлесныя движенія языка, глазъ, головы, всего корпуса. Откуда же воспринимаемъ мы общественное сознание, лишенное тѣлесной оболочки?

Если дѣйствительно существуетъ общественное сознание, то гдѣ же оно воплощается? Въ каждомъ ли общественномъ союзѣ? Или только въ народѣ, въ націи, въ цѣломъ челоувѣчествѣ? Что способно обособить одно общественное сознание отъ другого? А, допуская іерархію общественныхъ сознаний, не приближаемся ли мы вновь къ абсолютному міровому духу?

Языкъ, говорятъ, не можетъ быть созданиемъ индивидовъ, это общественный продуктъ. Конечно, челоувѣкъ не могъ бы понимать мысли, чувства другого и самъ выражать ихъ другимъ звуками своего голоса, если бы не встрѣчи съ иными индивидами. Но развѣ это уже общество? Львы понимаютъ ревъ въ различныхъ его отбѣнкахъ, но эти животныя обществами не живутъ и потому ихъ звуки голоса, которыми они передаютъ другъ другу свои чувства, не могутъ считаться общественнымъ продуктомъ. Если считать обществомъ половныя сближенія, тогда, конечно, внѣ общества индивидъ немислимъ, потому что безъ этого условія невозможно было бы его индивидуальное существованіе. Но тогда весь міръ состоялъ бы въ общественномъ бытіи, а мы различаемъ индивидовъ, живущихъ общественно и живущихъ внѣ общества, и даже нѣкоторые считаютъ челоувѣка, въ противоположность животному, отъ природы общественнымъ.

Никакой общественной души не существуетъ или, по крайней мѣрѣ, мы ничего о ней не знаемъ, потому что ея проявленія намъ не даны въ опытѣ. Общественныя настроенія, стремленія, симпатіи разрѣшаются всегда въ сумму психическихъ состояній тѣхъ индивидовъ, которые составляютъ общество. Индивиды выбываютъ, смѣняются другими, а общественное сознание можетъ сохраниться, но это вовсе не говоритъ въ пользу того, что существуетъ какое-то независимое отъ индивидовъ сознание. Дѣло въ томъ, что нарождающіеся въ той же средѣ новые индивиды, при своемъ вступленіи въ общественную жизнь, проникаются уже готовыми идеями и потому общая картина остается неизмѣнной, несмотря на смѣну индивидовъ. Одно по-

колѣніе незамѣтно смѣняетъ другое. Взявъ среднюю въ историческомъ или статистическомъ разрѣзѣ, мы опредѣляемъ типическое индивидуальное сознание, которое и признаемъ за общественное. Вся задача въ опредѣленіи общественнаго сознания состоитъ въ способности быстро уловить переживанія въ большинствѣ индивидовъ или по закону большихъ чиселъ. Общественное сознание проявляется или въ массѣ впечатлѣній или въ силѣ впечатлѣній, исходящихъ отъ индивидовъ, передающихъ свое настроеніе, свои мысли, свою волю многимъ единицамъ. Общественное сознание, какъ господствующее психическое переживаніе, имѣетъ огромное значеніе для всей общественности, такъ какъ оно указываетъ каждому индивиду, съ какой стороны онъ можетъ ожидать себѣ сочувствія или противодействія.

Но все, что составляетъ внѣшній продуктъ общественнаго сознания, есть дѣло индивидовъ. Языкъ, нравы, вѣрованія зарождаются, развиваются, укрѣпляются только въ индивидахъ и отъ нихъ передаются другимъ. Чѣмъ большую роль играетъ сознательность въ общественной жизни, тѣмъ это становится очевиднѣе. Новыя слова, красивые обороты изобрѣтаются индивидами, отъ нихъ переходятъ къ подражателямъ и затѣмъ становятся общественнымъ достояніемъ, общественнымъ продуктомъ. Такъ же шло развитіе языка и на низшихъ ступеняхъ культурнаго развитія, только личное вліяніе менѣе замѣчалось. Странно утверждать, что „чѣмъ болѣе восходимъ мы къ зачаткамъ рѣчи, обычаевъ, религіозныхъ возрѣній, тѣмъ менѣе мы можемъ мыслить ихъ какъ изобрѣтеніе индивидовъ“⁶⁾. Съ ростомъ общности общественное сознание усиливается, а между тѣмъ его дѣйствіе, къ удивленію, оказывается слабѣе.

Не стоятъ ли однако въ противорѣчій съ отрицаніемъ общественной души такіе факты, которые говорятъ намъ съ очевидностью, что толпа людей способна сдѣлать то, чего не могъ бы сдѣлать въ отдѣльности ни одинъ изъ тѣхъ, кто входитъ въ ея составъ? Развѣ можно отрицать, что въ толпѣ настроеніе способно подняться на такую высоту ожесточенія, при которой

⁶⁾ Wundt, *Sistem der Philosophie*, стр. 189.

толпа можетъ совершить отвратительное дѣло, стоящее ниже нравственныхъ понятій каждаго изъ индивидовъ, возбуждающее вполнѣдствіи омерзенеіе въ каждомъ участникѣ. Но толпа способна не только на сверхъ-злое дѣло ⁷⁾. Она можетъ подняться и на высоту геройскаго подвига, стоящаго выше сознанія каждаго индивида въ отдѣльности. Примѣромъ можетъ служить знаменитая ночь 4 августа 1789 года, когда дворяне въ національномъ собраніи отреклісь безъ вознагражденія отъ своихъ историческихъ правъ на крестьянскій трудъ, о чемъ нѣкоторые изъ нихъ пожалѣли на другой день, когда остались сами съ собою. Но не общественное собраніе совершило то, на что не былъ способенъ каждый въ отдѣльности, воспитанный въ извѣстномъ кругѣ понятій. Въ толпѣ, гдѣ каждый быстро переживаетъ и внѣшне проявляетъ свои чувства, психическое состояніе одного немедленно передается другимъ, присоединяетъ новый мотивъ къ ихъ повышенному настроенію, и само воспринимаетъ ихъ высокой тонъ. „Точно такъ же зерна пороха, лежація одно возлѣ другого, воспламеняются одно за другимъ, но каждое отдѣльно, и затѣмъ уже образуютъ потокъ пламени“ ⁸⁾.

§ 18.

Общество и индивидъ.

Литература: Карѣевъ, *Сущность историческаго процесса и роль личности въ исторіи*, 1890; Зиммель, *Соціальная дифференціація*, 1909; Дюркгеймъ, *Объ общественномъ раздѣленіи труда*, 1900; Крживицкій, *Отдѣльная личность и общество* (Совр. Міръ, 1910, июль).

Если общество есть совокупность индивидовъ, то между каждымъ индивидомъ и всею суммою остальныхъ, которая является для него общественною средою, должно существовать постоянное взаимодействіе. Оно не только существуетъ, но въ установленіи

⁷⁾ Миявие Сигелъ, *О преступной толпѣ*, рус. пер. стр. 42—43, считающаго толпу, способную скорѣе въ силу, совершенно не доказывающего его соображеніями.

⁸⁾ Фулье, *Современная наука объ обществѣ*, стр. 182.

равновѣсія между обществомъ и составляющими его индивидами заключается основная общественная задача. Въ исторіи общест-венности наблюдаются постоянныя колебанія то въ сторону общества, усиливающаго свою власть надъ индивидомъ, то въ сторону индивида, протестующаго и выбивающагося изъ-подъ господства общества.

Вопросъ объ отношеніи между обществомъ и индивидомъ ставился и разрѣшался на различной общественной почвѣ. Въ области религіозной онъ выразился въ борьбѣ между католицизмомъ, подчинявшимъ безусловно личныя убѣжденія авторитету церкви, и протестантизмомъ, выступившимъ вначалѣ подъ знаменемъ личной свободы религіозной совѣсти. На политической почвѣ споръ между обществомъ и индивидомъ отлился въ форму борьбы между государственнымъ абсолютизмомъ, подавлявшимъ поддан-наго силою принудительной организаціи, и индивидуализмомъ, выдвигавшимъ въ противовѣсъ принципъ неотъемлемыхъ правъ личной свободы каждаго гражданина. Въ сферѣ экономической тотъ же вопросъ представленъ съ одной стороны социализмомъ, возлагающимъ на каждаго индивида трудовую повинность, а съ другой—либерализмомъ, предлагающимъ индивиду самому обеспечи-вать свое матеріальное существованіе по личному усмотрѣнію, но и за личный страхъ.

Соціологическая постановка вопроса тѣмъ отличается отъ раз-рассмотрѣнныхъ сейчасъ, что она не выдѣляетъ какой-нибудь одной стороны въ отношеніи между обществомъ и индивидомъ, а ставитъ вопросъ полностью, какъ цѣлое и единое. Общество и индивидъ стоятъ другъ передъ другомъ, какъ два исконныхъ и высшихъ начала, одновременно дружественныхъ и враждебныхъ. Передъ соціологической точкой зрѣнія отступаютъ отдѣльныя моменты этого отношенія, въ соціологическую постановку вопроса уже включены связь и столкновения между обществомъ и инди-видомъ въ сферѣ религіозной, политической, экономической, нравственной, юридической, художественной.

Вопросы, которые возникаютъ на почвѣ отношенія между об-ществомъ и индивидомъ, слѣдующіе: каково взаимодѣйствіе ме-жду обществомъ и индивидомъ, гдѣ проходитъ граница непри-косновенности личности для общества, служить ли общество

средствомъ для цѣлей индивида и не можетъ ли общество обратиться индивида въ средство для своихъ цѣлей.

Проблема взаимодѣйствія должна быть разсмотрѣна съ двухъ сторонъ: какъ влѣяетъ общество на индивида и какъ влѣяетъ индивидъ на общество.

Съ точки зрѣнiя влiянiя среды на индивида вопросъ сводится къ тому, насколько каждый индивидъ, входящiй въ составъ общества, опредѣляется въ своемъ духовномъ существѣ этою общественной средою? Можно признавать, что психическая природа индивида есть его личное достоянiе, ограничиваемое средою въ своемъ проявленiи, но не обусловливаемое ею въ самомъ происхожденiи. Можно, напротивъ, разсматривать психическiй обликъ индивида, какъ продуктъ общественной среды, и тогда остается лишь одно сомнѣнiе, полностью ли опредѣляется индивидъ общественной средою или рядомъ съ родовымъ достоянiемъ индивидъ обладаетъ и достоянiемъ благопрiобрѣтеннымъ.

Первое предположенiе совершенно недопустимо. Наше ежедневное наблюденiе убѣждаетъ насъ съ очевидностью, что каждый индивидъ пропитанъ общественностью. Трудно не замѣтить, что взгляды средняго человѣка, высказываемые имъ, какъ его личное убѣжденiе, съ точностью воспроизводятъ семейныя традиции, національныя симпатii, даже профессиональныя черты. Умъ, чувства и даже воля индивида складываются подъ влiянiемъ общественной среды. Какъ бы ни возвышался индивидъ надъ среднимъ уровнемъ, все же въ его идеяхъ больше воспринятыхъ предразсудковъ, чѣмъ самостоятельно проведенныхъ разсужденiй. И даже тамъ, гдѣ его мысль является новою, она воздвигается на цѣломъ рядѣ мыслей, высказанныхъ другими индивидами и обусловливающихъ съ необходимостью ея рожденiе и доступность. Чтобы въ половинѣ XIX вѣка могла выдвинуться гипотеза происхожденiя видовъ, предложенная Чарльзомъ Дарвиномъ, необходимы были общественныя предположенiя: во-первыхъ, воспитанiе ума въ атмосферѣ свободного изслѣдованiя; во-вторыхъ, успѣхи естествознанiя, на которые гипотеза опирается; въ-третьихъ зародыши гипотезы въ видѣ идей, высказанныхъ рядомъ предшествовавшихъ мыслителей. По внутренней хронологii гипотеза Дарвина могла появиться именно въ XIX столѣтii, а не въ XIV

или XVII, потому что мысль великаго натурфилософа не могла бы испытать въ тѣ времена тѣ общественныя вліянія, которыя ее опредѣлили въ XIX вѣкѣ.

Подобно идеямъ и чувства индивида складываются въ зависимости отъ воздѣйствующей на него среды. Чувства человѣка прежде всего опредѣляются полученною наслѣдственностью, которая представляетъ собою ничто иное, какъ форму общественнаго вліянія на психическій складъ индивида. Съ момента появленія на свѣтъ, индивидъ испытываетъ культивирующее его чувство воздѣйствія семьи, къ которому уже рано начинается присоединяться сначала случайное, потомъ все усиливающееся воздѣйствіе общественности, находящейся за предѣлами семьи. И наконецъ, человѣкъ вступаетъ въ широкую общественную среду, гдѣ его чувства подвергаются рѣшительной культурной и гражданской отдѣлкѣ. Что сфера чувствъ человѣка есть результатъ общественнаго воздѣйствія, видно изъ того, что для опредѣленія поведенія индивида, который предстаётъ передъ нами, какъ герой романа или какъ преступникъ на судѣ, романистъ или адвокатъ рисуютъ намъ картину того, какъ постепенно складывались чувства интересующаго насъ лица подъ вліяніемъ внѣшнихъ условій.

Труднѣе, можетъ быть, установить вліяніе общественной среды на волю индивида. Однако, это воздѣйствіе очевидно для насъ въ нѣкоторые моменты. При паникѣ самые сильные поражаются безотчетнымъ страхомъ; въ толпѣ, наступающей и грозящей, даже трусы поднимаются на высоту безумной храбрости. Но отсюда мы въ правѣ сдѣлать заключеніе, что это воздѣйствіе на волю является постояннымъ, хотя и малозамѣтнымъ. Никто не сомнѣвается, что волю ребенка можно развить, вызывая въ немъ самодѣятельность, и напротивъ, можно убить ее, приучая къ пассивному повиновенію. То, что испытываетъ ребенокъ въ семьѣ, взрослый испытываетъ въ общественной средѣ.

Итакъ, индивидъ есть продуктъ общественной среды. Общество оказываетъ на него массовое вліяніе, подъ которымъ складываются умъ, чувства и воля человѣка. Общество приучаетъ каждого индивида смотрѣть на все его глазами, чувствовать вмѣстѣ съ другими индивидами. Въ каждомъ индивидѣ, при-

надлежащемъ къ опредѣленной общественной группѣ, осуществляется коллективный общественный типъ ¹⁾).

Но, если каждый индивидъ складывается такъ рѣшительно подъ вліяніемъ общественной среды, почему не всѣ индивиды одинаковы и въ чемъ же состоитъ индивидуальность, фактъ которой не подлежитъ отрицанію? Несходство индивидовъ, принадлежащихъ къ одной общественной группѣ, объясняется тѣмъ, что ни одинъ индивидъ не испытываетъ воздѣйствія всѣхъ общественныхъ вліяній, а только въ нѣкоторомъ объемѣ. Чѣмъ разнообразнѣ общественныя условія, чѣмъ многочисленнѣ вліянія, чѣмъ своеобразнѣ ихъ сочетанія,—тѣмъ менѣе долженъ походить одинъ индивидъ на другого. Крестьяне, вырастающіе въ весьма однообразныхъ условіяхъ, чрезвычайно сходны между собой и сильно отличны отъ крестьянъ другихъ народностей, воспитывавшихся также въ однообразныхъ условіяхъ. Національный типъ упорнѣ всего сохраняется въ крестьянской средѣ. Наоборотъ, коммерсантъ, подвергающійся по условіямъ своей профессіи воздѣйствію многообразныхъ и различныхъ вліяній, менѣе всего сохраняетъ національныя черты и проявляетъ сильнѣйшія тенденціи къ выходу за предѣлы коллективнаго типа.

Здѣсь мы подходимъ къ положенію, нерѣдко выказываемому, будто съ теченіемъ времени люди теряютъ свою оригинальность и все болѣе принимаютъ характеръ массоваго фабриката. „Общее стремленіе,—говоритъ Милль,—подвести всѣхъ людей подъ одинъ типъ съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе растетъ“. Относительно Англій Милль рѣшается утверждать, что въ этой странѣ все болѣе утрачивается разнообразіе людей, потому что сглаживается всякое разнообразіе внѣшнихъ условій ²⁾. Тоже утверждаетъ Габриель Тардь. По его мнѣнію, если присмотрѣться къ современнымъ европейскимъ обществамъ, то можно поразиться, до чего все населеніе Европы превращается въ людей, „представляющихъ

¹⁾ Сопоставля сказанное здѣсь съ точкою зрѣнія, выраженной во второй главѣ, мы должны помнить, что общественный покровъ идей и чувствъ полагаются на истинный самосохраненія, который способенъ, при извѣстныхъ условіяхъ, и сбросить съ себя одѣянія. Но это будетъ отрицательный актъ, а не замѣна однихъ идей другими, социальныхъ индивидуальными.

²⁾ Милль, *О свободѣ*, русск. пер. 1900, стр. 336—337.

собою изданіе, набранное однимъ и тѣмъ же шрифтомъ и выпущенное въ нѣсколькихъ сотняхъ милліоновъ экземпляровъ“³⁾. Трудно найти положеніе болѣе несоотвѣтствующее дѣйствительности. Наоборотъ, чѣмъ ниже стоитъ общество въ культурномъ развитіи, тѣмъ сильнѣе сходство между индивидами его составляющими. Это вѣрно какъ относительно физическаго, такъ и относительно психическаго типа. И чѣмъ выше поднимается общество по культурнымъ ступенямъ, тѣмъ больше различія между индивидами въ физическихъ и психическихъ чертахъ. Это положеніе установлено и развито Дюркгеймомъ и Зиммелемъ. „Между французами и англичанами,—говоритъ первый изъ нихъ,—вообще теперь разстояніе меньше, чѣмъ нѣкогда, но это не мѣшаетъ теперешнимъ французамъ отличаться между собою болѣе, чѣмъ прежнимъ“⁴⁾. „Въ менѣе культурные эпохи,—говоритъ второй,—индивиды, принадлежащіе къ одному роду, настолько однообразны и сходны между собою, насколько это возможно; напротивъ, роды въ цѣломъ противостоятъ другъ другу, какъ чуждые и враждебные: чѣмъ тѣснѣе синтезъ внутри своего рода, тѣмъ рѣзче антитеза съ чужимъ родомъ; съ прогрессомъ культуры растетъ дифференціація между индивидами и увеличивается приближеніе къ чужому роду“⁵⁾.

Если индивидъ складывается подъ вліяніемъ общественной среды, то гдѣ же источникъ его индивидуальности? Изъ предыдущаго уже вытекаетъ отвѣтъ, что этотъ источникъ не въ индивидѣ, а внѣ его, т.-е. въ той же общественной средѣ. Человѣкъ является продуктомъ общественности, но индивидуальность, ему присущая, есть результатъ своеобразнаго сочетанія вліяній. Чѣмъ разнообразнѣе эти комбинаціи, при многообразіи общественныхъ факторовъ, тѣмъ сильнѣе индивидуальность. Вслѣдствіе этого въ душѣ каждаго индивида, въ ея тайникахъ, заложены такія переживанія, которыя будучи произведеніемъ окружающей среды,

³⁾ G. Tarde, *Les lois de l'imitation*, 5 изд. 1906, стр. 17.

⁴⁾ Дюркгеймъ, *О раздѣленіи общественнаго труда*, русск. пер. 1900, стр. 105—109.

⁵⁾ Зиммельъ, *Соціальная дифференціація*, русск. пер. 1909, стр. 66. См. еще Шурцъ, *Исторія культуры*, стр. 70; Паульсенъ, *Основы этики*, русск. пер. 1906, т. I, стр. 367.

мало доступны для окружающихъ людей, способныхъ понимать одинъ другого только по типическимъ проявленіямъ.

Испытывая на себѣ вліяніе общественной среды, индивидъ и самъ вліяетъ на среду, и въ этомъ заключается другая сторона взаимодѣйствія между обществомъ и индивидомъ. Но, прежде чѣмъ объяснить, какимъ образомъ индивидъ, являющійся продуктомъ общественности, можетъ воздѣйствовать на общество, необходимо устранить возраженіе, выставляемое тѣми, которые отрицаютъ всякое вліяніе индивида на общество.

Отрицательно относится къ вліянію индивида на общество Гумпловичъ⁶⁾. Прежде всего въ человѣкѣ мыслить совсѣмъ не онъ, а его социальная группа. Поэтому исходный пунктъ въ ученіи объ обществѣ не индивидъ, а социальная группа, семья, родъ, община, классъ, народъ. Въ обществѣ нѣтъ взаимодѣйствія между индивидами, а есть взаимодѣйствіе только между образовавшимися группами. Въ этомъ взаимодѣйствіи отдѣльный человѣкъ участвуетъ лишь какъ атомъ, какъ клѣточка въ составѣ тѣла или организма. Поэтому индивидъ просто нуль, маріонетка, заводимая для движенія окружающею средою. Когда получается впечатлѣніе, будто какой-то индивидъ оказываетъ усиленное воздѣйствіе на современниковъ, то въ дѣйствительности это не болѣе какъ усиленное дѣйствіе той же среды, направленное на одну точку.

Такого же взгляда на роль индивида придерживается графъ Л. Н. Толстой. Онъ протестуетъ противъ склонности историковъ разсматривать ходъ исторіи подъ угломъ дѣятельности одного человѣка, именуемаго великимъ, какъ напр., Наполеонъ. Не великіе люди двигаютъ событіями, а событія двигаютъ людьми, пѣзъ которыхъ нѣкоторые выталкиваются впередъ и потому кажутся руководителями. Не они ведутъ общество, а общество гонитъ ихъ впередъ. „Въ историческихъ событіяхъ, такъ называемые, великіе люди суть ярлыки, дающіе наименованіе событію“. „Каждое дѣйствіе ихъ, кажущееся имъ произвольнымъ для самихъ себя, въ историческомъ смыслѣ непроизвольно, а находится въ связи со всѣмъ ходомъ исторіи и опредѣлено пред-

⁶⁾ Гумпловичъ, *Основы социологіи*, стр. 264 и др.

вѣчно“. Въ исторіи дѣйствуетъ только „роевая сила“. Всякое событіе, наприм., война, революція, есть результатъ силы всѣхъ индивидовъ, безъ исключенія всего роя, а не ярлыковъ ?).

Можно согласиться съ Гумпловичемъ, что индивидъ „играетъ роль призмы, которая воспринимаетъ извнѣ лучи и, преломивъ ихъ по извѣстнымъ законамъ, отражаетъ ихъ въ извѣстномъ направленіи и съ извѣстной окраской“⁵⁾. Но отсюда не слѣдуетъ будто вліяніе индивида равно нулю. Призма выполняетъ ту роль, которая не по силамъ лучамъ. Изъ того, что индивидъ создается средой, нельзя сдѣлать вывода, что его дѣйствія должны разсматриваться какъ дѣйствія той же среды. Въ силу массы мелкихъ причинъ произошелъ обвалъ горы, запрудившей рѣку: никто не скажетъ, что рѣка измѣнила теченіе вслѣдствіе вѣтровъ, подземныхъ ручейковъ, дождей, подготовлявшихъ обвалъ въ теченіе долгаго времени. Всякій признаетъ, что рѣку запрудила обвалившаяся гора. Общественная среда, обнаруживъ индивида, въ которомъ сосредоточились особенно благоприятно общественныя вліянія, поддерживаетъ его энергію, оказываетъ содѣйствіе, поощряетъ его личные интересы, чтобы заставить его дѣйствовать въ общемъ интересѣ. И онъ будетъ дѣйствовать вслѣдствіе унаслѣдованныхъ и воспринятыхъ воспитаніемъ свойствъ, вслѣдствіе постояннаго напора со стороны общества, но все же дѣйствіе будетъ исходить отъ него. Пусть его дѣятельность обусловлена внѣшними данными, но дѣйствуетъ онъ—и это точка зрѣнія общества, которое его поощритъ или его будетъ порицать. Лучи, концентрированные въ индивидѣ, будутъ исходить отъ него, освѣщать и согрѣвать общественную среду. А если человѣкъ стоитъ у власти и однимъ нажимомъ рычага можетъ привести въ движеніе сложный государственный механизмъ, созданный незамѣтными усиліями массы рукъ, можетъ рычагомъ открыть широкую дорогу мысли и дѣйствіямъ другихъ индивидовъ, или, наоборотъ, затормозить ихъ,—возможно ли говорить, что такой индивидъ не въ состояніи воздѣйствовать на среду?

⁵⁾ Гр. Толстой, *Война и миръ*, ч. IX въ началѣ, и Энгельс. Въ томъ же духѣ Bourdeau, *L'histoire et les historiens*, 1888.

⁶⁾ Гумпловичъ, *Основы социологіи*, стр. 264.

Согласимся съ графомъ Толстымъ, что всякое историческое событіе обусловлено силою не одного лица, съ именемъ котораго оно связывается, а силами всѣхъ индивидовъ, безъ которыхъ событіе не могло произойти. Но слѣдуетъ ли отсюда, что съ общественной точки зрѣнія всѣ дѣйствовавшія силы равны? Войны 1812 года не было бы, если бы ея не захотѣлъ Наполеонъ, войны не было бы, если бы ея не хотѣли всѣ сержанты французской арміи. Однако для всякаго очевидно, что если бы война не была согласна съ желаніями одного индивида, называемаго Наполеономъ, то ее не было бы, но если бы отъ войны уклонился тотъ или иной солдатъ, то это обстоятельство не имѣло бы такого послѣдствія. Значитъ силы и вліяніе индивидовъ не равны.

Взглядъ прямо противоположный сейчасъ развитому пониманію роли индивида, былъ высказанъ англійскимъ историкомъ Карлейлемъ. Съ точки зрѣнія послѣдняго „всеобщая исторія, исторія того, что совершилъ человѣкъ въ этомъ мірѣ, есть въ сущности исторія великихъ людей, поработавшихъ въ этомъ мірѣ“⁹⁾. „Великіе люди все даютъ обществу, и ничего взамѣнъ не получаютъ“,—такова основная идея Карлейля, который возмущается попытками историковъ свести дѣятельность людей къ условіямъ ихъ времени. Великій человѣкъ—это молнія, исходящая съ небесъ; толпа—это горючій матеріалъ, который воспламеняется этой молніей. Карлейль не одинокъ въ своемъ культѣ героевъ. Въ нѣмецкой наукѣ это направленіе представлено Леманомъ, который также утверждаетъ, что „исторія человечества есть только исторія героевъ, выдающихся личностей; поэтому она совершенно индивидуальна“¹⁰⁾.

Такая точка зрѣнія мало согласуется съ современнымъ демократическимъ мировоззрѣніемъ, съ признаніемъ огромной роли массъ. Сравнивъ великихъ людей съ молніей, воспламеняющей толпу, Карлейль не объяснилъ намъ, откуда же воспламеняемость? Всегда ли молнія зажигаетъ, все равно ударить ли она въ дерево или въ камень? Допустимо ли думать, что великій

⁹⁾ Carlyle, *On Heroes, Hero-Worship and the heroic in History*, 5 изд. 1852, стр. 1.

¹⁰⁾ М. Lehmann, цитированный у Барта, *Философія исторіи какъ социологія*, стр. 215.

человѣкъ можетъ случайно явиться въ любой исторической моментъ и воспламенить всякую толпу? Здѣсь-то, въ способности къ воспламененію и заключается ключъ къ пониманію отношенія между обществомъ и индивидомъ. Формулѣ Карлейля правильно было противопоставлено положеніе: великіе люди не сваливаются съ неба на землю, а изъ земли растутъ къ небесамъ (Михайловскій).

Сопоставляя противоположные взгляды, сейчасъ разсмотрѣнные, мы должны признать, что каждый индивидъ оказываетъ вліяніе на общественную среду, потому что, когда мы говоримъ о вліяніи общественной среды на индивида, мы на самомъ дѣлѣ имѣемъ въ виду массу индивидовъ, дѣйствующихъ на одного.

Вліяніе индивида, выдающагося надъ уровнемъ, или великаго человѣка соотвѣтственно усиливаетъ результатъ его воздѣйствія по сравненію съ другими индивидами, дѣйствующими въ томъ же направленіи. Выдающійся человѣкъ есть не что иное, какъ удачная комбинація многочисленныхъ индивидуальныхъ явленій, сконцентрировавшихся въ одной точкѣ. Великій человѣкъ вбираетъ, впитываетъ въ себя разсѣянные кругомъ него, едва замѣтныя, а иногда и вовсе незамѣтныя для слабаго глаза, стремленія, желанія, исканія, представляетъ ихъ въ формѣ ясной идеи или яркаго образа и свѣтъ ихъ разсѣиваетъ отъ себя на широкія пространства. Но это воздѣйствіе великаго человѣка не даетъ основанія забывать, что самъ онъ продуктъ общественности. „Прежде, чѣмъ великій человѣкъ преобразуетъ общество,—говоритъ Спенсеръ,—необходимо, чтобы это общество образовало его самого“¹¹⁾. Такая точка зрѣнія не есть отрицаніе воздѣйствія индивида на общество, а составляетъ его объясненіе.

Переходимъ теперь къ другой проблемѣ въ разсматриваемомъ нами вопросѣ, къ разграниченію сферъ между индивидомъ и личностью. Эта проблема состоитъ въ томъ, что тогда какъ общество стремится наложить свою руку на индивида, подчинить его себѣ возможно полнѣе, самъ индивидъ стремится отстоять свою индивидуальность и борется за свою свободу.

Съ развитіемъ культуры усиливается ростъ общественной за-

¹¹⁾ Спенсеръ, *Соціологія какъ предметъ изученія*, 1896, стр. 30.

зависимости индивида, т.-е. все болѣе и болѣе общественная среда становится необходимымъ условіемъ его существованія. Прежде всего между индивидами устанавливается солидарность по сходству. Вслѣдствіе единства образующихъ факторовъ создается коллективный типъ, къ представителямъ котораго индивидъ испытываетъ притягиваніе равное по силѣ отталкиванію, ощущаемому въ отношеніи представителей чужого типа. Эти притягиванія и отталкиванія обуславливаются степенью возможности взаимнаго пониманія, которое въ свою очередь опредѣляется сходствомъ психической организаци. Чѣмъ меньше общественная группа, чѣмъ больше она изолирована,—тѣмъ сильнѣе внутри нея взаимное притяженіе. Чѣмъ ниже культурное развитіе чело-вѣка, тѣмъ легче въ его глазахъ чужой ассоціруется съ понятіемъ о врагѣ.

Съ общественнымъ ростомъ расширяется кругъ общественнаго вліянія на индивида, что сопровождается ослабленіемъ солидарности, основанной на сходствѣ, такъ какъ неминуемо увеличеніе числа индивидовъ группы соединяется съ уменьшеніемъ сходства. Патріотизмъ, столь сильный въ небольшихъ, чисто національныхъ государствахъ, долженъ падать съ государственнымъ ростомъ, если нѣтъ особыхъ факторовъ, поддерживающихъ его существованіе.

Въ достигшей значительнаго увеличенія общественной группѣ выступаетъ другая солидарность, основанная на раздѣленіи труда. При натуральномъ хозяйствѣ, когда каждый производитъ самъ все, что необходимо для его существованія, индивидъ чувствуетъ себя самостоятельнымъ. Наоборотъ, при мѣновомъ хозяйствѣ, когда существованіе каждаго обусловлено производствомъ другихъ, индивидъ чувствуетъ, какъ цѣлымъ рядомъ экономическихъ нитей связанъ онъ съ обществомъ. Такъ какъ процессъ раздѣленія труда идетъ все болѣе усиленнымъ темпомъ, то соотвѣтственно возрастаетъ зависимость индивида отъ общества. Эта зависимость распространяется въ ширину, такъ какъ раздѣленіе труда вовлекаетъ въ связь все большее число хозяйствъ; она распространяется въ глубину, такъ какъ для каждаго хозяйства все болѣе ограничивается его доля въ общемъ производствѣ. Въ этой солидарности каждый индивидъ тянется къ другому не

въ силу общественнаго сходства, а въ силу общественнаго различія, ища въ другихъ восполненія.

Рядомъ съ ростомъ общественной зависимости идетъ ростъ индивидуальнаго сопротивленія индивида общественной средѣ. Причина тому кроется въ ростѣ индивидуальности, обусловленномъ усиленіемъ разнообразія образующихъ факторовъ, которыми создается различіе психическихъ типовъ. Чѣмъ выше ступень сознательности человѣка, чѣмъ богаче его психическая натура, тѣмъ сильнѣе чувствуетъ онъ тяжесть своей зависимости, потому что тѣмъ большая часть его душевныхъ переживаній не встрѣчаетъ отзвука въ другихъ индивидахъ, тѣмъ энергичнѣе отстаиваетъ онъ свою самостоятельность, тѣмъ настойчивѣе закрываетъ онъ общественному глазу доступъ къ своей душѣ.

Здѣсь создается драматическое и безвыходное противорѣчіе. Съ одной стороны индивидъ стремится расширить сферу своей индивидуальной самостоятельности и отстранить общественное вмѣшательство, въ какой бы формѣ оно ни выразилось,—политической, юридической, нравственной. Съ другой стороны индивидъ все болѣе обобществляется. Нельзя говорить, что общество сильно втягиваетъ въ себя индивида,—индивидъ самъ тянется къ обществу. Чѣмъ выше развита индивидуальность, тѣмъ больше нуждается индивидъ въ общеніи, въ общественной дѣятельности. Общественные круги, съ которыми онъ себя связываетъ, становятся все шире. Мало развитые индивиды довольствуются узкимъ кругомъ семьи, болѣе развитые сознаютъ свою связь со всѣмъ народомъ, выражая это сознаніе въ здоровомъ чувствѣ народнаго патріотизма, построеннаго уже не на сходствѣ; наиболѣе одаренные поднимаются на еще большую высоту и чувствуютъ свою солидарность со всѣмъ человѣчествомъ.

Указанное сейчасъ противорѣчіе опредѣляетъ ходъ общественнаго развитія, въ которомъ наблюдаются правильныя, смѣняющія другъ друга отклоненія то въ сторону общественности, то въ сторону индивидуальности. Точка равновѣсія никогда не можетъ быть найдена.

Тутъ мы подошли къ третьей проблемѣ въ вопросѣ объ отношеніи между обществомъ и индивидомъ. Можно ли смотрѣть на общество, какъ на цѣль, а на индивида, какъ на средство, или

же, наоборотъ, индивидъ является всегда цѣлью и никогда не можетъ быть средствомъ? Въ настоящемъ случаѣ вопросъ ставится не въ категоріи долженствованія, а соціологически. Рѣчь идетъ не о томъ, какъ должно относиться къ личности съ нравственной точки зрѣнія, а вытекаетъ ли изъ существа общественности принужденіе индивида въ цѣляхъ общества, даже принесеніе индивида въ жертву благу и спасенію общества?

Нужно признать, что реально существуетъ только индивидъ, и что общезитіе является только формою индивидуальнаго существованія. Съ этой точки зрѣнія кажется безпорнымъ, что общественная организація только тогда можетъ удовлетворять своему назначенію, когда она отвѣчаетъ запросамъ и цѣлямъ индивидовъ, составляющихъ общество. Однако между цѣлями различныхъ индивидовъ можетъ возникнуть противорѣчіе, неразрѣшимое съ точки зрѣнія общества, какъ средства для всѣхъ индивидовъ. Если общество не можетъ быть рассматриваемо какъ средство для цѣлей индивида, тогда не является ли оно цѣлью, предъ которою индивиды оказываются средствомъ? Вопросъ нуждается въ нѣкоторомъ исправленіи, потому что превращеніе общества въ цѣль дѣлаетъ его какимъ то мистическимъ существомъ. Признаемъ, что общество есть совокупность индивидовъ, преслѣдующихъ свои цѣли. Рѣчь идетъ о томъ, могутъ ли индивиды, живущіе въ общеніи, сдѣлать кого-либо изъ своей среды средствомъ для цѣлей остальныхъ? Соответствуетъ ли природѣ общества, чтобы всѣ могли пожертвовать однимъ, или большинство меньшинствомъ ради своихъ цѣлей? Здѣсь дѣло идетъ о превращеніи одного индивида въ средство для цѣлей другихъ индивидовъ. По мнѣнію Канта личность никогда не должна быть рассматриваема какъ средство. Но факты исторической дѣятельности говорятъ, что личность становилась не разъ средствомъ. Въ воинской повинности общество, т.-е. большинство, ограждаетъ свою внѣшнюю безопасность, подвергая нѣкоторыхъ индивидовъ риску потерять здоровье или жизнь; во всеобщемъ образованіи общество обезпечиваетъ себя внутри отъ невѣжества, влекущаго вредныя для всѣхъ послѣдствія; въ карательной дѣятельности общество ограждаетъ себя отъ противообщественныхъ элементовъ, т.-е. отъ меньшинства, вреднаго для большинства. Общество

можетъ пойти дальше по этому пути и установить трудовую повинность, которою каждый индивидъ принужденъ былъ бы работать на всѣхъ остальныхъ.

Какъ бы ни протестовалъ индивидъ противъ такого принудительнаго обращенія его въ средство, какъ бы ни защищала его индивидуалистическая философія,—общество всегда такъ поступало и всегда будетъ поступать, пока не утратитъ инстинктъ самосохраненія.

§ 19.

Образованіе обществъ.

Литература. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, т. III, 1907, стр. 241—301; Ward, *Sociologie pure*, франц. пер. 1906, т. I, стр. 73—361; Ковалевскій, *Соціологія*, т. II, 1910; Мачинскій, *О человѣческой культурѣ*, 1909.

Опытъ показываетъ намъ, что человѣкъ всюду живетъ въ обществѣ. Въ пользу общественности человѣка свидѣтельствуетъ и вся современность, и вся доступная намъ исторія культуры. Сложилось, подъ вліяніемъ Аристотеля, представленіе, что человѣкъ есть существо общежительное по своей природѣ.

Имѣемъ ли мы основаніе утверждать, что всегда человѣкъ жилъ въ обществѣ, другими словами, что человѣкъ никогда не жилъ внѣ общества? Конечно, при этомъ общество понимается въ раскрытомъ выше значеніи, а не въ смыслѣ случайныхъ встрѣчъ особой одного вида, не въ смыслѣ половыхъ сближеній, не въ смыслѣ попеченія матери о дѣтяхъ. Общество, какъ сотрудничество, предполагаетъ наличность нѣкоторыхъ условій экономическаго и психологическаго характера. Пока человѣкъ питается собираніемъ естественныхъ благъ, соединеніе своихъ силъ съ чужими имѣетъ мало значенія для него. По своему духовному складу онъ не въ состояніи цѣнить значеніе общественности, какъ самоцѣли, потому что для этого общество должно пройти стадію средства къ цѣли личнаго самосохраненія. Общественность человѣка есть свойство, усвоенное имъ въ теченіе долгаго періода его видового развитія и проникающее его все больше и больше по настоящее время.

Въ пользу того, что человѣкъ есть животное общественное по своей природѣ, ссылаются на примѣръ высшихъ животныхъ, примыкающихъ ближе всего къ человѣку¹⁾. Однако, этотъ примѣръ требуетъ осторожности. Въ общей лѣсницѣ живыхъ существъ, къ которой примыкаетъ человѣкъ, не замѣчается усиленія общественности по мѣрѣ повышенія животнаго типа. Далекѣ отстоящія насѣкомыя живутъ общественною жизнью наиболѣе интенсивно, между тѣмъ какъ львы, тигры, орлы живутъ изолированно. Условія питанія послѣднихъ, требующія большого пространства, не благоприятны ихъ сплоченію. Неизвѣстно, почему мы должны причислять человѣка, съ его сравнительно высокимъ умомъ, къ разряду дикихъ ословъ, антилопъ, бизоновъ, а не къ разряду крупныхъ хищниковъ?

Нарожденіе общественной жизни покрыто глубокимъ мракомъ. Мы не можемъ съ точностью опредѣлить ни момента, ни формы первой общественности. Но мы можемъ предположить, что первая потребность въ сотрудничествѣ обнаружилась тогда, когда человѣкъ, изобрѣтая орудія, понялъ значеніе взаимной помощи при охотѣ на большихъ животныхъ.

Болѣе твердая почва ощущается, когда мы переходимъ къ вопросу о новообразованіяхъ общественныхъ. Здѣсь мы не только можемъ дѣлать апріорныя предположенія, но и находимъ апостеріорныя подтвержденія. Первоначальныя новообразованія должны были происходить подобно низшимъ организмамъ—путемъ подѣленія. Изъ общества, увеличивающагося посредствомъ естественнаго размноженія, образуются два или три общества. Образецъ такого новообразованія данъ въ Библии. Когда между пастухами Авраама и Лота стали возникать пререканія, потому что земля оказалась непомѣстительною для всѣхъ, сказалъ Авраамъ Лоту: „Да не будетъ раздора между мною и тобою, и между пастухами моими и пастухами твоими, ибо мы родственники; не вся ли земля передъ тобою; отдѣлись же отъ меня; если ты налѣво, то я направо; а если ты направо, то я налѣво“²⁾.

Совершенно обратный примѣръ наблюдается при новообразо-

¹⁾ Ковалевскій, *Соціологія*, т. II, стр. 39.

²⁾ Книга Бытія, гл. XIII.

ваніи путемъ сложенія: нѣсколько самостоятельныхъ группъ сливаются въ одно общество. Причина та же, что и въ предшествующемъ случаѣ—борьба за существованіе. Но въ первомъ случаѣ недостатокъ средствъ привелъ къ дѣленію группы, въ другомъ приводитъ къ сложенію группъ, потому что обнаружилась ограниченность средствъ и явилась потребность совместнаго отстаиванія незамѣнимыхъ средствъ. Такое сложеніе можетъ выразиться въ формѣ союза оборонительнаго, когда происходитъ совместное отстаиваніе насиженныхъ мѣстъ пропитанія противъ внѣшняго давленія со стороны сильнѣйшей общественной группы. Такъ, напр., въ Атикѣ, согласно сказанію, 12 общественныхъ группъ (общинъ), подъ вліяніемъ внѣшняго напора съ сѣвера, образовали, благодаря Тезею, одну новую группу. Сложеніе можетъ принять форму наступательнаго союза, когда, не имѣя возможности найти достаточнаго пропитанія на старыхъ мѣстахъ, рѣшаются на переселеніе, и потому соединяются для того, чтобы совместными усиліями преодолѣть вѣроятное сопротивленіе общественныхъ группъ, занимающихъ желанныя мѣста. Эпоха переселенія народовъ особенно богата образцами такихъ новообразованій.

Передвиженіе значительныхъ группъ съ цѣлью пріобрѣтенія недостающихъ или лучшихъ средствъ существованія, приводитъ къ новообразованію особаго вида. Успѣхъ наступательнаго движенія можетъ имѣть своимъ результатомъ или совершенное уничтоженіе группы, занимавшей ранѣе мѣста, взятыя силою, или же къ подчиненію побѣжденной группы власти побѣдившей группы и образованію новаго общества на началѣ властвованія. По мнѣнію нѣкоторыхъ въ этомъ моментѣ общественнаго развитія необходимо видѣть всегда зарожденіе государства, потому что сожителство побѣдителей и побѣжденныхъ требуетъ организациі постоянной власти, которая и составляетъ характерный признакъ государственнаго союза. Однако нельзя отрицать, что утвержденіе власти можетъ имѣть мѣсто и въ оборонительномъ союзѣ съ цѣлью отраженія внѣшняго напора, такъ же, какъ и въ наступательномъ союзѣ съ цѣлью закрѣпленія достигнутыхъ напоромъ успѣховъ.

Новорожденное государство въ интересѣ самосохраненія, вы-

нуждено заботиться о количественномъ и качественномъ своемъ содержаніи, потому что въ борьбѣ за существованіе одерживаетъ побѣду государство наиболѣе крупное и крѣпкое. Ростъ общественной группы, получившей образъ государства, производится или путемъ естественнаго размноженія или же посредствомъ насильственнаго включенія въ свой составъ сосѣднихъ общественныхъ группъ. Сплоченіе разросшагося государства достигается путемъ государственной власти и права, играющихъ роль цемента, связующаго большія массы въ стройное и прочное зданіе.

Въ вопросѣ о преемственности групповыхъ образованій затрудненіе встрѣчается главнымъ образомъ въ пониманіи первой формы. Является ли такимъ исходнымъ пунктомъ семья или же соединеніе индивидовъ обоого пола внѣ семейныхъ началъ. Господствующе мнѣніе склоняется къ признанію, что семья есть позднѣйшее образованіе, которому предшествуетъ общественная группировка, построенная не на половомъ и кровномъ сближеніи, а на хозяйственномъ сотрудничествѣ. Семья только тогда становится общественной группой, когда измѣненіе хозяйственныхъ условій благоприятствуетъ превращенію ея въ самодовлѣющее хозяйство. Дальнѣйшее движеніе, повидимому, болѣе опредѣленно: отъ семьи, ставшей патріархальной, черезъ родъ, къ племени. Всѣ эти группы сплачиваютъ индивидовъ одинаго коллективнаго типа и въ этомъ ихъ внутренняя крѣпость. Государство, создавшееся изъ соединенія племенъ, строитъ свою внутреннюю крѣпость на усиленіи взаимной зависимости частей, связанныхъ хозяйственными и правовыми нитями.

Условія борьбы за самосохраненіе приводятъ къ увеличенію объема обществъ. Но чрезмѣрное разрастаніе группы приводитъ къ ослабленію связей общества съ составляющими его индивидами. Тогда, не распадаясь на части, общество создаетъ въ своей средѣ новыя общественныя образованія, охватывающія индивида болѣе тѣснымъ кругомъ. Такой процессъ наблюдается особенно ярко въ наше время.

ГЛАВА IV.

Правила общежитія.

§ 20.

Содержаніе соціальныхъ нормъ.

Литература: Wundt, *Ethik*, 3 изд. 1903, т. II, стр. 164—223; Biering, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд., т. I, 1890.

Гдѣ есть общество, тамъ должны быть и правила общежитія, или соціальныя нормы. Соціальныя нормы опредѣляютъ поведеніе человѣка въ обществѣ, а слѣдовательно отношеніе человѣка къ другимъ людямъ.

Откуда исходятъ соціальныя нормы, съ которыми индивидъ долженъ сообразовать свое поведеніе? Можно ли предположить, что онѣ вырабатываются каждымъ индивидомъ самостоятельно? Нельзя, конечно, отрицать, что отдѣльныя сильныя личности доходятъ до новыхъ правилъ, которыя потомъ могутъ сдѣлаться правилами общаго поведенія. Но большинство воспринимаетъ правила въ готовомъ видѣ изъ окружающей среды. Даже передовые индивиды, прокладывая дорогу тому или иному правилу, во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ слѣдуютъ уже установленнымъ нормамъ. Самый крупный моральный проповѣдникъ все же сынъ своего времени и продуктъ своей среды.

Нормы, опредѣляющія поведеніе индивида въ обществѣ, даются ему извнѣ. Онѣ исходятъ всегда отъ авторитета, который пріобрѣтается въ глазахъ подчиняющагося индивида благодаря власти, силѣ, уваженію. Такія правила поведенія могутъ исхо-

дять отъ отца къ дѣтямъ, отъ хозяина къ прислугѣ, отъ фабриканта къ рабочимъ, отъ учителя къ ученикамъ, отъ начальника къ подчиненнымъ, отъ корпораціи къ ея членамъ, отъ общественаго кружка къ отдѣльнымъ лицамъ, его составляющимъ, отъ государственной власти къ гражданамъ, отъ всего общества къ отдѣльнымъ его единицамъ.

Благодаря авторитету, отъ котораго нормы исходятъ, онѣ всегда звучатъ авторитетно, въ формѣ повелѣній: „не убивай“, „люби ближняго твоего“, „будь вѣжливъ въ обращеніи“. Повелительная форма характерна для каждой нормы и отвѣчаетъ ея дѣйствительной сущности. Соціальная норма не есть ни сужденіе, ни совѣтъ, ни просьба, но всегда повелѣніе. Мы можемъ себѣ представить сужденіе слѣдующаго рода: если купецъ будетъ обманывать своихъ покупателей, то онъ подорветъ свою собственную торговлю. Мы можемъ представить себѣ совѣтъ отца при открытіи сыномъ самостоятельной торговли: не обманывай покупателей, а то самъ пострадаешь. Можно предположить просьбу, съ которою обращается къ купцу одинъ изъ покупателей, принесшій свои сбереженія для покупки дорого стоящей вещи: пожалѣй бѣднаго человѣка и не обманывай. Но мы, вѣроятно, сейчасъ согласимся, что соціальная норма звучитъ совсѣмъ не такъ: не обманывай, заявляетъ нравственная норма, не обманывай, вторитъ ей уголовный законъ. И то, что отличаетъ ихъ заявленіе отъ предшествующихъ,—это повелѣніе, содержащееся въ ихъ обращеніи.

Что же именно отличаетъ повелѣніе отъ просьбы, совѣта, сужденія? Это угроза, содержащаяся въ обращеніи. Конечно, дѣло не въ формѣ. Требованіе, выраженное въ повелительной формѣ, превращается въ просьбу, если у требующаго нѣтъ средствъ настоять на своемъ волеизъявленіи. И, наоборотъ, просьба, сопровождаемая угрозою невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ неисполненія, не можетъ своею формою скрыть повелительнаго содержанія. Всякое повелѣніе необходимо связывается съ угрозою со стороны повелѣвающаго по адресу тѣхъ, къ кому оно обращено.

Отсюда слѣдуетъ, что всякая соціальная норма обращена къ существу, способному воспринять повелѣніе и сообразовать съ нимъ свое поведеніе. Соціальныя нормы дѣйствуютъ въ отно-

шеніи существъ, одаренныхъ разумомъ и волей. Необходимо, чтобы существо, воспринимающее норму поведенія, могло оцѣнить значеніе обращенной къ нему угрозы и могло силой своей воли направить свои дѣйствія въ сторону отъ угрожающихъ послѣдствій.

Послѣднее положеніе подкрѣпляетъ выставленное ранѣе утвержденіе, что социальная норма опредѣляетъ всегда поведеніе человѣка въ отношеніи другихъ людей. Но, по своему строенію, нѣкоторыя социальныя нормы способны возбудить и, дѣйствительно, возбуждаютъ представленіе, будто социальныя нормы въ состояніи опредѣлять отношенія и иного рода.

Кромѣ отношенія человѣка къ человѣку, мыслимы отношенія человѣка: а) къ самому себѣ, б) къ Богу и в) къ внѣшнему міру.

Человѣкъ можетъ относиться съ большимъ или меньшимъ вниманіемъ къ состоянію своего здоровья, можетъ уважать себя или глубоко презирать, можетъ высоко ставить свои способности и нравственныя качества или цѣнить ихъ очень низко,— все это отношенія, которыя не могутъ быть опредѣляемы социальными нормами. Устанавливаемая самимъ человѣкомъ, правила отношенія къ самому себѣ обязательны для него лишь настолько, насколько это ему угодно. Онъ можетъ не соблюдать ихъ вовсе, нарушать когда угодно, измѣнять, какъ ему вздумается. Посторонняя сила не можетъ установить подобныхъ нормъ, потому что никто, кромѣ самого человѣка, не заинтересованъ въ ихъ соблюденіи, и потому что никто не въ состояніи наблюдать и настаивать на исполненіи такихъ нормъ. Подобная независимость совершенно не согласуется съ представленіемъ объ обязательности, какая присуща социальной нормѣ.

Если встрѣчаются иногда социальныя нормы, которыя съ перваго взгляда кажутся опредѣляющими отношеніе человѣка къ самому себѣ, то при ближайшемъ разсмотрѣніи тотчасъ обнаружится ошибочность такого впечатлѣнія и за отношеніемъ человѣка къ самому себѣ откроется отношеніе человѣка къ другимъ людямъ. Пьянство, мотовство, праздность, противоестественные пороки, осуждаются, сознательно или безсознательно, со стороны интересовъ общества, которому грозило бы разрушеніе, если бы

такія наклонности получили значительное распространеніе среди его членовъ. Одобряя стремленіе человѣка къ умственному и нравственному самоусовершенствованію, поощряя трудолюбіе, эту буржуазную добродѣтель новаго времени, смѣнявшую прежнюю рыцарскую доблесть феодальнаго строя, общество чувствуетъ, если не сознаетъ, выгоду для всѣхъ отъ такого поведенія. Законъ не опредѣляетъ отношеніе человѣка къ своему здоровью, но онъ вмѣшивается въ эту область, когда отношеніе человѣка къ своему здоровью соединяется съ отношеніемъ къ другимъ лицамъ, напр., въ случаѣ членовредительства съ цѣлью уклоненія отъ воинской повинности ¹⁾.

Такъ же мало способны соціальныя нормы опредѣлять отношеніе человѣка къ Богу. Представленіе человѣка о Божествѣ и его атрибутахъ вызываетъ въ немъ сознаніе полной зависимости отъ Высшаго Существа и стремленіе своею вѣрою и своими дѣлами заслужить его расположеніе. Мотивомъ, побуждающимъ къ соблюденію должнаго отношенія къ Божеству, является, помимо сознанія своей ничтожности, опасеніе возмездія со стороны Всемогущаго Существа, ожиданіе благъ въ земной и особенно въ загробной жизни. Отношеніе человѣка къ Богу со стороны чисто внутренней, со стороны мыслей и чувствъ, обращенныхъ къ Богу, не можетъ быть опредѣляемо соціальными нормами. Если бы общество взяло на себя опредѣлить уваженіе, любовь, страхъ человѣка въ отношеніи къ Божеству, оно сейчасъ же почувствовало бы свое безсиліе. Соблюденіе религіозныхъ нормъ, опредѣляющихъ отношеніе человѣка къ Высшему Существому со стороны лицъ вѣрующихъ, обезпечивается средствами несравненно болѣе сильными, чѣмъ тѣ, какими располагаетъ общество. Никакіе внѣшніе способы воздѣйствія не въ состояніи проникнуть въ глубину души и оказать тамъ свой эффектъ. Мысль о возможности для общественной власти нормировать отношеніе человѣка къ Богу, гарантировать послѣдняго отъ оскорбленій со стороны смертнаго, охранять его интересы—самая эта мысль не очень далека отъ кощунства.

¹⁾ Отрицають обязанности въ отношеніи самого себя Милль, О свободѣ, изд. 1900, стр. 348, Зиммель, Соціальная дифференціація, изд. 1909, стр. 87.

Но дѣло въ томъ, что религіозное представленіе не остается всецѣло на субъективной почвѣ, а стремится перелестись на другихъ. Человѣкъ не только самъ вѣруетъ, но хочетъ чтобы и другіе также вѣровали, и въ этомъ совмѣстномъ вѣрованіи находятъ новый источникъ для своего религіознаго чувства. Совокупность людей, одинаково вѣрующихъ, образуетъ религіозное общество, которое, какъ и всякое общество, нуждается въ правилахъ. На почвѣ религіознаго общенія создаются нормы, которыя опредѣляютъ взаимныя отношенія вѣрующихъ по поводу ихъ вѣрованія. Это социальнорелигіозныя нормы. Они или предполагаются исходящими отъ самого Божества или вырабатываются совокупностью вѣрующихъ. Религіозныя нормы социальнаго характера имѣютъ своею цѣлью опредѣлять не должное отношеніе человѣка къ Богу, а должное отношеніе къ другимъ вѣрующимъ, предупреждая, чтобы внѣшнее оказательство религіозныхъ чувствъ одного не оскорбляло религіозныхъ чувствъ другихъ. Если извѣстное общество, напр., въ Америкѣ, относясь съ полною терпимостью къ любому вѣроисповѣданію, негодуетъ при видѣ атеиста, то причина тому заключается въ опасеніи, что рационалистическая критика идеи Бога способна вытравить въ комъ-либо изъ вѣрующихъ дорогую ему вѣру. На той же почвѣ стоитъ законъ, карающій богохуленіе. Съ точки зрѣнія отношенія къ Божеству, послѣднее будетъ одинаково оскорблено, произойдетъ ли богохуленіе мысленно или словесно, будетъ ли оно услышано другими или нѣтъ. Но для закона такое оскорбленіе имѣетъ значеніе только тогда, когда оно воспринято вѣрующими.

Наконецъ, не подлежитъ опредѣленію со стороны социальныхъ нормъ и отношеніе человѣка къ внѣшнему міру. Здѣсь сфера техническихъ, а не социальныхъ нормъ. Мыслима ли социальная норма, которая постановляла бы, что степень урожая должна соответствовать количеству затраченнаго труда? Но это и была бы именно норма, опредѣляющая отношеніе человѣка къ природѣ. Напротивъ, мы вполне можемъ представить себѣ норму, обязывающую земледѣльцевъ прилагать къ обработкѣ земли установленное количество труда, пользоваться извѣстными орудіями, обеспечивающими большой урожай. Если мы допускаемъ возможность такой социальной нормы, такъ это потому, что содер-

жаніе ея составляетъ отношеніе человѣка не къ природѣ, а къ другимъ людямъ. Представимъ себѣ норму, опредѣляющую, что вода съ участковъ, выше расположенныхъ, должна стекать на участки ниже лежаціе. Въ такой формѣ никто не признаетъ въ этомъ положеніи соціальной нормы. Но, если къ этому присоединить, что собственникъ участка, ниже лежащаго, не долженъ оказывать препятствія свободному стоку воды съ участка, выше расположеннаго, посредствомъ стѣнъ, запрудъ и т. п., то мы тотчасъ узнаемъ норму права. Измѣненіе состояло въ томъ, что предметомъ опредѣленія сдѣлалось не отношеніе человѣка къ природѣ, а отношеніе человѣка къ человѣку. Собаки не должны бѣгать по улицамъ безъ намордника—въ такомъ видѣ норма непонятна, но она пріобрѣтаетъ тотчасъ же смыслъ юридической нормы, какъ только мы прибавимъ: если это случится, то хозяинъ собаки подвергается денежному штрафу.

Между тѣмъ, не смотря на очевидность указаннаго положенія, нерѣдко высказывается мысль, будто правовыя нормы могутъ имѣть своею цѣлью опредѣленіе отношеній человѣка къ внѣшнему міру. Такъ, напр., право собственности признаютъ опредѣленіемъ отношенія человѣка къ матеріальной вещи, составляющей предметъ этого права. Человѣкъ ставится какъ бы въ непосредственное отношеніе къ вещи, независимо отъ другихъ людей, и это отношеніе называется правовымъ, т.-е. соціальнымъ. Но при этомъ упускается изъ виду, что сущность права собственности заключается не въ отношеніи собственника къ вещи, такъ какъ онъ можетъ, по своему усмотрѣнію, лишить это отношеніе какого-либо содержанія, оставивъ вещь безъ всякаго пользованія, а въ отношеніи всѣхъ другихъ лицъ къ собственнику.

Многіе, если и соглашаются, что соціальныя нормы не могутъ вообще опредѣлять отношеніе человѣка къ природѣ, то все же выдѣляютъ изъ послѣдней одушевленные предметы и утверждаютъ, что отношенія человѣка къ нимъ могутъ опредѣляться нормами нравственности и права. Запрещеніе терзать, истязать животныхъ рассматривается какъ охраненіе ихъ физической неприкосновенности. За животными признаютъ права.

Но взглядъ этотъ слѣдуетъ признать совершенно невѣрнымъ. Животныя не члены человѣческаго общества, вырабатывающаго

себѣ правила общежитія, не соучастники общественнаго сотрудничества въ борьбѣ съ природой. Соціальныя нормы, обращаемыя къ сознанию, не могутъ быть постигаемы животными, потому что ихъ пониманію остаются чуждыми требованія нравственнаго и правоваго порядка. Если человѣкъ долженъ относиться къ животнымъ съ тѣмъ же уваженіемъ ихъ физической неприкосновенности, какъ и къ людямъ, чѣмъ же оправдать различіе, допускаемое обществомъ въ отношеніи къ животнымъ вреднымъ, какъ волки, медвѣди, крысы, и къ животнымъ полезнымъ, какъ лошади, собаки, кошки? Какъ можно допускать охоту, какъ можно терпѣть вивисекцію? Все это вполне объяснимо съ точки зрѣнія рѣзкаго раздѣленія между обществомъ людей и внѣшнимъ міромъ, куда относятся и всѣ животныя. Въ отношеніи къ послѣднимъ дѣйствуютъ только техническія нормы. Насколько животный міръ способенъ грозить интересамъ человѣка, общество не станетъ стѣсняться никакими средствами искорененія своихъ враговъ, ни въ чемъ неповинныхъ. Насколько человѣкъ нуждается для своего благополучія въ использованіи силъ животныхъ, общество никогда не осудитъ его за эгоистичное отношеніе къ животному міру.

Если нравственность и право запрещаютъ безцѣльныя истязанія животныхъ, то въ этомъ выражается охрана интересовъ не животныхъ, а общества. Нравственное чувство возмущается терзаніями животнаго, которыя производятся надъ существомъ способнымъ страдать, не ради какихъ-либо настоятельныхъ интересовъ человѣка, а ради одного удовольствія мучить. Нравственное возмущеніе объясняется тѣмъ, что въ такомъ безцѣльномъ истязаніи выражается жестокость человѣка, опасная не только для животныхъ, но и для другихъ людей. Начиная съ животнаго, человѣкъ легко можетъ перенести свое удовольствіе мучить и на своихъ ближнихъ. Возможность терзать животныхъ вызываетъ въ человѣкѣ вновь, заглушіе было подъ вліяніемъ общественности, дикіе инстинкты и угрожаетъ обществу тѣми опасностями, отъ которыхъ оно въ теченіе долгаго времени обезпечивалось. Вотъ почему разумное правило педагогики запрещаетъ ребенку обрывать мухамъ крылья, душить птицъ, вѣшать кошекъ, давить мышей, полавшихъ въ клѣтку, къ чему дѣти бывають отъ при-

роды весьма склонны. Наблюденіе надъ ожесточающимъ вліяніемъ грубаго обращенія съ животными, хотя бы и вызваннаго общеполезною цѣлью, придаетъ то своеобразное значеніе, которое соединяется со словомъ „мясникъ“.

Если нормы права признають силу завѣщательнаго распоряженія, которымъ въ пользу попугая или собаки оставляется сумма, необходимая на ихъ содержаніе, то и въ этомъ случаѣ охраняется не интересъ животного, которое и не способно отстаивать свое право, а интересъ завѣщателя. За животнымъ, которое съ перваго взгляда могло бы показаться обладателемъ правъ, всегда скрывается человѣкъ. Если поддаваться первому впечатлѣнію, то съ одинаковымъ успѣхомъ можно было бы признать права за тѣми заповѣдными дубами, физическую неприкосновенность которыхъ Петръ Великій охранялъ страхомъ смертной казни ²⁾.

Итакъ, социальныя нормы могутъ имѣть своимъ содержаніемъ только опредѣленіе отношеній человѣка къ человѣку.

Нормы, какъ правила, по которымъ должно происходить поведеніе человѣка, могутъ быть смѣшаны съ законами природы или законами въ научномъ смыслѣ. Подъ этимъ послѣднимъ именемъ понимается постоянство въ соотношеніи между явленіями: одно явленіе всегда существуетъ одновременно съ другимъ опредѣленнымъ явленіемъ или за однимъ явленіемъ слѣдуетъ всегда опредѣленное другое явленіе. Сходство между такими законами и нормами ограничивается однообразною повторяемостью явленій, порядкомъ. Смѣшеніе между ними возбуждается сродствомъ выраженій: камень, брошенный вверхъ, дол-

²⁾ Бенгамъ, желая распространить область нравственныхъ отношеній за предѣлы человѣческаго общества, говоритъ, что вопросъ не въ томъ, обладаютъ ли животныя разумомъ и могутъ ли они говорить, а въ томъ, могутъ ли они страдать (*Deontologie*, I, 22). Но Бенгамъ упустилъ изъ виду, что вопросъ именно въ томъ, способны ли животныя усваивать нормы поведенія, устанавливаемыя людьми въ интересахъ общежитія. По мнѣнію Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 1893, стр. 441, ноѣ придерживающіеся въ этикѣ утилитарнаго направленія, должны принять взглядъ Бенгама. Наоборотъ. Утилитаріанизмъ признаетъ нормы нравственности полезнымъ средствомъ охраны человѣческаго общежитія, человѣческихъ интересовъ. Противоположнаго можно было бы ждать отъ абсолютной этики. Однако великій моралистъ Кантъ утверждаетъ, что человѣкъ не можетъ имѣть нравственныхъ обязанностей въ отношеніи низшихъ существъ (*Metaph. Anfangsgründe d. Tugendlehre*, §§ 16 и 17),— взглядъ, возмущившій Шопенгауэра, *Основы морали*, стр. 192.

женъ упасть потомъ внизъ, и человѣкъ долженъ соблюдать данное слово. Но порядокъ, установленный закономъ въ научномъ смыслѣ, составляетъ необходимость, недопускающую никакихъ уклоненій,—камень не можетъ не падать внизъ. Напротивъ, порядокъ, установленный нормами, допускаетъ возможность уклоненій всякій разъ, какъ воля дѣйствующаго лица не имѣетъ достаточно мотивовъ, чтобы сообразоваться съ нормами,—человѣкъ можетъ нарушить данное слово. Тогда какъ примѣненіе нормъ стоитъ въ зависимости отъ воли тѣхъ, къ кому онѣ обращены, сила естественныхъ законовъ не зависитъ отъ воли тѣхъ, кто подчиненъ ихъ дѣйствию. Поэтому законъ въ научномъ смыслѣ выражаетъ существующее, тогда какъ норма—долженствующее, т. е. не то, что всегда бываетъ, а то, что хотя обыкновенно и бываетъ, но въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ и не быть.

Законамъ въ научномъ смыслѣ подчинены не только явленія внѣшняго міра, но и душевнаго, а также явленія общественной жизни. Существованіе и развитіе социальныхъ нормъ, какъ явленій, не произвольны, а стоятъ подъ безусловнымъ дѣйствіемъ законовъ. Установленіе социальныхъ нормъ происходитъ по законамъ, соблюденіе или нарушеніе социальныхъ нормъ происходитъ также по законамъ. Но все же нельзя сказать, что „всѣ нормы суть особая формы осуществленія законовъ природы“³⁾. Нормы, какъ явленія, сами подчинены дѣйствию законовъ, а потому не должны быть смѣшиваемы съ ними.

§ 21.

Виды социальныхъ нормъ.

Литература: Wundt, *Ethik*, т. I, стр. 20—279; Jhering, *Zweck im Recht*, т. II; Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, 2 тома, 1907; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, Тönnies, *Die Sittē*, 1910; Спенсеръ, *Обрядовыя учрежденія*, рус. пер. 1880.

Если на самыхъ раннихъ ступеняхъ культуры общественная жизнь испытываетъ, какъ и теперь, дѣйствіе нормъ, то существенное различіе обнаруживается въ томъ, что въ неразвитомъ

³⁾ Виндельбандъ, *Прелюдіи*, стр. 206.

состояніи общества замѣчается однородность социальныхъ нормъ, тогда какъ въ дальнѣйшемъ ходѣ исторіи социальныя нормы подвергаются закону дифференціаціи. Въ началѣ нормы представляютъ единую, крѣпкую и устойчивую сѣть, которая покрываетъ всѣхъ индивидовъ, принадлежащихъ къ группѣ. Возражая тѣмъ, кто полагаетъ, что дикарь пользуется большею личною свободою въ сравненіи съ той, какая принадлежитъ цивилизованному человѣку, Леббокъ замѣчаетъ: „едва ли можно заблуждаться сильнѣе. Дикарь, напротивъ, нигдѣ и никогда не бываетъ свободенъ. Во всѣхъ странахъ міра обыденная жизнь дикаря регулируется весьма сложнымъ и часто крайне неудобнымъ кодексомъ обычаевъ, столь же обязательныхъ, какъ и законы, и странныхъ ограниченій и привилегій“¹⁾.

Въ основѣ всѣхъ этихъ правилъ лежитъ одна основная идея—самосохраненія. Какъ индивидъ сообразуетъ свое поведеніе и устанавливаетъ правила своей дѣятельности, руководствуясь началомъ личнаго самосохраненія, такъ и общество, совокупность индивидовъ, въ интересахъ своего самосохраненія, ставитъ такія границы стремленіямъ своихъ членовъ, которыя, по опыту, наиболѣе отвѣчаютъ укрѣпленію общественности. Странно было бы, если бы совокупность индивидовъ, образующихъ общество, въ обычныхъ условіяхъ своей жизни отступила отъ того руководящаго принципа, которымъ руководствуется каждый индивидъ въ отдѣльности. Каждый индивидъ ищетъ такихъ условій, при которыхъ его благополучіе обезпечивалось бы наиболѣе полно. Умножая такіе взгляды и такія стремленія, мы только получимъ общественныя тенденціи, т.е. взгляды и стремленія большинства, которому вынуждено подчиниться меньшинство. Нормы, исходящія отъ общества и тяжело придавливающія нѣкоторыхъ индивидовъ, такъ же эгоистичны, какъ и желанія этихъ послѣднихъ,—борьба рѣшается силою, не всегда физическою. Если бы обществу не удалось побѣдить, ему пришлось бы погибнуть. Въ его побѣдѣ обезпечивается большинству индивидовъ безопасное стремленіе къ своему благополучію. Эта побѣда выражается въ установленіи социальныхъ нормъ.

¹⁾ Леббокъ, *Начало цивилизаціи*, 1896, стр. 308—309.

При такомъ значеніи соціальныхъ нормъ дѣйствіе ихъ поддерживается всѣми. Чѣмъ меньше группа, тѣмъ очевиднѣе для всякаго связь соціальной нормы съ его личнымъ благополучіемъ. Чѣмъ менѣе дифференцированы нормы, тѣмъ болѣе нарушение каждой изъ нихъ вызываетъ реакцію со стороны всѣхъ. Высоко цѣня храбрость, какъ основное соціальное качество, „все племя, какъ одно цѣлое, можетъ раздавить своимъ презрѣніемъ низкихъ и трусливыхъ, или дать въ награду славу, изъ-за которой отважные члены рискуютъ всѣми благами и самою жизнью. Путешественники замѣтили, что женщины, какъ бы онѣ ни были угнетены, умѣютъ давать почувствовать свое вліяніе въ этомъ направленіи, и многіе воины, сердце которыхъ дрогнуло бы передъ лицомъ непріятеля, удержались отъ бѣгства, подумавъ о насмѣшкахъ дѣвушекъ въ случаѣ, если бы они пришли къ себѣ въ деревню безъ ранъ, но съ позоромъ“ ²⁾. Высокій нравственный долгъ — мѣсть за близкихъ. „Отмщеніе за смерть родственниковъ является самою священною обязанностью, къ совершенію которыхъ призывается туземецъ. Если онъ оставитъ эту обязанность невыполненною, надъ нимъ будетъ издѣваться всякая старуха; если онъ не женатъ, ни одна дѣвушка не станетъ даже разговаривать съ нимъ; если у него есть жены, онѣ бросятъ его; его мать будетъ стонать и плакать, что родила такого выродка сына; его отецъ будетъ обращаться съ нимъ пренебрежительно, и онъ сдѣлается предметомъ всеобщаго презрѣнія“ ³⁾. Съ народженіемъ частной собственности она ставится подъ охрану общественнаго мнѣнія. „По мѣрѣ того, какъ понятіе о собственности расширяется, прекращается возможность защищать ее исключительно физическими средствами одного лица и вмѣсто того является охрана цѣлой союзной группы; эта охрана, впрочемъ, имѣетъ скорѣе моральный характеръ“ ⁴⁾, который можетъ выразиться въ глухомъ неодобреніи, но можетъ подняться и до казни. „Когда я жилъ, — говоритъ Уоллесъ, — между южно-американскими дикарями и на востокѣ, то мнѣ случалось проживать въ такихъ общинахъ, гдѣ не имѣлось ни законовъ, ни судовъ, ничего, кромѣ

²⁾ Тайгоръ, *Антропология*, 1898, стр. 403—404.

³⁾ Летурино, *Соціология*, 1905, стр. 83.

⁴⁾ Линнертъ, *Исторія культуры*, 1904, стр. 250.

свободно выраженнаго общественнаго мнѣнія всей деревни. Здѣсь каждый самымъ совѣстливымъ образомъ уважаетъ права другого, такъ что здѣсь никогда, или почти никогда, не случается никакого нарушенія этихъ правъ. Въ такой общинѣ всѣ приблизительно равны между собой“⁵⁾).

Если соціальныя нормы въ началѣ, при недифференцированномъ состояніи, поддерживаются всѣ силою общаго мнѣнія, то онѣ всѣ въ равной мѣрѣ надавливаютъ на каждого члена, подводя все подъ средній уровень и не давая мѣста индивидуальнымъ проявленіямъ. „Борьба личности противъ стародавняго обычая—это борьба карлика съ великаномъ; бранный индивидъ борется противъ огромнаго, обладающаго громадною живучестью существа, которому онъ самъ обязанъ своимъ бытіемъ и своими силами“⁶⁾. Къ счастью для индивида, онъ самъ мало еще чувствуетъ потребность противопоставлять себя обществу.

Переходъ соціальныхъ нормъ отъ состоянія однородности къ состоянію разнородности выразился въ томъ, что на мѣстѣ правилъ обжежитія оказались: право, нравственность, приличіе, къ которымъ нѣкоторые присоединяютъ моду или еще обряды. Дифференціація соціальныхъ нормъ возбуждаетъ вопросъ о сущности каждого изъ видовъ и о признакахъ, отличающихъ одинъ видъ отъ другого. Оставляя для спеціальнаго разсмотрѣнія вопросъ о сущности нравственности и права и ихъ взаимномъ отношеніи, мы должны сейчасъ же выяснитъ, въ чемъ состоитъ отличіе этихъ двухъ видовъ нормъ отъ всей остальной массы, не дифференцированной, которая обыкновенно называется нравами.

Штаммлеръ различаетъ два класса соціальныхъ правилъ: 1) правовыя установленія и 2) всѣ тѣ нормы, какими являются правила приличія и обычая, предписанія этикета, форма общественныхъ сношеній въ болѣе узкомъ смыслѣ, мода и разнообразныя внѣшніе обряды, какъ, напр., въ кодексѣ рыцарской чести. Правила второго рода Штаммлеръ называетъ конвенціональными, условными⁷⁾. Гдѣ же критерій, съ помощью котораго можно провести различіе между тѣмъ и другимъ классомъ? Право проявля-

⁵⁾ Спенсеръ, *Основанія социологіи*, 1876, т. I, стр. 73.

⁶⁾ Шурцъ, *Исторія первобытной культуры*, 1907, стр. 174.

⁷⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, т. I, стр. 131—140, т. II, стр. 159.

ется въ формѣ абсолютнаго повелѣнія, тогда какъ конвенціональнныя правила—въ формѣ приглашенія. Право „имѣть притязаніе повелѣвать, совершенно не считаясь съ согласіемъ тѣхъ, кому оно повелѣваетъ. Правовая норма сама рѣшаетъ, кто ей подчиненъ, при какихъ условіяхъ то или другое лицо вступаетъ въ установленный ею союзъ и когда можетъ изъ него выйти. Кто пытается выйти изъ-подъ власти закона или внѣшнимъ образомъ дѣйствительно изъ-подъ нея уходить, тотъ нарушаетъ право, но не дѣлается отъ него свободнымъ; онъ, какъ и прежде, остается во власти права“. Напротивъ, „конвенціональное правило представляетъ собою условное предложеніе поступать известнымъ образомъ въ его формальномъ значеніи. Это правило притязуетъ на обязательное значеніе лишь тогда, когда это послѣднее является результатомъ добровольнаго подчиненія данному правилу со стороны тѣхъ, къ кому оно обращается“. Напр., кто не кланяется, не можетъ ждать отвѣтнаго поклона, кто не соглашается на сдѣланный ему вызовъ, тотъ стоитъ внѣ рыцарскаго кодекса чести.

Предлагаемый Штаммлеромъ критерій не выполняетъ своего назначенія. Можно подумать, что конвенціональное правило содержитъ предложеніе общества исполнять его правила по усмотрѣнію: „хочешь соблюдай, хочешь—нѣтъ“. Но разъ общество установило правила общежитія, хотя бы это было правило приличія, оно будетъ его поддерживать имѣющимися у него средствами воздѣйствія. Уклонившійся отъ соблюденія конвенціональнаго правила долженъ ожидать неприятности, какъ и при нарушеніи нормы права. Отказавшійся дать удовлетвореніе можетъ встрѣтить презрительное отношеніе въ томъ общественномъ кругѣ, съ которымъ онъ связанъ рожденіемъ, воспитаніемъ и положеніемъ; уклонившійся отъ своевременной очистки двора, подвергается денежному штрафу. Штаммлеръ, повидимому, думаетъ, что отъ послѣдствій перваго рода человѣкъ можетъ уклониться, уйдя изъ презирающаго его общественнаго круга. Но это не всегда такъ легко, какъ кажется Штаммлеру. Съ другой стороны, съ такимъ же основаніемъ можно предложить гражданину уйти изъ того государства, законы котораго ему не по душѣ. Непонятно, что хочетъ сказать Штаммлеръ, когда утверждаетъ, что

нельзя освободиться отъ права. Переменная подданства въ сущности представляется нежеланіемъ подчиняться правиламъ прежняго отечества. Условность звучитъ во всѣхъ правилахъ: если хочешь купить домъ, соблюди крѣпостной порядокъ укрѣпленія права; если хочешь занять мѣсто въ театрѣ, приобрести билетъ; если хочешь пойти на балъ, одѣнься прилично.

Штаммлеръ предложеннымъ критеріемъ не разрѣшилъ задачи, хотя онъ ее въ высшей степени упростилъ. Конвенціональнымъ правиламъ онъ противопоставилъ нормы права, но не нормы нравственности. Между тѣмъ главное затрудненіе состоитъ въ проведеніи различія между нравами и нравственностью. Штаммлеръ объединилъ право и конвенціональныя правила однимъ признакомъ—довольствованія внѣшнею лояльностью и противопоставилъ ихъ вмѣстѣ морали, требованія которой, по его мнѣнію, не идутъ извинѣ. Мы постараемся ниже доказать невѣрность этой мысли. Съ отрицаніемъ этого момента падаетъ все построеніе Штаммлера.

Наоборотъ, Іерингъ какъ разъ ищетъ критерія для отличія правовъ отъ нравственности, а не отъ права, которое, по его мнѣнію, не возбуждаетъ сомнѣній въ критеріи, отличающемъ его правила отъ правилъ нравственности и нравовъ. Іерингъ находитъ три отличительныхъ момента⁸⁾. 1) По внутреннему содержанию дѣйствія, которыя нарушаютъ требованія нравственности и нравовъ, различаются какъ вредныя и опасныя. Здѣсь, по мнѣнію Іеринга, полная аналогія съ различіемъ между уголовнымъ преступленіемъ и полицейскимъ проступкомъ. Поджогъ, какъ нѣчто само по себѣ вредное, есть преступленіе, тогда какъ хожденіе съ огнемъ на чердакъ или въ овинѣ, какъ способное вызвать пожаръ, есть проступокъ. Точно такъ же паденіе женщины есть актъ безнравственный, тогда какъ прогулка дѣвушки вечеромъ безъ провожатаго есть актъ неприличный, какъ облегчающій возможность паденія. 2) Нравы представляютъ собою предупредительную охрану нравственности. Нравы запрещаютъ нравственно-опасное, чтобы изъ него не произошло нравственно-вредное. 3) Такъ какъ низшіе классы по условіямъ своего существованія

⁸⁾ Jhering, *Zweck im Recht*, т. II, стр. 262—266.

не въ состояніи соблюдать требованій, выставляемыхъ нравами, то отсюда вытекаетъ третій отличительный моментъ. Нравственныя требованія обращены ко всѣмъ членамъ общества,—сословной или классовой нравственности не можетъ быть, тогда какъ нравы способны дѣйствовать только въ средѣ высшаго и средняго общественныхъ слоевъ, а потому ихъ требованія не имѣютъ всеобщаго характера.

Прежде всего необходимо отбросить третій отличительный моментъ, выдвинутый Іерингомъ. Логическій выводъ изъ принятаго имъ исходнаго пункта былъ бы тотъ, что нравы возможны только въ верхнемъ слоѣ общества, между тѣмъ какъ нравы присущи всему обществу. Если они неодинаковы во всѣхъ слояхъ, то такое же несходство возможно и въ отношеніи нравственности. Къ сожалѣнію, правила морали далеко не такъ однородны въ современномъ обществѣ, какъ это хотѣлось бы Іерингу. Второй моментъ не представляетъ собой ничего отличнаго по сопоставленію съ первымъ,—это только его обоснованіе. Остается одинъ основной моментъ въ отличіи нравовъ отъ нравственности,—это различіе опаснаго отъ вреднаго.

Различіе, предлагаемое Іерингомъ, основывается на аналогіи. Но само различіе между уголовнымъ преступленіемъ, какъ реальнымъ вредомъ, и полицейскимъ проступкомъ, какъ возможнымъ вредомъ, выдвинутое нѣкогда Кестлиномъ, нынѣ оставлено. Въ самомъ дѣлѣ, невзносъ квартирнаго налога причиняетъ казнѣ реальный вредъ, быстрая ѣзда по улицѣ не только грозитъ возможностью столкновенія, но и мѣшаетъ уличному движенію. Развѣ опасность, а не реальный вредъ, имѣется въ виду при наказаніи за нарушеніе общественной тишины? Если между преступленіемъ и проступкомъ можно провести какое различіе, то только по степени важности нарушенія. Также мало основанія строить отличіе нравовъ отъ нравственности на отличіи опаснаго отъ вреднаго. Почему нужно признать опаснымъ отказъ дать удовлетвореніе въ отвѣтъ на вызовъ? Едва ли требованіе быть готовымъ къ дуэли есть предупрежденіе общественнаго вреда. Не правильнѣе ли будетъ видѣть въ немъ пережитокъ того времени, когда въ уклоненіи отъ вызова, общество, высоко цѣнившее личную храбрость, видѣло удостовѣреніе вредной для него

трусости. Какая опасность предупреждается появленіемъ на балѣ въ визиткѣ вмѣстѣ установленнаго фрака? Тамъ, гдѣ принято соглашаться на приглашеніе покушать только съ третьяго раза, можно ли видѣть опасность вреда, если кто примется за ѣду и выпивку съ перваго же раза?

Въ послѣднее время была сдѣлана новая попытка провести границу между нравственностью и правами. Признавая ближайшее родство между этими соціальными нормами, Теннисъ предлагаетъ различать ихъ не по содержанію, а по точкамъ зрѣнія, съ которыхъ содержаніе правилъ разсматривается. „Различіе можетъ быть формулировано въ сжатомъ видѣ: нравы—это фактъ, нравственность—это идея. Поэтому нравы мыслятся какъ нравы того или другого народа, той или иной страны, нравственность же есть нѣчто общечеловѣческое. Нравы существуютъ, а нравственность требуетъ“⁹⁾. Противъ предложенія Тенниса можно выставить слѣдующія соображенія. Нельзя противопоставлять нравы и нравственность, какъ фактъ и идею, потому что и той и другой области свойственна какъ фактическая, такъ и идейная сторона. Нравственность есть фактъ, поскольку люди въ дѣйствительности поступаютъ по правиламъ морали. Нравы составляютъ идею, поскольку люди сообразуютъ свое поведеніе съ представленіемъ объ обращенныхъ къ нимъ со стороны общества требованіяхъ. Проводимое различіе не соответствуетъ установившемуся словупотребленію, потому что нравы, напр., правила приличія, также „требуютъ“. Если все противопоставленіе факта и идеи рассчитано на оправданіе замѣчаемаго сходства въ правилахъ нравственности и различія въ нравахъ, то оно не достигаетъ цѣли. Общечеловѣческой морали не существуетъ, и сходство морали у обществъ, стоящихъ на сходныхъ ступеняхъ культурнаго развитія, имѣетъ свое соціологическое объясненіе.

Различіе между нравственностью и правами можно провести только по степени важности нарушеній, оцѣниваемой обществомъ съ точки зрѣнія переживаемаго момента. Нормы нравственности имѣютъ своимъ содержаніемъ болѣе существенные интересы общества, нежели нравы. Извѣстна попытка опредѣлить соотноше-

⁹⁾ T e n n i s e s, *Die Sittē*, 1910, стр. 42.

ніе между правомъ и нравственностью формулою: право есть нравственный минимумъ. Несостоятельность этой формулы для понятія о правѣ мы рассмотримъ впоследствии. Сейчасъ можно использовать эту формулу для опредѣленія соотношенія между правами и нравственностью—нравственность есть социальный минимумъ. Нормы нравственности—это совокупность требованій, предъявляемыхъ со стороны общества индивиду, безъ которыхъ общежитіе невозможно. Нравы содержатъ требованія, которыя не обусловливаютъ общежитія, но благоприятствуютъ ему, обезпечиваютъ большую сумму благополучія.

Изъ сказаннаго обнаруживается, что между нравственностью и правами нѣтъ рѣзкой границы. Въ исканіи отличительнаго признака по существу слѣдуетъ видѣть неправильную постановку вопроса. Нельзя раздѣлить всѣ социальныя нормы на точно опредѣленные виды и найти для каждаго вида его отличительный признакъ. Въ социальныхъ нормахъ процессъ дифференціаціи не завершился. Болѣе всего обособилось право, менѣе нравственность, остальная масса нормъ остается въ состояніи недифференцированномъ. Провести границу между нравственностью и правами можно только съ точки зрѣнія важности затрагиваемыхъ интересовъ и силы общественной реакціи противъ нарушителей нормъ. Но эта граница способна колебаться даже въ одной и той же общественной средѣ, въ зависимости отъ повышенности или пониженности общественнаго настроенія.

Если право наиболѣе выдѣлилось изъ общей массы социальныхъ нормъ, то все же нельзя сказать, чтобы даже здѣсь процессъ дифференціаціи могъ считаться вполне законченнымъ. Въ той части нормъ права, которое называется обычнымъ правомъ, не всегда легко найти чистыя черты права, и здѣсь право еще близко соприкасается, а иногда и переплетается, съ правами и нравственностью.

§ 22.

Нормы нравственности.

Литература: Paulsen, *System der Ethik*, 6 изд. 1905, русск. пер., т. I, 1906; Heffding, *Ethik*, русск. пер. 1898; Wundt, *Ethik*, 3 изд. 1903, 2 тома;

Gizycki, *Moralphilosophie*, 1888; Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, 1882; Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 5 изд. 1893; Muirhead, *The Elements of Ethics*, русск. пер. 1905; Fouillée, *Critique des systemes de morale contemporaines*, 1893, русск. пер. 1900.

Нормы нравственности составляют видъ социальныхъ нормъ; опредѣляя отношеніе человѣка къ человѣку, нравственность представляетъ всецѣло явленіе социальное. Поскольку дѣйствія человѣка не касаются другихъ людей, его поведеніе нравственно безразлично.

Такому социальному представленію о нравственности противорѣчить стремленіе нѣкоторыхъ придать этикѣ чисто индивидуалистическій характеръ. Существуетъ убѣжденіе, будто сфера нравственности — это внутренній міръ человѣка, будто нравственнымъ или безнравственнымъ поступокъ можетъ быть названъ лишь по отношенію къ лицу, которое его совершило. Изъ себя извлекаетъ человѣкъ нормы своего поведенія, въ себѣ, въ глубинѣ своего сердца даетъ онъ самъ оцѣнку своимъ дѣйствіямъ¹⁾. Съ этой чисто субъективной точки зрѣнія, человѣкъ, взятый отдѣльно, изолированно, внѣ его отношеній къ другимъ людямъ, можетъ руководиться нравственными правилами²⁾. Иные нѣсколько измѣняютъ постановку вопроса, признавая за нормами нравственности двоякій характеръ: одни нормы имѣютъ въ виду самого индивида, другія — отношеніе индивида къ обществу. Отсюда дѣленіе этики на индивидуальную и социальную.

Нельзя признать индивидуальнаго характера ни за всѣми нормами нравственности, ни даже за частью ихъ. Нормы нравственности имѣютъ всегда социальный характеръ. Нравственность представляетъ не требованія 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. Оно можетъ признать поступокъ нравственно хорошимъ, хотя онъ не хорошъ для индивида,

1) Heffding, *Ethik*, 1888, стр. 406; Кавелинъ, *Задачи этики*, 1887, стр. 13.

2) Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 1890, стр. 40; Паульсенъ, *Этика*, т. I, стр. 246.

и оно можетъ считатьъ поступокъ дурнымъ съ нравственной стороны, хотя онъ хорошъ съ индивидуальной точки зрѣнія. Человѣкъ считается нехорошимъ торговцемъ, потому что онъ сбываетъ плохіе товары, хотя онъ хорошо торгуетъ, потому что получаетъ значительные барыши.

Анализъ любого правила нравственности укажетъ на социальный ея характеръ ³⁾. Едва-ли стоитъ останавливаться на такихъ явно социальныхъ правилахъ, какъ не лги, не кради, не убивай. Издавна въ основу индивидуальной этики кладется требованіе самоусовершенствованія. Самый идеаль совершенства данъ идеальными представленіями окружающаго общества. При однихъ условіяхъ совершенство человѣка будетъ заключаться въ развитіи воинственнаго духа и физической силы, при другихъ—въ развитіи смиренія и умерщвленіи плоти, при третьихъ—въ развитіи трудовой дѣятельности. Стремясь къ личному совершенствованію, человѣкъ безсознательно выполняетъ требованія общества, заинтересованнаго въ качествахъ своего личнаго состава. Когда по временамъ раздаются призывы обращенія надеждъ отъ государственныхъ учрежденій къ личному совершенствованію, что иное содержится въ немъ, какъ не мысль, что общественное благополучіе, не достигнутое усиліями измѣнить внѣшнія условія существованія, можетъ быть обезпечено усиліями каждаго индивида улучшить условія своего поведенія?

Вмѣстѣ съ тѣмъ не всякое поведеніе человѣка подвергается нравственной оцѣнкѣ. Человѣкъ гуляетъ и наслаждается видомъ природы, человѣкъ питается, отдыхаетъ, читаетъ газету,—все это дѣйствія нравственно безразличныя, пока они съ той или другой стороны не затрагиваютъ другихъ людей. Слѣдовательно о нравственной оцѣнкѣ дѣйствій человѣка можно говорить только тогда, когда послѣдствія его поведенія способны отразиться на интересахъ другихъ людей.

Подчеркивая социальный характеръ всѣхъ нормъ нравствен-

³⁾ Паульсенъ, *Этика*, I, стр. 383, утверждаетъ, что „нѣтъ долга по отношенію къ собственной жизни, который нельзя было бы конструировать въ видѣ долга и по отношенію къ другимъ, какъ нѣтъ долга къ другимъ, котораго нельзя было бы истолковать и какъ долгъ по отношенію къ самому себѣ“. Первое несомнѣнно, доказать второе Паульсену не удалось.

ности, мы имѣемъ въ виду не то, что нравственное сознание индивида образовалось подъ вліяніемъ общественной среды, можетъ быть, путемъ воспріятія чужихъ нравственныхъ переживаній, а то, что нравственное поведеніе обусловливается социальнымъ авторитетомъ. Нормы нравственности — это требованія, обращенныя къ человѣку извнѣ. Нравственный законъ не въ насъ, а внѣ насъ, какъ и звѣздное небо. Тѣмъ самымъ центр тяжести въ вопросѣ о томъ, какія дѣйствія нравственны, перемѣщается съ субъективнаго момента на объективный. Это не значитъ опять-таки, что въ нравственности весь вопросъ сводится къ тому, что долженъ дѣлать человѣкъ, и что совершенно вычеркивается вопросъ о нравственномъ сознаніи въ дѣйствіяхъ человѣка. Дѣло заключается лишь въ установленіи первичности объективнаго момента, т. е. общественныхъ требованій къ индивиду, и производности субъективнаго момента, т. е. мотивовъ исполненія этихъ требованій. Индивидуалистическая этика есть отраженіе стараго атомистическаго представленія объ обществѣ, недопустимаго съ современной точки зрѣнія.

Если общество требуетъ отъ человѣка соблюденія извѣстнаго поведенія, именуемаго нравственнымъ, и требуетъ воздержанія отъ поведенія, называемаго безнравственнымъ, то гдѣ критерій такой оцѣнки со стороны общества? Что же придаетъ нормамъ, опредѣляющимъ поведеніе человѣка, нравственный характеръ?

Можетъ быть, такой критерій слѣдуетъ искать въ самомъ содержаніи нравственныхъ нормъ? Однако, существуетъ ли такое поведеніе, которое бы всегда и вездѣ признавалось, какъ нравственное, и, напротивъ, можно ли найти такое поведеніе, которое во всѣ времена и у всѣхъ народовъ осуждалось бы какъ безнравственное? Исторія и этнографія разрушаютъ иллюзію абсолютной нравственности и устанавливають измѣнчивость нравственныхъ нормъ, относительность нравственныхъ понятій. Уже Локкъ по вопросу о существованіи общепризнанныхъ нравственныхъ принциповъ, взывалъ „ко всѣмъ людямъ, которые хоть сколько-нибудь занимались исторіей человѣчества и видѣли дальше дыма своей трубы“ ⁴⁾. Что общаго между идеаломъ сѣ-

⁴⁾ Локкъ, Опытъ о человеческомъ разумѣ, русск. пер. 1898, стр. 40.

веро-американскаго дикаря, который ставитъ высшею цѣлью своей жизни добыть возможно больше скальповъ, и идеаломъ квакера, отказывающагося поднимать руку на человѣка даже тогда, когда этого требуетъ защита отечества; между обязанностью умерщвлять престарѣлыхъ родителей, которая въ точности выполняется ново-каледонцами съ полнымъ сознаниемъ долга, и обязанностью содержать немощныхъ родителей до конца ихъ жизни, возлагаемою на члена современнаго цивилизованнаго общества не только нравственностью, но и правомъ; между почетомъ, какой оказывается въ настоящее время нѣкоторыми полинезийскими племенами дѣвушкамъ, имѣвшей наибольшее число любовниковъ, и противоположнымъ культомъ дѣвственности; между ветхозавѣтнымъ принципомъ возмездія и новозавѣтнымъ началомъ прощенія врагамъ? Фактъ измѣнчивости нравственныхъ нормъ во времени и пространствѣ заставляеть притти къ заключенію, что въ содержаніи ихъ требованій нельзя найти критерія для опредѣленія того, что такое нравственное поведеніе. Не въ самомъ поведеніи, а въ его отношеніи къ чему-то иному слѣдуетъ искать основанія оцѣнки. Иначе, отъ матеріальнаго момента необходимо перейти къ формальному.

Здѣсь мы сталкиваемся съ формальной точкой зрѣнія Канта. Этика Канта построена на отвлеченіи отъ содержанія нравственнаго поведенія ⁵⁾. Она сводится къ одной лишь формѣ поведенія, имѣющей за то свойство безусловнаго требованія. „Поступай только по такому правилу, въ которомъ ты могъ бы желать видѣть всеобщій законъ“. Каково это правило, Кантъ не указываетъ, но онъ предлагаетъ каждому индивиду, прежде чѣмъ дѣйствовать, взвѣсить, желаетъ ли онъ, чтобы всѣ дѣйствовали по тому же правилу. Въ такую формулу можетъ быть вставлено различное поведеніе, и противъ этого нельзя было бы ничего возразить, если бы формула только допускала различное содержаніе во времени и пространствѣ. Но дѣло въ томъ, что она допускаетъ какое-угодно содержаніе въ одно и то же время и на томъ же пространствѣ. Представимъ себѣ принципъ: „бери

⁵⁾ Кантъ, *Критика практическаго разума*, русск. пер. 1897, стр. 130: „такъ какъ это законъ только формальный, то онъ, какъ основа опредѣленія, отрѣшается отъ всякой матеріи, значить, отъ всякаго объекта хотѣнія“.

отъ жизни все, что можешь взять“. Если спросить слабого, желалъ ли бы онъ, чтобы всѣ дѣйствовали по этому принципу, то онъ, вѣроятно, отвѣтитъ отрицательно. Но сильный физически и экономически могъ бы дать утвердительный отвѣтъ въ увѣренности, что при всеобщемъ соблюденіи этого принципа онъ не проиграетъ. Слѣдовательно, мы должны признать этотъ принципъ моральнымъ закономъ? Такой выводъ, сдѣланный воплѣтъ правильно, обусловливается тѣмъ, что нормы нравственности по Канту строятся по индивидуалистическому началу. Невѣрность формальной точки зрѣнія Канта обнаруживается и при столкновеніи принциповъ. Предположимъ, гражданинъ участвовалъ въ вооруженномъ возстаніи, за которое ему грозитъ смертная казнь. Человѣкъ не можетъ желать, чтобы всѣ лгали, и потому категорическій императивъ велитъ ему признаться суду въ томъ, что онъ принималъ участіе въ освобожденіи своего народа отъ деспотизма. Но, съ другой стороны, Кантъ обязываетъ его къ самосохраненію, потому что онъ не можетъ желать, чтобы всѣ пренебрегали своимъ существованіемъ. Какъ быть? Канта еще могутъ спросить, а почему индивидъ, признающій жизнь несчастіемъ, не можетъ пожелать, чтобы всѣ послѣдовали его примѣру и покончили жизнь самоубійствомъ? Почему человѣкъ не долженъ лгать? На это отвѣчаетъ самъ Кантъ: потому что тогда никто не сталъ бы вѣрить другому, а съ прекращеніемъ довѣрія исчезло бы и общество. Но этимъ доказательствомъ Кантъ внесъ въ формальный принципъ телеологическій моментъ, и притомъ социальный.

Развиваемое нами формальное представленіе о нравственномъ поведеніи отличается рѣзко отъ Кантовскаго. Оно также отвлекается отъ конкретнаго содержанія нормъ нравственности, данныхъ въ исторической дѣйствительности. Оно также допускаетъ внесеніе различнаго содержанія въ нормы, признаваемые нравственными. Но оно утверждаетъ, что нравственное свойство опредѣляется не индивидомъ, а обществомъ, не съ индивидуальной, а съ социальной точки зрѣнія. Самое различное поведеніе можетъ быть признано со стороны общества нравственнымъ, въ зависимости отъ тѣхъ историческихъ условій, въ которыхъ оцѣнка производится. Поведеніе нравственно хорошо или нрав-

ственно дурно не само по себѣ, а по отношенію къ обществу, по отношенію къ тому, какъ оно отражается на общественномъ благополучіи. Другими словами, поведеніе оцѣнивается по своимъ послѣдствіямъ, но не для индивида, а для самого общества.

Сами по себѣ дѣйствія не поддаются раздѣленію на хорошія и дурныя, какъ не различаются сами по себѣ злаки и шевелы, скотина и звѣри. Съ индивидуальной точки зрѣнія человѣка всё его дѣйствія различаются какъ хорошія или дурныя, т.-е. цѣлесообразныя и нецѣлесообразныя, смотря по тому способствуютъ ли они самосохраненію индивида или подтачиваютъ его. Съ соціальной точки зрѣнія тѣ же дѣйствія хороши или дурны, т.-е. нравственны или безнравственны, смотря по тому, способствуютъ ли они самосохраненію общества или подтачиваютъ его.

Такимъ образомъ, обстоятельствомъ, которое придаетъ нравственный характеръ поведенію и опредѣляющимъ его нормамъ, является общественная полезность дѣйствій. Они должны, по мнѣнію общества, способствовать его самосохраненію, или увеличивать его благополучіе, или предотвращать его разрушеніе. Нормы нравственности требуютъ такого поведенія, какъ нравственнаго, которое, по даннымъ общественнаго опыта, обладаетъ свойствомъ общественной полезности, и запрещаетъ дѣйствія, которыя, по даннымъ опыта, угрожаютъ обществу вредомъ. Въ этомъ одномъ только отношеніи совпадаютъ нравственныя представленія разныхъ народовъ и въ разное время, только этотъ признакъ общественной полезности необходимо присущъ самымъ разнообразнымъ дѣйствіямъ, какія признавались и признаются въ различныя эпохи и въ различныхъ мѣстахъ нравственными ⁶⁾.

⁶⁾ Утилитаріанизмъ; въ духъ котораго ведется изложеніе, былъ впервые представленъ въ Англии Бентамомъ, *Введеніе въ основаніе нравственности и законодательства*, рус. пер. 1867, стр. 1—150. Название направленію далъ Д. С. Милль, *Утилитаріанизмъ*, изд. 1900, стр. 98—99, прим. Стороженками утилитаріанизма являются Дарвинъ, *Происхожденіе человека* (собр. сочин. 1908, стр. 103); Бэнъ, *Emotions and Will*, стр. 265, Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, 1882, стр. 82—92; Sidgwick, *The Methods of Ethik*, изд. 1893, стр. 113—115. Къ утилитаріанствамъ долженъ быть отнесенъ и Гербертъ Спенсеръ, *Данныя науки о нравственности*, § 14, въ концѣ, хотя его направленіе и самъ онъ, и другіе пытались выдѣлать, какъ эволюціонную этику. Обзорніе англійской утилитарной школы

Что же составляет общественную полезность, какія дѣйствія благопріятны общежитію и какія обнаруживаютъ разрушительную тенденцію,—это вопросъ всей совокупности условій, въ которыхъ находится данная общественная группа. Богатство или бѣдность матеріальныхъ средствъ существованія, тотъ или иной источникъ этихъ средствъ, опасность или безопасность отъ внѣшнихъ враговъ, высота культуры, характеръ религіозныхъ вѣрованій, политическая сплоченность или разъединенность, густота населенія и силы общенія, а также многія другія обстоятельства опредѣляютъ представленіе о томъ, какое поведение индивидовъ наиболѣе соотвѣтствуетъ цѣлямъ всего общества. Отсюда слѣдуетъ, что при различіи условій, въ какія поставлены два общества, мораль ихъ неизбѣжно должна быть разной. Отсюда же вытекаетъ, что чѣмъ болѣе сближаются два общества въ культурномъ отношеніи, тѣмъ сходнѣе становятся ихъ нравственныя представленія. Измѣнчивость взглядовъ самаго общества на то, что оно признаетъ полезнымъ для себя и какія дѣйствія считаетъ согласными съ общественнымъ благомъ, и составляетъ основную причину измѣнчивости нравственныхъ понятій. Съ точки зрѣнія измѣнившихся условій жизни, поведение, которое признавалось до сихъ поръ нравственнымъ, напр., месть, осуждается, какъ безнравственное, сначала одною частью общества, лучше понимающею потребности цѣлаго или на себѣ чувствующею невыгоды моральнаго переживанія, а потомъ, послѣ болѣе или менѣе упорной борьбы, и всѣмъ обществомъ. Въ началѣ такого измѣненія въ понятіяхъ, у членовъ общества дер-

дасть G u o, *La morale anglaise contemporaine* 1895, съ весьма слабой критикой. Въ послѣднее время утилитарное направленіе проникло въ Германію, гдѣ ему приходится выдерживать упорную борьбу съ метафизической этикой, крѣпко утвердившейся въ этой странѣ. Вліяніе утилитаризма сказалось на J h e i n g, *Zweck im Recht*. т. II, изд. 1886, который указываетъ на неблагопріятный приемъ, оказанный утилитаризму въ Германіи, стр. 208; Паульсенъ, *Основы этики*, который подъ вліяніемъ недоброжелательства вынужденъ былъ замѣнить терминъ „утилитарный“ выраженіемъ „телеологическій“, чтобы его не смѣшивали съ Бентамомъ (см. стр. 221), хотя его энергетическая этика строится на тѣхъ же началахъ, что и утилитаризмъ; Циглеръ, *Что такое нравственность*, рус. пер. 1894 и 1896. Кромѣ того G i z u s k i, *Moralphilosophie gemeinverständlich dargestellt*, 1888, его же *Основы морали* рус. пер. 1895 г. Во Франціи представителемъ этого направленія является L e t o u r n e a u, *L'évolution de la morale*, 2-е изд. 1894, особенно 20-я лекція.

жится ясное представленіе о связи между данными дѣйствіями и общественнымъ результатомъ, такъ какъ на выясненіи вліянія поведенія на интересы общества и сосредоточивается главнымъ образомъ борьба нравственныхъ возрѣній. Впослѣдствіи поведеніе, одержавшее верхъ, соблюдается отдѣльными членами и поддерживается обществомъ уже безъ сознанія, полезно ли оно для общества и въ чемъ его полезность.

Кому же, однако, должно быть полезно поведеніе для того, чтобы оно подверглось оцѣнкѣ, какъ нравственное? Обществу, какъ цѣлому и единому? Но общество не представляетъ собою чего-то обособленнаго отъ составляющихъ его индивидовъ. Интересы обществъ—это интересы самихъ индивидовъ. Тогда, можетъ быть, слѣдуетъ признать нравственнымъ то поведеніе, которое полезно всѣмъ индивидамъ? Но это также невозможно. Вынуждая извѣстное поведеніе у отдѣльнаго члена своего или ограничивая его въ какомъ-либо поведеніи, общество воздѣйствуетъ, какъ $S-1$ на единицу, т.-е. какъ большинство. Въ одномъ положеніи съ единицею могутъ оказаться и другіе индивиды,—и соотвѣтственно будетъ измѣняться отношеніе между большинствомъ ($S-n$) и меньшинствомъ (n). Но большинство, устанавливающее оцѣнку поведенія, должно быть достаточно внушительное и вліятельное, иначе ему не удастся сдѣлать свою оцѣнку общей оцѣнкой.

Такимъ образомъ объективнымъ основаніемъ нравственной оцѣнки дѣйствій является соотвѣтствіе ихъ съ условіями общежитія, съ благополучіемъ значительнаго большинства членовъ общества.

Не слѣдуетъ, однако, полагать, будто общество оцѣниваетъ каждое дѣйствіе въ отдѣльности съ точки зрѣнія произведенныхъ имъ послѣдствій. Общество признаетъ полезность или вредность для себя извѣстнаго рода дѣйствій и соотвѣтственно тому создаетъ нравственныя нормы типическаго поведенія. Но подъ вліяніемъ внѣшнихъ обстоятельствъ поведеніе, признанное вообще желательнымъ для общества, можетъ въ отдѣльномъ случаѣ произвести неблагоприятныя для общества послѣдствія, можетъ стать въ противорѣчіе съ цѣлями общества. Это объясняется тѣмъ, что всякія нормы основываются на опытѣ, что опытъ указываетъ послѣдствія даннаго образа дѣйствій въ боль-

шинствѣ случаевъ и не исключаетъ противоположныхъ результатовъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Чѣмъ рѣже исключенія, тѣмъ сильнѣе укрѣпляются нормы, и наоборотъ. Нѣсколько неблагопріятныхъ случаевъ не могутъ перевѣсить тѣхъ выгодъ, которыя соединяются съ соблюденіемъ извѣстнаго поведенія вообще. Ложь признается вредною для общества, потому что разрушаетъ взаимное довѣріе между его членами и дѣлаетъ невозможнымъ какое-либо общеніе, а вслѣдствіе того оцѣнивается, какъ безнравственное дѣяніе, хотя мыслимы случаи, когда она окажется благодѣтельною, напр., если офицеръ ложнымъ сообщеніемъ о приближающемся подкрѣпленіи поддерживаетъ ослабѣвшій духъ солдатъ и тѣмъ способствуетъ побѣдѣ, если ложью удается увести душевно-больного въ лѣчебницу, если ложью можно заставить ребенка принять противное лѣкарство. Матеріальная помощь ближнему относится обществомъ къ полезнымъ для него, а потому и нравственнымъ дѣяніямъ, однако милостыня, поданная хотя и съ добрымъ намѣреніемъ, но безъ разбора, тунеядцу, способна убить въ немъ послѣднее стремленіе къ труду и можетъ создать бесполезнаго и даже вреднаго члена общества.

Нормы нравственности выражаются или въ отрицательной формѣ запретовъ или въ положительной формѣ повелѣній. Исторически отрицательная форма предшествуетъ положительной и это имѣетъ свое объясненіе. Сначала общество стремится ограничить борьбу индивидовъ за самосохраненіе, вредную или опасную для другихъ, а уже затѣмъ общество побуждаетъ индивида къ содѣйствію другимъ.

§ 23.

Мотивы нравственнаго поведенія.

Литература: Letourneau, *L'évolution de la morale*, 2 изд. 1894, рус. пер. 1909; Westermarck, *Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe*, 2 т. 1907; Сутерландъ, *Происхожденіе и развитіе нравственнаго инстинкта*, 1900; Brentano, *Vom Ursprung sittlicher Erkenntniss*, 1889; Huxley, *Evolution and Ethics* (рус. пер. 1895).

Какимъ же образомъ усваиваетъ человѣкъ нормы нравственности, съ которыми ему слѣдуетъ сообразовать свое поведеніе?

Но, можетъ быть, усвоеніе совершенно излишне, потому что нравственныя понятія врождены человѣку? Человѣкъ знаетъ, какъ ему поступать, потому что природа дала ему нравственное сознание. Чтобы рѣшить, какъ поступить, человѣкъ не долженъ ожидать указаній извнѣ, потому что они даны ему изначала. Нравственный законъ, присущій человѣку по самой его природѣ, нуждается развѣ только въ раскрытіи.

Таково воззрѣніе интуитивной этики. Представителей этого направленія нисколько не смущаетъ то обстоятельство, что у различныхъ людей наблюдается большое несходство нравственного сознанія. Они предполагаютъ извѣстную норму этого сознанія, и все, что стоитъ ниже ея, является такимъ же уродствомъ, какъ и отклоненія отъ антропологическаго типа. Съ этимъ нужно было бы согласиться, если бы дѣло шло объ отдѣльныхъ индивидахъ. Но исторія и этнографія обнаруживаютъ, что различіе нравственныхъ понятій замѣчается не по индивидамъ, а по цѣлымъ обществамъ, народамъ. Но и это не смущаетъ интуитивистовъ. „То, что какіе-нибудь апанты и зулусы, что дѣти и идіоты ничего не знаютъ объ этомъ, такъ же мало касается его, какъ нравственного предписанія, какъ то, что о немъ не знаютъ животныя или то, что о немъ никто еще не могъ знать, когда наша солнечная система являлась хаотической массой атомовъ“¹⁾. Такимъ образомъ нравственное сознание существовало, когда не было еще на землѣ человѣка. Съ интуитивной точки зрѣнія это послѣдовательно, хотя все-таки неясно, чье же это было сознание, гдѣ оно находилось и можно ли при такомъ предположеніи выводить нравственное сознание изъ природы человѣка.

Съ научной точки зрѣнія нравственныя понятія усваиваются опытнымъ путемъ. Общественный опытъ наводитъ на установленіе нормъ нравственности, индивидуальныи опытъ переноситъ эти нормы въ сознание человѣка.

Съ самаго рожденія человѣкъ живетъ въ общественной атмосферѣ, изъ которой впитываетъ въ себя велѣнія нравственности.

¹⁾ Б. Кистяковскій, *Категорія необходимости и справедливости* (Жизнь, 1900, июль стр. 144—145).

Со всѣхъ сторонъ, незамѣтными путями, проникають въ его сознаніе представленія о должномъ и осѣдаютъ въ его мозгу. Прежде всего человѣкъ, еще ребенкомъ, знакомится съ правилами нравственнаго поведенія посредствомъ домашняго воспитанія. Конечно, не для всѣхъ семья въ равной степени служитъ источникомъ нравственныхъ понятій. Домашнее воспитаніе смѣняется школьнымъ, гдѣ человѣкъ воспринимаетъ нормы нравственности и отъ воспитателей и отъ товарищей. Школьное воспитаніе уступаетъ мѣсто общественному воспитанію въ широкомъ смыслѣ. Общественная среда научаетъ человѣка, иногда горькимъ опытомъ, тому, чего онъ не воспринялъ въ семьѣ и школѣ.

Усвоеніе нормъ нравственности путемъ воспитанія можетъ быть двоякое: непосредственное и посредственное. Непосредственное усвоеніе достигается путемъ передачи человѣку нормъ въ готовомъ видѣ и отвлеченномъ. Этотъ приемъ падаетъ главнымъ образомъ на семью и отчасти на школу, особенно тамъ, гдѣ введено преподаваніе морали, какъ, напр., во Франціи. Посредственное усвоеніе заключается въ томъ, что человѣкъ самъ выводитъ установленную норму изъ наблюдаемыхъ явленій поведенія. Такъ онъ начинаетъ подражать дѣйствіямъ другихъ лицъ, и изъ постояннаго повторенія у него создается представленіе о правилѣ должнаго. Такіе же выводы можетъ онъ сдѣлать при столкновеніи своего поведенія съ поведеніемъ другихъ. Самый языкъ, воспринимаемый изъ общественной среды, уже подсказываетъ, какъ слѣдуетъ или какъ не слѣдуетъ поступать. Въ словахъ „ложь“, „воровство“ уже содержится то порицаніе, которое въ сознаніи говорящаго соединяетъ выраженіе съ оцѣнкою его содержанія.

Чѣмъ сложнѣе общество, тѣмъ менѣе одинаковы условія нравственнаго воспитанія для каждаго его члена. Одинъ поставленъ въ болѣе благоприятныя условія, чаще слышитъ повтореніе правилъ и видитъ кругомъ себя строгое и неуклонное примѣненіе ихъ. Другой знакомится только съ основными нравственными положеніями, да и то на каждомъ шагѣ наблюдаетъ ихъ нарушеніе. Вотъ почему общество примѣняетъ болѣе строгую нравственную оцѣнку къ лицамъ „воспитаннымъ“, чѣмъ къ лицамъ, не получившимъ хорошаго воспитанія.

Помимо воспитанія, познанію нравственнаго поведенія, какъ наиболѣе соотвѣтствующаго общественной полезности, способствуетъ степень умственнаго развитія. Чѣмъ болѣе образованъ человѣкъ, чѣмъ болѣе способенъ онъ уяснить себѣ взаимную связь сложныхъ общественныхъ отношеній, тѣмъ легче можетъ онъ постигнуть самое отдаленное вліяніе своего поведенія, тѣмъ болѣе въ состояніи онъ опредѣлить общественную полезность или вредность того или иного образа дѣйствій. Широта кругозора необходима для того, чтобы оцѣнить значеніе поведенія не съ конкретной точки зрѣнія даннаго случая, а съ точки зрѣнія принципа всеобщаго поведенія.

Чѣмъ сложнѣе общественная жизнь, тѣмъ менѣе увѣренности, что на каждый случай найдется уже готовая норма нравственности. Ошибочность утвержденія Канта, будто каждый человѣкъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, помимо всякой науки, знаетъ, въ чемъ заключается долгъ,—ясна для каждаго, кто переживалъ нравственныя сомнѣнія. Беспомощность индивида можетъ открыться и при отсутствіи нормы и при шатаніи старыхъ нормъ. Жизнь выдвигаетъ все новые вопросы, на которые общественная среда не умѣла выработать отвѣтовъ или не можетъ притти къ соглашенію. Можно ли любить ближнихъ за счетъ дальнихъ или должно любить дальнихъ даже за счетъ ближнихъ? Допустимо ли съ нравственной точки зрѣнія утвержденіе своего благополучія на разореніи конкурентовъ; возможна ли женитьба безъ любви, по расчету на устроеніе семейной жизни; находитъ ли себѣ оправданіе покупка вещи ниже ея дѣйствительной стоимости? Сколько новыхъ вопросовъ выдвигаетъ профессиональная жизнь. Можетъ ли врачъ молчать, когда его больной пациентъ женится на дѣвушкѣ съ опасностью для ея здоровья; можетъ ли адвокатъ отказать въ защитѣ кліенту, вызывающему всеобщее негодованіе? Какіе острые вопросы, мучительно ожидающіе твердаго отвѣта, создаетъ половая жизнь. Общественная среда не приспособилась ко многимъ изъ этихъ положеній, и индивидъ долженъ самъ искать выхода изъ нравственныхъ затрудненій.

Само общество понимаетъ значеніе личнаго развитія въ дѣлѣ нравственнаго поведенія. Поэтому общество совершенно основательно предъявляетъ большія нравственныя требованія къ „обра-

зованному“, чѣмъ къ людямъ, не имѣвшимъ возможности развить свой умъ, и подвергаетъ поведеніе перваго болѣе суровой нравственной оцѣнкѣ, чѣмъ поведеніе вторыхъ.

Если достигнуто знаніе нравственныхъ нормъ, то, спрашивается, что же побуждаетъ человѣка согласовать свое поведеніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ съ требованіями нравственности? Другими словами, въ чемъ заключается психологическое основаніе нравственнаго поведенія? Этотъ вопросъ представляется тѣмъ настоятельнѣе, что нравственное или хорошее поведеніе далеко не всегда совпадаетъ для человѣка съ пріятнымъ.

Но, можетъ быть, знаніе человѣкомъ того, какъ должно поступать, уже предрѣшаетъ вопросъ, какъ поступить онъ? Такова была именно точка зрѣнія Сократа, который полагалъ, что добродѣтель есть знаніе, и что человѣкъ поступаетъ дурно только по невѣдѣнію. Однако, опытъ показываетъ намъ, что человѣкъ, усвоившій себѣ нравственныя предписанія, тѣмъ не менѣе поступаетъ нерѣдко вопреки имъ. Положеніе Сократа вѣрно съ точки зрѣнія познанія нормъ нравственности, но знаніе нравственныхъ нормъ еще не обезпечиваетъ нравственнаго поведенія, и съ этой стороны положеніе Сократа неточно. Необходимо найти мотивы, побуждающіе человѣка итти по пути, открытому для него знаніемъ.

Можетъ быть однако, здѣсь никакихъ мотивовъ нѣтъ, здѣсь царство категорическаго императива, безусловно повелѣвающаго человѣку, внѣ всякихъ законовъ причинности? Такова точка зрѣнія Канта. Категорическій императивъ, какъ законъ всеобщій и необходимый, составляетъ приказъ, данный внутреннимъ голосомъ человѣка, не обусловленнымъ какими то ни было данными опыта. Если категорическій императивъ понимать въ смыслѣ побужденія къ дѣйствию, не обусловленнаго предварительною его оцѣнкою, то можно согласиться съ мнѣніемъ, будто „то, что Кантъ назвалъ категорическимъ императивомъ, въ дѣйствительности есть инстинктъ 2)“. Но Кантъ именно старался возвести этотъ императивъ на степень сознательнаго долга, а не спустить его за порогъ сознанія. Однако категорическій императивъ Канта

2) Heffding, *Ethik*, стр. 55.

возбуждаетъ сомнѣнія съ различныхъ сторонъ: а) почему онъ имѣется не у всѣхъ людей, б) какъ возможно при немъ поведеніе, нарушающее требованія нравственности, с) откуда появился категорическій императивъ въ сознаниіи человѣка. Всѣ эти вопросы остались въ этикѣ Канта безъ научнаго отвѣта.

Къ соблюденію нормъ нравственности человѣка побуждаетъ прежде всего унаслѣдованная наклонность. Человѣкъ поступаетъ такъ, а не иначе, потому, что его принуждаетъ къ тому его духовная природа, представляющая результатъ родового опыта, переданнаго отъ предковъ въ длинномъ рядѣ поколѣній. Если не подлежить сомнѣнію фактъ унаслѣдованной передачи умственнаго склада, художественнаго вкуса, то едва ли можетъ возникнуть сомнѣніе относительно возможной передачи по наслѣдственности характерныхъ чертъ ³⁾. Мы знаемъ, что родительская любовь пробуждается въ человѣкѣ, особенно въ женщинѣ, при условіяхъ самыхъ неблагоприятныхъ для воспитанія этого чувства. Благодаря долгому дѣйствию историческихъ причинъ выработалась бѣлая чувственность въ мужчинѣ и бѣлая стыдливость въ женщинѣ. Современный человѣкъ менѣе склоненъ къ убійству, изувѣченію, нанесенію побоевъ, чѣмъ его отдаленные на нѣсколько поколѣній предки; у него, какъ говорится, рука не поднимается на человѣка. Цивилизованный человѣкъ болѣе чувствителенъ къ физическимъ страданіямъ другихъ. Описаніе пытокъ вызываетъ въ насъ ужасъ, тѣлесное наказаніе внушаетъ отвращеніе.

На почвѣ наслѣдственной передачи создается у людей нравственный инстинктъ, который многими принимается за врожденныя человѣческому роду нравственныя идеи. Инстинктъ устраняетъ потребность личнаго опыта. Инстинктъ побуждаетъ къ дѣйствию помимо всякаго сознанія, внѣ всякаго представленія о цѣли поведенія ⁴⁾.

³⁾ По этому вопросу Д а р в и нъ выражается со свойственною ему осторожностью: „привычки, существовавшія въ теченіе нѣсколькихъ поколѣній, вѣроятно, склонны передаваться по наслѣдству“ (*Происхожденіе человека*, въ Собраніи сочиненій, 1908, т. V, стр. 103.) Болѣе рѣшительно Heffding, *Ethik*, стр. 3 и *Очерки психологій*, стр. 85.

⁴⁾ О преимуществахъ бессознательнаго поведенія передъ сознательнымъ см. Simmel, *Einleitung in die Maralphilosophie* т. I, 1892, стр. 21—23.

Вторымъ побужденіемъ къ соблюденію нормъ нравственности являются усвоенныя воспитаніемъ наклонности. Человѣкъ поступаетъ нравственно потому, что его приучили въ семьѣ, школѣ и обществѣ къ извѣстному поведенію. Чѣмъ чаще и однообразнѣе повторяются его дѣйствія въ опредѣленномъ направленіи, тѣмъ труднѣе становится для него измѣнить усвоенное поведеніе, тѣмъ сильнѣе укрѣпляется побужденіе въ его психическомъ складѣ. Здѣсь во всей полнотѣ обнаруживается вѣрность положенія, что привычка—вторая натура. Правило, сознательно воспринятое извнѣ или установленное собственнымъ размышленіемъ, путемъ частаго примѣненія, уходитъ за порогъ сознанія, и въ концѣ концовъ человѣкъ слѣдуетъ правилу такъ же бессознательно, какъ, напр., вытягиваетъ руки при паденіи на землю, сохраняетъ равновѣсіе при хожденіи, закрываетъ рѣсницы при приближеніи къ глазу посторонняго тѣла, и т. д. Человѣкъ перестаетъ уже думать о цѣли своего поведенія, которая въ свое время, можетъ быть, мучительно беспокоила его. Такое бессознательное веденіе представляется наиболѣе твердымъ, тогда какъ анализъ каждаго дѣйствія способенъ привести къ сомнѣнію и потерѣ равновѣсія.

Съ общественной точки зрѣнія особенно цѣнны люди, дѣйствующие въ нравственномъ направленіи въ силу привычки, въ силу наклонности, усвоенной неизмѣннымъ повтореніемъ акта. Они менѣе всего нуждаются въ какихъ нибудь внѣшнихъ побудителяхъ къ соблюденію установленныхъ нормъ нравственности. Они носятъ въ себѣ сильнѣйшее средство, обезпечивающее нравственность ихъ дѣйствій. Это—чувство совѣсти.

При всякомъ отступленіи отъ обычнаго, твердо усвоеннаго поведенія, человѣкъ испытываетъ то непріятное ощущеніе, которое въ отношеніи нравственнаго поведенія называется угрызеніемъ совѣсти. Это ощущеніе можетъ быть испытано послѣ отступленія отъ нравственнаго поведенія, и тогда воспоминаніе о переломѣ душевномъ состояніи способно удержать отъ повторенія противорѣчащихъ нравственности дѣйствій. Ощущеніе можетъ быть испытано передъ отступленіемъ, когда человѣкъ сознаетъ, что онъ собирается совершить актъ необычный, противорѣчащій его натурѣ, и представленіе о возможномъ душевномъ

состояніи способно остановить готовящееся нарушеніе нормъ нравственности. Угрызенія совѣсти могутъ быть общаго характера, когда человѣкъ испытываетъ непріятное чувство, не замѣчая, какую именно норму онъ нарушаетъ своимъ поведеніемъ, но могутъ быть и спеціальнаго характера, когда человѣкъ ясно представляетъ себѣ, отъ какой именно нормы обычнаго поведенія отступаетъ онъ на этотъ разъ.

Въ этой роли чувство совѣсти является однимъ изъ регуляторовъ нравственнаго поведенія, тѣмъ пестомъ, съ которымъ человѣкъ идетъ по жизненному канату и который помогаетъ ему сохранять нравственное равновѣсіе. Это чувство совѣсти не слѣдуетъ смѣшивать со страхомъ передъ послѣдствіями нарушенія нормы, угрожающими самому нарушителю со стороны гнѣвомъ Бога или негодованіемъ общественнаго мнѣнія ⁵⁾. Страхъ передъ возмездіемъ есть сознательное состояніе, угрызенія совѣсти—подсознательное состояніе. Съ другой стороны чувство совѣсти должно быть отграничено и отъ нравственнаго инстинкта. Совѣсть можетъ отпасть у человѣка, если только онъ начнетъ систематически нарушать нормы нравственности. Острое чувство, испытываемое при первомъ нарушеніи, станетъ слабѣть при повторности, пока совѣсть не исчезнетъ. Нравственный инстинктъ не можетъ такъ легко исчезнуть, потому что это не благопріобрѣтенное, а родовое достояніе. Нужно измѣненіе поведенія въ рядѣ потомствъ и соотвѣтственная передача измѣненнаго инстинкта.

Развиваемый взглядъ на чувство совѣсти низводитъ его съ мистической высоты на уровень будничныхъ явленій. Отличаясь только интенсивностью, совѣсть есть дальнѣйшее развитіе того непріятнаго ощущенія, которое испытываетъ человѣкъ при нарушеніи привычекъ своей обычной домашней и общественной жизни. Привычка вставать въ опредѣленное время, привычка къ физической чистотѣ, привычка къ домашнему порядку, привычка аккуратно являться къ условленному часу — незамѣтно переходятъ въ привычку держать данное слово, въ привычку должника своевременно платить долгъ, въ привычку уважать чужую личность, считать неприкосновенной чужую жизнь. Не возникаетъ

⁵⁾ Шопенгауеръ, *Основы морали*, стр. 233—235.

ли опасеніе, что „у того, кто знаетъ, насколько сами люди участвовали въ происхожденіи совѣсти, исчезнетъ абсолютный страхъ передъ нарушеніемъ ея повелѣній ⁶⁾“. Можно утверждать какъ разъ обратное: увѣренность въ сверхъестественномъ происхожденіи совѣсти заставляеть возлагать слишкомъ много надеждъ на нее и прилагать слишкомъ мало усилій къ воспитанію этого чувства въ себѣ.

Рядомъ съ унаслѣдованными и усвоенными наклонностями, побужденіемъ къ соблюденію нормъ нравственности является пониманіе общественной солидарности. Человѣкъ развитой не можетъ не понимать, что все способствующее поддержанію и развитію общества отражается положительнымъ образомъ на благополучіи каждаго индивида, и, наоборотъ, все способствующее разрушенію или ослабленію общества отражается отрицательнымъ образомъ на благополучіи каждаго индивида. Связь между общими и личными интересами несомнѣнно существуетъ. Иногда она очевидна для самаго ограниченнаго ума. Это особенно наблюдается въ небольшихъ группахъ. Въ незначительномъ общественномъ соединеніи каждый отлично понимаетъ, что судьба цѣлаго—это и его личная судьба. Здѣсь всякому ясно, что его трусость передъ врагомъ повлечетъ немедленное истребленіе или порабощеніе всего племени, а въ томъ числѣ и его самого. Отсюда примѣры геройскаго самоотверженія, которыми такъ богата исторія Греціи и Рима. Въ первобытномъ обществѣ нѣтъ понятія о благодарности, потому что это понятіе можетъ возникнуть только тогда, когда интересы общества и индивида настолько раздѣлились уже, что дѣйствія одного изъ членовъ въ пользу другого не соединяются съ представленіемъ о непосредственной общей пользѣ, а слѣдовательно и своей ⁷⁾.

Въ сложныхъ обществахъ эта причинная связь между общимъ благомъ и личнымъ благомъ не такъ очевидна для каждаго. Но развитая личность не можетъ не понять этой связи и у нея должно явиться побужденіе дѣйствовать въ интересѣ общаго

⁶⁾ Паульсенъ, *Основы этики* I. стр. 362.

⁷⁾ Гельвальдъ, *Естественная исторія племенъ и народовъ*, т. I, стр. 305—306; Шурцъ, *Исторія первобытной культуры*, стр. 179—180. Иное объясненіе даетъ Гефдингъ, *Очерки психологіи*, стр. 196.

блага, потому что умъ его привыкъ соединять общепольное съ полезнымъ ему лично. Развитие даетъ возможность индивиду жертвовать ближайшими выгодами или удовольствіями въ виду самыхъ отдаленныхъ, сопряженныхъ съ ними страданій. Умъ консерватора обнаруживается въ томъ, что онъ готовъ на частичныя уступки отъ своихъ привилегій въ виду опасности въ будущемъ потерять все. Развитой политикъ не станетъ ради выгоды момента, вызывать грубые инстинкты толпы, потому что онъ не можетъ быть увѣреннымъ, что разбуженные страсти не обратятся на него самого. Человѣкъ, находящій удовлетвореніе въ общественной дѣятельности, направить всю свою энергію на укрѣпленіе цѣлаго, хотя бы за счетъ своего классоваго положенія.

Приучая себя постоянно связывать свое благополучіе съ общественнымъ благомъ, человѣкъ начинаетъ разсматривать каждый актъ своей дѣятельности подъ угломъ общественной полезности. У человѣка развивается сознаніе долга. Человѣкъ совершаетъ извѣстное дѣйствіе, потому что сознаетъ всю необходимость соблюденія установленныхъ въ обществѣ нормъ. Онъ понимаетъ, что общежитіе немислимо безъ нормъ, что необходимо поддерживать установленныя нормы въ виду самой цѣнности нормировки. Человѣкъ удерживается отъ поступка, потому что сознаетъ невозможность существованія общества при подражаніи со стороны другихъ его примѣру. Такъ судья, призванный постановлять свои рѣшенія строго по закону, подвергается испытанію со стороны своего начальства, которое требуетъ отъ него приговора, сообразнаго съ видами правительства. Предъ судьей открывается опасность немилости, потеря карьеры, быть можетъ самой службы. Но онъ все же постановляетъ законный приговоръ, въ сознаніи того общественнаго вреда, какой можетъ имѣть потрясеніе законности. Профессоръ, экзаменующій студента, чувствуетъ жалость къ молодому человѣку, легкомысленно отнесшемуся къ изучаемому предмету. Съ одной стороны, профессоръ сочувствуетъ его огорченію, потерѣ года, страданіямъ его родителей, съ трудомъ собирающихъ деньги на ученіе сына. Однако, съ другой стороны, профессоръ сознаетъ свой долгъ передъ обществомъ добросовѣстно удостовѣрять знаніе тѣхъ, кому будутъ вручены здоровье людей, воспитаніе дѣтей, честь и неприкосновенность

гражданъ. Сознаніе долга передъ обществомъ беретъ верхъ надъ сочувствіемъ къ человѣку.

Сознаніе долга и чувство совѣсти не совпадаютъ. Ихъ психологическое различіе обнаруживается въ томъ, что одно относится къ сферѣ интеллектуальной, а другое — къ сферѣ эмоціальной. Совѣсть есть регуляторъ поведенія, основаннаго на приобрѣтенной склонности, долгъ есть регуляторъ поведенія, основаннаго на сознательномъ сопоставленіи своихъ личныхъ склонностей съ общественными интересами. Здѣсь раскрывается противоположность точекъ зрѣнія Канта и Спенсера. Кантъ не признаетъ вовсе нравственнаго элемента въ бессознательномъ поведеніи, въ дѣйствіяхъ, вызываемыхъ склонностью, тогда какъ Спенсеръ считаетъ такое поведеніе идеально-нравственнымъ. По Канту, нравственнымъ поведеніе можетъ быть названо тогда, когда въ основаніи поступка лежитъ сознаніе долга, берушаго верхъ надъ склонностью; наоборотъ, по Спенсеру, нравственнымъ поведеніе можетъ быть признано тогда, когда въ основаніи его лежитъ склонность, преобразованная изъ долга. По Канту, дѣйствія, совершаемыя по склонности, остаются внѣ этики, напротивъ, по Спенсеру, дѣйствія, совершаемыя по долгу, еще не будутъ этическими⁸⁾.

Конечно, общество заинтересовано въ томъ, чтобы поведеніе, полезное для общественнаго благополучія, выполнялось безъ колебаній, по склонности, подобно, напр., материнской любви или солдатской дисциплинѣ. Но общество всегда будетъ выше цѣнить того, кто преодолеваетъ борьбу въ своей душѣ и подчиняетъ свои склонности общественной полезности. Общество понимаетъ, что излишне поддерживать своимъ одобреніемъ чело-

⁸⁾ Кантъ, *Критика практическаго разума*, стр. 104, поетъ гимнъ долгу: „Долгъ, Ты, возвышенное, великое слово, такъ какъ въ тебѣ нѣтъ ничего угодливаго, что льстило бы людямъ, но ты требуешь подчиненія, хотя, чтобы привести въ движеніе волю, и не угрожаешь тѣмъ, что возбуждало бы естественное отвращеніе въ душѣ и пугало бы, ибо ты только ставишь законъ, который проникаетъ въ душу и противъ воли возбуждаетъ уваженіе къ себѣ (хотя и не всегда его исполненіе) и передъ которымъ замолкаютъ всѣ склонности“. Наоборотъ, Спенсеръ, *Научныя основанія нравственности*, стр. 143: „Чувство долга или нравственной обязанности имѣетъ переходный характеръ и будетъ уменьшаться вмѣстѣ съ возрастаніемъ нравственности“. „Настоящее выполненіе долга превращаетъ его похъ конецъ въ удовольствіе“.

вѣка, для котораго общественно-полезное стало лично-пріятнымъ. Наоборотъ, оно направляетъ всю силу своей поддержки въ сторону колеблющагося человѣка, въ борьбу мотивовъ бросаетъ новый мотивъ,—высокое восхищеніе передъ внутренней побѣдой. Но конечное желаніе общества—видѣть колебаніе устраненнымъ и склонность укрѣпленной.

Не правъ и Шиллеръ, осмѣявшій строгую мораль Канта. Шиллеръ вмѣнилъ Канту мысль, будто оказаніе помощи только тогда нравственно, когда дѣлается съ отвращеніемъ. Человѣкъ, помогающій своимъ друзьямъ изъ склонности къ нимъ, долженъ будто бы сначала проникнуться отвращеніемъ къ нимъ и тогда помогать—это и сдѣлаетъ его нравственнымъ. На это Кантъ справедливо могъ бы сказать: „если тебѣ хочется оказывать услуги своимъ друзьямъ, потому что это доставляетъ тебѣ удовольствіе, дѣлай, но не возводи своего поведенія на нравственную высоту, не претендуй на нравственную оцѣнку твоихъ дѣйствій“. Въ самомъ дѣлѣ, какой поступокъ вызоветъ болѣе высокую нравственную оцѣнку: подарки любимой женщины или подарки неизвѣстнымъ бѣднякамъ? Мужъ, спасающій своего виднаго союзника по освобожденію родины отъ иноземнаго господства, несмотря на то, что онъ только что узналъ о связи его съ своей женой,—не совершаетъ ли высоко нравственнаго поступка по сознанію долга, вопреки склонности? Развѣ общество не поставитъ его выше мужа, спасающаго свою жену, которой грозитъ уличеніе въ провокаторствѣ? Достоинство человѣка съ общественной точки зрѣнія опредѣляется готовностью жертвовать склонностью къ ближнимъ ради склонности къ дальнимъ. Величайшимъ нравственнымъ подвигомъ останется актъ матери, посылающей дорогого ей сына на борьбу за правое дѣло. Дѣло не въ отвращеніи, какъ думаетъ Шиллеръ, а въ преодоленіи личныхъ мотивовъ.

Существуетъ мнѣніе, что со временемъ долгъ совершенно уступить мѣсто склонности. „Если удастся когда-нибудь достигнуть идеальнаго соціального устройства, т.-е. осуществляющаго наибольшую сумму счастья, то мораль получить тогда наиболѣе прочные устои, и со временемъ быть-можетъ явятся люди, такъ хорошо выдрессированные въ нравственномъ отношеніи, что они вовсе не будутъ знать той внутренней трагической борьбы между

долгомъ и склонностью, ареной которой такъ часто бываетъ наша совѣсть“⁹⁾. Этотъ моментъ никогда не настанетъ, потому что никогда не исчезнетъ антагонизмъ между обществомъ и индивидомъ. Поэтому сознанию долга всегда будетъ мѣсто рядомъ съ чувствомъ совѣсти.

Все сказанное о мотивахъ нравственнаго поведенія, уже объясняетъ намъ, почему общество отъ оцѣнки нормъ, по которымъ должны направлять индивиды свое поведеніе, переходитъ къ оцѣнкѣ мотивовъ, побуждающихъ индивида слѣдовать установленнымъ нормамъ. Прежде всего общество оцѣниваетъ поведеніе своихъ членовъ не со стороны достигнутыхъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ послѣдствій, а со стороны точнаго соблюденія общественной нормы, хотя бы послѣдствія ея соблюденія конкретно и оказались неблагоприятны. Вредный результатъ нѣсколькихъ дѣйствій съ излишкомъ покрывается полезными послѣдствіями соблюденія установленной нормы въ громадномъ большинствѣ случаевъ. Цѣня готовность индивидовъ слѣдовать велѣніямъ общественныхъ нормъ, общество дѣлаетъ еще одинъ шагъ и проникаетъ въ мотивы этой готовности. Если въ этихъ мотивахъ раскрывается способность индивида подчинять свои интересы общему благу, согласовать свои дѣйствія съ нравственными требованіями,—общество признаетъ въ своемъ членѣ ту общественную полезность, которую оно прежде искало въ нормахъ.

Однако такой переходъ отъ объективной оцѣнки къ субъективной является результатомъ долгаго общественнаго развитія. Исторически оцѣнка по послѣдствіямъ предшествуетъ оцѣнкѣ по мотивамъ. И въ настоящее время всякій разъ, какъ возбуждается вопросъ объ оцѣнкѣ совершенно новыхъ дѣйствій, общество подходитъ къ вопросу съ объективной точки зрѣнія,—что дастъ такое поведеніе обществу, если оно станетъ общимъ правиломъ.

Такимъ образомъ нравственность представляется въ двоякомъ значеніи. Нравственность въ объективномъ смыслѣ есть совокупность нормъ, опредѣляющихъ поведеніе индивида въ интересѣ общаго блага. Нравственность въ субъективномъ смыслѣ есть готовность индивида подчинять свое поведеніе требованіямъ

⁹⁾ Летурио, *Нравственность*, стр. 410.

общаго блага. Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о томъ, какія дѣйствія признаются нравственными, во второмъ—какіе люди считаются нравственными ¹⁰⁾.

§ 24.

Нравственная санкція.

Литература: Teso, *L'opinione pubblica*, 1895; G. Tarde, *L'opinion et la foule*, 2 изд. 1904, рус. пер. 1903; Holtzendorff, *Wesen und Werth der öffentlichen Meinung*, 1879, рус. пер. 1895.

Если нравственная оцѣнка отъ объективнаго момента послѣдствій поведенія переходитъ къ субъективному моменту мотивовъ поведенія, то передъ нами встаетъ новый вопросъ: какимъ образомъ создаются мотивы нравственнаго поведенія въ душѣ человѣка? Если онъ стремится дѣйствовать, какъ подсказываетъ ему инстинктъ, чувство совѣсти или сознание долга, то откуда явились эти побуждающія силы? Слѣдуетъ ли искать ихъ источника въ самомъ человѣкѣ или внѣ его? Въ первомъ смыслѣ даетъ отвѣтъ автономная этика, во второмъ—гетерономная.

По Канту, воля, способная подчиняться одному лишь внутреннему нравственному закону, чуждая возможности внѣшняго воздѣйствія на нее, напр., со стороны представленія о счастіи, есть автономная воля или чистый практическій разумъ. Такая воля не имѣетъ никакихъ цѣлей, кромѣ одной,—чтобы ея правило стало правиломъ общаго поведенія, а потому и не допускаетъ какихъ-либо опредѣляющихъ мотивовъ, которые бы стояли внѣ ея. Это представленіе Канта сложилось подъ вліяніемъ Руссо, отъ котораго онъ воспринялъ мысль, что нравственная цѣнность человѣка вытекаетъ изъ природнаго источника, что никакое образованіе и развитіе не въ силахъ сдѣлать человѣка добрымъ, другими словами, что внѣшнія условія не въ состояніи опредѣлить нравственнаго поведенія человѣка. Однако такое представленіе объ автономной волѣ не мирится съ закономъ

¹⁰⁾ Giżyzky, *Moralphilosophie*, стр. 182.

причинности, обусловливающимъ всѣ явленія индивидуальной и соціальной жизни. Самъ Кантъ чувствовалъ создавшееся затрудненіе. Онъ разрубилъ его, раздвоивъ человѣка на эмпирическаго, который подчиненъ закону причинности, и умопостигаемаго, который ему не подчиненъ. Такая постановка вопроса непостижима для теоретическаго разума, и Кантъ потому перенесъ вопросъ въ область вѣры.

Оставаясь въ сферѣ эмпирической, въ которой полностью умѣщается вся нравственность, мы должны признать, что мотивы нравственнаго поведенія подчинены закону причинности, и, опредѣляя отношеніе человѣка къ людямъ, сами опредѣляются отношеніемъ людей къ человѣку. Если у человѣка сложились нравственные инстинкты, привычки, долгъ, то на это были свои причины, и причины эти слѣдуетъ искать въ общественной средѣ.

Общество, установивъ нормы поведенія въ своемъ интересѣ, не можетъ относиться безразлично къ тому, соблюдаются ли онѣ или нарушаются. Оно не проситъ своихъ членовъ сообразоваться съ ними, не совѣтуетъ только,—оно требуетъ, чтобы поведеніе всѣхъ индивидовъ согласовалось съ установленными нормами, а требованіе должно всегда сопровождаться угрозой. Этою угрозой общество воздѣйствуетъ, когда впервые вводитъ новыя нормы, пока вынуждаемое поведеніе не превратится въ привычное, а переданное по наслѣдству не сдѣлается инстинктомъ. Если человѣкъ унаслѣдовалъ дурныя черты, если онъ получилъ извращенное воспитаніе, если степень его развитія не открываетъ ему солидарности,—то общество должно располагать какими-нибудь средствами для возбужденія мотивовъ, склоняющихъ къ соблюденію нормъ нравственности. Нравственныя нормы должны имѣть свою санкцію для укрѣпленія ихъ въ сознаніи индивидовъ и для предупрежденія ихъ нарушеній.

Нравственная санкція заключается въ давленіи со стороны общественной среды, къ которой принадлежитъ индивидъ. Въ оцѣнкѣ поведенія индивида и соответствующемъ отношеніи къ послѣднему со стороны другихъ индивидовъ, составляющихъ вмѣстѣ съ нимъ единое общество, обнаруживается сила общественнаго мнѣнія. Значеніе этой санкціи стоитъ въ зависимости

отъ разныхъ условій, но дѣйствіе свое она проявляетъ всюду, гдѣ только есть общество.

Общественное мнѣніе сдерживаетъ или ослабляетъ, возбуждаетъ или усиливаетъ мотивы, обуславливающіе поведеніе индивидовъ, будутъ ли то частныя лица или лица, облеченныя властью. Средствами воздѣйствія, которыми располагаетъ общество, служатъ порицаніе и одобреніе. Порицаніе имѣетъ предупредительное значеніе, когда оно выражается по поводу готовящагося нарушенія нравственности, оно имѣетъ карательное значеніе, когда проявляется уже послѣ происшедшаго нарушенія нормы, признаваемой со стороны общества нравственной. Формы порицанія могутъ быть различныя и заранѣе непредусмотримы. Смотря по значенію нарушенной нормы, по впечатлѣнію, произведенному на общество, по общественному положенію нарушителя, порицаніе можетъ выразиться въ слабой степени простымъ безмолвнымъ несочувствіемъ поступку и дойти до высшаго напряженія, въ видѣ суда Линча или революціоннаго движенія. Общественное мнѣніе—средство чрезвычайно гибкое, способное приспособляться къ различнымъ индивидуальнымъ особенностямъ. Человѣкъ, поставленный на видномъ мѣстѣ въ обществѣ, становится чувствителенъ даже къ слегка измѣнившемуся къ нему отношенію другихъ, къ нѣсколько ослабѣвшему уваженію. Холодное привѣтствіе, шиканіе, отворачиваніе глазъ на улицѣ, отказъ подать руку, фельетонъ, карриатура, личное оскорбленіе, печатныя обличенія, неудача на выборахъ,—могутъ заставить человѣка почувствовать всю невозможность дальнѣйшаго существованія, или при данныхъ условіяхъ, или совершенно.

Почему же однако человѣкъ подчиняется общественному мнѣнію, откуда эта воспримчивость къ сужденію другихъ людей? Нѣтъ человѣка, который относился бы вполне безразлично къ общественному мнѣнію. Одобреніе или порицаніе общества составляютъ важныя двигатели дѣятельности всѣхъ людей. Какъ бы ни высказывалъ человѣкъ свое пренебреженіе къ мнѣнію общества, но съ которой-нибудь стороны оно всегда найдетъ доступъ къ его душѣ. Купецъ, который смѣется надъ общественнымъ мнѣніемъ, возмущеннымъ его мошенническими продѣлками съ потребителями, дрожитъ передъ угрозой описать

въ газетѣ учиненный имъ въ трактирѣ скандалъ. Поэтъ, который въ высокоумныхъ стихахъ осмѣиваетъ глупую толпу, лишенную вкуса и чутя, спѣшитъ отдать на ея судъ это самое произведеніе и радуется, когда „стадо барановъ“ ему аплодируетъ, искренно огорчается, когда его замалчиваютъ или иронизируютъ надъ нимъ. Сколько лицемѣрія скрывается въ словахъ Фокіона, сказанныхъ имъ передъ восторженными слушателями: „Что это? Мнѣ рукоплещутъ? Развѣ я сказалъ глупость?“ Правитель, гордый своею властью и презирающій подчиненную ему массу, прислушивается къ общественному настроенію не только потому, что его самолюбіе страдаетъ отъ недостатка общественнаго восхищенія, но и потому, что въ глухихъ перебивахъ общественнаго мнѣнія ему слышится рокоть надвигающейся опасности. Для человѣка, стоящаго на низшей ступени культуры, мнѣніе окружающей его общественной группы страшно тѣмъ, что оно можетъ лишить его элементарныхъ условій существованія, изгнавъ его изъ своей среды. Чѣмъ выше въ культурномъ отношеніи человѣкъ, тѣмъ большую цѣнность представляетъ для него общественная среда, выдвигающая все новыя и новыя блага жизни: общественное положеніе, почетъ, уваженіе, авторитетъ, славу, власть. Но всѣ эти блага находятся въ тѣсной зависимости отъ общественнаго мнѣнія. Отрицательное отношеніе общественной среды можетъ довести до минимума цѣнность жизни; положительное отношеніе доводитъ ее до максимума. Устанавливая правила поведенія, отступленіе отъ которыхъ оно клеймитъ именемъ безнравственнаго поступка, общество преслѣдуетъ цѣли благополучія своего, т.-е. значительнаго большинства, и достигаетъ соблюденія правилъ угрозою страданій индивидуамъ, которые въ своихъ дѣйствіяхъ также преслѣдуютъ цѣли личнаго благополучія, т.-е. наибольшей суммы удовольствій и наименьшей суммы страданій.

Сила общественнаго мнѣнія складывается изъ массы мельчайшихъ психическихъ проявленій. Величина ея зависитъ, въ свою очередь, отъ того, насколько каждая общественная единица выполняетъ свой долгъ передъ обществомъ соучаствовать въ выраженіи общественнаго мнѣнія. Нравственное поведеніе человѣка не исчерпывается тѣмъ, что онъ не дѣлаетъ зла дру-

гимъ или даже дѣлаеть другимъ добро. Нравственный человѣкъ долженъ реагировать на зло и добро въ поведеніи другихъ. Чрезмѣрная снисходительность къ безнравственнымъ поступкамъ другихъ, широко распространившись, подрываетъ значеніе общественнаго мнѣнія, что всегда является показателемъ моральнаго паденія общества.

Но что же это за общественная среда, которая своимъ мнѣніемъ оказываетъ такое поразительное вліяніе на поведеніе человѣка? Общественный кругъ, способный воздѣйствовать силою своего мнѣнія на поведеніе индивида, не можетъ быть определенъ иначе, какъ сферою дѣйствительнаго психическаго сопрікосновенія. Общество можетъ оказать свое вліяніе, насколько индивидъ чувствуетъ свою зависимость отъ него, насколько прищипаніе общества дѣлаеть въ его глазахъ существованіе менѣе цѣннымъ, насколько одобреніе того же общества въ его глазахъ повышаетъ цѣнность жизни. Общественный кругъ опредѣляется только съ точки зрѣнія индивида, стоящаго въ его центрѣ, а радіусами служатъ предѣлы сознаваемой или чувствуемой духовной связи. Отсюда слѣдуетъ, что круги эти далеко не одинаковы для различныхъ индивидовъ, и даже для тѣхъ же индивидовъ въ различныхъ сферахъ дѣятельности. Для крестьянина общественная среда—это можетъ быть только его деревня, для общественного дѣятеля—это будетъ все общество его государства, а, можетъ быть, и больше. Мы несомнѣнно присутствуемъ при народженіи европейскаго общественнаго мнѣнія, которому открывается широкая сфера воздѣйствія.

Нужно однако имѣть въ виду, что рядомъ съ субъективнымъ моментомъ, опредѣляющимъ общественную среду сознаниемъ со стороны индивида психической связи съ нею, необходимъ еще объективный моментъ—сознаніе связи между индивидами, образующими общественную среду. Чѣмъ однороднѣе ихъ духовный складъ, тѣмъ дружнѣе ихъ воздѣйствіе, и наоборотъ. Отсюда слѣдуетъ, что если, съ одной стороны, общественная среда, воздѣйствующая на поведеніе индивида, можетъ выйти за границы государства, то, съ другой стороны, она способна расколоться въ границахъ одного и того же государства, по національностямъ, по классамъ, по культурности. Широкіе круги общества

данной страны могут возмущаться способом рѣшенія личныхъ недораазумѣній въ формѣ дуэли, а узкій, но болѣе тѣсный, кругъ аристократической среды можетъ отнестись неодобрительно къ попыткѣ уклониться отъ такого средства. Въ такихъ случаяхъ столкновение воздѣйствій разрѣшается соотношеніемъ между связями, какія сознаетъ индивидъ въ отношеніи большей и меньшей среды, и соотношеніемъ силъ напора со стороны той и другой среды.

Сила общественнаго мнѣнія, при равенствѣ другихъ условій, обратно пропорціональна общественной массѣ и прямо пропорціональна общественной энергіи. Чѣмъ меньше общественная группа, тѣмъ крѣпче связанъ индивидъ съ нею, и потому тѣмъ сильнѣе сказывается давленіе мнѣнія всѣхъ на каждого. Наоборотъ, чѣмъ больше группа, тѣмъ сильнѣе она дифференцируется, а соотвѣтственно тому каждый индивидъ легче ускользаетъ отъ общественнаго контроля. Съ другой стороны, на укрѣпленіе связи въ большихъ группахъ вліяютъ различныя культурныя и политическія условія, развивающія энергію общественной жизни. Благодаря этимъ условіямъ происходитъ то объединеніе мнѣнія, которое придаетъ ему особенную силу. Въ этомъ направленіи дѣйствуютъ органы печати, общественныя собранія, выборы, мѣстные и общегосударственные. Благодаря этимъ же условіямъ индивидъ, несмотря на увеличеніе окружающей его среды, острѣе чувствуетъ свою зависимость отъ нея и связь съ каждымъ ея членомъ.

Мы уже видѣли, что оцѣнка поведенія человѣка обществомъ переходитъ отъ объективнаго къ субъективному моменту. Вся сила общественнаго мнѣнія направляется въ сторону преобразованія мотивовъ поведенія человѣка. Устанавливая нормы, общество ставитъ индивиду вѣхи, которыхъ онъ долженъ держаться въ своей дѣятельности. Но главный интересъ общества заключается въ томъ, чтобы силою принадлежащей ему санкціи преобразовать эгоистическіе мотивы индивида въ общественно-нравственные мотивы. Въ каждомъ человѣкѣ обнаруживается наличность двухъ стремленій,—центробѣжнаго (эгоизмъ), даннаго его природою, и центростремительнаго (альтруизмъ), внушеннаго ему обществомъ. Задача общества состоятъ въ томъ, чтобы перевос-

питать эгоистическія стремленія человѣка въ альтруистическія, пользуясь его же эгоизмомъ. Подъ угрозю своего воздѣйствія общество приучаетъ человѣка къ общеплезному поведенію, пока привычки не превратятся въ необходимость для человѣка или не станутъ наследственнымъ инстинктомъ. Унаслѣдованное поведеніе предполагаетъ долгое соблюденіе предками установленныхъ правилъ подѣ дѣйствіемъ авторитета общественнаго мнѣнія. Чувство совѣсти является не первоначальною, а производною санкцію: сначала человѣка приучаютъ къ извѣстному образу дѣйствій путемъ внѣшней соціальной санкціи, а когда онъ привыкнетъ къ такому поведенію, то отступленіе отъ привычныхъ дѣйствій можетъ предупреждаться внутреннею санкціей. Въ этомъ направленіи общество способно достигнуть поразительныхъ результатовъ, доводя человѣка до готовности самопожертвованія. Это отреченіе отъ самого себя ради общества можетъ быть объяснено только съ психологической, а не съ этической точки зрѣнія. Привыкая дѣйствовать въ извѣстномъ направленіи, человѣкъ теряетъ способность оцѣнивать возможный результатъ. Идея самопожертвованія не составляетъ особенности человѣческой породы и не вытекаетъ изъ нравственной глубины человѣческой природы. Самопожертвованіе имѣетъ широкое примѣненіе въ животномъ мірѣ, гдѣ не только мать или отецъ готовы на все для спасенія своихъ дѣтенышей, но гдѣ нерѣдко болѣе сильныя индивидуы приносятъ себя въ жертву при защитѣ слабѣйшихъ отъ внѣшней опасности. Въ человѣческомъ обществѣ самопожертвованіе имѣетъ иногда основаніе въ рабскомъ чувствѣ, привычкѣ безпрекословнаго повиновенія. Какимъ благороднымъ человѣческимъ инстинктомъ можно объяснить тотъ смертельный прыжокъ, какой сдѣланъ былъ членомъ секты асациновъ, когда старцу горы захотѣлось продемонстрировать передъ постороннимъ человѣкомъ силу своего авторитета? ¹⁾ Какъ понять ту страстную готовность женъ погибнуть на кострѣ во славу

¹⁾ „А между тѣмъ, клянусь всѣмъ, что есть святого, если бы, на Шлангенбергѣ, на модномъ пуантѣ, она дѣйствительно сказала мнѣ: бросьтесь внизъ, то и бы тотчасъ же бросился, и даже съ наслажденіемъ“. Такъ описываетъ Достоевскій, *Идиотъ*, гл. I, состояніе влюбленности героя. Но можно ли сомнѣваться въ эгоистичности любви мужчины къ женщинѣ и обратно?

умершаго мужа, которая нерѣдко встрѣчается у варварскихъ народовъ? Какое этическое объясненіе можно дать той картинѣ массоваго самоистребленія, которую чертитъ Летурно при описаніи царскихъ похоронъ у зулусовъ ²⁾? Все это усвоенное подъ влияніемъ общественной среды привычное поведеніе, которое перешло за порогъ сознанія и доводитъ послѣдовательно индивида до самоотрицанія. Здѣсь уже не можетъ быть мѣста для борьбы чувства долга съ личною склонностью жить и наслаждаться.

Сила общественнаго мнѣнія главнымъ образомъ консервативная, и потому, конечно, она представляется стѣснительною для передовыхъ людей, которые стоятъ выше толпы и видятъ дальше толпы. Съ ихъ точки зрѣнія нѣкоторыя изъ установленныхъ нормъ могутъ казаться нецѣлесообразными, а потому они склонны отстаивать несогласное съ нормами поведеніе, даже сами готовы поступать вопреки принятымъ правиламъ. На то и крупные люди, чтобы не укладываться въ формы, рассчитанныя на средній ростъ. Ихъ примѣръ можетъ произвести перемѣну во взглядахъ общества, убѣдить другихъ въ правильности принятаго ими образа дѣйствій, измѣнить дѣйствующія нормы, но предварительно имъ придется испытать на себѣ всю тяжесть давленія со стороны общественнаго мнѣнія. Здѣсь открывается широкое поле для глумленія надъ общественнымъ мнѣніемъ. Но слѣдуетъ имѣть въ виду, что прорывать общественныя нормы склонны не только крупные индивиды, которые способны показать обществу новые пути, но и всякіе мелкіе экземпляры, для которыхъ общественное мнѣніе является стѣсненіемъ при достиженіи своихъ эгоистическихъ цѣлей. За сверхъ-человѣкомъ охотно тянутся и полу-люди. Только выдающіеся умомъ и чутьемъ индивиды въ состояніи прокладывать себѣ дорогу, не опасаясь заблудиться. Посредственная же масса держится и должна держаться намѣченнаго фарватера, и въ этомъ обстоятельствѣ заключается гарантія обществности. Изъ-за стѣснительности общественнаго мнѣнія, дѣйствующаго по шаблону для нѣсколькихъ передовыхъ людей, не слѣдуетъ упускать изъ виду благодѣтельное его значеніе для всего общества.

²⁾ Letourneau, *L'évolution de la morale*. 1894, стр. 214—215.

На почвѣ нравственности мы встрѣчаемся съ общимъ соціологическимъ закономъ борьбы индивида съ обществомъ. Общество въ своихъ интересахъ стремится навязать человѣку правила, которыхъ онъ долженъ держаться въ отношеніи другихъ людей, человѣкъ же, отстаивая свою индивидуальность, защищаетъ идею самоопредѣленія. Сфера личнаго самоопредѣленія въ области нравственнаго поведенія постепенно расширяется, не потому, чтобы общество убѣждалось аргументами въ пользу невмѣшательства, а потому, что съ ростомъ общественности, съ осложненіемъ поведенія каждаго человѣка, естественно увеличивается сфера проявленія личности, въ которой общество считаетъ себя мало заинтересованнымъ по сравненію съ тѣми сторонами дѣятельности, на которыя оно принуждено обращать усиленное вниманіе. Соотвѣтственно тому, можетъ происходить передвиженіе нормъ изъ области нравственности въ область правовъ, гдѣ контроль слабѣе, и гдѣ поэтому личность чувствуетъ себя болѣе свободной.

ГЛАВА V.

Государство.

§ 25.

Понятіе о государствѣ.

Литература: Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910; Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5 изд. 1909, рус. пер. 1909, стр. 1—39; Comptobesca, *La nature juridique de l'Etat*, 1899; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, т. I, стр. 262—373 и т. II, 1909, стр. 48—76; Елленкъ, *Общее учение о государствѣ*, рус. пер. 1908, стр. 93—133; R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, т. I, 1901, стр. 116—166; M. Seydel, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, 1889, стр. 1—23; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882 стр. 283—411; Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, т. III, 1906, стр. 1—28; Maiorana, *Il sistema dello Stato giuridico*, 1889; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд. 1908, стр. 149—165; Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 2 изд. 1907, стр. 93—116; Willoughby, *An examination on the nature of the State*, 1896, Sidgwick, *The Elements of politics*; Коркуновъ, *Русское государственное право*, т. I, 1908, стр. 1—52; Кокошкинъ, *Русское государственное право*, в. 1, 1908;

Опредѣленіе понятія о государствѣ можетъ подвергнуться двоякой методологической ошибкѣ. Возможно, что опредѣленіе будетъ стремиться дать понятіе о государствѣ не въ его исторической дѣйствительности, а въ идеальномъ представленіи. Въмѣсто того, чтобы опредѣлить, что такое государство, нерѣдко опредѣляютъ, чѣмъ оно должно быть. Примѣромъ можетъ служить опредѣленіе, которое даетъ Р. фонъ - Мольтъ. „Государство есть постоянный, единый организмъ такихъ установлений, которыя, будучи руководимы общею волею, поддерживаемы и приводимы въ дѣйствіе общею силою, имѣютъ задачей содѣйствіе достиже-

нiю дозволенныхъ цѣлей опредѣленнаго, на данной территорiи замкнутаго народа,—а именно, начиная отъ отдѣльной личности и кончая обществомъ, до тѣхъ поръ, пока эти цѣли не будутъ удовлетворены собственными силами личности и пока онѣ составляютъ предметъ общей необходимости“¹⁾. Таковую же неправильность допускаютъ тѣ, кто пытается опредѣлить государство, какъ правовое государство, забывая, что правовое государство, явившееся на смѣну полицейскаго государства, есть только проблема, поставленная государству въ опредѣленный историческiй моментъ, и что проблема правового государства можетъ быть не единственной для государства. Въ это заблужденiе впадаетъ даже такой реалистъ, какъ Гумпловичъ, который опредѣляетъ государство, какъ „естественно возникшую организацию властвованiя, предназначенную для охраны опредѣленнаго правопорядка“²⁾. Какъ бы подтверждая односторонность точки зрѣнiя тѣхъ, кто въ основу понятiя кладетъ правовое государство, Колеръ, слѣдуя тому же методологическому приему, исходить изъ представленiя о культурномъ государствѣ. „Государство есть организованное въ личность общенiе, которое, въ силу собственнаго права, ставитъ себѣ задачей всестороннее споспѣшествованiе культурѣ и борьбу съ некультурностью“³⁾. Съ такимъ же основанiемъ въ основу опредѣленiя можно положить социальное государство будущаго. Подобный приемъ приводитъ къ тому, что государствомъ признается лишь такой политическiй союзъ, который отвѣчаетъ содержанiю опредѣленiя, всѣ же остальные исторически данныя союзы уже не могутъ быть признаны государствами.

Другая методологическая ошибка заключается въ томъ, что, исходя не изъ идеальнаго представленiя, а изъ исторической дѣйствительности, выбираютъ какой-нибудь историческiй типъ государства и его признаки дѣлаютъ признаками государства вообще. Таково, напр., опредѣленiе, предложенное Кирхманомъ: „государство есть союзъ между государемъ и народомъ“⁴⁾,

¹⁾ R. von Mohl, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 1872, цитировано по переводу Гумпловича.

²⁾ Гумпловичъ, *Общее учение о государстве*, 1910, стр. 36 и 114.

³⁾ Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, стр. 142.

⁴⁾ Kirchmann, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 1869, стр. 144.

исключающее республику изъ группы государствъ. Нѣкоторые рассматриваютъ государство вообще съ точки зрѣнія конституціоннаго государства, которое имъ представляется не только типичнымъ для настоящаго времени, но сущностью государства вообще.

Методологическая задача при опредѣленіи понятія о государствѣ состоитъ въ томъ, чтобы дать признаки того историческаго явленія, которое носить названіе государства. Отсюда слѣдуетъ, что, опредѣляя понятіе изъ дѣйствительности, мы не должны вносить въ него чего-либо недѣйствительнаго, а, съ другой стороны, должны брать всю дѣйствительность даннаго рода, не допуская произвольнаго выбора. Опредѣленіе понятія о государствѣ должно отвѣчать на вопросъ, что такое государство въ его исторической дѣйствительности, и притомъ во всѣхъ его историческихъ типахъ.

Что же даетъ намъ дѣйствительность? Въ области явленій, называемыхъ нами въ своей совокупности государствомъ, мы наблюдаемъ отношенія между людьми опредѣленной группы, изъ которыхъ одни повелѣваютъ, а другіе повинуются. Въ соотвѣтствіи съ этимъ наблюдаемымъ фактомъ характерными признаками понятія о государствѣ, по общему признанію, можно признать слѣдующіе три элемента: а) соединеніе людей, б) господствующая надъ нимъ власть, с) территория, какъ предѣлъ дѣйствія этой власти. Въ сочетаніи эти признаки даютъ понятіе о государствѣ, какъ соединеніи людей подъ одной властью въ предѣлахъ опредѣленной территории. Каждый изъ характерныхъ признаковъ представляетъ самъ сложное понятіе и потому требуетъ ближайшаго разсмотрѣнія.

Прежде всего мы имѣемъ передъ собою личное соединеніе, какъ нѣкоторую совокупность людей, находящихся во взаимномъ отношеніи властвованія и подчиненія ⁵⁾. Что представляетъ собою эта совокупность людей? Нѣкоторые признаютъ ее союзомъ ⁶⁾. Но союзъ вызываетъ мысль о сознательномъ, намѣренномъ соединеніи, что отбрасываетъ насъ къ договорному представленію.

⁵⁾ Значеніе личнаго признака старается, хотя и тщетно, ослабить *Bergelzheim* в ег. *System der Rechts und Wirthschaftsphilosophie* т. III, стр. 20.

⁶⁾ Кокошкинъ, *Русское государственное право*, 1908, в. 1, стр. 4.

Соединеніе это есть не что иное, какъ общество. Начало, объединяющее этихъ людей въ общество, состоитъ въ подчиненіи одной и той же власти. Общій интересъ и сотрудничество, необходимыя для понятія объ обществѣ, выражаются здѣсь въ стремленіи къ сохраненію группового единства. Идея самосохраненія не составляетъ цѣли, въ родѣ охраны правового порядка или культурнаго развитія, выдвигаемыхъ историческими моментами, а это причина сплоченія, присущая государству всегда и всюду.

Люди, подчиненные одной и той же политической власти, называются подданными или гражданами. Различіе этихъ терминовъ обыкновенно объясняется такъ, что человекъ является подданнымъ, поскольку онъ разсматривается съ точки зрѣнія обязанностей, лежащихъ на немъ въ отношеніи государства, и онъ же является гражданиномъ съ точки зрѣнія правъ, принадлежащихъ ему въ отношеніи того же государства. Отсюда мыслимо государство, гдѣ имѣются только подданные и нѣтъ гражданъ, какъ это замѣчается при абсолютизмѣ. Едва ли однако это такъ. Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о возможности публичныхъ субъективныхъ правъ, мы должны сказать, что совершенно безправныхъ подданныхъ не можетъ быть. Въ самомъ деспотическомъ режимѣ подданные пользуются военной охраной, судебной защитой, правомъ собственности, семейными правами, сословными привилегіями. Различительный моментъ слѣдуетъ искать въ другомъ: подданные—это члены соединенія съ точки зрѣнія ихъ подчиненія власти, граждане—это тѣ же члены съ точки зрѣнія ихъ соучастія во властвованіи, хотя бы путемъ избранія властвующихъ. Со стороны этого момента можно утверждать, что подданные не всегда граждане, и что не всѣ подданные въ то же время граждане 7).

Въ составъ той совокупности людей, которая представляетъ личный субстратъ государства и называется народомъ въ политическомъ значеніи этого слова, временно, въ качествѣ по-

7) Это оправдывается какъ исторически, такъ и съ современной точки зрѣнія, насколько колоніальные подданные европейскихъ государствъ не причисляются къ гражданамъ, не потому, чтобы они не имѣли никакихъ правъ, а потому что они не имѣютъ никакого соучастія во власти.

стороннихъ элементовъ входятъ и иностранцы. Но они не могутъ быть признаны ни гражданами, ни подданными. Они не входятъ въ народъ даннаго государства, хотя и вынуждены подчиняться государственной власти, пока находятся въ предѣлахъ ея дѣйствія ⁸⁾.

Совокупность людей, образующихъ населеніе государства или народъ, не должна быть смѣшиваема съ націей. Нація объединяется по историческому моменту, народъ—по политическому моменту, хотя бы вопреки исторіи. Конечно, возможно совпаденіе этихъ моментовъ (Франція, Испанія), но также возможно и ихъ разьединеніе. Одно государство можетъ включать въ своемъ составѣ нѣсколько націй (Австрія, Россія), одна нація можетъ войти въ составъ различныхъ государствъ (поляки, сербы).

Вторымъ характернымъ признакомъ государства является территорія, т.-е. то пространство, на которое простирается дѣйствіе государственной власти.

Насколько признакъ этотъ необходимъ для понятія о государствѣ? Интересно отмѣтить, что необходимость территориальнаго признака сознается только въ XIX столѣтіи, опредѣленія же болѣе ранняго времени совсѣмъ не указываютъ на установленную территорію ⁹⁾. Тѣмъ не менѣе въ настоящее время необходимость территориальнаго момента общепризнана: государство, говорятъ, немисливо безъ опредѣленной территоріи, гдѣ нѣтъ опредѣленныхъ границъ, нѣтъ и государства. Нѣкоторые даже склонны выдвигать территориальный признакъ за счетъ двухъ другихъ ¹⁰⁾. Однако едва ли территориальность представляетъ необходимый признакъ. Можно ли отрицать государственную организацію у евреевъ во время ихъ сороколѣтняго странствованія до обрѣтенія обѣтованной земли ¹¹⁾. Развѣ татары въ ихъ продолжительномъ передвиженіи изъ Азіи въ Европу

⁸⁾ Въ классической древности личному моменту придавали рѣшающее значеніе въ представленіи о государствѣ. Тамъ, гдѣ мы сейчасъ сказали бы „Персія“, греки говорили „Персы“, несмотря на деспотическую форму правленія.

⁹⁾ Елликвейъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 2 изд. рус. 1908, стр. 237.

¹⁰⁾ Кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1910, стр. 224.

¹¹⁾ Штаммеръ, *Хозяйство и право*, I, стр. 23 отрицаетъ въ этомъ случаѣ наличность государства, но неизвѣстно почему. Salmon, *The Theory of the Law*, стр. 99, не считаетъ территориальность существеннымъ признакомъ.

не составляли государства? Можно ли говорить объ определенной территории, какъ логически необходимомъ моментѣ понятія о государствѣ, когда исторія даетъ намъ московское государство съ его совершенно неопредѣленными границами на югѣ и востока¹²⁾.

Необходимость территориальнаго признака была подчеркнута еще съ другой стороны. Извѣстный антропологъ Фр. Ратцель призналъ, что территория и есть то именно, что придаетъ общезитію государственный характеръ. „Когда мы говоримъ о государствѣ, мы точно такъ же, какъ говоря о городѣ, связываемъ съ этимъ представленіе о части челоуѣчества, о челоуѣческомъ созданіи и одновременно объ извѣстной части земной поверхности. Эти элементы связаны одинъ съ другимъ. Государство должно жить почвой... Государство является для насъ организмомъ, въ который входитъ опредѣленная часть земной поверхности; устройство государства складывается изъ свойствъ народа и свойствъ почвы“¹³⁾. Однако это не болѣе какъ отраженіе органическаго представленія объ обществѣ и смѣшеніе вопроса о томъ, что происходитъ на данномъ пространствѣ, съ вопросомъ, подъ влияніемъ чего происходитъ.

Когда территориальности придаютъ государственное значеніе въ смыслѣ необходимости точныхъ и постоянныхъ физическихъ границъ, или когда съ ней соединяють экономическое представленіе объ осѣдлости, въ противоположность кочевому состоянію, — необходимо признакъ территориальности отвергнуть, потому что въ понятіе не укладываются всѣ факты дѣйствительности. Но если подъ территориальностью понимать пространственные предѣлы власти, то этотъ признакъ необходимо признать, такъ какъ всегда власть имѣла границы дѣйствія. Въ разное

¹²⁾ Haugliou, *Principes de droit public*, 1910, стр. 7, склоненъ разсматривать современное государство, какъ une troupe en ordre de marche.

¹³⁾ Шурцъ, *Исторія первобытной культуры*, 1896, стр. 161. Самъ Шурцъ полагаетъ, что Ратцелю удалось разрѣшить проблему государства, надъ которою безплодно бились многіе изъ величайшихъ умовъ, начиная съ Аристотеля. „Это, — замѣчаетъ онъ, — служитъ прекраснымъ доказательствомъ того, какимъ освѣжающимъ образомъ народовѣдніе, разсматриваемое съ чисто географической точки зрѣнія, со своими многочисленными, основанными на наблюденіяхъ матеріалами, можетъ дѣйствовать на старѣющія науки“.

время границы могутъ различно устанавливаться,—въ настоящее время всѣ государства укрѣпляются въ физически опредѣленныхъ границахъ. Территорія, съ положительной стороны, опредѣляетъ, что всѣ, находящіеся въ данныхъ физическихъ границахъ, подчинены извѣстной власти; съ отрицательной стороны, что въ данныхъ физическихъ границахъ никакая иная государственная власть не способна проявить свое дѣйствіе.

Если государственная власть сдерживается извѣстными территориальными предѣлами, то причина такого самоограниченія кроется не въ физическихъ или юридическихъ условіяхъ, а въ опасеніи противодѣйствія со стороны другой власти за чертою границы.

Теоретически, въ соотвѣтствіи съ нѣкоторыми конституціями, начиная съ французской 3 сентября 1791 года, признается неотчуждаемость государственной территоріи. Однако принципъ неотчуждаемости не имѣетъ никакого реальнаго значенія, потому что онъ обращенъ къ самой государственной власти. Конечно, ни одно государство не рѣшится отчуждать часть своей территоріи безъ крайней необходимости или безъ явной пользы. Но юридическихъ препятствій къ отчужденію не можетъ быть. Факты подтверждаютъ отчуждаемость территоріи. Возможна продажа части территоріи, какъ, напр., была отчуждена Россіей въ 1867 году Англіи Аляска; возможенъ обмѣнъ, какъ, напр., въ 1889 году Англія уступила Германіи островъ Гельголандъ за африканскія владѣнія, а въ 1899 Испанія уступила Германіи Маріинскіе и Каролинскіе острова; возможна безвозмездная уступка, какъ, напр., Франція въ 1871 году уступила Германіи Эльзась и Лотарингію; возможна аренда части территоріи, напр., аренда Германіей у Китая Кіа-Чао.

Если государственная территорія можетъ быть отчуждаема въ своихъ частяхъ, то акты отчужденія не слѣдуетъ разсматривать какъ отчужденіе права собственности, потому что само государство не имѣетъ права собственности на свою территорію. Противоположный взглядъ существуетъ¹⁴⁾. Но эту точку зрѣнія невозможно принять. Въ какомъ юридически необъяснимомъ

¹⁴⁾ Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4 изд. 1901, т. I, стр. 173.

отношеніи окажется право собственности гражданъ и государства на однѣ и тѣ же части земли? Если государству принадлежитъ право собственности на свою территорію, то кто же охраняетъ его право, такъ какъ право всегда предполагаетъ моментъ защиты? Объектомъ права собственности могутъ быть только вещи и люди въ качествѣ рабовъ, но не свободныхъ гражданъ. Между тѣмъ при отчужденіи части территоріи уступаются не только земля, но и живущіе на ней люди, а это необъяснимо съ точки зрѣнія права собственности государства на территорію. Территорія составляетъ только предѣлъ приложенія государственной власти. Поэтому отчужденіе части территоріи представляетъ собою не что иное, какъ добровольное или вынужденное сокращеніе пространственной сферы дѣйствія государственной власти.

Наконецъ, третьимъ признакомъ, опредѣляющимъ понятіе о государствѣ, является власть.

Что такое власть? Власть есть возможность навязывать свою волю другому или другимъ, подчинять своей волѣ волю другихъ, заставлять другихъ сообразовать свое поведеніе съ волею властвующаго, вводить свою волю однимъ изъ существенныхъ мотивовъ, опредѣляющихъ поведеніе другого ¹⁵⁾.

Откуда же эта власть? Гдѣ причина такого соотношенія воли разныхъ лицъ? Обратимся къ самымъ элементарнымъ фактамъ. Въ семейной жизни жена, физически слабая, экономически и юридически зависимая отъ мужа, нерѣдко обладаетъ всею полнотою власти въ отношеніи послѣдняго. Если мужъ уступаетъ, т.-е. согласуетъ свое поведеніе съ волею жены, то это объясняется опасеніемъ съ его стороны потерять тѣ блага, стремленіе къ которымъ побудило его вступить въ бракъ: любовь женщины,

¹⁵⁾ Коркуновъ, *Русское государственное право*, 1908, т. I, стр. 23—24, старается доказать, что власть не связана необходимо съ волею. „Властвование одного человека надъ другимъ возможно даже противъ воли властвующаго“. Примѣрами должны служить обаяніе святости, красоты, ума. Но Коркуновъ не замѣчаетъ, что въ приведенныхъ имъ примѣрахъ есть только возможность власти, сила, но не властвованіе. Пользуясь своей красотой, женщина можетъ властвовать надъ плѣненнымъ ею мужчиной, но можетъ и не пожелать. Говорятъ и о „власти земли“, но вѣроятно, самъ Коркуновъ не признавалъ бы здѣсь властвованія, потому что нѣтъ воли властвующаго.

семейный порядокъ, домашнее спокойствіе. Сознывая сначала въ каждомъ конкретномъ случаѣ, какому изъ цѣнныхъ имъ благъ угрожаетъ его неуступчивость, мужъ дальше, уже по инерціи, привычается повиноваться, опасаясь не за то или иное благо, а человѣка, способнаго лишить его какого-либо изъ благъ. Существуетъ убѣжденіе, что въ семейной жизни беретъ верхъ тотъ, кто меньше любитъ и меньше дорожить, и это психологически вѣрно, потому что къ уступкамъ болѣе склоненъ тотъ, кто больше боится потерять. Съ другой стороны, возьмемъ двухъ компаньоновъ, совместно ведущихъ коммерческое дѣло. Одинъ изъ нихъ логическими доводами убѣждаетъ другого отказаться отъ операціи, грозящей потерями, или склоняетъ къ операціи, обѣщающей прибыли. Опытъ подтверждаетъ совѣтъ. Тогда у одного складывается довѣріе къ уму, способности, энергіи другого, при чемъ оно уже отрывается отъ убѣдительности доводовъ и строится на вѣрѣ въ способность этого человѣка находить самыя выгодныя экономическія комбинаціи ¹⁶⁾.

Въ обоихъ приведенныхъ случаяхъ въ основѣ повинованія обнаруживались страхъ и вѣра: страхъ, что поведеніе, уклоняющееся отъ внушаемаго волею другого, грозитъ извѣстными невыгодами, и вѣра, что поведеніе, согласованное съ внушаемымъ волею другого, обѣщаетъ извѣстныя выгоды. Власть повелѣвающего опирается, такимъ образомъ, на эгоистическое чувство повинующагося.

Государственная власть, какъ видъ власти, представляетъ собою то же самое по существу и по основѣ. Это способность властвующихъ дѣлать свои велѣнія факторомъ, опредѣляющимъ поведеніе подчиненныхъ, и въ основѣ такой возможности лежитъ инстинктъ самосохраненія человѣка. Страхъ за свое благополучіе и довѣріе къ органамъ государственной власти, какъ наи-

¹⁶⁾ Въ „Селѣ Степанчиковѣ“ Достоевскаго данъ интересный примѣръ власти приживальщика надъ помѣщикомъ. Откуда власть Фомы Фомича? Авторъ изображаетъ помѣщика, какъ безкорыстнаго человѣка, но тутъ же указываетъ, что тотъ больше всего цѣнитъ домашній міръ, „чтобы все было хорошо“. Страхъ, что его неуступчивость можетъ подать поводъ къ нарушенію порядка и тишины, заставляетъ его подчиняться вождю приживальщика, который смѣло и постоянно ставитъ на карту свое положеніе въ домѣ. Выигрываетъ только тотъ, кто не страшится потерять.

лучшему средству его обезпеченія, составляютъ индивидуальнопсихологическую основу государственной власти. Передача этихъ чувствъ отъ одного поколѣнія къ другому, передача этихъ чувствъ отъ одного индивида къ другому въ массовомъ сожитіи, составляетъ коллективно-психологическую основу государственной власти.

Однако, государственная власть не единственная, проявляющаяся въ той же общественной средѣ. Власть отца надъ дѣтьми, фабриканта надъ рабочими, учителя надъ учениками, профессиональнаго союза надъ его членами, городского управленія надъ жителями города, церкви надъ вѣрующими членами ея—все это явленія того же порядка. Однако, государственная власть имѣетъ свои отличительные признаки. Въ противоположность, напр., церкви, она имѣетъ территоріальный характеръ, т.-е. сила ея распространяется на всѣхъ лицъ, находящихся, хотя бы временно, въ извѣстныхъ пространственныхъ границахъ. Въ противоположность городу, земству, имѣющимъ также территоріальный характеръ, государственная власть обладаетъ изначальностью авторитета, если не исторически, то, во всякомъ случаѣ, логически. Всѣ власти въ государствѣ опираются на государственную власть, изъ нея черпаютъ источникъ своей силы, тогда какъ государственная власть опирается непосредственно на общественныя силы. Государственная власть есть самостоятельная власть, власть господствующая надъ всѣми другими властями.

До сихъ поръ мы разсматривали государство съ социологической точки зрѣнія. Но рядомъ съ этимъ социологическимъ опредѣленіемъ понятія о государствѣ, въ ученіе о государствѣ вводится юридическое опредѣленіе. Еллинекъ слѣдующимъ образомъ обосновываетъ необходимость юридическаго понятія о государствѣ и допустимость двойственнаго опредѣленія: „Такъ какъ право—существенный элементъ государства, то совершенное познаніе послѣдняго невозможно безъ изученія его юридической природы. Государство, упорядочиваемое правомъ, хранитель и двигатель права, необходимо должно занимать опредѣленное мѣсто въ самомъ правѣ,—должно существовать правовое понятіе о государствѣ“. „Юридическое познаніе государства стремится не къ выясненію его реальнаго существа, а къ тому, чтобы сдѣлать

государство юридически мыслимымъ, т.-е. найти понятіе, въ которомъ, безъ внутреннихъ противорѣчій, мыслимы все юридическія особенности государства“¹⁷⁾. Отлагая пока критику самой постановки задачи, посмотримъ сначала, какъ разрѣшаются эти задачи въ наукѣ.

Съ юридической точки зрѣнія опредѣляютъ государство, какъ правовое отношеніе¹⁸⁾. „Если само государство,—говоритъ Коркуновъ,—есть юридическое отношеніе, то субъекты его—все участники государственнаго общенія, отъ монарха до послѣдняго подданнаго“. „Объектомъ правъ, составляющихъ юридическое отношеніе властвованія, можетъ быть признана только сама государственная власть“. Это представленіе о государствѣ едва ли способствуетъ выясненію его сущности. Не вполне ясно, имѣемъ ли мы дѣло съ однимъ юридическимъ отношеніемъ, сплывающимъ всѣхъ гражданъ, или съ рядомъ юридическихъ отношеній между властвующими и подвластными? Въ первомъ случаѣ непонятно, откуда же это единство, а во второмъ не менѣе непостижимо, какъ объединяется эта сумма отношеній? Разсматриваемая точка зрѣнія не въ состояніи объяснить, какимъ образомъ чисто-фактическое отношеніе преобразуется въ новое юридическое, съ погашеніемъ прежнихъ, а это неизбежно должно происходить при всякомъ государственномъ переворотѣ. „Но наиболѣе грубая ошибка этой теоріи,—говоритъ Еллинекъ,—заключается въ томъ, что она не въ состояніи указать происхожденія государственнаго правоотношенія. Для всякаго правоотношенія необходимы нормы, его регулирующія, и эти нормы, которыя должны связывать членовъ правоотношенія другъ съ другомъ, предполагаютъ, слѣдовательно, стоящую надъ этими членами власть, отъ которой эти нормы исходятъ. Въ виду того, однако, что властью этой не можетъ быть государство, теорія государства, какъ правоотношенія... для послѣдовательнаго своего проведенія нуждается въ понятіи надъ-государственнаго порядка“¹⁹⁾.

Другіе опредѣляютъ государство какъ объектъ права. Исходные

¹⁷⁾ Еллинекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 117 и 118.

¹⁸⁾ Коркуновъ, *Русское государственное право*, § 2; Loening слово Staat въ *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, т. VI, 1902, стр. 917.

¹⁹⁾ Еллинекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 122.

моменты такого представлѣнія коренятся въ патримоніальномъ строѣ. Если государство можно дѣлить между сыновьями, отдавать въ приданое дочерямъ, если государь могъ жаловать государственную землю, такъ это, очевидно, потому, что государство съ его населеніемъ ничѣмъ не отличается отъ помѣстья съ его крѣпостными. Укрѣпленію этой точки зрѣнія способствовала церковь, когда представители ея готовы были утверждать, что государство дано монарху Богомъ. Но и въ настоящее время имѣются защитники воззрѣнія, что государство есть объектъ права государя. Таковъ взглядъ Зейделя, который полагаетъ, что отношеніе монарха къ государству соотвѣтствуетъ отношенію собственника къ вещи²⁰⁾. Однако, съ признаніемъ государства объектомъ права государя, послѣдній выносится за предѣлы понятія о государствѣ, и тогда оказывается совершенно невыясненнымъ ихъ взаимное отношеніе. Не лишенное исторической основы, представлѣніе о государствѣ, какъ объектѣ права государя, непримѣнимо къ современной республиканской формѣ. Нельзя же допустить, что одни и тѣ же люди послѣдовательно переходятъ изъ состоянія объекта въ состояніе субъекта, и обратно.

Третья юридическая конструкція государства сводится къ признанію его субъектомъ права. Представить государство въ качествѣ физическаго субъекта можно только отождествивъ государство и монарха, и, кажется, отъ этого взгляда недалекъ Борнгакъ²¹⁾. Самою же распространенною въ настоящее время теоріею является конструированіе государства, какъ юридическаго лица²²⁾.

Но и эта точка зрѣнія возбуждаетъ сомнѣнія, какъ и обѣ

²⁰⁾ M. Seydel, *Grundzüge einer allgemeiner Staatslehre*, 2 изд., 1889, стр. 10.

²¹⁾ Voghак, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1909, стр. 13. Впрочемъ, точка зрѣнія его не волиѣ ясна.

²²⁾ Это началось, повидямому, съ Gerber, *Grundzüge des Staatsrechts*, 1865 г. Теперь этотъ взглядъ защищаютъ: Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, т. I, 1907, стр. 265, т. II, 1909, стр. 48; Эсменъ, *Общая основанія конституціоннаго права*, стр. 33; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, т. II, 1899, стр. 38, 149, 156; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 4 изд., 1901, т. I, стр. 86; Ешлинкъ, *Общее ученіе о государстве*, 1908, стр. 122 и 132; Ванни, *Lesioni di filosofia del diritto*, 3 изд., 1908, стр. 159; Орландо, *Принципы конституціоннаго права*, рус. пер., 1907, стр. 4; Holland, *Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1908, стр. 376; Кокошкинъ, *Русское государственное право*, 1908, в. 2, стр. 60.

предшествующія. Если государство есть субъектъ права, то существуетъ какое-то юридическое отношеніе, въ которомъ оно занимаетъ положеніе субъекта права. Съ кѣмъ же государство состоитъ въ юридическомъ отношеніи? Кто субъектъ соответствующей обязанности? Граждане въ совокупности или каждый въ отдѣльности? Но тогда граждане уже не элементъ понятія о государствѣ, а нѣчто существующее внѣ государства. „Человѣкъ есть субъектъ права—это значить онъ находится въ опредѣленныхъ, нормированныхъ или признанныхъ правомъ отношеніяхъ къ правопорядку. Субъектъ въ юридическомъ смыслѣ не есть поэтому существо или субстанція, а данная извнѣ, созданная волею правопорядка способность“²³⁾ Но если такъ, гдѣ же та извнѣ стоящая воля, которая создаетъ изъ государства субъекта права? Не впадаютъ ли защитники разсматриваемаго взгляда въ ту самую „грубую ошибку“, въ которой Еллинекъ упрекалъ сторонниковъ взгляда, что государство есть юридическое отношеніе? Развѣ эта конструкция „для послѣдовательнаго своего проведенія не нуждается въ понятіи надъ-государственнаго порядка?“ Юридическія лица создаются актомъ государственной власти, и потому неудивительно, если англійскій юристъ Сальмондъ, не находя въ правѣ Англійи такого акта, отрицаетъ за государствомъ свойство юридической личности²⁴⁾.

На самомъ дѣлѣ передъ нами въ государствѣ только одинъ фактъ: повиновеніе подданныхъ вельніямъ властвующихъ. Мы видимъ, что это властвованіе происходитъ въ опредѣленной группѣ лицъ и на опредѣленной территоріи. Юридическое лицо есть искусственный приѣмъ объединенія юридическихъ отношеній. Съ этой стороны Эсманъ правъ, когда представленіе о государствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, считаетъ за юридическую фикцію²⁵⁾, непонятно только, какъ можно фикцію признать объясненіемъ того, что такое государство.

²³⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 1908, стр. 123.

²⁴⁾ Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 2 изд., 1907, стр. 297: „The community of the realm is an organised society, but it is no person or body corporate“. „Whatever is said to the contrary is figure of speech, and not the literal language of our law“.

²⁵⁾ Эсманъ, *Общая основанія конституціоннаго права*, стр. 33: „Но фикціи даютъ иногда выраженіе реальностямъ самымъ возвышеннымъ, реальностямъ, кото-

Передъ нами три попытки конструировать юридически государство. Всѣ онѣ оказываются несостоятельными. Причина неудачи заключается въ неправильности научнаго приѣма. Государство не поддается юридической конструкціи, навѣянной приѣмами гражданскаго правовѣдѣнія, имѣющаго дѣло съ чисто юридическими отношеніями, которыя имѣютъ мѣсто въ государствахъ. Государство есть источникъ права, и потому опредѣленіе его въ категоріи права логически недопустимо. „Юридическое познаніе государства имѣетъ своимъ предметомъ познаніе исходящихъ отъ государства и предназначенныхъ къ регулированію его учреждений и функцій юридическихъ нормъ“²⁶⁾. Если юридическія нормы исходятъ изъ государства, какъ возможно опредѣлять государство этими самыми юридическими нормами?

Невозможность юридическаго опредѣленія понятія о государствахъ поддерживается еще недопустимостью двойственнаго опредѣленія одного и того же понятія, социологическаго и юридическаго²⁷⁾.

Ремъ полагаетъ, что въ государственныхъ наукахъ могутъ быть различныя опредѣленія понятія о государствахъ. „Можетъ существовать общественный союзъ, который, съ точки зрѣнія положительнаго права, есть государство, за которымъ однако государственный характеръ не можетъ быть признанъ съ точки зрѣнія государственной философіи, государственной политики или государственной морали; и, наоборотъ, можно сомнѣваться, съ точки зрѣнія положительнаго права, государство ли то, что пользуется такимъ признаніемъ со стороны политической, философской или моральной“²⁸⁾. Такъ, напр., княжество Монако представляется Рему безспорно государствомъ съ точки зрѣнія положительнаго права, но съ нравственной стороны за

рѣна, хотя и не поддаются воспріятію чувствъ, тѣмъ не менѣе существуютъ въ дѣйствительности“. Странное понятіе о реальности. Эзмэнъ полагаетъ, что нація—такъ же фикція. Но чувство коллективнаго сродства, лежащее въ основѣ національности, есть именно реальнѣйшій фактъ, а не фикція.

²⁶⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствахъ*, стр. 99.

²⁷⁾ Это возраженіе выставляють: Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 226—230, примѣчаніе; Loening, въ *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, стр. 909.

²⁸⁾ Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, стр. 11.

этимъ игорнымъ домомъ невозможно признать свойствъ государства.

Вотъ образецъ неправильной методологіи. Если Монако не государство, то что же это такое? Нравственная оцѣнка того или другого государства никакъ не можетъ быть смѣшиваема съ опредѣленіемъ понятія о государствѣ. Можно опасаться, что нравственной оцѣнки не выдержали бы и другія государства, помимо Монако. Допустимость различныхъ опредѣленій неизбежно приводитъ къ ихъ конфликту. Государство, признанное таковымъ съ социологической стороны, можетъ не отвѣчать требованіямъ юридическаго опредѣленія, и наоборотъ. Способствуетъ ли такой приемъ выясненію сущности явленія? Я думаю, что задача познанія только затрудняется.

Двойственность могла бы быть допущена, если бы рѣчь шла объ уясненіи хозяйственныхъ сторонъ государства. Но оба опредѣленія стремятся къ одному и тому же: понять, что такое государство въ его цѣломъ. А между тѣмъ въ одномъ случаѣ мы наблюдаемъ явленіе, въ другомъ мы прилагаемъ къ явленію изобрѣтенный нами приемъ. Если государство для своихъ имущественныхъ отношеній прибѣгаетъ къ содѣйствію юридическаго лица, называемаго казной, то это не даетъ еще основаній отождествлять ихъ другъ съ другомъ. Казна — это одно изъ созданныхъ государствомъ юридическихъ лицъ, но не само государство ²⁹⁾.

Юридическое опредѣленіе не только не способно объяснить реальнаго существа того, что мы называемъ государствомъ, но оно кроетъ въ себѣ опасность затемнить предъ нами истинную сущность явленій, происходящихъ въ государствѣ.

Понятіе о государствѣ только одно—социологическое.

²⁹⁾ Въ послѣднее время среди французскихъ юристовъ стало пробиваться теченіе признавать государство юридическимъ лицомъ только въ его имущественныхъ отношеніяхъ: Нагион, *Principes de droit public*, 1910, стр. 100; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6 изд., 1910, стр. 39—41.

§ 26.

Государственная власть.

Литература: Helzfelder, *Gewalt und Recht*, 1890; Simmel, *Sociologie der Ueber- und Unterordnung* (Arch. f. Sociologie und Socialpolitik, т. VI, стр. 477—547); Франкъ, *Проблемы власти* (Философія и жизнь, 1900, стр. 72—124). Палиенко, *Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе*, 1903.

Характеризующій понятіе о государствѣ моментъ власти, по своей важности и сложности, требуетъ особаго разсмотрѣнія.

Самостоятельность государственной власти, которою она отличается отъ другихъ властей, въ своемъ раскрытіи обнаруживаетъ свойства государственной власти. Самостоятельность характеризуетъ государственную власть, какъ независимую, высшую, неограниченную и недѣлимую. Ни одно изъ этихъ свойствъ въ отдѣльности не покрываетъ собою понятіе о государственной власти.

Свойство независимости, вытекающее аналитически изъ идеи самостоятельности, опредѣляетъ положеніе данной государственной власти въ отношеніи всякой другой государственной власти. Это то свойство, которое образуетъ политическаго индивида и которое пріобрѣтается, а потому и сознается только исторически. Эту независимость на Западѣ образующіяся государства должны были отстаивать съ одной стороны противъ католической церкви, съ другой—противъ римскаго императора и съ третьей—другъ противъ друга, напр., Франція противъ Англіи въ періодъ столѣтней войны. Точно также Россія, высвобождаясь отъ татарскаго ига, стремилась утвердиться въ мысли, и убѣдить другихъ, что князья ея сами держатъ власть, а не получаютъ ее изъ рукъ хановъ.

Независимая извнѣ, государственная власть является высшей или верховной внутри. Власть можетъ быть признана самостоятельной, если въ предѣлахъ той же территоріи нѣтъ власти, стоящей выше ея. Двухъ равныхъ по силѣ властей не можетъ быть на одномъ и томъ же пространствѣ, подобно тому, какъ одно и то же пространство не можетъ быть одновременно занято

двумя тѣлами. Если государственная власть есть высшая, то всѣ другія власти, дѣйствующія на той же территоріи, обусловливаются ею, имѣютъ производный характеръ. Это свойство власти называется суверенитетомъ.

Идея суверенитета имѣетъ свою исторію. Она зарождается въ борьбѣ королевской власти съ властью феодальной и формулируется уже въ періодъ побѣды первой во Франціи въ XVI вѣкѣ Боденомъ. Эта идея являлась политическимъ орудіемъ, воздѣйствующимъ на народную психику въ противовѣсъ физической силѣ, которою располагали нѣкоторые изъ феодаловъ. Соответственно историческимъ условіямъ, суверенитетъ приписывался полностью абсолютному монарху. Въ XVIII вѣкѣ суверенитетъ, вопреки дѣйствительности и въ видѣ постулата, въ формулировкѣ Руссо, переносится на народъ, и тѣмъ становится революціоннымъ лозунгомъ. Въ XIX столѣтіи наука стремится сначала перенести суверенитетъ на само государство, а потомъ, въ виду новыхъ историческихъ фактовъ, создавшихъ затрудненія въ этомъ вопросѣ, рѣшается на героическое средство—совершенно отбросить идею суверенитета ¹⁾.

Этотъ новый фактъ—созданіе Германской имперіи 1870 года. Если суверенитетъ—существенное свойство государственной власти, то одно изъ двухъ: а) или германскія монархіи перестали быть государствами, что оскорбляло бы ихъ самолюбіе, или б) германская имперія не есть государство, что психологически подрывало бы значеніе крупнаго политическаго акта. Связь научныхъ сомнѣній съ этимъ историческимъ событіемъ обнаруживается изъ того, что идея суверенитета вызвала смущеніе именно среди германскихъ ученыхъ и именно въ это время ²⁾. Обратили на себя вниманіе уже потомъ и другіе подобные факты: Соединенные Штаты, Швейцарскіе кантоны. Но логически немислимо устранить суверенитетъ изъ представленія о государственной власти, логически невозможно допустить несuverенное государство, потому что это *contradictio in adjecto*. Можетъ быть, логика должна уступить дѣйствительности и признать, что возможны государ-

¹⁾ Preuss, *Gemeinde, Staat und Reich*, 1889.

²⁾ Сѣверо-германскій союзъ 1867 года, а въ 1868 году G. Mayer въ *Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts* производитъ первый натяскъ на идею суверенитета.

ства, надъ властью которыхъ стоитъ еще высшая власть, т.-е. допустить представленіе о государствѣ въ государствѣ? Но въ чемъ же состоитъ фактъ дѣйствительности, хотя бы изъ той же германской жизни? Мы видимъ, что нѣмцы сохраняютъ названіе „государство“ и за германской имперіей и за входящими въ составъ ея королевствами. На это у нихъ имѣются свои политическіе мотивы. Значитъ ли это, однако, что употребляемыя названія соотвѣтствуютъ дѣйствительности? Корейскій императоръ послѣ аннексіи продолжаетъ именоваться императоромъ,—должны ли мы считать его императоромъ и на самомъ дѣлѣ? Сувереномъ изъ любезности называютъ англійскаго короля, хотя всякій понимаетъ, что въ Англійи обладателемъ суверенитета является парламентъ, составнымъ элементомъ котораго можетъ быть признанъ король. На сложное германское новообразование мы можемъ посмотрѣть съ одной изъ двухъ точекъ зрѣнія. Можно признать государствомъ только имперію, а королевства и вольные города—составными частями съ весьма широкой автономіей³⁾,—это то, къ чему исторически стремится новое политическое образованіе. Но можно считать государствами отдѣльные королевства и вольные города, а германскую имперію—союзомъ, отличающимся отъ союза государствъ, въ родѣ старой германской имперіи, по степени связи⁴⁾,—это первоначальная идея этого политическаго образованія.

Суверенитетъ есть необходимое свойство государственной власти, и ни отбросить его, ни сгладить невозможно изъ опасенія не только противорѣчія логикѣ, но и противорѣчія исторической дѣйствительности. Слѣдуетъ, конечно, признать неправильнымъ смѣшеніе суверенитета съ государственной властью, потому что первое есть отрицательное понятіе, какъ несомѣстимость подчиненности съ верховностью, тогда какъ государственная власть имѣетъ положительное содержаніе, какъ способность воздѣйствія. Невоз-

³⁾ Bergelheimer, *System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, т. III, 1906, стр. 196.—„Законодательство германской имперіи опредѣляетъ: Баварія есть государство, наука поэтому вынуждена признавать Баварію государствомъ, хотя она знаетъ, что эта точка зрѣнія не выдерживаетъ критики, не можетъ быть юридически обоснована“.

⁴⁾ И в а я о в с к і й, *Учебникъ русскаго государственнаго права*, 1908, стр. 85 .

можно юридически соединять суверенитетъ государственной власти съ какимъ-либо органомъ государства, напр., монархомъ, потому что это вопросъ факта. Но нельзя согласиться съ мнѣніемъ, будто „суверенитетъ есть не абсолютная (логическая?), а историческая категорія“ ⁵⁾, потому что гдѣ государственная власть не обладаетъ свойствомъ суверенитета, тамъ нѣтъ и государства.

Изъ того, что государственная власть есть верховная власть, съ необходимостью слѣдуетъ третье свойство ея—неограниченность. Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, что верховная власть ограничена,—это значило бы, что надъ нею стоитъ иная власть, ея ограничивающая, но тогда первая перестала бы быть высшей. Верховность и неограниченность—свойства, тѣсно другъ съ другомъ связанныя, но не тождественныя, хотя исторически онѣ нерѣдко смѣшивались.

Неограниченность государственной власти означаетъ возможность съ ея стороны воздѣйствія на волю подчиненныхъ, насколько то физически допустимо. Старое англійское положеніе приписываетъ парламенту способность „сдѣлать все, только не превратить женщину въ мужчину“, такъ какъ здѣсь физическій предѣлъ всемогущества. Мы должны признать, что государственной власти не могутъ быть установлены никакія границы ея дѣятельности. Гипотетически государственная власть можетъ установить закономъ социалистическій строй или возстановить крѣпостное право; издать актъ о націонализациі всей земли; взять половину всѣхъ имѣющихся у гражданъ средствъ; обратить всѣхъ живущихъ въ странѣ іудеевъ въ христіанство; закрыть всѣ церкви; отказаться отъ своихъ долговыхъ обязательствъ; ввести всеобщее обязательное обученіе или запретить всякое обученіе, уничтожить бракъ и т. п.

Другой вопросъ, воспользуется ли государственная власть своимъ всемогуществомъ и въ состояніи ли она будетъ осуществить свою волю? На пути безграничнаго могущества государственной власти стоятъ два сдерживающихъ начала: одно въ самихъ властвующихъ, другое—въ подвластныхъ. Властвующие, по своимъ этическимъ возрѣніямъ, отражаютъ духъ времени въ

⁵⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 1908, стр. 347 и 356.

большей или меньшей степени, испытываютъ вліяніе общественныхъ теченій. Какъ бы ни былъ изолированъ монархъ по своему воспитанію и образу жизни, все же волны общественной жизни доходятъ до него, хотя бы послѣдними своими всплесками. Сама придворная сфера, отрѣзывающая его отъ широкихъ народныхъ массъ, одною своею стороною соприкасается съ общественными вѣяніями. Тамъ, гдѣ государственная власть полностью, какъ въ республикѣ, или отчасти, какъ въ конституціонной монархіи, находится въ рукахъ лицъ, которыя выходятъ изъ общественной среды, и постоянно испытываютъ ея воздѣйствіе, этотъ моментъ нравственной сдержки весьма существенъ.

Съ другой стороны, произволъ государственной власти встрѣчаетъ ограниченіе въ нравственныхъ воззрѣніяхъ и въ интересахъ подвластныхъ. Готовность населенія подчиняться власти имѣетъ свои границы. Если государственная власть перейдетъ за предѣлы того, съ чѣмъ могутъ примириться подвластные, дорожащіе своимъ миромъ и благополучіемъ, то она должна ожидать выраженія недовольства со стороны населенія. Формы этого недовольства могутъ быть различны—отъ глухого ропота до вооруженнаго возстанія. Если инстинктъ самосохраненія заставляетъ подданныхъ повиноваться государственной власти, то тотъ же инстинктъ самосохраненія заставляетъ властвующихъ опасаться противодѣйствія и сдерживаться въ проявленіи власти.

Только два обстоятельства фактически ограничиваютъ государственную власть: нравственное сознаніе и благоразуміе властвующихъ съ одной стороны, возможность противодѣйствія подданныхъ—съ другой. Но существуетъ противоположное мнѣніе, будто имѣется иное, и самое дѣйствительное, ограниченіе государственной власти, которое поэтому въ принципѣ подрываетъ идею неограниченности власти. Это—теорія государственнаго самоограниченія, выдвинутая Еллинекомъ ⁶⁾. Если государство способно къ самоопредѣленію, то оно способно и къ самоограниченію. Создавая извѣстный порядокъ, государство обязывается и поддерживать его. Сотворенное имъ право такъ же обязательно для него, какъ и для подчиненныхъ. Чѣмъ же доказываетъ Еллинекъ свое поло-

⁶⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 1908, стр. 263.

женіе, что неограниченность государственной власти устраняется принципомъ самоограниченія? Непонятнымъ образомъ самъ Еллинекъ видитъ противниковъ своей теоріи въ школѣ естественнаго права. „Съ точки зрѣнія естественно-правовой теоріи, еще и теперь преобладающей въ этомъ пунктѣ у многихъ авторовъ, самоограниченіе несовмѣстимо съ суверенитетомъ по самой его природѣ“ 7). Какъ разъ школѣ естественнаго права легче всего прикнуть къ идеѣ самоограниченія, но послѣдняя неприемлема съ позитивной точки зрѣнія. Еллинекъ настаиваетъ на „правовой природѣ самоограниченія государства“, утверждаетъ, что „эта связанность имѣетъ не этической, а правовой характеръ“ 8) и въ то же время признаетъ, что „право можетъ быть дедуцируемо только изъ волевыхъ отношеній: обязательность волевыхъ актовъ въ зависимости отъ другихъ волевыхъ актовъ“. Но, если самоограниченіе имѣетъ правовой характеръ, то гдѣ же эта другая воля, въ зависимости отъ которой стоитъ воля государства? Если государство само ставитъ себѣ границы, что же мѣшаетъ ему переставить ихъ, и притомъ, гдѣ угодно? Не ясно ли, что все это самоограниченіе держится единственно на честномъ словѣ. Чувствуя самъ слабость юридической почвы, Еллинекъ готовъ перенести его на нравственную почву. Самоограниченіе государства онъ сопоставляетъ съ автономностью этики Канта. Но оставляя въ сторонѣ истинность кантовской точки зрѣнія, нельзя не выразить удивленія, какъ могъ Еллинекъ сослаться на автономную этику, послѣ того, какъ призналъ, что „эта связанность имѣетъ не этической, а правовой характеръ“? Наконецъ, главный доводъ: „этого самоограниченія требуетъ господствующее правосознаніе: тѣмъ самымъ доказана также, при субъективномъ характерѣ всѣхъ критеріевъ права, правовая природа самоограниченія государства“ 9). Другими словами, теорія государственнаго самоограниченія вѣрна, потому что она нужна. Но это уже не доказательство, а постулатъ. И если отступить отъ того критерія, который единственно допустимъ въ теоретическомъ изслѣдованіи,—истины, то мы должны сказать, что принципъ самоогра-

7) Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 347.

8) Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 349 и 351.

9) Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 351.

ниченія не только не вѣренъ, но и вреденъ. Это есть именно та „политическая романтика“, надъ которою такъ рѣзко пронизируетъ самъ Еллинекъ. Она опасна, потому что внушаетъ гражданамъ мысль надѣяться не на собственную энергію, не на общественное мнѣніе, въ которомъ каждый нравственно обязанъ принимать участіе, а на какое то право, которое будто бы не можетъ быть нарушено, не вызывая тѣхъ послѣдствій, какія сопровождаетъ всякое правонарушеніе. Эта теорія усыпляетъ гражданъ именно тамъ, гдѣ ихъ слѣдуетъ больше всего возбуждать къ бодрствованію ¹⁰⁾.

Такъ какъ государственная власть есть высшая власть, то, очевидно, она едина: двухъ высшихъ властей не можетъ быть. Изъ этого обнаруживается новое свойство государственной власти—ея недѣлимость. Государственная власть всегда одна и, по существу своему, не можетъ допустить конкуренціи другой такой же власти въ отношеніи тѣхъ же лицъ, на прострaствѣ той же территоріи.

Отсюда слѣдуетъ теоретическая и практическая несостоятельность построить государство, въ основу плана котораго былъ бы положенъ принципъ раздѣленія властей. Теорія раздѣленія властей, выдвинутая въ XVIII вѣкѣ Монтескье, была отвѣтомъ на задачу, поставленную временемъ. Въ идейной борьбѣ противъ абсолютизма, сконцентрировавшаго всю власть въ рукахъ монарха, само собою, по началу а *contra*rio, напрашивалась мысль выдѣлить у него части этой власти, вручить ихъ другимъ органамъ, и въ равновѣсіи нѣсколькихъ властей найти гарантію противъ злоупотребленій концентраціи. Предполагалось возможнымъ сначала раздѣлить ее на три части: законодательную, исполнительную и судебную.

Но уже Руссо подвергъ жестокой критикѣ такое рѣшеніе задачи. Такъ какъ при теоріи раздѣленія властей, государство все же остается единымъ, то Руссо, не безъ основаній, сравнилъ пред-

¹⁰⁾ Теорія самоограниченія подверглась сильной критики со стороны D u g n i t, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, стр. 12 и 110 и слѣд. Замѣчательно, что идеи неограниченности болѣе всего придерживаются въ республиканской Франціи и въ странѣ, близкой къ республикѣ, въ Англии, тогда какъ идея ограниченности находятъ себѣ болѣе всего сторонниковъ въ Германіи и въ Россіи.

ставителей этого учения съ японскими фокусниками, которые, разсѣкая ребенка на части, подбрасываютъ куски вверхъ съ тѣмъ, чтобы внизъ снова упалъ ребенокъ цѣлымъ и невредимымъ. Въ самомъ дѣлѣ, если произойдетъ дѣйствительное раздѣленіе властей, то единство государства не можетъ быть сохранено. Если бы мы даже предположили совмѣстимость трехъ властей въ предѣлахъ одного государства, то, вмѣсто ожидаемаго равновѣсія, одна власть, и уже, конечно, не судебная, взяла бы верхъ, стала бы высшей, а потому и государственной, а другія должны были бы ей подчиняться.

Ученіе Монтескье о раздѣленіи властей, отразившееся на первыхъ французскихъ конституціяхъ и на американскомъ политическомъ строѣ, въ настоящее время понимается, какъ раздѣленіе не самой власти, а функций ея, съ врученіемъ каждой функціи особому органу.

Въ новѣйшее время вопросъ о дѣлимости государственной власти вновь всплылъ по поводу союзныхъ государствъ. На одной и той же территоріи,—въ отношеніи тѣхъ же лицъ, дѣйствуютъ двѣ власти: власть союзная и власть отдѣльныхъ государствъ, которыя, по ученію германскихъ юристовъ, въ соединеніи представляютъ полную государственную власть¹¹⁾. Возникающее отсюда затрудненіе тѣсно связано съ тою конструкціей союзаго государства, которую они отстаиваютъ.

Таковы свойства государственной власти. Что же представляетъ собою власть, одаренная такими свойствами? Государственная власть конструируется какъ право, какъ воля или какъ сила.

По мнѣнію Кокошкина, „понятіе о власти подходитъ подъ общее понятіе субъективнаго права“, „власть есть спеціальнѣйшій видъ субъективнаго права“¹²⁾. Это доказывается тѣмъ, что власть есть господство одной воли надъ другой и субъективное право есть также господство одной воли надъ другой. Которое же изъ нихъ родовое понятіе и которое—видовое? Кокошкинъ полагаетъ, что вездѣ, гдѣ имѣется власть, есть и субъективное право, но

¹¹⁾ Вогнак, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1909, стр. 265; Насел, *Deutsches Staatsrecht*, т. I, стр. 206.

¹²⁾ Кокошкинъ, *Русское государственное право*, 1908, в. 2. стр. 64—65.

„не всякое субъективное право есть власть“. Я думаю обратно: всякое субъективное право есть власть, но не всякая власть есть субъективное право. Право кредитора есть власть надъ должникомъ, но не самостоятельная, а производная, потому что она поддерживается государственною властью, гарантируется объективнымъ правомъ—и потому она является субъективнымъ правомъ. Государственная власть надъ подданными самостоятельна, находить поддержку въ самой себѣ,—и потому она не субъективное право. Чѣмъ же отличается, по мнѣнію Кокошкина, государственная власть, какъ субъективное право, отъ другихъ видовъ послѣдняго? „Тѣмъ, что дѣйствіе, которое составляетъ предметъ обязанности, не опредѣлено заранѣе нормой права, а опредѣляется въ извѣстныхъ предѣлахъ волею субъекта права“. Что же это за право, которое даетъ субъекту его возможность требовать чего угодно? Если же праву ставятся извѣстные предѣлы, то чѣмъ же они поставлены, какъ не нормами права? Всякое субъективное право есть предѣлъ,—законъ предоставляетъ кредитору возможность взыскивать сумму долга, но это не исключаетъ право кредитора въ этихъ предѣлахъ требовать какую угодно меньшую сумму. Немыслимо выдержать взглядъ на государственную власть, какъ на субъективное право, потому что „для послѣдовательнаго своего проведенія онъ нуждается въ понятіи надъ-государственнаго порядка“.

Весьма распространено мнѣніе, что государственная власть есть воля государства. „Государство слѣдуетъ понимать, говорить Лассонъ, какъ существо, одаренное волею на подобіе челоуѣка“. „Государство—это не народъ, не страна, не власть, а отличное отъ всего этого существо, одаренное волею“¹³⁾. Но противъ этого приходится возразить, что воля присуща только психическому индивиду. Если мы отвергли общественное сознаніе, общественный организмъ, то мы не можемъ признать воли за государствомъ помимо той воли, какую имѣютъ члены этого общенія. Этимъ возраженіемъ мы наталкиваемся на другое представленіе о государственной власти, какъ народной волѣ. Народъ, какъ совокупность людей, способенъ проявить свою волю, какъ

¹³⁾ Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1862, стр. 283.

равнодѣйствующую воли всѣхъ его единицъ. Съ этимъ связано провозглашеніе народнаго суверенитета въ теоріи, напр. Руссо, и въ конституціи, напр., въ бельгійской (§ 25). Но и отъ этого взгляда приходится отрѣшиться, потому что принятіе такой точки зрѣнія сдѣлало бы совершенно необъяснимымъ, какимъ образомъ народная воля можетъ воплотиться въ лицѣ единаго монарха при абсолютизмѣ, и какимъ образомъ возможенъ, наблюдаемый нерѣдко въ дѣйствительности, разладъ между волею народною, какъ суммированнымъ мнѣніемъ или настроеніемъ, и государственною властью? Остается предположить, что государственная власть есть воля властвующихъ, будетъ ли то одинъ человѣкъ, какъ при абсолютизмѣ, будетъ ли то суммированная и согласованная воля многихъ, какъ при республиканской формѣ. Такъ смотритъ на государственную власть Гумпловичъ. „Властвующие съ одной стороны и подвластные съ другой, управляющіе и управляемые,— вотъ вѣчные неизмѣнные признаки государства“. Единой государственной власти соответствуетъ, „единая, руководящая государственной жизнью воля“. Можетъ быть, въ будущемъ государственная воля и сдѣлается народной волей, но сейчасъ, „при нормальномъ положеніи вещей, воля господствующаго меньшинства является государственной“¹⁴⁾. На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ Дюги. „Для насъ государство,—это человѣкъ, группа людей, которые въ обществѣ, на самомъ дѣлѣ, матеріально сильнѣе другихъ“¹⁵⁾. „Государственная власть въ дѣйствительности не что иное, какъ воля тѣхъ, въ чьихъ рукахъ политическая сила, это воля властвующихъ. Въ томъ, что называютъ государственной волей, обнаруживается только одно: выраженіе воли индивида или индивидовъ“¹⁶⁾.

Но эта точка зрѣнія требуетъ поправки. Неправильно представляеть себѣ государственную власть, какъ волю. Сама по себѣ воля не есть еще власть. Мало того, что кто-то хочетъ навязать

¹⁴⁾ Гумпловичъ, *Общее учение о государстве*, 1910, стр. 38 и 138.

¹⁵⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 19. Дюги не разъ не упрекнуть въ невыдержанности точки зрѣнія. Онъ опредѣляетъ государство то какъ группу властвующихъ (стр. 19, 246, 262, 265), то какъ общество, въ которомъ имѣется группа властвующихъ (стр. 255, 350).

¹⁶⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, стр. 261.

свою волю другому,—его воля может оказаться и безсильной. Власть предполагает способность сдѣлать свою волю мотивомъ поведенія другихъ.

Здѣсь мы подходимъ къ третьей точкѣ зрѣнія на власть, какъ на силу. „Понятіе власти, говоритъ Коркуновъ, ни въ чемъ не совпадаетъ съ понятіемъ воли“. „Власть есть сила, обусловленная сознаниемъ зависимости подвластнаго“. „Государственная власть—это сила, обусловленная сознаниемъ зависимости отъ государства“¹⁷⁾. Однако построить понятіе о государственной власти на одной силѣ такъ же трудно, какъ и на одной волѣ. Можно имѣть силу и не имѣть воли властвовать—власти нѣтъ; можно имѣть волю властвовать и не имѣть силы—власти нѣтъ. Слѣдовательно, власть есть комбинація силы и воли. Это самостоятельное понятіе, не покрываемое ни однимъ изъ своихъ элементовъ. Итакъ, государственная власть есть основанная на самостоятельной силѣ воля однихъ (властвующихъ) подчинять себѣ волю другихъ (подвластныхъ).

Мы стоимъ передъ новымъ вопросомъ: гдѣ же источникъ этой силы? Мы видѣли, что въ основѣ властнаго отношенія лежатъ психологическія данныя. Человѣкъ подчиняется, потому что боится потерять то, что имѣетъ, или надѣется получить больше того, чѣмъ обладаетъ. Откуда же у него увѣренность, что повелѣвающій сможетъ отнять у него блага или доставить ему блага? Въ чемъ сила властвующихъ?

Прежде всего страхъ можетъ обуславливаться физической силой властвующаго. Конечно, въ настоящее время мускулы не только единоличнаго монарха, но и многочисленнаго парламента не играютъ никакой роли въ виду явной ихъ ничтожности по сопоставленію съ массою подвластныхъ. Однако исторически физическая сила и умѣніе владѣть оружіемъ несомнѣнно импонировали. Вспомнимъ надписи Рамзеса и пѣсни о Карлѣ Великомъ. Народное представленіе не допускало мысли, чтобы знаменитый вождь, правитель, былъ физически слабъ. Но личная сила властителя возрастала отъ присоединенія дружины, которая привлекалась богатыми подарками, надеждой на добычу, безотвѣтствен-

¹⁷⁾ Коркуновъ, *Русское государственное право*, т. I, 1908, стр. 23 и 24.

ностью за провинности. Такая дружина, окружавшая властителя, увеличивала многократно ту физическую силу, которой онъ поддерживалъ свою власть. Хорошо вооруженная, отлично владѣющая оружіемъ, всегда сплоченная, дружина служила достаточной угрозой противъ разьединенной массы подчиненныхъ. На глазахъ исторіи введеніе постоянной арміи сильно подняло королевскую власть. Въ современныхъ государствахъ властвующіе располагаютъ огромной силой военной и полицейской, способной физическимъ воздѣйствіемъ поддерживать велѣнія власти. Конечно, ни одно культурное правительство не основываетъ своей власти всецѣло на этой основѣ, но въ нѣкоторые моменты власть держится исключительно на физической силѣ. Это происходитъ при занятіи завоеванной страны и при подавленіи внутренней революціи.

Однако, физическая сила, какъ источникъ государственной силы, нерѣдко оспаривается. Если властвующіе опираются на армію, почему же повинуются имъ армія? Нѣтъ ли тутъ заколдованнаго круга? Но тѣ, кто оспариваетъ физическую силу въ пользу психической, упускаютъ изъ виду именно психическій моментъ, дающій властвующимъ возможность распоряжаться военной силой, помимо сочувствія и даже вопреки сочувствія отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ армію. Этотъ психическій моментъ—военная дисциплина. Она порождаетъ извѣстнаго рода массовый гипнозъ повиновенія. Достаточно сравнить толпу крестьянъ, бѣгущихъ при первомъ выстрѣлѣ, и отрядъ солдатъ, изъ тѣхъ же крестьянъ, который способенъ проявить устойчивость при самомъ жестокомъ огнѣ. Нельзя отрицать и сознательнаго момента въ повиновеніи. Не потому ли городовою арестуется вопреки своей совѣсти, что опасается лишиться матеріальныхъ средствъ, которыя находятся въ рукахъ властвующихъ; не потому ли стрѣляетъ солдатъ въ своихъ же крестьянъ, что боится быть самъ разстрѣляннымъ изъ ружей, которые имѣются въ распоряженіи властвующихъ?

Но физическій авторитетъ имѣетъ одну сторону чрезвычайно опасную для самихъ властвующихъ. Тамъ, гдѣ власть опирается только на физическія силы, она должна постепенно увеличивать давленіе, производить все новыя впечатлѣнія силы, иначе

получится представлѣніе, что власть не дѣйствуетъ, что ея просто нѣтъ.

Невозможность держать постоянно на-готовѣ физическую силу, неувѣренность въ исходѣ столкновѣнія, заставляетъ властвующихъ весьма рано искать иной опоры, глубже проникающей въ сознание подчиненныхъ и ярче убѣждающей ихъ въ необычайной силѣ властителя. Таковъ божественный ореолъ, которымъ окружаютъ себя носители власти. Въ основѣ власти заложена сверхъестественная сила и потому сопротивленіе ей бесполезно, а покорность ей обѣщаетъ обиліе благъ. На первоначальныхъ ступеняхъ почти у всѣхъ народовъ встрѣчаемъ мы идею божественнаго покровительства.

Древній Востокъ воспринялъ эту идею въ смыслѣ божественнаго происхожденія властителя: это само божество. Освоившись съ мыслью, что властитель есть высшее существо, народы не могли бы примириться съ мыслью, что надъ ними властвуетъ человекъ. Въ этой психологіи заключалась трагедія Александра Македонскаго: для поддержанія своего престижа передъ египтянами и персами, македонскій царь долженъ былъ объявить себя богомъ, но эта претензія подрывала его престижъ у македонскаго войска, привыкшаго видѣть въ немъ добраго товарища.

Со времени торжества христіанства, божественный ореолъ принимаетъ иной характеръ: властитель признается уже не божествомъ, но осѣненнымъ Божьею помощью. Христіанская церковь проявила значительныя колебанія въ этомъ вопросѣ. Въ періоды борьбы со свѣтской властью она отрицала божественное происхожденіе королевской власти и обосновывала ее на народной волѣ; въ періоды мира между ними церковь выдвигала ученіе, опиравшееся на текстъ изъ апостола Павла и давала ему широкое развитіе. Союзъ между свѣтскою властью и церковью былъ необходимъ въ обоюдномъ интересѣ. Короли получали черезъ церковь новый источникъ своей силы, производившій огромное впечатлѣніе на массы вѣрующихъ, а церковь пріобрѣтала физическую поддержку, которая ей была необходима для осуществленія своихъ велѣній. Самый терминъ „Божьей Милостью“ въ рукахъ королей имѣлъ сначала оборонительный характеръ и былъ направленъ противъ церкви, какъ доказательство, что свѣтская власть, по своей

основѣ, не ниже духовной. Но позднѣе титуль этотъ получилъ наступательный характеръ и былъ направленъ противъ феодальныхъ соперниковъ королевской власти, внушая населенію представленіе о несоизмѣримости ихъ силъ, а потомъ и противъ самого народа, выдѣляя изъ него монарха на недосыгаемую высоту. Хотя въ настоящее время божественный ореоль значительно потерялъ свое значеніе вслѣдствіе развитія сознательности въ массахъ, тѣмъ не менѣе онъ все же не исчезъ до сихъ поръ, и продолжаетъ присоединяться къ титуламъ монарховъ. Однако, несоотвѣтствіе его современному сознанию обнаружилось особенно ярко въ томъ впечатлѣніи, какое произвела на германскій народъ кенигсбергская рѣчь Вильгельма II, въ которой онъ провозгласилъ себя „избраннымъ орудіемъ неба“. Это заявленіе не только не подняло, но, наоборотъ, ослабило монархическій авторитетъ.

Важнымъ источникомъ силы государственной власти является традиція, сила сложившагося порядка. Человѣкъ психологически подчиняется тому, къ чему онъ привыкъ. Онъ опасается рѣзкихъ перемѣнъ въ своемъ существованіи и всегда готовъ сомнѣваться, не грозитъ ли его благополучію перемѣна въ окружающей обстановкѣ. Поэтому человѣкъ относится снисходительно къ тому, что уже давно существуетъ, и критически къ тому, что только что установилось. Признаніе необходимости государственной власти вообще переходитъ незамѣтно къ признанію необходимости данныхъ носителей власти. Отсюда сила старыхъ династій, Бурбоновъ прежде, Гогенцоллерновъ и Габсбурговъ теперь. Историческій опытъ показываетъ, что монарху изъ давно царствующей династіи гораздо легче держаться на престолѣ, нежели монарху безъ прошлаго. Отсюда стремленіе монарховъ связать себя историческими узами съ древнѣйшими династіями, какъ, напр., попытки Ивана IV доказать свое происхожденіе отъ Августа. То самое населеніе, которое покорно взирало на злодѣянія Ивана Грознаго, не мирилось съ ошибками Бориса Годунова. Наполеону I приходилось дѣйствовать на воображеніе французскаго народа своими подвигами, поднимавшими гордость націи, чтобы восполнить недостатокъ того источника силы, который дается традиціей. Сила монархическихъ традицій использована въ конституціонной формѣ,

какъ переходной: новый авторитетъ народнаго представительства сочетается со старымъ авторитетомъ монархической династии.

Далѣе, источникомъ силы, изъ котораго питается государственная власть, является матеріальное богатство властвующихъ. Возможность воздѣйствія на чью-либо волю при посредствѣ богатства обусловливается съ одной стороны ожидаемымъ соучаствіемъ въ этихъ матеріальныхъ благахъ, а съ другой инстинктивнымъ преклоненіемъ большинства людей передъ богатствомъ, даже безъ сознанія, какую выгоду могли бы они получить отъ богача. Какъ бы ни относился наблюдатель съ нравственной точки зрѣнія къ этому явленію, онъ долженъ считаться съ нимъ, какъ съ социальнымъ фактомъ. Правители, понимая значеніе богатства для своей власти, всегда стремились къ накопленію средствъ. Богатство давало имъ возможность раздавать войнамъ помѣстья и тѣмъ ставить ихъ въ зависимость отъ себя; раздавать народнымъ массамъ, хотя по временамъ, даровой хлѣбъ, и тѣмъ снискивать себѣ ихъ расположеніе; поражать воображеніе подвластныхъ великолѣпіемъ обстановки, среди которой они появлялись народу; привлекать къ себѣ на службу образованныхъ людей, способныхъ идейно отстаивать интересы властвующихъ, напр., легистовъ; создать могучую бюрократію, матеріально зависящую отъ степени исполнительности. Съ переходомъ отъ абсолютизма къ современнымъ конституціоннымъ и республиканскимъ государствамъ богатство, какъ источникъ власти, значенія своего не утратило. Даже всеобщее избирательное право, которое, казалось бы, должно подорвать вліяніе состоятельнаго меньшинства, не измѣнило положенія вещей. Въ депутаты проходятъ въ значительной части представители состоятельныхъ классовъ, потому что ихъ богатство дѣлаетъ ихъ людьми видными и широко извѣстными; потому что избирательный процессъ соединенъ съ значительными издержками; потому что только состоятельность позволяетъ принять полномочія депутата тамъ, гдѣ обязанности народныхъ представителей выполняются безвозмездно; потому что отъ нихъ экономически зависятъ многочисленные избиратели, сельскіе и фабричныя рабочіе, на которыхъ они успѣваютъ оказывать давленіе даже при тайной подачѣ голосовъ.

Могучимъ источникомъ силы для государственной власти слу-

жить сама государственная организация. Государственный механизм все болѣе осложняется и совершенствуется. Его материальное усовершенствованіе выражается въ увеличеніи числа передаточныхъ органовъ, колесъ, т.-е. агентовъ органа власти. Въ своемъ іерархическомъ порядкѣ они покрываютъ все населеніе, какъ бы густою сѣтью. Съ психологической стороны усовершенствованіе проявляется въ возрастающей чувствительности аппарата. Малѣйшія общественныя колебанія вызываютъ раздраженія и несутся отъ периферіи къ центру, а вслѣдъ затѣмъ наступаетъ немедленное реагированіе въ обратномъ направленіи. Этой чувствительности государственнаго механизма благопріятствуютъ съ одной стороны техника: телеграфъ, телефонъ, желѣзныя дороги, съ другой—успѣхи дисциплины, бюрократическая іерархія.

Эта огромная сила механизма сосредоточивается въ рукахъ органа государственной власти, который путемъ самаго слабого нажима аппарата, можетъ производить огромные общественные эффекты. Чѣмъ совершеннѣе механизмъ, тѣмъ легче одному править огромнымъ государствомъ. При открытіи выставки въ Чикаго президентъ, надавивъ электрическую кнопку на почетной трибунѣ, разомъ растворилъ двери всѣхъ павильоновъ и распустилъ всѣ флаги,—сколько людей требовалось раньше для такого дѣла. Благодаря усовершенствованію механизма получается даже впечатлѣніе бездѣйствія центральной власти и въ то же время слабости того маленькаго агента, который реализуетъ власть. Но это лишь обманъ зрѣнія. Агентъ дѣйствуетъ всею государственною силою, потому что власть всегда наготовѣ и при малѣйшей неисправности въ осуществленіи своей воли, способна оказать все большія и большія давленія. Судебный приставъ, являющійся съ исполнительнымъ листомъ,—фигура слабо представляющая все величіе государственной власти. Но по первому его требованію является полицейская власть, уже внушающаяся привычному глазу обывателя представленіе о силѣ. Въ случаѣ оказаннаго вооруженнаго сопротивленія, при слабости полицейской силы, можетъ выступить часть военной силы, въ лицѣ которой совершенно ясно раскроется физическая мощь государства.

Главный источникъ силы государственной власти—сочувствіе

населенія, основанное на сознаниі необходимости государственнаго порядка и на одобреніи настоящей формы государственной организаціи. Для этого дѣятельность государственной власти должна находиться въ согласіи съ общественнымъ мнѣніемъ и настроеніемъ. Чѣмъ болѣе развивается въ обществѣ сознательность за счетъ инстинкта, тѣмъ большую роль играетъ этотъ источникъ. Нѣкоторые склонны за этимъ источникомъ силы признать рѣшающее значеніе, имъ однимъ объяснить государственную власть, и всѣмъ другимъ источникамъ придать производный характеръ. Принятіе такой точки зрѣнія дѣлаетъ психологически необъяснимымъ, какимъ образомъ можетъ держаться власть при несочувствіи почти всего народа, или же принуждаетъ, для спасенія теоріи, признавать сочувствіе, коллективную поддержку, тамъ, гдѣ всѣ факты говорятъ противъ. Власть несомнѣнно рационализируется, она все больше обуславливается сознательными моментами, но нельзя же упускать изъ виду, что это пока только тенденція, которая не уничтожаетъ противоположныхъ явленій исторической дѣйствительности.

§ 27.

Государство и общество.

Литература: Klöppel, *Staat und Gesellschaft*, 1887; Wieser, *Recht und Macht*, 1910; Dicey, *Law and Opinion*, 1905; Гольцендорфъ, *Общественное мнѣніе*, рус. пер. 1895.

Нѣкоторое время государство и общество въ научномъ представленіи сливались въ одно понятіе. Позднѣе отождествленіе смѣнилось противоположеніемъ ихъ. Въ настоящее время задача состоитъ въ сопоставленіи этихъ двухъ понятій и въ раскрытіи взаимнаго отношенія между государствомъ и обществомъ.

Лерингъ полагаетъ, что государство—это общество, организованное на началахъ принужденія. „Чтобы имѣть возможность принуждать, общество принимаетъ образъ государства, государство есть форма урегулированнаго и обезпеченнаго приложенія общественной принудительной силы, короче сказать: органи-

зация общественнаго принужденія¹⁾. Въ этомъ представленіи общество играетъ какъ бы роль матеріала, изъ котораго строится государство. Государство—это само общество, преобразованное вслѣдствіе организациі принужденія: если отнять этотъ послѣдній моментъ, то подъ государствомъ окажется вновь общество, какъ нѣчто самостоятельное. Конечно, генетически государственная власть зарождается въ обществѣ, дѣйствіемъ внутреннихъ общественныхъ процессовъ. Но, разъ создалось государство, оно само образуетъ новое общество, объединяя совокупность людей, хотя бы принадлежащихъ къ разнымъ общественнымъ группамъ, въ общественное единство, сплоченное однимъ общимъ политическимъ моментомъ.

По опредѣленію Ориу „государство есть нація, подчиненная извѣстному упорядоченному и уравновѣженному режиму, который называется государственнымъ режимомъ“²⁾. Ошибка Ориу, какъ и многихъ другихъ французскихъ ученыхъ, состоитъ въ смѣшеніи государственнаго общества съ націей³⁾. Общество, составившееся изъ государственнаго населенія, совершенно не тождественно съ націей, какъ продуктомъ долгой исторической жизни: общество, составившееся изъ государственнаго населенія, можетъ включать полностью или частично различныя націи.

Дюги предлагаетъ смотрѣть на государство, какъ на группу властвующихъ, противопоставляя его тѣмъ самымъ остальной части общества⁴⁾. При такой точкѣ зрѣнія подданные оказались бы внѣ государства, что совершенно не отвѣчаетъ дѣйствительности.

Государство представляетъ собою несомнѣнно форму общенія и потому является видомъ родового понятія объ обществѣ. Совокупность людей, образующихъ государственное населеніе, создаетъ въ то же время и общество. Что же дѣлаетъ эту совокупность, народъ, обществомъ? Какъ государственное населеніе—это совокупность людей, подчиненныхъ одной и той же власти.

1) Ihering, *Zweck in Recht*, т. I, стр. 309: Staat ist die Gesellschaft, welche zwingt.

2) Нагиоу, *Principes de droit public*, 1910, стр. 72, 85, 244: L'état est une nation aménagée en un certain régime ordonné et équilibré qui s'appelle le régime d'état.

3) См. Эсмэнь, *Общія основанія конституціоннаго права*, 1909, стр. 28—третье положеніе.

4) Dugait, *L'état, le droit objectif, et la loi positive*, 1901, стр. 19.

Но объединеніе подъ одной и той же властью создаетъ и общій интересъ,—интересъ политическаго самосохраненія, и побуждаетъ къ сотрудничеству въ видѣ совмѣстнаго противодѣйствія угрозамъ данной политической группѣ.

Такимъ образомъ, эта новая общественная форма создается фактомъ существованія государственной власти. Но государство, какъ видъ общества, не исчерпываетъ общественной жизни тѣхъ людей, которые входятъ въ составъ его населенія. Въ предѣлахъ одного и того государства образуются многочисленныя и разнообразныя общественныя формы, національныя, вѣроисповѣдныя, профессиональныя и др. Другія общества только частью укладываются въ предѣлы государственной территоріи, выходя иными своими частями за эти предѣлы, какъ, напр., церковь.

Но и жизнь того общества, которое полностью укладывается въ предѣлахъ государства, какъ его произведеніе, имѣетъ свое самостоятельное содержаніе, независимое, отдѣльное отъ государства и подчасъ ему враждебное. На почвѣ основного, первоначальнаго общаго интереса, который ярко проявляется въ рѣдкихъ случаяхъ, въ моменты сильной опасности политическому существованію группы,—вырастаетъ масса новыхъ интересовъ, объединяющихъ тѣхъ же людей уже независимо отъ государственнаго интереса.

Именно то обстоятельство, что общество, лежащее въ основѣ государства, сливается въ общемъ инстинктѣ политическаго самосохраненія, даетъ основаніе предполагать ту солидарность между государствомъ и обществомъ, которая выражается въ положеніи: всякій народъ имѣетъ власть, какой онъ заслуживаетъ. Другими словами, утверждается, что, такъ какъ въ основѣ государственной власти лежитъ общественная поддержка, вытекающая изъ признанія строенія и дѣятельности этой власти, то всякое государственное устройство и всякая государственное управленіе отвѣчаютъ убѣжденіямъ, направленію и настроенію общества. Физиократы, сторонники просвѣщеннаго абсолютизма, полагали что, если существуетъ абсолютная монархія, то именно потому, что она наиболѣе отвѣчаетъ общественному мнѣнію.

Это положеніе можетъ быть принято съ большими ограниченіями. То признаніе власти со стороны общества, которое счи-

тается психической основой государства, нельзя понимать въ смыслѣ сознательнаго согласія на существующій государственный строй. Общество въ преобладающей своей части можетъ не сочувствовать старому строю, но оно не оказываетъ ему противо-дѣйствія. Наоборотъ, общество можетъ сочувствовать утвердившемуся новому строю, но оно не оказываетъ ему поддержки противъ разрушительныхъ внѣшнихъ и внутреннихъ силъ. Нужно возбу-дить инстинктъ личнаго самосохраненія въ чрезвычайно высокой степени, чтобы человекъ рѣшился поставить на карту жизнь, свободу, имущество для противо-дѣйствія политическому строю или для защиты его. Но не выступая изъ рамокъ допущеннаго властью поведенія, каждый человекъ выражаетъ свое отношеніе къ строю, и словомъ и дѣломъ. На этой почвѣ можетъ создаться общественное мнѣніе, составляющее общественную силу, и способное разойтись съ органами государственной власти во взглядѣ на значеніе строя.

Такимъ образомъ, общественное мнѣніе можетъ выразиться весьма опредѣленно, и все же государственный строй въ состоя-ніи будетъ довольно долго продержаться, потому что у госу-дарственной власти имѣются иные источники силы, кромѣ об-щественной поддержки. Положеніе государственной власти еще болѣе облегчается, когда въ самомъ обществѣ происходитъ рас-колъ. Опираясь на сочувствіе одной его части, вліятельной по богатству или по образованію, или, наоборотъ, сильной своимъ невѣжествомъ, власть способна держаться безъ сочувствія боль-шинства населенія, даже при его ненависти. Общество, по своему развитію, по своимъ нравамъ, можетъ стоять значительно выше того государственнаго строя, въ рамкахъ котораго его уклады-ваетъ или въ которыхъ его держитъ власть. И обратно, можно допустить, что прогрессивная власть введетъ общество въ госу-дарственныя формы, къ которымъ оно пока не подготовлено. Въ томъ и другомъ случаѣ между государствомъ и обществомъ нѣтъ соотвѣтствія. Это возможно только потому, что государство рас-полагаетъ силами, хотя и организованными изъ общественнаго матеріала, но дѣйствующими внѣ общественнаго контроля.

Отрицаніе у государственной власти источниковъ силы по-мимо признанія общества приводитъ къ совершенной невозмож-

ности объяснить безспорные факты рѣзкаго и продолжительнаго разлада между властью и обществомъ. Когда указываютъ на полицію и армію, какъ средства воздѣйствія на общество, то противъ этого выставляется соображеніе, основанное на томъ, что та и другая, по своему личному составу, принадлежать къ обществу. Почему сила на сторонѣ государства? Потому что власть имѣетъ въ своемъ распоряженіи ружья и пушки. Но почему ружья и пушки у власти, спрашиваютъ тѣ, кто ищетъ большей глубины въ объясненіи общественныхъ явленій? Потому что, говорятъ они, эти орудія предоставлены власти и оставлены у нея самимъ обществомъ. Но углубленіе слѣдуетъ производить еще дальше. Почему же общество оставляетъ у власти эти орудія? Потому, приходится отвѣтить, что власть располагаетъ ружьями и пушками, не позволяющими у нея что-нибудь отнять.

При объясненіи устойчивости отжившаго строя и дѣйствія пушекъ стараются найти объясненіе въ поддержкѣ со стороны нѣкоторыхъ классовъ общества. Конечно, вѣрно, что власть опирается на сочувствіе господствующихъ классовъ. Но почему же сочувствіе этого меньшинства, не пользующагося сочувствіемъ большинства, поддерживаетъ власть, чѣмъ держится само это меньшинство? Объясненіе и того и другого опять-таки скрывается въ физической силѣ государства, которою располагаютъ органы власти.

Принимая во вниманіе, что государство и общество обладаютъ различными силами, постараемся выяснитъ ихъ взаимодѣйствіе. Посмотримъ сначала, какъ вліяетъ государство на общество, а потомъ выяснимъ вліяніе общества на государство.

Государство способно оказать вліяніе на языкъ, который служитъ средствомъ общенія. Присоединеніе Ниццы къ Франціи имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что рѣчь мѣстнаго населенія все болѣе утрачиваетъ италіанскій колоритъ и все сильнѣе проникается французскими словами. Покровительствуя литературѣ, французскіе короли XVII вѣка сдѣлали сѣверо-французское нарѣчіе литературнымъ языкомъ Франціи, въ ущербъ провансальскому языку. Преслѣдуя языкъ части своего населенія, государство часто достигаетъ возрожденія и укрѣпленія этого языка, который становится орудіемъ тѣснѣйшаго общенія гонимыхъ, какъ это случилось въ Богеміи въ половинѣ XIX вѣка.

Едва ли возможно сомнѣніе во вліяніи государства на нравы общества. Конечно, неприемлемъ взглядъ Гоббса, по которому только государство опредѣляетъ, что такое нравственное поведение, такъ какъ нравственныя понятія и нравственныя нормы составляютъ продуктъ общества, а не государства. Нельзя принять и точки зрѣнія Гегеля, будто государство есть осуществленіе нравственной идеи, потому что мы можемъ мыслить нравственность и внѣ государства, въ общественномъ, хотя и негосударственномъ, состояніи. Все же остается безспорнымъ, что государство способно благотѣльно или, наоборотъ, вредно вліять на высоту общественной нравственности.

Государство создаетъ новое основаніе для общественной сплоченности. Обводя населеніе таможенной границей, государство усиливаетъ экономическія связи въ своихъ предѣлахъ. Финансы государства, затрагивая каждого гражданина съ самой чувствительной стороны, всегда выдвигали общій интересъ, имѣвшій въ исторіи нерѣдко важное общественное значеніе. При помощи своей силы государство можетъ бороться съ тѣми антисоціальными проявленіями, справиться съ которыми само общество своими силами не въ состояніи. Совмѣстно испытываемая общая государственная опасность заставляла гражданъ забывать всѣ другіе мотивы, раздѣляющіе ихъ въ общественной жизни, и создавала чувство глубокой солидарности въ защитѣ государства. Любовь къ отечеству-государству вызывала нерѣдко въ исторіи высокіе подвиги личнаго самопожертвованія, поразительное напряжение нравственного сознанія. Соединеніе подъ одной политической властью различныхъ національностей и вѣроисповѣданій пріучаетъ къ взаимной терпимости, къ уваженію противорѣчій, расширяетъ взглядъ на человѣка вообще,—и въ этомъ нѣкоторое преимущество многонаціональнаго государства передъ однонаціональнымъ. Въ борьбѣ за свое внѣшнее существованіе государство вызываетъ на свѣтъ общественные факторы, которые безъ этого возбудителя оставались бы въ дремотномъ состояніи. Такъ какъ побѣда въ этой борьбѣ обуславливается не только техникою военнаго дѣла, но и психикою гражданъ, то государство, по инстинкту самосохраненія, вынуждается воздѣйствовать на культуру и нравы общества, чтобы увеличить свои силы.

Но, съ другой стороны, обособленіе государственной силы даетъ возможность органамъ государственной власти оказывать дурное вліяніе на общество. Исторія нерѣдко была свидѣтельницей политики, основанной на раздѣленіи общественныхъ силъ. Органы власти могутъ сознательно усиливать классовую, національную и вѣроисповѣдную вражду, чтобы въ борьбѣ одной части общества противъ другой истощались тѣ силы, которыя иначе могли бы въ полномъ единствѣ направиться противъ нихъ. Органы государственной власти въ состояніи ставить препятствія народному образованію, развитію общественности, подавлять личную инициативу, отбрасывать мужественныя, стойкія единицы и вызывать самыхъ злыхъ духовъ на служеніе себѣ противъ общественныхъ силъ. Пользуясь эгоизмомъ человѣка, органы государства могутъ разбудить въ немъ самыя дикіе инстинкты, заглушенные подъ вліяніемъ общественности. Небольшое число людей, имѣя въ своихъ рукахъ государственный механизмъ, въ состояніи глубоко деморализировать общественныя силы. Государство способно разрушать работу общества. Многія страницы исторіи чело-вѣчества написаны кровавымъ перомъ государственной власти.

Таково вліяніе государства. Но общество, въ свою очередь, оказываетъ сильнѣйшее вліяніе на государство. И сила, которою оно дѣйствуетъ, есть общественное мнѣніе. Уже Юмъ обратилъ вниманіе на политическое значеніе этого фактора. „Правительство опирается только на общественное мнѣніе, и это правило относится какъ къ правительствамъ, наиболѣе проникнутымъ демократизмомъ и милитаризмомъ, такъ и къ самымъ свободнымъ и народнымъ. Египетскій султанъ или римскій императоръ могутъ распоряжаться своими ни въ чемъ неповинными подданными, какъ неразумными животными, противъ ихъ воли и желанія; но, по крайней мѣрѣ, мамелюками или преторіанцами онъ долженъ управлять какъ людьми, опираясь на ихъ мнѣніе“⁵⁾. Последнія слова Юма показываютъ, что противодѣйствіе общественному мнѣнію возможно при отсутствіи его единства и при организаціи физическихъ силъ, дающихъ матеріальный перевѣсъ меньшинству передъ большинствомъ.

⁵⁾ Цит. у Дайси, *Основы государственнаго права Англій*, 1891, стр. 58.

Государственное устройство поддерживается именно равновѣсіемъ общественныхъ силъ. Если бы мы гипотетически предположили полную солидарность въ общественномъ мнѣніи, сопротивленіе государственной власти было бы невозможно при всей организованности ея силъ. Чѣмъ ближе мы къ этому предположенію единства, тѣмъ очевиднѣе необходимость для государственной власти подчиниться обществу и, наоборотъ, чѣмъ далѣе мы отъ него отходимъ, тѣмъ слабѣе вліяніе общественнаго мнѣнія, тѣмъ самостоятельнѣе власть. Государственная власть должна быть сильнѣе всякой другой въ обществѣ. Но когда она становится сильнѣе самого общества—это опасная гипертрофія.

Если государственный строй обуславливается реальнымъ соотношеніемъ силъ, по выраженію Лассаля, то какое же значеніе можетъ играть писанная конституція. Дѣйствительно ли она только „ключекъ бумаги“, который ничего не прибавляетъ къ силамъ, опредѣляющимъ государственный строй? Если это такъ, то чѣмъ объяснить, что „абсолютистское правительство можетъ выиграть очень много, если облечется въ пустую внѣшность конституціонализма и подъ нею будетъ продолжать абсолютизмъ“⁶⁾. Очевидно, объясненіе заключается въ томъ, что, прикрываясь конституціонною формою, абсолютизмъ выигрываетъ въ общественномъ мнѣніи. Слѣдовательно, власть, самая деспотическая, нуждается въ этой поддержкѣ—это облегчаетъ ея задачу властвованія. Но если „ключекъ бумаги“ способенъ служить психическимъ средствомъ воздѣйствія на общество, смягчая его, онъ также способенъ воздѣйствовать и на власть, противодѣйствуя ея произволу. Конечно, глубоко ошибается тотъ, кто думаетъ, будто писанная конституція въ состояніи точно опредѣлить образъ дѣйствія власти. Но ошибочно и отрицать психическое дѣйствіе ея на власть. Если послѣдняя вліяетъ на общественное мнѣніе ссылкой на листъ, то игнорированіе этого листа оказываетъ вліяніе, подрывающее то общественное мнѣніе, котораго она ищетъ. Въ дѣйствительности, писанная конституція составляетъ одинъ изъ элементовъ въ реальномъ соотношеніи силъ. Это тоже сила, и не изъ послѣднихъ. Писанная конституція

⁶⁾ Лассаля, *Что же теперь?* (Собр. соч., т. II, стр. 44).

есть фиксированіе общественнаго взгляда на взаимное отношеніе элементовъ государственной власти и насколько послѣдняя ограничена общественнымъ мнѣніемъ, конституція служитъ однимъ изъ факторовъ, опредѣляющихъ ея поведеніе. Ошибка не въ томъ, что писанную конституцію считаютъ силой, а въ томъ, что ее признаютъ правомъ, и ожидаютъ отъ нея тѣхъ гарантій, какія связаны съ правомъ, тогда какъ она можетъ дать только гарантіи, какія заключаются въ общественномъ мнѣніи.

Если таково вліяніе общества на государственный строй, то оно не меньше, если еще не больше, въ отношеніи государственнаго управленія. И опять-таки самая деспотическая власть, самое классовое правительство стараются склонить на свою сторону общественное мнѣніе ссылкой на народное благо, на общественный интересъ и т. п. Самыя горькія политическія мѣры преподносятся въ общественныхъ облаткахъ. Отсюда съ очевидностью обнаруживается, какую силу таитъ въ себѣ общество, силу, проявляемую въ общественномъ мнѣніи и способную бороться съ силою государства.

Въ какихъ же политическихъ формахъ можетъ проявиться общественное мнѣніе?

Самымъ естественнымъ образомъ мнѣніе общества выражается въ печати и въ собраніяхъ. Чѣмъ большая въ странѣ свобода, тѣмъ точнѣе отразятся въ нихъ взгляды и настроенія массы. Хотя бы власть и воспользовалась своими средствами для того, чтобы подкупить одни органы печати и подавить непримиримыя, но такая печать самимъ обществомъ не будетъ признана за выразительницу ея мнѣнія, которое станетъ искать иныхъ выходовъ для своего проявленія. Общественное мнѣніе, воздѣйствующее на власть, отражается, главнымъ образомъ, въ органахъ политической печати, но, при подавленіи послѣдней, оно пробиваетъ себѣ русло въ общей литературѣ въ формахъ, не поддающихся правительственному воздѣйствію, но чутко воспринимаемыхъ обществомъ.

Другимъ способомъ выраженія общественнаго мнѣнія въ политическихъ вопросахъ служатъ парламентскіе выборы, тамъ, конечно, гдѣ подданные стоятъ на степени гражданъ. Различныя партіи, предлагающія ту или иную реформу строя, то или

пное измѣненіе въ управленіи, вызываютъ общество высказать свое мнѣніе путемъ бюллетеня. При всеобщемъ избирательномъ правѣ, при полномъ невмѣшательствѣ власти въ дѣло подачи голосовъ, выборы могутъ служить, если не вполне, то въ достаточной степени отраженіемъ общественнаго мнѣнія. Чѣмъ болѣе уклоняется избирательная система отъ всеобщности и равенства, чѣмъ сильнѣе давленіе правительства и господствующихъ классовъ на свободу выборовъ, тѣмъ труднѣе признавать выборы выраженіемъ общественнаго мнѣнія. Сама государственная власть, въ рѣшительные моменты, считаетъ нужнымъ, путемъ роспуска парламента, получить новыя данныя объ общественномъ мнѣніи. При парламентаризмѣ общество, путемъ выборовъ, держитъ постоянно государственную власть на уровнѣ общественнаго мнѣнія. Здѣсь достигается наиболѣе возможная гармонія между обществомъ и государствомъ. Министерство, держащее въ своихъ рукахъ организованныя силы государства и само держащееся общественнымъ мнѣніемъ — такова система уравновѣшенія государственныхъ и общественныхъ силъ. Если принять въ соображеніе, что общественное мнѣніе есть санкція нравственныхъ нормъ, то парламентарная система болѣе всего осуществляетъ идею примиренія государства и морали.

Демократическія государства въ новѣйшее время настойчиво выдвигаютъ идею референдума. Опасность отклоненія отъ общественнаго мнѣнія со стороны депутатовъ поправляется поголовнымъ голосованіемъ со стороны всѣхъ полноправныхъ гражданъ. Когда референдумъ приурочивается къ основнымъ законамъ, то получается приближеніе государственнаго строя къ преобладающему въ обществѣ мнѣнію. Когда референдумъ примѣняется и къ обыкновеннымъ законамъ, — на уровнѣ общественнаго мнѣнія держится законодательная дѣятельность государственной власти.

Всѣ указанныя способы выраженія общественнаго мнѣнія имѣютъ легальный характеръ. Мнѣніе выступаетъ наружу въ формахъ, предусмотрѣнныхъ и допущенныхъ нормами права. Но эти каналы могутъ быть закрыты государственными силами, и тогда общественныя теченія ищутъ и находятъ себѣ иные выходы. Накопившійся потокъ общественнаго настроенія можетъ прорвать преграды и выразиться въ формѣ сопротивленія. Раз-

личается пассивное и активное сопротивление. Первое выражается въ массовомъ неисполненіи требованій государственной власти, потому ли, что они неправомѣрны, или въ виду ихъ несправедливости. Въ исторіи пассивное сопротивление чаще всего проявлялось въ формѣ отказа платить налоги. Активное сопротивление есть массовое противодействие требованіямъ государственной власти, переходящее, при организованности силъ, въ физическую борьбу съ государственной властью. Активное сопротивление или возстаніе, подвергая величайшей опасности каждаго участника, выражаетъ крайнее напряженіе общественнаго мнѣнія.

Вопросъ о допустимости сопротивления возбуждался нерѣдко въ исторіи политической мысли и почти всегда разрѣшался въ положительномъ смыслѣ, какъ *ultimum remedium*. Но можно ли говорить о правѣ сопротивления? Въ исторіи мы встрѣчаемъ указанія на право венгерскихъ магнатовъ сопротивляться съ оружіемъ въ рукахъ, или на право англійскихъ бароновъ захватить и держать короля въ качествѣ заложника. Такъ, французская декларация 24 іюня 1793 года въ § 35 объявляла: „Когда правительство нарушаетъ право народа, возстаніе является для народа и для каждой части народа наиболѣе священнымъ изъ правъ и наиболѣе обязательнымъ долгомъ“. Нѣкоторые современные государствовѣды также говорятъ о правѣ возстанія, о правѣ сопротивления⁷⁾. Откуда возстаніе можетъ пріобрѣсти юридическій характеръ? Права на возстаніе не можетъ быть. Ни одно законодательство такого права не предусматриваетъ. Да если бы даже и предусмотрѣло, можно ли сомнѣваться, что въ случаѣ попытки примѣненія такого права, существующая власть проявитъ всю энергію для его подавленія. Активное сопротивление есть фактъ, а не право. Это историческія явленія и государство всегда должно предусматривать ихъ возможность. Но всякое возстаніе есть фактическое проявленіе общественной силы, противодействующей силамъ государственной власти.

Одновременно слѣдуетъ имѣть въ виду, что и государствен-

⁷⁾ Нагиош, *Principes de droit public*, 1910, стр. 44; Дюги, *Конституціонное право*, 1908, стр. 951—957.

ная власть есть сила, а не право. Поэтому возстаніе есть борьба двухъ силъ, а не силы противъ права или права противъ права. Если побѣда останется на сторонѣ прежней власти, то побѣжденные въ ея глазахъ будутъ преступниками противъ правового порядка; если побѣдитъ возставшая сила, эти же преступники окажутся органами государственной власти.

По мѣрѣ того, какъ государственный организмъ становится все болѣе сложнымъ, прямое, революціонное противодѣйствіе со стороны неорганизованныхъ общественныхъ силъ дѣлается все менѣе осуществимымъ.

§ 28.

Задачи государства.

Литература: Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 310—350; R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, т. I, 1901, стр. 145—156; Елѣинекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 167—193; Menger, *Neue Staatslehre*, 1903 (рус. пер. два); В. Кнстяковскій, *Государство правовое и социалистическое* (В. фил. и псих. № 95).

Вопросъ о цѣли государства издавна занималъ вниманіе какъ философовъ, такъ и политическихъ писателей. Только въ новѣйшее время этотъ вопросъ сталъ нѣсколько ступшеваться.

Самая постановка вопроса можетъ быть двоякая. Можно спрашивать, зачѣмъ существуетъ государство, какая цѣль того общенія, которое носитъ названіе государства? Иначе становится вопросъ, когда отыскиваютъ, какія цѣли преслѣдуетъ существующее государство? Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ объ абсолютной цѣли, во второмъ—объ относительной.

Существуетъ однако теченіе мысли, отрицающее самый вопросъ о цѣли государства. Съ одной стороны такое сомнѣніе въ цѣли вырастаетъ на политической подкладкѣ, потому что вопросы о цѣли возбуждаютъ политическую критику. Въ реакціонный періодъ начала XIX вѣка, нѣкоторые государствовѣды, какъ, напр., Галлеръ, отвергали совершенно цѣли государства. Съ другой стороны отрицаніе строилось на чисто научной почвѣ. Если разсматривать государство, какъ организмъ, то вопросъ о его цѣли такъ же мало умѣстенъ, какъ и вопросъ о цѣли человѣка

или иного органическаго индивида. Но въ государствѣ, его устройствѣ и дѣятельности, проявляется несомнѣнно воля отдѣльныхъ людей, и потому вопросъ о цѣли не можетъ быть устраненъ. Все дѣло въ постановкѣ вопроса.

Поиски абсолютной цѣли направлены къ установленію единой, вытекающей изъ самаго существа государства, цѣли, которая всегда и всюду, во всѣхъ историческихъ формахъ проявленія государства, остается неизмѣнной. Такая цѣль устанавливалась не эмпирически, а чисто рационалистически, она вытекала не изъ наблюденія надъ фактами дѣйствительной жизни, а изъ идеала совершеннаго государства. Практическое побужденіе къ отысканію абсолютной цѣли заключалось въ опредѣленіи дедуктивнымъ путемъ тѣхъ задачъ, которыя должна преслѣдовать государственная власть. Такъ въ древности Платонъ и Аристотель полагали, что цѣлью всякаго государства является утвержденіе нравственности,—взглядъ, поддержанный въ новѣйшее время Гегелемъ. По возрѣнію Св. Августина христіанское государство должно быть отраженіемъ царствія Божія,—и въ новѣйшее время Фр. Шталь опредѣляетъ, что цѣль государства „не только осуществленіе нравственнаго порядка, но служеніе и покорность предъ лицомъ Бога, а также установленіе царства во славу Божью“¹⁾. Если государство есть результатъ соглашенія людей, какъ учила договорная теорія, то цѣль его можетъ быть только общее благо (Гуго Гроцій), общая безопасность (Гоббсъ), общая свобода (Руссо).

Абсолютная цѣль дружно отвергается въ современной наукѣ. вмѣсто того выдвигаются относительныя цѣли, которыя преслѣдуютъ то или другое государство или группа государствъ, примѣнительно къ историческимъ условіямъ своего положенія. Очевидно, что дѣло идетъ не о цѣли государства, а о государственныхъ цѣляхъ, не о цѣли существованія, а о цѣли дѣятельности. Впрочемъ, нѣкоторые предлагаютъ даже вовсе не упоминать о цѣляхъ. „Было бы положительно лучше и умѣстнѣе совсѣмъ не говорить о цѣли государства, но изслѣдовать, какія функции государства слѣдуетъ признать естественными и соответствующи-

¹⁾ Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 1856, т. II, ч. 2, стр. 180.

щими понятію о немъ, и какія по его природѣ должны быть исключены“²⁾). Но предлагаемая Лассономъ замѣна вопроса о цѣляхъ вопросомъ о функціяхъ не можетъ быть принята. Можно признать, напр., что право есть функція государства, но это еще не значить, что цѣлью государства признается установленіе и охрана права. По мнѣнію Рихарда Шмидта, „правильнѣе ставить вопросъ о задачахъ государства, нежели о его цѣли“³⁾). Дѣйствительно, когда говорятъ о цѣляхъ государственныхъ, то имѣютъ въ виду тѣ задачи, какія ставитъ себѣ государство въ данныхъ историческихъ условіяхъ. Притомъ, если въ извѣстный историческій моментъ передъ государствомъ встаетъ особая задача, то это не значить, что всѣ другія задачи устраняются. Историческую задачу слѣдуетъ понимать въ смыслѣ вопроса, вставшаго съ особенною настойчивостью въ данное время, потребовавшего особаго напряженія государственныхъ силъ, наложившаго на строй и управленіе государства свою печать, и придавшаго государству историческій типъ.

Однако, если государство въ разныя времена преслѣдуетъ различныя задачи, то объясненіе тому заключается въ инстинктѣ политическаго самосохраненія, который дѣйствуетъ всегда и всюду, гдѣ есть государство, но не какъ абсолютная цѣль, а какъ постоянная причина. Въ разныхъ историческихъ условіяхъ государство стремится приспособиться, чтобы имѣть возможность выдержать жизненную борьбу съ другими политическими единствами. Прогрессивность того или другого государства обнаруживается именно въ томъ, что оно сумѣло раньше и лучше уловить требованія времени и приспособиться къ нимъ, вызывая въ другихъ по необходимости подражаніе. Численность, силоченность, одухотворенность единицъ, составляющихъ государство, являются условіями его силъ. Внѣшняя жизнь государства зависитъ отъ внутренняго его состоянія. Внутренняя борьба классовыхъ интересовъ вынуждена бываетъ смолкнуть передъ опасностью для политическаго существованія. Властвующіе вынуждены поступиться частью своихъ интересовъ и возбудить инте-

²⁾ Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 313.

³⁾ R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, т. I, 1901, стр. 148.

рессы широкихъ массъ. Общій интересъ нерѣдко является интересомъ властвующихъ, и чѣмъ дальновиднѣе послѣдніе, тѣмъ лучше умѣютъ они согласовать свои частные интересы съ общимъ интересомъ.

Невозможно сомнѣваться, что инстинктъ политическаго само-сохраненія являлся въ исторіи главнымъ двигателемъ культурнаго развитія. На нашихъ глазахъ успѣхи техники, пути сообщенія, пароходы, желѣзныя дороги, телеграфы, телефоны, дирижабли и аэропланы выдвигаются главнымъ образомъ въ цѣляхъ стратегическихъ, чтобы потомъ стать общимъ достояніемъ. Но и поднятіе народнаго духа служило не разъ единственнымъ средствомъ спасенія государства отъ надвинувшейся грозы. Стремленіе со стороны властвующихъ подавить народный духъ послѣ минованія внѣшней опасности, какъ опасный для нихъ самихъ, показываетъ, что представляло бы собою общественное развитіе безъ этого стимула политической борьбы.

Разрозненность общественныхъ силъ на западѣ Европы въ феодальный періодъ, неспособныхъ противодѣйствовать внѣшней опасности, въ лицѣ мавровъ въ Испаніи, въ лицѣ англичанъ во Франціи, поставила задачу образованія сильной центральной власти. Чтобы сохранить свое политическое существованіе, необходимо было подавить всѣ центробѣжныя власти, обладавшія достаточной силой для препятствованія сплоченію, а также освободить государство отъ папскаго авторитета, подрывавшаго укрѣпленіе королевской власти. Выразителемъ этой задачи выступилъ абсолютизмъ. Интересы широкихъ массъ побуждали ихъ поддержать интересъ властвующаго, и тѣмъ освободиться отъ многочисленныхъ феодальныхъ властей. Къ монарху потекли—матеріальныя средства въ казну, интеллигентныя силы на службу, литературный фиміамъ къ престолу. Начавъ свое движеніе съ XV столѣтія, абсолютистское государство дошло въ XVII вѣкѣ предѣльной высоты, выполнивъ, прежде всего во Франціи, поставленную ему задачу. Макиавелли, Боденъ и Гоббсъ являются самыми видными представителями политической мысли, направленной къ разрѣшенію этой проблемы.

Въ XVIII вѣкѣ передъ абсолютизмомъ встаетъ новая задача. Огромное напряженіе военныхъ силъ, вслѣдствіе острой борьбы

между государствами за политическое равновѣсіе, потребовало соотвѣтственнаго возбужденія экономическихъ силъ. Финансы государства требовали поднятія производительности страны. Необходимо было усилить дѣятельность частнаго хозяйства даже противъ воли хозяина, чтобы поднять платежную способность, какъ условіе политическаго самосохраненія ⁴⁾. Поэтому государство ставитъ своей задачей попеченіе о благосостояніи частныхъ лицъ, объ обезпеченіи подданнымъ *vitae sufficientiae*, оно дѣлается „полицейскимъ государствомъ“ (*Polizeistaat*). „Государство принимаетъ на себя, черезъ своихъ чиновниковъ, заботу объ интенсификаціи сельскохозяйственной культуры, объ основаніи новыхъ отраслей промышленности, объ учрежденіи и направленіи мануфактуръ и фабрикъ,—оно распространяетъ сферу своего управленія (*Polizei*) до того, что беретъ подъ свой контроль домашнюю жизнь гражданъ въ отношеніи одежды, обстановки, семейныхъ празднествъ, роскоши“ ⁵⁾. Эта задача попеченія достигалась при помощи административныхъ или полицейскихъ мѣръ, приспособляемыхъ къ индивидуальнымъ особенностямъ положенія различныхъ гражданъ. Отсюда совершенная несвязанность установленными нормами, оправдывающая то названіе, которое даетъ Кантъ такому государству,—государство произвола (*Willkürstaat*). Органы власти считаютъ эту дѣятельность въ высокой степени благодѣтельной для гражданъ и вытекающей непосредственно изъ существа государства, а самихъ себя рассматриваютъ лишь какъ слугъ этой идеи. „Монархъ—первый слуга государства“ приходитъ на смѣну положенію, „государство—это монархъ“. Проблема полицейскаго государства нашла себѣ самага виднаго идейнаго защитника въ лицѣ Вольфа.

На смѣну полицейскаго государства пришло въ XIX столѣтіи „правовое государство“ (*Rechtsstaat*). Быстрый ростъ финансовъ европейскихъ государствъ долженъ былъ возбудить вновь вниманіе къ народному богатству, какъ единственному источнику матеріальныхъ средствъ государства. Въ противовѣсъ тенденціямъ полицейскаго государства, въ наукѣ выдвинулось ученіе,

⁴⁾ Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1909, стр. 25.

⁵⁾ R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, т. I., 1901, стр. 152.

что предоставленный личному эгоизму каждый индивидъ лучше всего найдетъ способъ производства наибольшаго количества цѣнностей, что вполне соответствуетъ и общественному интересу. Политика попеченія успѣла уже истощиться въ мѣрахъ возбужденія народной производительности, и правительства, сколько-нибудь проницательныя, сами поняли необходимость воспользоваться новой экономической доктриной. Сильное увеличеніе налоговъ, вызываемое военными цѣлями, должно было вызывать враждебное чувство къ власти со стороны самыхъ мирныхъ элементовъ населенія, и потому наиболѣе удобнымъ средствомъ смягченія недоброжелательства могло быть привлеченіе самого народа, въ лицѣ его выборныхъ, къ дѣлу обложенія. Когда государства вынуждены были прибѣгнуть къ внѣшнимъ займамъ, то единственною гарантіею осуществимости займа и низкаго процента оказался народный контроль надъ финансами.

Таковъ экономическій факторъ, побудившій къ измѣненію задачъ государства въ интересахъ его самосохраненія. Къ этому присоединился другой факторъ, идейный. Съ половины XVIII вѣка въ Западной Европѣ, особенно во Франціи, благодаря росту буржуазіи, создалось общественное мнѣніе, которое рѣзко отдѣлилось отъ мнѣнія двора, ранѣе господствовавшаго во всей странѣ. Образовалась новая общественная сила, напоръ которой нелегко было сдерживать. Но даже тамъ, гдѣ государственная власть, по своей организованности, способна была еще долго противостоять, она соглашалась на допущеніе къ власти общественныхъ элементовъ, потому что иначе ей приходилось непроизводительно растрчивать и подрывать свои силы въ борьбѣ съ обществомъ, — вопреки интересамъ самосохраненія. Слѣдуетъ замѣтить, что мирный переходъ къ новому порядку происходилъ только тамъ, гдѣ властвующіе отличались особенно дальновидностью, или гдѣ внѣшняя опасность требовала напряженія всѣхъ силъ.

Государство, которое до сихъ поръ оплетало гражданина мѣрами своего попеченія, поставило себѣ задачей предоставить его своему собственному усмотрѣнію. Личная инициатива требовала личныхъ гарантій. Человѣкъ, предоставленный себѣ, могъ оправдать возлагаемыя на него надежды только въ томъ случаѣ, если

ему открывалась свобода дѣятельности и обезпечивалась неприкосновенность результата.

Отсюда выясняются тѣ пути, по которымъ должно было пойти государство въ осуществленіи новой задачи, возложенной на него временемъ. 1) Прежде всего необходимо было установленіе объективнаго права на мѣсто полицейскихъ мѣръ, которыя изъ попеченія легко переходили въ произволь. Идея законности требовала какъ созданія многочисленныхъ нормъ права, въ подробности опредѣляющихъ предѣлы свободы каждаго и разграничивающихъ одни интересы отъ другихъ, такъ и приспособленія государственной организациі къ тому, чтобы законы въ точности соблюдались, — отсюда идея господства права въ управленіи. 2) Если личный эгоизмъ есть лучшій руководитель и личная инициатива требуетъ простора, то государству достаточно ограничиться охраною субъективныхъ правъ. Предоставляя полную свободу борьбѣ интересовъ и оставаясь въ сторонѣ, пока не нарушались права, государство признало принципъ невмѣшательства и поставило себя, по удачному выраженію Лассаля, въ положеніе ночного сторожа. Отсюда либерализмъ, экономическій и политическій. 3) Чтобы новый порядокъ не нарушался самими органами власти, необходимо было ослабить усмотрѣніе послѣднихъ, отдѣливъ отъ исполнительной власти законодательную, утвердивъ самостоятельность судебной власти и допустивъ къ соучастію въ законодательствѣ выборные общественные элементы. Отсюда конституціонализмъ.

Существуетъ весьма распространенное представленіе, что правовое государство то же самое, что государство конституціонное. „Правовое и конституціонное государство—синонимы“ ⁶⁾. Но это совершенно не такъ. Правовое государство есть проблема, поставленная государству временемъ; конституціонное государство есть наилучшее, по возрѣнію времени, средство для осуществленія этой задачи. Мы можемъ себѣ представить идеальнаго абсолютнаго монарха, издающаго законы и строго наблюдающаго за ихъ исполненіемъ. Классическіе писатели на предположеніи

⁶⁾ В. Гессель, *Теорія правового государства* (Политическій строй современныхъ государствъ, 1905, стр. 136).

такого идеальнаго монарха строили свои симпатіи къ монархической формѣ. Но историческая дѣйствительность не даетъ намъ такого идеала, а тамъ, гдѣ лично монархъ сочувствуетъ правовому порядку, окружающія его сферы постоянно сталкиваются его, часто помимо его воли, съ прямого пути твердой законности. Вотъ почему, поставивъ требованіе государства, въ которомъ право соблюдалось бы въ точности, XIX вѣкъ указалъ на конституціонную форму, какъ на лучшее средство, гарантирующее правовой порядокъ.

Чѣмъ же обезпечивается правовой порядокъ противъ произвола государственной власти? Въ разное время выдвигались различныя гарантіи: а) неотъемлемыя права личности, б) принципъ раздѣленія властей, в) правовое самоограниченіе власти, г) подчиненность государства стоящему надъ нимъ праву. Въ дѣйствительности такую гарантію является только сдерживающая сила общественнаго мнѣнія.

Въ новѣйшее время на мѣсто правового государства все настойчивѣе выдвигается „культурное государство“ (Kulturstaat) Напряженное состояніе, въ которомъ находятся сейчасъ всѣ государства, заставляетъ искать все новыхъ источниковъ политической силы. Опытъ франко-прусской войны, въ которой, по общему мнѣнію, побѣду одержалъ школьный учитель, показалъ, какая огромная сила заключается въ культурномъ развитіи солдата. Русско-японская война еще разъ подтвердила, что всѣ преимущества на сторонѣ той арміи, солдаты которой проникнуты наибольшою сознательностью. Отсюда выяснилось все значеніе духовнаго момента для государственнаго могущества ⁷⁾. Самая техника военная, все болѣе усложняющаяся не только въ морскомъ, но и въ сухопутномъ дѣлѣ, настоятельно требуетъ повышенія уровня развитія солдатъ, особыхъ знаній, находчивости, инициативы.

Съ другой стороны никогда еще состязаніе за международные рынки не достигало такой остроты, какъ въ послѣднее время. Можно сказать, что для каждаго государства состояніе его про-

⁷⁾ См. о сязѣ крупныхъ монархій Letourneau, *Evolution politique*, 1890, стр. 531, и его предсказанія.

мышленности и торговли есть вопрос его политическаго существованія. Въ такъ называемое мирное время идетъ постоянная и ожесточенная война между государствами за экономическое преобладаніе. И здѣсь опытъ показываетъ, какую роль играетъ духовный моментъ, высота развитія рабочихъ и размахъ коммерческой инициативы ихъ руководителей.

Государство уже не можетъ предлагать гражданамъ предаваться мирно своимъ занятіямъ, оставивъ всецѣло власти заботу о внѣшней безопасности. Сейчасъ эта послѣдняя требуетъ настоятельно сознательной помощи со стороны патріотически настроенныхъ гражданъ. Но сочувствіе гражданина государству зависитъ отъ того, что дастъ 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, что 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 большія 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.

Это приводитъ государства, усвоившія себѣ новыя условія жизни въ борьбѣ за самосохраненіе, къ политикѣ подъема народной культуры. Прежде всего, государство ставитъ себѣ задачей народное образованіе. Оно не только считаетъ себя обязаннымъ предоставить каждому подрастающему гражданину возможность элементарнаго знанія, но и признаетъ себя въ правѣ требовать отъ каждаго гражданина приобщенія къ культурѣ. Современное государство уже не довольствуется наблюденіемъ, какъ граждане его, побуждаемые личнымъ интересомъ, поднимаютъ экономическую производительность страны. Оно само стремится содѣйствовать экономической дѣятельности частныхъ хозяйствъ организаціей кредита, страхованія, улучшеніемъ путей сообщенія, отыскиваніемъ новыхъ рынковъ, устройствомъ образцовыхъ хозяйствъ и т. п. Съ другой стороны оно стремится развить въ гражданахъ свободную инициативу, которая давала бы

возможность наилучшаго использованія этихъ условій. Свободная инициатива предполагаетъ чувство свободы, которое развивается только на почвѣ строгой законности и довѣрія къ общественнымъ силамъ.

Экономическій либерализмъ не оправдалъ себя и еще съ одной стороны. Предоставленные сами себѣ фабрики и заводы создали такія условія труда, которыя быстро привели къ физическому истощенію рабочихъ. Первое вниманіе на это обстоятельство было обращено съ военной точки зрѣнія. Государство не могло допустить такого пониженія силы гражданъ. Съ другой стороны, либерализмъ не только не привелъ къ всеобщей гармоніи, но усилилъ ростъ экономического контраста и обострилъ классовую борьбу до угрожающей государству степени. Для обезпеченія мира внутри, необходимаго для внѣшней безопасности, государства вынуждены были отказаться отъ политики невмѣшательства и придти на помощь слабѣйшему, облегчить нѣсколько его положеніе и тѣмъ смягчить его ненависть къ господствующимъ классамъ, а вмѣстѣ и къ охраняющему его государству. Отсюда, такъ называемое, социальное законодательство, вытекающее изъ новой задачи государства. Отсюда все большая демократизація государствъ. На горизонтѣ обрисовываются, хотя еще неясно, черты „соціального государства“.

§ 29.

Происхожденіе государства.

Литература: Berolzheimer, *System der Wirthschafts und Rechtsphilosophie*, т. III, стр. 29—70; Гумпловичъ, *Общее учение о государствѣ*, 1910, стр. 47—114; Letourneau, *Evolution politique*, 1890; Спенсеръ, *Развитіе политическихъ учрежденій*, 1882; Дженксъ, *Происхожденіе верховной власти*, 1907.

Вопросъ о происхожденіи государства можетъ быть разсматриваемъ съ двухъ сторонъ. Можно изслѣдовать, какимъ образомъ впервые въ нѣдрахъ общества зародилось государство. Иначе ставится вопросъ, когда изслѣдуется, какимъ образомъ въ настоящее время, когда все почти человѣчество живетъ въ госу-

дарственномъ состояніи, возможны новыя государственныя образованія. Остановимся только на первичномъ происхожденіи государства.

Но, и къ этому вопросу подходить неодинаково. Вопросъ о происхожденіи государства смѣшивается съ вопросомъ объ основаніи государства. Конечно, логически эти два вопроса совершенно различны, но психологически они сходятся общими корнями. Вопросъ о томъ, почему нужно повиноваться государственной власти, въ представленіи связывается съ вопросомъ, каково происхожденіе ея. Въ строго теоретическую проблему о происхожденіи государства вносится чисто политической моментъ. Не то важно, каково было въ дѣйствительности происхожденіе государства, а какъ найти такое происхожденіе, которое способно было бы оправдать предвзятый выводъ.

Однимъ изъ самыхъ старыхъ объясненій происхожденія государства является теократическая теорія. Теорія божественнаго происхожденія принимала различные образы. Можно утверждать, что государство, какъ форма общенія, предписана человѣку Богомъ, или же, что данное государство возникло непосредственно волею Бога. Въ сущности, такое непосредственное участіе Бога въ установленіи государства мы встрѣчаемъ только у евреевъ. Если государство вообще, или данное государство въ частности есть твореніе Высшаго Существа, то отсюда практической выводъ—неприкосновенность государства для человѣка и недопустимость его критики.

Вопросъ можетъ быть поставленъ нѣсколько иначе. Государство имѣетъ божественное происхожденіе, потому что все въ мірѣ происходитъ по волѣ Бога. Въ такой формѣ теорія, хотя имѣетъ болѣе твердую почву, такъ какъ не требуетъ историческихъ подтвержденій, но менѣе достигаетъ своихъ политическихъ цѣлей. Если государство основывается на волѣ Бога, какъ и всѣ дѣла человѣческихъ рукъ, то, слѣдовательно, языческое государство имѣетъ такое же происхожденіе, какъ и христіанское. Еще болѣе рѣзкій выводъ получится, если признать, что и революціонныя силы, враждебныя государству, проявляются и дѣйствуютъ по той же волѣ. Поэтому въ такой формѣ теорія божественнаго происхожденія государства имѣла незначительное примѣненіе.

Чаще всего теократическая точка зрѣнія относилась не къ самому государству, а къ одному изъ элементовъ его,—къ власти, притомъ не въ отвлеченіи, а въ конкретномъ ея проявленіи. Божественное происхожденіе имѣетъ власть монарха, потому что ему самому приписывалось такое божественное происхожденіе. Въ такомъ видѣ эта теорія имѣла наибольшее примѣненіе въ древнемъ Востокѣ, но значительно ослабленные отголоски ея доносятся, черезъ всю западно-европейскую исторію, вплоть до нашихъ дней.

Въ новое время теоретическая реставрація идея божественнаго происхожденія дана была во Франціи графомъ де-Мэстръ и въ Германіи Фр. Шталемъ. „Всякая государственная власть происходитъ отъ Бога, и всѣ государи осуществляютъ свою власть, какъ исполнители божественной воли“¹⁾. „Божественное установленіе означаетъ не только то, что государство есть вообще предписанная Богомъ форма общенія, но такъ же, что данное устройство и данные носители власти имѣютъ божественную поддержку“²⁾. Новѣйшій представитель теократизма, Катрейнъ, на вопросъ, какъ возникаетъ государственная власть и откуда беретъ она свое основаніе, отвѣчаетъ, что источникомъ государственной власти является воля Бога, познаваемая естественнымъ разумомъ. Но Катрейнъ различаетъ власть и носителей власти и утверждаетъ божественное основаніе только самой власти³⁾.

Изъ трехъ точекъ зрѣнія, въ которыхъ выразилась теократическая теорія, первая не имѣетъ историческихъ подтвержденій, вторая вообще не даетъ никакого объясненія для происхожденія государства, а третья—предполагаетъ вѣру и не допускаетъ доказательствъ.

Иное объясненіе дается государству съ точки зрѣнія теоріи договорнаго происхожденія. Люди, не бывшіе никогда въ государственномъ состояніи, мало еще связанные съ собою элементарными формами общенія, сразу, по соглашенію, актомъ сознательной воли, создаютъ государство. Побужденіемъ къ такому

¹⁾ Joseph de Maistre, *Du pape*, 1821, и *Les soirées de St. Pétersbourg*, 1821.

²⁾ Fr. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, т. II, ч. 2, изд. 1856, стр. 177.

³⁾ V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 изд. 1904, ч. 2, стр. 452.

переходу отъ состоянія изолированности къ состоянію государственности, служатъ: а) желаніе осуществить природную склонность къ общежитію (Гуро Гроцій), или б) желаніе устранить природную враждебность другъ къ другу (Гоббсъ). Переходъ отъ естественнаго состоянія къ государственному достигался или однимъ актомъ (Локкъ) или двойнымъ актомъ: соединенія, *actum unionis*, и подчиненія, *actum subjectionis* (Пуффендорфъ).

Договорная теорія являлась политическимъ орудіемъ. Въ средніе вѣка ея пользовались сторонники папской власти, чтобы опровергнуть божественное происхожденіе свѣтской власти, но къ ней прибѣгали и защитники свѣтской власти, чтобы доказать самостоятельность государства и опровергнуть посредничество намѣстниковъ Петра. Въ новое время, съ XVII вѣка, договорная теорія выдвигается противъ абсолютизма, оторвавшаго власть отъ общественнаго вліянія. Только Гоббсъ воспользовался договорной теоріей для защиты абсолютизма, но его точка зрѣнія казалась сомнительной даже тѣмъ, кого онъ старался поддерживать. Большинство же пользовалось теоріей въ совершенно противоположномъ направленіи. Если государство основано волею гражданъ, то на этой волѣ держится государственное устройство и управленіе. Граждане въ правѣ направлять государство въ сторону своихъ интересовъ. Никакія историческія извращенія не могутъ воспрепятствовать этому логическому выводу.

До государства человѣкъ жилъ въ естественномъ состояніи и потому пользовался естественными правами. Вступая въ государство, онъ ищетъ лучшаго положенія, а потому государство, опредѣляя юридическое положеніе гражданина, не можетъ спуститься ниже уровня естественныхъ правъ, которыя вслѣдствіе этого для государства неприкосновенны (Локкъ). Возможенъ однако другой выводъ. Вступая въ государство, гражданинъ складываетъ къ ногамъ его свои естественныя права „безъ остатка“, и потому государство, какъ общая воля, можетъ по своему усмотрѣнію устроить бытъ гражданъ, какъ найдетъ это наилучшимъ, не считаясь ни съ какими традиціями (Руссо).

Договорная теорія происхожденія государства въ настоящее время совершенно дискредитирована. Противъ нея былъ выдви-

нута рядъ возраженій, подрывающихъ ея состоятельность. Юридическая несостоятельность разсматриваемой теоріи усматривается въ томъ, что она основываетъ государство на договорѣ, тогда какъ договоръ, какъ юридическій актъ, самъ основывается на государствѣ. Мы уже видѣли слабость этого возраженія. Оно особенно недопустимо въ устахъ тѣхъ, кто ставитъ право надъ государствомъ. Но даже съ точки зрѣнія тѣхъ, что считаетъ государство источникомъ всякаго права, никакого *circulus vitiosus* въ договорной теоріи нѣтъ. Не всякое соглашеніе есть юридическій актъ, оно приобретаетъ такой характеръ только тогда, когда оно, по содержанію и по формѣ, отвѣчаетъ условіямъ, при которыхъ государство обѣщало свою охрану.

Психологическая несостоятельность договорной теоріи обнаруживается въ томъ, что люди, не имѣвшіе эмпирически приобретеннаго представленія о государствѣ, не могли сознательно согласиться объ учрежденіи такой формы общенія. Это возраженіе, конечно, вѣрно, но непонятно, какъ имъ могутъ пользоваться интуитивисты.

Историческая несостоятельность, которую особенно часто подчеркиваютъ, состоитъ въ томъ, что исторія не даетъ намъ примѣра договорнаго образованія государства. Сила этого возраженія ослабляется однако тѣмъ, что первичное образованіе государства лежитъ чаще всего за предѣлами исторически достовѣрныхъ данныхъ. Нѣтъ основанія отрицать предположеніе, подтверждаемое преданіями, что роды и племена, подъ натискомъ врага, согласились торжественно подчиниться избранному вождю не только на время, но и навсегда. Исторія образованія германскихъ государствъ необъяснима безъ предположенія добровольныхъ соединеній въ эпоху переселеній. Но несомнѣнно вѣрно, что исторической дѣйствительности противорѣчитъ утвержденіе, будто связь, соединяющая гражданъ современныхъ огромныхъ государствъ, можетъ быть сведена къ договорному основанію.

Наконецъ, политическая несостоятельность договорной теоріи явно выступаетъ изъ того, что если государство основывается на волѣ гражданъ, то та же воля должна открыть возможность расторженія государственнаго договора (Фихте). Стоя на этой точкѣ зрѣнія необходимо было бы допустить выдѣленіе и обо-

собленіе любой части гражданъ для образованія новаго государства. Напр., поляки, опираясь на эту теорію, могли бы отойти отъ Германіи, Австріи и Россіи, чтобы возстановить Польшу. Если логическій выводъ, сдѣланный изъ теоріи, оказывается въ явномъ противорѣчій съ дѣйствительностью, это значитъ, что теорія невѣрна.

Патримоніальная теорія объясняетъ происхождение государства изъ поземельной собственности. Государственная власть не идетъ отъ народа, какъ это полагала, напр., договорная теорія. Она вытекаетъ изъ собственного права властвующаго или властвующихъ. Это не что иное, какъ медленно, въ теченіе продолжительныхъ и незамѣтныхъ измѣненій, преобразованная власть собственника надъ живущими на его землѣ. Право собственности на землю является первоосновою господства надъ территоріей.

Эта точка зрѣнія питается тѣми отношеніями, которыя даетъ намъ средневѣковая историческая дѣйствительность. Представленіе о принадлежности всей земли королю или князю долгое время держится въ Германіи, Франціи, Россіи, и до сихъ поръ находитъ себѣ юридическое выраженіе въ Англии. Государственная территорія выходитъ изъ государевой земли. Государственное хозяйство, финансы, есть постепенное преобразованіе изъ частнаго хозяйства государя. Необходимые расходы долгое время покрываются только изъ частныхъ средствъ государя. Налоговое обложеніе рассматривалось не какъ государственная обязанность, а какъ позорный знакъ личной подчиненности. Органы подчиненнаго управленія, какъ, напр., министръ, и по названію и по существу, вышли изъ частныхъ слугъ. Самыя должности составляли частное достояніе и продавались, какъ и всякая собственность. Военная служба не была повинностью, а основывалась на договорномъ началѣ найма. Такое медленное преобразованіе всѣхъ частныхъ отношеній въ публичныя не даетъ возможности въ точности опредѣлить моментъ рожденія государства.

Патримоніальная теорія съ особенною силою была выдвинута въ реакціонное время послѣ французской революціи фонъ-Галлеромъ. Она старалась найти объясненіе въ феодальномъ строѣ и нельзя отрицать ея исторической обоснованности. Но она даетъ

невѣрное освѣщеніе вѣрныхъ историческихъ фактовъ. Патримоніальная теорія стремилась вывести государственную власть изъ права собственности, чтобы обосновать „собственное право“ государя. Но, гдѣ нѣтъ государства, не можетъ быть и права поземельной собственности, потому что некому было установить и охранять права. Патримоніальная теорія поневолѣ должна была искать опоры въ естественномъ правѣ, противъ котораго она выступила. Въ дѣйствительности было не право собственности, а было насильственное обладаніе, прибрѣтенное и охраненное собственною силою. Поэтому патримоніальная теорія, съ точки зрѣнія исторической дѣйствительности, передвигается въ теорію завоевательнаго происхожденія государствъ.

Теорія семейнаго происхожденія ищетъ корней государства въ семьѣ и стремится опредѣлить моментъ перехода отъ семейнаго строя къ государственному. Являясь первоначальной формою организованнаго общенія, семья путемъ естественнаго размноженія переходитъ въ родъ, какъ союзъ лицъ, объединенныхъ происхожденіемъ отъ общаго родоначальника и подчиненіемъ его власти. Въ свою очередь родъ, вслѣдствіе экономическихъ условій, расколовшійся на нѣсколько самостоятельныхъ родовъ, принимаетъ форму племени, какъ союза лицъ, объединенныхъ преданіемъ объ общемъ происхожденіи. Племя переходитъ въ народность, какъ союзъ лицъ, объединенныхъ общностью историческаго прошлаго. Въ этомъ рядѣ общественныхъ союзовъ моментъ перехода къ государственному состоянію тотъ, — когда утрачивается чувство кровнаго родства и создается власть, лишенная семейной основы. Собственно государственная власть составляетъ постепенное преобразованіе власти отца, переходящую во власть родоначальника, потомъ племенного старѣйшины, и достигающую власти государя.

Конечно, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ гипотезой, впрочемъ весьма правдоподобной. Вѣрно то, что связь между государствомъ и семьей долго не утрачивается по переходѣ въ государственное состояніе, потому выбранный вождемъ глава того или другаго рода продолжаетъ въ новомъ положеніи роль, усвоенную имъ въ тѣсной семейной средѣ, править по семейному, относится къ чужимъ, какъ къ своимъ дѣтямъ. Отзвукъ, далекій, этого вре-

мени сохранился донынѣ въ выраженіяхъ „царь-батюшка“, „царица-матушка“.

„Съ самаго начала,—говоритъ Боригахъ,—государство основывается на семьѣ. Какъ послѣдняя въ рядѣ поколѣній вырастаетъ постепенно до рода, такъ многіе роды того же племени образуютъ въ своемъ соединеніи исторически первичное государственное бытіе, родовое государство. Итакъ, послѣднее вырастаетъ естественно изъ семьи, является произведеніемъ духа, дѣйствующаго нѣкоторымъ образомъ бессознательно“⁴⁾. „Начатки государственной жизни,—поддерживаетъ Вольтманъ,—развиваются въ средѣ, представляющей соединеніе многихъ семей одинаковаго происхожденія“. „Какъ въ семьѣ господствуетъ отецъ, такъ и въ ордѣ подобную роль играетъ старѣйшій“. „Когда многія орды одного и того же происхожденія соединяются, путемъ естественнаго роста, въ одинъ большой союзъ, то возникаетъ племя“. „Посредствомъ сліянія племенъ образовывалась нація“. „Съ возрастаніемъ племени въ націю возникаетъ и государство“⁵⁾.

Извращеніемъ разсматриваемой теоріи явилась въ исторіи патріархальная теорія, которая хотѣла власть государя свести на осложненную власть отца, чтобы тѣмъ укрѣпить политическое повиновеніе обоснованіемъ его на почвѣ семейнаго повиновенія. Опровергая свободу гражданъ въ выборѣ органовъ власти, Фильмеръ, защитникъ Стюартовъ, старался вывести королевскую власть, на основаніи Библии, изъ власти Адама. Власть, полученная Адамомъ отъ Бога, перешла къ его старшему сыну, и затѣмъ переходила изъ поколѣнія въ поколѣніе, отъ патріарха къ патріарху. Короли, потомки патріарховъ, обладаютъ властью, по праву первородства, отъ Адама. Трудно думать, чтобы этой наивной теоріи вѣрили тѣ, въ пользу кого она была сочинена. Но все же она производила впечатлѣніе, особенно на умы англичанъ, воспитанныхъ въ XVII столѣтіи на Библии. Потребовалась вся остроумная критика Сиднея и Локка, чтобы дискредитировать ея авторитетъ.

Теорія завоевательнаго происхожденія утверждаетъ, что госу-

⁴⁾ Вогнахъ, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1909, стр. 18.

⁵⁾ Вольтманъ, *Политическая антропология*, рус. пер., 1905, стр. 139—141.

дарство всегда основывается на фактѣ завоеванія. Завоеваніе одной общественной группы другою, поставивъ лицомъ къ лицу побѣдителей и побѣжденныхъ, и есть именно то, что вызываетъ потребность въ государствѣ. Совмѣстное существованіе на одной территоріи двухъ враждебныхъ группъ требуетъ установленія нѣкотораго порядка, поддерживаемаго силою побѣдителей. Для побѣдителей государственный и правовой порядокъ полезенъ, потому что онъ позволяетъ имъ „спать спокойно“ и пользоваться выгодами своего положенія. Для побѣжденныхъ онъ имѣетъ ту цѣнность, что опредѣляетъ съ нѣкоторой точностью размѣръ предъявленныхъ къ нимъ требованій и даетъ имъ возможность устроиться въ предѣлахъ сохраненныхъ за ними правъ.

Эта теорія находитъ себѣ въ настоящее время сторонниковъ въ различныхъ странахъ. Съ наибольшею рѣзкостью она поставлена въ наукѣ австрійскимъ ученымъ Гумпловичемъ. „Исторія не представляетъ намъ ни одного примѣра, гдѣ бы государство возникало не при помощи насилія, а какъ-нибудь иначе“⁶⁾. „Фактъ, не подлежащій сомнѣнію,— утверждаетъ французскій социологъ Вормсъ,— государство рождено побѣдой, завоеваніемъ одного племени другимъ, сосѣднимъ. Вотъ почему оно начинается съ закрѣпленія успѣха; его первыя нормы—это требованія, наложенныя побѣдителями на побѣжденныхъ. Рожденное въ насиліи, государство и разрасталось насиліемъ“⁷⁾. Американскій социологъ Лестеръ Уордъ, примѣняясь къ Гумпловичу, такъ формулируетъ рожденіе государства изъ завоеванія. Слѣдующія фазы идутъ въ ихъ естественномъ порядкѣ: 1) покореніе одной расы другою; 2) происхожденіе кастъ; 3) постепенное смягченіе этого положенія, устанавливающее значительное неравенство личное, общественное и политическое; 4) подстановка на мѣсто чисто военнаго господства законнаго порядка и рожденіе идеи права; 5) происхожденіе государства, въ которомъ всѣмъ присваиваются права и обязанности; 6) соединеніе разнородныхъ элементовъ въ народъ, болѣе или менѣе однородный; 7) рожденіе и развитіе чувства патриотизма и образованіе націи“⁸⁾. Дженксъ, предста-

⁶⁾ Гумпловичъ, *Общее учение о государствѣ*, 1910, стр. 47, ср. еще 71.

⁷⁾ René Worms, *Philosophie des sciences sociales*, т. III, 1907, стр. 224.

⁸⁾ Lester Ward, *Sociologie pure*, т. I, франц. пер., 1906, стр. 255.

витель англійскаго государствовѣдѣнія, такъ же признаетъ, что „государство образовывалось путемъ успѣшнаго переселенія воинственныхъ дружинъ въ чужія страны, которыя ими завоевывались. Такъ образовались королевства лонгобардовъ и вестъ-готовъ, а такъ называемыя норманскія завоеванія установили: въ IX вѣкѣ норманскую династію въ Россіи, въ X—норманское герцогство на сѣверѣ Франціи, въ XI—новое англійское королевство, а въ XII—сицилійское“⁹⁾.

Разсматриваемая теорія вызвала противъ себя рядъ возраженій. Говорятъ, что завоеваніе далеко не единственный способъ происхожденія государства, что образованіе можетъ состояться и инымъ путемъ. Гумпловичъ отражаетъ это возраженіе замѣчаніемъ, что „только въ отношеніи къ завоевательному происхожденію государствъ ученые ссылаются на исторію и такимъ образомъ признаютъ его исторически достовѣрнымъ, а прочіе способы возникновенія, какъ будто очевидные сами по себѣ, допускаются безъ историческихъ доказательствъ“¹⁰⁾. Конечно, если противъ теоріи завоеванія выдвигаютъ факты новѣйшей исторіи, то Гумпловичъ правъ, когда возвращаетъ вопросъ къ его постановкѣ: выяснитъ первичное происхожденіе государства. Но славянская исторія могла бы дать примѣръ сліянія родовъ и племенъ, въ виду внѣшней опасности, независимо отъ завоеванія.

Другое возраженіе, предъявляемое теоріи завоеванія, заключается въ томъ, что сами завоеватели являются уже въ видѣ организованномъ. „Допустимъ, что многія государства возникли путемъ завоеванія. Но вѣдь завоеватели, племя побѣдителей, пришедшее въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ завоеванную страну съ другого конца материка, вѣдь они уже до завоеванія были организованы, имѣли уже власть“¹¹⁾. Возраженіе это нельзя признать убѣдительнымъ. Власть есть и въ первобытной семьѣ. Всегда ли завоеватели представляли собою движущееся государство? Толпа нормановъ, собравшаяся пограбить, подъ руководствомъ наиболѣе сильнаго и ловкаго, не можетъ считаться организованнымъ въ государство союзомъ. Современные рыболовы и звѣроловы,

⁹⁾ Дженксъ, *Происхожденіе ерархической власти*, 1907, стр. 75.

¹⁰⁾ Гумпловичъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 49.

¹¹⁾ Косошкннъ, *Русское государственное право*, 1908, в. 1, стр. 34.

отправляясь въ далекую охоту, выбираютъ атамана, котораго слушаются безпрекословно,—развѣ это государство?

То обстоятельство, что въ основѣ происхожденія государства лежитъ фактъ насилія, представляется нѣкоторымъ угрозой идеѣ государства¹²⁾. Но, если фактъ остается исторически вѣрнымъ, его нельзя опровергать никакими моральными соображеніями. Да и нѣтъ въ этомъ никакой нужды. Если государство и произошло путемъ насилія, то долгое совмѣстное сожителство могло породить новый фактъ — солидарность, которая способна заставить забыть прошлое. Главное, однако, что вопросъ о томъ, какъ произошло государство, не рѣшаетъ вопроса о томъ, гдѣ обоснованіе современнаго государства¹³⁾.

Все же приходится признать односторонность послѣдней изъ разсмотрѣнныхъ нами теорій. Происхожденіе государства можетъ быть отнесено къ одному изъ трехъ фактовъ: 1) естественное разрастаніе, сопровождаемое классовымъ разслоеніемъ, которое создаетъ власть въ лицѣ экономически сильнѣйшихъ; 2) добровольное соединеніе родовъ и племенъ, подъ избраннымъ вождемъ, въ виду общей внѣшней опасности; 3) завоеваніе однихъ другими, которое требуетъ власти и порядка для опредѣленія постояннаго отношенія между побѣжденными и побѣдителями. Во всѣхъ случаяхъ идея политической власти нарождается медленно, можетъ быть, даже незамѣтно для современниковъ. Временная военная власть превращается въ постоянную военную власть, а потомъ въ постоянную гражданскую власть. Долгое время органы власти не могутъ проникнуться публичной точкой зрѣнія на свои функціи, и придаютъ своей дѣятельности характеръ продолженія частно-хозяйственной и семейной жизни.

¹²⁾ На этой точкѣ зрѣнія стоятъ въ сущности Е. Л. и К. К., *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 139—141, смѣшавшіи въ одно совершенно различныя взгляды на соотношеніе между салою и государствомъ, салою и правомъ, какъ, напр., взгляды Спинозы и Лассала.

¹³⁾ Мы пока не касаемся вопроса объ обоснованіи и оправданіи государства и относимъ его къ вопросу о социальномъ значеніи права.

§ 30.

Формы государства.

Литература: Passy, *Des formes de gouvernement*, 1870; Bernatzik, *Republik und Monarchie*, 1892; Walther, *Der Statshaupt in der Respubliken*, 1907; Звѣревъ, *Основаніе классификаціи государствъ*, 1883; Алексѣевъ, *Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха въ конституціонномъ государствѣ*, 1910.

Историческая и современная намъ дѣйствительность представляетъ чрезвычайное разнообразіе государственныхъ формъ. Классификація ихъ, установленіе основныхъ типовъ всегда привлекали къ себѣ вниманіе мыслителей. Къ разрѣшенію этой задачи подходили не только съ одной логической стороны, но вносили и политическій моментъ, обусловленный интересами исторической эпохи.

Аристотель въ основаніе своей классификаціи, пользовавшейся большимъ авторитетомъ не только въ древности, но и въ теченіе среднихъ вѣковъ, положилъ два принципа: число властвующихъ и характеръ властвованія. Съ одной стороны существеннымъ казалось, сколько лицъ правятъ, одинъ, немногіе, большинство, съ другой—въ чьемъ интересѣ правятъ, въ личномъ или въ общественномъ. Соотвѣтственно тому получались три пары формъ государства: монархія и тиранія, аристократія и олигархія, демократія и охлократія. Полибій, стоя на почвѣ этой классификаціи, указалъ на законъ круговорота, въ силу котораго каждая чистая форма обнаруживаетъ тенденцію къ искаженію своего типа и къ переходу въ другой типъ: монархія, деспотія, аристократія, олигархія, демократія, охлократія, монархія... Въ противодѣйствіе такому закону Полибій выдвинулъ смѣшанную форму, какъ гармоническое сочетаніе монархическихъ, аристократическихъ и демократическихъ элементовъ. Этотъ типъ взять былъ изъ дѣйствительности,—Римъ, который, по мнѣнію Полибія, достигъ въ консулахъ, сенатѣ и комиціяхъ этого идеала.

Этого трехчленного дѣленія придерживался и Монтескьѣ. Если онъ рядомъ съ монархіей поставилъ деспотію, то въ этомъ случаѣ онъ, жертвуя научною точностью, пользовался полемиче-

скимъ приѣмомъ противъ абсолютизма, въ защиту личной свободы. Но въ своей классификаціи Монтескьё, рядомъ съ различіемъ по природѣ правленія выставляетъ еще новый признакъ: принципъ правленія или психологическую основу, на которой можетъ быть построена та или иная форма правленія. Такими принципами являются: для деспотіи — чувство страха, для монархіи — чувство чести, для аристократіи — умѣренность, для демократіи — сознаніе общественнаго долга. Монтескьё является самымъ виднымъ сторонникомъ и пропагандистомъ смѣшанной формы, идеаль которой онъ видѣлъ въ Англіи.

Кантъ переходитъ уже къ двухчленному дѣленію, и противопоставляетъ монархіи только республику. При этомъ основной принципъ дѣленія — это соединеніе или разъединеніе властей. Гдѣ исполнительная власть обособлена отъ законодательной — тамъ налицо республиканская форма. Гдѣ власти соединены, тамъ деспотія, въ чьихъ бы рукахъ власть не находилась. Съ этой точки зрѣнія Кантъ могъ говорить о республиканской монархіи и деспотической демократіи. Въ теченіе XIX вѣка двойственное дѣленіе вытѣснило тройственное, что объясняется отсутствіемъ въ современной дѣйствительности государствъ аристократическаго типа.

Если всѣ государства раздѣляются на два основныхъ типа, монархію и республику, то спрашивается, что составляетъ предметъ классификаціи? Очевидно, такимъ предметомъ не можетъ быть государство во всемъ своемъ бытіи. Иначе, пришлось бы различать государства большія и малыя, земледѣльческія и индустріальныя, культурныя и отсталыя и т. п. Съ точки зрѣнія цѣли классификаціи должна быть принята въ соображеніе та сторона, которая является наиболѣе существенной для внутренняго государственнаго и правового порядка. Такою стороною необходимо признать государственное устройство. Вопросъ о томъ, что такое государственное устройство, есть вопросъ о томъ, кто является органомъ власти, или, иначе, кто тѣ лица, чья воля подчиняетъ себѣ волю всѣхъ лицъ, живущихъ въ предѣлахъ данной территоріи? При такой постановкѣ вопроса возможно возраженіе, что иногда, при монархическомъ режимѣ, государству навязывается воля фаворитки или фаворита. Однако, рѣшающимъ

является то обстоятельство, что всё считается съ волею выраженной отъ лица монарха, не входя въ изслѣдованіе, какими мотивами она сама опредѣлилась.

Противъ сосредоточенія вниманія на государственномъ устройствѣ высказался Рихардъ Шмидтъ. Вопросъ о формѣ государства сложный. „Онъ распадается на самостоятельные вопросы, — кто въ государствѣ функционируетъ въ качествѣ законодателя, кто въ качествѣ правительства, и кто въ качествѣ органа, контролирующаго правительство“. „Основной вопросъ въ проблемѣ о формѣ государства, есть вопросъ о томъ, абсолютно ли правленіе, или ограничено извѣстной организаціей. И уже на второмъ планѣ стоитъ вопросъ о формѣ правленія, т.-е. какъ организованъ правящій органъ, на началахъ монархическихъ, аристократическихъ или демократическихъ“¹⁾. Съ этимъ мнѣніемъ никакъ нельзя согласиться. Характеръ управленія зависитъ отъ того, кто органъ управленія, если не въ каждомъ конкретномъ случаѣ, то въ типическомъ проявленіи. Характеръ управленія, видъ формы государства, есть нѣчто измѣнчивое и неуловимое. Поэтому въ основу классификаціи эта сторона не можетъ быть положена.

Монархія есть такая форма государства, въ которой имѣется единоличный, наследственный и безответственный органъ власти. Источникъ силы этого органа заключается въ исторической традиціи, въ мистическомъ уваженіи или къ самой идеи монархіи или къ долго царствующей династіи. Въ представленіи неразвитаго человѣка абстрактная власть только и умѣщается въ образѣ живого человѣка. Личныя качества монарха, его умъ или неразвитость, доброта или жестокость, смѣлость или трусость, имѣютъ уже второстепенное значеніе, способствуя лишь повышенію или пониженію монархическихъ чувствъ въ странѣ.

Монархъ прежде всего органъ единоличный. Его личная воля имѣетъ властное значеніе. Правда, въ исторіи имѣются примѣры видимаго совмѣстнаго царствованія двухъ лицъ. Указываютъ на Вильгельма III и Марію, на Петра I и Иоанна V. Но то обстоятельство, что подпись Маріи стоитъ подъ актами рядомъ съ под-

¹⁾ R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, т. I, 1901, стр. 163.

писью ея мужа, еще мало говорить въ пользу того, что она властвовала. Примѣръ изъ русской исторіи доказываетъ именно невозможность совмѣстнаго властвованія. Совмѣстное царствованіе всегда приведетъ къ единоличному властвованію, или подорветъ самую монархическую идею и уничтожитъ монархическую власть.

Монархическая власть есть власть наслѣдственная. Въ наслѣдственности весь смыслъ и вся сила монархизма. Опять-таки исторія какъ бы опровергаетъ этотъ признакъ монархіи. Въ старой Германской Имперіи и въ Польшѣ императоръ и король выбирались. Но вопросъ въ томъ, были ли они органами власти? Въ томъ и другомъ случаѣ было только одно названіе, лишенное реального содержанія, въ томъ и другомъ случаѣ титулъ монарха былъ обращенъ не къ государству, а къ виѣ-государственнымъ отношеніямъ. Наслѣдственность короны — вовсе не метафора, — это сама реальность. Метафорой слѣдуетъ признать обратное положеніе, выставляемое Еллинекомъ: „не монархъ наслѣдуетъ корону, а корона—монарха“ ²⁾.

Монархъ всюду признается безотвѣтственнымъ. Этотъ принципъ принять въ интересахъ поддержанія престижа монарха, на которомъ строится вся его власть. Безотвѣтственность монарха распространяется не только на политическую его дѣятельность, но и на его дѣйствія, имѣющія уголовный характеръ, напр., убійство въ запальчивости, нанесеніе личнаго оскорбленія. Въ Англіи даже гражданская отвѣтственность обусловлена предварительнымъ согласіемъ монарха на предьявленіе къ нему иска.

Монархъ считается главою государства. Это выраженіе слѣдуетъ понимать не въ томъ смыслѣ, что онъ стоитъ надъ государствомъ, а въ томъ, что онъ признается лицомъ занимающимъ въ обществѣ высшее социальное положеніе, а также представителемъ государства на виѣшной сторонѣ.

Таковы характерные признаки монарха вообще, независимо отъ различныхъ видовъ монархіи въ исторической дѣйствительности. Но монарху стремятся иногда придать такіе признаки, которые могутъ быть присвоены ему только при одномъ видѣ монархической власти.

²⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, стр. 512.

Монарху, независимо от того, абсолютная или конституционная монархия, приписывается вся полнота государственной власти. „Конституционный монархъ, говоритъ Лабандъ, есть единственный носитель нераздѣльной и недѣлимой государственной власти“³⁾. По мнѣнію Блинека, „существенъ для монарха тотъ признакъ, что онъ представляетъ высшую власть государства“. „Поскольку эта высшая власть, отъ которой исходитъ и которой поддерживается вся дѣятельность государства, сосредоточена въ рукахъ одного лица, государство есть монархія“⁴⁾. „Какъ абсолютная монархія,—говоритъ Борнгакъ,—такъ и конституционная, основаны на монархическомъ началѣ соединенія всѣхъ правъ государственной власти въ лицѣ монарха, превращенія личности государства въ личность господствующаго. Монархъ не органъ и не носитель государственной власти, и, что особенно мило звучитъ, не бюрократическая вершина въ общественномъ государствѣ, а воплощеніе самой государственной власти“⁵⁾. Такой взглядъ поражаетъ своею странностью. Если не во власти конституціоннаго монарха издать законъ безъ соучастія парламента, значитъ монархъ не обладаетъ всею полнотою власти; если въ управленіи парламентарный монархъ не властенъ выбирать себѣ министровъ по усмотрѣнію, а вынужденъ подчиняться волѣ парламента,—значитъ у монарха не сосредоточена вся власть; если конституціонный монархъ не можетъ уничтожить ни одного судебнаго рѣшенія и даже смѣстить судью, его постановившаго,—значитъ имѣются предѣлы его власти въ другой власти, а потому власть монарха не верховна. Сторонниковъ противоположнаго взгляда, имѣющихся въ большомъ числѣ среди германскихъ ученыхъ, нисколько не спасаетъ замѣчаніе, что, обладая всею полною власти, монархъ лишь ограничивается въ ея осуществленіи. При переходѣ отъ абсолютизма къ конституціонной системѣ „имѣлось въ виду, и было достигнуто, утверждаетъ Аншютцъ, сохранить за короной, какъ и прежде, всю государственную власть *quoad jus* и ограничить ее *quoad exercitium*, въ примѣненіи власти, насколько это явственно указано было въ консти-

³⁾ Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1901, т. II, стр. 5.

⁴⁾ Блинекъ, *Общее учение о государствѣ*, стр. 502 и 503.

⁵⁾ Borghak, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд. 1909, стр. 43.

туція“⁶⁾. Но не ясно ли, что власть только въ примѣненіи и проявляется, и если здѣсь она встрѣчаетъ какое-либо ограниченіе, признаваемое германскими юристами за юридическое, то ни о какой полнотѣ государственной власти, воплощенной будто бы въ лицѣ конституціоннаго монарха, не можетъ быть и рѣчи.

Историческая дѣйствительность представляетъ намъ два вида монархіи: абсолютную и ограниченную или конституціонную. Въ исторической послѣдовательности абсолютная монархія предшествуетъ конституціонной, и, даже уступивъ ей мѣсто, долго оказываетъ вліяніе на свою преемницу.

Подъ именемъ абсолютной монархіи, автократіи, самодержавія, понимается такая форма государства, при которой вся государственная власть полностью сосредоточивается въ рукахъ одного человѣка: князя, короля, царя, императора. Законодательство, управленіе, судъ, своими источниками сходятся все въ этомъ центрѣ. Никакой конкурирующей власти въ государствѣ не можетъ быть,—все существующія власти производны отъ власти монарха.

Въ XIX столѣтіи вся Западная Европа перешла отъ абсолютной монархіи къ монархіи конституціонной. При этомъ второмъ видѣ монархіи, нынѣ господствующемъ, монархъ раздѣляетъ свою власть съ парламентомъ, который соучаствуетъ въ законодательной дѣятельности, а при парламентарной системѣ, и въ управленіи. Сущность конституціонной монархіи заключается не въ раздѣленіи властей, потому что государственная власть недѣлима, и не въ обособленіи функций власти, потому что оно противорѣчитъ дѣйствительности. Въ самомъ дѣлѣ, въ появленіи новаго закона соучаствуютъ монархъ и парламентъ при всякой формѣ конституціонной монархіи, а при парламентаризмѣ—парламентъ, главная задача котораго законодательство, оказываетъ рѣшительное вліяніе на управленіе. Въ конституціонной монархіи имѣются два органа власти и между ними образуется совмѣстное властвованіе, при чемъ роль каждаго органа опредѣляется обыкновенно въ особомъ актѣ, называемомъ

⁶⁾ Anschutz, *Deutsches Staatsrecht* въ *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* Гольдехорфа-Колера, 6 изд. 1904, т. II, стр. 489.

конституціей 7). Трудность при совмѣстномъ властвованіи сохранить равновѣсіе приводитъ къ неизбѣжному наклону каждой такой формы государства или въ сторону абсолютизма, какъ, напр., въ Пруссіи, или въ сторону республики, какъ, напр., въ Англии, Бельгіи, Норвегіи. Роль того и другого органа обусловливается, конечно, не конституціоннымъ актомъ, а общественною силою каждаго изъ нихъ, хотя нельзя отрицать и того общественно-психологическаго значенія, какое имѣетъ соблюденіе или нарушеніе установленныхъ актомъ границъ со стороны одного изъ органовъ власти.

Конституціонная монархія представляетъ собою переходную форму, опирающуюся своими корнями въ абсолютизмъ. Ея историческая задача заключалась въ ограниченіи произвола власти, въ контролѣ надъ финансами. Ея обоснованіе кроется въ удачномъ сочетаніи двухъ источниковъ силы государственной власти: традиціи, на которую опирается монархъ, и общественнаго сознанія, которое поддерживаетъ парламентъ. Гдѣ исторія не создала монархическихъ традицій, тамъ монархія не можетъ укрѣпиться, примѣромъ чему служитъ Америка. Когда исторія сотретъ монархическую традицію, конституціонная монархія принуждена будетъ уступить мѣсто другимъ формамъ.

Переходный характеръ конституціонной монархіи, и способъ ея возникновенія въ каждомъ конкретномъ случаѣ отражается на толкованіи взаимнаго отношенія между органами власти. Такъ, германскіе юристы, считая это соотношеніе правовымъ, предлагаютъ, въ случаѣ сомнѣнія, толковать компетенцію парламента ограничительно, а компетенцію монарха—распространительно. „Народное представительство,—говоритъ Георгъ Мейеръ,—не есть носитель государственной власти, какъ монархъ, съ нимъ

7) Конституція, въ смыслѣ государственнаго устройства (constitutio), имѣется у каждаго государства, въ томъ числѣ и у абсолютной монархіи. Въ этомъ смыслѣ всякое государство имѣетъ какую-нибудь конституцію. Въ специальномъ значеніи конституціоннымъ называется государство, въ которомъ монархъ уступилъ часть своей власти выборнымъ отъ народа (октроированная конституція) или принялъ въ части государственную власть отъ народа. Примѣромъ первой можетъ служить Пруссія, Австрія, примѣромъ второй Бельгія, Норвегія. Неправильно отождествлять конституціонное государство съ правовымъ и похвалить вохъ него и республику.

рядомъ стоящій, а лишь ограничивающій его факторъ, участие котораго связываетъ монарха при осуществленіи имъ нѣкоторыхъ функций: народному представительству принадлежать только тѣ права, которыя ему специально предоставлены“⁸⁾. Однако это не столько юридическое толкованіе, сколько проявленіе усердія средневѣковыхъ легистовъ. Особенно замѣчательно то, что германскіе юристы, выдавая конституціонную монархію за идею германскаго гения⁹⁾, считаютъ такое толкованіе вытекающимъ изъ природы этой формы государства. Между тѣмъ въ бельгійской конституціи (§ 78) дано прямо обратное положеніе: король не имѣетъ другихъ полномочій, кромѣ тѣхъ, которыя принадлежатъ ему согласно конституціи¹⁰⁾. Толкованіе взаимнаго отношенія органовъ власти въ конституціонной монархіи можетъ основываться не на юридической логикѣ, а на общественной психикѣ.

Другимъ основнымъ государственнымъ типомъ является республика. Съ перваго взгляда кажется, что не можетъ быть никакихъ сомнѣній въ различеніи республики и монархіи, конечно, конституціонной. Однако эта видимая ясность опровергается теоретическою трудностью провести между данными основными типами безспорную грань. Государства, поставленныя въ послѣдовательный рядъ, обнаруживаютъ незамѣтный переходъ отъ монархіи къ республикѣ: Россія, Пруссія, Австро-Венгрія, Италия, Бельгія, Англія, Франція. Такая послѣдовательность приводитъ къ мнѣнію, что „между новѣйшей конституціонной монархіей и республикой нельзя установить существеннаго различія“¹¹⁾.

Научныя попытки отличить республику отъ монархіи подтверждаютъ теоретическую трудность. Прежде всего, наиболѣе распространеннымъ житейскимъ взглядомъ можно признать тотъ,

⁸⁾ Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 6 изд. 1905, стр. 300.

⁹⁾ Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, 1909, стр. 38: die besondere deutsche Staatsform.

¹⁰⁾ *Современныя конституціи*, т. I, 1905, стр. 130.

¹¹⁾ Гумпловичъ, *Общее учение о государствѣ*, 1910, стр. 247. Дѣло доходить до того, что Елянекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 527; относитъ Германскую Имперію къ типу республики.

что въ монархіи видятъ властвованіе одного лица, а въ республикѣ—всего народа. Но въ конституціонной монархіи, если и есть единоличный органъ власти, то рядомъ съ нимъ стоитъ другой, народный, организованный иногда на широкихъ демократическихъ началахъ. Съ другой стороны власть всего народа слѣдуетъ признать чистой фикціей, которая не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, хотя и оказываетъ психическое воздѣйствіе на эту дѣйствительность.

Искомое различіе думаютъ обнаружить въ томъ, какъ образуется воля государства. Въ монархіи эта воля воплощается въ волѣ физической, а въ республикѣ—въ волѣ юридической¹²⁾. Здѣсь уже рядъ фикцій. Прежде всего не существуетъ какой-то воли государства. А затѣмъ совершенно непонятно, какъ можетъ она воплотиться въ волѣ физическаго лица. Еще менѣе постижимо, какъ можно говорить о юридической волѣ. Воля неразрывно связана съ физическимъ существованіемъ и потому юридическая воля—психологическій nonsens.

Основное затрудненіе при разграниченіи республики и монархіи заключается въ томъ положеніи, какое занимаютъ въ главныхъ республикахъ президенты. Исторически не подлежитъ сомнѣнію, что президенты республики созданы по образу и подобию монарховъ. С. Американскій президентъ представляетъ собою сколокъ съ англійскаго короля. Положеніе французскаго президента, опредѣленное въ 1875 году, обуславливалось спланными монархическими тенденціями, которыя выразились на предшествовавшихъ выборахъ. Въ рукахъ президента сосредоточена военная власть, дипломатическія сношенія, высшее управленіе, онъ признается главою государства. Въ чемъ же различіе между президентомъ республики и монархомъ?

По мнѣнію однихъ, монархъ властвуетъ по собственному праву, а президентъ—по порученію. „Если въ числѣ органовъ правительства есть лицо, властвующее по собственно лично ему принадлежащему праву, то это государство есть монархія; если въ государствѣ всѣ власти дѣйствуютъ только по временному уполномочію отъ народа или отъ органовъ, народомъ избран-

¹²⁾ Е. Л. Ивекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 1908, стр. 492.

ныхъ, то это государство есть республика“¹³⁾. Здѣсь возбуждаетъ сомнѣніе ссылка на собственное право. Монархи сами очень любятъ ссылаться на „собственное право“, но при этомъ они имѣютъ въ виду нѣчто независимое отъ народа, хотя бы и организованнаго въ государство. Между тѣмъ всякое право дано государствомъ. Слѣдовательно, или право монарха быть органомъ власти дано ему наследственно государствомъ, и тогда мы недалеко отъ народнаго порученія; или власть приобрѣтена внѣ государства и тогда не можетъ быть рѣчи о правѣ.

Другіе хотѣли бы найти различіе въ безотвѣтственности монарха и отвѣтственности президента республики¹⁴⁾. Правда, монархъ всегда безотвѣтственъ, и попытка Наполеона III сдѣлать себя отвѣтственнымъ передъ народомъ имѣетъ столько же цѣны, какъ и признаніе со стороны монарха своей отвѣтственности передъ исторіей. Но президенты республики могутъ пользоваться тою же безотвѣтственностью, примѣръ чему служитъ французскій президентъ, отвѣчающій только въ одномъ случаѣ, при измѣнѣ, что не имѣетъ реальнаго значенія.

Чаще всего различіе между монархомъ и президентомъ республики находятъ въ томъ, что монархъ есть органъ наследственный, тогда какъ президентъ республики — выборный и срочный¹⁵⁾. Съ этой стороны оправдываетъ себя замѣчаніе Батби, что конституціонный король есть лишь наследственный президентъ, а президентъ есть конституціонный король на время.

Съ точки зрѣнія исторической перспективы нельзя не признать, что президентъ республики представляетъ собою смягченную форму короля, что республика есть дальнѣйшій шагъ въ развитіи конституціонныхъ началъ, въ связи съ усиленіемъ за счетъ традиціонности момента сознательности при созданіи условій государственнаго существованія.

Республиканская форма раздѣляется на два вида: на непо-

¹³⁾ Лазаревскій, *Лекціи по русскому государственному праву*, т. I, 1908, стр. 66.

¹⁴⁾ Коркуновъ, *Русское государственное право*, т. I, 1908, стр. 112—115.

¹⁵⁾ Кокошкинъ, *Русское государственное право*, вып. 2, 1908, стр. 140—142.

средственную республику и представительную республику. Первый из этих видовъ характеризуется тѣмъ, что народъ принимаетъ непосредственно, въ полномъ составѣ, участіе въ законодательной, а отчасти и правительственной дѣятельности. Такая непосредственная демократія встрѣчается въ древней Греціи, и до нашихъ дней сохранилась, хотя не въ полной своей сущности, въ нѣсколькихъ кантонахъ Швейцаріи. Увеличеніе населенія современныхъ государствъ сдѣлало совершенно неосуществимой непосредственную республику, которая должна была въ новое время принять видъ представительной республики, характеризующейся тѣмъ, что государственная власть сосредоточивается въ рукахъ выборныхъ лицъ, которымъ довѣряется изданіе законовъ, направленіе исполнительной власти и контроль надъ нею.

Представительная республика получаетъ свое наименованіе отъ выборныхъ лицъ, которымъ присваивается имя народныхъ представителей. Но это народные избранники, а не народные представители, потому что неизвѣстно, кого они представляютъ. Если весь народъ,—то, спрашивается, передъ кѣмъ? Если непосредственно избравшихъ,—тогда слѣдовало бы допустить связанность представителя даннымъ ему порученіемъ, между тѣмъ какъ въ настоящее время обязательный мандатъ не признается. Начало представительства требовало бы, далѣе, допущенія того, чтобы избиратели во всякое время могли отозвать своего представителя и замѣнить его другимъ,—что также не допускается. Идея представительства есть остатокъ средневѣковаго взгляда на государство съ частной точки зрѣнія, перенесеніе въ публичное право частно-правовыхъ институтовъ.

Въ послѣднее время обнаруживается нѣкоторый поворотъ въ сторону непосредственной республики. Конечно, одновременное собраніе всего народа для обсужденія закона уже невысказимо. Но обсужденіе законопроекта въ организованныхъ собраніяхъ, въ печати, дѣлаетъ весь народъ до нѣкоторой степени подготовленнымъ къ высказыванію своего одобрительнаго или отрицательнаго мнѣнія по поводу предполагаемаго закона. Отсюда одинъ шагъ къ выводу—подвергнуть законопроектъ голосованію не, или не только, народныхъ избранниковъ, но всѣхъ полноправныхъ

гражданъ. Эта система всенароднаго голосованія (референдумъ), принятая въ Америкѣ, въ Австраліи и въ Швейцаріи, союзѣ и кантонахъ, чрезвычайно разнообразная пока по объему и формѣ его примѣненія, имѣетъ большое будущее, и, несомнѣнно, окажетъ сильное вліяніе на государственнѣй строй не только республикъ, но, можетъ быть, и конституціонныхъ монархій. Нельзя однако не признать, что она встрѣчаетъ и серьезныя возраженія.

ГЛАВА VI.

Право.

§ 31.

Постановка вопроса.

Литература: Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, 1907; Elzba-cher, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900; Катковъ, *Къ анализу основнѣхъ понятій юриспруденціи*, 1903.

Видное мѣсто среди социальнѣхъ нормъ занимаютъ нормы права. Найти опредѣленіе понятія о правѣ, столь важнаго для юристовъ, теоретиковъ и практиковъ,—составляетъ издавна за-вѣтную мечту общественной мысли. Не подлежитъ сомнѣнію, что достиженіе этой цѣли стоитъ въ зависимости отъ правиль-ной постановки задачи.

Эта задача заключается въ томъ, чтобы опредѣлить понятіе о положительномъ правѣ. Вниманію изслѣдователя подлежитъ только то право, которое дѣйствуетъ, но не то право, которое должно бы дѣйствовать. Этимъ ограниченіемъ избѣгается при опредѣленіи понятія опасность смѣшенія права съ правовымъ идеаломъ, со справедливостью.

Но и при такой постановкѣ вопроса, когда опредѣленію подвергается только дѣйствительность, встаетъ затрудненіе, обусловливаемое двойственнымъ значеніемъ слова „право“ въ примѣненіи къ положительному праву. Это названіе употре-бляется для обозначенія права въ смыслѣ объективномъ, т.-е. совокупности социальнѣхъ нормъ извѣстнаго рода, а также для обозначенія права въ смыслѣ субъективномъ, т.-е. создающейся для

каждаго субъекта свободы дѣйствій, возможности осуществленія своихъ интересовъ. Эта двойственность выступаетъ съ очевидностью въ такой, напр., фразѣ: по русскому праву жена имѣетъ право на содержаніе отъ мужа ¹⁾.

Однако нѣкоторые ослабляютъ возникающее отсюда затрудненіе, усматривая въ этой двойственности только двѣ точки зрѣнія на одинъ и тотъ же предметъ. Существуетъ мнѣніе, что объективное и субъективное право только двѣ стороны одного и того же понятія. „Скорѣе нужно признать, говорить Гамбаровъ, что субъективное и объективное право суть соотносительныя понятія, не противопологающіяся другъ другу, а взаимно опредѣляющіяся, и взаимно обуславливающіяся“ ²⁾. По другому взгляду объективное право есть не что иное, какъ абстракція, выводимая изъ отдѣльныхъ представленій, которыя называются субъективными правами. Такъ думаютъ, напр., Лѣнингъ, Бирлингъ. „Представленіе, что опредѣленный поступокъ заинтересованнаго лица, имѣющій мѣсто въ конкретномъ случаѣ, соответствуетъ данному положенію вещи, представленіе это, будучи возведено во всеобщее представленіе для всѣхъ одинаковыхъ случаевъ, есть не что иное, какъ правовое положеніе, правовая норма или правило“ ³⁾.

Но съ такою точкою зрѣнія согласиться нельзя. Если у насъ имѣется представленіе, что должникъ обязанъ заплатить занятыя деньги, а кредиторъ имѣетъ право ихъ требовать, то оно создано не путемъ отвлеченія отъ наблюденныхъ случаевъ, когда должникъ платилъ, а кредиторъ требовалъ, а путемъ вывода изъ правила, кѣмъ-то установленнаго и нами познанныго. Не потому существуетъ норма о правѣ требовать возврата долга, что кредиторы обыкновенно требуютъ, а наоборотъ, кредиторы

¹⁾ Греки различали эти два понятія въ названіяхъ νόμος—право въ объективномъ смыслѣ, δίκαιον—право въ субъективномъ смыслѣ. Также и англичане имѣютъ два разныхъ термина для этихъ понятій,—Law и Right. Напротивъ нѣмцы, французы, итальянцы обозначаютъ однимъ названіемъ, Recht, droit, diritto, оба понятія, почему они впадаютъ въ ошибку, которыхъ чужды англичане.

²⁾ Гамбаровъ, *Право въ его основныхъ моментахъ* (Сборникъ по общественно-юридическимъ наукамъ, 1899, стр. 98 и 102).

³⁾ Лѣнингъ, *Объ основъ и природѣ права*, 1909, стр. 17; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 145.

требуют своего долга, потому что существует такая норма. Объективное и субъективное право в действительности совершенно различныя понятія. Субъективному праву всегда соотвѣтствует объективное право, но объективное право можетъ существовать безъ соотвѣтствующаго субъективнаго права. Вопреки весьма распространенному мнѣнію ⁴⁾, объективное право логически исполнимо безъ субъективнаго права. Поэтому объективное право составляетъ основное понятіе, а субъективное право — производное. Опредѣленіе понятія о правѣ должно быть направлено всецѣло на объективное право.

Такимъ образомъ, задача еще болѣе сузилась: въ положительномъ правѣ мы ищемъ, что такое объективное право.

Но и при такой постановкѣ вопроса, его рѣшеніе встрѣчаетъ затрудненіе въ обычномъ словоупотребленіи. Въ жизни со словомъ „право“ соединяется рядъ представленій довольно различнаго характера. Такъ говорятъ, о нравственномъ правѣ, о логическомъ правѣ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣненія слова „право“ слишкомъ рѣзко обнаруживается несоотвѣтствіе употребленнаго слова съ действительнымъ его значеніемъ, напр., когда говорятъ о правѣ на любовь, о правѣ на уваженіе, о правѣ на вѣрность. Всякій, кто позволилъ себѣ такое вольное приложеніе названія „право“, легко согласится самъ съ неточностью употребляемыхъ имъ словъ, потому что слишкомъ очевидно, что такое право неспособно быть обеспеченнымъ. Но встрѣчаются такіе случаи неточнаго употребленія слова „право“, когда обнаруженіе несоотвѣтствія становится значительно труднѣе, напр., право наказанія, потому что изъ ежедневнаго опыта нелегко обнаружить, что такое право не нуждается въ обеспеченіи. Правда, всѣ приведенные примѣры неточнаго словоупотребленія относятся къ праву въ смыслѣ субъективномъ, но именно неясность различія между субъективнымъ и объективнымъ правомъ отражаетъ неправильныя представленія о субъективномъ правѣ на представленіи о правѣ въ смыслѣ объективномъ.

Тѣсная связь правовѣдѣнія съ жизнью, практической харак-

⁴⁾ Пажіенко, *Ученіе о сущности права и правовой связности государства*, стр. 266.

теръ этой науки не допускаютъ пренебреженія къ общепринятому словоупотребленію, и обязываютъ считаться съ установившимися названіями. Правовѣдѣніе не можетъ замѣнять общепринятыхъ наименованій искусственно составленными словами, потому что это лишило бы его практической цѣнности. Однако и зависимость науки отъ жизни не можетъ быть безусловной. Наука не можетъ и не должна примириться съ такимъ положеніемъ дѣла, когда извѣстное слово употребляется для обозначенія самыхъ различныхъ вещей, когда, вслѣдствіе такого неумѣреннаго расширенія названія въ самой жизни создается спутанность понятій. „Если названіе достигло такого состоянія, говоритъ Милль, когда, придавая его какому-либо предмету, мы не утверждаемъ о послѣднемъ буквально ничего, оно стало непригодно для цѣлей какъ мышленія, такъ и сообщенія мыслей. Его можно сдѣлать пригоднымъ, только отнявъ у него часть его многоразличныхъ значеній и ограничивая его примѣненіе предметами, обладающими нѣкоторыми общими свойствами, созначеніе которыхъ можно ему придать“⁵⁾. Также и Бэнъ при составленіи опредѣленій рекомендуетъ „пожертвовать кое-чѣмъ изъ обычнаго значенія слова“, и дѣлать выборъ между случаями примѣненія, пока не образуется классъ, обладающій дѣйствительно важнымъ признакомъ⁶⁾.

Если бы мы стали на точку зрѣнія распространеннаго словоупотребленія, то должны были бы дать опредѣленіе понятія о правѣ, охватывающее всѣ случаи, къ которымъ примѣняется выраженіе „правовой“. Таковымъ могло бы быть опредѣленіе права, какъ совокупности правилъ общежитія. Такъ и поступаютъ нѣкоторые. Напр., Бирлингъ утверждаетъ, что „право въ юридическомъ (?) смыслѣ есть вообще все, что люди, живущіе въ какомъ-либо общеніи другъ съ другомъ, взаимно признаютъ, какъ норму и правило этого общежитія“⁷⁾. Конечно, такое опредѣленіе имѣетъ большое удобство, потому что подъ него подойдетъ каждый случай употребленія слова „право“. Но, охватывая всѣ случаи, оно, по чрезмѣрной общности созначенія, не дости-

⁵⁾ Милль, *Система логики*, т. II, стр. 173.

⁶⁾ Bain, *Logique deductive et inductive*, франц. пер. 1894, т. II, стр. 236.

⁷⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 19.

гаеть вовсе цѣли, и тотчасъ обнаружить свою недостаточность, такъ какъ по тому же общепринятому словоупотребленію не каждое правило общежитія можетъ быть названо правомъ, такъ какъ въ той же жизни. оно постоянно противопоставляется и отличается отъ нравственности, приличія, обрядовъ. Другими словами, пришлось бы видовое понятіе о правѣ слить съ родовымъ понятіемъ о правилахъ общежитія, въ составъ которыхъ право входитъ только какъ видъ, а это противно всякимъ правиламъ логики. Сверхъ того, такой приѣмъ ведетъ къ неправильнымъ выводамъ, въ родѣ: гдѣ общество, тамъ и право^{*)}, человѣкъ по природѣ существо правовое^{*)}.

Такимъ образомъ, при опредѣленіи понятія о правѣ, исходящемъ изъ наблюденія надъ тѣми случаями, къ которымъ въ жизни примѣняется названіе „право“, должно соединить въ одинъ классъ только тѣ, которые имѣютъ какой-нибудь существенный общій имъ всѣмъ признакъ. Задача сводится къ отысканію видового признака нормъ права въ родовой группѣ социальныхъ нормъ¹⁰⁾.

Въ поискахъ видового признака мы можемъ пойти двоякимъ путемъ. Его можно искать въ самомъ содержаніи нормъ права, или можно обратиться къ формальному моменту.

Имѣется ли надежда найти искомый отличительный признакъ въ самомъ содержаніи права? Такія попытки неоднократно предпринимались въ философіи. Стремились найти неизблемое содержаніе права и съ этой точки зрѣнія отрицали все, стоящее въ противорѣчій съ такимъ представленіемъ. Но на этомъ пути стоитъ непреодолимое препятствіе въ постоянной измѣнчивости

^{*)} Дюги, *Конституціонное право*, стр. 3.

^{*)} Bekker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910, стр. 47.

¹⁰⁾ Опредѣленіе понятія о правѣ должно отвѣчать основному требованію логики: *definitio fit per genus et differentiam* (Зигвартъ, *Логика*, рус. пер. 1908, т. I, стр. 326). *Genus*—это нормы вообще, *genus proximum*—социальныя нормы, *differentia*—это искомое въ настоящемъ случаѣ. По этому поводу Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. I, 1909, стр. 284, замѣчаетъ, что „на самомъ дѣлѣ логика не требуетъ отъ всякаго опредѣленія, чтобы оно содержало указаніе рода и видового отличія“. Конечно, если бы дѣло шло о наивысшемъ понятіи, но едва ли Петражицкій готовъ это утверждать относительно права. Какъ нужно опредѣлять не по обычной логикѣ, трудно сказать: мы знаемъ оригинальность возрѣній проф. Петражицкаго въ психологіи и этикѣ, но особой логикой онъ пока не обнаружилъ.

содержанія нормъ права. На одномъ берегу пограничной рѣки самое тяжкое наказаніе грозитъ тому, кто будетъ возбуждать къ замѣнѣ монархическаго режима республиканскимъ, а на другой сторонѣ такому же наказанію подвергается тотъ, кто предложитъ возстановленіе монархіи; распространеніе идеи о многоженствѣ въ одной странѣ представляется не только безнравственнымъ, но и противозаконнымъ, а день ѣзды на пароходѣ переноситъ насъ въ страну, гдѣ призывъ къ отмѣнѣ многоженства будетъ встрѣченъ какъ покушеніе на общественный строй; въ средніе вѣка, въ одной и той же мѣстности, наслѣдство переходило къ старшему сыну (дворянскій майоратъ) и тутъ же наслѣдство передавалось младшему сыну (крестьянскій миноратъ). Всѣ опредѣленія права по его содержанію приводятъ или къ отрицанію дѣйствительности, т.-е. непризнаванію характера права за нормами, которыя безспорно всѣми признаются за таковыя, или къ искусственному подведенію дѣйствительности подъ данное содержаніе, т.-е. къ открытію въ нормахъ права того, что въ нихъ не содержится.

За примѣрами не приходится ходить далеко. „Представимъ, говоритъ Катрейнъ, тирана на подобіе дагомейскаго князька, который руководится только своею жестокостью и своимъ сластолюбіемъ и ежегодно приноситъ своей прихоти цѣлыя гекатомбы человѣческихъ жертвъ. Должны ли мы эти смертные приговоры кровожаднаго деспота почтить святымъ именемъ права? А какіе, взывающіе къ небу, законы создавали, часто въ нѣсколько часовъ, дѣятели французской революціи въ эпоху террора, и приводили въ исполненіе! Чувство права противится признавать такія проявленія произвола правомъ, хотя бы они прошли всѣ формальности праваго творчества“¹¹⁾. Дюги кладетъ въ основу права начало социальной солидарности: не дѣлать ничего, что наноситъ ущербъ социальной солидарности. „Все объективное право резюмируется въ этой формулѣ“¹²⁾. А вотъ и выводы изъ такого взгляда на право. „Неоспоримо, что законъ, находящійся въ очевидной и абсолютной оппозиціи къ элементамъ социальной солидарности, какъ бы не существуетъ. Пустое остроуміе обсу-

¹¹⁾ Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 изд. 1909 стр. 139.

¹²⁾ Дюги, *Конституціонное право*, стр. 18.

ждать, существует ли онъ еще *stricto jure*. Соціально онъ уже не существуетъ“¹³⁾.

Съ другой стороны мы имѣемъ не мало опредѣленій, построенныхъ на идеѣ свободы. Представителемъ такого направленія является у насъ кн. Е. Трубецкой. По его мнѣнію, содержаніе права составляетъ свобода, а потому право опредѣляется имъ, какъ „совокупность нормъ, съ одной стороны предоставляющихъ, а съ другой—ограничивающихъ вышнюю свободу лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ“¹⁴⁾. Противъ такого опредѣленія само собою напрашивается возраженіе, неужели всякій правовой порядокъ есть обезпеченіе свободы, напр., даже тогда, когда онъ устанавливаетъ крѣпостное право? Такому возраженію кн. Е. Трубецкой противопоставляетъ утверженіе, что никакого противорѣчія съ дѣйствительностью нѣтъ, такъ какъ и „крѣпостное право есть свобода господина распоряжаться своимъ крѣпостнымъ“. Не трудно замѣтить, что послѣднее утверженіе основывается на подмѣнѣ объективнаго права субъективнымъ. Другіе представители того же направленія болѣе откровенно высказываютъ, что „лежащая въ основѣ права свобода, по существу своему, есть метафизическое начало“¹⁵⁾. Но тогда приходится сказать относительно всей этой тенденціи опредѣлять право по началу свободы, что или это опредѣленіе лишено всякаго содержанія, на что не рассчитывали его авторы, такъ какъ всякая социальная норма ограничиваетъ свободу индивида, или это опредѣленіе есть явное противорѣчіе дѣйствительности, чего упорно не хотятъ видѣть его сторонники¹⁶⁾.

¹³⁾ Дю гв, тамъ же, стр. 236.

¹⁴⁾ Кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 11.

¹⁵⁾ Чяччеринъ, *Философія права*, 1910, стр. 85.

¹⁶⁾ Стремленіе опредѣлять право по его содержанію свойственно было старымъ нѣмецкимъ писателямъ: Friedländer, *Juristische Encyclopädie*, 1847, стр. 62 (обезпеченіе жизненныхъ отношеній въ дѣлахъ свободы); Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, стр. 76 (упроченіе и развитіе нравственнаго порядка); Walter, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 1 (соотвѣтствіе справедливости). Французскіе юристы и до сихъ поръ стоятъ на этой точкѣ зрѣнія: Bélière, *Philosophie du droit*, т. I, стр. 173—234; Beaussire, *Les principes de droit*, 1888, стр. 33—49; Vareilles-Somière, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889, стр. 3—17; Franc, *Philosophie de droit civil*, 1886, стр. 1—7. Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, стр. 199—211.

Мысленно мы можем представить себѣ правовые порядки, построенные на прямо противоположныхъ началахъ, и тѣмъ не менѣе каждый изъ нихъ будетъ основываться на правѣ. Ясно, что при такихъ условіяхъ нѣтъ никакой надежды отыскать желаемый признакъ, который могъ бы быть примѣненъ ко всякому праву и служилъ бы для него отличіемъ отъ другихъ проявленій общественности.

Поэтому отъ матеріальнаго момента необходимо обратиться къ формальной сторонѣ права. Дѣло не въ томъ, какое поведеніе требуется нормами права, а какъ требуется поведеніе, указываемое въ нормахъ права. Необходимо выяснитъ природу этой постоянной формы, въ которую отливаются самыя разнообразныя и перѣдко прямо противоположныя требованія положительныхъ законодательствъ ¹⁷⁾.

§ 32.

Нормы права.

Литература: Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 19—70; Bergolzheimer, *System der Rechts- und Wirthschaftsphilosophie*, т. III, 1896, стр. 85—125; Sturm, *Die psychologische Grundlage des Rechts*, 1910; Bekker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910; Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 2 B. (рус. пер. 1907); Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. I, изд. 1893; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, 1902; Dahn, *Die Vernunft im Recht*, 1879; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 193—282; Deschesne, *La conception du droit*, 1902; Boistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, 1899, стр. 1—150; Picard, *Le droit pur*, 1908; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд. 1908, стр. 14—52; Marby, *Elements of Law*, 6 изд., 1905, стр. 1—37; Carter, *Law, its Origin, Growth and Function*, 1907; Salmond, *Jurisprudence*, 2 изд. 1907, стр. 9—38; Brown, *The Austinian theory of Law*, 1906, стр. 1—95; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд.

¹⁷⁾ На необходимости изслѣдовать право съ формальной стороны настаиваютъ: Bierling, *Juristische Principienlehre*, 1894, т. I, стр. 5; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 73—74; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, стр. 6; Муромцевъ, *Опредѣленіе и раздѣленіе права*, 1879, стр. 130; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 1897, стр. 58—59. Salmond, *The first principles of Jurisprudence*, 1893, стр. 2—3; нѣсколько своеобразно понимаетъ формальную точку зрѣнія Holland, *Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1908, стр. 6—8.

1908, стр. 43—94; Liou, *Die Philosophie des Rechts*, 1906, стр. 97—116; Carle, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, 1903; Муромцевъ, *Определение и основное раздѣленіе права*, 1879; Гамбаровъ, *Право въ его основныхъ моментахъ* (Сборникъ по общественно-юридическимъ наукамъ); Палиенко, *Ученіе о сущности права и правовой связности государства*, 1908; Чичеринъ, *Философія права*, 1900, стр. 84—104; кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 3—30; Хвостовъ, *Общая теорія права*, 4 изд. стр. 53—60; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 30—118; Петражицкій, *Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности*, 2 изд. 1909—1910.

Наблюдая право въ жизни, мы обнаруживаемъ прежде всего, что оно всегда выражается въ видѣ правилъ. Всякій законъ, въ какую бы грамматическую форму не былъ онъ облеченъ, всегда представляетъ собою норму или правило поведенія. Даже такія законныя опредѣленія, какъ, напр.: „завѣщаніе есть законное объявленіе владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти“, или „приготовленіемъ почитается приобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе умышеннаго преступнаго дѣянія“,—являются ничѣмъ инымъ, какъ нормами. Сами по себѣ, безъ связи съ другими законами, такія опредѣленія не имѣли бы смысла. Первое изъ приведенныхъ сейчасъ опредѣленій обращается въ слѣдующее правило: всякій разъ, когда будетъ налицо то, что законъ признаетъ завѣщаніемъ, должны имѣть примѣненіе законныя послѣдствія, обнимаемая общимъ названіемъ наслѣдованія по завѣщанію. Второе изъ приведенныхъ опредѣленій есть указаніе, обращенное къ суду, никогда не наказывать человѣка, если онъ будетъ захваченъ на дѣйствіяхъ, подходящихъ подъ понятіе о приготовленіи, за исключеніемъ перечисленныхъ въ законѣ случаевъ.

Второе, что замѣчается во всѣхъ нормахъ права, — это ихъ повелительный характеръ. Всякая норма права—приказъ. Нормы права не предлагаютъ только, не совѣтуютъ, не убѣждаютъ, не просятъ, не учатъ поступать извѣстнымъ образомъ, но требуютъ извѣстнаго поведенія. Приказъ можетъ быть выраженъ въ формѣ повелительнаго наклоненія, но онъ не перестаетъ быть приказомъ, если онъ выраженъ и въ изъявительномъ наклоненіи. Приказъ можетъ быть выраженъ какъ въ положительной формѣ, такъ и въ отрицательной. Нормы права или требуютъ отъ лицъ, къ которымъ обращены, чтобы тѣ совершили дѣйствія извѣст-

наго рода (повелѣнія), или же требуютъ отъ лицъ, къ которымъ обращены, чтобы тѣ воздержались отъ дѣйствій извѣстнаго рода (запрещенія). Иначе, какъ въ видѣ повелѣнія или запрещенія нормы права не могутъ быть понимаемы.

Этому противорѣчатъ, повидимому, законы, выражаемые въ формѣ дозволеній, и нѣкоторые энергично отстаиваютъ допустимость дозволительныхъ нормъ права. „Дозволенія въ правѣ не только существуютъ, но и имѣютъ несомнѣнное практическое значеніе. Ихъ такъ же нельзя выкинуть изъ права, какъ нельзя выкинуть слова изъ иѣсни“¹⁾. Но отрицать нормы права, выраженныхъ въ дозволительной формѣ, и не приходится, потому что они въ дѣйствительности содержатъ приказъ. Если, напр., новымъ закономъ гражданамъ дозволяется собираться для обсужденія своихъ дѣлъ, то этимъ самымъ приказывается полиціи не препятствовать имъ въ томъ, какъ она должна была это дѣлать при прежнемъ запрещеніи устраивать собранія. Если судебному слѣдователю дозволяется принимать мѣры пресѣченія въ отношеніи обвиняемаго, то это значить, что слѣдователю вмѣняется принимать законныя мѣры къ тому, чтобы обвиняемый не уклонился отъ суда.

Но, можетъ быть, право способно не только требовать подъ угрозой, но и возбуждать надеждою на награду? Существуетъ взглядъ, что одобреніе играетъ въ правѣ не меньшую роль, нежели угроза. „Дѣйствіемъ угрозъ достигается преимущественно воздержаніе гражданъ отъ совершенія дѣйствій, правомъ запрещенныхъ, а системою наградъ достигается преимущественно совершеніе гражданами дѣйствій, желанныхъ правомъ“²⁾. Противъ такого взгляда вполне основательно замѣчаютъ, что обѣщаніе награды не совмѣстимо съ повелительнымъ характеромъ нормъ права. Когда требуютъ, то угрожаютъ, а не соблазняютъ³⁾. Приказъ, если бы онъ даже соединялся съ обѣщаніемъ награды, опирается своею сущностью на сопровождающую его угрозу,

¹⁾ Гредескулъ, *Къ ученію объ осуществленіи права*, 1900, стр. 59. Противоположный взглядъ особенно развили Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 288—324, и Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 23.

²⁾ Гредескулъ, *Къ ученію объ осуществленіи права*, 1900, стр. 33.

³⁾ Brown, *The Austinian Theory of Law*, 1906, стр. 7—8.

иначе онъ превратится въ просьбу, что совершенно не соотвѣтствуетъ характеру нормъ права. Дѣйствительно, мы встрѣчаемъ въ законѣ обѣщаніе медали за спасеніе погибающаго, но законъ не требуетъ такого подвига, а только въ случаѣ его проявленія приказываетъ своимъ агентамъ представить о семъ для награжденія героя медалью. Такое же одобреніе можно видѣть въ награжденіи должностныхъ лицъ орденами, но и въ этомъ случаѣ передъ нами приказъ, обращенный къ старшимъ агентамъ власти, награждать младшихъ орденами, въ случаѣ обнаруженнаго съ ихъ стороны усердія.

Если норма права сопровождается неизмѣнно угрозой зла, то это еще не отличаетъ права отъ иныхъ соціальныхъ нормъ, которымъ также свойственна подобная угроза. Напр., клубъ можетъ установить для своихъ членовъ цѣлую лѣстницу наказаній, въ интересахъ поддержанія въ своихъ стѣнахъ опредѣленнаго поведенія: штрафы, замѣчаніе старшинъ, запрещеніе на время посѣщать клубъ, исключеніе члена. Признавая, что нормы поведенія, сопровождаемая угрозой, могутъ исходить изъ различныхъ общественныхъ группъ, мы присваиваемъ названіе правовыхъ только тѣмъ нормамъ, соблюденіе которыхъ предписывается подъ угрозой, исходящей отъ государства. Не то важно, кто выработалъ содержаніе нормы, особые ли органы власти, или отдѣльные ученые, или само общество, въ своемъ цѣломъ или въ своей части,—важно, кто требуетъ соблюденія нормы: Если это требованіе исходитъ отъ высшей власти въ данномъ общественномъ союзѣ, велѣнія которой неспособна отмѣнить никакая иная, стоящая надъ нею, власть, то такія нормы мы называемъ нормами права. Велѣнія всѣхъ другихъ лицъ, подчиненныхъ верховной власти, частныхъ или официальныхъ, не имѣютъ сами по себѣ правового характера, но могутъ приобрѣсти его, и приобрѣтаютъ его тогда, когда верховная власть признаетъ за ихъ приказами такую же обязательность, какъ бы они исходили отъ нея самой, т.-е. другими словами, она приказываетъ слѣдовать ихъ приказамъ.

Соотвѣтственно сказанному, нормы права называются дѣйствующими, насколько соблюденіе ихъ требуется государствомъ. По другому взгляду, дѣйствующими нормами слѣдовало бы счи-

татъ тѣ, которыя признаются въ данный моментъ. Но тогда невозможно было бы провести различіе между правомъ и правовымъ идеаломъ, который въ данное время отвѣчаетъ возрѣніямъ общества.

Такъ какъ нормы права отличаются отъ другихъ социальныхъ нормъ тѣмъ, что соблюденіе ихъ поддерживается требованіемъ, исходящимъ отъ государства, то отсюда слѣдуетъ: 1) что внѣ государства нѣтъ права, и 2) что дѣйствіе нормъ права ограничивается предѣлами власти государства.

Каково же содержаніе угрозы? Въ чемъ можетъ заключаться то зло, которымъ грозитъ норма права, на случай своего нарушенія? Прежде всего это можетъ быть лишеніе нарушителя принадлежащихъ ему цѣнностей, которыя онъ неправильно удерживаетъ въ своемъ имуществѣ. По требованію собственника у владѣльца отнимается чужая вещь, по требованію кредитора изъ имущества должника извлекается цѣнность, равная неуплаченному долгу. Во-вторыхъ, угроза можетъ быть направлена на лишеніе нарушителя принадлежащихъ ему благъ, на лишеніе его тѣхъ благъ, которыми пользуются другіе граждане, личной и имущественной неприкосновенности. Его имущество можетъ быть конфисковано, полностью или частично, его могутъ лишить свободы, заключить въ тюрьму, свободы передвиженія, водворивъ на жительство, его могутъ лишить физической неприкосновенности, подвергнувъ тѣлесному наказанію. Наконецъ, угроза можетъ имѣть своимъ содержаніемъ признаніе недѣйствительности тѣхъ актовъ гражданина, которые были направлены на достиженіе извѣстныхъ юридическихъ результатовъ. Онъ рассчитывалъ создать отношеніе, обезпеченное государственною силою, но при этомъ нарушилъ нормы права, опредѣляющія порядокъ и условія совершенія акта, и государство отказываетъ ему въ юридической защитѣ, напр., при признаніи недѣйствительности договора или завѣщанія.

Норма права, выражая требованіе, сопровождаемое угрозою, обращена къ тѣмъ, кто способенъ воспринять содержаніе велѣнія. Однако, въ какой бы рѣшительной формѣ не было выражено требованіе, оно не въ состояніи исключить воли тѣхъ, къ кому обращено. Поведеніе, какъ система дѣйствій, непременно пред-

полагаетъ волю самого дѣйствующаго. Никакая власть въ мірѣ не располагаетъ силою заставить человѣка поступать такъ, какъ она хочетъ, а не такъ, какъ онъ самъ хочетъ. Если должникъ не хочетъ платить своего долга, то нѣтъ никакой физической возможности заставить его совершить это дѣйствіе, и взысканіе съ его имущества, конечно, не тождественно съ исполненіемъ съ его стороны того, къ чему онъ обязался. Уклоняющагося по убѣжденію отъ воинской повинности никакія мѣры не могутъ поставить въ строй. О насильственномъ согласованіи поведенія съ нормою можно было бы говорить въ тѣхъ случаяхъ, когда своевременнымъ арестомъ предупреждается готовившееся покушеніе на жизнь другого человѣка, или остановкою прекращается слишкомъ быстрое движеніе автомобиля, опасное для публики. Но въ этихъ послѣднихъ случаяхъ не лица, отъ которыхъ можно было ожидать нарушенія нормы, выполняютъ ея предписаніе, потому что они никакихъ дѣйствій не совершаютъ, а тѣ лица, которымъ предписывается принятіе такихъ предупредительныхъ мѣръ, т.-е. полиція.

Слѣдовательно, такъ какъ государственная власть не въ состояніи вынудить гражданъ къ исполненію тѣхъ именно дѣйствій, которыя составляютъ содержаніе нормъ,—не представляется никакой возможности понимать принужденіе, выраженное въ угрозахъ, въ смыслѣ физического насилія ⁴⁾.

Государственная власть и не задается мыслью заставить силою подчиненныхъ ей гражданъ совершать тѣ дѣйствія, которыя она считаетъ необходимыми въ интересѣ обезпеченія условій общежитія. Если она не можетъ принудить гражданъ дѣй-

⁴⁾ Большинство возраженій противъ принудительности, какъ отличительнаго признака юридическихъ нормъ, строится на отрицаніи возможности физического принужденія. И нельзя не признать, что сторонники принудительнаго момента сами иногда подаютъ поводъ къ возраженіямъ этого рода. Напримѣръ, такой выдающийся юристъ, какъ Муромцевъ, понимая, склоненъ понимать принужденіе въ физическомъ смыслѣ. *Определеніе и раздѣленіе права* стр. 130. Хвостовъ, *Общая теорія права*, 4 изд. 1908, стр. 55, сказавъ, что „принудительность права не слѣдуетъ разумѣть въ грубомъ, механическомъ смыслѣ“, дальше продолжаетъ: „Не нужно представлять себѣ дѣло такъ, будто нормой права считается лишь то правило поведенія, которое исполняется только изъ страха наказанія“. Но здѣсь допущено противорѣчіе: страхъ есть явленіе психическое, и потому его нельзя сопоставить съ механическимъ принужденіемъ.

ствовать не такъ, какъ они хотятъ сами, а какъ она хочетъ, то ей остается склонить ихъ къ тому, чтобы они сами захотѣли дѣйствовать такъ, какъ она хочетъ. Государство довольствуется описаніемъ желательнаго поведенія и угрозою невыгодныхъ послѣдствій для лицъ, уклоняющихся отъ прежняго образа дѣйствій. Поэтому принужденіе, соединяемое съ нормою права, всегда имѣетъ только психическій характеръ. Если у лица, подчиненнаго власти, сохраняется свобода дѣйствій, выборъ между которыми опредѣляется сильнѣйшимъ мотивомъ, то задача нормъ права состоитъ именно въ томъ, чтобы оказать воздѣйствіе на волю этого лица, вызвать сильнѣйшій мотивъ въ пользу требуемаго поведенія. Государство, въ своей правовой нормировкѣ, стремится вызвать такой мотивъ угрозою невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ совершенія дѣйствій, несогласныхъ съ его требованіями. Придется дѣлать выборъ между тѣмъ страданіемъ, которое ожидается при отказѣ отъ удовольствія, соединяемаго въ представленіи съ дѣйствіемъ, противнымъ праву, и страданіемъ, которое ожидается при совершеніи дѣйствія, запрещеннаго правомъ. Кассиръ имѣетъ сильное побужденіе присвоить ввѣренныя ему деньги, которое побуждаетъ всѣ соображенія, отклонявшія его отъ этого намѣренія. Въ эту борьбу мотивовъ вмѣшивается право и ставитъ на сторону побуждаемыхъ мысль объ уголовномъ наказаніи,—и побѣда остается за законнымъ поведеніемъ. Должникъ охотно не заплатилъ бы долга, но онъ знаетъ, что все равно эту цѣнность взыщутъ на его имущество въ распродажю обстановки, дома или имѣнія, и отнятая такимъ путемъ цѣнность даже превыситъ ту, которую онъ могъ бы добровольно заплатить. Жадность ростовщика побуждаетъ его взять проценты выше дозволенныхъ, но она встрѣчается съ опасеніемъ, что въ случаѣ обнаруженія этого обстоятельства онъ не получитъ никакихъ процентовъ, и даже можетъ посидѣть въ тюрьмѣ. Крестьянинъ не прочь былъ бы скосить траву на сосѣднихъ помѣщичьихъ лугахъ, но онъ знаетъ, что ему придется заплатить за сѣно, да еще, сверхъ того, возмѣститъ судебныя издержки ⁵⁾.

⁵⁾ Принужденіе въ смыслѣ психическаго воздѣйствія признаютъ: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, лекція 22 в 23, стр. 443 и слѣд., Holland, *Ele-*

Если государство въ состояніи обезпечить себѣ повиновеніе путемъ возбужденія мотива угрозою страданія, то не напрашивается ли самъ собою выводъ, что государству остается только усиливать угрозу, чтобы достигать наилучшаго результата. Поднимаемая степень страданія, которымъ грозятъ нормы права, государство способно преодолѣть всѣ мотивы и обезпечить идеальное повиновеніе. Однако этому выводу противорѣчитъ дѣйствительность, которая показываетъ, что чѣмъ культурнѣе государство, тѣмъ меньшими угрозами достигаетъ оно наибольшихъ результатовъ. Сила угрозы стоитъ въ зависимости 1) отъ силы противоположныхъ мотивовъ, и 2) отъ воспріимчивости къ угрозѣ.

Чѣмъ болѣе въ данной общественной средѣ условій, отклоняющихся отъ повиновенія нормамъ права, тѣмъ труднѣе государству преодолѣть мотивы сопротивленія. Когда нѣкоторая часть населенія страдаетъ острою нуждою, то угрозы иными страданіями могутъ оказаться безсильными. Когда въ обществѣ, построенномъ на началѣ экономическаго неравенства, одни слои являются свидѣтелями роскоши другихъ, то въ нихъ зарождаются сильнѣйшія желанія, невозможность удовлетворенія которыхъ законнымъ путемъ толкаетъ на путь нарушенія права. Въ странѣ, гдѣ населеніе усвоило себѣ долгъ кровавой мести, государству чрезвычайно трудно водворить, путемъ правовыхъ угрозъ, порядокъ, построенный на неприкосновенности чужой жизни. Въ періоды народнаго возбужденія, когда каждый противо-правительственный поступокъ встрѣчаетъ общественное сочувствіе, а совершившій его разсматривается, какъ герой, самыя сильныя кары оказываются безсильными остановить революціонное движеніе. Арсеналъ угрозъ, которымъ располагаетъ государство, не въ состояніи дать ему средство, которое способно было бы преодолѣть силу фанатизма. Слѣдовательно, государство можетъ достигнуть желательныхъ результатовъ не столько усиленіемъ правовой репрессіи, сколько измѣненіемъ соціальныхъ условій, опредѣляющихъ поведеніе гражданъ, не столько уси-

ments of Jurisprudence, стр. 21; *Hearn, The Theory of Duties and Rights*, стр. 4; *Jhering, Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 235; *Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*, 1897, стр. 17.

леніемъ мотивовъ, располагающихъ въ пользу законнаго поведенія, сколько ослабленіемъ мотивовъ, отклоняющихъ отъ законнаго поведенія.

Съ другой стороны дѣйствіе угрозы, сопровождающей норму права, обусловливается воспримчивостью среды къ угрожаемому страданію. Угроза взыскать всѣ причиненные убытки, долгъ, судебныя издержки, обращенная къ лицу, у котораго нѣтъ никакого имущества, не можетъ произвести дѣйствія. Законодатель оказывается совершенно безсиленъ въ своихъ угрозахъ тюрьмою въ отношеніи лицъ, для которыхъ тюрьма единственное средство найти кровъ и пищу. Чѣмъ болѣе граждане обезпечены благами жизни, тѣмъ чувствительнѣе они къ потерѣ ихъ въ той или иной части. Наоборотъ, чѣмъ менѣе приучены граждане цѣнить блага жизни, чѣмъ менѣе увѣрены они въ неприкосновенности личной и имущественной, тѣмъ труднѣе воздѣйствовать на нихъ угрозою отнять у нихъ эти блага. Государство способно достигать желательнаго ему соблюденія нормъ тѣмъ легче, чѣмъ болѣе граждане чувствительны къ потерѣ благъ, которою угрожаютъ нормы права. Чѣмъ болѣе обезпечены граждане личными и матеріальными благами, чѣмъ болѣе цѣнятъ обладаніе ими, тѣмъ меньшими угрозами можетъ быть достигнутъ наибольшій результатъ. Чѣмъ больше дастъ государство гражданину, тѣмъ легче обезпечивается повиновеніе послѣдняго.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманіе, что все большее усиленіе угрозы встрѣчаетъ на своемъ пути препятствіе въ нравственныхъ воззрѣніяхъ самихъ властвующихъ. Послѣдніе, при всей своей ожесточенности, не въ состояніи довести угрозу до степени, которая переходитъ усвоенныя ими нравственные взгляды. Въ XX столѣтіи ни одно государство, хотя бы оно исчерпало весь запасъ своихъ угрозъ, не рѣшится сажать неповинующихся на колъ или сжигать ихъ на кострѣ.

Если признать, что нормы права характеризуются психическимъ принужденіемъ, вытекающимъ изъ сопровождающей ихъ угрозы, то можно встрѣтить возраженіе, что психическое давленіе свойственно и инымъ социальнымъ нормамъ, нравственности, приличію. „Существуетъ не мало нормъ нравственныхъ и условныхъ правилъ общежитія, которыя осуществляются при содѣй-

ствѣ принужденія, и, тѣмъ не менѣе, юридическаго характера не имѣютъ“. Поэтому „принудительность не есть особенность однѣхъ юридическихъ нормъ въ отличіе отъ всякихъ другихъ“⁹⁾. Конечно, нравственнымъ нормамъ, какъ и вообще всѣмъ социальнымъ, свойственно психическое принужденіе, потому что всѣ социальныя нормы—приказы и сопровождаются угрозой, рассчитанной на возбужденіе мотива. Но психическое принужденіе, соединяемое съ нормами права, имѣетъ свои отличительныя особенности.

Прежде всего бросается въ глаза опредѣленность страданія, которымъ угрожаютъ нормы права, совершенно чуждая нормамъ нравственности или приличія. Зло, которое причиняетъ общественная среда нарушителямъ нравственной нормы, можетъ значительно превзойти зло, соединяемое по закону съ нарушеніемъ однородной юридической нормы, напр., въ случаѣ волюнтаризма. Но лицо, готовое нарушить норму права, можетъ знать заранѣе объемъ и качество ожидаемаго страданія. Нарушитель же нравственности или приличія можетъ только предполагать реакцію общественнаго мнѣнія, а какого рода будетъ она, этого онъ предвидѣть не въ состояніи, такъ какъ это вопросъ тѣсно связанный съ общественной психологіей, такъ какъ форма реакціи зависитъ отъ всей совокупности разнообразныхъ причинъ, способныхъ оказать дѣйствіе на настроеніе общественной группы.

Вторымъ, и несравненно болѣе важнымъ отличіемъ психическаго принужденія въ области права, по сравненію съ давленіемъ въ остальной социальной области, является опредѣленность органовъ, причиняющихъ страданіе нарушителю нормы. При отступленіи отъ правила морали или приличія воздѣйствіе со стороны общества исходитъ не отъ какихъ-нибудь опредѣленныхъ, заранѣе для этой цѣли предназначенныхъ лицъ, а отъ самого общества, отъ той или иной, большей или меньшей его части. Общественная поверхность, приводимая въ движеніе при нарушеніи нормы, зависитъ отъ общественнаго положенія того, кто оказался ея нарушителемъ. Отсутствіе прочныхъ связей съ какой-либо общественной группой, совершенно немислимое

9) Кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 15.

въ первоначальный періодъ культуры, и вполне возможное для отдѣльныхъ личностей въ современномъ общественномъ быту,— можетъ привести это давленіе почти къ нулю. Напротивъ, нарушение нормы права влечетъ за собою мѣры воздѣйствія со стороны заранѣе для этой цѣли установленныхъ органовъ. Въ нравственной реакціи общество само расправляется при помощи лицъ, которыхъ случай выбралъ исполнителями, тогда какъ въ правовой реакціи задача выполняется заранѣе, для этой именно цѣли, выбранными лицами, которыя снабжены соответствующими средствами.

Отсюда мы видимъ, что охраненіе всякихъ иныхъ соціальныхъ нормъ не имѣетъ организаціи, тогда какъ нормы права обладаютъ организованнымъ принужденіемъ. Эта организація принужденія выполняется государствомъ.

Все сказанное даетъ основаніе опредѣлить понятіе о правѣ слѣдующими признаками: право въ объективномъ смыслѣ есть а) норма, б) опредѣляющая отношеніе человѣка къ человѣку, с) угрозою на случай ея нарушенія страданіемъ, д) причиняемымъ органами государства.

§ 33.

Мотивы правового поведенія.

Литература: Шершеневичъ, *О чувствѣ законности*, 1898; Ярошъ, *Чувство законности*, 1882.

Нормы права усваиваются тѣми же способами, какъ и нормы нравственности, даже больше,—въ качествѣ нормъ нравственности. Такъ какъ значительное число нормъ права, по своему содержанію, совпадаетъ съ нравственными, то воспріятіе нравственныхъ воззрѣній влечетъ и познаніе юридическихъ требованій.

Но, даже независимо отъ такого совпаденія, усвоеніе нормъ права достигается вслѣдствіе воспитанія въ общественной средѣ. Съ основными нормами права каждый знакомится съ малыхъ лѣтъ, благодаря только тому, что живетъ и вырастаетъ въ атмо-

сферѣ права. Случаи, затрагивающіе съ юридической стороны семью, въ которой воспитывается человѣкъ, а также близкихъ родственниковъ и знакомыхъ, гласность суда, печатаніе въ газетахъ судебныхъ отчетовъ, участіе въ судебной дѣятельности въ качествѣ присяжныхъ засѣдателей, свидѣтелей, экспертовъ,— всѣ эти обстоятельства имѣютъ не малое воспитательное значеніе въ юридическомъ смыслѣ. Государство, сознавшее, насколько для его цѣлей важно, чтобы граждане обладали знаніемъ нормъ права, подъ дѣйствіемъ которыхъ имъ приходится жить, старается распространить юридическое образованіе школьнымъ путемъ. Примѣры и жизненный опытъ, побуждающій каждого знакомиться съ содержаніемъ нормъ, которыя ближе всего касаются его интересовъ, также способствуютъ ознакомленію съ дѣйствующими нормами.

Поддерживая стремленіе гражданъ усвоить себѣ содержаніе нормъ права, и рассчитывая на возбужденіе мотива повиновенія дѣйствіемъ угрозы,—государство принимаетъ мѣры къ тому, чтобы граждане могли познать содержаніе предъявляемыхъ къ нимъ требованій. Съ этою цѣлью государство обнародываетъ законы, оглашаетъ ихъ въ людныхъ мѣстахъ, печатаетъ, собираетъ въ сборники, систематизируетъ въ кодексы. Этимъ путемъ достигается большая точность содержанія нормъ и большая легкость ознакомленія съ ними.

Но въ кодификаціи не содержится отличительный признакъ нормъ права, потому что, во-первыхъ, нормы права въ началѣ жизни народовъ не кодифицированы, какъ и нравственныя нормы. А на позднѣйшихъ ступеняхъ не всѣ нормы права кодифицируются (обычное право); во-вторыхъ, нѣтъ ничего невозможнаго въ кодификаціи основныхъ нравственныхъ нормъ, чему доказательствомъ служитъ нерѣдко встрѣчающаяся кодификація нравственныхъ правилъ въ религіозныхъ памятникахъ.

Если достигнуто познаніе нормъ права, то, спрашивается, что побуждаетъ человѣка согласовать свое поведеніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ съ требованіями объективнаго права?

Какъ и въ области нравственности, первыми побудителями къ исполненію велѣній права являются унаслѣдованныя и усвоенныя воспитаніемъ наклонности.

Путемъ наследственности создается предрасположеніе къ тому или иному поведенію, согласному или противному требованіямъ права. Не придавая слишкомъ большаго значенія политической способности расъ, нельзя совершенно отрицать расоваго момента въ дѣлѣ созданія и укрѣпленія политическаго и правового строя. „Среди народовъ, начинающихъ свою исторію, бываютъ суровыя, воинственныя и властолюбивыя племена, а, съ другой стороны, — мирныя, кроткія и покорныя. Сравнительное народовѣдѣніе учитъ, что темпераментъ расъ представляетъ именно то душевное свойство, которое обладаетъ выдающимся политическимъ значеніемъ, и что именно въ этомъ отношеніи расы особенно замѣтно отклоняются другъ отъ друга. Сильный темпераментъ, который соединяется съ интеллектуальною одаренностью, стремленіе къ свободѣ и сила изобрѣтательности — вотъ что дѣлаетъ расу способной къ выдающейся политической культурѣ“ 7). Антропологическій моментъ опредѣляетъ способность человѣка сдерживать свои порывы, подчинять свои интересы общимъ, представлять себѣ рядъ послѣдствій своего поведенія. До сихъ поръ во многихъ мѣстахъ крѣпко держится чувство кровавой мести, какъ, наприм., на Кавказѣ, въ Албаніи. Только воспитаніе ряда поколѣній въ состояніи искоренить эту наклонность. Чувство свободы и независимости у англичанина съ одной стороны, и чувство покорности, пренебреженіе къ формѣ отношеній у русскаго, съ другой, — продукты долгой наследственности.

Большая или меньшая готовность подчиняться нормамъ права обуславливается дѣйствіемъ воспитывающей среды. Народъ, приученный всѣмъ государственнымъ строемъ, всею системою государственнаго управленія къ точному соблюденію нормъ права, проникается уваженіемъ къ законному порядку, усваиваетъ себѣ наклонность слѣдовать установленнымъ законамъ. Напротивъ, народъ, воспитанный въ постоянномъ нарушеніи законовъ, въ отставаніи формы, только когда она клонится къ выгодѣ властвующихъ, и въ пренебреженіи къ ней, когда она обезпечиваетъ противные интересы, въ требованіи сообразоваться съ перемѣнчивыми видами правительства, а не съ твердыми законами

7) Вольтманъ, *Политическая антропология*, 1905, стр. 233.

государства,—такой народъ равнодушно относится къ законности управленія, не отличается устойчивостью въ правовыхъ представленіяхъ, и легко переходитъ отъ одного порядка къ другому. Члены одного общества выработали въ себѣ привычку отстаивать всѣми законными средствами свои права, возставать противъ малѣйшаго нарушенія ихъ законныхъ интересовъ, относиться недоброжелательно къ нарушителямъ правового порядка, какъ къ общимъ врагамъ, а соотвѣтственно тому и сами стараются не выходить изъ предѣловъ своего права. Наоборотъ, члены иныхъ обществъ не усвоили себѣ привычки отстаивать свои права, равнодушно смотря на ихъ нарушеніе, если это не слишкомъ сильно задѣваетъ ихъ интересы, готовы отстаивать свои интересы и всякими незаконными средствами, лишь бы была увѣренность въ безнаказанности; нарушители права въ ихъ глазахъ не болѣе какъ враги правительства, а не общества, а потому они вызываютъ въ народѣ скорѣе сочувствіе къ своей несчастной судьбѣ, нежели возмущеніе содѣяннымъ поступкомъ; если не проявляютъ энергіи въ защитѣ своихъ правъ, то не прочь, при первой возможности, захватить часть чужихъ; свои личныя цѣли всегда поставятъ выше нормы, обезпечивающей общія цѣли. То, что дѣлаетъ исторія въ отношеніи всего народа, дѣлаетъ воспитаніе въ отношеніи отдѣльнаго лица.

Отступленіе или только мысль отступить отъ привычнаго, твердо усвоеннаго соблюденія нормъ права, производитъ непріятное душевное состояніе, вполнѣ аналогичное угрызенію совѣсти. Чувству совѣсти въ области нравственности соотвѣтствуетъ чувство законности въ области права. Какъ чувство совѣсти представляетъ лучшее обезпеченіе нравственнаго порядка, такъ чувство законности является лучшею гарантіею правового порядка. Можно было бы опасаться за судьбу того государства, гдѣ условія общежитія вовсе не обезпечивались бы чувствами совѣсти и законности.

Чувство законности, побуждающее къ соблюденію вѣднѣй объективнаго права, хотя бы вопреки собственнымъ интересамъ, хотя бы при несочувствіи содержанію требованія,—находится въ состояніи взаимной обусловленности къ законности управленія. Законность управленія воспитываетъ чувство законности, но чув-

ство законности поддерживает законность управления. Лица, которые стоят во главѣ управления и дают толчокъ всему государственному механизму, сами вышли изъ среды общества, и если они тамъ усвоили себѣ чувство законности, будутъ держаться законныхъ формъ, потому что они сами привыкли къ формѣ и потому, что они предвидятъ силу оппозиціи въ случаѣ отступленія. Напротивъ, пропитанные духомъ усмотрѣнія и произвола граждане, ставъ у власти, высшей или низшей, легко будутъ нарушать законность, если только имъ представится цѣлесообразнымъ допустить исключеніе изъ нормы. Если въ Англіи такъ проченъ законный порядокъ, то причина тому въ чувствѣ законности англичанъ, но само чувство законности англичанъ имѣетъ свой источникъ въ законности управления.

Чувство законности однородно съ чувствомъ совѣсти, но не совпадаетъ съ нимъ. Угрызенія совѣсти вызываются отступленіемъ отъ нормъ нравственныхъ, чувство законности приводится въ раздраженіе совершеннымъ или предполагаемымъ отступленіемъ отъ нормъ права. Во многихъ случаяхъ эти чувства совпадаютъ, напр., въ случаѣ обыкновеннаго убійства. Но иногда между ними возможна борьба, способная привести къ трагическому исходу, и это обстоятельство съ очевидностью доказываетъ что чувства эти не тождественны. Наприм., чувство совѣсти не позволяетъ человѣку судить другихъ, а между тѣмъ чувство законности побуждаетъ его къ выполненію возложенной на него обязанности присяжнаго засѣдателя. По чувству совѣсти человѣкъ не рѣшается поднять руки на другого человѣка, хотя бы то былъ врагъ его отечества, а по чувству законности онъ сознаетъ необходимость становиться въ ряды защитниковъ своего государства.

Мотивомъ, побуждающимъ гражданина сообразовать свое поведеніе съ нормами права, помимо унаслѣдованной и усвоенной воспитаніемъ привычки, и даже при отсутствіи таковой, является сознаніе собственнаго интереса. Этотъ интересъ двоякаго рода. Члену общества, во-первыхъ, представляется выгоднымъ соблюдать норму въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, напр., продавецъ, выполняя въ точности свои обязанности согласно нормѣ права, приобретаетъ возможность, на этомъ основаніи, требовать отъ

покупщика исполненія имъ своей обязанности. Во-вторыхъ, члену общества выгодно приобрести увѣренность, что всѣ его сограждане будутъ сообразовать свое поведеніе съ установленными нормами права. Поэтому онъ долженъ, въ собственномъ интересѣ, преграждать другимъ возможность нарушать чужія права и самъ не выходить изъ предѣловъ своего права. Онъ долженъ сознавать, что его собственный примѣръ способенъ вызвать подражаніе въ томъ же направленіи со стороны другихъ и это прежде всего можетъ отразиться на немъ самомъ. Купецъ, объявляющій себя несостоятельнымъ съ цѣлью уклониться отъ платежа своихъ долговъ полнымъ рублемъ, долженъ ожидать, что и постоянные его контрагенты поступятъ съ нимъ, раньше или позже, точно такъ же. Правительство, само нарушающее установленные законы въ лицѣ своихъ агентовъ, не можетъ не ожидать, что и въ отношеніи къ нему будетъ проявлена та же тенденція, насколько то допустятъ силы нарушителей. Чѣмъ выше развитіе человѣка, тѣмъ яснѣе представляется ему значеніе правового порядка и его вліяніе на благополучіе каждаго члена общества въ отдѣльности, тѣмъ сильнѣе укрѣпляется въ немъ сознаніе необходимости слѣдовать предписаніямъ закона.

Однако, всѣ указанные мотивы могутъ оказаться недостаточными. Человѣкъ не получилъ по наслѣдству наклонности подчиняться нормамъ права, воспитаніе не восполнило этого природнаго недостатка, личное развитіе не убѣждаетъ его въ необходимости держаться законнаго поведенія. Чѣмъ же въ такомъ случаѣ поддерживается требованіе, выраженное въ нормѣ права? Тогда выступаетъ на сцену страхъ передъ угрозой, соединенной съ нормами права.

Угроза наступаетъ не только человѣка, лишеннаго чувства законности, но даже людей, проникнутыхъ глубокимъ уваженіемъ къ праву, когда наступаетъ историческій моментъ, въ который шатается весь старыи правовой строй, въ который высокое представленіе о лучшемъ правѣ создаетъ настроеніе въ пользу сокрушенія прежнихъ основъ.

Страхъ передъ угрозой, которою сопровождается норма права, способенъ остановить человѣка передъ нарушеніемъ ея, потому что человѣку присущъ эгоизмъ. Если является необходимость

ограничить пормами права свободу поведенія каждаго индивида, то именно потому, что каждый человекъ проявляетъ склонность къ безграничному расширенію своего Я, къ нарушенію чужихъ интересовъ, къ стѣсненію чужой свободы поведенія, насколько это вызывается его собственнымъ, личнымъ интересомъ. Изолированнаго человека необходимо стѣснить, чтобы дать мѣсто и другимъ. Страхъ лишиться благъ, которыми обладаетъ человекъ, сдерживаетъ его въ предѣлахъ нормъ права. Чѣмъ болѣе привязанъ человекъ къ тому, что обезпечиваютъ ему нормы права, тѣмъ легче поддается онъ дѣйствию угрозы. Если бы мы отняли у человека эгоизмъ, у законодателя была бы вырвана сила воздѣйствія, способность поддерживать правовой порядокъ. Безъ эгоизма человека нормы права оказались бы бессильны передъ нимъ. Если бы общество состояло изъ святыхъ людей, то нормы права должны были исчезнуть не только потому, что лишенные эгоизма люди не вторгались бы въ область чужихъ интересовъ, но и потому, что ихъ нельзя было бы удерживать правовою угрозою. Въ такомъ общеніи мыслимъ нравственный порядокъ, но невозможенъ правовой порядокъ, потому что онъ былъ бы совершенно излишенъ⁸⁾.

Если однако страхъ передъ угрозой, какъ мотивъ правового поведенія, выступаетъ тамъ, гдѣ недостаетъ иныхъ мотивовъ, чувства законности и сознанія интереса, то нѣтъ ли основанія утверждать, что все психическое принужденіе составляетъ исключительный, случайный спутникъ права, но не составляетъ его характерной черты? Можетъ быть, психическое принужденіе не болѣе какъ патологическое явленіе, по которому никакъ нельзя судить о нормальномъ состояніи?

Но страхъ передъ угрозою не составляетъ только дополнительнаго мотива. Напротивъ, это основной мотивъ, который лишь преобразуется путемъ долгаго и постояннаго дѣйствія, въ мотивы иного рода, въ готовность слѣдовать нормамъ права, пото-

⁸⁾ Аргументъ противъ принудительности въ правѣ, основанный на томъ, что даже въ обществѣ праведниковъ дѣйствовало бы право, повторяется нерѣдко: Tugendlehre, *Naturrecht*, 1868, стр. 89; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 70; кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1910, стр. 16.

му что они соотвѣтствуютъ поведенію, къ которому пріучилъ ранѣе страхъ; въ готовность слѣдовать нормамъ права, хотя и не согласнымъ съ привычнымъ поведеніемъ, по чувству законности, воспитанному страхомъ передъ авторитетомъ закона; въ готовность слѣдовать нормамъ права, противнымъ убѣжденію и совѣсти, изъ преклоненія передъ государственностью, успѣвшею вкоренить это чувство къ себѣ страхомъ передъ своею силою. Откуда же являются эти чувства, какъ не вслѣдствіе продолжительнаго воспитанія ихъ путемъ страха передъ угрозой? Представимъ себѣ, что въ извѣстномъ государствѣ власть никогда не грозила за нарушение ея законовъ. Могло ли бы въ этомъ обществѣ воспитаться чувство законности?

Страхъ передъ угрозой, сопровождающей норму права, есть основной мотивъ правового поведенія, основанный на эгоизмѣ человѣка. Опъ способенъ перейти за порогъ сознанія и преобразоваться въ мотивы другого рода. Но безъ первоначальнаго, основного мотива никогда не существовали бы производимые.

Поэтому угроза сопровождаетъ каждую норму права, постоянно присуща имъ, но дѣйствіе ея, въ конкретномъ случаѣ, обнаруживается только тогда, когда бездѣйствуютъ иные мотивы.

Итакъ, среди социальныхъ нормъ нормы права выделяются по признаку организованнаго принужденія. Самое принужденіе, сопровождающее норму права, имѣетъ психическій характеръ и заключается въ возбужденіи мотива, который долженъ склонить къ поведенію, согласному съ нормами, и преодолѣть мотивы, отклоняющіе отъ нормальнаго поведенія. Силою, воздѣйствующею въ этомъ направленіи на волю, является угроза со стороны государственной власти невыгодными послѣдствіями въ случаѣ уклоненія отъ нормы. Для приведенія этой угрозы въ исполненіе государство создаетъ особые органы.

Если такимъ образомъ найденъ видовой признакъ нормъ права, то неизбеженъ логическій выводъ: гдѣ этого признака нѣтъ, тамъ нѣтъ и нормъ права. Съ точки зрѣнія полученнаго понятія о правѣ необходимо исключить изъ области права нѣкоторыя нормы, которыя въ ходячемъ представленіи причисляются къ нормамъ права. Необходимо сократить слишкомъ широко разросшуюся область правовыхъ представленій, потому что въ

дѣйствительности область права уже, нежели обыкновенно думаютъ.

Это расширеніе права производится главнымъ образомъ за счетъ нравственности. Право часто приписываетъ себѣ то, что на самомъ дѣлѣ создается и поддерживается моралью, не такъ замѣтно для глаза, но за то гораздо прочиѣе. Въ виду этого, слѣдуетъ вывести нравственность изъ тѣни, и признать за нею то мѣсто, которое принадлежитъ ей въ средѣ социальныхъ отношеній. На самомъ дѣлѣ, социальная роль нравственности значительно больше и глубже, нежели права. Казалось бы, именно съ точки зрѣнія идеалистическихъ теченій должно бы проявиться стремленіе поставить право на свое мѣсто. Но именно это направленіе проявляетъ наибольшую склонность перевести мораль въ право.

Откуда же это стремленіе признать правовой характеръ за такими отношеніями, которыя лишены признака организованнаго принужденія, и которыя потому не могутъ быть отнесены къ праву? Откуда этотъ странный взглядъ, будто есть что-то предосудительное, опасное въ отрицаніи за тѣмъ или инымъ проявленіемъ общественности характерныхъ чертъ права?

Причина кроется въ самообманѣ, а отчасти и въ обманѣ. Люди склонны думать, что, если они признаютъ за нѣкоторыми социальными нормами, не принадлежащими къ праву, правовой характеръ, то эти нормы пріобрѣтутъ то свойство защищенности, какое присуще нормамъ права. Имъ хотѣлось бы, чтобы эти нормы имѣли такую же твердость, какъ право, и они начинаютъ вѣрить въ правовой ихъ характеръ. Увѣрившись, что это нормы правовыя, они успокаиваются относительно ихъ соблюденія, перенося на этотъ случай то убѣжденіе въ твердости и обезпеченности нормъ, какое дается ежедневнымъ наблюденіемъ надъ случаями дѣйствительнаго права. Въ этомъ самообманѣ ихъ охотно поддерживаютъ тѣ, которые могли бы опасаться, что неувѣренный въ обезпеченности, народъ сталъ бы напрягать все свое вниманіе на нормы и дѣйствовать всею общественною силою для ихъ поддержки. Обманываясь относительно истинной природы такихъ социальныхъ нормъ, ослабляютъ силу общественнаго мнѣнія,—единственную гарантію ихъ соблюденія.

Съ точки зрѣнія принудительности, какъ характернаго признака нормъ права, могутъ и должны быть сдѣланы слѣдующіе логическіе выводы.

1. Если нормы права выражаютъ собою требованія, обращенныя государственною властью къ подчиненнымъ ей, то правила, опредѣляющія устройство и дѣятельность самой государственной власти, не могутъ имѣть правового характера. Этимъ выводомъ изъ области права выносятся такъ называемые основные законы. Государственная власть не подчинена праву, потому что требованіе, обращенное къ самому себѣ подъ угрозою, не имѣетъ никакого значенія. Въ дѣйствительности государственная власть находится всецѣло подъ санкціей общественнаго мнѣнія, и этимъ правила ея дѣятельности переносятся въ сферу морали.

2. Если требованіе извѣстнаго поведенія, указаннаго въ правилахъ, исходитъ отъ государства, то правила, поддерживаемыя авторитетомъ церкви, не могутъ носить правового характера. Этимъ выводомъ изъ области права исключается каноническое право. Насколько каноны опредѣляютъ отношеніе человѣка къ Богу, они поддерживаются не правовою, а религіозною санкціею, иногда гораздо болѣе могущественною, чѣмъ первая. Насколько каноны опредѣляютъ отношеніе человѣка къ другимъ членамъ той же церкви, они поддерживаются угрозою, исходящею отъ органовъ церковной власти и имѣютъ силу нравственнаго авторитета для вѣрующихъ. Правовой характеръ каноны пріобрѣтаютъ лишь въ той степени, насколько государство требуетъ отъ подвластныхъ ей (а не отъ всѣхъ вѣрующихъ) соблюденія тѣхъ правилъ поведенія, какія установлены церковью, напр., по вопросу о бракѣ. Когда государственная власть затрудняется установить желательныя ей нормы права, какъ несогласныя съ каноническимъ правомъ, то затрудненіе это не правового, а нравственно-религіознаго характера. Не потому государство удерживается отъ реформаторской дѣятельности, что ему препятствуетъ каноническое право, такъ какъ надъ государствомъ нѣтъ права, а потому что опасается стать въ противорѣчіе съ религіозными представленіями, напр., по вопросу о гражданской формѣ брака, о сжиганіи труновъ.

3. Если нормы права составляютъ требованія, обращенныя государственною властью къ подчиненнымъ ей лицамъ, то правовой характеръ несвойственъ тѣмъ правиламъ, которыми опредѣляются взаимныя отношенія государствъ. Этимъ выводомъ устраняется изъ области права такъ называемое международное право. Отсюда не слѣдуетъ дѣлать заключенія, будто не существуетъ никакихъ правилъ международного общенія, или что существующія ничѣмъ не обеспечиваются. Правила международного общенія выражаютъ требованія международного общества и поддерживаются силою международного общественнаго мнѣнія. Но это давленіе не имѣетъ свойствъ организованнаго принужденія, и нельзя опредѣлить заранѣе, какова окажется репрессія противъ нарушителя и отъ кого будетъ исходить. Признавая правила международного общенія нормами права, мы ожидаемъ отъ нихъ такихъ послѣдствій, какихъ они по существу своему неспособны дать, и не поддерживаемъ ихъ тѣми средствами, какія одни въ состояніи обеспечить ихъ соблюденіе.

§ 34.

Право и государство.

Литература: Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901; Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouverenität*, 1905; Grabowsky, *Recht und Staat*, 1908; Helzfelder, *Gewalt und Recht*, 1890; Wieser, *Recht und Macht*, 1910; G. Seidler, *Das juristische Kriterium des Staats*, 1905; Новгородцевъ, *Государство и право* (Вопр. фил. и псих. 1904, кн. IV); Алексѣевъ, *Начало верховенства права въ современномъ государствѣ* (Вопросы права 1910, кн. II).

Нормы права—это требованія государства. Государство, являясь источникомъ права, очевидно, не можетъ быть само обусловлено правомъ. Государственная власть оказывается надъ правомъ, а не подъ правомъ. Государство есть явленіе первичное, право—вторичное. Такова теорія первенства государства, на которой строится опредѣленіе права по признаку принудительности.

Прямую противоположность ей составляетъ теорія первенства права. Сама государственная власть носить правовой ха-

рактерь. Въ основѣ государственной власти лежитъ не фактъ, а право. Государство не можетъ быть источникомъ права, потому что оно само вытекаетъ изъ права. Надъ государствомъ находится право, которое поэтому его сдерживаетъ и ограничиваетъ.

Это не только двѣ противоположныя точки зрѣнія на одинъ изъ спорныхъ въ наукѣ вопросовъ, это—два противоположныхъ міросозерцанія въ области обществовѣдѣнія.

Въ послѣднее время выдвинулся рядъ ученыхъ, выступившихъ на защиту теоріи первенства права. Почти всѣ страны выставили своихъ представителей. Посмотримъ на ихъ доводы.

Изъ Голландіи на этотъ вопросъ отозвался профессоръ университета въ Грѳингенѣ Краббѣ. Соотношеніе между обѣими указанными теоріями Краббѣ понимаетъ такъ. „Теорія первенства государства имѣетъ въ своемъ основаніи представленіе, что сила коренится въ личномъ правѣ повелѣнія. Теорія же первенства права покоится на представленіи о безличной власти, свойственной нормамъ права именно потому, что онѣ право. Послѣдняя теорія есть плодъ высшей культуры и предполагаетъ способность къ абстрактному мышленію“ ¹⁾. Основная идея теоріи, отстаиваемой Краббѣ, та, что „сила, которую способно проявить государство, есть исключительно правовая сила“ ²⁾. Если государство обладаетъ принудительнымъ аппаратомъ, то дѣйствіе этого аппарата, магистратуры, полиціи, войска, обезпечивается всецѣло соответствіемъ праву. Повиновеніе всѣхъ, подчиненныхъ государству, есть повиновеніе праву. Приложеніе силы, направленное къ осуществленію государственной цѣли общаго блага, есть исполненіе правовой обязанности со стороны органовъ власти. „Можно сказать, что право довлѣетъ себѣ“ ³⁾. „Такимъ образомъ для права дѣйствуетъ принципъ автономіи, а не гетерономіи, какъ это признаетъ теорія первенства права“. „Слѣдовательно, противоположность между той и другой теоріей такая же, какъ между автономной и гетерономной моралью въ этикѣ“ ⁴⁾. Само право имѣетъ

¹⁾ Краббѣ, *Die Lehre de Rechtssouverenität*, 1906, стр. 47.

²⁾ Краббѣ, тамъ же, стр. 245.

³⁾ Краббѣ, тамъ же, стр. 186.

⁴⁾ Краббѣ, тамъ же, стр. 187.

своею цѣлью общественное благо и постольку лишь обладаетъ правовою цѣнностью (Rechtswerth). Государственная власть въ роли законодателя не творитъ право, а лишь вскрываетъ его. „Созданная законодателемъ норма можетъ быть разсматриваема, какъ воля государства“ 5). „Резюмируя, мы позволяемъ себѣ утверждать, что установленныя законодателемъ нормы являются правовыми нормами, потому что законодатель признанъ органомъ права со стороны правового порядка. Но поддерживающій это признаніе правовой порядокъ обязанъ своею принудительной силой соотвѣтствію его нормъ правовымъ убѣжденіямъ народа. Какъ только онъ потеряетъ эту почву, такъ тотчасъ же на мѣсто существующаго правового органа станетъ другой, въ случаѣ необходимости путемъ сокрушенія положительнаго (!) права“ 6).

Совершенно вѣрно, что мало развитое мышленіе легче всего представляетъ себѣ государственную власть путемъ воплощенія ея въ физическомъ лицѣ. Но этотъ психологическій фактъ не имѣетъ ничего общаго съ представленіемъ о происхожденіи права изъ государства. На мѣсто одного лица со временемъ у власти становится болѣе или менѣе значительное число лицъ. Но представленіе о безличной власти не есть продуктъ высшей культуры, а просто плодъ мистицизма.

Устраненіе власти, какъ источника права, возбуждаетъ сомнѣніе, гдѣ же разница между государствомъ и другими принудительными союзами, умѣщающимися въ государствѣ, — городомъ, земствомъ? До сихъ поръ мы различали законъ и обязательное постановленіе съ точки зрѣнія необходимости для послѣдняго соотвѣтствовать велѣніямъ перваго. Но съ точки зрѣнія Краббе граница различія стирается, потому что оба вида нормъ въ равной мѣрѣ раскрываютъ вѣ ихъ стоящее право. Въ чемъ искать таинственное право, стоящее надъ государствомъ и лишь частично обнаруживаемое въ государственныхъ законахъ? По мнѣнію Краббе, это право коренится въ народныхъ убѣжденіяхъ. Но не тамъ ли матеріальный источникъ всѣхъ вообще социальныхъ нормъ? Гдѣ же тогда различіе между правомъ и нравственностью, правомъ и правами?

5) Краббе, тамъ же, стр. 245.

6) Краббе, тамъ же, стр. 174.

Тѣмъ же мистицизмомъ проникнуто представленіе о правовой автономіи. И моральная автономія Канта и интуитивное право Петражицкаго связаны съ индивидуальными переживаниями. Но какъ можно утверждать, что „право обладаетъ, какъ норма автономной морали, императивнымъ характеромъ“. Кому повелѣваетъ право? Государству? Это то, что нужно Краббѣ доказать и что онъ боится прямо высказать. А если отдѣльными лицамъ, входящимъ въ составъ государства, то Краббѣ не удается доказать положеніе о первенствѣ права надъ государствомъ.

Во Франціи подчинить государство праву пытаются въ новейшее время Дюги, профессоръ университета въ Бордо. „Вполнѣ возможно доказать, что и помимо своего созданія государствомъ право имѣетъ прочное основаніе, предшествуетъ государству, возвышается надъ послѣднимъ и, какъ таковое, обязательно для него“ ⁷⁾. Всюду, гдѣ есть общество, имѣется и право. Люди въ обществѣ одновременно сознаютъ и свою индивидуальность, и свою связь съ другими, которая можетъ быть названа социальною солидарностью. Правила этой социальной солидарности и составляютъ объективное право, которое не подчинено государству, но подчиняетъ себѣ государство. „Если государственная власть есть власть наиболѣе сильныхъ, простой фактъ, то все же есть норма, которая воздѣйствуетъ на этихъ сильнѣйшихъ, какъ и на всѣхъ вообще. Эта норма есть норма права“. „Основанная на совпаденіи цѣлей социальныхъ и индивидуальныхъ, эта норма находитъ свое первое проявленіе въ совѣсти людей, болѣе полное выраженіе въ обычаяхъ, въ законѣ и свое осуществленіе въ физическомъ принужденіи государства, которое такимъ образомъ оказывается не чѣмъ инымъ, какъ силой, служащей праву“ ⁸⁾. „Государство подчинено нормѣ права, какъ и сами индивиды; воля властвующихъ является правовой волей, способной прибѣгать къ принужденію только въ томъ случаѣ, если она проявляется въ границахъ, начертанныхъ нормой права“ ⁹⁾. „Такимъ образомъ властвующіе ограничены въ своихъ дѣйствіяхъ нормою права, отрицательно и положительно, отрицатель-

⁷⁾ Дюги, *Конституціонное право*, 1908, стр. 3.

⁸⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 10 и 11.

⁹⁾ Duguit, тамъ же, стр. 259.

но,—потому что они не могут сдѣлать ничего противнаго нормѣ права, положительно,—потому что они обязаны содѣйствовать социальной солидарности“¹⁰⁾).

Откуда явилась эта норма права, которую Дюги ставитъ надъ государствомъ? Составляетъ ли это фактъ, данный въ опытѣ? Дюги не стоитъ на томъ. „Если бы нельзя было установить основанія права, помимо созданія его государствомъ, то слѣдовало бы утверждать, какъ постулатъ, существованіе права, предшествующаго государству и стоящаго надъ нимъ“. Дюги не стѣсняется заявлять, что предположеніе такого права нужно, „чтобы добиться ограниченія дѣйствій государства“¹¹⁾. Ему кажется, что онъ поступаетъ, какъ Эвклидъ, построившій геометрію на постулатѣ параллелей¹²⁾. Оставляя въ сторонѣ послѣднюю претензію, мы должны отмѣтить, какъ приведенными словами вскрывается научный приѣмъ Дюги: онъ готовъ пожертвовать истиной ради блага. Весь его взглядъ, который онъ самъ почему-то выдаетъ за позитивный, построенъ не на наблюденіи дѣйствительности, а на предвзятомъ взглядѣ, на мелко слащавомъ идеализмѣ.

Что представляетъ собою норма социальной солидарности? Это законъ социальной жизни¹³⁾. Но это не каузальный, а телеологическій законъ. „Соціальныи законъ есть законъ цѣли; всякая цѣль законна, когда она согласна съ социальнымъ закономъ, и всякій актъ, направленный къ достиженію этой цѣли, имѣетъ социальную цѣнность, т.-е. правовую“¹⁴⁾. Въ этихъ словахъ есть все: игра словами, смѣшеніе научныхъ понятій, игнорированіе дѣйствительности.

Допустимъ, что норма социальной солидарности стоитъ надъ государствомъ. Тогда, казалось бы, должно быть одно общечеловѣческое право? Но Дюги колеблется. Конечно, социальная солидарность охватываетъ всѣхъ членовъ человѣчества, но пока эти связи слабы¹⁵⁾. Какъ объяснить однако Дюги, что положи-

¹⁰⁾ Duguit, тамъ же, стр. 261.

¹¹⁾ Дюги, *Конституціонное право*, стр. 3 и 4.

¹²⁾ Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, 1908, стр. 8—9.

¹³⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 16.

¹⁴⁾ Дюги, тамъ же, стр. 18.

¹⁵⁾ Дюги, *Конституціонное право*, стр. 13.

тельное право различается по государствамъ, если оно не зависитъ отъ государства? И если социальная солидарность будетъ охватывать все человѣчество и дать единое положительное право, то не стоитъ ли этотъ ожидаемый процессъ въ связи съ процессомъ сліянiя государствъ?

Если норма социальной солидарности стоитъ надъ государствомъ, то Дюги правъ, утверждая, что „законъ получаетъ свою обязательную силу не въ волѣ властвующихъ, а въ своемъ соотвѣтствіи социальной солидарности“¹⁶⁾. Но тутъ невольно напрашивается мысль, не представляетъ ли собою все предпріятіе Дюги просто этическое обоснованіе права? Однако Дюги этого вывода не желаетъ: норма социальной солидарности такъ же мало можетъ быть названа нормой нравственности, какъ и естественнымъ закономъ, потому что она не даетъ оцѣнки индивидуальныхъ актовъ¹⁷⁾. Но самъ Дюги наталкивается на оцѣнку каждаго повиновенiя закону, каждаго нарушенiя законовъ — съ точки зрѣнiя солидарности. Чувствуя трудность отграничить норму социальной солидарности, Дюги пренебрежительно заявляетъ, что вѣковой споръ о разграниченiи морали и права кажется ему пустой затѣей, потому что „логически нѣтъ разницы между правомъ и моралью“. И вдругъ черезъ нѣсколько строкъ Дюги утверждаетъ, что „съ ходомъ цивилизаціи область морали съ каждымъ днемъ сокращается въ пользу области права“¹⁸⁾. Трудно себѣ представить большую путаницу понятiй, чѣмъ та, какую обнаруживаетъ Дюги, выступившій со смѣлой мыслью перевернуть реальное отношеніе между правомъ и государствомъ.

Если Краббъ и Дюги понимаютъ отношеніе между правомъ и государствомъ, какъ верховенство права надъ государствомъ, то Еллинекъ, выразитель теченiй германской мысли, представляетъ себѣ это отношеніе въ формѣ параллелизма. Право и государство идутъ нога въ ногу, государственный порядокъ есть въ то же время и правовой порядокъ. Созданное государствомъ

¹⁶⁾ Дюги, *Конституціонное право*, стр. 70.

¹⁷⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif, et la loi positive*, стр. 18.

¹⁸⁾ Duguit, тамъ же, стр. 101—102.

право обязывает не только подвластных, но и само государство ¹⁹⁾.

Историческое соотношение между правомъ и государствомъ Еллинекъ разрѣшаетъ такъ. „Если понимать подъ государствомъ политическое общеніе современныхъ народовъ, то право, безъ сомнѣнія, существовало и до него. Но если мыслить государство динамически и опредѣлять его, какъ высшій въ данную эпоху основанный на власти союзъ, то отвѣтъ получится совершенно иной“ ²⁰⁾. Такъ какъ съ научной точки зрѣнія нельзя смотрѣть на государство только въ современной его формѣ, то, повидимому, подготовленъ отвѣтъ, что и логически „всякое право должно быть создано или допущено государствомъ“ ²¹⁾. Но Еллинекъ даетъ иное рѣшеніе. „Два психологическихъ элемента обуславливаютъ превращеніе государственнаго порядка въ правопорядокъ. Первый, превращающій фактически осуществляемое въ нормативное, есть элементъ консервативный; второй, порождающій представленіе о правѣ, стоящемъ надъ положительнымъ правомъ, представляетъ собою рационалистическій, эволюціонный, прогрессивный, направленный на измѣненіе существующаго порядка, элементъ правообразованія“ ²²⁾.

Такимъ образомъ вѣчный параллелизмъ права и государства Еллинекъ стремится доказать, во-первыхъ, тѣмъ, что „фактическія отношенія господства должны быть признаваемы и какъ правовыя“, „превращеніе власти государства, первоначально повсюду фактической, въ правовую всегда обуславливалось тѣмъ, что присоединялось убѣжденіе о нормативномъ характерѣ этого фактическаго элемента, что должно быть такъ, какъ есть“ ²³⁾. Ничего нельзя возразить противъ утвержденія, что давно сложившіяся фактическія отношенія приобрѣтаютъ характеръ нормативныхъ, правовыхъ. Но если фактъ не имѣетъ за собою ника-

¹⁹⁾ Мы разсматриваемъ взгляды Еллинека по Общему ученію о государствѣ, при чемъ необходимо указать на неустойчивость его взглядовъ, которые неоднократно измѣнялись имъ въ различныхъ его работахъ.

²⁰⁾ Еллинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, 1908, стр. 266.

²¹⁾ Еллинекъ, тамъ же, стр. 285.

²²⁾ Еллинекъ, тамъ же.

²³⁾ Еллинекъ, тамъ же, стр. 250—251.

кой давности, если господство установилось только вчера, как это происходит при переворотах, откуда приобрести фактическое правовой характер? Если стоять на психологической почве, то необходимо, чтобы факт уложился в сознании, а чтобы граждане освоились с мыслью, что то, что произошло, и должно было произойти, на это требуется время. Еллинек дѣлает совершенно неожиданный оборотъ и утверждаетъ, что „осуществленіе государственной власти узурпаторомъ тотчасъ же создаетъ новое правовое состояніе, такъ какъ здѣсь нѣтъ такой инстанціи, которая могла бы признать фактъ узурпаціи юридически ничтожнымъ“²⁴⁾. Итакъ, всякое господство властвующихъ имѣетъ правовой характеръ, потому что нельзя оспорить правомѣрности захвата власти. Развѣ же такое утвержденіе не доказываетъ лучше всего полной несостоятельности мнѣнія, будто государство всегда существуетъ и дѣйствуетъ въ категоріи права?

Съ другой стороны Еллинекъ предвидитъ, что традиціонный государственный порядокъ можетъ разойтись съ требованіями, предъявляемыми обществомъ къ праву. Конечно, нѣтъ ничего логически невозможнаго въ томъ, что между правомъ, поддерживаемымъ государствомъ и нравственными требованіями можетъ возникнуть несоотвѣтствіе. Но съ точки зрѣнія Еллинека здѣсь кроется большое затрудненіе. Для Еллинека „необходимымъ признакомъ всякаго права является то, что оно есть право дѣйствующее“, и дѣйствующимъ называется то право, которое соотвѣтствуетъ „убѣжденію въ томъ, что мы обязаны слѣдовать этой нормѣ“. „На этомъ чисто субъективномъ моментѣ построенъ весь правопорядокъ“²⁵⁾. Но если такъ, то общественныя требованія, вытекающія изъ убѣжденія, что необходимо слѣдовать такимъ-то новымъ, непризнаннымъ со стороны государства, нормамъ, должны быть признаны дѣйствующимъ правомъ. Въ какомъ же тогда отношеніи окажется право, поддерживаемое государственной властью и расходящееся съ убѣжденіями подвластныхъ, къ праву, отвѣчающему убѣжденіямъ подвластныхъ, но не поддерживаемому или даже подавляемому государственною

24) Еллинекъ, тамъ же, стр. 249.

25) Еллинекъ, тамъ же, стр. 244.

властью? Отрицать такіе конфликты не можетъ никто, не закрывъ предварительно глаза на дѣйствительную жизнь. Но съ точки зрѣнія параллелизма права и государства они необъяснимы.

Мы разсмотрѣли важнѣйшія попытки опровергнуть то положеніе, что право есть произведеніе государства, что право держится только государствомъ, что государственная власть, творящая право, стоитъ сама внѣ правовой досягаемости. Всѣ эти попытки не выдерживаютъ логической критики. Сознвая свою теоретическую слабость, защитники стремятся поставить вопросъ на почву постулата. Но попытки подчинить государство праву не выдерживаетъ и этической критики. Дѣло не въ томъ, чтобы связать государство правовыми нитками подобно тому, какъ лилипуты связывали Гулливера. Вопросъ въ томъ, какъ организовать власть такъ, чтобы невозможенъ былъ или былъ доведенъ до minimum'a конфликтъ между правомъ, исходящимъ отъ властвующихъ, и нравственными убѣжденіями подвластныхъ. Для этого не надо изображать мнимыя правовыя гарантіи, а слѣдуетъ лишь раскрывать нравственный долгъ гражданина въ связи съ сознаніемъ личнаго интереса.

Государство предшествуетъ праву исторически и логически.

Гдѣ есть общество, тамъ имѣются и правила общежитія. Но первоначально они находятся въ недифференцированномъ состояніи и соблюденіе ихъ поддерживается силою мнѣнія всей общественной группы. Въ началѣ судъ, который признаетъ въ случаѣ спора правду на одной сторонѣ, а другую сторону объявляетъ неправую, и предоставляетъ первой собственными силами привести рѣшеніе въ исполненіе, является органомъ общественнаго мнѣнія, а не государственной власти. Авторитетъ такого суда зависитъ отъ авторитетности судей, почему обыкновенно судьями выступаютъ всѣми уважаемые старцы. Имѣя за собой авторитетъ общественнаго мнѣнія, выраженнаго въ рѣшеніи такого суда, признанный правымъ всегда найдетъ сторонниковъ, готовыхъ помочь ему привести фактическое положеніе вещей въ соотвѣтствіе съ тѣмъ, какое было признано долженствующимъ. Мы имѣемъ передъ собой судъ нравственный, сходный съ современными судами чести, съ литературными судами.

Въ нѣдрахъ общества зарождается организованная власть. Всѣ

ея вниманіе первоначально обращено на обезпеченіе виѣшней безопасности, и внутренняя жизнь общественной группы остается подъ дѣйствіемъ прежнихъ правилъ. Затѣмъ, для укрѣпленія своего положенія, власть обращается къ внутреннему управленію. Князь, царь или иначе называемый вождь принимается творить судъ, потому что къ нему обращаются, какъ къ авторитету. Но онъ не творитъ новыхъ правилъ ²⁶⁾. Однако, признавъ которое-либо изъ существующихъ правилъ, онъ даетъ ему свой мечъ. Этимъ изъ правилъ общежитія сразу выдѣляется особая группа, отличающаяся по существенному моменту, — по новому способу охраны. Таково рожденіе права. Его отцомъ былъ образовавшійся въ общественной средѣ государственный элементъ. Позднѣе, власть не только поддерживаетъ существовавшія правила, но, опираясь на свой мечъ, создаетъ новыя или видоизмѣняетъ прежнія.

Этотъ процессъ перехода нормъ въ правовое состояніе можно наблюдать, напр., на частной мести. Въ началѣ обязанность мстить за родственниковъ вовсе не правовая, а нравственная. Это требованіе общества, охраняемое общественнымъ мнѣніемъ, которое одобряетъ мстителя и презираетъ отказавшагося отъ мщенія. О правѣ мести можно говорить только тогда, когда государственная власть, охраняя внутренній миръ, ставитъ границы допустимой по нравственному долгу мести. Разрѣшая мечь со стороны ближайшихъ родственниковъ и запрещая ее, подъ страхомъ кары, отдаленнымъ роднымъ, власть впервые придаетъ институту мести правовой характеръ ²⁷⁾.

Таково историческое соотношеніе между правомъ и государствомъ. Съ логической стороны важно не то, кѣмъ и когда созданы нормы поведенія, признаваемыя правовыми. Суть дѣла состоитъ въ томъ, что для признанія за нормами правового характера необходимо то организованное принужденіе, которое только

²⁶⁾ Salmond, *Jurisprudence*, 2 изд. 1907, стр. 132: the function of the state in its earlier conception is to enforce the law, not to take it.

²⁷⁾ Какъ правильно замѣчаетъ японскій ученый Като, *Der Kampf ums Recht des Stärkeren und seine Entwicklung*, 1894, стр. 10: „жизнь дана человѣку, конечно, раѣе, чѣмъ возникло государство, но право на жизнь создается только въ государствахъ“.

и способно отличить нормы права отъ всѣхъ иныхъ социальныхъ нормъ, и которое можетъ исходить только отъ государства. Пусть исторически содержаніе нѣкоторыхъ нормъ предшествуетъ государству, напр., въ семейной области, но логически эти нормы стали правовыми только тогда и только потому, что создано государство, обеспечивающее присущими ему силами ихъ исполненіе. Право есть функция государства, и потому логически оно немыслимо безъ государства и до государства ²⁸⁾.

Если право держится авторитетомъ государства, то чѣмъ руководствуется государство, создавая тѣ или инныя нормы права или поддерживая тѣ или инныя нормы, создавшіяся помимо него? Если государственная власть есть основанная на силѣ воля властвующихъ, то выдвигаемая ею нормы права должны прежде всего отражать интересы самихъ властвующихъ. Тѣ, въ чьихъ рукахъ власть, вводятъ поведеніе подвластныхъ въ тѣ нормы, которыя наиболѣе отвѣчаютъ интересамъ властвующихъ. Нормами права поведеніе подвластныхъ приспособляется къ интересамъ властвующихъ. Чѣмъ уже кругъ властвующихъ, тѣмъ рѣзче выступаетъ противоположность ихъ интересовъ интересамъ остальной части государства. Чѣмъ шире этотъ кругъ, напр., въ республикѣ, тѣмъ сильнѣе затушевывается это значеніе права.

Въ указанномъ направленіи эгоизмъ властвующихъ сдерживается съ одной стороны собственнымъ эгоизмомъ, съ другой эгоизмомъ подвластныхъ. Эгоизмъ властвующихъ подсказываетъ имъ благоразуміе и умѣренность въ правовомъ творествѣ. Они могутъ охранять правомъ свои интересы только тѣсно сплетая ихъ съ интересами подвластныхъ и, по возможности, не доводя послѣднихъ до сознанія противоположности. Подвластные съ своей стороны заинтересованы въ томъ правовомъ порядкѣ, который устанавливается властвующими, потому что порядокъ, хотя бы онъ и не равномерно распредѣлялъ выгоды, все же лучше

²⁸⁾ Замѣчательно, что въ то время, какъ юристы тщательно стараются сдѣлать съ права государственно-принудительный характеръ, представители этики и социологін охотно признаютъ, что безъ государства нѣтъ права. См. Paulsen, *System der Ethik*, 5 изд., т. II, стр. 515, Wandt, *Ethik*, 2 изд., 1893, т. II, стр. 215; Höffding, *Ethik*, 1888, стр. 406. Изъ социологовъ — Lester Ward, *Sociologie pure*, т. II, стр. 348.

беспорядка, лишаящего каждого всякой обеспеченности. Но, сами подвластные, понимая все значеніе правопорядка для интересовъ властвующихъ, оказываютъ все большій напоръ на государство, требуя вниманія къ своимъ интересамъ. Съ ростомъ сознательности и съ увеличеніемъ организованности общественныхъ силъ, давленіе подвластныхъ на власть становится все сильнѣе, несмотря на усовершенствованіе государственнаго механизма.

Право представляетъ равнодѣйствующую двухъ силъ, изъ которыхъ одна имѣетъ своимъ источникомъ интересы властвующихъ, а другая — интересы подвластныхъ. Право, поддерживаемое государствомъ, есть результатъ соотношенія государственныхъ и общественныхъ силъ ²⁹⁾.

Съ развитой сейчасъ точки зрѣнія вполне оправдывается положеніе Іеринга, что „право есть хорошо понимаемая политика силы“ ³⁰⁾. Благоразуміе принуждаетъ властвующихъ къ самоограниченію. Въ литературѣ нерѣдко эта идея самоограниченія власти, принадлежащая Іерингу, смѣшивается съ идеей государственнаго самоограниченія, выставленной Еллинекомъ. Но здѣсь нѣтъ ничего общаго. Іерингъ говоритъ о фактическомъ самоограниченіи, Еллинекъ — о правовомъ. Іерингъ полагаетъ, что въ правѣ государство ставить себѣ границы, потому что это подсказывается хорошо сознаннымъ интересомъ, для Еллинека государство сдерживаетъ свои интересы въ созданныхъ имъ самимъ границахъ, потому что нарушенію этихъ границъ мѣшаетъ право. Точка зрѣнія Іеринга есть реальный взглядъ, взятый изъ наблюденія и основанный на пониманіи человѣческой природы, точка зрѣнія Еллинека есть мистическій взглядъ, подсказанный политической романтикой ³¹⁾.

²⁹⁾ Нагиоц, *Principes de droit public*, 1910, стр. 85: le droit découle de l'équilibre établi entre le pouvoir de domination et l'ensemble des situations établies dans une institution politique.

³⁰⁾ Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. 1, 3 изд., 1893, стр. 378.

³¹⁾ Некоторые дальновзоркіе юристы усмотрѣли въ Іерингѣ аутократа Пруссіи, и опредѣляютъ даже время появленія его книги данными внутренней хронологіи (Дювернуа, *Чтенія по гражданскому праву*, 1898, стр. 23—25). Между тѣмъ Іерингъ замѣтилъ въ событіяхъ своего времени такіа объясненія общественныхъ явленій, которыя побудили его создать теорію дѣйствительности, изъ которой только и можно извлечь средство противодѣйствія тому порядку, пѣвцомъ котораго считаютъ Іеринга.

Если право исходить от государства, если государство стоит надъ правомъ, то не санкціонуется ли такую точкою зрѣнія произволь? Въ ужасѣ передъ такимъ выводомъ иные признають воззрѣніе на государственную власть, какъ надзаконную и неограниченную, отзвукомъ абсолютнаго государства. „Несмотря на то, говоритъ Алексѣевъ, что современное государство радикально обновило формы своего политическаго существованія, старыя идеи, которыми питался абсолютный строй, тѣмъ не менѣе, все еще живы и продолжаютъ стелить свой туманъ, заволакивающей политическую мысль и мѣшающей идеѣ верховенства права выступить во всей своей яркости и силѣ“ ³²⁾. „Эта теорія, возмущается Лѣнинъ, насквозь проникнута деспотизмомъ“. „Теорія эта всегда признаетъ того господиномъ, у котораго въ рукахъ все право, и потому все остальные должны подчиняться его усмотрѣнію и желанію; это не свободные граждане, но на самомъ дѣлѣ несвободные рабы всемогущаго государства“ ³³⁾. Но, спрашивается, кто болѣе находится въ туманѣ, тотъ ли, кто смотритъ на дѣйствительность, какъ она представляется ему въ наблюденіи, или тотъ, кто смотритъ на эту дѣйствительность сквозь очки своихъ пожеланій? На почвѣ абсолютизма выработалось начало: *princeps legibus solutus est*. Оспаривать его вѣрность въ отношеніи государства, которое управляется волею одного лица, никто сейчасъ не рѣшается. Вся критика этого начала направлена въ пользу непримѣнимости его къ современному „правовому“ государству. Но развѣ сущность государства измѣняется съ перемѣною формы правленія? Не все ли равно для понятія о томъ, что такое государство, кто является органомъ власти, самодержавный монархъ, парламентъ въ англійскомъ значеніи или французская палата депутатовъ съ сенатомъ? *Respublica legibus soluta est.*

Признаніе государства стоящимъ надъ правомъ, наводитъ на мысль, что нѣтъ разницы между властвованіемъ и произволомъ. Но тогда что же отличаетъ государство отъ шайки разбойниковъ? Вотъ выводъ, который, вслѣдствіе своей возможности, тол-

³²⁾ Алексѣевъ, *Начало верховенства права въ современномъ государствѣ* (Вопросы права, 1910, кн. II, стр. 6 и 15).

³³⁾ Лѣнинъ, *Объ основѣ и природѣ права*, рус. пер., 1909, стр. 11.

каеть въ сторону теоріи первенства права, побуждаетъ набросить на государство правовой покровъ ³⁴⁾.

Этотъ аргументъ выставленъ былъ еще блаженнымъ Августинимъ въ V вѣкѣ. Отъ него идетъ анекдотъ о томъ пиратѣ, который сказалъ Александру Македонскому, что на своемъ маленькомъ суднѣ онъ дѣлаетъ то же, что Александръ со своимъ большимъ флотомъ, хотя одного зовутъ разбойникомъ, а другого — великимъ царемъ.

Какъ ни оскорбительно для слуха сопоставленіе государства съ шайкой разбойниковъ, однако наукѣ нельзя отдѣлываться чувствомъ отвращенія и брезгливости, и необходимо найти, въ чемъ же это различіе, если оно есть. Нѣкоторые не могутъ признать княжество Монако государствомъ, потому что не находятъ разницы между нимъ и игорнымъ домомъ. И все же княжество Монако остается государствомъ.

Эта граница можетъ быть проведена въ томъ направленіи, что государство дѣйствуетъ путемъ права, а шайка разбойниковъ путемъ произвола. Гдѣ же различіе между правомъ и произволомъ? Этотъ вопросъ поставленъ и удачно разрѣшенъ Штаммлеромъ. Право есть правило поведенія и должно быть соблюдаемо самою властью, его устанавливающею, пока оно не будетъ замѣнено новымъ правиломъ. Если же власть, установившая правило, не считаетъ нужнымъ его соблюдать, а дѣйствуетъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ по своему усмотрѣнію, то право смѣняется произволомъ ³⁵⁾. Здѣсь опять-таки нѣтъ рѣчи о правовой связанности, а все дѣло въ политикѣ самоограниченія, подсказанной благоразуміемъ, хорошо сознаннымъ интересомъ. Исторически, иногда трудно провести то различіе, которое мы ищемъ. Что, въ самомъ дѣлѣ, представляютъ собою всѣ эти Аттилы, Аларихи, Клодвиги, не исключая и Вильгельма Завоевателя, какъ не крупныхъ разбойниковъ? Но утвердившись разбойнически, однимъ насиліемъ, они поняли, что въ ихъ личномъ интересѣ необходимо считаться съ интересами подвластныхъ, утвердить возможность спокойнаго сожительства и нѣкоторые изъ нихъ сумѣли установить поря-

³⁴⁾ D a h n, *Die Vernunft im Recht*, 1879, стр. 73; кн. Е. Трубецкой, *Лекція по энциклопедіи права*, 1909, стр. 21.

³⁵⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, т. II, стр. 155—195.

докъ, построенный на нормахъ. И отличие образованнаго такимъ началомъ государства отъ шайки обнаружилось въ томъ, что власть стала проявлять свою волю въ нормахъ, которыя она сама устанавливала, сама измѣняла, но и соблюдала, пока не замѣнила новыми. Во-вторыхъ, основное различіе между государствомъ и шайкой то, что шайка пользуется силой для разрушительныхъ цѣлей, а государство обращаетъ силу на созидательныя цѣли.

Если государственная власть, хотя и не подчиняется праву, но фактически считается съ созданнымъ ею самою правомъ, то государство уходитъ далеко отъ шайки. Но все же не слѣдуетъ забывать, что государство нерѣдко возникало изъ шайки, и что оно снова можетъ подойти къ ней, насколько въ государствѣ право смѣнится произволомъ.

Теорія первенства государства находится въ тѣсной связи съ теоріей принужденія въ ученіи о правѣ. Кто считаетъ отличительнымъ признакомъ права моментъ принудительности, тотъ не можетъ не раздѣлять взгляда, что право стоитъ подъ государствомъ, какъ его произведеніе. Государственная власть есть тотъ начальный фактъ, изъ котораго исходятъ, цѣпляясь другъ за друга, нормы права. Между тѣмъ нѣкоторые указываютъ на слѣдующую логическую ошибку теоріи принужденія³⁶⁾ „Съ точки зрѣнія теоріи принужденія нормою права (x) является лишь такая норма, на случай отсутствія добровольнаго исполненія которой другая норма права (x₁) предусматриваетъ примѣненіе принудительныхъ мѣръ, напр., предписываетъ извѣстнымъ лицамъ (судебному приставу, полицейскимъ служителямъ) примѣнить принудительное исполненіе. Но эта норма (x₁) въ свою очередь лишь въ томъ случаѣ можетъ быть, по теоріи принужденія, правовою нормою, если существуетъ дальнѣйшая норма (x₂), которая на случай отсутствія добровольнаго исполненія этой нормы (x₁) предусматриваетъ въ свою очередь принудительныя мѣры (напр., на случай нежеланія судебного пристава, чиновъ

³⁶⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 52, Гамбаровъ, *Право въ его основнаго моментахъ* (Сборникъ по общественно-юридическимъ наукамъ, в. 1, 1899, стр. 62); Петражицкій, *Теорія права и государства*, 2 изд. 1909, т. I, стр. 273.

полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительныя мѣры противъ этихъ ослушниковъ). Норма x_2 точно также должна имѣть дальнѣйшую санкцію соответственнаго содержанія— x_3 , за нормою x_3 должна слѣдовать санкція x_4 и т. д.—до безконечности“. Здѣсь все вѣрно, кромѣ послѣдняго слова, и тѣмъ не менѣе это вовсе не опроверженіе теоріи принужденія.

Такой рядъ нормъ, взаимно связанныхъ и образующихъ непрерывную цѣпь—несомнѣнный фактъ. Чѣмъ сложнѣе государственный механизмъ, тѣмъ длиннѣе эта цѣпь, тѣмъ больше въ ней звеньевъ. Если приставъ или городской способен настаивать на исполненіи нормы права (x), такъ это потому, что за ними, постепенно поднимаясь черезъ рядъ ступеней государственной іерархіи, стоитъ сама государственная власть со всею присущей ей силой. Приведенное возраженіе имѣло бы значеніе, если бы рядъ нормъ, поддерживающихъ другъ друга, былъ на самомъ дѣлѣ безконеченъ. Но это-то и невѣрно. Какъ только мы дошли до государственной власти, мы уперлись въ фактъ, на которомъ укрѣплена вся правовая цѣпь. Указаніе на безконечность было бы неотразимо, если бы мы признали, что государственная власть сама держится на правѣ. Но, признавъ первенство государства, признавъ, что не право стоитъ надъ государствомъ, а государство надъ правомъ, мы уничтожаемъ всю силу приведеннаго возраженія.

§ 35.

Право и нравственность.

Литература: Boistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, 1899, стр. 47—70; Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 101—107; Lasso, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 2—10; Berolzheimer, *System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, т. III, 1906, стр. 126—152; Harms, *Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 92—121; Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 52—64; Sturm, *Die psychologische Grundlage des Rechts*, 1910, стр. 135—155; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд. 1908, стр. 95—108; Вл. Соловьевъ. *Право и нравственность*; Новгородцевъ, *Право и нравственность* (Сборникъ по общественно-юридическимъ наукамъ, 1899, стр. 113—136); Щегловъ, *Право и нравственность*, 1888.

Соотношеніе между правомъ и нравственностью издавна занимаетъ вниманіе философовъ и юристовъ. Въ отграниченіи

права отъ нравственности и некоторые справедливо усматривали правильный методъ къ выясненію сущности права. Съ политической стороны противоположеніе нравственности праву имѣло своею цѣлью устранить вмѣшательство государства въ личную жизнь индивида. Въ сближеніи права и нравственности иные стремились найти оправданіе права, прикрывая его жесткой, принудительный характеръ этической идеей.

Съ точки зрѣнія философіи дѣйствительности вопросъ ставится такъ: чѣмъ отличается положительное право отъ положительной морали, и каково реальное взаимодѣйствіе между этими двумя видами социальныхъ нормъ. Слѣдовательно, въ постановку вопроса не входитъ сопоставленіе морали съ естественнымъ правомъ, или съ идеальнымъ представленіемъ о нормахъ права, которыя должны бы имѣть мѣсто въ общественной жизни.

Существуетъ попытка различить право и нравственность, какъ внѣшнюю и внутреннюю сторону поведенія. Нельзя сказать, чтобы эта точка зрѣнія выражалась всегда съ достаточною ясностью. Такъ, напр., Данъ проводитъ различіе слѣдующимъ образомъ. „Право можетъ быть вынуждаемо, потому что оно регулируетъ внѣшнія отношенія людей между собой, въ которыхъ основнымъ моментомъ является не намѣреніе, а дѣйствіе (или упущеніе); мораль же невынуждаема, потому что она регулируетъ внутреннія отношенія людей, въ которыхъ основнымъ моментомъ является не поддающееся вынужденію намѣреніе“ ¹⁾. Что это за внутреннее отношеніе? И развѣ нравственная норма, предписывающая людямъ помогать другъ другу въ нуждѣ, регулируетъ не отношеніе человѣка къ человѣку? Такъ же странно, когда намъ говорятъ, что нравственныя нормы отличаются отъ правовыхъ тѣмъ, что онѣ „опираются на авторитетъ внутренняго убѣжденія лица, слѣдующаго имъ“ ²⁾. Какъ будто лицо, слѣдующее нормамъ права, не убѣждено въ необходимости ихъ соблюденія, хотя бы въ виду того, чтобы избѣжать дѣйствія угрозы?

Разсматриваемый сейчасъ взглядъ на различіе между правомъ и нравственностью слѣдуетъ понимать такъ, что право

¹⁾ F. Danн, *Die Vernunft im Recht*, 1879, стр. 35.

²⁾ Гамбаровъ, *Право въ его основныхъ моментахъ* (Сборникъ, в. 1, 1899, стр. 47).

оцѣниваетъ отношеніе человѣка къ другимъ людямъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія установленнымъ объективно нормамъ, тогда какъ нравственность оцѣниваетъ то же отношеніе съ точки зрѣнія мотивовъ, побуждавшихъ къ такому поведенію. Право довольствуется внѣшнею правильностью, нравственность требуетъ внутренней правильности. Право смотритъ на результаты поведенія, независимо отъ мотивовъ, нравственность имѣетъ въ виду мотивы поведенія, независимо отъ его результатовъ.

Эта точка зрѣнія ищетъ себѣ опоры въ Кантѣ, который такъ ярко проводитъ границу между легальностью и моральностью поступка. Но кантовская линія проходитъ не тамъ, гдѣ ищутъ границу между правомъ и моралью. Съ точки зрѣнія Канта въ сферу легальности войдутъ всѣ акты поведенія, насколько они не опредѣляются сознаниемъ долга, а потому изъ сферы моральности должны быть исключены всѣ акты, совершенные по склонности.

Но вѣрно ли, на самомъ дѣлѣ, что право, какъ утверждаетъ Гефдингъ, „требуетъ лишь внѣшняго дѣйствія; оно не заботится ни о побужденіи, ни о волѣ“ ³⁾. Правда, нормы права оставляютъ безъ вниманія тѣ мотивы, которые побуждаютъ къ соблюденію ихъ. Для права безразлично, воздерживается ли человѣкъ отъ убійства своего врага уваженіемъ къ жизни ближняго, или опасеніемъ совершить грѣхъ, или же страхомъ понести наказаніе. Также мало значенія имѣетъ мотивъ, которымъ руководствуется плательщикъ налоговъ: сознаетъ ли онъ необходимость для каждаго гражданина удѣлять часть своихъ доходовъ на нужды государства, или рассчитываетъ на преимущества, соединяемыя съ уплатою налоговъ, напр., при выборахъ, или же опасается штрафа за промедленіе. Но дѣло тотчасъ измѣняется, какъ только возбуждается вопросъ о юридической оцѣнкѣ происшедшаго нарушенія нормы. Для права далеко не безразлично, по какимъ мотивамъ произошло убійство: представляетъ ли собою убійца человѣка способнаго лишить другого жизни всякій разъ, какъ это окажется выгоднымъ, при возможности остаться безнаказаннымъ, или это человѣкъ, который признаетъ неприкосновенность чужой жизни,

³⁾ Höffding, *Ethik*, 1886, стр. 406.

но потерялъ самообладаніе подъ вліяніемъ гнѣва, ревности, мозациты. Право относится неодинаково къ должнику, отказывающемуся расплатиться полностью со своими кредиторами, и принимаетъ во вниманіе, вызывается ли такая неисправность несчастнымъ стеченіемъ обстоятельствъ, или неисправностью и невниманіемъ къ чужимъ интересамъ, или же злымъ намѣреніемъ обогатиться за счетъ довѣрившихъ ему. Одно и то же, съ внѣшней стороны, присвоеніе чужой вещи, можетъ быть признано кражей или владѣніемъ, въ зависимости отъ внутренняго момента. Правовая репрессія противъ преступника ставится въ прямое отношеніе къ мотивамъ преступнаго дѣйствія. Судъ присяжныхъ находитъ себѣ оправданіе между прочимъ въ томъ, что онъ лучше всего способенъ оцѣнить мотивы поведенія.

Графически разсматриваемая точка зрѣнія могла бы быть представлена въ видѣ двухъ эксцентрическихъ непересѣкающихся круговъ. Но тогда, какъ же возможно взаимодѣйствіе между правомъ и нравственностью? Если право полностью относится къ внѣшней сторонѣ поведенія человѣка, а нравственность — къ внутренней, то возможно ли какое-либо соотношеніе между правомъ и нравственностью? Какъ объяснить, что право и нравственность, дифференцировавшись изъ одного корня, потеряли всякое соприкосновеніе другъ съ другомъ?

Совершенно противоположный взглядъ, направленный на сближеніе права и нравственности, выражается въ положеніи, что право есть этической минимумъ. Эта формула связывается обыкновенно съ именемъ Еллинека ⁴⁾. „Объективно, говоритъ онъ, это—условія сохраненія общества, поскольку они зависятъ отъ человѣческой воли, т.-е. Existenz-minimum этическихъ нормъ; субъективно — минимумъ нравственной жизнедѣятельности и нравственнаго настроенія, требующійся отъ членовъ общества“. Такъ же формулируетъ отношеніе между двумя основными началами практической жизни Владимиръ Соловьевъ: „право (то, что требуется юридическимъ закономъ) есть низшій предѣлъ, или нѣкоторый минимумъ нравственности, равно для всѣхъ

⁴⁾ Jellinek, *Die Sociaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, стр. 42. рус. пер. 1910, стр. 48.

обязательный“⁵⁾). Иначе еще выражаетъ ту же мысль Гумпловичъ: „право есть кристаллизованная въ законѣ нравственность“⁶⁾).

При такомъ взглядѣ близость между правомъ и нравственностью, восстановлена. „Право, согласно этому воззрѣнію, относится къ нравственности, какъ часть къ цѣлому“⁷⁾, а праводѣніе становится главою изъ этики⁸⁾. Графически соотношеніе между правомъ и нравственностью, съ этой точки зрѣнія, могло бы быть изображено въ видѣ двухъ концентрическихъ круговъ, изъ которыхъ меньшій, право, вмѣщался бы полностью въ большемъ, нравственности. Отсюда получится выводъ, сдѣланный Аренсомъ: „все, что предписано и запрещено правомъ, предписывается и запрещается нравственностью“⁹⁾).

Но такое пониманіе взаимнаго отношенія между правомъ и нравственностью явно расходится съ дѣйствительностью.

Во-первыхъ, содержаніе нормъ права можетъ быть нравственно-безразлично. Тотъ или другой порядокъ укрѣпленія правъ на недвижимости принять законодательствомъ—это вопросъ технической цѣлесообразности, но не нравственности. Процессуальные сроки ни съ какой стороны нравственность не задѣваютъ. Этою частью своего содержанія право выходитъ изъ нравственного круга.

Во-вторыхъ, содержаніе нормъ права можетъ быть безнравственно. Трудно, не закрывъ глаза на дѣйствительность, оспаривать, что въ исторіи властвующіе создавали такія нормы права, которыя рѣзко противорѣчили нравственнымъ воззрѣніямъ самыхъ широкихъ общественныхъ круговъ. Конечно, можно стать на ту точку зрѣнія, что „такое право является правомъ только съ формальной стороны, а по болѣе глубокому матеріальному основанію оно—неправда, или, въ лучшемъ случаѣ, правовая ошибка“¹⁰⁾.

⁵⁾ Соловьевъ, *Право и нравственность*, стр. 26.

⁶⁾ Гумпловичъ, *Общее ученіе о юсударствѣ*, рус. пер. 1910, стр. 355.

⁷⁾ Еллинекъ, указ. соч., стр. 49.

⁸⁾ Шопенгауэръ, *Миръ, какъ воля и представленіе*, рус. пер. 1888, стр. 418.

⁹⁾ Аргенъ, *Cours de droit naturel*, 5 изд. 1860, стр. 163.

¹⁰⁾ Еллинекъ, *Соціально-этическое значеніе права, неправды и наказанія*, рус. пер. 1910, стр. 63.

Но вѣдь это не значитъ объяснить дѣйствительность, а сдѣлать видъ, что не замѣчаешь ее. Можно ли оспаривать, что законъ, предоставляющій кредитору въ удовлетвореніе своего требованія право распродать все, что принадлежитъ должнику, способенъ привести къ положенію, вызывающему нравственный протестъ со стороны возможныхъ послѣдствій? Какая увертка обнаруживается въ замѣчаніи Елминака, что „хотя этотъ кредиторъ дѣйствуетъ и не безнравственно, выколачивая долгъ, но онъ дѣйствовалъ бы болѣе нравственно, если бы простилъ его должнику“ ¹¹⁾.

Нельзя признать серьезнымъ и то замѣчаніе, которымъ Гумпловичъ пытается отразить возраженіе. Не отрицая противорѣчія права и нравственности, Гумпловичъ утверждаетъ, что „всякое право въ моментъ своего возникновенія соотвѣтствуетъ морали, по крайней мѣрѣ, болѣе могущественной составной части государства“ ¹²⁾. А какъ же быть съ нравственнымъ сознаніемъ остального населенія, можетъ быть во много превышающемъ свою численностью? Почему не допустить, что властвующие, сознавая безнравственность создаваемыхъ ими нормъ, оправдываютъ ихъ передъ своею совѣстью крайнею необходимостью защиты своихъ интересовъ. Стоя на точкѣ зрѣнія Гумпловича, нетрудно дойти до взгляда Гоббса, что мораль дѣлается государствомъ.

Если бы мы даже согласились, что право помѣщается полностью въ кругъ нравственности, то передъ нами все же всталъ бы вопросъ, какова же окружность права? Это правовое ядро нравственности можно довести до незамѣтнаго зернышка, или, наоборотъ, довести почти до границъ нравственности. Чтобы выяснитъ соотношеніе права и нравственности, сторонникамъ разсматриваемаго взгляда приходится еще искать отличительнаго признака, и они могутъ найти его только въ принужденіи. Но тогда необходимо было бы предварительно опредѣлить нравственную цѣнность принужденія.

Оригинальную точку зрѣнія на соотношеніе между правомъ и нравственностью развиваетъ Коркуновъ. „Нравственность даетъ

¹¹⁾ Елминекъ, тамъ же, стр. 61—62.

¹²⁾ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 4 изд. 1897, стр. 39.

281/2
Г. Ф. Шершеневичъ.

~~1880~~
ОБЩАЯ
ТЕОРИЯ ПРАВА.

Выпускъ второй.



МОСКВА.

Изданіе Бр. Башмаковыхъ.

1911.

оцѣнку интересовъ, право—ихъ разграниченіе“¹³⁾. Человѣку приходится ограничивать осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей, отъ иныхъ даже вовсе отказываться. „При этомъ необходимо дѣлать выборъ между различными цѣлями, сравнивать ихъ другъ съ другомъ, признавая одну болѣе важной, другую менѣе; словомъ, необходима оцѣнка интересовъ“. Если же человѣкъ вступаетъ въ сношенія съ другими людьми, если его интересы сталкиваются не только между собою, но и съ интересами другихъ людей, одной оцѣнки интересовъ недостаточно для внесенія въ дѣятельность людей порядка и гармоніи. При равноцѣнности или даже тождественности интересовъ, нравственная оцѣнка не способна указать, какъ устранить столкновеніе интересовъ. Необходимо разграниченіе интересовъ, которое выполняется правомъ.

Эта теорія рассчитана на сближеніе права съ нравственностью. Самъ Коркуновъ утверждаетъ, что „нормы разграниченія интересовъ такъ же, какъ и нормы оцѣнки, служатъ той же цѣли совмѣстнаго осуществленія всѣхъ разнообразныхъ человѣческихъ цѣлей“. Однако съ этимъ мало согласуется то, что „человѣкъ взятый отдѣльно, изолированно, внѣ его отношенія къ другимъ людямъ, можетъ руководствоваться однимъ нравственнымъ правилами“¹⁴⁾. Но тогда право и нравственность оказываются въ разныхъ плоскостяхъ и установить связь между ними крайне трудно.

Можетъ быть взглядъ Коркунова примѣнимъ для гражданскаго права, но онъ совершенно не годится для публичнаго права. Съ точки зрѣнія Коркунова можно понять право, какъ разграниченіе интересовъ продавца и покупателя, хозяина и работника. Но можно ли признать, что „въ уголовномъ процессѣ разграничиваются интересы обвинителя и подсудимаго“¹⁵⁾. Не ясно ли, что обвинитель выступаетъ не отъ себя, а отъ государства, представляетъ общественные интересы. Также мало состоятельно представленіе, будто „въ государственномъ правѣ разграничиваются интересы всѣхъ отдѣльныхъ участниковъ го-

¹³⁾ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 4 изд., 1897, стр. 39.

¹⁴⁾ Коркуновъ, тамъ же, стр. 36.

¹⁵⁾ Коркуновъ, тамъ же, стр. 40.

сударственнаго общенія, отъ монарха до послѣдняго подданнаго“. Какъ согласовать это послѣднее воззрѣніе съ тѣмъ различіемъ между публичнымъ и частнымъ правомъ, которое Коркуновъ стремится провести столь же оригинально. Частное право есть „подѣленіе объекта пользованія въ частное обладаніе“, а публичное право есть „приспособленіе объекта къ совмѣстному осуществленію разграничиваемыхъ интересовъ“¹⁶⁾. Но въ такомъ случаѣ подъ понятіе о правѣ, какъ разграниченіи интересовъ, подойдетъ только частное право.

По мнѣнію Коркунова, принужденіе не характерный признакъ для права, потому что „если бы общество все состояло изъ людей святыхъ, принужденіе было бы совершенно излишне: каждый бы и такъ уважалъ чужое право и выполнялъ свои обязанности. Но право все-таки бы существовало“¹⁷⁾. Но возможно ли допустить, чтобы въ обществѣ святыхъ поднимался вопросъ о разграниченіи интересовъ?

Коркуновъ упускаетъ изъ виду, что право не можетъ обойтись безъ оцѣнки: разграничивая интересы, оно ихъ оцѣниваетъ. А съ этимъ падаетъ и моментъ, на которомъ Коркуновъ пытался утвердить отличіе права отъ нравственности.

Мы видѣли попытку найти отличіе права отъ нравственности въ томъ, что право имѣетъ дѣло только съ вѣншею стороною поведенія человѣка, тогда какъ нравственность обращаетъ свое вниманіе на внутреннюю сторону. Вопреки этому взгляду, проф. Петражицкій уводитъ право полностью въ сферу внутренняго переживанія, и только тамъ, въ душѣ человѣка, въ его сознаниі, стремится провести границу между правомъ и нравственностью.

Петражицкій наблюдаетъ акты нашего психическаго состоянія, и находитъ въ немъ различные случаи. „Въ нѣкоторыхъ случаяхъ этического сознанія то, къ чему мы себя считаемъ обязанными, представляется намъ причитающимся другому, какъ нѣчто ему должное, слѣдующее ему отъ насъ, такъ что онъ можетъ притязать на соотвѣтственное исполненіе съ нашей стороны; это исполненіе съ нашей стороны, напр., уплата условленной платы

¹⁶⁾ Коркуновъ, тамъ же, стр. 178.

¹⁷⁾ Коркуновъ, тамъ же, стр. 70.

рабочему или прислугѣ, представляется не причиненіемъ особаго добра, а лишь доставленіемъ того, что ему причиталось, полученіемъ съ его стороны своего“¹⁸⁾. Въ такихъ случаяхъ нашъ долгъ представляется связанностью по отношенію къ другому, закрѣпляется за нимъ, какъ его активъ“. „Такія обязанности, которыя признаются несвободными по отношенію къ другимъ, закрѣпленными за другимъ, по которымъ то, къ чему обязана одна сторона, причитается другой стороной, какъ нѣчто ей должное“ — Петражицкій предлагаетъ называть правовыми. „Въ другихъ случаяхъ этического сознанія, напримѣръ, если мы считаемъ себя обязанными оказать денежную помощь нуждающемуся, дать милостыню и т. п., то, къ чему мы себя считаемъ обязанными, не представляется намъ причитающимся другому, какъ нѣчто ему должное, слѣдующее ему отъ насъ, и соответственное притязаніе, требованіе съ его стороны представлялось бы намъ неумѣстнымъ, лишеннымъ основанія“. Здѣсь нѣтъ связанности по отношенію къ другому, здѣсь только наша добрая воля. „Такія обязанности, которыя признаются свободными по отношенію къ другимъ, по которымъ другимъ ничего не принадлежитъ, не причитается со стороны обязанныхъ“, Петражицкій называетъ нравственными обязанностями.

Этимъ двумъ видамъ обязанностей соответствуютъ двѣ разновидности этическихъ нормъ, императивовъ¹⁹⁾. Нормы, устанавливающія свободную по отношенію къ другимъ обязанность, — это чисто или просто императивныя нормы. Нормы, устанавливающія для однихъ обязанность и закрѣпляющія одновременно за другими притязаніе, — это императивно-аттритивныя нормы. Первыя имѣютъ характеръ односторонній, вторыя — двусторонній.

Такова теорія разграниченія права и нравственности, предложенная Петражицкимъ. Прежде всего возбуждается вопросъ, всегда ли правовой обязанности соответствуетъ притязаніе, и всегда ли нравственной обязанности чуждо сознаніе связанности притязаніемъ? Губернаторъ сознаетъ, что онъ долженъ наложить штрафъ на газету, позволяющую себѣ въ рѣзкой формѣ крити-

¹⁸⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, 2 изд., т. I, 1909, стр. 49.

¹⁹⁾ Петражицкій, тамъ же, стр. 57.

ковать дѣйствія администраціи. Гдѣ здѣсь атрибутивная сторона? Неужели неисполненіе долга вызоветъ въ редакторѣ или издателѣ чувство обиды, лишенія того, „на что онъ могъ притязать, какъ на должное?“²⁰⁾ А если въ данномъ случаѣ атрибутивная сторона не обнаруживается, значить ли это, что обязанность губернатора не правовая, а нравственная? Съ другой стороны, развѣ въ нравственной обязанности отсутствуетъ атрибутивная сторона? Я сознаю себя обязаннымъ платить своей горничной мѣсячное ея жалованіе, и я сознаю себя обязаннымъ давать денежныя пособія старой нянѣ, воспитавшей моихъ дѣтей и дошедшей теперь до старости, до тяжелаго матеріальнаго положенія. Я сознаю, что она можетъ притязать на мою помощь. Непостижимо, какъ могъ Петражицкій наблюдать въ своемъ сознаніи переживание чувства нравственнаго долга и въ то-же время состояніе свободы, несвязанности по адресу другихъ?

Такимъ образомъ, линія разграниченія между правомъ и нравственностью, проводимая Петражицкимъ, проходитъ не тамъ, гдѣ въ обществѣ проводится эта линія, даже безъ споровъ и сомнѣній. На это Петражицкій можетъ, конечно, отвѣтить, что ему нѣтъ дѣла до того, какъ кому угодно разграничивать. Онъ эту группу случаевъ называетъ нравственностью, а ту — правомъ²¹⁾. И противъ несоотвѣтствія разграничительныхъ линій Петражицкій можетъ замѣтить, что если въ сознаніи имѣется представленіе о соотвѣтствующемъ притязаніи, то это будетъ право, съ точки зрѣнія принятаго имъ понятія, какъ бы оно ни называлось въ жизни.

Трудно, конечно, возражать противъ произвольности наименованій, избираемыхъ ученымъ для той или другой группы явленій. Но тогда авторъ долженъ для произвольно избранной группы явленій избрать и произвольное наименование, а не ходячее, съ которымъ въ жизни не соединяется то значеніе, какое придаетъ ему авторъ. А затѣмъ мы можемъ требовать, по край-

²⁰⁾ Тамъ, гдѣ на одной сторонѣ имѣется право, на другой нравственная психика выражается въ авторитетномъ побужденіи къ спокойному перенесенію подлежащихъ, хотя бы злостныхъ и неосновательныхъ воздействій къ терпѣнью, какъ таковому (*Теорія*, т. I, стр. 74). Едва ли такая психика существуетъ въ дѣйствительности.

²¹⁾ Такова „методологическая структура“, см. *Теорію*, т. I, стр. 611.

пейт мѣрѣ, чтобы соотвѣтствіе между наименованіемъ и группой было устойчивымъ. Между тѣмъ у насъ нѣтъ никакой гарантіи въ томъ, что то самое сознаніе, которому въ душѣ одного соотвѣтствуетъ притязаніе, у другого окажется свободнымъ. Другими словами, различіе между правомъ и нравственностью окажется разнымъ у разныхъ индивидовъ. Напримѣръ, у одного создается сознаніе, что помочь нищему—его добрая воля, тогда какъ уплатить занятыя деньги онъ долженъ, потому что кредиторъ имѣетъ притязаніе, а у другого явится сознаніе, что помогать бѣднымъ его долгъ, такъ какъ они имѣютъ право на его содѣйствіе, тогда какъ ростовщику, нажившемуся на процентахъ съ него, онъ не долженъ платить ²²⁾. А еще далѣе,—не способна ли эта линія передвигаться у одного и того же лица въ зависимости отъ перемѣны убѣжденій, а, можетъ быть, отъ настроенія. Самъ Петражицкій признаетъ возможнымъ, что одни и тѣ же сужденія „переживаются сначала въ качествѣ нравственныхъ, а нѣсколько секундъ спустя — въ качествѣ правовыхъ, или наоборотъ“ ²³⁾. Такая неустойчивость совершенно не отвѣчаетъ требованіямъ, предъявляемымъ къ научной классификаціи.

Правовая обязанность имѣется въ томъ случаѣ, когда я знаю, что я долженъ, а другой можетъ требовать. Но Петражицкій не счелъ нужнымъ объяснить намъ, что значатъ эти слова „долженъ“ и „требовать“. Представимъ себѣ, что фабрикантъ сознаетъ, что онъ долженъ выдать денежное обезпеченіе рабочему, испытавшему увѣчье на его фабрикѣ. Почему ему кажется, что рабочій можетъ требовать пособіе? А, можетъ быть, только просить? Не потому ли фабрикантъ сознаетъ, что рабочій можетъ требовать, что за рабочимъ стоитъ законъ и судъ, и нельзя ли допустить, что у фабриканта этого сознанія не было бы, если бы законъ не давалъ рабочему иска? Петражицкій тщательно избѣгаетъ виѣшняго авторитета. Значитъ, сознаніе фабриканта не могло и не должно было складываться подъ вліяніемъ officialнаго закона, какъ это способны были бы вообразить люди, не проникшіеся теоріей Петражицкаго. Но, тогда какимъ же об-

²²⁾ Вспомнимъ расчетъ своихъ долговъ, который производитъ Вронскій къ Аннѣ Карениной (ч. III, гл. XIX).

²³⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 82.

разомъ создается это различіе въ сознаниі, и можно ли его укрѣпить или измѣнить?

Не отрицая остроумія разсмотрѣнной попытки Петражицкаго, приходится отвергнуть ея научную состоятельность, потому что желаннымъ критеріемъ, съ точки зрѣнія жизненныхъ цѣлей, которыя предъявляются къ наукѣ, она служить не можетъ.

Право и нравственность лежатъ въ одной плоскости. Оба нормируютъ поведеніе человѣка въ отношеніи другихъ людей, съ соціальной точки зрѣнія. Оба принимаютъ во вниманіе какъ соціальныи результаты поведенія, такъ и мотивы поведенія. Оба имѣютъ соціальное происхождение и соціальную поддержку. Но нравственность вырабатывается только обществомъ, тогда какъ право, хотя и можетъ вырабатываться тѣмъ же путемъ (обычное право), но способно вырабатываться и особыми общественными органами (законъ). Основное различіе права и нравственности обнаруживается въ тѣхъ санкціяхъ, которыми поддерживаются нормы каждаго изъ нихъ.

Различіемъ санкцій объясняется то, что нормы права допускаютъ несравненно бѣльшую свободу въ установленіи ихъ и обнаруживаютъ бѣльшую способность къ видоизмѣненію, нежели нормы нравственности. Общественные взгляды измѣняются гораздо медленнѣе, чѣмъ взгляды небольшого числа лицъ, въ рукахъ которыхъ сосредоточивается государственная власть. Общественное мнѣніе (а не настроеніе) по вопросамъ общежитія отличается большою устойчивостью, почему и требованія нравственности отмѣчены чертою постоянства. Напротивъ, правовая санкція находится всецѣло въ рукахъ законодателя. Сегодня онъ можетъ приложить ее къ одному требованію, а завтра къ другому, прямо противоположному. Если въ дѣйствительности рѣзкія колебанія довольно рѣдки, то это объясняется тѣмъ, что представители государственной власти не въ состояніи сами совершенно оторваться отъ общественной среды. Но мысленно мы можемъ себѣ представить такую рѣзкую перемѣну въ содержаніи нормъ права, которая совершенно немислима въ содержаніи нормъ нравственности. Исторія законодательства даритъ иногда хорошими иллюстраціями къ этому положенію.

При указанномъ соотношеніи двухъ группъ соціальныхъ

нормъ, измѣненіе санкціи должно измѣнить и самый характеръ нормъ. Если нравственной нормѣ, охраняемой общественнымъ мнѣніемъ, придается юридическая санкція, то норма, не переставая быть нравственной, становится въ то же время и правовой, напримѣръ, въ случаѣ присоединенія юридической санкціи къ осужденію родителей за развращеніе дѣтей. Наоборотъ, когда у нормы права отнимается юридическая санкція, то она или превратится въ нравственную, если встрѣтитъ поддержку въ общественномъ мнѣніи, или потеряетъ всякое значеніе, если такой защиты не найдетъ въ немъ. Напримѣръ, отмѣняется наказаніе за ростовщичество: при современномъ взглядѣ на этотъ вопросъ можно ожидать, что ростовщичество, какъ противное нормѣ нравственности, встрѣтитъ нѣкоторый отпоръ въ общественномъ мнѣніи. Но представимъ себѣ, что отмѣнены взысканія за нарушение постановленій паспортнаго устава: болѣе чѣмъ сомнительно, чтобы общество взяло подъ свою охрану передвиженіе безъ паспорта.

Графически соотношеніе между правомъ и нравственностью могло бы быть изображено въ видѣ двухъ эксцентрическихъ пересѣкающихся круговъ. Исторически степень расхожденія или сближенія этихъ круговъ можетъ быть весьма различной.

Соединенное дѣйствіе права и нравственности обуславливается единствомъ цѣлей, преслѣдуемыхъ нормами того и другого вида, — воздѣйствія на поведеніе индивида съ соціальной точки зрѣнія. Поэтому въ значительной части право и нравственность совпадаютъ въ своемъ содержаніи. Нормы нравственности запрещаютъ посягать на жизнь человѣка, присваивать себѣ его вещи, не исполнять обѣщаннаго. То же буквально повторяютъ нормы права, запрещая убійство, кражу, повелѣвая въ точности исполнять заключенные договоры. Въ результатѣ одно и то же дѣйствіе, нарушая одновременно и норму нравственности и норму права, приводитъ въ движеніе обѣ санкціи. Убійца подвергается уголовному наказанію и возбуждаетъ негодованіе общественной среды. Купецъ, злонамѣренно уклоняющійся отъ платежей, вызываетъ порицаніе со стороны тѣхъ, среди которыхъ онъ вращается, и подвергается уголовной карѣ.

Разъединенное дѣйствіе права и нравственности обуславливается различіемъ санкціи. Право можетъ потребовать того, что

правственно безразлично, и, наоборот, нравственность может требовать того, что юридически безразлично. Вступление чиновника въ бракъ безъ согласія начальства вызываетъ дѣйствіе правовой санкціи и не затрагиваетъ моральной. Вступление богатаго старика въ бракъ съ молоденькой бѣдной дѣвушкой вызываетъ дѣйствіе моральной санкціи и не затрагиваетъ правовой. Расхождение права и нравственности можетъ оказаться еще сильнѣе. Право можетъ запретить то, что требуется нравственностью, и потребовать того, что запрещается нравственностью. Право угрожаетъ наказаніемъ за подачу милостыни на улицѣ, тогда какъ нравственность подсказываетъ долгъ помощи бѣднымъ. Право приказываетъ довести до свѣдѣнія начальства о пребываніи политическаго преступника, а нравственность требуетъ, уважая самоотверженность гонимаго челоуѣка, содѣйствовать его бѣгству. Вспомнимъ драматизмъ положенія Антигоны.

Такое явленіе столкновенія нормъ права и нравственности возможно только потому, что право вырабатывается въ формѣ закона частью общества, и навязывается остальнымъ черезъ посредство власти. Если бы право вырабатывалось самою общественною средою и держалось его признаніемъ, конфликтъ былъ бы невымыслимъ.

Вліяніе нравственности на право потому именно и возможно, что обѣ эти общественныя силы дѣйствуютъ въ одномъ направленіи. Нравственность сдерживаетъ произволъ законодательнаго творчества. Право находится подъ вліяніемъ нравственности постоянно, но вліяніе это оказывается особенно сильнымъ: 1) на начальныхъ ступеняхъ развитія, когда право выражается въ формѣ обычаевъ, и 2) на высшихъ ступеняхъ, когда законодательная власть подчиняется общественному мнѣнію. Благодаря послѣднему, право и нравственность сходятся своими корнями. Величія права тѣмъ сильнѣе, чѣмъ ближе подходятъ они къ нравственнымъ требованіямъ, потому что поведеніе поддерживается одновременно съ двухъ сторонъ. Въ интересахъ твердости правового порядка открытъ наибольшую возможность воздѣйствія со стороны общественнаго мнѣнія на государственную власть, которая является источникомъ права, создаваемого въ формѣ закона.

Неоспоримо и обратное вліяніе права на нравственность. Право вмѣшивается въ борьбу мотивовъ, опредѣляющихъ нрав-

ственное поведение и дѣйствуетъ какъ психическій факторъ. Оно подавляетъ одни мотивы и укрѣпляетъ другіе. Принуждая, страхомъ угрозы, къ требуемому поведенію, нормы права превращаютъ данное поведеніе въ привычное, а потому само по себѣ желательное. Мотивы антисоціального поведенія, сдержанные правовою угрозою и потому не осуществляемые во виѣ, постепенно ослабѣваютъ, отпадаютъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ исчезаетъ опасное съ нравственной стороны поведеніе. „Регулируйте чувства чело-вѣка и его дѣйствія, и вы неизбежно повліяете на его дѣйствія и его чувства. Заставьте чело-вѣка отрѣшиться отъ ненависти къ его брату, и онъ, навѣрное, не рѣшится его убить; если же вы убѣдите его не убивать брата, вы неизбежно ослабите до нѣкоторой степени силу его ненависти“²⁴⁾.

Право, конечно, способно поддерживать требованія нравственности, недостаточно обеспеченныя неорганизованою санкціею. Но для этого оно само должно быть нравственно, т. е. властвующіе, которые создаютъ право, должны испытывать на себѣ нравственную санкцію. Чтобы право могло поддерживать нравственность, необходимо, чтобы нравственность опредѣляла государственный строй, потому что право есть продуктъ государства.

§ 36.

Критика главныхъ ученій о сущности права.

Литература: Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 4 изд. 1897, стр. 57—84; Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. I, изд. 1909, стр. 252—318; кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, изд. 1909, стр. 12—30.

Мы встрѣтились уже съ различными взглядами на право, которые оказались на пути нашего изслѣдованія, и требовали устраненія создаваемыхъ ими препятствій. Теперь намъ необходимо обратиться къ разсмотрѣнію нѣкоторыхъ теорій о сущности права, которыя стояли нѣсколько въ сторонѣ отъ нашей дороги, а между тѣмъ, онѣ по своей научной цѣнности или по своему вліянію за-

²⁴⁾ Leslie-Stephen, *The Science of Ethics*, 1882, стр. 156.

служиваютъ вниманія въ цѣлостномъ, а не мимоходномъ, изложеніи.

Среди этихъ теорій выдвигается взглядъ Бирлинга, профессора университета въ Грейфсвальдѣ ¹⁾. По его опредѣленію „право въ юридическомъ смыслѣ есть вообще все, что люди, живущіе въ какомъ бы то ни было общеніи между собой, взаимно признаютъ какъ норму и правило этого общежитія“ ²⁾. Приведенное опредѣленіе строится прежде всего на утвержденіи, что цѣлью всякаго права является внѣшнее отношеніе человѣка къ человѣку. Средствомъ къ достиженію указанной цѣли служатъ нормы или императивы, обращенные къ волѣ человѣка. По заявленію Бирлинга, все право выражается въ нормахъ; что не можетъ быть выражено въ нормѣ, то не можетъ быть и правомъ ³⁾. Поэтому нормы—это ближайшее родовое понятіе, видомъ котораго является право. Гдѣ же видовой признакъ? „Отъ всѣхъ другихъ видовъ нормъ человѣческаго общенія нормы права отличаются тѣмъ, и только тѣмъ, что онѣ признаются нормою и правиломъ внѣшняго поведения внутри опредѣленной группы людей, и притомъ, принадлежащими къ этой группѣ членами въ отношеніи другихъ членовъ“ ⁴⁾.

Что же слѣдуетъ понимать подъ именемъ „признанія“? Когда мы говоримъ о признаніи истины, то мы имѣемъ въ виду то содѣйствіе, какое оказывается тамъ, гдѣ истина, формулированная въ сознаніи одного, предстала сознанію другого. Признающій усваиваетъ себѣ представшую предъ нимъ въ готовомъ видѣ истину, какъ будто онъ созналъ ее самъ въ своей душѣ. То же самое приходится сказать о признаніи нормъ или императивовъ. Они двоякимъ образомъ становятся достояніемъ сознанія: или они встаютъ непосредственно и первоначально въ душѣ того, кто долженъ имъ слѣдовать, или они воспринимаются извнѣ тѣми, для кого они должны служить мотивомъ поведения. Въ

¹⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1893, т. II, 1898, т. III, 1905. Раньше взгляды его были имъ развиты въ *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, т. I, 1877, т. II, 1883.

²⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 19.

³⁾ Bierling, т. I, стр. 30.

⁴⁾ Bierling, т. I, стр. 40.

обоихъ случаяхъ норма вѣдряется въ нашъ духъ, такъ что она дѣйствуетъ не только по прямому вызову, но и помимо воли, по общимъ законамъ ассоціаціи идей. Правовое признаніе можетъ мыслиться только въ предѣлахъ мѣста и времени, т. - е. определенной группы лицъ, взаимно признающихъ себя въ данное время связанными правомъ и обязанностью.

Итакъ, видовой признакъ нормъ права есть признаніе со стороны сочленовъ общенія. Должно ли это признаніе быть присуще всѣмъ членамъ? Тогда мы подошли бы къ общей волѣ въ смыслѣ воли всѣхъ. Конечно, это условіе неосуществимо. Бирлингъ готовъ видѣть препятствіе въ дѣтяхъ и идіотахъ, которымъ трудно ввести право въ сознаніе, и потому онъ признаетъ ихъ фиктивными субъектами. Но дѣти и идіоты являются нерѣдко разрушителями теорій въ правовѣдѣніи, остроумно построенныхъ взрослыми и разумными людьми, и потому мы не поставимъ этого затрудненія за счетъ теоріи Бирлинга. Гораздо серьезнѣе то, что въ каждомъ, сколько-нибудь значительномъ общеніи, всегда найдутся члены, не признающіе того, что признано остальными.

Можетъ быть, признаніе слѣдуетъ понимать въ смыслѣ общей воли, какъ господствующей воли? Тогда это будетъ воля преобладающаго большинства, подавляющаго своею численностью и авторитетностью несогласное меньшинство. Но въ такомъ случаѣ мы должны бы признать и нормы меньшинства, дѣйствующія наравнѣ и одновременно съ нормами большинства. Такой выводъ неприемлемъ съ точки зрѣнія Бирлинга.

Затрудненіе, соединенное съ теоріей признанія, заключается не въ томъ, что общаго признанія, въ смыслѣ господствующаго мнѣнія, нельзя допустить. Мы его уже допустили въ области нравственности. Затрудненіе въ томъ, что не все то, что общепризнано, есть право. Въ данной общественной группѣ общепризнанъ моральный авторитетъ извѣстнаго писателя, общепризнана необходимость народнаго образованія, общепризнана полезность союза съ такимъ-то государствомъ. Но никакихъ нормъ права отсюда не вытекаетъ.

Не усматривая этого препятствія, Бирлингъ настойчиво идетъ въ направленіи признанія всѣхъ членовъ общенія. Какъ же

объяснить, однако, съ этой точки зрѣнія законодательство, которое не получаетъ свою юридическую силу отъ всеобщаго предварительнаго одобренія. На это Бирлингъ возражаетъ, что законы—это нормы второго ранга, опирающіяся на нормы перваго ранга, которыми является всеобщее признаніе законодательной власти ³⁾. Другими словами, Бирлингъ этимъ замѣчаніемъ перемѣщаетъ вопросъ въ область государствовѣдѣнія. Но дѣйствительно ли государственная власть держится на нормахъ права, общепризнанныхъ со стороны всѣхъ членовъ общенія?

Для устранения возникающихъ здѣсь затрудненій Бирлингъ прибѣгаетъ къ героическимъ мѣрамъ, предназначеннымъ спасти его теорію. Правовое признаніе не слѣдуетъ представлять себѣ необходимо и всегда какъ добровольное. Признаніе слѣдуетъ видѣть и тамъ, гдѣ оно вынуждено силой ⁴⁾. Но развѣ это значитъ „усвоить себѣ норму, какъ свое достояніе“? При вынужденіи страхомъ я говорю и дѣлаю видъ, что признаю, но въ душѣ я отрицаю; если я и признаю, то не норму, а необходимость подчиниться ей. И такъ какъ Бирлингъ, какъ еще увидимъ ниже, стремится перенести право изъ объективнаго міра въ субъективный, то допущеніе съ его стороны вынужденнаго признанія представляется особенно страннымъ. Такъ же мало понятно другое уклоненіе, допускаемое Бирлингомъ для спасенія своей теоріи,—признаніе вовсе не должно быть непременно сознательнымъ ⁵⁾. Съ этимъ еще можно было бы согласиться, если бы Бирлингъ имѣлъ въ виду, что сознательное сочувствіе нормамъ, вслѣдствіе постояннаго ихъ соблюденія, переходитъ за порогъ сознанія. Но онъ, повидимому, склоненъ думать, что признаніе, даже прямо, можетъ и возникнуть безсознательно. Этой психологической несообразности Бирлингъ не счелъ нужнымъ разъяснить.

При всѣхъ уступкахъ, сдѣланныхъ Бирлингу вопреки логикѣ и психологій, все же его теорія не въ состояніи объяснить, какимъ образомъ можетъ создаться противорѣчіе между закономъ и обычнымъ правомъ, между правомъ и нравственностью?

³⁾ Bierling, т. I, стр. 156.

⁴⁾ Bierling, т. I, стр. 45—46.

⁵⁾ Bierling, т. I, стр. 46.

Но самыя уступки невозможны потому, что съ точки зрѣнія представленія Бирлинга о природѣ правовыхъ явленій признаніе соотвѣтствуетъ психическому состоянію каждаго члена общенія. „Нормы, императивы, повелѣнія въ широкомъ смыслѣ не находятся гдѣ-нибудь внѣ, а мыслятся и переживаются всегда только въ живыхъ сознаніяхъ“⁸⁾. Бирлингъ понимаетъ, что такое утвержденіе идетъ вразрѣзъ съ сложившимися взглядами. „Господствующее и среди современныхъ юристовъ мнѣніе все еще преклоняется предъ тѣмъ общезвѣстнымъ, заимствованнымъ главнымъ образомъ изъ римскаго права, взглядомъ, въ силу котораго объективное право представляется чѣмъ-то очевидно существующимъ внѣ насъ и надъ нами, изъ чего еще должны быть выводимы субъективныя права и правовыя обязанности членовъ общенія“⁹⁾. Это заблужденіе Бирлингъ объясняетъ слѣдующимъ образомъ. „Общей склонности нашего человѣческаго духа соотвѣтствуетъ представленіе о правѣ прежде всего, какъ о чемъ-то объективномъ, т. - е. существующемъ само по себѣ и стоящемъ надъ членами правового общенія. Конечно, это имѣетъ свою практическую цѣну. Но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что это объективное право, даже если оно получило въ писанномъ правѣ особый внѣшній образъ, все же остается лишь формою нашего воззрѣнія на право, а само право на самомъ дѣлѣ, какъ всякій другой продуктъ духовной жизни, имѣетъ свое истинное существованіе только въ духѣ, въ данномъ случаѣ членовъ правового общенія. При ближайшемъ изслѣдованіи это существованіе оказывается двойственнымъ: всѣ нормы права желаются или признаются на одной сторонѣ какъ правовыя притязанія, а на другой—какъ правовыя обязанности“¹⁰⁾.

Эти послѣднія положенія послужили, повидимому, тѣмъ фундаментомъ, на которомъ построилъ свою теорію Петражицкій, профессоръ С.-Петербургскаго университета¹¹⁾.

⁸⁾ Bierling, т. I, стр. 151.

⁹⁾ Bierling, т. I, стр. 149.

¹⁰⁾ Bierling, т. I, стр. 145, ср. стр. 45. На стр. 152 онъ выражаетъ свою мысль такими трудно переводимыми словами: die Norm wird einestheils gewollt als portgebender Wille, andertheils als normschmeader Wille.

¹¹⁾ Петражицкій, *Очерки философіи права*, 1900; *О мотивахъ человѣческихъ поступковъ*, 1904; *Введеніе въ изученіе права и нравственности*, 1905

„Геніальний філософь Канть сміялся надъ современною ему юриспруденціей, что она не сумѣла опредѣлить, что такое право: юристы все еще ищутъ опредѣленія для своего понятія права, замѣчаеть онъ иронически по этому поводу“¹²⁾. Положимъ, Канть надъ юристами не сміялся, а только устанавливалъ фактъ отсутствія общепризнаннаго понятія о правѣ. За то Петражицкій издѣвается надъ юристами, теоретиками и практиками, самымъ немилосерднымъ образомъ¹³⁾. „Современная наука о правѣ находится въ весьма безотрадномъ состояніи“, „современные ученыя . . . не умѣютъ опредѣлить того, о чемъ они строятъ теоріи“, „у юристовъ имѣется, такъ ск., своя домашняя психологія, ничего общаго съ наукою не имѣющая“¹⁴⁾. „Наивность“ и „традиціонность“ ученія профессиональныхъ юристовъ—вотъ то, чему Петражицкій всячески стараетсяъ противопоставить свою теорію.

Но ни отсутствіе помощи со стороны традиціонной юриспруденціи, ни непостижимость права по самой своей природѣ¹⁵⁾ не смущаютъ Петражицкаго. Причину всѣхъ неудачъ онъ видитъ въ оптическомъ обманѣ, „который состоитъ въ томъ, что она (юриспруденція) не видитъ правовыхъ явленій тамъ, гдѣ они дѣйствительно происходятъ, а усматриваетъ ихъ тамъ, гдѣ ихъ на самомъ дѣлѣ совсѣмъ нѣтъ и невозможно найти, наблюдать и познавать“¹⁶⁾. Этотъ оптическій обманъ подобенъ тому, въ силу котораго до Коперника астрономія полагала, что солнце вертится вокругъ насъ. Конечно, трудно предположить, чтобы Петражицкій хотѣлъ сравнить себя съ Коперникомъ, все же этотъ намекъ долженъ служить указаніемъ на всю грандіозность переворота, совершоннаго Петражицкимъ. До сихъ поръ всѣмъ

(вт. изд. 1907); *Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности*, 1907 (вт. изд. 1909—1910).

¹²⁾ Петражицкій, *Введеніе въ изученіе права и нравственности*, 1905, стр. 19.

¹³⁾ Нѣкоторымъ утѣшеніемъ для юристовъ можетъ служить только то, что Петражицкій не лучше относится къ представителямъ и другихъ „традиціонныхъ“ наукъ, какъ логики, психологіи, этики, даже естествознанія.

¹⁴⁾ Петражицкій, *Введеніе*, стр. I; *Теорія*, т. I (изд. 1907), стр. 233; т. I (изд. 1909), стр. 295.

¹⁵⁾ „Сама природа права такая, что она сбиваетъ юристовъ на ложный путь, не допускаетъ познанія себя“ (*Теорія*, т. I, стр. 259—260).

¹⁶⁾ Петражицкій, *Введеніе*, стр. 3.

казалось, что нормы права вертятся около человѣка, а на самомъ дѣлѣ нормы права только вывертываются изъ человѣка.

„Въ основѣ науки съ древняго времени и по сей день лежитъ существенное недоразумѣніе относительно того, въ какой сферѣ можно найти и наблюдать правовыя явленія“. Предположимъ, что арендаторъ А обязанъ уплатить помѣщику В условленную по договору арендную плату въ 5,000 руб. или иначе, что помѣщикъ В имѣетъ право на получение съ арендатора А 5,000 р. По мнѣнію Петражицкаго, „въ данномъ случаѣ имѣется налицо правовое явленіе“. Однако, авторъ, который упрекаетъ другихъ въ томъ, что они приступаютъ къ наблюденію съ предвзятыми взглядами, не объясняетъ намъ, почему это явленіе признается имъ правовымъ? Но согласимся съ авторомъ, что это явленіе правовое. „Было бы ошибочно думать, что оно находится гдѣ-то въ пространствѣ между А и В“, напр. въ Тамбовской губерніи. „Правовое явленіе имѣется въ данномъ случаѣ въ психикѣ того третьяго лица С, который полагаетъ, что А обязанъ къ уплатѣ, В имѣетъ право получить 5,000 р.“

Здѣсь уже возникаетъ рядъ недоразумѣній. Во-первыхъ, насколько извѣстно, никто не представлялъ себѣ права въ видѣ чего-то матеріальнаго, никто не рисовалъ въ своемъ воображеніи нормъ права наподобіе канатовъ, протянутыхъ между людьми или надъ людьми. Самое большее, что допускалось, это то, что нормы права приходятъ въ сознаніе человѣка извнѣ, отъ другихъ людей. Съ другой стороны самъ Петражицкій влечетъ туда, откуда онъ хочетъ извлечь заблуждающихся. „Правовое явленіе имѣется въ психикѣ третьяго лица“, наблюдающаго двухъ другихъ. Но „за отсутствіемъ у насъ способности видѣть, вообще наблюдать то, что происходитъ въ чужой душѣ (въ сознаніи другихъ), для нашего наблюденія абсолютно недоступны, совсѣмъ закрыты всѣ сферы бытія правовыхъ феноменовъ, кромѣ одной, кромѣ нашей же собственной психики“ ¹⁷⁾. А тогда что же можетъ наблюдать „третье лицо“, кромѣ движенія двухъ тѣлъ, А и В, расположенныхъ въ пространствѣ?

Эта точка зрѣнія третьяго лица, устанавливающая основное

¹⁷⁾ Петражицкій, *Введеніе*, стр. 6.

правовое явление, совершенно не согласуется со всей теоріей Петражицкаго, по которой право основывается на обязанности, переживаемой, сознаваемой самимъ носителемъ. Другими словами, съ точки зрѣнія психологической теоріи, правовое явление не въ томъ, что наблюдаетъ третье лицо, предполагающее двухъ другихъ связанными правомъ и обязанностью, а въ томъ, что переживаетъ тотъ, кто считаетъ себя обязаннымъ, или тотъ, кто считаетъ себя управомоченнымъ. Только съ этой стороны и можно говорить объ устраненіи оптического обмана.

Въ соотвѣтствіи съ такимъ именно представленіемъ стоитъ и методъ изученія правовыхъ явленій, отстаиваемый Петражицкимъ, — „надлежащимъ и единственно возможнымъ приѣмомъ наблюденія правовыхъ явленій слѣдуетъ признать методъ самонаблюденія, питроспективный методъ“¹⁸⁾. Петражицкій неоднократно упираетъ на то, что это единственный методъ, и потому всѣ его замѣчанія, сдѣланныя, въ видѣ защиты, противъ критики, будто онъ признаетъ и другіе методы наблюденія правовыхъ явленій, не согласуются съ этимъ рѣшительнымъ утвержденіемъ.

Такъ какъ Петражицкій призналъ возможнымъ строить теорію права всецѣло на психологическомъ фундаментѣ, то ему пришлось обратиться къ психологін. Къ сожалѣнію, состояніе этой науки оказывается столь же печальнымъ, какъ и правовѣднія. Но это не смущаетъ Петражицкаго и онъ принимается за ея передѣлку. Конечно, это работа весьма ответственная для неспециалиста, хотя и необходимая, если имѣется въ виду подвести совершенно новый фундаментъ подъ науку права. Но тогда слѣдовало бы отойти еще дальше и начать съ гносеологін.

Современная психологія различаетъ три основныхъ элемента психической жизни: познаніе (ощущенія и представленія), чувствованія (удовольствіе и страданіе), волевыя побужденія. Петражицкій полагаетъ, что существуютъ психическія явленія, не укладываемыя ни въ одну изъ этихъ трехъ рубрикъ. Особенность этой новой, четвертой, группы обнаруживается изъ того, что въ то время какъ познаніе и чувствованіе имѣютъ односторонне

¹⁸⁾ Петражицкій, *Введеніе*, стр. 10, 13.

пассивный характеръ, а воля—односторонне активный, такъ называемыя имъ эмоціи или импульсы отличаются двустороннимъ, пассивно-активнымъ характеромъ. Такимъ образомъ, вмѣсто традиціоннаго трехчленнаго дѣленія элементовъ психической жизни, необходимо положить дѣленіе на: 1) двустороннія, пассивно-активныя переживанія, моторныя раздраженія—импульсы или эмоціи; 2) одностороннія переживанія, распадающіяся въ свою очередь на: а) односторонне пассивныя, познавательныя и чувственныя, и б) односторонне активныя воленія ¹⁹⁾. Но Петражицкій упускаетъ изъ виду, что современная психологія рассматриваетъ познаніе, чувствованіе и волю не какъ три разныхъ переживанія, а какъ основные, научнымъ путемъ отвлеченные, элементы психическихъ переживаній. При этомъ пониманіи становится совершенно недопустимымъ присоединять къ психическимъ элементамъ сложное психическое переживаніе, разложимое на тѣ же элементы.

Петражицкій различаетъ два вида эмоцій, — спеціальныя и бланкетныя. „Нѣкоторыя эмоціи имѣютъ тенденцію вызывать опредѣленное, специфическое, къ нимъ специально природою приуроченное поведеніе, вообще опредѣленныя системы физиологическихъ и психическихъ процессовъ. Бланкетными эмоціями авторъ называетъ такія, которыя, сами по себѣ, не предопредѣляютъ не только частностей, но даже и общаго характера и направленія акцій и могутъ служить побужденіемъ къ любому поведенію“ ²⁰⁾. Бланкетныя эмоціи составляютъ существенные элементы нравственныхъ и правовыхъ переживаній. На сдѣланное ему замѣчаніе, что бланкетныя эмоціи не соотвѣтствуютъ данному опредѣленію эмоцій вообще, такъ какъ двусторонность предполагаетъ, что претерпѣваніе вызываетъ соотвѣтственное, а не какое угодно, поведеніе ²¹⁾, Петражицкій отрицаетъ противрѣчіе: „опредѣливъ природу эмоцій чисто психологически, т.-е. безъ смѣшенія психическаго съ физическимъ, я затѣмъ изучаю физиологическое вліяніе эмоцій, въ частности вліяніе ихъ на

¹⁹⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 3.

²⁰⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 7—8 и 11.

²¹⁾ Сергѣевичъ, *Новое ученіе о правѣ и нравственности* (Ж. М. Ю. 1909, № 2, стр. 13—14).

тѣлодвиженія и поведеніе вообще“ ²²⁾. Но возраженіе не достигаетъ цѣли потому, что акція есть „система фізіологическихъ и психическихъ процессовъ“.

На этомъ передѣланномъ психологическомъ фундаментѣ должно быть выстроено совершенно новое понятіе о правѣ. „Сообщенія выше общія психологическія положенія даютъ возможность найти рѣшеніе для нерѣшенныхъ до сихъ поръ въ наукѣ и не могущихъ быть рѣшенными на почвѣ традиціонныхъ психологическихъ ученій проблемъ о природѣ нравственности и права“ ²³⁾. Въ то время какъ юристы принимаютъ за исходный пунктъ своего изслѣдованія нормы права, которымъ приписывается объективное существованіе, Петражицкій, въ развитіи понятія о правѣ, исходитъ „изъ совсѣмъ иной точки зрѣнія, а именно изъ отрицанія реального существованія того, что юристы считаютъ реально существующимъ въ области права, и нахождения реальныхъ правовыхъ феноменовъ... въ совсѣмъ другой сферѣ, въ сферѣ психики индивида“ ²⁴⁾.

Реальнымъ въ области права слѣдуетъ признавать наше сознаніе связанности по адресу другого, за которымъ нашъ долгъ закрѣпляется, какъ его добро, его активъ. Правовыми обязанностями Петражицкій желаетъ называть такія психическія переживанія, когда „то, къ чему мы себя считаемъ обязанными, представляется намъ причитающимся другому, какъ нѣчто ему должное“ ²⁵⁾. Психологическое пониманіе права съ точки зрѣнія индивидуальнаго сознанія должно привести къ выводу, что право не зависитъ отъ общества. Право не устраняется тѣмъ, что человѣкъ оказался на отрѣзанномъ отъ всего прочаго человѣческаго міра островѣ, или что онъ попалъ на Марсъ, гдѣ, по предположенію автора, правового порядка не существуетъ ²⁶⁾.

Если право есть то, что человѣкъ сознаетъ, какъ право, то область его способна къ безграничному расширенію. Такъ именно

²²⁾ Петражицкій, *Новое ученіе о правѣ и нравственности и критика проф. Сергеевича*, 1910, стр. 19.

²³⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 25.

²⁴⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 86.

²⁵⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 49—50.

²⁶⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 105.

и смотритъ на дѣло Петражицкій. Область права, признаваемая таковою со стороны официальной нормировки, представляетъ „совершенно микроскопическую величину“ по сравненію съ тѣмъ необъятнымъ множествомъ житейскихъ случаевъ и вопросовъ поведенія, которые предусматриваются правомъ въ смыслѣ, какой придается этому выраженію теоріей Петражицкаго. Правомъ слѣдуетъ считать: правила разныхъ игръ, напр., въ карты, шашки, кегли и т. п.; правила вѣжливости, этикета; любовное право, возникающее съ момента объясненія въ любви; домашнее право, опредѣляющее интимныя отношенія въ семьѣ; дѣтское право, проявляемое въ забавахъ, шалостяхъ; преступное право, складывающееся въ воровскихъ шайкахъ. Право будетъ налицо, если я признаю за собакой, которая хорошо вела себя на охотѣ, право на добрый ужинъ; если я признаю себя обязаннымъ передъ деревомъ или камнемъ, за которыми закрѣпляю право; если я считаю себя обязаннымъ передъ покойникомъ, который имѣетъ право на почитаніе; если я заключаю договоръ съ дьяволомъ, въ силу котораго считаю себя за оказанныя мнѣ услуги обязаннымъ предоставить ему свою душу ²⁷⁾,—но тутъ уже правовѣдѣніе, по справедливому замѣчанію самого Петражицкаго ²⁸⁾, граничитъ съ психопатологіей.

Чье сознаніе создаетъ право? До сихъ поръ можно было думать, что все дѣло въ сознаніи того, кто признаетъ себя обязаннымъ по адресу другого, за которымъ онъ, въ своемъ сознаніи, закрѣпляетъ право ²⁹⁾. Отсюда могло казаться, что право составляетъ только рефлексъ. Но это оказывается ошибка: „дѣйствительное отношеніе между императивностью и атрибутивностью правовыхъ явленій состоитъ въ томъ, что императивность ихъ не имѣетъ самостоятельнаго характера, а является только рефлексомъ атрибутивной природы подлежащихъ импульсій“ ³⁰⁾. Тогда, значитъ, слѣдовало бы искать разгадки не въ сознаніи того, кто чувствуетъ себя обязаннымъ, а того, кто чувствуетъ за собой право. Немного далѣе указывается, что по

²⁷⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 87, 134.

²⁸⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 106.

²⁹⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 51.

³⁰⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 70.

разнымъ конкретнымъ психическимъ обстоятельствамъ въ сознаниі индивида, переживающаго психическіе процессы правового типа, обыкновенно односторонне выступаетъ на первый планъ или императивная сторона или атрибутивная сторона, а другая блекнетъ и ступшевывается ³¹⁾.

Вопросъ о томъ, чье сознание имѣется въ виду, сильно затруднился такою постановкою. Но, по крайней мѣрѣ, сомнѣніе касалось двухъ лицъ: того, кто чувствуетъ себя обязаннымъ, и того, кто чувствуетъ за собой право. Оказывается, что возможна еще „нейтральная“ точка зрѣнія. То, что одному представляется обязанностью, а другому—правомъ, то съ нейтральной точки зрѣнія оказывается правоотношеніемъ ³²⁾. Но, если „всякое психическое явленіе происходитъ въ психикѣ одного индивида и только тамъ“ ³³⁾, и право есть психическое явленіе, какимъ образомъ могутъ быть признаны, съ точки зрѣнія третьяго лица, правоотношеніями „договоръ съ дѣволомъ“ или „отношеніе между богами и животными“?

Что же такое тѣ нормы права, о которыхъ говорятъ профессиональные юристы? Реально существуютъ только переживания этическихъ моторныхъ возбужденій въ связи съ представленіями извѣстнаго поведенія, а нормы—это только проекція, фантазма. Это только кажется, что гдѣ-то имѣются и царствуютъ строгіе велѣнія и запреты. „Такимъ образомъ, выраженія: императивы, императивныя нормы въ нашемъ смыслѣ вовсе не означаютъ, что кто-то кому-то что-то велить, что какая-то воля обращается къ другой волѣ“ ³⁴⁾. Это просто проекція. Другими словами, Петражицкій отрицаетъ начисто всю объективность въ правѣ. Строя право на субъективизмѣ, Петражицкій не ставитъ вопроса, какимъ образомъ создается у человѣка императивно-атрибутивное сознание? Откуда оно? Почему оно не сходно у разныхъ людей? Не объясняется ли психическое переживаніе внѣшними причинами? Не создается ли сознание обязанности или права внушеніями извнѣ?

³¹⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 78.

³²⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 52.

³³⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 105.

³⁴⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 44.

Можетъ быть не нормы являются проекціей, а правовое сознание является интросекціей? ³⁵⁾.

Въ результатъ изслѣдованія Петражицкаго оказывается, что „подъ правомъ въ смыслѣ особаго класса реальныхъ феноменовъ слѣдуетъ разумѣть тѣ этическія переживанія, эмоціи которыхъ имѣютъ атрибутивный характеръ“ ³⁶⁾. Въ какомъ же отношеніи это своеобразное понятіе о правѣ находится къ положительному праву?

Это, какъ называетъ его Петражицкій, классовое понятіе права „предназначено для познанія и объясненія явленій, а не для опредѣленія того, что юристы привыкли называть правомъ“ ³⁷⁾. Какъ возможенъ переходъ къ „праву въ юридическомъ смыслѣ“? ³⁸⁾. Тутъ открывается мостикъ, очень ненадежный для изслѣдователя. Это нормальные факты, или факты, въ родѣ поступковъ другихъ людей, постановленій законодателя, которыя способны вызывать соответственныя правовыя переживанія. Можетъ, конечно, возникнуть сомнѣніе, какимъ образомъ, если право только въ сознаніи, если повелѣнія и запреты только фантазмы,—способны внѣшніе факты имѣть значеніе для права? Вліяніе это громадно, потому что оказывается, что здѣсь „одно лицо или группа лицъ можетъ по своему усмотрѣнію вызывать въ психикѣ другихъ... такое право на будущее время, какое ему или ей представляется съ какой-либо точки зрѣнія желательнымъ“ ³⁹⁾. Черезъ эту форточку вся фантазма способна превратиться въ реальность, а оригинальное ученіе—въ „наивно-традиціонное“.

Но положительное право Петражицкаго не есть еще положительное право юристовъ. Последнее есть только его разновид-

³⁵⁾ Употребляя это выраженіе, я не придаю ему того значенія, какое присваивалъ этому термину Авенариусъ, см. Викторъ въ, *Эмпиріокритицизмъ или философія чистаго опыта*, 1910, стр. 151 и слѣд.

³⁶⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 85.

³⁷⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 208.

³⁸⁾ Петражицкій постоянно употребляетъ это выраженіе,—подобно Бурдигу. Если принять во вниманіе, что слово „юридическій“ равнозначуще со словомъ „правовой“ (*Теорія*, т. I, стр. 50 in fine), то выраженіе приметъ видъ: право въ правовомъ смыслѣ.

³⁹⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. II, стр. 549—550.

ность, и называется официальным правом. Для понимания его никак нельзя обойтись без государства. Государственная власть—это социально-служебная власть, на которой лежит обязанность заботиться о благѣ подвластных или объ общемъ благѣ. Изъ этого „наивнаго“ взгляда вытекаетъ, что „важнѣйшимъ служеніемъ общему благу со стороны государственной власти является служеніе праву“⁴⁰⁾. „Сообразно съ этимъ, съ развитіемъ государственной власти и организациі происходитъ внутри государственнаго союза дифференціація права, раздѣленіе его на двѣ категоріи, на 1) право, подлежащее примѣненію и поддержкѣ со стороны представителей государственной власти, по долгу ихъ общественнаго служенія и 2) право, лишенное такого значенія въ государствѣ“⁴¹⁾. Это первое право оказывается „привилегированнымъ правомъ“ въ государствѣ, „правомъ высшаго сорта“.

Такимъ образомъ мы перебрались къ положительному праву юристовъ. Но при переходѣ остались весьма существенныя сомнѣнія. Во-первыхъ, не выяснилось, какъ примирить объективность нормальныхъ фактовъ съ субъективнымъ переживаніемъ права? Во-вторыхъ, гдѣ отличительный видовой признакъ того права, который интересенъ уже потому, что онъ „высшаго сорта“, если не довольствоваться ссылкой на ничего не говорящій „официальный характеръ“?

Петражицкій вводитъ еще новый видъ права—интуитивное право. Это понятіе опредѣляется чисто отрицательнымъ путемъ. Отличительный признакъ интуитивнаго права—въ отсутствіи въ составѣ его представленій нормативныхъ фактовъ⁴²⁾, другими словами,—это право минусъ положительное право, которое, какъ мы видѣли, тоже величина не очень опредѣленная. Къ особенностямъ его авторъ относитъ то, что „принципіально интуитивное право остается индивидуальнымъ“, „интуитивныхъ правъ столько, сколько индивидовъ“⁴³⁾. Но эта принципіальность не мѣшаетъ тому, что свое интуитивное право могутъ имѣть кружокъ, обшир-

⁴⁰⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 200 и 217.

⁴¹⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. I, стр. 221.

⁴²⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. II, стр. 479.

⁴³⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. II, стр. 480.

ное общество, даже народъ. Авторъ проситъ не смѣшивать его интуитивное право ни съ естественнымъ правомъ, ни съ нравственностью. Интуитивное право есть не что иное, какъ справедливость⁴⁴⁾, что не мѣшаетъ ему быть „менѣ доброкачественнымъ“, чѣмъ позитивное право, и „даже весьма злокачественнымъ“⁴⁵⁾, причѣмъ авторъ ни слова не говоритъ о критеріи оцѣнки.

Подводя итоги критическаго разбора теоріи Петражицкаго, необходимо сказать слѣдующее.

Ученіе Петражицкаго о правѣ даетъ выводы, совершенно несогласные съ общепризнанными представленіями о правѣ. Самъ Петражицкій указываетъ на два представленія: широкой публики и профессиональныхъ юристовъ. Его симпатіи на сторонѣ первого, хотя онъ: 1) не объясняетъ основаній предпочтенія, 2) не подчиняется ему, такъ какъ отбрасываетъ „нравственное право“, 3) не изслѣдуетъ и причинъ, по которымъ сложилось профессиональное пониманіе права. Принимая точку зрѣнія широкой публики, Петражицкій рѣшительно съ ней расходится, потому что въ этой публикѣ не признаютъ серьезно правомъ то, что въ своей теоріи онъ выдаетъ за таковое (любвное, преступное право и т. п.).

Теорія эмоций, помимо своей научной несостоятельности, совершенно бесполезна для психологическаго пониманія права. Даже теорія права, развиваемая Петражицкимъ, ни въ какой связи съ эмоціями не состоитъ и могла бы быть построена на традиціонной психологіи.

Въ ученіи Петражицкаго нѣтъ вовсе опредѣленія понятія о правѣ, а имѣется только описаніе психическихъ переживаній въ связи съ правомъ. При этомъ, правовая психика не сведена къ своему генезису, хотя авторъ и претендуетъ на эволюціонную точку зрѣнія.

Въ индивидуальной же психикѣ авторъ не даетъ никакого критерія для опредѣленія, гдѣ кончается реальный феноменъ и гдѣ начинается болѣзненная фантазія (договоръ съ дьяволомъ).

Вся теорія Петражицкаго построена на томъ, чтобы перенести

⁴⁴⁾ Петражицкій, *Теорія*, т. II, стр. 507.

⁴⁵⁾ Петражицкій, *Теорія*, г. II, стр. 482.

право изъ общественной сферы въ сферу индивидуальнаго переживанія, и его попытки поддержать социальныя моменты въ правѣ вызываются только непоследовательностью автора. Въ виду этого теорія Петражицкаго не въ состояніи выяснитъ социальную природу права.

Исходныя моменты теоріи Петражицкаго должны бы логически привести его къ солипсизму, но какъ „профессіональный юристъ“, онъ психологически отклоняетъ отъ себя эти выводы. Солипсизмъ тянетъ къ себѣ, какъ прудъ въ темную ночь, но онъ гибель для мысли, какъ прудъ для жизни.

Противоположное представленіе о правѣ развиваетъ профессоръ университета въ Галла, Рудольфъ Штаммлеръ, хотя Петражицкій и склоненъ видѣть въ немъ только своего послѣдователя и популяризатора ⁴⁶⁾. Это утвержденіе, конечно, невѣрно, во-первыхъ, потому, что по своей величинѣ Штаммлеръ не можетъ быть отросткомъ Петражицкаго, а во-вторыхъ, потому, что ученіе его вполне самостоятельно по существу. То, что рѣзко отличаетъ Штаммлера отъ Петражицкаго, — это признаніе объективности права, какъ исходнаго начала. „Юридическія правила являются по отношенію къ намъ внѣшними; они обращаются къ намъ съ велѣніемъ и нормируютъ наши отношенія еще раньше, чѣмъ мы о нихъ что-либо узнали; они даютъ намъ формальныя представленія, не считаясь съ тѣмъ, соглашаемся ли мы съ ними. Они, какъ таковыя, стремятся обладать значеніемъ, не спрашивая насъ, согласны ли мы съ ними, и признаемъ ли мы ихъ“ ⁴⁷⁾. „Въ обыденной жизни, правда, очень часто ссылаются на свое правовое чувство. Но это могло бы только значить, что кто-либо добылъ общепризнанное правильное рѣшеніе по правовымъ вопросамъ совершенно изъ себя, изъ своей духовной организаціи. Такая ссылка представляетъ въ корнѣ только ссылку на мистическое происхожденіе мнимо обосновавшаго критическаго сужденія, но отнюдь не систематическое обоснованіе его, и оставляетъ его, наоборотъ, беззащитнымъ по отношенію къ любому сомнѣнію противниковъ“ ⁴⁸⁾.

⁴⁶⁾ Петражицкій, *Введеніе*, стр. XI, *Теорія*, изд. 1907, стр. 644.

⁴⁷⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, рус. пер. 1907, т. II, стр. 162—163.

⁴⁸⁾ Штаммлеръ, *Сущность и задачи права и правосвѣднія*, рус. пер. 1908, стр. 5.

Вопросъ о сущности права Штаммлеръ разлагаетъ на три различныхъ вопроса: 1) что такое право, 2) въ чемъ обоснованіе обязательности права и 3) когда содержаніе правовой нормы является матеріально обоснованнымъ ⁴⁹⁾. Неудачу многихъ рѣшеній Штаммлеръ видитъ въ смѣшеніи этихъ трехъ сторонъ единой проблемы.

Представленіе Штаммлера о томъ, что такое право, развертывается въ его изложеніи путемъ противопоставленія гипотезъ историческаго матеріализма. „Право, съ точки зрѣнія матеріалистическаго пониманія исторіи, рассматривается, какъ вспомогательное орудіе въ совмѣстной борьбѣ за существованіе, его назначеніе—сдѣлать возможнымъ урегулированное господство надъ экономическими отношеніями“ ⁵⁰⁾. Противъ этого положенія Штаммлеръ выдвигаетъ утвержденіе, что хозяйство не можетъ быть причиной права, потому что хозяйство и право—это только двѣ стороны социальной жизни. Здѣсь нѣтъ двухъ самостоятельныхъ объектовъ. „Правовой порядокъ и экономическій строй—безусловно одно и то же“ ⁵¹⁾.

Что же такое социальная жизнь? „Социальная жизнь есть внѣшнимъ образомъ урегулированная совмѣстная жизнь людей“ ⁵²⁾. „Конститутивнымъ моментомъ для понятія социальной жизни является только внѣшнее регулированіе совмѣстной жизни людей“. Совмѣстная борьба за существованіе есть содержаніе социальной жизни, внѣшнее регулированіе есть форма, въ которой происходитъ это сотрудничество“. Въ понятіи социальной жизни мы различаемъ регулирующую форму и регулируемую матерію“ ⁵³⁾.

„Матеріей социальной жизни служитъ, по мнѣнію Штаммлера, совмѣстная дѣятельность людей, направленная къ удовлетворенію ихъ потребностей“ ⁵⁴⁾. Эту совмѣстную дѣятельность Штаммлеръ обозначаетъ словомъ „соціальное хозяйство“. Въ рамки этого понятія включается всякая направляемая къ удовлетворе-

⁴⁹⁾ Stammeler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, стр. 111.

⁵⁰⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, т. I, стр. 26 и 186.

⁵¹⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 208.

⁵²⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 91.

⁵³⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 173.

⁵⁴⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 142.

нію потребностей совмѣстная дѣятельность людей. Попытки сузить его и обозначить терминомъ „соціальное хозяйство“ лишь то, что имѣетъ отношеніе къ низшимъ, матеріальнымъ потребностямъ, наталкивается при своемъ осуществленіи на затрудненія, которыя Штаммлеръ считаетъ непреодолимыми. Такимъ образомъ для Штаммлера вся общественная жизнь, со стороны ея содержанія, входитъ въ представленіе о соціальномъ хозяйствѣ. вмѣстѣ съ тѣмъ Штаммлеръ совершенно расходится съ оспариваемымъ имъ матеріалистическимъ міровоззрѣніемъ въ пониманіи хозяйства.

Соціальному хозяйству, какъ матеріи, соотвѣтствуетъ право, какъ форма. Какимъ же образомъ устанавливаетъ Штаммлеръ понятіе о правѣ? „Понятіе о правѣ не можетъ и не должно быть устанавливаемо а priori. Я исхожу, наоборотъ, изъ опыта, въ которомъ легко увидѣть то, что совершенно явственно заявляетъ о себѣ, какъ о правѣ“⁵⁵⁾. По опредѣленію Штаммлера, „право есть такое принудительное регулированіе совмѣстной жизни людей, которое по самому смыслу своему имѣетъ не допускающее нарушенія значеніе“⁵⁶⁾.

Хотя въ данное опредѣленіе Штаммлеръ не внесъ момента внѣшняго регулированія, но право, какъ форма совмѣстной дѣятельности, мыслится Штаммлеромъ только въ видѣ внѣшняго правила, т.-е. „правила, которое по своему значенію совершенно независимо отъ побужденій, заставляющихъ отдѣльное лицо ему слѣдовать“. Съ этой стороны „внѣшнее регулированіе совмѣстной жизни людей можетъ быть противопоставлено предписаніямъ морали“⁵⁷⁾. Отграничивъ по моменту внѣшности право отъ нравственности, Штаммлеръ долженъ былъ далѣе разграничить между собою внѣшнія правила. Здѣсь онъ различаетъ, какъ мы уже видѣли, правовыя и конвенціональныя правила по моменту принудительности. „Право стремится стать принудительнымъ велѣніемъ, обращаемымъ къ отдѣльной личности и не считающимся съ ея согласіемъ и признаніемъ, конвенціональное же правило по самому смыслу своему имѣетъ значеніе лишь въ силу добро-

⁵⁵⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 164.

⁵⁶⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 167.

⁵⁷⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 107—108.

вольнаго согласія на него подчиненнаго ему лица“⁵⁸⁾. Такимъ образомъ, понятію права „присущъ моментъ притязанія на роль принудительнаго велѣнія“⁵⁹⁾. Однако, не всѣ высшія правила регулированія совмѣстной дѣятельности людей могутъ быть признаны правомъ. Принудительныя велѣнія могутъ быть или правовыми или произвольными. Мы видѣли уже, что Штаммлеръ различіе между этими двумя видами велѣній, которыя по своему содержанію могутъ быть совершенно однородны, усматриваетъ въ томъ, что норма права ненарушима для установившаго ее до замѣны ея другою нормою.

Выяснивъ сущность права, Штаммлеръ переходитъ къ обоснованіямъ принудительности права. Онъ очень ясенъ и силенъ въ критикѣ другихъ попытокъ подойти къ рѣшенію этого вопроса и очень туманенъ и слабъ въ установленіи своей точки зрѣнія. Конечно, Штаммлеръ правъ, когда замѣчаетъ, что, прежде чѣмъ говорить объ оправданіи нормы со стороны ея содержанія, необходимо оправдать принужденіе, которымъ она стремится осуществить свое содержаніе. „Этотъ вопросъ ясно показываетъ, что сомнѣніе въ самомъ правѣ (?) на правовое принужденіе составляетъ основную проблему“⁶⁰⁾. Разрѣшеніемъ такой проблемы Штаммлеръ считаетъ слѣдующій отвѣтъ: „Право есть необходимое условіе для закономѣрнаго построенія соціальной жизни человѣка“⁶¹⁾. „Соціальная жизнь является закономѣрною, если ея особое регулированіе согласно съ общей основной идеей всякаго общественнаго существованія“⁶²⁾.

По третьему вопросу, когда содержаніе нормы права является матеріально обоснованнымъ, если уже обоснована принудительность права, Штаммлеръ выдвигаетъ идею права. „Существуетъ лишь одна единственная идея, которая съ безусловной принципиальностью дѣйствительна для всякаго права,—это идея чловѣческаго общенія“⁶³⁾. Правовой строй есть средство на службѣ

58) Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 156.

59) Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 158.

60) Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 199.

61) Stammer, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, стр. 29.

62) Штаммлеръ, *Сущность права и правоподобія*, стр. 71—72.

63) Штаммлеръ, *Сущность права и правоподобія*, стр. 75.

человѣческихъ цѣлей. Его смыслъ кроется въ томъ, чтобы создать извѣстный видъ сотрудничества и взаимнаго отношенія людей другъ къ другу. „Отсюда вытекаетъ, что правомѣрность какого-либо положительнаго правового установленія должна опредѣляться тѣмъ соображеніемъ, что по своему содержанію оно есть правое средство для правой цѣли социальной совмѣстной жизни людей“⁶⁴). „Закономѣрность социальной жизни можетъ заключаться только въ идеальномъ масштабѣ для общества, регулированіе котораго должно производиться въ смыслѣ имѣющаго всеобщее значеніе вниманія ко всякому изъ подчиненныхъ праву, такъ что каждый членъ союза трактуется и опредѣляется такъ, какъ онъ долженъ хотѣть, въ качествѣ мыслимаго свободнымъ существа. Общеніе людей способныхъ къ свободному выраженію своей воли (*Gemeinschaft frei wollender Menschen*)—такова безусловная конечная цѣль социальной жизни“⁶⁵).

Мы привели всѣ три рѣшенія на тѣ вопросы, изъ которыхъ, по мнѣнію Штаммлера, состоитъ проблема о сущности права. Въ этомъ раздѣленіи одного вопроса на три необходимо согласиться со Штаммлеромъ. Но выдерживаетъ ли самъ Штаммлеръ установленное расчлененіе? Съ точки зрѣнія предложеннаго имъ различія такъ наз. естественное право ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отнесено къ праву. И самъ Штаммлеръ признаетъ, что „оно не можетъ служить нормой для судьи и для административныхъ властей“⁶⁶). А между тѣмъ возраженіе противъ причисленія естественнаго права къ праву онъ считаетъ „простымъ споромъ о словахъ“. Однако, слово дѣйствуетъ на представленіе. Возражая Бергбому, который утверждаетъ, что можетъ быть только одинъ способъ научнаго трактованія права, Штаммлеръ настаиваетъ на возможности второго, очевидно, предполагая тождественность объекта научнаго изученія. „Развѣ произведенія Томаса Мора или фантазія Беллами не содержатъ въ себѣ вполнѣ законченной правовой системы? Или, можетъ быть, право какого-либо давно уже вымершаго народа не можетъ именоваться правомъ на томъ основаніи, что оно нигдѣ уже не имѣетъ значе-

⁶⁴) Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, т. II, стр. 247.

⁶⁵) Штаммлеръ, тамъ же, т. II, стр. 251.

⁶⁶) Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 181.

нія?“⁶⁷⁾ Но отжившее право есть историческій фактъ, чего нельзя сказать о фантази Беллами. Про развалившійся домъ мы можемъ сказать, что такой-то домъ былъ, но архитектурный планъ еще не даетъ права говорить, что домъ будетъ.

Признавъ, что хозяйство и право представляютъ полное логическое единство матеріи и формы, Штаммлеръ полагаетъ, что доказалъ невозможность отношенія между хозяйствомъ и правомъ, какъ причины и слѣдствія. Но при этомъ нельзя не обратить вниманія на то, что его представленіе о хозяйствѣ совершенно не соотвѣтствуетъ тому, что подъ этимъ именемъ понимается въ политической экономіи и что положено въ основу матеріалистическаго міровоззрѣнія. Для него хозяйство—это вся общественность, а для оспариваемаго имъ взгляда—только одна сторона общественной жизни. Право такъ же не совпадаетъ съ формой соціальной жизни, потому что эта форма = правовыя правила + конвенціональныя правила. Сверхъ того, Штаммлеръ совершенно вычеркнулъ мораль изъ матеріи и формы соціальной жизни.

Едва ли при этихъ условіяхъ можно сказать, что Штаммлеръ, опредѣливъ право, между прочимъ, и по моменту принудительности, опредѣлилъ мѣсто права въ соціальной жизни съ соціологической точки зрѣнія.

Однимъ изъ наиболѣе видныхъ представителей теоріи, принимающей отличительнымъ признакомъ нормъ права принужденіе, на континентѣ Европы слѣдуетъ признать Рудольфа фонъ Геринга. Свои взгляды на сущность права этотъ блестящій писатель съ особенной яркостью выразилъ въ своемъ сочиненіи „Цѣль въ правѣ“⁶⁸⁾. Не смотря на внушительный объемъ этого труда, авторъ все же не успѣлъ съ необходимою полнотою обосновать свой взглядъ. Идеи Геринга не укладывались въ рамки плана, имъ самимъ изготовленнаго. Мысль неудержимо неслась въ сторону, не считаясь ни съ какими началами симметріи, а часто и послѣдовательности.

Чтобы доказать свой эпиграфъ, что „цѣль есть творецъ права“, Герингъ устанавливаетъ цѣлевой законъ. „Безъ достаточнаго осно-

⁶⁷⁾ Штаммлеръ, тамъ же, т. I, стр. 184.

⁶⁸⁾ Jhering, *Der Zweck im Recht*, т. I, 1877, т. II, 1883.

ванія немислимо движеніе воли, какъ немислимо движеніе матеріи“. Въ природѣ достаточное основаніе проявляется механически въ причинѣ, для воли оно выражается въ цѣли. Камень падаетъ не для того, чтобы упасть, но потому, что онъ долженъ былъ упасть, а человѣкъ дѣйствуетъ не „потому что“, а „чтобы“ достигъ известной цѣли. „Нѣтъ воли, нѣтъ дѣйствія безъ цѣли“⁶⁹⁾. Такимъ образомъ, внутренній процессъ образованія воли стоитъ внѣ закона причинности, для нея побуждающимъ основаніемъ служить не причина, а цѣль. Іерингъ обходитъ вопросъ,—не вызывается ли представленіе о цѣли въ сознаніи человѣка по закону причинности? Еще болѣе странно, что Іерингъ, отличивъ человѣка отъ природы по цѣлевому закону, вмѣняетъ цѣли природѣ. „Природа хочетъ, чтобы человечество существовало. Для осуществленія этой ея воли необходимо, чтобы отдѣльный человѣкъ сохранилъ и передалъ далѣе жизнь, которую дала ему природа. Самосохраненіе и воспроизведеніе индивида составляютъ необходимыя условія для достиженія ея цѣли. Какъ достигается она этой цѣли? Тѣмъ, что она заинтересовываетъ эгоизмъ индивида: а этого она добивается тѣмъ, что назначаетъ ему премію, когда онъ поступаетъ, какъ онъ долженъ, въ видѣ удовольствія, и угрожаетъ наказаніемъ, если онъ не поступитъ, какъ долженъ, или поступитъ, какъ не долженъ былъ,—въ видѣ страданія“⁷⁰⁾.

Жизнь человѣка, какъ вида, есть совокупность всѣхъ человѣческихъ цѣлей. Здѣсь возникаетъ задача систематики человѣческихъ цѣлей. Онѣ могутъ быть раздѣлены на двѣ большія группы: цѣли индивида и цѣли общества. Соціальныя задачи интересны для юриста не съ точки зрѣнія ихъ содержанія, но съ точки зрѣнія того способа, какимъ общество и государство пользуются индивидомъ для ихъ осуществленія⁷¹⁾.

Сущность общества состоитъ въ совмѣстномъ стремленіи къ общимъ цѣлямъ, подобно товариществу, основанному на договорѣ. Соотвѣтственно тому, общество можно опредѣлить, какъ „организацію жизни для и черезъ другихъ“⁷²⁾. Чтобы понять, какимъ

⁶⁹⁾ Jhering. *Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 3—5, 11, 14.

⁷⁰⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 33—34.

⁷¹⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 57—59.

⁷²⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 88 и 92.

образомъ общество заставляетъ человѣка, склоннаго жить для себя, жить и для другихъ, необходимо уяснить себѣ социальную механику, т.-е. дѣйствіе тѣхъ силъ, какими располагаетъ общество для возбужденія воли у составляющихъ его индивидовъ. Такихъ возбудителей у общества имѣется двѣ пары ⁷³⁾. Одна пара, основанная на эгоистическомъ началѣ, состоитъ изъ: а) вознагражденія и б) принужденія. Другая пара, основанная на этическомъ началѣ, выражается въ: а) чувствѣ долга и б) любви. Герингъ не успѣлъ выяснить дѣйствіе этическихъ возбудителей и далъ обоснованіе только эгоистическимъ.

Вознагражденіе дается оборотомъ. Потребности человѣка связываютъ его съ другими людьми, заставляютъ стремиться къ сотрудничеству и обмѣну. Вся совокупность дѣйствій, координированныхъ и направленныхъ къ обезпеченію удовлетворенія потребностей человѣческихъ,—это и есть оборотъ. Возбудителемъ соучастія въ этихъ дѣйствіяхъ для каждаго индивида служить надежда на вознагражденіе его услугъ со стороны другихъ равноцѣнными услугами. Уравненіе услугъ при обмѣнѣ достигается посредствомъ эгоизма обмѣнивающихся, безъ всякаго принужденія ⁷⁴⁾.

Вторымъ эгоистическимъ возбудителемъ является принужденіе, подъ которымъ слѣдуетъ понимать осуществленіе цѣлей путемъ господства надъ чужой волей ⁷⁵⁾. Организация принужденія въ цѣляхъ общества предполагаетъ два условія: государство и право, утвержденіе силы, которая дѣлаетъ принужденіе осуществимымъ, и установленіе правилъ, въ которыхъ она проявляется. Пользованіе силой для общественныхъ цѣлей неизбежно. „Жизнь сильнѣйшаго за счетъ слабѣйшаго, уничтоженіе послѣдняго въ борьбѣ съ первымъ—такова картина жизни въ животномъ мірѣ; обезпеченное существованіе даже слабѣйшаго и бѣднѣйшаго рядомъ съ сильнѣйшимъ и богатѣйшимъ—таковъ образъ человѣческаго бытія“ ⁷⁶⁾.

Сила, устанавливая правило, въ которомъ она предполагаетъ

⁷³⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 95, т. II, стр. 4—14.

⁷⁴⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 132.

⁷⁵⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 234.

⁷⁶⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 241.

проявляться, создаетъ нормы права. Сила и норма—вотъ два необходимыхъ момента въ понятіи права. „Сила, въ случаѣ крайности, можетъ существовать и безъ права, и исторія доставила достаточно фактическихъ тому доказательствъ. Право безъ силы есть пустое названіе безъ содержанія, потому что только сила, которая ставитъ нормы права, дѣлаетъ право тѣмъ, что оно есть и чѣмъ должно быть“ ⁷⁷⁾. Зачѣмъ же сила, способная существовать и безъ нормъ права, прибѣгаетъ къ этому средству? Это потому, что сила не можетъ быть все время въ дѣйствіи, она нуждается въ мирѣ. Сила сама себя ограничиваетъ нормами—въ собственномъ интересѣ, и до того момента, когда интересъ ея самосохраненія заставитъ ее пренебречь интересомъ мира.

Сила, поставленная въ нормы права, есть социальная организція принужденія, направленная къ тому, чтобы дать перевѣсъ этой силѣ надъ всякой другой въ обществѣ, и въ то же время обезпечить отъ произвола. Общество сильнѣе индивида и эту силу даетъ ему правовая организція ⁷⁸⁾. Эта социальная организція принужденія выражается въ государствѣ потому, что государство—это само общество, организованное для принужденія ⁷⁹⁾. „Организція социальнаго принужденія представляетъ двѣ стороны: созданіе вишняго механизма силы и установленіе положеній, опредѣляющихъ примѣненіе этой силы. Форма рѣшенія первой задачи—это государственная власть, форма второй—право“ ⁸⁰⁾. Государственная власть, разсматриваемая въ существѣ своемъ, есть не что иное, какъ выдѣленное для извѣстныхъ социальныхъ цѣлей количество народной силы (физической, духовной, экономической). При такомъ соотношеніи государства и права логически государство должно быть единственнымъ источникомъ права. Это именно и утверждаетъ Герингъ ⁸¹⁾.

Естественно было ожидать, что Герингъ признаетъ характернымъ моментомъ въ понятіи права—принужденіе. Дѣйствительно, онъ становится на эту точку зрѣнія, но не рѣшается сдѣлать

⁷⁷⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 253.

⁷⁸⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 297.

⁷⁹⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 309.

⁸⁰⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 311—312.

⁸¹⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 318.

изъ нея логическихъ выводовъ. „Хотячес опредѣленіе права гласить: право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ, и, по-моему, оно совершенно вѣрно уловило истину“. „Правовое положеніе безъ правового принужденія есть внутреннее противорѣчіе, это—огонь, который не горитъ, это—свѣтъ, который не свѣтитъ“ ⁸²⁾.

Іерингъ предвидитъ, что ему могутъ быть сдѣланы возраженія, основанныя на томъ, что международное, конституціонное и каноническое право принудительнымъ признакомъ не обладаютъ. Какъ же Іерингъ справляется съ этими возраженіями? По вопросу о международномъ правѣ Іерингъ предполагаетъ два возможныхъ рѣшенія: можно не признавать принужденія характернымъ признакомъ права, или можно, признавъ этотъ признакъ, отвергнуть характеръ права за международнымъ правомъ. Но Іерингъ пытается, сохранивъ принудительный моментъ въ правѣ, сохранить за международнымъ правомъ характеръ права. „Организація принужденія встрѣчаетъ въ этой области препятствія, которыя она не въ состояніи сразу преодолѣть“. „Организація принужденія не можетъ здѣсь идти нога въ ногу съ нормою права, послѣдняя принимаетъ совершенно тотъ же образъ по существу и представляетъ въ дѣйствительности то же требованіе неуклоннаго исполненія, но принужденіе отстаетъ отъ нормы“ ⁸³⁾. Это, конечно, не опроверженіе возраженія, а испроверженіе собственной теоріи. Также слабы попытки отстоять характеръ права за конституціонными законами и за каноническимъ правомъ. Правовой характеръ власти монарха, при невозможности принужденія, Іерингъ защищаетъ сравненіемъ съ обязанностью присяжнаго засѣдателя. Нѣтъ никакого контроля и никакого принужденія, чтобы такой судья рѣшалъ по совѣсти, если не считать присяги. „Развѣ оттого обязанность его становится нравственною?“ Это предположеніе Іерингъ отвергаетъ потому, что судъ присяжныхъ есть правовой институтъ ⁸⁴⁾. Непостижимо, какъ могъ Іерингъ дойти до такого сравненія, доказывающаго обратное его утвержденію. Рѣшеніе по совѣсти какъ присяжнаго, такъ и коронаго судьи—

⁸²⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 320 и 322.

⁸³⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 325.

⁸⁴⁾ Jhering, тамъ же, т. I, стр. 328.

есть вопрос нравственного долга. Юридическая сторона ограничивается организацией суда присяжных, порядка привлечения их к исполнению обязанностей, определением их компетенции, но и только. Если присяжный будет действовать в ином порядке, его устранять или решение, постановленное при его участии, уничтожать. А если монарх, опираясь на силу, выйдет из-под власти закона? Относительно канонического права Иеринг утверждает, что, хотя его нормы лишены внешнего принуждения, „но практически все же выполняют функцию права“⁸⁵). Эти доводы слабыя опровержения дали богатый материал для проливания света на теорию принуждения.

Иеринг не довольствуется формальным определением права, но стремится определить его и по содержанию. „Со стороны содержания я определяю право как форму, в которой достигается посредством принудительной власти государства обеспечение жизненных условий общества“⁸⁶). Иеринг оставил открытым и нерешенным вопрос, в каком соотношении находятся выставленные им два понятия о праве: одно со стороны формы, другое — со стороны содержания.

§ 37.

Оправдание права.

Литература: Stammer, *Die Theorie des Anarchismus*, 1894; Adler, *Anarchismus* (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, т. I, русск. пер., 1906.); Эльцбахер, *Сущность анархизма*, 2 bb. 1906; *Der Anarchismus und seine Träger*, 1887; Lenz, *Der Anarchismus und das Strafrecht*; Plechanow, *Anarchismus und Socialismus*, 1894, русск. пер.; Кульчицкий, *Современный анархизм*, 1907.

Если мы признаем право нормою поведения, вынуждаемого угрозой зла со стороны органов власти, то перед нами тотчас же встанет вопрос: допустимо ли такое принуждение, применяемое одним людьми в отношении других людей? Ответ на этот вопрос необходим для всякого, кто в своей

⁸⁵) Ihering, там же, т. I, стр. 321.

⁸⁶) Ihering, там же, т. I, стр. 443.

общественной дѣятельности имѣеть дѣло съ примѣненіемъ нормъ права. Человѣкъ только тогда получаетъ удовлетвореніе отъ своей дѣятельности, когда твердо увѣренъ въ ея цѣлесообразности. Человѣкъ только тогда можетъ служить праву, пользоваться имъ, когда у него есть убѣжденіе въ томъ, что само право служить правдѣ.

Однако, мало внести сознательность въ свое служеніе праву. Оправданіе права, какъ обоснованіе дѣятельности, необходимо еще въ виду ожесточенныхъ нападковъ, какимъ подвергается въ послѣднее время право со стороны анархизма. Нельзя успокоиться на доводахъ за право, пока не будутъ опровергнуты доводы противъ права, — если они вообще оразимы.

Анархизмъ, какъ идеаль общественнаго строя, основаннаго на отсутствіи государственной власти, проявляется впервые опредѣленно въ ученіи Годуина (1793), но въ общественное ученіе онъ складывается только съ половины XIX столѣтія. Имя дано ему Прудомъ, хотя подъ однимъ и тѣмъ же именемъ обращаются доктрины, довольно далеко расходящіяся, однѣ — въ сторону индивидуалистическаго, другія — въ сторону коммунистическаго міросозерцанія ¹⁾.

Оправданіе права должно стоять внѣ зависимости отъ содержанія нормъ права. Недостаточно доказать, что то или другое содержаніе требуется нравственнымъ сознаніемъ или соотвѣтствуетъ общественному идеалу. Нужно еще доказать, что это содержаніе можно и должно осуществить путемъ права. Высокая цѣль еще не оправдываетъ низкихъ средствъ. Допустимо ли правовое принужденіе въ осуществленіи этического требованія?

Такая постановка вопроса объ оправданіи права приводитъ къ предположенію принудительнаго момента въ правѣ. Споръ съ анархизмомъ возможенъ только на почвѣ соглашенія, что отличительнымъ признакомъ права является организованное принужденіе. Возраженія противъ права дѣлаются анархистами именно съ точки зрѣнія присущаго ему принужденія. При этомъ одни анархисты исходятъ изъ того представленія, что право

¹⁾ Знаменательно, что изъ семи главныхъ теоретическихъ анархистовъ: Годуинъ, Прудонъ, Штаррверъ, Тэкеръ, графъ Л. Н. Толстой, князь П. А. Кропоткинъ, Бакунинъ — трое представляютъ Россію и принадлежать къ старымъ дворянскимъ родамъ.

всегда соединяется съ принужденіемъ. „Что же это такое, спрашиваетъ графъ Толстой, то, что называется этимъ страшнымъ словомъ! Если разсуждать не по „наукѣ“..., а по общему всеѣмъ людемъ здравому смыслу опредѣлять то, что въ дѣйствительности подразумѣвается подъ словомъ „право“, то отвѣтъ на вопросъ о томъ, что такое право, будетъ очень простой и ясный: Правомъ въ дѣйствительности называется, для однихъ людей, разрѣшеніе, даваемое ими самимъ себѣ, заставлятъ другихъ дѣлать то, что первымъ выгодно; для вторыхъ же правомъ называется разрѣшеніе дѣлать все то, что имъ не запрещено“²⁾. Другіе анархисты выдѣляютъ изъ права законы, создаваемые государствомъ, и направляютъ свои нападенія исключительно въ эту сторону. Такъ, Бакунинъ возстаетъ только противъ закона, „которому каждый индивидъ принужденъ подчиняться подъ страхомъ навлечь на себя юридическое наказаніе“³⁾. Такого же мнѣнія князь Кропоткинъ, когда онъ заявляетъ, что „законъ не имѣетъ никакого права на уваженіе людей“. „Его (закона) просвѣтительное значеніе отошло въ область преданій; у него только одна миссія—поддержка эксплуатаціи“. И если въ ближайшемъ будущемъ „законы будутъ совершенно упразднены“, то все же, для сохраненія добраго мира, останется еще то, что юристы называютъ „обычнымъ правомъ“⁴⁾. Такъ какъ мы пришли къ заключенію, что право всегда соединяется съ признакомъ принудительности, то мы обязаны принять споръ съ анархизмомъ на почвѣ принужденія. Отрицающіе этотъ моментъ, какъ характерный для права, уклоняются отъ боя съ анархизмомъ. Одни направляютъ свои стрѣлы противъ принужденія въ правѣ, другіе отражаютъ ихъ заявленіемъ, что право возможно безъ принужденія. Дѣло отъ такого разсужденія мало выигрываетъ въ ясности. Напротивъ, необходимо, признавъ, что принужденіе существенно для права, доказать необходимость правового принужденія.

Если защищать право со стороны его принудительности, то необходимо отстаивать и ту общественную организацію, которая

²⁾ Графъ Л. Н. Толстой, *О правѣ* (Голосъ Студенчества, 1910, № 1).

³⁾ Бакунинъ, *Богъ и Государство* (Полное Собраніе Сочиненій, т. I, стр. 15).

⁴⁾ Кропоткинъ, *Paroles d'un revolté*, 1885, стр. 221, 227, 235.

дѣлаеть организованное принужденіе возможнымъ, т.-е. государство. Безъ государства, по нашему взгляду, нѣтъ права. Съ этой, и только этой, точки зрѣнія, можно утверждать, какъ это дѣлаеть Еллинекъ, не раздѣляющій развиваемаго здѣсь воззрѣнія, что „вопросъ объ основѣ государства существенно совпадаетъ съ вопросомъ объ основѣ права“ ⁵⁾. Оправданіе права нераздѣльно съ оправданіемъ государства.

Оправданіе права сводится къ обоснованію необходимости права. Но сама необходимость можетъ быть обосновываема двоякимъ образомъ. Можно утверждать, что право этически необходимо. Для цѣлей общества необходимо право, — и въ этомъ его оправданіе. Всегда и всюду, гдѣ есть общество, должно быть право. Такъ обосновываютъ право Штаммлеръ и Еллинекъ. „Проблема состоитъ въ томъ, говоритъ первый изъ нихъ, является ли правовое принужденіе единственнымъ отвѣчающимъ идеалу законмѣрной соціальной жизни формальнымъ средствомъ?“ ⁶⁾. „Едва ли есть истина болѣе несомнѣнная, утверждаетъ второй, чѣмъ та, что необходимымъ слѣдствіемъ отсутствія государства и права явилось бы *bellum omnium contra omnes*“ ⁷⁾. Съ такой постановкой вопроса невозможно согласиться потому, что я могу мыслить общество и безъ права, могу допустить общежитіе безъ организованнаго принужденія.

Поэтому обоснованіе необходимости должно быть поставлено на другую почву: надо доказать, что право исторически необходимо. Рѣчь идетъ не о простой ссылкѣ на историческій опытъ: изъ того, что такъ раньше было, еще не слѣдуетъ, что такъ всегда будетъ. Обоснованіе права съ точки зрѣнія исторической необходимости сводится къ вопросу: если историческія условія привели, по закону причинности, къ образованію государства и права, возможно ли въ данный историческій моментъ отрѣшиться отъ государства и права безъ потери того, что человекъ цѣнитъ въ общежитіи?

Такъ именно ставится вопросъ анархистами и потому споръ съ ними возможенъ только при условіи признанія ихъ точки

⁵⁾ Еллинекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 165.

⁶⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право*, т. II, стр. 215.

⁷⁾ Еллинекъ, *Общее учение о государствѣ*, 1908, стр. 164.

зрѣнія. „И я, не колеблясь, говорю,—заявляетъ Бакунинъ,—что государство есть зло, но исторически необходимое, столь же необходимое въ прошедшемъ, какъ рано или поздно будетъ необходимо его полное уничтоженіе“⁸⁾. Еще болѣе опредѣленно утверждаетъ Кропоткинъ, что „уничтоженіе государства съ его законами, со всею его системою управленія, со всею его объединеніемъ становится исторической необходимостью“⁹⁾. Дѣйствительно ли, однако, насталъ моментъ упраздненія права и государства и оправданіе ихъ потеряло свое историческое основаніе?

Въ своей критикѣ государства и права анархизмъ близко подходитъ къ социализму. Но критика социализма направлена противъ государства и права, данныхъ во времени, критика же анархизма направлена противъ всякаго государства и всякаго права. Социализмъ—это голосъ обездоленнаго большинства, протестующій противъ господствующаго меньшинства, тогда какъ анархизмъ—это голосъ индивида, протестующаго противъ общества, его подавляющаго. Социализмъ стремится сплотить силы слабыхъ, чтобы овладѣть государственной властью съ цѣлью преобразованія права, анархизмъ же стремится вырвать у слабыхъ всякую надежду на государство и право.

Различіе взглядовъ представителей анархизма не препятствуетъ говорить объ анархизмѣ въ цѣломъ. Разногласія существуютъ во всякомъ направленіи. Всѣ анархисты сходятся между собою въ томъ, что они отрицаютъ государство и право, основанія на принужденіи¹⁰⁾.

Прежде всего недостатокъ права обнаруживается въ возрастающей множественности и сложности нормъ права, затрудняющихъ его усвоеніе. „Стоитъ только начать законодательствовать,—

⁸⁾ Бакунинъ, *Богъ и Государство* (Полное Собраніе Сочиненій, т. I, стр. 117).

⁹⁾ Кропоткинъ, *Анархія*, 1906, стр. 25.

¹⁰⁾ Эльцбахеръ, *Сущность анархизма*, стр. 192, полагаетъ, что анархизму нельзя приписывать отрицаніе права и правового принужденія, какъ это утверждаютъ Штаммлеръ, потому что тогда нельзя называть анархическимъ ученія Прудона, Бакунина, Кропоткина и Токера. Но приводимыя имъ цитаты изъ этихъ авторовъ доказываютъ именно, что правъ Штаммлеръ, потому что они допускаютъ право, но не „юридическое“, какъ выражается Эльцбахеръ, а также принужденіе, но не организованное.

замѣтилъ Годуинъ, — и не будетъ этому конца“. „Книга, куда право вписываетъ свои предписанія, все растеть и мѣръ скоро окажется слишкомъ малымъ для всѣхъ будущихъ сводовъ“¹¹⁾. „Законодательство, присоединяется къ этому Прудонъ, должно функционировать безостановочно. Законы, декреты, указы, ордонаасы, циркуляры осыплютъ бѣдный народъ какъ градомъ. Вскорѣ вся политическая почва покроется бумажнымъ слоемъ, который геологамъ придется описывать подъ названіемъ бумажной формации (formation papugacée)“¹²⁾.

Право несправедливо потому, что выражается въ общихъ нормахъ, пренебрегающихъ индивидуализаціей. Такъ, напримѣръ, по Годуину наслѣдство невозможно раздѣлить по законному шаблону безъ грубаго нарушенія справедливости. Со стороны анархизма, отстаивающаго свободу индивида, совершенно послѣдовательно протестовать противъ самой нормы.

Право бесполезно потому, что правовая угроза неспособна удержать кого бы то ни было отъ нарушенія нормы права. „Несомнѣнно, — утверждаетъ Кропоткинъ, — что страхъ наказанія никогда не остановилъ еще убійцы“. „Въ тотъ день, когда на убійцу не стануть налагать никакаго наказанія, число убійствъ не увеличится ни на одинъ лишній случай“¹³⁾.

Если нормы права не приносятъ пользы, то онѣ несомнѣнно причиняють вредъ. Государство даетъ однимъ власть надъ другими, а право является средствомъ властвованія. Между тѣмъ власть всегда развращаетъ людей. „Сколько ни придумывали люди средствъ для того, чтобы лишить людей, стоящихъ у власти, возможности подчинять общіе интересы своимъ, всѣ эти мѣры оказывались неэффективными. Всѣ знаютъ, что люди, находящіеся у власти, будь они императоры, министры, полицеймейстеры, городовые, всегда именно потому, что имѣють власть, дѣлаются болѣе склонными къ безнравственности“¹⁴⁾. Право служитъ закрѣпленію эксплуатаціи слабыхъ со стороны сильныхъ.

¹¹⁾ Эльцбахеръ, *Сущность анархизма*, стр. 31.

¹²⁾ Proudhon, *Idée générale de la révolution au XIX siècle* (Oeuvres complètes, 1868, X, стр. 136—137).

¹³⁾ Кропоткинъ, *Paroles d'un révolté*, стр. 240, 241.

¹⁴⁾ Толстой, *Царство Божье внутри насъ*, 1893.

„Законы! Кто не знает, что они такое и какая имъ цѣна. Паутина для сильныхъ и богатыхъ, цѣпи для слабыхъ и бѣдныхъ, не поддающіяся никакой стали, рыболовныя сѣти — въ рукахъ правительства“¹⁵⁾. Право заглушаетъ мораль. „Когда какой-нибудь шахъ персидскій, Иоаннъ Грозный, Чингисъ-ханъ, Неронъ рѣжутъ, бьютъ людей тысячами, то это ужасно, но все таки не такъ ужасно, какъ то, что дѣлаютъ господа правовѣды. Эти убиваютъ не людей, а все святое, что есть въ нихъ“. Въ душу человѣка „вложенъ одинъ высшій, очень простой, ясный и доступный всѣмъ законъ, не имѣющій ничего общаго съ предписаніями людей, называемыми правами и законами“. Этотъ законъ любви къ ближнимъ давно былъ бы всѣми усвоенъ, „если бы не тѣ коварныя и зловредныя усилія, которыя дѣлаютъ для того, чтобы скрыть этотъ законъ отъ людей“¹⁶⁾. Право подавляетъ свободу индивида. Человѣкъ создать себѣ изъ права идола, которому поклоняется. „Государство ставитъ себѣ всегда цѣлью ограничить, обуздать отдѣльную личность, подчинить ее чему-нибудь общему. Но это продолжится только до тѣхъ поръ, пока отдѣльная личность не будетъ все во всемъ, и это показываетъ только мое самоограниченіе, мою ограниченность, мое рабство“. „Чуждая сила, сила, которую Я оставляю другому, дѣлаетъ изъ Меня раба“¹⁷⁾.

Такова безпощадная критика государства и права со стороны анархизма. Чѣмъ же предполагается замѣнить то, что называется государственнымъ и правовымъ строемъ?

Прежде всего необходимо имѣть въ виду двойственное значеніе слова „анархія“: безначаліе и безпорядокъ. Изъ того, что анархизмъ отрицаетъ власть и ея оружіе — право, не слѣдуетъ выводъ, будто анархисты отстаиваютъ безпорядокъ, — пріемъ недобросовѣстной полемики, нерѣдко примѣняемый въ отношеніи направленія, враждебнаго современному порядку. Мы должны присмотреться именно къ тому, каковъ тотъ порядокъ общежитія, которымъ предполагается замѣнить порядокъ, поддерживаемый государствомъ и правомъ.

¹⁵⁾ Proudhon, *Idée générale de la révolution* (Oeuvres, т. X, стр. 138).

¹⁶⁾ Толстой, *О правѣ* (Голосъ Студенчества, 1910, № 1).

¹⁷⁾ Максъ Штирнеръ, *Единственный и его достояніе*, 1907, стр. 213, 242.

Кромѣ того, слѣдуетъ имѣть въ виду еще слѣдующія обстоятельства. Анархія, въ большей или меньшей степени, свойственна и современному обществу. 1) Анархія господствуетъ въ той области, которая остается неорганизованной на началахъ принужденія. Такова область экономическихъ отношеній, насколько государство не опредѣлило ихъ нормами права, а предоставило инициативѣ каждого на началахъ конкуренціи. 2) Анархія имѣетъ мѣсто въ обществѣ, насколько взаимныя отношенія опредѣляются одной моралью. „Да развѣ вся жизнь людей проходитъ въ сферѣ закона? Только одна тысячная доля ея подлежитъ закону, остальная часть происходитъ внѣ его, въ сферѣ нравовъ и воззрѣній общества“¹⁸⁾. 3) Анархія конкурируетъ съ правомъ, насколько въ дѣйствительной жизни нормы права остаются безъ примѣненія или прямо нарушаются.

Въ предположеніяхъ того, что должно замѣнить современный порядокъ, обнаруживается большое разногласіе между анархистами. Одни кладутъ въ основу личное благо (Штирнеръ), другіе—общее благо (Годуинъ), одни—эгоизмъ (Прудонъ), другіе—любовь къ ближнимъ (Толстой). Индивидуалистическій анархизмъ сталкивается съ коммунистическимъ анархизмомъ и не мирится даже съ коллективистическимъ анархизмомъ.

Отрицаніе государства и права, какъ организованнаго принужденія, даетъ возможность только двумъ выходамъ. Можно анархическій порядокъ построить или: а) на неорганизованномъ принужденіи или б) на устраненіи всякаго принужденія. Первое основаніе принимаютъ тѣ анархисты, которые предполагаютъ, что порядокъ способенъ держаться добровольными соглашениями, второе основаніе слѣдуетъ видѣть въ ученіи тѣхъ, кто возлагаетъ всѣ свои надежды на мораль, лишенную санкціи.

Договорныя соглашения, соединяющія людей въ союзы и обеспечивающія взаимный обмѣнъ услугами, выдвигаются рядомъ анархистовъ. „Не изолированность, не одиночество,—говоритъ представитель индивидуалистическаго анархизма, Максъ Штирнеръ,—а общество—вотъ естественное состояніе“. Что же сближаетъ людей? „Я предпочитаю рассчитывать на своекорыстіе

¹⁸⁾ Толстой, *Людские* (Собраніе сочиненій, т. III).

людей, а не на ихъ служеніе любви, ихъ милосердіе, жалость и т. п.“¹⁹⁾. Такимъ образомъ „союзы эгоистовъ“ держатся личною заинтересованностью каждаго. „Я хочу договора,—говоритъ Прудонъ,—а не законовъ“. „Для того, чтобы я былъ свободенъ, чтобы надо мной былъ лишь одинъ законъ—мой собственный, и чтобы управлять мною я самъ, необходимо перестроить все общественное зданіе на началахъ взаимнаго договора“²⁰⁾. „Моя свобода, или, что то же самое, мое достоинство, какъ человѣка,—утверждаетъ Бакунинъ,—заключается въ томъ, чтобы не подчиняться ни одному человѣку и опредѣлять свои дѣйствія согласно своимъ собственнымъ убѣжденіямъ“²¹⁾. Чтобы всѣ чувствовали себя свободными, необходимо обосновать ихъ соединеніе не на власти, а на договорѣ²²⁾. „Идеаль такого общества,—говоритъ Кропоткинъ,—гдѣ каждымъ управляетъ исключительно его собственная воля, достижимъ только путемъ добровольныхъ союзовъ“²³⁾. Потребность каждаго въ сотрудничествѣ, помощи, сочувствіи въ достаточной степени обезпечать соблюденіе договоровъ, положенныхъ въ основу такихъ союзовъ²⁴⁾.

А что, если личный интересъ не обезпечиваетъ въ достаточной степени соблюденіе договоровъ? Принужденіе не исключено въ добровольномъ общеніи. „Норма, по которой договоръ долженъ быть исполненъ, не будетъ покониться исключительно на справедливости, но также и на общей волѣ людей, вошедшихъ въ общежитіе,—волѣ, которая заставитъ выполнить заключенный договоръ хотя бы силой“²⁵⁾. „Положимъ, вспыхнетъ ссора, или сильный угнетаетъ слабого. Въ первомъ случаѣ самъ народъ подвергнетъ споръ третейскому суду, во второмъ же—каждый гражданинъ сочтетъ своимъ долгомъ лично вмѣшаться, не до-

¹⁹⁾ Максъ Штирнеръ, *Единственный и его достояніе*, стр. 289.

²⁰⁾ Proudhon, *Idée générale de la révolution au XIX siècle* (Oeuvres, т. X, стр. 235).

²¹⁾ Бакунинъ, *Богъ и Государство* (Полное Собраніе Сочиненій, т. I, стр. 13).

²²⁾ Бакунинъ, *Федерализмъ, социализмъ и антиколониализмъ* (Полное Собраніе Сочиненій, т. I, стр. 53).

²³⁾ Кропоткинъ, *Анархія*, стр. 12—13.

²⁴⁾ Кропоткинъ, *La conquête du pain*, 1892, стр. 169.

²⁵⁾ Proudhon, *Idée générale d'une révolution au XIX siècle* (Oeuvres, т. X, стр. 293).

жидаясь полиціи; полицейскіе будутъ такъ же мало нужны, какъ судьи и тюремные смотрители“²⁶⁾. Однако, Тэкеръ находитъ возможнымъ дѣйствіе добровольныхъ судовъ присяжныхъ, которымъ должно быть предоставлено не только сужденіе о поступкѣ, но и о томъ правѣ, на основаніи котораго поступокъ долженъ быть обсужденъ. Съ точки зрѣнія Тэкера, анархизмъ не исключаетъ возможности преслѣдовать и карать преступниковъ. „Гдѣ существуетъ преступленіе, тамъ должна существовать сила для его подавленія. Кто же это отрицаетъ? Во всякомъ случаѣ не анархисты“²⁷⁾. Тюрьма, смертная казнь и даже пытки допустимы въ борьбѣ съ преступностью. „Это не значитъ, что общество, карающее смертною казнью, совершаетъ убійство. Убійство есть актъ нападенія. А смертная казнь—только актъ самозащиты“²⁸⁾.

Совершенно иначе ставится анархическій идеаль съ точки зрѣнія тѣхъ, кто въ принципѣ отрицаетъ принужденіе, которымъ теперь пользуется государство. Анархическій порядокъ долженъ быть построенъ всецѣло на морали, не допускающей никакого принужденія. Люди, находясь въ общеніи, будутъ поступать согласно указанію альтруистическихъ чувствъ, и потому никакого столкновенія интересовъ не можетъ быть. „Существуетъ,—говоритъ графъ Толстой,—общій, признаваемый всѣми разумными людьми законъ, подтверждаемый и преданіемъ, и всѣми религіями всѣхъ народовъ, и истинной наукой, и совѣстью каждаго человѣка. Законъ этотъ состоитъ въ томъ, что всѣ люди одинаково для исполненія своего призванія и достиженія наибольшаго блага должны помогать другъ другу, любить другъ друга, во всякомъ случаѣ не посягать на свободу и жизнь другъ друга“²⁹⁾. Право, поддерживаемое силою, нарушаетъ заповѣдь непротивленія злу. Суда не должно быть. Для воздѣйствія на зло есть только одинъ путь—воздаяніе добромъ за зло. Царствіе Божіе наступитъ тогда, когда мы будемъ руководствоваться не правомъ, а заповѣдями Христа³⁰⁾.

26) Kropotkin, *Revolutionary Studies* (цитировано по Эльбахеру).

27) Тэкеръ, *Вмѣсто книги*, 1908, стр. 68.

28) Тэкеръ, *Вмѣсто книги*, стр. 216.

29) Толстой, *Что же дѣлать?* 1907, стр. 10.

30) Толстой, *Царствіе Божье внутри насъ*.

Критика анархизма, направившаго свои нападенія на государство и право, должна исходить не изъ представленія о возможности въ далекомъ будущемъ осуществленія анархическаго порядка, а изъ предположенія, возможно ли немедленное упраздненіе государства и права. Такъ именно ставятъ вопросъ анархисты, которые не просто мечтаютъ о томъ, что можетъ быть черезъ тысячу лѣтъ, а настаиваютъ, что современный государственный и правовой порядокъ, основанный на организованномъ принужденіи, долженъ быть немедленно замѣненъ общественнымъ порядкомъ, свободнымъ отъ организованнаго принужденія или даже отъ всякаго принужденія.

Нужно уничтожить всѣ законы и на ихъ мѣсто поставить одинъ законъ—законъ любви. Но гдѣ онъ? Отсутствіе его въ сознаниіи человѣка доказывается лучше всего историческимъ фактомъ существованія государства и права. Если бы всѣ люди или хотя бы только всѣ „разумные“ люди находились подъ его дѣйствиємъ, развѣ потребовалась бы принудительная организація защиты противъ другихъ общественныхъ группъ, угрожающихъ извнѣ, и противъ нѣкоторыхъ единицъ, угрожающихъ внутри общества?

Откуда возьмется сейчасъ любовь къ ближнимъ, способная замѣнить право, если люди исторически воспитаны въ чувствѣ вражды, въ стремленіи къ господству, въ зависти. Возможно, конечно, дѣйствіе нѣкоторыхъ выдающихся индивидовъ силою убѣжденія, соединеннаго съ обаятельностью ихъ личности. Но, едва ли кто вѣритъ, чтобы самая сильная проповѣдь преобразила всѣхъ людей, а пока останутся неподдавшіеся,—результатъ не достигнуть. Можно также дѣйствовать внѣшнимъ разрушеніемъ всего порядка, съ которымъ связаны чувства и убѣжденія людей. Но будетъ ли это и разрушеніемъ всей прежней психологій, безъ чего немислимо новое построеніе? Можно, конечно, безъ труда сокрушить дома, но такъ же ли легко сломать предразсудки?

Нужно, устранивъ право, поставить отношенія между людьми исключительно подъ дѣйствіе нормъ нравственности. Однако мораль есть продуктъ общественности. Хорошіе и дурные люди, по словамъ Макая, создаются общественнымъ строемъ³¹⁾. Но,

³¹⁾ Макай, *Анархисты*, 1906, стр. 2. См. еще Бакуининъ, *Богъ и Государство* (Полное Собраніе Сочиненій, т. I, стр. 11).

если нормы нравственности и нравственные чувства зависят от общественной среды, то не значит ли это, что для поднятия нравственного уровня необходимо преобразовать эти общественныя условия. А какъ же ихъ преобразовать безъ содѣйствія государства и права? Если бы государство, путемъ правовыхъ нормъ, устранило все то, что возбуждаетъ, по мнѣнію анархистовъ, дурныя инстинкты въ людяхъ, то не примирило ли бы оно съ собой нынѣшнихъ враговъ своихъ? Для достиженія этого результата необходимо, чтобы государственная власть оказалась въ рукахъ тѣхъ, кто былъ бы заинтересованъ направлять ея силы въ сторону народнаго большинства. Эта цѣль осуществима только путемъ политической борьбы, которая предполагаетъ государство и право.

Представимъ себѣ, что, порвавъ политическія и юридическія узы, современные люди переходятъ къ образованію добровольныхъ союзовъ, основанныхъ на соглашеніи (механическая теорія!). Устраняется ли при этомъ допущеніе, что въ такихъ союзахъ окажутся элементы, настроенные антисоціально? Пусть ослабнутъ факторы преступности, все же исторія наложила свою печать на духовный складъ современнаго человѣка. Если такіе элементы возможны, то чѣмъ же поддерживается союзъ противъ ихъ вредоносныхъ дѣйствій? Союзъ исключаетъ несправимаго эгоиста. Но если ни одинъ другой союзъ не пожелаетъ его принять; если онъ самъ не захочетъ удалиться? Насиліе неизбежно въ защиту союза. И мы видѣли, что анархисты (кроме Толстого) не отрицаютъ возможности реакціоннаго реакціоннаго общества. При сколько-нибудь значительномъ союзѣ, а при современныхъ условіяхъ производства союзъ не можетъ быть незначительнымъ, придется выдѣлить для защиты особыя элементы. Не приведетъ ли это къ организаціи принудительной силы? А организація эта не поведетъ ли къ возстановленію государства и права? Не начнется ли исторія съ начала?

Анархисты тщательно избѣгаютъ говорить о томъ, въ какомъ отношеніи станутъ одни союзы къ другимъ. Раздѣленіе земли и иныхъ богатствъ между союзами легко можетъ послужить вновь источникомъ вражды и факторомъ преступности. Примемъ во вниманіе, что приглашеніе перейти къ анархическому порядку

дѣлается сейчасъ, когда народы воспитались въ національномъ чувствѣ. Не потребуются ли организація защиты групповой неприкосновенности, а это въ свою очередь не потребуетъ ли политической организаціи?

Производство экономическихъ благъ, для большей успѣшности, непременно потребуетъ дальнѣйшаго раздѣленія труда, специальныхъ знаній, планообразнаго сотрудничества. Это окажется необходимымъ какъ для того, чтобы не тратить понапрасну силы и средствъ, принадлежащихъ союзу, такъ и для того, чтобы успѣшно обмѣнивать продукты своего труда на продукты другихъ союзовъ. Достижима ли организація производства безъ нормъ права и власти, ихъ поддерживающихъ?

Современныя большія и сложныя общественныя соединенія не выдержали бы давленія индивидуализма безъ правовыхъ скрѣпъ. „Господствующее стремленіе нашего времени есть стремленіе къ образованію тысячъ всевозможныхъ союзовъ и обществъ, для удовлетворенія самыхъ разнообразныхъ потребностей современнаго человѣка“³²⁾. Фактъ подмѣченъ правильно, но невѣрно истолкованъ, когда ему придается значеніе предвѣстника анархическихъ союзовъ. Современное государство, по своей величинѣ, не въ состояніи удовлетворить потребность человѣка въ ближайшемъ общеніи. Человѣкъ нуждается въ болѣе тѣсныхъ общественныхъ отношеніяхъ. Но всѣ эти соединенія возможны только на фонѣ государственной и правовой организаціи.

Область современной анархіи показываетъ ясно, что общественная жизнь не стремится идти по пути ея расширенія, а напротивъ, въ направленіи ея сокращенія, порою даже тамъ, гдѣ это невозможно. Слабость нравственной санкціи побуждаетъ упорно держаться за правовую санкцію, иногда цѣною самообмана. Анархическое состояніе экономическихъ отношеній болѣе всего возбуждаетъ чувство справедливости противъ общественнаго строя и заставляетъ взывать къ вмѣшательству государства и права.

Государство и право построены на принужденіи, которое многимъ кажется несимпатичнымъ, пока дѣло не коснется защиты ихъ интересовъ. Но они необходимы для защиты интересовъ

³²⁾ Кропоткинъ, *Анархія*, стр. 27.

всѣхъ членовъ общества. Власть и право, конечно, могутъ служить интересамъ меньшинства въ ущербъ большинства. Но они же способны приспособлять меньшинство къ интересамъ большинства. Право есть сильное орудіе, опасное въ однѣхъ рукахъ, благотѣльное въ другихъ. Топоромъ можно срубить лѣсъ для постройки избы, но топоромъ можно и человѣка убить. Все дѣло въ томъ, чтобы право, какъ и топоръ, находилось въ такихъ рукахъ, въ которыхъ орудіе оказалось бы полезнымъ, а не опаснымъ.

На исторической очереди стоитъ принципъ социалистическій, а не анархическій, и лишь гдѣ-то на горизонтѣ, въ неясныхъ очертаніяхъ, вырисовывается анархизмъ, который явится, можетъ быть, еще болѣе непримиримымъ врагомъ социалистическаго строя, чѣмъ самъ социализмъ въ отношеніи къ буржуазному строю.

ГЛАВА VII.

Формы права.

§ 38.

Общій обзоръ формъ права.

Литература: Adiques, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872; Sturm, *Der Kampf des Gesetzes mit der Gewohnheit*, 1877; Roschthaler, *Gesetz und Gewohnheit*, 1893; Clarke, *The Science of Law and Lawmaking*, 1898; Чижовъ, *Источники и формы права*, 1878; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд. 1908, стр. 53—74; Markby, *Elements of Law*, 6 изд. 1905, стр. 38—78; Salmond, *Jurisprudence*, 2 изд. 1907, стр. 117—126.

Право, съ развиваемой мною точки зрѣнія,—это правила общежитія, поддерживаемыя государственною властью. Чтобы поданные могли ознакомиться, по внѣшнимъ признакамъ, съ содержаніемъ нормъ права, необходимо волѣ властвующихъ выражаться въ опредѣленной заранѣ формѣ. Эта форма можетъ быть одина, но она можетъ быть и различна.

Различныя формы, въ которыхъ выражается право, носятъ издавна названіе источниковъ права. Терминъ этотъ представляется, однако, мало пригоднымъ въ виду своей многозначности. Подъ этимъ именемъ понимаются: а) силы, творящія право, напр., когда говорятъ, что источникомъ права слѣдуетъ считать волю Бога, волю народную, правосознаніе, идею справедливости, государственную власть; б) матеріалы, положенныя въ основу того или другого законодательства, напр., когда говорятъ, что римское право послужило источникомъ для германскаго гражданскаго кодекса, труды ученаго Потье для французскаго кодекса Наполеона, Литовскій Статутъ для Уложенія Алексѣя Михайловича;

с) историческіе памятники, которые когда-то имѣли значеніе дѣйствующаго права, напр., когда говорятъ о работѣ по источникамъ, напр., по *Corpus juris civilis*, по Русской Правдѣ и т. п.,
 d) средства познанія дѣйствующаго права, напр., когда говорятъ что право можно узнать изъ закона ¹⁾.

Разнообразіе значеній, придаваемыхъ выраженію „источники права“ въ той же наукѣ права, вызываетъ необходимость обойти его и замѣнить другимъ выраженіемъ — формы права. Подъ этимъ именемъ слѣдуетъ понимать различные виды права, отличающіеся по способу выработки содержания нормъ. Выборъ формъ зависитъ всецѣло отъ государственной власти.

Чтобы уяснить себѣ многообразіе формъ права, необходимо обратиться къ анализу строенія нормы права. Въ каждой нормѣ права можно отличить содержаніе и санкцію. Первая часть описываетъ то поведеніе, которое требуется отъ гражданъ, вторая часть предписываетъ держаться этого поведенія подъ угрозой воздѣйствія. Это теоретическое различіе, установленное Лабандомъ ²⁾, чрезвычайно важно для пониманія формъ права. Законопроектъ можетъ быть тождественъ по содержанію съ закономъ, но у него недостаетъ второго элемента, присоединеніе котораго превращаетъ проектъ въ норму права. Рѣшеніе спорнаго вопроса окажется, можетъ быть, одинаковымъ и въ толкованіи ученаго юриста и въ толкованіи высшаго суда. Различія между ними по существу съ юридической точки зрѣнія нѣтъ до тѣхъ поръ, пока государственной власти не угодно придать обязательность тому или другому.

Обязательная сила нормъ права имѣетъ всегда одно основа-

¹⁾ По мнѣнію, Неган, *The Theory of legal Duties and Rights*, 1883, стр. 31, выборъ неудачнаго термина „источники права“ принадлежитъ Титу Лавію, который въ своей исторіи называетъ законъ XII таблиц *fontes omnis publici privateque juris*. О снугатности представляемъ, соединяемыхъ съ этимъ терминомъ въ германской литературѣ, см. Нейкамп, *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts* (Archiv f. bürg. Recht, т. 12, 1897, стр. 148—156).

²⁾ Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, т. II, 4 изд., 1901, стр. 3—4. Если Лабандъ различаетъ *Gesetzesinhalt* отъ *Gesetzesbefehl*, то Salmon, *Jurisprudence*, 6 изд., 1907, стр. 117, различаетъ въ тѣхъ же видахъ, *material source* и *formal source*. Формальный источникъ права—это то, что даетъ правилу обязательную силу, а матеріальный источникъ—это то, откуда происходитъ содержаніе нормы.

ніе: велѣніе государственной власти ^{*)}). Содержаніе же нормъ права можетъ имѣть различное происхожденіе. Прежде всего государственная власть можетъ сама выработать содержаніе нормы и объявить его въ формѣ закона. Но весьма возможно, что государственная власть предоставитъ другимъ выработать содержаніе и ограничится тѣмъ, что скрѣпитъ своею санкціею правила, уже выработанныя или предполагаемыя въ будущемъ, и тѣмъ придастъ правиламъ юридическій характеръ. Кому будетъ предоставлена выработка содержанія нормъ,—это зависитъ отъ усмотрѣнія, отъ политики государственной власти. Помимо ея, никто въ обществѣ не въ состояніи присваивать своимъ правиламъ значенія нормъ права и, слѣдовательно, никакія формы права не могутъ существовать безъ воли государственной власти.

Если это такъ, то въ зависимости отъ усмотрѣнія государственной власти формы права могутъ быть весьма различны, смотря по времени и мѣсту. Историческая дѣйствительность вполне подтверждаетъ такое предположеніе.

Государственная власть можетъ разрѣшить своимъ судебнымъ органамъ примѣнять тѣ правила общелитія, которыя выработались самою жизнью въ общественной средѣ силою бытовыхъ отношеній. Власть предполагаетъ, что такія правила по данному вопросу должны были образоваться или должны будутъ образоваться. Нормы обычнаго права, хотя и создаются въ своемъ содержаніи помимо государственной власти, но юридическую обязательность пріобрѣтаютъ по волѣ государственной власти. Поэтому допустимость обычнаго права и предѣлы ея опредѣляются самимъ законодателемъ. Такой взглядъ на производный характеръ нормъ обычнаго права былъ господствующимъ въ XVIII столѣтіи. Историческая школа начала XIX вѣка выдвинула обычное право, какъ совершенно самостоятельную форму права, которая получаетъ обязательную силу не отъ государственной власти, а отъ народнаго правосознанія. Эта точка зрѣнія еще крѣпко держится въ Германіи, хотя въ послѣднее время обна-

^{*)} Вопреки мнѣнію Регельсбергера, *Общее ученіе о правѣ*, рус. пер., стр. 54, который полагаетъ, что „обязательная сила положеній права имѣетъ различныя основанія: законодательство, образованіе обычнаго права, юриспруденція и (въ болѣе ограниченномъ смыслѣ) договоръ“.

руживается нѣкоторый возвратъ къ прежнему взгляду ⁴⁾. Въ Англии, странѣ обычнаго права по преимуществу, никогда не возникало сомнѣнія, что эта форма права держится силою государства, а не собственною силою ⁵⁾. Противъ мнѣнія, что обязательность обычнаго права обусловливается государственною властью, выдвигаютъ два возраженія. Во-первыхъ, указываютъ на то, что содержаніе нормъ обычнаго права нѣдко старѣ самой государственной власти. Это, довольно часто повторяемое, возраженіе упускаетъ изъ виду, что правила общежитія возникаютъ иногда и существуютъ задолго до превращенія ихъ въ нормы права. Но нормами права они становятся лишь тогда, когда возникло государство и насколько государственная власть изъявила готовность поддерживать ихъ своею силою. Во-вторыхъ, говорятъ, нормы обычнаго права не могутъ обусловливаться государственною властью, если послѣдняя не знаетъ ихъ содержанія. Но, если власть не знаетъ, что выработалось или вырабатывается общественной средою по тому или другому вопросу, она все же въ состояніи выразить требованіе, чтобы выработанное примѣнялось въ жизни, и поддержать свое требованіе приущею ей силой. Обязывая руководствоваться обычаями, власть обнаруживаетъ стремленіе не идти наперекоръ старинѣ, или сознать себя неспособной поспѣть за жизнью, или проявляетъ малую заинтересованность въ томъ, какими правилами опредѣляются бытовья отношенія, не затрагивающія ее непосредственно. Но исполнительные агенты власти примѣняютъ или не примѣняютъ эти обычаи въ зависимости отъ ея указаній, и тѣмъ передвигаютъ ихъ въ область права или оставляютъ внѣ права.

Точно также государственная власть можетъ предоставить своимъ органамъ управленія выработку общихъ правилъ поведения гражданъ, въ развитіе закона или въ пополненіе его недостатка. Очевидно, что такія административныя распоряженія или обязательныя постановленія почерпаютъ свою силу не въ

⁴⁾ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, стр. 202; Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht* (Jahr. f. Dogm., т. 27, 1889, стр. 186).

⁵⁾ Holland, *The Elements of Jurisprudence* 10 изд., 1906, стр. 56; Salmon, *Jurisprudence*, 2 изд., 1907, стр. 155, который удостовѣряетъ, что возрѣніе исторической школы „is unanimously rejected by English jurists“.

самихъ органахъ управленія, а въ дозволеніи, исходящемъ отъ органовъ власти. Чѣмъ сложнѣе общественная жизнь или чѣмъ менѣе твердо начало законности, тѣмъ большій просторъ для этой формы права, которая, какъ и всѣ другія, держится только авторитетомъ государственной власти.

Исторія показываетъ намъ, какъ государственная власть предоставляла содержаніе нормъ права научному правовѣдѣнію. Однако научное правовѣдѣніе не само по себѣ являлось формой права, а вслѣдствіе выраженной воли органовъ власти. Нравственный авторитетъ рѣшеній римскихъ юристовъ смѣнился юридическимъ авторитетомъ съ того времени, какъ римскимъ императорамъ, начиная съ Августа, угодно было придать обязательную силу рѣшеніямъ тѣхъ юристовъ, которымъ предоставлено было *jus respondendi*, и тѣмъ возвести ихъ *responsa* на степеня формы права. Развѣ при иной точкѣ зрѣнія возможно объяснить, какъ могъ состояться указъ императора Валентиніана III въ 426 году, который чисто механически разрѣшилъ вопросъ о силѣ мнѣній юристовъ въ случаѣ ихъ противорѣчія. Въ новое время, особенно въ XVI—XIX вв. въ Германіи обращались къ юридическимъ факультетамъ за рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ и такому рѣшенію придавалась обязательная сила именно потому, что съ нимъ считались судьи. Ничего подобнаго не встрѣчается въ современной исторіи.

По многимъ вопросамъ, соприкасающимся съ религіей, государственная власть, не желая вступать въ борьбу съ церковью, придавала обязательную силу канонамъ, опредѣлявшимъ отношеніе гражданъ между собою. Каноны являлись, а отчасти еще и являются сейчасъ, формами права не сами по себѣ, а вслѣдствіе поддержки власти. Какъ только государство отнимаетъ у нихъ эту защиту, — каноны немедленно теряютъ юридическое свойство и выходятъ изъ разряда формъ права. Государство новаго времени, почувствовавъ въ себѣ силу, вступаетъ прямо въ борьбу съ церковью и устанавливаетъ нормы, прямо противоположныя по содержанію канонамъ.

Въ исторіи роль формы права принадлежала судебной практикѣ, а въ настоящее время такое значеніе имѣетъ въ Англии судебный прецедентъ. Современныя европейскія законодательства

вообще не признають судебную практику формою права, но вопросъ этотъ не безспоренъ какъ со стороны догматики, такъ и со стороны законодательной политики.

Взаимное отношеніе различныхъ формъ права, особенно важнѣйшихъ—закона и правовыхъ обычаевъ, вызываетъ интересъ съ точекъ зрѣнія исторической, догматической, а также критической.

Историческое соотношеніе между правовымъ обычаемъ и закономъ выражается въ слѣдующемъ. Первоначально право выражается почти исключительно въ формѣ правовыхъ обычаевъ; изъ общей массы правилъ общепрія выдѣляются тѣ, которыя признаны судомъ, —періодъ господства обычнаго права. Въ дальнѣйшемъ государственная власть, собирая правовые обычаи, производитъ по своему усмотрѣнію отборъ между ними, обезпечивая свою защиту однимъ и отказывая въ этой защитѣ остальнымъ, а съ другой стороны, начинаетъ проявлять законодательную дѣятельность, издавая, однако, въ видѣ законовъ, прежніе обычаи,—періодъ совмѣстнаго дѣйствія обычая и закона. Наконецъ, третья стадія въ этомъ взаимоотношеніи состоитъ въ томъ, что власть выражаетъ въ формѣ закона свою личную волю и не стѣсняется стариной, а потому отодвигаетъ, своею силою, авторитетъ обычнаго права,—періодъ полнаго господства закона.

Съ догматической точки зрѣнія вопросъ о соотношеніи между правовымъ обычаемъ и закономъ заключается въ томъ, слѣдуетъ ли считать обѣ формы права вполне равносильными, или же правовые обычаи, получая свою силу отъ государственной власти, принуждены уступать мѣсто непосредственному выраженію ея воли въ видѣ закона. Другими словами, вопросъ сводится къ тому, можетъ ли правовой обычай отмѣнить силу соответствующаго по содержанію закона?

Тѣ, кто признаетъ, что правовой обычай пріобрѣтаетъ обязательную силу независимо отъ воли законодателя, даютъ утвердительный отвѣтъ на поставленный вопросъ. „Обычное право,—говоритъ Эненкерусъ,—по своей силѣ равно закону“⁶⁾. „Обычное право,—заявляетъ Кромъ,—есть источникъ права, равный по

⁶⁾ Enneserus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. 1, 1909, стр. 84.

происхожденію законному праву. Теперь это, послѣ нѣкотораго колебанія въ XVIII и XIX столѣтіяхъ, можетъ считаться снова общепризнаннымъ“ 7). Если законъ и правовой обычай—равно-сильныя формы права, то очевидно, что обычное право способно отмѣнить постановленіе закона, противное общественному правосознанію. Но изъ того же равносилія слѣдуетъ вывести и обратное, т.-е. что и законъ можетъ отмѣнить постановленіе правового обычая. Отсюда обнаруживается, что вопросъ о взаимномъ отношеніи закона и обычая даннымъ отвѣтомъ не разрѣшается. Въ самомъ дѣлѣ, если законодатель даетъ постановленіе, противное сложившемуся уже обычному праву, то, съ указанной точки зрѣнія, мы приходимъ лишь къ выводу, что законъ способенъ отмѣнить обычное право, а обычай способенъ отмѣнить изданный въ отмѣну ему законъ и т. д. Только въ этой борьбѣ всѣ шансы должны быть на сторонѣ болѣе подвижнаго закона.

Указанный отвѣтъ обнаружитъ еще ярче свою несостоятельность, если мы нѣсколько измѣнимъ редакцію предложеннаго отвѣта. Изъ равносилія формъ права можно съ одинаковымъ успѣхомъ вывести какъ то, что каждая изъ формъ можетъ отмѣнить противорѣчащее ей положеніе другой формы, такъ и то, что ни одна изъ формъ не въ состояніи отмѣнить положенія, созданнаго другою, равносильною ей, формою. Если, въ самомъ дѣлѣ, законъ—форма самостоятельная, независимая отъ обычнаго права, то, очевидно, послѣднее не способно отмѣнить то, что создано закономъ. И, наоборотъ, если обычное право также форма самостоятельная, то и его положенія не могутъ быть отмѣнены законодательнымъ порядкомъ. Ставъ на такую точку зрѣнія, мы должны, вмѣстѣ съ Эйзелемъ 8), признать, что законодатель не въ правѣ издавать законъ, которымъ устанавливался бы порядокъ примѣненія формъ права или запрещалось бы суду примѣнять обычай, противорѣчащіе законамъ 9).

7) *Strohe, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 84.

8) *Eiseler (Archiv für Civ. Praxis*, т. 69, стр. 289).

9) Странное рѣшеніе вопроса даетъ Дюгя. „Вопросъ долженъ быть поставленъ слѣдующимъ образомъ: если обнаружилось, что писанное положеніе находится въ противорѣчіи съ правомъ народа въ данный моментъ, и, если, съ другой стороны, норма, отвѣчающая этому праву, констатирована пока только обычною практикою,

Однако такіе выводы противорѣчаютъ исторической дѣйствительности, которая показываетъ случаи устраненія законодателемъ изъ жизни несимпатичныхъ ему обычаевъ, вмѣненія судамъ обращаться къ обычаямъ лишь при молчаніи закона.

Такое разногласіе между теоріей и дѣйствительностью обнаруживаетъ наличность какой-то логической ошибки. Ошибка заключается именно въ представленіи о равносиліи формъ права, которое устраняетъ возможность какого-либо догматическаго соотношенія между ними. Но такого равносилія не можетъ быть потому, что всѣ формы права основываютъ свою силу на волѣ государственной власти, которая своимъ непосредственнымъ выраженіемъ способна всегда устранить дѣйствіе противорѣчащихъ ей положеній. Дѣйствительно, допустить существованіе въ одномъ обществѣ двухъ равносильныхъ формъ права—все равно, что утверждать существованіе двухъ государственныхъ властей, потому что каждая норма права должна же имѣть за собою организованную поддержку. Такое предположеніе, однако, было бы явно несообразнымъ.

Вторая логическая ошибка заключается въ смѣшеніи отмѣны закона посредствомъ правового обычая съ обычнымъ непримѣненіемъ закона. Въ жизни возможны случаи, когда тотъ или другой законъ исполнительными органами не примѣняется. Но это только фактъ. Законъ сохраняетъ свою юридическую силу и можетъ совершенно неожиданно всплыть. Исторія знаетъ примѣры, когда сданные въ музей кремневые ружья отираются отъ пыли и употребляются въ дѣло. Законъ о судебномъ поединкѣ, не примѣнявшійся въ Англій въ теченіе столѣтій, но не отмѣненный, долженъ былъ получить примѣненіе въ 1819 году, какъ только его исполненія потребовалъ обвиняемый¹⁰⁾. Изъ того, что

то должно ли примѣнять писанную норму или норму обычную? Мы, не колеблясь заявляемъ, что слѣдуетъ примѣнять обычную норму, такъ какъ противоположное рѣшеніе привело бы къ утвержденію, что въ случаѣ конфликта двухъ нормъ, изъ которыхъ одна право, а другая—не право, слѣдуетъ примѣнять ту норму, которая не является правомъ“ (*Конституціонное право*, русск. пер., 1908, стр. 76—77). Такой поразительный выводъ возможенъ только при неясномъ странномъ основаніи, что „законъ не создаетъ права“.

¹⁰⁾ Нѣкто Торнтонъ былъ обвиненъ въ убійствѣ сестры Эшфордъ, но судъ оправдалъ его. Тогда Эшфордъ апеллировалъ въ высшую инстанцію, и Торнтонъ, не при-

въ настоящее время вводъ во владѣніе недвижимостями у насъ въ Россіи потерялъ свое историческое значеніе, не значить, чтобы любой пріобрѣтатель участка земли или дома не могъ его потребовать.

Итакъ, съ точки зрѣнія примѣненія нормъ права всѣ формы права, въ частности правовые обычаи, уступаютъ передъ закономъ, и не способны отмѣнить содержаніе его положеній, тогда какъ, напротивъ, законъ вполне обладаетъ такой способностью¹¹⁾.

Замѣчательно, что весь вопросъ о возможности отмѣнить законъ силою обычая возникъ только въ области гражданского права. Въ области уголовного права такой вопросъ и не возбуждается. А между тѣмъ теоретическая проблема должна бы быть одна и та же.

Въ настоящее время руководящая роль въ дѣлѣ образованія права принадлежитъ закону, а не правовому обычаю. Законодатель беретъ на себя разработку содержанія тѣхъ нормъ, которыя принудительно направляютъ общественную жизнь. Довольно устойчивое, достаточно соответствующее взглядамъ маленькой общественной среды, обычное право теряетъ эти достоинства по мѣрѣ того, какъ государство принимаетъ все большіе размѣры. Съ измѣненіемъ экономическихъ условій, особенно съ усиле-

знаявая себя виновнымъ, потребовалъ судебного поединка. Эшфордъ осаривалъ вызовъ, потому что убійство казалось ему безспорнымъ. Высшій судъ призналъ, что Торнтонъ имѣлъ право требовать судебного поединка, но что Эшфордъ потерялъ право апелляціи, такъ какъ безъ законныхъ основаній уклонялся отъ вызова (Mackay, *Elements of Law*, 6 изд., 1905, стр. 18).

¹¹⁾ Въ Англии, гдѣ обычное право играетъ большую роль, чѣмъ гдѣ бы то ни было, не возникаетъ даже сомнѣнія въ томъ, что обычай не можетъ противодѣйствовать закону—no statute can be obsolete by desuetude: Stophen's, *New Commentaries of the laws of England*, т. I, стр. 80; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, стр. 54; Salmond, *Jurisprudence*, стр. 147. Таковъ же взглядъ, господствующій во Франціи: Aubry и Rau, *Cours de droit civil*, т. I, стр. 75—76, 96; Пис, *Commentaire du Code civil*, т. I, 1892, стр. 58—60; Baudry-Lacantinerie, *Traité du droit civil*, т. I, 1895, стр. 16 и 84—86; Gény, *Méthode d'interprétation*, 1899, стр. 358; Hauglion, *Précis de droit administratif*, 7 изд., 1911, стр. 55; исключеніе представляетъ Boudant, *Cours de droit civil français*, введене, 1896, стр. 110—112. Напротивъ, въ Германіи господствуетъ взглядъ, благоприятный для derogирующей силы обычая, и уже исключеніемъ слѣдуетъ считать мнѣніе Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, т. II, 1901, стр. 69, который отрываетъ за обычаями способность отмѣнять законъ.

ніемъ обмѣна, отношенія настолько усложняются, что старыя нормы обычнаго права оказываются мало пригодными для разрѣшенія возникающихъ на этой почвѣ затрудненій; а созданію новыхъ препятствуетъ сложность отношеній и быстрота ихъ нарожденія, которыя не даютъ обществу возможности усвоить себѣ правильную оцѣнку новыхъ явленій. При этихъ условіяхъ правовые обычаи обнаруживаютъ особую неустойчивость, стремленіе къ варіаціямъ, страдаютъ неопредѣленностью отраженнаго въ нихъ велѣнія и потому не удовлетворяютъ той твердости опредѣленія, въ какой нуждаются мѣновныя отношенія и какую можетъ дать только законъ. Съ развитіемъ государственнаго порядка все болѣе чувствуется важное соціальное значеніе права, а отсюда стремленіе къ болѣе рѣзкому обособленію этихъ правилъ общезнѣнія. Но такое обособленіе легче всего выступаетъ при законѣ, тогда какъ правовые обычаи продолжаютъ сохранять близкое родство съ нравами.

Между тѣмъ обычное право имѣетъ не мало защитниковъ, которые желали бы предоставить руководящую роль въ нормированіи общественной жизни не закону, а правовому обычаю.

Защита правового обычая противъ закона ведется съ различныхъ точекъ зрѣнія. Съ реакціонной точки зрѣнія, правовые обычаи служатъ поддержкой сложившемуся времени общественному и государственному порядку. Законодатель, вооруженный средствомъ, которое способно не считаться съ традиціями и которое направляется образованной бюрократіей, представляетъ угрозу старымъ устоямъ. Обычай надежнѣе закона. Съ націоналистической точки зрѣнія, правовые обычаи, развиваясь въ каждомъ народѣ особо, являясь отраженіемъ его историческихъ особенностей, служатъ средствомъ поддержанія національности. Наоборотъ, законъ — космополитъ. Онъ является выраженіемъ воли оторваннаго отъ національной обстановки законодателя, который самъ легко подпадаетъ подъ вліяніе иноземное и переноситъ на родную почву заимствованные плоды чужой культуры. Съ народнической точки зрѣнія, указываютъ на то, что обычаи вырабатываются самою народною жизнью, тогда какъ законы — это нормы, навязанныя народу. Поэтому законы не даютъ народу устроиться въ правовой жизни такъ, какъ ему самому

хочется. Наконецъ, съ технической точки зрѣнія, въ пользу правовыхъ обычаевъ выдвигаютъ то соображеніе, что законодатель не всегда можетъ поспѣвать за жизнью, тогда какъ обычное право движется нога въ ногу съ жизнью, что нормы закона слишкомъ абстрактны, а потому неспособны приспособляться къ конкретнымъ условіямъ, какъ это въ состояніи сдѣлать правовые обычаи, что правовые обычаи проще, доступнѣе общему пониманію, въ противоположность законамъ, открывающимъ поле для крючкотворныхъ толкованій.

Отрицать консерватизмъ обычнаго права нельзя, но защищать его съ точки зрѣнія этого его свойства возможно только поставивъ всякую косность выше движенія въ общественной жизни. По условіямъ своего образованія правовые обычаи складываются весьма медленно. Нужно значительное время, чтобы однообразно повторяемое дѣйствіе превратилось въ обычай и въ качествѣ такового запечатлѣлось въ памяти. Между тѣмъ современная жизнь идетъ все болѣе быстрымъ темпомъ, и едва успѣвшіе принять форму обычаевъ уже отстаютъ отъ жизни. Оставить все подѣ дѣйствіемъ обычнаго права—это значитъ оставить общественную жизнь не нормированной въ ея наиболѣе острыхъ моментахъ. Но это приводитъ не къ сохраненію стараго порядка, а къ его разложенію, за которымъ всегда слѣдуетъ крушеніе. Разумный консерваторъ не можетъ не признавать, что только удовлетворяя назрѣвшимъ запросамъ жизни законодательнымъ путемъ, государственная власть поддерживаетъ жизнѣнность и устойчивость сложившагося временемъ порядка.

Уже историческая школа относилась отрицательно къ законодательному творчеству изъ опасенія за національную чистоту народнаго духа. Несомнѣнно вѣрно, что законодатель склоненъ къ заимствованію. Но, во-первыхъ, этого не чуждо и обычное право. Наиболѣе нагляднымъ примѣромъ служить римское право, которое, въ качествѣ обычнаго, видрилось въ германскую жизнь. Распространеніе различныхъ зеркаль, сборниковъ морскаго права, городскихъ статутовъ, въ родѣ магдебургскаго права, обнаруживаетъ всю иллюзорность чисто національнаго характера правовыхъ обычаевъ. А съ другой стороны правовая обособленность возможна только при натуральномъ хозяйствѣ. Современ-

ный обмѣнъ требуетъ сближенія нормъ права разныхъ народовъ за счетъ національныхъ достопримѣчательностей. Чѣмъ выше культура и чѣмъ тѣснѣе связи народовъ, тѣмъ болѣе близки ихъ бытовыя условія, и потому право, для гармоніи съ жизнью, должно приобрѣтаетъ все болѣе сходныя черты и терять свою оригинальность.

Законы—это нормы, говорятъ, созданныя искусственно въ кабинетѣ законодателя, а правовыя обычаи вырабатываются самою жизнью, составляютъ результатъ народнаго опыта. Воздержаніе законодателя гарантируетъ ли народныя массы отъ навязаннаго права, обеспечиваетъ ли ему самостоятельное правовое творчество? Если эти массы, по условіямъ своей жизни, отдѣлены рѣзкой гранью отъ остальной части государственнаго населенія,—да. Но, когда, съ торжествомъ мѣноваго хозяйства, въ обмѣнъ вовлекаются и крестьянскія массы,—стѣна падаетъ, какъ бы ее ни подпирали, и сложившіеся за нею правовыя обычаи уступаютъ постепенно мѣсто вторгшимся новымъ правовымъ началамъ, проводимымъ со стороны тѣхъ, кто съ бѣльшимъ запасомъ экономической энергіи станетъ диктовать свои условія. Да и на начальныхъ ступеняхъ народныя массы никогда не гарантированы отъ „навязаннаго“ права. „Если обычай идетъ отъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ, то, понятно, что первыми дѣятелями обычнаго права были люди энергичные и сильные, а первоначальное обычное право—право сильнаго“¹²⁾.

Техническія достоинства обычнаго права, по сравненію съ закономъ, оказываются, при ближайшемъ разсмотрѣніи, совершенно мнимыми. Конкретность правовыхъ обычаевъ—не достоинство, а недостатокъ нормъ права. Чѣмъ сложнѣе жизнь и многообразнѣе отношенія, тѣмъ настоятельнѣе потребность перехода отъ казуистичности къ принципіальности. Вопреки утвержденію исторической школы, воображавшей, что правовыя обычаи имѣютъ общенародный характеръ, историческій опытъ показываетъ на крайнее мѣстное разнообразіе обычнаго права. Это совершенно соответствуетъ періоду хозяйственной изолированности. Но современный экономическій обмѣнъ требуетъ возможно боль-

¹²⁾ Сергѣевичъ, *Лекціи и изслѣдованія*, 2 изд., 1899, стр. 9.

шаго единообразія нормъ права, и эта цѣль достижима только законодательнымъ путемъ. Съ технической стороны, далѣе, нормы обычнаго права страдаютъ большою неопредѣленностью содержания. Если законы, отчеканенные въ опредѣленныя фразы, даютъ просторъ для различныхъ толкованій, то правовые обычаи, съ одной стороны, страдаютъ еще большимъ недостаткомъ, потому что прежде всего приходится облечь мысль въ предложеніе. Такая неопредѣленность правовыхъ обычаевъ болѣе всего затрудняетъ суды въ пользованіи этою формою права, эта неопредѣленность разбивала всѣ попытки поклонниковъ обычнаго права собрать и объединить его нормы. Вопреки утвержденію, будто правовые обычаи обладаютъ свойствомъ держать право на уровнѣ запросовъ жизни, слѣдуетъ подчеркнуть малую приспособляемость обычнаго права къ жизни въ наше время. Согласіе между обычнымъ правомъ и жизнью возможно лишь въ простомъ, не сложномъ быту, когда жизнь течетъ спокойно, монотонно, когда преобладаетъ домашнее хозяйство, передвиженіе слабо, люди крѣпко живутъ на своихъ пепелищахъ и помнятъ о всѣхъ дѣяніяхъ отцовъ и дѣдовъ. Но когда жизненный пульсъ начинаетъ бить сильнѣе, когда отношенія между людьми усложняются, возникаютъ мѣловныя сдѣлки, а умственное и матеріальное различіе создаетъ острую борьбу между членами общества—только законъ способенъ руководить общественною жизнью и поддерживать гармонію между нормирующимъ правомъ и нормируемымъ бытомъ.

Съ развитіемъ индивидуальности въ общественную жизнь вносится все сильнѣе начало сознательности. Традиція уступаетъ мѣсто цѣлесообразности. И только законъ способенъ служить средствомъ для сознательнаго устроенія жизни на началахъ разумности и справедливости. Правда, не всегда законъ выполняетъ это назначеніе, порою онъ производитъ обратное дѣйствіе, но важно то, что законъ, а не правовой обычай, способенъ направлять взаимныя отношенія людей къ выработанному сознательно идеалу.

§ 39.

Законъ.

Литература: Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, т. II, 4 изд., 1901, стр. 1—77; Tellingk, *Gesetz und Verordnung*, 1887; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд., 1890; Seligman, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, 1886; Hänel, *Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, 1886; Ивановскій, *Новыя ученія о законѣ* (Юр. Лѣт. 1892, № 10); Лазаревскій, *Лекціи по русскому государственному праву*, т. I, 2 изд., 1910, стр. 402—31.

Формою права, преобладающею въ настоящее время у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, является законъ, который совершенно отодвинулъ на задній планъ всѣ пныя формы. Возможность для организованнаго общества создавать правила поведенія, обязательныя для всѣхъ, выражается именно въ законодательной дѣятельности.

Подъ именемъ закона понимается норма права, исходящая непосредственно отъ государственной власти въ установленномъ заранѣ порядкѣ.

Прежде всего законъ есть норма права, т.-е. общес правило, рассчитанное на неограниченное число случаевъ. Неизбѣжность этого признака вытекаетъ изъ того, что законъ есть норма права, а слѣдовательно, видъ не можетъ быть лишенъ того свойства, какое присуще роду. Между тѣмъ государственная власть иногда принимаетъ въ законодательномъ порядкѣ мѣры, рассчитанныя на одинъ случай ихъ примѣненія. Напр., законодательное учрежденіе ассигнуетъ нѣкоторую сумму денегъ на помощь голодающей части населенія, одобряетъ заграничный или внутренній заемъ, опредѣляетъ приходъ и расходъ по государственному хозяйству (бюджетъ). Во всѣхъ такихъ случаяхъ налицо законодательная форма, въ которой проявляется воля органовъ государственной власти, но нѣтъ нормы права. Поэтому такіе акты законодательной власти можно назвать законами въ формальномъ смыслѣ.

Второй признакъ закона тотъ, что норма права исходитъ непосредственно отъ государственной власти, составляетъ прямое выраженіе воли органовъ власти. Конечно, всѣ вообще нормы

права основываются на авторитетѣ государственной власти, которая одна способна придать нормѣ санкцію, отличающую ее отъ иныхъ правилъ общежитія. Но только въ законѣ содержаніе нормы права дается государственною властью такъ же, какъ и санкція. Въ этомъ моментѣ обнаруживается отличие закона отъ нормы обычнаго права, отъ каноновъ, гдѣ государственная санкція придается нормамъ, выработаннымъ независимо отъ государства, а также отъ обязательныхъ постановленій градоначальника или городской думы, вырабатываемыхъ подчиненными органами управленія.

Наконецъ, третій признакъ закона состоитъ въ томъ, что воля органовъ государственной власти, творящей норму права, должна выразиться въ установленномъ заранѣ порядкѣ. Этотъ формальный моментъ выраженія воли необходимъ совершенно независимо отъ организаціи государственной власти. Если въ конституціонныхъ государствахъ граждане стремятся оградить себя твердымъ законодательнымъ порядкомъ отъ произвола исполнительныхъ органовъ, то и при абсолютномъ режимѣ монархъ заинтересованъ въ томъ, чтобы его подданные знали и выполняли его волю, а для этого онъ долженъ установить форму, которая служила бы для подданныхъ ручательствомъ, что дошедшее до нихъ повелѣніе выражаетъ дѣйствительно волю монарха. Выраженная не въ установленной формѣ, воля органовъ государственной власти не можетъ быть признаваема за подлинную. Напр., если бы монархъ утвердилъ законопроектъ въ формѣ, принятой верхнею палатою, вопреки редакціи, единственно допущенной со стороны нижней¹⁾.

Теперь необходимо обратиться къ подробному разсмотрѣнію того порядка, въ которомъ государственная власть устанавли-

¹⁾ Необходимость этого третьяго момента иногда оспаривается. Такъ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 54, считаетъ признакъ излишнимъ, „такъ какъ при несоблюденіи такого порядка не будетъ акта государственной власти, а будетъ только личный актъ представителя власти“. Но именно, чтобы провести такое различіе, необходимо положить въ основу опредѣленную форму. Петражицкій, *Теорія права и государства*, стр. 529, отпичаетъ этотъ моментъ по тому соображенію, что въ заранѣ установленную форму не укладываются конституціонные законы, обзанные порядкомъ своимъ происхожденіемъ революціонному перевороту. Однако съ моей точки зрѣнія конституціонные законы не нормы права.

ваетъ законы. Въ образованіи закона различаются слѣдующіе моменты: 1) законодательная инициатива, 2) обсужденіе законопроекта, 3) утвержденіе законопроекта, 4) обнародованіе закона.

Подъ законодательной инициативой понимается право внести законопроектъ на разсмотрѣніе законодательныхъ учрежденій, съ необходимымъ послѣдствіемъ обсужденія его въ законодательномъ порядкѣ. Законопроектъ, предложенный лицами, имѣющими законодательную инициативу, съ одной стороны открываетъ возможность для законодательнаго учрежденія обсудить данное предложеніе, а съ другой—налагаетъ обязанность на законодательное учрежденіе обсудить предложенный ему законопроектъ. Изъ такого понятія о законодательной инициативѣ слѣдуетъ, что предложеніе законопроекта, исходящее отъ частныхъ лицъ, наприм., юридическаго общества, отъ органовъ управленія, наприм., земскаго собранія, отъ большого числа гражданъ въ формѣ петиціи, не соотвѣтствуетъ представленію о законодательной инициативѣ. Законопроекты, предложенные въ прессѣ, въ собраніяхъ, въ ученыхъ сочиненіяхъ, въ докладныхъ запискахъ, не получаютъ законодательнаго движенія, пока не будутъ подхвачены кѣмъ-либо изъ тѣхъ, кому дана законодательная инициатива. Съ другой стороны, законодательная инициатива предполагаетъ готовый законопроектъ, способный замѣнить устарѣлый законъ, восполнить замѣненный пробѣлъ въ законодательствѣ, а не простое пожеланіе законодательныхъ измѣненій, хотя бы и возбужденное въ самомъ законодательномъ учрежденіи.

Въ самодержавномъ государствѣ законодательная инициатива принадлежитъ только самому монарху. Въ конституціонныхъ государствахъ законодательная инициатива присваивается, съ одной стороны, правительству, съ другой—парламенту въ лицѣ его членовъ. Въ послѣднее время выдвинулся третій видъ—народная инициатива.

Правительственная инициатива признается всюду. Исключеніемъ являются С.-Американскіе Соединенные Штаты, гдѣ, подъ вліяемъ ученія Монтескьё о раздѣленіи властей, еще съ XVIII в. сложился такой порядокъ, что министры, какъ представители исполнительной власти, не имѣютъ доступа на конгрессъ, а потому лишены и законодательной инициативы. Неудобство такого

порядка приводитъ къ обходнымъ путямъ, и министерства вносятъ свои законопроекты черезъ своихъ сторонниковъ. Правительственная инициатива оказывается всегда и всюду наиболее использованною, 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 библиотекъ.

Парламентская инициатива 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 инициатива 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. Количество законовъ, проходящихъ по парламентской инициативѣ, всюду уступаетъ числу законовъ, осуществленныхъ по правительственной инициативѣ. При парламентаризмѣ, когда правительство опирается на довѣріе къ нему большинства членовъ законодательнаго собранія, парламентская инициатива играетъ меньшую роль, чѣмъ при системѣ назначенія министровъ по усмотрѣнію монарха, независимо отъ фактически сложившагося соотношенія силъ въ парламентѣ. Именно опасеніе давленія со стороны парламента на правительство побуждало иногда лишать членовъ парламента законодательной инициативы. Въ старыхъ конституціяхъ Европы законодательная инициатива была привилегіей правительства и законодательныя учрежденія могли принимать или отвергать только проекты, внесенные министрами. Въ такомъ духѣ была составлена конституція 1852 года Наполеономъ III.

Народная инициатива заключается въ томъ, что законопро-

ектъ, внесенный въ законодательное учрежденіе за подписью установленнаго наименьшаго числа гражданъ, долженъ быть рассмотрѣнъ въ законодательномъ собраніи. Такая народная инициатива признана въ настоящее время въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи, напр., въ Бернѣ, при 12.000 подписей²⁾, въ Женевѣ при 2.500 подписей³⁾. Крупныя государства пока не знаютъ еще народной законодательной инициативы, и едва ли вообще она можетъ имѣть большее значеніе, чѣмъ средство давленія на правительство и законодательное учрежденіе.

Кому принадлежитъ законодательная инициатива въ Россіи, согласно Основнымъ Законамъ 23 апрѣля 1906 года? Безспорно, законодательная инициатива принадлежитъ правительству въ лицѣ министровъ и главпоуправляющихъ⁴⁾. Но законодательная инициатива Государственной Думы возбуждаетъ большія сомнѣнія. Члены Государственной Думы, въ числѣ не менѣе 30, могутъ подавать ея Предсѣдателю письменное заявленіе объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующаго или изданія новаго закона. Къ этому заявленію долженъ быть приложенъ проектъ основныхъ положеній предлагаемаго измѣненія въ законѣ или новаго закона, съ объяснительною къ проекту запискою. О днѣ слушанія въ Думѣ такого заявленія извѣщаются министры не позднѣе какъ за мѣсяць. Если Государственная Дума раздѣляетъ изложенныя въ заявленіи соображенія о желательности отмѣны или измѣненія дѣйствующаго или изданія новаго закона, то соответствующій законопроектъ вырабатывается и вносится въ Думу подлежащимъ министромъ. Въ случаѣ отказа министра отъ составленія законопроекта, Думою можетъ быть образована для его выработки комиссія изъ своей среды⁵⁾. Отсюда обваруживается, что членамъ Думы присваивается право вносить не законопроекты, а основныя положенія, на которыхъ законопроектъ долженъ быть построенъ; что Дума, обсуждая заявленіе своихъ членовъ, не разсматриваетъ законопроектъ по существу, а лишь высказывается за желательность законопроекта, построеннаго на одобрен-

²⁾ Конституція Берна 4 іюня 1893, § 9.

³⁾ Законъ 17 іюля 1905, § 2.

⁴⁾ Учрежденіе Государственной Думы, ст. 34.

⁵⁾ Учрежденіе Государственной Думы, ст. 55, 56, 57.

нихъ началахъ; что самая выработка законопроекта думскою комиссіею обусловливается волею на то министра; что министр, выразившій согласіе на выработку законопроекта, ничѣмъ не побуждается къ выполнению принятой на себя задачи и въ правѣ не дать движенія и осуществленія основнымъ началамъ, одобреннымъ Думою. Отсюда уже можно сдѣлать выводъ, что Государственная Дума не обладаетъ законодательною инициативою въ томъ смыслѣ, какъ таковая понимается въ теоріи и въ конституціяхъ.

Обсужденіе законопроекта производится въ законодательномъ собраніи. Всяду разсмотрѣніе законопроекта производится не въ одинъ пріемъ, а въ нѣсколько, чаще всего въ три такъ наз. чтенія. Многократность чтеній вызывается двумя причинами. Съ одной стороны, этимъ средствомъ достигается всесторонность и внимательность обсуждения и устраняются импульсивныя рѣшенія. Съ другой стороны, только прохожденіе проекта въ его цѣломъ опредѣляетъ отношеніе къ отдѣльнымъ его статьямъ: редакція первыхъ статей способна замѣниться вслѣдствіе принятой редакціи послѣдующихъ статей. Нерѣдко законодательное собраніе, прежде чѣмъ приступить къ окончательному принятію проекта, сдаетъ его въ комиссію, гдѣ онъ разсматривается небольшимъ числомъ членовъ и уже потомъ докладывается, съ заключеніемъ комиссіи, общему собранію.

Принятіе законопроекта производится голосованіемъ, которое выражается различнымъ образомъ: вставаніемъ, поднятіемъ рукъ, подачею записокъ, выходомъ въ разныя двери. Рѣшеніе должно быть принято абсолютнымъ большинствомъ присутствующихъ членовъ, которые по своей численности должны отвѣчать законному составу собранія (*quorum*).

Если законодательное собраніе состоитъ изъ двухъ палатъ, то обсужденіе производится въ каждой палатѣ особо и до тѣхъ поръ, пока законопроектъ не будетъ принятъ обѣими палатами въ одной и той же редакціи. Пріемы соглашенія двухъ частей законодательнаго собранія въ разныхъ конституціяхъ различны. Въ Россіи законопроектъ, по принятіи его въ Государственной Думѣ, долженъ быть принятъ и въ Государственномъ Совѣтѣ. Въ случаѣ разногласія образуется согласительная комиссія изъ

равнаго числа членовъ отъ Думы и Совѣта. Текстъ Комиссiи долженъ быть принятъ каждою палатою. Если соглашенiе не состоится, законопроектъ признается отклоненнымъ, какъ и въ томъ случаѣ, когда одна палата не приметъ проекта, принятаго другою.

За принятiемъ проекта въ законодательныхъ собранiяхъ слѣдуетъ утвержденiе законопроекта главою государства. Съ точки зрѣнiя теорiи раздѣленiя властей монархъ является главою исполнительной власти и въ законодательной власти не соучаствуетъ. Поэтому нельзя сказать, что онъ утверждаетъ принятый законодательнымъ собранiемъ законопроектъ, если сочувствуетъ ему, а слѣдуетъ выразиться, съ точки зрѣнiя принципа раздѣленiя властей, что онъ протестуетъ противъ принятаго закона, если ему не сочувствуетъ. Отсюда сохранившаяся донынѣ характеристика участiя главы государства въ законодательной дѣятельности словомъ „veto“, которое указываетъ на отрицательную сторону этой дѣятельности. Существуетъ два вида этого veto: абсолютное и суспензивное. Абсолютное или безусловное veto заключается въ томъ, что отказъ главы государства утвердить законопроектъ, принятый парламентомъ, лишаетъ всякой силы попытку законодательнаго собранiя провести законъ, потому что сколько бы разъ ни повторялось представленiе законопроекта, онъ все же можетъ быть отвергнутъ. Абсолютное veto присвоено конституционнымъ монархамъ всюду, кромѣ Норвегiи, гдѣ законопроектъ, принятый безъ измѣненiй тремя очередными стортингами, получаетъ силу закона даже и безъ санкцiи короля ⁶⁾. Но глава государства, имѣющая абсолютное veto,—несомнѣнный соучастникъ въ законодательствѣ. Онъ завершаетъ образованiе новаго закона, а не только останавливаетъ дѣйствiе образованнаго уже закона. Точка зрѣнiя теорiи раздѣленiя властей согласуется лишь съ суспензивнымъ veto. Правда, фактически монархи рѣдко пользуются своимъ veto. Такъ, въ Англiи королевская власть въ 1707 году въ послѣднiй разъ отвергла билль, принятый обѣими палатами. Чрезвычайно рѣдкое отверженiе встрѣчается и въ германскихъ государствахъ. Но этотъ фактъ объясняется тѣмъ, что

⁶⁾ Конституцiя Норвегiи, § 79.

большинство проектовъ вносится министрами не безъ вѣдома монарха, а также авторитетомъ законодательнаго собранія.

Президенты республикъ, въ противоположность монархамъ, обладаютъ лишь суспензивнымъ veto. Фактически ихъ роль въ законодательствѣ складывается весьма различно. Во Франціи президентъ совсѣмъ не пользуется своимъ veto, тогда какъ въ С.-Американскихъ Штатахъ президентъ часто прибѣгаетъ къ нему.

Противоположный взглядъ на роль главы государства въ дѣлѣ законодательства отстаиваютъ тѣ, которые полагаютъ, что законодательная власть находится полностью въ рукахъ конституціоннаго монарха, волею котораго законопроектъ превращается въ законъ. Парламентъ prepares содержание нормы, и только монархъ присоединяетъ къ нему повелѣніе, дѣлающее норму правовой. „Въ санкціи законовъ,—говоритъ Лябандъ,—государственная власть получаетъ свое непосредственное выраженіе. Санкція есть краеугольный камень всего законодательнаго процесса: все, что происходитъ до нея на законодательномъ пути, есть только подготовка ея, только исполненіе требуемыхъ условій; все, что происходитъ послѣ нея, есть необходимое слѣдствіе санкціи, неизбѣжно ею предопредѣленное. Рѣшающая и свободная воля, быть ли такому закону или нѣтъ, проявляется только въ санкціи“ 7). „Хотя,—поддерживаетъ Борнхакъ,—конституціи говорятъ о совмѣстномъ осуществленіи законодательной функціи со стороны монарха и обѣихъ палатъ, но положеніе трехъ факторовъ не одинаково и законодателемъ является только монархъ“ 8). Съ этой точки зрѣнія все, сдѣланное парламентомъ, имѣетъ не большую цѣну, чѣмъ проектъ, написанный ученымъ. Такой взглядъ неприемлемъ. Монархъ является однимъ изъ элементовъ законодательной власти, и только потому, что онъ послѣднимъ высказывается по вопросу о принятіи законопроекта, получается видимость, будто его участіе рѣшающее. Однако монархъ, давъ свою санкцію, самъ своею единичною волею взять ее назадъ не въ состояніи, какъ это слѣдовало бы изъ теоріи, признающей, что законъ создается исключительно волею монарха. Гипотетически

7) Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1901, т. II. стр. 26—27.

8) Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, 2 изд., 1909, стр. 179.

можно себя представить, что монархъ первый высказывается по законопроекту,—тогда послѣднее слово принадлежало бы одной изъ палатъ, и никто бы не призналъ, что ей только и принадлежитъ законодательная власть, хотя ее слово было бы рѣшающимъ.

Въ Россіи Государь Императоръ утверждаетъ законы и „безъ его утвержденія никакой законъ не можетъ имѣть своего совершенія“⁹⁾. Абсолютное veto русскаго монарха не подлежитъ никакому сомнѣнію. Законопроекты, предназначенные по почину Государственнаго Совѣта или Государственной Думы и не удостоившіеся Высочайшаго утвержденія, даже не могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе въ теченіе той же сессіи. Напротивъ, законопроекты, отклоненные однимъ изъ собраній, могутъ быть внесены на законодательное разсмотрѣніе въ теченіе той же сессіи, если послѣдуетъ Высочайшее на то повелѣніе¹⁰⁾.

Послѣдній моментъ въ народженіи новаго закона, съ современной точки зрѣнія, предполагающей знакомство населенія съ законами,—это обнародованіе закона. Этотъ актъ всюду, въ монархіяхъ, какъ и въ республикахъ, исходитъ отъ главы государства. Можно въ обнародованіи различать два момента: а) промульгацію, состоящую въ приказѣ, скрѣпленномъ со стороны отвѣтственнаго министра, привести законъ, исходящій въ установленномъ порядкѣ, въ исполненіе, и б) публикацію текста закона въ опредѣленномъ органѣ печати. Эти моменты могутъ сливаться, но могутъ и расходиться. Въ прежнее время, пока печатаніе не имѣло того значенія, какое оно имѣетъ сейчасъ, публикація во всеобщее свѣдѣніе не считалась необходимой. Въ XVII и XVIII столѣтіяхъ законъ разсылался правительственнымъ учрежденіямъ, а для населенія могъ остаться неизвѣстнымъ или становился извѣстнымъ частнымъ образомъ. До сихъ поръ въ Англіи публикація законовъ не считается необходимой,—законы провозглашаются въ концѣ сессіи особымъ порядкомъ¹¹⁾.

⁹⁾ Основные Законы, ст. 9.

¹⁰⁾ Учрежденіе Государственной Думы, ст. 53.

¹¹⁾ Соотвѣтственно тому цитированіе въ Англіи законовъ довольно своеобразно. Всѣ законы (Statutes), принятые парламентомъ въ теченіе сессіи представляютъ вѣчто цѣлое, различаемое по главамъ (capit). Поэтому законъ цитируется по имени короля, въ царствованіе котораго происходила сессія, съ указаніемъ года, опредѣляющаго счетъ сессій. Напр., St. 6, Edw. VII, cap. 41 означаетъ законъ о морскомъ страхо-

До послѣдняго времени въ Россіи обнародованіе закона вовсе не считалось существеннымъ моментомъ для образованія закона. Прежніе Основные Законы даже прямо упоминали о законахъ, особой тайнѣ подлежащихъ, и практика показывала, что число необнародованныхъ законовъ была весьма значительно.

Въ прежнее время, при сплошной неграмотности населенія, содержаніе новыхъ законовъ сообщалось населенію способами, доступными его усвоенію; такъ, въ XVII столѣтіи законы прокликались на торгу, въ XVIII столѣтіи прочитывались въ церквахъ съ амвона. Послѣдній способъ до сихъ поръ примѣняется въ Швеціи. Теперь цѣль поставить народъ въ извѣстность о выходѣ новаго закона достигается путемъ печатанія въ особо къ тому предназначенныхъ органахъ печати. Въ Россіи съ 1863 года всѣ новые законы печатаются въ специальномъ повременномъ изданіи, которое называется „Собраніе узаконеній и распоряженій правительства“. Какъ названіе, такъ и содержаніе этого сборника съ очевидностью показываютъ, что этотъ органъ мало соотвѣтствуетъ своему назначенію. Во-первыхъ, узаконенія исходятъ не отъ правительства, а отъ законодательной власти. Во-вторыхъ, вопреки своей основной задачѣ—оповѣщать гражданъ о новыхъ законахъ, сборникъ сообщаетъ о всѣхъ указахъ, издаваемыхъ въ порядкѣ верховнаго управленія, и даже о распоряженіяхъ отдѣльныхъ министровъ, не только не подчеркивая отличія законовъ отъ иныхъ правилъ, но явно способствуя ихъ смѣшенію.

Законы обнародываются во всеобщее свѣдѣніе Правительствующимъ Сенатомъ въ установленномъ порядкѣ, причемъ законодательныя постановленія не подлежатъ обнародованію, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ Основнымъ Законамъ ¹²⁾. Слѣдовательно, Сенатъ провѣряетъ конституціонность Высочайше утвержденныхъ актовъ, по крайней мѣрѣ съ формальной стороны ихъ изданія. Это не помѣшало, однако, Сенату обнародовать актъ 3 іюня 1907 года объ измѣненіи избирательнаго закона, изданнаго вопреки Основнымъ Законамъ.

Въ послѣднее время процессъ образованія закона осложнился новымъ моментомъ—народнымъ голосованіемъ закона, уже при-

вавилъ, составляющій 41 главу въ числѣ законовъ, принятыхъ въ шестую сессию царствованія Эдуарда VII, т.-е. въ 1906 году.

¹²⁾ Основные законы, ст. 91 и 92.

нятаго законодательнымъ собраніемъ. Законодательный референдумъ, въ примѣненіи къ законамъ, а не конституціоннымъ положеніямъ, установился главнымъ образомъ въ Швейцаріи, не только въ кантонахъ, но и въ самомъ союзѣ. Законодательный референдумъ встрѣчается въ двухъ видахъ: 1) Обязательный референдумъ состоитъ въ томъ, что законы, принятые законодательнымъ собраніемъ, должны быть непременно подвергнуты народному голосованію. Такова постановка референдума, напр., въ Бернѣ, гдѣ законы подлежатъ народному голосованію, которое устраивается дважды въ году, весной и осенью ¹³⁾. 2) Факультативный референдумъ состоитъ въ томъ, что законы, принятые законодательнымъ собраніемъ, могутъ быть подвергнуты народному голосованію, если того требуетъ опредѣленное число гражданъ. Напр., въ Женевѣ законы, вотированные Большимъ Совѣтомъ, подлежатъ утвержденію народа въ томъ случаѣ, если референдумъ потребованъ, по крайней мѣрѣ, 2,500 избирателей въ теченіе 30 дней съ момента опубликованія этихъ законовъ ¹⁴⁾. Также и въ Швейцарскомъ Союзѣ, законы, устанавливаемые для всего Союза, передаются народу для принятія или отклоненія, если того потребуетъ 30,000 гражданъ или 8 кантоновъ.

§ 40.

Виды законовъ.

Литература: Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 4 тома, 1868—1874; Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, томъ VIII, 1849, стр. 368—532; Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, 2 тома, 1880 (краткое извлеченіе въ Собраніи сочиненій въ русскомъ перев., т. III); G o e r p e r t, *Das Princip „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft“* (Jahr. f. Dogm. 1884, т. 22, стр. 1—206); V a r e i l l e s - S o m m i e r e s y, *Une Théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois* (Revue crit. de légist. et jurispr., томъ 22, 1893, стр. 444—468 и 492—529).

Законы различаются по формѣ выраженія, по своему содержанию, по послѣдствіямъ, по объему дѣйствія.

¹³⁾ Бернская конституція 1893, § 6, п. 2, § 7 и 8.

¹⁴⁾ Конституціонный законъ 26 апрѣля 1879, § 1.

¹⁵⁾ Союзная конституція Швейцарской конфедераціи 1874 года, § 89.

Прежде всего, по формѣ, въ какой выражается требованіе законодателя, законы могутъ быть раздѣлены на: 1) приказы и 2) запреты. Конечно, всѣ законы, выражая волю органовъ государственной власти, обращены къ подчиненнымъ ей лицамъ въ видѣ требованій. Поэтому всѣ законы, какъ нормы права, составляютъ приказы въ широкомъ смыслѣ слова. Но это требованіе власти можетъ быть выражено въ положительной или въ отрицательной формѣ. Приказы и запреты, объединяясь въ стремленіи возбудить въ гражданахъ мотивъ согласовать свое поведение съ требованіями правового порядка, расходятся между собой въ томъ отношеніи, что приказы побуждаютъ къ совершенію определенныхъ дѣйствій, тогда какъ запреты удерживаютъ отъ совершенія определенныхъ дѣйствій. Запретительная форма преобладаетъ въ уголовномъ правѣ. Когда законъ заявляетъ, что за насильственное похищеніе замужней женщины виновный подвергается заключенію въ тюрьмѣ ¹⁾ или что за охоту безъ установленнаго охотничьяго свидѣтельства виновный подвергается денежному взысканію ²⁾, то въ сущности онъ запрещаетъ похищать замужнихъ женщинъ или охотиться безъ формальнаго разрѣшенія. Однако, и въ уголовномъ правѣ встрѣчается положительная форма требованія. Напримѣръ, угрожая удаленіемъ отъ должности за неприведеніе въ исполненіе указовъ Правительствующаго Сената ³⁾, или денежнымъ взысканіемъ за отказъ во врачебной помощи со стороны врача ⁴⁾, законъ предписываетъ должностнымъ лицамъ приводить въ исполненіе указы Сената, а врачамъ подавать помощь больнымъ. Въ гражданскомъ правѣ мы чаще всего встрѣчаемся съ положительною формою, къ которой прибѣгаетъ законодатель, требуя отъ заинтересованныхъ лицъ совершенія определенныхъ дѣйствій, если они желаютъ достигъ намѣченнаго юридическаго результата, или требуя отъ судей разрѣшенія спора на основаніи указанныхъ правилъ при отсутствіи противоположнаго соглашенія между сторонами. Иногда, однако, и въ гражданскомъ правѣ выступаетъ отрицательная форма: на-

¹⁾ Уложеніе о наказаніяхъ, ст. 1580.

²⁾ Уставъ о наказаніяхъ, ст. 561.

³⁾ Уложеніе о наказаніяхъ, ст. 330.

⁴⁾ Уложеніе о наказаніяхъ, ст. 872.

примѣръ, запрещается вступать въ бракъ лицу, имѣющему болѣе 80 лѣтъ отъ роду ³⁾, или запрещается дарить родовыя имѣнія мимо ближайшихъ родственниковъ ⁴⁾. При отрицательной формѣ гражданскій законъ предупреждаетъ заинтересованныхъ лицъ, что предполагаемый ими результатъ не будетъ достигнутъ, если они не воздержатся отъ опредѣленныхъ дѣйствій, или получатся результаты совсѣмъ не тѣ, какихъ эти лица ожидали.

Всѣ законы укладываются въ форму приказовъ или запретовъ. Иногда эта форма можетъ быть затемнена. Напр., возьмемъ такое положеніе: отдѣльнымъ промышленнымъ заведеніемъ признается одно или нѣсколько закрытыхъ или открытыхъ помѣщеній, находящихся въ одной чертѣ фабричнаго или заводскаго устройства и состоящихъ между собою, по роду производства, въ непосредственной связи ⁵⁾. Здѣсь, повидимому, нѣтъ ни приказа, ни запрета. Но если мы сопоставимъ приведенное положеніе съ другимъ, въ которомъ говорится, что промысловыя свидѣтельства должны быть выбираемы на каждое отдѣльное торговое или промышленное заведеніе ⁶⁾, то передъ нами сейчасъ же выступитъ форма приказа.

Рядомъ съ приказами и запретами нѣтъ мѣста какой-либо третьей группѣ законовъ. Такимъ утвержденіемъ исключается возможность дозволильныхъ законовъ, о чемъ уже говорилось раньше, — дозволильная форма несовмѣстима съ повелительнымъ содержаніемъ закона.

Со стороны содержанія приказа законы раздѣляются: 1) на принудительные и 2) восполнительные. Конечно, всѣ нормы права имѣютъ принудительный характеръ, но возможна различная степень настойчивости въ проведеніи требованія. Одинъ видъ законовъ опредѣляетъ самъ содержаніе юридическаго отношенія, не давая частнымъ лицамъ свободы самостоятельно опредѣлять его. Наоборотъ, въ другихъ случаяхъ законъ ставитъ свои требованія условно, — если отношеніе не опредѣлилось волею лицъ, выраженной въ какомъ-нибудь юридическомъ актѣ. Именно въ

³⁾ Т. X, ч. 1, ст. 4.

⁴⁾ Т. X, ч. 1, ст. 967.

⁵⁾ Св. Зак., т. V, уст. прям. нал., ст. 412.

⁶⁾ Св. Зак., т. V, уст. прям. нал., ст. 410.

области гражданского права законодатель даетъ широкій просторъ усмотрѣнію гражданъ въ опредѣленіи ихъ взаимныхъ отношеній. Поведеніе частныхъ лицъ въ отношеніи другъ друга опредѣляется, въ допущенныхъ закономъ предѣлахъ, ихъ собственною волею. Здѣсь открывается область такъ называемой частной автономіи, которая, однако, вопреки названію, не создаетъ никакихъ нормъ, а устанавливаетъ лишь отношенія. Только при отсутствіи такой самоопредѣляющей воли законъ ставитъ положенія, которыми должно опредѣлиться конкретное отношеніе.

Этотъ типъ законовъ, которые лучше всего могутъ быть названы *восполнительными* ⁹⁾, проявляетъ двоякое свойство: 1) эти законы отступаютъ передъ конкретнымъ отношеніемъ при противоположной волѣ частныхъ лицъ, 2) эти законы вступаютъ въ конкретное отношеніе при отсутствіи выраженной воли частныхъ лицъ.

Въ области гражданского права дѣйствуютъ преимущественно законы *восполнительные*. Договоръ, завѣщаніе даютъ широкій просторъ для выраженія частной воли. Такъ, наприм., во Франціи и Германіи законная система имущественныхъ отношеній между супругами примѣняется лишь тогда, когда супруги по соглашенію не приняли иной системы. Всюду открывается возможность распоряженія своимъ имуществомъ на случай смерти и порядокъ законнаго наследованія примѣняется при отсутствіи завѣщательной воли. Но и въ гражданскомъ правѣ встрѣчаются *принудительные* законы. Они особенно значительны въ области семейственныхъ отношеній. Таковы положенія о приобрѣтеніи женою правъ состоянія мужа, объ обязанности дѣтей содержать родителей, о законной наследственной долѣ. Но такія же положенія встрѣчаются и въ другихъ областяхъ гражданского права, напримѣръ, по вопросу объ отвѣтственности членовъ торговаго дома передъ третьими лицами, по вопросу объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ предъ грузоотправителями и т. п.

Различіе законовъ *принудительныхъ* и *восполнительныхъ* относится только къ приказамъ. Запреты не могутъ быть *восполнительными* законами.

⁹⁾ Иначе *диспозитивные* законы; имѣются еще и другія названія.

По различію санкцій законы въ области гражданскаго права представляютъ нѣсколько видовъ: 1) Законы, устанавливающіе недействительность дѣйствій, направленныхъ на извѣстный юридическій результатъ и совершенныхъ вопреки законнымъ условіямъ. Эти законы, носившіе у римлянъ названіе *leges perfectae*, являются наиболѣе типичными въ области гражданскаго права. Примѣромъ такихъ законовъ можетъ служить постановленіе, предписывающее совершать акты объ укрѣпленіи вещныхъ правъ на недвижимости въ крѣпостной формѣ. 2) Законы, устанавливающіе, сверхъ недействительности дѣйствій, совершенныхъ вопреки законнымъ условіямъ, еще уголовное наказаніе. Примѣромъ такихъ законовъ, носившихъ у римлянъ названіе *leges plus quam perfectae*, можетъ служить постановленіе, угрожающее тюремнымъ заключеніемъ тому, кто далъ деньги взаймы подъ чрезмѣрную неустойку, теряющую свою силу ¹⁰⁾. 3) Законы, которые хотя и признаютъ действительность дѣйствій, совершенныхъ вопреки предписанію закона, но въ то же время устанавливаютъ для нарушителей уголовное наказаніе. Примѣромъ такихъ законовъ, по римской терминологіи, *leges minus quam perfectae*, является законъ, угрожающій тюрьмою или монастыремъ лицамъ, вступившимъ въ бракъ безъ согласія родителей ¹¹⁾.

Нѣкоторые желаютъ установить еще четвертую группу законовъ, *leges imperfectae*, съ которыми не соединяются какія-либо опредѣленные послѣдствія. Примѣромъ такихъ законовъ является постановленіе, въ силу котораго родители обязываются своихъ сыновей отдавать на службу, а дочерей—въ замужество ¹²⁾, или постановленіе, по которому если учинится ссора или драка, то посторонніе, случившіеся при этомъ или слышавшіе крики „карауль“, должны ссорящихся развести и стараться примирить ¹³⁾. Такія нормы, лишенные санкцій, только по недоразумѣнію попадаютъ въ систему права.

По различію объема дѣйствія законы различаются какъ: 1) об-

¹⁰⁾ Уставъ о наказаніяхъ, ст. 180⁴.

¹¹⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 6.

¹²⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 174.

¹³⁾ Св. Зак., т. XIV, уст. пред. и прес. прест., ст. 242.

ице и 2) специальные, употребляя последнее выражение, какъ противоположность первому роду законовъ. Специальные законы могутъ быть сами раздѣлены на три вида.

1. Исключительные законы противоплагаются общимъ въ томъ смыслѣ, что для нѣкоторыхъ случаевъ дѣйствіе общихъ законовъ исключается. Общія нормы права устраняются въ отношеніи опредѣленной группы лицъ или объектов или отношеній. Таково, напримѣръ, освобожденіе отъ налоговъ покровительствуемаго разряда предпріятій. Сюда могутъ быть отнесены тѣ изъятія изъ дѣйствующихъ законовъ, которыя опредѣляютъ внесеніе акціонернаго устава на разсмотрѣніе Государственной Думы ¹⁴⁾. Сюда же слѣдуетъ отнести пріостановку Habeas corpus Act'a.

2. Особенные законы противоплагаются общимъ въ томъ смыслѣ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ общія нормы права замѣняются другими. Группа нормъ съ содержаніемъ, отклоняющимся отъ однородныхъ общихъ нормъ, устанавливается для нѣкотораго разряда субъектовъ, объектов или отношеній. Такъ, напримѣръ, въ Россіи существуютъ особенные законы гражданскіе и государственные для евреевъ, особенные уголовные законы для кочевыхъ народовъ. Со стороны объекта особенными нормами слѣдуетъ признать тѣ, которыя запрещаютъ дарить родовыя имѣнія или не допускаютъ пріобрѣтенія заповѣдныхъ имѣній по давности владѣнія. Со стороны отношеній особенными нормами слѣдуетъ признать тѣ, которыя устанавливаютъ особую отвѣтственность при желѣзнодорожной эксплуатаціи, особую форму для торговой поклажи. Наши Основные Законы предусматриваютъ именно особенныя нормы права, когда опредѣляютъ, что законы, особенно изданные для какой-либо части населенія, новымъ общимъ закономъ не отмѣняются, если въ немъ именно такой отмѣны не постановлено ¹⁵⁾; напримѣръ, законы, предоставляющіе мусульманамъ пользоваться въ наследованіи Шаріатомъ.

3. Наконецъ, къ специальнымъ законамъ относятся индивидуальныя законы, которые даны для опредѣленнаго или опредѣлен-

¹⁴⁾ Учрежденіе Государственной Думы, ст. 31, п. 6.

¹⁵⁾ Основные Законы, ст. 88.

ныхъ лицъ, въ виду опредѣленнаго объекта, или въ виду опредѣленнаго отношенія. Если содержаніемъ такихъ законовъ создаются преимущества, то мы говоримъ о привилегіяхъ.

§ 41.

ДѢЙСТВІЕ ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ.

Литература: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, томъ I, 1885; Таганцевъ, *Русское уголовное право*, 1902, § 8; Thon, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, 1878; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894; Aubry и Rau, *Cours du droit civil*, томъ I, 1897; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, томъ I, § 6; 1895, Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht*, 1899.

Законъ, какъ норма, опредѣляющая поведеніе гражданъ, имѣетъ начальный и конечный моменты своего дѣйствія. Вопросъ, съ какого времени законъ начинаетъ примѣняться и съ какого времени его не слѣдуетъ болѣе примѣнять, чрезвычайно важенъ въ практическомъ отношеніи.

Опредѣлить начальный моментъ дѣйствія закона можно двояко. Можно положить въ основу тотъ принципъ, что обязательность юридической нормы зависитъ отъ возможности для гражданъ ознакомиться съ ея содержаніемъ. А такъ какъ номеръ изданія, въ которомъ законъ напечатанъ, распространяется по странѣ постепенно, то и законъ долженъ получать примѣненіе по мѣрѣ полученія номера въ той или иной мѣстности. Такова система постепеннаго вступленія закона въ дѣйствіе на пространствѣ территоріи государства по мѣрѣ фактическаго или предполагаемаго распространенія номера изданія, въ которомъ онъ опубликованъ. Этой системы придерживается сейчасъ Франція. Согласно декрету 5 ноября 1870 года новый законъ приводится въ дѣйствіе въ каждомъ округѣ (*arrondissement*) черезъ день послѣ полученія номера *Journal officiel*, содержащаго его, въ главномъ городѣ округа. Слѣдовательно, въ Парижѣ, гдѣ издается officialный органъ печати, законъ, помѣщенный въ номерѣ отъ 5 марта, вступить въ силу 7 марта, въ провинціи же примѣнительно къ современнымъ почтовымъ сообщеніямъ, онъ получить примѣненіе 7, 8 или 9, смотря по разстоянію отъ Па-

рика. При всемъ желаніи поставить обязательность закона въ связь съ возможностью ознакомленія, система эта все-таки не можетъ обойтись безъ фикціи: она принимаетъ во вниманіе только тотъ день, когда законъ могъ сдѣлаться извѣстнымъ, а не тотъ, когда онъ дѣйствительно сталъ извѣстнымъ. Если произошло крушеніе почтового поѣзда, то это еще не отсрочиваетъ дѣйствіе закона для той мѣстности, которая, благодаря несчастной случайности, лишена была фактически возможности ознакомиться въ время съ содержаніемъ закона. Такое постепенное вступленіе закона въ дѣйствіе, по концентрическимъ кругамъ, создаетъ особыя неудобства съ того времени, какъ дѣлается возможнымъ вступать въ сдѣлки при помощи телеграфа или телефона, на большихъ разстояніяхъ, находящихся въ одинъ и тотъ же моментъ подъ дѣйствіемъ разныхъ законовъ.

Поэтому всѣ преимущества лежатъ на сторонѣ системы одно-временнаго вступленія закона въ дѣйствіе на всемъ пространствѣ территоріи государства. При этой системѣ законъ послѣ обнародованія остается нѣкоторое время въ бездѣйствіи, а затѣмъ сразу, въ одинъ моментъ, охватываетъ всѣ части государства. Такъ въ Германіи, по конституціи 16 апрѣля 1871 года, имперскій законъ пріобрѣтаетъ обязательную силу съ четырнадцатаго дня послѣ дня выхода въ свѣтъ въ Берлинѣ соответствующаго номера Reichsgesetzblatt (§ 2). Предполагается, что въ эти дни законъ успѣетъ стать общезвѣстнымъ, и предположеніе это не допускаетъ опроверженія. Это самая распространенная система, которая представляетъ однако одно неудобство. При назначеніи слишкомъ короткаго срока возникаетъ опасность, что законъ вступить въ дѣйствіе ранѣе, чѣмъ была возможность ознакомиться съ его содержаніемъ, при назначеніи слишкомъ продолжительнаго срока, какъ, наприм., въ Австріи—45 дней, возникнетъ необходимость оставлять законъ долгое время безъ дѣйствія. Сравнительная цѣнность той и другой системы обуславливается величиною государства и культурою страны.

По Основнымъ Законамъ 23 апрѣля 1906 года законы прежде обнародованія въ дѣйствіе не приводятся (ст. 91). Обнародованіе производится сенатомъ черезъ „Собраніе узаконеній и распоряженій правительства“. По обнародованіи законъ пріобрѣтаетъ

обязательную силу со дня получения на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ которомъ онъ напечатанъ (ст. 93). Слѣдовательно, въ Россіи установлена система постепеннаго вступленія законовъ въ дѣйствіе, и нельзя не признать, что система одновременнаго вступленія въ дѣйствіе, при огромности государства, при первобытности путей сообщенія въ нѣкоторыхъ уголкахъ страны, представляла бы большія трудности и требовала бы значительнаго срока бездѣйствія.

Установленная въ Россіи система предполагаетъ, что каждый законъ, какъ бы ни былъ онъ великъ, напечатанъ полностью въ одномъ номерѣ. Все же неполнота принятой у насъ системы возбуждаетъ рядъ сомнѣній, неразрѣшимыхъ иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ. а) Слѣдуетъ ли имѣть въ виду для опредѣленія начала дѣйствія закона дѣйствительное или возможное получение на мѣстѣ листа сенатскаго изданія? При разливахъ рѣкъ, снѣжныхъ заносахъ, желѣзнодорожныхъ беспорядкахъ, посланный номеръ способенъ надолго задержаться въ пути, а можетъ быть, и вовсе не дойти до назначенія. б) Каково то мѣсто, куда листъ сенатскаго изданія долженъ дойти? Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что на огромномъ, малонаселенномъ пространствѣ Россіи окажется множество мѣстъ, куда сенатское изданіе никогда не доходитъ. Имѣемъ ли мы право подъ „мѣстомъ“ понимать губернской городъ? с) Кѣмъ долженъ быть полученъ листъ сенатскаго изданія для того, чтобы законъ вступилъ въ силу? Достаточно ли полученіе листа губернскимъ правленіемъ или же слѣдуетъ считаться съ полученіемъ со стороны того присутственнаго мѣста, которое обязано примѣнить законъ? И какъ быть, если разныя присутственныя мѣста получаютъ законъ не одновременно? d) Не предусматривается совершенно случай примѣненія закона къ преступленію или сдѣлкѣ, совершоннымъ за границей. е) Хотя Основные Законы 23 апрѣля 1906 года признали, что обнародованіе производится сенатомъ и что прежде обнародованія законы въ дѣйствіе не приводятся, но до сихъ поръ въ Сводѣ Законовъ сохраняется положеніе, въ силу котораго обнародованіе въ губерніи законовъ производится губернскимъ правленіемъ, которое снабжаетъ для сего городскія и уѣздныя полиціи печатными

экземплярамъ¹⁾. Если въ губерніи законы обнародуются губернскимъ правленіемъ, то гдѣ же дѣйствуетъ обнародованіе, произведенное сенатомъ? Если на мѣстахъ обнародованіе производится губернскимъ правленіемъ, то полученіе на мѣстѣ листа сенатскаго изданія само по себѣ никакого значенія имѣть не можетъ.

Начальный моментъ дѣйствія закона можетъ быть сознательно отсроченъ въ виду важности и сложности закона; до наступленія этого назначеннаго срока дѣйствіе закона приостанавливается (*vacatio legis*). Такъ, наприм., гражданское уложеніе Германіи, обнародованное въ августѣ 1896 года, вступило въ силу только 1 января 1900 года, Сводъ Законовъ, подготовленный къ 31 января 1833 года, вступилъ въ силу только 1 января 1835 года. Иногда законъ получаетъ примѣненіе постепенное въ разныхъ мѣстностяхъ страны, въ зависимости отъ сроковъ; таково было вступленіе въ силу судебныхъ уставовъ императора Александра II. Такой приемъ слѣдуетъ признать вполне цѣлесообразнымъ, если законодатель полагаетъ, что граждане должны добросовѣстно подготовиться къ довольно существенному измѣненію въ правовомъ порядкѣ и если онъ придаетъ реальное значеніе общеобязательности знанія законовъ.

Въ жизни закона весьма важны слѣдующіе два момента: обнародованіе и вступленіе въ дѣйствіе. По возрѣнію всѣхъ континентальныхъ государствъ обязательная сила закона обуславливается послѣднимъ моментомъ. Но воля законодателя полностью обнаруживается въ моментъ обнародованія. Слѣдовательно, если послѣ обнародованія закона, но до вступленія его въ дѣйствіе, издается новый законъ, измѣняющій въ какой-либо части постановленія перваго, то послѣдній вступить въ дѣйствіе съ тѣми измѣненіями, какія въ промежутокъ бездѣйствія успѣлъ произвести въ его содержаніи позднѣе обнародованный законъ. Такой случай имѣлъ мѣсто въ Германіи. Въ февралѣ 1877 года въ этой странѣ обнародованы были судебные уставы, съ отсрочкой дѣйствія до 1 октября 1879 года. Въ маѣ 1877 года обнародованъ былъ законъ о привилегіяхъ на изобрѣтенія, который вступилъ

¹⁾ Св. Зак., т. II, Общ. Учр. Губ., ст. 438, п. 1.

въ дѣйствіе 1 іюня 1877 года. Послѣдній законъ содержалъ постановленія о доказываніи черезъ свѣдущихъ лицъ, которыя противорѣчили постановленіямъ по этому вопросу устава гражданскаго судопроизводства, уже обнаруженнаго, но еще не вступившаго въ дѣйствіе²⁾.

Предѣльный моментъ дѣйствія законовъ стоитъ въ зависимости отъ назначенія, какое придастъ законодатель изданной имъ нормѣ. Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ различать законы: а) постоянные, б) временные и с) переходные.

Постоянные законы рассчитаны на неопредѣленное время, пока обстоятельства не заставятъ законодателя измѣнить правовой порядокъ. Во всякомъ случаѣ ни одинъ законъ не можетъ рассчитывать, что онъ всегда будетъ дѣйствовать, и съ этой стороны странно говорить о „вѣчныхъ“ законахъ. Съ юридической точки зрѣнія однако законъ, изданный безъ указанія времени его дѣйствія, будетъ сохранять свою силу, несмотря ни на какія соображенія и обстоятельства, пока не будетъ лишень силы въ томъ же порядкѣ, въ какомъ она была ему дана. Согласно съ этимъ положеніемъ наши Основные Законы опредѣляютъ, что законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона (ст. 93). Лишеніе закона присущей ему силы новымъ закономъ можетъ произойти двоякимъ путемъ: отмѣною и замѣною. Новое выраженіе законодательной воли можетъ быть направлено непосредственно на то, чтобы остановить дальнѣйшее дѣйствіе закона, признаннаго ею теперь нецѣлесообразнымъ. Но законодательная воля отмѣнить дѣйствіе закона можетъ выразиться въ томъ, что законодатель издастъ новый законъ, который своимъ содержаніемъ покрываетъ первый. Въ одномъ и томъ же мѣстѣ, въ примѣненіи къ одному и тому же отношенію не могутъ дѣйствовать двѣ противоположныя нормы. Болѣе ранняя по времени должна уступить мѣсто позднѣйшей, потому что организованное принужденіе, конечно, будетъ на ея сторонѣ. Потеря силы прежнимъ закономъ при замѣнѣ его новымъ обусловливается предѣлами совпаденія ихъ содержанія.

Необходимость изданія новаго закона для лишенія силы преж-

²⁾ Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. II, 1901, стр. 64—65.

няго распространяется и на тотъ случай, когда законъ, обнародованный въ установленномъ порядкѣ, не введенъ въ дѣйствіе. Такъ случилось съ нашимъ уголовнымъ уложеніемъ 1903 года, большая часть котораго до сихъ поръ остается безъ примѣненія, хотя несомнѣнно, что это законъ.

Временные законы носятъ сами въ себѣ зародышъ смерти: предѣльный срокъ ихъ дѣйствія предопредѣленъ и съ наступленіемъ его они теряютъ свою силу. Такіе законы чаще всего встрѣчаются въ области публичнаго права, но возможны и въ области гражданского права. Такъ, наприм., исключительные законы, въ видѣ положеній объ усиленной и чрезвычайной охранѣ, имѣютъ силу лишь въ теченіе первое—1 года, а второе—6 мѣсяцевъ, по истеченіи которыхъ, если дѣйствіе закона не будетъ продолжено, восстанавливается само собою дѣйствіе всѣхъ законовъ, дѣйствовавшихъ въ этой мѣстности въ обычное время³⁾. Съ временными законами въ настоящемъ смыслѣ слова не слѣдуетъ смѣшивать такъ называемыхъ временныхъ правилъ. Нерѣдко законодатель, предполагая кореннымъ образомъ измѣнить какой-либо отдѣлъ права, издаетъ положенія по известной части этого отдѣла до окончанія законодательной работы. Въ Россіи много такихъ временныхъ правилъ, которымъ, по странной случайности, приходится существовать гораздо дольше, чѣмъ законамъ, издаваемымъ безъ этого названія.

Наконецъ переходные законы имѣютъ своею цѣлью смягчить рѣзкое измѣненіе въ законодательствѣ и устранить возможные при этомъ сомнѣнія по вопросу, какія нормы должны примѣняться къ отношеніямъ, сложившимся до паданія новаго закона. Дѣйствіе такихъ переходныхъ законовъ прекращается не одновременно, какъ законовъ временныхъ, а постепенно, по мѣрѣ ликвидаціи тѣхъ конкретныхъ отношеній, на которыя они были рассчитаны. Прекращеніе силы такихъ законовъ зависитъ не отъ законодателя, а отъ бытовой обстановки.

Опредѣленіе начальнаго и предѣльнаго моментовъ дѣйствія закона разрѣшаетъ вопросъ о границахъ, въ которыхъ вновь

³⁾ Св. Зак., т. XIV, Уст. пред. и прес. прест., приложение 1 къ ст. 1, прим. 2, ст. 12 и 13.

изданный законъ можетъ имѣть примѣненіе. Съ момента вступленія его въ силу нѣтъ болѣе мѣста законамъ отмѣненнымъ или замѣненнымъ, насколько дѣло касается дѣйствіи, нормированіе которыхъ новый законъ поставилъ своею задачею, но онъ самъ не долженъ касаться времени, когда господствовалъ законъ, нынѣ лишенный силы. Эта мысль выражается въ положеніи, что законъ обратной силы не имѣетъ.

Положеніе это можетъ быть разсматриваемо съ двухъ точекъ зрѣнія: а) какъ принципъ законодательной дѣятельности и б) какъ принципъ судебной и административной дѣятельности. Эти двѣ точки зрѣнія не должны быть смѣшиваемы ни въ коемъ случаѣ. Принятое въ качествѣ безусловнаго догматическаго положенія, это начало можетъ быть нарушаемо законодателемъ по началу цѣлесообразности.

Разсматривая положеніе „законъ обратной силы не имѣетъ“ съ точки зрѣнія законодательной политики, необходимо признать, что оно не можетъ связывать законодателя юридически. Воля законодателя стоитъ надъ правомъ, и потому онъ можетъ, если захочетъ, придать новому закону обратную силу. Какъ и всякое другое велѣніе, исходящее отъ органовъ государственной власти, оно должно быть исполняемо лицами, подчиненными фактически этой власти. Въ намѣреніи придать закону обратную силу воля законодателя можетъ встрѣтить препятствіе не въ юридическихъ, а въ фактическихъ условіяхъ. Законодатель можетъ натолкнуться на невозможность или на нецѣлесообразность обратнаго примѣненія законовъ. Фактическая невозможность обнаруживается тогда, когда изгладилась слѣды того бытоваго явленія, къ которому желательно было бы примѣнить законъ заднимъ числомъ, наприм., умеръ преступникъ, совершившій нѣкогда дѣяніе, которое новымъ закономъ признается преступнымъ. Фактическая нецѣлесообразность обратнаго приложенія закона должна съ очевидностью предстать передъ государственною властью, насколько она дорожитъ твердостью правового порядка. Игнорированіе принципа „законъ обратной силы не имѣетъ“ породило бы такую неустойчивость въ общественныхъ отношеніяхъ, такую неувѣренность въ приобрѣтенныхъ правахъ, такую небезпечность 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.

Можно ли говорить о недопустимости обратнаго дѣйствія законовъ съ законодательной точки зрѣнія, когда исторія даетъ намъ реальные примѣры обратной силы. По закону 6 января 1794 года конвентъ, желая привязать молодя поколѣнія къ новому порядку, издалъ законъ о наслѣдованіи, построенный на началахъ равенства. Этому закону придано было обратное дѣйствіе въ отношеніи наслѣдствъ, открывшихся за пять лѣтъ до изданія закона: раздѣлы наслѣдствъ, совершенные до 1794 года, были признаны ничтожными и наслѣдства подлежали передѣлу согласно новымъ началамъ.

Можно, конечно, провозгласить принципъ обратнаго бездѣйствія законовъ, но какую же это можетъ имѣть цѣну? Конституція 24 іюня 1793 года въ деклараціи человѣческихъ правъ (§ 14) признала, что *l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime*, но мы сейчасъ видѣли нарушеніе этого положенія. Точно такъ же и въ конституціи 5 фруктидора 11 года (23 сентября 1795 года) выражено, что *aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif*. Такой принципъ, обращенный къ лицу законодателя, не имѣетъ реального значенія, потому что въ данномъ случаѣ законодатель самъ себя убѣждаетъ не придавать своимъ законамъ обратной силы.

Конечно, благоразумный законодатель не отступитъ отъ принципа въ своей творческой дѣятельности безъ достаточнаго основанія. Но возможны случаи, когда то же общественное благо, изъ-за котораго законамъ не придается обратной силы, заставитъ отступить отъ этого начала. Общество не мирится болѣе съ тѣми правами, которыя были приобрѣтены при прежнемъ законѣ, напр., на рабовъ, на крѣпостныхъ, и желаетъ изгладить немедленно слѣды того, чтó является позорнымъ воспоминаніемъ, поддерживающимъ безнравственныя чувства, противъ котораго одержана побѣда. Если отмѣняется наказаніе за дѣяніе, которое до сихъ

порѣ считалось преступнымъ, невозможно карать, съ момента обнародованія новаго закона, дѣянія, совершенныя при старомъ, если не стоятъ на точкѣ зрѣнія Канта, отстаивавшаго идею возмездія.

Въ области уголовного права, съ точки зрѣнія законодательной политики, могутъ представиться слѣдующіе случаи: 1) предполагаемый законъ устанавливаетъ наказаніе за дѣйствія, которыя до сихъ порѣ преступными не признавались; 2) предполагаемый законъ отмѣняетъ наказаніе за дѣйствія, которыя до сихъ порѣ признавались преступными; 3) предполагаемый законъ измѣняетъ наказаніе за дѣйствія, которыя до сихъ порѣ считались преступными, смягчая или усиливая карательныя мѣры. Въ первыхъ двухъ случаяхъ законодатель всегда придаетъ обратную силу новому уголовному закону, т.-е. освобождаетъ отъ наказанія тѣхъ, кто совершилъ дѣйствія, которыя при прежнемъ законѣ не подлежали карѣ, а также тѣхъ, кто совершилъ дѣйствія, за которыми, по новому закону, не признается болѣе преступный характеръ. Наибольшія сомнѣнія, какъ въ теоріи, такъ и въ законодательствахъ, возбуждаетъ третій случай. Возможны различныя рѣшенія вопроса: а) Къ преступному дѣйствію примѣняется законъ, дѣйствовавшій во время совершенія его, но законъ болѣе мягкій всегда получаетъ обратную силу. Таково рѣшеніе германскаго уголовного кодекса (§ 2). б) Къ преступному дѣйствію примѣняется законъ, дѣйствующій въ моментъ наложенія наказанія, но если онъ строже караетъ, то не получаетъ примѣненія въ отношеніи дѣяній, совершенныхъ при старомъ. Такова точка зрѣнія указа 27 марта 1846 года, опредѣлявшаго примѣненіе уложенія о наказаніяхъ 1845 года ⁴⁾. в) Къ преступному дѣйствію, совершенному при старомъ законѣ, примѣняется наказаніе, опредѣленное новымъ закономъ, если только дѣйствіе считалось преступнымъ и прежде. Таковъ взглядъ уголовного уложенія 1903 года, допускающаго въ подобныхъ случаяхъ лишь смягченіе наказанія ⁵⁾.

Такимъ образомъ, возможность и даже цѣлесообразность при-

⁴⁾ П. С. З., II, № 19830.

⁵⁾ Уголовное уложеніе, ст. 14.

даванія закону обратной силы съ точки зрѣнія политики не подлежитъ сомнѣнію. Наши Основные Законы прямо признаютъ это, постановляя, что каждый законъ имѣеть силу только на будущее время, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее *). Общее начало, которымъ руководится законодатель въ обычномъ своемъ творествѣ, — это отрицаніе обратной силы за новыми законами. По исключенію законодатель, руководствуясь принципомъ цѣлесообразности, отступаетъ отъ этого начала и придаетъ новому закону обратную силу.

Совершенно иначе ставится вопросъ съ точки зрѣнія догматической. Органы управленія, судебного или административнаго, ни въ какомъ случаѣ не могутъ придать закону обратной силы, какъ бы это ни казалось имъ цѣлесообразнымъ, если только самимъ закономъ имъ не вмѣнено въ обязанность распространить дѣйствіе новаго закона и на случаи, предшествовавшіе его обнародованію. Въ качествѣ догматическаго положенія начало „законъ обратной силы не имѣеть“ отличается безусловнымъ характеромъ.

Однако, если всѣ законодатели признаютъ это начало, то почти ни одно не развиваетъ его, ограничиваясь самымъ краткимъ и общимъ формулированіемъ. Особенно большія трудности возникаютъ въ области гражданскаго права, гдѣ всякое правовое столкновеніе должно быть разрѣшено и гдѣ обнаруживается особая многообразность и сложность отношеній, подлежащихъ судебному разрѣшенію.

Сказать, что законъ долженъ имѣть силу только на будущее время и не касаться прошлаго, не значитъ еще выяснить тѣ затрудненія, которыя возникаютъ при попыткѣ проложить грань между старыми и новыми отношеніями. Если бы законодатель перечислялъ всѣ возможные случаи вѣроятнаго столкновенія между прежнимъ и новымъ законами, вопроса не существовало бы. Но такого перечисленія не даетъ ни одно законодательство, да и дать его не въ состояніи. Если бы законодатель намѣтилъ по крайней мѣрѣ какіе-либо общіе признаки, установилъ руководя-

*) Основные Законы, ст. 89.

щее начало. Но даже этого не дѣлаетъ ни одно законодательство, хотя это возможная задача.

Очевидно, что отвѣтъ можетъ предложить только теорія права, давая свое объясненіе различію прошедшаго и будущаго въ мірѣ права. Правда, нѣкоторые сомнѣваются въ возможности отыскать такой принципъ, а другіе отрицаютъ возможность дать такой принципъ помимо законодателя⁷⁾. Но при такомъ взглядѣ мы должны были бы отказаться отъ примѣненія положительнаго права. Чтобы примѣнить законъ, нужно выяснитъ фактическія условія его примѣненія. Не примѣнять законъ за невыясненностью судья не въ правѣ. Значитъ, принципиальный выходъ долженъ быть найденъ.

Наибольшимъ распространеніемъ пользуется теорія, которая признаетъ, что новый законъ не касается приобретенныхъ правъ (*droits acquis, erworbene Rechte*) и, наоборотъ, вполне примѣнимъ къ простымъ ожиданіямъ (*simples expectations, blosse Hoffnungen*). При всеобщепринятости этой точки зрѣнія⁸⁾ можно сомнѣваться въ ея правильности. Выраженіе „приобретенныя права“ противопоставляется въ философіи права „прирожденнымъ правамъ“, а въ рассматриваемой теоріи это выраженіе составляетъ противопоставленіе „нерожденнымъ правамъ“, откуда создается неудобная двойственность значенія. Съ другой стороны, противопоставленіе правъ и ожиданій неумѣстно тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о дѣйствіи новаго закона на правовыя отношенія. Наконецъ, субъективное право есть состояніе, а для опредѣленія дѣйствія законовъ во времени необходимо имѣть въ виду моменты.

Другая теорія исходитъ изъ противопоставленія права и интереса, допуская обратную силу закона въ отношеніи интереса, и отрицая ее въ отношеніи субъективнаго права⁹⁾. Эта точка

7) Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3 изд., 1893, т. I, стр. 210.

8) Demolombe, *Traité de droit civil*, т. I, стр. 67; Beudant, *Cours de droit civil français*, 1896, т. I, стр. 131—134; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 191; Crome, *System des deutschen Rechts*, т. I, 1900, стр. 115—116; Ungor, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 115; Pasquale-Fiore, *Il diritto civile italiano*, т. I, 1890, стр. 99—121; Gabba, *Teoria della retroattività della leggi*, т. I, 1868, стр. 180.

9) Laurent, *Principes de droit civil*, т. I, 1869, стр. 213—236; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 7 изд., 1899, т. I, § 49. Нус, *Commentaires sur le code civil*, т. I, 1892, § 60.

зрѣнія должна быть признана совсѣмъ несостоятельной. Всякое субъективное право содержитъ въ себѣ защищаемый объективнымъ правомъ интересъ. Касаясь правъ, новый законъ неизбежно касается и интересовъ, хотя отрицаніе интересовъ не есть еще игнорированіе правъ.

Каждый новый законъ попадаетъ въ круговоротъ юридическихъ отношеній, гдѣ одни уже погасли, другія зарождаются, третьи, главная масса, продолжаютъ свое существованіе. Всѣ они, каковы бы ни были по своей природѣ, основываются на какомъ-либо юридическомъ фактѣ. Юридическій фактъ составляетъ начальный моментъ того дѣящагося состоянія, которое называется юридическимъ отношеніемъ. Моментъ совершенія юридическаго факта является рѣшающимъ для отличія прошлаго отъ будущаго въ правовой сферѣ. Юридическій фактъ—есть моментъ времени и потому его легко сопоставить съ новымъ закономъ, котораго вступленіе въ силу есть также моментъ времени. Для рѣшенія вопроса, какой законъ, новый или старый, долженъ быть примѣненъ къ данному юридическому отношенію, необходимо опредѣлить, произошелъ ли юридическій фактъ, на которомъ оно основывается, до вступленія новаго закона въ силу или послѣ этого момента: въ первомъ случаѣ будетъ примѣненъ старый законъ, во второмъ—новый. Съ догматической точки зрѣнія, цельзая примѣнять новый законъ къ отношеніямъ, основаннымъ на юридическихъ фактахъ, уже происшедшихъ до того момента, когда новый законъ вступилъ въ силу. Юридическое отношеніе есть только послѣдствіе юридическаго факта, и потому законъ долженъ обратиться всею своей силой на источникъ отношенія, а не на послѣдствія.

Возьмемъ нѣкоторые случаи примѣненія принципа. Обязательственное отношеніе, возникшее въ силу договора или правонарушенія, подчиняется сплѣ того закона, который дѣйствовалъ въ моментъ заключенія договора или совершенія деликта. Вещное право, приобрѣтенное на основаніи юридическаго факта, происшедшаго при дѣйствіи стараго закона, остается неприкосновеннымъ при новомъ законѣ, измѣняющемъ факты, обосновывающіе право, напр., при новомъ требованіи передачи, которая прежде считалась излишней. При послѣдованіи по закону юридическимъ

фактомъ, создающимъ наследственные отношенія, является открытіе наследства вслѣдствіе смерти, лишенія правъ и другихъ событій. Слѣдовательно, всякое законное измѣненіе круга лицъ, призываемыхъ къ наследованію, можетъ имѣть примѣненіе къ открывшимся наследствамъ въ зависимости отъ соотношенія во времени двухъ моментовъ: вступленія закона въ дѣйствіе и событія, открывающаго наследованіе. Наследованіе по завѣщанію предполагаетъ, что завѣщательный актъ, по своей формѣ, соответствуетъ тому закону, который дѣйствовалъ въ моментъ его составленія. Приобрѣтеніе права собственности по давностному владѣнію основывается на продолжительномъ владѣніи и потому необходимо, чтобы къ моменту вступленія закона въ силу завершились всѣ условія, называемыя въ совокупности фактомъ давностнаго владѣнія: пока не истекъ полностью весь срокъ, юридическаго факта еще нѣтъ.

Такъ какъ органы управленія, примѣняющіе законы, должны считаться съ послѣдними изъявленіями воли органовъ власти, то предположеніе, въ случаѣ сомнѣній, должно всегда быть на сторонѣ новаго закона.

§ 42.

Дѣйствіе закона по мѣсту.

Литература: Böhm, *Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, 1890; Meili, *Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag*, 1900; Kahn, (Jahr. f. Dogm., т. 30, 36, 39, 40); Niemeyer, *Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, 1894; Jitta, *La méthode du droit international privé* 1890; Bardin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, т. I, 1907; Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903.

Въ предѣлахъ территоріи, подчиненной одной государственной власти, могутъ дѣйствовать только тѣ юридическія нормы, которыя она намѣрена поддерживать. Съ другой стороны, государственная власть не можетъ требовать признанія установленныхъ ею нормъ за предѣлами ея воздѣйствія. Поэтому въ предѣлахъ территоріи каждаго государства могутъ имѣть примѣненіе только тѣ нормы права, которыя соединены съ вѣдѣніемъ власти, все равно, будетъ ли содержаніе ихъ выработано ею самою или заимствовано.

Насколько дѣло касается отношеній, завязавшихся между гражданами одного и того же государства, на его территоріи, вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній. Судъ обязанъ примѣнять къ спорнымъ отношеніямъ, подлежащимъ его разсмотрѣнію, тѣ законы, которые установлены его государствомъ.

Обязательность примѣненія дѣйствующихъ на данной территоріи законовъ сталкивается съ допустимостью для тѣхъ же органовъ управленія, въ той же мѣстности, примѣнять законы, установленные другимъ государствомъ.

При тѣхъ оживленныхъ сношеніяхъ, въ которыхъ находятся между собою въ настоящее время государства Европы, въ высшей степени затруднительно, если каждое государство настаиваетъ на исключительномъ примѣненіи его законовъ. На территоріи современнаго государства находится постоянно не мало иностранцевъ, а за предѣлами территоріи его подданные ищутъ удовлетворенія своихъ интересовъ въ другихъ странахъ. Подчинить иностранцевъ исключительному дѣйствію законовъ государства, въ которомъ они пребываютъ, значитъ поставить въ то же положеніе своихъ подданныхъ, выѣхавшихъ за границу. Это отразилось бы немедленно на интересахъ того экономическаго оборота, которымъ связываются современные государства. Поэтому мы наблюдаемъ, что всѣ государства допускаютъ въ пользу иностранцевъ отступленія отъ законовъ, которые установлены для своихъ подданныхъ. При этомъ они не вырабатываютъ, конечно, на эти случаи особыхъ законовъ, но указываютъ только, законы какого государства должны быть примѣняемы судомъ къ тѣмъ или инымъ отношеніямъ, если оно установилось за границею, если въ немъ участвуетъ иностранецъ.

Не можетъ подлежать сомнѣнію, что всѣ такія указанія законодателя, составляя выраженіе его воли, обязательны для подчиненныхъ ему органовъ управленія. Это также положительныя законы даннаго государства и входятъ въ систему дѣйствующаго въ немъ права. Судъ обязанъ примѣнять иностранные законы, на которые ссылается законодатель, совершенно такъ же, какъ и всѣ другіе законы, которыми онъ долженъ руководствоваться, какъ и нормы обычнаго права, къ которымъ его отсылаютъ законодатель. Но за предѣлами такихъ указаній на иностранные

законы или при отсутствіи таковыхъ, судъ не обязанъ и не въ правѣ примѣнять нормы, не гарантированныя государственною властью.

Между тѣмъ вопросъ ставится иначе. Утверждаютъ, что существуетъ особая система права, международнаго, которая должна служить руководствомъ для судьи при разрѣшеніи споровъ, возникающихъ между подданными разныхъ государствъ, притомъ совершенно независимо отъ указаній законодателя. Эти положенія обязательны для судьи въ силу своего собственного авторитета, хотя бы законодатель не дѣлалъ никакихъ ссылокъ на иностранные законы. „Различіе между своимъ и чужимъ правомъ принимается въ соображеніе лишь въ томъ смыслѣ, что судья устраняетъ отъ примѣненія такія положенія государственнаго права, которыя стоятъ въ противорѣчій съ положеніями роднаго права“ ¹⁾. Слѣдовательно, судья обязанъ руководствоваться системой международнаго права, насколько этого не запрещаютъ законы его государства. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія, надъ законами каждаго государства господствуетъ система международнаго права.

Съ этимъ взглядомъ невозможно согласиться. Гдѣ, спрашивается, основаніе, по которому судья долженъ примѣнять къ спорнымъ правоотношеніямъ законы иностранныхъ государствъ по началамъ, выработаннымъ наукою? Если къ содержанію чужого закона самъ законодатель не присоединяетъ своего велѣнія, то что даетъ право судѣ примѣнять эти законы, какъ будто нормы, принятыя государственной властью.

Въ поискахъ за такимъ основаніемъ ученые юристы оставляютъ догматическую почву. Нѣкоторые желали бы видѣть такое основаніе въ безмолвномъ соглашеніи цивилизованныхъ государствъ, слѣдовательно, въ предполагаемой общей волѣ законодателей. Однако подобная точка зрѣнія стоитъ въ противорѣчій съ дѣйствительностью. Если всѣ европейскія государства безмолвно согласились допустить на своей территоріи дѣйствіе чужихъ законовъ согласно общимъ началамъ, выработаннымъ

¹⁾ Мнѣніе Савиньи, которое поддерживаетъ Регельсбергеръ, *Общее ученіе о правѣ*, стр. 175.

наукою, то чѣмъ же объяснить международные трактаты, которые явно опредѣляютъ то, что уже будто бы допущено безмолвно?

Другіе утверждаютъ, что такимъ основаніемъ является справедливость, заставляющая каждое государство относиться такъ же къ иностранцамъ, какъ относятся за границею къ его собственнымъ подданнымъ; взаимная любезность, побуждающая государства отказаться отъ своего верховенства въ пользу другъ друга; взаимный интересъ, состоящій въ томъ, что каждое государство приобретаетъ въ своемъ авторитетѣ за границею столько же, сколько оно теряетъ въ своихъ собственныхъ предѣлахъ; правовое общеніе, которое основывается на общемъ правосознаніи и требуетъ единства нормъ.

Нетрудно замѣтить, что всѣ эти основанія не имѣютъ никакого догматическаго значенія, не объясняютъ, въ силу чего судья, обсуждая дѣеспособность иностранца, заключившаго въ странѣ договоръ, долженъ руководствоваться законами того государства, къ которому принадлежитъ иностранецъ, а не того, которому подчиненъ самъ судья. Все это основанія политическаго свойства, т.-е. все это соображенія, вполне убѣдительныя, чтобы склонить законодателей относиться именно такъ къ иностранцамъ, но это не догматическія основанія, которыми долженъ руководствоваться судъ при примѣненіи дѣйствующаго права. Суду предлагаютъ руководствоваться, вмѣсто принципа законности, принципомъ цѣлесообразности, который подходитъ только къ законодателю.

Иные готовы признать международное право формою положительнаго права, и съ этой стороны, конечно, вопросъ могъ бы быть легко разрѣшенъ. Но иностранные законы не могутъ считаться правомъ въ странѣ, не подчиненной той государственной власти, которая создала эти законы. Вѣрность этого положенія обнаруживается уже изъ того, что всѣ принуждены признать первенство законовъ, изданныхъ тѣмъ или другимъ государствомъ по вопросамъ международнаго общенія, передъ началами международнаго права, выработанными научно. Почему же послѣднія, если они также право, должны отступать передъ первыми? Только потому, что они неравны по своему авторитету. А такъ какъ законы, исходящіе отъ государства, несомнѣнно нормы

права, то правила международнаго общенія должны быть признаны неправовыми. Если бы онѣ были въ самомъ дѣлѣ правомъ, зачѣмъ же отдѣльныя государства вводили бы въ свои законодательства положенія, частью съ ними согласныя, частью имъ противорѣчащія? Если онѣ право, то почему судья отдастъ одному праву предпочтеніе передъ другимъ? Могутъ сказать, что государственная власть поступаетъ здѣсь точно такъ же, какъ и въ обычномъ правѣ: она даетъ свою санкцію содержанію, не ея выработанному. Но различіе, весьма существенное, обнаруживается въ томъ, что законодатель предписываетъ своимъ судамъ руководствоваться въ опредѣленныхъ предѣлахъ правовыми обычаями, не зная заранѣе ихъ содержанія. И если бы дѣло ограничивалось сопоставленіемъ съ тѣми случаями, когда законодатель предписываетъ судамъ примѣнять иностранные законы²⁾,—сравненіе было бы вполне умѣстно. Но утверждаютъ, что и безъ такихъ частныхъ указаній судъ обязанъ примѣнять иностранные законы, а между тѣмъ ни одинъ законодатель не рѣшился предложить своимъ судамъ руководствоваться международнымъ правомъ въ вопросахъ международнаго оборота.

Въ виду сказаннаго слѣдуетъ признать, вопреки приведенному выше положенію Савиньи, что суды могутъ примѣнять, при разрѣшеніи подлежащихъ ихъ вѣдѣнію дѣлъ, иностранные законы только въ случаяхъ, прямо въ отечественномъ законѣ указанныхъ.

Обращаясь къ уголовному праву, мы видимъ, что этотъ принципъ полностью примѣняется въ этой области. По общему началу карательная дѣятельность имѣетъ мѣсто въ предѣлахъ территоріи, въ которой господствуетъ карательная власть. По такъ называемой территоріальной теоріи всякое преступленіе, совершонное въ предѣлахъ территоріи кѣмъ бы то ни было, влечетъ за собою наказаніе со стороны господствующей власти, и, наоборотъ, преступленіе, совершонное за этими предѣлами, кѣмъ бы то ни было, ея воздѣйствію не подлежитъ. Эта теорія подвергается поправкѣ въ двухъ направленіяхъ: объемъ карательной дѣятельности расширяется въ отношеніи всѣхъ поддан-

²⁾ Напр., т. XI, ч. 2, Уставъ Торговый, ст. 561.

ныхъ, совершившихъ преступленіе за границею (національная теорія), или въ отношеніи всѣхъ объектовъ, охраняемыхъ закономъ противъ посягательства, кто бы ни былъ виновникомъ (реальная теорія). Полною противоположностью территоріальной теоріи является универсальная теорія которая, исходя изъ представленія о всеобщемъ правовомъ порядкѣ, въ которомъ соучаствуютъ государства, обязанныя поэтому всѣми присущими каждому силами содѣйствовать торжеству права въ мірѣ,—возлагаетъ на каждое государство задачу осуществлять карательную дѣятельность, независимо отъ того, кто, гдѣ и противъ чего учинилъ преступное дѣйствіе.

При всемъ различіи и объемѣ карательной дѣятельности, какъ онѣ очерчиваются территоріальной и универсальной теоріями, въ нихъ обѣихъ выдержана одна точка зрѣнія,—никогда судъ, налагая наказаніе за совершенное преступленіе, не примѣняетъ иностраннаго уголовного закона. Въ уголовной области не возникаетъ даже сомнѣнія въ томъ, что, опредѣляя составъ преступления или мѣру наказанія, судъ примѣняетъ только законы своего государства, единственно для него обязательные. Слѣдовательно, уголовный законъ никогда не получитъ дѣйствія за предѣлами территоріи государства, его создавшаго.

Совершенно пная точка зрѣнія проводится въ гражданскомъ правѣ. Здѣсь мы встрѣчаемся съ утвержденіемъ, что судъ обязанъ примѣнять къ частно-правовымъ отношеніямъ, возникшимъ на почвѣ международнаго общенія, гражданскіе законы другихъ государствъ.

Затрудненіе вызывалось опредѣленіемъ того общаго принципа, который долженъ служить руководителемъ при выборѣ закона для каждаго типа правовыхъ отношеній. Первою попыткою найти такой принципъ является теорія трехъ статутовъ, господствовавшая въ Европѣ до XIX столѣтія и созданная на итальянской почвѣ. Примѣнительно къ институціонной системѣ, признававшей въ каждомъ отношеніи три элемента, *persona, res* и *actio*, различали три рода законовъ: опредѣляющихъ личныя права субъекта—по мѣсту жительства (*statuta personalia*), вещныя права на недвижимости—по мѣсту нахождения (*statuta realia*), и наконецъ всѣ прочія отношенія—по мѣсту совершенія сдѣлки, веденія

процесса и т. д. (*statuta mixta*). Эта теорія не потеряла своихъ сторонниковъ и въ настоящее время ³⁾.

Въ сороковыхъ годахъ теорія статутовъ вызываетъ въ Германіи сильную критику съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія. Съ одной стороны противъ нея выступилъ Вехтеръ, а съ другой—Савиньи. Вехтеръ ⁴⁾ обратилъ вниманіе на полную необоснованность теоріи статутовъ именно съ юридической стороны, потому что она не опредѣляетъ, на какомъ юридическомъ основаніи долженъ судья производить выборъ между тѣмъ или инымъ статутомъ. По взгляду самого Вехтера, единственно твердая почва лежитъ въ принципѣ *lex fori*, по которому судья всегда долженъ примѣнять право своей страны, а потому въ случаѣ сомнѣній или при отсутствіи ссылки законодателя на иностранные законы, судья рѣшаетъ дѣло всецѣло на основаніи своего отечественнаго права. Этотъ территориальный принципъ примѣненія законовъ въ гражданскихъ дѣлахъ нашелъ себѣ признаніе въ англо-американской литературѣ и практикѣ. Въ Германіи теорія трехъ статутовъ уступила мѣсто теоріи Савиньи ⁵⁾. Въ основѣ послѣдней теоріи лежитъ представленіе о правовомъ общеніи, обнимающемъ законодательство и правовой порядокъ всѣхъ цивилизо-

³⁾ Aubry и Rau, *Cours de droit civil français*, 5 изд., т. I, 1897, стр. 129 и слѣд.; Dernburg, *Pandekten*, 6 изд., 1900, т. I, стр. 99.

⁴⁾ Wächter, *Ueber die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (Archiv für civilistische Praxis, тт. XXIV, XXV, 1841 и 1842). Въ этомъ же направленіи высказались: Pütter, *Das practische europäische Fremdenrecht*, 1845, и Pfeiffer, *Das Princip des internationalen Privatrechts*, 1851. Но ихъ мнѣнію, судья долженъ исходить всегда изъ своихъ мѣстныхъ законовъ (*lex fori*), пока имъ прямо не предписано принять въ соображеніе иностранные законы. Суровый приговоръ надъ ними произноситъ Ваг, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, т. I, 1889, стр. 70, прим. „Хорошо было бы предать забвенію оба сочиненія. Они совершенно лишены цѣнности. Какъ Пюттеръ, такъ и Пфейферъ писали трудолюбиво о предметѣ, котораго они и не понимали и не постарались изучить“. Въ наукѣ никогда не слѣдуетъ слишкомъ довѣрять „последнему слову науки“.

⁵⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. VIII, 1849. Точка зрѣнія Савиньи была и остается до сихъ поръ принятой въ германской наукѣ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 217 (вмѣсто Sitz употребляетъ выраженіе: Schwerpunkt); Unger, *System des oestreichischen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 162; Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, стр. 43; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 163. Изъ русскихъ Мартенсъ, *Современное международное право цивилизованныхъ народовъ*, т. I, § 67; Давневскій, *Пособіе къ изученію исторіи и системы международнаго права*, в. 2, 1892, стр. 19.

важныхъ государствъ. Если всё государства юридически объединены, то остается отыскать для каждаго юридическаго отношенія территорію, которой принадлежитъ это отношеніе по своей природѣ и праву которой оно поэтому подчинено, т.-е. надо найти осѣдность (Sitz) юридическаго отношенія. Успѣхъ этой теоріи едва ли соотвѣтствуетъ ея достоинству. Во-первыхъ, юридическое отношеніе не имѣетъ вовсе осѣдности и напрасно это возраженіе считать мелочной придиркой⁶⁾. Во-вторыхъ, если бы даже удалось обнаружить такую осѣдность, гдѣ же принципъ, когда приходится рѣшать вопросъ примѣнительно къ каждому отношенію. Наконецъ, принятое этою теоріей исходное основаніе правового единства также невѣрно: цивилизованные народы находятся въ общеніи экономическомъ, научномъ, художественномъ, но не правовомъ, потому что право каждаго государства за предѣлами его территоріи перестаетъ быть правомъ.

На итальянской почвѣ, подъ авторитетомъ Манчини⁷⁾, сложилась національная теорія, хотя въ этомъ случаѣ національность понимается въ смыслѣ подданства. По взгляду этой теоріи все законодательство распадается на двѣ части, одна изъ нихъ отвѣчаетъ идеѣ общаго блага и порядка, другая составляетъ выраженіе личности или національности. Законы перваго рода безусловны и обязательны для иностранца такъ же, какъ и для мѣстныхъ подданныхъ. Законы втораго рода должны отступить передъ національнымъ правомъ иностранца. Весь вопросъ сводится къ тому, чтобы опредѣлить, къ какой категоріи правъ относится право, лежащее въ основѣ спорнаго правоотношенія. Теоретическое обоснованіе этой точки зрѣнія лежитъ въ представленіи государства, какъ совокупности лицъ, подчиненныхъ одной и той же власти, съ устраненіемъ признака территоріи, который считался характернымъ для понятія о государствѣ. Если послѣдовательно проводить эту теорію, то можно, сосредоточивъ вниманіе на общественномъ порядкѣ, или стать на точку зрѣнія

⁶⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1892, стр. 163, прим. 2.

⁷⁾ Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, 1851. Теорія была поддержана бельгийцемъ Laurent, *Le droit civil international*, т. I, 1880, стр. 624. См. еще Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni internazionali*, 1868, введенье.

территориальнаго принципа, или, давъ перевѣсъ личному моменту, перенестись къ средневѣковому началу племенныхъ правъ.

Въ виду того, что всѣ попытки обосновать обязательность для судьи примѣненія иностранныхъ законовъ въ области гражданско-правовыхъ отношеній, и найти руководящій принципъ при выборѣ закона, не выдерживаютъ критики, мы должны принять то положеніе, что дѣйствіе законовъ ограничивается предѣлами территорій, на которую распространяется сила издавшей ихъ государственной власти. Примѣненіе иностранныхъ законовъ, немыслимое въ уголовномъ правѣ и возможное въ гражданскомъ правѣ, допустимо лишь тогда, когда законодатель даетъ на то свое согласіе, или издавая на такіе случаи особые законы, или заключая международные трактаты.

Такимъ образомъ въ дѣлахъ, возникающихъ на почвѣ международныхъ отношеній, русскій судья обязанъ прежде всего примѣнять 1) законы, изданные на этотъ случай, напр., по вопросу о вексельной дѣеспособности иностранца *), 2) международные трактаты, разрѣшающіе вопросы, которые въ процессѣ возникаютъ, напр., по вопросу о защитѣ въ Россіи права на промышленное изобрѣтеніе, приобретенное иностранцемъ за границей. При отсутствіи такихъ указаній, русскій судья прибѣгаетъ къ аналогическому толкованію этой группы нормъ. Дальше, въ виду положенія, что сила законовъ равно обязательна для всѣхъ безъ изъятія россійскихъ подданныхъ и для иностранцевъ, въ Россійскомъ Государствѣ пребывающихъ †), суду остается только примѣнять постановленія русскаго законодательства, изданныя государственною властью для своихъ подданныхъ.

Конечно, такой пріемъ, единственно имѣющій подъ собою юридическую почву, представляется далеко не отвѣчающимъ требованію международнаго общенія. Но это общее неудобство, вытекающее изъ пробѣловъ положительнаго права. Такое неудобство нерѣдко встрѣчается въ предѣлахъ каждаго государства отъ недостатка законовъ, но отсюда еще не вытекаетъ выводъ, чтобы при недостаткѣ законовъ судъ могъ прибѣгать къ сообра-

*) Уставъ о векселяхъ, ст. 82.

†) Основные Законы, ст. 85.

женіямъ справедливости, любезности, выгоды, или заимствовать изъ другихъ законодательствъ. Слѣдуетъ замѣтить, впрочемъ, что указанная неудобства едва ли уменьшаются при противоположной точкѣ зрѣнія, вмѣняющей суду въ обязанность руководствоваться началами международного права, потому что до сихъ поръ въ наукѣ не выработались общія начала, которыя бы въ точности опредѣляли, законы какой страны должны примѣняться къ каждому типу юридическихъ отношеній. Неудобства исчезнутъ только тогда, когда будетъ выработана одна точка зрѣнія. А это можетъ быть достигнуто только при общей конвенціи всѣхъ государствъ, образующихъ въ совокупности современный цивилизованный міръ, и дорожащихъ взаимными отношеніями. Путь былъ указанъ созданіемъ германскаго торговаго кодекса 1861 года, который былъ принятъ и введенъ каждымъ германскимъ государствомъ особо, въ силу своей законодательной власти. Получилось согласное (*allgemeines*) право группы самостоятельныхъ государствъ. По этому пути могутъ въ ближайшемъ будущемъ пойти европейскія государства, принявъ единообразно выработанные уставы вексельный и морской.

Вопросъ о пространствѣ дѣйствія закона можетъ возникнуть не только въ международныхъ отношеніяхъ, но и внутри одного государства, въ которомъ дѣйствуютъ различныя мѣстные законы. Политическая интеграція страны много выигрываетъ, если въ предѣлахъ всего государства дѣйствуютъ однѣ нормы права. Но, по различнымъ причинамъ, въ предѣлахъ одной и той же территоріи, подчиненной одной и той же государственной власти, для отдѣльныхъ мѣстностей могутъ быть установлены разные законы.

Причины этого явленія заключаются иногда въ огромномъ пространствѣ государства, отдѣльныя части котораго находятся въ столь разнообразныхъ условіяхъ климатическаго, этнографическаго, экономическаго характера, что объединеніе на почвѣ права представляется крайне затруднительнымъ. Таково, напр., положеніе Великобританіи съ ея колоніями. Правовому сплоченію мѣшаетъ большая разнокультурность націй, входящихъ въ составъ государственнаго населенія. Страны съ единою національностью, какъ, напр., Франція, прочно спаянныя правомъ, вынуждены, однако, для своихъ колоній, напр., Алжира, устанавли-

вать правовыя изъятія. Большую роль играютъ историческія наслоенія государства, требующія во имя національнаго принципа сохраненія особенности въ правѣ. Таково главное основаніе мѣстныхъ законовъ въ Россіи. Наконецъ, неполнота правового сплоченія можетъ имѣть въ своемъ основаніи политическія тенденціи. Нѣкоторыя части государства не успѣли забыть свою прежнюю политическую самостоятельность и въ сохраненіи правовыхъ особенностей готовы видѣть дорогіе слѣды политической независимости. Таково недавнее положеніе въ Германіи.

При наличности въ странѣ правовыхъ особенностей возникаетъ вопросъ о соотношеніи между общими и мѣстными законами. Здѣсь, въ противоположность международному праву, не возбуждается никакого сомнѣнія въ обязательности для суда и администраціи тѣхъ и другихъ законовъ. Общія и мѣстные законы имѣютъ одинаково юридическій характеръ, потому что поддерживаются авторитетомъ той же государственной власти. Слѣдовательно, органы управленія, въ выборѣ того или другого закона въ примѣненіи къ данному случаю, должны уяснить себѣ вѣдѣніе положительнаго законодательства, опредѣляющаго, болѣе или менѣе полно, отношеніе между общими и мѣстными законами.

Это отношеніе выражается въ томъ, что по всеѣмъ тѣмъ предметамъ, которые опредѣлены въ мѣстныхъ законахъ, мѣстные законы отстраняютъ дѣйствіе общихъ. Съ другой стороны, общіе законы обыкновенно, хотя и не всегда, играютъ роль субсидіарнаго источника, изъ котораго черпаются нормы для разрѣшенія случаевъ, не предусмотрѣнныхъ въ мѣстныхъ законахъ¹⁰⁾. Въ каждомъ отдѣльномъ изъятіи соотношеніе между общимъ и мѣстнымъ законами должно быть выясняемо изъ тѣхъ актовъ, которыми установлено допущеніе мѣстныхъ особенностей въ правѣ. Но во всякомъ случаѣ, отступаетъ ли общее законодательство совершенно передъ мѣстнымъ или сохраняетъ за собой субсидіарное значеніе,—сила мѣстнаго закона не зависитъ отъ тѣхъ измѣненій, которымъ подвергается общій законъ. Это именно и подтверждается нашими Основными Законами: законы, особо для

¹⁰⁾ Таково, напр., въ Россіи соотношеніе между общими законами и мѣстными законами Остзейскаго края, см. Остз. Судъ, т. I, введеніе, ст. 2.

¹¹⁾ Основные Законы, ст. 88.

какой-либо мѣстности изданные, повымъ общимъ закономъ не отмѣняются, если въ немъ именно такой отмѣны не постановлено. Никакого измѣненія въ соотношеніи не происходитъ, когда мѣстный законъ замѣняется другимъ, соответствующимъ по содержанию. Но, когда мѣстный законъ отмѣняется, то на его мѣсто вступаетъ въ дѣйствіе общій законъ, соответствующій по содержанию, если только общее законодательство не было лишено субсидіарнаго значенія.

§ 43.

Законодательство въ Россіи.

Литература: Корево, *Объ изданіяхъ законовъ Россійской Имперіи*, 1900; Майковъ, *О Сводѣ Законовъ Россійской Имперіи*, 1905; Шимановскій, *О значеніи Свода Законовъ Россійской Имперіи для науки и жизни*, 1891; Нефедьевъ, *Причины и цѣль изданія Полнаго Собранія и Свода Законовъ съ точки зрѣнія Сперанскаго*, 1889; Коркуновъ, *Значеніе Свода Законовъ* (Сборникъ статей, 1898 или Ж. М. Н. Пр. 1894, кн. IX); Лазаревскій, *Законъ и Сводъ* (Право, 1899, № 37); Лозина-Лозянскій, *Кодификаціи законовъ по русскому государственному праву* (Ж. М. Ю. 1897, № 4 и 5); Камника (Право, 1908, № 1); Побѣдина, *Къ вопросу о юридической силѣ Свода Законовъ* (Ж. М. Ю. 1909, апрѣль).

Совокупность всѣхъ законовъ, изданныхъ въ различное время государственною властью и продолжающихъ сохранять обязательную силу, составляетъ законодательство страны. Чѣмъ большая масса законовъ накапливается въ результатѣ дѣятельности государства, возбуждаемой нарастающими потребностями, все большею сложностью отношеній, все сильнѣйшею остротою столкновенія интересовъ, тѣмъ труднѣе усвоить себѣ дѣйствующее право въ формѣ множества отдѣльныхъ законовъ. Затрудняется разысканіе соответствующаго закона, теряется увѣренность въ нахожденіи всѣхъ законовъ, относящихся къ данному предмету, возрастаетъ вѣроятность противорѣчій между законами и трудность опредѣлить правильное между ними соотношеніе. Отсюда встаетъ новая потребность—систематизаціи законовъ.

Систематическое объединеніе законовъ можетъ выразиться въ двоякомъ видѣ: инкорпораціи и кодификаціи. Инкорпораціи со-

стоитъ въ обработкѣ законодательства, направленной къ приведенію дѣйствующихъ законовъ въ систему, безъ всякихъ измѣненій по существу. При неизмѣнности содержанія измѣняется лишь форма законодательства. Инкорпорация не ставитъ своей цѣлью и не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ обновленіе правового порядка въ его принципахъ или даже въ частностяхъ. Типичную инкорпорацию представляетъ Кодексъ Юстиніана, соединившій въ одно всѣ законы отъ Адриана до Юстиніана съ соблюденіемъ систематическаго и хронологическаго порядка. Къ инкорпорациѣ не подходятъ ни Дигесты, представляющіе собою выборку изъ научныхъ сочиненій различныхъ юристовъ, ни Институціи, имѣющія характеръ учебника.

Инкорпорация нашла себѣ защитника въ лицѣ знаменитаго англійскаго философа Фрэнсиса Бэкона ¹⁾. „Если законы, скопляясь мало-по-малу, достигли такой многочисленности и запутанности, что явилась необходимость полнаго ихъ пересмотра и преобразованія въ единый цѣльный кодексъ; болѣе здравый и удобный, то слѣдуетъ прежде всего заняться этимъ трудомъ, и трудъ этотъ считайте истинно доблестнымъ дѣломъ, а тѣ, кто совершить его, вѣрьте, заслуживаютъ занять мѣсто между законодателями и реформаторами“. „Хотя по требованіямъ здраваго смысла легче и даже, можетъ быть, лучше было бы составить совсѣмъ новый текстъ, чѣмъ шивать такимъ образомъ отдѣльные лоскутки, но въ дѣлѣ законовъ слѣдуетъ обращать меньше вниманія на слогъ и способъ выраженія, чѣмъ на авторитетъ и древность закона, служащіе ему какъ бы защитниками“. При выполненіи такой работы Бэконъ выставляетъ пять основныхъ началъ: „1) нужно уничтожить слишкомъ устарѣвшіе законы, называемые Юстиніаномъ старыми баснями; 2) сдѣлать надлежащій выборъ между разнорѣчивыми постановленіями, остановившись на болѣе испытанныхъ и отстранивъ противорѣчащія; 3) вычеркнуть также гомеоморфны, т. е. законы, имѣющіе одинъ и тотъ же смыслъ и какъ бы повторяющіе одно и то же, избирая между ними, разумѣется, лучшіе, которые замѣнили бы собою исклю-

¹⁾ *Institutio magna*, кн. VIII, §§ 59—63. Собраніе сочиненій, въ рус. перес. Библикова, т. I, стр. 600—602.

ченныя; 4) если встрѣтятся законы, ничего не опредѣляющіе, только поднимающіе вопросы, но не рѣшающіе ихъ, то ихъ тоже слѣдуетъ вычеркнуть; 5) что же касается до чрезмѣрно многословныхъ и пространныхъ, то слѣдуетъ выразить ихъ болѣе точнымъ и сжатымъ слогомъ“. Нетрудно замѣтить, что первые три принципа открываютъ большую опасность для идеи пнкorporаціи, такъ какъ даютъ легкую возможность перейти отъ обновления формы къ обновленію содержанія, т.-е. толкаютъ къ тому, противъ чего самъ Бэконъ предупреждалъ—„дабы, подъ предлогомъ пересмотра старыхъ законовъ, не были бы вводимы незамѣтно новыя“.

Кодификація состоитъ въ переработкѣ законодательства, направленной къ приведенію дѣйствующихъ законовъ въ систему, съ согласованіемъ ихъ содержанія потребностямъ времени и съ согласованіемъ ихъ другъ другу на началѣ единства принциповъ, положенныхъ въ основу. Здѣсь рѣчь идетъ не только о новой формѣ, но и о новомъ содержаніи: старые законы замѣняются новыми, прежніе пробѣлы восполняются, накопившіяся противорѣчія устраняются. Если даже значительная часть содержанія окажется заимствованною изъ исторически сложившагося законодательства, все же такой кодексъ представитъ собою новый законъ.

Въ цѣнности кодификаціи не можетъ быть сомнѣній. Только кодификація даетъ возможность съ быстротою и точностью опредѣлить, что даетъ законодательство по данному вопросу. Только кодификація способна сдѣлать право доступнымъ широкимъ массамъ населенія, не обладающимъ ни знаніями, ни средствами, чтобы разобраться въ массѣ разрозненныхъ законовъ. Только при кодификаціи достигается возможность отдѣлить дѣйствующіе законы отъ законовъ, утратившихъ свою силу. Только кодификація въ состояніи обнаружить всѣ пробѣлы, всѣ изъяны въ дѣйствующемъ законодательствѣ, легко скрываемые въ массѣ разрозненныхъ законовъ. Достоинства кодификаціи опредѣляются: а) полнотою обнимаемаго матеріала, б) единствомъ началъ, положенныхъ въ основу отдѣльныхъ постановленій, в) наглядностью избранной системы, г) ясностью языка.

Въ настоящее время на Западѣ Европы идея кодификаціи не возбуждаетъ сомнѣній. Если въ чемъ и сомнѣваются, то не въ

ея цѣнности, а въ ея выполнимости. Стремленіе къ кодификаціи проявилось съ половины XVIII вѣка и подъ вліяніемъ естественнаго права, такъ сильно вѣровавшаго въ законодателя. Подъ этимъ вліяніемъ начался рядъ работъ, получившихъ осуществленіе въ концѣ XVIII в., какъ, напр., Прусскій Ландрехтъ 1794 г., или въ началѣ XIX столѣтія, какъ австрійское гражданское уложеніе 1811 года и баварскій уголовный кодексъ 1813 года, не говоря уже о французскихъ кодексахъ 1804—1810 годовъ. Историческая школа XIX вѣка временно охладила это увлеченіе кодификаціонною работою. Но съ половины XIX столѣтія экономическая жизнь настоятельно потребовала возвратиться къ оставленной идеѣ. Къ этому присоединились политическія причины. Въ одномъ случаѣ путемъ кодификаціи стремились подчеркнуть свою политическую самостоятельность, въ другихъ случаяхъ той же кодификаціей хотѣли затушевать слѣды политической независимости.

Начало XIX столѣтія, первое его десятилѣтіе отмѣчено особенно кодификаціонной дѣятельностью во Франціи. Это періодъ пяти кодексовъ: кодексъ гражданскій (Code civil)—1804, кодексъ гражданского процесса—1807, кодексъ торговый—1808, кодексъ уголовного процесса—1808 и кодексъ уголовный—1810. Въ послѣднія десятилѣтія XIX вѣка объединенная Германія выступаетъ съ энергичной кодификаціонной дѣятельностью: уголовный кодексъ 1872, судебные уставы—1877, гражданскій кодексъ—1896, торговый кодексъ—1897, не считая иныхъ довольно значительныхъ по объему законовъ, которые могутъ быть признаны также кодексами, въ родѣ, напр., страхового закона 1910 г. Главнымъ культурнымъ странамъ подражаютъ другія. Только Англія продолжаетъ оставаться все еще страной некодифицированнаго права; хотя англичане уже отрѣшились отъ поклоненія своему обычному и судебному праву, и сознали значеніе законодательнаго творчества, но останавливаются только передъ трудностью задачи, совершенно очевидной, если принять въ соображеніе историческую древность англійскаго права, къ которой пока не прикасалась рука кодификатора.

Россія представляетъ собою страну съ инкорпорированнымъ правомъ. Инкорпорация произведена въ Россіи довольно своеобразно.

разно, и состояніе русскаго законодательства является вполне оригинальнымъ, не имѣющимъ ничего подобнаго нигдѣ въ мірѣ.

Послѣ кодификаціи всего русскаго права, пропешедшаго въ половинѣ XVII столѣтія въ видѣ Соборнаго Уложенія Алексеѣя Михайловича 1649 года, возникали неоднократно попытки выйти изъ того хаотическаго состоянія, въ какомъ оказалось русское право вслѣдствіе рѣзкой ломки московской старины петербургскими новшествами. Отъ Петра I до Николая I мы наблюдаемъ это искапіе выхода изъ создавшагося положенія. Но при этомъ обнаруживаются рѣзкія колебанія то въ сторону инкорпорации, то въ сторону кодификаціи. Съ одной стороны, хотятъ ограничиться сведеніемъ всѣхъ дѣйствующихъ законовъ въ одно цѣлое, то, съ другой стороны, пытаются перенести на русскую почву иностранные образцы, иногда просто въ переводѣ, пороки же поднимаются до отвлеченныхъ началъ разума и съ его высоты задумываютъ передѣлать все заново. Но ни одна попытка не удавалась потому, что не хватало знаній и людей. Утрачены были традиціи дьяковъ московскихъ приказовъ, но не создалась еще юридическая научная школа. Отсутствие подготовленныхъ юристовъ русскаго пропешожденія—главная причина всѣхъ неудачъ на почвѣ инкорпорации и кодификаціи.

Задача разрѣшается въ самое, казалось бы, неблагоприятное время—въ царствованіе Николая I. Правленіе этого государя началось при такихъ условіяхъ, которыя не давали никакой надежды на законодательное обновленіе, такъ ярко манившее въ царствованіе его предшественника, Александра I. При охранительномъ направленіи новаго режима нельзя было и думать о реформахъ не только государственнаго строя, но и въ области гражданскаго и уголовнаго права. Идея кодификаціи со всею очевидностью должна была уступить мѣсто идеѣ инкорпорации. Но настоятельность послѣдней была очевидной и для самого императора Николая I, который впоследствии говорилъ передъ Государственнымъ Совѣтомъ: „Я еще смолоду слышать о недостаткахъ у насъ по этой части, о ябедѣ, о лихоимствѣ, о несуществованіи полныхъ на все законовъ или о смѣшеніи ихъ отъ чрезвычайнаго множества указовъ, нерѣдко между собою противорѣчивыхъ“.

Но кто же могъ выполнить въ Россіи эту настоятельную работу? Приходилось обратиться къ единственному человѣку, способному взяться за это дѣло, но заподозрѣнному въ неблагонадежности. Это былъ М. М. Сперанскій. Въ царствованіе Александра I поповичу Сперанскому, благодаря его выдающимся талантамъ и трудоспособности, удалось пробиться сквозь замкнутый придворный кругъ къ самому престолу и стать вдохновителемъ и исполнителемъ идеи реформы. Не получивъ юридическаго образованія, онъ быстро усвоилъ сущность правовыхъ задачъ: не знакомый съ отечественнымъ законодательствомъ, онъ сдѣлалъ его доступнымъ всѣмъ и каждому. Но всѣ его симпатіи были не на сторонѣ инкорпорации, а на сторонѣ кодификаціи въ духъ лучшаго образца, какими признавались въ то время французскіе кодексы. Воодушевленный кодификационными планами, Сперанскій готовъ былъ сдѣлать уступку трусливымъ умамъ и предложить имъ историческую видимость. „Переходъ отъ настоящихъ установленій къ новымъ,—писать онъ Александру I,—надлежитъ такъ учредить, чтобы новыя установленія казались возникающими изъ прежнихъ“. Но близость къ государю не обезпечила близкаго осуществленія плановъ. Внезапно низвергнутый съ высоты, отправленный въ ссылку, Сперанскій вынужденъ былъ оставить свои произведенія врагамъ, сумѣвшимъ похоронить ихъ съ подобающимъ торжествомъ.

Хотя Сперанскій былъ возвращенъ, возстановленъ въ высокіхъ должностяхъ, но печать подозрѣнія на немъ осталась. Императоръ Николай I относился къ нему недовѣрчиво, опасался его идеи и даже отзывался о немъ рѣзко. Но обойти его было невозможно. Къ нему обращались уже не какъ къ государственному человѣку, а просто какъ къ рабочей силѣ. Самъ Сперанскій, подъ вліяніемъ постигшихъ его тяжелыхъ непытаній, значительно переѣлился къ тому времени. Правда, его симпатіи остались неизмѣнны, но онъ уже научился скрывать ихъ или облекать въ обманчивую форму. Эта черта характера сказалась въ той огромной работѣ, къ которой онъ былъ призванъ и которая была осуществлена благодаря именно трудолюбію, способностямъ и подготовкѣ этого человѣка.

Въ первое время Сперанскій попробовалъ предложить коди-

фикацію. Но императоръ Николай I отстранилъ всякую мысль о какихъ бы то ни было новшествахъ. Все дѣло должно было ограничиться приведеніемъ въ порядокъ дѣйствующаго права, систематизаціей огромнаго и малодоступнаго законодательнаго матеріала. Сперанскій подчинился такому рѣшенію, сталъ работать въ преподанномъ ему направленіи, хотя никто, вѣроятно, лучше его не сознавалъ всей трудности задуманнаго предпріятія, которое другимъ казалось дѣломъ сравнительно легкимъ. Постѣдующая исторія нашего законодательства обнаружила, какія крупныя затрудненія создалъ сводъ, затрудненія,—которыхъ тогда не сознавали, а если и сознавали, то закрывали глаза, оставляя будущему распутываться.

Задача инкорпораціи должна была встрѣтить рядъ трудностей на пути своего осуществленія. Можно ли было быть увѣреннымъ, что удастся, при малоизвѣстности права, собрать всѣ законы,—опасеніе, вполнѣ позднѣе оправдавшееся? При беспорядочномъ состояніи русскаго законодательства далеко не легко было отдѣлать законы дѣйствующіе отъ потерявшихъ силу. Слѣдовало ли считать потерявшими силу только тѣ законы, которые замѣнены позднѣйшими, или же также и тѣ, которые давно перестали примѣняться? Если стать на первую точку зрѣнія, то не придется ли вызвать призраки давно отжившихъ законовъ, забытыхъ среди архивной пыли? Если въ исторіи успѣли перепутаться многія начала, какъ, напр., указная часть, можно ли было надѣяться на точное воспроизведеніе дѣйствовавшаго права? Составляя законы разнаго времени, необходимо придать имъ нѣкоторое литературное единство. Но при этомъ невольно придется мѣнять выраженія законодателя. Такъ какъ при сводной работѣ сохраняется лишь резолютивная часть, безъ соединенныхъ съ нею мотивовъ, то возникаетъ опасность, что занесенный въ сводъ законъ уже не будетъ соответствовать цѣли своего изданія, воли законодателя. Требованія систематки могутъ заставить одинъ и тотъ же законъ разнести по частямъ, и, наоборотъ, сопоставить законы совершенно несходные по духу, языку, условіямъ. Въ виду этихъ соображеній легкость инкорпораціи слѣдуетъ признать совершенно мнимой.

Но рѣшена была именно инкорпорація. Для выполненія основ-

ной задачи—составленія „свода тѣхъ узаконеній, которыя дѣйствительную силу нынѣ имѣютъ“, необходимо было прежде всего „обозрѣть то, что нынѣ существуетъ“, т.-е. собрать въ одно весь громадный, исторически накопившійся законодательный матеріаль. Исходнымъ пунктомъ для такого предпріятія взято было Уложеніе Алексѣя Михайловича, такъ какъ оно замѣнило собою всѣ дѣйствовавшія до того времени нормы. Законы, изданные съ Уложенія 1649 года до манифеста о вступленіи на престолъ Николая I 12 декабря 1825 года, заняли 40 большихъ томовъ, съ 5 томами приложеній, и составили Первое Полное Собраніе Законовъ. Сперанскій придавалъ большое значеніе этому труду. Полное Собраніе Законовъ являлось необходимымъ: а) какъ подготовительная работа по составленію Свода Законовъ, б) какъ основаніе для разрѣшенія дѣлъ, возникшихъ до Свода, в) какъ способъ изъясненія смысла законовъ, помѣщенныхъ въ Сводѣ, д) какъ почва для дальнѣйшаго движенія законодательства, е) какъ фундаментъ для отечественной исторіи и правовѣдѣнія.

По мѣрѣ того, какъ накопились матеріаль для Полнаго Собранія Законовъ, составлялись, въ видѣ подготовленія къ Своду Законовъ, историческіе своды на каждый отдѣлъ. Историческій матеріаль разносился путемъ выписокъ, по книгамъ, раздѣламъ, главамъ и отдѣленіямъ, по заранѣ составленной схемѣ. При этомъ дѣйствующіе законы не отдѣлялись отъ потерявшихъ силу. Такимъ образомъ, по каждому сколько-нибудь существенному вопросу можно было обозрѣть всѣ относившіяся къ нему узаконенія. Послѣдовательная ихъ преемственность должна была съ ясностью обнаружиться, насколько и въ чемъ позднѣйшіе законы отмѣняли предшествующіе. Въ результатѣ оставалось отдѣлить части ненужныя, т.-е. потерявшія силу, или лишенныя юридическаго содержанія, или повторенія: остальное должно было составить сумму нормъ по данному вопросу. Такъ по крайней мѣрѣ представлялось дѣло по плану, указанному Сперанскимъ.

Подъ каждою статью должны были быть указаны тѣ историческіе акты, изъ которыхъ она извлечена и которые являлись ея обоснованіемъ. Исключеніе допускалось только для статей переходныхъ по той причинѣ, что онѣ, по мнѣнію Сперанскаго,

„сами по себѣ не суть законы, а содержать лишь необходимую связь статей между собой“.

Такимъ образомъ Сводъ Законовъ долженъ былъ отличаться отъ Полнаго Собранія Законовъ тремя признаками: 1) Сводъ есть систематическій сборникъ, тогда какъ Собраніе есть хронологическій сборникъ; 2) Сводъ есть сборникъ только дѣйствующихъ законовъ, тогда какъ Собраніе есть сборникъ законовъ, какъ дѣйствующихъ, такъ и дѣйствовавшихъ со времени Уложенія 1649 года; 3) въ Сводѣ законы даны въ извлеченіяхъ, сдѣланныхъ въ видѣ статей, тогда какъ въ Собраніи они помѣщены полностью, какъ были первоначально изданы.

Громадная работа по составленію Полнаго Собранія Законовъ и Свода Законовъ была выполнена въ сравнительно короткое время. Въ маѣ 1832 года весь трудъ былъ законченъ, а 19 января 1833 года состоялось торжественное засѣданіе Государственнаго Совѣта въ присутствіи государя. На столѣ уже лежали 15 томовъ Свода Законовъ, 45 томовъ Перваго Полнаго Собранія Законовъ и 8 томовъ Второго Собранія. Въ длинной рѣчи императоръ Николай I изложилъ сущность и ходъ работы, предпринятой и выполненной по его указаніямъ. Самое содержаніе Свода не предлагалось обсужденію Государственнаго Совѣта, которому поставленъ былъ только вопросъ, какую силу придать Своду Законовъ.

При этомъ Совѣту предложено было четыре рѣшенія: 1) признать статьи Свода единственнымъ основаніемъ въ рѣшеніяхъ дѣлъ, такъ чтобы текстъ законовъ служилъ только доказательствомъ истинности, изъ коихъ статьи составлены, но не былъ бы самъ собою употребляемъ въ дѣлахъ; 2) признать статьи Свода закономъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ постановить, чтобы въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ случаяхъ можно было обращаться къ самому тексту закона и въ немъ искать рѣшенія; 3) признать прежній текстъ закона единственнымъ и исключительнымъ основаніемъ рѣшенія, а статьи Свода считать токмо средствомъ совѣщательнымъ къ приписанію ихъ и къ познанію ихъ смысла; 4) признать въ теченіе нѣкотораго опредѣленнаго времени текстъ закона основаніемъ къ рѣшенію, какъ онъ признается и нынѣ, но въ то же время постановить, чтобы вмѣстѣ съ нимъ приводимы были статьи Свода, имъ соотвѣтствующія.

Послѣднее рѣшеніе имѣло бы только временный характеръ, а третье лишало бы всякихъ результатовъ весь трудъ по составленію Свода. Поэтому выборъ сосредоточился только на двухъ первыхъ рѣшеніяхъ, колебаніе между которыми послужило основаніемъ къ продолжительнымъ препіямъ. Въ концѣ-концовъ Государственный Совѣтъ склонился къ признанію за Сводомъ силы закона, вопреки мнѣнію, неизвѣстно насколько нескрвенному, самого Сперанскаго.

Однако, трудность этого основного вопроса, соединеннаго со сводною работою, выступила настолько неожиданно для членовъ Государственнаго Совѣта, что они оказались совершенно неподготовленными къ ней. Не смотря на принятое рѣшеніе, для членовъ Совѣта оно осталось неяснымъ, что и обнаружилось при подписаніи журнала. Едва не половина членовъ Совѣта заявила, что они не такъ поняли рѣшеніе вопроса, какъ оно формулировано въ журналѣ. Это весьма характерное разногласіе разрѣшилось собственноручною надписью государя на журналѣ слѣдующаго содержанія: „Журналъ составленъ совершенно правильно согласно моимъ намѣреніямъ, въ Совѣтѣ изложеннымъ. Сводъ разсылается нынѣ же, какъ положительный законъ, котораго исключительное дѣйствіе начнется съ 1 января 1835 года. Руководствоваться онымъ нынѣ же дозволяется только въ томъ смыслѣ, что подъ каждою статьей означены всѣ законы, которые до каждаго предмета касаются и которые по нынѣшней формѣ судопроизводства всѣ въ приговорѣ или опредѣленіи прописаны быть должны, но отнюдь не выписывая собственной статьи Свода, котораго законная сила начнется съ 1835 года“.

Въ настоящее время Полное Собраніе Законовъ представляется въ слѣдующемъ видѣ. Оно состоитъ изъ трехъ частей, двухъ законченныхъ и третьей еще продолжающейся. Первое Полное Собраніе Законовъ обнимаетъ, какъ мы видѣли, узаконенія отъ Уложения 1649 года до перваго манифеста Николая I, т.-е. до 12 декабря 1825 года, и состоитъ изъ 45 томовъ. Второе Полное Собраніе Законовъ охватываетъ царствованіе Николая I и Александра II, т.-е. съ 12 декабря 1825 года до 1 марта 1881 года, и выражается въ 55 томахъ. Наконецъ, Третье Полное Собраніе Законовъ начинается съ 1 марта 1881 года и продолжается до

настоящаго времени, приче́мъ пока вышло 27 томовъ. Въ кажда́мъ Собра́ннн и деть своя отдѣльная, но сплошная нумерація. Къ Собра́нню прилагаются алфавитные, предметные и хронологическіе указатели.

Относительно матеріала, содержащагося въ Полномъ Собра́ннн Законовъ, необходимо замѣтить, что 1) въ него вошли не все́ законы, такъ какъ тамъ не нашли себѣ мѣста: а) указы, въ свое время не найденные, б) указы секретные, намѣренно не помѣщенные, а съ другой стороны, 2) не все, что отпечатано въ Собра́ннн,—законы, такъ какъ самое понятіе о законѣ для стараго времени весьма неустойчиво.

Полное Собра́ннн Законовъ содержитъ въ себѣ, въ хронологическомъ порядкѣ, законы, исходящіе отъ государственной власти въ Россіи. Но таково же содержаніе и Собра́ннн узаконеній и распоряженій правительства, издаваемаго съ 1863 года. Каково же ихъ соотношеніе? Различіе между ними заключается въ слѣдующемъ: 1) Прежде всего обнаруживается различіе въ основаннн хронологическаго порядка. Въ Полномъ Собра́ннн Законовъ законы помѣщаются въ порядкѣ ихъ утвержденія, тогда какъ въ Собра́ннн узаконеній и распоряженій правительства законы располагаются въ порядкѣ ихъ обнародованія. 2) Второе различіе состоитъ въ самомъ матеріалѣ. Ранѣе случалось, что въ Полное Собра́ннн Законовъ вносили необнародованныя узаконенія и даже такія, которымъ Сенатъ отказывалъ въ обнародованнн за несоблюденіемъ порядка ихъ изданія. Правда, это признано было неправильнымъ и болѣе не наблюдается. Но за то, теперь въ Полномъ Собра́ннн Законовъ помѣщается не все, что отпечатано въ Собра́ннн узаконеній и распоряженій правительства. Съ 1902 года сенатское изданіе распалось на два отдѣла. Второй отдѣлъ передаетъ уставы акціонерныхъ товариществъ, городскихъ, земскихъ и частныхъ кредитныхъ установленій, стипендій и нѣк. др.—все это въ Полное Собра́ннн Законовъ съ 1885 года болѣе не входитъ.

Въ изложеннн того же самаго закона дважды, сначала въ Собра́ннн узаконеній и распоряженій правительства, а потомъ въ Полномъ Собра́ннн Законовъ можетъ оказаться несоотвѣтствіе въ текстѣ. Какъ должно быть разрѣшаемо это столкновеніе? Какому

тексту слѣдуетъ отдать предпочтеніе? Едва ли можно сомнѣваться, что только текстъ, содержащійся въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства, какъ средствъ обнародованія законовъ, можетъ имѣть рѣшающее значеніе, хотя бы въ Полномъ Собраніи Законовъ и была исправлена ошибка, допущенная въ сенатскомъ изданіи.

Сводъ Законовъ, повелѣніемъ императора Николая I изданный, не только свелъ воедино все русское законодательство, какъ оно сложилось къ моменту его изданія въ 1832 году, но и до сихъ поръ имѣетъ своей задачей отражать состояніе русскаго законодательства въ извѣстный, повторяющійся моментъ времени.

Предполагалось, что полное изданіе Свода Законовъ будетъ повторяться каждое десятилѣтіе. Дѣйствительно, второе изданіе относится къ 1842 году. Третье изданіе уже запоздало на нѣсколько лѣтъ,—1857. При второмъ изданіи графъ Блудовъ вновь поднялъ вопросъ, въ какомъ видѣ Сводъ долженъ быть изданъ, т.-е. въ формѣ ли уложенія или свода, на что снова получился отвѣтъ Николая I: „необходимо издать по прежнему“²⁾. Интересно, что графъ Блудовъ предполагалъ въ случаѣ необходимости исправленія смысла первоначальнаго закона испрашивать Высочайшее разрѣшеніе, тогда какъ въ случаѣ необходимости исправленія формы изложенія считалъ себя самого на то уполномоченнымъ. При этомъ игнорировалось, что это существенное юридическое различіе оставалось закрытымъ для примѣняющихъ законы. Третье изданіе 1857 года было и послѣднимъ полнымъ одновременнымъ изданіемъ всего Свода. Съ того времени обновленіе Свода производится уже только по частямъ, въ разное время.

Такъ какъ изданіе какого-либо тома Свода или части тома отдѣляется отъ слѣдующаго изданія довольно значительнымъ промежуткомъ времени, въ теченіе котораго могутъ произойти болѣе или менѣе значительныя законодательныя измѣненія, то рѣшено было съ самаго начала поддерживать точную картину состоянія законодательства посредствомъ такъ называемыхъ Продолженій къ Своду Законовъ. Продолженія имѣютъ свою зада-

²⁾ Майковъ, *О сводѣ законовъ Россійской имперіи*, 1905, стр. 102.

чею указывать на измѣненія, послѣдовавшія лишь за извѣстный періодъ времени, безъ воспроизведенія всего содержанія Свода. Продолженія различаются двоякаго рода: очередныя и сводныя. Очередное Продолженіе указываетъ на тѣ измѣненія, какія произошли со времени изданія послѣдняго предшествующаго Продолженія. Сводное Продолженіе указываетъ на тѣ измѣненія, какія произошли со времени послѣдняго изданія Свода, хотя они уже были даны въ очередныхъ продолженіяхъ. Последнее въ наше время Сводное Продолженіе, въ пяти томахъ, относится къ 1906 году, а послѣ того было два Очередныхъ Продолженія—1908 и 1909 годовъ. Въ Продолженіяхъ словомъ „отмѣнена“ обозначается лишеніе бывшей ранѣ статьи въ законодательномъ порядкѣ силы; словомъ „исключена“ указывается, что бывшей ранѣ статья отведена иное мѣсто въ Сводѣ или что соответствующее ей по содержанію постановленіе находится въ другомъ мѣстѣ; словомъ „замѣнена“ отмѣчается, что вмѣсто бывшей въ данномъ мѣстѣ статьи дано новое постановленіе, только въ другомъ мѣстѣ Свода. Для пользованія Продолженіями необходимо взять послѣднее изданіе интересующаго тома Свода Законовъ, затѣмъ обратиться къ ближайшему Сводному Продолженію, въ которомъ и посмотрѣть, какъ читается статья, если она тамъ вообще указана при измѣненіи и, наконецъ, обратиться ко всеѣмъ послѣдующимъ Очереднымъ Продолженіямъ. Напр., въ области гражданскаго права надо начать съ т. X, ч. I, изд. 1900, затѣмъ обратиться къ Сводному Продолженію 1906 года, и потомъ къ Очереднымъ Продолженіямъ 1908 и 1909 годовъ.

Система, по которой былъ изложенъ матеріалъ въ Сводѣ, основана на слѣдующемъ: „Два союза, два порядка отношеній, необходимы въ государствѣ: союзъ государственный и союзъ гражданскій. Союзъ государственный есть внутренній и внѣшній; здѣсь вопросъ только о первомъ. Союзъ гражданскій есть или семейственный или союзъ по имуществамъ. Изъ союзовъ возникаютъ права и обязанности. Тѣ и другія опредѣляются и охраняются законами. Отсюда два порядка законовъ: законы государственные и законы гражданскіе“. Законы государственные дѣлятся въ свою очередь на законы основныя, учрежденія, законы силъ государственныхъ и законы о состояніяхъ, съ одной стороны, на законы

предохранительные и уголовные—съ другой. Отсюда хорошо извѣстное въ теоріи дѣленіе всего Свода Законовъ на восемь частей и совершенно незамѣтное и бесполезное для практики.

Первоначальный объемъ Свода Законовъ выразился въ 15 томахъ, и такимъ онъ оставался во всѣхъ трехъ полныхъ изданіяхъ. Только съ 1892 года присоединился 16 томъ, содержаніе котораго составили судебные уставы императора Александра II. Въ дѣйствительности, объемъ Свода выражается не въ 16 томахъ, потому что нѣкоторые томы раздѣлены на части, представляющія собою каждая большую книгу.

Нумерація статей первоначально шла по каждому тому. Теперь въ предѣлахъ каждаго тома нумерація ведется по частямъ его. Поэтому ссылка на томъ и статью не всегда возможна: слѣдуетъ указать томъ, часть съ ея заглавіемъ, и статью.

Обязанность поддерживать Сводъ на уровнѣ дѣйствующаго законодательства лежитъ на административномъ органѣ, не имѣющемъ никакого отношенія къ законодательнымъ учрежденіямъ. Такимъ установленіемъ, первоначально было Второе Отдѣленіе собственной Е. И. В. Канцеляріи, организованной въ 1826 году. Въ 1882 году оно было преобразовано въ Кодификаціонный Отдѣлъ при Государственномъ Совѣтѣ, а съ 1893 года въ Отдѣленіе Свода Законовъ при Государственной Канцеляріи. Весь порядокъ обновленія Свода трудомъ этого установленія носить несоотвѣтственное названіе кодификаціоннаго, въ противоположность законодательному.

Вопросъ о достоинствахъ и недостаткахъ Свода представлялся одно время весьма острымъ. При оцѣнкѣ Свода Законовъ нельзя принимать во вниманіе: 1) недостатки русскаго законодательства и 2) недостатки по выполненію сводной работы. Слабое различіе законовъ отъ распоряженій, казуистичность постановленій вмѣсто общихъ началъ, отсталость содержанія нормъ, безконечная второяемость тѣхъ же постановленій въ интересахъ мнимой точности,—все это должно быть поставлено за счетъ законодательной, а не кодификаціонной работы. Точно также небрежность въ кодификаціонной работѣ, какъ, наприм., выпускъ дважды т. XI, ч. I съ различнымъ содержаніемъ, неправильное размѣщеніе статей по Своду, разрывающее связь между ними, наприм., су-

дебныхъ уставовъ въ изданіи 1876 года или затрудняющее нахождение нормы, разновременность изданія частей Свода, подрывающая истинное представленіе о цѣльности Свода,—все это технические промахи, которые могли бы быть устранены.

Дѣло въ томъ — какова цѣнность Свода въ его идеѣ, а не въ выполненіи. Главное достоинство Свода усматривается въ томъ, что онъ даетъ возможность обозрѣть все законодательство страны въ системѣ. При этомъ нерѣдко дѣлается сравненіе съ Англійей, гдѣ ознакомленіе съ положительнымъ правомъ крайне затруднено. Но сравненіе должно быть дѣлаемо не съ Англійей, страной обычнаго права, а съ континентальными государствами Европы, гдѣ имѣется богатое законодательство. Ни во Франціи, ни въ Германіи не существуетъ ничего похожаго на нашъ Сводъ. Однако никакихъ затрудненій въ ознакомленіи съ содержаніемъ дѣйствующаго законодательства ни въ той, ни въ другой странѣ не обнаруживается. Работа по приведенію законодательства въ соотвѣтствіе съ новѣйшими измѣненіями производится частнымъ путемъ. И сейчасъ въ Россіи частныя изданія всего Свода или его частей успѣшно конкурируютъ съ официальнымъ изданіемъ. Самая мысль о цѣльности Свода представляется необоснованной. Сводъ не что иное, какъ механическое соединеніе ряда уставовъ, учрежденій и т. п., и чѣмъ дальше, тѣмъ сильнѣе расходится Сводъ въ своемъ единствѣ. Изданіе же Свода по частямъ совершенно уничтожаетъ то значеніе, какое имѣлъ Сводъ при изданіи его одновременно во всемъ составѣ. Мнимая стройность придавала Своду обманчивый видъ кодекса, и до сихъ поръ поддерживается представленіе о кодификаціонномъ значеніи Свода, уравнивающимъ его съ кодексами Западной Европы.

Основной вопросъ, связанный съ идеей Свода Законовъ, отвѣтъ на который обуславливаетъ оцѣнку его, есть вопросъ о юридической силѣ Свода. Сомнѣніе въ силѣ Свода, возникшее уже при самомъ рожденіи послѣдняго, тяготеетъ надъ всей дальнѣйшей исторіей этого самобытнаго явленія, не только не ослабѣвая, но, напротивъ, все возрастая. Вопросъ заключается въ томъ: представляетъ ли собою Сводъ Законовъ только новую форму прежнихъ законовъ, которая имѣетъ силу лишь при условіи соотвѣтствія, по содержанію, подлинному тексту этихъ законовъ, или же

Сводъ Законовъ является новымъ закономъ, который отмѣняетъ собою силу прежнихъ законовъ, послужившихъ матеріаломъ для его содержанія?

На этомъ важномъ вопросѣ взгляды русскихъ юристовъ рѣзко разошлись. Правда, по мнѣнію Петражицкаго, этотъ споръ „представляетъ въ значительной степени, такъ сказать, счетъ безъ хозяина. Хозяиномъ здѣсь, какъ и вообще въ области права, является народная правовая психика, а она относится къ Своду, какъ къ самостоятельному законодательству, замѣнившему законы прежняго времени, дѣйствовавшіе до составленія Свода“^{*)}. Съ этимъ, однако, трудно согласиться. Народный взглядъ въ этомъ случаѣ складывается подъ вліяніемъ юристовъ, а для нихъ-то этотъ вопросъ и оказывается сомнительнымъ. Народная психика могла сложиться по отношенію къ труду Сперанскаго, какъ чему-то далекому, но ея не можетъ быть въ отношеніи постоянно вновь нарождающихся сомнѣній въ связи съ текущимъ характеромъ Свода Законовъ.

При опредѣленіи юридической силы Свода необходимо различать первое изданіе и послѣдующія изданія. Условія рѣшенія вопроса не совсѣмъ одинаковы въ томъ и другомъ случаѣ.

Въ пользу взгляда, что Сводъ Законовъ въ изданіи 1832 года представляетъ новый законъ, замѣнившій собою прежнее законодательство, говорятъ слѣдующія соображенія: 1) Мнѣніе Государственнаго Совѣта, принявшаго, вопреки Сперанскому, первое изъ предложенныхъ ему на выборъ рѣшеній. 2) Манифестъ 31 января 1833 года, который въ пунктѣ 2 указываетъ, что Сводъ отмѣнилъ собою всѣ прежніе, до него дѣйствовавшіе законы, начиная съ Уложенія 1649 года. 3) Назначеніе для Свода Законовъ 1 января 1835 года, какъ срока начальнаго примѣненія, въ виду того, что *vacatio legis* умѣстно только въ отношеніи новыхъ законовъ. 4) Высочайше утвержденное 30 января 1836 года мнѣніе Государственнаго Совѣта, въ которомъ указывается, что „судебнымъ мѣстамъ предписано безъ всякаго изъятія основывать рѣшеніе свое единственно на статьяхъ Свода“. 5) Особенно важное значеніе въ настоящемъ случаѣ имѣетъ надпись, сдѣ-

^{*)} Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, стр. 630.

ланная Николаемъ I на журналѣ, въ которой Сводъ прямо названъ „положительнымъ закономъ“. При самодержавіи выраженная воля государя, при безспорности ея содержанія, имѣеть силу закона ⁴⁾.

Съ другой стороны выдвигаются доводы въ пользу того, что Сводъ Законовъ въ первомъ своемъ изданіи представлялъ собой только новую форму прежнихъ законовъ. 1) Прежде всего нужно имѣть въ виду цѣль Свода. Государь отвергъ мысль Сперанскаго сочинить уложеніе и выразилъ пожеланіе, чтобы было приведено въ извѣстность и систему то, что уже существуетъ. 2) Самъ составитель Свода, Сперанскій, въ Совѣтѣ отстаивалъ положеніе, что статьи Свода слѣдуетъ „признать закономъ, но не единственнымъ и не исключительнымъ“, а въ случаѣ сомнѣнія обращаться къ „самому тексту закона“; онъ же противопоставилъ Сводъ инкорпорации Юстиніановой, которую „отмѣняется все прежнее, закрываются всѣ другіе источники законодательства“ ⁵⁾. 3) Тотъ же манифестъ 31 января 1833 года, въ пунктѣ 4, заявляетъ, что Сводъ ничего не измѣняетъ въ дѣйствіи прежнихъ законовъ, но приводитъ ихъ только въ единство. 4) Сводъ Законовъ не обсуждался въ Государственномъ Совѣтѣ со стороны его содержанія, какъ это было принято для всѣхъ новыхъ законовъ, а былъ предложенъ ему для рѣшенія вопроса о силѣ Свода. 5) Сводъ Законовъ повелѣно было примѣнять къ дѣламъ, производящимся послѣ 1 января 1835 года, хотя и возникшимъ до этого времени, что было бы невозможно безъ нарушенія принципа обратнаго бездѣйствія, если бы Сводъ былъ новымъ закономъ.

Итакъ, совокупность обстоятельствъ, при которыхъ появился Сводъ Законовъ, даетъ возможность, почти съ одинаковымъ успѣхомъ, отстаивать каждое изъ двухъ противоположныхъ мнѣній относительно силы Свода въ первомъ его изданіи. Все же *opinio communis*, основанная главнымъ образомъ на резолюціи государя,

⁴⁾ Однако, противъ этого послѣдняго, самаго важнаго, основанія, П о б ѣ д и н а, къ вопросу о юридической силѣ Свода Законовъ, (Ж. М. Ю., 1909, апрѣль) выдвигаетъ то соображеніе, что резолюція Николая I не только не была распубликована, но и не была обращена къ исполненію.

⁵⁾ *Обзорніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ*, 1837, стр. 100.

склоняется къ признапію Свода Законовъ новымъ закономъ, замѣнившимъ собою прежнее законодательство⁶⁾.

Но вопросъ становится еще острѣе, когда дѣло касается послѣдующихъ изданій, для которыхъ резолюція Николая I уже не имѣетъ значенія. Полныя изданія 1842 и 1857 года сопровождались указами 4 марта 1843 года и 12 мая 1858 года, въ которыхъ не содержится ничего, соответствующаго по значенію надписи Николая I. Дальнѣйшія же частичныя изданія выпускаются постепенно и постоянно безъ всякой препроводительной бумаги, опредѣляющей ихъ силу.

Тѣмъ не менѣе нѣкоторые высказываются за то, чтобы каждому изданію Свода придать значеніе новаго закона. Особенно рѣзко такую постановку далъ въ свое время Цитовичъ⁷⁾. Онъ не видитъ юридическаго различія между первымъ изданіемъ и послѣдующими изданіями и готовъ признать въ каждомъ изданіи Свода или его части обязательную силу закона со дня его опубликованія. Изъ этого положенія Цитовичъ послѣдовательно дѣлаетъ важные практическіе выводы; „поэтому: а) та или другая статья получила свою силу не изъ того закона или законовъ, откуда она извлечена или помѣчена таковой, но изъ обнародованія ея въ составѣ Свода Законовъ; б) смыслъ каждой статьи такой, какой она получила изъ собственнаго текста, а не такой, какой имѣли отдѣльныя узаконенія, изъ которыхъ она извлечена; в) та или другая статья Свода имѣетъ силу и тогда, когда она даже не извлечена ни изъ какого узаконенія, хотя, можетъ быть, и показана извлеченною по ошибкѣ или недоразумѣнію“. Этотъ взглядъ нашелъ себѣ мало послѣдователей⁸⁾.

Большинство русскихъ юристовъ держится того мнѣнія, что Сводъ Законовъ, въ цѣломъ и въ частяхъ, а слѣдовательно и въ Продолженіяхъ, имѣетъ обязательное значеніе только при условіи соответствія его содержанія тѣмъ законамъ, которыми обоснована та или другая статья, а потому при разногласіи чтенія текста статьи Свода съ текстомъ подлиннаго закона предпочтеніе должно

⁶⁾ Исключеніе составляетъ Коркуновъ, *Значеніе Свода Законовъ* (Сборникъ статей, 1898, стр. 77—96).

⁷⁾ Цитовичъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, 1878, стр. 7—16.

⁸⁾ Въ этомъ направленіи Каминка (Право, 1908, № 1).

быть отдано послѣднему. Такимъ образомъ юридическая сила Свода условна, а его значеніе—руководящее⁹⁾.

Таковъ конечный выводъ огромнаго предпріятія, выполненнаго трудомъ и энергіей человѣка, мечтавшаго о болѣе правильномъ пути—кодификаціи. Теперь, по прошествіи значительнаго періода, можно смѣло сказать, что то, что слишкомъ трезвымъ людямъ казалось увлеченіемъ Сперанскаго, оторваннымъ отъ дѣйствительности, болѣе всего отвѣчало бы запросамъ русской дѣйствительности. На почвѣ Свода создавалась та робкая психологія, та боязнь отойти отъ стараго, потерять берегъ изъ виду, которая приводитъ наши руководящія сферы къ жалкому топтанію на одномъ мѣстѣ или къ лицемѣрному подведенію заимствованій подъ видимый образъ самобытнаго.

При составленіи Уложенія о наказаніяхъ 1845 года, когда имѣлось уже не мало уголовныхъ кодексовъ въ Европѣ, главная забота составителей его въ томъ, что „уложеніе долженствовало быть и есть не что иное, какъ собраніе очищенныхъ, приведенныхъ въ порядокъ и ясность, дополненныхъ и во многомъ исправленныхъ, но однако-жъ въ общемъ составѣ и существѣ своемъ прежнихъ уголовныхъ нашихъ законовъ“. И эта сводная идея такъ крѣпко внѣдрилась въ сознаніе, что составители проекта гражданского уложенія на рубежѣ XIX и XX столѣтій, заимствуя полною рукою изъ германскаго образца, повторяютъ все тотъ же лейтмотивъ: „редакціонная коммиссія поставила себѣ задачей не сочинить уложеніе, но, оставаясь на исторической почвѣ и, по возможности, не нарушая основныхъ началъ дѣйствующаго права, лишь пересмотрѣть гражданскіе законы, т.-е. воспроизвести въ будущемъ гражданскомъ уложеніи т. X, ч. I въ исправленномъ и дополненномъ видѣ“.

Сводъ не подготовилъ кодификацію, а убилъ кодификаціонное творчество.

⁹⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, 1902, т. I, стр. 214 и 164; Лавре-
вскій, *Лекціи по русскому Государственному праву*, т. I, изд. 2, 1910, стр. 430.
См. рѣш. Гражд. Кас. Деп., 1882, № 128; рѣш. Угол. Кас. Деп., 1897, № 44.

§ 44.

Правовые обычаи.

Литература: Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, т. I, 1828, т. II, 1837; Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843; Thöl, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1846; Smidt, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1884; Schuppe, *Das Gewohnheitsrecht*, 1890; Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* (Archiv f. civ. Praxis, м. 66, 1883); Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, т. I, 1899 (истор. часть); Neukamp, *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts* (Archiv f. civil. Praxis, т. 12, 1897); Knitschky, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch*, (Archiv f. off. Recht, м. 13, 1898); Stier-Somlo, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle* (Jahr. f. vergl. Rechtsw. 1899); Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, 1907; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 276—392; Lambert, *La fonction du droit civil comparée*, 1903, стр. 111 и слѣд.; Salmond, *Jurisprudence*, 1907, стр. 143—159; Brown, *The Austinian Theory of Law*, 1906, стр. 303—330; Карасевичъ, *Гражданское обычное право Франціи въ историческомъ ея развитіи*, 1875.

Подъ именемъ правовыхъ обычаевъ понимаются нормы права, которыя устанавливаются самою общественною средою путемъ постояннаго, однообразнаго соблюденія правилъ поведенія.

Опредѣленіе правовыхъ обычаевъ обыкновенно дается отрицательнымъ способомъ,—какъ право, не установленное въ законодательномъ порядкѣ. Такой приемъ не отвѣчаетъ научнымъ требованіямъ [опредѣленія и невѣрепъ по существу. Съ этой точки зрѣнія право=законъ—правовые обычаи, или иначе: правовые обычаи=право—законъ. Между тѣмъ формы права, въ ихъ исторической дѣйствительности, гораздо многообразнѣе.

Неправильно также противопоставлять обычное право закону, потому что въ обоихъ случаяхъ рѣчь идетъ о двухъ формахъ права. Слѣдовательно, или рядомъ съ обычнымъ правомъ необходимо говорить о законномъ правѣ, или сопоставлять съ закономъ правовые обычаи, а не обычное право.

Признаки правовыхъ обычаевъ, какъ формы права, являются въ то же время условіями признанія наличности обычнаго права. Спрашивается, откуда могутъ быть взяты эти признаки? Ни одинъ законодатель не рѣшился перечислить эти признаки. Да если бы даже современный законодатель поставилъ себѣ такую задачу,—вопросъ не былъ бы нечерпанъ. Правовые обычаи въ исто-

рической последовательности предшествуют законодательной деятельности, а следовательно признаки, данные законодателем известной страны в известное время, не имѣли бы значенія для прошлаго и для другихъ странъ. Остается извлечь искомые признаки изъ наблюденія сущности этого историческаго явленія, подобно признакамъ права.

Господствующее возрѣніе принимаетъ наличность по крайней мѣрѣ двухъ признаковъ: а) норма должна основываться на правовомъ убѣжденіи въ ея необходимости, б) норма должна проявиться въ болѣе или менѣе частомъ примѣненіи ¹⁾. Къ этимъ двумъ признакамъ присоединяются еще, въ видѣ второстепенныхъ или производныхъ моментовъ, требованія, чтобы правовые обычаи с) не противорѣчили разумности, d) не нарушали добрыхъ нравовъ, e) не имѣли въ своемъ основаніи заблужденія.

О наличности правового обычая можно говорить лишь тогда, когда въ основаніи однообразно повторяемой нормы лежитъ правовое сознаніе или народное убѣжденіе въ необходимости даннаго правила (*opinio necessitatis*),—таковъ психологическій признакъ. Но это, повидимому, столь понятное и общепринятое условіе, при ближайшемъ разсмотрѣніи, возбуждаетъ рядъ сомнѣній.

Прежде всего возникаетъ вопросъ, что значить правосознаніе или правовое убѣжденіе. О какомъ правѣ идетъ рѣчь? Сознаніе ли это, что данная норма есть право, или же сознаніе, что данная норма должна быть правомъ? Если мы скажемъ, что право на фирму соответствуетъ правовому сознанію русскаго общества, то означаетъ ли это, что русское общество убѣждено въ существованіи такого права, или же что оно убѣждено въ необходимости такого права? Очевидно, различіе точекъ зрѣнія въ томъ и другомъ случаѣ громадное: здѣсь идетъ дѣло о дѣйствующемъ правѣ, а тутъ о справедливости. Между тѣмъ можно ли ожидать,

¹⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, 1906, стр. 84; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 3—94; Unger, *System des oestreichischen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 37; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 164; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 87; Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 6 изд., т. I, стр. 53; Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 317.

чтобы народная среда, напр., наше крестьянство, усвоило себѣ это различіе вполне сознательно, когда даже юристы легко допускаютъ переходъ отъ одной точки зрѣнія къ другой.

Допустимъ, однако, что среда, вырабатывающая правовые обычаи, усвоила себѣ сознание, что такая-то норма поведенія должна быть. Въ этомъ случаѣ такъ называемое „правосознаніе“ сливается со справедливостью, съ представленіемъ о нормахъ, какія должны бы существовать взамѣнъ существующихъ. Но такое представленіе лежитъ и въ основаніи оцѣнки законодательныхъ нормъ: подчиняясь дѣйствующимъ законамъ, общество сохраняетъ возможность сознавать, какіе законы должны бы существовать взамѣнъ существующихъ. Но почему въ этомъ случаѣ сознание не имѣетъ никакого юридическаго значенія, а въ первомъ мечты должны считаться за дѣйствительность?

Остается предположить, что правосознаніе является ничѣмъ инымъ, какъ убѣжденіемъ въ томъ, что такая-то норма обычнаго права существуетъ. Но къ чему тогда сводится правосознаніе? Норма обычнаго права уже существуетъ по удостовѣренію правосознанія, слѣдовательно, предшествуетъ сознанію, значитъ сознание не есть правообразующій моментъ. Право сформировалось и затѣмъ уже предстало сознанію общества, подобно тому, какъ сознанію общества можетъ предстать и законъ, изданный помимо общественнаго участія. При этой точкѣ зрѣнія правосознаніе есть не что иное, какъ знаніе права. Но это, конечно, не признакъ правового обычая, не условіе его образованія.

Да и кто поситель этого правосознанія? Народъ? Нація? Но можно ли допустить, чтобы правосознаніе, въ томъ или другомъ его значеніи, могло быть усвоено всѣми единицами общества, въ политическомъ или національномъ смыслѣ. А если мы сочтемъ такое требованіе излишнимъ, то должны остановиться, по крайней мѣрѣ, на требованіи, чтобы правосознаніе было господствующимъ, чтобы большинство общества усвоило себѣ убѣжденіе. Какъ однако удостовѣриться, что правосознаніе свойственно большинству? А если мы откажемся отъ возможности и необходимости удостовѣриться и въ этомъ, и удовольствуемся ссылкой на мнѣніе нѣкоторыхъ, случайно избранныхъ лицъ, то не признаемъ ли достаточнымъ убѣжденіе меньшинства. Что, если сознанію

большинства норма остается чуждой? Может ли быть рѣчь, при этихъ условіяхъ, о народномъ правосознаніи?

Нигдѣ въ исторіи не видимъ ссылки на народное убѣжденіе. Создаются ли сборники обычнаго права при участіи самого народа или лично королями, всюду выдвигается авторитетъ старины, сложившагося порядка, „пошлины“, но не авторитетъ правосознанія. Обычныя нормы переходятъ въ законодательные сборники не потому, что онѣ отвѣчаютъ народному правосознанію, а потому что такъ „поступали отцы и дѣти“. И это весьма понятно: нравственная сила правовыхъ обычаевъ именно въ старинѣ, а не въ убѣжденіи современниковъ. Самая мысль о возможности изслѣдовать, насколько обычай соответствуетъ сознанію примѣняющихъ его, показалась бы неумовѣрною дерзостью.

Въ современной судебной практикѣ при примѣненіи нормъ обычнаго права вопросъ о правосознаніи не возбуждается. Изслѣдуется лишь вопросъ, примѣнялась ли въ жизни такая-то норма или нѣтъ. Допрашиваютъ, какъ въ этихъ случаяхъ поступаютъ, а не какъ надо поступать. Рѣшивъ первый вопросъ, судъ не ставитъ далѣе вопроса, насколько установленный обычай соответствуетъ убѣжденію въ его необходимости со стороны заинтересованныхъ въ его соблюденіи лицъ. И это весьма понятно: у суда нѣтъ средствъ для рѣшенія такой задачи²⁾.

Все это приводитъ къ заключенію, что „правосознаніе“ или „народное убѣжденіе“, такъ сильно выдвинутое историческою школою, не служитъ и не можетъ служить признакомъ правовыхъ обычаевъ.

Обращаемся ко второму признаку обычнаго права, — къ обычаю, т. е. къ повторному соблюденію правила. Въ противоположность первому, это признакъ матеріалистическій. Историческая школа отнеслась къ обычаямъ какъ-то непоследовательно. Сначала, въ лицѣ Пухты, она отвергла за ними правообразующее

²⁾ У Zitelmann'a, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* (Archiv f. civ. Praxis, 1882, т. 66, стр. 337—338) приведено рѣшеніе суда, ставшаго на эту лочву. Противъ такого направленія рѣшительно высказался Деррибургъ, *Пандекты*, т. I, стр. 67: „суды поступаютъ неправильно, требуя при изслѣдованіи вопроса, существуетъ ли известный обычай, кромѣ факта долголѣтняго примѣненія, еще доказательствъ согласія его съ народнымъ убѣжденіемъ“.

значеніе, видѣла въ нихъ лишь внѣшнее выраженіе правосознанія ³⁾, а позднѣе, въ лицѣ новѣйшихъ своихъ представителей, какъ, напр., Гирке ⁴⁾, поставила обычай рядомъ съ правосознаніемъ въ число условій наличности обычного права. Если обычное право основывается на правосознаніи, то въ такомъ случаѣ обычай, какъ признакъ обычного права, совершенно излишни. Мало помогаетъ и примирительная точка зрѣнія, выдвинутая Бруннеромъ, что норма обычного права, отвѣчающая общему правосознанію, становится правовой съ перваго же случая ея примѣненія ⁵⁾, такъ какъ здѣсь все же вся суть въ психологическомъ, а не матеріалистическомъ моментѣ. Савиньи готовъ признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ, напр., при опредѣленіи сроковъ, правосознаніе совѣмъ лишне и обычное право обуславливается всецѣло обычаями. Это относится къ тѣмъ нормамъ обычного права, которыя устанавливають сроки или форму ⁶⁾. Но, если въ нѣкоторыхъ случаяхъ нормы обычного права могутъ образоваться подъ вліяніемъ подражанія разъ принятому порядку, безъ участія правосознанія, то, очевидно, не правосознаніе составляетъ искомый признакъ, если только въ обоихъ случаяхъ налицо нормы обычного права. Нельзя еще не замѣтить, что матеріалистическій признакъ не комбинируется съ психологическимъ признакомъ, если понимать послѣдній, какъ представленіе о нормѣ, какою она должна быть: что должно быть, то, очевидно, еще не осуществилось.

И дѣйствительно, слѣдуетъ признать, что повторяемость примѣненія правилъ поведенія составляетъ всю сущность обычного права. Правовые обычаи,—это нормы, сложившіяся въ той или другой части общества вслѣдствіе неоднократнаго повторенія извѣстнаго образа дѣйствій. Повторяемость можетъ имѣть двоякое направленіе—въ глубь и въ ширь. Или правило вытекаетъ изъ послѣдовательнаго повторенія на значительномъ пространствѣ времени, или правило вытекаетъ изъ массоваго повторенія въ данное время среди значительнаго числа лицъ. Правило поведенія со-

³⁾ Puchta, *Gewohnheitsrecht*, т. I, 1828, стр. 144 и 169.

⁴⁾ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, § 20, прим. 17.

⁵⁾ Brunner, *Deutsches Rechtsgeschichte*, т. I, изд. 1887, стр. 277.

⁶⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, 1840, стр. 36.

блюдается потому, что такъ всегда поступали, или потому, что такъ всё поступаютъ. Первое главнымъ образомъ приложимо къ крестьянскимъ обычаямъ, второе—къ торговымъ. Чѣмъ чаще соблюдалось или соблюдается правило поведенія, тѣмъ менѣе сомнѣнія въ наличности нормы обычного права, — „чѣмъ старѣй, тѣмъ правѣй“, „повальный обычай, что царскій указъ“. Все, сложившееся временемъ, имѣетъ въ глазахъ общества большой авторитетъ само по себѣ; такой же авторитетъ имѣетъ и то, что дѣлается „на міру“, по принципу: „какъ люди, такъ и мы“. Устойчивость нормы обуславливается однообразностью въ примѣненіи ея, — чѣмъ больше вариаций, тѣмъ труднѣе установить наличность правового обычая. Отсюда издавна общепринятія черты матеріалстическаго признака: неоднократность и однообразность въ примѣненіи.

Къ второстепеннымъ требованіямъ, какія предъявляются къ правовымъ обычаямъ, относятся разумность ихъ, согласіе съ нравственностью и отсутствіе заблужденія въ ихъ основаніи.

Требованіе разумности обычая выставлялось еще римскими юристами ⁷⁾, а въ настоящее время особенно выдвигается въ англійской литературѣ ⁸⁾. Если римскіе юристы не признавали обычая, который былъ *contra rationem*, то англійскіе юристы настаиваютъ, что *custom must be reasonable*. Но такое условіе страдаетъ совершенною неопредѣленностью. Гдѣ мѣрило разумности обычая? Долженъ ли онъ быть разуменъ съ точки зрѣнія судьи, его примѣняющаго? Если рѣшающей должна быть точка зрѣнія судьи, то къ чему же сводится роль правосознанія, которому, по господствующему взгляду, обязано обычное право своимъ существованіемъ. Непослѣдовательно основывать силу обычного права на народномъ убѣжденіи и въ то же время отрицать обязательность обычая подъ предлогомъ его неразумности ⁹⁾. Если же считать, что

⁷⁾ Мнѣніе Целза—*quod non ratione introductum est*, fr. 3 q. D. De legibus 1, 3.

⁸⁾ Pollock, *First Book of Jurisprudence*, 1896, стр. 264; Salmond, *Jurisprudence*, 2 изд., 1907, стр. 146; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1908, стр. 358.

⁹⁾ Поэтому Еппессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 83, считаетъ судью обязаннымъ примѣнять обычай, хотя бы онъ противорѣчилъ его разуму, такъ какъ то, что весь народъ желаетъ, какъ обязательную норму, то онъ считаетъ разумнымъ, а судья не долженъ ставить себя выше народа.

правовые обычаи создаются благодаря только повторяемости разъ принятаго поведенія, то и съ этой стороны требованіе разумности являлось бы несогласнымъ съ существомъ правовыхъ обычаевъ. Если дѣйствуютъ неразумные законы, почему не могутъ имѣть силы неразумные обычаи? Требованіе разумности не опирается на законодательный текстъ какого-либо европейскаго государства.

То же самое слѣдуетъ сказать относительно требованія, чтобы правовые обычаи не противорѣчили нравственности. Опять-таки и здѣсь отсутствуетъ критерій. Нравственныя воззрѣнія опираются на общественное мнѣніе и непонятно, почему судья могъ бы противопоставлять свои нравственныя понятія общественнымъ. Помимо общепризнанныхъ нравственныхъ положеній, нормы нравственности способны различаться въ одномъ и томъ же народѣ, смотря по общественнымъ группамъ. На чемъ могло бы основываться право выбора со стороны судьи однѣхъ нормъ предпочтительно передъ другими? Если крестьянину представляется основательнымъ лишить женщину правъ на наслѣдство въ пользу лицъ мужскаго пола, то какъ бы ни противорѣчить такой взглядъ чувству справедливости интеллигентнаго человѣка, воспитаннаго въ иныхъ условіяхъ и взглядахъ, нельзя найти основанія, почему бы лишить силы такой обычай. Какъ будто русскіе законы о наслѣдованіи не противорѣчатъ чувству справедливости? И, однако, никто не возбуждалъ сомнѣнія относительно ихъ силы.

Требованія разумности и справедливости правовыхъ обычаевъ очевидно навѣяны взглядами на правосознаніе, какъ основу обычнаго права, а также смѣшеніемъ въ этомъ правосознаніи точки зрѣнія на право, каково оно есть, съ точкой зрѣнія на право, каково оно должно быть. Если же отвергнуть народное убѣжденіе, какъ условіе наличности правовыхъ обычаевъ, и признать, что послѣдніе образуются исключительно вслѣдствіе повторяемости избраннаго поведенія, то всякія требованія разумности и справедливости должны отпасть сами собой.

Все съ той же точки зрѣнія рѣшается и вопросъ о значеніи заблужденія, лежащаго въ основаніи примѣненія правового обычая. Если настаивать на правосознаніи, то можно придти къ

заключенію, что распространеніе извѣстнаго обычая подѣ влияніемъ ошибочнаго представленія, будто обычай соотвѣтствуетъ мнимому закону, обнаруживаетъ недостатокъ въ правосознаніи, а слѣдовательно и подрываетъ силу обычая. Но если отвергнуть психологическій признакъ и стать на точку зрѣнія материалистическаго признака, то роль заблужденія окажется незначительной. Напр., въ Россіи всѣ знаютъ, что при выходѣ замужъ женщина должна переимѣнить свою фамилію на фамилію мужа. Не только крестьянинъ, мѣщанинъ, но даже человекъ, принадлежащій къ интеллигентному классу, на вопросъ, почему это такъ, сошлется не на *opinio necessitatis*, а на законъ. Въ дѣйствительности такого закона не существуетъ, и значить мы имѣемъ случай заблужденія, лежащаго въ основѣ правового обычая. Но настоящій обычай опирается на такое массовое повтореніе, что сомнѣніе въ его силѣ едва ли допустимо.

Если вѣрно, что сущность правовыхъ обычаевъ сводится къ продолжительной или массовой повторяемости разъ принятаго поведенія, то тотчасъ же возникаютъ вопросы, чѣмъ вызывается повтореніе и чѣмъ опредѣляется выборъ поведенія. Рѣшеніе того и другого вопроса должно дать картину образованія обычнаго права, далеко не сходную съ той, какую нарисовала историческая школа. Въ изображеніи послѣдней изъ народнаго духа постепенно вырастаетъ народное правосознаніе, которое находитъ себѣ вышнее выраженіе въ обычаяхъ или въ повторныхъ случаяхъ проявленія правового сознанія.

Въ дѣйствительности извѣстное поведеніе повторяется не потому, что всѣ заранѣе были убѣждены, будто такъ и только такъ слѣдовало поступать съ перваго раза, а въ силу закона общественнаго подражанія. Индивиды, болѣе сильныя волею, инициативою или личнымъ положеніемъ, избираютъ извѣстный образъ дѣйствій, а другіе подражаютъ ихъ поведенію, освобождая себя отъ трудной для большинства задачи прокладывать пути въ подобныхъ случаяхъ. Не потому они повторяютъ, что у нихъ было то же убѣжденіе, а потому, что они имѣютъ передъ глазами готовый образецъ. Такъ, по сравненію Холлэнда, создается тропинка послѣ того, какъ кто-нибудь нащелъ ближайшую или удобнѣйшую дорогу,—по тропинкѣ идутъ не потому, что всѣ согласны, будто

это самый краткий и лучший путь, а потому, что она уже существует¹⁰⁾.

Такое подражаніе замѣчается всюду въ общественной жизни. Стоитъ какому-либо законодателю моды сдѣлать новый шагъ, и тотчасъ же онъ находитъ массу подражателей, совершенно независимо отъ того, совпадаетъ ли образецъ съ эстетическимъ сознаніемъ или нѣтъ. Если въ столичномъ городѣ предприимчивый импрессарио изобрѣтетъ какой-либо новый видъ развлечения, то тотчасъ по всѣмъ городамъ пронесется волна подражаній, не отвѣчая, а создавая вкусы (кинематографъ, кабаре). То же самое наблюдается въ дѣлѣ питанія, техники, убранства дома, искусства съ его новыми исканіями, возбуждающими нерѣдко вначатѣ удивленіе, пока частое повтореніе не приучитъ публичку къ новой живописи, скульптурѣ, архитектурѣ. Это явленіе не чуждо даже наукъ, напр., при выборѣ темъ или направленій, хотя здѣсь, казалось бы, критическое начало должно было оказывать противодѣйствіе подражанію. Всюду смѣлые новаторы увлекаютъ за собою толпу, которая повторяетъ ихъ дѣйствія, пока они не становятся обычными. И чѣмъ чаще происходили акты подражанія, тѣмъ сила его больше, тѣмъ значительнѣе авторитетъ принятаго поведенія. Такъ дѣло продолжается, пока волна подражанія не встрѣтится съ новой волной, исходящей отъ иного инициатора.

То же явленіе наблюдается и въ области права¹¹⁾. Извѣстный образъ дѣйствія не создается постепенно изъ гаранѣ сложившагося у всѣхъ убѣжденія въ томъ, какъ надо поступать, но составляетъ сочетаніе инициативы отдѣльныхъ индивидовъ, опредѣляющихъ свое отношеніе къ членамъ того же общенія, и подражанія ему со стороны другихъ. Неоднократно повторяемое поведеніе становится въ глазахъ всѣхъ нормальнымъ. Возьмемъ, напр., пытку въ средневѣковомъ уголовномъ процессѣ. Всеобщее распространеніе идеи пытки и формъ ея приложенія обусловилося не сложившимся гаранѣ взглядомъ на нее, какъ на лучший способъ раскрыть виновника преступленія, а подражаніемъ

¹⁰⁾ Hoiland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1903 стр. 55.

¹¹⁾ Развиваемый въ текстѣ взглядъ на образованіе правовыхъ обычаевъ есть въ сущности приложеніе закона подражанія, установленнаго Тардомъ, см. Tard, *Les lois de l'imitation*, 5 изд., 1907, въ частности стр. 335—348 и *La logique sociale*.

средству, которое на самомъ дѣлѣ или по видимости давало удачные результаты. То же представляетъ и картина образования обычнаго права въ наши дни, чему богатые примѣры дастъ торговый бытъ. Присматриваясь къ распространенію банковыхъ и страховыхъ операций, мы видимъ подтвержденіе нашей теоріи. Какое-нибудь страховое общество или какой-нибудь банкъ преобрѣтаютъ новую сдѣлку для привлеченія кліентовъ. Если операція дала хорошій результатъ, одно за другимъ страховыя общества и банки вводятъ у себя новостъ въ той формѣ, какая придана ей инициаторами. Вариации на основную тему будутъ распространяться тѣмъ же путемъ.

Если повтореніе вызывается подражаніемъ разъ принятому образу дѣйствій, то спрашивается, чѣмъ обусловливается выборъ поведенія со стороны самого инициатора? Не отражается ли въ немъ, какъ въ фокусѣ, правосознаніе его среды, подъ вліяніемъ котораго и опредѣлился выборъ. Но такое предположеніе не соотвѣтствовало бы дѣйствительности. Конечно, каждый человѣкъ сынъ своего времени, и проявленная имъ инициатива составляетъ результатъ не только его личныхъ свойствъ, но и воздѣйствія на него окружающей среды. Но указанный имъ новый образъ дѣйствій все же исходитъ отъ него, а не отъ другихъ сочленовъ общенія, которые въ данномъ случаѣ проявляютъ лишь способность воспринять его поведеніе и подражать ему. Возьмемъ, напр., обычай такъ наз. раббата, т. е. скидки съ покупной цѣны при платежѣ до срока. Создался такой правовой обычай уже, конечно, не потому, что распространенію такой операціи предшествовало ясное экономическое представленіе о вліяніи кредита на цѣны товаровъ. Скорѣе возникновеніе этого обычая можетъ быть объяснено находчивостью того, кто впервые, имѣя свободныя деньги, предложилъ досрочный платежъ подъ условіемъ нѣкоторой скидки и достигъ согласія въ виду обоюдной выгоды. Можно думать, что уже подъ вліяніемъ массоваго повторенія даннаго образа дѣйствій у членовъ общенія могло развиться представленіе о правовой его цѣлесообразности.

Какова же та среда, въ которой образуются правовыя обычаи? Съ точки зрѣнія исторической школы такую средой является весь народъ, который благодаря единству языка, вѣрованія, об-

щихъ традицій выработаны совмѣстными силами народный духъ. Такое понятіе о народѣ имѣетъ въ своемъ основаніи ошибочное предположеніе о непремѣнномъ совпаденіи политическаго и національнаго момента въ общеніи. Между тѣмъ мы видѣли уже, что народъ и нація не одно и то же, что въ дѣйствительности они не всегда совпадаютъ, что одна нація входитъ въ составъ нѣсколькихъ государствъ и одинъ народъ иногда состоитъ изъ разныхъ націй. Даже въ томъ случаѣ, когда народъ состоитъ изъ одной націи, громадный составъ населенія разрушаетъ представленіе о единствѣ психическаго склада: бретонецъ и провансалець во Франціи, пруссакъ и баварець въ Германіи, великороссъ и малороссъ въ Россіи даютъ слишкомъ значительныя отклоненія, чтобы можно было говорить о единомъ коллективномъ типѣ, при которомъ не остается мѣста для психическаго разобщенія. Главное, что современная нація, въ ея огромномъ составѣ, рядомъ съ общими чертами, даетъ внутреннюю группировку по классамъ, правовое сознаніе которыхъ не едино. Да и самое разнообразіе обычаевъ по мѣстностямъ, при единствѣ національной основы, обнаруживаетъ, что правовые обычаи обуславливаются не народнымъ духомъ. Такимъ образомъ, если искать для правообразующей среды единство духа, то почва можетъ быть и вовсе не найдена. Очевидно, что съ точки зрѣнія исторической школы совершенно необъяснимы обычаи въ сферѣ международнаго общенія.

Если же стать на отстаиваемую мною точку зрѣнія, то среда для образованія правовыхъ обычаевъ зависитъ всецѣло отъ сферы возможнаго воздѣйствія со стороны образца, а возможность воздѣйствія опредѣляется чаще всего сферой экономическаго соприкосновенія. Въ одномъ и томъ же обществѣ она то больше, то меньше. Крестьянское населеніе, живущее еще натуральнымъ хозяйствомъ, и мало соприкасающееся съ другими слоями общества или съ другими крестьянскими селеніями, воспринимаетъ лишь свои образцы и только ихъ повторяетъ, не давая имъ распространяться за предѣлы этого маленькаго мірка. Напротивъ, торговый міръ приходитъ въ соприкосновеніе на значительномъ пространствѣ. Инициатива московскаго купца можетъ повліять на купцовъ Сибири, Поволжья. Сфера дѣйствія правовыхъ обы-

чаевъ не совпадаетъ съ національными границами: такихъ сферъ можетъ быть не мало въ предѣлахъ одной націи, и, наоборотъ, сфера эта можетъ выходить далеко за эти предѣлы. Такъ было въ средніе вѣка, когда морскіе торговые обычаи не знали національныхъ границъ, такъ и въ настоящее время, когда правовые обычаи, сформировавшіеся въ торговомъ быту одной страны, легко переходятъ въ другія страны.

Въ чемъ же заключается обязательная сила правовыхъ обычаевъ, что именно придаетъ нормамъ этого рода правовой характеръ?

Несомнѣнно, что старина и сложившіеся порядки сами по себѣ имѣютъ въ глазахъ всѣхъ авторитетъ, отъ котораго не легко отрѣшиться обыкновенному человѣку. Но не всякій авторитетъ имѣетъ правовой характеръ. — То обстоятельство, что извѣстный образъ дѣйствій многократно повторялся, имѣетъ свою притягательную силу, но не создаетъ еще права. Ни одинъ судъ не согласится разсматривать, ни въ уголовномъ, ни въ гражданскомъ порядкѣ, жалобу на неотданный визитъ, хотя за этимъ обычаемъ стоитъ старина.

Въ XVIII столѣтіи господствовалъ взглядъ, что обязательная сила обычнаго права кроется въ допущеніи, явномъ или безмолвномъ, со стороны законодателя (*Gestattungstheorie*). Хотя эта теорія признана была несостоятельной въ виду того, что она будто бы построена на фикціи, но она и сейчасъ твердо держится въ Англіи ¹²⁾, и даже въ Германіи имѣетъ немногихъ, но за то видныхъ защитниковъ ¹³⁾. По теоріи, которую выдвинула историческая школа, основаніе обязательной силы правовыхъ обычаевъ слѣдуетъ видѣть въ правосознаніи народа (*Ueberzeugungstheorie*). Правовые обычаи потому должны соблюдаться, что они являются выраженіемъ убѣжденія въ ихъ необходимости со

¹²⁾ Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, стр. 102, т. II, стр. 536; Markby, *Elements of Law*, стр. 44; Hearn, *The Theory of legal Duties and Rights*, стр. 32; Ligtwood, *The Nature of positive Law*, 1883, стр. 390.

¹³⁾ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 202, 211; Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht* (Jahr. f. Dogm., т. 27, стр. 159, 186); Schwauert, *Gesetz und Gewohnheit*, 1873, стр. 21; Affolter, *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft* (Z. f. Off. Recht, 1897, стр. 30); Laband, *Deutsches Staatsrecht*, т. II.

стороны самого народа. Въ сущности только видоизмѣненіемъ этой теоріи является та теорія ¹⁴⁾, которая, утверждая, что нормы права выражаются въ приказахъ и запретахъ, что право имѣетъ дѣло съ волею, а не съ мышленіемъ или чувствованіемъ,—подставляетъ подъ правовое убѣжденіе или сознаніе общую волю (Willenstheorie). Главное разногласіе обнаруживается въ томъ, почерпаютъ ли правовые обычаи свою силу отъ организованной власти или отъ неорганизованнаго общества.

Однако, народное убѣжденіе въ необходимости извѣстныхъ правилъ поведенія не въ состояніи обосновать ихъ правовой характеръ. Оставляя въ сторонѣ все сказанное о воображаемости такого правосознанія, даже, при допущеніи его,—вопросъ мало выясняется. Народъ можетъ быть убѣжденъ, что такая-то норма должна существовать, напр., ограниченіе мести за смерть родственниковъ. Допустимъ, что всѣ единицы, составляющія народъ, думаютъ или желаютъ ограничить месть, какъ вредную для общегитія. Откуда вытекаетъ, что это сознаніе непремѣнно правовое? Почему не считать его нравственнымъ? Общество хочетъ ограничить месть,—въ этомъ его убѣжденіе или воля. Но откуда еще не слѣдуетъ, что норма поведенія стала правовой. Если же мы скажемъ, что убѣжденіе или воля народа направлены къ тому, чтобы данная норма охранялась не только общественнымъ мнѣніемъ, но и принудительными средствами государства, то прежній вопросъ перейдетъ въ новый,—желаютъ ли тѣ, кто располагаетъ этими средствами, предоставить послѣднія въ защиту данной нормы. „Судья,—говоритъ Кромѣ,—обязанъ примѣнять обычное право не потому, что ему это разрѣшаетъ государство (государственное законодательство), а потому что это норма права, какъ и законъ“ ¹⁵⁾. Но почему судья обязанъ примѣнять сложившіеся въ обществѣ обычаи, и по какому признаку отдѣлнить онъ правовые обычаи отъ прочихъ?

Такъ какъ право строится на принужденіи, а организованными принудительными средствами располагаетъ государственная власть, то обычаи пріобрѣтаютъ правовой характеръ только вслѣд-

¹⁴⁾ Представители ея прежде Пагун, *Entstehung des Rechts*, 1863, а теперь Еппесегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, стр. 80.

¹⁵⁾ Кромѣ, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 39.

ствіе предоставленія имъ защиты со стороны государства. Норма, содержаніе которой выработалось силами самого общества, получаетъ правовое свойство, потому что этому содержанію придается санкція государствомъ. Другими словами, основаніе обязательной силы правовыхъ обычаевъ заключается въ авторитетъ государственной власти. Этотъ авторитетъ не въ томъ только, что государство въ состояніи во всякое время убить норму обычнаго права ¹⁶⁾, а въ томъ, что оно даетъ ей юридическую силу, снабжая ее юридическими средствами защиты, возводитъ обычай на степень правового обычая.

Все же и при этомъ рѣшеніи остается открытымъ вопросъ, какъ выдѣлить изъ всей массы народныхъ обычаевъ правовые обычаи? Законодатель, напр., предоставляетъ суду руководствоваться обычнымъ правомъ при разбирательствѣ дѣлъ въ крестьянской средѣ. Положимъ, судъ встрѣчается съ обычаемъ, обязывающимъ братьевъ снабдить приданымъ сестеръ при выходѣ ихъ замужъ. На основаніи чего судъ признаетъ эту обязанность братьевъ правовою, а не нравственною? Ни многократность выполнения этой обязанности, ни даже сочувствіе членовъ общества не даютъ почвы для различія. Та часть русскаго общества, которая живетъ подъ дѣйствіемъ законовъ, также нерѣдко видитъ, какъ братья, хотя и не обязанные къ тому закономъ, снабжаютъ сестеръ приданымъ и встрѣчаютъ полное нравственное сочувствіе своихъ согражданъ. Но никто не подумаетъ говорить въ настоящемъ случаѣ о правовой обязанности.

Въ дѣйствительности нѣтъ никакой возможности провести разграниченіе между правовыми и прочими обычаями, и въ этомъ моментѣ обнаруживается неполная дифференціация права. Обычай становится правовымъ только вслѣдствіе того, что судъ своимъ рѣшеніемъ обезпечить сложившейся нормѣ юридическую защиту ¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, т. I, 1928, стр. 210, говорить, что изъ возможности для государства убить норму обычнаго права такъ же мало слѣдуетъ ей обязательная сила, какъ нельзя утверждать, что основаніемъ жизни моего сосѣда является то, что я могу его убить. Это вѣрно. Но сравненіе Пухты слабо въ томъ отношеніи, что мой сосѣдъ живетъ и помимо моей воли, тогда какъ обычай не можетъ быть нормой права помимо воли власти.

¹⁷⁾ Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1907, стр. 57; Salmon, *Jurisprudence*, 2 изд., 1907, стр. 157.

Конечно, не судъ творить нормы обычнаго права, но судъ надѣляетъ правовымъ свойствомъ обычай, примѣняя ихъ къ разбѣраемымъ столкновеніямъ. Судъ выбираетъ обычай соотвѣтственно своей компетенціи, и вотъ почему правового свойства никогда не получить сложившіеся обычай отдавать впзѣтъ или уступать дамъ дорогу.

Если установлено, что данный обычай есть норма права, то, казалось бы, не могло бы быть и сомнѣнія, что судъ обязанъ примѣнять ихъ *ex officio*. А между тѣмъ въ XVIII столѣтіи былъ весьма распространенъ взглядъ, по которому обычай ставились на одну доску съ фактами, и на стороны въ процессѣ возлагалась обязанность доказывать наличность обычая, какъ и всякаго другого факта, имѣющаго существенное значеніе для дѣла, хотя бы судья самъ и зналъ норму обычнаго права, напр., изъ прежнихъ дѣлъ. Такое воззрѣніе, конечно, было совершенно неправильно, и Пухта вполне основательно доказалъ его несостоятельность. Если судъ долженъ судить по праву, а правовые обычай составляютъ форму права, то на судъ лежитъ несомнѣнная обязанность, вытекающая изъ возложенной на него задачи, примѣнять нормы обычнаго права, не ожидая указанія заинтересованныхъ сторонъ и не обусловливая примѣненія степенью доказанности обычая. Предполагается, конечно, что судья знаетъ эти правовые обычай, хотя это предположеніе можетъ и не оправдаться. Если судья, обязанный знать обнародованные законы, встрѣтится съ указаніемъ на соотвѣтствующій обычай, ему пока неизвѣстный, онъ *ex officio* обязанъ принять всѣ мѣры къ ознакомленію съ его содержаніемъ, не ставя себя въ зависимость отъ матеріала, доставленнаго заинтересованными сторонами ¹⁸⁾.

Конечно, законодатель можетъ измѣнить этотъ логическій порядокъ и заставить судью примѣнять правовые обычай только тогда, когда на нихъ сошлутся стороны, какъ это сдѣлать, напр.,

¹⁸⁾ Такъ именно постановляетъ германскій уставъ гражданскаго судопроизводства въ § 293: нормы обычнаго права „требуютъ доказыванія лишь настолько, насколько онѣ суду неизвѣстны. При установленіи этихъ нормъ судъ не стѣсняется доказательствами, какіи представляютъ стороны; онъ можетъ пользоваться и любыми средствами ознакомленія“.

русскій законодатель по отношенію къ мировымъ судьямъ ¹⁹⁾. Но, если въ законодательствѣ не содержится указаній на такое отношеніе, суды обязаны, согласно существу возложенной на нихъ государствомъ задачи, примѣнять правовые обычаи, какъ нормы права.

Возможно, что судья не знаетъ содержанія правового обычая. По самому характеру такой нормы она всегда можетъ остаться неизвѣстной для судьи, который, по условіямъ своей личной жизни, находится нерѣдко внѣ соприкосновенія съ правообразующей средой. Когда случайное дѣло откроетъ ему существованіе правового обычая, онъ долженъ найти и выбрать средства ознакомленія съ содержаніемъ нормы. Такими средствами ознакомленія могутъ служить: а) показанія мѣстныхъ жителей, б) удостовѣренія компетентныхъ учрежденій, в) официальные сборники обычаевъ и д) частные сборники и научныя изслѣдованія.

Когда дѣло касается мѣстнаго обычая, то есть полное основаніе предполагать, что лица, живущія въ этой мѣстности, знакомы съ его содержаніемъ. Избранные изъ этой среды не могутъ быть сопоставляемы со свидѣтелями, потому что они удостовѣряютъ не факты, непосредственно ими воспринятые, а нормы права. Обращеніе суда къ мѣстнымъ жителямъ, выдѣляющимся по своему возрасту, положенію, опытности, съ предложеніемъ выяснить обычную норму, относящуюся къ данному случаю, носило во Франціи названіе *enquête par turbe*. Нѣкоторыя учрежденія признаются иногда по преимуществу свѣдущими въ дѣлѣ правовыхъ обычаевъ. Такъ, для торговыхъ обычаевъ такими компетентными органами считаются биржевые комитеты, торговая палата. Напр., въ Россіи на биржевые комитеты возлагается закономъ обязанность собирать обычаи, а слѣдовательно, и удостовѣрять наличность нормъ обычнаго права. Мнѣнія компетентныхъ учрежденій по вопросу о существованіи и содержаніи торговыхъ обычаевъ носили техническое названіе *ragées* (*quod raget*). Нерѣдко прибѣгаютъ къ официальному составленію сборниковъ нормъ обычнаго права. Такъ королевская власть во Франціи въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій собирала и издавала

¹⁹⁾ Уставъ гражданскаго судопроизводства, ст. 130.

coutumes. Въ 1866 году были собраны парижскіе обычаи по торговой покупкѣ. Въ 1857 г. въ Рио-Жанейро правительствомъ были собраны мѣстные торговые обычаи.

Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто смотритъ на правовые обычаи, какъ на факты, не подлежитъ сомнѣнію, что нарушеніе прямого смысла ихъ или неправильное ихъ толкованіе не могутъ послужить поводомъ къ кассациі рѣшенія. Напротивъ, вопросъ представляется сомнительнымъ для тѣхъ, кто, вполне основательно, смотритъ на правовые обычаи, какъ на нормы права. Если задачу кассационной инстанціи понимать въ смыслѣ поддержанія единообразія въ примѣненіи права, то правовые обычаи, какъ признанная форма права, въ случаѣ нарушенія ихъ смысла или неправильнаго толкованія, могутъ дать поводъ къ кассациі рѣшенія. Если же признавать, что кассационная инстанція имѣетъ своею задачею поддержаніе единообразности въ примѣненіи законовъ, какъ одной изъ формъ права, то отвѣтъ, конечно, получится отрицательный. Изъ существа кассациі слѣдуетъ признать болѣе правильнымъ первое рѣшеніе вопроса, если только законодатель не выразилъ явно свою волю въ противоположномъ направленіи ²⁰⁾.

Преполненное вѣры въ разумъ, способный пересоздать общественную жизнь на рационалистическихъ началахъ, XVIII столѣтіе съ презрѣніемъ относилось къ обычному праву, основанному на историческихъ предразсудкахъ. Это теченіе мысли сказалось на законодательныхъ работахъ второй половины XVIII и первыхъ лѣтъ XIX вѣка. Отрицательно отнеслись къ обычному праву Пруссій Ландрехтъ 1794 года, который отмѣняетъ всѣ общіе правовые обычаи по вопросамъ, нормированнымъ въ законѣ ²¹⁾, Ав-

²⁰⁾ Вопросъ о возможности кассациі рѣшенія на указанномъ основаніи является спорнымъ во французской литературѣ. Изъ новѣйшихъ писателей въ положительномъ смыслѣ высказываются: Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4 изд., 1906, т. I, стр. 7, прим. 1; Boudant, *Cours de droit civil français*, введеніе, 1896, стр. 63; Гѣпу, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1899, стр. 562. Другіе, напротивъ, относятся отрицательно къ возможности кассациі: Garsouret, *Traité de procédure civil*, т. V, 1894, стр. 572; Пас, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, т. I, 1892, стр. 60; Шѣнон, *Origine, conditions et effets de la cassation*, 1882, стр. 157.

²¹⁾ Patent wegen Publication des neuen allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten 5 февраля 1794, § 1.

стрийское Уложение 1811 года, которое допустило примѣненіе обычаявъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ на нихъ ссылается²²⁾. Во Франціи закономъ 21 марта 1805 года по предметамъ, опредѣленнымъ въ гражданскомъ кодексѣ, прежніе правовые обычаи лишены силы. Никакихъ указаній на обычное право въ самомъ Code civil нѣтъ. Это молчаніе толкуется французскими юристами различно. Нѣкоторые готовы признавать допустимость правовыхъ обычаевъ наравнѣ съ законами²³⁾, большинство же игнорируетъ эту форму права²⁴⁾. Иначе обстоитъ дѣло съ торговымъ кодексомъ. Закономъ 15 сентября 1807 года постановлено, что съ изданіемъ Code de commerce теряютъ силу прежніе законы по торговымъ вопросамъ, но не торговые обычаи, и французскіе юристы въ этой области обычное право признаютъ охотно. При составленіи германскаго торговаго уложенія 1861 года было признано то особенное значеніе, какое имѣютъ правовые обычаи въ этой области. Законодатель далъ мѣсто обычному праву, но и опредѣлилъ ему мѣсто: послѣ торговаго закона. При составленіи проекта германскаго гражданскаго уложенія рѣшено было допустить примѣненіе правовыхъ обычаевъ лишь настолько, насколько самъ законъ ссылается на нихъ (§ 2). Это положеніе вызвало бурю протеста, расшевелило лучшія преданія исторической школы. Въ концѣ-концовъ гражданское уложеніе Германіи 1896 года обошло этотъ щекотливый вопросъ полнымъ молчаніемъ. Однако, это молчаніе и вызвавшія его пренія приводятъ къ различному взгляду на значеніе обычнаго права. Можно думать, что законодатель совсѣмъ отстранилъ обычное право, но можно понимать, что законодатель созналъ свое безсиліе передъ обычнымъ правомъ, и отказался опредѣлять ему мѣсто, предоставляя все самой жизни. Слѣдуя тому же направленію, и торговое уложеніе 1897 года исключило у себя статью, опредѣлявшую отношеніе между двумя формами права. Едва ли обычному праву выдержать передъ лицомъ современнаго суда

²²⁾ Общее гражданское уложеніе Австрійской имперіи, § 10.

²³⁾ Vedant, *Cours de droit civil français*, введеніе, 1896, стр. 61—62.

²⁴⁾ „Что касается меня, говорить Плянголь, то я не вѣрю, чтобы можно было установить нормы обычнаго права, имѣющія обязательную силу—явѣ судебной практики“ (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, т. I, стр. 4).

борьбу съ закономъ. Гражданское уложеніе Швейцаріи 1907 года не послѣдовало примѣру Германіи и въ § 1 разрѣшило взаимоотношеніе между закономъ и правовымъ обычаемъ, отведя послѣднему второе мѣсто, — на случай молчанія закона.

Въ Россіи область дѣйствія обычнаго права чрезвычайно велика по сравненію со сферою, отведенною ему на Западѣ. Въ уголовномъ правѣ принято положеніе *nullum crimen sine lege*, которымъ обычное право совершенно устраняется. Однако, въ Россіи дѣйствіе обычно-уголовнаго права сохранилось въ отношеніи многочисленныхъ инородцевъ, какъ самоѣды, киргизы и др. Для русскаго населенія до закона 12 іюня 1889 года уголовные обычаи допускались въ волостныхъ судахъ. Съ преобразованиемъ же волостныхъ судовъ тамъ, гдѣ введены земскіе начальники, эти суды въ дѣлахъ уголовныхъ обязаны руководствоваться общими уголовными законами²⁵⁾.

За то сфера примѣненія правовыхъ обычаевъ къ гражданскимъ отношеніямъ весьма обширна. Крестьянская масса и до сихъ поръ, несмотря на разрушеніе обособлявшихъ ее общинныхъ началъ, продолжаетъ оставаться подъ дѣйствіемъ обычнаго права въ дѣлахъ, подлежащихъ вѣдомству волостныхъ судовъ,—по всѣмъ предметамъ²⁶⁾, а въ дѣлахъ, подвѣдомственныхъ другимъ судамъ,—въ порядкѣ наследованія²⁷⁾. Правовые обычаи по торговымъ дѣламъ имѣютъ примѣненіе во всѣхъ судахъ²⁸⁾. Наконецъ, въ дѣлахъ, подлежащихъ вѣдомству мировыхъ судей, городскихъ судей и земскихъ начальниковъ, дозволяется руководствоваться правовыми обычаями, впрочемъ, не иначе, какъ по ссылкѣ сторонъ, и въ случаяхъ, а) положительно законами не разрѣшаемыхъ, и б) когда примѣненіе обычаевъ дозволяется именно закономъ²⁹⁾. Изъ этого обзора видно, что примѣненіе правовыхъ обычаевъ допускается по двумъ началамъ: матеріальному и формальному, смотря по тому, какое дѣло разсматривается и какимъ судомъ разсматривается.

²⁵⁾ Св. Зак., т. IX, Общее Положеніе, ст. 143 и 145.

²⁶⁾ Св. Зак., т. IX, Общее Положеніе, ст. 135.

²⁷⁾ Св. Зак., т. IX, Общее Положеніе, ст. 13.

²⁸⁾ Св. Зак., т. XI, ч. 2, Уставъ Торговый, ст. 1.

²⁹⁾ Св. Зак., т. XVI, Уставъ Гражданскаго Судопроизводства, ст. 130.

§ 45.

Административный указъ.

Литература: Moreau, *Le règlement administratif*, 1892; Cahen, *La loi et le règlement*, 1903; Haugiou, *Précis de droit administratif*, 7-е изд. 1911, стр. 35—63; Arndt, *Verordnungsrecht*, 1884; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 1901, т. II, стр. 78—103; Коркуновъ, *Указъ и законъ*, 1892; баронъ Нольде, *Очерки русскаго конституціоннаго права*, в. I, 1907; Елистратовъ, *Учебникъ русскаго административнаго права*, в. I, 1910; Лазаревскій, *Лекціи по русскому государственному праву*, т. I, изд. 2-е, стр. 30—40, 171—185, 413—416; Магазинеръ, *Чрезвычайно-указное право*, 1911; Градовскій, *Законъ и административное распоряженіе* (Сборн. Госуд. Званій, 1874, т. I); Коркуновъ, *Указъ и законъ*, 1894; Палиенко, *Законъ и административное распоряженіе* (Кіевск. Унив. Изд. 1898, кн. 12).

Подъ именемъ административнаго указа¹⁾ слѣдуетъ почитать форму права, которая устанавливается органами управленія, высшаго или подчиненнаго, въ предѣлахъ очерченной имъ компетенціи и въ соответствіи съ законами. Административный указъ, создавая общее правило, долженъ быть по этому признаку отличаемъ отъ административныхъ мѣръ, принимаемыхъ органами управленія въ конкретныхъ случаяхъ во исполненіе законовъ. Въ ученіи о формахъ права рѣчь можетъ быть только объ административныхъ вѣдѣніяхъ, создающихъ нормы права.

Необходимость нормъ права, создаваемыхъ въ административномъ порядкѣ, находитъ себѣ оправданіе въ чрезмѣрной сложности законодательнаго органа, которая не позволяетъ обременять его вопросами, не имѣющими принципиальнаго значенія; администраціи слѣдуетъ предоставить возможность устанавливать правила, рассчитанныя на настоятельныя требованія текущаго момента, пока нѣтъ соответствующаго закона. Только въ административномъ порядкѣ возможно общему закону придать ту приспособляемость къ мѣсту его дѣйствія, какая дается развитіемъ основной идеи въ соответствіи съ разнообразіемъ мѣстныхъ условій.

Административный указъ, какъ норма права, вызываетъ вопросъ объ отношеніи къ закону, представляющему также норму

¹⁾ Decret, Verordnung, Order.

права. Различіе между закономъ и административнымъ указомъ проводятъ или по матеріальному моменту, или по формальному.

Съ точки зрѣнія матеріальной указывалось на то, что только законодательная власть устанавливаетъ нормы права, тогда какъ задача администраціи состоитъ въ примѣненіи этихъ нормъ къ текущей жизни. Напримѣръ, законъ опредѣляетъ тотъ или иной налогъ, а взиманіе налоговъ есть актъ управленія; законъ опредѣляетъ различныя наказанія за тѣ или другія дѣянія, а наложеніе наказанія въ каждомъ конкретномъ случаѣ противозаконнаго дѣянія составляетъ актъ управленія. Однако этотъ взглядъ не можетъ быть признанъ вѣрнымъ, потому что иногда административная дѣятельность не исчерпывается примѣненіемъ законовъ къ конкретнымъ случаямъ, а выражается такъ же, какъ и законодательная, въ установленіи нормъ. Признавъ, что указы являются также нормами права, остается попробовать отличить ихъ отъ законовъ по содержанію. Можно усмотрѣть различіе въ томъ, что законъ создаетъ правила болѣе важныя, сильнѣе затрагивающія интересы гражданъ, тогда какъ административные указы касаются вопросовъ второстепенныхъ, не столько принципиальныхъ, сколько техническихъ. На самомъ дѣлѣ нѣтъ никакой возможности провести границу по этому признаку, за отсутствіемъ критерія большей и меньшей важности правилъ поведенія. Можно, наконецъ, придти къ тому заключенію, что административный указъ, создающій нормы права, есть не что иное, какъ видъ закона, если понимать подъ закономъ всякое общее правило, установленное властью (законъ въ матеріальномъ смыслѣ), а потому законъ слѣдуетъ противопоставлять не административному указу, а административной мѣрѣ. Таковъ взглядъ германскихъ юристовъ, особенно Лябанда и Елліпнека ²⁾, къ которымъ присоединился одинокій голосъ французскаго государственника Дюги ³⁾.

Съ точки зрѣнія формальной отличіе административнаго указа отъ закона обнаруживается въ томъ, что законъ—это норма, исходящая отъ законодательной власти, каковая нынѣ почти вездѣ

²⁾ Laband, *Des Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. II, 1901, стр. 78; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, стр. 84, 122.

³⁾ Дюги, *Конституціонное право*, 1908, стр. 247.

организована на началах народного представительства, тогда как административный указъ — это норма, исходящая отъ исполнительной власти, т. е. отъ главы государства съ подчиненными ему органами управления безъ соучастія народного представительства⁴⁾. Конечно, провести это формальное различіе возможно только въ республикѣ и въ конституціонной монархіи, но не въ автократіи, потому что при абсолютизмѣ законодательная и исполнительная власть не различаются по органамъ власти.

Однако, принявъ формальный признакъ различія, мы все же имѣемъ передъ собою нерѣшенный вопросъ, — какіе предметы должны быть нормируемы законами и какіе — административными указами? Такъ какъ по существу между нормами того и другого вида различія нѣтъ, и все дѣло въ томъ, отъ кого исходить норма, то остается и здѣсь признать формальный моментъ: 1) все, что нормировано закономъ, не можетъ быть нормировано административнымъ указомъ вопреки закону; 2) закономъ могутъ быть нормированы какія угодно отношенія.

Для признаціи за административными указами обязательной силы необходимо, чтобы они удовлетворяли нѣкоторымъ условіямъ.

Во-первыхъ, административный указъ долженъ быть изданъ компетентною властью. Съ субъективной стороны необходимо, чтобы указъ исходилъ отъ органа управления, на то уполномоченнаго. Губернаторъ не можетъ давать указовъ тамъ, гдѣ къ тому призванъ совѣтъ министровъ, или гдѣ нормы должны быть устанавливаемы органами городского или земскаго управления. Съ объективной стороны необходимо, чтобы указъ не выходилъ за предѣлы круга вѣдомства, очерченнаго для даннаго органа управления. Напримѣръ, градоначальникъ не можетъ устанавливать за нарушение изданныхъ имъ обязательныхъ постановленийъ мѣръ наказанія, не предоставленныхъ ему закономъ.

Во-вторыхъ, административный указъ долженъ быть въ соотвѣтствіи съ дѣйствующимъ законодательствомъ. Принципъ, въ

⁴⁾ Формальный моментъ признается во французской литературѣ: Наугион, *Précis de droit administratif*, 7 изд., 1911, стр. 43 и 49; въ русской литературѣ: Лазаревскій, *Лекціи по русскому государственному праву*, т. I, 1910, стр. 413—414; Елистратовъ, *Учебникъ русскаго административнаго права*, в. I, 1910, стр. 10.

силу котораго административный указъ не долженъ противорѣчить закону, называется началомъ подзаконности. Оно провозглашенъ въ нашихъ Основныхъ Законахъ: „Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, паданныхъ въ установленномъ порядкѣ“ ⁵⁾. Для верховнаго управленія начало подзаконности выражено въ положеніи, что Государь Императоръ издаетъ указы „въ соотвѣтствіи съ законами“ ⁶⁾. Для подчиненнаго управленія то-же начало устанавливается провозглашеніемъ, что „обязательныя постановленія, инструкціи и распоряженія, издаваемые совѣтомъ министровъ, министрами и главноуправляющими, а также другими, на то закономъ уполномоченными, установленіями, не должны противорѣчить законамъ“ ⁷⁾. Гарантію начала подзаконности управленія служатъ: 1) отмена незаконнаго указа со стороны сената по жалобѣ заинтересованныхъ лицъ или по собственному усмотрѣнію и 2) непримѣненіе незаконнаго указа со стороны суда при разбирательствѣ конкретнаго случая, такъ какъ судъ, разрѣшая дѣло на основаніи нормы, содержащейся въ административномъ указѣ, обязанъ удостовѣриться въ наличности указа и въ законности его.

Въ-третьихъ, административный указъ долженъ стать общеизвѣстнымъ. Если нѣкоторые указы, обращенные исключительно къ подчиненнымъ органамъ управленія, могутъ быть сохраняемы въ тайнѣ, то указы, обращаемыя къ населенію, обязанному согласовать свое поведеніе съ содержаніемъ указовъ, должны быть заранѣе доведены до общаго свѣдѣнія путемъ публикаціи.

Виды административныхъ указовъ различаются, смотря по органамъ, отъ которыхъ исходятъ. Въ порядкѣ верховнаго управленія, по началу подзаконности, издаетъ указы Государь Императоръ, для устройства и приведенія въ дѣйствіе различныхъ частей государственнаго управленія, а равно повелѣнія, необходимыя для исполненія законовъ. Эти акты верховнаго управленія не слѣдуетъ смѣшивать съ тѣми актами правительственной дѣятельности, которые предоставлены непосредственно монарху, какъ: руководство всѣхъ внѣшнихъ сношеній съ иностран-

⁵⁾ Основные Законы, ст. 84.

⁶⁾ Основные Законы, ст. 11.

⁷⁾ Основные Законы, ст. 122.

ными державами, заключеніе договоровъ съ другими государствами ⁸⁾. Въ порядкѣ подчиненнаго управленія административные указы могутъ исходить прежде всего отъ министровъ, въ предѣлахъ вѣдомства каждаго. Такая административная нормировка имѣетъ большое примѣненіе въ почтовомъ и телеграфномъ дѣлѣ, въ желѣзнодорожномъ передвиженіи, въ землеустройствѣ крестьянъ, въ фабричномъ дѣлѣ. Административные указы, исходящіе отъ губернаторовъ и градоначальниковъ, получаютъ названіе обязательныхъ постановленій и достигаютъ крупнаго значенія при дѣйствіи чрезвычайной или усиленной охраны. Эти послѣднія обязательныя постановленія, для своей дѣйствительности, должны соответствовать цѣли—„предупрежденія нарушенія общественнаго порядка и государственной безопасности“ ⁹⁾. Наконецъ, къ органамъ управленія должны быть отнесены городскія думы и земскія собранія, которымъ предоставляется издавать обязательныя постановленія по предметамъ, указаннымъ въ законѣ ¹⁰⁾.

Юридическая сила административнаго указа основывается на делегациі государственной власти. Они имѣютъ значеніе нормъ

⁸⁾ Основные Законы, ст. 12 и 13.

⁹⁾ Св. Зак., т. XIV, Уставъ о пред. и прес. преступленій, ст. 1, прим. 2, прил. I, ст. 15.

¹⁰⁾ Св. Зак., т. II, Городовое Положеніе, ст. 108, Положеніе о земскихъ учрежденіяхъ, ст. 108. Обязательныя постановленія земствъ и городовъ нѣкоторыми причисляются къ автономіи (Хвостовъ, *Общая теорія права*, 1908, стр. 102; кн. Е. Трубецкoй, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 137). Подъ именемъ автономіи понимается право общественныхъ союзовъ самимъ (ауто) устанавливать нормы внутрѣнныхъ отношеній. Эти нормы могутъ быть изданы соответствующими органами (статуты, by-law) или могутъ сложиться сами собой (заведенный порядокъ, обсерванція). Слѣдуетъ признать, что понятіе объ автономіи совершенно не согласуется съ современнымъ представленіемъ о самоуправленіи. Въ настоящее время, съ оставленіемъ общественной теоріи, которая считала органы самоуправления органами мѣстнаго общества, подъ самоуправленіемъ понимается система административныхъ органовъ или система децентрализованнаго государственнаго управленія (Лазаревскій, *Лекціи по русскому государственному праву*, т. II, 1910, стр. 39 и 51, Коркуновъ, *Русское Государственное право*, т. II, 6 изд., 1910, стр. 488, 499). Автономія въ настоящемъ значеніи своего слова согласуется съ общественными соединеніями частнаго характера, какъ клубы, акціонерныя общества, кружки. Установленныя или сложившіяся въ нихъ правила поведения, основанныя на договорномъ началѣ, имѣютъ значеніе не нормъ объективнаго права, а юридическихъ отношеній, поддерживаемыхъ объективнымъ правомъ.

права потому, что органы власти присоединяютъ свое повелѣніе къ содержанию, выработанному органами управления. Государство обезпечиваетъ своею санкціею формы, изданныя въ законодательнаго порядка, органами управления, въ предѣлахъ предоставленнаго имъ полномочія.

Административный указъ теряетъ свою силу: 1) съ изданіемъ новаго указа, отмѣняющаго или замѣняющаго прежній, 2) съ изданіемъ закона, противорѣчащаго по содержанию изданному до него указу, 3) съ отмѣною указа въ порядкѣ административной юстиціи.

Изъ административныхъ указовъ рѣзко выдѣляется, какъ по условіямъ своего изданія, такъ и по своей силѣ, такъ называемый чрезвычайный указъ¹¹⁾. Подъ этимъ именемъ понимается норма или мѣра, исходящая отъ исполнительной власти, безъ участія народнаго представительства, при наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ, оправдывающихъ изданіе постановленія, которое можетъ быть издано только въ законодательномъ порядкѣ. Условія, опредѣляющія возможность изданія чрезвычайныхъ указовъ, заключаются въ томъ, 1) что моментъ его изданія приходится въ промежутокъ между сессіями законодательнаго собранія, и 2) что необходимость его вызывается настоятельною государственною потребностью, обнаружившеюся послѣ прекращенія занятій и не терпящею отлагательства.

Такой чрезвычайный указъ дѣйствуетъ временно, какъ законъ. По своей юридической природѣ чрезвычайный указъ отличается какъ отъ обыкновеннаго административнаго указа, такъ и отъ закона. Отъ административнаго указа чрезвычайный указъ отличается тѣмъ, что онъ способенъ нарушать начало подзаконности. Его содержаніе можетъ быть несогласно съ законами, прямо противорѣчить имъ. Отъ закона чрезвычайный указъ отличается: 1) тѣмъ, что онъ издается въ порядкѣ верховнаго управления, а не въ законодательномъ порядкѣ; 2) что онъ не отмѣняетъ прежнихъ законовъ, а лишь временно приостанавливаетъ ихъ дѣйствіе, такъ что съ прекращеніемъ его силы прежніе законы сами собою возстановляются въ своемъ дѣйствіи. Это послѣд-

¹¹⁾ Въ германской литературѣ онъ извѣстенъ подъ именемъ *Nothverordnung*.

нее обстоятельство не даетъ возможности признать чрезвычайный указъ временнымъ закономъ, потому что послѣдній отмѣняетъ всѣ дѣйствовавшіе до него законы, насколько имѣется совпаденіе содержания. Чрезвычайный указъ слѣдуетъ понимать какъ административный указъ, имѣющій временно силу закона.

Чрезвычайный указъ не составляетъ политической необходимости. Это видно изъ того, что Франціи, Англіи, Германіи, Италіи, Бельгіи, Швейцаріи чрезвычайный указъ совершенно чуждъ. Онъ признанъ въ Австріи, въ Пруссіи¹²⁾, хотя фактически имѣеть и здѣсь самое незначительное примѣненіе.

Чрезвычайный указъ установленъ и въ Россіи по Основнымъ Законамъ 23 апрѣля 1906 года (ст. 87). Изданіе чрезвычайнаго указа обусловливается: а) прекращеніемъ занятій въ Государственной Думѣ, б) наличностью чрезвычайныхъ обстоятельствъ. Такой указъ хотя и способенъ касаться всего, что требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательства, но не можетъ, однако, внести измѣненій ни въ Основные государственные законы, ни въ учрежденія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или Думу. Издается такой указъ отъ имени Государя по представленію Совѣта Министровъ и обнародывается, какъ законъ. Дѣйствіе чрезвычайнаго указа временное. Онъ теряетъ свою силу самъ собою, безъ какихъ-либо опредѣленій, при двухъ условіяхъ: 1) если въ теченіе двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы подлежащимъ министромъ не будетъ внесенъ въ Думу соответствующій принятой мѣрѣ законопроектъ; 2) если внесенный своевременно законопроектъ будетъ отвергнутъ Думою или Совѣтомъ.

Главная опасность, кроющаяся въ чрезвычайныхъ указахъ, издаваемыхъ по ст. 87, заключается въ отсутствіи какой-либо гарантіи въ томъ, что мѣра эта будетъ принята въ состояніи крайней необходимости. Гдѣ нѣтъ министерской отвѣтственности передъ законодательнымъ собраніемъ, тамъ условіе наличности чрезвычайныхъ обстоятельствъ—только звукъ пустой.

¹²⁾ Для Австріи законъ 21 декабря 1867, § 14, для Пруссіи конституція 31 января 1850, § 63.

§ 46.

Судебная практика.

Литература: Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899; Salmond, *Jurisprudence*, 2-е изд. 1907, стр. 166—179; Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. 1, 1895, стр. 177—181; Дернбургъ, *Handb. d. R. G. I.* 1906, стр. 73—76; Kohler, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz* (Jahr. f. Dogm. т. 25); Муромцевъ, *Творческая сила юриспруденціи* (Юр. В. 1887, № 9); Думашевскій, *О силѣ кассационныхъ рѣшеній сената* (Ж. М. Ю. 1868, № 7); Фонъ-Резонъ, *О силѣ кассационныхъ рѣшеній* (Суд. Ж. 1873, № 7—8); Демченко, *Судебный прецедентъ*, 1903.

Къ формамъ права относятся и судебную практику, но далеко не съ тѣмъ единодушіемъ, какъ законъ и обычай.

Судебное рѣшеніе, состоявшееся по частному дѣлу, можетъ имѣть двоякое значеніе: оно разрѣшаетъ тотъ конкретный случай, который вызвалъ судебную дѣятельность, и оно можетъ стать правиломъ разрѣшенія подобныхъ случаевъ на будущее время. Въ первомъ значеніи судебное рѣшеніе является только заключеніемъ изъ силлогизма, въ которомъ большая посылка была уже дана въ видѣ закона или обычая. Во второмъ значеніи судебное рѣшеніе само становится нормой права, способной послужить большой посылкой, съ которой будутъ сопоставляться конкретные случаи. На состоявшееся судебное рѣшеніе будутъ ссылаться, какъ на правило, выведенное отъ того, что прежде было (прецедентъ), къ тому, что должно быть.

Судебное рѣшеніе, въ качествѣ прецедента, можетъ проявиться 1) или въ разъясненіи смысла уже данной нормы, то, что англичане называютъ *declaratory precedent*, или 2) въ созданіи новой нормы при молчаніи закона или обычая, то, что англичане называютъ *original precedent*. Второй случай не возбуждаетъ сомнѣнія, что рѣчь идетъ о новой нормѣ, но и въ первомъ случаѣ судъ даетъ направленіе пониманію смысла закона, которое само по себѣ является нормой.

Почему же судебное рѣшеніе, въ качествѣ прецедента, можетъ оказаться нормой? Въ жизни, за предѣлами права, прецедентъ играетъ большую роль. Люди охотно ссылаются на то, какъ было

раньше, хотя бы это случилось одинъ разъ. Прецедентъ имѣеть въ этомъ смыслѣ не малое примѣненіе за предѣлами дѣятельности суда. Въ области государственнаго и административнаго права приходится постоянно встрѣчаться съ указаніемъ, какъ быть разрѣшенъ случай, тождественный и сходный съ возникшимъ на этотъ разъ. Правила международнаго права складываются главнымъ образомъ на почвѣ прецедента.

Если, однако, за судебнымъ рѣшеніемъ признается значеніе обязательной нормы, то на это имѣются еще иныя основанія. Конечно, судъ можетъ, по своей организаціи и по своему составу, пользоваться такимъ уваженіемъ въ глазахъ населенія, что высказанный имъ взглядъ по одному дѣлу создаетъ мнѣніе, что такъ нужно поступать и въ дальнѣйшемъ. Но судебное рѣшеніе способно создать убѣжденіе, какъ должно поступать, и независимо отъ уваженія къ суду. Это показываетъ, что авторитетъ судебного рѣшенія имѣеть не только нравственное основаніе, хотя и можетъ имѣть таковое. Его авторитетъ основанъ на томъ, что судъ есть органъ управленія, что его взгляды поддерживаются государственною властью, и что къ его точкѣ зрѣнія необходимо приспособляться, если не ждешь навлечь на себя невыгодныя послѣдствія нормъ права. Создается увѣренность, что судъ, высказавъ свой взглядъ по данному дѣлу на то, какъ надо понимать такую-то норму, или какъ надо рѣшать при отсутствіи соответствующей нормы,—не отступитъ отъ своей точки зрѣнія безъ достаточныхъ мотивовъ. Тотъ, кто стремится отстоять свое право или защитить себя отъ угрожающей ему кары, считается не столько съ тѣмъ, что дѣйствительно велитъ законъ, а какъ его понимаетъ или поополняетъ данный судъ. Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, какое огромное вліяніе оказываетъ судъ на аргументацію лицъ, выступающихъ передъ нимъ. Судъ можетъ повысить научный цензъ адвокатовъ, вызвать логическую строгость ихъ доводовъ или низвести до приспособленія къ личнымъ взглядамъ судей, ихъ политическимъ убѣжденіямъ, логику замѣнить психологіей, доказательство—слезой. Неудивительно, что многое, высказанное судомъ въ рѣшеніи, послужитъ указаніемъ на будущее время и заставитъ приспособляться къ вѣроятному рѣшенію. Это предположеніе, что судъ останется

вѣрнымъ высказанному пмъ въ рѣшеніи взгляду, составляетъ консервативный моментъ въ правосудіи, а вмѣстѣ съ тѣмъ вносить устойчивость въ правовой порядокъ.

Но изъ сказаннаго еще не слѣдуетъ, что всегда и вездѣ судебное рѣшеніе необходимо разсматривать, какъ форму права. Прецедентомъ можно пользоваться при опредѣленіи легальности своего поведенія, къ прецеденту можно принособиться по вѣроятности тождества сужденій, но нѣтъ никакой обязательности. Судебное рѣшеніе, постановленное судомъ по данному дѣлу, юридически не связываетъ ни судъ, ни гражданъ. Несмотря на состоявшееся рѣшеніе, судъ можетъ, не нарушая своего служебнаго долга и слѣдовательно не подвергаясь дѣйствию карательной нормы, дать по другому дѣлу рѣшеніе, уклоняющееся отъ перваго или даже ему противорѣчащее. Граждане могутъ настаивать передъ судомъ на иномъ толкованіи закона, чѣмъ то, какое дано было судомъ, и судъ не можетъ мотивировать свое новое неблагоприятное для протестанта рѣшеніе ссылкой на авторитетъ своего прежняго рѣшенія. Если отъ прецедента можно отстунить, то нѣтъ той обязательности, какая свойственна нормѣ права. Для суда прецедентъ то же, что для законодателя законъ,—онъ измѣняетъ его, когда захочетъ.

Если авторитетъ прецедента основывается на томъ, какъ было раньше, то судебная практика сблжается съ обычнымъ правомъ. Такъ, напр., кн. Е. Трубецкой полагаетъ, что „въ сущности обычай сводится къ прецеденту: онъ есть не что иное, какъ множественный прецедентъ“, „иначе говоря, обычай есть многократно повторявшійся прецедентъ“¹⁾. Правда, обычай складывается изъ повторенія отдѣльных актовъ поведенія. Но авторитетъ прецедента основывается на томъ, что такъ было, хотя бы и одинъ разъ, тогда какъ авторитетъ обычая основывается на томъ, что такъ бываетъ обыкновенно или постоянно. И даже, если согласиться съ Дербургомъ, что „единичныя судебныя рѣшенія, даже высшихъ инстанцій, не составляютъ еще судебной практики“, что „судебная практика есть всеобщее, однообразное и долговременное примѣненіе какого-либо положенія права судами извѣстной

¹⁾ Кн. Е. Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 98—99.

судебной территоріи²⁾, то и при такомъ положеніи судебной практики, между нею и правовыми обычаями обнаруживается существенное различіе. Правовой обычай есть правило, сложившееся въ общественной средѣ и лишь констатированное судомъ. Судебная практика есть правило, созданное судомъ при постановленіи имъ рѣшеній по отдѣльнымъ случаямъ. Можно, конечно, смотрѣть на юристовъ, теоретиковъ и практиковъ, какъ на представителей общества и уподобить ихъ общественной средѣ, творящей обычай. Но это не болѣе какъ фикція, не служащая никакой практической цѣли и внушающая ложное теоретическое представление³⁾. По своему образованію, по своей специальной подготовкѣ, по своимъ профессиональнымъ привычкамъ, юристы способны выдѣляться изъ общественной среды и въ примѣненіи права нерѣдко расходиться съ обществомъ.

Страна, гдѣ судебная практика является въ настоящее время формою права, — это Англія. То, что обыкновенно называется англійскимъ обычнымъ правомъ, есть по преимуществу право прецедентовъ (Case-law), воплощенное въ сборникахъ судебных рѣшеній (reports). Въ Англіи ссылка на судебный прецедентъ, записанный въ сборникѣ, имѣетъ такое же юридическое значеніе, какъ и ссылка на парламентскій актъ⁴⁾. Сила судебной практики, какъ формы права, выражается въ слѣдующихъ положеніяхъ⁵⁾. Всякій судъ безусловно связанъ рѣшеніями всѣхъ высшихъ судовъ; судъ первой инстанціи не можетъ оспаривать рѣшеніе апелляціоннаго суда, а апелляціонный судъ не можетъ отказаться слѣдовать рѣшеніямъ палаты лордовъ. Палата лордовъ безусловно связана своими собственными рѣшеніями; рѣшеніе этой инстанціи, разъ состоявшееся, по какому-либо вопросу права, имѣетъ обязательное значеніе и на будущее время. Апелляціонный судъ безусловно связанъ своими собственными рѣшеніями. Исключеніе изъ принципа обязательности судебныхъ прецедентовъ допускается только въ одномъ случаѣ, — когда

²⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, русск. пер., 1906, стр. 74.

³⁾ Это блестяще доказалъ въ свое время Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, въ своей полемикѣ противъ Пухты.

⁴⁾ Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд., 1908, стр. 65.

⁵⁾ Salmon, *Jurisprudence*, 2 изд., 1907, стр. 165—166.

судъ приходитъ къ заключенію, хорошо мотивированному, что данный прецедентъ—дурной (a wrong decision).

Ничего подобнаго не встрѣтимъ нигдѣ на континентѣ Европы. При всемъ практическомъ направленіи правовѣдѣнія во Франціи, французскіе юристы не признаютъ за судебною практикою (jurisprudence) значенія формы права. „Каковъ бы ни была авторитетъ, связанный съ нею, какъ бы ни была она устойчива въ своемъ взглядѣ на тотъ или другой вопросъ права, она никогда не создаетъ правила, юридически обязательнаго для гражданъ и судовъ. Если общій интересъ требуетъ, чтобы судья не отступалъ безъ достаточныхъ мотивовъ отъ рѣшеній, освященныхъ практикою, то все же его долъ не останавливаться передъ прецедентами, ошибочность или вредность которыхъ будетъ обнаружена наукою или опытомъ“⁶⁾. Судъ во Франціи не связанъ юридически ни собственными рѣшеніями, ни рѣшеніями высшей инстанціи, въ томъ числѣ и разъясненіями кассационнаго суда. Имѣется только одно исключеніе, установленное закономъ 1 апрѣля 1837 г. Если, послѣ кассации, состоялось повторное рѣшеніе, соответствующее кассированному, то кассационный судъ, въ общемъ собраніи департаментовъ, можетъ подтвердить свое толкованіе, которое является обязательнымъ для суда, разсматривающаго вновь это дѣло послѣ кассации. За этими предѣлами кассационныя разъясненія не имѣютъ обязательной силы. Въ пользу этого взгляда французскіе юристы приводятъ главнымъ образомъ два соображенія: а) нигдѣ законъ не придаетъ судебной практикѣ значенія формы права; б) такое значеніе судебной практики не соответствовало бы духу конституціи французской республики⁷⁾.

Въ Германіи въ концѣ XVIII и началѣ XIX столѣтіи мы встрѣчаемъ въ связи съ вѣрою въ законъ полное пренебреженіе къ судебной практикѣ (Gerichtsgebrauch). Прусскій Ландрехтъ 1794 года и Австрійское гражданское уложеніе 1811 года запрещали пользоваться судебными прецедентами, какъ нормою права⁸⁾.

⁶⁾ Aubry и Rau, *Cours de droit civil français*, 5 изд., т. I, 1897, стр. 192.

⁷⁾ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 423.

⁸⁾ Allgemeines Landrecht, введеніе, § 6: Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Ansicht genommen werden; Австрійское уложеніе, § 12: послѣдовавшія по отдѣльнымъ случаямъ

Историческая школа, въ лицѣ Пухты и Савиньи, напротивъ, сильно выдвинула судебную практику, какъ форму права по связи ея съ обычнымъ правомъ. Романисты, принимая въ соображеніе фактъ огромной важности, рецепцію римскаго права путемъ судебной практики, не считаютъ возможнымъ игнорировать право юристовъ, но и не рѣшаются прямо поставить его въ рядъ съ закономъ и обычаемъ. Такъ, наприм., Регельсбергеръ утверждаетъ, что „судебная практика есть форма права, но она создаетъ нормы права меньшаго значенія“⁹⁾. Дернбургъ признаетъ судебную практику „своеобразнымъ источникомъ права“, считаетъ, что „судебная практика имѣетъ силу закона“, однако въ то же время, по его мнѣнію, „единичныя судебныя рѣшенія, даже высшихъ инстанцій, не составляютъ еще судебной практики“¹⁰⁾. Новѣйшіе юристы, воспитанные на гражданскомъ уложеніи, отвергаютъ рѣшительно какое-либо юридическое значеніе судебной практики, не отрицая ея моральной силы. „Судья не связанъ и не освобожденъ отъ личнаго изслѣдованія и разрѣшенія вопроса права ни прецедентами, ни твердо установившеюся практикою“¹¹⁾. Обязательность судебного рѣшенія, по судебнымъ уставамъ Германіи, устанавливается только для высшаго суда (Reichsgericht), потому что одинъ департаментъ его не можетъ уклониться отъ рѣшенія, принятаго другимъ, иначе какъ при соучастіи общаго собранія департаментовъ¹²⁾.

Изъ сказаннаго можно вывести заключеніе, что обязательная сила судебной практики не въ ней самой, а въ велѣніи государственной власти. По волѣ законодателя судебныя рѣшенія могутъ быть возведены въ формы права и также низведены изъ этого ранга. Однако, законодатель въ состояніи надѣлать юридическимъ авторитетомъ, но не нравственнымъ, который отъ него не зависитъ.

Въ Россіи судебная практика имѣетъ не большее значеніе, чѣмъ

распоряженія и постановленія судомъ по отдѣльнымъ тяжбамъ рѣшенія отнюдь не имѣютъ силы закона и не могутъ быть распространяемы на другія дѣла или на другихъ лицъ (русск. пер., 1884).

⁹⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 88.

¹⁰⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, русск. пер., стр. 74.

¹¹⁾ Еппесегеръ, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 86. Также Сроме, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 86—87.

¹²⁾ Gerichtsverfassungsgesetz, § 137, съ измѣненіемъ по закону 17 марта 1886.

во всѣхъ другихъ странахъ континентальной Европы. По ст. 84. Основныхъ Законовъ Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ. Слѣдовательно, пныя формы права, кромѣ закона, могутъ быть признаны лишь настолько, насколько онѣ указаны закономъ. Этимъ опредѣляется область примѣненія и сила правовыхъ обычаевъ, а также каноническихъ правилъ. Точно такъ же и судебныя рѣшенія могли бы имѣть значеніе нормъ права, если бы обязательность ихъ была установлена закономъ.

Въ отношеніи всѣхъ вообще судовъ, разсматривающихъ дѣла по существу, русское законодательство не даетъ никакихъ указаній на юридическую обязательность ихъ рѣшеній. Конечно, судъ, охраняющій свое достоинство, не станетъ отступать безъ достаточныхъ основаній отъ разъ принятой точки зрѣнія; онъ самъ себя нравственно связываетъ своимъ рѣшеніемъ. Но судъ не нарушаетъ своихъ обязанностей и не лишаетъ силы свое рѣшеніе, если подъ влияніемъ представленныхъ ему новыхъ доводовъ или по самостоятельномъ соображеніи ошибочности прежней аргументаціи выскажется въ направленіи, противоположномъ прежнему. Правда, для коммерческихъ судовъ установлено положеніе, въ силу котораго судамъ этого рода дозволяется, за недостаткомъ законовъ, основывать свои рѣшенія на „примѣрахъ“ рѣшеній, въ томъ же судѣ состоявшихся¹³⁾. Здѣсь, дѣйствительно, на ряду съ закономъ и обычаемъ поставленъ прецедентъ. Слѣдовательно, рѣшеніе, основанное на прецедентѣ, должно считаться рѣшеніемъ юридически обоснованнымъ. Но такое исключительное положеніе, установленное для коммерческихъ судовъ, не распространяется на суды пныхъ категорій.

Сомнѣніе возбуждается по поводу разъясненій, даваемыхъ кассаціонными департаментами сената, уголовнымъ и гражданскимъ, подъ неправильнымъ названіемъ рѣшеній, хотя сенатъ дѣлъ по существу не разрѣшаетъ. Кассаціонный сенатъ по своей идеѣ, заимствованной отъ Франціи, имѣетъ своимъ назначеніемъ поддерживать начало законности въ дѣятельности судовъ, и потому уполномоченъ отмѣнять рѣшенія, противныя дѣйствующему

¹³⁾ Уставъ судопроизводства торговаго, ст. 148 и 327.

праву. Для выполненія этой задачи кассационному сенату даны два средства: 1) возможность настоять, чтобы дѣло, по поводу котораго имъ дано разъясненіе, было рѣшено съ соблюденіемъ предложеннаго пониманія закона и 2) публикація во всеобщее свѣдѣніе своихъ разъясненій „для руководства къ единообразному истолкованію (исполненію) и примѣненію оныхъ“¹⁴⁾.

Въ случаѣ отмены обжалованнаго рѣшенія или приговора сенатъ обращаетъ дѣло къ новому производству, назначая для этого другую судебную палату—въ гражданскомъ процессѣ, въ тотъ же или въ другой, постановившей приговоръ, судъ, равный съ нимъ по степени,—въ уголовномъ процессѣ. Уголовный судъ, въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, обязанъ, въ разъясненіи точнаго смысла закона, подчиниться сужденіямъ сената. Жалобы противъ постановленнаго „на семь оснований“ рѣшенія не допускаются, но этимъ не уничтожается право жалобы на иномъ основаніи¹⁵⁾. Менѣе ясно и опредѣленно высказано то же положеніе для гражданского процесса: въ разъясненіи точнаго разума закона судебныя установленія обязаны подчиняться сужденію сената, и кассационныя жалобы противъ постановленнаго „на семь оснований“ втораго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не допускаются¹⁶⁾.

Но не имѣютъ ли сенатскія разъясненія юридической силы за этими предѣлами, не превращается ли разъясненіе, данное по отдѣльному случаю, въ общее правило и не становится ли оно, тѣмъ самымъ въ ряду формъ права? Самъ сенатъ весьма склоненъ приписывать такое значеніе своимъ разъясненіямъ. Но русская научная литература съ замѣчательнымъ единодушіемъ высказалась противъ такой тенденціи¹⁷⁾. Доводы, приводимые про-

¹⁴⁾ Уставъ гражданского судопроизводства, ст. 815; уставъ уголовного судопроизводства, ст. 933.

¹⁵⁾ Уставъ уголовного судопроизводства, ст. 930.

¹⁶⁾ Уставъ гражданского судопроизводства, ст. 813.

¹⁷⁾ Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, т. I, стр. 96; Лазаревскій, *Толкованіе законовъ въ Словарѣ Брокгаузъ и Эфронъ*, кн. 65; Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 185; Фойницкій, *Курсъ уголовного судопроизводства*, т. I, 1896, стр. 81; Случевскій, *Учебникъ русскаго уголовного судопроизводства*, 3 изд., 1910, стр. 45; Тальбергъ, *Русское уголовное судопроизводство*, т. I, стр. 130; Магильшевъ, *Курсъ гражданского судопроизводства*, т. I, 1876, стр. 68; Энгельманъ, *Учебникъ русскаго гражданского судопро-*

тивъ сенатскихъ разъясненій, какъ формы права, заключаются въ слѣдующемъ: 1) Судебные Уставы вмѣняютъ судамъ въ обязанность рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности, противорѣчія, а въ гражданскомъ процессѣ и недостатка,—на общемъ смыслѣ законовъ¹⁸⁾. 2) Если законъ счелъ нужнымъ указать тотъ специальный случай, когда сенатскія разъясненія имѣютъ обязательную силу,—для суда, въ который передано за отмѣною рѣшенія производство дѣла,—то а *contrario* слѣдуетъ, что въ другихъ случаяхъ эта сила имъ не присвоена. 3) Судебные Уставы 1864 года не сопровождались отмѣною ст. 69 прежнихъ Основныхъ Законовъ, которая гласила, что „судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, ниже служить основаніемъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ“, и которая совершенно не согласовалась съ тою силою, какую сенатъ хотѣлъ придать своимъ разъясненіямъ. 4) Если бы сенатскія разъясненія имѣли силу нормы права, то они связывали бы сенатъ, который однако не стѣняется отступить отъ разъ высказаннаго мнѣнія и пересматривать свои разъясненія.

Если разъясненія кассационнаго сената нельзя признать формою права, это еще не значитъ, что они не имѣютъ никакого значенія и публикація ихъ лишена всякой цѣнности. Они печатаются въ руководство въ виду авторитета сената, какимъ онъ пользуется по своему іерархическому положенію и какимъ онъ долженъ бы пользоваться какъ по своему личному составу, такъ и по логической и моральной твердости своихъ толкованій. Вѣроятность отмѣны рѣшенія или приговора, составленныхъ вопреки данному ранѣе разъясненію, заставляетъ приспособляться въ своей аргументаціи къ мнѣнію сената¹⁹⁾. Но это дѣйствіе фактическое, логическое, нравственное, а не юридическое.

изводства, 1904, стр. 379; Малининъ, *Теорія гражданского процесса*, 1881, в. 1, стр. 83; Анненковъ, *Опытъ комментарія*, т. IV, 1888, стр. 494. Исключеніе представляетъ Романовичъ-Славатинскій, *Система русскаго государственнаго права*, т. I, 1886, стр. 235.

¹⁸⁾ Уставъ уголовного судопроизводства, ст. 12, уставъ гражданского судопроизводства, ст. 9.

¹⁹⁾ Естественно, что судьи должны знакомиться съ содержаніемъ сенатскихъ разъясненій, разъ они публикуются къ „руководству“.

Иной характер имѣютъ разъясненія сената, даваемые имъ не въ порядкѣ кассационнаго производства. Министру юстиціи предоставлено право предлагать на обсужденіе кассационныхъ департаментовъ сената и общихъ ихъ собраній, а также общаго собранія и кассационныхъ департаментовъ, о доходящихъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднобразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ, или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія. Тѣ изъ состоявшихся въ этомъ порядкѣ разъясненій кассационныхъ департаментовъ, напечатаніе которыхъ сенатъ признаетъ полезнымъ, публикуются на общемъ основаніи, но безъ указаанія дѣла, по которому возникъ разрѣшенный сенатомъ вопросъ²⁰). Что такія разъясненія отличаются въ своей силѣ отъ разъясненій, даваемыхъ въ порядкѣ кассационномъ,—это не подлежитъ сомнѣнію. Но весьма сомнительно, насколько приведенная статья согласуется съ новыми Основными Законами, устанавливающими, что никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственной Думы и Государственнаго Совѣта²¹).

²⁰) Учрежденіе судебныхъ установленій, ст. 259¹.

²¹) Основные Законы, ст. 86.

ГЛАВА VIII.

Образованіе права.

§ 47.

Ученіе школы естественнаго права.

Школа естественнаго права, особенно при томъ направленіи, какое она принята въ XVIII столѣтіи, стала въ оппозицію къ исторически сложившемуся праву. Государственный порядокъ и положительное право составляютъ продуктъ искусственнаго творчества прежнихъ временъ. Государство и право выдуманы, изобрѣтены, такъ же какъ религія. То и другое—орудіе порабощенія мысли, совѣсти и свободы человѣка въ интересахъ властвующихъ. Съ теченіемъ времени они покрылись авторитетомъ старины и создали въ умахъ людей политическіе и юридическіе предразсудки.

Государственный и правовой строй, основанный на историческихъ началахъ, пересталъ удовлетворять современнымъ запросамъ. Его нужно сокрушить, чтобы на его мѣстѣ воздвигнуть новый строй. „Измѣнились всѣ нравы,—говоритъ Вольтеръ,—почему не измѣнить всѣхъ нелѣпости, доставшіяся отъ готовъ и вандаловъ? Если держаться уваженія къ старинѣ, не надо было разрушать ихъ хижины съ цѣлью выстроить на ихъ мѣстѣ удобные дома“.

Протестъ противъ историческихъ предразсудковъ быть поднятъ во имя разума, не примиряющагося съ тѣмъ, что есть, а диктующимъ то, что должно быть. Право должно быть преобразовано на началахъ разума. Оно должно быть преобразовано, по-

тому что оно можетъ быть преобразовано. Если государство и право были произвольно созданы вопреки требованіямъ разума, они могутъ быть созданы примѣнительно къ требованіямъ разума. Старое право, передъ которымъ мы преклоняемся, въ силу традиціи, было произведеніемъ такихъ же людей, какъ тѣ, которые живутъ теперь. Стоитъ только прислушаться къ голосу разума и открыть тѣ начала, которыя покажутъ, съ силою законовъ природы, какъ должно быть построено право. Нужно понять и захотѣть.

Въ борьбѣ рціонализма противъ историзма имѣется два момента: философскій и политическій. Умъ, воспитанный на математическомъ методѣ и на механическомъ міровоззрѣніи, не могъ не увлечься мыслью, что социальныя отношенія построены такъ же, какъ и все, сдѣланное человѣкомъ. Политическій моментъ выразился въ сознаніи полного несоотвѣтствія между исторически сложившимся правомъ и требованіями разумности и нравственности.

Если право было нѣкогда создано произволомъ людей, если право можетъ быть произвольно преобразовано на началахъ разума, то въ ученіи школы естественнаго права выдвигается представленіе о произвольности въ образованіи права. „Хотите имѣть хорошіе законы?—спрашиваетъ Вольтеръ,—сожгите старыя и напишите новыя“ ¹⁾. „Во всякомъ положеніи народъ всегда въ силахъ измѣнить свои законы,—говоритъ Руссо,—даже самыя лучшія; если ему хочется сдѣлать себѣ зло, кто въ правѣ помѣшать ему“ ²⁾.

Разумъ ведетъ человѣка къ открытію тѣхъ естественныхъ нормъ права, которыя лишь затемнены предрасудками, развившимися на почвѣ историческаго произвола. Среди многообразія историческаго права возвышается единое, вѣчное и неизмѣнное право разума. Отсюда второй выводъ, дѣлаемый изъ рационалистическаго ученія школы естественнаго права,—это неизмѣнность права, основаннаго на природѣ. Право разума, къ которому человечество должно стремиться, не подлежитъ развитію, а поддается

¹⁾ Dictionnaire philosophique, слово *Lois*, цитировано по Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, т. 1, стр. 202, прим. 7.

²⁾ Rousseau, *Lettres écrites à la Montagne*, письмо 6.

только раскрытію. „То, что называютъ обыкновенно Правомъ Природы или Закономъ Природы, и что можно было бы также назвать Всеобщимъ Закономъ, потому что соблюдать его обязанъ весь родъ человѣческій, или еще Вѣчнымъ Закономъ, потому что оно не подлежитъ измѣненіямъ, подобно положительнымъ законамъ“³⁾.

Природа и разумъ—едины. Поэтому естественное право не зависитъ отъ особенностей того или иного народа. Отсюда третій выводъ въ ученіи рассматриваемой школы—космополитизмъ права. Если естественное право едино, вѣчно и неизмѣнно, а задача законодателя состоитъ въ приспособленіи положительнаго права къ естественному, то не можетъ быть или не должно быть права французскаго, англійскаго, нѣмецкаго. Право только одно—человѣческое. Если въ дѣйствительности наблюдается различіе въ правахъ не только между странами, но даже въ предѣлахъ той же страны,—то это лишь плодъ историческихъ предразсудковъ.

Изъ представленія о произвольности права слѣдуетъ симпатія школы естественнаго права къ закону, какъ наилучшей формѣ права, какъ къ наиболѣе приспособленному орудію разума. Обычное право есть плодъ историческихъ предразсудковъ и средство ихъ поддержанія. Просвѣщенный монархъ или суверенный народъ могутъ дать торжество праву разума только путемъ законодательнымъ.

Исторически сложившееся право есть произвольное уклоненіе отъ права природы; основная задача государственной власти создать право, соответствующее праву природы. Въ этомъ основномъ положеніи раскрывается главное заблужденіе школы естественнаго права—полное игнорированіе силъ, воздѣйствующихъ на волю человѣка въ его правовомъ творествѣ, и начала закономѣрности въ развитіи права. Представители школы не учитывали вліяній на волю законодателя, отклоняющихъ его во всѣ времена отъ права разума и природы, если бы таковое существовало и было раскрыто. Законодатель, кто бы онъ ни былъ, самодержавный монархъ или республиканскій парламентъ, является продуктомъ

³⁾ Puffendorf, *Le droit de la Nature et des gens*, т. I, 1712, кн. II, кн. III стр. 169.

своего времени, его идей, его стремлений, его потребностей. Законодатель творитъ право не изъ абсолютнаго разума, а изъ относительныхъ условій своей дѣятельности. Чтобы право вошло въ жизнь и не встрѣчало трений, способныхъ противодействовать его примѣненію, необходимо, чтобы оно соотвѣтствовало историческимъ условіямъ существованія даннаго общества. Единство права можетъ быть достигнуто лишь путемъ сближенія условій существованія различныхъ народовъ.

Несмотря на это заблужденіе, школа естественнаго права въ своемъ объясненіи образованія права, сыграла видную роль и дала правильное указаніе на моментъ, который до сихъ поръ не былъ достаточно оцѣненъ. Ученіе школы явилось протестомъ противъ историческаго порядка, защитники котораго старались освятить связаннаго съ нимъ злоупотребленія неприкосновенностью старины. Противъ традиціи школа должна была выдвинуть что-нибудь такое, передъ чѣмъ люди вынуждены были преклониться,—и она сослалась на разумную природу. Неприкосновенности историческаго права школа рѣзко противопоставила произвольность положительнаго права. Она, какъ набатъ, будила умы отъ долгой спячки и призывала волю къ творчеству. Возбуждая въ человѣкѣ вѣру въ себя, школа придавала человѣку смѣлости, бодрости. Школа естественнаго права, безспорно, носила прогрессивный характеръ,—она хотѣла преобразовать общественный строй на благо всему человѣчеству. Она была велика даже въ своихъ заблужденіяхъ.

§ 48.

Ученіе исторической школы.

Литература: Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, ч. III, 1910; Stammler, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtslehre*, 1888; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, стр. 480—531; Тап о н, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 3 изд. 1911 (рус. пер. съ 1 изд. 1904); Муромцевъ, *Образованіе права по ученіямъ немецкой юриспруденціи*, 1886; Новгородцевъ, *Историческая школа юристовъ*, 1896.

Время и мѣсто возникновенія исторической школы опредѣляются торжествомъ германской націи въ борьбѣ ея за освобо-

жденіе отъ французскаго господства подъ главенствомъ Наполеона I. Поводомъ послужилъ вопросъ объ изданіи для всей Германіи гражданскаго кодекса въ противовѣсъ кодексу Наполеона.

Франція конца XVIII и начала XIX вѣка, первая сбросившая съ себя средневѣковое одѣяніе, вызвала своими просвѣтительными идеями полное сочувствіе со стороны всѣхъ народовъ Европы. Только такое сочувствіе и надежда на осуществленіе у себя дома тѣхъ же освободительныхъ началъ объясняютъ тотъ замѣчательный военный успѣхъ французовъ, который былъ бы необъяснимъ при слабости ихъ средствъ. Но скоро французы, упоенные успѣхомъ, перешли отъ роли освободителей народовъ къ роли ихъ поработителей. Выступая первоначально во имя общечеловѣческихъ идей, французы постепенно стали замѣнять ихъ націоналистическими принципами. То, что имъ удалось достигнуть во имя челоуѣчества, то они отнесли за счетъ своихъ національныхъ достоинствъ. Понятно, какъ тяжело должно было отразиться въ сознаніи обманувшихся народовъ униженіе и угнетеніе, причиняемое зазнавшимися побѣдителями. Готовые идти на призывъ къ лучшему будущему, народы стали отстаивать свое родное прошлое, когда на его мѣсто грозили поставить чуждое. Пробужденіе національной гордости въ Германіи составляетъ вполнѣ естественный протестъ противъ насилія со стороны Франціи. Успѣхи же соединеннаго германскаго оружія, духовное опыяненіе, вызванное войной за освобожденіе, окончательно укрѣпили въ Германіи націонализмъ, давшій тонъ всей исторіи XIX столѣтія.

Национальная идея, прорвавшаяся внезапно съ такой силой, должна была отразиться на всѣхъ сферахъ духовной жизни германскаго народа. Дѣйствительно, ея вліяніе мы видимъ въ литературѣ, въ искусствѣ, въ очисткѣ языка. Она не могла остаться безъ вліянія и на право.

Успѣхи французскаго оружія въ началѣ XIX столѣтія имѣли между прочимъ своимъ результатомъ введеніе французскаго гражданскаго кодекса въ тѣхъ частяхъ Германіи, которыя расположены были по лѣвому берегу Рейна. Высказывалась даже мысль, нельзя ли распространить на всю Германію дѣйствіе этого

кодекса, отвѣчающаго запросамъ современности. Такая постановка вопроса стала уже невозможной съ момента побѣды надъ французами. Выборъ могъ быть только между двумя рѣшеніями: создать новый гражданскій кодексъ для всей Германіи или, отрѣшившись отъ вліянія французскаго кодекса, возвратиться къ старымъ римско-германскимъ началамъ.

Въ защиту перваго рѣшенія выступилъ гейдельбергскій профессоръ Тибо съ брошюрой: „О необходимости общаго гражданского уложенія для Германіи“ 1814 года. Главное побужденіе, заставившее Тибо выступить съ проектомъ общегерманскаго уложенія, заключалось въ желаніи этимъ путемъ укрѣпить сознание національнаго единства, пробужденное событіями послѣднихъ лѣтъ. Национализмъ Тибо выразился въ его отрицательномъ отношеніи къ *Code civil*. Тибо не отвергалъ достоинства этого кодекса, но опасался, что, именно благодаря своимъ достоинствамъ, французское законодательство можетъ оказать подавляющее вліяніе на германское право. Предупредить этотъ результатъ возможно только изданіемъ общегерманскаго гражданского кодекса, выработаннаго на національныхъ началахъ. Тибо рѣшительно противъ того, чтобы каждое германское государство изготовило отдѣльно кодексъ, потому что такая работа потребовала бы раздробленія силъ и привела бы къ ослабленію національнаго единства.

Национализмъ Тибо имѣетъ характеръ прогрессивный. Онъ смотритъ впередъ, а не оглядывается назадъ. Современное состояніе права его совершенно не удовлетворяетъ. Римское право изложено на чуждомъ народу языкѣ; его огромный объемъ не даетъ возможности охватить его содержаніе; самый текстъ, почти въ каждомъ пунктѣ, возбуждаетъ сомнѣнія и вызываетъ массу вариантовъ. Неудовлетворительное состояніе дѣйствующаго въ Германіи права главнымъ образомъ открываетъ доступъ французскому праву, стоящему на уровнѣ запросовъ времени. Поэтому Тибо горячо высказывается за кодексъ, построенный на современныхъ началахъ, составленный въ духѣ новыхъ идей и интересовъ. Только тогда германское право будетъ въ состояніи выдержать натискъ французскаго.

На вопросъ о кодификаціи можно было взглянуть и съ дру-

гой точки зрѣнія. Эта точка зрѣнія была высказана Савиньи въ его брошюрѣ „О призваніи нашего времени къ законодательству и правовѣдѣнію“, 1814, являющейся отвѣтомъ на брошюру Тибо, и послужившей исходнымъ началомъ для возникновенія исторической школы. Савиньи сходится съ Тибо въ патриотическихъ чувствахъ, хотя они выражены у него далеко не такъ горячо и искренне. Онъ также ненавидитъ французскій кодексъ, но отвергаетъ его достоинства. Онъ даже превосходитъ Тибо въ своемъ высокоумномъ отношеніи къ французской націи, у которой онъ не признаетъ вообще научной основательности, составляющей исключительное достояніе германскаго духа.

Савиньи признаетъ свою солидарность съ Тибо въ утвержденіи недостатковъ дѣйствующаго въ Германіи права и въ желаніи найти общую правовую основу для національнаго сближенія нѣмцевъ. Но онъ расходится съ нимъ въ пониманіи средствъ достиженія этой цѣли. Въ то время, какъ Тибо видитъ такое средство въ созданіи общегерманскаго гражданскаго уложенія на національныхъ основахъ, Савиньи усматриваетъ это средство въ предварительномъ познаніи началъ права, дѣйствующихъ издавна въ Германіи. Печальное состояніе современнаго права, по мнѣнію Савиньи, состоитъ не въ недостаткахъ источниковъ, а въ неподготовленности юристовъ. Поколѣніе юристовъ, мало знакомое съ началами римскаго и германскаго права, изъ соединенія которыхъ образовалось современное право, совершенно не призвано къ законодательной дѣятельности на національныхъ началахъ. Для доказательства своей мысли Савиньи подвергаетъ критикѣ прусскій кодексъ 1794 и австрійскій кодексъ 1811 года, хотя и находитъ имъ извиненіе въ томъ, что они составлены „съ самыми лучшими намѣреніями и при большомъ напряженіи силъ“.

Главное возраженіе Савиньи противъ предложенія укрѣпить національное единство Германіи путемъ изданія кодекса заключается въ преувеличенномъ представленіи сторонниковъ кодификаціи, какое сложилось у нихъ относительно законодательной дѣятельности. Они думаютъ, что можно законодательнымъ путемъ дать право, соответствующее переживаемому моменту. Но право не дѣлается, а образуется. Отсюда центръ вниманія пере-

носится на процессъ образованія права. На этой почвѣ нарождается историческая школа въ правовѣдѣнн.

Идея развитія права была высказываема до Савиньи въ разныхъ странахъ. Вико, Монтескье, Гердеръ, Бёркъ обращали вниманіе на постепенное и обусловленное образованіе права въ противовѣсъ произвольному его установленію. Въ германской наукѣ права, непосредственно передъ Савиньи, были намѣчены черты новаго міровоззрѣнія геттингенскимъ профессоромъ Гуго. Но правильно связывать возникновеніе исторической школы съ именемъ Савиньи, потому что, хотя его идеи были высказаны до него, но въ моментъ ихъ выраженія имъ онѣ нашли особенно благоприятную почву, что дало имъ успѣхъ, создавшій школу. Главные представители исторической школы—это Савиньи и его ученикъ Пухта, оказавшій не малое вліяніе на своего учителя. Замѣчательно, что оба они, по мѣрѣ отдаленія отъ общественныхъ условій, вызвавшихъ ихъ ученіе, стали смягчать рѣзкія черты своего направленія. Представители исторической школы имѣются до сихъ поръ, какъ, напр., Отто Гирке.

Выступленіе исторической школы въ началѣ XIX столѣтія являлось протестомъ противъ школы естественнаго права, господствовавшей въ XVIII вѣкѣ, по основаніямъ отчасти философскимъ, отчасти политическимъ. Раціонализму противосталъ историзмъ, какъ стремленіе къ обоснованному на фактахъ знанію. Космополитизмъ оказался въ противорѣчн съ національною борьбой. Политическое увлеченіе преобразованиями общественной жизни на новыхъ началахъ, диктуемыхъ разумомъ, столкнулось съ историческими силами, задержавшими осуществленіе идей равенства, свободы и братства. Разочарованіе неуспѣхомъ и реакція противъ крайностей революціоннаго періода толкали мысль отъ безспльнаго будущаго къ могучему прошлому.

Смѣнилась основная проблема философіи права. На мѣсто вопроса, какъ преобразовать право, сталъ вопросъ, какъ образуется право.

Если прежде обнаруживалась наклонность раздвоить право на положительное, обязанное своимъ происхожденіемъ предразсудкамъ или произволу, и естественное, раскрываемое изъ разума или природы, то теперь проявляется стремленіе свести право къ

единству. Все право—положительное, все право имѣть общій источникъ происхожденія и все право подлежить однимъ и тѣмъ же условіямъ развитія. Идея развитія смѣняетъ собою идею творчества въ правѣ. Ученіе исторической школы есть утвержденіе развитія права противъ а) произвольности историческаго права и б) неизмѣнности естественнаго права. Произвола въ установленіи права нѣтъ и быть не можетъ. Законодатель не изобрѣтаетъ право, а записываетъ подсказанное ему право, въ лучшемъ случаѣ выбираетъ изъ предложеннаго ему вниманію. Представители исторической школы прибѣгали часто, и не безъ успѣха, къ аналогіямъ для того, чтобы яснѣе представить процессъ образованія права. Такова аналогія права и языка. „Въ послѣднемъ наблюдается та же независимость отъ случайности и свободнаго выбора со стороны отдѣльныхъ лицъ, т. е. то же образованіе изъ дѣятельности общаго народнаго духа, дѣйствующаго въ отдѣльныхъ лицахъ. Только здѣсь все это болѣе наглядно и безспорно, чѣмъ въ правѣ“¹⁾. Другая излюбленная аналогія—это сравненіе съ развитіемъ зерна, брошеннаго въ почву. Съ другой стороны развитіе права, смѣняемость его формъ въ исторической дѣйствительности не допускаетъ идеи неизмѣннаго естественнаго права.

Отрицая человѣческой произволъ въ образованіи права, представители исторической школы отвергали и внѣшніе факторы, подъ вліяніемъ которыхъ могло бы складываться развитіе права. Право образуется только посредствомъ внутреннихъ, незамѣтно, тайно дѣйствующихъ силъ. Право есть продуктъ народнаго духа (*Volksgeist*), который дается каждому народу (націи) при выступленіи его на историческую сцену и который живетъ и проявляется во всѣхъ членахъ народа (націи). Такимъ путемъ создается народное правосознаніе,—неисчерпаемый и единственный источникъ права. Поэтому у каждаго народа право имѣетъ свои характерныя черты, отличающія данный народъ отъ другихъ, какъ отличаютъ его языкъ, нравы, учрежденія.

Если право составляетъ продуктъ народнаго духа, то образованіе права есть не что иное, какъ постепенное раскрытіе этого духа въ историческомъ процессѣ. Изъ народнаго духа создается

¹⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. 1, § 7, стр. 15.

народное правосознание, которое выливается в нормы права. Воля человеческая не играет роли в развитии права, которое происходит чисто объективно, по началу необходимости. Народный дух двигает развитие права помимо сознательного участия людей. Право складывается не так, как оно должно бы быть по субъективному представлению отдельных личностей, а так, как оно должно быть по закону объективной необходимости. Образование права идет не в направлении желательности, а в направлении неизбежности.

Идея саморазвития права из народного духа внутренними силами роста приводит логически к признанию национального характера права. У каждого народа свой дух, искони в него заложены. Следовательно, правосознание одного народа отличается от правосознания всякого другого народа. Поэтому нормы права, выросшие на почве одного правосознания, не пригодны для другого народа, как противоречащие его правосознанию. Чтобы дать народу соответствующее ему право, надо понять его дух, а народный дух тем яснее, чем глубже в историю заглядывать глаз исследователя. Отсюда близость исторической школы к романтизму, устремившему свой взор в далекое прошлое.

Нормы права могут вылиться из народного правосознания двояким образом: непосредственно в формы обычаев, и посредственно, через законодателя. Конечно, законы так же отражают народное правосознание, как и обычное право, но то обстоятельство, что законные нормы проходят через отделку законодателя, подрывают, в глазах исторической школы, ценность этой формы права по сравнению с обычным правом. Обычное право, особенно после исследования Пухты, стало любимым детищем исторической школы.

Отрицая творческое воздействие личности на образование права, отстаивая идею саморазвития путем внутреннего процесса, историческая школа должна была принять консервативное направление. Это направление выразилось не только в том, что представители школы отвергали разумное вмешательство законодателя, но также и в том, что они, вопреки своему объективизму, признавали желательным право, медленно раз-

вивающееся въ сознаниі народа, а не право, создаваемое сознаниемъ законодателя.

Идеѣ произвольнаго установленія права историческая школа противопоставила идею развитія,—и въ этомъ ея заслуга. Но совершенно неправильно приписывать исторической школѣ идею эволюціи и сопоставлять Савиньи съ Дарвиномъ²⁾. Эволюція предполагаетъ переходъ отъ простаго къ сложному, о чемъ и рѣчи нѣтъ въ ученіи Савиньи и Пухты. Развѣ можно назвать эволюціей развитіе колоса изъ брошеннаго въ землю зерна? Сомнительной представляется даже возможность признать, что историческая школа установила идею законмѣрности въ образованіи права. Законмѣрность предполагаетъ развитіе по законамъ подѣйствию вышнихъ условій. Между тѣмъ историческая школа, отвергая вышніе факторы, имѣетъ въ виду развитіе predetermined содержания въ правѣ, т.-е. раскрытіе въ историческомъ процессѣ заложеннаго въ народномъ духѣ правосознанія. Въ ученіи Савиньи и Пухты гораздо больше гегелевскаго духа, чѣмъ историческаго духа, съ тѣмъ только отличіемъ, что гегелевскій духъ, проявляющійся въ противорѣчіяхъ, ближе къ исторіи, нежели духъ исторической школы, который раскрывается самъ собою мирно и неуклонно. Наконецъ, ученіе исторической школы противорѣчитъ исторической дѣйствительности. Утверждая, что право развивается внутренними силами, мирнымъ путемъ, историческая школа обошла два историческихъ явленія въ процессѣ образованія права: вышнее вліяніе и внутреннюю борьбу.

Народный духъ, этотъ неизсякаемый источникъ правообразованія, не имѣетъ въ себѣ ничего исторически реальнаго. Это совершенно мистическое представленіе, привидѣніе въ старомъ замкѣ, поражающее воображеніе, но ничего не говорящее уму.

Практическіе выводы, сдѣланные исторической школой, не нашли себѣ оправданія въ послѣдующемъ. Вопреки восхваленію правовыхъ обычаевъ, право въ XIX столѣтіи развивалось всюду законодательнымъ путемъ³⁾. Вопреки принципу національной чи-

²⁾ Merkel, *Ueber den Begriff der Entwicklung* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, 1876, стр. 625); Т а л о т ъ, *Эволюція права и общественное сознание*, русск. пер., 1904, стр. 21.

³⁾ И Савиньи, и Пухта должны были сдѣлать уступки въ пользу законодательнаго творчества.

стоты право въ XIX столѣтіи складывалось подъ сильнымъ вліяніемъ взаимныхъ заимствованій. Вопреки призыву къ предварительному изученію германскаго духа, главы школы, Савиньи и Пухта, сосредоточили свое вниманіе на римскомъ правѣ, чѣмъ создался расколъ между сторонниками историческаго направленія, раздѣлившимися на романистовъ и германистовъ.

Провозглашая строгій объективизмъ, историческая школа не могла скрыть своего субъективизма. Но она заглушила стремленіе къ правовому творчеству, подорвала вѣру личности въ свою дѣятельность на пользу сознательнаго преобразования права. Насколько школа естественнаго права будила, настолько историческая школа усыпляла.

Въ оправданіе исторической школы слѣдуетъ указать то время, когда она появилась. Это былъ періодъ разочарованія въ успѣхѣ борьбы, предпринятой во французскую революцію 1789 года, и ужаса передъ тѣми крайностями, какія приняла эта борьба. Сколько было надеждъ на торжество общаго блага, а кончилось побѣдою буржуазіи. Мечтали о народоправствѣ, а закончили солдатчиной. Стремилась къ общечеловѣческому счастью, а приняли къ общенародной кровавой войнѣ. Стали молиться разуму, а взяли верхъ предрасудки. Было отъ чего придти въ отчаяніе, было основаніе разувѣриться въ силѣ разума.

Историческая школа была только отраженіемъ этого общаго движенія. Ивившись въ хвостѣ направленія мыслей и интересовъ, она, къ сожалѣнію, служила больше дѣлу правительственной реакціи, нежели успѣху народнаго дѣла.

§ 49.

Поправки Іеринга и Муромцева.

Литература: Hurwicz, *R. v. Jhering und die deutsche Rechtswissenschaft*, 1911; Merkel, *Rudolf von Jhering* (Jahr. f. Dorg. т. 32); Mitteis, (*Allgemeine Deutsche Biographie*, т. 50, стр. 652); Ночаевъ, *С. А. Муромцевъ*, 1910; Яблочковъ, *С. А. Муромцевъ какъ ученый*, 1910.

Ученіе исторической школы, такъ тѣсно совпавшее съ настроеніемъ момента своего появленія, съ теченіемъ времени встрѣчало все болѣе рѣшительную критику.

Прежде всего оппозиція проявилась со стороны гегелианской школы. Для исторической школы право образуется путем мирнаго послѣдовательнаго самораскрытія, тогда какъ гегелианцы должны были смотрѣть на образование права, какъ на продуктъ взаимно отрицающихъ другъ друга, сталкивающихся противорѣчій. Отъ имени гегелианцевъ противъ Савиньи выступилъ Гансъ ¹⁾. Онъ указалъ, что міровоззрѣніе, которое Савиньи противопоставилъ историческому, не состоитъ въ предположеніи произвольности установленія права. Образование права можно представлять себѣ не только какъ самораскрытіе исторически даннаго, національнаго, духа, но и какъ самораскрытіе міроваго разума. Точка зрѣнія Савиньи враждебна разумности развитія въ процессѣ образованія права. Гансъ протестуетъ противъ органическаго пониманія этого процесса во имя сознательности духа.

Въ сороковыхъ годахъ, съ новымъ подъемомъ національнаго чувства, такъ ярко выразившагося во франкфуртскомъ парламентѣ, противъ исторической школы раздался голоса изъ среды самой исторической школы. Было указано на внутреннее противорѣчіе въ ея ученіи, которое, утверждая національное образование права изъ народнаго духа, поддерживаетъ римское право въ Германіи. Это теченіе мысли нашло себѣ выраженіе въ лицѣ Безелера ²⁾, признавашаго рецепцію римскаго права „національнымъ обѣдствіемъ“. Необходимо или признать ложность ученія исторической школы о народномъ духѣ, какъ единомъ источникѣ права, или, отрѣшившись отъ римскаго права, углубиться въ уясненіе началъ германскаго народнаго духа.

Еще позднѣе Гарумъ ³⁾ выступилъ противъ преувеличеннаго значенія національнаго момента въ образованіи права. Историческая школа упустила изъ виду главный факторъ правообразованія,—общественныя потребности. Только ставъ на эту точку зрѣнія, можно объяснить, почему наблюдается сходство правосознанія у различныхъ народовъ и различіе правосознанія въ средѣ одного и того же народа.

¹⁾ Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, 1824, предисловіе къ т. I.

²⁾ Beseler, *Volkrecht und Juristenrecht*, 1843.

³⁾ Harum, *Entstehung des Rechts*, 1863.

Самимъ рѣшительнымъ критикомъ исторической школы слѣдуетъ признать Геринга, воспитавшагося въ духѣ школы и проникнутаго историческимъ міросозерцаніемъ.

„Цѣль права—миръ, путь къ нему—борьба“. Органическому представленію Герингъ противопоставляетъ цѣлесообразность правообразования, мирному процессу—борьбу. „Пока право подвержено опасности со стороны неправа,—а такъ будетъ, пока стоитъ миръ,—до тѣхъ поръ ему не избавиться отъ борьбы. Жизнь права есть борьба, борьба народовъ, государственной власти, сословій, индивидовъ“⁴⁾. „Право—это неустанная работа“. „Вся жизнь права, въ общемъ цѣломъ, являетъ то же зрѣлище безостановочной борьбы и труда цѣлаго народа“.

Вѣрность Геринга воззрѣніямъ исторической школы обнаруживается въ признаніи: а) единства права и б) измѣнчивости права. Для Геринга нѣтъ раздвоенія права на положительное и естественное,—право существуетъ только въ видѣ положительнаго. Для Геринга нѣтъ вѣчнаго, неизмѣннаго и всеобщаго права,—все право исторически смѣняемое явленіе. Съ этой стороны Герингъ стоитъ съ исторической школой противъ школы естественнаго права.

Но въ пониманіи историческаго процесса правообразования Герингъ далеко расходится съ исторической школой, и онъ имѣлъ полное основаніе назвать свое пониманіе „діаметрально противоположнымъ“. Для исторической школы право раскрывается, какъ цвѣтокъ, тогда какъ по Герингу право вѣчно смѣняетъ право. „Право—тотъ же Сатурнъ, пожирающій собственныхъ дѣтей; чтобы обновиться, праву необходимо отказаться отъ собственнаго прошлаго“. „Право, которое разъ возникши, по этому самому требуетъ себѣ вѣчнаго существованія, подобно ребенку, поднимающему руку на собственную мать“⁵⁾.

Второе отличіе отъ исторической школы заключается въ томъ, что право развивается не изъ самого себя, а подъ вліяніемъ внѣшнихъ силъ. Этими факторами являются интересы, двигающіе человекомъ и заставляющіе его ставить цѣли, осуществимыя

⁴⁾ Герингъ, *Борьба за право*, русск. пер., 1904, стр. 3.

⁵⁾ Герингъ, *Борьба за право*, стр. 9.

при посредствѣ права. Третье отличіе состоитъ въ томъ, что образованіе права, подъ вліяніемъ этихъ факторовъ, совершается не мирнымъ, а боевымъ путемъ. „Гдѣ только существующее право опутало своими корнями интересы,—тамъ новому праву приходится пролагать себѣ путь при помощи борьбы, и эта борьба тянется нерѣдко цѣлое столѣтіе. Высшаго напряженія она достигаетъ въ томъ случаѣ, если интересы приняли форму приобретенныхъ правъ. Тогда другъ противъ друга стоятъ двѣ партіи и обѣ несутъ на своемъ знамени, какъ девизъ, святость права, одна—права историческаго, права прошедшаго, другая—вѣчно рождающагося и обновляющагося права, исконнаго права чело- вѣчества на вѣчно новое возрожденіе; получается конфликтъ правовой идеи съ самой же собою, имѣющей трагическое значеніе для субъектовъ, положившихъ всю свою силу и все свое бытіе за убѣжденіе и въ концѣ-концовъ подпадающихъ верховному рѣшенію исторіи. Всѣ великія приобретенія въ исторіи права: уничтоженіе рабства, крѣпостничества, свобода поземельной собственности, промысловъ, вѣрованій и т. д. — всѣ они должны были быть завоеваны этимъ путемъ ожесточенной, нерѣдко вѣковой, борьбы, и путь права въ такихъ случаяхъ всегда обозначается обломками правъ, а иногда и потоками крови“⁶⁾.

Отстаивая противъ исторической школы роль сознательнаго начала, Іерингъ въ практическомъ выводѣ долженъ былъ разойтись съ Савиньи и Пухтою въ сравнительной оцѣнкѣ обычнаго права и законодательнаго творчества. Іерингъ отнесся отрицательно къ обычному праву и, становясь на сторону школы естественнаго права, выдвигаетъ роль законодателя, какъ сознательнаго творца права.

Утверждая цѣль въ правѣ и сознательность въ его образованіи, Іерингъ долженъ былъ отступить отъ консерватизма исторической школы. „Неправильная, но безопасная съ теоретической точки зрѣнія, эта теорія съ политической стороны представляетъ одно изъ опаснѣйшихъ лжеученій, какія только можно вообразить: передъ нами область, въ которой чело- вѣкъ долженъ дѣйствовать съ полнымъ, яснымъ сознаниемъ цѣли и съ напряже-

⁶⁾ Іерингъ, *Борьба за право*, стр. 9.

ниемъ всѣхъ своихъ силъ; и вотъ тутъ-то ему указываютъ, что все дѣлается само собой, что самое лучшее для него—сложить руки и спокойно ожидать того, что постепенно выступитъ на свѣтъ Божій изъ яко бы первоисточника права, народнаго правосознанія“⁷⁾. Взывая къ улучшенію права путемъ борьбы, Герингъ облагораживаетъ борьбу, какъ средство къ цѣли: „борьба, которая потребна для рожденія права, есть не проклятіе, а благословеніе“⁸⁾.

Идеи Геринга нашли себѣ въ Россіи выдающагося и самостоятельнаго защитника въ лицѣ Муромцева. Муромцевъ совершенно сознательно ищетъ примиренія школы естественнаго права и исторической: „современное воззрѣніе соединяетъ вмѣстѣ вѣрный элементъ обонхъ ученій,—естественнаго и историческаго—и отбрасываетъ ихъ ложные моменты“⁹⁾.

Муромцевъ сочувствуетъ исторической школѣ, когда она на мѣсто представленія о случайномъ и произвольномъ происхожденіи права ставитъ идею развитія права и принимаетъ ее какъ идею законмѣрности. Однако, Муромцевъ не удовлетворяется признаніемъ, что образованіе права происходитъ законмѣрно, за этимъ стоитъ слѣдующій вопросъ: какъ именно образуется право по началу законмѣрности. И здѣсь Муромцевъ, въ отличіе отъ исторической школы и въ согласіи со школой естественнаго права, выдвигаетъ идею личнаго творчества. „Историческое отношеніе человѣка къ праву таково, что оно дается ему только путемъ психическаго труда. Въ этомъ смыслѣ человѣкъ самъ творитъ свое право и ничего не получаетъ готовымъ“. „Всюду, гдѣ мы находимъ человѣка, нуждающагося въ правѣ, оно не дается ему даромъ“¹⁰⁾. Основная идея Муромцева, объясняющая процессъ правообразованія,—это идея психическаго труда. Право не бессознательный продуктъ народнаго духа, а продуктъ сознательной дѣятельности людей. „Образованіе юридическихъ нормъ въ исторіи всегда соединено, какъ съ непремѣннымъ условіемъ, съ извѣстною затратою психическаго труда“¹¹⁾.

7) Герингъ, *Борьба за право*, стр. 10.

8) Герингъ, *Борьба за право*, стр. 13.

9) Муромцевъ, *Образованіе права*, 1885, стр. 33.

10) Муромцевъ, *Образованіе права*, стр. 34.

11) Муромцевъ, *Образованіе права*, стр. 28.

Отстаиваемое Муромцевымъ воззрѣніе различаетъ въ процесѣ образованія права участіе двухъ основныхъ факторовъ: жизни общества (народа), которая въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рождаетъ потребность въ правѣ, и мыслительной дѣятельности какъ всего общества, такъ и въ особенности юристовъ,—дѣятельности, которая отыскиваетъ и творитъ право. „Исторія юриспруденціи преобразуется въ исторію юридическаго мышленія народа“¹²⁾.

Отвергая въ закономѣрномъ развитіи права моментъ безсознательности, отстаивая личное начало, Муромцевъ отличается отъ Іеринга въ пониманіи характера активной борьбы за право. Нельзя отрицать, что въ изложеніи Іеринга борьба принимаетъ какой-то матеріалистическій характеръ, заставившій нѣкоторыхъ видѣть въ ученіи Іеринга отзвукъ политики желѣзнаго канцлера. Въ ученіи Муромцева борьба смягчается и принимаетъ видъ идейной борьбы. „Кто полагаетъ, что бороться можно только посредствомъ кулака или оружія, и забываетъ о борьбѣ посредствомъ слова и примѣра, кто думаетъ, что путемъ борьбы могутъ одерживать верхъ только грубые силы и интересы, и не допускаетъ возможности побѣды со стороны духовныхъ силъ и интересовъ, тотъ высказываетъ лишь жалкое и совершенно невѣрное воззрѣніе на природу человѣка и закрываетъ свои глаза предъ краснорѣчивыми фактами исторіи“¹³⁾. Придавая борьбѣ за право главнымъ образомъ идейный характеръ, Муромцевъ въ то же время придаетъ ей закономѣрный характеръ, устраняющій представленіе о произвольномъ возникновеніи права.

Идейная борьба выражается въ противоположеніи права и справедливости, т.-е. нормъ права, какія дѣйствуютъ, и нормъ права, какія должны бы быть. Эта борьба становится особенно рѣзкой, „какъ скоро въ застывшемъ на видъ обществѣ пробуждается новое движеніе и въ области мысли выступаетъ на первый планъ критика существующихъ учрежденій съ точки зрѣнія потребностей новаго времени“¹⁴⁾.

Придаваемое личному началу значеніе не могло не отразиться на взглядѣ Муромцева на формы права. Для него обычное право

¹²⁾ Муромцевъ, *Образованіе права*, стр. 35.

¹³⁾ Муромцевъ, *Образованіе права*, стр. 36.

¹⁴⁾ Муромцевъ, *Право и справедливость* (Сборникъ Правовѣдствъ, т. II, стр. 7).

вовсе не бессознательный продукт безличнаго народа, напротивъ, оно продуктъ дѣятельности отдѣльныхъ, авторитетныхъ въ своей средѣ, личностей, поведеніе которыхъ постепенно становится общимъ въ средѣ. „Обычная норма не дается непосредственно, ее надо найти и убѣдить другихъ въ ея необходимости“¹⁵⁾. Законъ, конечно, еще лучше отражаетъ личное творчество и является для времени съ сильно развитою сознательностью самою подходящею формою. Особенностью Муромцева слѣдуетъ признать то значеніе творческой роли суда, какую онъ выдвигалъ съ большою настойчивостью. Какъ бы ни была усовершенствована законодательная дѣятельность, но въ образованіи права всегда открытъ просторъ для преобразованія права путемъ его примѣненія. „Творческая дѣятельность юриспруденціи есть естественный законъ развитія права, ея неотъемлемое свойство“¹⁶⁾. Судья не пассивно примѣняетъ нормы закона или обычнаго права, онъ творитъ, какъ и законодатель. „Судья—законодатель, тѣмъ болѣе дѣятельный, чѣмъ менѣе дѣятельнымъ оказывается самъ законодатель, судья—проводникъ въ жизнь тѣхъ началъ, которыя сознание общества въ противоположность дѣйствующему закону объявляетъ справедливыми и естественными“¹⁷⁾. „Для непредубѣжденнаго ума въ области гражданскаго правосудія нѣтъ ничего очевиднѣе того факта, что судья не только является пассивнымъ органомъ законодателя, но наравнѣ съ нимъ творитъ право, вводитъ въ жизнь новыя, до того неизвѣстныя и неиспытанныя юридическія нормы, подчиняетъ жизнь тому порядку, который сочла наилучшимъ его судейская совѣсть, въ отличіе отъ закона или обычая“¹⁸⁾.

¹⁵⁾ Муромцевъ, *Образованіе права*, стр. 30.

¹⁶⁾ Муромцевъ, *Творческая роль юриспруденціи* (Юрид. Вѣстникъ, 1887, № 9, стр. 117).

¹⁷⁾ Муромцевъ, *Право и справедливость* (Сборникъ Правовѣдѣнія, т. II стр. 11).

¹⁸⁾ Муромцевъ, *Творческая роль юриспруденціи* (Юрид. Вѣстн., 1887, № 9, стр. 112).

§ 50.

Ученіе экономического матеріализма.

Литература: Plenge, *Marx und Hegel*, 1911; Масарикъ, *Философскія и социологическія основанія марксизма*, 1900; Гредескулъ, *Право и экономика*, 1906.

Противъ исторической школы было выдвинуто, какъ мы видѣли, два возраженія. Съ одной стороны, было указано, что право развивается не изнутри самого себя, не изъ заранѣе предопределеннаго народнаго духа, а образуется и развивается подъ вліяніемъ внѣшнихъ факторовъ. Съ другой стороны, обращено было вниманіе на то, что процессъ правообразованія происходитъ не безсознательно, а при участіи разума и воли индивидовъ. Была подчеркнута идейная сторона въ борьбѣ за право.

Особое положеніе въ отношеніи къ исторической школѣ заняли представители экономического матеріализма. Они отвергли также самораскрытіе изъ духа и признали дѣйствіе внѣшнихъ факторовъ. Но въ то же время они отвергли идейное творчество и сблизились съ исторической школой въ утвержденіи безсознательности процесса правообразованія.

Отношеніе основателей экономического матеріализма къ исторической школѣ права было самое отрицательное. „Вульгарная точка зрѣнія считаетъ историческую школу реакціей противъ фривольнаго духа XVIII столѣтія. Распространенность этого взгляда обратно пропорціональна его правильности. XVIII столѣтіе произвело только одинъ продуктъ, существенной чертой котораго является фривольность, и этотъ единственный фривольный продуктъ—историческая школа“¹⁾. Рѣзко обрушивается на нее Марксъ. „Школа, узаконяющая подлость сегодняшняго дня подлостью вчерашняго, школа, объявляющая мятежнымъ всякій крикъ крѣпостныхъ противъ кнута, разъ только кнутъ матерый годами, прирожденный, историческій кнутъ, школа, которой исторія показываетъ, какъ Богъ Израиля своему слугѣ

1) *Философскій манифестъ исторической школы права* (Литературное наследство, т. I, русск. пер., 1907, стр. 239).

Моисею, только свое a posteriori,—эта историческая школа права изобрѣла бы нѣмецкую исторію, если бы она сама не была изобрѣтеніемъ нѣмецкой исторіи“²⁾).

Въ то же время основатели экономическаго матеріализма, хотя и воспитанные на гегелевской философіи, отнеслись отрицательно и къ философіи права Гегеля. „Мои изслѣдованія,—говоритъ Марксъ,—привели меня къ заключенію, что правовыя отношенія наравнѣ съ формами государства не могутъ быть поняты ни изъ самихъ себя, ни изъ такъ называемаго общаго развитія человѣческаго духа“³⁾.

Въ основу пониманія процесса правообразования съ точки зрѣнія экономическаго матеріализма легло знаменитое мѣсто изъ „Критики политической экономіи“. „Въ общественномъ управленіи своей жизни люди вступаютъ въ опредѣленные, отъ ихъ воли не зависящія отношенія—производственныя отношенія, которыя соотвѣтствуютъ опредѣленной ступени развитія ихъ матеріальныхъ производительныхъ силъ. Совокупность этихъ производственныхъ отношеній образуетъ экономическую структуру общества, реальное основаніе, на которомъ возвышается правовая и политическая надстройка, и которому соотвѣтствуютъ опредѣленные формы общественнаго сознанія. Способъ производства матеріальной жизни обуславливаетъ собою процессъ жизни социальной, политической и духовной вообще. Не сознаніе людей опредѣляетъ ихъ бытіе, но, напротивъ, общественное бытіе опредѣляетъ ихъ сознаніе“⁴⁾.

Когда имѣется въ виду установить важность экономическаго фактора въ образованіи права, когда утверждается, что право развивается, складывается подъ условіемъ склада экономическихъ отношеній, то противъ этого невозможно возражать съ точки зрѣнія исторической дѣйствительности. Исторія права даетъ не мало подтвержденій такому положенію. Всюду наблюдается обра-

²⁾ Марксъ, *Къ критикѣ гегелевской философіи права* (Литературное наследіе, т. I, русск. пер., 1907, стр. 343).

³⁾ Марксъ, *Къ критикѣ политической экономіи*, русск. пер., 1907, предисловіе, стр. XII.

⁴⁾ Марксъ, *Къ критикѣ политической экономіи*, русск. пер., 1907, предисловіе, стр. XIII.

зованіе общественныхъ классовъ, какъ группировка по общности интересовъ, которая вызывается средствомъ и различіемъ въ отношеніи къ распредѣленію капитала и труда. Фактическое вліяніе въ государствѣ обезпечивается за классомъ, имѣющимъ наибольшую экономическую силу. Соответственно тому политическій порядокъ складывается всегда въ пользу предоставленія власти экономически сильнѣйшему классу. Борьба за фактическое вліяніе, въ связи съ нарастаніемъ новой экономической силы, приводитъ къ процессу преобразования государственнаго права. Въ эпоху натурального хозяйства, когда основною цѣнностью является земля, право дать участіе во власти землевладѣльческому классу, окружающему монарха. Постепенно на почвѣ дѣйствующаго права происходитъ перестановка богатства. Рядомъ съ помѣстьемъ становится торговый и промышленный капиталъ, который приводитъ къ представительному образу правленія, съ высокимъ цензомъ, обезпечивающимъ соучастіе во властвованіи дворянства и буржуазіи. Далѣе, экономическое движеніе приводитъ къ появленію большого и сильнаго по интересамъ пролетаріата, давленіе котораго влечетъ къ всеобщему избирательному праву. Мы наблюдаемъ въ настоящее время весьма рѣзкое измѣненіе въ юридическомъ положеніи женщины, которая надѣляется политическими избирательными правами,—и не можетъ быть сомнѣнія, что это преобразование въ правѣ имѣетъ свои корни въ приобрѣтенной женщиною экономической самостоятельности.

Съ точки зрѣнія экономическаго матеріализма уголовное право есть система карательныхъ мѣръ, направленныхъ къ защитѣ положенія экономически господствующаго класса. Уголовные законы охраняютъ, подѣ страхомъ наказанія, тѣ экономическіе интересы, которымъ, при данномъ экономическомъ складѣ, угрожаетъ наибольшая опасность. Всякое измѣненіе въ экономическомъ строѣ должно логически вызывать передвиженіе нормъ уголовного права.

Можно считать преувеличеніемъ утвержденіе, что „вся система современнаго права есть не что иное, какъ регламентированный по параграфамъ и статьямъ порядокъ господства интересовъ имущихъ классовъ надъ интересами неимущихъ“³⁾. Про-

³⁾ Газе; *Классовое правосудіе*, русск. пер., 1907, стр. 10.

тивъ этого выдвигаютъ нерѣдко возраженіе, что нормы права создаются иногда явно къ невыгодѣ господствующаго класса, какъ, напр., фабричное законодательство. Въ свою очередь это возраженіе опровергается тѣмъ, что подобнаго рода нормы являются результатомъ соперничества двухъ господствующихъ классовъ—землевладѣльческаго и торгово-промышленнаго, а съ другой стороны—результатомъ возрастающей соціальной силы того класса, который пока все же остается слабымъ и обездоленнымъ.

Но, если уголовное право нельзя считать исключительно системою защиты господствующаго класса, то все же останется вѣрнымъ, что вновь выдвигающіеся экономическіе интересы господствующаго класса заставляютъ законодателя ограждать ихъ отъ угрожающей имъ опасности. Такимъ образомъ, уголовные законы видоизмѣняются примѣнительно къ перестановкѣ экономическихъ интересовъ. Экономическій факторъ объясняетъ намъ сильное карательное реагированіе крестьянина на нарушеніе его имущественныхъ интересовъ по сравненію съ нарушеніями противъ его здоровья, чести, свободы. Экономическая конкуренція выдвигаетъ рядъ уголовныхъ законовъ, обезпечивающихъ средства борьбы однихъ предпріятій противъ другихъ, напр., поддѣлка товарныхъ знаковъ. Въ строгихъ карахъ противъ забастовокъ проявляется забота о защитѣ интересовъ предпринимателей противъ начинающихъ сознавать свою силу рабочихъ.

Въ области гражданскаго права, разграничивающаго экономическіе интересы, вліяніе экономики на право проявляется особенно ярко. Конечно, право собственности, свобода договора и институтъ наслѣдованія, тѣсно связанные съ капиталистическимъ строемъ, не являются только слѣдствіемъ изъ него, потому что они сложились задолго до него. Но вѣрно то, что эти институты могутъ принимать различные образы въ примѣненіи къ различію экономической обстановки. При мало развитомъ обмѣнѣ, при преимущественной потребительной оцѣнкѣ право собственности строится по началу строгой виндикаціи,—собственникъ можетъ взять свою вещь, гдѣ бы ее ни нашель, по какому бы основанію она ни попала къ владѣльцу. Наоборотъ, при общественномъ порядкѣ, когда на первое мѣсто выдвигается мѣновая цѣнность, когда предпріятія заинтересованы въ безпрепятственномъ пере-

движеніи вещей изъ одного хозяйства въ другое, право собственности строится на началѣ защиты добросовѣстнаго пріобрѣтателя,—собственникъ не можетъ взять своей вещи у лица, которое пріобрѣло ее добросовѣстнымъ путемъ. Свобода договора на протяжении XIX вѣка испытала вліяніе экономическихъ перемѣлъ. До половины этого столѣтія провозглашался принципъ полной свободы, насколько это требовалось для соглашеній между работодателемъ и рабочимъ, изъ которыхъ первый считалъ себя достаточно обеспеченнымъ своею экономической силою. Во второй половинѣ того же столѣтія, когда сами работодатели оказались въ зависимости отъ крупныхъ предпріятій, транспортныхъ, страховыхъ, банковыхъ, свобода договора стала смѣняться неизмѣнными условіями договора, начертанными самимъ закономъ. Въ институтѣ наследованія индивидуализація семьи, какъ слѣдствіе экономическихъ измѣненій, подорвавшихъ родовыя связи, создаетъ постепенное измѣненіе въ направленіи сокращенія лицъ, призываемыхъ къ наследованію.

Можно было бы безконечно увеличивать доказательства вліянія экономического фактора на правообразование. Можно бы указать на то преобразование, какое наблюдается повсюду въ гражданскомъ правѣ подъ воздѣйствіемъ торговаго права, испытывающаго ближайшимъ образомъ давленіе экономическихъ перемѣлъ. Можно было бы указать на то различіе въ складѣ гражданского права, какое наблюдается, напр., между гражданскимъ правомъ торговаго Новгорода XIII—XV вѣковъ и гражданскимъ правомъ земледѣльческой Москвы XV—XVII вѣковъ.

Но все это доказываетъ только огромное вліяніе экономическихъ условій на образование права. И все это не оправдываетъ заключенія, будто экономическій факторъ составляетъ единственную силу, двигающую образование права. Въ объясненіи образованія права съ точки зрѣнія экономического матеріализма замѣчаются двѣ ошибки: 1) игнорированіе идейнаго фактора и 2) устраненіе сознательности въ творествѣ права.

Пусть экономическія условія вліяютъ на идейную сторону. Но психика человека—не просто отраженіе экономики, она имѣетъ свои законы дѣйствія и развитія. Въ борьбѣ за право не все сводится къ отстаиванію своихъ матеріальныхъ выгодъ. Борцами

за новое право выступают не только тѣ, кто можетъ непосредственно выгадать отъ измѣненія, но и тѣ, кто можетъ потерять. Впечатлѣніе экономического неравенства, страданій однихъ при роскошествованіи другихъ, порождаетъ идею несправедливости такого порядка даже въ тѣхъ, для кого сохраненіе его составляетъ прямой расчетъ. Это объясняется тѣмъ, что новое впечатлѣніе падаетъ на подготовленную ранѣе плейную почву и, въ сочетаніи съ другими представленіями, двигаетъ мысль и волю человѣка въ направленіи, противоположномъ его матеріальнымъ интересамъ.

Съ другой стороны, невѣрна картина образованія права, рисуемая экономическимъ матеріализмомъ, и въ томъ отношеніи, что весь процессъ правообразованія пріобрѣтаетъ характеръ механической, съ устраненіемъ сознательности. Экономическій матеріализмъ какъ бы не признаетъ сознательной борьбы за право, хотя социаль-демократія, принявшая это ученіе, какъ основу политики, стремится всѣми силами развить въ рабочихъ сознательность и организовать ихъ для борьбы. Экономическій матеріализмъ игнорируетъ идею психического труда въ преобразованіи права. А между тѣмъ духовная инициатива и духовная инерція въ процессѣ образованія права играютъ выдающуюся роль.

Если Марксу и удалось перевернуть діалектику Гегеля „вверхъ ногами“, все же историческій процессъ, въ его изображеніи, оказывается не столько закономѣрнымъ, сколько діалектическимъ. Переходъ къ капиталистическому строю и отъ капиталистическаго къ социалистическому состоитъ въ развитіи и примиреніи противорѣчій. Въ сущности весь историческій процессъ, а слѣдовательно и процессъ правообразованія, представляется въ видѣ „мертвого механизма“, соответствующаго процессу въ физическомъ мірѣ. Въ общественной жизни, какъ и въ природѣ, всѣ явленія таятъ въ себѣ противорѣчіе, потому что всякое явленіе само изъ себя развиваетъ тѣ элементы, которые рано или поздно положить конецъ его существованію, превратятъ его въ собственную противоположность. Если теперь принять въ соображеніе, что право—только надстройка въ экономикѣ и что экономика развивается діалектическимъ путемъ, то легко придти къ выводу о предопредѣленности права, весьма близкому къ взгляду „фривольной“ исторической школы.

§ 51.

Происхождение права.

Литература: D'Agnano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, 1890, стр. 1—140; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд., 1906, стр. 169—242; Gropali, *Filosofia del diritto*, 1906, стр. 233—378; Pagano, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 1908, стр. 111—125; Fragarane, *Il problema delle origini del diritto*, 1896; Labriola (Teresa), *Dello sviluppo storico del diritto*, 1907; Pascot, *La vera origine del diritto*, 1905; Carle, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, 1903, стр. 113—182; Richard, *L'origine de l'idée du droit*, 1893; Picard, *Le droit pur*, 1908, стр. 227—281; Rolin, *Prolegomenes à la science du droit*, 1911, стр. 85—97.

Вопросъ объ образованіи права распадается на два весьма отличныхъ другъ отъ друга вопроса: о происхожденіи права и о развитіи права. Вопросъ о происхожденіи права есть вопросъ о томъ, какъ образовалось въ обществѣ то явленіе, которое именуется правомъ. Вопросъ о развитіи права есть вопросъ о томъ, каковы факторы, подъ влияніемъ которыхъ происходитъ преобразование права.

Одинаково ошибочно какъ утвержденіе, что право всегда было, такъ и утвержденіе, что право сразу появилось въ видѣ дара боговъ или въ видѣ изобрѣтенія, выдумки людей. Право создано незамѣтными переходами, путемъ дифференціаціи изъ однородной массы правилъ общежитія. Долгое время не замѣчати, какъ постепенно наростало новое явленіе, пока оно не достигло такой степени самостоятельности, что обратило на себя вниманіе и возбудило о себѣ вопросъ. Это вниманіе, вѣроятно же всего, было возбуждено чьими-то интересами, которые вдругъ почувствовали себя задѣтыми какою-то новою силою, дѣйствіе которой до сихъ поръ не подозрѣвали.

Гдѣ есть общество, тамъ имѣются и правила общежитія. На самыхъ раннихъ ступеняхъ эти правила представляютъ однородную недифференцированную массу. Типичнымъ отраженіемъ первоначальной однородности можетъ служить индійское законодательство Ману, въ которомъ право, мораль, приличіе, религія еще вовсе не разошлись.

Всѣ нормы въ это время неразрывно связаны между собой,

всѣ одинаково глубоко проникли въ сознание каждаго, какъ правила должнаго. Здѣсь еще нѣтъ никакого разлада между нормами, какъ онѣ есть, и нормами, какъ онѣ должны быть,—должно быть, какъ есть, и есть, какъ должно быть. Соблюденіе этихъ нормъ охраняется давленіемъ общественной среды, не допускающей никакихъ уклоненій отъ точнаго ихъ выполненія, и отсутствіемъ критики въ поведеніи каждаго члена.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе правилъ происходило, оно встрѣчало реакцію со стороны того, чьи интересы такой поступокъ нарушалъ. Онъ самъ пытался защитить свои интересы, и чувство мести было побудителемъ къ отстаиванію ихъ, а силу придавало сознание своей правоты, которая брала верхъ надъ неувѣренностью противника. Принципы самоуправства, самопомощи встрѣчается всюду на начальныхъ ступеняхъ. Періодъ самоуправства наблюдается въ исторіи римскаго права ¹⁾. У галловъ, до вторженія германскихъ племенъ, не было судебной организаціи; защита заключалась въ силѣ. Тотъ, кому причиняли вредъ, личный или имущественный, самъ долженъ былъ позаботиться объ охранѣ своихъ интересовъ ²⁾. Долгое время въ исторіи процесса сохраняются слѣды первоначальнаго самоуправления. По древнѣйшей Русской Правдѣ охрана права прежде всего дѣло самозащиты и самоуправления ³⁾.

На ряду съ самопомощью защита правилъ общежитія поддерживалась судомъ общественнаго авторитета. Къ нему долженъ былъ чаще всего прибѣгать тотъ, кто чувствовалъ себя слишкомъ слабымъ, чтобы отстоять личными силами свои интересы. Это не былъ судъ, организованный властью, это былъ судъ добровольный, наподобіе современнаго третейскаго суда. Въ такихъ случаяхъ судьями выступали обыкновенно старцы. То обстоятельство, что всюду мы встрѣчаемся съ судьями изъ старѣйшинъ, объясняется тѣмъ, что когда нѣтъ писанныхъ законовъ, старые люди являются живыми хранителями старинны, а опытность, связанная съ продол-

¹⁾ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4 изд., 1906, стр. 964.

²⁾ Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, т. I, 1887, стр. 122. Самъ Глассонъ этого мнѣнія не раздѣляетъ.

³⁾ Энгельманъ, *Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства*, изд. 2, 1904, стр. 10.

жительною жизнью, внушала особую авторитетность ихъ сужденіямъ. Авторитетными лицами, суду которыхъ охотно подчинялись, были часто жрецы, напимѣръ, въ Галліи, по словамъ Цезаря, друиды ⁴⁾. Воодушевленный общественной поддержкою, потерпѣвшій находилъ въ себѣ и въ средѣ достаточно силы противъ обезсиленнаго рѣшеніемъ противника.

Но наступаетъ моментъ, когда изъ общей массы правилъ общежитія начинаетъ выдѣляться группа, получившая съ теченіемъ времени настолько рѣзкіе отличные признаки, что уже не могло быть сомнѣнія въ зарожденіи новаго явленія. Что же вызвало процессъ дифференціаціи, чѣмъ объясняется выдѣленіе изъ правилъ общежитія нормъ права?

Причины дифференціаціи заключаются въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, численный ростъ группы. Пока общественная среда невелика, жизнь и поведеніе каждаго человѣка проходятъ на глазахъ у всѣхъ. Ему не ускользнуть отъ вниманія и осужденія своихъ сожителей. Но сколько-нибудь значительное усиленіе личнаго состава тотчасъ же ослабляетъ вліяніе общества на личность, потому что вниманіе среды распределяется между большимъ числомъ единицъ, потому что каждая единица при этомъ сумѣетъ, хотя отчасти, освободить свое поведеніе отъ общественнаго контроля.

Во-вторыхъ, нарушеніе однородности группы. Пока личный составъ не обнаруживаетъ никакихъ различій, ни по происхожденію, ни по богатству, группа сплыва единствомъ своихъ интересовъ, взглядовъ, преданій. Но завоеванія подрываютъ эту однородность. Или побѣдители переселяютъ къ себѣ побѣжденныхъ, или сами поселяются среди нихъ, заставляя ихъ работать на себя. Въ предѣлахъ одной и той же группы сталкиваются уже заранѣе прямо противоположные интересы, воззрѣнія, выработанныя въ разное время, при разныхъ условіяхъ. То, что съ точки зрѣнія побѣдителей дурно, то съ точки зрѣнія побѣжденныхъ хорошо; то, что первые будутъ порицать, то вторые будутъ одобрять. А между тѣмъ общественное мнѣніе только и сильно своимъ единствомъ. Тогда становится ясна недостаточность этого способа охраны правилъ общежитія.

⁴⁾ Caesar, *De bello gallico*, кн. VII, § 13.

Въ-третьихъ, ростъ общественной группы и нарушение ея однородности приводитъ къ увеличенію числа правилъ, создаваемыхъ для сохраненія сплоченности. Какъ бы медленно ни развивалась жизнь, а все же число правилъ постепенно накапливается. Удержаніе всѣхъ ихъ въ памяти становится затруднительнымъ для стариковъ, а отсутствіе письменности и грамотности возлагаетъ всю надежду на человѣческую память. Возможно, что болѣе новыя правила не вполне согласуются съ прежними. Въ дѣйствіи общественнаго миѣнія появится нѣкоторое замѣшательство, которымъ готовы воспользоваться одни члены за счетъ другихъ. При такомъ положеніи становится очевидной необходимость выдѣленія особой группы нормъ, поддерживаемой болѣе энергичными средствами.

Самый процессъ дифференціаціи нормъ права обусловливается нарожденіемъ въ общественной средѣ новаго явленія,—суда отъ имени власти. Зародышъ права — въ обособленіи суда, организованнаго политической властью, отъ суда общественнаго. Какъ только политическая власть стала обнаруживать свое значеніе, такъ сдѣлалось вполне естественнымъ обращеніе къ ней за помощью для защиты своихъ интересовъ. Къ новой силѣ обращались за защитой тѣ, которые не надѣялись на общественный судъ или потому, что считали недостаточнымъ его рѣшеніе, или потому, что боялись неблагоприятнаго рѣшенія. Для князей, королей вмѣшательство въ судъ представляло интересъ съ точки зрѣнія сборовъ, взимаемыхъ за оказываемую помощь.

Судъ отъ власти судилъ первоначально не по особымъ правиламъ и не безъ участія общества. Судъ происходилъ среди всѣхъ собравшихся, къ которымъ судья обращался за указаніемъ нормъ, или съ привлеченіемъ наиболѣе почетныхъ старцевъ къ постановкѣ рѣшенія. Особенность этого суда заключалась въ соединеніи двухъ авторитетовъ: общественнаго, въ лицѣ старшинъ, и политическаго, въ лицѣ судьи. Такъ, наприм., у германцевъ мы встрѣчаемъ съ такъ называемымъ *Weisthum*, т. - с. съ миѣніемъ, высказаннымъ избранными и опытными людьми по поводу обращеннаго къ нимъ со стороны судьи запроса, какъ слѣдуетъ рѣшать данное дѣло ⁵⁾. Однако, хотя содержаніе рѣ-

⁵⁾ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, т. I, 1887, стр. 110.

шенія исходило отъ общественнаго авторитета, но самое рѣшеніе, съ приказомъ подчиниться ему, исходило уже отъ политическаго авторитета судьи⁶⁾.

Но судъ власти не могъ долго выдержать этой роли. Пользуясь своимъ авторитетомъ и побуждаемый интересами тѣхъ, кто стоялъ ближе къ власти, судъ началъ дѣлать выборъ между тѣми правилами, которыя ему предлагались общественными элементами, поддерживавъ одни правила, отвергалъ другія. Далѣе, судъ основывается на своихъ прежнихъ рѣшеніяхъ, независимо отъ соотвѣтствія ихъ общепринятымъ правиламъ, даже вопреки имъ. Примѣнительно къ такой самостоятельности, принятой судомъ власти, онъ сталъ все больше отрѣшаться отъ общественныхъ элементовъ. Сначала судъ происходилъ въ собраніи, при участіи всѣхъ собравшихся, потомъ при участіи выборныхъ для даннаго случая, потомъ выборныхъ на срокъ, которые неволью ассимилировались съ судьями князя или короля, наконецъ, во все безъ ихъ участія.

Тотъ моментъ, когда судъ сталъ выбирать изъ предложенныхъ ему правилъ или сталъ творить новыя правила путемъ прецедента,—былъ моментомъ обнаруженія права. Впервые возникаетъ представленіе о томъ, что существуютъ правила, расходящіяся съ общепризнанными. Если въ общемъ, даже при судѣ власти, поддерживается гармонія между правомъ и правдой, то проскальзываетъ уже мысль о противоположности между правдой и кривдой. „Правда у Бога, кривда на землѣ“, „у княжихъ намѣстниковъ правда взлетѣла на небо, и кривда въ нихъ нача ходити“⁷⁾.

Несмотря на обнаруженный разладъ, близость нормъ права къ прежней массѣ правилъ общежитія проявляется уже въ самомъ названіи. Корни „право“ и „правда“ своею близостью показываютъ на создавшееся представленіе о соотвѣтствіи права нравственнымъ возрѣніямъ, на что указываетъ также и позднѣйшее слово справедливость, т.-е. то, что согласно съ правдой.

Недостаточная дифференцированность первоначальныхъ нормъ права выражается въ той тѣсной связи права съ религіей и мо-

⁶⁾ Группег, *Deutsche Rechtsgeschichte*, т. I, 1887, стр. 149—150.

⁷⁾ Загоскинъ, *Курсъ исторіи русскаго права*, т. I, 1906, стр. 108.

ралю, какая долго еще сопутствуетъ развитію права. Хотя у римлянъ рано обнаружилось разграниченіе между *fas* и *nefas*, все же религиозный моментъ проникаетъ различныя области права, какъ публичнаго, такъ и частнаго ⁸⁾. То же самое наблюдается и въ древне-германскомъ правѣ, которое требовало, чтобы судья испросилъ жрецовъ, насколько время и мѣсто судебного разбирательства соотвѣтствуютъ волѣ боговъ ⁹⁾. Въ дѣятельности римскаго цензора нравовъ сказывается, какъ мало успѣла правовая оцѣнка оторваться отъ нравственной оцѣнки поведения.

Обнаруженіе совершенно новаго явленія въ общественной жизни настолько поразило воображеніе, что праву стали приписывать божественное происхожденіе. Почти у всѣхъ народовъ сохранилось преданіе о томъ, какъ боги дали людямъ право. Это представленіе выразилъ въ Греціи Демосеенъ, назвавшій право „изобрѣтеніемъ и даромъ боговъ“ ¹⁰⁾. Людямъ было трудно примириться съ мыслью, чтобы такое могучее средство поддержанія общественныхъ связей, какъ право, могло быть дѣломъ рукъ простыхъ смертныхъ.

Что же замѣчательнаго обнаружено было въ этомъ средствѣ? Почему происхожденіе права можно было связывать съ божественнымъ вмѣшательствомъ? Эта идея могла внушаться тѣмъ, кому было выгодно придать большее значеніе праву, обеспечивающему ихъ интересы. Но эта идея могла сама создаться въ умѣ тѣхъ, кто усмотрѣлъ въ правѣ защиту противъ произвола и насилія со стороны болѣе могущественныхъ. Здѣсь мы подошли къ вопросу, явилось ли право новымъ средствомъ подчиненія слабыхъ элементовъ общества господству сильнѣйшихъ, или же оно создалось, какъ средство обезпеченія слабѣйшихъ элементовъ противъ давленія сильныхъ.

Трудно сомнѣваться, что судъ, какъ органъ власти, начавъ отборъ нормъ или творчество ихъ, дѣйствовалъ въ интересѣ властвующихъ. Трудно отрицать, что усмотрѣвъ возможность воздѣйствовать на населеніе путемъ установленныхъ нормъ, вла-

⁸⁾ Хвостовъ, *Исторія римскаго права*, 3 изд., 1910, стр. 65—66.

⁹⁾ Вуннер, *Deutsche Rechtsgeschichte*, т. I, 1887, стр. 146.

¹⁰⁾ *Ἐξέλιξις καὶ ἀνάγκη τῶν νόμων* (I. 2. D. de legibus, 1, 3).

ствующие создавали нормы права, чтобы обезпечить себя организованнымъ дѣйствіемъ своей силы. Но нельзя отрицать, что организованный порядокъ соответствовалъ и интересамъ слабѣйшихъ, потому что освобождалъ ихъ отъ страха постоянного произвола со стороны властвующихъ. Отсюда это настойчивое требованіе опредѣленнаго и яснаго закона, которое мы встрѣчаемъ всюду, и которое такъ ярко раскрылось въ римской исторіи, въ борьбѣ за изданіе XII таблицъ. Право обезпечиваетъ сильнымъ планомерное использование своей (фактической) силы, но право обезпечиваетъ слабѣйшихъ отъ случайныхъ и неожиданныхъ актовъ произвола ¹¹⁾.

Исторія права всѣхъ народовъ показываетъ намъ вездѣ почти одинъ и тотъ же порядокъ, въ какомъ происходилъ переходъ къ правовой нормировкѣ. Прежде всего правовой охранѣ подвергается личная неприкосновенность носителей установившейся власти. Право угрожаетъ самымъ суровымъ наказаніемъ за всякое покушеніе на жизнь и здоровье лицъ, стоящихъ у власти или ближе къ власти. Это относится къ князю, жрецамъ, дружинѣ. Уголовное право за политическія преступленія выступаетъ какъ первый рядъ нормъ права, исходящихъ отъ политической власти. Вообще уголовное право составляетъ главное содержаніе юридическихъ памятниковъ. Въ Салической Правдѣ изъ 293 статей только 25 не имѣютъ карательнаго характера. По замѣчанію англійскаго юриста Семнеръ Мэна, сравнивая между собой различныя варварскіе законы, можно найти, что чѣмъ сборникъ древнѣе, тѣмъ больше его уголовное содержаніе. За уголовнымъ правомъ слѣдуютъ нормы, опредѣляющія, что должно вносить населеніе въ пользу власти,—это дань, уроки, налоги. Далѣе слѣдуютъ нормы процессуальныя. Опредѣленіе порядка судопроизводства составляетъ важное содержаніе древнихъ юридическихъ памятниковъ. Это легко понять, если принять во вниманіе, что низшіе классы заинтересованы, главнымъ образомъ, въ томъ, чтобы судили не по произволу, а по установленнымъ правиламъ. Это первая уступка, дѣлаемая господствующимъ клас-

¹¹⁾ Ward, *Sociologie pure*, т. I, 1906, стр. 256—257; Worms, *Philosophie des sciences sociales*, т. III, 1907, стр. 220; см. три фазиса въ правообразованіи на стр. 222.

сомъ всей массѣ населенія. И только на послѣднемъ планѣ выступаютъ уже нормы гражданского права. Сначала власть стремится укрѣпить свое положеніе, и отношенія между подданными ее не интересуютъ: это ихъ дѣло, а не государственное. Только много позднѣе власть приходитъ къ сознанію, что истинная опора ея въ самомъ обществѣ, а слѣдовательно, чѣмъ прочнѣе правовой порядокъ, тѣмъ тверже основа, на которой держится государственная власть.

§ 52.

Развитіе права.

Литература: Goppali, *Filosofia del diritto*, 1906, стр. 284—313; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд. 1908, стр. 213—242; d'Agano, *La genesi e l'evoluzione del diritto privato*, 1890, стр. 118—140; Morasso, *L'evoluzione del diritto*, 1892; Тапонъ, *Эволюція права и общественное сознаніе*, рус. пер. 1904; Tarde, *Les transformations du droit*, 1893.

Многообразіе и разнообразіе нормъ права, встрѣчающіяся въ исторической дѣйствительности, не въ состояніи подорвать твердо установленной закономерности въ развитіи права. Трудно утверждать, что всюду, у всѣхъ народовъ, процессъ правообразования протекаетъ въ однѣхъ и тѣхъ же формахъ. Но не подлежитъ сомнѣнію, что наблюдаемое различіе въ процессѣ развитія есть также дѣйствіе законовъ.

Развитіе права не представляетъ собою чего-либо отличнаго отъ общаго соціального развитія. Разсмотрѣніе процесса правообразования есть не что иное, какъ научное отвлеченіе отъ цѣльнаго историческаго процесса. Въ дѣйствительности право, государство, нравы, религія, искусство, наука, матеріальная культура развиваются рука объ руку, въ постоянномъ взаимодѣйствіи и связи, какъ элементы развитія общественности.

Первоначальный характеръ права соответствовалъ психологиче- малоразвитого общества. Его отличительныя черты, встрѣчающіяся всюду, гдѣ исторія сохранила слѣды, заключаются въ слѣдующемъ.

Прежде всего консерватизмъ права. Авторитетъ нормъ права основывается не на ихъ цѣлесообразности, а на ихъ старинѣ.

Поэтому создавшееся право трудно поддается преобразованию. Причины консерватизма права слѣдуетъ искать, съ одной стороны въ устойчивости внѣшнихъ условій жизни, а съ другою— въ психологической неспособности человѣка къ воспріятію нововведеній. Право находится всецѣло подъ дѣйствіемъ традиціи, которая сама поддерживается косностью мысли человѣка. Сколько-нибудь быстрое преобразование права встрѣчаетъ затрудненіе и въ томъ, что право выражается въ формѣ обычая, измѣненіе котораго связано съ измѣненіемъ общественнаго мнѣнія.

Вторая характерная черта—формализмъ. Юридическіе акты облакаются въ опредѣленную форму, которая должна быть соблюдаема строго и неукоснительно. Малѣйшее нарушеніе формальной стороны уничтожаетъ все значеніе акта. Эта форма состоитъ въ произнесеніи словъ по точно выработанной формулѣ, въ привлеченіи свидѣтелей опредѣленнаго рода и въ опредѣленномъ числѣ. Требованіе формы основывается не на сознательномъ расчетѣ, какой выдвигается иногда законодателемъ, который, устанавливая для сдѣлки форму, желаетъ заставить человѣка вдуматься въ значеніе совершаемаго акта, а на психологій малоразвитого человѣка, который не способенъ отличить сущность дѣйствія отъ внѣшней его стороны, котораго вниманіе останавливается не на волѣ, выражаемой въ дѣйствіи, а на внѣшнемъ ея проявленіи.

Третья черта—символизмъ. Юридическіе акты должны сопровождаться символами, выражающими въ конкретной формѣ абстрактную идею. Если въ началѣ споръ о земельномъ участкѣ происходилъ на немъ самомъ, то съ перенесеніемъ процесса въ судъ необходимо было доставить глыбу спорной земли. Если собственность пріобрѣталась въ набѣгѣ оружіемъ, то споръ о правѣ собственности между членами одной и той же общественной группы долженъ былъ выразиться въ прикосновеніи копьемъ къ спорному предмету. Символизмъ права соотвѣтствовалъ конкретности мышленія малоразвитого человѣка, который не въ состояніи отвлечься отъ тѣхъ случаевъ, во всеі ихъ обстановкѣ, когда правило поведенія проявлялось въ жизни.

Наконецъ, слѣдуетъ имѣть въ виду, для характеристики

исходныхъ моментовъ въ развитіи права, что право мало обособилось отъ нравовъ, морали, религіи.

Процессъ правообразованія заключается именно въ постепенной все большей дифференціаціи права въ средѣ правилъ общежитія, въ дифференціаціи, происходящей внутри права, и въ интеграціи нормъ права, которая выражается въ томъ, что, не смотря на постоянное возрастаніе числа нормъ права, происходитъ соединеніе и координированіе ихъ въ институты. Этотъ процессъ происходитъ подъ воздѣйствіемъ ряда фактовъ, все болѣе измѣняющихся характерныя черты первоначальнаго права.

Процессъ правообразованія испытываетъ на себѣ дѣйствіе матеріальнаго фактора, подъ которымъ слѣдуетъ понимать тѣ внѣшнія условія, въ которыхъ развивается право. Сюда прежде всего относится природа того мѣста, гдѣ живетъ общество, въ средѣ котораго происходитъ процессъ правообразованія. Для направленія, какое можетъ принять правообразованіе, далеко не безразлично, находится ли общежитіе у берега моря или оно расположилось вдали отъ него, сплочено ли населеніе окружающими горами или разсыпалось по равнинѣ. Политическій строй и право народа, живущаго земледѣліемъ, отличаются большею консервативностью, чѣмъ строй и право торговаго народа, живущаго у моря и легко поддающагося переменамъ, потому что сама торговля вырабатываетъ подвижность, совершенно несвойственную однообразному земледѣлію. Сплоченное населеніе, при большей остротѣ столкновенія интересовъ, строже держится правовыхъ формъ, нежели населеніе, разсѣянное на значительномъ пространствѣ, менѣе нуждающееся въ точномъ урегулированіи отношеній. Матеріальный факторъ слѣдуетъ видѣть и въ расовой особенностн, насколько въ одной и той же мѣстности разныя расы могутъ дать далеко различныя культуру и право, какъ, напр., древніе греки и современные турки. Матеріальный факторъ въ настоящее время выражается главнымъ образомъ въ экономическомъ строѣ. Если бы мы не знали степень экономической культуры какого-нибудь народа, но имѣли бы даннымъ его право,—мы могли бы воспроизвести высоту его экономического развитія по правовымъ даннымъ.

Рядомъ съ матеріальнымъ факторомъ на развитіе права оказываетъ рѣшающее вліяніе идейный факторъ, подъ которымъ слѣдуетъ главнымъ образомъ понимать ростъ сознательности человѣка. Подчиняясь первоначально силамъ природы, человѣкъ начинаетъ познавать эти силы и приспособлять внѣшній міръ къ своимъ потребностямъ. То же самое наблюдается и въ отношеніи соціальной среды. Сначала человѣкъ чувствуетъ себя даннымъ въ обществѣ, какъ и въ природѣ, среда—это фактъ, не допускающій критики. Но постепенно, на почвѣ сравненія различнаго положенія, занимаемаго людьми въ этой средѣ, на почвѣ противопоставленія интересовъ, пробуждается критическая мысль, оцѣнивающая условія общественнаго существованія. Являясь сначала достояніемъ незначительнаго меньшинства, сознательная критика общественности распространяется по все большимъ кругамъ. Критическая мысль пробуждается и работаетъ все болѣе усиленнымъ темпомъ по мѣрѣ того, какъ все быстрѣе измѣняются внѣшнія условія существованія. Сознаніе направляется на приспособленіе общественной среды къ цѣлямъ достойнаго существованія человѣка, къ обезпеченію интересовъ матеріальныхъ и духовныхъ каждой личности. Оружіемъ такого сознательнаго воздѣйствія служитъ законъ, въ которомъ полнѣе всего выразилась дифференціація права и которое лучше всего отвѣчаетъ задачѣ сознательнаго нормированія взаимныхъ отношеній между людьми въ обществѣ.

Чѣмъ сильнѣе вытѣсняетъ сознательность традицію, тѣмъ болѣе острый характеръ принимаетъ борьба за право, какъ важный факторъ въ процессѣ правообразованія. Путемъ права господствующіе классы укрѣпляютъ свою позицію, хотя бы цѣною частичныхъ уступокъ, путемъ права низшіе классы завоевываютъ новыя позиціи на пути улучшенія личнаго и матеріальнаго благосостоянія, хотя бы цѣною временнаго примиренія съ неравенствомъ положенія. Эта борьба сводится такимъ образомъ къ отстаиванію стараго права со стороны заинтересованныхъ въ сохраненіи существующаго порядка, и къ проведенію новаго права со стороны заинтересованныхъ въ измѣненіи этого порядка. Борьба принимаетъ видъ столкновеній то на почвѣ физической силы, то на почвѣ идейной. Въ жизни общества наступаютъ

иногда острые моменты, когда борьба за право разрѣшается путемъ революцій, возстаній, бунтовъ. И этотъ способъ борьбы обусловливается недостаткомъ иныхъ способовъ. Но сознательное отношеніе къ общественному строю приводитъ къ убѣжденію, что для предотвращенія кровавыхъ столкновеній необходимо открыть широкій правовой просторъ для идейной борьбы, которая бы сводилась къ убѣжденію общественной массы въ необходимости преобразования права въ томъ или иномъ направленіи съ цѣлью примиренія недовольныхъ съ существующимъ порядкомъ.

Процессъ правообразования испытываетъ на себѣ еще дѣйствіе весьма крупнаго фактора—заимствованія. Право не развивается исключительно въ нѣдрахъ одного народа тѣми силами, какія заложены въ данномъ общественномъ союзѣ. Национальный характеръ право носить только въ самомъ началѣ культурной жизни, когда общественный союзъ держится изолированно, какъ это было съ *jus civile* римлянъ. Чѣмъ больше втягивается народъ въ жизнь другихъ народовъ, тѣмъ болѣе испытываетъ онъ воздѣйствіе чужого права. Это вліяніе первоначально выражается въ двойной формѣ: путемъ военнаго столкновенія и путемъ коммерческаго соприкосновенія. Военный успѣхъ нерѣдко сопровождался навязываніемъ права побѣдителей побѣжденнымъ, которые постепенно примираются съ нимъ. Съ такимъ фактомъ мы встрѣчаемся, напр., въ исторіи Англіи, когда нормандское право послѣдовательно вытѣсняло право побѣжденныхъ саксовъ, то же явленіе наблюдается въ новѣйшей исторіи, когда *Code civil* поневолѣ принимался рядомъ народовъ, изъ которыхъ нѣкоторые сохранили его и послѣ паденія французскаго господства. Коммерческія отношенія были первыми проводниками чужого права, какъ это произошло въ томъ же Римѣ на почвѣ *jus gentium*, и потомъ неоднократно повторялось въ исторіи Западной Европы. Степень экономическихъ связей, соединяющихъ одну страну съ другой опредѣляетъ и правовую близость ихъ не только потому, что сходство экономическихъ условій порождаетъ сходство права, а также и потому, что совершеніе сдѣлокъ на почвѣ международнаго обмѣна должно неминуемо привести къ стиранію особенностей права каждой страны, нормирующаго эти сдѣлки. Наконецъ, на высшей

ступени заимствованіе производится путемъ сознательнаго перенесенія къ себѣ учрежденій и правовыхъ институтовъ, соотвѣтствующихъ цѣлямъ общежитія и обезпечивающихъ государство въ его борьбѣ за существованіе съ другими государствами.

Въ процессѣ своего развитія право все болѣе стремится обособиться, отстоять свои специфическія черты. Тѣсно связанное съ религіей вначалѣ, право въ дальнѣйшемъ сбрасываетъ съ себя религіозный покровъ и обнаруживаетъ тенденцію стать чисто-государственнымъ. Въ области гражданскаго права, раньше всѣхъ отдѣловъ, обязательственное право, подъ вліяніемъ торговаго оборота, освобождается отъ религіознаго вліянія. Ярче всего это сказалось въ борьбѣ за свободу договора, противъ каноническихъ запрещеній взимать процентъ. Дольше всего и упорнѣе всего держится религіозное вліяніе въ области брачнаго права, гдѣ религіозная форма юридическаго акта продолжаетъ до сихъ поръ сохраняться въ нѣкоторыхъ странахъ, какъ, напр., въ Россіи. Напротивъ, другія страны, съ болѣе развитымъ государственнымъ строемъ и правовымъ порядкомъ, поставили брачное право на чисто-юридическую почву. Въ области уголовнаго права разрывъ между правомъ и религіей обнаруживается въ уничтоженіи карательныхъ нормъ, направленныхъ противъ отступничества отъ государственной религіи, въ устраненіи уголовныхъ наказаній за публичное проявленіе своихъ сектантскихъ взглядовъ, за пропаганду своего вѣроисповѣданія, наконецъ, въ провозглашеніи свободы религіозной свободы совѣсти. Съ отдѣленіемъ государства отъ церкви торжествуетъ принципъ секуляризаціи права. Въ расхожденіи права и религіи обнаруживается истинный, непримиримый характеръ каждой изъ этихъ сферъ.

Такъ же сильно обнаруживается стремленіе права обособиться отъ морали. Эта цѣль достигается тѣмъ легче, чѣмъ совершеннѣе становится законодательный аппаратъ, который пріобрѣтаетъ способность работать безъ моральнаго двигателя. Общество и государство воздѣйствуютъ каждое своимъ средствомъ. И это отличіе права отъ морали не стирается оттого, что государственная власть, становясь все болѣе подъ контроль общественнаго мнѣнія, вынуждена въ своемъ правовомъ творчествѣ прідерживаться моральныхъ требова-

нии общества. Мораль все болѣе вліяетъ на то, какое право образуется, но созданное право дѣйствуетъ независимо отъ морали.

Такова дифференціація права въ процессѣ развитія права среди другихъ правилъ общежитія. Въ то же время внутри права, по мѣрѣ его развитія, происходитъ новый процессъ дифференціаціи. Вначалѣ единое, право въ дальнѣйшемъ распадается на части, довольно далеко расходящіяся въ своихъ главныхъ характерныхъ чертахъ. Прежде всего право распадается на двѣ большихъ области, на публичное и частное право, съ рѣзко выраженными чертами отличія. Въ предѣлахъ каждой области идетъ дальнѣйшій процессъ дифференціаціи.

Увеличиваясь въ количественномъ отношеніи и отличаясь качественно какъ извнѣ, такъ и внутри, нормы права въ то же время обнаруживаютъ стремленіе къ интеграціи. Выдвигаясь вначалѣ по мѣрѣ того, какъ жизнь создаетъ случаи, требующій нормированія, и пріобрѣтая поэтому казуистическій характеръ, право въ дальнѣйшемъ, при сознательномъ творчествѣ, захватываетъ случаи не только бывшіе, но и возможные, и пріобрѣтаетъ абстрактный характеръ. Нормы права не становятся рядомъ другъ съ другомъ, на равномъ положеніи, но преобразуются въ стройную систему, гдѣ нормы располагаются іерархически. Чѣмъ развитѣе право, тѣмъ сильнѣе абстрактность беретъ верхъ надъ казуистичностью, тѣмъ меньшее число положеній необходимо для того, чтобы охватить съ правовой стороны наибольшую область жизненныхъ отношеній.

281/2

Г. Ф. Шершеневичъ.

~~88378~~

ОБЩАЯ
ТЕОРИЯ ПРАВА.

Выпускъ третій.



МОСКВА.
Издание Бр. Башмаковыхъ.
1912.

ГЛАВА IX.

Система права.

§ 53.

Основанія дѣленія.

Литература: Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, § 21; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, §§ 28 и 49; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд. 1905, стр. 41—67; Scherr, *Das öffentliche Recht im BGB.*, 1899; Наутион, *Principes de droit public*, 1910, стр. 302—365; Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, 1910, стр. 647—745; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 165—183; Кавелинъ, *Что есть гражданское право и идъ его предѣлы*, 1864.

Нормы объективнаго права въ своей совокупности составляютъ правовой порядокъ. Какъ бы ни различались однѣ нормы отъ другихъ по своей цѣли, содержанию и характеру, все же правовой порядокъ, какъ одна сторона социальной жизни, представляетъ собою единство. Это не единственный порядокъ въ обществѣ, но по свойству нормъ, его образующихъ,—это, несомнѣнно, единый порядокъ. И чѣмъ далѣе отъ современнаго намъ момента наблюдаемъ мы право, тѣмъ болѣе яснымъ представляется намъ его однородность, цѣльность.

Тѣмъ не менѣе теоретическія, педагогическія и практическія причины приводятъ къ необходимости расчленивъ дѣйствующее право по отдѣламъ. Съ теоретической стороны въ нормахъ права наблюдается внутреннее различіе по ихъ характернымъ чертамъ, которое требуетъ соответствующей классификаціи. Съ педагогической стороны огромный, все нарастающій матеріалъ права не допускаетъ одновременнаго изученія его безъ раздѣленія на ча-

сти. Наконецъ, съ практической точки зрѣнія, то обстоятельство, что разнымъ органамъ управленія, особенно судамъ, приходится имѣть дѣло съ различными группами нормъ, побуждаетъ найти болѣе или менѣе твердыя основанія для разграниченія подвѣдомственности. Всѣ эти причины вызвали въ наукѣ рядъ попытокъ къ раздѣленію права.

Существуютъ предложенія раздѣлить весь правовой матеріалъ на три части. Такъ, Варникѳнигъ предлагалъ различать три группы: частное право, публичное право и международное право, по степени убывающей защищенности ¹⁾. Эта классификація не можетъ быть принята въ виду высказаннаго раньше взгляда на международное право. Часть его, составляя положительное право государства, распределяется между гражданскимъ и публичнымъ правомъ ²⁾, тогда какъ часть, не имѣющая юридическаго характера, нормы международного общенія, по этой причинѣ не можетъ найти себѣ мѣста въ системѣ права.

Трехчленное дѣленіе предлагалъ также Вальтеръ, но на иныхъ основаніяхъ ³⁾. По своему нравственному назначенію человѣкъ принадлежитъ въ равной мѣрѣ государству, человѣчеству и церкви. Соответственно тому нормы права, подъ дѣйствіемъ которыхъ складывается его жизнь и дѣятельность, раздѣляются на государственныя, международныя и церковныя. Государственное право, т.-е. право, исходящее отъ государства, подраздѣляется, въ свою очередь, на публичное и частное. Однако, въ такъ наз. церковномъ правѣ слѣдуетъ различать нормы двоякаго рода: нормы, исходящія отъ государства и опредѣляющія положеніе церкви въ государствѣ, а съ другой стороны, нормы, выработанныя внутри самой церкви и опредѣляющія внутренній строй, отношенія между членами ея и т. п. Первый видъ нормъ есть составная часть государственнаго права, а второй, или каноническія правила, — вовсе не право. Если изъ классификаціи Валь-

¹⁾ W a r n i k ö n i g, *Juristische Encyclopädie*, 1853, стр. 66—67, 81—85.

²⁾ По мнѣнію Дюгн, *Конституціонное право*, рус. пер. 1908, стр. 78, все вообще международное право должно быть отнесено къ публичному праву, а по мнѣнію Петражицкаго, *Теорія права и государства*, т. II, стр. 740, все международное право слѣдуетъ отнести къ частному праву.

³⁾ W a l t e r, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 61—63. Также P u c h t a, *Cursus der Institutionen*, 10 изд., 1893, т. I, стр. 43.

тера устранить церковное и международное право, то останется въ дѣленіи государственное право, подраздѣляемое на публичное и частное.

Гирке дѣлитъ право на двѣ части: право индивидуальное и право социальное ⁴⁾. Это дѣленіе вытекаетъ изъ самой природы человѣка, который сознаетъ себя какъ обособленнаго индивида и въ то же время какъ члена общественнаго цѣлаго. «Можно, конечно, по примѣру школы естественнаго права мыслить все право какъ индивидуальное, но можно, какъ того требуетъ социализмъ, представить себѣ все право въ видѣ социальнаго. Но въ каждомъ изъ этихъ случаевъ культурѣ грозила бы опасность или разложенія, или оцѣпенѣнія». Въ Римѣ индивидуальное и социальное право соотвѣтствовали дѣленію права на частное и публичное, потому что вся общественная жизнь была въ государствѣ. Совершенно иное наблюдается въ настоящее время, когда общественная жизнь не исчерпывается отношеніемъ къ государству. Поэтому современное дѣленіе права на частное и публичное не совпадаетъ съ дѣленіемъ права на индивидуальное и социальное, такъ какъ «положительная граница» разрѣзаетъ социальное право надвое, отбрасывая часть его къ гражданскому праву. По поводу идеи Гирке необходимо сказать, что значеніе предложеннаго имъ дѣленія подрывается его собственнымъ утвержденіемъ, что оно противорѣчитъ точкѣ зрѣнія положительнаго права. Но, можетъ быть, Гирке поступилъ бы болѣе правильно, если бы онъ предложилъ трехчленное дѣленіе права: на частное, общественное и публичное. Нельзя не признать, что огромный размѣръ современнаго государства вызываетъ потребность союзовъ, ближе охватывающихъ индивида. Дѣятельность въ этихъ соединеніяхъ обнимаетъ значительную часть жизни и интересовъ человѣка. Ростъ общественныхъ организацій и увеличеніе ихъ социальной силы принимаютъ угрожающее для государства направленіе, и государству приходится напрягать все большія усилія на то, чтобы сдерживать напоръ вызванныхъ имъ самимъ силъ. Однако, Гирке такъ вопроса не поставилъ.

Господствующимъ дѣленіемъ права является двучленное па:

⁴⁾ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 26—33.

а) право частное, или гражданское, и б) право публичное. Но самый принцип дѣленія встрѣчаетъ возраженія. Отрицательное отношеніе къ такому дѣленію обнаружилъ англійскій юристъ Остинъ, что въ Англии, благодаря своеобразной организаціи администраціи въ Англии, благодаря своеобразной организаціи административной юстиціи, нѣтъ на практикѣ такого рѣзкаго противопоставленія частнаго и публичнаго права, какъ на континентѣ. Все это дѣленіе, по мнѣнію Остина, покоится на совершенно невразумительномъ базисѣ (*upon no intelligible basis*). Публичное и частное право не соподчиненныя понятія. Главное возраженіе противъ этой классификаціи, выдвигаемое Остиномъ, то, что само государство, наравнѣ съ индивидами, участвуетъ въ частно-правовыхъ отношеніяхъ и что никакой твердой границы между публичнымъ и частнымъ правомъ нельзя провести ни теоретически, ни практически ⁵⁾. Дюги считаетъ нужнымъ предостеречь отъ тенденціи установить абсолютное обособленіе, поставить своего рода непроницаемую стѣну между публичнымъ и частнымъ правомъ, такъ какъ съ этимъ соединяется «созданіе юридическихъ конструкций, благопріятствующихъ всемогуществу центральной власти» ⁶⁾. Но выводъ, какой можетъ быть сдѣланъ изъ научнаго положенія, не есть доводъ противъ его вѣрности.

Прежде всего, для удачной классификаціи необходима правильная постановка задачи. Чего мы хотимъ достигъ дѣленіемъ права на публичное и частное? Это дѣленіе есть фактъ, и научная задача состоитъ въ томъ, чтобы описать этотъ фактъ и объяснить его. Требуется указаніе, гдѣ въ современномъ правѣ проходитъ граница между публичнымъ и частнымъ правомъ, предполагая безспорнымъ самое существованіе этого раздѣленія. Между тѣмъ въ литературѣ нерѣдко вопросъ ставится совершенно иначе. Рѣчь идетъ не о томъ, гдѣ проходитъ граница, а гдѣ ее нужно провести. «Положительное право», по мнѣнію Лассона, «имѣетъ тысячу оснований, которыя лежатъ въ историческомъ развитіи правовыхъ институтовъ и правовыхъ понятій, въ соображеніяхъ цѣлесообразности и въ житейскихъ потребностяхъ, ко-

⁵⁾ Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5 изд. 1885, т. II, стр. 744—759.

⁶⁾ Дюги, *Конституціонное право*, рус. пер. 1908, стр. 87.

торыя для философіи права необязательны. Именно здѣсь, въ простомъ и систематическомъ раздѣленіи и установленіи понятій философіи права, должно быть дозволено не считаться съ положительнымъ и историческимъ правовѣдѣніемъ⁷⁾. Но Лассонъ упускаетъ изъ виду, что дѣло идетъ не только о научной классификаціи, а о фактѣ раздѣленія права въ законодательствѣ и въ судебной практикѣ; вопросъ ставится о дѣйствительномъ раздѣленіи, а не о желательномъ.

Съ этой точки зрѣнія приходится обсуждать такія попытки исправленія раздѣла права на частное и публичное на новыхъ началахъ, какъ предложенная Кавелинымъ⁸⁾. Признавая, что гражданское право въ его современномъ видѣ представляетъ собою «ветхую храмину», Кавелинъ предлагалъ перестроить все зданіе по новому плану. Обособленіе и содержаніе гражданского права Кавелинъ считаетъ случайнымъ историческимъ фактомъ, такъ какъ современное гражданское право обнимаетъ ту часть римскаго права, которая была рецепирована на Западѣ Европы. То, что было рецепировано изъ *Corpus juris civilis*, получило названіе *jus civile*, *droit civil*, *bürgerliches Recht*, гражданское право. Нѣтъ никакихъ основаній сохранять далѣе такую группировку. Рекомендуемая Кавелинымъ реформа будетъ состоять въ томъ, что «мѣсто такъ наз. гражданского права долженъ занять, въ системѣ права, разрядъ или отдѣлъ юридическихъ отношеній съ характеристическими признаками, ему одному свойственными, и связанный единствомъ общаго начала. Таковы юридическія отношенія между лицами объ имуществахъ и вообще о цѣнностяхъ, опредѣляемыхъ на деньги». Соотвѣтственно тому, изъ гражданского права надо исключить всѣ личныя отношенія, какъ семейныя, а въ него включить всѣ имущественныя, все равно, частнаго или публичнаго характера, какъ подати, налоги, пошлины, акцизы,

⁷⁾ Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 543.

⁸⁾ Кавелинъ, *Что есть гражданское право и идъ его предѣлы*, 1864, а теперь въ Собраніи сочиненій, 1900, т. IV, стр. 760—861. Въ своемъ сочиненіи *Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ*, 1879, Кавелинъ пытался осуществить свою идею на дѣлѣ. Основательную критику мысли Кавелина далъ Муромцевъ (Крѣт. Обзор. 1879, №№ 18 и 19).

пенсии, эмеритур, штрафы, конфискации⁹⁾. Против Кавелина высказывалось, что рецепция данного объема вовсе не случайный факт; что современное гражданское право вовсе не совпадаетъ съ рецепированнымъ правомъ; что имущественность нельзя признать юридически важнымъ моментомъ, на которомъ можно было бы построить юридическую классификацію; что при такомъ распредѣленіи матеріала была бы подорвана логическая связанность установившихся юридическихъ дисциплинъ, какъ финансовое, уголовное право. Но главное, что слѣдуетъ признать,—это, что самая постановка задачи не вѣрна. Гражданскаго права нѣтъ вѣ исторически обособившагося матеріала. Между тѣмъ Кавелинъ не предлагаетъ только новую классификацію, на что ученый, конечно, уполномоченъ,—онъ хочетъ ее подставить подѣленіе, составляющее реальный факт.

Такою же погрѣшностью допускаетъ Дюргеймъ. Такъ какъ норма права есть санкціонированное правило поведенія, то классификація, по мнѣнію Дюргейма, должна быть построена на различіи санкцій. Съ этой точки зрѣнія все право дѣлится на два класса, смотря по тому, имѣютъ ли нормы репрессивный характеръ или реститутивный. Первый классъ обнимаетъ все уголовное право; второй—право гражданское, торговое, процессуальное, административное и конституціонное¹⁰⁾. Здѣсь достаточно выставить указанное сейчасъ методологическое возраженіе.

Иного рода ошибку совершаютъ тѣ, кто, вмѣсто того, чтобы показать, какъ отличить частное право отъ публичнаго, предлагаютъ характеристику того и другого права на основаніи чертъ, являющихся выводомъ изъ принадлежности нормы къ тому или другому классу. Такова теорія Еллинека¹¹⁾. Въ субъективномъ правѣ имѣется два элемента: матеріальный, или интересъ, и фор-

⁹⁾ Въ сущности такова же идея Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5 изд. 1885, т. II, стр. 689, который предлагаетъ раздѣлить все право на личное (Law of Persons) и имущественное (Law of Things), и Зома, *Институціи римскаго права*, 1887, § 7, который различаетъ власть лица надъ лицами и власть лица надъ вещами.

¹⁰⁾ Durkheim, *De la division du travail*, 2 изд. 1902, стр. 33—34.

¹¹⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд. 1905, стр. 41—67. Популяризацию этой теоріи даетъ Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, 1904, т. II, стр. 26.

мальный, или господство воли. Съ точки зрѣнія формальнаго момента слѣдуетъ различать *Dürfen* и *Können*. Съ одной стороны, правопорядокъ указываетъ субъекту права, что онъ смѣетъ дѣлать, въ какихъ направленіяхъ смѣетъ индивидуальная воля осуществлять свою естественную свободу. Съ другой стороны, правопорядокъ опредѣляетъ, что субъектъ можетъ притязать на признаніе его дѣйствій юридически дѣйствительными. Здѣсь кроется различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ. Всякое гражданское право есть соединеніе *Dürfen* и *Können*, тогда какъ публичное право индивида (!) имѣетъ своимъ содержаніемъ одно только *Können*. Не будемъ касаться правильности данной Еллинекомъ характеристики того и другого рода правъ ¹²⁾. Для насъ важно то, что Еллинекъ, приписывая частному и публичному праву извѣстныя особенности, не указываетъ этимъ различіемъ, какъ же опредѣлить, какое право частное и какое публичное, для того, чтобы признать за первымъ и *Dürfen* и *Können*, а за вторымъ только *Können*.

Все та же неправильная постановка вопроса обнаруживается въ стремленіи Петражицкаго замѣнить вопросъ о линіи разграниченія между частнымъ и публичнымъ правомъ вопросомъ о ихъ функціяхъ въ человѣческой жизни и специфическаго различія этихъ функцій ¹³⁾. Петражицкій предлагаетъ различать двѣ системы правовой мотивации и педагогики: а) систему централизаціи, или планомѣрной организаціи, и б) систему децентрализаціи народнаго хозяйства. Соотвѣтственно тому, правовыя явленія дѣлятся на соціально-служебныя, или публично-правовыя, и свободныя, или частно-правовыя. Частное право «создаетъ сильное психическое давленіе въ пользу усердной заботы о цѣлости, сохранности и возможно лучшемъ состояніи вѣрренныхъ въ безконтрольное распоряженіе моментовъ народнаго богатства». Въ публичномъ правѣ «дѣйствовала бы», при гипотезѣ соціалистическаго строя, система мотивации весьма сложная, по описанію автора, хотя и въ

¹²⁾ Критику ея даетъ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, стр. 629 и слѣд., а также Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, стр. 680—681.

¹³⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, I т. II, стр. 686—745. См. также его *Акціонерная компанія*, 1898, стр. 28, прим.; *Введеніе въ науку гражданско-правовой политики* (Ученыя Зап. Киев. Унив., 1898, № 8, стр. LIV).

теперешнемъ, реальномъ правовомъ строѣ имѣется одновременное существованіе и взаимодействіе обѣихъ системъ психическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ. Слѣдовательно, это не только противопоставленіе функций права дѣйствующаго и права предполагаемаго, но это функции двухъ видовъ современнаго права. Это функциональное различіе заставляеть Петражицкаго нѣсколько иначе поставить границу между публичнымъ и частнымъ правомъ: обыкновенно международное право относятъ къ публичному, а семейное къ частному,—по мнѣнію Петражицкаго, «этимъ постороннимъ придаткамъ слѣдуетъ помѣняться мѣстами». По поводу различія, предложеннаго Петражицкимъ, помимо вопроса о правильности мотивационнаго дѣйствія каждаго изъ двухъ видовъ права, слѣдуетъ замѣтить, что оно все же не отвѣчаетъ на вопросъ, какъ отличить публичное право отъ частнаго для того, чтобы приписать каждому свойственную ему функциональную дѣятельность?

Но, можетъ быть, надо согласиться съ Петражицкимъ, что «занятіе отысканіемъ общихъ и отличительныхъ признаковъ, съ одной стороны, того, что принято относить къ публичному праву, съ другой стороны—того, что принято относить къ частному праву, представляетъ вообще въ области теоріи, какъ таковой, занятіе научно несостоятельное и недопустимое»¹⁴⁾. Если бы дѣло шло только о научной классификаціи изучаемаго матеріала, можно было бы, пожалуй, согласиться съ «отказомъ отъ общей формулы». Но мы имѣемъ въ данномъ случаѣ дѣло съ реальнымъ фактомъ раздѣленія въ правѣ, и теорія прежде всего должна выяснитъ этотъ фактъ,—если она не отказывается отъ пониманія дѣйствительности и если она хочеть строить на почвѣ дѣйствительности.

Не является ли такая задача безнадежной, если даже признатъ, что рассматриваемое дѣленіе не есть только научная классификація, а реальный фактъ? Такого мнѣнія Гриммъ. «Изъ сказаннаго явствуетъ, насколько безнадежной является всякая попытка теоретическаго обоснованія дѣленія права на публичное и частное. Мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ исторически сло-

¹⁴⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, стр. 727.

жившейся, удовлетворяющей чисто-практическимъ цѣлямъ группировкой правовыхъ институтовъ, которая съ научной точки зрѣнія не имѣетъ самостоятельной цѣнности и представляется ирраціональной, объединяющей разнородныя и разъединяющей однородныя явленія»¹⁵⁾. Но какъ же удовлетворить практическому запросу? Гриммъ предлагаетъ просто «перечислить тѣ институты, которые на основаніи установившейся практики причисляются къ частно-правовымъ». Но такой установившейся практики нѣтъ, и потому для перечисленія необходимо воспользоваться руководящимъ какимъ-либо признакомъ, а это—задача теоріи.

Практическая потребность отдѣленія частнаго права отъ публичнаго, дѣйствительно, существуетъ. Такъ, австрійское гражданское уложеніе 1811 года опредѣлило, что совокупность законовъ, которыми нормируются взаимныя частныя права и обязанности обитателей государства, составляютъ его гражданское право (§ 1). При введеніи германскаго гражданскаго уложенія 1897 г. было признано, что оно отмѣняетъ гражданско-правовыя положенія мѣстныхъ законодательствъ (§ 55). Точно такъ же при изданіи швейцарскаго гражданскаго кодекса 1907 года постановлено (§ 6), что гражданскіе законы Федераціи оставляютъ неприкосновенною компетенцію кантоновъ въ вопросахъ публичнаго права. По ст. 1 нашего устава гражданскаго судопроизводства признается, что всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію гражданскаго суда. Жизнь взываетъ къ теоріи.

При всемъ разнообразіи точекъ зрѣнія, обнаруженныхъ на этотъ вопросъ, многочисленныя теоріи могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ взглядамъ. Основаніе для различія между публичнымъ и частнымъ правомъ стремятся найти или въ самомъ содержаніи защищаемыхъ отношеній, или въ порядкѣ ихъ защиты, другими словами, отличительный признакъ видятъ или въ матеріальномъ, или въ формальномъ моментѣ.

¹⁵⁾ Гриммъ, *Курсъ римскаго права*, 1904, вып. 1, стр. 82.

§ 54.

Различіе по матеріальному моменту.

Литература: Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 71—80; Ennessegerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 70—73; Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, т. I, 1885, стр. 77—113; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, § 19; Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, т. I, 1892, стр. 153—168; Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, 1911, стр. 39—54.

Идея различія частнаго и публичнаго права по его содержанию была извѣстна древнему міру. Аристотель ¹⁾ дѣлитъ право на двѣ группы, смотря по тому, кто терпитъ отъ его нарушенія, цѣлое (τὸ κοινόν) или отдѣльные члены цѣлаго (εἰς τῶν κοινωνοῦντων). Еще ярче выставлено это различіе у Демосеена ²⁾, рѣчь котораго представляетъ ту особенную важность, что ораторъ предполагаетъ мысль общезвѣстной. Но наибольшую популярность приобрѣла формулировка, которую придалъ матеріальной точкѣ зрѣнія римскій юристъ Ульпіанъ: «публичное право есть то, которое относится къ положенію государства (ad statum rei publicae), частное—которое относится къ пользѣ отдѣльныхъ лицъ» (ad singulorum utilitatem).

Въ настоящее время къ различію между публичнымъ и частнымъ правомъ по матеріальному моменту подходятъ съ разныхъ точекъ зрѣнія.

Принимаютъ во вниманіе различіе охраняемыхъ интересовъ. «Если правовая норма», говоритъ Дернбургъ, «предназначена служить прежде всего интересамъ отдѣльныхъ лицъ, то она относится къ частному праву; если же рѣшающимъ для нея является интересъ общества, то она принадлежитъ публичному праву» ³⁾. «Публичное право», утверждаетъ Планьоль, «опредѣляетъ дѣйствія лицъ, которыя дѣйствуютъ въ общемъ интересѣ, въ силу полно-

¹⁾ *Rhetorica*, кв. I, гл. XIII, 3.

²⁾ *Timocrates*, гл. 192.

³⁾ L. 1, § 2, *Dig. de just. et jure*, I, 1.

⁴⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, рус. пер., т. I, стр. 59.

мочія, прямого или косвеннаго, отъ верховной власти; частное право опредѣляетъ дѣйствія, которыя совершаются частными лицами отъ себя и въ ихъ личномъ интересѣ»⁵⁾).

Въ послѣднемъ изъ приведенныхъ опредѣленій замѣчается переходъ отъ различія по интересамъ къ различію по лицамъ. Въ чистомъ видѣ эта точка зрѣнія обращаетъ вниманіе на то, въ качествѣ кого дѣйствуетъ лицо, чье поведеніе поддерживается нормами права, въ качествѣ частнаго лица или агента власти. «Раздѣленіе права на публичное и частное», по замѣчанію Кромэ, «отвѣчаетъ двойственному положенію человѣка, какъ индивида и какъ члена высшаго человѣческаго общенія съ общими интересами». «Противоположность между публичнымъ и частнымъ правомъ поκειται скорѣе исключительно въ содержаніи юридическихъ отношеній и опредѣляющихъ ихъ нормъ права. Если данное юридическое отношеніе принадлежитъ къ жизненной сферѣ общественнаго цѣлаго (государства, общины и т. п.), то передъ нами публичное право... Напротивъ, къ частному праву принадлежатъ юридическія отношенія, въ которыхъ отдѣльное лицо находится, ради самого себя, къ другимъ, и соотвѣтственныя нормы»⁶⁾).

Иначе эта точка зрѣнія можетъ быть выражена указаніемъ, между кѣмъ устанавливается юридическое отношеніе, — между частными лицами или между частнымъ лицомъ и государствомъ. «Весьма рѣзкое дѣленіе правъ», говорилъ Холлэндъ, «основывается на глубокомъ различіи между публичнымъ и частнымъ характеромъ лицъ, съ которыми связано право. Публичнымъ лицомъ (a public person) мы называемъ государство или самостоятельную часть его, или группу, или отдѣльное лицо, снабженное отъ него властью. Подъ частнымъ лицомъ мы понимаемъ индивида или группу индивидовъ, хотя бы и большую, который или которые, каждый въ отдѣльности, является единицею государства, но не представителемъ его, даже для какой-нибудь спеціальной цѣли. Когда оба лица, съ которыми право связано, оказываются частными лицами, право признается частнымъ. Когда однимъ изъ этихъ

⁵⁾ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, т. I, 1906, стр. 8—9.

⁶⁾ Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1900, т. I, стр. 71 п 74—75. того же взгляда Еппессерус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 71.

лицъ является государство, то, хотя другое лицо и будетъ частнымъ, право признается публичнымъ»⁷⁾.

Различіе по содержанію положено также въ основу взгляда Савиньи, который принимаетъ во вниманіе различіе въ цѣли нормъ права публичнаго и частнаго. «Между обѣими областями устанавливается твердо опредѣленное противоположеніе въ томъ, что въ публичномъ правѣ цѣлью является цѣлое, которому отдѣльный человѣкъ подчиняется, тогда какъ въ частномъ правѣ отдѣльный человѣкъ составляетъ самъ по себѣ цѣль, и всякое правоотношеніе служитъ лишь средствомъ для его существованія и для его особыхъ задачъ»⁸⁾.

Все это—видоизмѣненія одной и той же мысли, что отличительный признакъ частнаго и публичнаго права слѣдуетъ искать въ самомъ содержаніи отношеній, охраняемыхъ нормами права.

Но эта точка зрѣнія подверглась сильной критикѣ. Прежде всего отрицается самая возможность противоположенія общаго блага и частнаго интереса. Съ одной стороны, общее благо разлагается на сумму частныхъ интересовъ, и это даетъ основаніе утверждать, что общественные интересы охраняются правомъ настолько, насколько они способны обезпечить благосостояніе отдѣльныхъ лицъ. Съ другой стороны, частные интересы находятъ поддержку въ правѣ и защиту лишь тогда, когда преслѣдованіе ихъ соответствуетъ общему благу. Частный интересъ, не отвѣчающій видамъ общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны⁹⁾. За частными интересами въ правѣ всегда скрывается общественный, а за общественнымъ—частные. Итакъ, можно утверждать съ одинаковымъ основаніемъ, что право имѣетъ въ виду всегда только общее благо или, наоборотъ, только частные интересы¹⁰⁾.

⁷⁾ Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд. 1908, стр. 123. Того же взгляда Salmon, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 2 изд. 1907, стр. 490.

⁸⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, 1840, стр. 23. Того же взгляда Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 3 изд. 1857, т. II, ч. I, стр. 303.

⁹⁾ Наивное возраженіе по поводу зайда дастъ Ленингъ, *Объ основѣ и природѣ права*, рус. пер. 1909, стр. 9—10.

¹⁰⁾ Это возраженіе особенно обстоятельно развили Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 1886, т. II, стр. 750, и Кавелинъ, *Что есть гражданское право и идѣя его предѣлы*, 1864.

Помимо принципіальной трудности разграничить частные и общественные интересы, ихъ противоположеніе, говорятъ, не совпадаетъ съ установившимся дѣленіемъ права. Въ самомъ дѣлѣ, тогда нормы, которыя имѣютъ своею задачею обезпечить жизнь, здоровье, свободу, защитить честь вообще и женскую въ особенности, подлежали бы исключенію изъ публичнаго права и включенію въ гражданское, какъ это сдѣлано относительно нормъ, охраняющихъ собственность или договоры. Было бы совершенно произвольно утверждать, что отдѣльное лицо больше заинтересовано въ защитѣ своихъ имущественныхъ интересовъ, чѣмъ жизни, здоровья, свободы. Съ этой точки зрѣнія запрещеніе ввоза извѣстныхъ товаровъ или установленіе покровительственныхъ пошлинъ должно бы найти себѣ мѣсто въ гражданскомъ правѣ, потому что въ этомъ случаѣ законъ охраняетъ интересы отдѣльныхъ лицъ, представителей даннаго рода промышленности въ ущербъ огромной массѣ потребителей ¹¹⁾. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатѣ неудачу всей кампаніи или, по крайней мѣрѣ, задержку операцій, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ, нежели выборы гласнаго въ городскую думу. Тѣмъ не менѣе подрядъ есть отношеніе частно-правовое, а выборы въ думу—публично-правовое ¹²⁾. Всеобщая социальная организація семьи, собственности, договоровъ, ведетъ къ гражданскому праву, тогда какъ интересъ чисто индивидуальный, полученіе извѣстнаго титула, чина или отличія, даетъ мѣсто публично-правовому отношенію ¹³⁾.

Трудность найти разграничительную линію между публичнымъ и гражданскимъ правомъ по содержанію нормъ заставила обратить вниманіе не на различіе въ юридически защищаемомъ, а на различіе въ юридической защитѣ.

¹¹⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 112.

¹²⁾ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 166.

¹³⁾ Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 175.

§ 55.

Различіе по формальному моменту.

Литература: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 108—146; Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 183—221; Дювернуа, *Чтенія по гражданскому праву*, т. I, 1898, стр. 31—59; Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 174—188.

Теорія, придерживающаяся формальной точки зрѣнія, различаетъ публичное и частное право на основаніи того, какъ распредѣляется инициатива защиты права отъ его нарушенія, другими словами, обращаетъ вниманіе не на содержаніе охраняемыхъ интересовъ, а на порядокъ ихъ охраненія, не на то, что защищается, а на то, какъ защищается. Если эта защита возбуждается по инициативѣ того, чьи интересы нарушены, то мы имѣемъ дѣло съ частнымъ правомъ. Если же нарушеніе интересовъ, обезпеченныхъ правомъ, вызываетъ инициативу самого государства, нерѣдко помимо и даже вопреки воли пострадавшаго лица, то передъ нами публичное право.

Формальная теорія была намѣчена Герингомъ, который указалъ, что отличительный признакъ частныхъ правъ слѣдуетъ видѣть въ «самозащитѣ интереса»¹⁾, но онъ не далъ достаточнаго развитія своей мысли. Своей законченности формальная теорія достигла только въ трудахъ Тона и Муромцева. Наибольшій успѣхъ она имѣла въ Россіи.

По мнѣнію Тона, если имѣть въ виду норму права, то нѣтъ возможности опредѣлить, относится ли она къ публичному, или къ частному праву. «Только правовыя послѣдствія, которыя соединены съ нарушеніемъ нормы, способны дать ей характеристику»²⁾. Отличительный признакъ слѣдуетъ искать въ томъ, какъ воля правового союза относится къ осуществленію притязанія: представлено ли оно всецѣло произволу управомоченнаго, или использованіе притязанія составляетъ въ то же время обязанность управомоченнаго. «Частнымъ правомъ становится защита со стороны

¹⁾ Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. III, 3 изд. 1877, стр. 339—340.

²⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1879, стр. 114 и 121.

нормъ права, предоставленная интересамъ частнаго лица противъ частнаго лица такъ, что защищаемому правовой порядокъ даетъ средство къ устраненію нарушенія, оставляя это средство на его усмотрѣніе. Частное притязаніе есть признакъ частнаго права»³⁾. Частное же притязаніе Тона понимаетъ какъ искъ. Въ противоположность этимъ нормамъ, къ публичному праву причисляются всѣ тѣ нормы, нарушеніе которыхъ возбуждаетъ публично-правовое притязаніе. Для оцѣнки взгляда Тона слѣдуетъ имѣть въ виду: во-первыхъ, что онъ устанавливаетъ различіе только со стороны субъективнаго права, но не объективнаго, и что за его различіемъ по инициативѣ защиты скрывается, на второмъ планѣ, различіе по защищаемымъ интересамъ.

Въ наиболѣе чистомъ видѣ формальная теорія развита Муромцевымъ. «Въ однихъ случаяхъ органы власти выступаютъ на защиту по своей собственной инициативѣ, въ другихъ же случаяхъ не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ. Случаи перваго рода мы соединяемъ въ отдѣлъ публичнаго права, случаи втораго рода—въ отдѣлъ гражданскаго права». «Гражданскія права защищаются не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ—ихъ субъектовъ. Это значить, что возбужденіе, продолженіе и завершеніе защиты зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія субъекта. Призванные имъ органы дѣйствуютъ ровно настолько, насколько того требуетъ пострадавшее лицо. Напротивъ, въ публичномъ правѣ все движеніе исходитъ отъ воли органовъ власти»⁴⁾. Въ частныхъ отношеніяхъ «цѣлесообразнѣе предоставить инициативу защиты только тому, кто непосредственно заинтересованъ въ существованіи отношенія, которое защищается». «Въ противоположность гражданскому праву, публичное право защищаетъ порядокъ отношеній, который цѣненъ съ точки зрѣнія поддержанія и развитія общественной, но остался бы безъ достаточной защиты, если бы она была предоставлена исключительно на произволъ частныхъ лицъ»⁵⁾. Въ отличіе отъ Тона, Муромцевъ строитъ различіе всецѣло на способѣ защиты, не примѣшивая къ этому признаку, въ

³⁾ Тон, тамъ же, стр. 133.

⁴⁾ Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 196.

⁵⁾ Муромцевъ, тамъ же, стр. 198.

видѣ сопутствующаго признака, характера защищаемыхъ интересовъ,

Въ Россіи формальная теорія была воспринята Дювернуа и Гамбаровымъ. Въ глазахъ Дювернуа формальный моментъ составляетъ «признакъ простой и осязательный» и, сверхъ того, отвѣчаетъ какъ старинному русскому взгляду на «дѣла челобитчиковъ», такъ и старѣйшей классификаціи, предложенной Ульпіаномъ⁶⁾. Гамбаровъ въ послѣднее время отказался отъ формальной теоріи, которой придерживался прежде⁷⁾.

Къ сторонникамъ формальной теоріи долженъ быть причисленъ Рогэнъ⁸⁾. «Признакъ различія», говоритъ Рогэнъ, «неуловимъ, если ограничиться изслѣдованіемъ природы или формы общественныхъ интересовъ и отношеній, ими вызываемыхъ»⁹⁾. «Всякій признакъ, основанный на числѣ субъектовъ или на природѣ общественныхъ потребностей, недостаточенъ». «Остается одно рѣшающее обстоятельство—это воля законодателя отнести данное юридическое отношеніе къ публичному или къ частному праву»¹⁰⁾. Какъ же распознать эту волю? Несмотря на желаніе отгородиться отъ Тона, Рогэнъ вынужденъ, съ своей точки зрѣнія, признать, что «его (Тона) глубокой анализъ приближаетъ его къ истинѣ». И соотвѣственно тому Рогэнъ заявляетъ: «всякій разъ, какъ соблюденіе или санкція закона могутъ быть вызваны государствомъ или авторитетомъ отъ его имени, а не въ интересъ другихъ, въ качествѣ судьи или иного органа,—налицо право публичное», «тогда какъ мы имѣемъ только частное право, если осуществленіе права поддерживается по требованію субъекта или противъ субъекта, лишеннаго официальныхъ свойствъ»¹¹⁾.

⁶⁾ Дювернуа, *Ученія по гражданскому праву*, т. I, 1898, стр. 49. Стремленіе дать формальной теоріи римскую генеалогію свойственно и Муромцеву, стр. 183, 198 и 200.

⁷⁾ Ср. Гамбаровъ, *Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ*, 1879, стр. 77, и съ другой стороны *Курсъ гражданского права*, т. I, 1911, стр. 51.

⁸⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, стр. 663, недоумѣваетъ, какъ могъ я отнести къ сторонникамъ формальной теоріи Рогэна, который, по мнѣнію Петражицкаго, является ея противникомъ. Приведенныя мѣста должны показать, кто изъ насъ правъ въ оцѣнкѣ взглядовъ швейцарскаго ученаго.

⁹⁾ Roguin, *La règle de droit*, стр. 176.

¹⁰⁾ Roguin, тамъ же, стр. 180.

¹¹⁾ Roguin, тамъ же, стр. 181.

Формальная теорія, построенная на различіи не тѣхъ интересовъ, которые охраняются правомъ, а тѣхъ средствъ, которыми эти интересы охраняются, имѣетъ на своей сторонѣ уже то достоинство, что она основана на чисто юридическомъ началѣ. Если право составляетъ вообще средство къ достиженію известной соціальной цѣли, то способъ пользованія такимъ средствомъ есть вопросъ первостепенной важности. Въ пользу формальной точки зрѣнія говорить, далѣе, ея полное соотвѣтствіе съ понятіемъ о правѣ вообще, которое можетъ быть опредѣлено и отличено отъ иныхъ соціальныхъ нормъ только съ формальной стороны. Если различіе между правовыми и нравственными нормами основывается на различіи санкцій, то въ высшей степени соблазнительно построить различіе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ на различномъ пользованіи этимъ охранительнымъ средствомъ. Затѣмъ, если признать вѣрность формальной точки зрѣнія, то мы имѣли бы въ рукахъ способъ отличія нормъ частныхъ отъ публичныхъ, выдающійся по своей точности. Такъ какъ характеръ нормъ, по этой теоріи, зависитъ отъ того, кому предоставлена законодателемъ инициатива защиты, то мы могли бы всегда съ абсолютною точностью сказать, имѣемъ ли мы дѣло съ гражданскимъ, или съ публичнымъ правомъ.

Противъ разсматриваемой теоріи не можетъ служить возраженіемъ то, что она все свое вниманіе обращаетъ на исключительный случай нарушенія права, на, такъ сказать, патологическую сторону правового порядка. «Характеризуя право послѣдствіями его нарушенія», говоритъ Гамбаровъ, «забываютъ, что какъ гражданское, такъ и публичное право существуетъ несомнѣнно и до нарушенія, въ состояніи ненарушимости»¹²⁾. Но совершенно основательно возражаетъ Дювернуа на подобное указаніе, что «вполнѣ независимо отъ наличности правонарушенія или искового притязанія, во всемъ строѣ правоотношенія и института видна его цивильная складка, но нигдѣ, натурально, чисто юридическая и именно цивильная фізіономія правоотношенія не выразится такъ полно и рельефно, какъ въ исковомъ притязаніи»¹³⁾.

¹²⁾ Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, 1911, стр. 51.

¹³⁾ Дювернуа, *Чтенія по гражданскому праву*, т. I, 1898, стр. 50.

Если прибѣгать къ юридическому средству защиты приходится сравнительно рѣдко, то слѣдуетъ помнить, что причина тому кроется въ той угрозѣ, которая неразрывно связывается съ каждою нормою права и виситъ, какъ дамокловъ мечъ, надъ всякимъ юридическимъ отношеніемъ.

Мало убѣдительно и то возраженіе, которое возбуждаетъ вопросъ, почему же инициатива защиты распредѣлилась такъ, а не иначе, какими основаніями руководствовался законодатель, давая въ одномъ случаѣ инициативу защиты самимъ заинтересованнымъ лицамъ, а въ другомъ—сохраняя ее за государствомъ, и чѣмъ долженъ онъ руководствоваться въ своихъ будущихъ законодательныхъ работахъ. Это возраженіе потому не достигаетъ цѣли, что не вытекаетъ изъ правильной постановки вопроса. Вопросъ заключается именно въ томъ, чтобы различить публичное и частное право въ дѣйствительности, а не въ томъ, чтобы дать законодателю руководящій принципъ. Указанное возраженіе тѣмъ мѣнѣе умѣстно, что и въ различіи нормъ права и нравственности вопросъ ставится о признакѣ дѣйствующихъ нормъ, а не о томъ, почему законодатель счелъ возможнымъ и необходимымъ придать юридическую санкцію той или иной соціальной нормѣ.

Отличаясь указанными достоинствами, формальная теорія въ то же время страдаетъ такими существенными недостатками, которые въ корнѣ подрываютъ ее приѣмлемость.

Формальная теорія, основывая различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ на распредѣленіи инициативы защиты, предполагаетъ, очевидно, что въ положительномъ правѣ имѣются точныя на то указанія, что къ каждой нормѣ или къ группѣ нормъ присоединяется опредѣленіе, кому принадлежитъ инициатива защиты на случай нарушенія. Но это предположеніе не оправдывается: въ многочисленныхъ случаяхъ никакихъ указаній на распредѣленіе инициативъ не имѣется. Не можетъ быть вовсе такихъ указаній въ обычномъ правѣ, и какъ ни стѣсненъ этотъ источникъ права въ настоящее время всюду, кромѣ Англии и Россіи, все же мы встрѣчаемся съ нимъ и въ средѣ публичныхъ и въ средѣ частныхъ правоотношеній. Не было такихъ указаній въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствовали римскіе источники, нѣтъ ихъ и въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствуютъ новѣйшіе кодексы.

И русское законодательство, нормы котораго разбросаны въ самомъ капризномъ безпорядкѣ по всему Своду Законовъ, не даетъ твердой опоры для формальной теоріи. Правда, иногда указаніе на инициативу можетъ быть выведено косвеннымъ путемъ. Такъ, нормы, содержащіяся въ уложеніи о наказаніяхъ или въ уставѣ о наказаніяхъ, если примѣненіе ихъ должно происходить въ порядкѣ устава уголовного судопроизводства, очевидно, принадлежать къ публичному праву, а нормы, содержащіяся въ гражданскихъ законахъ, если примѣненіе ихъ должно происходить въ порядкѣ устава гражданского судопроизводства, принадлежать къ гражданскому праву. Но даже такое указаніе ненадежно. Такъ, на примѣръ, по ст. 1189 уложенія о наказаніяхъ, купеческій приказчикъ, который со злымъ намѣреніемъ повредитъ ввѣренныя ему товары, обязанъ вознаградить хозяина за причиненный ему ущербъ и подвергается опредѣленному наказанію. Первое изъ этихъ послѣдствій мы относимъ къ частному, а второе—къ публичному праву, хотя оба положенія помѣщены въ уголовномъ законѣ. Точно также ст. 180⁴ устава о наказаніяхъ угрожаетъ скупщику крестьянскаго хлѣба арестомъ и тюрьмой, а вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаетъ обязанность доплатить продавцу разницу въ цѣнѣ, при чемъ первая часть закона относится къ публичному праву, а вторая къ частному. Съ другой стороны, ст. 1188 т. X, ч. I, опредѣляющая отобраніе иконы отъ иновѣрцевъ, которымъ таковая досталась по наслѣдованію, внѣ сомнѣнія, публичнаго права, хотя и помѣщена среди гражданскихъ нормъ.

Относительно всей остальной массы нормъ, разбросанныхъ по разнымъ томамъ Свода Законовъ, трудно опредѣлить ихъ характеръ, если держаться только формальной точки зрѣнія. Откуда, въ самомъ дѣлѣ, обнаруживается возможность вмѣшательства полиціи, по ея собственному побужденію, когда собственникъ застраиваетъ дорогу, и необходимость для пострадавшаго обратиться къ гражданскому суду, когда смежный владѣлецъ застраиваетъ часть сосѣдней земли?

Если законъ появляется отдѣльно, внѣ кодекса, и законодатель не указываетъ специально, кому принадлежитъ инициатива защиты въ случаѣ его нарушенія, чѣмъ слѣдуетъ руководствоваться съ точки зрѣнія формальной теоріи? Аналогія въ настоя-

щемъ случаѣ недопустима, потому что аналогія предполагаетъ сходство содержанія, а это было бы переходомъ къ матеріальной точкѣ зрѣнія.

Вторымъ возраженіемъ противъ формальной теоріи можетъ быть выставлено то, что встрѣчающееся въ законодательствѣ распредѣленіе инициативъ не соответствуетъ сложившемуся въ дѣйствительности различію между частнымъ и публичнымъ правомъ. Если основываться на томъ, кому принадлежитъ защита нормъ, то придется признать, что законы, опредѣляющіе порядокъ выборовъ въ Государственную Думу, или отводъ относительно неспособныхъ судей, или законы, устанавливающіе наказаніе за изнасилованіе, относятся къ частному праву, потому что во всѣхъ этихъ случаяхъ возбужденіе дѣла по поводу нарушенія права предоставлено инициативѣ заинтересованнаго лица. Если бы законъ предоставилъ отдѣльнымъ лицамъ право обвинять должностныхъ лицъ за превышеніе или бездѣйствіе власти, слѣдовало ли бы отнести эти нормы къ частному праву?

Противъ подобныхъ выводовъ сторонники формальной теоріи выставляютъ то соображеніе, что инициативу частнаго лица нужно понимать въ смыслѣ права не только возбужденія иска, но и распоряженія имъ. Но тогда устраняется единство въ признакѣ классификаціи: для публичнаго права мы будемъ имѣть въ виду только право возбужденія иска, но не распоряженія имъ, потому что на публичной сторонѣ право превращается въ обязанность. Для частнаго же права мы должны понимать инициативу въ смыслѣ возможности возбужденія иска и свободнаго распоряженія его движеніемъ. При такой постановкѣ вопроса не достигается противоположеніе между публичнымъ и частнымъ правомъ, обоснованное на одномъ признакѣ. Значитъ, недостаточно, съ формальной точки зрѣнія, опредѣлить, кому принадлежитъ инициатива защиты, а нужно обратить вниманіе, въ чемъ состоитъ таковая, другими словами, приходится опять таки съ формальной точки зрѣнія перейти къ матеріальной.

Но если бы даже можно было согласиться съ указаннымъ двоякимъ пониманіемъ инициативы, все же соответствіе съ исторически-сложившимся дѣленіемъ права не было бы достигнуто. Именно, въ частное право должны были бы перейти преступленія,

преслѣдуемья въ порядкѣ частнаго обвиненія, гдѣ въ рукахъ инициатора не только возбужденіе дѣла, какъ, напр., при изнасилованіи, но и распоряженіе дальнѣйшими послѣдствіями, т.-е., гдѣ потерпѣвшему дается возможность прекратить дѣло, освободить осужденнаго отъ наказанія, иногда сократить срокъ наказанія. Мы имѣемъ въ виду такія нарушенія нормъ права, какъ диффамация, клевета, контрафакція, кража между супругами и у родителей, личныя обиды и оскорбленія, простое банкротство.

Такимъ образомъ слабая сторона формальной теоріи заключается въ томъ, что она не удовлетворяетъ требованіямъ юридической догматики, хотя и претендуетъ на исключительно догматическое значеніе.

§ 56.

Установленіе различія.

Право въ объективномъ смыслѣ всегда имѣетъ въ виду общественные интересы, хотя бы подъ угломъ классоваго зрѣнія, и немислимо, чтобы установилась или была установлена норма права исключительно въ интересѣ какого-нибудь частнаго лица. Съ этой точки зрѣнія совершенно вѣрно мнѣніе тѣхъ, которые утверждаютъ, что нормы права всегда публичнаго характера ¹⁾. Со стороны объективнаго права различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ по содержанію нормъ не можетъ быть обнаружено. Устанавливаетъ ли законодатель порядокъ перехода права собственности на землю, или порядокъ вексельнаго регресса, или организацію министерства, или способъ взиманія акциза, или мѣры, предупреждающія бѣгство преступника, — вездѣ онъ руководствуется общественнымъ интересомъ, или во всякомъ случаѣ прикрывается имъ.

Различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ не можетъ быть построено и съ точки зрѣнія субъективнаго права ²⁾, потому

¹⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890, стр. 255; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1879, стр. 108—109.

²⁾ На субъективномъ правѣ строятъ свое различіе Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд. 1905.

что, какъ мы видѣли, субъективное право есть элементъ только частнаго правоотношенія, но не публичнаго.

Иначе представится вопросъ, если мы подойдемъ къ нему съ точки зрѣнія бытовыхъ отношеній, нормируемыхъ правомъ. Глубоко заинтересованное въ томъ, чтобы каждый изъ контрагентовъ, заключившихъ договоръ, былъ увѣренъ въ защищенности своихъ интересовъ, государство относится совершенно безразлично къ тому, какъ будетъ осуществлено право требованія даннымъ кредиторомъ въ отношеніи даннаго должника, станетъ ли онъ съ него взыскивать, или нѣтъ, полностью или частично. Заинтересованное въ неприкосновенности права собственности, государство смотритъ равнодушно на нарушенія правъ даннаго собственника, напр., на застройку сосѣдней земли, пока тотъ не обращается за помощью. Напротивъ, государство равно заинтересовано какъ въ установленіи вообще правильнаго порядка ареста преступника, такъ и въ точномъ соблюденіи этого порядка въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Опредѣляя компетенцію градоначальника, государство заинтересовано не только въ томъ, чтобы предѣлы этой власти были правильно установлены въ интересахъ общей безопасности и свободы гражданъ, но и въ томъ, чтобы въ каждомъ конкретномъ случаѣ дѣятельности этого агента соблюдались границы отведенной ему власти, независимо отъ большей или меньшей податливости того или иного обывателя.

Только на различіи бытовыхъ отношеній, нормируемыхъ объективнымъ правомъ, и можетъ быть обосновано различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ. Характеръ нормируемыхъ отношеній опредѣляетъ характеръ нормъ.

Съ этой стороны противоположеніе общественныхъ и частныхъ интересовъ представляется яснымъ всѣмъ и каждому. Существуетъ, несомнѣнно, такой кругъ личныхъ и имущественныхъ отношеній, которыя самымъ тѣснымъ образомъ окружаютъ отдѣльное лицо въ его ежедневной жизни, которыя ему наиболѣе близки, которыя онъ готовъ защищать съ отчаяннымъ мужествомъ. Это его отношенія къ женѣ, дѣтямъ, дому, участку земли, обстановкѣ, однимъ словомъ, ко всему тому, что человѣкъ опредѣляетъ словомъ «мое». Здѣсь господство эгоизма, которому государство вынуждено дать удовлетвореніе и обезпеченіе. Существуютъ иныя

отношенія, которыя возникаютъ за порогомъ и стѣнами его дома, въ которыя онъ, человѣкъ средняго типа, вступаетъ съ несравненно меньшимъ интересомъ, чѣмъ въ отношенія перваго рода, иногда даже прямо по принужденію (воинская повинность, уплата налоговъ). Къ дѣятельности этого рода человѣкъ побуждается сознаниемъ, какъ можетъ отразиться общественный интересъ на его частныхъ интересахъ, воспитаниемъ въ чувствѣ солидарности (военная дисциплина), укрѣпленіемъ чувства любви къ другимъ. Здѣсь можетъ господствовать альтруизмъ, но также и эгоизмъ, насколько человѣкъ стремится использовать общественную организацію въ своихъ личныхъ интересахъ.

Противоположеніе частнаго и общественнаго свойственно современному сознанию, хотя возможны споры по поводу ихъ разграниченія въ томъ или иномъ отдѣльномъ случаѣ. Мы говоримъ о частной жизни въ противоположность общественной дѣятельности; о поведеніи человѣка въ качествѣ частнаго лица, противопоставляя поведенію его какъ общественнаго дѣятеля; о частныхъ письмахъ, отдѣляя ихъ отъ литературныхъ писемъ или отъ официальныхъ бумагъ. Противоположеніе частнаго и общественнаго лежитъ въ основаніи всей современной народно-хозяйственной организаціи, представляющей систему частныхъ хозяйствъ въ противоположность принудительному хозяйству государства, города, общины ³).

Такое противоположеніе частнаго и общественнаго не можетъ быть игнорируемо правомъ, нормирующимъ жизнь и этому чрезвычайно важному бытовому явленію соответствуетъ основное раздѣленіе объективнаго права на гражданское и публичное. Оно основано на наблюденіи выдающагося явленія и потому само полно теоретическаго и практическаго значенія. Съ точки зрѣнія указанного противоположенія: частное или гражданское право можетъ быть опредѣлено, по матеріальному моменту, какъ совокупность нормъ права, регулирующихъ частныя отношенія въ государствѣ, а публичное право—какъ совокупность нормъ права, регулирующихъ общественныя отношенія въ государствѣ.

³) Противоположеніе публичнаго и частнаго развиваетъ Наугіои, *Principes de droit public*, 1910, стр. 322 и слѣд.

Не слѣдуетъ, однако, упускать изъ виду, что граница между публичнымъ и частнымъ правомъ, основанная на различіи охраняемыхъ интересовъ, не можетъ быть безусловно точной. На рубежѣ всегда останется полоса отношеній, которая будетъ возбуждать сомнѣніе, куда ихъ помѣстить. Таковы, напр., претензіи городского учителя къ городскому управленію по поводу неуплаченнаго жалованія, институты экспроприаціи и опеки. Такія пограничныя сомнѣнія при примѣненіи права встрѣчаются постоянно и въ другихъ случаяхъ, напр., при различеніи фабричной и ремесленной промышленности въ виду различныхъ законовъ, которыми каждая изъ нихъ подчиняется.

Послѣдствіемъ различія нормъ права по отношеніямъ, ими опредѣляемымъ, являются нѣкоторыя характерныя черты частнаго и публичнаго права.

Въ виду того, что отношенія, нормируемыя гражданскимъ правомъ, составляютъ область частнаго интереса, законодатель предоставляетъ заинтересованному лицу инициативу защиты отъ правонарушенія. Такъ, по нашему уставу гражданскаго судопроизводства, судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицѣ, до коихъ тѣ дѣла касаются ⁴⁾. Напротивъ, судебное преслѣдованіе за преступленіе или проступокъ возбуждается самими должностными лицами. О всякомъ происшествіи, заключающемъ въ себѣ признаки преступленія или проступка, полиція немедленно сообщаетъ судебному слѣдователю или прокурору ⁵⁾. Администрація обязана всѣми зависящими отъ нея средствами предупреждать и пресѣкать всякія дѣйствія, клонящіяся къ нарушенію должнаго уваженія къ вѣрѣ, или же общественнаго спокойствія, порядка благочинія, безопасности личной и безопасности имущества ⁶⁾. Однако, это различіе не есть отличительный признаковъ публичнаго и частнаго права, а лишь сопутствующій признаковъ, являющійся слѣдствіемъ различія интересовъ; но не необходимый, а именно, какъ мы уже видѣли, частная инициа-

⁴⁾ Св. Зак., т. XVI, ч. 1, уст. гражд. судопр., ст. 4.

⁵⁾ Св. Зак., т. XVI, ч. 1, уст. угол. судопр., ст. 2 и 250.

⁶⁾ Св. Зак., т. XIV, уст. прес. и прес. прест., ст. 1.

тива соединяется съ преступными нарушеніями права, преслѣдованіе которыхъ возбуждается не иначе какъ по частной жалобѣ, а съ другой стороны, у насъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣняется губернатору западныхъ губерній предъавлять въ судѣ искъ объ уничтоженіи договора аренды, который относится къ частнымъ правоотношеніямъ 7).

Въ виду различнаго характера правонарушеній въ области публичнаго и частнаго права, устанавливается различная подсудность дѣлъ о защитѣ интересовъ, охраняемыхъ нормами права противъ ихъ нарушенія. Частное право охраняется гражданскимъ искомъ, предъавляемымъ въ гражданскомъ судѣ, а публичное право охраняется въ порядкѣ административномъ или уголовномъ. Однако, нельзя сказать, что гражданскій искъ—это искъ, предъавляемый въ гражданскомъ судѣ, потому что гражданскій искъ можетъ быть предъавленъ и въ уголовномъ судѣ, а именно, когда лицо, потерпѣвшее отъ преступления или проступка, ищетъ вознагражденія съ виновника за причиненный ущербъ 8).

Процессъ, въ которомъ разсматривается нарушеніе частнаго права, строится на состязательномъ началѣ, тогда какъ процессъ, въ которомъ разсматривается нарушеніе публичнаго права, основывается на слѣдственномъ началѣ. Въ силу состязательнаго начала судъ защищаетъ признанные закономъ интересы обратившихся къ нему лишь настолько, насколько того желаютъ сами субъекты правъ. Не гражданское право заимствуетъ свой характеръ отъ гражданского процесса, а, наоборотъ, гражданскій процессъ строится примѣнительно къ характеру разсматриваемыхъ правъ.

Такъ какъ въ области гражданскихъ правоотношеній мы имѣемъ дѣло съ частными интересами, то субъектамъ права дается такое распоряженіе своимъ правомъ, какое совершенно немислимо въ области публичныхъ правоотношеній. Субъектъ права, по своему умотрѣнію, сохраняетъ право, или отрекается отъ своего права, или передаетъ его опредѣленному лицу. Это относится въ особенности къ имущественнымъ правамъ, напр., праву собственности, праву требованія по обязательству и др. Однако, въ нѣко-

7) Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 698, прим. 2, прил., ст. 12.

8) Св. Зак., т. XVI, ч. 1, уст. угол. судопр., ст. 6.

торыхъ случаяхъ субъектъ частнаго права не имѣетъ этой свободы распоряженія. Это относится особенно къ правамъ личной власти, къ праву мужа, отца, а иногда и къ имущественнымъ правамъ, напр., къ праву на заповѣдныя имѣнія. Въ средѣ публичныхъ правоотношеній мы имѣемъ дѣло только съ обязанностями, а потому о свободномъ распоряженіи правомъ не можетъ быть и рѣчи.

Въ области гражданскихъ правоотношеній имѣютъ главное примѣненіе восполнительныя нормы, которыя являются лишь на помощь недостаточно выраженной волѣ самихъ заинтересованныхъ лицъ. Частное право вызываетъ отдѣльное лицо на самостоятельное устройство своихъ отношеній къ другимъ лицамъ, открывая просторъ такъ называемой частной автономіи⁹⁾. Въ области публичныхъ правоотношеній дѣйствуютъ нормы принудительнаго характера, хотя такого рода нормы даются и для частнаго права. Если въ значительномъ большинствѣ случаевъ объективное право предоставляетъ частнымъ лицамъ самимъ опредѣлять взаимныя отношенія своею волею, соглашеніемъ, выступая лишь какъ дополненіе или восполненіе, то въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ области частныхъ правоотношеній закрыта такая свобода самоопредѣленія. Такъ, французскій гражданскій кодексъ постановляетъ, что частными сдѣлками не могутъ быть нарушаемы законы, затрагивающіе общественный порядокъ (*ordre public*) и добрыя нравы¹⁰⁾. Многіе новѣйшіе законы устанавливаютъ отношенія между частными лицами безъ права измѣненія по взаимному соглашенію, какъ, напр., отношенія между фабрикантами и рабочими, страховыми обществами и страхователями, желѣзными дорогами и грузоотправителями, потому что въ противномъ случаѣ не достигалась бы цѣль законодателя—поддержать слабѣйшаго изъ двухъ контрагентовъ. Здѣсь именно и обнаруживается въ послѣднее время сильное передвиженіе права изъ частной области въ публичную.

Попробуемъ теперь, съ точки зрѣнія установленнаго сей-

⁹⁾ Это выраженіе должно быть признано неправильнымъ, потому что автономія предполагаетъ установленіе нормъ (объективныхъ), а то, что называется частной автономіей, способно создать только субъективныя права.

¹⁰⁾ Code civil, § 6.

часть различія между публичнымъ и частнымъ правомъ, опровергнуть тѣ возраженія, которыя дѣлаются матеріальной теоріи.

Обезпеченіе интересовъ отдѣльныхъ лицъ при помощи права достигается двоякимъ путемъ. Съ одной стороны, государство очерчиваетъ кругъ свободнаго проявленія личности и осуществленія ея интересовъ, охраняя отъ постороннихъ вторженій. Съ другой стороны, государство опредѣляетъ устройство и порядокъ дѣятельности органовъ управленія, которые имѣютъ своею цѣлью опять-таки принудительное охраненіе интересовъ отдѣльныхъ лицъ. Въ первомъ случаѣ нормы права обезпечиваютъ непосредственно частные интересы, во второмъ—косвенно, обезпечивая общественную организацію, которая обусловливаетъ осуществимость частныхъ интересовъ. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть рѣчи о сравнительной важности института частной собственности и учрежденія канцеляріи окружного суда. Частному лицу можетъ казаться самымъ главнымъ для него, чтобы за нимъ было признано право собственности на его домъ, но это право только тогда и имѣетъ цѣнность, когда правильно организованъ судъ. При организаціи того или иного государственнаго учрежденія каждый винтикъ, самый малый, равно важенъ, потому что иначе станетъ весь механизмъ. Интересу правильной общественной организаціи слѣдуетъ противопоставлять не институтъ права собственности, а права собственниковъ.

Несомнѣнно, что жизнь и здоровье составляютъ самые близкіе человѣку интересы, хотя нерѣдко человѣкъ жертвуетъ здоровьемъ и даже жизнью изъ-за имущественныхъ интересовъ. Казалось бы, они должны составить, по преимуществу, область частно-правовыхъ отношеній. Однако, защита этихъ интересовъ отнесена къ публичному праву. Дѣло въ томъ, что личная неприкосновенность и безопасность гражданъ составляютъ ближайшій интересъ общегитія, а потому государство не можетъ относиться къ нимъ такъ, какъ оно относится къ семьѣ, собственности, договорамъ, наслѣдованію. Оно спокойно смотритъ, какъ одно лицо засѣваетъ, съ поущенія другого, хотя и безъ его согласія, участокъ земли, ему не принадлежащій, но оно не можетъ довольствоваться молчаніемъ потерпѣвшаго, которому на улицѣ нанесена рана ножомъ. Всѣ заинтересованы въ томъ, чтобы у каждого

было чувство личной безопасности. Современное государство безусловно относится къ экономической борьбѣ частныхъ предприятий, на почвѣ свободной конкуренціи, но оно вмѣшивается, когда эта борьба приводитъ къ фальсификаціи продуктовъ, вредной для здоровья всѣхъ потребителей.

Орденъ или чинъ, съ современной намъ точки зрѣнія, въ демократическомъ государствѣ представляются малосущественнымъ интересомъ, но не слѣдуетъ забывать, что въ нихъ выражена оцѣнка общественной дѣятельности, а потому правила, опредѣляющія условия ихъ полученія, не могутъ быть лишены публичнаго характера.

Что касается, наконецъ, частно-правового характера договоровъ казны съ подрядчикомъ или поставщикомъ, несмотря на его общественный интересъ, то этотъ вопросъ заслуживаетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

§ 57.

Государство, какъ субъектъ частно-правовыхъ отношеній.

Литература: Ducrocq, *De la personnalité civile de l'Etat d'après les lois civiles et administratives de la France* (Revue générale du droit, 1894, т. XVIII); Michoud, *De la personnalité juridique*, т. I, 1906, стр. 262—373; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, стр. 639—693; Krabbe, *Die Lehre von der Rechtssouverenität*, 1906, стр. 24—32.

Раздѣленіе права на публичное и частное сталкивается съ большимъ затрудненіемъ, вызываемымъ тѣмъ, что само государство выступаетъ субъектомъ частно-правовыхъ отношеній какъ со стороны активной, такъ и со стороны пассивной. Государство приобретаетъ право собственности на недвижимость и движимость, государство становится то кредиторомъ по обязательствамъ, то должникомъ.

Государство выступаетъ не только, какъ общественная организація, стоящая надъ гражданами и властвующая надъ ними, но и какъ субъектъ правъ и обязанностей, наравнѣ со всѣми гражданами, относясь къ нимъ, какъ равный къ равнымъ.

Для матеріальной теоріи затрудненіе заключается въ томъ, что если частное право обнимаетъ область отношеній, въ которыхъ выражается частный интересъ, то какъ можетъ быть субъектомъ частнаго права государство, это высшее проявленіе общественнаго интереса? Не меньшее затрудненіе создается и для формальной теоріи. Если публичное право обнимаетъ область отношеній, защита которыхъ принадлежитъ инициативѣ государства, то логически вытекаетъ выводъ, признаваемый и Тономъ, что «государству могутъ принадлежать только публичныя, но не частныя права»¹⁾, такъ какъ по сдѣлкамъ, заключаемымъ государствомъ съ гражданами, обращеніе къ суду за судебной защитой зависитъ всецѣло отъ государства, какъ контрагента.

Какъ понять государство въ качествѣ частно-правового субъекта?

Теорія двойственнаго субъекта рисуется намъ государство въ двойномъ образѣ: государство, какъ субъекта публичнаго права, властвующаго надъ гражданами и диктующаго ему нормы права, и государство-казну, какъ субъекта частнаго права, подчиняющагося, вмѣстѣ съ гражданами, нормамъ права въ осуществленіи своихъ хозяйственныхъ интересовъ. При этомъ юридическая личность казны стоитъ внѣ спора, а государство, какъ организація, построенная на власти, можетъ быть признаваемо или такъ же юридическимъ лицомъ, или же не признаваться таковымъ²⁾. Если казна представляется отличнымъ субъектомъ отъ государства, то созданіе ея составляетъ продуктъ воли государства, дѣйствующаго здѣсь такъ же, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ своего правового творчества³⁾. Такая двойственность государства, особенно, если представить себѣ его въ видѣ двухъ субъектовъ права, публичнаго и частнаго, способна вызвать смущеніе. Затрудненія не въ томъ, какъ полагаетъ Мишу, что при такомъ построеніи государство, какъ публичная власть, могло бы не признавать себя отвѣтственнымъ за акты, совершенные государствомъ

1) Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 139.

2) Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6 изд. 1910, стр. 39—40, который возражаетъ, съ теоретической и политической точекъ зрѣнія, противъ *habitude courante* видѣть въ государствѣ одно лицо.

3) Ducrocq (*Rév. gen. de droit*, т. XVIII, стр. 101).

въ качествѣ субъекта частнаго права ⁴⁾, потому что это возможно при всякой конструкціи. Но при двойственности получается впечатлѣніе, что государство, по своему желанію, принимаетъ тотъ или другой образъ, то являясь во всемъ величій своей юридически неограниченной власти, то принимая смиренный образъ подданнаго, ищущаго въ судѣ защиты своихъ правъ противъ своего контрагента по договору, или противъ завладѣвшаго его участкомъ земли. Въ единомъ два лица, непостижимо совмѣщающіяся.

Теорія единаго субъекта отрицаетъ двойственность и считаетъ, что государство и казна—одно лицо. «Государство, какъ публичная власть, и государство, какъ юридическое лицо въ частномъ правѣ, представляютъ одного и того же субъекта права». «Все акты государства должны быть разсматриваемы, какъ дѣйствія одного и того же лица, которое имѣетъ только различныя органы и разныя проявленія» ⁵⁾. «Если дѣло идетъ о гражданскихъ отношеніяхъ, касающихся его частнаго имущества, государство окажется обладателемъ гражданской правоспособности; если дѣло касается административныхъ отношеній, въ немъ открываются права экспроприаціи или права обложенія, которыя являются правами публичной власти, выходящими за предѣлы частной жизни; наконецъ, когда дѣло касается международныхъ отношеній, за нимъ обнаружатся регальныя права, какъ право войны и мира. Значитъ ли это, что государство имѣетъ двѣ или три личности, наложенныя одна на другую, малую, среднюю и большую? Ни въ какомъ случаѣ,—у него только одна, наибольшая, которая содержитъ въ себѣ въ возможности все другія» ⁶⁾. По словамъ Еллинека, въ настоящее время господствующимъ слѣдуетъ считать взглядъ, что «государство, какъ субъектъ принадлежащихъ ему публичныхъ и частныхъ правъ, есть единое лицо, и фискъ является поэтому только одною изъ сторонъ этого лица» ⁷⁾.

Нельзя сказать, чтобы и такое представленіе не возбуждало сомнѣній. Если нѣтъ двойственности лица, то остается двойственная роль. Какъ объяснить, что государство, само создающее

⁴⁾ Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, т. I, 1906, стр. 271—272.

⁵⁾ Michoud, тамъ же, т. I, стр. 271 и 276.

⁶⁾ Naugleu, *Principes de droit public*, 1910, стр. 687.

⁷⁾ Еллинекъ, *Общее учение о государствѣ*, рус. пер. 1908, стр. 280.

субъектовъ частныхъ правъ, превращается въ субъекта частнаго права?

«Выходить такъ», говоритъ Краббе, «будто государство выльзаетъ изъ своихъ верховныхъ правъ, отрѣшается отъ изначала принадлежащей ему власти и стоитъ на равной ногѣ съ частными лицами, вслѣдствіе чего и дѣлается для него обязательнымъ частное право». Но такое представленіе противорѣчитъ существу государства. «Если сущность государства заключается въ томъ, чтобы властвовать, тогда для него невозможно (хотя бы и представить себѣ его всемогущимъ) измѣнить эту сущность и сдѣлать свою волю невластвующею». «Не можетъ государство выльзть изъ своей кожи»⁸⁾.

Несомнѣнно, что казна особый субъектъ права, созданный для частно-правовыхъ отношеній, какъ и всѣ другіе субъекты права. Такое сотвореніе казны—субъекта права—происходитъ на глазахъ исторіи. Созданіе фиска въ эпоху принципата въ Римѣ составляетъ историческій фактъ. Въ патримоніальномъ государствѣ такого субъекта нѣтъ, и онъ появляется въ новое время. Двойственности субъекта права въ государствѣ нѣтъ, потому что въ своемъ властвованіи государство дѣйствуетъ не какъ субъектъ права. Нѣтъ и двойственной стороны въ единомъ субъектѣ права, потому что государство не субъектъ права, и субъектомъ права можетъ быть признана только казна, какъ субъектъ права, сотворенный государствомъ для своихъ цѣлей. Но такъ какъ казна, какъ частно-правовой субъектъ, должна представлять интересы государства, т.-е. въ высокой степени общественные интересы, то мы имѣли бы передъ собой субъекта частнаго права, обезпечивающаго общественный интересъ,—логически невозможное построеніе.

Государство объявляетъ казну частно-правовымъ субъектомъ, тѣмъ концентрируетъ около него частно-правовыя отношенія, подчиняетъ его гражданскому праву и гражданскому процессу. Зачѣмъ это? Какъ будто государство не могло бы удовлетворить своимъ матеріальнымъ потребностямъ актами принудительнаго воздѣйствія на подчиненныхъ ему гражданъ?

⁸⁾ Krabbe, *Die Lehre von der Rechtssouverenität*, 1906, стр. 25.

Гипотетически это мыслимо. Въ социалистическомъ государствѣ, при общественной организаціи производства и потребления, государству не представилась бы необходимость выступать въ качествѣ частно-правового субъекта, хотя бы между гражданами и сохранились еще въ слабой степени мѣновья отношенія, — всѣ свои матеріальныя потребности государство удовлетворить принудительнымъ путемъ, посредствомъ всеобщей трудовой повинности и распредѣленіемъ продукта общественнаго труда.

Совершенно иное положеніе государства въ настоящее время, при хозяйственномъ строѣ, основанномъ на системѣ частныхъ хозяйствъ. Государство можетъ принудительно получить денежныя средства, но этимъ не удовлетворяются его матеріальныя потребности, — ему нужны услуги частныхъ лицъ, безъ которыхъ оно обойтись не можетъ и которыя оно не можетъ превращать въ повинность. Оно нуждается въ подрядчикахъ, поставщикахъ, перевозчикахъ, нанимателяхъ и т. п. Чтобы привлечь ихъ къ выполнению того, въ чемъ государство нуждается, безъ принужденія ихъ, необходимо возбудить въ нихъ личный матеріальный интересъ, который требуетъ обезпеченія. Психика современнаго человѣка освоилась съ обезпеченіемъ частныхъ интересовъ путемъ частнаго права, и государство, желая вызвать въ свою пользу со стороны своихъ гражданъ услуги такого же рода, какого выполняются ими въ пользу другихъ гражданъ, находитъ самымъ вѣрнымъ притвориться частнымъ лицомъ. Предлагая гражданину быть съ нимъ на равной ногѣ, обѣщая ему тѣ же гарантіи, съ которыми гражданинъ освоился въ своихъ отношеніяхъ къ другимъ гражданамъ, государство обѣщаетъ ему подчиниться созданнымъ имъ самимъ нормамъ гражданскаго права и компетенціи имъ же организованнаго гражданскаго суда.

Странно, что государство, вступая въ хозяйственное отношеніе съ своимъ гражданиномъ, привлекаетъ его перспективою суда. Казалось бы, судъ и администрація — органы одного и того государственнаго управленія, агенты одной и той же государственной власти. Но государство вынуждено считаться съ исторически сложившимся большимъ довѣріемъ къ суду, чѣмъ къ администраціи. Организація суда внушаетъ гражданамъ болѣшую увѣренность въ непристрастіи и независимости сужденія. Если бы

граждане имѣли такое же довѣріе къ администраціи, какое они имѣютъ къ суду, то имущественныя претензіи гражданъ къ государству могли бы разсматриваться въ административномъ порядкѣ. Но они не имѣютъ этого довѣрія. Этотъ психологическій фактъ побуждаетъ государство пользоваться гражданскимъ судомъ, когда ему нужно побудить гражданъ къ извѣстнымъ дѣйствіямъ, совершаемымъ добровольно, а не по принужденію.

Съ какой бы стороны мы ни подходили къ государству, какой бы видъ оно ни принимало передъ нами, всюду мы встрѣтимъ только общественный интересъ. Государство и частное лицо могутъ быть только противопоставляемы, но не сопоставляемы. Поэтому необходимо согласиться съ Генелемъ, который считаетъ «совершенно неправильнымъ представлять себѣ государство, въ его казенныхъ правоотношеніяхъ, не какъ государство, а какъ частное лицо»⁹⁾. Но законъ, выражая волю государства, обязываетъ суды разсматривать казну какъ частно-правового субъекта. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ юридической фикціей, которая состоитъ не въ томъ, что государство творитъ субъекта права въ видѣ казны, а въ томъ, что государство творитъ субъекта права на подобіе частнаго лица.

Все же фикція не способна затмить реальность. Изъ-за казны выглядываетъ постоянно государство, со всею своею властью, и подрываетъ частно-правовой характеръ субъекта и отношенія.

Государству приписывается, какъ и отдѣльнымъ гражданамъ, право частной собственности на движимость и недвижимость. Но съ такимъ представленіемъ не легко примириться. Государство не можетъ имѣть частной собственности, потому что публичная частная собственность есть *contradictio in adjecto*. Если мы представимъ себѣ, что государство сосредоточило въ своихъ рукахъ всю землю, выкупомъ или скупкой, должны ли бы мы признать, что государство станетъ единственнымъ частнымъ собственникомъ? Но въ сущность разсматриваемаго института заключается въ его частномъ характерѣ, въ «подѣленіи объекта», по выраженію Коркунова, что и выражается въ названіи «право частной собственности».

⁹⁾ Ha e n e l, *Deutsches Staatsrecht*, т. 1, 1892, стр. 161.

Въ случаѣ договоровъ, заключаемыхъ казною съ отдѣльными гражданами, можно ли признать устанавливающіяся такимъ путемъ отношенія частно-правовыми, какъ и тѣ, которыя возникаютъ между частными лицами? Въ договорѣ между частными лицами правовой характеръ требованію кредитора дается возможностью настаивать на исполненіи при содѣйствіи государственной власти или на возмѣщеніи неосуществленнаго интереса изъ всего имущества должника. Но кредиторъ казны можетъ рассчитывать только на добровольное исполненіе со стороны государства. Точное исполненіе своихъ обязательствъ составляетъ для государства дѣло расчета, политики, достоинства, но не права. Юридически нѣтъ никакого препятствія къ тому, чтобы государство уменьшило до срока процентъ по заключенному имъ займу. Ни одна изъ тѣхъ мѣръ, которыми располагаютъ органы исполнительнаго процесса, непримѣнима къ должнику-государству. Если принудительное исполненіе въ отношеніи къ государству недопустимо, какъ получить кредиторъ удовлетвореніе? Онъ обращается въ судъ. А если судъ откажетъ ему? «На этотъ случай», замѣчаетъ Бертелеми, «нѣтъ никакихъ средствъ принужденія. Кредитору остается обратиться, въ порядкѣ петиціи, къ законодательному собранію. Удивляться нечего, если и это ни къ чему не приведетъ». «На практикѣ такія предположенія имѣютъ мало основаній»¹⁰⁾. Практически—можетъ быть, но теоретически это очень важно.

И въ качествѣ кредитора государство отличается отъ частнаго лица. Въ то время, какъ гражданинъ по собственному усмотрѣнію и желанію распоряжается принадлежащимъ ему правомъ, права казны должны быть осуществлены агентами власти, и это лежитъ на ихъ обязанности.

Между имущественными отношеніями, въ которыя вступаетъ государство со своими гражданами по подрядамъ, поставкамъ, перевозкамъ, арендѣ и т. п., и имущественными отношеніями, которыя устанавливаются по взиманію налоговъ и пошлинъ, нѣтъ той существенной разницы, какая обыкновенно выставляется. Гдѣ и какое, въ самомъ дѣлѣ, различіе между судебными пошлинами и платою за провозъ по казенной желѣзной дорогѣ? Съ точки

¹⁰⁾ Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6 изд. 1910, стр. 505.

зрѣнія публично-правовой можно сказать, что плата за перевозку—та же пошлина, уплачиваемая государству за особую услугу, оказываемую частному лицу перемѣщеніемъ принадлежащихъ ему вещей. Съ точки зрѣнія частно-правовой можно было бы сказать, что уплатою судебныхъ пошлинъ гражданинъ-истецъ заключаетъ договоръ съ государствомъ, которое обязывается за полученное вознагражденіе разрѣшить спорный вопросъ и оказать физическое содѣйствіе своему контрагенту, если онъ окажется правымъ. Въ томъ и другомъ случаѣ замѣшаны общественные интересы, а потому то и другое отношеніе должно быть признано въ равной мѣрѣ публично-правовымъ.

§ 58.

Система публичнаго права.

Литература: Ехлинекъ, *Общее учение о государствѣ*, рус. пер. 1908, стр. 278—285; Дюги, *Конституціонное право*, рус. пер. 1908, стр. 73—86; Гумпловячъ, *Общее учение о государствѣ*, рус. пер. 1910, стр. 450—486; Нагрион, *Précis de droit administratif*, 7 изд. 1911, стр. 105—110; L. Spiegel, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften*, 1909; Левитскій, *Предметъ, задача и методъ науки полицейскаго права*, 1894; Раевскій, *Предметъ и задача полицейскаго права* (Зап. Харьк. Унив. 1904, кн. 4); Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 1—33.

Публичное право, которое въ глазахъ римлянъ обладало нераздѣльнымъ единствомъ, въ настоящее время, съ количественнымъ ростомъ нормъ и дифференціаціей въ государственной дѣятельности, само раскалывается на части. Это дѣленіе нормъ права наблюдается какъ въ самой жизни, такъ и въ государственныхъ наукахъ, занимающихся ихъ изученіемъ.

Въ публичномъ правѣ обособляется прежде всего та часть нормъ, которая опредѣляетъ строеніе государства. Рѣчь идетъ не о социологическомъ существѣ государства, а о правилахъ, на которыхъ основывается организація власти въ государствѣ. Это—*государственное право*. Но нельзя полагать, что государственное строеніе опредѣляется только нормами права. Верховная власть

въ государствѣ обусловлена не юридическими нормами, а этическими. Кто является властвующимъ, какъ складываются отношенія между различными органами власти, — это вопросъ не права, а соотношенія общественныхъ силъ. Но, поставленная надъ правомъ, государственная власть соприкасается съ населеніемъ черезъ массу своихъ агентовъ, ей подчиненныхъ и дѣйствующихъ на основаніи нормъ, исходящихъ отъ государственной власти. Отношеніе органовъ управленія другъ къ другу и къ гражданамъ основывается на правѣ, и потому эта часть нормъ имѣетъ юридическій характеръ.

Такимъ образомъ, устройство государства, въ смыслѣ организациіи власти отъ центра до периферіи, опредѣляется нормами двоякаго рода: а) этическими, составляющими въ своей совокупности конституціонное право, и б) юридическими, совокупность которыхъ образуетъ государственное право въ тѣсномъ смыслѣ слова. Такая группировка не совпадаетъ съ принятою во Франціи, потому что здѣсь къ нормамъ, опредѣляющимъ государственное право, относятъ только конституціонное право, придавая ему юридическій характеръ. Эта группировка не отвѣчаетъ принятой въ Германіи, потому что тамъ государственное право обнимаетъ и конституціонное, составляя виды одного рода нормъ, — нормъ права.

Наука государственнаго права отличается отъ общаго ученія о государствѣ, будетъ ли она обоснована на философской или на социологической почвѣ. Сама наука государственнаго права распадается на общее государственное право и государственное право той или другой страны.

Государственному праву противопоставляется *административное право*, какъ совокупность нормъ права, опредѣляющихъ отношенія между органами управленія и гражданами. Если государственное право обрисовываетъ устройство государства, то административное право раскрываетъ дѣятельность государственной власти. Иногда эти двѣ отрасли публичнаго права сравниваютъ съ анатоміей и физиологіей. Пониманіе административнаго права не можетъ считаться вполне установленнымъ. Во Франціи административное право противопоставляется конституціонному, слѣдовательно, оно обнимаетъ и тѣ нормы, которыя опредѣляютъ строеніе орга-

новъ управленія. Въ Германіи, напротивъ, административное право, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ дѣятельность государственной власти, противопоставляется государственному праву, какъ совокупности нормъ, опредѣляющихъ организацію государственной власти отъ монарха и парламента до послѣдняго полицейскаго чина. Въ Англіи юристы высказываютъ даже мнѣніе, что континентальное понятіе объ административномъ правѣ чуждо сознанію англичанъ. По словамъ Дайси, этотъ терминъ не имѣетъ равнозначащаго выраженія въ англійской юридической терминологіи, не знакомъ англійскимъ судьямъ и адвокатамъ ¹⁾. Отношеніе между органами управленія и гражданами опредѣляется не особыми, а общими нормами, примѣненіе которыхъ есть дѣло общихъ судовъ. Это и есть «господство права». Но такое утвержденіе не отвѣчаетъ дѣйствительности ²⁾, хотя вѣрно, что въ научномъ отношеніи административное право, какъ предметъ особой науки публичнаго права, не обособляется въ Англіи такъ, какъ на континентѣ.

Наука административнаго права, прежде извѣстная подъ именемъ полицейскаго права, въ новое время, съ половины XIX столѣтія, значительно мѣняетъ свои задачи и объектъ. Ранѣе наука полицейскаго права ставила цѣлью своего изученія не нормы права, по которымъ дѣйствуютъ органы управленія, а мѣры, какія вмѣняется этимъ органамъ примѣнять по даннымъ имъ инструкціямъ; во главу цѣли ставилась не законность административной дѣятельности, а цѣлесообразность. Этотъ старый взглядъ продолжаетъ еще сохранять своихъ сторонниковъ. «Благопріятныя условія развитія различныхъ сторонъ экономической жизни», говоритъ Дерюжинскій, «содѣйствіе къ развитію духовно-интеллектуальныхъ интересовъ населенія, наконецъ, обезпеченіе цѣлаго ряда условій общественнаго спокойствія и безопасности,— вотъ три основныя группы, на которыя распадается подлежащій изученію полицейскаго права обширный матеріалъ» ³⁾. Но этому взгляду на науку полицейскаго, какъ политику, противопоставляется нынѣ взглядъ на науку административнаго права, какъ

¹⁾ Дайси, *Основы государственнаго права Англіи*, рус. пер. 1891, стр. 246.

²⁾ Едлинекъ, *Общее ученіе о государствѣ*, рус. пер. 1908, стр. 283, прим. 1.

³⁾ Дерюжинскій, *Полицейское право*, 3 изд. 1911, стр. 17.

отрасль науки о правѣ въ видѣ «ученія о публично-правовыхъ отношеніяхъ въ области внутренняго управленія»⁴⁾. Соотношеніе между старымъ и новымъ взглядомъ можетъ выразиться въ двойственной постановкѣ науки: съ одной стороны административной науки, изучающей принципы дѣятельности государственной власти, и съ другой—науки административнаго права, систематизирующей нормы права, опредѣляющія дѣятельность государственной власти въ сферѣ внутренняго управленія. Въ интересахъ цѣльности изложенія наука административнаго права беретъ отъ государственнаго права ученіе объ органахъ управленія, чтобы связать въ представленіи дѣятельность съ дѣятелями.

Изъ области внутренняго управленія выдѣляется по своему практическому значенію *финансовое право*, какъ совокупность нормъ права, опредѣляющихъ способы приобрѣтенія и расходванія государствомъ матеріальныхъ средствъ, необходимыхъ для осуществленія имъ своихъ задачъ. Сюда же относятся и нормы права, опредѣляющія финансовое хозяйство союзовъ публичнаго характера, подчиненныхъ государству, какъ города, земства и др. По существу финансовое право есть часть административнаго права.

Въ научномъ отношеніи различаютъ финансовую науку и науку финансоваго права. Первая изъ нихъ изучаетъ принципы распредѣленія налогового бремени и послѣдствія налогового обложенія. Въ своей теоретической части финансовая наука основывается на политической экономіи, въ своей практической части образуетъ финансовую политику⁵⁾. Наука финансоваго права ставитъ своей задачей дать систематическое представленіе о той массѣ нормъ права, которая въ данное время въ данной странѣ устанавливаетъ отношеніе между гражданами и органами управленія на почвѣ принудительнаго изысканія матеріальныхъ средствъ, необходимыхъ для государства.

⁴⁾ Елистратовъ, *Учебникъ русскаго административнаго права*, вып. 1, 1910, стр. 47; В. Гессенъ, *Лекціи по полицейскому праву*, 1907—1908, стр. 13.

⁵⁾ Нитти, *Основныя начала финансовой науки*, рус. пер. 1904, стр. 13. Попытки, въ родѣ той, какую дѣлаетъ Озеровъ, *Основы финансовой науки*, вып. 1, 1908, стр. 32—34, утвердить самостоятельную теорію финансовой науки и отграничить ее отъ финансовой политики, совершенно неосуществимы.

Охраняя установленный государственный и правовой порядок, государство обеспечивает его неприкосновенность въ нѣкоторыхъ случаяхъ его нарушенія угрозою наказанія. Въ этой государственной дѣятельности раскрывается карательная функція государственной власти. Совокупность нормъ права, посредствомъ которыхъ государство соединяетъ съ нѣкоторыми правонарушеніями правовыя послѣдствія въ видѣ наказанія, составляетъ *уголовное право*. Въ немъ также выражается дѣятельность государственной власти, а потому оно также представляетъ обособившую часть внутренняго управленія. Никакого карательнаго права, субъектомъ котораго будто бы является государство ⁶⁾, не существуетъ. Имѣется только карательная власть, какъ функциональное проявленіе государственной власти, которая караетъ не потому, что имѣетъ на то право въ субъективномъ смыслѣ, а потому, что находитъ это цѣлесообразнымъ и обладаетъ къ тому фактическою возможностью.

Наука уголовного права ставитъ себѣ задачей «опредѣлить путемъ юридически-техническаго метода, опираясь на уголовное законодательство, преступное дѣяніе и наказаніе, какъ логическія обобщенія» ⁷⁾. Это систематизація дѣйствующихъ нормъ уголовного права. Она распадается на общую часть, въ которой дается ученіе о преступленіи и наказаніи, и особенную часть, гдѣ излагается содержаніе отдѣльныхъ преступленій и сопутствующихъ имъ наказаній. Къ наукѣ уголовного права примыкаютъ: 1) криминологія, изучающая преступленіе, какъ социальное явленіе, особенно со стороны причинъ или факторовъ преступности (уголовная социологія), а также преступника, какъ своеобразный человѣческій типъ въ физическомъ и психическомъ отношеніи (уголовная антропологія); 2) уголовная политика, вырабатывающая цѣлесообразныя мѣры борьбы съ преступностью.

Устанавливая правила поведенія, какъ для гражданъ, такъ и для агентовъ власти, государственная власть направляетъ свою дѣятельность на примѣненіе нормъ права къ фактическимъ отно-

⁶⁾ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 477; Фойницкій, *Ученіе о наказаніи*, 1889.

⁷⁾ Листъ, *Учебникъ уголовнаго права*, рус. пер. 1903, стр. 2.

шеніямъ въ конкретныхъ случаяхъ правонарушенія. Эта функція государственной дѣятельности проявляется въ *судебномъ правѣ*, или процессуальномъ правѣ, подѣ которымъ понимается совокупность нормъ права, устанавливающихъ систему дѣйствій суда, какъ органы управления, въ видахъ раскрытія въ конкретныхъ случаяхъ примѣнимости послѣдствій той или оной нормы права.

Процессъ выражается въ трехъ формахъ: 1) гражданскій процессъ, направленный къ охранѣ частныхъ правъ, 2) уголовный процессъ, направленный къ приложенію наказанія за совершенное преступленіе, 3) административный процессъ, направленный къ устраненію послѣдствій отъ неправильныхъ дѣйствій того или другого агента власти. Долгое время уголовный и гражданскій процессы представляли нераздѣльное цѣлое; дифференціація ихъ, какъ по органамъ суда, такъ и по принципамъ судопроизводства, составляетъ явленіе позднѣйшаго времени. Административная юстиція есть продуктъ совсѣмъ новаго времени и не можетъ еще считаться вполне опредѣлившеюся, а для нѣкоторыхъ странъ, какъ, напр., для Россіи, она еще остается чуждою.

Совершенно ясно, съ современной точки зрѣнія, различіе между гражданскимъ правомъ и гражданскимъ процессомъ, уголовнымъ правомъ и уголовнымъ процессомъ. Однако, только недавно въ законодательствахъ стали проводить раздѣленіе матеріальнаго и формальнаго права. Этому способствовало то, что долгое время судебный процессъ разсматривался, какъ дѣло самихъ потерпѣвшихъ отъ правонарушенія, какъ частное дѣло, пока государственная власть не признала, что отправленіе правосудія есть общественное дѣло. Съ этого момента всякій процессъ, уголовный и гражданскій, входитъ въ систему публичнаго права. Такимъ путемъ происходитъ разъединеніе гражданскаго права и граждайскаго процесса, изъ которыхъ первый отходитъ въ систему частнаго права, а второй—въ систему публичнаго права. У насъ это дѣленіе установилось прочно только съ изданіемъ Судебныхъ Уставовъ 1864 года.

Въ научномъ отношеніи гражданскій и уголовный процессы примыкаютъ къ наукѣ о внутреннемъ управленіи, насколько рѣчь

идеть о судопроизводствѣ, и къ государственному праву, насколько рѣчь идетъ о судоустройствѣ⁸⁾.

Въ предѣлахъ государства, а иногда и выходя за его предѣлы, располагается союзъ лицъ, объединенныхъ общностью христіанской религіи, который носитъ названіе церкви. Жизнь такого религіознаго союза поддается нормировкѣ въ двоякомъ отношеніи: со стороны внутреннихъ отношеній среди членовъ церкви и со стороны вѣшнихъ отношеній церкви, какъ общественнаго союза, къ государству, какъ высшей принудительной организаціи. На этой почвѣ создалось двоякое право: а) каноническое и б) церковное. отождествленіе этихъ двухъ терминовъ является неправильнымъ. Подъ именемъ каноническаго права понимается на Западѣ право, содержащееся въ *Cognus juris canonici*, а въ Восточной церкви—право, содержащееся въ канонахъ періода вселенскихъ соборовъ. Каноническое право, слѣдовательно, даетъ намъ нормы, церковныя по своему происхожденію, хотя бы по своему содержанію онѣ выходили за предѣлы интересовъ церкви, какъ, напр., по вопросу о бракѣ, собственности, владѣніи, договорахъ. Церковное право даетъ нормы, церковныя по своему содержанію, хотя бы своимъ происхожденіемъ они обязаны были не церкви, а государству. Отсюда обнаруживается несовпаденіе понятій о каноническомъ и церковномъ правѣ, и затрудненіе при опредѣленіи мѣста въ системѣ права. Въ то время какъ одни, напр., у насъ Суворовъ, полагаютъ, что «въ церковномъ правѣ нѣтъ надобности различать публичное и частное право, потому что все вообще церковное право носитъ публичный характеръ»⁹⁾, другіе, какъ, напр., у насъ Павловъ, утверждаютъ, что «церковное право есть особенная, самостоятельная вѣтвь права, которую нельзя отнести ни къ частному, ни къ публичному»¹⁰⁾.

Въ дѣйствительности слѣдуетъ признать, что каноническому праву вообще нѣтъ мѣста въ системѣ права. Это ученіе о нормахъ *sui generis*. Что касается церковнаго права, то, поскольку

⁸⁾ Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 114: иѣчто среднее между публичнымъ и частнымъ правомъ стремится найти для процесса R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, 2 изд., 1910, стр. 4.

⁹⁾ Суворовъ, *Учебникъ церковнаго права*, 3 изд. 1908, стр. 5.

¹⁰⁾ Павловъ, *Курсъ церковнаго права*, 1902, стр. 15.

оно своимъ происхожденіемъ обязано государству, а по содержанію, опредѣляетъ положеніе церкви въ государствѣ,—оно есть право государственное, а слѣдовательно видъ публичнаго права.

§ 59.

Система частнаго права.

Литература: Meumann, *System du droit privé*, 1909; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, § 13; Strome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, § 11.

Въ области частнаго права не замѣчается такой дифференціаціи, какъ въ области публичнаго права. Почти вся она занята *гражданскимъ правомъ*.

Обширность матеріала, содержащагося въ гражданскомъ правѣ, вызываетъ особый интересъ къ системѣ нормъ гражданскаго права. Римскія традиціи передали новѣйшему времени институціонную систему, т.-е. систему, положенную въ основу Институцій Гая и Юстиніана. Она положена въ основу законодательствъ французскаго и австрійскаго, а также французской научной литературы. Эта система состоитъ изъ трехъ частей: 1) о лицахъ, 2) о вещахъ, 3) объ искахъ. Такъ какъ всѣ гражданскія правоотношенія происходятъ между лицами по поводу вещей и охраняются исками, то институціонной системѣ недостаетъ главнаго—классификаціоннаго момента.

На смѣну ей явилась пандектная система, обязанная своей идеей Гуго, а своимъ распространеніемъ—Савиньи. Она положена въ основу германскаго и швейцарскаго законодательствъ, а также германской, австрійской и швейцарской научной литературы. Она распадается на четыре отдѣла: 1) вещное право, 2) обязательственное право, 3) семейное право, 4) наследственное право, при чемъ имъ всѣмъ предшествуетъ общая часть, излагающая о субъектѣ, объектѣ, юридическихъ сдѣлкахъ, защитѣ права. Конечно, на сторонѣ этой системы, по сравненію съ институціонной, всѣ преимущества. Главное ея достоинство, педагогическое,—постепенный переходъ отъ простаго къ сложному, въ интересѣ чего германскій

законодатель счелъ нужнымъ поставить обязательственное право впереди вещнаго. Вторымъ достоинствомъ пандектной системы слѣдуетъ признать цѣлостное впечатлѣніе, даваемое каждымъ отдѣломъ, обособленнымъ по своему жизненному значенію.

Однако, слѣдуетъ признать, что пандектная система не удовлетворяетъ основнымъ требованіямъ научной классификаціи, которыя заключаются въ томъ, что а) система должна обнимать весь матеріаль, подлежащій классификаціи, и б) система должна быть построена на единомъ признакѣ.

Со стороны полноты матеріала недостатокъ пандектной системы выражается въ томъ, что она рассчитана на то содержаніе, какое имѣется въ Пандектахъ Юстиніана. Въ ней не отведено мѣста правовымъ институтамъ, выдвинутымъ условіями новаго времени. Настоящее замѣчаніе относится въ особенности къ авторскимъ правамъ и промышленнымъ, какъ право на промышленное изобрѣтеніе, на фирму, на товарный знакъ и т. п. Этимъ правамъ предложено въ совокупности названіе права на нематеріальныя блага (*Immaterialgüterrechte*), но едва ли такое названіе можетъ быть признано удачнымъ, потому что и права по обязательствамъ имѣютъ своимъ объектомъ дѣйствія обязанныхъ лицъ, а не матеріальныя блага; съ другой стороны, названіе способно возбудить ложное представленіе, будто эти права лишены матеріальнаго интереса, между тѣмъ какъ они предназначены для защиты именно матеріальныхъ интересовъ. Поэтому эту группу правъ правильнѣе было бы назвать исключительными правами, и, въ виду того, что они имѣютъ абсолютный характеръ, какъ и вещныя права, ввести ихъ въ систему гражданскаго права рядомъ съ вещнымъ правомъ.

Пандектная система нарушаетъ также требованіе единства признака, на которомъ строится классификація. Различіе вещнаго и обязательственнаго права основано на юридическомъ несходствѣ ихъ, такъ какъ вещное право есть абсолютное право, а обязательственное право—относительное. Но абсолютныя права имѣются еще въ гражданскомъ правѣ. Кромѣ исключительныхъ правъ, тотъ же характеръ носятъ права личной власти, присвоенныя мужу, родителямъ, опекунамъ. Съ другой стороны, семейное и наследственное права, поставленныя рядомъ съ вещнымъ и

обязательственнымъ, какъ равнозначные члены системы, не имѣютъ уже отличительныхъ юридическихъ свойствъ, а представляютъ собою сочетаніе абсолютныхъ и относительныхъ правъ на почвѣ семьи и наследованія. Такую же комбинацію правъ, какъ наследственное право, и притомъ въ смѣшеніи матеріальныхъ и процессуальныхъ моментовъ, мы обнаруживаемъ въ конкурентномъ правѣ, которое, однако, не находитъ себѣ вовсе мѣста въ системѣ гражданскаго права.

При всѣхъ этихъ недостаткахъ пандектная система продолжаетъ господствовать въ законодательствахъ и наукахъ, потому что не открыта лучшая система.

Рядомъ съ гражданскимъ правомъ выдвинулось въ области частнаго права *торговое право*. Основанія для его обособленія въ законодательствѣ заключаются въ слѣдующемъ. Прежде всего, этому способствовало дѣленіе средневѣкового общества на сословія, изъ которыхъ каждое жило по своему праву. Однимъ изъ такихъ сословій было купечество, въ средѣ котораго и выработалось обычное купеческое право. Абсолютизмъ, нуждавшійся въ матеріальныхъ средствахъ и опекавшій торговлю, какъ источникъ доходовъ, придалъ ему законодательный обликъ. Въ XIX вѣкѣ торговымъ кодексамъ выпала различная роль. Въ Германіи ему пришлось выступить въ качествѣ перваго объединителя на почвѣ національнаго права, такъ какъ сойтись на одинаковомъ торговомъ правѣ германскимъ правительствамъ было легче, нежели на единомъ гражданскомъ правѣ. Неудовлетворительность гражданскаго права, несоотвѣтствіе его требованіямъ торговаго оборота чрезвычайно благопріятствовали законодательнымъ работамъ по торговому праву, такъ какъ давали возможность удовлетворить наиболѣе настоятельнымъ запросамъ экономической жизни, не затрагивая труднаго вопроса о пересозданіи гражданскаго права. Если такія передовыя страны, какъ Франція и Германія, утвердили законодательную самостоятельность торговаго права, рядомъ съ гражданскимъ, то второстепенныя государства, по закону подражанія, сочли необходимымъ поддержать это направленіе. Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что страны съ весьма развитою торговлею, какъ Англія или Сѣверо-Американскіе Штаты, не знаютъ самостоятельнаго торговаго права, а страна, находящаяся въ цен-

трѣ Европы, Швейцарія, создала гражданское торговое законодательство, которое обнимаетъ и торговое право. Такая судьба ожидается въ недалекомъ будущемъ торговое право и въ другихъ государствахъ.

Торговое право могло сохранять свою самостоятельность, пока торговый оборотъ выдѣлялся изъ экономическаго оборота по своему коммерческому духу, печать котораго падала и на торговое право. Но теперь, когда спекуляція охватила всѣ стороны экономической жизни страны, границы стерлись въ бытовомъ отношеніи, стираются и въ юридическомъ отношеніи. Каждая новая кодификація торговаго законодательства обнимаетъ все большую сферу народно-хозяйственной жизни, и потому, естественно, дѣло должно закончиться сліяніемъ торговаго и гражданскаго права.

Пока торговое право не только сохраняетъ свою самостоятельность по отношенію къ гражданскому праву, но даже обнаруживаетъ нѣкоторую склонность къ дифференціаціи. Такъ, въ Германіи изъ торговаго права выдѣляются, съ претензіями на самостоятельность, вексельное, морское и страховое право.

Казалось бы, особенности крестьянскаго землевладѣнія въ Россіи, подъ дѣйствіемъ которыхъ живетъ большая часть русскаго народа, должны бы вызвать выдѣленіе изъ частнаго права самостоятельнаго отдѣла въ видѣ *поземельнаго права*. Къ сожалѣнію, русская юридическая мысль находится подъ сильнымъ влияніемъ германской науки, которое не допускаетъ обособленія нормъ права въ законодательствѣ и наукѣ, не извѣстнаго нѣмецкимъ ученымъ по той причинѣ, что на Западѣ нѣтъ къ тому достаточной побудительной причины.

Въ наукѣ гражданскаго права можно различить слѣдующее: 1) теорія гражданскаго права, роль которой выполнялась въ теченіе XIX вѣка римскимъ правомъ, а теперь только еще ищетъ твердой опоры въ матеріалѣ новѣйшихъ гражданскихъ законодательствъ; 2) догма гражданскаго права, дающая систематическое изложеніе положительнаго гражданскаго права той или другой страны; 3) гражданско-правовая политика, которая только намѣчается и отстаетъ сильно отъ уголовной и финансовой политики.

Въ теченіе долгаго времени римское право играло роль теоріи гражданскаго права. Къ римскому праву, пользовавшемуся тра-

диціоннымъ авторитетомъ, подходили съ преклоненіемъ то передъ его содержаніемъ (*ratio scripta*), то передъ его логическими формами. То и другое представленіе, однако, разрушено. Тогда выдвинуто было педагогическое значеніе римскаго права, какъ образцоваго творенія нормъ права въ связи съ жизненными потребностями. Но это уже историческая, а не теоретическая цѣнность. Роль теоріи гражданскаго права римское право сыграло потому, что въ Германіи оно до послѣдняго времени было дѣйствующимъ правомъ, восполнявшимъ пробѣлы мѣстныхъ гражданскихъ законодательствъ. Архаизмъ этихъ послѣднихъ и ихъ разрозненность должны были естественно направить научное вниманіе на общее право. На этой почвѣ развилась блестящая теоретическая мысль въ Германіи. Но какъ только въ Германіи вступило въ дѣйствіе, съ 1-го января 1900 года, гражданское уложеніе, какъ теоретическій интересъ къ римскому праву сразу упалъ. Оно доживаетъ и въ преподаваніи и въ литературѣ послѣдніе дни. Можетъ быть, теоретическая мысль сосредоточится на германскомъ правѣ, а можетъ быть, нѣмецкіе ученые сумѣютъ, наконецъ, отрѣшиться отъ своихъ національныхъ предразсудковъ и построятъ теорію гражданскаго права на сравнительномъ матеріалѣ. Если они этого не сдѣлаютъ, то теорія гражданскаго права найдеть себѣ благодарную почву во Франціи, гдѣ сейчасъ теоретическіе интересы начинаютъ брать верхъ надъ комментаторскими.

§ 60.

Историческое развитіе дѣленія права на публичное и частное.

Литература: Letourneau, *L'évolution politique dans les diverses races humaines*, 1890; Свенсеръ, *Развитіе политическихъ учреждений*, рус. пер. 1882; Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. 1, 1911, стр. 54—78.

Характерное для нашего времени различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ есть историческая, но не логическая категория. Существующее въ современномъ правопорядкѣ противопоставленіе частнаго и публичнаго права не вытекаетъ изъ суще-

ства права, а представляетъ лишь историческое явленіе. Раздѣленіе права, единого по своей природѣ, предполагаетъ наличность психическихъ, экономическихъ, политическихъ и этическихъ условій, которыя создаютъ противоположеніе сферъ частныхъ интересовъ сферѣ общественныхъ интересовъ.

Обращаясь къ тѣмъ ступенямъ, по которымъ шло развитіе современнаго гражданско-правового строя, мы дѣйствительно вначалѣ не находимъ раздвоенія. Правовой порядокъ представляетъ полное единство, при чемъ, однако, въ немъ обнаруживается господствующій отгѣнокъ, то публичный, то частный. При наличности однихъ условій, когда индивидъ захватывается общественной группой, когда индивидуализму нѣтъ простора,—всѣ отношенія носятъ публичный характеръ; при наличности иныхъ условій, когда для индивида создается кругъ его интересовъ, отдѣльныхъ отъ общества, когда индивидъ выбивается изъ-подъ групповыхъ узъ,—всѣ отношенія принимаютъ частный характеръ. Если въ настоящее время общество и личность стоятъ другъ противъ друга, какъ двѣ равныя силы, налагая тѣмъ отпечатокъ на право, то мысленно мы въ состояніи представить себѣ социалистической строй, гдѣ соотношеніе между правомъ публичнымъ и частнымъ можетъ принять характеръ, далекій отъ того, съ которымъ мы сжились и который поэтому кажется намъ естественнымъ.

Если мы обратимъ вниманіе на психику первобытнаго человѣка и на складъ первобытнаго общества, то ни въ томъ, ни въ другомъ мы не найдемъ необходимыхъ условій для рѣзкаго различія интересовъ, которое способно было бы противопоставить личность обществу и повести къ различію нормъ, опредѣляющихъ поведеніе человѣка въ обществѣ.

Въ противоположность современнымъ французамъ, нѣмцамъ, англичанамъ, отличающимся крайнимъ разнообразіемъ въ характерѣ, складѣ ума, нравственныхъ понятійхъ, вкусѣ, образованіи, на раннихъ ступеняхъ исторіи человѣчества царитъ полное психическое однообразіе и каждый индивидъ—точная копія другого. Это обстоятельство не даетъ мѣста для развитія индивидуальности. Отличительныя черты характера первобытнаго человѣка—это импульсивность и непредусмотрительность. Первая черта мѣшаетъ прочности общественныхъ соединеній, вторая

устраняетъ потребность въ собственности. Первобытный человѣкъ цѣнитъ блага только по ихъ способности удовлетворить его наличнымъ желаніямъ. Женщина для него только предметъ удовлетворенія его физиологическихъ потребностей. Поэтому ему чужды семейныя привязанности, а также притягательная сила своего жилища и имущества, т.-е. всего того, что въ глазахъ современнаго человѣка имѣетъ наибольшую цѣнность и что составляетъ основу гражданскаго права.

Съ другой стороны, и общественныя условія мало благоприятствуютъ развитію индивидуализма и установленію различія между отношеніями частнаго и публичнаго характера. Возьмемъ ту первоначальную общественную группу, которая, по видимому, предшествуетъ другимъ формамъ соединенія ¹⁾. Сравнительно небольшая группа людей, съ слабо развитой политической связью, живетъ на началахъ совмѣстнаго удовлетворенія основныхъ потребностей. Въ группѣ господствуетъ равенство. Всѣ женщины, принадлежащія къ данной группѣ, составляютъ достояніе всѣхъ мужчинъ. Складъ половыхъ отношеній не возбуждаетъ чувства ревности и желаній исключительнаго обладанія женщиною. Поэтому здѣсь нѣтъ супружеской власти, нѣтъ семейнаго жилища. Мужчины и женщины живутъ обыкновенно отдѣльно, въ особыхъ для каждаго пола помѣщеніяхъ. Здѣсь нѣтъ отцовской власти, потому что ни одинъ мужчина не въ состояніи указать ребенка, который бы ему обязанъ былъ жизнью. Между отцомъ и дѣтьми не можетъ существовать никакихъ отношеній, дѣти признаются принадлежащими всему племени, находятся подъ его попеченіемъ, а по достиженіи возмужалости становятся совершенно самостоятельными. Не встрѣчаемъ мы въ такихъ соединеніяхъ и власти господина надъ рабами, потому что нѣтъ частнаго хозяйства, а оставляемые въ живыхъ плѣнные составляютъ достояніе всей группы. Несложныя и однообразныя потребности всѣхъ, входящихъ въ составъ группы, даютъ почву только для простой кооперации. Главныя средства добыванія необходимыхъ благъ—совмѣстная охота и военный грабежъ. Никакого раздѣленія труда,

¹⁾ Шурцъ, *Исторія первобытной культуры*, рус. пер. 1896, стр. 90 и слѣд.; Липпертъ, *Исторія культуры*, рус. пер. 1904, стр. 151 и слѣд.

никакого обмѣна еще нѣтъ. Власть, почти незамѣтная въ мирное время, обнаруживается только въ походѣ. Даже мечь составляетъ обязанность не ближайшаго родственника, какъ это становится позднѣе, а всей группы. Однимъ словомъ, на какую бы сторону мы ни взглянули, мы всюду встрѣчаемъ только публичныя отношенія и нигдѣ не находимъ отношеній частнаго характера. Поэтому-то оказываются тщетными всѣ попытки европейцевъ воздѣйствовать на подобныя группы по принципу *divide et impera*, такъ какъ этотъ принципъ обязанъ своимъ происхожденіемъ совершенно инымъ общественнымъ условіямъ.

Такъ же мало оснований для противоположенія частныхъ и публичныхъ интересовъ на той ступени общественнаго развитія, типомъ которой является патриархальная семья. Жена или жены, сыновья и дочери, жены сыновей, а иногда и мужья дочерей, внуки и правнуки—всѣ эти лица находятся подъ властью родоначальника, которая составляетъ наиболѣе характерный признакъ патриархальной семьи. Такая группа лицъ, иногда весьма значительная по числу, вслѣдствіе долговѣчности главы, многоженства и раннихъ браковъ, составляетъ общественную единицу. Все племя, если это выраженіе примѣнимо къ лицамъ, имѣющимъ общее лишь происхожденіе и языкъ, распадается на такія самостоятельныя, семейныя группы, взаимное отношеніе которыхъ почти такое же, какъ и отдѣльныхъ государствъ въ современномъ международномъ общеніи. Индивидуализму и въ патриархальной семьѣ мѣста нѣтъ, потому что каждый имѣетъ значеніе не самъ по себѣ, а какъ членъ группы. Интересы всей семьи—это и интересы каждаго отдѣльнаго человѣка, индивидуальность котораго совершенно поглощается семьею. Внутренній распорядокъ, необходимый въ большихъ соединеніяхъ, основывается на абсолютной власти патріарха, въ которой сливаются власти родительская, супружеская, хозяйская съ политической. Патріархъ—законодатель, администраторъ и судья, а въ то же время хозяинъ, распоряжающійся всѣмъ имуществомъ, принадлежащимъ семьѣ, независимо отъ того, кѣмъ въ частности пріобрѣтены тѣ или другія его части. Въ такомъ видѣ семья представляетъ государство въ миниатюрѣ, положеніе члена семьи сливается съ политическимъ состояніемъ, интересы семьи и общества совпадаютъ.

Естественное размноженіе и увеличеніе подобныхъ группъ, посредствомъ выдѣленія и распаденія, дѣлаетъ невозможнымъ продолженіе такого изолированнаго состоянія. Отъ охотничьяго или пастушьяго образа жизни приходится перейти къ земледѣлію. Въмѣствъ съ матеріальными затрудненіями возрастаетъ и внѣшняя опасность. Эти обстоятельства побуждаютъ обособленныя группы, имѣющія общее происхожденіе, говоряція на томъ же языкѣ и поклоняющіяся тому же божеству, соединиться на федеративныхъ началахъ. Такимъ путемъ образуются большія общественныя группы, называемыя племенемъ. На этой ступени общественнаго развитія застаеъ исторія кельтовъ и германцевъ.

Понятно, что власть, соединяющая группы въ одно цѣлое, представляется вначалѣ весьма слабою. Она проявляетъ себя главнымъ образомъ съ военной стороны. Она обнаруживается также въ разрѣшеніи споровъ, возникающихъ между родами. Послѣдніе же и по соединеніи продолжаютъ носить тотъ же замкнутый характеръ, какимъ отличались въ изолированномъ состояніи. Общественною единицею является не отдѣльный человѣкъ, а только глава семьи или рода, какъ представитель съ личной и имущественной стороны.

Но новое соединеніе производитъ крупное измѣненіе. Прежняя группа, составлявшая въ изолированномъ быту все общество, стала теперь лишь частнымъ міромъ по отношенію къ цѣлой федераціи. При замкнутости и самостоятельности каждой группы, при крайней незначительности общихъ интересовъ всѣ отношенія принимаютъ частный характеръ. Общественная власть строится по частному началу. Носителемъ ея является глава какой-нибудь семьи, который продолжаетъ въ своей новой дѣятельности руководствоваться семейными принципами. Власть переходитъ по наследованію, какъ и частное имущество въ семейномъ кругу, на тѣхъ же началахъ, напр., по салическому закону ²⁾). Общественное управленіе, при своемъ возникновеніи, беретъ образцомъ домашній бытъ, общественное хозяйство представляетъ собою лишь крупное частное хозяйство. О налогахъ, какъ взносахъ, основанныхъ на сознаніи своихъ гражданскихъ обязанностей; о

²⁾ Viollet, *Histoire du droit français*, 3 изд. 1905, стр. 96.

пошлинахъ, какъ взносахъ за особыя услуги государства,—не можетъ быть и рѣчи. Даже каштуляринъ Карла Великаго рисуютъ полную картину частной точки зрѣнія на финансовое хозяйство. Король выполняетъ свою судебную функцію, какъ отецъ судить поссорившихся сыновей, — такъ изображаетъ преданіе Людовика Благочестиваго подъ знаменитымъ деревомъ. А общественныя должности, возлагаемыя на агентовъ власти, сейчасъ же принимаютъ частный характеръ, рассматриваются какъ источникъ дохода и передаются по наслѣдованію,—такое превращеніе произошло съ герцогами, графами и марграфами.

Преступленіе, которое въ патриархальной семьѣ было всегда нарушеніемъ общихъ интересовъ, теперь стало частнымъ дѣломъ. Преступное дѣйствіе касалось той семьи или того рода (той группы), членъ которой явился непосредственно потерпѣвшимъ. Преслѣдовать ли виновника «обиды», наказывать ли его собственными средствами, или обратиться къ власти съ жалобой—это вопросы, подлежавшіе усмотрѣнію рода, какъ не выходящіе за предѣлы круга частныхъ интересовъ. Въ представленіи того времени убійство, увѣчые, кража были вредны только для потерпѣвшихъ, но общественный союзъ, въ виду тѣхъ цѣлей, для которыхъ онъ существовалъ, не считалъ свои интересы затронутыми отъ такого образа дѣйствій его членовъ. Только поведеніе, противное военнымъ цѣлямъ федераціи, измѣна, трусость, бѣгство считались преступленіями противъ всего общества и вызывали публичную репрессію. Страшнымъ для всего общества могло быть колдовство, которое поэтому немилосердно каралось. При такомъ характерѣ уголовного права не можетъ быть и рѣчи о различіи между гражданскимъ и уголовнымъ процессами. Во Франціи, Англии, Германіи долгое время не существовало никакого различія между тѣмъ и другимъ³⁾.

Однимъ словомъ, на какія бы отношенія мы ни обратили вниманіе, почти всѣ они отмѣчены всецѣло частнымъ характеромъ,

³⁾ Richard, *L'origine de l'idée de droit*, 1892, стр. 42; Glasson, *Histoire de droit et des institutions de l'Angleterre*, т. II, 1892, стр. 517; Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 3 изд. 1898, стр. 82; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, т. II, 1892, стр. 329; Лампрехтъ, *Исторія германскаго народа*, рус. пер., т. II, 1895, стр. 150.

и право, нормирующее эти отношенія, проникнуто тѣмъ же частнымъ характеромъ.

Полное торжество частнаго права надъ публичнымъ наступаетъ въ феодальную эпоху, когда происходитъ распаденіе общества на мелкія владѣнія, въ которыхъ политическая власть смѣшивается съ властью помѣщика. Политическая связь между такими группами, по выраженію Гизо—феодальными ячейками, очень слаба, отсутствіе внѣшнихъ опасностей подорвало и ту небольшую организацію, которая наблюдалась во времена Меровинговъ и Каролинговъ. Натуральное хозяйство дѣлало совершенно излишнимъ всякія сношенія съ другими группами, не создавало экономической зависимости, обусловливаемой обмѣномъ. Феодальный баронъ является полновластнымъ властелиномъ въ предѣлахъ своихъ владѣній и собственно только онъ могъ считаться членомъ правового общенія того времени. Для подвластнаго ему населенія онъ былъ законодателемъ и судьей, который разбираетъ имущественныя и семейныя распри, а также и преслѣдовалъ и наказывалъ преступныя дѣйствія. Его частное хозяйство совпадало съ финансовымъ, администрація слывалась съ его частнымъ управленіемъ по имѣнію. Личный интересъ барона имѣлъ рѣшающее значеніе для жизни феодальной группы. Условія феодальнаго быта благопріятствовали выработкѣ такого психическаго склада, который менѣе всего соотвѣтствуетъ публичному праву: необузданная свобода, нежеланіе подчиняться, неспособность оцѣнить значеніе общественнаго соединенія, надежда на свои только силы.

Такимъ образомъ, феодальная эпоха, по своимъ политическимъ, экономическимъ и психическимъ условіямъ, представляетъ эпоху высшаго расцвѣта частнаго права за счетъ публичнаго.

Новое время характеризуется возрастающимъ усиленіемъ государственнаго начала, которое, разрушая феодальное, все болѣе и болѣе выдвигало публичную сторону въ общественной жизни. Дѣло не только въ образованіи крупныхъ государствъ, но также въ развитіи государственной дѣятельности. Кругъ задачъ, какія ставитъ себѣ государство, расширяется шагъ за шагомъ. Сначала государство занялось концентраціей въ своихъ рукахъ организованной силы при помощи постоянныхъ армій. Это

повлекло къ уничтоженію организованной силы, бывшей въ частномъ распоряженіи, и къ подрыву идеи самозащиты интересовъ. Вслѣдъ затѣмъ государство озаботилось централизаціей судебной власти. Всякій судъ въ странѣ является только отраженіемъ государственной власти. Правосудіе перестало быть дѣломъ частнымъ и стало дѣломъ первостепенной общественной важности. Въ соотвѣтствіи съ новою задачею, государство отрицаетъ за частными лицами право наказывать обидчиковъ и признаетъ право наказанія своимъ достояніемъ,—откуда и получило исторически представленіе о субъективномъ карательномъ правѣ государства. Ростъ государственныхъ потребностей долженъ былъ привести къ отдѣленію частныхъ средствъ монарха отъ государственныхъ средствъ, вслѣдствіе чего получило финансовое хозяйство, построенное на идеѣ налога, а не доменъ или регалій, какъ было раньше. Во взаимномъ соперничествѣ, въ стремленіи удержать политическое равновѣсіе, государства должны были обратить вниманіе на свой внутренній строй, какъ на условіе борьбы за существованіе. Передъ государствомъ встали культурныя задачи, открывшія широкую сферу внутренняго управленія. Содѣйствуя благосостоянію населенія, поощряя экономическое, интеллектуальное, нравственное развитіе своихъ гражданъ, государство связывало съ покровительственною дѣятельностью расчеты на усиленіе своей мощи. Публичные интересы пріобрѣли огромное значеніе.

Параллельно съ ростомъ публичныхъ интересовъ на почвѣ развивающейся государственной дѣятельности идетъ ростъ частныхъ интересовъ на почвѣ развитія индивидуализма. Въ средніе вѣка человѣкъ оказывается связаннымъ цѣлою массою узъ ближайшихъ групповыхъ отношеній, семьи, рода, общины, цеха, гильдій, корпораціи и т. п. Разрушенію этой зависимости способствовали экономическія и политическія условія. Замѣна натурального хозяйства денежнымъ и кредитнымъ открыла просторъ личной инициативѣ. Экономическій строй, побуждающій каждаго самостоятельно заботиться о матеріальныхъ средствахъ для себя и своей семьи, вызывающій на этой почвѣ ожесточенную конкуренцію, побуждаетъ къ настойчивому отстаиванію своихъ интересовъ, а слѣдовательно, противопоставленію ихъ другимъ интересамъ. Политическія условія новаго времени подѣйствовали двоякимъ обра-

зомъ на индивидуалистическія стремленія. Утвержденіе государственнаго порядка, обезпеченіе безопасности ослабило связи незначительныхъ группъ, которыхъ человекъ держался, видя въ нихъ единственную защиту. Если государство гарантируетъ человеку личную и имущественную неприкосновенность, зачѣмъ ему групповые союзы? Человекъ становится лицомъ къ лицу съ государствомъ, а не черезъ посредство рода или общины. Тутъ возникаетъ представленіе о лицѣ, какъ субъектѣ права, каковымъ является уже не глава семьи или рода, не феодалный баронъ, а каждый человекъ, какъ таковой. Съ другой стороны, огромный размѣръ того общественнаго соединенія, какимъ является государство новаго типа, затрудняетъ человеку пониманіе значенія общихъ интересовъ, напр., въ отношеніи къ казнѣ, и отбрасываетъ его въ черту своихъ личныхъ интересовъ. При сопоставленіи съ современнымъ государствомъ человекъ сильнѣе ощущаетъ обособленность своихъ интересовъ, чѣмъ при сопоставленіи съ небольшимъ общественнымъ союзомъ прежняго времени.

Таковы условія, благопріятствовавшія развитію одновременно государственности и индивидуализма, противопоставленіе которыхъ, съ юридической стороны, выражается въ рѣзкомъ раздѣленіи права на публичное и частное право. Половину XIX вѣка, когда съ наибольшою яркостью раскрылся экономическій либерализмъ и обострилась экономическая конкуренція, можно считать моментомъ высшаго расцвѣта въ раздвоеніи права.

Однако, съ этого времени стали обнаруживаться признаки сдвига правовой системы въ сторону публичнаго права за счетъ частнаго. Причиной тому послужило появленіе частныхъ хозяйствъ, которыя хотя и преслѣдовали частные интересы, но по своему размѣру, организаци и вліянію получили такое общественное значеніе, что государство вынуждено было подойти къ ихъ нормированію съ точки зрѣнія не частной, а публичной. Это акціонерныя предпріятія въ приложеніи къ желѣзнодорожному, пароходному, страховому, банковому дѣлу. Въ этой области нормы частнаго права проникнуты насквозь принципами публичнаго права. Законъ строитъ отношенія между этими предпріятіями и публикой на принудительныхъ началахъ, не допускающихъ отступленій по договорному соглашенію. Эти частныя хозяйства при-

обрѣли характеръ почти государственныхъ учреждений. Помимо указанныхъ акціонерныхъ предпріятій, и другія частныя хозяйства привлекають къ себѣ вниманіе государства. Особенно это слѣдуетъ сказать относительно фабрикъ и заводовъ. Массы рабочихъ, скапливающихся въ этихъ заведеніяхъ, возбуждаютъ къ себѣ интересъ государства. Если фабрикантъ, какъ нѣкогда феодалный баронъ въ отношеніи сеньориі, склоненъ признавать свою фабрику сферою своего частнаго господства, не допускающею вмѣшательства государства въ его отношенія къ рабочимъ, то современное государство, наоборотъ, склонно разсматривать его предпріятіе какъ общественное дѣло, вводитъ внутрь хозяйства своихъ агентовъ, принудительно опредѣляетъ отношенія по договору личнаго найма. Такимъ образомъ подготавливается представленіе объ общественномъ характерѣ промышленныхъ и торговыхъ предпріятій.

Несомнѣнно, что дальнѣйшее развитіе права будетъ все болѣе стирать рѣзкія границы между публичнымъ и частнымъ правомъ и укрѣплять нормы публичнаго права въ области, гдѣ до сихъ поръ господствовалъ частный интересъ.



ГЛАВА X.

Юридическое отношеніе.

§ 61.

Строеніе юридическаго отношенія.

Литература: Roguin, *La règle de droit*, 1889; Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 183—200; Cicala, *Rapporto giuridico*, 1909; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1908, стр. 120—149; Гриммъ, *Курсъ римскаго права*, т. I, 1904, стр. 92—147.

На почвѣ осуществленія своихъ жизненныхъ интересовъ люди вступаютъ въ многочисленныя и разнообразныя отношенія. Каждое отношеніе представляетъ собою сложное явленіе, открывающее различныя стороны. Отношеніе между фабрикантомъ и его рабочимъ имѣетъ свою экономическую сторону, насколько высота рабочей платы опредѣляется закономъ спроса и предложенія; нравственную сторону, насколько фабрикантъ проявляетъ чело-вѣколюбивое вниманіе къ служащимъ, а рабочій добросовѣстно выполняетъ возложенную на него работу; юридическую сторону, насколько каждый изъ нихъ имѣетъ право, при содѣйствіи суда, требовать отъ другого точнаго исполненія условленныхъ дѣйствій.

Юридическое отношеніе есть та сторона бытового, жизненнаго отношенія между людьми, которая опредѣлена нормами объективнаго права.

Отсюда обнаруживается прежде всего, что не всѣ отношенія, въ которыхъ состоитъ чело-вѣкъ, могутъ имѣть юридическую сторону. Отношенія чело-вѣка къ Богу, къ внѣшнему міру и къ

самому себѣ не могутъ быть юридическими. Право есть явленіе социальное и потому юридическимъ можно называть только отношеніе человѣка къ человѣку. Слѣдовательно, приходится признать неправильнымъ мнѣніе тѣхъ, которые готовы признавать юридическими отношеніями отношеніе человѣка къ вещи, какъ, напр., въ правѣ собственности ¹⁾, отношеніе человѣка къ объективному праву ²⁾, отношеніе человѣка къ субъективному праву какъ, напр., при закладѣ правъ требованія ³⁾, отношеніе вещи къ вещи, какъ, напр., главной вещи къ принадлежностной ⁴⁾.

Необходимо пойти дальше, и сказать, что не всѣ социальныя отношенія могутъ быть юридическими. Отношеніе способно принять юридическій характеръ, когда рѣчь идетъ объ актахъ поведения, и отношеніе не поддается праву, когда дѣло касается мыслей и чувствъ, а не отражающихъ ихъ дѣйствій. Такъ, напр., законъ можетъ постановить, что гражданинъ долженъ повиноваться власти не только за страхъ, но и за совѣсть, или что мужъ долженъ любить свою жену, какъ собственное свое тѣло, или что дѣти должны относиться съ почтеніемъ къ памяти своихъ почившихъ родителей ⁵⁾,—но изъ такихъ велѣній не создаются вовсе юридическія отношенія.

Если не всѣ жизненныя отношенія могутъ быть юридическими, то вмѣстѣ съ тѣмъ и не все жизненное отношеніе, нормируемое правомъ, слѣдуетъ считать юридическимъ. Совершенно неправильно признаютъ юридическимъ все бытовое отношеніе, опредѣляемое нормами права ⁶⁾, и, соотвѣтственно тому, различаютъ матеріальный и формальный элементы юридическаго отношенія ⁷⁾.

¹⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, § 40, стр. 104; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, § 13, стр. 72; Сrome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, § 29, стр. 161; Thug, *Der Allgemeine Theil des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1910, стр. 123.

²⁾ Cicala, *Rapporto giuridico*, стр. 10.

³⁾ Еппессерус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, § 64, стр. 147.

⁴⁾ Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, стр. 4 и 5.

⁵⁾ Св. Зак., т. I, ч. 1, ст. 4; т. X, ч. 1, ст. 106 и 107.

⁶⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, 1906, стр. 165, § 37а; R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, 2 изд. 1910, стр. 302.

⁷⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, § 52, стр. 333; Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, стр. 9, различаетъ въ юридическомъ отношеніи элементы фактическій и юридическій.

Матеріальный элементъ потому не можетъ считаться составною частью юридическаго отношенія, что онъ лишень юридическаго характера. Юридическое отношеніе есть только одна сторона жизненнаго отношенія, создаваемая нормами права и постигаемая путемъ отвлеченія отъ цѣльнаго бытового явленія.

Юридическое отношеніе находится въ тѣсной зависимости отъ нормъ права. Бытовое явленіе, не нормируемое правомъ, какъ бы ни было оно важно, лишено юридической стороны, напр., дружба. Одно и то же, съ бытовой стороны, отношеніе между мужчиною и женщиною, будетъ или не будетъ юридическимъ отношеніемъ, смотря по тому, опредѣляется ли оно правомъ, или нѣтъ. Сожительство мужчины и женщины, имѣющее въ основѣ вѣнчаніе, создаетъ юридическое отношеніе, и такое же сожителство, обладающее экономическимъ, нравственнымъ, можетъ быть, даже религіознымъ, элементомъ, создавшееся внѣ формы, установленной объективнымъ правомъ, не порождаетъ юридическаго отношенія. Юридическая сторона въ бытовомъ отношеніи возникаетъ, какъ только въ него вмѣшивается объективное право, и юридическая сторона исчезаетъ, какъ только объективное право перестаетъ опредѣлять бытовое отношеніе присущими ему средствами.

Нормы права устанавливаютъ юридическое отношеніе тѣмъ, что принуждаютъ одно лицо къ извѣстному поведенію, съ которымъ связанъ какой-либо интересъ для другого или для другихъ. Отсюда обнаруживается строеніе всякаго юридическаго отношенія. Юридическое отношеніе предполагаетъ прежде всего субъектовъ отношенія: того или тѣхъ, которымъ предписывается извѣстное поведеніе, и того, или тѣхъ, которые получаютъ извѣстную выгоду отъ соблюденія предписаннаго поведенія. Далѣе, юридическое отношеніе предполагаетъ нѣкоторый интересъ, изъ-за котораго одинъ человѣкъ принуждается къ извѣстному поведенію, выгодному для другого, — это составляетъ объектъ отношенія. Наконецъ, отношеніе между субъектами изъ-за какого-либо объекта принимаетъ юридическій характеръ потому, что нормы права обязываютъ одного или однихъ къ опредѣленному поведенію, — это правовая обязанность. Такимъ образомъ, въ каждомъ юридическомъ отношеніи должно быть три элемента: субъекты, объектъ и обязанность. Но въ юридическомъ отноше-

ни можетъ быть еще четвертый элементъ—это право въ субъективномъ смыслѣ, называемое такъ въ отличіе отъ объективнаго права или нормъ права, потому, что оно присвоивается субъекту отношенія, связывается съ субъектомъ.

Право въ субъективномъ смыслѣ, какъ элементъ юридическаго отношенія, не совпадаетъ съ выгодой, получаемой отъ наложенной на другихъ обязанности. Субъектъ права и интересентъ не одно и то же. Въ юридическомъ отношеніи могутъ быть лица заинтересованныя, и въ то же время они не субъекты права, не носители субъективнаго права, потому что субъективное право предполагаетъ не только выгодное положеніе, созданное правомъ. но и возможность, по своему усмотрѣнію, пользоваться созданнымъ выгоднымъ положеніемъ при помощи правового содѣйствія. приводить въ дѣйствіе государственный механизмъ.

Такая точка зрѣнія рѣзко расходится съ общепринятымъ взглядомъ на юридическое отношеніе. По господствующему воззрѣнію, право въ субъективномъ смыслѣ не только можетъ быть въ юридическомъ отношеніи, но и должно быть. Безъ субъективнаго права нѣтъ юридическаго отношенія, и эта неразрывная связь идетъ такъ далеко, что многіе, особенно германскіе, юристы рассматриваютъ субъективное право и юридическое отношеніе какъ равнозначащія понятія. Съ этой точки зрѣнія, структура юридическаго отношенія опредѣляется всегда четырьмя необходимыми элементами: субъекты, объектъ, право и обязанность.

Такой взглядъ созданъ вслѣдствіе того, что ученіе о юридическомъ отношеніи всецѣло разрабатывалось цивилистами. Частно-правовое отношеніе принимается за юридическое отношеніе вообще. Но это обобщеніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Уже Коркуновъ обратилъ вниманіе на то различіе между публичнымъ и частнымъ правоотношеніемъ, что въ первомъ «ярче и опредѣленнѣе всего выступаетъ именно правовая обязанность», тогда какъ во второмъ основное значеніе, хотя и не безусловно, имѣетъ субъективное право⁸⁾. Но слѣдуетъ поставить вопросъ нѣсколько иначе. Публично-правовое отношеніе предполагаетъ личность трехъ элементовъ: а) субъектовъ, б) объекта, с) пра-

⁸⁾ Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 27, стр. 140—141.

вовой обязанности. Частно-правовое отношение предполагает наличность четырех элементов: а) субъектов, б) объектов, с) правовой обязанности и d) субъективного права.

Насколько недопустимо переносить строение частно-правового отношения на публично-правовое отношение и, следовательно, возводить его въ юридическое отношение вообще, можно видѣть изъ ряда примѣровъ. Было замѣчено, что «обязательное постановление о чистотѣ улицъ, законъ объ обязательномъ оспо-прививаніи доставляютъ выгоду всѣмъ и каждому, но никому не даютъ правомочія требовать отъ другихъ выполнения предписанныхъ дѣйствій; не всякій, кто защищенъ нормами, и управомоченъ ими»⁹⁾. Но это не единичные случаи, а общее правило. Въ области государственнаго и административнаго права все сводится къ ученію объ обязанностяхъ агентовъ власти. Въ финансовомъ правѣ мы имѣемъ дѣло съ обязанностями гражданина уплатить налоги или пошлыны и съ обязанностями органовъ казеннаго управленія взыскать таковыя. Въ области уголовного права передъ нами обязанность воздерживаться отъ поведенія, запрещеннаго уголовными законами, и обязанность судебныхъ органовъ наложить наказаніе на челоуѣка, нарушившаго запретъ. Нигдѣ, во всей этой области публично-правовыхъ отношений, нѣтъ и рѣчи о какихъ-либо правахъ лицъ, несомнѣнно заинтересованныхъ въ соблюденіи предписаннаго нормами права поведенія.

Если и говорятъ о правѣ судебного слѣдователя, въ случаѣ встрѣченнаго сопротивленія, требовать содѣйствія какъ гражданскаго, такъ и военнаго начальства, или о правѣ губернатора опротестовать постановление городской думы, признанное имъ незаконнымъ или нецѣлесообразнымъ, то въ дѣйствительности рѣчь идетъ объ обязанностяхъ прибѣгнуть къ такимъ мѣрамъ при наличности указанныхъ въ законѣ условий. За неосуществленіе своего права субъектамъ права грозитъ отвѣтственность—выводъ совершенно несообразный для субъективнаго права, которое есть только возможность, но не обязанность.

Въ частно-правовомъ отношеніи правовой обязанности всегда соотвѣтствуетъ субъективное право. Въ такомъ отношеніи разли-

⁹⁾ Ennessegerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, § 65, стр. 149.

чаются активная и пассивная сторона. Субъектъ отношенія, на котораго возложена правовая обязанность, называется пассивнымъ субъектомъ. Субъектъ отношенія, которому предоставлено охранять свои интересы обращеніемъ къ содѣйствию власти, называется активнымъ субъектомъ, или субъектомъ права. Активные субъекты въ частно-правовомъ отношеніи точно опредѣлены, тогда какъ пассивными могутъ быть не только точно опредѣленные лица, какъ въ обязательствахъ, но и всѣ вообще лица, подчиненныя данной государственной власти, какъ въ правахъ вещныхъ, въ правахъ личной власти. Въ публично-правовомъ отношеніи субъектовъ права нѣтъ: правовая обязанность возлагается на точно опредѣленныхъ лицъ, а заинтересованными лицами могутъ быть вообще всѣ граждане даннаго государства.

Въ жизни встрѣчается масса конкретныхъ юридическихъ отношеній, изъ которыхъ каждое имѣетъ свои особыя черты. Напр., если законъ запрещаетъ тайное присвоеніе чужихъ вещей, то существуетъ масса индивидуальныхъ случаевъ, когда тотъ или другой человекъ сознаетъ себя обязаннымъ, хотя бы подавляя свои желанія и соблазны, удерживаться отъ присвоенія, незамѣтно отъ собственника, той или другой вещи. Если законъ принуждаетъ каждаго, нанявшаго прислугу, въ точности и своевременно уплачивать условленное вознагражденіе, то жизнь обнаруживаетъ огромное число такихъ отношеній, отличающихся другъ отъ друга по характеру услугъ, по формѣ вознагражденія, по его размѣру, по срокамъ платежа и т. п. Совокупность конкретныхъ отношеній составляетъ правовой бытъ.

Отдѣляя въ этихъ отношеніяхъ наиболѣе общія черты и отбрасывая то, что составляетъ особенность того или другого отношенія, мы получимъ типическія юридическія отношенія. Въ конкретныхъ отношеніяхъ нанимаютъ дома, квартиры, торговые склады, пароходы, лошадей и т. п., а въ типическомъ отношеніи остается наемъ вещи.

Совокупность нормъ, опредѣляющихъ группу типическихъ отношеній, объединенныхъ общею житейскою цѣлью, называется правовымъ институтомъ, напр., наслѣдованіе по завѣщанію, право собственности, бракъ.

Съ конкретными юридическими отношеніями имѣетъ дѣло

судья при примѣненіи къ нимъ нормъ права, съ типическими юридическими отношеніями имѣть дѣло законодатель и ученый.

§ 62.

Субъектъ права.

Литература: Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, стр. 320—381; Michoud, *Théorie de la personnalité juridique*, т. I, 1906, т. II, 1909; Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt* (Jahr. f. Dogm., т. XII); Schwabe, *Rechtssubjekt und Nutzbefugnis*, 1901; Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907; Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 201—238; Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 114—134; Barillari, *Sul concetto della persona giuridica*, 1910.

Слово «субъектъ», въ примѣненіи къ юридическому отношенію, употребляется въ двоякомъ значеніи. Говорятъ о субъектѣ юридическаго отношенія, понимая его или съ активной стороны, какъ носителя права, или съ пассивной стороны, какъ носителя обязанности. Чаще же говорятъ о субъектѣ права, имѣя въ виду только того участника юридическаго отношенія, которому принадлежитъ въ немъ право.

Въ настоящемъ изложеніи мы остановимся на субъектѣ права, оставляя до дальнѣйшаго вопросъ о субъектѣ обязанности. Мы ограничимся только частно-правовымъ отношеніемъ, потому что лишь въ немъ имѣется субъектъ права, и только активной стороною этого отношенія.

Субъектъ права—это тотъ, кому объективное право присваивается въ юридическомъ отношеніи субъективное право. Субъектъ права иначе называется лицомъ. Присвоеніе права субъекту, связываніе права съ субъектомъ заключается въ томъ, что только ему дано осуществленіе интереса, обезпеченнаго нормами права, только отъ его воли зависитъ привести въ движеніе социальный аппаратъ, обезпечивающій его интересы.

Если субъективное право присваивается субъекту объективнымъ правомъ, то субъектъ права есть искусственный продуктъ творчества объективнаго права. Человѣкъ становится субъектомъ

права не въ силу своего человѣческаго происхожденія или нравственнаго достоинства, а въ силу велѣнія объективнаго права. Субъектъ права—не антропологическое, а чисто юридическое представленіе ¹⁾). Субъектъ права не то же самое, что человѣкъ,—это только одно его свойство, созданное объективнымъ правомъ ²⁾).

Частно-правовое отношеніе, въ которомъ субъектъ права и субъектъ обязанности стоятъ другъ противъ друга, какъ два, необходимо другъ друга восполняющія понятія, предполагаетъ всегда наличность субъекта права. Если нѣтъ субъекта права, то нѣтъ и субъективнаго права, потому что никому не принадлежащее право не можетъ существовать. Если нѣтъ субъекта права, то нѣтъ и субъекта обязанности, и самой обязанности, потому что нельзя быть обязаннымъ въ отношеніи никого. Слѣдовательно, отсутствіе субъекта права дѣлаетъ неммыслимымъ существованіе юридическаго отношенія. Между тѣмъ въ науку гражданскаго права проникло представленіе о безсубъектныхъ правахъ.

Въ пользу безсубъектныхъ правъ высказался Виндшейдъ ³⁾). Къ такому выводу этотъ ученый пришелъ, исходя изъ наблюденія, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣются налицо права, хотя нѣтъ человѣка, къ которому они были бы прикрѣплены. Если правовыя отношенія устанавливаются между людьми, и возможны правовыя отношенія безъ человѣка, которому присвоены были бы въ нихъ права, слѣдовательно, необходимо допустить права безъ субъекта. Наиболѣе яркій примѣръ такого состоянія юридическихъ отношеній представляетъ наслѣдство, какъ совокупность правъ, оставшихся послѣ умершаго и не принятыхъ пока наслѣдникомъ. Все это разсужденіе покоится на основномъ недоразумѣніи, будто человѣкъ и субъектъ права одно и то же. Но это невѣрно. Если наблюдаются случаи, когда права не связаны съ опредѣленнымъ человѣкомъ, это еще не значитъ, что они не связаны съ опредѣленнымъ субъектомъ. Все ученіе о безсубъектныхъ субъективныхъ правахъ, какъ таящее въ себѣ внутреннее противорѣчіе, не нашло себѣ поддержки въ гражданскомъ правовѣдѣніи.

¹⁾ Saleilles, *De la personnalité juridique*, стр. 567 и 573.

²⁾ Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, стр. 1.

³⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, § 49, изд. 1906, стр. 220.

Способность стать и быть субъектомъ правъ называется правоспособностью или правовою личностью. Правоспособность не есть особое право, а лишь условіе для правообладанія. Понятіе о правоспособности должно быть отличаемо отъ понятія о дѣеспособности, какъ способности вызывать своими дѣйствіями правовыя послѣдствія. Сама дѣеспособность есть сложное понятіе. Если вызываемыя дѣйствіемъ послѣдствія заключаются въ установленіи юридическихъ отношеній, изъ которыхъ для дѣйствующаго возникаетъ право, то говорятъ объ активной дѣеспособности. Если вызываемыя дѣйствіемъ послѣдствія заключаются въ установленіи юридическихъ отношеній, изъ которыхъ для дѣйствующаго возникаетъ обязанность, то говорятъ о пассивной дѣеспособности.

Дѣеспособность различается еще какъ общая и специальная, смотря по тому, относится ли она ко всѣмъ вообще юридическимъ сдѣлкамъ или только къ особымъ. Такъ, напр., специальная активная дѣеспособность требуется для составленія завѣщанія, которая во Франціи и Германіи наступаетъ съ 16 лѣтъ, тогда какъ общая активная дѣеспособность открывается съ 21 года. Специальною пассивною дѣеспособностью является вексельная дѣеспособность, т.-е. способность обязываться по векселямъ, которой въ Россіи лишены замужнія женщины, неотдѣленные дѣвѣцы, священнослужители, хотя всѣ они и обладаютъ общею дѣеспособностью.

Отличіе правоспособности отъ пассивной дѣеспособности слишкомъ очевидно, чтобы надо было разграничивать ихъ: въ первой идетъ рѣчь о правахъ, во второй—объ обязанностяхъ. Легче допустить смѣшеніе между правоспособностью и активной дѣеспособностью, потому что и та и другая имѣютъ въ виду обладаніе правами. Различіе между ними обнаруживается въ томъ, что правоспособность есть способность быть субъектомъ права и помимо своей воли, тогда какъ дѣеспособность есть способность сдѣлаться субъектомъ права актомъ своей воли.

Правоспособность и дѣеспособность въ активномъ ея значеніи не совпадаютъ. Можно обладать правоспособностью и не имѣть дѣеспособности. Такъ, напр., малолѣтніе и сумасшедшіе могутъ быть собственниками, кредиторами, но не въ состояніи сами пріобрѣсти ни права собственности, ни права требованія; за нихъ пріобрѣтаютъ всѣ права состоящіе при нихъ опекуны.

Это ясное различіе между правоспособностью и дѣеспособностью нѣсколько затемнено въ послѣднее время попытками Гельдера и Биндера привести указанныя понятія въ ближайшую связь, какъ двѣ стороны той же способности, различающіяся только въ степени и объемѣ, но не въ существѣ. Съ точки зрѣнія Биндера правоспособность состоитъ не въ томъ, чтобы «имѣть» или «носить» права, но въ проявленіи своего правового Я, слѣдовательно подходит близко къ дѣеспособности; это способность осуществлять права ⁴⁾. Субъектъ права, по словамъ Гельдера, человекъ, какъ таковой, которому дано опредѣлять свою жизнь своею собственною дѣятельностью, слѣдовательно, только юридически самостоятельное лицо ⁵⁾. Отсюда указанные авторы дѣлаютъ выводъ, что малолѣтніе и сумасшедшіе лишены не только дѣеспособности, но и правоспособности. Однако, этотъ выводъ стоитъ въ такомъ рѣзкомъ противорѣчій съ современными законодательствами и юридическими представленіями, что можетъ быть принятъ лишь какъ любопытный парадоксъ ⁶⁾.

Правоспособность не составляетъ естественнаго свойства человека, а есть созданіе объективнаго права. Поэтому она поддается историческимъ колебаніямъ. Не всякій человекъ признается всегда правоспособнымъ. Въ исторіи мы знаемъ мо-

⁴⁾ Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, стр. 63.

⁵⁾ Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, стр. 133.

⁶⁾ Юридическое положеніе малолѣтнихъ и сумасшедшихъ представляется въ высшей степени труднымъ для теоріи, хотя весьма простымъ на практикѣ. Законъ признаетъ малолѣтнихъ и сумасшедшихъ субъектами правъ, но осуществленіе и распоряженіе этими правами принадлежатъ опекунамъ. Если строить субъективное право на моментъ воли (Ввидшейдъ), то непостижимо, какія же могутъ быть права у лица, воля котораго закономъ отрицается и замѣняется волею опекуна. Не менѣе сомнѣній окажется въ томъ случаѣ, если мы въ основу субъективнаго права положимъ интересъ (Іерингъ), потому что у малолѣтняго и особенно у сумасшедшаго нѣтъ интереса, въ смыслѣ сознанія, что даннымъ благомъ способны удовлетворить тѣмъ или инымъ потребностямъ. Это затрудненіе привело Гельдера къ отрицанію въ малолѣтнемъ субъекта правъ (*Natürliche und juristische Personen*, стр. 118), а Корнфельда къ утверженію, что малолѣтній и опекувъ образуютъ только совмѣстно субъекта правъ (*Kornfeld, Sociale Machtverhältnisse*, 1911, стр. 152). Можетъ быть, правильнѣе будетъ сказать, что малолѣтніе и сумасшедшіе являются постоянными субъектами правъ и единственными, но что личное осуществленіе и распоряженіе правами обусловливается публично-правовою подчиненностью опекунамъ; у нихъ есть власть, какъ право, но они сами подчинены власти опекуна, какъ служебной обязанности.

менты, когда правоспособности лишены были рабы, иностранцы, осужденные за тяжкое преступление. Правда, въ настоящее время признается, какъ общій принципъ, что правоспособность составляетъ достояніе каждаго человѣка. Однако, въ иныхъ странахъ, какъ, напр., въ Россіи, правоспособность нѣкоторыхъ категорій людей, напр., евреевъ, подлежитъ значительнымъ ограниченіямъ.

Если правоспособность и дѣеспособность создаются объективнымъ правомъ, то онѣ не могутъ зависѣть отъ частной воли. Ни по договору, ни по завѣщанію, ни расширить, ни ограничить правоспособность и дѣеспособность невозможно. Юридически недопустимо отказаться по договору отъ права обращаться за защитой къ судебной или административной власти. Недѣйствительно завѣщательное распоряженіе, которымъ наследодатель предоставляетъ своимъ малолѣтнимъ внукамъ право самостоятельно продавать завѣщанія имъ домъ или имѣніе.

Мы видѣли сейчасъ, что не всякій человѣкъ обладаетъ непремѣнно правоспособностью, что въ различные историческіе моменты объективное право не надѣляло правоспособностью нѣкоторыя группы людей. Если правоспособность зависитъ отъ объективнаго права, то не можетъ ли оно возвести въ положеніе субъекта права и не человѣка, напр., животныхъ? Въ свое время Беккеръ поддерживалъ положеніе, что субъектомъ права можетъ быть и животное и что нѣтъ никакихъ препятствій къ предъявленію иска отъ имени англійской кобылы Белоны или дога Тираса ⁷⁾. Правда, онъ впоследствии самъ отказался отъ такого взгляда ⁸⁾, но въ послѣднее время защита правоспособности животныхъ снова всплыла въ лицѣ такихъ видныхъ юристовъ, какъ Демогъ ⁹⁾ и Петражицкій ¹⁰⁾. Конечно, субъектъ права есть созданіе объективнаго права, и законъ можетъ создать субъекта права не только въ лицѣ живого человѣка. Но чтобы этотъ субъектъ обладалъ правами, т.-е. могъ осуществлять свои интересы подъ охраной правопорядка, необходимо, чтобы за нимъ скрыва-

⁷⁾ Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt* (Jahr. f. Dogm. XII, стр. 1).

⁸⁾ Bekker, *Pandekten*, т. I, § 19, стр. 59.

⁹⁾ Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, стр. 358.

¹⁰⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, 1910, стр. 388—421.

лись, въ той или иной формѣ, люди. Животное не можетъ быть субъектомъ правъ, потому что оно неспособно само обращаться за защитой противъ нарушенія его интересовъ. Если бы, однако, государство организовало опеку надъ животнымъ, то ничего нельзя было бы возразить противъ признанія его субъектомъ права. Но современные государства такой опеки не знаютъ, и потому, съ современной точки зрѣнія, не можетъ быть рѣчи о правоспособности животныхъ.

Признаются двѣ категоріи субъектовъ правъ: физическія и юридическія лица. Физическое лицо—это субъектъ права, совпадающій съ человѣкомъ, юридическое лицо—это субъектъ права, не соответствующій отдѣльному человѣку.

Правоспособность физическихъ лицъ или людей имѣетъ свой начальный и предѣльный моментъ. Въ настоящее время признается, что каждый человѣкъ долженъ обладать правоспособностью. Но когда начинается свое существованіе то, что называется человѣкомъ? Гражданское уложеніе Германіи полагаетъ, что правоспособность человѣка начинается съ завершенія его рожденія ¹¹⁾, тогда какъ гражданское уложеніе Швейцаріи постановляетъ, что зачатый ребенокъ пользуется правоспособностью при условіи, если родится живымъ ¹²⁾. Главное значеніе этотъ вопросъ имѣетъ въ дѣлѣ наслѣдованія,—можетъ ли ребенокъ, только зачатый, но еще не рожденный, приобрести права на открывшееся въ это время наслѣдство? Если принять въ соображеніе, что плодъ становится субъектомъ правъ на наслѣдство не безусловно, а только при рожденіи живымъ, и что мертворожденный ребенокъ рассматривается какъ бы никогда не существовавшимъ, мы должны согласиться, что начальный моментъ правоспособности—рожденіе, а не зарожденіе. Вопросъ о наслѣдственныхъ правахъ разрѣшается только въ моментъ рожденія съ обратнымъ дѣйствіемъ, а до того времени распределеніе наслѣдства полностью приостанавливается.

Сомнѣніе относительно начального момента правоспособности можетъ пойти еще дальше, и вопросъ можетъ быть поставленъ

¹¹⁾ Герм. гражд. улож., 1896, § 1.

¹²⁾ Швейц. гражд. улож. 1907, § 31.

такъ: не могутъ ли быть субъектами права не только не рожденныя, но даже еще не зачатыя дѣти, иначе будущія лица? Практически вопросъ сводится къ тому, нельзя ли дѣлать завѣщательныя распоряженія въ пользу возможныхъ дѣтей такого-то лица? Не существенно то, что современное право того или другого государства не допускаетъ такихъ завѣщаній; вопросъ въ томъ, можетъ ли законодательство признать силу за такими распоряженіями и станутъ ли субъектами права тѣ, относительно которыхъ неизвѣстно, будутъ ли они когда-нибудь существовать? Конечно, законъ можетъ признать силу за подобными завѣщаніями; конечно, завѣщанное такимъ образомъ имущество сохранится на болѣе или менѣе продолжительное время подъ управленіемъ агентовъ власти, но его нельзя признать принадлежащимъ тому, кого нѣтъ и кто, можетъ быть, никогда не будетъ, иначе никому не принадлежащимъ. Такое имущество временно не будетъ имѣть своимъ субъектомъ физическое лицо.

Предѣльный моментъ правоспособности физическаго лица — это смерть человѣка ¹³⁾. Однако, объективное право въ разные историческіе моменты создавало и инныя основанія для прекращенія правоспособности. Такимъ основаніемъ являлось наказаніе за совершенныя преступленія, извѣстное подъ именемъ гражданской смерти, которое держалось въ Европѣ до половины XIX столѣтія, а въ Россіи держится отчасти и до сихъ поръ, подъ именемъ лишенія всѣхъ правъ состоянія. Такимъ же основаніемъ для прекращенія правоспособности являлось постриженіе въ монашество, съ которымъ соединялось представленіе объ отреченіи отъ міра; въ настоящее время постриженіе сохраняетъ свое юридическое значеніе только въ Россіи.

На ряду съ физическими лицами стоятъ, въ качествѣ субъектовъ права, юридическія лица. Такія лица называются, преимущественно въ Германіи, юридическими потому, что существуютъ только для юридическихъ цѣлей; они носятъ названіе моральныхъ лицъ, главнымъ образомъ, во Франціи, потому что выходятъ за предѣлы физическаго міра, гдѣ имѣются только люди;

¹³⁾ Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, стр. 345—351, высказывается за необходимость признавать субъектами правъ и умершихъ.

ихъ называютъ, исключительно въ Англіи, искусственными лицами, потому что они созданы творчествомъ чловѣка.

Во всякомъ случаѣ этотъ видъ субъектовъ не совпадаетъ съ чловѣкомъ. Едва ли можно сомнѣваться въ правильности утверждения, что юридическое лицо—это то, что, не будучи чловѣкомъ, признается со стороны объективнаго права способнымъ быть субъектомъ права. Однако, такое отрицательное представленіе многимъ кажется недостаточнымъ, и на выясненіе юридическаго лица съ положительной стороны было затрачено не мало научнаго остроумія. Въ самомъ дѣлѣ, какимъ образомъ не-чловѣкъ можетъ быть субъектомъ права?

Подъ авторитетомъ Савиньи распространилась и долго держалась теорія фикціи. «Всякое право существуетъ ради нравственной, каждому чловѣку присущей, свободы. Вслѣдствіе этого первоначальное понятіе о лицѣ или субъектѣ права должно совпадать съ понятіемъ о чловѣкѣ, и это первоначальное тождество понятій можетъ быть выражено въ слѣдующей формулѣ: всякій отдѣльный чловѣкъ, и только отдѣльный чловѣкъ, правоспособенъ. Однако, это первоначальное понятіе о лицѣ, силою положительнаго права, можетъ получить двойное видоизмѣненіе, уже намѣченное въ приведенной формулѣ, ограничительное и сравнительное. Во-первыхъ, нѣкоторые отдѣльные люди могутъ быть лишены правоспособности или ограничены въ ней. Во-вторыхъ, правоспособность можетъ быть перенесена на нѣчто иное, чѣмъ чловѣкъ, слѣдовательно, можетъ быть создано искусственно юридическое лицо»¹⁴⁾. Съ точки зрѣнія Савиньи, то, что прикрывается юридическимъ лицомъ, разсматривается какъ бы чловѣкъ, *quasi homo*, или, примѣняясь къ римскимъ источникамъ, *personae vice fungitur*.

Противъ теоріи фикціи были выдвинуты слѣдующія главныя возраженія: 1) фикціи, какъ объясненіе существованія юридическихъ лицъ, научно недопустимы; 2) юридическія лица вовсе не фикціи, а имѣютъ такое же реальное существованіе, какъ и физическія лица. На почвѣ cadaго изъ этихъ возраженій содалась особая теорія существа юридическихъ лицъ.

¹⁴⁾ Savigny. *System des heutigen römischen Rechts*, т. II, 1840, § 60, стр. 2.

Недопустимость фикцій очевидна изъ того, что онѣ не въ состояніи дать объясненія явленіямъ дѣйствительности. Говорить въ правовѣдѣніи о физическихъ и юридическихъ лицахъ, какъ о двухъ видахъ субъектовъ правъ, все равно, что ставить въ естественно-научной классификаціи рядомъ съ человѣкомъ огородное чучело, созданное наподобіе человѣка, для отпугиванія птицъ¹⁵⁾. Допуская фиктивного субъекта правъ, мы, въ сущности, утверждаемъ, что въ дѣйствительной жизни встрѣчаются права безъ субъектовъ. Надо признать прямо, что возможны безсубъектные права, что права могутъ принадлежать не только кому-нибудь, но и чему-нибудь, а именно цѣли, для которой предназначается обособленное имущество (*Zweckvermögen*). Отсюда теорія цѣлевого имущества, выдвинутая Бринцемъ, въ которой цѣль должна замѣнить собою субъекта права. Бринцу не безъ основанія указывали, что онъ отвѣтилъ не на вопросъ, подмѣнивъ вопросъ о томъ, кому принадлежитъ имущество, вопросомъ, къ чему оно предназначено. Цѣлевое обособленіе можетъ происходить и въ составѣ правъ, принадлежащихъ одному физическому лицу, напр., при открытіи торговаго предпріятія, хотя ни одно законодательство не признаетъ здѣсь юридическаго лица. Наконецъ, связывая право съ безличною цѣлью, рассматриваемая теорія, въ сущности, впадаетъ въ фикцію, потому что въ человѣческомъ обществѣ цѣли не могутъ имѣть правъ и нести обязанностей.

На той же почвѣ отрицательнаго отношенія къ юридическимъ лицамъ стоитъ и Іерингъ¹⁶⁾. Субъективное право есть защищенный юридически интересъ, но интересы могутъ быть только у людей. Поэтому права могутъ принадлежать только тѣмъ, кто въ нихъ заинтересованъ (интерессенты), или для защиты чьихъ интересовъ они предназначены (дестинаторы). Слѣдовательно, не можетъ быть субъективнаго права, которое не имѣло бы субъектомъ своимъ живого человѣка, а съ другой стороны, не можетъ быть и безсубъектныхъ правъ. Въ однихъ юридическихъ лицахъ такими субъектами являются члены корпораціи, какъ, напр., акціо-

¹⁵⁾ Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 1857, предисловіе, см. Demelius, *Rechtssfiction in ihrer geschichtlichen Bedeutung*, 1898.

¹⁶⁾ Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. III, § 61.

неры въ акціонерномъ обществѣ, въ другихъ—тѣ, кто получаетъ выгоду отъ существованія обособленныхъ учреждений, какъ, напр., больные въ больницѣ, учащіеся въ учебномъ заведеніи. Въ практическихъ дѣляхъ, для внѣшнихъ сношеній, интересы защищаются искомъ совокупно, но изъ этого нельзя выводить, что права принадлежатъ этой совокупности, какъ чему-то оторванному отъ живыхъ людей, ее составляющихъ. Можетъ быть, съ бытовой точки зрѣнія Іерингъ и правъ, но его теорія не согласуется съ юридическою стороною бытовыхъ отношеній. Дестинаторы, какъ больные, учащіеся, ночлежники, пользуясь выгодами обособленнаго имущества, съ юридической точки зрѣнія ни въ какомъ случаѣ не признаются субъектами права. Искъ не можетъ быть предъявленъ ни отъ ихъ имени, ни къ нимъ, ни въ отдѣльности, ни въ совокупности. Не правъ Іерингъ и въ томъ, что считаетъ существованіе юридическихъ лицъ необходимымъ только изъ-за внѣшнихъ сношеній,—оно имѣетъ значеніе и во внутреннихъ отношеніяхъ дестинаторовъ, напр., при договорахъ между акціонернымъ обществомъ и отдѣльными акціонерами.

Теорія фикціи объявляется несостоятельной съ другой точки зрѣнія, а именно, потому, что юридическія лица вовсе не фикціи, а такія же реальности, какъ и физическія лица. Это теорія такъ наз. германистовъ, т.-е. ученыхъ, изучавшихъ древнее германское право, въ противоположность романистамъ, посвятившимъ свое вниманіе римскому праву. Особенную отдѣлку получила эта теорія въ трудахъ Гирке¹⁷⁾, благодаря влиянію котораго она стала въ настоящее время господствующей не только въ Германіи, но и во Франціи¹⁸⁾.

Гирке оспариваетъ положеніе Савиньи, будто только человекъ можетъ быть субъектомъ права. Надъ человѣческими индивидами существуютъ человѣческіе союзы разнаго рода,—реальныя существа исторической дѣйствительности, соціальныя организмы съ головой и прочими органами. Они обладаютъ тѣмъ же жизненнымъ

¹⁷⁾ Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 3 тома, 1868—1881; *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887, стр. 603 и слѣд.; *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 456 и слѣд.; *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902.

¹⁸⁾ Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, стр. 519; Michoud, *Théorie de la personnalité juridique*, т. I, 1906, стр. 68.

единствомъ, имъ присуща та же воля и способность осуществлять свои цѣли въ дѣятельности. Не трудно замѣтить, что теорія германистовъ является отраженіемъ органическаго представленія объ обществѣ. Слѣдовательно, относительно ея можно также сказать, что она не доказываетъ, чтобы юридическія лица были столь же реальны, какъ люди, а лишь уподобляетъ ихъ людямъ.

Въ послѣднее время теорія реального существованія юридическихъ лицъ была заподозрѣна именно въ томъ самомъ, противъ чего она боролась, въ фиктивности. Въ лицѣ Гельдера и Биндера отрицаніе допустимости фикцій достигаетъ высшаго напряженія. Исходя изъ наблюденія дѣйствительности, представители этого направленія упрекаютъ Гирке въ томъ, что онъ, приписывая социальнымъ организаціямъ волю, строитъ все свое ученіе на фикціи, недалекой отъ приема Савиньи¹⁹⁾. Исходные пункты обоихъ авторовъ прямо противоположны, но выводы ихъ сходятся. Гельдеръ принимаетъ, что субъектомъ права является всегда, и только нравственная и историческая личность, способная къ волеизъявленію. Биндеръ, напротивъ, полагаетъ, что субъектъ права—это правовое отношеніе, а потому независимъ отъ человѣка, но предполагается способнымъ распоряжаться своимъ правомъ. Оба автора сходятся въ признаніи, что субъектомъ права, въ противоположность Іерингу, слѣдуетъ считать не пользователя, а распорядителя. Поэтому, субъектъ права опекунъ, а не опекаемый, только что опекунъ, осуществляя право, дѣйствуетъ, какъ должностное лицо. Поэтому эта часть его имущества, въ противоположность той, которою онъ распоряжается для себя (*Privatvermögen*), является ввѣренной ему по должности (*Amtsvermögen*), а онъ самъ, по отношенію къ опекаемому, оказывается въ роли фидуціарнаго собственника. Съ этой же точки зрѣнія юридическихъ лицъ, какъ субъектовъ права, вовсе не существуетъ. «Если право есть волевая власть, то право можетъ имѣть только тотъ, кто обладаетъ волею, а потому юридическія лица не могутъ считаться дѣйствительно правовыми субъектами». Эгоистическія соединенія лицъ, какъ товарищества, представляютъ только имущественную совокупность,

¹⁹⁾ Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, стр. 20: „so erscheint uns die Gierkiesche Gesamtperson als eine Personification oder, wenn man will, als eine Anthropomorphisierung“.

тогда какъ общества, не преслѣдующія личныхъ выгодъ, учрежденія, союзы публичнаго характера—не что иное, какъ должностныя функціи, выполняемыя одними людьми въ интересъ другихъ ²⁰⁾. вмѣстѣ съ тѣмъ гражданское право значительною своею частью передвигается въ область публичнаго права.

Нельзя отрицать остроумія обоихъ авторовъ въ критикѣ установившихся представленій и смѣлости ихъ въ конструированіи заново основныхъ юридическихъ понятій. Однако, если признать, что правленіе больницы или университета, какъ и опекунъ, завѣдуетъ по должности чужимъ имуществомъ, остается открытымъ, чье же это имущество? Въ то же время эта попытка окончательно изгнать изъ правовѣдѣнія всякія фикиціи и утвердиться на почвѣ реальности показываетъ всю невыполнимость задачи. Построеніе Гельдера и Биндера пригодно было бы въ области законодательной политики, но не для объясненія уже созданнаго законодателемъ порядка. Ихъ точка зрѣнія рѣзко расходится именно съ тѣмъ, что открываетъ намъ правовая дѣйствительность, потому что объективное право субъектами права считать несомнѣнно опекаемаго, а не его опекуна, акціонерное общество, а не его правленіе, больницу, а не завѣдующаго ею доктора. Насколько объясненіе расходится съ дѣйствительностью, настолько оно остается въ области фикицій.

Обзоръ различныхъ теорій о природѣ юридическихъ лицъ, тщетно пытавшихся отрѣшиться отъ фикиціи, обнаруживаетъ, что въ первоначальной теоріи олицетворенія кроется настоящее объясненіе.

Теорія фикиціи совершенно вѣрно утверждала, что нормы объективнаго права могутъ создавать субъектовъ права. Но она невѣрно полагала: 1) будто человекъ самъ по себѣ, въ силу своего человѣческаго достоинства, субъектъ права, и 2) что юридическое

²⁰⁾ Въ отношеніи учреждений оба автора сходятся въ признаніи субъектомъ права представителя, въ составѣ имущества котораго обособляется ввѣренное ему по должности имущество. Въ отношеніи соединеній авторы расходятся. Для Биндера во всѣхъ соединеніяхъ имѣется только совокупность субъектовъ, напр., въ акціонерномъ товариществѣ субъекты—это всѣ акціонеры. Для Гельдера только соединенія агонистическаго характера представляютъ совокупность субъектовъ, тогда какъ соединенія аллурпестическаго характера представляютъ то же, что и учрежденія.

лицо есть перенесение свойствъ субъекта права на нѣчто другое, разсматриваемое для этой цѣли какъ человѣкъ, *quasi homo*. Человѣкъ,—*ergo* субъектъ права. Если бы это было такъ, то люди никогда не могли бы быть исключены изъ класса субъектовъ права,—а это противорѣчитъ исторической дѣйствительности. На самомъ дѣлѣ, всякій субъектъ права, физическое, какъ и юридическое, лицо, есть созданіе объективнаго права. Субъекты права — это тѣ центры, юридическія точки, къ которымъ нормами объективнаго права прикрѣпляются субъективныя права, какъ коррелятивы обязанностей, возложенныхъ на членовъ правового общенія.

Субъектъ права составляетъ лишь приемъ юридической техники. Все право существуетъ ради интересовъ людей, и если эти интересы приводятъ въ настоящее время къ тому, что каждый человѣкъ считается правоспособнымъ, то тѣ же интересы требуютъ созданія субъектовъ права и помимо человѣка. Если субъектъ права не всегда совпадаетъ съ человѣкомъ, то это потому, что необходимо обособить отношенія, въ которыхъ состоятъ отдѣльные люди отъ отношеній, заинтересовывающихъ многихъ, въ видѣ определенной совокупности (общество) или даже неопредѣленнаго числа заинтересованныхъ людей (учебное заведеніе, музей, больница). Если бы субъектами права были только люди, то остались бы неосуществленными многочисленныя интересы людей вслѣдствіе опасности смѣшенія имущества отдѣльнаго лица съ имуществомъ, предназначеннымъ для общихъ интересовъ, вслѣдствіе опасности разрушенія имущества отъ смертной природы человѣка, какъ субъекта права.

Противъ такого пониманія выдвигается рядъ возраженій. Прежде всего фикціи не допустимы въ наукѣ, потому что онѣ не способны объяснить дѣйствительности. «Время фикцій и гипотезъ (!)», заявляетъ Дюги, «прошло—намъ нужны факты и реальности» ²¹⁾.

Конечно, если понимать фикціи въ томъ смыслѣ, что юридическое лицо есть какъ бы физическое лицо,—фикція бесплодна. Но дѣло другое, что всякій субъектъ права есть представленіе, внушенное объективнымъ правомъ ради большого удобства разгра-

²¹⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 178.

ниченія человѣческихъ интересовъ. Въ этомъ случаѣ субъектомъ права пользуются, какъ точкой или линіей въ математикѣ, какъ меридіаномъ въ географіи,—ихъ нѣтъ въ дѣйствительности, но предположеніе ихъ необходимо.

Во-вторыхъ, указываютъ на опасность, которая заключается въ признаніи, что субъекты права создаются объективнымъ правомъ. «Теорія фикціи, съ точки зрѣнія публичнаго права, теорія абсолютизма. И неудивительно, что она выступаетъ въ тотъ историческій моментъ, когда складывалась теорія абсолютной монархіи», «Цивилисты сдѣлались жертвами теоретиковъ-государственниковъ»²²). Оставляя въ сторонѣ, насколько это историческое совпаденіе вѣрно, надо признать, что страхъ передъ политическими выводами теоріи не можетъ служить къ опроверженію ея истинности. Нельзя же отрицать, что въ исторіи по волѣ закона люди лишались правоспособности и что правоспособностью надѣлялись общественныя организаціи, и что сейчасъ въ законодательныхъ учрежденіяхъ постоянно обсуждается вопросъ, признать или нѣтъ въ томъ или другомъ случаѣ наличность субъекта права.

Субъектъ права, говорятъ далѣе, не можетъ быть созданіемъ законодательной дѣятельности государства, потому что государство само субъектъ права. Если нѣкоторыя юридическія лица могли возникнуть внѣ объективнаго права, значитъ, субъектъ права независимъ въ своемъ существованіи отъ государства и закона²³). Но это возраженіе непримѣнимо къ развиваемымъ мною взглядамъ, такъ какъ я отказался признать государство юридическимъ лицомъ.

Если юридическое лицо есть субъектъ права, созданный объективнымъ правомъ, то отсюда слѣдуетъ, что юридическія лица возникаютъ не сами собой, а по волѣ закона. Различаютъ спеціальное и общее разрѣшеніе. Спеціальное разрѣшеніе дается, въ законодательномъ или административномъ порядкѣ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ возникновенія юридическаго лица. Такимъ путемъ возникаютъ въ Россіи акціонерныя общества. Общее

²²) Saleilles, *La personnalité juridique*, стр. 364 и 365. Въ другомъ мѣстѣ (стр. 620) Салейль выражаетъ опасеніе, что утвержденіе позитивной школы знаменуетъ торжество социализма.

²³) Michoud, *La théorie de la personnalité*, т. I, 1906, стр. 21—28.

разрѣшеніе выражается въ указаніи закономъ условій, при соблюденіи которыхъ можетъ возникнуть юридическое лицо по инициативѣ отдѣльныхъ людей. Такъ возникаетъ въ Россіи торговый домъ.

Если юридическое лицо есть субъектъ права, созданный объективнымъ правомъ, то объемъ его правоспособности опредѣляется закономъ. Правоспособность человѣка, какъ субъекта права, опредѣляется потребностью его физическаго и духовнаго существованія; правоспособность юридическаго лица опредѣляется тою жизненною цѣлью, для которой оно существуетъ. Законъ можетъ постановить, какъ это дѣлаетъ новый швейцарскій кодексъ (§ 58), что юридическія лица способны пріобрѣтать всѣ права и вступать во всѣ обязательства, за исключеніемъ тѣхъ, которыя неразрывно связаны съ естественными свойствами человѣка, какъ полъ, возрастъ или родство (принципъ неограниченности). Но законъ можетъ постановить, и съ бѣльшимъ основаніемъ, что право и дѣеспособность юридическаго лица обусловливается тою спеціальною цѣлью, въ виду которой оно возникло (начало спеціальности).

§ 63.

Объектъ права.

Литература: Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, стр. 166—204; Bekker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910, стр. 89—106; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 357—435; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1893, стр. 239—237.

Объектъ права составляетъ существенный моментъ, потому что только онъ оправдываетъ существованіе юридическаго отношенія. Поэтому безъобъектныя права такъ же мало мыслимы, какъ и права безъсубъектныя ¹⁾.

Юридическое отношеніе, установленное между двумя субъектами, предоставляетъ одному власть въ осуществленіи своихъ

¹⁾ Еппессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 163, полагаетъ, что не всѣ права имѣютъ объекты. Приводимые имъ примѣры не доказываютъ его положенія.

интересовъ, которой обязанъ подчиняться другой, принуждаемый къ тому правовымъ порядкомъ. Что же составляетъ объектъ этой власти или права въ смыслѣ субъективномъ?

При такой постановкѣ вопроса вниманіе обращается на объектъ власти, т. - е. что составляетъ предметъ обезпеченнаго закономъ господства? Власти, съ точки зрѣнія властвующаго, противопоставляется подчиненность тѣхъ, на кого объективное право возложило обязанности. Отсюда стремленіе найти объектъ права въ поведеніи пассивныхъ субъектовъ.

«Если подъ объектомъ права понимать предметъ, надъ которымъ господствуетъ управомоченный въ силу своего права, то имѣется только одинъ родъ объектовъ права—это люди. Потому что вѣдь всѣ права, если изслѣдовать ихъ содержаніе, не что иное, какъ господство одного лица надъ другими»²⁾. Но если объектомъ права и могутъ быть люди, какъ, напр., при рабствѣ, то нельзя сказать, чтобы только люди были объектами права. При такомъ взглядѣ совершенно невозможно провести различіе между рабомъ, какъ объектомъ права, и должникомъ, обязаннымъ исполнить принятое на себя по договору обязательство.

Можетъ быть, объектомъ права является не самъ человѣкъ, а только его воля, воля пассивнаго субъекта. Господство, къ которому сводятся субъективныя права, «предполагаетъ неизбѣжно отличный отъ субъекта объектъ, которымъ не можетъ быть что-нибудь иное, какъ подчиненная господству свободная воля»³⁾. Однако, совершенно очевидно, что человѣкъ не добивался бы правъ, если бы все сводилось къ подчиненію ему воли пассивныхъ субъектовъ. Эта подчиненность чужой воли—чрезвычайно важное средство, но это не то, на что направлено вниманіе субъекта. Притомъ воля, не выраженная внѣшне въ дѣйствіи, не поддается юридическому господству.

Возможно, что объектъ права слѣдуетъ искать именно въ тѣхъ дѣйствіяхъ, къ которымъ обязываются пассивные субъекты велѣніемъ объективнаго права. «Въ строго логическомъ смыслѣ

²⁾ Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2 изд. 1899, т. I, стр. 124. Впрочемъ, въ послѣднемъ, пятомъ, изданіи (1911) авторъ отказался отъ своего взгляда (стр. 114).

³⁾ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, § 29, стр. 257.

слова мы понимаемъ подъ объектомъ все то, и только то, на что направляется извѣстная дѣятельность какого-нибудь определеннаго субъекта». Въ этомъ смыслѣ объектомъ права является требуемое нормами права поведеніе обязаннаго, т.-е. дѣйствіе или воздержаніе ⁴⁾. Неправильность этой точки зрѣнія, какъ и указанныхъ выше, заключается именно въ невѣрной постановкѣ вопроса. «Вопросъ, что такое объектъ права, легко разлагается на слѣдующіе вопросы: чего можетъ желать норма права отъ тѣхъ, къ кому она обращена; чего требуетъ юридическое отношеніе отъ своихъ субъектовъ; на чемъ настаиваетъ правовое притязаніе въ обращеніи къ противной сторонѣ; чего требуетъ правовая обязанность отъ обязанныхъ, къ чему онъ обязанъ?» ⁵⁾. Съ точки зрѣнія закона все дѣло въ соблюденіи установленнаго поведенія, но съ точки зрѣнія управомоченнаго дѣло въ томъ, что онъ выигрываетъ отъ такого поведенія. Точно такъ же для обязаннаго субъекта дѣло не въ томъ, что онъ долженъ что-то дѣлать, а въ томъ, что онъ долженъ дѣлать. Объектъ права, конечно, не можетъ быть иной, нежели объектъ обязанности, такъ какъ это соотносительныя понятія. Вниманіе обоихъ субъектовъ, активнаго и пассивнаго, обращается на то, что однимъ пріобрѣтается, а другимъ теряется при установленномъ закономъ поведеніи. Въ объектѣ права скрещиваются интересы управомоченнаго и обязаннаго субъектовъ и юридическое отношеніе есть отношеніе вынужденно разграниченныхъ интересовъ. Объектъ права слѣдуетъ искать въ благахъ, обезпечиваемыхъ правомъ какъ дѣли, а не въ установленномъ поведеніи, какъ средствѣ.

Съ этой стороны слѣдуетъ признать правильнымъ опредѣленіе объекта права, какъ всего того, что служитъ средствомъ осуществленія разграничиваемыхъ правомъ интересовъ ⁶⁾. Насколько частно-правовыя отношенія носятъ имущественный характеръ, настолько юридическое понятіе объ объектѣ права совпадаетъ съ экономическимъ понятіемъ о благахъ. «Блага являются предметомъ многихъ наукъ, но каждая изъ нихъ имѣетъ дѣло съ дру-

⁴⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 239 и 242. Того же взгляда Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 52—53.

⁵⁾ Bierling, тамъ же, т. I, стр. 240.

⁶⁾ Коркузовъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 30, стр. 154.

гими благами; поэтому каждая по-своему и различно опредѣляетъ понятіе о благѣ: гигиена иначе, чѣмъ этика, этика иначе, чѣмъ эстетика, эстетика иначе, чѣмъ наука о хозяйствѣ» 7). Имѣетъ ли правовѣдѣніе свое отличное понятіе о благѣ? Нѣтъ, никакихъ правовыхъ благъ (Rechtsgüter) не существуетъ, право лишь обезпечиваетъ пользованіе благами, т.-е. тѣмъ, что въ дѣйствительной жизни признается благомъ. Право разграничиваетъ интересы, нормируетъ отношенія на почвѣ сталкивающихся интересовъ, и защита его потому и имѣетъ значеніе, что оно закрѣпляетъ за человѣкомъ то, что тотъ цѣнитъ съ точки зрѣнія своихъ потребностей. Объекты права—это блага въ экономическомъ смыслѣ.

Политическая экономія признаетъ блага двоякаго рода: вещи и услуги 8). Таковы же главные виды объектовъ права: вещи и дѣйствія другихъ лицъ. Но право обезпечиваетъ, сверхъ матеріальныхъ, также и нравственные интересы, кроющіеся въ семейныхъ отношеніяхъ, и въ этомъ случаѣ объектомъ права являются сами лица, жена, дѣти, опекаемые. Такимъ образомъ, объекты права представляютъ три вида: вещи, дѣйствія другихъ и лица. Соответственно тому абсолютныя права раздѣляются по объекту на три вида: а) права вещныя, какъ право собственности, залога, пользовладѣнія, б) права исключительныя, какъ авторское право, право на промышленныя изобрѣтенія, с) права личной власти, какъ право мужа, право отца. Дѣйствіе составляетъ объектъ относительныхъ правъ.

Подъ вещами мы понимаемъ ограниченныя части матеріальнаго міра. Едва ли удачно замѣнять въ понятіи о вещи матерію силою на томъ основаніи, что «осуществленію человѣческихъ интересовъ служить не инертная матерія, а проявляющіяся въ ней силы», и потому что мы можемъ пользоваться силами природы безъ облеченія ихъ въ матеріальный образъ, какъ, напр., въ дѣлѣ электричества 9). Вещь есть часть внѣшняго міра по отношенію къ человѣку, матеріальная часть котораго не способна служить объ-

7) Платтеръ, *Основныя ученія политической экономіи*, вып. 1, 1908, стр. 1.

8) Wagner, *Grundlegung der politischen Oekonomie*, 1892, стр. 300. Третью группу благъ, отношенія, мы отбрасываемъ по соображеніямъ, указаннымъ ниже.

9) Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 157; Bekker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910, стр. 93.

сктомъ права, пока не отдѣлится отъ его тѣла, напр., волосы; но совершенно неправильно характеризовать этотъ внѣшній міръ, какъ неразумный или несвободный¹⁰⁾, потому что этому противорѣчить причисленіе въ извѣстное время къ объектамъ права людей, и сомнительно въ примѣненіи къ животнымъ. Матеріальный міръ въ дѣйствительности является сплошнымъ и ограниченіе его по частямъ происходитъ по телеологическому началу. Матеріальная часть обособляется въ представленіи человѣка потому, что въ такомъ видѣ получается возможность удовлетворенія человѣческихъ интересовъ. Единство матеріальной части достигается или силами природы, напр., дерево, гора, или силами человѣка, напр., домъ, машина. Вещь можетъ имѣть твердый, жидкій или газообразный видъ, но вещью не будутъ силы безъ матеріальной оболочки, какъ теплота, свѣтъ, электричество. Обособленіе жидкихъ и газообразныхъ тѣлъ происходитъ при помощи твердыхъ тѣлъ.

Цѣль обособленія частей внѣшняго міра въ представленіи человѣка—удовлетвореніе какихъ-либо его потребностей. Поэтому вещь, насколько съ нею имѣетъ дѣло право, есть понятіе прежде всего экономическое. Данная ограниченная часть матеріальнаго міра есть вещь потому, что она обладаетъ, въ своемъ единствѣ, способностью выполнять извѣстное экономическое назначеніе. Но экономическая точка зрѣнія можетъ быть измѣнена юридическою, такъ, напр., вещи въ экономическомъ смыслѣ перестаютъ быть объектами права, если законъ объявляетъ ихъ виѣ оборота.

Экономическая основа вещи предполагаетъ въ ней нѣкоторую цѣнность. Лишенная всякой цѣнности, вещь не можетъ быть объектомъ права. Охранить обладаніе такою вещью юридическими средствами невозможно. Здѣсь нѣтъ мѣста гражданскому иску о возмѣщеніи ущерба, потому что невозможно оцѣнить величину искомаго вознагражденія. Здѣсь нѣтъ мѣста и уголовному преслѣдованію за кражу или грабежъ, потому что эти преступленія предполагаютъ корыстную цѣль, которой не можетъ быть тамъ, гдѣ нѣтъ цѣнности. Иногда, отрицая необходимость цѣнности для объ-

¹⁰⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, 1906, стр.: Stücke der vernunftlosen Natur; Ennecserus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 275: Stücke der unfreien Natur.

екта права, допускаютъ ошибки въ пониманіи конкретныхъ случаевъ. Напр., говорятъ, что я могу запретить брать снѣгъ съ моего поля, а слѣдовательно, я имѣю право на снѣгъ, не имѣющій цѣнности ¹¹⁾. Но брать снѣгъ съ моего поля нельзя потому, что поле мое, а потому я имѣю право не допустить никого къ моему полю. Если же я допустилъ кого-либо на свое поле, то я могу запретить свозку лежащаго снѣга массами, такъ какъ въ этомъ видѣ снѣгъ имѣетъ огромную цѣнность, охраняя мои всходы отъ холода. Но если бы человѣкъ, допущенный на мое поле, взялъ горсть снѣга, сорвалъ цвѣтокъ у дороги или поймалъ бы бабочку, трудно сказать, какую защиту дало бы мнѣ право противъ такого дѣянія, ни въ чемъ не нарушающаго моихъ интересовъ.

Цѣлевое единство, лежащее въ основѣ представленія о вещи, какъ объектѣ права, обусловливается именно экономическими, а не физическими свойствами ¹²⁾. Матеріальная часть, входящая въ составъ другой большей, физически обособленной части, составляетъ вещь, насколько на нее направлена экономическая дѣятельность. Такъ, напр., шерсть на овцѣ, клыки на слонѣ составляютъ особую вещь; но съ другой экономической точки зрѣнія и сама овца и слонъ составляютъ вещи, т.-е. также цѣлевое единство. Далѣе, рядъ физически обособленныхъ матеріальныхъ частей можетъ образовать цѣлевое единство, обусловливаемое значеніемъ, придаваемымъ совокупности въ экономическомъ оборотѣ, напр., стадо овецъ, библіотека, магазинъ.

Точка зрѣнія экономическаго оборота опредѣляетъ и тѣ различныя подраздѣленія вещей, которыя имѣютъ важное значеніе для права. Такъ различаются вещи главныя и принадлежностныя. Значеніе этого дѣленія выражается въ томъ, что юридическая судьба главной вещи обусловливаетъ и судьбу принадлежностной. Между тѣмъ, это различіе прежде всего экономическое. Главная вещь выполняетъ свое экономическое назначеніе сама по себѣ, напр., пролетка; принадлежностной вещью называется такая вещь, которая, не будучи составною частью, какъ, напр., колесо, пред-

¹¹⁾ Трубецкой, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1909, стр. 191.

¹²⁾ Поэтому нельзя говорить, что die Sachen sind Naturdingen, какъ это утверждаетъ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, § 96, стр. 365.

назначена служить хозяйственнымъ цѣлямъ главной вещи, увеличивая ея полезность, напр., верхъ къ пролеткѣ. Здѣсь право можетъ вмѣшаться въ экономическую область. Такъ, напр., по германскому праву принадлежностью признаются только движимости по связи съ недвижимостью или движимостью¹³⁾, тогда какъ по русскому праву и недвижимости могутъ признаваться принадлежностью недвижимостей, напр., принадлежностью завода законъ считаетъ лѣса, руды, покосы¹⁴⁾.

Далѣе, различаются вещи потребляемыя и непотребляемыя, смотря по тому, соединяется ли пользованіе ими, согласно ихъ экономическому назначенію въ оборотѣ, съ уничтоженіемъ ихъ экономическаго существа, или нѣтъ. Съ этой стороны потребляемыми будутъ папиросы, вино, а непотребляемыми будутъ портъ-сигарь, бутылка.

Та же экономическая точка зрѣнія опредѣляетъ различіе между вещами замѣнимыми и незамѣнимыми, т.-е. вещами, которыя имѣютъ въ оборотѣ значеніе по своимъ родовымъ признакамъ или же по индивидуальнымъ. Съ этой стороны замѣнимыми будутъ всѣ вещи, которыя въ оборотѣ опредѣляются числомъ, мѣрой или вѣсомъ, напр., свидетельства государственной ренты, овесъ, хлѣбъ, незамѣнимой вещью будетъ рысакъ «Крѣпышъ».

Вещи различаются еще по моменту дѣлимости. Съ естественной точки зрѣнія все матеріальное дѣлимо; съ экономической же точки зрѣнія вещи дѣлимы настолько, насколько каждая изъ частей способна отвѣчать тому экономическому значенію, какое имѣла до дѣленія вся вещь. Напр., земля, какъ площадь, можетъ быть раздѣляема какъ угодно. Напротивъ, корова вещь недѣлимая, потому что хотя корову и можно разрѣзать на части, но эти части (мясо) будутъ служить совершенно иной экономической цѣли, чѣмъ та, какой служила живая корова (молоко, удобреніе, приплодъ). Право можетъ признать вещь недѣлимой и тамъ, гдѣ экономически она допускаетъ дѣленіе, напр., по закону, устанавливающему наименьшій размѣръ крестьянскаго землевладѣнія.

¹³⁾ Герм. гражд. улож., § 97.

¹⁴⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 368.

Дѣйствія, приобретающія характеръ экономическихъ услугъ, служатъ объектомъ правъ требованія по обязательствамъ. Человѣкъ находится почти постоянно въ дѣятельности, а съ другой стороны, почти всякая его дѣятельность имѣетъ перерывы. Следовательно, когда мы говоримъ о дѣйстви, какъ объектѣ права, мы имѣемъ въ виду опять-таки нѣкое телеологическое единство. Дѣйствіе—это обособленная по мѣсту, по времени или по результату часть дѣятельности человѣка, вызывающая въ насъ цѣльное экономическое представленіе. Для понятія о дѣйстви, какъ объектѣ права, экономическая точка зрѣнія имѣетъ рѣшающее значеніе. Дѣйствія, лишеныя экономической цѣльности, не могутъ быть объектами права.

Дѣйствія различаются какъ положительныя и отрицательныя. Въ первомъ случаѣ обязанный субъектъ долженъ что-то сдѣлать, во вторыхъ—отъ чего-то воздержаться. Примѣромъ положительнаго дѣйствія служатъ обязанности приказчика, который долженъ выполнять торговыя порученія, даваемые ему хозяиномъ; примѣромъ отрицательнаго дѣйствія служитъ обязанность приказчика по оставленіи должности не наниматься къ другому купцу, ведущему однородную торговлю. Воздержаніе, какъ дѣйствіе съ отрицательнымъ содержаніемъ, не тождественно съ бездѣйствіемъ. Въ воздержаніи обнаруживается воля лица, тогда какъ въ бездѣйствіи она отсутствуетъ.

Положительныя дѣйствія могутъ имѣть своимъ содержаніемъ: а) предоставить вещь въ собственность, такова, напр., обязанность продавца по договору купли-продажи; б) предоставить вещь въ пользованіе, такова обязанность домохозяина по договору имущественнаго найма квартиры; в) предоставить трудъ въ пользованіе, физическій, какъ при личномъ наймѣ рабочаго, или умственнй, какъ при договорѣ довѣренности.

Дѣйствіе, составляющее объектъ права, имѣетъ извѣстное единство, несмотря на весьма различную продолжительность. Оно можетъ быть исчерпано въ одинъ моментъ, какъ, напримѣръ, при платежѣ суммы денегъ со стороны должника по займу. Оно можетъ непрерывно длиться весьма долгое время, какъ при долгосрочной арендѣ. Оно можетъ продолжаться съ перерывами, не теряя отъ того экономическаго единства, какъ при періодической поставкѣ

дровъ въ учебное заведеніе. Какъ и вещи, дѣйствія могутъ быть дѣлимыми и недѣлимыми, смотря по тому, способно ли дѣйствіе быть разложеннымъ на рядъ частичныхъ дѣйствій, имѣющихъ каждое то же экономическое значеніе, какъ и цѣлое, но отличающееся отъ него только количественно. Напр., обязанность платежа известной суммы денегъ можетъ быть раздѣлена на рядъ платежей. Но обязанность перевозки вещей не можетъ быть раздѣлена, потому что оставленіе вещей на полдорогѣ не имѣетъ того значенія для субъекта права, въ виду котораго онъ приобрѣлъ право на дѣйствіе перевозчика. Однако, здѣсь все рѣшаетъ точка зрѣнія экономического оборота. При морской перевозкѣ товаровъ доставка ихъ въ промежуточный портъ, гдѣ можно найти судно для дальнѣйшаго движенія, разсматривается, какъ исполненіе дѣйствія въ части.

Наконецъ, третьимъ объектомъ права являются лица. Правда, современный правовой порядокъ не знаетъ обращенія людей въ вещи, но все же права личной власти, приобретаемыя на почвѣ семейной жизни, имѣютъ своимъ объектомъ именно людей, жену, дѣтей, подопечныхъ. Смущаясь этимъ выводомъ, нѣкоторые стремятся доказать, что семейныя права имѣютъ своимъ объектомъ не лицо, а лишь дѣйствія подвластныхъ. Но это невѣрно. Отецъ имѣетъ право не на то или иное дѣйствіе своего ребенка, а на самого ребенка, потому что сущность этого права не въ томъ, что долженъ сдѣлать ребенокъ, а въ томъ, что не должны дѣлать всѣ сограждане въ отношеніи этого ребенка. Да и о какихъ же дѣйствіяхъ ребенка можетъ быть рѣчь, когда онъ, можетъ быть, нѣсколькихъ мѣсяцевъ, неспособенъ ни къ какимъ волеизъявленіямъ.

Съ тою же цѣлью смягченія утверждаютъ, что права личной власти представляютъ ту особенность, что они построены на началѣ взаимности¹⁵⁾. Если мужъ имѣетъ право на свою жену, то и жена имѣетъ право на своего мужа; если родители имѣютъ право на своихъ дѣтей, то и дѣти имѣютъ право на своихъ родителей. Никакой взаимности на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Мужъ можетъ требовать жену къ себѣ, но жена такого права не имѣетъ, она имѣетъ право требовать водворенія ея къ мужу. Отецъ можетъ

¹⁵⁾ Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 448.

требовать своего ребенка отъ всякаго, у кого бы онъ ни находился, ребенокъ можетъ требовать содержания. Иначе еще находить смягченіе въ томъ, что видятъ въ правахъ личной власти совпаденіе права и обязанности¹⁶⁾. Но и это не оправдывается. Мужъ имѣетъ право потребовать свою жену къ себѣ, но не обязанъ этого дѣлать.

Слѣдуетъ признать, что въ правахъ личной власти мужа, родителей, опекуна объектомъ служатъ жена, дѣти, подопечные. Одни изъ этихъ правъ вполне цѣлесообразны и вызываются интересомъ защиты подвластныхъ,—это власть родителей и опекуновъ. Но нельзя не обратить вниманія на превращеніе этихъ частныхъ правъ въ публичныя обязанности. Право власти опекуна уже приобрѣло этотъ характеръ, а власть родителей, на нашихъ глазахъ, преобразуется постепенно изъ права въ обязанность. Что касается власти надъ женою, то это пережитокъ старины. Въ основѣ ея лежитъ интересъ не подвластной жены, а властвующаго мужа. Это право, неспособное превратиться въ публичную обязанность, доживаетъ свои послѣдніе дни.

Къ указаннымъ тремъ видамъ объектовъ права нѣкоторые желали бы присоединить и другіе виды. Такъ, прежде всего говорятъ о правѣ на собственную личность. Этотъ видъ объекта права былъ выдвинутъ Пухтой¹⁷⁾ и имѣетъ сейчасъ многочисленныхъ и видныхъ сторонниковъ¹⁸⁾, но встрѣтилъ возраженія уже со стороны Савиньи¹⁹⁾ и теперь имѣетъ также не мало противниковъ²⁰⁾. Даже среди защитниковъ права на собственную личность обнаруживается существенное разногласіе по вопросу, что составляетъ объектъ этого права. Одни утверждаютъ, что вся личность полностью, другіе называютъ личныя силы, иные имѣютъ въ виду свои собственныя дѣйствія, иные—свое тѣло. Противъ признанія собственной личности, какъ особаго объекта

¹⁶⁾ Grone, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. IV, 1908, стр. 137.

¹⁷⁾ Puchta, *Institutionen des römischen Rechts*, т. I, § 30.

¹⁸⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, § 50, стр. 197; Ihering, *Zweck im Recht*, т. I, 3 изд. 1893, стр. 66; Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 448.

¹⁹⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, стр. 335.

²⁰⁾ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 169; Laband (*Z. f. NR.* т. XXIII, стр. 321); Vanui, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд. 1908, стр. 131.

субъективныхъ правъ, можно представить слѣдующія возраженія. Личность—это понятіе юридическое, тогда какъ объектъ права есть то жизненное благо, пользование которымъ обезпечивается помощью права. Своими личными силами человекъ пользуется безъ помощи права. «Волевая власть человека направляется не только на лежащее внѣ его, но и на его собственное лицо. Поэтому признаніе правовой власти надъ самимъ собой не содержитъ въ себѣ противорѣчія» ²¹⁾. Но если власть есть возможность навязывать свою волю, то какъ же можетъ человекъ навязать самому себѣ свою волю, и особенно, какую помощь способенъ оказать ему право въ этомъ случаѣ? Если субъективное право есть власть, приобретаемая, независимо отъ фактической возможности, содѣйствіемъ правового порядка, воздѣйствующаго на другихъ лицъ, то признаніе субъективнаго права на свое лицо несомнѣнно противорѣчитъ понятію о субъективномъ правѣ. Допущеніе субъективныхъ правъ на самого себя стоитъ въ противорѣчій съ представленіемъ о субъектѣ и объектѣ: если объектомъ мы называемъ нѣчто, находящееся внѣ воспринимаемаго субъекта, какъ можно признать объектомъ субъективнаго права умственные силы самого субъекта? Конечно, интересы, связанные съ жизнью, здоровьемъ, честью, именемъ человека, охраняются нормами объективнаго права, но только не предоставленіемъ субъективныхъ правъ,—здѣсь мы имѣемъ дѣло исключительно съ публичнымъ правомъ.

Нѣкоторые экономисты, рядомъ съ вещами и услугами, выставляютъ еще третій видъ хозяйственныхъ благъ—отношенія, куда входятъ и субъективныя права ²²⁾. Но противъ включенія правъ въ число благъ, съ точки зрѣнія народнохозяйственной, выдвигается сейчасъ же возраженіе, что отъ такихъ благъ населеніе не становится нисколько богаче. Права—это средства разграниченія интересовъ, но не средства удовлетворенія потребностей. Притомъ замѣчательно, что сами сторонники такого вида благъ не рѣшаются включить въ этотъ разрядъ самое важное

²¹⁾ Ennessegerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 164.

²²⁾ Neumann, *Wirtschaftliche Grundbegriffe* в *Handbuch der politischen Oekonomie*, подъ ред. Шёнберга, 4 изд. 1896, стр. 148—150.

право—право собственности, потому что тутъ сразу обнаружилось бы искусственное удвоение народнаго богатства ²³⁾.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ направлениемъ и нѣкоторые юристы признали, что объектомъ права можетъ быть право (въ смыслѣ субъективномъ). Такъ, указываютъ право залога на право требованія по обязательству или право пользованія (узуфруктъ) на имущество, представляющее совокупность правъ и обязанностей. Этотъ взглядъ раздѣляется довольно многими ²⁴⁾. Они выставляютъ то соображеніе, что нельзя отрицать дѣйствительности, которая указываетъ, какъ власть и интересъ субъекта права направляется на ту именно цѣнность, какую представляетъ выгода, доставляемая обезпеченнымъ юридически положениемъ.

Однако, взглядъ этотъ имѣетъ и видныхъ противниковъ ²⁵⁾ Совершенно справедливо указываютъ они, что право только обезпечиваетъ пользованіе благами, но никакихъ благъ само не создаетъ, а объектомъ права можетъ быть только то, что реально, а не фиктивно, обладаетъ способностью удовлетворять человѣческимъ потребностямъ. То, что намъ представляется правомъ на право, есть не что иное, какъ соучастіе субъектовъ въ одномъ и томъ же благѣ. Если пользовладѣлецъ закладываетъ свое право пользовладѣнія, то это означаетъ, что блага, составляющія объектъ правъ пользовладѣльца, стали одновременно объектомъ права и залогодержателя. Указываютъ, что признаніе права на право дало бы практически невозможные результаты, а теоретически повело бы къ безконечному ряду правъ на право на право...

²³⁾ Критику этого взгляда даетъ Платтеръ, *Основанія ученія политической экономіи*, рус. пер. 1908, т. I, стр. 9—16.

²⁴⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, 1906, § 48а, стр. 217; Bierling, *Juristische Principienlehre*, 1894, т. I, стр. 70; Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1910, стр. 114; Еппессегус, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, стр. 162—163. По мнѣнію Наугіо, *Principes de droit public*, 1910, стр. 313, настоящими благами являются не вещи, которыми мы обладаемъ, а сами права, обезпечивающія намъ это обладаніе. Поэтому объектами права могутъ быть только права, но не вещи.

²⁵⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 359—361; Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 450—451.

§ 64.

Субъективное право.

Литература: Schuppe, *Begriff des subjektiven Rechts*, 1887; Zenthofer, *Das subjektive Recht*, 1891; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд. 1905; Nicol-Spreyer, *Systematische Theorie des heutigen Rechts*, ч. I, 1911, стр. 181—317; Kornfeld, *Socialr Machtverhältnisse*, 1911, стр. 197—268; Hold von Fernek, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, т. I, особенно §§ 11 и 33; Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, 2 изд. 1910; Langheineken, *Anspruch und Einrede*, 1904; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, стр. 567—709; Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, т. II, 1906, стр. 164—188; Berthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899; Majorana, *La nozione del diritto pubblico subjettivo*, 1904.

На порогъ изслѣдованія понятія о субъективномъ правѣ мы встрѣчаемся съ рѣшительнымъ отрицаніемъ этого понятія. «Мой взглядъ», говоритъ Дюнкеръ, «можетъ выразиться въ слѣдующемъ краткомъ положеніи: имѣются только обязанности, и нѣтъ никакихъ правъ»¹⁾. Въ послѣднее время выразителемъ этого направленія является Дюги. По его мнѣнію, «въ настоящее время складывается общество, изъ котораго подлежитъ устраниенію метафизическое представленіе о субъективномъ правѣ для того, чтобы дать мѣсто объективному праву, которое возлагаетъ на cadaго социальную обязанность выполнить опредѣленное назначеніе и которое предоставляетъ совершать дѣйствія, какія требуются для выполненія этого назначенія»²⁾. Наблюденіе надъ общественною жизнью обнаруживаетъ намъ только социальную солидарность, изъ которой вытекаютъ правила поведенія, и индивидуальную волю, которой дано реализироваться, насколько она согласна съ этими правилами. «Но мы нигдѣ не видимъ юридическаго отношенія между двумя предполагаемыми субъектами. Имѣется субъективное юридическое положеніе, въ которомъ есть возможность и обязанность; но не говорите, что имѣется отношеніе между субъек-

¹⁾ Duncker, *Die Besitzklage und der Besitz*, 1884, стр. 263.

²⁾ Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, 1908, стр. 12.

томъ, который долженъ, и субъектомъ, который можетъ». «Лучше всего, устранивъ совершенно понятіе о субъективномъ правѣ, говорить просто: субъективное юридическое положеніе, т.-е. положеніе, социальное обеспеченное и созданное сознательною волею индивида»³⁾.

Не трудно замѣтить, что все это отрицаніе субъективнаго права есть не болѣе, какъ протестъ противъ слова, а не означаемой имъ сущности. Субъективныя права въ гражданскихъ отношеніяхъ несомнѣнно существуютъ, и, пока они существуютъ, отрицаніе ихъ совершенно невозможно.

Проблема субъективнаго права въ высшей степени трудная. Къ ея рѣшенію подходили съ двухъ точекъ зрѣнія, прямо противоположныхъ, пока въ послѣднее время не обнаружилось стремленіе къ ихъ примиренію.

Съ одной точки зрѣнія сущность субъективнаго права слѣдуетъ видѣть въ волѣ. Это такъ называемая теорія воли, которая имѣетъ главнаго представителя въ лицѣ Виндшейда. По мнѣнію Виндшейда, выраженіе «субъективное право» употребляется въ двоякомъ значеніи: 1) какъ право на извѣстное поведеніе со стороны лицъ, обязанныхъ въ отношеніи управомоченнаго субъекта, напр., право собственника, чтобы его вещь не трогали, чтобы возвращали по его требованію; 2) какъ право управомоченнаго субъекта на извѣстное собственное поведеніе, напр., право собственника передѣлать свою вещь, уничтожить ее, продать. Оба значенія охватываются, по мнѣнію Виндшейда, слѣдующимъ опредѣленіемъ субъективнаго права: предоставленное правовымъ порядкомъ господство воли или волевая власть⁴⁾. Въ прежнее время въ большемъ ходу была данная Виндшейдомъ формула субъективнаго права, какъ *Wollendürfen*.

Теорія воли, въ своемъ зарожденіи, исходила, подъ вліяніемъ гегелевской философіи, изъ метафизической воли. Постепенно, съ отстраненіемъ правовѣдѣнія отъ метафизики, воля, положенная въ основу понятія о субъективномъ правѣ, стала приобрѣтать психологическое значеніе, и, благодаря этому, вскрылись слабыя стороны теоріи.

³⁾ Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, стр. 180.

⁴⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9, т. I, 1906, § 37, стр. 155—156.

Безусловно неудачной слѣдуетъ признать пресловутую формулу *Wollendürfen*, которая должна указывать на предѣлы, до какихъ субъектъ смѣетъ хотѣть. Воля, въ психологическомъ смыслѣ, объективное право никакихъ предѣловъ поставить не въ состояніи. Желать можно безпредѣльно, нельзя только осуществлять свою волю въ дѣйствіяхъ. Вотъ почему нѣкоторые замѣняютъ формулу Виндшейда формулой *Handelndürfen* или *Handelnkönnen*, какъ предѣлы, въ которыхъ субъектъ можетъ дѣйствовать подъ защитой объективнаго права, помогающаго ему отражать противодѣйствіе другихъ людей ⁵⁾.

Если сущность субъективнаго права въ волѣ управомоченнаго субъекта, то какъ объяснить признаніе правъ за тѣми, у кого воли нѣтъ? Такими, лишенными воли, субъектами права Іерингъ считаетъ малолѣтнихъ, душевно-больныхъ ⁶⁾. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что дѣти и сумасшедшіе не лишены воли въ психологическомъ смыслѣ, только что законъ не признаетъ юридическаго результата за ихъ дѣйствіями, т.-е. волеизъявленіями. Все же остается вѣрнымъ, что для субъективнаго права, принадлежащаго малолѣтнему или сумасшедшему, рѣшающею оказывается воля ихъ опекуна.

Если субъективное право—это воля управомоченнаго субъекта, хотя бы и ограниченная объективнымъ правомъ, какъ возможно существованіе субъективнаго права при отсутствіи воли у воле-способнаго субъекта? Такой примѣръ Тонъ видитъ въ томъ случаѣ, когда кредиторъ, не желающій принимать платежа отъ должника, все же остается субъектомъ права ⁷⁾.

«Каждый актъ человѣческой воли», замѣчаетъ Еллинекъ, «долженъ имѣть опредѣленное содержаніе. Нельзя просто хотѣть, а можно лишь хотѣть чего-нибудь, такъ же, какъ мы не просто видимъ, слышимъ, чувствуемъ, мыслимъ, потому что всякое чувственное воспріятіе и духовное переживаніе должно имѣть нѣкоторое содержаніе. Психологически невозможно, чтобы хотѣніе само по себѣ было признано и обезпечено правовымъ порядкомъ. Только

⁵⁾ Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, стр. 38; R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 2 нах., 1910, стр. 299.

⁶⁾ Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. III, § 61.

⁷⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 220.

хотѣніе чего-нибудь можетъ быть содержаніемъ правообеспечивающихъ нормъ»⁸⁾).

Противъ теоріи воли выдвинулась теорія интереса въ разработкѣ Іеринга. «Воля не есть цѣль и двигательная сила правъ; понятія воли и власти не въ состояніи дать намъ практическое пониманіе правъ. Право, какъ продуктъ народной жизни, образующійся вслѣдствіе борьбы между различными элементами этой жизни, съ цѣлью установленія человѣческаго общежитія, существуетъ не только для того, чтобы осуществлять идею абстрактной правовой воли, а для того, чтобы служить интересамъ и цѣлямъ гражданскаго оборота»⁹⁾. Не воля, а интересъ лежитъ въ основѣ субъективнаго права. Въ субъективномъ правѣ слѣдуетъ различать два момента: субстанціональный или матеріальный моментъ, въ которомъ выражается цѣль права, т.-е. польза, выгода, доставляемая правомъ, и формальный моментъ, который относится къ этой цѣли, какъ средство, т.-е. искъ. Первый моментъ есть ядро, второй—закрывающая его скорлупа. Въ соотвѣтствіи съ тѣмъ, Іерингъ даетъ краткую формулу понятія о субъективномъ правѣ,—это «юридически защищенный интересъ».

Противъ теоріи интереса было выставлено много возраженій.

Прежде всего не выдерживаетъ критики краткая формула, въ которой хотѣлъ Іерингъ выразить понятіе о субъективномъ правѣ. Интересъ только цѣль, а не сущность права. Въ свое опредѣленіе Іерингъ внесъ только ядро, позабывъ о скорлупѣ, между тѣмъ какъ юридическая сторона субъективнаго права заключается именно въ обеспеченности интересовъ, какъ это въ другомъ мѣстѣ призналъ и самъ Іерингъ.

Но и независимо отъ неудачной формулы, не соотвѣтствующей даже духу ученія Іеринга, самая мысль связать субъективное право съ интересомъ представляется нѣкоторымъ совершенно недопустимой. Противъ этой связи указываютъ на то, что интересы защищаются и безъ субъективныхъ правъ. Это случай рефлексивнаго дѣйствія правъ, которое было развито тѣмъ же Іерингомъ, и дѣйствительно плохо согласуется съ опредѣленіемъ субъ-

⁸⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, стр. 42.

⁹⁾ Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. III, § 61, стр. 327.

ективного права, какъ юридически защищеннаго интереса ¹⁰⁾. Интересы обеспечиваются дѣйствіемъ объективного права и тамъ, гдѣ нѣтъ субъективного права. Напр., жильцы нижнихъ этажей весьма заинтересованы въ точномъ соблюденіи договора между домохозяиномъ и нанIMATEЛЕМЪ верхней квартиры, въ силу котораго домохозяинъ обязывается освѣщать лѣстницу лампой. Нельзя не признать противорѣчія между пониманіемъ субъективного права, какъ юридически защищеннаго интереса, и допущеніемъ юридически защищенныхъ интересовъ безъ субъективного права ¹¹⁾.

Съ другой стороны, указываютъ на то, что субъективное право существуетъ и безъ защищаемаго интереса. «Несомнѣнно съ юридической точки зрѣнія, что наши права могутъ продолжаться и нерѣдко продолжаютъ вопреки нашимъ интересамъ, а во всякомъ случаѣ при отсутствіи съ нашей стороны соответствующаго содержанію права интереса» ¹²⁾. Право можетъ быть приобрѣтено безъ соответственнаго интереса и даже вопреки ему, напр., собственникъ земли приобрѣтаетъ право собственности на зайцевъ, явившихся въ его огородъ уничтожать капусту; приобрѣтенное право не прекращается вслѣдствіе потери интереса, напр., право мужа по отношенію къ женѣ, и обратно, хотя у супруговъ сильное желаніе развязаться другъ съ другомъ. «Защита интереса противъ воли заинтересованнаго—это внутреннее противорѣчіе» ¹³⁾.

Наконецъ, указываютъ, что хотя право существуетъ въ виду необходимости защитить интересы, но въ понятіе субъективного права, какъ чисто формальнаго, этотъ цѣлевой моментъ вводитъ совсѣмъ не слѣдуетъ. Право есть средство для обезпеченія пользованія благами, но «последнее такъ же мало принадлежитъ къ понятію права, какъ садъ къ садовой оградѣ» ¹⁴⁾.

Къ той же теоріи интереса примыкаетъ Дернбургъ, опредѣляющій право въ субъективномъ смыслѣ, какъ «участіе въ пользо-

¹⁰⁾ Ihering (Jahr. f. Dogm., т. X, 1871).

¹¹⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, стр. 578.

¹²⁾ Петражицкій, *Теорія права и государства*, 1910, т. II, стр. 368.

¹³⁾ Kessler, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, 1884, стр. 52.

¹⁴⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, стр. 219.

ваніи благами жизни, которое общею волею предоставляется и гарантируется отдѣльному лицу»¹⁵⁾. Противъ его «участія въ пользованіи благами» остаются въ силѣ всѣ возраженія, сдѣланныя противъ «интереса» Іеринга.

Невозможность построить понятіе о субъективномъ правѣ всецѣло на волѣ или на интересѣ привела къ поискамъ примирительной точки зрѣнія. Преобладающее сейчасъ направленіе стремится создать комбинацію обоихъ моментовъ съ наклономъ то въ сторону воли, то въ сторону интереса. Основатель этого примирительнаго теченія, Бернатикъ, проявляетъ явное тяготѣніе къ точкѣ зрѣнія Іеринга¹⁶⁾, тогда какъ главный его представитель, Еллинекъ, стоитъ ближе къ Виндшейду¹⁷⁾. Сюда же относятся изъ германскихъ ученыхъ Шуппе¹⁸⁾, Регельсбергъ¹⁹⁾, Меркель²⁰⁾, Гольдъ фонъ-Фернекъ²¹⁾, изъ французскихъ—Салейль²²⁾ и Мишу²³⁾, изъ итальянскихъ—Ванни²⁴⁾.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ направленіемъ субъективное право представляется, какъ власть осуществлять интересы, обеспеченная и ограниченная нормами объективнаго права. Анализируя данное опредѣленіе, находимъ слѣдующіе характерные признаки.

а. Субъективное право есть, прежде всего, *власть* субъекта права²⁵⁾. Власть, какъ мы уже видѣли, есть возможность навя-

¹⁵⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, § 39, стр. 100.

¹⁶⁾ Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörde insbesondere* (Arch. f. off. R., т. V).

¹⁷⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 изд., стр. 44. Въ первомъ изданіи опредѣленіе Еллинека было ближе къ Іерингу.

¹⁸⁾ Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, стр. 37 и 44.

¹⁹⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, § 14, стр. 74.

²⁰⁾ Merkel, *Juristische Encyclopädie*, § 159.

²¹⁾ Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, стр. 99 и 117.

²²⁾ Saleilles, *De la personnalité juridique*, стр. 543.

²³⁾ Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, т. I, стр. 105.

²⁴⁾ Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3 изд. 1906, стр. 109.

²⁵⁾ Наме законодательство пользуется перѣдко словомъ „власть“ для обозначенія права въ субъективномъ смыслѣ. Такъ, напр., право собственности опредѣляется въ ст. 420, т. X, 2. I Св. Зак., какъ власть, въ порядкѣ гражданскими законами установленномъ исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть, пользоваться и распоряжаться онымъ вѣчно и потомственно, доколѣ не передастъ сей власти другому. Въ томъ же значеніи говоритъ законъ въ ст. 1255, т. X, 2. I, что наследники властны принять наследство или отречься отъ него.

зывать свою волю другому или другимъ, заставляя другихъ собразовать свое поведеніе съ волею властвующаго.

Моментъ власти выражается въ возможности, по своей волѣ, осуществлять тѣ интересы, которые лежатъ въ основѣ правъ. Субъекту права дана возможность по своему усмотрѣнію исползовать или нѣтъ то положеніе, какое ему обезпечено правомъ, и какъ угодно въ отведенныхъ ему предѣлахъ. Право, принадлежащее субъекту, потому и называется его правомъ, что отъ его воли зависитъ приложеніе данной ему власти. Собственникъ участка земли можетъ застроить его или обратить въ огородъ, или дать ему зарости травой, или извлечь изъ него инныя полезности. Кредиторъ властенъ требовать долга отъ своего должника или простить ему, или измѣнить условія займа въ облегченіе должника. Обязанности осуществлять свой интересъ у субъекта права нѣтъ, а есть только возможность.

Но это возможность не фактическая, а правовая. Собственникъ автомобиля не въ состояніи ѣздить на немъ вслѣдствіе запрещенія врачей. Взятый на прокатъ піанино не можетъ играть на немъ, потому что не умѣетъ. Отдавшій пріятелю вещь на сохраненіе не можетъ получить ее обратно, потому что не знаетъ, гдѣ находится поклажепріемщикъ. Власть, заключающаяся въ субъективномъ правѣ, въ этихъ случаяхъ ему не поможетъ. Собственникъ охотничьей собаки не можетъ рассчитывать на содѣйствіе права, если собака не слушается, не дѣлаетъ стойки, портитъ дичь, если она убѣжала, но право готово ему помочь, если кто-нибудь приманитъ его собаку или грозитъ ее убить.

Субъективное право есть власть не надъ благами, а надъ людьми. Благодаря ей, субъектъ права можетъ отстранить вмѣшательство въ свое пользованіе благами со стороны тѣхъ, кто также заинтересованъ въ нихъ. Субъективное право ограничиваетъ сферу его интересовъ, заставляя всѣхъ другихъ отступить на опредѣленное отъ нея разстояніе и тѣмъ предоставить ему въ этихъ предѣлахъ свободу экономическаго и нравственнаго самоопредѣленія.

Такъ какъ это отстраненіе постороннихъ достигается воздѣйствіемъ нормъ объективнаго права, которымъ оно предписываетъ извѣстный образъ поведенія, то субъективное право есть отра-

женіе обязанностей, возложенныхъ на другихъ лицъ, и безъ нихъ немыслимо. Вынужденнымъ отступленіемъ другихъ образуется около субъекта права свободный кругъ, въ предѣлахъ котораго онъ можетъ дѣйствовать по своей волѣ. Субъектъ права не властенъ заставить ихъ отступить дальше, но въ его власти позволить имъ приблизиться.

б. Субъективное право есть власть осуществлять свой *интересъ*, а потому интересъ является опредѣляющимъ моментомъ. Интересъ предполагаетъ, что человѣкъ сознаетъ способность блага удовлетворить его потребность и потому стремится къ ея удовлетворенію этимъ путемъ. Сознаніе и воля—безъ наличности обонхъ психическихъ моментовъ нѣтъ интереса. Психическое отношеніе къ благу, къ средству удовлетворенія потребностей, можетъ быть проникнуто чисто индивидуальнымъ характеромъ, какъ, напр., отношеніе человѣка къ кольцу, доставшемуся отъ горячо любимой матери. Но такіе индивидуальные интересы правовому порядку чужды,—нормы объективнаго права имѣютъ дѣло только съ среднею оцѣнкою благъ, потому что иначе онѣ неспособны были бы разграничивать интересы людей въ обществѣ. Законодатель считается съ абстрактнымъ, а не съ конкретнымъ положеніемъ, съ общими, а не съ индивидуальными интересами. Защищая интересъ, связанный съ обладаніемъ недвижимостью, законъ не можетъ принимать во вниманіе, что тотъ или другой человѣкъ отрицаетъ частное обладаніе землею, или, защищая неприкосновенность жизни, законъ не учитываетъ, что такому-то надоѣла жизнь ²⁶).

Самъ по себѣ интересъ не въ состояніи опредѣлить понятіе о субъективномъ правѣ. Наличность интереса еще не создастъ права. Жена, требующая отъ мужа содержанія, весьма заинтересована въ томъ, чтобы мужъ ея исправно получалъ причитающееся ему отъ фабриканта жалованье, но сама она ничего отъ фабриканта требовать не можетъ. Домовладѣлецъ терпитъ отъ того, что сосѣднія бани гонятъ въ окна его дома дымъ и онъ заинтересованъ въ

²⁶ См. отставаніе Durchschnittsinteresse со стороны Bernatzik (Arch. f. off. R., т. V, стр. 241) и Hold v. Fernak, *Die Rechtswidrigkeit*, т. I, 1903, стр. 125, и возраженія противъ со стороны Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, стр. 576.

томъ, чтобы хозяинъ бань поднялъ дымовыя трубы ихъ выше уровня его строеній, но никакого права отсюда не вытекаетъ. Даже тогда, когда интересы человѣка защищаются закономъ, субъективнаго права нѣтъ, пока заинтересованному не предоставлена власть. Такъ, напр., уголовные законы защищаютъ многочисленныя и важныя интересы отдѣльныхъ людей, но защищенный интересъ не превращается еще въ субъективное право, потому что есть интересъ, есть его защита, но нѣтъ власти.

Но, съ другой стороны, и власть съ лежащею въ основѣ ея волею недостаточны для наличности субъективнаго права, если она не связана съ интересомъ. Право не возникаетъ безъ интереса. Напримѣръ, миллионеръ, которому, по неосторожности шоффера, опрокинувшійся автомобиль оторвалъ руку, не имѣетъ права требовать обезпеченія влѣдствіе ослабленной трудоспособности, потому что физическій трудъ для него не служилъ источникомъ средствъ. Право прекращается съ утратою интереса. Напр., издатель, который заключилъ съ авторомъ договоръ съ обязательствомъ для автора въ теченіе пяти лѣтъ воздерживаться отъ новаго изданія, не имѣетъ права требовать уничтоженія новаго изданія, выпущеннаго до истеченія договорнаго срока, если всѣ экземпляры прежняго изданія оказались распроданными ²⁷⁾.

Связь субъективнаго права съ интересомъ все болѣе сознается законодательствами. Такъ, германское гражданское уложеніе устанавливаетъ, что не допускается осуществленіе правъ, которое имѣетъ своею цѣлью только нанесеніе вреда другому ²⁸⁾, слѣдовательно безъ наличности интереса. Въ развитіе этого принципа постановляется, что собственникъ земельного участка не можетъ

²⁷⁾ Выше были приведены возраженія Петражицкаго противъ соединенія права съ интересомъ. Въ доказательство приводятся права мужа къ женѣ и обратно, которыя сохраняются, хотя въ сожителствѣ супруги уже не заинтересованы. Но сохраняется брачное состояніе, а не права изъ брака. Мужъ не имѣетъ права требовать къ себѣ жену, если самъ не имѣетъ серьезнаго намѣренія возстановить супружескую жизнь, т.-е. утратилъ интересъ, лежащій въ основѣ заключеннаго брака; при такихъ же условіяхъ жена теряетъ право на алименты. Въ подтвержденіе того, что право можетъ возникнуть безъ интереса, Петражицкій приводитъ приобрѣтеніе права на зайцевъ, опасныхъ для его капусты. Но Петражицкій забываетъ, что зайцы сами по себѣ порядочная цѣнность. Приобрѣтаетъ ли собственникъ право на капустную гусеницу, столь же для него опасную?

²⁸⁾ Герм. гражд. улож., § 226.

воспрепятствовать воздѣйствію, происходящія на такой высотѣ или въ такой глубинѣ, что устраненіе ихъ не представляетъ для него интереса ²⁹⁾). Тотъ же собственникъ въ правѣ обрѣзать корни дерева или куста, проникшіе къ нему изъ смежнаго участка, но онъ не можетъ этого дѣлать, если корни или вѣтви не мѣшаютъ пользоваться его участкомъ ³⁰⁾. Въ случаѣ, когда владѣлецъ какой-либо вещи соединилъ съ нею другую вещь, въ качествѣ ея существенной составной части, право на отдѣленіе исключается, если отдѣленіе бесполезно для владѣльца ³¹⁾. Супруги не имѣютъ права требовать возстановленія сожительства, если со стороны требующаго это представляется злоупотребленіемъ правомъ ³²⁾.

с. Субъективное право есть власть осуществлять свой интересъ, обезпеченная нормами объективнаго права. Субъективное право не въ той власти, которую фактически имѣетъ одинъ человѣкъ въ отношеніи другихъ людей, вслѣдствіе своего экономическаго вліянія или нравственнаго авторитета. Все дѣло въ той силѣ, какую предоставляетъ государство субъекту права. Личная слабость восполняется всею мощью государства. Индивидуальная воля навязывается другимъ, потому что она совпадаетъ съ волею закона. Власть субъекта права въ томъ и заключается, что, въ случаѣ противозаконнаго препятствованія ему въ осуществленіи его интереса, онъ можетъ обратиться къ власти государства ³³⁾.

Исторически этому содѣйствію государства предшествуетъ самопомощь,—человѣкъ долженъ защищать свои интересы самъ или при посредствѣ близкихъ, насколько хватитъ силъ. Это не два порядка защиты субъективнаго права, а два порядка защиты интересовъ. Въ первомъ періодѣ имѣется только фактическая защита интересовъ, а во второмъ—создаются субъективныя права.

²⁹⁾ Герм. гражд. улож., § 905.

³⁰⁾ Герм. гражд. улож., § 910.

³¹⁾ Герм. гражд. улож., § 997.

³²⁾ Герм. гражд. улож., § 1353.

³³⁾ Соловьевъ, *Право и нравственность*, стр. 20, впадаетъ въ явное недоразумѣніе, когда провизируетъ надъ этимъ моментомъ въ опредѣленіи понятія. „Право есть интересъ, охраненный... правомъ. Право есть право *idem per idem*“. Но никакого *idem* нѣтъ, потому что въ одномъ случаѣ говорится о субъективномъ правѣ, въ другомъ объ объективномъ. Лишнее доказательство, какія заблужденія вызываютъ употребленіе слова „право“ въ двухъ разныхъ значеніяхъ.

d. Но субъективное право есть власть не только обезпеченная, но и ограниченная. Фактически отдѣльный человѣкъ можетъ обладать огромной физической или экономической силой. Объективное право ставить законные предѣлы этой власти, заключаетъ волю въ гранитные берега. Съ этой точки зрѣнія правильно опредѣлять субъективное право, какъ мѣру свободы, но, конечно, не въ метафизическомъ значеніи, а въ смыслѣ свободы дѣйствій, направленныхъ въ осуществленію защищаемаго интереса.

За отведенные ему предѣлы субъектъ права не смѣетъ (*Dürfen*) выходить, потому что онъ рискуетъ задѣть чужіе, обезпеченные тѣмъ же объективнымъ правомъ интересы, но въ этихъ предѣлахъ онъ можетъ (*Können*) осуществлять свои интересы, какъ ему угодно.

Таково понятіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ.

Отъ субъективнаго права отличаютъ въ нѣмецкой литературѣ то, что называется притязаніемъ (*Anspruch*). Нормы объективнаго права, возлагая обязанности на однихъ, создаютъ для другихъ власть осуществлять свои интересы въ извѣстныхъ предѣлахъ, у которыхъ субъектъ права можетъ удерживать тѣхъ, кто также заинтересованъ въ томъ же благѣ. При попыткѣ одного изъ обязанныхъ лицъ вторгнуться въ предѣлы интересовъ, обезпеченныхъ субъективнымъ правомъ, субъектъ права получаетъ притязаніе къ этому лицу сообразовать свое поведеніе съ предписанными нормами, т.-е. что-либо сдѣлать, чего онъ не дѣлаетъ, или не дѣлать того, что онъ дѣлаетъ. Слѣдовательно, притязаніе предполагаетъ: а) опредѣленное лицо, къ которому оно обращается со стороны субъекта права, и б) несогласное съ закономъ поведеніе, т.-е. нарушеніе права. Такъ, кредиторъ требуетъ отъ своего должника платежа, если тотъ самъ не платитъ; собственникъ требуетъ отъ владѣющаго его вещь возвращенія³⁴⁾.

Нѣкоторые полагаютъ, что въ этомъ притязаніи заключается само субъективное право, и потому эти понятія не различаются³⁵⁾. Другіе, что притязаніе и субъективное право могутъ не совпа-

³⁴⁾ Понятіе о притязаніи воспринято германскимъ гражданскимъ уложеніемъ, которое опредѣляетъ *Anspruch*, какъ „право требовать отъ другого дѣйствія или воздержанія“ (§ 194).

³⁵⁾ *Birliug, Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 161.

дать, а потому понятія о нихъ должны быть различаемы. Возможны, говорятъ, субъективныя права безъ притязанія, какъ, напр., право зачета, право опроверженія сдѣлокъ должника, направленныхъ во вредъ кредитору, право предупрежденія объ отказѣ отъ договора ³⁶⁾. По мнѣнію нѣкоторыхъ, въ обязательствахъ, гдѣ сразу опредѣляется лицо, стоящее подъ притязаніемъ, притязаніе совпадаетъ съ субъективнымъ правомъ требованія, и только въ правахъ вещныхъ, гдѣ субъективному праву соответствуетъ обязанность воздержанія со стороны неопредѣленнаго числа лицъ, притязаніе обособляется, какъ только съ нарушеніемъ права опредѣляется лицо, не исполнившее своей обязанности. Кроме того, выраженіе притязаніе употребляется въ двойномъ значеніи: а) какъ возможность требовать, соединенная съ субъективнымъ правомъ, чтобы другой нѣчто совершилъ или отъ чего-то удержался, и б) какъ осуществленное преслѣдованіе неисполнителя передъ судомъ ³⁷⁾.

Отсюда видно, насколько сомнительна полезность внесенія въ науку и законодательство понятія «притязаніе», безъ котораго отлично обходятся во Франціи и въ Англіи. «Едва ли имѣется въ современной юридической терминологіи понятіе, которое, послѣ того, какъ Виндшейдъ далъ ему право гражданства ³⁸⁾, не только въ литературѣ и практикѣ, но также и въ законахъ, употреблялось бы въ столь различныхъ значеніяхъ, какъ понятіе о притязаніи» ³⁹⁾. Поэтому трудно не согласиться съ мнѣніемъ Дернбурга, что притязаніе «едва ли имѣетъ большое значеніе для правильнаго представленія о правѣ» и что отъ введенія этого понятія въ науку «современное право едва ли что-нибудь выиграло» ⁴⁰⁾.

³⁶⁾ Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, §. 35, стр. 178; R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2 изд., 1910, стр. 302.

³⁷⁾ Особенное значеніе придастъ выраженіе Anspruch Thon, *Rechtsnorm und subjektives Rechts*, стр. 223.

³⁸⁾ Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts*, 1856.

³⁹⁾ Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, стр. 5.

⁴⁰⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, стр. 102. Того же мнѣнія Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 93. Напротивъ, Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 174, думаетъ, что заслуга Виндшейда въ этомъ вопросѣ никогда не забудется.

Отъ притязанія къ нарушившему свою обязанность въ отношеніи субъекта права отличаютъ притязаніе къ государству оказать содѣйствіе, въ виду нарушенія права, путемъ постановки судебного рѣшенія и приведенія его въ исполненіе. Говорятъ объ общемъ правѣ обращаться къ государству за защитой и о правѣ обращаться къ государству съ требованіемъ опредѣленнаго рѣшенія по данному правонарушенію (право на искъ).

Въ прежнее время право на искъ рассматривалось какъ средство осуществленія субъективнаго права при противодѣйствіи со стороны другихъ лицъ. Право на искъ не представлялось чѣмъ-то отличнымъ отъ самого субъективнаго права. Для Савиньи искъ являлся однимъ изъ моментовъ жизни субъективнаго права, его метаморфозой, и онъ протестовалъ противъ разсматриванія правъ на искъ, какъ самостоятельной группы правъ ⁴¹⁾. Точно такъ же и Иерингъ признаетъ искъ формальнымъ моментомъ субъективнаго права, необходимо присущимъ ему, а не отличнымъ отъ него ⁴²⁾. Но съ конца XIX вѣка, особенно подъ вліяніемъ Ваха, утвердилось представленіе о правѣ на искъ, какъ публичномъ субъективномъ правѣ ⁴³⁾. «Это есть средство для матеріальнаго (субъективнаго) права, а не оно само, не его функція, не публичная сторона субъективнаго права, не присущая ему принудительность». Теорія публично-правового притязанія на защиту права (*Rechtsschutzanspruch*) имѣетъ въ виду не притязаніе къ нарушителю частнаго права ⁴⁴⁾ и не притязаніе къ судебнымъ органамъ, а притязаніе къ самому государству, обязанному придти на помощь по требованію управомоченнаго.

Однако, такъ какъ всякое право предполагаетъ соответствующую обязанность, то мы должны бы признать государство юридически связаннымъ. Но говорить о правовой обязанности государства можно только пренебрегая точностью языка и понятій. У государства есть готовность оказать содѣйствіе, а у частныхъ лицъ

⁴¹⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. V, 1841, стр. 3.

⁴²⁾ Jhering, *Geist des römischen Rechts*, т. III, стр. 342, см. еще Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, стр. 85.

⁴³⁾ Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 19; *Der Feststellungsanspruch*, 1888.

⁴⁴⁾ Право на искъ къ правонарушителю рассматривается какъ понятіе, совпадающее съ притязаніемъ, Ennescerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, стр. 524.

есть вслѣдствіе этого возможность обращаться къ государству за содѣйствіемъ въ устраненіи препятствій при осуществленіи признанныхъ интересовъ, если такія препятствія исходятъ отъ другихъ лицъ, подчиненныхъ, постоянно или временно, той же государственной власти. Эта возможность обращенія къ государству за содѣйствіемъ и даетъ ту обеспеченность интересамъ, которая придаетъ имъ правовой характеръ. Если отнять эту возможность обращенія, то уничтожится и самое субъективное право. Эта возможность получить помощь возводитъ субъективное право въ категорію власти. Но это только возможность, а не право ⁴⁵⁾.

Человѣкъ имѣетъ не одно субъективное право, а множество субъективныхъ правъ, въ соответствіи съ присущими ему интересами и количествомъ находящихся въ его обладаніи благъ. Но и каждое субъективное право—представленіе сложное. Мы говоримъ, что собственникъ дома имѣетъ право жить въ немъ, отдавать его въ наемъ, перестраивать его, снести его и т. п. Однако, это не отдѣльныя права, а лишь различныя направленія, въ какихъ лицо, имѣющее право собственности на домъ, можетъ, оставаясь въ предѣлахъ своего права, осуществлять свой интересъ. При всякомъ такомъ пользованіи можно сказать, что собственникъ въ своемъ правѣ.

Въ какомъ же отношеніи находится субъективное право къ тому пользованію, какое имъ обеспечивается? Понятіе о субъективномъ правѣ такъ же мало зависитъ отъ обеспечиваемаго имъ пользованія, какъ крѣпость отъ защищаемой ею мѣстности. Не то важно для понятія о субъективномъ правѣ, какъ въ предѣлахъ своей власти осуществить субъектъ права свои интересы, какъ используетъ обеспеченное ему положеніе, а важно, что, въ силу своей власти, можетъ онъ требовать отъ другихъ или запретить другимъ. Важно не то, что можетъ субъектъ права, а чего не смѣютъ субъекты обязанности. Вотъ почему Тонъ утверждаетъ, что «пользованіе юридически защищеннымъ благомъ ни въ какомъ случаѣ не относится къ содержанію права» ⁴⁶⁾.

⁴⁵⁾ Противъ того, чтобы право на искъ называть правомъ, высказался О. Bülow, *Klage und Urtheil*, 1903, стр. 9.

⁴⁶⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, стр. 288; Roguin, *La règle de droit*, стр. 92. Но замѣчанію Nicol-Spreyer, *Systematische Theorie des heutigen*

Изъ даннаго опредѣленія понятія о субъективномъ правѣ и изъ всего послѣдующаго его развитія выясняется соотношеніе между субъективнымъ и объективнымъ правомъ. Нормы объективнаго права создаютъ массу субъективныхъ правъ, какъ стѣны дома образуютъ его комнаты. Слѣдовательно, логически и генетически объективное право предшествуетъ субъективному.

Между тѣмъ, нѣкоторые ученые отстаиваютъ приоритетъ субъективнаго права. «Права въ субъективномъ смыслѣ», говоритъ Дернбургъ, «существовали въ исторіи гораздо раньше, чѣмъ сложился сознательный государственный порядокъ. Они имѣли свое основаніе въ личности человѣка и въ томъ уваженіи, котораго ему удалось добиться по отношенію къ своему лицу и имуществу. Получить понятіе о правопорядкѣ можно было только постепенно, путемъ абстракціи, благодаря наблюденію надъ наличными субъективными правами. Поэтому совершенно несогласенъ съ теоріей и неправиленъ взглядъ, по которому права въ субъективномъ смыслѣ являются лишь выводомъ изъ правъ въ объективномъ смыслѣ. Правопорядокъ гарантируетъ и передѣлываетъ по-своему права въ субъективномъ смыслѣ, но вовсе не является ихъ творцомъ»⁴⁷⁾. Совершенно очевидно, что Дернбургъ смѣшиваетъ фактъ съ правомъ, бытовья отношенія съ юридическимъ отношеніемъ, какъ стороной жизненнаго отношенія, обусловленной нормами объективнаго права. «Участіе въ пользованіи благами» можетъ существовать и безъ правопорядка, но гарантія этого участія со стороны объективнаго права невозможна безъ этого послѣдняго. «Неужели», замѣчаетъ Кромэ, «кто-нибудь мо-

Rechts, стр. 198, смѣшивать правовую возможность съ осуществляемой дѣятельностью, все равно, что смѣшивать энергію, т.-е. запасъ рабочей силы съ самой работой. И все же Kornfeld, *Sociale Machtverhältnisse*, 1911, стр. 2, утверждаетъ, что сущность субъективнаго права именно въ дозволенномъ пользованіи, а не въ установленныхъ стѣсненіяхъ. Осторожность заставляетъ, однако, не упускать изъ виду затрудненія, связаннаго съ даннымъ сейчасъ пониманіемъ субъективнаго права. Не опредѣляются ли обязанности пассивныхъ субъектовъ тѣмъ, что дозволяетъ законъ активному субъекту? Не устанавливаются ли предѣлы субъективнаго права съ активной стороны, а не съ пассивной? Можетъ быть, пассивные субъекты узнаютъ, отъ чего имъ надо воздержаться, изъ того, что дозволено субъекту права.

⁴⁷⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, § 39, стр. 100—101. Того же мнѣнія Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, стр. 551—552; Палиенко, *Ученіе о сущности права*, 1908, стр. 216.

жетъ серьезно думать, что брачное законодательство возникло раньше брака, или что собственность основывается на соответствующемъ законодательствѣ?»⁴⁸). Удивленіе Кромэ можно объяснить тѣмъ, что онъ не различаетъ сожительства мужчины и женщины отъ брака, какъ установленной объективнымъ правомъ формы такого сожительства, присвоенія благъ и права собственности на блага.

Нельзя согласиться даже со взглядомъ Гирке⁴⁹), будто «субъективное и объективное право суть соотносительныя понятія, коррелятивы, а потому они одновременны въ своемъ происхожденіи (gleich ursprünglich)». По мнѣнію Меркеля, вопросъ о приоритетѣ совершенно пустой, — «равнымъ образомъ, можно было бы спросить, что возникло ранѣе: углы ли въ треугольникѣ или противолежащія имъ стороны»⁵⁰). Конечно, углы образовались вслѣдствіе проведенныхъ въ извѣстномъ направленіи линій, — не всякія линіи образуютъ углы, но углы безъ пересекающихся линій невозможны. Не всякія нормы объективнаго права образуютъ субъективныя права, но субъективныя права образуются только нормами объективнаго права. Отсюда ясно, что субъективное и объективное право не соотносительныя понятія, потому что объективное право можетъ существовать безъ субъективнаго, тогда какъ субъективное право безъ объективнаго немислимо.

Господствующее нынѣ мнѣніе совершенно правильно признаетъ логическій и генетическій приоритетъ объективнаго права и считаетъ противоположный взглядъ отзвукомъ естественнаго права⁵¹).

Разсматривая сущность субъективнаго права, мы все время имѣли въ виду частно-правовыя отношенія, такъ какъ предполагали, что въ публично-правовомъ отношеніи этого элемента не существуетъ. Школа естественнаго права возвела требованіе сво-

⁴⁸) Кромэ, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 65.

⁴⁹) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 252.

⁵⁰) Меркель, *Юридическая энциклопедія*, § 165, изд. 1902, стр. 54.

⁵¹) Berolzheimer, *System der Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, т. III, стр. 169; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, [1911, стр. 62]; Nicol-Spreyer, *Systematische Theorie des heutigen Rechts*, т. I, 1911, стр. 183; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, стр. 9.

боды для индивида въ утверждение существованія неотъемлемыхъ индивидуальныхъ правъ. Послѣ долгаго отрицательнаго отношенія къ естественнымъ правамъ человѣка въ сферѣ публично-правовой, выразившагося особенно ярко въ лицѣ Гербера ⁵²⁾, вновь создалось, особенно подъ вліяніемъ Еллинека ⁵³⁾, убѣжденіе въ существованіи публично-правовыхъ субъективныхъ правъ.

Строго говоря, мы и сейчасъ недалеко отъ точки зрѣнія естественнаго права. Утвержденіе, что въ публичномъ правѣ мы имѣемъ дѣло только съ обязанностями, встрѣчаетъ негодующіе протесты. «Если бы всякій законъ приносилъ съ собой на первомъ планѣ обязанности, то гдѣ было бы дышать человѣку въ области права? Если бы вездѣ царила обязанность, то гдѣ было бы право?» ⁵⁴⁾. Какъ будто человѣку станетъ легче отъ того, что мы извратимъ дѣйствительность. И еще вопросъ, не легче ли дышалось бы человѣку, если бы идея обязанности была проведена глубже и ровнѣе? Серьезнѣе замѣчаніе, что «вопросъ о публичныхъ субъективныхъ правахъ ставитъ вопросъ о возможности всего правового порядка». Отвергая ихъ, мы должны правовой порядокъ лишитъ правовой почвы, потому что отношеніе государства къ гражданамъ уподобилось бы не отношенію двухъ субъектовъ права, а отношенію господина къ рабу; не будучи субъектомъ права, государство не могло бы быть членомъ международнаго общенія; безъ публичнаго права нѣтъ и гражданскаго права ⁵⁵⁾. На это слѣдуетъ замѣтить, что отрицаніе субъективныхъ публичныхъ правъ не равносильно отрицанію публичнаго (объективнаго) права; что государство участвуетъ въ международномъ общеніи не какъ субъектъ права; что характеръ отношенія государства къ своимъ членамъ не обуславливается причисленіемъ его къ области права.

Государство, говоритъ Еллинекъ, само себя дѣлаетъ субъектомъ права, потому что оно обладаетъ волею ⁵⁶⁾. Во-первыхъ, воля государства весьма сомнительна, а во-вторыхъ, рабъ, обладающій волею, въ силу этого одного, не можетъ сдѣлаться субъ-

⁵²⁾ Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, 1852.

⁵³⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1 изд. 1892, 2 изд. 1905.

⁵⁴⁾ Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, стр. 379.

⁵⁵⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, стр. 10—11.

⁵⁶⁾ Jellinek, тамъ же, стр. 32.

ектомъ права. Субъективное право есть власть, обеспеченная и ограниченная объективнымъ правомъ, и этимъ оно отличается отъ власти, которую приобретаетъ человѣкъ внѣ права, благодаря своимъ физическимъ или нравственнымъ силамъ. Между тѣмъ, субъективное право государства было бы властью, не обеспеченною и не ограниченою объективнымъ правомъ, такъ какъ государство не можетъ себя обезпечить большей силы, чѣмъ какою оно имѣетъ фактически, а также не можетъ юридически себя ограничить въ осуществленіи своихъ интересовъ.

Столь же неосновательно говорить о правахъ гражданъ въ отношеніи къ государству ⁵⁷⁾). Публичное право есть совокупность нормъ, которыми возлагаются обязанности на гражданъ и агентовъ власти. То, что называется правами гражданъ, есть не что иное, какъ рефлексивное дѣйствіе выполняемыхъ агентами власти обязанностей. Здѣсь нѣтъ ни права, ни притязанія, которыми распоряжаются по своему усмотрѣнію, по своей волѣ. Жалобу, которая приносится на неправильное дѣйствіе агентовъ, нельзя приравнивать къ иску, защищающему субъективное право. Если я обжаловываю неправильное взысканіе съ меня налога, то я указываю лишь, что агентъ неправильно (несогласно съ объективнымъ правомъ) исполнилъ свои обязанности.

Наиболѣе яркимъ видомъ публичныхъ субъективныхъ правъ считаютъ обыкновенно избирательное право. Его, говорятъ, нельзя причислить къ обязанностямъ, потому что въ современныхъ конституціяхъ гражданамъ представляется, а не вмѣняется, подавать свой голосъ. Правда, избирательное право, какъ результатъ борьбы населенія за соучастіе во властвованіи, конструируется какъ право, но по существу это повинность. Гражданину дана возможность выбирать властвующихъ въ интересахъ всего общегитія, а не его лично, какъ это имѣетъ мѣсто въ правѣ собственности, въ правѣ требованія по обязательствамъ. Если недопущенный къ урнѣ гражданинъ можетъ жаловаться, то при известномъ развитіи гражданственности, онъ можетъ жаловаться на то, что его неправильно обошли при военномъ наборѣ, хотя здѣсь рѣчь идетъ, безспорно, о повинности, а не о правѣ. Такъ

⁵⁷⁾ Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, стр. 89.



выдвигается вопрос о всеобщей трудовой повинности подъ видомъ права каждаго на трудъ. Съ точки зрѣнія женщинъ, добивающихся равноправія, привлеченіе ихъ къ исполненію обязанностей присяжнаго засѣдателя разсматривается подъ угломъ публичныхъ правъ.

§ 65.

Правовая обязанность.

Литература: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, стр. 311—346; Thug, *Der Allgemeine Theil des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1910, стр. 93—122; Hold v. Ferneck, *Begriff der Rechtswidrigkeit*, т. I, 1903, стр. 73—97; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 169—183; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, § 16, стр. 79—82.

Субъективному праву логически соотвѣтствуетъ установленная объективнымъ правомъ обязанность. Гдѣ есть субъективное право, тамъ непремѣнно имѣется и правовая обязанность. Но правовая обязанность можетъ существовать и безъ соотвѣтствующаго ей субъективнаго права.

Существуетъ, однако, противоположный взглядъ, который держится весьма твердо. «Нѣтъ обязанности безъ права», говоритъ Гольдъ фонъ-Фернекъ, «нѣтъ и права безъ обязанности»¹⁾. «Правовая обязанность», по замѣчанію Виндинга, «немыслима безъ противостоящаго ей субъективнаго права, потому что понятіе о ней строится на подчиненности субъективному праву. Право есть логически предшествующее, обязанность—послѣдующее»²⁾. Въ дѣйствительности, правовая обязанность можетъ существовать безъ соотвѣтствующаго ей субъективнаго права,—въ публичномъ правѣ. Если законъ устанавливаетъ налогъ на дома, то отсюда возникаетъ правовая обязанность для домовладѣльца внести въ опредѣленное время, въ опредѣленномъ мѣстѣ, опредѣленную сумму денегъ,—но никакого субъективнаго права никто не приобрѣтаетъ. Если городское управленіе издаетъ обязательное постановленіе, опредѣляющее предѣльную быстроту уличнаго движенія автомобилей, то отсюда возни-

¹⁾ Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, стр. 100.

²⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890, стр. 96.

каетъ обязанность для обладателя автомобиля не развивать при ѣздѣ по улицамъ большей быстроты,—но субъективнаго права нѣтъ. «Мысленно можно себѣ представить такой правовой порядокъ, въ которомъ субъективнымъ правамъ вовсе не будетъ мѣста; социалистическое государство будущаго въ своихъ анти-индивидуалистическихъ тенденціяхъ можетъ пойти такъ далеко, что оно всѣхъ субъектовъ свяжетъ обязанностью и никому не предоставитъ правъ³⁾»,—но нельзя себѣ представить правового порядка, въ которомъ не было бы правовыхъ обязанностей⁴⁾.

Обязанность, предполагающая въ гражданскомъ правѣ соответственное право, можетъ иногда существовать безъ такого субъективнаго права. Такое положеніе Іерингъ называлъ пассивнымъ дѣйствіемъ права⁵⁾. Напр., представимъ себѣ, что утрачена бумага на предъявителя: пока она не будетъ найдена кѣмъ-нибудь, субъекта правъ и самаго субъективнаго права нѣтъ, а между тѣмъ должникъ продолжаетъ быть обязаннымъ.

Всякое юридическое отношеніе устанавливается между лицами, слѣдовательно, въ юридическомъ отношеніи какъ право, такъ и обязанность должны имѣть своего субъекта. Такимъ пассивнымъ субъектомъ можетъ быть человекъ, но можетъ быть и все иное, возведенное объективнымъ правомъ въ роль субъекта,—юридическія лица. Но ни въ какомъ случаѣ нельзя говорить о соответствующей праву обязанности вещи параллельно съ обязанностью человека⁶⁾. Отношеніе человека къ вещи никогда не бываетъ юридическимъ.

Что такое правовая обязанность? Это, прежде всего, сознание связанности своей воли. Человекъ вынуждается собразовать свое поведеніе съ предъявленными къ нему извѣстными требованіями. Юридически обязаннымъ слѣдуетъ признать того, къ кому обращено велѣніе нормъ права. Человекъ дѣйствуетъ не такъ, какъ побуждаютъ его собственные интересы, онъ считаетъ необходимымъ ограничить себя въ возможномъ фактически осуществле-

³⁾ Изъ этого, впрочемъ, нельзя дѣлать вывода, будто кругъ свободы, предоставленной каждому индивиду въ социалистическомъ государствѣ, сталъ бы меньше.

⁴⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, стр. 312.

⁵⁾ Jhering (*Jahr. für Dogm.*, т. X).

⁶⁾ Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, стр. 163.

ни интересовъ изъ-за интересовъ другихъ. На волю человека, готового дѣйствовать по побужденіямъ своей природы, оказываетъ давленіе факторъ, вызывающій въ немъ сознаніе своей связанности. Слѣдовательно, въ основѣ правовой обязанности, какъ и субъективнаго права, лежитъ воля, — воля пассивнаго субъекта ⁷⁾.

Источникъ этого психическаго состоянія, которое называется правовой обязанностью, нѣкоторые желали бы видѣть внѣ права. Такъ, по мнѣнію Шлосмана, основаніе правовой обязанности лежитъ всегда въ нравственной обязанности. Человекъ обязанъ исполнять возлагаемое на него нормами закона или обычая, потому что онъ нравственно обязанъ подчиняться правовому порядку ⁸⁾. «Всякая обязанность есть по существу нравственная обязанность», утверждаетъ Кляппель ⁹⁾. Также и Майеръ, отвергая предположеніе, чтобы нормы права создавали правовыя обязанности, держится того мнѣнія, что послѣднія являются продуктомъ культурныхъ нормъ. «Нормы права возлагаютъ правовыя обязанности только на органы государства. Обязанности же подданныхъ—это результатъ жизненныхъ явленій (дѣйствій, событий, состояній) и воздѣйствующихъ на нихъ культурныхъ нормъ; правовыми же обязанностями онѣ становятся потому и насколько они признаются государствомъ въ дѣйствующемъ правѣ, въ особенности государственными судами. Правовыя обязанности—это юридически важныя обязанности» ¹⁰⁾. Эта точка зрѣнія не можетъ быть принята. Правовая обязанность есть всецѣло продуктъ нормъ объективнаго права, которымъ ея существованіе обуславливается такъ же, какъ и существованіе субъективнаго права. Человекъ чувствуетъ себя юридически обязаннымъ и тамъ, гдѣ мораль, религія и культура указываютъ ему на совершенно иное долженствованіе. Противоположный взглядъ устраняетъ возможность конфликтовъ между правовой и нравственною обязанностью,

⁷⁾ Здѣсь опять таки дѣти и сумасшедшіе создаютъ затрудненіе, потому что возникаетъ противорѣчіе между правовой обязанностью, пострѣпенною на волю, которая, въ составѣ иначества, можетъ лежать на ребенкѣ или душевно-больномъ, и непризнаніемъ, со стороны закона, правового значенія за волепъявленіями этихъ лицъ.

⁸⁾ Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, стр. 173—176.

⁹⁾ Klörrei, *Staat und Gesellschaft*, 1887, стр. 274.

¹⁰⁾ Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, стр. 51—52.

которые вовсе нерѣдки въ дѣйствительности, необъяснимы съ разсматриваемой точки зрѣнія. Человѣкъ можетъ сознавать себя обязаннымъ къ извѣстному дѣйствию и не только потому, что того требуетъ законъ или обычай, но это совпаденіе не важно для опредѣленія того, что именно долженъ совершить субъектъ обязанности въ юридическомъ отношеніи. Правовая обязанность есть такъ же одна только отвлеченная сторона жизненнаго явленія, какъ и субъективное право.

Если правовая обязанность основывается на нормѣ права, то не можетъ быть правовой обязанности внѣ права. Этимъ положеніемъ отвергается допустимость такъ называемаго натурального обязательства. Представленіе о *naturalis obligatio* создано подъ вліяніемъ римскаго права, которое признавало возможность отношеній, не защищенныхъ искомъ и въ то же время соединенныхъ съ правовыми послѣдствіями. Главныя изъ этихъ послѣдствій заключались въ томъ, 1) что исполненіе денежной обязанности, произведенное при знаніи, что обязательство лишено исковой защиты, разсматривалось какъ платежъ, а не какъ дареніе; 2) что исполненіе денежной обязанности, произведенное по ошибкѣ, въ невѣдѣніи, что обязательство лишено исковой защиты, закрывало обратное требованіе недолжно уплаченнаго. Если юридическое отношеніе строится на правовой защитѣ, какъ можно допустить юридическія отношенія, лишенныя правовой защиты? Въ объясненіе этого явленія Виндшейдъ привелъ то, что въ основѣ *obligatio naturalis* лежитъ естественное воззрѣніе ¹¹⁾. Но какія же воззрѣнія лежатъ въ основѣ отношеній, юридически защищенныхъ? И почему эта естественность принимается въ соображеніе только въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ случаяхъ? Еще менѣе состоятельно объясненіе Дернбурга,—онъ выводитъ ихъ изъ противоположности между государствомъ и обществомъ, которое признаетъ нѣкоторыя обязательства, какъ во вниманіе къ торговому кредиту и общественному мнѣнію, такъ и въ силу требованій нравственности и приличія, между тѣмъ какъ государство не даетъ имъ исковой защиты въ силу особыхъ соображеній политики ¹²⁾. Но если мы говоримъ, что натуральныя

¹¹⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. II, § 237, прим. 5.

¹²⁾ Дернбургъ, *Пандекты*, § 4.

обязательства соединены съ правовыми послѣдствіями, то мы имѣемъ въ виду послѣдствія, какія съ ними связываетъ государство, а не общество.

Въ дѣйствительности, отношенія, называемыя натуральными обязательствами, пользуются юридическою защитою, только не въ формѣ иска, а въ формѣ судебного возраженія. Проигравшій въ карты можетъ не платить долга, потому что законъ не даетъ выигравшему иска, путемъ котораго онъ могъ бы требовать, но если проигравшій уплатилъ, то онъ не можетъ требовать денегъ обратно, потому что законъ даетъ выигравшему возраженіе, путемъ котораго онъ въ состояніи передъ судомъ отразить требованіе истца. Такое отношеніе, напрасно называемое натуральнымъ обязательствомъ, принимаетъ юридическій характеръ лишь тогда, когда законъ устанавливаетъ обязанность платить подъ угрозой не получить обратно уплаченнаго. Слѣдовательно, оно допустимо только тамъ, гдѣ законъ обезпечиваетъ его силу возраженіемъ. Напр., въ Германіи гражданское уложеніе, высказавъ, что изъ игры не возникаетъ обязательства, въ то же время постановляетъ, что нельзя требовать обратно переданнаго въ уплату долга, происшедшаго отъ игры на томъ основаніи, что не было обязательства ¹³⁾. Въ Россіи же гражданскіе законы постановляютъ, что долгъ, происшедшій отъ игры, считается недѣйствительнымъ ¹⁴⁾, и притомъ не дѣлаютъ никакихъ указаній на возраженіе какъ на средство защиты, а потому уплатившій долгъ, происшедшій по игрѣ, можетъ требовать его обратно, такъ какъ на немъ не лежала правовая обязанность.

Правовыя обязанности различаются, прежде всего, по тому, кто является обязаннымъ передъ субъектомъ права. Субъективному праву можетъ соответствовать или обязанность всѣхъ лицъ, подчиненныхъ одной и той же положительной власти, или же обязанность одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ лицъ. На этомъ основано различіе между: а) правами абсолютными, какъ право собственности, право залога, право пользовладѣнія, вообще вещныя права, затѣмъ права мужа въ отношеніи жены, право ро-

¹³⁾ Герм. гражд. улож. § 762.

¹⁴⁾ Св. Зак. т. X, г. 1, ст. 2019.

дителей въ отношеніи дѣтей, т.-е. такъ называемыя права личной власти; наконецъ, право авторское, право на промышленныя изобрѣтенія, на фирму и т. п., и в) правами относительными, какъ права по обязательствамъ.

Съ другой стороны, правовыя обязанности различаются по тому, къ чему именно обязывается пассивный субъектъ. Правовая обязанность можетъ имѣть положительное содержаніе, когда субъектъ обязанъ что-то сдѣлать, напр., заплатить долгъ, построить домъ, или же обязанность можетъ имѣть отрицательный характеръ, когда субъектъ обязанъ отъ чего-то воздержаться, напр., не мѣшать собственнику въ осуществленіи имъ пользованія своею вещью, не удерживать у себя чужихъ дѣтей противъ воли ихъ родителей.

§ 66.

Движеніе юридическаго отношенія.

Литература: Дернбургъ, *Пандекты*, т. I, стр. 213—228; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, стр. 436—453; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. II, стр. 3—45; Сгоме, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 311—320; Еппессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 313—333.

Юридическія отношенія возникаютъ, измѣняются и прекращаются вслѣдствіе юридическихъ фактовъ, т.-е. наступленія такихъ обстоятельствъ, съ которыми нормы объективнаго права соединяють опредѣленныя юридическія послѣдствія. Факты могутъ быть простыми, какъ, напр., рожденіе, или сложными, какъ, напр., давностное владѣніе; въ послѣднемъ случаѣ говорятъ о фактическомъ составѣ. Юридическимъ фактъ становится въ виду тѣхъ послѣдствій, какія законъ соединяетъ съ нимъ.

Юридическіе факты возникаютъ или по волѣ лицъ, являясь выраженіемъ ихъ воли,—и тогда они называются юридическими дѣйствіями, или же помимо ихъ воли,—и тогда носятъ названіе юридическихъ событий. Въ свою очередь, юридическія дѣйствія раздѣляются на два вида: сдѣлки и правонарушенія. Подъ именемъ юридической сдѣлки понимается такое юридическое дѣй-

ствіе, которое обнаруживает волю вызвать юридическое послѣдствіе, соединяемое по закону съ этимъ фактомъ. Сюда относятся, напр., завѣщаніе, договоръ. Правонарушеніе есть такое юридическое дѣйствіе, которое обнаруживает волю вызвать фактическое послѣдствіе, не допустимое по закону и соединяемое по тому же закону съ иными послѣдствіями, чѣмъ тѣ, какія имѣлись въ виду дѣйствовавшимъ. Рядомъ съ юридическими дѣйствіями, какъ второй родъ юридическихъ фактовъ, стоятъ юридическія событія, т.-е. происшествія, связанные по закону съ юридическими послѣдствіями, хотя и независящія отъ воли лицъ, на которыхъ эти послѣдствія распространяются.

Возникновеніе юридическаго отношенія наблюдается тогда, когда впервые по поводу даннаго интереса устанавливаются право и обязанность между лицами. Такое возникновеніе можетъ произойти съ согласія пассивныхъ субъектовъ или безъ ихъ согласія. Примѣромъ перваго способа служитъ договоръ найма, въ которомъ право на пользованіе квартирой устанавливается по приглашенію между нанIMATEЛЕМЪ и домохозяиномъ. Какъ примѣръ втораго способа, можно указать на постройку дома, которая, создавая новый объектъ права собственности, возлагаетъ на всѣхъ соответствующую пассивную обязанность. Разъ возникшее юридическое отношеніе продолжается, пока не наступитъ новый юридическій фактъ, способный его разрушить.

Измѣненіе юридическаго отношенія можетъ наступить по причинамъ, кроющимся въ его субъектахъ или въ его объектѣ.

Измѣненіе юридическаго отношенія въ его субъектахъ не есть прекращеніе одного и возникновеніе другого отношенія, а только измѣненіе существующаго отношенія. Переимѣна можетъ произойти какъ на активной, такъ и на пассивной сторонѣ. Заимѣна одного активнаго субъекта права другимъ допустима, насколько отъ того не измѣняется положеніе пассивныхъ субъектовъ. Напр., безразлично, кто собственникъ дома, кто держатель векселя, но далеко не все равно, кто страхователь. Заимѣна субъекта съ активной стороны допускается легко и можетъ быть разсматриваема какъ общее правило, исключеніемъ изъ котораго являются случаи, когда для пассивнаго субъекта имѣетъ существенное значеніе индивидуальность активнаго субъекта. Заимѣна одного субъекта обязан-

ности другимъ допустима, насколько отъ того не измѣняется положеніе активнаго субъекта. Очевидно, о такой замѣнѣ можно говорить только въ тѣхъ отношеніяхъ, въ которыхъ обязанность лежитъ не на всѣхъ вообще, а на одномъ или нѣсколькихъ определенныхъ лицахъ, т.-е. въ правахъ относительныхъ, но не абсолютныхъ. Если принять во вниманіе, что интересъ субъекта права состоитъ въ томъ, что долженъ сдѣлать пассивный субъектъ, то мы должны придти къ заключенію, что ему не можетъ быть все равно, кто долженъ сдѣлать. Недопустимость замѣны субъекта на пассивной сторонѣ слѣдуетъ разсматривать какъ общее правило, изъ котораго исключеніемъ являются случаи, когда для активнаго субъекта не имѣетъ существеннаго значенія индивидуальность пассивнаго субъекта. Напр., векселедержателю совершенно безразлично, кто предложитъ ему денежную сумму, которая причитается ему по векселю. По мѣрѣ того, какъ кредитъ торговаго предпріятія все болѣе отдѣляется отъ кредита предпринимателя, все чаще совершаются сдѣлки по отчужденію предпріятія съ активомъ и пассивомъ. Пассивная сторона въ отношеніи вызываетъ по необходимости замѣну одного субъекта другимъ при наслѣдованіи.

Измѣненіе юридическаго отношенія въ его объектѣ можетъ выразиться въ замѣнѣ одного дѣйствія другимъ. Напр., при вещномъ правѣ каждый обязанъ воздерживаться отъ извѣстнаго рода поступковъ, несомвѣстныхъ съ интересомъ активнаго субъекта; при совершеніи такого поступка нарушитель обязанъ возмѣститъ вредъ, причиненный имъ активному субъекту. Въ обязательствахъ, при нежеланіи должника совершить условленное по договору дѣйствіе, на него падаетъ обязанность уплатить денежную сумму, равную неосуществленному интересу кредитора. Объектъ юридическаго отношенія можетъ испытать сокращеніе въ объемѣ, напр., при частичномъ платежѣ, или, наоборотъ, расширеніе въ объемѣ, напр., при нарастаніи процентовъ по долгу, при требованіи условной или законной неустойки въ случаѣ неисполнительности.

Если разсматривать измѣненія, происходящія въ юридическомъ отношеніи, съ точки зрѣнія субъекта права, то получимъ слѣдующій рядъ представленій.

Приобрѣтеніе права имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда для даннаго субъекта впервые возникаетъ данное право. Возникнове-ніе права не одно и то же, что возникновение юридическаго отно-шенія. Когда написана книга, то возникаетъ новое юридическое отношеніе, въ которомъ автору присваивается авторское право. Если авторъ по договору уступаетъ свое право другому лицу, то это послѣднее приобрѣтаетъ право, для него возникаетъ право, но юридическое отношеніе возникло раньше. Приобрѣтеніе права можетъ быть первоначальнымъ и производнымъ, смотря по тому, возникаетъ ли оно самостоятельно, независимо отъ правъ пред-шественника, или оно опирается на право такого предшествен-ника. Примѣромъ первоначальнаго приобрѣтенія можетъ служить давностное владѣніе, когда приобрѣтается право на вещь не отъ прежняго собственника, а собственнымъ проявленіемъ дѣятель-ности, при соответствіи съ законными условіями. Производное приобрѣтеніе можно видѣть въ покупкѣ имѣнія, въ полученіи по дару часовъ. Практическое значеніе это различіе имѣетъ то, что при производномъ приобрѣтеніи объемъ правъ преемника опредѣляется объемомъ правъ предшественника, насколько это-го не измѣняетъ законъ. Производное приобрѣтеніе права, въ свою очередь, можетъ проявиться двоякимъ образомъ. Въ од-номъ случаѣ преемникъ становится субъектомъ того самаго права, субъектомъ котораго состоялъ ранѣе его предшественникъ, напр., при продажѣ дома. Въ другомъ случаѣ предшественникъ устанавливаетъ изъ своего права новое право для преемника, напр., при залогѣ дома залогодатель имѣлъ право собственно-сти, но онъ установилъ на немъ, въ пользу залогодержателя, право залога, обусловливаемое объемомъ правъ собственника.

Отчужденіе права есть добровольная уступка мѣста активнаго субъекта опредѣленному лицу. Субъектъ права самъ намѣчаетъ своего замѣстителя. Послѣдствіемъ отчужденія права является приобрѣтеніе права со стороны другого лица. Отчужденію подле-жать далеко не всѣ права. Неотчуждаемы права личной власти, хотя, по исключенію, отцовская власть, актомъ усыновленія, мо-жетъ быть передана усыновителю. Имущественныя права, боль-шею частью, отчуждаемы, однако, нѣкоторыя права, по тѣсной связи съ личностью правообладателя или по постановленію за-

кона, лишены способности къ переходу, напр., право на заповѣдное имѣніе; иныя права подлежатъ ограниченіямъ въ свободѣ отчужденія, напр., право на родовыя имѣнія, право на надѣльныя земли.

Потеря права для его субъекта наступаетъ вслѣдствіе принудительнаго устраненія послѣдняго изъ юридическаго отношенія. Такое послѣдствіе можетъ наступить въ силу приговора уголовного суда, которымъ лицо лишается всѣхъ правъ, личныхъ и имущественныхъ, ему дотолѣ принадлежавшихъ; въ силу опредѣленія гражданскаго суда, постановленнаго въ исполнительномъ порядкѣ при обращеніи взысканія на имущество субъекта правъ; въ силу наступленія юридическихъ фактовъ, съ которыми законъ соединяетъ потерю правъ, напр., при исковой давности.

Прекращеніе юридическаго отношенія отличается отъ потери права тѣмъ, что оно прекращается не только для субъекта права, но и для субъекта обязанности, а слѣдовательно, исчезаетъ совершенно.

Прекращеніе юридическаго отношенія можетъ наступить вслѣдствіе причинъ, кроющихся въ субъектахъ его. Съ активной стороны отношеніе прекращается, если субъектъ права теряетъ право такъ, что никто не можетъ его замѣнить, напр., со смертью родителей право родительской власти прекращается, а также со смертью лица, въ пользу котораго установлено было пожизненное владѣніе, исчезаетъ право пользованія. Съ пассивной стороны юридическое отношеніе прекращается, если обязанность была тѣсно связана съ личностью пассивнаго субъекта, напр., право жены на содержаніе отъ мужа утрачивается съ его смертью. Юридическое отношеніе, предполагающее по крайней мѣрѣ двухъ субъектовъ, активнаго и пассивнаго, должно прекратиться, если роль того и другого сливаются въ одномъ лицѣ. Таковъ случай слиянія, когда право и обязанность совпадаютъ, напр., когда племянникъ, бывший должникомъ дяди, становится его единственнымъ наследникомъ.

Юридическое отношеніе прекращается въ случаѣ отреченія отъ права со стороны активнаго субъекта. Отреченіе отъ права есть изъявленіе воли активнаго субъекта, направленное къ разрыву его связи съ отношеніемъ. Современное право допускаетъ отреченіе

ченіе только отъ имущественныхъ, а не отъ личныхъ правъ. Нельзя отречься отъ правъ мужа или отца. Отреченіе отъ права собственности выражается въ томъ, что вещь явно бросаютъ. Поэтому со всѣхъ снимается обязанность воздержанія, и всякій можетъ ею завладѣть,—на этомъ построенъ промыселъ тряпичниковъ. Отреченіе отъ авторскихъ правъ выражается въ заявленіи автора объ отказѣ отъ права на свое произведеніе, чѣмъ каждому дается возможность печатать его. Съ отреченіемъ отъ права наступаетъ прекращеніе юридическаго отношенія, потому что субъектъ права, выходя добровольно, не указываетъ замѣстителя, а безъ субъектныхъ правъ не можетъ быть. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ можетъ указать такого замѣстителя, и тогда отреченіе влечетъ за собою не прекращеніе, а измѣненіе юридическаго отношенія.

Наконецъ, юридическое отношеніе прекращается въ случаѣ гибели того объекта, изъ-за котораго установлено было отношеніе; напр., сгораетъ домъ, въ которомъ нанята была квартира.

ГЛАВА XI.

Нарушение права.

§ 67.

Понятіе, виды и послѣдствія правонарушенія.

Литература: Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890; Liermann, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1905; Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, т. I, 1903, т. II, в. 1, 1905; Kipp, *Ueber den Begriff der Rechtsverletzung*, 1910; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 1—107; Liszt, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, 1898; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, §§ 260—310.

Въ противоположность социальнымъ законамъ въ научномъ смыслѣ, которые указываютъ, какъ дѣйствуютъ люди,—законы, издаваемые государственною властью, или нормы права, указываютъ, какъ должны дѣйствовать люди, хотя они могутъ дѣйствовать и иначе. Поэтому научные законы не знаютъ исключеній, нормы права допускаютъ нарушение ихъ. Возможность нарушенийъ нормъ права составляетъ ихъ необходимое предположеніе, потому что нормы права стремятся угрозою воздѣйствовать на сопротивляющуюся волю отдѣльныхъ членовъ. «Самое обезпеченное правовое общеніе», говорятъ Бирлингъ, «было бы то, въ которомъ всякій принудительный аппаратъ оказался бы излишнимъ»¹⁾. Но если бы исчезла мысль о возможности правонарушеній, не было бы правового общенія.

Правонарушеніе выражается всегда и только въ дѣйствіи че-

¹⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1905, стр. 5.

ловѣка. Подъ именемъ дѣйствія мы понимаемъ такое выраженіе воли, которое направлено на нѣкоторое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ. Моментъ воли есть необходимый для понятія о дѣйствіи. По отсутствію воли нельзя признать дѣйствіемъ то, что продѣлываетъ человѣкъ въ состояніи гипноза, хотя съ внѣшней стороны получается впечатлѣніе дѣйствія; не будетъ дѣйствіемъ паденіе человѣка, хотя бы оно произвело значительныя измѣненія вовнѣ, напр., если въ результатѣ оказывается задавленный ребенокъ или разбитая посуда.

Съ другой стороны, состояніе воли, не выражающееся во внѣшнихъ измѣненіяхъ, также не подойдетъ подъ понятіе дѣйствія. Такъ, нельзя признать дѣйствіемъ внутреннюю борьбу мотивовъ, переживаемыхъ человѣкомъ, который предполагаетъ какое-либо измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ, напр., задумываетъ преступленіе или обдумываетъ завѣщаніе.

Наконецъ, правовой порядокъ имѣетъ дѣло только съ дѣйствіями человѣка, хотя дѣйствовать могутъ и животныя. Съ точки зрѣнія юридической, нѣтъ дѣйствій, а слѣдовательно и правонарушеній въ томъ, что волки загрызли лошадь или быкъ поднялъ на рога человѣка. Здѣсь мы имѣемъ дѣло только съ событіями, наносящими вредъ человѣку, все равно, какъ если бы онъ исходилъ отъ слѣпыхъ силъ природы, напр., когда вода прорвала мою плотину, когда молнія зажгла мой домъ.

Правонарушенія, какъ дѣйствія, бываютъ двоякаго рода: въ видѣ совершенія или въ видѣ упущенія. Въ первомъ случаѣ человѣкъ производитъ вовнѣ то измѣненіе, которое онъ не долженъ былъ учинять, напр., лишаетъ жизни другого человѣка, разрываетъ документъ. Напротивъ, упущеніе заключается въ томъ, что человѣкъ допускаетъ произойти измѣненіямъ, которыя онъ обязанъ былъ предотвратить, напр., не является къ отбыванію воинской повинности, послѣдствіемъ чего оказывается замѣшательство въ служебномъ отношеніи, не платитъ своимъ кредиторамъ, вслѣдствіе чего они теряютъ извѣстную цѣнность. Такое упущеніе не слѣдуетъ разсматривать какъ бездѣйствіе, потому что при бездѣйствіи отсутствуетъ всякій мотивъ къ измѣненію, а при упущеніи, какъ дѣйствіи, имѣется воля, направленная на нѣкоторое измѣненіе.

Правонарушеніе есть дѣйствіе противоправное. Дѣйствіе, согласное съ правомъ, допускаемое правомъ, не можетъ разсматриваться какъ правонарушеніе. Чтò же нарушаетъ правонарушеніе?

Можетъ быть, правонарушеніе есть дѣйствіе, нарушающее интересы? Но если интересы человѣка страдаютъ отъ чужихъ дѣйствій, это еще не значитъ, что вызывающее ихъ дѣйствіе есть правонарушеніе. Такъ, конкуренція несомнѣнно нарушаетъ частные интересы, но правонарушенія тутъ нѣтъ. Свобода слова составляетъ общественный интересъ, однако, цензоръ, сдерживающій ее проявленіе, не совершаетъ правонарушенія. Мало измѣнится постановка вопроса, если мы будемъ имѣть въ виду не всякіе вообще интересы, а лишь интересы, защищаемые правомъ. При покушеніи законные интересы могутъ и не быть нарушенными, а между тѣмъ оно наказуется, какъ правонарушеніе.

Остается предположить, что правонарушеніе есть нарушеніе права, т.-е. поведеніе человѣка, противное праву. Тогда возникаетъ новый вопросъ: какое право нарушается правонарушеніемъ, объективное или субъективное?

Правонарушеніе слѣдуетъ понимать, по мнѣнію однихъ, какъ нарушеніе субъективнаго права. «Немыслимо», говоритъ Биндингъ, «противоправное дѣйствіе или противоправное поведеніе, которыя не были бы направлены противъ субъективнаго права». «Если всякое правонарушеніе есть нарушеніе субъективнаго права, то не существуетъ единаго состава правонарушенія, но столько видовъ его, сколько видовъ субъективныхъ правъ. По содержанию и объему послѣднихъ только и можетъ опредѣлиться содержаніе и объемъ того или другого вида противоправности»²⁾. Также и по мнѣнію Бирлинга, не можетъ быть сомнѣнія, что всякое противоправное дѣйствіе посягаетъ одновременно и на субъективное право и на объективное право. «Всякое правонарушеніе составляетъ не только нарушеніе нормъ, но и нарушеніе права и обязанностей»³⁾. Но гдѣ же нарушеніе субъективныхъ правъ въ богохуленіи, въ политическихъ преступленіяхъ, въ оглашеніи

²⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890, стр. 295 и 298—299.

³⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1905, стр. 180.

служебной тайны и т. п. дѣйствіяхъ? Сторонникамъ разсматриваемаго взгляда не остается ничего иного, какъ признать, что во всѣхъ подобныхъ случаяхъ нарушается субъективное право государства на повиновеніе гражданъ его велѣніямъ, *Vertretung des Herrschers' Anspruch auf Botmässigkeit*, по формулѣ Биндинга. Искусственность и безсодержательность такого субъективнаго права вызываетъ возраженія даже со стороны тѣхъ, кто признаетъ публичныя субъективныя права. Съ точки зрѣнія, развиваемой мною, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы всякое правонарушеніе нарушало чье-то субъективное право. Въ преступленіяхъ противъ власти, противъ нравственности, общественнаго здравія, въ преступленіяхъ по дѣламъ печати, въ проступкахъ противъ порядка нѣтъ никакого нарушенія субъективныхъ правъ.

Правонарушеніе всегда представляетъ нарушеніе нормъ объективнаго права, а иногда и субъективныхъ правъ. Противоправность правонарушенія состоитъ въ томъ, что поведеніе человѣка противорѣчитъ тому, какое требуется объективнымъ правомъ. Нарушить законъ—значитъ перейти за конъ, т.-е. за линію дозволеннаго, за предѣлы разрѣшаемаго. Человѣкъ совершаетъ то, что норма объективнаго права запрещаетъ дѣлать, или упускаетъ сдѣлать то, что норма объективнаго права приказываетъ ему дѣлать. Принимая во вниманіе данное раньше соотношеніе между объективнымъ и субъективнымъ правомъ, мы должны сказать, что нарушеніе субъективнаго права предполагаетъ нарушеніе объективнаго права, но нарушеніе объективнаго права не всегда сопровождается нарушеніемъ субъективнаго права ⁴⁾. Когда человѣкъ похищаетъ чужую вещь, онъ дѣйствуетъ одновременно противъ субъективнаго права собственника и объективнаго права страны; когда человѣкъ превозноситъ въ газетѣ республику передъ монархіей, онъ нарушаетъ объективное право, но не субъективное право монарха.

Конечно, никакое противоправное дѣйствіе человѣка не можетъ нарушить норму права въ смыслѣ ея разрушенія. Разрушается или подрывается тотъ интересъ, частный или общественный, который охраняется нормою права, а нарушеніе нормы вы-

⁴⁾ Kipp, *Ueber den Begriff der Rechtsverletzung*, 1910, стр. 3.

ражается въ томъ, что лица, къ которымъ она обращена, дѣйствуютъ въ отдѣльныхъ случаяхъ не такъ, какъ она того требуетъ. И тѣмъ не менѣе сущность правонарушенія состоитъ именно въ поведеніи вопреки нормамъ права, исходящимъ отъ государственной власти, хотя бы ея велѣнія не соотвѣтствовали въ дѣйствительности ни общественнымъ, ни частнымъ интересамъ.

Если правонарушеніе есть дѣйствіе противоправное, то правонарушенія нѣтъ тамъ, гдѣ дѣйствіе человѣка остается въ предѣлахъ дозволеннаго объективнымъ правомъ, хотя бы при этомъ были нарушены законные интересы другого человѣка, обезпеченные предоставленнымъ ему субъективнымъ правомъ. Нѣтъ правонарушенія, за отсутствіемъ противоправности, въ случаяхъ исполненія служебной обязанности, осуществленія своего права, согласія потерпѣвшаго, необходимой обороны, состоянія крайней необходимости. Съ точки зрѣнія того, чьи интересы страдаютъ при этомъ, происходитъ какъ бы нарушеніе его права, потому что вторгаются въ сферу его интересовъ, которые онъ привыкъ считать охраняемыми его субъективнымъ правомъ, но съ точки зрѣнія объективнаго права, допускающаго такое нарушеніе и отнимающаго на этотъ случай свою защиту, правонарушенія нѣтъ, а имѣется только нарушеніе интересовъ.

Правонарушенія нѣтъ, когда интересы человѣка, охраняемые правомъ вообще отъ посягательствъ со стороны другихъ лицъ, нарушаются лицомъ, выполняющимъ свою служебную обязанность. Такъ напр., полиція, которая дѣйствуетъ оружіемъ при разсѣяніи толпы, приготовляющейся къ погрому, и при этомъ причиняетъ раны и увѣчья, не совершаетъ правонарушенія. Судебный приставъ, который насильно отнимаетъ, при взысканіи по исполнительному листу, какую-нибудь цѣнную вещь, принадлежащую должнику, правонарушенія не совершаетъ. Предполагается, что агентъ власти дѣйствовалъ на точномъ основаніи и въ предѣлахъ закона, потому что всякій шагъ его, выходящій за законныя границы, составляетъ уже правонарушеніе.

Правонарушенія нѣтъ, когда интересы человѣка, охраняемые правомъ вообще отъ посягательства со стороны другихъ, нарушаются лицомъ, осуществляющимъ свое частное право. Такъ, напр., защищая свои луга отъ поправки чужимъ скотомъ, я могу

задержалъ пойманныхъ на моей землѣ лошадей, свиней и т. п. Если кто-нибудь врывается въ мою квартиру помимо моей воли, я могу принять насильственные мѣры, чтобы удалить его.

Правонарушенія нѣтъ, когда интересы человѣка, охраняемые правомъ вообще отъ посягательства со стороны другихъ, нарушаются съ согласія самого заинтересованнаго. Съ точки зрѣнія тѣхъ, которые въ правонарушеніи видятъ нарушение субъективнаго права, всякое вторженіе въ сферу чужихъ защищенныхъ интересовъ теряетъ характеръ правонарушения, какъ только имѣется согласіе потерпѣвшаго. Но мы видѣли несостоятельность этого взгляда. Если же признать, что правонарушеніе является нарушениемъ объективнаго права, защищающаго опредѣленный кругъ интересовъ, то, очевидно, согласіе не имѣетъ никакого значенія тамъ, гдѣ нормы права охраняютъ общественные интересы, и вопросъ возможенъ только въ отношеніи нормъ, охраняющихъ частные интересы. Согласіе того, чьи интересы нарушаются, устраняетъ наличность правонарушения только въ томъ случаѣ, если потерпѣвшему принадлежитъ свободное распоряженіе своимъ правомъ. Такъ, напр., собственникъ земельного участка допускаетъ завладѣніе частью его земли,—правонарушенія со стороны завладѣвшаго нѣтъ; расточитель допускаетъ похищеніе вещи, субъектомъ права на которую является онъ, но такъ какъ онъ не свободенъ въ распоряженіи своимъ правомъ, то правонарушеніе налицо. Наиболее остро стоитъ вопросъ о вліяніи согласія убитаго на лишеніе его жизни, напр., когда страдающій неизлѣчимою болѣзнью обращается къ врачу съ просьбой отравить его, или когда готовящійся къ самоубійству проситъ своего друга застрѣлить его. Станемъ ли мы на точку зрѣнія французскаго права, приравнивающаго этотъ случай къ обыкновенному убійству, или германскаго права, смягчающаго наказуемость убійства съ согласія умершаго,—все равно такое дѣйствіе разсматривается какъ правонарушеніе.

Правонарушенія нѣтъ, когда интересы человѣка, охраняемые правомъ вообще отъ посягательствъ со стороны другихъ лицъ, нарушаются лицомъ, находящимся въ состояніи необходимой обороны. Подъ необходимой обороной понимается нарушение обороняющимся лицомъ охраненныхъ правомъ интересовъ лица, неза-

конно нападающаго. Такъ, напр., женщина убиваетъ попавшимся подъ руки ножомъ посягающаго на ея честь, проснувшійся ночью видитъ влѣзающаго въ окно вора и стрѣляетъ въ него. Необходимую оборону нельзя понимать въ смыслѣ фактическихъ условій, оправдывающихъ преступное посягательство⁵⁾, потому что при необходимой оборонѣ посягательство на чужія блага не противоправно, а правомѣрно⁶⁾. Основаніемъ допустимости нарушенія интересовъ нападающаго при оборонѣ противъ него является невозможность защиты со стороны установленной власти. Допуская необходимую оборону, устраняя при ея наличности моментъ противоправности въ нарушеніи интересовъ нападающаго, объективное право стремится поднять въ гражданахъ сознание неприкосновенности ихъ правъ. Іерингъ особенно поддерживалъ ту идею, что защита своихъ правъ противъ законныхъ посягательствъ есть долгъ гражданина, обеспечивающій его лично и правопорядокъ, когда органы власти не въ состояніи подать необходимую помощь⁷⁾. Условія необходимой обороны сводятся къ двумъ моментамъ: нападеніе, незаконное и угрожающее опасностью, и защита, направленная къ устраненію опасности. Но между средствами обороны и угрожающею опасностью должно быть соотвѣтствіе.

Правонарушенія нѣтъ, когда интересы человѣка, охраняемые правомъ вообще отъ посягательства со стороны другихъ лицъ, нарушаются лицомъ, находящимся въ состояніи крайней необходимости. Подъ состояніемъ крайней необходимости понимается спасеніе собственныхъ интересовъ за счетъ чужихъ интересовъ отъ угрожающей и иначе неотвратимой опасности. Напр., человѣкъ, защищаясь отъ нападавшей на него собаки, убиваетъ ее, чѣмъ причиняетъ вредъ ея хозяину; спасаясь отъ нападенія сумасшедшаго, человѣкъ прячется за другого, который и попадаетъ подъ ударъ. Состояніе крайней необходимости отличается отъ необходимой обороны тѣмъ, что въ первомъ случаѣ нарушаются интересы третьихъ лицъ, а во второмъ—интересы нападающаго; во второмъ случаѣ неправомѣрному нападенію противопоставляется пра-

⁵⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 517.

⁶⁾ Такъ именно и опредѣляетъ гражданское уложеніе Германіи въ § 227: eine durch Nothwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

⁷⁾ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872; много русскихъ переводовъ.

вомѣрная защита, а въ первомъ происходитъ столкновение интересовъ, равно защищаемыхъ правомъ. Основаніе къ устраненію момента противоправности въ дѣйствіяхъ, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости, можно видѣть въ снисхожденіи къ слабости человѣка, которому своя рубашка ближе къ тѣлу.

До сихъ поръ мы разсматривали правонарушеніе какъ дѣйствіе противоправное. Теперь поднимается новый вопросъ: должно ли правонарушеніе быть еще и вмѣняемымъ дѣйствіемъ, т. - е. основаннымъ на винѣ дѣйствовавшаго лица? Составляетъ ли вина существенный моментъ въ понятіи всякаго правонарушенія? Вопросъ этотъ представляется спорнымъ.

По мнѣнію однихъ, правонарушеніе логически предполагаетъ вину. «Какъ гражданское, такъ и уголовное правонарушеніе», по словамъ Листа, «есть вмѣняемое (виновное) дѣйствіе»⁸⁾. «Противоправное дѣйствіе», говоритъ Биндингъ, «должно быть умышленнымъ или неосторожнымъ; правонарушеніе можетъ быть только при наличности вины, и безъ нея его нѣтъ»⁹⁾. Эту мысль едва ли не раньше другихъ развивалъ Меркель¹⁰⁾. Правонарушеніе составляетъ нарушеніе велѣній и запретовъ права. Эти приказы обращены къ волѣ людей, способныхъ къ вмѣненію, и потому могутъ быть нарушены лишь по волѣ. Все, что не исходитъ отъ сознательной воли человѣка, представляется только явленіемъ природы. Въ такихъ случаяхъ человѣкъ выступаетъ не какъ существо, одаренное разумомъ и волей, а потому отвѣтственное, а просто какъ выразитель суммы естественныхъ силъ. Если говорить о правонарушеніи со стороны сумасшедшаго, ребенка, то нужно послѣдовательно говорить о правонарушеніяхъ со стороны животнаго, даже неодушевленныхъ предметовъ.

Противъ этого взгляда выдвигается понятіе о правонарушеніи, какъ дѣйствіи, несогласномъ съ правомъ, хотя бы оно было совершено человѣкомъ невмѣняемымъ, или безъ всякой вины съ его стороны. Одновременно съ Меркелемъ выступилъ Иерингъ съ противоположнымъ мнѣніемъ, предлагая различать объективное правонарушеніе, какъ независимое отъ вины состояніе, и субъек-

⁸⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 36.

⁹⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 1890, стр. 244.

¹⁰⁾ Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, стр. 43 и слѣд.

ективное правонарушѣніе, имѣющее въ своемъ основаніи вину ¹¹⁾. Въ этомъ же направленіи высказываются и нѣкоторые современные юристы. «Дѣйствія, упущенія и господство людей, нарушающія право, составляютъ неправду. Въ подобное противорѣчіе можно впасть и безъ вины, и въ такихъ случаяхъ мы говоримъ о неправдѣ объективной; если же право нарушается виновно, то неправда является субъективной» ¹²⁾. Бирлингъ предлагаетъ различать «правонарушѣніе въ широкомъ смыслѣ, какъ всякое противорѣчащее праву внѣшнее отношеніе человѣка къ человѣку, и правонарушѣніе въ тѣсномъ смыслѣ слова, какъ такое, которое вмѣняется, согласно праву, лицу дѣйствующему противоправно ¹³⁾».

Въ начальную эпоху развитія права всякое правонарушѣніе оцѣнивалось со стороны причиняемой потерпѣвшему обиды. Вопросъ разсматривается всецѣло съ точки зрѣнія пострадавшаго. Объективное право становится на его сторону, проникается его психологіей, продолжаетъ его психическую реакцію противъ того, что ему причинило вредъ. Если мы и теперь, при всемъ нашемъ развитіи, не можемъ иногда отрѣшиться отъ реакціи противъ неодушевленнаго предмета, причинившаго намъ боль, то тѣмъ болѣе понятна позиція, принимаемая вначалѣ объективнымъ правомъ въ дѣлѣ оцѣнки правонарушѣній. Напротивъ, развитое право принимаетъ во вниманіе не только точку зрѣнія потерпѣвшаго, но и точку зрѣнія причинившаго вредъ, и стремится примирить ихъ съ соціальной точки зрѣнія. Съ соціальной стороны, со стороны цѣли правового воздѣйствія, моментъ вины въ понятіи правонарушѣнія не можетъ быть устраненъ.

Въ разрѣшеніи вопроса о томъ, насколько моментъ вины является существеннымъ въ понятіи о правонарушѣніи, необходимо начать съ понятія о винѣ. Если виной называть отвѣтственность за совершенное противоправное дѣйствіе ¹⁴⁾, то все дѣло сводится къ тому: установлена ли отвѣтственность за данное дѣйствіе или нѣтъ. Если законъ установилъ отвѣтственность, значитъ вина предполагается; если отвѣтственности не установлено, слѣдо-

¹¹⁾ Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Recht*, 1867, стр. 5 и слѣд.

¹²⁾ Дерябургъ, *Пандекты*, т. I, § 86, рус. пер., 233.

¹³⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1905, стр. 170 и 237.

¹⁴⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 36.

вательно нѣтъ вины, нѣтъ и правонарушенія. Съ этой точки зрѣнія рассматриваемый вопросъ легко рѣшается въ области уголовного права: безъ наказанія, назначеннаго по закону за дѣйствіе, дѣйствіе не можетъ считаться преступнымъ, т.-е. нарушеніемъ права.

Дѣло сложнѣе въ гражданскомъ правѣ. Существуютъ, несомнѣнно, случаи, когда законъ соединяетъ извѣстныя юридическія послѣдствія съ дѣйствіями, въ которыхъ не открывается никакой вины. Собственникъ усматриваетъ въ добросовѣстномъ владѣльцѣ нарушителя своего права, и законъ помогаетъ ему возстановить свое право. «Какъ должны мы», замѣчаетъ Іерингъ, «обозначить положеніе добросовѣстнаго владѣльца чужой вещи? Правомѣрнымъ назвать его нельзя; тогда не остается ничего иного, какъ назвать его неправомѣрнымъ»¹⁵⁾, т.-е. нарушеніемъ права. Если мы говоримъ объ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ, хотя отсутствіе вины отмѣчается въ признаніи добросовѣстности, значитъ, возможна отвѣтственность при отсутствіи вины, а слѣдовательно, мыслимо правонарушеніе безъ вины. Это обстоятельство и произвело расколъ среди цивилистовъ, изъ которыхъ одни отстаиваютъ необходимость вины для понятія о правонарушеніи¹⁶⁾, другіе считаютъ допустимымъ правонарушеніе и безъ вины¹⁷⁾.

Нельзя утверждать, что вина = отвѣтственность. Отвѣтственность есть послѣдствіе вины: если есть вина, то есть отвѣтственность, но отвѣтственность, т.-е. обязанность возмѣщенія вреда, мыслима и тамъ, гдѣ вины нѣтъ. Вина же представляетъ собою состояніе сознательной воли человѣка, который намѣренно или неосмотрительно¹⁸⁾ совершаетъ дѣйствіе, направленное на фактической результатъ, противный закону¹⁹⁾. Однако, говорятъ, все же, при отсут-

¹⁵⁾ Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Recht*, стр. 5.

¹⁶⁾ Brinz, *Pandekten*, т. II, стр. 175, прим. 31; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 489.

¹⁷⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, § 176, стр. 645; Kipp, *Ueber den Begriff der Rechtsverletzung*, 1910, стр. 6; Лерманъ, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, стр. 17. Еннессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 500.

¹⁸⁾ И неосторожная вина основана на сознательности: отсутствіе намѣренности, умысленности, не тождественно съ отсутствіемъ сознательности.

¹⁹⁾ Thon, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, стр. 78, опредѣляетъ вину, какъ самоопредѣленіе въ поведеніи, подходящему къ условіямъ, противнымъ нормѣ права. Тѣмъ менѣе понятны выводы Топа въ пользу безвиннаго правонарушенія.

ствѣи умысла или неосторожности со стороны дѣйствовавшаго, можетъ произойти нарушеніе интересовъ, защищаемыхъ закономъ противъ посягательствъ. Нарушеніе юридически защищенныхъ интересовъ есть правонарушеніе. Но это именно невѣрно. Юридически защищенные интересы и юридическая защита интересовъ—не одно и то же. Интересъ, связанный съ правомъ собственности на домъ, есть юридически защищенный интересъ, но юридическая защита не поможетъ, если нарушеніе даннаго интереса произойдетъ отъ пожара. Юридическая защита интересовъ дается противъ дѣйствій человѣка путемъ воздѣйствія на его волю угрозой, но не противъ слѣпыхъ силъ. Юридическія средства обезпеченія интересовъ предполагаютъ именно наличность воли, способной усвоить угрозу и воздержаться отъ нарушенія. За предѣлами этихъ условій юридическая защита безсильна, откуда бы ни исходило нарушеніе интересовъ. Если во время облавы на медвѣдя одинъ изъ охотниковъ погибъ отъ шальной пули своего сотоварища, то съ юридической точки зрѣнія это все равно, какъ если бы онъ погибъ отъ самого звѣря или отъ обвалившагося на него дерева. Если сумасшедшій свалитъ съ окна камень на голову проходившаго человѣка, то это такая же случайность, какъ если бы камень самъ свалился съ крыши.

Право защищается только противъ тѣхъ, къ кому оно обращаетъ свои велѣнія. Ребенокъ или сумасшедшій не принадлежатъ къ тѣмъ, на кого право стремится воздѣйствовать страхомъ передъ послѣдствіями правонарушенія. Но это значило бы, по мнѣнію Бирлинга, что дѣтямъ не запрещено убивать и т. п., а «такой выводъ былъ бы противенъ здравому смыслу»²⁰⁾. И тѣмъ не менѣе слѣдуетъ признать, что «юридически» дѣтямъ это не запрещено. Законъ можетъ принимать предупредительныя мѣры противъ подобныхъ несчастій, можетъ возложить на родителей или опекуновъ отвѣтственность за недосмотръ, но виновности дѣтей онъ не признаетъ. Убивать, красть и т. п. запрещается дѣтямъ морально, но не юридически, со стороны окружающей общественной среды, но не со стороны закона. Дѣти лишь подготовляются къ воспріятію правовыхъ мотивовъ. Если право опредѣляетъ,

²⁰⁾ Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, стр. 175.

какъ должны относиться другъ къ другу люди, подчиненные его власти, то объективнаго правонарушенія, т.-е. дѣйствій, противныхъ праву и въ то же время невмѣняемыхъ, быть не можетъ.

Если правонарушеніе предполагаетъ непременно вину, то какъ же объяснить отвѣтственность добросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ? Возражая Іерингу, Биндингъ говоритъ, что «неправомѣрнымъ можетъ быть названо создавшееся состояніе, но не поведеніе добросовѣстнаго владѣльца»²¹⁾. Произошло случайное смѣшеніе интересовъ безъ чьей-либо вины; законъ распутываетъ это положеніе тѣмъ, что возвращаетъ вещь собственнику, а за добросовѣстнымъ владѣльцемъ сохраняетъ собранные имъ при пользованіи вещью, плоды, именно потому, что онъ не совершилъ никакого правонарушенія.

Послѣдствія правонарушенія выражаются главнымъ образомъ въ двухъ формахъ: 1) наказаніе и 2) вознагражденіе за вредъ. Наказаніе состоитъ въ причиненіи нарушителю права страданій отнятіемъ у него какого-либо блага, обеспеченнаго ему, какъ и всѣмъ гражданамъ, самымъ правомъ: жизни, свободы, тѣлесной неприкосновенности, имущественной неприкосновенности (штрафъ, конфискація). Вознагражденіе пострадавшаго отъ правонарушенія за вредъ, причиненный ему нарушителемъ, состоитъ въ возстановленіи нарушеннаго равновѣсія интересовъ; въ уравненіи происшедшаго сокращенія цѣнности одного имущества за счетъ цѣнности изъ имущества правонарушителя. Наказаніе грозитъ правонарушителю страданіемъ, вознагражденіе вреда обѣщаетъ пострадавшему исправить причиненное страданіе. Наказаніе имѣетъ въ виду отнять у правонарушителя благо, заранѣе опредѣленное за подобное дѣяніе; вознагражденіе за вредъ предполагаетъ отнять у правонарушителя столько цѣнности, сколько потребуется для того, чтобы привести интересы пострадавшаго къ прежнему уровню. Наказаніе поражаетъ лично нарушителя и со смертью его отпадаетъ; обязанность вознагражденія входитъ въ пассивъ имущества правонарушителя и за смертью его переходитъ къ наследникамъ въ составѣ наследства. Наказаніе падаетъ полностью на каждого изъ соучастниковъ совершоннаго совмѣстно правонару-

²¹⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд., т. I, стр. 247.

пенія, тогда какъ вознагражденіе за вредъ распредѣляется по частямъ между соучастниками правонарушенія.

Кромѣ этихъ двухъ основныхъ послѣдствій, которыя соединяются съ правонарушеніями, возможны еще и инныя. Такъ, правонарушеніе можетъ повлечь за собою принудительное возстановленіе того фактическаго состоянія, съ которымъ связанъ интересъ потерпѣвшаго. Если у собственника похищена принадлежащая ему вещь, то онъ прежде всего заинтересованъ въ возвращеніи ему этой вещи путемъ полицейской силы. Если сдавшій помѣщеніе подъ магазинъ уклоняется отъ предоставленія его нанятому, то, по взгляду, принятому въ нѣкоторыхъ законодательныхъ, онъ можетъ быть принужденъ къ тому судебнымъ постановомъ на основаніи судебного рѣшенія. Если вызванный на судъ свидѣтель не является, то онъ можетъ быть подвергнутъ приводу.

Нарушеніе права, насколько оно сопровождается наказаніемъ, какъ послѣдствіемъ, называется уголовнымъ правонарушеніемъ или преступленіемъ. Если же нарушеніе права вызываетъ вознагражденіе за вредъ, то оно составляетъ гражданское правонарушеніе. Слѣдовательно, различіе между уголовнымъ и гражданскимъ правонарушеніемъ обусловливается различіемъ послѣдствій, соединяемыхъ по закону съ тѣмъ или другимъ правонарушеніемъ. Измѣненіе послѣдствій, сдѣланное законодателемъ, измѣняетъ и характеръ правонарушенія.

Между тѣмъ, въ прежнее время дѣлались попытки провести разграниченіе между гражданскимъ и уголовнымъ правонарушеніемъ по самому существу ихъ, независимо отъ послѣдствій. Это такъ называемый споръ о гражданской и уголовной неправдѣ. Уже самая терминологія, отождествлявшая правонарушеніе съ неправдою, обнаруживала методологическую ошибку въ постановкѣ вопроса. «Преступное дѣяніе въ общирномъ смыслѣ», замѣчаетъ Таганцевъ, «является правонарушеніемъ или неправомъ (Unrecht), а въ примѣненіи къ русскому и вообще славянскому юридическому міровоззрѣнію, отождествляющему понятіе права съ правдою, съ осуществленіемъ справедливости (правда русская), посягательство на право будетъ нарушеніемъ требованій правды, справедливости—неправдою»²²⁾. Представленіе, по которому право—то же, что

²²⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1908, стр. 51.

и правда, осталось далеко позади въ исторіи. Для насъ не подлежитъ сомнѣнію, что нормы права могутъ разойтись съ правдой, т.-е. быть несправедливыми. Поэтому совершенно ошибочно искать различія между уголовнымъ и гражданскимъ правонарушеніемъ, какъ между уголовной и гражданской неправдой.

Попытка разграниченія неправды уголовной и гражданской была сдѣлана Гегелемъ съ субъективной стороны, т.-е. съ точки зрѣнія внутренняго юридическаго состоянія дѣйствовавшаго ²³). Весь вопросъ въ томъ, какъ относится субъектъ правонарушенія къ праву. Гдѣ есть сознательное нарушеніе права, тамъ имѣется уголовная неправда; гдѣ нарушеніе права лишено сознательности (намѣренности), тамъ только гражданская неправда. Возраженіе противъ этого взгляда основывается на томъ, что уголовное правонарушеніе можетъ быть не только умышленнымъ, но и неосторожнымъ, а съ другой стороны, гражданское правонарушеніе совмѣстимо съ сознательностью, напр., если должникъ не хочетъ исполнять договора.

Съ объективной точки зрѣнія различіе стараются найти въ томъ, что нарушается. Уголовное нарушеніе по этому взгляду есть посягательство на нормы объективнаго права, тогда какъ въ гражданскомъ правонарушеніи виновный посягаетъ на субъективное право. «Преступленія (?) гражданскія суть нарушенія чьихъ-либо правъ частныхъ, поставленныхъ въ полную зависимость отъ частнаго произвола, нарушенія, которыя рождаютъ только обязанность вознаградить владѣльца права, но не касаются общественнаго блага. Преступленія уголовныя, или иначе общественныя, суть нарушенія учреждений, установленныхъ въ интересѣ общественнаго порядка и признаваемыхъ необходимыми условіями общезжитія» ²⁴). Но и этотъ взглядъ нельзя принять, потому что всякое правонарушеніе есть дѣйствіе, противное нормамъ объективнаго права.

²³) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 89 и Zusatz. Самъ Гегель, впрочемъ, различаетъ не два, а три вида: bürgerliches Unrecht, Bertrag и Verbrechen. Противопоставленіе гражданской и уголовной неправды съ точки зрѣнія сознательности развито было уже его учениками криминалистами Кестливымъ и Бергеромъ.

²⁴) Спасовичъ, *Учебникъ уголовнаго права*, 1863, т. I, стр. 4—5.

Различіе можетъ быть усмотрѣно только въ различіи послѣдствій, соединяемыхъ по закону съ тѣмъ или другимъ правонарушеніемъ. Всякое противоправное дѣйствіе можетъ быть соединено съ наказаніемъ, хотя въ дѣйствительности не всегда съ нимъ соединяется. Слѣдовательно, законодатель свободенъ, съ юридической стороны, въ надѣленіи правонарушеній уголовнымъ характеромъ. Но гражданское правонарушеніе возможно только тамъ, гдѣ съ противоправнымъ дѣйствіемъ соединяется матеріальный вредъ для частнаго лица. Слѣдовательно, законодатель не всякое противоправное дѣйствіе можетъ надѣлать гражданскимъ свойствомъ. Напр., законодатель можетъ сдѣлать неисполненіе договора уголовнымъ дѣйствіемъ, если онъ соединитъ съ нимъ наказаніе, и гражданскимъ, если онъ возложитъ на должника обязанность вознагражденія за убытки; но онъ не въ состояніи придать характеръ гражданскаго правонарушенія кощунству, совершенному въ церкви, или политическому преступленію.

Нельзя сказать, что «то, что мы называемъ неправдою уголовною и гражданскою, составляетъ только различные моменты или стороны одного и того же правонарушающаго посягательства»²⁵⁾. Нѣкоторыя противоправныя дѣйствія дѣйствительно имѣютъ ту и другую сторону, напр., убійство главы семьи, влекущее за собою наказаніе и обязанность обезпеченія оставшейся послѣ убитаго семьи. Но другія противоправныя дѣйствія могутъ имѣть только одну сторону, напр., неплатежъ долга есть только гражданское правонарушеніе, а государственная измѣна или кровосмѣшеніе являются только уголовнымъ правонарушеніемъ.

Если законодатель признаетъ въ данномъ дѣяніи гражданское правонарушеніе, такъ это потому, что оно вторгается въ кругъ частныхъ интересовъ, защищенныхъ субъективнымъ правомъ. Если законодатель признаетъ въ данномъ дѣяніи уголовное правонарушеніе, т.-е. облагаетъ его наказаніемъ, такъ это потому, что онъ считаетъ дѣйствіе, нарушающее частныя или общественныя интересы, чрезвычайно опаснымъ для правового порядка. «Въ потокѣ времени», замѣчаетъ Листъ, «постоянно мѣняется раздѣль-

²⁵⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 108; Сергеевскій, *Русское уголовное право*, 6 изд., 1905, стр. 59.

ная линия между уголовной и гражданской неправдой. То, что сегодня есть преступление, не всегда имъ было и не должно непременно оставаться имъ впредь; споръ, который мы сегодня ведемъ передъ гражданскимъ судьей, завтра можетъ перейти въ распоряженіе того, кто держитъ въ своихъ рукахъ кровавый мечъ уголовного правосудія.

§ 68.

Уголовное правонарушение.

Литература: Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 34—110; Сергѣевскій, *Русское уголовное право*, 6 изд. 1905, стр. 44—56; Принсъ, *Защита общества и преобразование уголовного права*, рус. пер. 1912; Ферри, *Уголовная социология*, рус. пер. 1908; Чубинскій, *Курсъ уголовной политики*, 1909; Гогель, *Курсъ уголовной политики*, 1910; Гернетъ, *Общественныя причины преступности*, 1906.

Уголовное правонарушение иначе называется преступленіемъ. Преступленіе = правонарушенію $\frac{1}{2}$ наказуемость. Все, что наказуемо, —противоправно, откуда не слѣдуетъ обратное, будто все, что противоправно, наказуемо. Нѣтъ наказанія, установленнаго закономъ, нѣтъ и преступленія (*nullum crimen sine lege*).

Преступленіемъ признается дѣйствіе, воспрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія. Конечное, такое опредѣленіе является чисто формальнымъ, но понятіе о преступленіи и не можетъ быть опредѣлено иначе, какъ съ формальной стороны, въ виду того крайняго разнообразія, какое раскрывается въ содержаніи дѣйствій, признаваемыхъ въ разное время и въ разныхъ мѣстахъ преступными. То, что вчера было преступленіемъ, сегодня перестаетъ имъ быть вслѣдствіе вступившаго въ силу новаго закона, и то, что вчера было свободно, разрѣшено, сегодня, съ новымъ закономъ, становится преступнымъ. Пограничная черта проводитъ нерѣдко рѣзкое различіе между тѣмъ, что дозволено и что запрещено подъ угрозю наказанія. Въ предѣлахъ одного и того же времени и пространства признаваемыя преступными дѣйствія могутъ быть объединены только въ формальномъ моментѣ. Что общаго, въ самомъ дѣлѣ, между грабежомъ, произведеннымъ съ корыстьюю цѣлью, убійствомъ изъ ревности, кражею хлѣба ма-

терью для своего голоднаго ребенка, нарушеніемъ цензурныхъ условій со стороны редактора газеты, религіознымъ собраніемъ сектантовъ, отколовшихся отъ господствующей церкви? Какъ ни различно содержаніе всѣхъ этихъ дѣйствій и со стороны мотивовъ, побуждающихъ къ нарушенію права, и со стороны вреда, причиняемаго обществу такими дѣйствіями,—всѣ они въ равной степени запрещены уголовнымъ закономъ.

Уголовный законъ можетъ явиться усиленной санкціей другой нормы права, напр., опредѣляющей неприкосновенность права собственности или необходимость полученія видовъ на жительство. Но уголовный законъ можетъ самъ въ себѣ содержать указаніе на норму поведенія, отклоненію отъ которой онъ грозитъ. Такъ, напр., уголовный законъ, устанавливающій наказаніе за убійство или за клевету, вовсе не ссылается на какія-либо нормы права, которыми признается неприкосновенность жизни или чести. «Если ты убьешь», говоритъ законъ, «то будешь сосланъ на каторгу», и отсюда получается норма поведенія: если не хочешь быть сосланнымъ на каторгу,—не убивай. Бланкетный уголовный законъ не имѣетъ вообще содержанія и ссылки на существующую уже норму: онъ грозитъ наказаніемъ за уклоненіе отъ поведенія, какое будетъ опредѣлено въ установленномъ порядкѣ подчиненнымъ органомъ. Напр., ст. 29 устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, угрожаетъ денежнымъ штрафомъ не свыше 50 рублей за неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій полиціи или городского управленія, предполагаемая, что такое распоряженіе будетъ издано и что оно будетъ законнымъ.

Однако, формальное опредѣленіе многихъ не удовлетворяетъ, такъ какъ не даетъ объясненія, почему же запрещается дѣйствіе подѣ страхомъ наказанія? Отвѣта ищутъ въ содержаніи запрещеннаго.

Прежде всего выступаетъ предположеніе, что преступленіе есть дѣйствіе безнравственное, т.-е. данное дѣйствіе признается нарушеніемъ права потому, что оно есть нарушеніе нравственности. Отождествленіе преступнаго съ безнравственнымъ было характернымъ для школы Гегеля. «Преступленіе», говоритъ Бернеръ, «есть видъ безнравственнаго. Если бы законодательство угро-

жало наказаніемъ за нравственно-безразличное или даже за истинно-нравственное дѣяніе, то это было бы ниспроверженіемъ самой идеи преступленія»¹⁾. Того же взгляда должна держаться и та школа, которая видитъ въ правѣ этической минимумъ. Когда вниманіе криминалистовъ сосредоточивается на отысканіи злой воли преступника, то преступленіе, очевидно, также оцѣнивается съ точки зрѣнія моральнаго критерія.

Можно, съ точки зрѣнія политики права, утверждать, что законодатель, при установленіи наказаній, не долженъ расходиться съ нравственными воззрѣніями общества, что только тѣ наказанія будутъ имѣть дѣйствительное значеніе, которыя совпадаютъ съ общественною оцѣнкою дѣйствія, признаннаго преступнымъ. Но, когда мы изучаемъ историческую дѣйствительность, мы не должны закрывать глаза на то, что дѣйствіе, признаваемое со стороны государства преступнымъ, можетъ быть не только нравственно безразличнымъ, но и моральнымъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. Нельзя же отрицать, что на каждомъ шагу совершаются лицами поступки, глубоко безнравственные, за которые они ни въ какомъ случаѣ на скамью подсудимыхъ не попадутъ, потому что законодатель не счелъ нужнымъ обложить наказаніемъ эти поступки, осуждаемые съ нравственной точки зрѣнія. И наоборотъ, исторія даетъ намъ богатый матеріалъ въ подтвержденіе того, что доблестное поведеніе борцовъ за моральную и религіозную идею признается со стороны государства преступнымъ, и одновременно съ общественнымъ одобреніемъ, съ глубокимъ удовлетвореніемъ голоса совѣсти, влечетъ за собою тяжелое уголовное наказаніе.

Если преступное въ нѣкоторыхъ случаяхъ расходится съ безнравственнымъ, то отсюда логически слѣдуетъ, что нравственный моментъ не составляетъ характернаго признака понятія о преступленіи. Такое раздѣленіе понятій вовсе не знаменуетъ «развода между правомъ и моралью», какъ это говоритъ Чубинскій²⁾. Это скорѣе признаніе раздѣльнаго жительствова этихъ понятій. Если исторически преступное и безнравственное часто совпада-

¹⁾ Цитировано по Таганцеву, т. I, стр. 36.

²⁾ Чубинскій, *Курсъ уголовной политики*, 1909, стр. 288.

ють, то отсюда еще не слѣдуетъ, что такое совпаденіе необходимо логически. Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что нравственность есть общественная оцѣнка поведенія, а преступность—государственная его оцѣнка. А мы уже видѣли, что эти двѣ точки зрѣнія могутъ расходиться. Чѣмъ дальше власть стоитъ отъ общества, тѣмъ болѣе возможно расхожденіе этихъ точекъ зрѣнія; чѣмъ болѣе обобществлена государственная власть, тѣмъ скорѣе оцѣнка дѣйствій по уголовному началу будетъ приближаться къ общественно-моральному пониманію.

Признаніе, что для понятія о преступленіи не существенна моральная цѣнность поступка, не представляется опаснымъ, какъ это часто ставится на видъ, если вообще допустимо при опредѣленіи понятія становиться на точку зрѣнія опасности его. Признать, что все преступное, т.-е. обложенное наказаніемъ со стороны государства, — безнравственно, это значило бы дать общественную санкцію всякому акту законодательнаго творчества, хотя бы властвующіе явно пользовались властью вопреки основнымъ требованіямъ морали.

Отыскивая въ содержаніи уголовныхъ нормъ выясненіе сущности преступнаго, нѣкоторые склонны видѣть въ преступленіи вредъ или опасность для общества. «Уголовно-наказуемымъ», говоритъ Таганцевъ, «почитается дѣяніе, посягающее на такой охраненный нормою интересъ жизни, который въ данной странѣ, въ данное время, признается столь существеннымъ, что государство, въ виду недостаточности другихъ мѣръ охраны, угрожаетъ посягательству на него наказаніемъ»³⁾. По мнѣнію Листа, «преступленіе можетъ быть опредѣлено (по существу), какъ вмѣняемое, противоправное дѣйствіе, которое вслѣдствіе своей особой опасности для строя правовыхъ благъ обложено наказаніемъ»⁴⁾. Нельзя, однако, согласиться, будто преступное логически предполагаетъ общественно-вредное или общественно-опасное. Совершенно вѣрно, что многія преступленія, какъ, напр., убійство, кража, клевета, оказываются вредными для общежитія, другія, какъ, напр., скорая ѣзда по улицѣ, хожденіе съ огнемъ около

³⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I. 1902. стр. 56.

⁴⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 26.

порохового склада, — опасными. Но нельзя утверждать, что общественный вред или общественная опасность составляют существенный моментъ въ понятіи о преступленіи. Логически мы можемъ мыслить преступленіе внѣ всякаго вреда и всякой опасности; исторически это обычно подтверждается случаями, когда законодатель облагаетъ суровыми наказаніями дѣйствія не только безвредныя и безопасныя, напр., профессиональные союзы, молитвенныя собранія, но даже общественно-полезныя, напр., открытіе національныхъ школъ.

Замѣчательно, что именно поведеніе, сомнительное со стороны его безнравственности или вредности, государству приходилось всегда облагать наивысшею уголовною оцѣнкою, т.-е. самыми суровыми наказаніями, потому что оно вынуждено было преодолѣвать противоположную поддержку со стороны общественнаго мнѣнія.

Существуетъ взглядъ, что преступленіе характеризуется всецѣло моментомъ непослушанія, неповиновенія велѣніямъ государственной власти. Хотя бы дѣяніе не было безнравственнымъ, не причиняло вреда, не угрожало опасностью, — оно все же будетъ преступнымъ, если законодатель запрещаетъ его подѣ страхомъ наказанія. Могутъ быть преступныя дѣйствія, въ которыхъ нельзя открыть, съ общественной точки зрѣнія, никакихъ признаковъ безнравственности, вреда или опасности и которыя признаются преступленіями потому, что они обложены наказаніемъ. Слѣдовательно, только неповиновеніе требованію государственной власти составляетъ логически необходимый моментъ въ понятіи о преступленіи.

На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Биндингъ ⁵⁾, когда онъ характеризуетъ преступленіе не какъ посягательство на охраненные правомъ интересы, а какъ нарушеніе обязанности слѣдовать нормамъ права, охранять которыя, посредствомъ уголовныхъ законовъ, призвано государство въ силу своего права на послушаніе. Отбрасывая мнимое право государства на послушаніе, слѣдуетъ все же признать важнымъ, что сущность преступленія скрывается именно и только въ волѣ законодателя, подкрѣпленной угрозою наказанія.

⁵⁾ Binding. *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд., 1890, стр. 311 и 425.

Другой вопросъ, чѣмъ руководствуется государственная власть, когда она устанавливаетъ наказаніе за тѣ или иныя дѣйствія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель стоитъ передъ невозможностью настоять на исполненіи устанавливаемыхъ имъ нормъ поведения иными средствами воздѣйствія, потому ли, что съ виновника правонарушенія нельзя получить вознагражденія, напр., съ сельскаго рабочаго, уклоняющагося отъ исполненія условленныхъ по договору работъ, или потому, что вознагражденіе потерпѣвшаго не покрываетъ вреда, причиненнаго всему обществу, напр., въ случаѣ нанесенія тяжкихъ увѣчій. Возможно, что государство стремится наказаніемъ удержать отъ правонарушенія тамъ, гдѣ оно не увѣрено, что иныя послѣдствія правонарушенія въ состояніи остановить готовыхъ къ правонарушенію ⁶⁾. Оцѣнивая дѣйствія со стороны ихъ безнравственности, вреда или опасности, законодатель можетъ всецѣло стоять на точкѣ зрѣнія общественной, являясь выразителемъ общественнаго сознанія, реагируя на правонарушителя всею силою стоящаго за нимъ общественнаго мнѣнія. Но законодатель можетъ, благодаря государственной организаціи, отдѣлиться отъ общественной оцѣнки и въ вопросѣ о наказуемости стать на точку зрѣнія властвующихъ, обезпечивать интересы господствующаго класса, охранять себя самого отъ опасности, исходящей отъ самаго общества. И въ томъ и другомъ случаѣ, дѣянія, обложенныя наказаніемъ, все же будутъ признаны преступленіями.

Такое формальное представленіе о преступленіи, какъ неповиновеніи велѣніямъ государственной власти, вызываетъ, конечно, возраженія. «Если», говоритъ Таганцевъ, «мы будемъ въ преступленіи видѣть только посягательство на норму, на велѣнія правопродукающей авторитетной воли, создающей для одной стороны право требовать подчиненія этимъ велѣніямъ, а для другой—обязанность такого подчиненія, будемъ придавать исключительное значеніе моменту противоправности учиненнаго, то преступленіе сдѣлается формальнымъ, жизненепригоднымъ понятіемъ, напоминающимъ у насъ воззрѣнія эпохи Петра Великаго, считавшаго и мятежъ, и убійство, и ношеніе бороды, и срубку за-

⁶⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 44.

повѣднаго дерева равно важными дѣянiями, достойными смертной казни, ибо все это виноватый дѣлалъ, одинаково не страшась царскаго гнѣва» 7). Мы, съ нашей точки зрѣнiя, не можемъ уравнивать убiйство и ношенiе бороды ни съ этической точки зрѣнiя, ни съ точки зрѣнiя социальнаго вреда. Но фактъ остается фактомъ: эти два дѣянiя, несмотря на все ихъ различiе съ общественной стороны, были равно признаны преступными и обложены одинаковымъ наказанiемъ. Какъ же объяснить этотъ историческiй фактъ? Онъ поддается объясненiю только съ той точки зрѣнiя, что преступленiе есть дѣйствiе, противное требованiю государственной власти, выраженному въ изданной имъ нормѣ. Ношенiе бороды и срубка дуба все же были преступленiями, оцѣниваемыми законодателемъ по наивысшему мѣрилу, — никто не можетъ поручиться, что то же не повторится, если не повторяется въ другiе историческiе моменты. И совершенно неосновательно утверждать, какъ это дѣлаетъ Чубинскiй, что при такой точкѣ зрѣнiя «законодатель, чтобы быть послѣдовательнымъ, долженъ былъ бы карать всѣ преступленiя одинаково, ибо всѣ они равнымъ образомъ являются непослушанiемъ» 8). Изъ того, что всѣ преступленiя равно противны велѣнiямъ законодателя, не слѣдуетъ, чтобы законодатель, съ своей точки зрѣнiя, равно настаивалъ на послушанiи во всѣхъ случаяхъ возможнаго неповиновенiя.

Если преступленiе есть дѣйствiе, запрещенное закономъ подѣ страхомъ наказанiя, то что же представляетъ собою преступникъ, совершившiй его? Мы видѣли мотивы, которые побуждаютъ государство къ обложенiю нѣкоторыхъ дѣянiй наказанiемъ. Но каковы мотивы, побуждающiе преступника совершать такого рода дѣянiя?

Въ прежнее время наука уголовного права, исходя изъ абстрактнаго понятiя о преступленiи и наказанiи, приравнивала преступное дѣйствiе къ безнравственному и отвѣчала на поставленный вопросъ, — потому, что у преступника злая воля. Вопросъ, что такое преступникъ, сталъ предметомъ научнаго изученiя со стороны италiанской антропологической школы, представленной

7) Таганцевъ, *Русское государственное право*, т. I, 1902, стр. 47.

8) Чубинскiй, *Курсъ уголовной политики*, 1909, стр. 291.

врачомъ Ломброзо и юристами Гарофало и Ферри ⁹⁾. Въмѣстѣ съ тѣмъ вниманіе передвинулось отъ преступленія къ преступнику.

Изученіе преступника должно производиться не въ тиши кабинета, а въ самой дѣйствительной жизни, въ самомъ преступномъ мірѣ. Этотъ методъ изученія привелъ представителей антропологической школы къ открытію «прирожденнаго преступника». Это человѣкъ съ болѣе низкимъ біологическимъ развитіемъ, обусловленнымъ приобретенными наследственно особенностями анатомическаго, фізіологическаго и психическаго характера. Получается особый антропологическій типъ: клиновидная и несимметричная голова, косые глаза, надбровныя дуги, сильно развитыя челюсти, жидкая борода, несоразмѣрно длинныя руки и т. п., жестокость, нечувствительность къ боли, скрытая эпилепсія, непредусмотрительность относительно послѣдствій поступковъ и т. д. По всѣмъ этимъ даннымъ, полученнымъ отъ рожденія, судьба человѣка предопредѣлена,—онъ не можетъ не совершить преступленія.

Сопоставляя типъ современнаго преступника съ типомъ дикаря, Ломброзо пришелъ къ заключенію, что сходство между ними указываетъ на атавизмъ, т.-е. что въ современномъ преступникѣ возрождаются черты первобытнаго человѣка со всѣмъ его физическимъ и психическимъ безобразіемъ.

Практическіе выводы, какіе получаются изъ этого ученія, сводятся къ тому, что воздѣйствіе на такого человѣка уголовнымъ наказаніемъ мало дѣйствительно. Съ такимъ преступникомъ нужно бороться путемъ предупрежденія возможности съ его стороны преступленій. Нечего и думать объ исправленія, мало значенія имѣетъ устрашеніе. Нужно охранять общество путемъ обезвреженія преступника. Отстаивая смертную казнь, Гарофало смотритъ на нее не какъ на устрашающую мѣру, а какъ на способъ избавиться отъ преступника.

Идея природеннаго преступника, выдвинутая антропологическою школою, встрѣтила всестороннюю и уничтожающую критику. Было указано, что не всѣ преступники подходятъ подъ типъ,

⁹⁾ Lombroso, *L'uomo delinquente*, 1878; Garofalo, *La criminologia*, 1885; Ferri, *La sociologia criminale*, рус. пер. 1908.

обрисованный Ломброзо, и представители школы сами должны были согласиться, что прирожденных преступниковъ только 40⁰/₀, хотя они не прочь усматривать преступныя черты, по крайней мѣрѣ въ некоторыхъ, и въ остальныхъ 60⁰/₀. Но если типъ преступника обнаруживается только въ меньшинствѣ преступленій, то этимъ уничтожается представленіе о преступникѣ, какъ разновидности человѣческаго рода, а остается указаніе на одинъ изъ видовъ преступника. А это уже не характерно для преступника вообще. Антропологическая школа допускаетъ двойную ошибку, обосновывая преступность атавизмомъ. Во-первыхъ, преступникъ вовсе не дикарь, примѣромъ чего можетъ служить хотя бы казненный за преступленіе Сократъ. Во-вторыхъ, дикарь вовсе не преступникъ. Если онъ совершаетъ такіа дѣянія, которыя теперь наказуются, то это не значитъ, что онъ учинилъ преступленіе. Убіиство престарѣлыхъ родителей у цивилизованныхъ народовъ есть преступленіе, а въ свое время у охотничьихъ племенъ это былъ нравственный долгъ. Убіиство непріятели сейчасъ есть патриотическій долгъ вооруженнаго гражданина, а со временемъ, можетъ быть, оно будетъ разсматриваться какъ безнравственное дѣло. Антропологическая школа совершенно упускаетъ изъ виду крайнюю историческую измѣчивость представленія о преступномъ. Никакой естественной преступности, которую отстаиваетъ Гарофало, не существуетъ, какъ не существуетъ и естественнаго права. Въ природѣ нѣтъ преступности,—это понятіе всецѣло социальное.

Отъ первоначальнаго ученія антропологической школы въ настоящее время не осталось камня на камнѣ. Сама школа вынуждена была шагъ за шагомъ отступать отъ прежней чистоты своихъ взглядовъ. И все же отъ нея осталось, какъ ея заслуга, сосредоточеніе вниманія на преступникѣ, а сами ошибки ея должны были привести къ классификаціи преступниковъ.

На этой почвѣ выдвинулась социологическая школа въ уголовномъ правѣ, которая имѣетъ своими представителями Листа, Принса, Гарро, фанъ-Гаммеля ¹⁰⁾. Главное вниманіе ея обращено на преступленіе, какъ социальное явленіе. Интересы ея сосредото-

¹⁰⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*; Prius, *Criminalité et repression*, 1886; Garraud, *Le problème moderne de la pénalité*, 1889; van Gammel.

точиваются на факторах преступности и на классификации преступниковъ. Преступленіе составляетъ не только противоправное дѣйствіе, но и противообщественное массовое явленіе. Одновременно съ социализированіемъ преступленія, проявляется индивидуализированіе наказанія. Разсматривая причины, порождающія преступность, социологическая школа различаетъ три основныхъ фактора преступности: а) биологическіе, б) космическіе и с) социальные. Подъ именемъ биологическихъ факторовъ понимаются причины, кроющіяся въ индивидуальной природѣ человѣка, обусловленныя его наследственностью, возрастомъ, поломъ, образованіемъ. Космическіе факторы заключаются въ томъ вліяніи, какое оказываетъ внѣшняя природа на предрасположенность человѣка къ преступленію; такъ, напр., замѣчено, что весной возрастаетъ число преступленій половыхъ и противъ личности, осенью и зимою увеличиваются имущественныя преступленія. Социальные факторы—это причины, создаваемыя общественными условіями; такъ, напр., бѣдность толкаетъ къ кражамъ, роскошь побуждаетъ къ подлогамъ. Классификація преступниковъ дается слѣдующая: 1) случайные преступники, напр., воръ въ состояніи нужды, убійца въ пылу крайняго раздраженія; 2) постоянные преступники, среди которыхъ выдѣляются особо профессиональные преступники, чаще всего воры, раздѣляемые на а) исправимыхъ и б) несправимыхъ.

Прежде всего возбуждаетъ нѣкоторое сомнѣніе понятіе о преступности, которое лежитъ въ основѣ ученія социологической школы. Слѣдуетъ ли видѣть въ ней фактъ нарушенія установленныхъ закономъ нормъ права? Но въ статистикѣ, на которой школа строитъ свои заключенія, не входятъ гражданскія правонарушенія. Если дѣло идетъ объ уголовно-наказуемомъ дѣяніи, то социальное явленіе преступности зависитъ отъ измѣнчивыхъ колебаній законодательной политики: передвываетъ законодатель простицію въ область наказуемыхъ дѣяній,—преступность быстро возрастеть, освободить ее отъ наказанія—преступность упадетъ. Когда, послѣ подавленія революціи, суды завалены работой, тюрьмы переполнены преступниками, что говоритъ этотъ социальный фактъ криминалисту, изучающему преступность, какъ социально-патологическое явленіе? Сами представители социологическаго направле-

нія, чтобы наполнить представленіе о преступности какимъ-нибудь содержаніемъ, незамѣтно подводятъ вновь моральную оцѣнку преступныхъ дѣяній. Такъ, они намъ постоянно говорятъ объ опасности для общезитія отъ преступныхъ дѣяній, противопоставляютъ преступныхъ и честныхъ людей, указываютъ на ростъ преступности, какъ показатель деморализаціи или дегенераціи. Но, если смотрѣть на преступленіе, какъ на социальное явленіе, то съ этой точки зрѣнія необходимо привлечь къ дѣлу статистику нарушеній правилъ морали, не повлекшихъ за собою уголовныхъ послѣдствій. Это, конечно, невозможно, а между тѣмъ это только и былъ бы социальнo важный фактъ, имѣющій значеніе при оцѣнкѣ нравственныхъ условій жизни общества. Неясность представленія о преступности объясняется пренебреженіемъ къ формальной сторонѣ понятія о преступленіи.

Соціологическая школа установила ростъ преступности. Число преступленій и число осужденныхъ растетъ ежегодно, обгоняя ростъ населенія. Наблюденіе сдѣлано въ XIX вѣкѣ. Но что значить этотъ фактъ въ социальномъ отношеніи? Свидѣтельствуетъ ли онъ объ усиливающемся паденіи нравственности, или о несоотвѣтствіи общественныхъ формъ росту сознательной личности? Не поддается ли личность приспособленію къ общественной средѣ, или личность отстаиваетъ свою независимость отъ общественнаго давленія? Можетъ быть, ростъ преступности стоитъ въ связи съ ростомъ дѣйствій, признаваемыхъ со стороны государства преступными?

Рядомъ съ ростомъ преступности въ количественномъ отношеніи замѣчается качественное измѣненіе преступныхъ дѣяній. Убийства, тѣлесныя поврежденія, вообще преступленія съ кровью, уступаютъ мѣсто имущественнымъ преступленіямъ, среди которыхъ опять-таки грабежи и разбой смѣняются мошенничествами, предлогами, обманами. Не указываетъ ли этотъ фактъ на смягченіе личности въ борьбѣ съ обществомъ, несмотря на ростъ преступности, и на зависимость преступности отъ общественныхъ условій?

Соціалистическое крыло соціологической школы, въ лицѣ Турати и особенно Колаянни ¹¹⁾, поставило себѣ задачу доказать

¹¹⁾ Turati, *Il delitto o questione sociale*, 1883; Colajanni, *La sociologia criminale*, 1888.

ошибочность воззрѣнія антропологической школы, видѣвшей главный источникъ преступности въ индивидуальныхъ свойствахъ, и установить, что преступность питается всецѣло условіями соціальной среды. Преступленіе есть явленіе соціальное не только въ томъ смыслѣ, что оно оказываетъ вліяніе на общество, но и въ томъ, что оно—продуктъ общества. Среда создаетъ моряка, крестьянина, артиста, ученаго, она же создаетъ тѣмъ же путемъ и преступника. Индивидуальные факторы, при ближайшемъ разсмотрѣніи, могутъ быть сведены къ соціальнымъ. Когда, напр., указывается на то, что женщина совершаетъ меньше преступлений, чѣмъ мужчина, то упускаютъ изъ виду политическую и экономическую особенность положенія женщины, ея замкнутость въ домашнемъ кругу. Что касается космическихъ факторовъ, на которыхъ настаиваютъ представители соціологическаго направленія, то и здѣсь, по мнѣнію Колаянни, надо искать причины въ соціальной средѣ. Дѣйствіе внѣшней среды по мѣрѣ культурныхъ успѣховъ ослабляется, а между тѣмъ преступность усиливается. Если въ извѣстное время года усиливается количество кражъ, слѣдуетъ ли видѣть въ этомъ вліяніе космическихъ силъ или же вліяніе соціальныхъ условій, вслѣдствіе которыхъ борьба за существованіе становится для отдѣльнаго человѣка, въ извѣстные моменты времени, труднѣе?

Среди соціальныхъ факторовъ выдающееся значеніе для преступности имѣютъ экономическія условія существованія, а по мнѣнію криминалистовъ соціалистическаго направленія, преступность сводится полностью къ экономическому фактору. Въ этомъ отношеніи рѣзкую противоположность представляютъ взгляды Гарофало, одного изъ вождей антропологической школы, и Колаянни, одного изъ видныхъ ученыхъ соціологической школы соціалистическаго оттѣнка. По мнѣнію Гарофало, бѣдность и нужда не причины преступленія, потому что пролетарій привыкаетъ къ своему положенію. На преступный путь бѣдняка толкаетъ недостатокъ чувства честности, лѣнь, зависть къ состоятельнымъ. Бѣдность, утверждаетъ онъ, не чаще приводитъ къ преступленію, чѣмъ богатство. Послѣдній тезисъ чрезвычайно опасенъ для мнѣнія отстаиваемаго Гарофало и могъ бы быть въ сущности принятъ его соціалистическими противниками, какъ сильный доводъ

въ ихъ пользу. Колаяни, превращая космическіе и антропологическіе факторы въ социальныя, затѣмъ социальныя сводить къ экономическимъ. Отсутствие домашняго уюта, недостатокъ средствъ къ пропитанію, сопоставленіе своей нужды съ роскошью богатаго класса—вотъ что творить преступность.

Однако, самими приверженцами социалистическаго идеала высказывается сомнѣніе, чтобы измѣненіе экономическаго строя на началахъ равномернаго распредѣленія продукта народнаго труда способно было совершенно уничтожить преступность. Такъ, Ферри полагаетъ, что не могутъ исчезнуть преступления чисто индивидуальныя, какъ, наприм., убійство изъ ревности; по мнѣнію Менгера, въ социалистическомъ строѣ возможны новыя виды преступленій, наприм., отказъ отъ работы.

Слѣдуетъ помнить, что преступленіе есть явленіе государственно-правовое, внѣ государства и права возможны дѣйствія безнравственныя, но не преступныя.

§ 69.

Уголовная отвѣтственность.

Литература: Фойницкій, *Ученіе о наказаніи*, 1889; Мокринскій, *Наказаніе, его цѣли и предположенія*, 2 части, 1902; Познышевъ, *Основные вопросы ученія о наказаніи*, 1904; Сергѣевскій, *Основные вопросы о наказаніи въ новѣйшей литературѣ* (Ж. гр. и уг. пр. 1893, кн. IV); Таганцевъ, *Русское уголовное право*, 1902, т. I, стр. 367—484, т. II, стр. 821—856; Натоп, *Le déterminisme et la responsabilité*, 1898; Виндельбандъ, *О свободѣ воли*, рус. пер. 1905.

Уголовное правонарушеніе влечетъ за собой для виновника его уголовную отвѣтственность. За преступленіемъ слѣдуетъ наказаніе.

Наказаніе есть, прежде всего, страданіе, испытываемое тѣмъ, къ кому оно примѣняется. Правда, возможны случаи, когда наказаніе представляется человѣку радостью. Религіозный фанатикъ испытываетъ восторгъ тамъ, гдѣ палачи думаютъ причинить ему самыя жестокія мученія. Изстрадавшійся отъ угрызений совѣсти видитъ въ наказаніи удовлетвореніе. Лишенный крова и пищи находитъ въ тюрьмѣ тотъ minimum условій существованія, кото-

рыхъ не дала ему жизнь. Но эти факты не опровергаютъ положенія, что для средняго человѣка наказаніе, состоящее въ лишеніи его нѣкоторыхъ благъ, представляетъ страданіе. Указанные факты показываютъ только безсиліе государственной власти, когда она встрѣчается съ большею силою. Съ другой стороны, неправильно называть наказаніе зломъ, если разсматривать его съ точки зрѣнія государства, примѣняющаго его къ преступнику ¹⁾. Слово «зло» выражаетъ нравственное осужденіе дѣйствию. Между тѣмъ нельзя отрицать, что карательная дѣятельность государства, въ общемъ, поддерживается общественнымъ мнѣніемъ, что не исключаетъ возможности въ нѣкоторыхъ случаяхъ расхожденія во взглядахъ общества и государственной власти на карательную мѣру. Утвержденіе, что наказаніе есть зло съ активной стороны, особенно непонятно со стороны тѣхъ, кто говоритъ о правѣ государства на карательную дѣятельность ²⁾ или о нравственномъ допущеніи необходимости наказывать.

Страданіе, испытываемое при наказаніи преступникомъ, начинается ему извнѣ, а не исходитъ изнутри его души, въ видѣ раскаянія, угрызений совѣсти.

Наказаніе составляетъ страданіе, причиняемое намѣренно, сознательно. Поэтому подъ понятіе о наказаніи не подходятъ страданія, причиняемые извнѣ случайными обстоятельствами, хотя обычное словоупотребленіе пользуется при этомъ словомъ «наказаніе». Такъ, домовладѣлецъ, домъ котораго сгорѣлъ незастрахованнымъ, признается наказаннымъ за свою небрежность; такъ, болѣзнь можетъ явиться наказаніемъ за излишество.

Наказаніе есть страданіе, причиняемое намѣренно органами государственнаго управленія. Поэтому наказаніемъ въ техническомъ смыслѣ слова не можетъ считаться лишеніе отцомъ своего сына наслѣдства за легкомысленный образъ жизни, увольненіе хозяиномъ приказчика за недобросовѣстность. Однако, для понятія о наказаніи обязательно, чтобы примѣненіе его произведено было судебнымъ органомъ,—наказаніе можетъ быть наложено и административнымъ органомъ.

¹⁾ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 58 Меркель. *Юридическая энциклопедія*, § 307.

²⁾ Познышевъ, *Основные вопросы ученія о наказаніи*, 1904, стр. 343.

Наказаніе есть страданіе, причиняемое намѣренно органами государственнаго управленія преступнику. Однако, эта характерная черта наказанія составляетъ достояніе новаго времени. На равныхъ ступеняхъ наказаніе примѣнялось не только къ лицу, виновному въ преступленіи, но и къ его семьѣ, его родственникамъ. Такое свойство имѣли въ Русской Правдѣ «потокъ и разграбленіе», а позднѣе конфискація имущества, ссылка. Правда, и въ настоящее время отъ наказанія, примѣняемаго къ преступнику, можетъ страдать вся его семья, лишаящаяся работника, но это уже косвенный и не необходимый результатъ.

Наказаніе есть страданіе, причиняемое намѣренно органами государственнаго управленія преступнику за совершенное преступленіе. Слѣдовательно, подъ понятіе о наказаніи не подходятъ тѣ предупредительныя мѣры, которыя принимаются по отношенію къ лицу, угрожающему преступнымъ дѣяніемъ. Напр., пьяный человѣкъ, похваляющійся, что убьетъ жену, отправляется въ участокъ впредь до вытрезвленія.

Полученное опредѣленіе понятія о наказаніи возбуждаетъ дальнѣйшій и главный вопросъ: гдѣ же основаніе наказанія? Этотъ вопросъ распадается на два вопроса: а) почему слѣдуетъ наказывать и б) какъ слѣдуетъ наказывать. Очевидно, что второй вопросъ есть логическій выводъ изъ перваго, и потому мы будемъ совмѣстно разсматривать вопросы объ основаніи наказанія и его содержаніи.

Если вопросъ объ основаніи наказанія разсматривать какъ вопросъ уголовной политики, то ему не мѣсто было бы въ общей теоріи права. Но такъ какъ отвѣты на этотъ вопросъ даются не только съ точки зрѣнія карательнаго идеала, но и съ точки зрѣнія объясненія карательной дѣятельности, то основаніе наказанія должно быть разсмотрѣно при теоретическомъ освѣщеніи права въ его исторической дѣйствительности³⁾.

Въ духѣ школы естественнаго права XVII и XVIII вв. создается договорное обоснованіе наказанія, развитое наиболѣе ярко въ тру-

³⁾ Обыкновенно теоріи, обосновывающія наказаніе, раздѣляютъ на а) абсолютныя и б) относительныя, смотря по тому, смотрятъ ли они на наказаніе какъ на самоцѣль, или же какъ на средство для достиженія общественныхъ или государственныхъ цѣлей. Въ видѣ третьей группы присоединяють группу смѣшанныхъ теорій. Вся эта

дахъ (Фихте ⁴⁾). Въ основаніи государства лежитъ договоръ всѣхъ гражданъ, согласившихся признавать взаимную неприкосновенность, имущественную и личную. Нарушеніе права есть нарушеніе договора. «Кто нарушаетъ въ какой-либо части общественный договоръ сознательно или по небрежности тамъ, гдѣ по договору разсчитывали на его предусмотрительность, теряетъ вслѣдствіе того всѣ свои права, какъ гражданинъ, какъ человѣкъ, и становится безправнымъ». Онъ снова свободенъ какъ птица (Vogelfrei) и подлежитъ изгнанію изъ общества, условія жизни котораго онъ не признаетъ. Но, насколько цѣли государства позволяютъ, возможенъ иной исходъ—искупленіе вины посредствомъ наказанія. Въ общественномъ договорѣ, въ видѣ дополнительнаго пункта, гражданину дается право на наказаніе, какъ замѣну изгнанія (Abbüßungsvertrag). Поэтому наказаніе должно быть исправительнымъ, и послѣ исправленія преступникъ возвращается въ общество. Если же примиреніе съ обществомъ невозможно, то для несправимыхъ наступаетъ изгнаніе, а при неповиновеніи или при возвращеніи преступникъ можетъ быть подвергнутъ смертной казни. Однако, казнь есть дѣло полиціи, а не суда, потому что это не наказаніе, а мѣра предупрежденія. Какъ наказаніе, смертная казнь лишена смысла. Фихте подчеркиваетъ свою мысль, что «наказаніе есть средство для основной цѣли государства, общественной безопасности», но не самоцѣль.

Оставляя въ сторонѣ идею общественнаго договора, мы должны признать полную несостоятельность карательнаго соглашенія. Взглядъ на наказаніе, какъ на право преступника и на обязанность государства, стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчій съ дѣйствительностью. Логическимъ выводомъ изъ взгляда Фихте на сущность наказанія слѣдовало бы выводъ, что содержаніе наказанія должно сообразоваться не съ интересами государства, а съ волею преступника.

классификація не выдерживаетъ критики какъ по замыслу, такъ и по исполненію. Сказать, что теорія видитъ въ наказаніи самоцѣль, значитъ отвергнуть въ наказаніи цѣлесообразность, т.-е. признать его безцѣльнымъ. Крайнее различіе въ размѣщеніи теорій, какое наблюдается, показывается, на базисѣ шаткомъ основаніи повлечетъ сама классификація.

⁴⁾ Fichte. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*. 1796. т. II, § 20, стр. 95—132.

Нравственное обоснование наказания пытался дать великий моралист XVIII столѣтія, Кантъ 5). Наказание преступника есть требование категорическаго императива, исходящее изъ апріорнаго начала, но не изъ опыта. Менѣе всего можетъ разсматриваться наказание какъ средство для осуществленія какихъ-нибудь общественныхъ цѣлей: человекъ никогда не можетъ быть средствомъ, потому что личность — это самоцѣль. Наказание составляетъ нравственно необходимое послѣдствіе преступленія. Человекъ наказывается не для того, чтобы служить примѣромъ другимъ, а потому, что имъ совершено преступленіе (*quia peccatum est*). Неизбѣжность наказания вытекаетъ изъ идеи справедливости. «Даже если бы гражданское общество рѣшило порвать взаимныя связи (напр., если народъ, обитающій на островѣ, рѣшаетъ разойтись по всему свѣту), то предварительно долженъ бы быть казненъ заключенный въ тюрьмѣ убійца, чтобы всякій получилъ то, что его дѣянія заслуживаютъ». Если наказание лишено всякой цѣли, то оно представляетъ собою идею нравственнаго возмездія (*jus talionis*). Поэтому наказание должно строиться по началу равенства съ преступленіемъ, согласно съ ветхозавѣтнымъ принципомъ: око за око, зубъ за зубъ. За убійство слѣдуетъ смерть, за изнасилованіе — кастрація, за оскорбленіе — униженіе, напр., цѣлованіе руки обиженнаго въ присутствіи свидѣтелей, за кражу — срочныя или вѣчныя работы, даже рабство.

Таково грубое оправданіе наказания, претендующее на нравственное обоснованіе. Помимо того, что въ такомъ возмездіи нѣтъ ничего нравственнаго, мы должны замѣтить, что остается невыясненнымъ, почему наказание должно слѣдовать за преступнымъ дѣйствіемъ, а не за каждымъ безнравственнымъ поступкомъ? Какимъ образомъ, отвергая цѣлесообразность въ наказаніи, можетъ Кантъ объяснить право государства наказывать преступника? Почему наказание со стороны государства, а не месть со стороны пострадавшаго? Невозможность уравниенія наказания съ преступленіемъ по началу матеріальнаго тождества слишкомъ очевидна;

5) Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797. Хотя Фихте въ своемъ сочиненіи возражаетъ Канту, но отъ знакомъ съ его взглядами на право только по *Zum ewigen Friede*, 1798.

какъ наказывать, напр., политическія или религіозныя преступленія?

Логическое обоснованіе наказанія даетъ Гегель ⁶⁾. Право въ объективномъ смыслѣ есть общая воля (тезисъ). Преступленіе есть отрицаніе общей воли частною волей преступника (антитезисъ). Наказаніе есть отрицаніе частной воли общею волею, т.-е. отрицаніе отрицанія (синтезисъ). Такимъ образомъ, наказаніе представляется логическимъ процессомъ развитія идеи, который близко подходитъ къ математической формулѣ: минусъ на минусъ даетъ плюсъ. Наказаніе есть утвержденіе права. Такъ какъ право есть осуществленіе абсолютнаго разума, то и наказаніе разумно. Это не актъ возмездія, а дѣло возстановленія (*Wiederherstellung*). Поэтому содержаніе наказанія должно быть уравниемъ преступнаго дѣйствія, однако, не по началу матеріальнаго равенства ⁷⁾, а по началу внутренней равноцѣнности.

Обоснованіе Гегеля встрѣчаетъ недоразумѣнія въ своихъ исходныхъ началахъ. Можно ли считать право общею волею, можно ли допускать, что право всегда разумно? Если же право можетъ быть неразумнымъ, то отрицаніе отрицанія не даетъ утвержденія идеи права. Наказаніе не въ состояніи уничтожить преступленія, если оно оставляетъ непоправимые слѣды, какъ, наприм., въ убійствѣ человѣка.

Религіозное обоснованіе наказанія, характерное для среднихъ вѣковъ, нашло своего выразителя въ XIX столѣтіи въ лицѣ Ф. Штала ⁸⁾. Правовой порядокъ является отраженіемъ Божественнаго міроваго порядка. Государство установлено на землѣ для охраненія въ людяхъ Божественныхъ заповѣдей. Черезъ государственную власть проявляется Божественная воля. Преступленіе составляетъ стремленіе стать выше этой воли. Потому преступленіе есть въ то же время грѣхъ (*dort die Sünde, hier das Verbrechen*). Наказаніе—не возстановленіе права (нарушенное не возстановимо),

⁶⁾ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, §§ 90—103.

⁷⁾ Принципъ: око за око, зубъ за зубъ, Гегель (§ 101) считаетъ абсурднымъ, такъ какъ преступникъ можетъ оказаться одноглазымъ или беззубымъ (*Witz!*).

⁸⁾ Friedrich Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, вып. 2, *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 1846. По третьему изданію 1857 года, §§ 51—55, стр. 160—176.

а смиреніе деракой воли, возомнившей создать свой собственный законъ. «Непредубѣжденное сознаніе каждаго возвѣщаетъ вѣчный законъ справедливости, чтобы за зломъ (грѣхомъ—преступленіемъ) неизбѣжно слѣдовало наказаніе». Поэтому наказаніе не можетъ имѣть будущей цѣли или служить механическимъ средствомъ, но оно составляетъ отвѣтъ на поступокъ преступника. «Богъ или государство наказываютъ нарушителя права не для того, чтобы онъ страдалъ, а даютъ ему выстрадать для того, чтобы онъ былъ наказанъ». Сущностью наказанія опредѣляются виды и мѣры наказанія. «Какъ и въ какой степени возсталъ человѣкъ, такъ же долженъ онъ быть приниженъ».

Для нехристіанина или для невѣрующаго религіозное обоснованіе наказанія не имѣетъ никакой убѣдительности. Но сомнительно, чтобы оно привлекло и вѣрующаго христіанина. Допустимо ли судъ человѣческой выдавать за судъ Божій? Можно ли наказаніе, установленное людьми, считать за искупленіе грѣха предъ Богомъ? «Не представляется ли истинно вѣрующему», какъ замѣчаетъ Таганцевъ, «кошунствомъ это уподобленіе земскаго начальника или мирового судьи: Творцу, воздающему каждому по дѣламъ его?»⁹⁾

Правовое обоснованіе, которое выводитъ право наказанія изъ идеи права, наиболѣе ярко выраженное въ лицѣ Биндинга¹⁰⁾, хотя съ различными отбѣнками, принимается многими современными криминалистами. Въ самомъ существѣ государственно-правового порядка лежитъ принадлежащее государству право на подчиненіе или послушаніе гражданъ. Это неписанное право. Если происходитъ нарушеніе приказовъ или запретовъ, то государству остается одно изъ двухъ: или оставить такое правонарушеніе (деликтъ) безъ послѣдствій, или проявить свое право на подчиненіе. Тогда послѣднее превращается въ право наказанія, которое осуществляется изданіемъ уголовныхъ законовъ. Возстановить нормальное отношеніе между преступникомъ и закономъ уже невозможно. Но государство можетъ требовать отъ преступника удовлетворенія за неизгладимый вредъ, причиненный имъ правому

⁹⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. II, 1902, стр. 867.

¹⁰⁾ Binding, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft* (Z. f. Pr. und off. Recht, т. IV); *Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890.

порядку. Наказаніе не имѣетъ своею цѣлью исправленіе преступника или заглаженіе вреда,—его задача состоитъ въ томъ, чтобы принудительно подчинить преступника господству права. Право поругано,—оно должно быть удовлетворено.

Въ этомъ взглядѣ обнаруживается два положенія: наказаніе совершается во имя права и наказаніе совершается по праву государства. Первое положеніе приводитъ къ тому, что право перестаетъ быть средствомъ для общественныхъ цѣлей, оно становится самоцѣлью. Второе положеніе приводитъ къ совершенно нестижимому праву наказанія въ субъективномъ смыслѣ, которое принадлежитъ государству.

Къ этому теоретическому обоснованію примыкаютъ нѣкоторые другіе. «Уголовное правосудіе», говоритъ Сергѣевскій, «не нуждается для своего обоснованія ни въ особыхъ абсолютныхъ принципахъ, ни въ какихъ-либо специальныхъ цѣляхъ, къ служенію которыхъ могутъ быть направлены или приспособлены отдѣльныя карательныя мѣры. Оно вытекаетъ изъ сущности правопорядка, и цѣль его достигается самымъ фактомъ примѣненія наказанія; эта цѣль есть непрестанное поддержаніе авторитета вѣдѣній законодателя»¹¹⁾. «Въ примѣненіи наказанія», по мнѣнію Таганцева, «нельзя видѣть только государственную дѣятельность оправдываемую ея необходимостью и цѣлесообразностью, но въ ней выражается право, покоящееся, какъ на своемъ объективномъ основаніи, на сущности правовыхъ нормъ, на природѣ правопорядка, подобно тому, какъ права отдѣльныхъ физическихъ или юридическихъ лицъ покоятся на отдѣльныхъ нормахъ права писаннаго или неписаннаго»¹²⁾. По словамъ Меркеля, наказаніе, по существу своему, есть правовое притязаніе (*Rechtsanspruch*), замѣняющее то требованіе, которое нарушено преступнымъ дѣйствіемъ, и представляющее собою его эквивалентъ¹³⁾.

Прежде всего необходимо отказаться отъ права наказанія. Такого права быть не можетъ. Всякое субъективное право предполагаетъ предѣлы, установленные извнѣ. Кто же можетъ дать государ-

¹¹⁾ Сергѣевскій, *Русское уголовное право*, 6 изд. 1905, стр. 65.

¹²⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. II, 1902, стр. 877.

¹³⁾ Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*.

ству карательное право? Если предположить, что государство само установило это право, то создается странное представление о законодателѣ, который самъ себѣ даетъ право и самъ судить, насколько правильно оно примѣняется. Государство имѣетъ власть, а не право наказывать. Государство наказываетъ не потому, что имѣетъ право, и не потому, что обязано карать, а потому, что находитъ это нужнымъ и имѣетъ къ тому возможность.

Норма права предполагаетъ свою санкцію. Наказаніе составляетъ одно изъ возможныхъ послѣдствій правонарушенія. Государство прибѣгаетъ къ такому послѣдствію, когда не можетъ установить иной санкціи, напр., при охраненіи интересовъ господствующей церкви противъ пропаганды другихъ вѣроисповѣданій, или когда иная санкція признается недостаточной, какъ средство удержанія отъ нежелательныхъ дѣйствій, напр., при насильственномъ присвоеніи чужой вещи принудительное возвращеніе ея представляется слабой защитой интересовъ собственника.

Гдѣ же обоснованіе карательной дѣятельности государства? Оно заключается въ необходимости для государственной власти охранить установленный государственно-правовой строй отъ посягательствъ на него со стороны отдѣльныхъ индивидовъ. Государство организуетъ одновременно защиту себя отъ внѣшней опасности, исходящей отъ другихъ государствъ, и защиту отъ внутренней опасности, исходящей отъ неподчиняющихся государству и праву индивидовъ. Какъ общество борется противъ протестующей личности, такъ и государство борется противъ непослушнаго гражданина. Наказаніе составляетъ средство для обезпеченія интересовъ, охраняемыхъ государствомъ. Борьба общества противъ личности не организована, борьба государства противъ гражданина организована. Уголовная репрессія есть продолженіе той борьбы за самохраненіе, которая выражается въ нравственности. Но такъ какъ общественно-организованная сила вручается государственной власти, представленной людьми, то нельзя согласиться съ Ферри, будто «правовая оборона означаетъ совершенно то же самое, что и общественная оборона»¹⁴⁾. Обособленіе государственной силы отъ общественной даетъ возможность такому явленію, что госу-

¹⁴⁾ Ферри, *Уголовная социологія*, рус. пер. 1908, стр. 331 и 337.

дарство можетъ, путемъ наказанія, охранять такіе интересы, которые касаются только общественной группы, оказывающей особенное давленіе на государственный механизмъ, или даже интересы однихъ только властвующихъ, вопреки интересамъ всего общества. Только это различіе государственной и общественной обороны способно объяснить намъ, почему въ иныхъ странахъ и въ нѣкоторые моменты къ преступнику проявляется ненависть, какъ къ врагу, а въ другихъ странахъ и въ иные моменты на преступника смотрятъ съ состраданіемъ, какъ на несчастнаго.

Во всякомъ случаѣ, историческая дѣйствительность обнаруживаетъ намъ, что въ основѣ карательной дѣятельности лежитъ начало цѣлесообразности, смѣняющее начало мести, которымъ проникнута реакція или оборона индивида противъ индивида, родовой группы противъ другой родовой группы. Начало цѣлесообразности лежитъ въ основѣ а) какъ установленія наказуемости за извѣстныя дѣйствія, такъ и б) опредѣленія мѣры наказанія за нихъ.

Если государство наказываетъ, чтобы охранить установленный имъ порядокъ, то какъ же наказываетъ оно по началу цѣлесообразности?

Цѣлесообразность мѣры наказанія опредѣляется: 1) цѣнностью угрожаемаго интереса и 2) опасностью преступника.

Съ первой точки зрѣнія наказуемость преступнаго дѣянія обусловливается тѣмъ вредомъ, какимъ угрожаетъ государству поведеніе преступника. Результатъ его противоправнаго дѣйствія опредѣляетъ мѣру наказанія. Этимъ и можно объяснить различную наказуемость оконченнаго преступленія и покушенія. Такъ, напр., одинъ стрѣлялъ и убилъ на мѣстѣ; другой стрѣлялъ, но дуля ударилась въ пуговицу и соскочила. Первый совершилъ убійство, второй—покушеніе на убійство. Первый будетъ наказанъ строже, чѣмъ второй, хотя оба проявили одинаковую опасность для общества, насколько она кроется въ личности преступника. Чѣмъ болѣе власть организована на общественныхъ началахъ, тѣмъ ближе уголовная оцѣнка къ общественной оцѣнкѣ; чѣмъ сильнѣе расходится государство и общество, тѣмъ рѣзче будетъ уголовная репрессія противъ дѣйствій, по общественной оцѣнкѣ мало вредныхъ или вовсе безвредныхъ.



Со второй точки зрѣнія, въ настоящее время, въ противоположность господствовавшему нѣкогда взгляду на преступленіе только какъ на вредъ, наказуемость преступнаго дѣянія обусловливается тою опасностью, какая кроется въ личности преступника. Въ этомъ отношеніи наказаніе преслѣдуетъ различныя задачи.

Изоляція преступника имѣется въ виду тамъ, гдѣ государство встрѣчается съ неисправимымъ преступникомъ, пребываніе котораго въ обществѣ угрожаетъ постоянной опасностью. Государство стремится путемъ наказанія обезвредить преступника. Мѣрами карательными въ этомъ направленіи служили—прежде изгнаніе, позднѣе смертная казнь, ссылка и пожизненное заключеніе. Къ этимъ наказаніямъ государство часто прибѣгало, когда оно имѣло дѣло съ идейными преступниками, глубоко вѣрующими въ истину своихъ политическихъ или религіозныхъ убѣжденій.

Исправленіе преступника составляетъ задачу карательной дѣятельности, когда личность его подаетъ надежду на возможность приспособленія его къ условіямъ общественной и государственной жизни. Исправленіе можетъ быть достигнуто двоякимъ образомъ: а) испытавъ на себѣ дѣйствіе наказанія, человѣкъ получаетъ сильный мотивъ не совершать вторично противоправнаго поступка; б) подвергнутый наказанію, человѣкъ подъ его дѣйствіемъ перевоспитывается. Предполагается, что онъ научается труду, способамъ зарабатывать себѣ средства существованія, усваиваетъ себѣ нравственные принципы, которыхъ лишень былъ по условіямъ жизни. Для этой цѣли считается наиболѣе пригодною тюрьма съ сопутствующими институтами, какъ, напр., условное освобожденіе, если преступникъ обнаружитъ до истеченія срока наказанія свою исправимость.

Устрашеніе готовыхъ совершить преступленіе составляетъ все же главную задачу наказанія. Устрашеніе достигается какъ общимъ предупрежденіемъ, содержащимся въ уголовномъ законѣ, такъ и впечатлѣніемъ отъ исполненія наказанія въ отношеніи тѣхъ, кого угроза не удержала. Въ прежнее время государство придавало большое значеніе личному впечатлѣнію отъ производимаго наказанія. «По городамъ, на площадяхъ, возвышались прочно построенныя висѣлицы, на которыхъ постоянно висѣло нѣсколько десятковъ казненныхъ. По временамъ воздвигались костры, послѣ

которыхъ оставался въ иныхъ мѣстахъ лѣсъ обгорѣлыхъ столбовъ, какъ памятникъ казней; здѣсь былъ выставленъ колесованный, тамъ шелъ рядъ кольевъ съ воткнутыми на нихъ головами, въ другомъ мѣстѣ были прибиты различные члены казненныхъ. Если казнили далеко отъ мѣста совершенія преступленія, то части казненныхъ посылались для выставки въ томъ мѣстѣ. Большія дороги представляли иногда ту же картину. Въ обществѣ всегда можно было встрѣтить людей позаклейменныхъ, то безъ ушей, то безъ носа, безъ руки или безъ ноги, которые отняты были въ видѣ наказанія. Чѣмъ тяжелѣе было преступленіе, чѣмъ жесточе хотѣли наказать, тѣмъ торжественнѣе совершали казнь съ процессіями, народъ собирали звономъ колоколовъ»¹⁵⁾. Однако, опытъ показалъ, что личное впечатлѣніе отъ исполненія наказаній не столько устрашающее, сколько разжигающее. Замѣчены были случаи убійствъ, которыя происходили у эшафота во время казни убійцы. Поэтому дѣйствіе наказанія, падающаго на преступника, понимается въ настоящее время въ смыслѣ усвоенія представленія о неизбѣжности наказанія.

Слѣдуетъ имѣть также въ виду, что смягченіе правовъ общества и усиленная впечатлительность человѣка дѣлаютъ устрашительную задачу все болѣе осуществимой при меньшихъ наказаніяхъ. Смягченіе наказаній, наблюдаемое всюду, съ каждымъ изданіемъ новаго уголовного кодекса, вовсе не значитъ, что государство отказывается отъ уголовной репрессіи, хотя сознаніе важности уголовной превенціи въ борьбѣ съ преступностью все болѣе укрѣпляется. Законодателю необходимо усиливать уголовную репрессію, когда онъ расходится съ обществомъ, потому что уголовной карѣ приходится преодолѣвать противодѣйствіе общественнаго одобренія и сочувствія преступнику. Напротивъ, чѣмъ болѣе социализируется государственная власть, тѣмъ сильнѣе ея карательная дѣятельность поддерживается общественнымъ мнѣніемъ и законодателю приходится только восполнять недостатки общественной реакціи. Государственная кара можетъ быть тѣмъ слабѣе, чѣмъ больше увѣренности въ общественной карѣ.

¹⁵⁾ Кнестяковскій, *Элементарный учебникъ общаго уголовного права*, 2 изд. 1882, стр. 171.

Наказаніе, какъ угроза, виситъ надъ всѣми, готовыми совершить преступленіе, и падаетъ на голову виновныхъ. Уголовная отвѣтственность предполагаетъ всегда установленную виновность. Мало доказать, что человѣкъ совершилъ дѣйствіе, необходимо еще обнаружить, что онъ виновенъ.

Но какъ можетъ быть человѣкъ виновенъ въ совершенномъ? Развѣ все совершающееся не происходитъ по началу законмѣрности? Если индивидъ есть результатъ дѣйствія комбинированныхъ общественныхъ силъ, то преступленіе совершаетъ не человѣкъ, а общество. Въ преступленіяхъ общество жнетъ то, что само посѣяло. Развѣ преступникъ виноватъ, что онъ такимъ родился, что его такъ воспитали, что его на то толкали. Но тогда, гдѣ же основаніе уголовной отвѣтственности?

На этомъ вопросѣ встрѣчаются, сталкиваются и борются два противоположныхъ міровоззрѣнія. Съ точки зрѣнія однихъ, человѣкъ подвергается отвѣтственности, потому что у него имѣется свободная воля. По мнѣнію другихъ, отвѣтственность человѣка за его поступки основывается именно на томъ, что у него нѣтъ свободы воли. Очевидно, вопросъ объ основаніи отвѣтственности человѣка сводится къ вопросу о свободѣ воли, который дѣйствительно имѣетъ для права огромное значеніе.

Защитники свободной воли, такъ называемые индетерминисты, приводятъ въ подтвержденіе своего взгляда слѣдующія доказательства. 1) Въ пользу свободы воли говоритъ прежде всего, и самымъ убѣдительнымъ образомъ, свидѣтельство нашего сознанія. Мы чувствуемъ себя свободными въ выборѣ того или другого дѣйствія. Соблазняясь плохо лежащей вещью, я могу присвоить себѣ ее, но я могу этого и не сдѣлать. Передо мной выборъ пойти въ театръ или остаться дома: я знаю, что сдѣлаю то, что захочу. 2) Если отвергнуть свободу воли, то нельзя объяснить, какъ можетъ дѣйствовать человѣкъ, когда онъ находится подъ вліяніемъ равносильныхъ воздѣйствій, напр., когда ему нужно обойти лежащій на дорогѣ камень, справа или слѣва, или когда ему приходится выбирать одинъ изъ двухъ предложенныхъ ему серебряныхъ рублей. Не уподобится ли онъ тому Буриданову ослу, который, стоя между двумя связками сѣна, одинаковыми по отдаленности, величинѣ

и аромату, стоять и умираетъ съ голоду? ¹⁶⁾ 3) Внушеніе самому себѣ идеи свободы воли дѣлаетъ человѣка въ его дѣйствіяхъ на самомъ дѣлѣ свободнымъ; внушеніе себѣ идеи причинной зависимости приводитъ къ полной пассивности. 4) Въ насъ есть чувство отвѣтственности за наши дѣйствія, которое не можетъ имѣть иного происхожденія, какъ существованіе свободы воли.

Противъ этихъ доказательствъ отрицатели свободной воли, такъ называемые детерминисты, приводятъ слѣдующія соображенія: 1) Все въ мірѣ подчинено закону причинности, и все наше знаніе построено на этомъ законѣ. Человѣкъ, составляя частицу міра, не можетъ быть изъятъ отъ дѣйствія закона причинности, и потому все его поведеніе строго обусловлено причинами, которыя въ психической области принимаютъ наименованіе мотивовъ. 2) Подчиненность поведенія человѣка закону причинности подтверждается статистикой, которая чисто объективно обнаруживаетъ такое однообразіе, постоянство въ человѣческихъ дѣйствіяхъ, которое совершенно непримиримо съ свободной волей. Гдѣ же свободное усмотрѣніе человѣка, когда статистическія таблицы показываютъ намъ, какъ съ повышеніемъ цѣны на хлѣбъ увеличивается число преступленій и уменьшается число браковъ. 3) Наблюдая поведеніе другихъ, мы подмѣчаемъ правильность въ ихъ поступкахъ, которую мы называемъ характеромъ и съ которою мы сообразуемся въ нашихъ отношеніяхъ съ людьми. Если бы существовала свобода, мы никогда не могли бы рассчитывать на то, какъ поступитъ въ томъ или другомъ случаѣ нашъ лучший другъ. «Мы чувствуемъ себя», замѣчаетъ Милль, «не менѣе свободными отъ того, что люди, близко насъ знающіе, вполнѣ увѣрены, какъ мы захотимъ поступить въ томъ или другомъ частномъ случаѣ. Напротивъ, если въ нашемъ будущемъ поведеніи сомнѣваются, то мы часто считаемъ это показателемъ незнанія нашего характера, а иногда даже обиду» ¹⁷⁾. 4) Безъ увѣренности, что поведеніе человѣка обусловливается заложенными въ его душу принципами, воспитаніе

¹⁶⁾ Виндельбандъ, *О свободѣ воли*, стр. 40, остроумно замѣчаетъ, что „умереть съ голоду въ такомъ положеніи, быть можетъ, участь метафизическаго осла,—настоящій оселъ ума: онъ съестъ обѣ связки, одну за другой“.

¹⁷⁾ Милль, *Система логики*, кн. I, гл. II, рус. пер. 1900, стр. 678.

дѣтей было бы совершенно невозможнымъ дѣломъ, бесплоднымъ занятіемъ.

Съ точки зрѣнія этихъ соображеній детерминистовъ опровергаются доводы индетерминистовъ. Ссылка на наше сознание обоюдоостра. Пока человекъ не совершилъ поступка, ему кажется, что онъ свободенъ въ выборѣ; когда онъ уже совершилъ его, ему кажется, что иначе онъ и поступить не могъ. Свобода воли въ поведеніи представляется намъ потому, что мы не въ состояніи учесть всѣхъ причинъ, дѣйствующихъ на нашъ выборъ. Человекъ чувствуетъ себя свободнымъ болѣе всего тогда, когда онъ наименѣе свободенъ, такъ, напр., пьяному кажется, что онъ все можетъ. Равносильныхъ совершенно мотивовъ въ жизни не бываетъ, а если сила ихъ приблизительно равна, то отсюда и создаются тѣ колебанія въ рѣшеніи, которыхъ иначе нельзя было бы объяснить. Внушеніе самому себѣ свободы дѣйствій или ихъ подчиненія закону причинности есть результатъ толчка, полученнаго извнѣ при чтеніи, при разговорѣ. Чувства отвѣтственности не существуетъ: имѣется чувство совѣсти, какъ ощущеніе нарушеннаго равновѣсія между усвоеннымъ образомъ поведенія и противорѣчающимъ ему дѣйствіемъ, и есть сознание отвѣтственности, какъ пониманіе послѣдствій, соединенныхъ съ дѣйствіемъ.

Точка зрѣнія детерминизма есть единственно научная, единственно согласуемая съ представленіемъ о мірѣ, подчиненномъ началу закономерности. Конечно, я дѣйствую такъ, какъ хочу, — само дѣйствіе, составляя внѣшнее выраженіе воли, предполагаетъ такое соотношеніе между дѣйствіемъ и волею. Загипнотизированный не дѣйствуетъ, а имъ дѣйствуютъ. До сихъ поръ взгляды индетерминистовъ и детерминистовъ сходятся. Но почему человекъ хочетъ именно такъ дѣйствовать, а не иначе? Здѣсь и начинается расхожденіе точекъ зрѣнія. Для индетерминиста это вопросъ неумѣстный. Нельзя спрашивать о причинѣ хотѣнія, потому что воля автономна. Для Канта свобода есть способность начинать отъ себя рядъ послѣдовательныхъ состояній. Слѣдовательно, воля не звено въ безконечной цѣпи, а начало цѣпи дѣйствій. Конечно, такой взглядъ не можетъ быть принятъ. Самъ Кантъ достигаетъ независимости воли человека отъ закона при-

чинности героической мѣрой разсѣченія человѣка на-двое: на эмпирическаго и умопостигаемаго человѣка. Наблюденіе на каждомъ шагу показываетъ намъ, какъ воля человѣка обуславливается даже физическими причинами, напр., состояніемъ здоровья. А если она способна въ нѣкоторыхъ случаяхъ поддаваться причинности,—она не свободна по своей сущности.

Въ волевомъ актѣ мы наблюдаемъ три момента: а) пробужденіе потребности или желанія, б) выборъ дѣйствія подъ вліяніемъ различныхъ представленій, с) дѣйствіе. У дикаря замѣчается почти непосредственный переходъ отъ перваго момента къ третьему: захотѣлъ—сдѣлалъ. При ощущеніи голода онъ тянется къ пищѣ, не считаясь съ тѣмъ, кому она принадлежитъ; при ощущеніи обиды онъ бросается на врага, не учитывая соотношенія силъ и послѣдствій. Чѣмъ культурнѣе человѣкъ, тѣмъ большую роль играетъ въ его поведеніи второй моментъ. Рядъ представленій встаетъ между желаніемъ и дѣйствіемъ,—рядъ удлиняется и осложняется. При этомъ въ этомъ ряду нѣкоторыя представленія осѣдаютъ и становятся постоянными, даютъ основу характеру человѣка. Къ нимъ присоединяются случайныя представленія, которыя врываются, переплетаются съ постоянными. то расходясь съ ними, то дѣйствуя въ одномъ съ ними направленіи. Чѣмъ тверже постоянныя представленія, тѣмъ устойчивѣе поведеніе человѣка. Чѣмъ болѣе доступа и простора случайнымъ представленіямъ, тѣмъ большимъ колебаніямъ подвержено поведеніе человѣка, тѣмъ больше неожиданностей можетъ оно дать. Но всѣ представленія, какъ постоянныя, такъ и случайныя, воздѣйствуя на волю, какъ мотивы (причины), сами создались въ психикѣ человѣка подъ вліяніемъ извѣстныхъ причинъ. Поэтому поведеніе человѣка есть необходимый результатъ всѣхъ предшествующихъ.

Выборъ возможенъ только между двумя взглядами: или воля свободна, т.-е. въ противоположность тому, что совершается въ мірѣ, не обусловлена сама причинами, или же воля, какъ и все въ мірѣ, полностью подчинена причинности. Но въ послѣднее время усиленно выдвигается стремленіе найти примирительную точку зрѣнія, при которой можно было бы согласовать причинность или необходимость со свободой. Въ причинной цѣпи со-

стояній обособляютъ характеръ человѣка и утверждаютъ, что человѣкъ настолько свободенъ въ выборѣ своихъ дѣйствій, насколько воля обуславливается его характеромъ. «Свобода выбора, по словамъ Виндельбанда, есть опредѣленіе поступковъ характеромъ; поэтому мы называемъ ее также иногда самоопредѣленіемъ или автономіей»¹⁸⁾ «Мы или нашъ характеръ», говоритъ Челпановъ, «есть истинная причина даннаго дѣйствія»¹⁹⁾. «Ходъ событій опредѣляется, по мнѣнію Хвостова, не только внѣшними условіями, но и отличительными чертами психическаго склада каждой дѣйствующей личности, тѣмъ, что называется его характеромъ»²⁰⁾. Детерминисты, отставая причинность въ поведеніи человѣка, имѣли въ виду не только физическую, но и психическую причинность. Что же достигается отдѣленіемъ характера, какъ условія свободной воли? Съ точки зрѣнія представителей разсматриваемаго примирительнаго направленія, рядъ состояній, физическихъ и психическихъ, предшествующихъ данному дѣйствію, разрѣзается на двѣ части. До образованія характера дѣйствуетъ законъ причинности, такъ какъ характеръ есть результатъ наслѣдственности и воздѣйствія соціальной среды. Послѣ этого момента причинность какимъ-то образомъ прерывается и открывается царство автономной воли, гдѣ человѣкъ пользуется свободой выбора. Но, если характеръ есть причина нашего дѣйствія, а самъ характеръ складывается подѣ дѣйствіемъ внѣшнихъ причинъ, гдѣ же свобода? Примирить непримиримое, свободу и необходимость—невозможная задача.

Стремленіе найти, вмѣсто свободной воли, необходимую свободу вызывается главнымъ образомъ опасеніемъ попасть изъ детерминизма въ фатализмъ. Для фаталиста всѣ событія predetermined, а потому все совершается такъ, какъ суждено было совершиться и иначе совершиться не могло. Предопредѣленнаго предотвратить нельзя, и бесполезны всякія усилія бороться противъ предназначеннаго. Будетъ ли человѣкъ избѣгать или ничего не будетъ дѣлать—результатъ тотъ же. Фаталистъ беретъ пистолетъ и стрѣляетъ себѣ въ лобъ: если ему суждено

¹⁸⁾ Виндельбандъ, *О свободѣ воли*, стр. 61.

¹⁹⁾ Челпановъ, *Введеніе въ философію*, изд. 3, стр. 476.

²⁰⁾ Хвостовъ, *Нравственная личность и общество*, стр. 109.

умереть, пуля пробьетъ ему голову, не суждено—будетъ осѣчка или что-нибудь другое препятствующее ²¹⁾). Но это нелѣпный выводъ,—дѣйствіе чловѣка само входитъ въ цѣпь событій и спутываетъ всѣ расчеты. Осѣдающая гора должна со временемъ обрушиться,—по закону причинности, но паденіе ея не составляетъ predetermined безусловной необходимости. Если чловѣкъ подпретъ ее стѣной,—паденіе можетъ не произойти; законъ причинности не отмѣненъ, но къ прежде дѣйствующимъ причинамъ присоединилась еще одна причина, противодѣйствующая. Сочиненіе крупнаго писателя или рѣчь большого оратора составляютъ результатъ предшествующихъ причинъ, но сами они въ свою очередь являются причиною получаемыхъ впечатлѣній, испытываемыхъ переживаній, рѣзкихъ перемѣнъ въ характерахъ, совершенно новыхъ проявленій дѣятельности.

Посмотримъ теперь, какъ же обосновывается уголовная отвѣтственность съ точки зрѣнія защитниковъ свободной воли. Почему вмѣняется преступнику въ вину совершенное имъ дѣяніе?

Связь отвѣтственности со свободой воли создавалась на почвѣ объясненія того, какъ могъ войти въ міръ грѣхъ при благодати Бога. Если все соединено началомъ причинности и міръ существуетъ по волѣ его Творца, то пришлось бы первопричиной зла признать Бога. Избѣгая такого вывода, мысль останавливается на свободной волѣ, дарованной чловѣку Богомъ. Чтобы заслужить, чловѣкъ долженъ самъ дѣлать выборъ между добромъ и зломъ. Позднѣе свобода воли стала обоснованіемъ нравственной отвѣтственности, почему и говорятъ иногда, вмѣсто свободной, о нравственной волѣ. Наконецъ, по связи этики съ правовѣдѣніемъ, съ представленіемъ о преступленіи, какъ о безнравственномъ дѣяніи, и уголовная отвѣтственность получила то же обоснованіе, что и нравственная.

Наиболѣе ярко построена уголовная отвѣтственность на свободѣ воли въ лицѣ Спасовича. «Если нѣтъ свободы», говоритъ онъ, то нельзя никого за дѣяніе его винить, а если нѣтъ вмѣненія, то не можетъ быть ни отвѣтственности, ни наказанія». Чловѣкъ свободенъ въ управленіи и распоряженіи данными ему

²¹⁾ Таковъ взглядъ Вувича въ бермовтовскомъ „Фаталистѣ“.

отъ природы физическими и психическими способностями. «Онъ можетъ требовать отъ своего ума, чтобы умъ вникалъ и работалъ; отъ фантазіи, чтобы она творила; онъ можетъ сказать страсти, чтобы она умолила, сердцу, чтобы оно не билось, волѣ, чтобы она того, а не другого желала; изъ многихъ противоположныхъ, склоняющихъ его къ дѣйствию, мотивовъ онъ можетъ выбрать тотъ или другой и дать ему надъ другими перевѣсъ». «Состояніе человѣка, въ которомъ по присутствію въ немъ сознанія онъ внутренно свободенъ, такъ что совершаемыя имъ дѣйствія могутъ быть относимы на его счетъ, ставимы ему въ вину, называется состояніемъ вмѣняемости» ²²⁾.

При разсмотрѣніи теоріи отвѣтственности, основанной на свободѣ воли, обращаютъ на себя вниманіе слѣдующія обстоятельства: а) теоретическая постановка всецѣло подсказывается практической проблемой, притомъ неправильно поставленной; б) правовая отвѣтственность человѣка опредѣляется съ индивидуальной точки зрѣнія; в) наказаніе возлагается за то, что человѣкъ сдѣлалъ неправильный выборъ, а не для того, чтобы онъ не дѣлалъ или другіе не дѣлали неправильнаго выбора.

Какъ же можетъ быть обоснована отвѣтственность человѣка при отрицаніи свободной воли, при распространеніи на внутренній міръ человѣка общаго закона причинности?

Противопоставляя взгляду индетерминистовъ свою формулу отвѣтственности, Ферри излагаетъ ее такими словами: «дѣянія человѣка могутъ быть ему вмѣнены и, слѣдовательно, онъ является отвѣтственнымъ за нихъ, потому что онъ живетъ въ обществѣ» ²³⁾. Въ такомъ видѣ формула недостаточна, но она подчеркиваетъ одно, въ высшей степени важное обстоятельство: отвѣтственность человѣка мыслима только съ соціальной, а не съ индивидуальной точки зрѣнія. Отвѣтственность есть не что иное, какъ реакція общества противъ индивида, идущаго въ разрѣзъ съ тѣмъ, что оно признало для себя полезнымъ. Такова именно нравственная отвѣтственность человѣка. Правовая отвѣтственность есть реакція государства противъ гражданина, поведеніе котораго не согласуется съ тѣмъ, что государственная власть признала полезнымъ.

²²⁾ Спасовичъ, *Учебникъ уголовного права*, т. I, 1863, стр. 114 и 116.

²³⁾ Ферри, *Уголовная социология*, стр. 368, см. еще стр. 370.

Представимъ себѣ смерть въ слѣдующихъ четырехъ случаяхъ: отъ упавшаго въ лѣсу дерева, отъ бѣшеннoй собаки, отъ сумасшедшаго и отъ разбойника. Во всѣхъ случаяхъ результатъ, смерть, произошелъ по одному и тому же закону причинности. Но общественная реакція во всѣхъ этихъ случаяхъ будетъ различная. Дерево оставить тамъ, гдѣ оно лежитъ, собаку пристрѣлять, опаснаго сумасшедшаго посадить въ больницу, разбойника осудить на каторгу. Отчего же такое различіе въ реакціи? Въ первомъ случаѣ опасности болѣе нѣтъ, въ остальныхъ случаяхъ она сохраняется, и общество (государство) считаетъ необходимымъ обезопасить себя отъ повторенія такихъ событий. Собака не членъ общества—ее просто уничтожаютъ. Сумасшедшій и разбойникъ—люди, угрожающіе обществу (государству) вредомъ. Но сумасшедшій, у котораго желаніе умертвить перешло немедленно въ дѣйствіе, не могъ находиться подъ впечатлѣніемъ представленія объ угрозѣ, содержащейся въ уголовномъ законѣ. Наказаніе его не произвело бы впечатлѣнія ни на него самого, ни на другихъ. Напротивъ, разбойникъ зналъ о возможности наказанія, но представленіе о немъ оказало, какъ мотивъ, меньшее дѣйствіе на его психику, нежели представленіе объ удовольствіи, соединенномъ съ добытыми деньгами. Называя его, общество (государство) усиливаетъ въ немъ дѣйствіе создавшаго правомъ мотива, а также во всѣхъ другихъ, въ представленіи которыхъ встаетъ неизбежность наказанія за преступленіе.

Подвергая уголовной отвѣтственности путемъ угрозы наказаніемъ и выполненія его, общество (государство) обезпечиваетъ себя отъ возможныхъ вредныхъ ему дѣйствій со стороны своихъ членовъ. Пусть человѣкъ совершилъ поступокъ, который строго опредѣляется всѣми предшествующими данными.—но также, по такому же закону причинности, побуждаемое чувствомъ самосохраненія, дѣйствуетъ и общество (государство). Если преступникъ вынужденъ былъ къ преступленію, то и общество (государство) вынуждено къ наказанію. Въ цѣль мотивовъ (причинъ), воздѣйствующихъ на человѣка въ его поведеніи, вводится закономъ новый мотивъ, представленіе о наказаніи возможномъ, о наказаніи уже испытанномъ, о наказаніи въ его реально воспринятой формѣ. Но такой

способъ воздѣйствія предполагаетъ, какъ непремѣнное условіе, причинность. Если поведеніе человѣка не опредѣляется причинами, то бесполезно вызывать въ немъ представленіе о наказаніи, такъ какъ, при свободѣ воли, онъ дѣйствуетъ такъ, какъ хочетъ, а не такъ, какъ на его хотѣніе воздѣйствуютъ мотивы (причины). И дѣйствительно, въ такомъ положеніи находятся: дѣти, сумасшедшіе, люди въ состояніи сна, крайняго опьянѣнія или аффекта. Всѣ они признаются невмѣняемыми, хотя бы ихъ дѣйствія были вредны обществу (государству), потому что по закону причинности они не поддаются правовому на нихъ воздѣйствію.

Съ этой и только съ этой точки зрѣнія становится приемле-
мой лучшая формула вмѣняемости, данная Таганцевымъ и выра-
женная имъ отрицательно: «не вмѣняется въ вину преступное
дѣяніе, учиненное лицомъ, которое не могло во время учиненія
дѣянія понимать свойства или значенія имъ совершаемаго, или
руководить своими поступками»²⁴).

§ 70.

Гражданское правонарушеніе.

Литература: Liszt, *Die Deliktobligationen des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1898; Müller, *Begriff der unerlaubten Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, 1900; Jung, *Delikt und Schadenverursachung*, 1897; Linkelmann, *Schadenersatzpflicht und unerlaubte Handlungen*, 1898; Fischer, *Der Schaden*, 1903; Lammasch, *Handlung und Erfolg* (Z. f. Pr. u. Off. R. 1882); Kipp, *Ueber Begriff der Rechtsverletzung*, 1910; Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904; Randa, *Die Schadenersatzpflicht nach oesreichischem Rechte*, 1907; Salmond, *Jurisprudence*, 6 изд. 1907, стр. 323—390; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10 изд. 1908, стр. 312—327; Markby, *Elements of Law*, 6 изд. 1905, стр. 292—370.

Гражданскимъ правонарушеніемъ признается дѣйствіе, воспре-
ищенное закономъ подъ страхомъ вознагражденія потерпѣвшему
лицу причиненнаго ему вреда.

Разсматривая характерныя черты даннаго сейчасъ опредѣле-
нія, мы прежде всего видимъ, что гражданское правонарушеніе

²⁴) Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1908, стр. 411; принята въ Уголовномъ Уложеніи (ст. 39), однако, съ нѣкоторымъ развитіемъ.

предполагаетъ незаконное дѣйствіе, нарушающее нормы объективнаго права. Признакъ незаконности дѣйствія отличаетъ гражданское правонарушеніе отъ юридической сдѣлки. Подъ именемъ юридической сдѣлки понимается дѣйствіе, непосредственно направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическаго отношенія, напр., заключеніе договора, составленіе завѣщанія. Сходство между правонарушеніемъ и сдѣлкой обнаруживается въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ а) имѣется волеизъявленіе, б) влекущее за собой опредѣленные юридическія послѣдствія. Различіе между ними обнаруживается въ цѣли, какую ставить себѣ воля. Въ юридической сдѣлкѣ воля направлена на юридическое послѣдствіе, напр., на приобрѣтеніе права собственности, тогда какъ въ гражданскомъ правонарушеніи воля направлена на фактическое послѣдствіе, напр., на приобрѣтеніе вещи, но вызываетъ юридическое послѣдствіе, наступающее помимо воли, — возвращеніе вещи, возмѣщеніе убытковъ, быть можетъ наказаніе.

Гражданское правонарушеніе, сходное съ преступленіемъ по незаконности состава дѣйствія, отличается отъ него, какъ мы уже видѣли, по вызываемымъ имъ послѣдствіямъ. Одно и то же дѣйствіе можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ и наказаніе и вознагражденіе вреда, являясь одновременно преступленіемъ и гражданскимъ правонарушеніемъ, напр., кража, поджогъ. Устраненіе одного изъ послѣдствій не влечетъ за собою непременно отпаденія и другого послѣдствія. Если уголовный судъ призналъ убійцу невиновнымъ, это еще не освобождаетъ обвиняемаго отъ обязанности вознагражденія за вредъ, причиненный семьѣ его жертвы, если только судъ не отвергъ самаго факта убійства. И, наоборотъ, отказъ въ гражданскомъ искѣ за недоказанностью убытковъ, не освобождаетъ обвиняемаго отъ наказанія, если судъ признаетъ его виновнымъ.

Такъ какъ гражданское правонарушеніе основывается на незаконномъ дѣйствіи, то гражданскаго правонарушенія не можетъ быть тогда, когда а) дѣйствіе состояло въ осуществленіи права, хотя бы и причинившемъ другому вредъ; б) когда дѣйствіе выражается въ исполненіи служебнаго долга, напр., когда пожарные, заливая водою огонь, портятъ вещи, находящіяся въ квар-

тирѣ; с) когда дѣйствіе ограничивалось необходимой обороной; d) когда дѣйствіе было совершено съ согласія потерпѣвшаго, напр., если врачъ отрѣзалъ съ вѣдома больного поврежденную руку.

Какъ въ наукѣ, такъ и въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, напр., германскомъ, отличаютъ гражданское правонарушеніе отъ нарушенія договора. Различіе между ними усматривается обыкновенно въ томъ, что гражданское правонарушеніе вызываетъ болѣе строгую оцѣнку, нежели нарушеніе договора; что въ гражданскомъ правонарушеніи вина доказывается, а въ нарушеніи договора она предполагается; что вознагражденіе вреда въ гражданскомъ правонарушеніи дается болѣе полное, нежели въ нарушеніи договора. Но эти моменты не могутъ служить различительными признаками между гражданскимъ правонарушеніемъ и нарушеніемъ договора, потому что въ самомъ гражданскомъ правонарушеніи наблюдается различіе въ оцѣнкѣ, въ доказываніи вины и въ объемѣ вознагражденія. Это несущественное различіе не можетъ во всякомъ случаѣ противостоятъ основному сходству гражданского правонарушенія и нарушенія договора: то и другое составляютъ дѣйствія, воспрещенныя закономъ подѣ страхомъ вознагражденія вреда, то и другое составляютъ нарушенія права, т.-е. правонарушенія, сопровождаемыя вознагражденіемъ вреда, т.-е. гражданскія правонарушенія. Представимъ себѣ, что отдана шуба на сохраненіе, которая оказалась поврежденною,—можно потребовать вознагражденія за вредъ и на основаніи поврежденія чужой вещи и на основаніи неисполненія принятой на себя по договору обязанности.

Вторымъ характернымъ признакомъ гражданского правонарушения служитъ то, что оно, составляя нарушеніе объективнаго права, является въ то же время нарушеніемъ субъективнаго права потерпѣвшаго лица. Гражданскаго правонарушения нѣтъ, пока не обнаружено вторженіе въ область частныхъ интересовъ, охраненныхъ субъективнымъ правомъ. Такъ русское законодательство обосновываетъ обязанность вознагражденія вреда тѣмъ общимъ принципомъ, что «никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ»¹⁾,—но принадлежать потерпѣвшему могутъ только субъективныя права.

¹⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 574.

Если не ограничить понятие о гражданском правонарушении одновременным нарушением объективного и субъективного права и распространить его на все случаи, когда страдают интересы граждан от нарушения нормы объективного права, то пришлось бы установить вознаграждение за вред при всех незаконных действиях. Признавъ, что правовой порядок установлен в общем интересе, мы неизбежно придем к выводу, что всякое его нарушение, способное отразиться материально на каждом гражданине, вызывает последствия гражданского правонарушения, напр., государственная измена, казнокрадство. Другими словами, каждый в таких случаях мог бы искать вознаграждения за вред. Такой вывод был бы явно несообразенъ. Мы можем себе представить случаи, когда купец терпит убытки от того, что его конкурент доставит товары контрабандным путем; когда семья приходит в состояние материального расстройства от того, что кто-то за взятку уклонился от воинской повинности, последствием чего было отнятие у семьи работника; когда домовладелец страдает от последствий несоблюдения соседом правил строительного устава, напр., по высотам дымовых трубъ. Но ни в одном из этих случаев нет нарушения субъективного права. Поэтому такие нарушения могут вызвать наказание виновных, но не вознаграждение за вред.

Съ другой стороны, действие, нарушающее чье-либо субъективное право, одновременно способно задеть интересы других лиц. Напр., при поджоге дома, совершенном одним из квартирантов с целью получения страхового вознаграждения за домашнюю обстановку, страдают интересы не только собственника дома, но и других квартирантов, оставшихся среди зимы без квартир, управляющего домом, дворниковъ, лишившихся своего заработка. Но интересы всех этих лиц не обеспечены субъективным их правом против поджигателя. Следовательно, гражданское правонарушение, предполагающее нарушение субъективного права, не распространяется своими последствиями на все те интересы, которые страдают от незаконного действия, насколько они не защищены субъективным правом.

Если гражданское правонарушение предполагает нарушение

субъективнаго права, какъ объяснить вознагражденіе за вредъ, которое падаетъ на виновника смерти, поврежденія въ здоровьи, лишенія свободы, оскорбленія чести другого лица? Законодательства не знаютъ субъективныхъ правъ на жизнь, здоровье, свободу, честь. Какимъ же образомъ незаконное дѣйствіе, направленное противъ этихъ благъ, создаетъ гражданское правонарушенье? Необходимо прежде всего различить въ составѣ вознагражденія за вредъ, причиняемый такими дѣйствіями, два элемента: а) возмѣщеніе расходовъ и б) обезпеченіе существованія. Относительно первой части сомнѣній нѣтъ: если незаконное дѣйствіе вызываетъ расходы, напр., на леченіе, похороны, то это вторженіе въ сферу юридически защищаемыхъ интересовъ, которое поэтому создаетъ обязанность вознагражденія. Труднѣе объяснить, почему незаконное дѣйствіе, не задѣвающее охраненнаго субъективнымъ правомъ блага, порождаетъ обязанность обезпечить матеріальныя условія существованія. Убить Иванъ, лишенный жизни, а требуетъ жена его Марія, чтобы убійца обезпечилъ ея жизнь съ матеріальной стороны. То обстоятельство, что жена имѣла право требовать отъ убитаго мужа содержанія, нисколько не разъясняетъ дѣла: ей принадлежало субъективное право въ отношеніи опредѣленнаго лица, а незаконное дѣяніе было направлено противъ ея мужа и лишь косвенно отразилось на ней. Другой случай. При изнасилованіи дѣвушки незаконное дѣйствіе направлено противъ женской чести, а послѣдствіемъ его является обезпеченіе матеріальнаго существованія. Ясно, что вознагражденіе совершенно не соответствуетъ тому благу, какое было охранено правомъ.

Послѣдній вопросъ приводитъ насъ къ третьему признаку гражданскаго правонарушенія—къ наличности вреда. Чтобы могло наступить послѣдствіе, соединяемое съ гражданскимъ правонарушениемъ, т. е. вознагражденіе за вредъ, необходима наличность вознаграждаемаго вреда. Такъ какъ вознагражденіе производится только деньгами, то и вознаграждаемый вредъ долженъ подлежать денежной оцѣнкѣ.

Вредъ можетъ выразиться въ дѣйствительномъ ущербѣ и въ потерянной выгодѣ. Дѣйствительный ущербъ имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество потерпѣвшаго потеряло въ своей цѣн-

ности сравнительно съ тѣмъ, что оно представляло до наступленія вредоноснаго дѣйствія. Таковы случаи уничтоженія вещи, напр., убитая трамваемъ лошадь; поврежденія вещи, напр., попорченный отъ столкновенія экипажъ; присвоенія вещи, напр., кража лошади или экипажа. Потерянная выгода имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество потерпѣвшаго потеряло въ своей цѣнности, сравнительно съ тѣмъ, что оно представляло бы безъ наступленія вредоноснаго дѣйствія. Таковы случаи поврежденія огнемъ товаровъ, заготовленныхъ фабрикантомъ, которые онъ продалъ бы по цѣнѣ выше заготовочной; пустующихъ вслѣдствіе поджога дома квартиръ, плата за которыя составила бы доходъ домовладѣльца. Но при этомъ принимается во вниманіе та выгода, которая должна была бы получиться при обыкновенномъ ходѣ дѣла, а не однѣ надежды на возможныя прибыли. Напр., если изорванъ въ клочки выигранный билетъ, собственникъ его можетъ рассчитывать на биржевую цѣну билета съ присоединеніемъ текущихъ купоновъ по день вознагражденія, но не на выигрышъ въ 200.000.

При посягательствахъ на жизнь и здоровье человѣкъ, непосредственно пострадавшій, напр., вслѣдствіе утраченной или ослабленной трудоспособности, или близкія ему лица, которымъ онъ по праву долженъ былъ доставлять пропитаніе и содержаніе, испытываютъ ухудшеніе въ матеріальныхъ условіяхъ существованія сравнительно съ тѣмъ, какими они пользовались до вредоноснаго дѣйствія. Это даетъ нѣкоторое объясненіе поставленному выше вопросу.

При опредѣленіи вреда приходится становиться на точку зрѣнія объективнаго интереса. Вредъ таковъ, какимъ онъ признается по оцѣнкѣ всѣхъ, а не лично потерпѣвшаго. Субъективный интересъ—совершенно неуловимъ. Мнѣ дорого кольцо, подаренное моею покойной матерью и, конечно, цѣнность его для меня не стоитъ ни въ какомъ отношеніи съ вѣсомъ золота и цѣною его у ювелира. Мнѣ дорога книга съ собственноручною надписью любимаго писателя и, если кто-нибудь зачитаетъ ее, я не могу примириться съ предложеніемъ мнѣ другого экземпляра, купленнаго въ книжномъ магазинѣ. Но какъ учесть такой субъективный интересъ? Какимъ способомъ установить судъ наличность такого интереса и

его высоту? Если въ вещи мнѣ дорого то, что незамѣнимо, что индивидуально, то причиненный мнѣ вредъ вознаградимъ со стороны тѣхъ средствъ, какими располагаетъ право. Меня не удовлетворяютъ 15 рублей, предложенные мнѣ за золотое кольцо матери. А могутъ ли меня удовлетворить сто? И если я удовлетворяюсь этой суммой денегъ, то былъ ли у меня въ дѣйствительности субъективный интересъ и велика ли ему цѣна?

Здѣсь мы подошли къ вопросу о нравственномъ вредѣ. Существуетъ убѣжденіе, что вознагражденію подлежитъ не только имущественный вредъ, причиняемый незаконнымъ дѣйствіемъ, но и нравственный вредъ, даже этотъ одинъ, при отсутствіи перваго. Подъ именемъ нравственнаго вреда понимаются тѣ душевныя страданія, какія можетъ испытать человѣкъ отъ незаконнаго дѣйствія другого лица. Говорятъ, что этотъ вредъ также оцѣнимъ на деньги. Напр., человѣкъ, о семейной жизни котораго газета рассказала нѣчто позорное, хотя и вѣрное, требуетъ отъ нея вознагражденія за поруганную честь; мужъ предъявляетъ къ любовнику своей жены искъ о вознагражденіи за муки ревности; лакей въ ресторанѣ, гдѣ подкутившій богачъ вымазалъ ему лицо соусомъ, предъявляетъ денежный счетъ за оскорбленіе личности. Практика англійскихъ и французскихъ судовъ даетъ въ этомъ отношеніи богатый матеріалъ по вопросу о вознагражденіи за нравственный вредъ, тогда какъ германскіе суды, напротивъ, крайне сдержаны въ вопросахъ этого рода.

Можно ли говорить о нравственномъ вредѣ, какъ элементѣ гражданскаго правонарушенія? Можно ли признать допустимымъ денежное вознагражденіе нравственнаго вреда?

Такое сопоставленіе нравственнаго вреда и денежнаго вознагражденія полно внутренняго противорѣчія. Нравственный вредъ—это именно тотъ, который не поддается денежной оцѣнкѣ. Если онъ поддается, то это уже не нравственный вредъ, а только имущественный. Что же имѣеть въ виду въ этомъ случаѣ денежное вознагражденіе? Наказать ли виновнаго, дабы другимъ не повадно было, или удовлетворить потерпѣвшаго? Если первое, то этой цѣли служить наказаніе, выполняемое въ интересахъ государства, а не въ интересѣ потерпѣвшаго, по общественному масштабу, а не по частному. Если второе, то удовлетвореніе нрав-

ственного вреда, соединеннаго съ душевными страданіями отъ потери невознаграждаемаго, невозможно.

Вознагражденіе за нравственный вредъ открываетъ широкій просторъ судейскому произволу. По существу гражданскаго правонарушенія судъ при оцѣнкѣ имущественнаго вреда ставитъ своею задачею взять изъ имущества виновнаго эквивалентъ для покрытія изъяна въ имуществѣ потерпѣвшаго. Но во что можетъ судъ оцѣнить на деньги нравственныя страданія, испытанныя отъ терзаній ревности, отъ потери любимаго человѣка, отъ оскорбленія личнаго достоинства? Оцѣнить ли онъ переписку жены съ любовникомъ въ 100 рублей или въ 100.000 рублей? Можетъ ли судъ величину денежнаго вознагражденія ставить въ зависимость отъ матеріальнаго положенія потерпѣвшаго, поднимая вознагражденіе для адвоката, ученаго, помѣщика и понижая ее для рабочаго, крестьянина? По самому существу вознагражденіе за нравственный вредъ приобретаетъ карательный характеръ съ худшими его свойствами, потому что благо, отнимаемое отъ виновнаго въ наказаніе, поступаетъ въ частную пользу потерпѣвшаго.

Вознагражденіе за нравственный вредъ есть само нравственный вредъ. Оно не только не возстановляетъ нарушеннаго равновѣсія, но само его усиливаетъ. Нравственный вредъ допускаетъ только нравственное удовлетвореніе: приговоръ общественнаго мнѣнія, приговоръ государственнаго или третейскаго суда. Законодательство, устанавливающее принципъ денежной вознаградимости нравственнаго вреда, вызываетъ безнравственные мотивы въ представленіи своихъ гражданъ. Нужно проникнуться глубокимъ презрѣніемъ къ личности человѣка, чтобы внушать ему, что деньги способны дать удовлетвореніе всякимъ нравственнымъ страданіямъ. Переложеніе моральнаго вреда на деньги есть результатъ буржуазнаго духа, который оцѣниваетъ все на деньги, который считаетъ все продажнымъ.

Вознагражденіе за вредъ, какъ юридическое послѣдствіе гражданскаго правонарушенія, предполагаетъ причинную связь между незаконнымъ дѣйствіемъ и вредомъ. Причиненіе—четвертый признакъ гражданскаго правонарушенія.

Можно себѣ представить незаконное дѣйствіе, не сопровождаемое матеріальнымъ вредомъ, напр., кто-то проѣхалъ верхомъ че-

резь чужой паркъ безъ разрѣшенія собственника. Возможно, что вредъ есть, а незаконнаго дѣйствія нѣтъ, напр., нанявшій торговое помѣщеніе не занялъ его въ первый же день, когда оно было предоставлено нанимателю, а между тѣмъ оно испорчено огнемъ отъ неосторожности дворника. Можно представить себѣ, что имѣются незаконное дѣйствіе и вредъ, а гражданскаго правонарушенія все же не будетъ: лошади, нанятые для отъѣзда къ вечеру съ дачи, своевременно не были доставлены, а между тѣмъ забравшіеся ночью на дачу громилы совершили убійство. Не существуетъ въ данномъ примѣрѣ связи между однимъ явленіемъ и другимъ. Гражданское правонарушеніе предполагаетъ такое сосуществованіе незаконнаго дѣйствія и вреда, которое обнаружило бы между ними причинную связь. При такой послѣдовательности двухъ этихъ явленій возникаютъ вопросы: насколько незаконное дѣйствіе есть причина вреда и насколько вредъ есть слѣдствіе незаконнаго дѣйствія.

Возьмемъ такіе примѣры. Швейцаръ повѣсилъ вѣренное ему осеннее пальто у самой печки, отчего оно сгорѣло; собственникъ пальто, извѣстный пѣвецъ, вынужденъ былъ отправиться домой въ сырую погоду безъ пальто и простудился, результатомъ чего была отмѣна назначеннаго концерта. Что здѣсь соединено причинною связью? Ограничивается ли причиненный швейцаромъ вредъ цѣлностью сгорѣвшаго пальто или распространяется на расходы по леченію? Можно представить себѣ еще болѣе длинный рядъ послѣдовательныхъ событій. Въ лѣсу происходитъ порубка; объѣздчикъ пытается задержать порубщика, но тотъ спасается бѣгствомъ; стрѣляя въ него, объѣздчикъ попадаетъ въ рабочаго, собиравшаго въ кустахъ грибы съ разрѣшенія помѣщика, и ранить его; раненаго объѣздчикъ на рукахъ понесъ въ больницу, но на мосту съ ношей проваливается въ воду; объѣздчикъ выплываетъ, а раненый, вслѣдствіе раны, хотя и хорошій пловецъ, идетъ ко дну; послѣ него остается семья безъ куска хлѣба, и т. д. Гдѣ въ этой цѣпи два явленія, незаконное дѣйствіе и вредъ, связываются причинною связью и образуютъ гражданское правонарушеніе?

Надо замѣтить, что гражданскія законодательства весьма осторожно отклоняютъ отъ себя рѣшеніе вопроса о причинной связи,

оставляя его всецѣло наукѣ и практикѣ. Съ другой стороны, слѣдуетъ замѣтить, что вопросъ о причинной связи имѣетъ одинаковое рѣшеніе и одинаковую постановку въ гражданскомъ и въ уголовномъ правѣ ²⁾.

«Повятіе о причинности относится къ явленіямъ природы, это не специально юридическое понятіе, но общее всеѣмъ наукамъ, естественнымъ и моральнымъ» ³⁾ Обращаясь къ логикѣ, мы находимъ слѣдующее опредѣленіе причины, даваемое Миллемъ. «Говоря философски, причина есть полная сумма положительныхъ и отрицательныхъ условій явленія, взятыхъ вмѣстѣ, вся совокупность всякаго рода случайностей, наличность которыхъ неизмѣнно влечетъ за собой слѣдствіе» ⁴⁾.

На этой общеприродной почвѣ стремится утвердить свои выводы для права теорія равноцѣнности условій, развитая Бури ⁵⁾ и поддержанная Листомъ ⁶⁾. Для юридической оцѣнки всѣ условія наступленія послѣдствія равноцѣнны. Причинно слѣдуетъ признавать всякое условіе, которое нельзя мысленно выпустить безъ того, чтобы не отпало наступившее послѣдствіе. Предположимъ, что одно изъ условій не существовало. Если данное послѣдствіе все равно наступило бы,—это не причина; если же послѣдствіе не наступило бы—значитъ это причина (*conditio sine qua non*). Все послѣдствіе можетъ быть сведено къ каждому изъ условій, а слѣдовательно, и къ интересующему юриста незаконному дѣйствію. Обращаясь къ нашимъ примѣрамъ, спросимъ себя, пришлось ли бы потерять сборъ съ концерта, если бы не небрежность швейцара, повѣсившаго пальто слишкомъ близко къ печкѣ; осталась ли бы семья крестьянина безъ средствъ, если бы не порубка въ лѣсу? Такъ какъ приходится отвѣтить на эти вопросы отрицательно, то получится выводъ, что тотъ и другой вредъ причинены дѣйствіями швейцара и порубщика. Практическіе выводы теоріи равноцѣнности условій оказываются слиш-

²⁾ Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. II, стр. 472.

³⁾ Traeger, *Der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht*, стр. 38.

⁴⁾ Милль, *Система логики*, пер. 1900, стр. 265.

⁵⁾ Buri, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*. 1885.

⁶⁾ Liszt, *Die Delictobligation des bürgerlichen Gesetzbuches*, 1898; *Lehrbuch des Strafrechts*, § 29.

комъ суровыми въ уголовномъ правѣ и явно несправедливыми въ гражданскомъ правѣ. При принятіи этой точки зрѣнія уголовная и гражданская отвѣтственность шли бы въ безконечность. Идя въ этомъ направленіи, можно признать родителей вора, родившихъ и воспитавшихъ его, отвѣтственными за произведенную имъ кражу.

Теорія выдѣляемаго условія отрицаетъ равноцѣнность всѣхъ условій и считаетъ возможнымъ выдѣлить изъ совокупности предшествующихъ вредному послѣдствію событій одно въ качествѣ причины, въ тѣсномъ смыслѣ слова. Причина есть одно изъ условій, къ которому надо отнести наступившее послѣдствіе. Какому же изъ предшествующихъ можно придать рѣшающее значеніе? На это даются различные отвѣты. По мнѣнію Ортмана ⁷⁾, причиною слѣдуетъ считать ближайшее условіе наступившаго послѣдствія (*die letzte Bedingung*). Въ приведенномъ второмъ примѣрѣ смерть раненаго, съ этой точки зрѣнія, слѣдовало бы приписать тому, что вода залила легкія, т.-е. естественному условію. Предупреждая такой выводъ, Ортманъ предлагаетъ для юридическихъ цѣлей имѣть въ виду послѣднее дѣйствіе людей, т.-е. въ данномъ примѣрѣ перенесеніе раненаго черезъ мостъ, отчего произошло паденіе всѣхъ въ воду, хотя бы въ неисправности моста былъ виноватъ помѣщикъ. По мнѣнію Биркемейера ⁸⁾, причина есть то изъ условій послѣдствія, которое болѣе другихъ условій содѣйствовало наступленію послѣдствія (*die wirksamste Bedingung*). Если запрещенное послѣдствіе равно 12, а его условія 7, 3, 2, то 7 и есть искомая причина. Здравый смыслъ и тактъ судьи найдетъ всегда это главное условіе, какъ причину. Слѣдуетъ ли означить въ первомъ примѣрѣ цифрою 7 болѣзнь артиста или небрежность швейцара? По мнѣнію Виндинга ⁹⁾, всякое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ побѣдоносной борьбы однихъ силъ надъ другими. Причиненіе какого бы то ни было измѣненія тождественно съ измѣненіемъ равновѣсія между про-

⁷⁾ Ortman n, въ „Gerichtssaal“ за 1875 и 1876, т. 27 и 28.

⁸⁾ Birkmeyer, „Ueber Ursachebegriff und Kausalzusammenhang in Strafrecht“ (Gerichtssaal, т. 37, 1885).

⁹⁾ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2 изд. 1890, стр. 111—124, особенно 116.

тиводѣйствующими и содѣйствующими ему условіями въ пользу послѣднихъ. Причина—это положительныя условія, взявшія перевѣсъ надъ отрицательными (Gleichgewichtstheorie). Слѣдуетъ ли, согласно этому взгляду, признать, что смерть раненаго, утонувшаго въ водѣ, есть слѣдствіе раны, нанесенной ему случайно объѣздчикомъ, или слѣдствіе умышленной потравы, повлекшей за собой рядъ противодѣйствующихъ и содѣйствующихъ условій?

Разсмотрѣнная сейчасъ теорія во всѣхъ ея отгѣнкахъ принимаетъ во вниманіе связь предшествующихъ съ послѣдующими въ ихъ конкретной обстановкѣ. Въ противоположность этому теорія адекватнаго причиненія строитъ свой взглядъ на типическомъ ходѣ событій. Не то важно, что въ данномъ случаѣ событіе (незаконное дѣйствіе) вызвало такой-то рядъ послѣдующихъ, или что событіе (вредъ) имѣетъ такой-то рядъ предшествующихъ, а важно то, способно ли событіе (дѣйствіе) такого рода приводить къ послѣдствіямъ такого рода, способно ли событіе (вредъ) такого рода вызываться условіями такого рода. Причинная связь есть, если подобныя условія вообще влекутъ за собой подобныя послѣдствія (adäquate Ursache), и ея нѣтъ, если получившаяся послѣдовательность не типична (zufällige Ursache). При такой обобщающей точкѣ зрѣнія принимаются во вниманіе лишь тѣ условія, которыя имѣютъ общепризнанное значеніе, которыя можно учесть на основаніи житейскаго опыта.

Обращаясь къ нашимъ примѣрамъ съ этимъ критеріемъ, мы находимъ слѣдующее. Вѣроятность вреда для пальто, повѣшеннаго слишкомъ близко къ печкѣ, подлежитъ учету; несомнѣнность вреда отъ порубки лѣса не возбуждаетъ сомнѣнія ни въ комъ. Но никакой опытъ жизни не могъ бы дать указаній, что за вѣроятною порчею пальто послѣдуетъ отгѣна концерта, или что за несомнѣннымъ поврежденіемъ лѣса наступитъ смерть посторонняго лица. На вредѣ, причиненномъ порубкою, причинная связь (юридически важная) останавливается. Но она снова самостоятельно возобновляется на мосту, потому что помѣщикъ долженъ былъ предусмотрѣть возможность несчастныхъ случаевъ при томъ состояніи моста, которое ему, какъ собственнику, не могло не быть извѣстно.

Чья же точка зрѣнія должна быть принята во вниманіе при установленіи причинной связи? Здѣсь теорія адекватнаго при-

чиненія теряетъ единство. Одни, какъ Кризъ ¹⁰⁾, становятся на сторону субъективной точки зрѣнія и принимаютъ въ соображеніе совокупность условій, какія могъ предвидѣть самъ дѣйствовавшій передъ совершеніемъ дѣйствія. Другія, какъ Рюмелинъ ¹¹⁾, принимаютъ въ соображеніе совокупность условій, какія можно было съ объективной точки зрѣнія обнаружить по наступленіи вреднаго послѣдствія. Отклоненіемъ отъ субъективной точки является взглядъ Тона ¹²⁾, который принимаетъ во вниманіе не точку зрѣнія дѣйствовавшаго, а всякаго благоразумнаго чловѣка, поставленнаго въ его положеніе передъ дѣйствіемъ, или же, по мнѣнію Трагера ¹³⁾, точку зрѣнія самаго предусмотрительнаго чловѣка.

Въ дѣйствительности, единственно вѣрнымъ слѣдуетъ признать понятіе о причинной связи, какъ непрерывномъ рядѣ, какое дается намъ логикой. Два событія, принимаемые нами за причину и слѣдствіе въ обычномъ словоупотребленіи, расходятся въ бесконечность, въ сторону предшествующихъ условій и въ сторону послѣдующихъ результатовъ. Въ нашихъ примѣрахъ данъ рядъ длинныхъ и сложныхъ состояній и все же онъ оборванъ по обѣ стороны нашимъ незнаніемъ. Намъ не даны условія, вслѣдствіе которыхъ чловѣкъ поѣхалъ въ чужой лѣсъ нарубить дровъ для себя, намъ не даны послѣдствія, связанныя съ утратой семьей рабочаго прежней обезпеченности. Понятіе о причинной связи, устанавливаемое въ правѣ, есть кругъ явленій, искусственно ограниченный изъ общаго числа намъ извѣстныхъ. Цѣль, заставляющая вырвать изъ непрерывнаго ряда нѣкоторую часть, заключается въ установленіи отвѣтственности за незаконныя дѣйствія. Если бы мы представили себѣ мысленно такой общественный порядокъ, при которомъ имущественной отвѣтственности не существовало бы и государство принимало бы на себя задачу загладить матеріальныя послѣдствія правонарушеній,—никакого вопроса о при-

¹⁰⁾ Kries, *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit* (Vjh. f. wiss. Philosophie, 1888, т. 12).

¹¹⁾ Rümelin, *Der Zufall im Rechte*, 1890; *Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht* (Arch. f. Pr. u. Off. R., 1900, т. 99).

¹²⁾ Ton, *Der Begriff der Verursachung*, 1904.

¹³⁾ Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904.

чинной связи для гражданского права не было бы. Если понятие о причинной связи, определяющее условия и объем ответственности, есть понятие, построенное по началу телеологическому, то оно само определяется целью, его вызвавшей. Ответственность является правовым последствием, а потому и основание ее, т.-е. причинную связь, нельзя искать там, где невозможно правовое воздействие. За пределами правовой досягаемости безцельна причинная связь для юриста.

Съ этой точки зрѣнія мы должны признать, что послѣдствія незаконнаго дѣйствія, за которыя дѣйствовавшій отвѣчаетъ, не могутъ идти дальше того, что можно было предусмотрѣть въ моментъ совершенія дѣйствія на основаніи общезначительскаго опыта среднему разумному человѣку. Судъ, оцѣнивающій *ex post* происшедшее, долженъ стать на точку зрѣнія *ex ante* и не предъявлять къ человѣку требованія большей предусмотрительности, чѣмъ та, на какую рассчитываетъ законъ, обращающійся съ своими угрозами къ подчиненному ему населенію.

Въ приведенныхъ нами примѣрахъ мы должны установить, въ цѣляхъ права, причинную связь слѣдующимъ образомъ. Конечно, потеря концертнаго сбора восходитъ свою причинную зависимость къ небрежности швейцара, а матеріальная необезпеченность семьи рабочаго—къ порубкѣ. Но никакой швейцарь, сохраняющій ввѣренное ему платье, не могъ бы предусмотрѣть не только отмѣны концерта, но даже и расходовъ на леченіе, такъ же какъ ни одинъ порубщикъ не могъ бы предвидѣть всего, конкретно случившагося вслѣдствіе его поступка. Поэтому возложеніе на нихъ ответственности за всѣ послѣдствія было бы юридически безцѣльно, такъ какъ не способно было бы создать мотива поведенія. Въ виду этого причинная связь въ первомъ примѣрѣ должна ограничиться, съ одной стороны, неправильно повѣшеннымъ пальто и, съ другой стороны, поврежденіемъ его отъ огня, а во второмъ примѣрѣ—съ одной стороны, рубкой деревьевъ, и, съ другой стороны, порчею порубленныхъ деревьевъ, а послѣ перерыва причинной связи вновь, съ одной стороны, небрежнымъ содержаніемъ моста, и съ другой—лишеніемъ семьи работника средствъ существованія.

§ 71.

Гражданская отвѣтственность.

Литература: Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 2 тома, 1902; Demogue, *De la réparation civile des délits*, 1898; Muteau, *De la responsabilité civile*, 1898; Planiol, *Fondement de la responsabilité* (Rev. crit. 1905, маѣ); Puricesco, *Etude critique sur la théorie de la faute*, 1905; Fischer, *Der Schaden*, 1903; Rümppf, *Theilnahme an unerlaubten Handlungen*, 1904; Feder, *Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden*, 1902; Exner, *Ueber den Begriff der höheren Gewalt* (Z. f. Pr. u. Off. R., т. X); Schwartz, *Das Billigkeiturtheil des § 829*, 1904; M. Rümelin, *Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht*, 1909.

Гражданская отвѣтственность строится въ современныхъ законодательствахъ нѣсколько на иныхъ началахъ, нежели уголовная. Наказаніе предполагаетъ непременно преступленіе — безъ уголовного правонарушенія нѣтъ уголовной отвѣтственности (*nulla poena sine crimine*). Напротивъ, гражданская отвѣтственность устанавливается иногда за предѣлами гражданского правонарушенія. Законъ можетъ возложить на одно лицо имущественный вредъ, испытанный другимъ, хотя этотъ вредъ причиненъ первымъ безъ всякой вины съ его стороны, даже больше, хотя бы онъ вовсе не былъ имъ причиненъ.

По общему началу, каждый несетъ самъ убытки отъ вреда, испытаннаго его имуществомъ отъ какой-нибудь случайной причины (*casum sentit dominus*), если только не встрѣчается основанія для переложенія вреда на другого. Переложеніе вреда, причиненнаго виною другого, или происшедшаго случайно, возможно по договору или по закону на основаніи страхованія, взаимнаго, коммерческаго или принудительнаго. Переложеніе вреда, испытаннаго по винѣ другого, на виновнаго дѣлается возможнымъ по закону, обязывающему виновнаго возмѣстить весь вредъ, причиненный его незаконнымъ дѣйствіемъ (принципъ вины). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ устанавливается возможность переложенія вреда даже на лицо, причинившее вредъ, хотя и безъ вины (принципъ причиненія).

Можетъ быть; съ точки зрѣнія древняго права, разсматривавшаго всякое нарушеніе интересовъ со стороны потерпѣвшаго вредъ, принципъ причиненія можетъ быть понятъ. Но съ современной

точки зрѣнія, которая разсматриваетъ всякое правонарушеніе съ соціальной стороны, примиряющей интересы потерпѣвшаго и причинившаго, и которая имѣетъ въ виду путемъ угрозы создать мотивъ, предупреждающій нарушеніе права,—только принципъ вины можетъ быть признанъ отвѣчающимъ всему правовому строю. Принципъ причиненія строится на моментѣ матеріальнаго прикосновенія. Мужъ выбросилъ въ окно любовника жены, который падаетъ на случайно проходившаго и причиняетъ ему переломъ ноги: нѣкто по невниманію толкаетъ на рынкѣ старушку, которая падаетъ на выставленную у дверей лавки посуду и причиняетъ бой банокъ, горшковъ, кувшиновъ и т. п.; въ оперѣ «Евгеній Онѣгинъ» передъ сценою дуэли, завистникъ вкладываетъ въ пистолетъ Онѣгина пулю, которою артистъ, игравшій эту роль, причиняетъ смертельную рану артисту, игравшему роль Ленскаго. Несмотря на всю свою несостоятельность, принципъ причиненія имѣетъ не мало сторонниковъ ¹⁾ и даже едва не проникъ въ гражданское уложеніе Германіи. Однако, все же принципъ вины является въ законодательствахъ общимъ началомъ, принципъ причиненія—исключительнымъ.

Гражданская отвѣтственность выражается въ вознагражденіи за вредъ, причиненный виновнымъ потерпѣвшему. Вознагражденіе за вредъ, какъ законное послѣдствіе, слѣдуетъ отличать отъ возвращенія недолжно полученнаго, отъ неправомѣрнаго обогащенія. Въ силу послѣдняго изъ имущества одного подлежитъ возвращенію въ имущество другого та цѣнность, которая неправильно поступила въ хозяйство перваго. Таковъ, напр., случай, когда наслѣдникомъ уплачивается долгъ, котораго на самомъ дѣлѣ не существовало. Вознагражденіе за вредъ совершенно не считается съ тѣмъ, на сколько обогатилось имущество правонарушителя, здѣсь важно только то, на сколько уменьшилось имущество потерпѣвшаго.

Вознагражденіе за вредъ, какъ послѣдствіе, соразмѣряемое съ ущербомъ для имущества потерпѣвшаго, не слѣдуетъ смѣшивать

¹⁾ Mataja, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, 1888; Steinbach, *Ueber den Ersatz von Vermögensschaden*, 1888. Mauczka, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes*, 1904; Adler, *Unverschuldetes Unrecht*, 1910.

съ имущественнымъ наказаніемъ, въ видѣ денежнаго штрафа, которое всецѣло соразмѣряется со степенью виновности правонарушителя и поступаетъ не къ потерпѣвшему, а къ государству.

Въ гражданской отвѣтственности на первомъ мѣстѣ стоитъ отвѣтственность за собственную вину, какъ построенная всецѣло на принципѣ вины. Вина предполагаетъ такое психическое состояніе дѣйствовавшаго, въ которомъ онъ имѣлъ представленіе о неизбѣжномъ или возможномъ вредномъ послѣдствіи своего поведенія, уклоняющагося отъ юридически-нормальнаго. Возложеніе на него отвѣтственности за причиненный имъ вредъ стоитъ въ зависимости отъ способности представлять себѣ послѣдствія своихъ дѣйствій. Гдѣ этого условія нѣтъ, тамъ, по принципу вины, нѣтъ и гражданской вмѣняемости. Поэтому законодательства не возлагаютъ гражданской отвѣтственности, по невмѣняемости, на дѣтей, на страдающихъ душевною болѣзною, на пораженныхъ временно потерю представляемости, напр., въ состояніи сильнѣйшаго опьяненія, въ состояніи горячечнаго бреда.

Объемъ отвѣтственности можетъ быть установленъ точнымъ его доказываніемъ со стороны потерпѣвшаго. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это достигается легко, особенно когда дѣло идетъ о дѣйствительномъ ущербѣ, причиненномъ уничтоженіемъ или порчею вещи. Но въ другихъ случаяхъ, особенно когда дѣло касается потерянной выгоды, такое точное опредѣленіе размѣра причиненнаго вреда представляетъ часто непреодолимые трудности. При совершенной несомнѣнности вреда, при безспорной виновности, при очевидности причинной связи—искъ о вознагражденіи отклоняется за недоказанностью къ явному ущербу для авторитета права. Такова система русскаго права ²⁾). Иначе ставится вознагражденіе за вредъ въ тѣхъ законодательствахъ, которыя вмѣняютъ суду въ обязанность, при сомнѣніи въ объемѣ вознагражденія, опредѣлять его по своему свободному убѣжденію, по общему впечатлѣнію, при-

²⁾ Практика русскихъ судовъ опирается главнымъ образомъ на ст. 257, п. 3 уст. гражд. суд., которая требуетъ, чтобы исковое прошеніе содержало въ себѣ означеніе цѣли иска. Противоположное направленіе пробило себѣ впервые путь въ русскомъ законодательствѣ съ изданіемъ закона 20 марта 1911 года объ авторскомъ правѣ, ст. 23 котораго допускаетъ опредѣлять размѣръ вознагражденія за контрафакцію по справедливому усмотрѣнію суда.

нимая въ соображеніе всю совокупность представшихъ передъ судомъ обстоятельствъ дѣла. Такова система германскаго права ³⁾.

На объемъ гражданской отвѣтственности могутъ оказать вліяніе различныя обстоятельства.

Въ противоположность наказанію, которое соразмѣряется съ напряженіемъ преступной воли, на вознагражденіе за вредъ степень виновности, по общему правилу, не оказываетъ вліянія. Достаточно установить вину, и затѣмъ слѣдуетъ обязанность возмѣстить всѣ причиненные убытки. Это различіе вполне понятно. Въ уголовномъ правонарушеніи государство принимаетъ въ соображеніе опасность для него преступника, оцѣнивая ее по настроенію его воли. Въ гражданскомъ правонарушеніи вопросъ сводится къ переложенію вреда: если виновный есть, то онъ и долженъ дать полное матеріальное удовлетвореніе потерпѣвшему, котораго интересуетъ покрытіе причиненныхъ ему убытковъ, а не опасность виновнаго. Такова точка зрѣнія германскаго и французскаго права. Напротивъ, швейцарское право предлагаетъ суду при опредѣленіи размѣра вознагражденія за вредъ принимать въ соображеніе и тяжесть вины ⁴⁾. Какъ общее правило, такой принципъ не можетъ быть принятъ. Но въ исключительныхъ случаяхъ его примѣнимость допускаетъ оправданіе. Такъ, напр., согласно нашему законодательству, если будетъ доказано, что нарушеніе права совершено именно съ намѣреніемъ причинить вредъ, то виновный обязанъ вознаградить не только за убытки, непосредственно происшедшіе отъ такого дѣйствія, но и за всѣ тѣ, хотя болѣе отдаленные, которые имъ дѣйствительно съ этимъ намѣреніемъ причинены ⁵⁾.

На объемъ отвѣтственности оказываетъ вліяніе вина самого потерпѣвшаго. Къ опасности, созданной по винѣ одного, присоединяется новое условіе, по винѣ другого, которому и причиняется вредъ. На улицу выпущена собака безъ намордника; проходя мимо собаки, остроумный человѣкъ суетъ ей въ носъ папироску; собака кусаетъ его и рветъ на немъ платье. Ко вреду, причиненному по винѣ одного, присоединяется новый вредъ, по винѣ самого по-

³⁾ Герм. уст. гражд. судопр. въ редакціи 1898 года, § 287.

⁴⁾ Швейц. законъ объ обязательствахъ, § 43. Это объясняется тѣмъ, что по швейцарскому праву допускается вознагражденіе за нравственный вредъ.

⁵⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 645.

терпѣвшаго первый вредъ. Пароходъ ударилъ баржу другого буксирнаго парохода; баржа дала трещину, но держится на водѣ; вмѣсто того, чтобы подвести баржу къ берегу или на мелкое мѣсто, капитанъ буксирнаго парохода бросаетъ канатъ и даетъ баржѣ затонуть вмѣстѣ съ грузомъ. Несправедливо въ подобныхъ случаяхъ допустить полное переложеніе вреда, если только въ основу его класть принципъ вины. Примѣняясь къ народной поговоркѣ «грѣхъ пополамъ», правильно уменьшить размѣръ вознагражденія, причитающагося потерпѣвшему за вредъ, вызванный первоначальной виной. Германское право заходитъ въ этомъ направленіи слишкомъ далеко, когда оно, въ случаѣ привхожденія вины потерпѣвшаго, допускаетъ, въ зависимости отъ сравнительнаго вліянія на вредъ той и другой стороны, не только уменьшать размѣръ вознагражденія, но даже и совсѣмъ отъ вознагражденія освобождать ⁶⁾.

На объемъ отвѣтственности вліяетъ то обстоятельство, что вредъ причиненъ совмѣстно, нѣсколькими. Правда, размѣръ вознагражденія, причитающагося потерпѣвшему, отъ этого не измѣняется, но доля, падающая на cadaго изъ соучастниковъ, сокращаетъ гражданскую отвѣтственность виновнаго. Такъ, напр., на станціи желѣзной дороги взломанъ вагонъ и изъ него похищенъ грузъ. Выполнителями этого дѣла были два вора. Подстрекателемъ оказался агентъ желѣзной дороги, который далъ имъ соответствующія указанія, а укрыватель обнаруженъ въ лицѣ торговца, принявшаго похищенные товары въ свой складъ. Съ точки зрѣнія основнаго принципа, что степень виновности не вліяетъ на гражданскую отвѣтственность, всѣ соучастники даннаго преступленія должны подлежать равной отвѣтственности. Такъ вопросъ разрѣшается всюду на Западѣ. Но по нашему праву укрыватели несутъ только субсидіарную отвѣтственность, т.-е. обязаны платить вознагражденіе, когда главные виновные не въ состояніи вознаградить за причиненный ими вредъ ⁷⁾. Потерпѣвшему лицу предоставляется всѣми законодательствами ⁸⁾ обратиться къ любому изъ соучастниковъ, виновныхъ въ причиненіи вреда, и требовать отъ него полно-

⁶⁾ Герм. гражд. улож. § 254, ч. I.

⁷⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 652.

⁸⁾ Герм. гражд. улож. §§ 830 и 840; швейц. законъ объ обяз. § 50; итал. торг. код. § 1156.

стью вознагражденія (солидарная отвѣтственность) съ тѣмъ, что уплатившему открывается возможность обратиться къ соучастникамъ съ обратнымъ требованіемъ разверстки. По нашему праву ⁹⁾ потерпѣвшему лицу предоставляется обратиться къ каждому изъ соучастниковъ, виновныхъ въ причиненіи вреда, и требовать отъ него соотвѣтственной доли вознагражденія, распредѣляемаго поровну, и если кто-либо окажется несостоятельнымъ, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ соучастниковъ (долевая отвѣтственность).

По общему правилу, каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія. Однако, существуютъ случаи, когда лицо признается отвѣтственнымъ за дѣйствія другихъ лицъ. Такъ, родители отвѣчаютъ за вредъ, причиненный ихъ малолѣтними дѣтьми; опекуны—за вредъ, вызванный состоящими подъ ихъ опекою дѣтьми и душевно-больными; хозяева отвѣчаютъ за прислугу, рабочихъ, приказчиковъ, управляющихъ и вообще лицъ, служащихъ у нихъ по договору личнаго найма и причинившихъ постороннимъ лицамъ вредъ при исполненіи данныхъ имъ порученій. Основанія для такой отвѣтственности заключаются въ томъ, что эти лица не предупредили вреднаго дѣйствія лицъ, состоящихъ подъ ихъ надзоромъ, въ чемъ и усматривается упущеніе. Вина родителей, опекуновъ и хозяевъ состоитъ въ плохомъ надзорѣ, а хозяевъ, сверхъ того, и въ плохомъ выборѣ служащихъ. Если будетъ доказано, что ни въ выборѣ, ни въ надзорѣ упущенія не было, отвѣтственность отпадаетъ. Другой вопросъ, на комъ лежитъ тяжесть доказыванія (*onus probandi*): долженъ ли потерпѣвшій доказывать вину родителей, опекуновъ или хозяевъ, или же родители должны доказывать свою невинность. Въ интересахъ потерпѣвшаго почти всюду устанавливается предположеніе виновности родителей, опекуновъ и хозяевъ ¹⁰⁾.

До сихъ поръ передъ нами была гражданская отвѣтственность, основанная на винѣ. За нею открывается отвѣтственность безъ вины, даже за случайное причиненіе вреда.

Сюда относится отвѣтственность крупныхъ предпріятій за вредъ, причиняемый, въ связи съ дѣятельностью, людямъ и ве-

⁹⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 648 и 650.

¹⁰⁾ Франц. гражд. код. § 1384; герм. гражд. улож. §§ 831 и 832; итал. гражд. код. § 1153.

щамъ. По нашему законодательству такой исключительной отвѣтственности подвергаются слѣдующія предпріятія. 1) Желѣзно-дорожныя предпріятія отвѣчаютъ: а) за утрату или поврежденіе груза, если не докажутъ, что таковыя произошли отъ непреодолимой силы, по винѣ отправителя, отъ недостаточной упаковки, отъ свойствъ груза ¹¹⁾; б) за смерть и поврежденіе здоровья, причиненныя при эксплуатаціи предпріятія, если не докажутъ, что несчастіе произошло отъ непреодолимой силы, не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ ¹²⁾. 2) Предпріятія фабрично-заводской, горной, и горнозаводской промышленности отвѣчаютъ за смерть и утрату трудоспособности рабочихъ, причиненныя работами по производству предпріятія, если не докажутъ, что причины несчастія были злой умыселъ или грубая неосторожность самого потерпѣвшаго ¹³⁾. 3) Товарные склады отвѣчаютъ за утрату и поврежденіе принятаго ими на сохраненіе товара, если не докажутъ, что таковыя произошли отъ непреодолимой силы или отъ свойствъ самого товара, или по причинѣ недостатковъ упаковки ¹⁴⁾. 4) На Западѣ къ этимъ случаямъ присоединяется отвѣтственность держателей гостиницъ за похищеніе или поврежденіе вещей оставивающихся въ нихъ лицъ, если не докажутъ, что вредъ произошелъ отъ непреодолимой силы, отъ свойствъ самой вещи или по винѣ самого пріѣзжаго ¹⁵⁾.

Гдѣ основаніе для такой отвѣтственности за предѣлами гражданскаго правонарушенія? Очевидно, что отвѣтственность предпріятій не состоитъ въ отвѣтственности за выборъ и надзоръ надъ своимъ личнымъ персоналомъ, потому что отвѣтственность не устраняется, если даже будетъ доказано, что никакой небрежности въ выборѣ и надзорѣ не обнаружено. Говорятъ, что основаніе отвѣтственности слѣдуетъ видѣть въ свойствахъ самихъ предпріятій, а именно: а) въ чрезвычайной опасности ихъ и б) въ трудности, при сложности обстановки, установить причинную связь и виновность. Однако, моментъ личной опасности чуждъ гостиницѣ

¹¹⁾ Св. Зак. т. XII, ч. I, Общій уставъ рос. жел. дорогъ, ст. 102.

¹²⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 683.

¹³⁾ Св. Зак. т. XI, ч. 2, уставъ о промышленности, ст. 156¹⁹ приложение, ст. 1 и 2.

¹⁴⁾ Св. Зак. т. XI, ч. 2, уставъ торговый ст. 779.

¹⁵⁾ Франц. гражд. код. §§ 1952—1954; герм. гражд. улож. § 701; швейц. законъ объ обязат. § 487.

и несущественъ для товаровъ, а моментъ трудности доказыванія могъ бы выразиться въ переложеніи тяжести доказательствъ. Основаніемъ исключительной отвѣтственности выставляютъ также идею профессиональнаго риска, съ точки зрѣнія котораго случайные убытки должны падать на того, кто извлекаетъ выгоды изъ предпріятія. Помимо того, что этотъ принципъ не выдерживаетъ критики со стороны логики, потому что вредъ постигаетъ первоначально не того, кто получаетъ выгоды, но противъ него говорить ограниченность примѣненія принципа.

Вѣриѣ будетъ сказать, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ идеей страхованія отъ несчастныхъ случаевъ, возлагаемаго на крупныя предпріятія, которыя по своимъ средствамъ способны выдержать такую тяжесть. Это лишь частное осуществленіе той мысли, которая все сильнѣе проникаетъ въ современное сознаніе, что общество (государство) не должно оставлять на произволъ судьбы членовъ своихъ, сдѣлавшихся неспособными къ добыванію матеріальныхъ средствъ существованія личнымъ трудомъ. Насколько государство пока еще не усвоило себѣ, что это именно оно несетъ на себѣ эту обязанность по обезпеченію существованія каждаго гражданина, настолько оно охотно перемалаетъ эту обязанность на частныя предпріятія, по своему размѣру и организаціи принимающія характеръ публично-правовой. Это соображеніе, конечно, не относится къ гостиницамъ, но усиленная ихъ отвѣтственность объясняется давленіемъ на законодателя круговъ, постоянно пользующихся ихъ услугами и стремящихся обезпечить себѣ личную и имущественную безопасность.

Чрезвычайная отвѣтственность можетъ имѣть въ своемъ основаніи слѣдующія исключительныя начала. 1) Предположеніе вины на сторонѣ предпріятія создаетъ отвѣтственность за случайный вредъ, если предпріятію не удастся доказать случайность. 2) Устраненіе оправданія въ невинности создаетъ отвѣтственность даже при удавшемся доказательствѣ случайности вреда, если предпріятію не удастся доказать указанныхъ въ законѣ фактовъ, единственно способныхъ снять отвѣтственность, какъ непреодолимая сила. 3) Недопустимость какихъ-либо оправданій, даже ссылки на непреодолимую силу, создастъ безусловную отвѣтственность за несчастные случаи по началу причиненія.

По началу причиненія, внѣ всякой вины, и за предѣлами гражданскаго правонарушенія, устанавливается по русскому праву отвѣтственность малолѣтняго за причиненный имъ постороннимъ лицамъ вредъ, если родители докажутъ, что не имѣли никакихъ средствъ къ предупрежденію проступка малолѣтняго. Родители не виновны, такъ какъ доказали, что съ ихъ стороны не было противоправнаго упущенія въ надзорѣ, малолѣтніе не виновны, такъ какъ по закону они невмѣняемы, а тѣмъ не менѣе, причиненный ими вредъ перелagается на ихъ имущество ¹⁶⁾. Логически оправдать такое положеніе невозможно. Точно такъ же по германскому праву, кто въ безсознательномъ состояніи, исключаящемъ свободу волеопредѣленія, причинить вредъ другому, тотъ не отвѣчаетъ за вредъ, но, однако, онъ обязанъ возмѣстить вредъ, насколько уплата имъ вознагражденія представляется справедливой по обстоятельствамъ дѣла, въ частности въ виду имущественнаго положенія сторонъ ¹⁷⁾. Не ясно ли, что законъ разрѣшаетъ случайное столкновеніе интересовъ не на почвѣ правонарушенія, а путемъ принудительнаго страхованія отъ несчастныхъ случаевъ, возлагая убытки не на виновнаго, а на случайнаго причинителя. Законъ съ такимъ же основаніемъ могъ бы возложить убытки на самаго богатаго человѣка въ городѣ, или на богатаго человѣка, оказавшагося въ ближайшемъ разстояніи отъ несчастнаго случая. Можетъ быть, самымъ рациональнымъ было бы переложить убытки на государство, но тогда почему не продолжить это переложеніе и во всѣхъ другихъ несчастныхъ случаяхъ, напр., при неурожаѣ. Разъ сойдя съ точки зрѣнія правонарушенія, основаннаго на винѣ, мы открываемъ широкіе горизонты на совершенно иной социальный строй. Согласуется ли отвѣтственность безъ вины съ основными началами современнаго строя—это вопросъ, на который можетъ быть только отрицательный отвѣтъ.

¹⁶⁾ Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 653 и 686.

¹⁷⁾ Герм. гражд. улож. §§ 327 и 329.

28/1/12
Г. Ф. Шершеневичъ.

~~28/1/12~~
ОБЩАЯ
ТЕОРИЯ ПРАВА.

Выпускъ четвертый.



МОСКВА.

Издание Бр. Башмаковыхъ.

1912.

ГЛАВА XII.

Примѣненіе права.

§ 72.

Логическій процессъ примѣненія.

Литература: Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1911; Stämmler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, стр. 652—750; Brütt, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907.

Примѣненіе права есть ничто иное, какъ подведеніе конкретныхъ бытовыхъ отношеній подъ абстрактныя нормы права. Примѣняются нормы права всѣми, кто стремится сообразовать свои дѣйствія съ указаніями права, такъ какъ для достиженія юридическаго результата или для уклоненія отъ юридическихъ послѣдствій необходимо произвести примѣрку фактическаго состава въ данномъ или предполагаемомъ случаѣ къ нормѣ права. Примѣненіе права производится всѣми агентами государственной власти, которые выполняютъ задачу управленія на основаніи дѣйствующаго права. Но съ наибольшею яркостью процессъ примѣненія права раскрывается въ дѣятельности суда.

Въ судебномъ рѣшеніи, если только это не вердиктъ присяжныхъ засѣдателей, различаются слѣдующія составныя части: а) изложеніе обстоятельствъ дѣла, б) мотивировка и с) юридическій выводъ или рѣшеніе въ тѣсномъ смыслѣ слова. Логическое строеніе судебного рѣшенія представляетъ собою ничто иное, какъ силлогизмъ, въ которомъ роль большой посылки играетъ норма права, малой посылки—конкретное бытовое отношеніе. „Судья, говоритъ Милль, не призванъ опредѣлять, какой

образъ дѣйствій по самой сущности дѣла былъ бы наиболѣе желательнымъ въ данномъ случаѣ: онъ опредѣляетъ только то, подъ какое правило закона подходитъ этотъ случай, т.-е. что предписать законодатель дѣлать въ подобнаго рода случаяхъ, а потому, какое намѣреніе надо предположить у него относительно даннаго случая. Методъ долженъ имѣть здѣсь всецѣло и исключительно дедуктивный или силлогистическій характеръ¹⁾. Попытки опровергнуть силлогистическое строеніе судебного рѣшенія не могутъ считаться удачными²⁾. Любое судебное рѣшеніе обнаружитъ его логическую природу.

Норма права: всякій, кто тайно похититъ съ цѣлью присвоенія чужую движимую вещь,—подвергается тюремному заключенію.

Случай: Иванъ, проникнувъ черезъ окно въ чужую квартиру (тайно), унесъ (похитилъ) находившійся тамъ мѣдный самоваръ (чужую движимую вещь) и продалъ его на толчкѣ (съ цѣлью присвоенія).

Выводъ: Иванъ подвергается тюремному заключенію.

Возьмемъ другой примѣръ.

Норма права: всякій мужъ обязанъ выдавать содержаніе своей нуждающейся женѣ, хотя бы она и жила отдѣльно не по своей винѣ.

Случай: жена Петрова была выгнана своимъ мужемъ (не по своей винѣ) и не имѣетъ никакихъ личныхъ средствъ (нуждающаяся).

Выводъ: Петровъ обязанъ выдавать своей женѣ, съ нимъ не живущей, содержаніе.

Нетрудно замѣтить, что оба силлогизма построены по фигурѣ I, модусу I (Barbara).

S есть P

M есть S

M есть P

Однако, весьма рѣдко судебное рѣшеніе, особенно въ гражданскихъ дѣлахъ, строится на одномъ силлогизмѣ. Чаще всего

¹⁾ Милль, *Система логики*, рус. пер. 1900, стр. 763. Нельзя не замѣтить, что въ словахъ Милля обнаруживается нѣкоторое смѣшеніе процесса примѣненія нормы права съ процессомъ ея истолкованія.

²⁾ Ruffin, *Le droit et l'opinion*, франц. пер. 1911, стр. 182.

приходится имѣть дѣло съ цѣпью силлогизмовъ (полисиллогизмъ). Такъ, напр., I. Всякій, кто приметъ на сохраненіе чужую вещь, обязанъ возвратить ее въ цѣлости; Семеновъ принялъ отъ Карпова шубу на лѣтнее время; слѣдовательно онъ обязанъ возвратить Карпову шубу, какъ она была ему сдана. II. Всякій, кто не можетъ по своей винѣ возвратить ввѣренную ему вещь, обязанъ уплатить стоимость вещи деньгами; Семеновъ не въ состояніи возвратить Карпову полученную отъ него на сохраненіе шубу, потому что она была съѣдена молью по его небрежности; слѣдовательно, Семеновъ обязанъ уплатить Карпову стоимость испорченной шубы.

Чтобы выводъ изъ посылокъ (судебное рѣшеніе) былъ вѣренъ, необходимо точное установленіе обѣихъ посылокъ. Въ способѣ установленія большой и малой посылки наблюдается значительное различіе.

Установленіе большой посылки состоитъ изъ двухъ моментовъ: 1) въ установленіи текста нормы права (критика) и 2) въ установленіи содержанія нормы права (толкованіе). Особенность судебного умозаключенія состоитъ въ томъ, что большая посылка, установленная въ своемъ текстѣ и содержаніи, не подлежитъ доказыванію. Когда мы строимъ силлогизмъ: всѣ люди имѣютъ сердце, Петръ—человѣкъ, слѣдовательно, у него есть сердце, то, чтобы оправдать нашъ выводъ, мы предварительно должны доказать, что у всѣхъ людей имѣется сердце. Между тѣмъ въ судебномъ силлогизмѣ устанавливается только, какъ норма читается и что ея повелѣвается, но вѣрность ея недоказуема. „Нормы права, замѣчаетъ Вундтъ, по своему логическому значенію могутъ быть приравнены къ аксіомамъ теоретическихъ наукъ“, ³⁾ „для судьи норма, по словамъ Милля, разъ она положительно установлена, имѣетъ окончательное значеніе“ ⁴⁾. Съ другой стороны въ установленіи большой посылки судъ совершенно самостоятеленъ. Онъ самъ долженъ знать всѣ дѣйствующія нормы права (*jura novit curia*), и лица, заинтересованныя въ рѣшеніи, никакого давленія на судъ оказать не могутъ въ этомъ отношеніи. Судъ самъ отыскиваетъ ту норму, какая, по

³⁾ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, изд. 2, 1895, стр. 577.

⁴⁾ Милль, *Система логики*, стр. 764.

его мнѣнію, наиболѣе подходитъ къ данному случаю, хотя бы заинтересованныя лица и стремились облегчить его задачу указаніемъ нормъ, на основаніи которыхъ они обращаются къ судебной защитѣ.

Установленіе малой посылки происходитъ по совершенно инымъ началамъ, чѣмъ установленіе большой ⁵⁾. Въ дѣйствительной жизни никогда почти не встрѣчается случай въ видѣ готоваго средняго термина. Задача лица, примѣняющаго право, состоитъ въ томъ, чтобы подготовить возможность умозаключенія раскрытіемъ фактическаго состава, соответствующаго среднему термину. Случай, подводимый подъ норму права, представляетъ сумму фактовъ. Необходимо произвести двойную операцію: 1) обособить факты, составляющіе въ совокупности разсматриваемый случай, отъ фактовъ, происшедшихъ въ предѣлахъ того же времени и пространства, напр., отношеніе между данными лицами по договору личнаго найма отъ отношенія по родству между тѣми же лицами, отъ отношенія по оскорбленію, нанесенному однимъ изъ этихъ лицъ другому, и 2) обособить въ совокупности фактовъ, составляющихъ данный бытовой случай, факты, имѣющіе существенное значеніе съ юридической точки зрѣнія, напр., очищеніе юридическаго отношенія по личному найму отъ вліянія отношеній экономическихъ, нравственныхъ, религіозныхъ. Этотъ процессъ вылушенія стоитъ въ зависимости отъ таланта и навыка лица, примѣняющаго нормы права. Здѣсь, и именно здѣсь, обнаруживается способность юриста быстро охватить сумму представленныхъ его вниманію фактовъ, отбросить все юридически несущественное и найти въ сокращенномъ такимъ путемъ фактическомъ составѣ элементы, способные дать средній терминъ. Здѣсь юристъ-практикъ оказывается гораздо выше человѣка, не получившаго юридической подготовки и не обладающаго юридическимъ опытомъ, и даже можетъ оказаться сильнѣе юриста-теоретика, имѣющаго большія знанія, но не обладающаго навыкомъ. Въ процессѣ установленія малой посылки юристъ сходенъ съ врачомъ, устанавливающимъ діагнозъ болѣзни. И тотъ и другой нерѣдко вызываютъ недоумѣніе и раздраженіе

⁵⁾ Противоположнаго мнѣнія Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, стр. 30—32.

со стороны лицъ, обращающихся къ ихъ помощи, когда они отказываются слушать многорѣчивый разсказъ о болѣзни или ссорѣ потому, что съ ихъ точки зрѣнія не имѣютъ вовсе значенія факты, которымъ больные или кліенты придаютъ очень большое значеніе. Несмотря на участіе адвокатовъ въ процессѣ, первая судебная инстанція соприкасается съ дѣломъ въ сыромъ видѣ, который все болѣе очищается по мѣрѣ восхожденія дѣла къ высшимъ инстанціямъ.

Въ противоположность большой посылкѣ, которая предполагается данною для суда, малая посылка должна быть доказана во всемъ своемъ фактическомъ составѣ. Нормы права предполагаются суду извѣстными до того момента, когда предсталъ передъ нимъ данный случай. Фактическій составъ предполагается суду неизвѣстнымъ до того момента, когда судъ приступаетъ къ разсмотрѣнію дѣла.

Въ установленіи малой посылки судъ закономъ лишенъ полной самостоятельности и поставленъ въ нѣкоторую зависимость отъ воли другихъ лицъ. Личное знаніе судьей тѣхъ или иныхъ фактовъ не принимается во вниманіе. Малая посылка не такова, какою она представляется судѣ, а такова, какою она представлена суду. Въ гражданскомъ судопроизводствѣ судъ самъ доказательствъ не собираетъ, предоставляя это заинтересованнымъ сторонамъ, и не присуждаетъ болѣе того, что заинтересованная сторона проситъ. Такимъ образомъ, фактическій составъ случая, подводимаго подъ норму, можетъ быть въ дѣйствительности далеко не такимъ, какимъ судъ обязанъ его признавать. Наприм., суду извѣстенъ важный фактъ пропуска исковой давности, но онъ не въ правѣ вносить его въ фактическій составъ, если соответствующее заявленіе не сдѣлано отвѣтчикомъ. Уголовный судъ поставленъ въ болѣе самостоятельное положеніе, и все же онъ стѣсненъ рамками судебного слѣдствія: факты, невыясненные на судебномъ слѣдствіи, хотя бы они были извѣстны суду изъ другихъ источниковъ, не могутъ быть принимаемы во вниманіе ни при заключительныхъ преніяхъ, ни при постановкѣ приговора.

Логическое строеніе судебного рѣшенія идетъ отъ большой посылки, черезъ малую, къ заключенію. Психологическій про-

цессъ при судебномъ рѣшеніи начинается съ малой посылки и идетъ, черезъ большую посылку, къ заключенію ⁶⁾. Судья прежде всего сталкивается съ фактами случая представленнаго на его разсмотрѣніе. Выполнивъ задачу очистки и разложивъ оставшееся на рядъ юридическихъ представленій, судья отыскиваетъ тотъ же рядъ представленій, соединенныхъ въ какой-либо абстрактной нормѣ. Нахожденіе нормы, подходящей по среднему термину, не всегда дается съ перваго раза. Приходится иногда перемѣнять по нѣсколько разъ подставляемые въ большую посылку нормы прежде, чѣмъ будетъ достигнуто полное соотвѣтствіе. Успѣшность и быстрота этого приема зависятъ отъ того, 1) насколько хорошо установлена малая посылка и 2) насколько основательно знаетъ примѣняющее лицо совокупность характерныхъ для каждой нормы элементовъ. Первое, какъ мы видѣли, есть дѣло таланта и навыка, второе зависитъ отъ знанія. Такимъ образомъ, правильное, съ логической стороны, примѣненіе нормъ права, предполагаетъ въ судѣ теоретическую подготовку, природную способность и приобретенный опытъ.

§ 73.

Принципы примѣненія права.

Литература: Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, стр. 519—541; Esmein, *La jurisprudence et la doctrine* (Rev. trim. de droit civil, т. I); Saleilles, *Code civil et la methode historique* (Livre de centenaire, 1904), рус. пер.; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899; Еускер, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907; Maillieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908; Gnaeus Flavius (Kantorowitch), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; Rumpf, *Gesetz und Richter*, 1906; Rumpf, *Le droit et l'opinion*, 1911; Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907; Gareis, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, 1907; Berolzheimer, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart*, 1911; Ehrlich, *Frei Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*, 1903; Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908; Ельяшевичъ, *Школа свободнаго права* (Ж. М. Ю. 1910, № 9).

Норма права, установленная въ своемъ содержаніи, должна быть примѣняема ко всѣмъ бытовымъ отношеніямъ по точному

⁶⁾ Bierling. *Juristische Principienlehre*, т. IV, стр. 47.

ея смыслу, несмотря ни на какія конкретныя условія. Возможно, что норма права, признанная всѣми исполнѣ цѣлесообразной и оказывающая самое благодѣтельное вліяніе на общественную жизнь, окажется, въ томъ или другомъ отдѣльномъ случаѣ, способною привести къ вреднымъ послѣдствіямъ. Чѣмъ большее число фактовъ подводитъ норма подъ свое дѣйствіе, тѣмъ сильнѣе вѣроятность такихъ отдѣльныхъ случаевъ, когда ея дѣйствіе окажется въ противорѣчьи съ ея общимъ значеніемъ. Но это неизбежно, потому что такова норма. Определить возрастъ совершеннолѣтія представляется всѣмъ необходимымъ, но несоотвѣтствіе любой нормы въ томъ или другомъ случаѣ условіямъ дѣйствительности можно предусмотрѣть заранѣе. Возможно, что норма права признается съ самаго начала многими изъ тѣхъ, кому приходится ее примѣнять и къ кому приходится ее примѣнять, несправедливой и нецѣлесообразной вообще. Тѣмъ не менѣе нельзя допустить, чтобы норма, выработанная и объявленная въ законномъ порядкѣ, могла быть непримѣняема или извращаема въ своемъ смыслѣ тѣми судьями или администраторами, которые не сочувствовали ея появленію или не сочувствуютъ ея сохраненію, или къ тѣмъ гражданамъ, которые возражали противъ ея введенія (*aura lex, sed lex*).

Примѣненіе нормъ права по точному ихъ смыслу, не взирая на результаты примѣненія въ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ случаяхъ, есть тотъ принципъ законности, который составляетъ необходимое условіе правового порядка. Существуетъ, однако, другая точка зрѣнія. Норма права можетъ быть примѣняема въ точномъ ея значеніи лишь до тѣхъ поръ, пока она не приводитъ къ результатамъ, оскорбляющимъ чувство справедливости. Справедливая вообще, норма, при данномъ сочетаніи обстоятельствъ, можетъ дать самыя несправедливыя послѣдствія. Цѣлесообразная вообще, норма, въ данной комбинаціи, способна привести къ послѣдствіямъ, которыя не были ея цѣлью. Не надо забывать, что право существуетъ не ради самого себя, не для торжества отвлеченной идеи, а ради живыхъ людей, въ виду насущныхъ интересовъ жизни. Несправедливое дѣйствіе нормы въ конкретномъ случаѣ способно оказать психическое впечатлѣніе, подрывающее все логическое значеніе абстрактной нормы. Поэтому,

если норма справедлива и цѣлесообразна вообще, ей слѣдуетъ придавать въ конкретномъ случаѣ такое примѣненіе, чтобы она не приводила къ несправедливымъ или нецѣлесообразнымъ послѣдствіямъ. Если норма вообще несправедлива или нецѣлесообразна, ей слѣдуетъ придавать во всѣхъ случаяхъ такое примѣненіе, которое сопровождалось бы наименѣе несправедливыми и нецѣлесообразными послѣдствіями. Примѣненіе нормы права съ приспособленіемъ ея смысла къ конкретнымъ случаямъ для устранения нежелательныхъ послѣдствій, составляетъ принципъ справедливости или цѣлесообразности.

Очевидно, что указанные два принципа находятся въ рѣзкомъ противорѣчій. Одинъ принципъ протестуетъ противъ нормы съ точки зрѣнія реальныхъ индивидуальных интересовъ подъ влияніемъ чувства, поражаемого конкретнымъ дѣйствіемъ нормы, или во имя активной политики, требующей согласованія съ запросами даннаго момента. Другой принципъ отстаиваетъ норму съ точки зрѣнія абстрактныхъ общественныхъ интересовъ во имя разума, способнаго постичь многочисленные индивидуальные интересы внѣ непосредственнаго соприкосновенія съ ними въ конкретныхъ условіяхъ.

Борьба этихъ двухъ началъ проходитъ черезъ всю исторію. Въ классическомъ мірѣ Греціи и Рима господствуетъ идея законности. Этотъ принципъ съ такою яркостью выраженъ Сократомъ по поводу предложенія со стороны друзей спастись бѣгствомъ отъ смертной казни. Отвергая искушеніе Критона, Сократъ спрашиваетъ: „какъ же можетъ стоять цѣлымъ и невредимымъ государство, въ которомъ судебные приговоры не имѣютъ никакой силы?“ Столкновение начала законности съ личными требованіями сильно выражено въ драмѣ Софокла „Антигона“. Начало законности проходитъ красною нитью черезъ всю классовую борьбу, которая составляетъ содержаніе внутренней исторіи Рима и дѣлается лозунгомъ и главнымъ достоинствомъ римской магистратуры. Долгое время Европа живетъ подъ господствомъ обычнаго права, которое авторитетомъ традиціи подавляетъ попытку поднять голосъ въ пользу личности. Законодательство дѣйствуетъ преимущественно въ сферѣ уголовного права, и тутъ именно загорается въ новое время борьба двухъ началъ. При отсутствіи

сколько-нибудь полныхъ и соответствующихъ времени кодексовъ, уголовный судъ признавалъ наличность преступленія и налагалъ наказаніе по своему усмотрѣнію, примѣнительно къ тому случаю, какой ему приходилось разсматривать. Эта свобода судьи отъ закона вызвала единодушный протестъ въ XVIII вѣкѣ. Монтескье формулируетъ это направленіе слѣдующимъ противопоставленіемъ: „Въ государствахъ деспотическихъ нѣтъ закона,—тамъ самъ судья законъ. Въ государствахъ монархическихъ есть законы, и если они ясны, то судья руководится ими; а если нѣтъ, то онъ старается уразумѣть духъ ихъ. Природа республиканскаго правленія требуетъ, чтобы судья не отступалъ отъ буквы закона“. „Если составъ суда не долженъ быть неизмѣннымъ, то въ приговорахъ его неизмѣняемость должна царить такъ, чтобы они всегда были не болѣе какъ точнымъ примѣненіемъ текста закона. Если же въ нихъ выражалось бы лишь частное мнѣніе судьи, то людямъ пришлось бы жить въ обществѣ, не имѣя опредѣленнаго понятія объ обязанностяхъ, налагаемыхъ на нихъ этимъ обществомъ“¹⁾. Такое же отношеніе къ вопросу о примѣненіи нормъ права высказалъ Беккарія. „Въ приговорѣ по поводу всякаго преступленія, судья долженъ дѣйствовать на основаніи строгой логики. Большая посылка—это общій законъ; малая посылка—дѣйствіе, согласное или противное закону; заключеніемъ является оправданіе или наказаніе обвиняемаго. Если судья вынужденъ идти въ своихъ умозаключеніяхъ дальше, или если онъ это дѣлаетъ отъ себя,—все становится неопредѣленнымъ и темнымъ. Нѣтъ ничего опаснѣе той общераспространенной аксіомы, что нужно руководствоваться общимъ смысломъ закона. Принять эту аксіому, значить прорвать всѣ преграды и предоставить законы потоку мнѣній“. „Каждый человѣкъ имѣетъ свой взглядъ на вещи, и даже тотъ же человѣкъ, въ разное время, смотритъ неодинаково на тѣ же предметы. Общій смыслъ закона явился бы результатомъ сильной или слабой логики, хорошаго или дурного пищеваренія, слабости подсудимаго, страстности судьи, отношеній его къ подсудимому, и вообще всѣхъ тѣхъ незначительныхъ причинъ, которыя дѣй-

¹⁾ Montesquieu, *L'esprit des lois*, кн. VI, гл. III, и кн. XI, гл. VI, по рус. пер. 1900, стр. 81 и 158.

ствуютъ на впечатлѣніе и измѣняютъ природу вещей въ непостоянномъ умѣ человѣка" ³⁾).

За послѣднюю четверть вѣка, съ нарожденіемъ во Франціи и Германіи такъ называемой „школы свободнаго права“, соотношеніе между указанными принципами стало замѣтно измѣняться въ сторону благопріятную для принципа справедливости. Прежній взглядъ на роль судьи сталъ подвергаться критикѣ и даже глумленію. „Господствующее идеальное представленіе о юристѣ таково: вотъ сидитъ передъ нами чиновникъ высшаго ранга, академически образованный, вооруженный только мыслительной машиной въ головѣ, конечно, самой тонкой работы. Единственная движимость—это зеленый столъ, на которомъ раскрытъ передъ нимъ изданный государствомъ кодексъ. Предложите ему любой казусъ, дѣйствительный или выдуманный, и онъ, согласно своему долгу, сможетъ, при помощи чисто логическихъ операцій и ему одному понятной техники, въ точности указать предопредѣленное законодателемъ въ уложеніи рѣшеніе" ⁴⁾. Задача примѣняющаго нормы права уже не сводится къ точному согласованію рѣшеній, мѣръ, дѣйствій, съ содержаніемъ велѣній законодателя. „Судебное рѣшеніе, говоритъ Демогъ, не должно быть простымъ логичнымъ заключеніемъ, оно должно быть вдохновлено идеей цѣлесообразности. Судья не только устанавливаетъ, онъ совершаетъ акты добра, принимая мѣры къ его обезпеченію, онъ осуществляетъ судебное управленіе. Слѣдовательно, его рѣшеніе не есть только констатированіе, приказъ, снабженный исполнительной силой. Судъ надѣленъ широкими полномочіями для того, чтобы содѣйствовать общественному интересу, отыскивая способы согласовать эту власть съ общею обезпеченностью" ⁴⁾. „Главное дѣло скорѣе вотъ въ чемъ, думаетъ Колеръ, изъ возможныхъ изъясненій закона надо выбирать то, при которомъ законъ получаетъ самое разумное, самое спасительное значеніе и можетъ оказать самое благодѣтельное дѣйствіе. Въ оправданіи такое положеніе едва ли нуждается; вѣдь само собою разумѣется, что правовой бытъ выиграетъ болѣе всего, если за-

³⁾ *Beccaria, Des délits et des peines, § IV, франц. пер. 1856, стр. 21—22.*

⁴⁾ *Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, стр. 7.*

⁴⁾ *Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, стр. 535.*

коны разумны и цѣлесообразны, и задачи юриспруденціи въ томъ и должны заключаться, чтобы служить правовой жизни всѣмъ разумомъ права“ 5). Съ этой новой точки зрѣнія судья представляется честнымъ маклеромъ между закономъ и жизнью 6), который можетъ и долженъ искать лазейки, черезъ которыя можно было бы провести право для его торжества надъ закономъ.

Распространеніе и укрѣпленіе принципа справедливости представляетъ собою большія опасности, какъ для той роли, какую призвано играть право въ общественной жизни, такъ и для многочисленныхъ интересовъ, связанныхъ съ правовою защитою.

Правовой порядокъ несовмѣстимъ съ системою приспособленія нормъ права къ конкретнымъ случаямъ ихъ примѣненія. Конечно, законъ самъ можетъ придать нѣкоторую эластичность нормѣ, предоставляя суду возможность сообразоваться съ различіемъ условій примѣненія. Такъ, уголовный законъ можетъ предоставить судѣ выборъ наказанія, сообразуя тяжесть наказанія со степенью виновности. Но это и есть примѣненіе закона по его точному смыслу. Приспособленіемъ къ конкретному случаю будетъ такое примѣненіе того же уголовного закона, когда судъ, не находя соотвѣтствія между даннымъ случаемъ и законнымъ составомъ преступленія, тѣмъ не менѣе, въ цѣляхъ политической борьбы съ революціоннымъ движеніемъ, или въ интересахъ большей защиты господствующаго класса, считаетъ излишнимъ стѣсняться точнымъ выраженіемъ закона. Но при такой возможности примѣнять законы соотвѣтственно требованіямъ цѣлесообразности у гражданина отнимается увѣренность въ томъ, что поведеніе его согласуется съ законами, что онъ понимаетъ, чего хочетъ отъ него законодатель. При такой неувѣренности нѣтъ возможности проявить, тѣмъ болѣе развернуть свою экономическую и культурную дѣятельность. Граждане будутъ неизбежно натолкнуты на незаконный образъ дѣйствій, потому что они не знаютъ, что именно законно 7).

5) Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 126.

6) Rumpf, *Gesetz und Richter*, 1906, стр. 199.

7) Guet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, стр. 139, рѣшается высказать обратное, весьма рискованное положеніе: „несомнѣнно, что, если бы во Франціи законы примѣнялись въ точности по своему тексту и своему смыслу—современное общество не существовало бы болѣе“.

Твердость правового порядка требует, чтобы гражданинъ зависѣлъ отъ законовъ, а не отъ лицъ, ихъ примѣняющихъ. Личное достоинство человѣка страдаетъ, когда ему нужно приспособляться къ воззрѣніямъ и чувствамъ судьи или администратора. Легче зависѣть отъ бездушной нормы, чѣмъ отъ душевнаго человѣка. Между тѣмъ такое положеніе создается именно тогда, когда судъ или администрація считаютъ допустимымъ не держаться точнаго смысла закона, а принимать въ соображеніе конкретныя условія его примѣненія. Гражданину тяжело, когда точка зрѣнія цѣлесообразности или чувство справедливости будутъ обращены противъ него, хотя за него и стоитъ точный смыслъ закона. Но ему будетъ нелегче и тогда, если справедливость обратится въ его сторону, потому что у него нѣтъ увѣренности, что наклонъ приспособленія нормы не окажется еще большимъ въ отношеніи другихъ, и у него, по сравненію, всегда можетъ создаться мысль, что по отношенію къ нему поступлено несправедливо.

Что это за чувство справедливости, которое заставляетъ отклонять дѣйствіе нормы права въ ея точномъ значеніи? Нашъ Сенатъ выставляетъ, въ видѣ руководящаго начала, что въ заключеніяхъ суду должно помогать и „чувство справедливости, долженствующее всегда помогать судѣ при разрѣшеніи сомнительныхъ случаевъ“^{*)}. Если подъ справедливостью понимать тѣ нормы права, которыя желательно было бы видѣть на мѣстѣ дѣйствующихъ, то судья, считающій несправедливымъ раздѣленіе наслѣдства между дѣтьми не въ равныхъ доляхъ, долженъ былъ бы, вопреки закону, предоставляющему сыну бѣльшую долю, нежели дочери, раздѣлить наслѣдство поровну. Но къ такому логическому выводу никто еще не пришелъ, да и не можетъ придти, пока существуетъ законодательство. Слѣдовательно, подъ чувствомъ справедливости, вмѣняемымъ судѣ, мы должны понимать наклонность судьи давать закону такое примѣненіе въ конкретномъ случаѣ, чтобы, сохраняя букву закона, извратить его точный смыслъ, чтобы рѣшеніе наименѣе противорѣчило нравственному чувству примѣняющаго лица. Но вѣдь это и зна-

*) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. Прав. Сен. 1900, № 62, 1905, № 52.

чить вынуть душу изъ закона, оставивъ одну его оболочку. Но что обѣщаетъ такое чувство справедливости судьи лицамъ, ожидающимъ его рѣшенія? Чувство справедливости, покоящееся на нравственныхъ представленіяхъ, относительно не только во времени, но и по классамъ общества. Домовладѣльцу кажется вполне справедливымъ, чтобы онъ получалъ всѣ выгоды отъ повышения цѣнъ на квартиры, напротивъ, наниматели подчиняются этому какъ необходимости, но ихъ чувство справедливости возмущается такимъ незаслуженнымъ обогащеніемъ. Фабриканту представляется вполне справедливой та значительная прибыль, которую онъ получаетъ отъ своего предпріятія, организованнаго его мыслью и его капиталомъ; напротивъ, рабочимъ представляется несправедливымъ, что онъ присвоиваетъ себѣ результаты ихъ труда, удѣляя имъ лишь незначительную часть дохода ⁹⁾.

Нормы права, являющіяся въ результатѣ классовой борьбы, отражаютъ интересы господствующихъ классовъ сильнѣе, чѣмъ интересы другихъ классовъ. Примѣненіе нормъ агентами власти, судебной и административной, по началу справедливости и цѣлесообразности, еще болѣе наклоняетъ дѣйствіе законовъ въ этомъ направленіи. Примѣровъ общественныхъ, классовыхъ, половыхъ симпатій, можно найти не мало. Въ Англій, этой странѣ законности по преимуществу, мы встрѣчаемъ въ началѣ XIX вѣка мировыхъ судей, которые, не сочувствуя фабричному законодательству о защитѣ дѣтей, считали несправедливымъ строго примѣнять законы къ фабрикантамъ, которые даютъ бѣднымъ семьямъ лишніе заработки, а въ началѣ XX вѣка высшій судъ, вопреки установившемуся издавна пониманію закона, внезапно призналъ справедливымъ привлечь тредъ-юніоны къ отвѣтственности за пикетированіе своихъ агентовъ. Во Франціи, странѣ галантности, судьи, при разбирательствѣ семейныхъ споровъ, идя далѣе закона, явно держатъ мужскую сторону, считая, напр., несправедливымъ приравнивать невѣрность мужа къ невѣрности жены. Въ земледѣльческихъ странахъ мѣстный цензовой судья при

⁹⁾ Во время послѣдней забастовки англійскихъ углекоповъ (февраль — мартъ 1912 года) въ вопросѣ объ установленіи *minimum'a* рабочей платы рабочіе рѣшительно стояли за то, чтобы этотъ *minimum* былъ опредѣленъ въ законодательномъ порядкѣ, а не былъ предоставленъ справедливому опредѣленію суда.

разбирательствѣ столкновеній землевладѣльца съ крестьянами едва ли въ состояніи забыть, что онъ самъ помѣщикъ ¹⁰⁾.

Начало справедливости и цѣлесообразности открываетъ широкой просторъ постороннимъ влияніямъ и воздѣйствіямъ на судъ и администрацію. Если, примѣняя норму, можно отклоняться отъ точнаго ея смысла подъ личными симпатіями, то можно и уступить давленію со стороны. Судью можно просить, къ сердцу судьи можно найти доступъ черезъ близкихъ ему лицъ, и убѣдить въ такихъ обстоятельствахъ дѣла, которыя на засѣданіи суда не предстанутъ. Администраторъ будетъ удовлетворять обращаема къ нему ходатайства не потому, что такъ слѣдуетъ по точному смыслу закона, а потому, что за просителя просили другіе, которымъ онъ довѣряетъ или которымъ нельзя отказать въ виду ихъ положенія и связей. Отсюда уже шагъ къ тому, что судъ и администрація стануть рѣшать дѣла и принимать мѣры не на основаніи закона, а по указанію власти, стоящей надъ ними. Времена, когда судъ и администрація считаютъ возможнымъ не руководствоваться точнымъ смысломъ закона, нерѣдко совпадаютъ съ историческими моментами глубокой деморализаціи власти, когда правосудіе и управленіе обращаются въ орудіе наиболѣе цѣлесообразной борьбы за общественный строй, который не въ состояніи уже держаться даже на почвѣ установленныхъ при немъ законовъ.

Примѣненіе нормъ права по началу справедливости или цѣлесообразности уничтожаетъ всякое значеніе изданія общихъ правилъ. Возраженія противъ принципа законности—это возраженія противъ самой нормы. Норма сама по себѣ есть отрицаніе конкретности. И если устанавливаютъ норму, то именно потому, что опасаются конкретнаго многообразія. Нападать на начало законности,—значитъ настаивать на возстановленіи того, что норма призвана была устранить. Если законы должны быть исполняемы въ точности лишь до тѣхъ поръ, пока они не сталкиваются съ чувствомъ справедливости, пока они не приводятъ

¹⁰⁾ Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, стр. 46, по правности думаетъ, что классовый характеръ судебныхъ приговоровъ обуславливается не злой волей, а только непониманіемъ социальныхъ отношеній. Конечно, дѣло не въ злой волѣ,—но и не въ невѣдѣніи.

къ нецѣлесообразнымъ результатамъ, то, спрашивается, зачѣмъ вообще издавать законы? Если рѣшеніе судьи не должно противорѣчить его чувству справедливости, то законы, согласные съ этимъ чувствомъ, — излишни, а несогласные — бесполезны. Не проще ли предоставить суду и администраціи рѣшать каждое дѣло по справедливости, по совѣсти? Если довѣрять ихъ чувству справедливости въ нѣкоторыхъ случаяхъ, почему не довѣрять во всѣхъ вообще? Таковъ неизбѣжный логическій выводъ изъ возраженій противъ принципа законности, но его не рѣшаются дѣлать защитники принципа справедливости, потому что сознаютъ, что такой выводъ стоитъ въ самомъ рѣзкомъ противорѣчій съ историческими тенденціями замѣнить усмотрѣніе суда и администраціи твердыми, неизмѣнными правилами.

Начало справедливости или цѣлесообразности въ примѣненіи нормъ права задерживаетъ поступательное движеніе законодательства. Благодаря постояннымъ отступленіямъ отъ точнаго смысла нормы съ цѣлью сгладить несправедливое дѣйствіе ея въ конкретныхъ случаяхъ, ослабляется сознаніе неудовлетворительности дѣйствующаго права. Отступленіе отъ существующихъ правилъ заставляетъ забывать о ихъ недостаткахъ. Несправедливые и нецѣлесообразные законы продолжаютъ жить, висѣтъ надъ головами гражданъ, и по временамъ могутъ обрушиваться на нихъ всей своей тяжестью, если судъ или администрація признаютъ въ извѣстный моментъ цѣлесообразнымъ примѣнить законы въ точности. Между тѣмъ, если бы нормы примѣнялись точно, то несправедливость и нецѣлесообразность нѣкоторыхъ изъ нихъ обозначалась бы быстро и рѣзко. Общественное мнѣніе усыпляется тогда, когда оно должно бы бодрствовать. Получается впечатлѣніе, будто все обстоитъ благополучно тамъ, гдѣ, въ дѣйствительности, этого вовсе нѣтъ. Нѣсколько рѣзкихъ результатовъ примѣненія негоднаго закона — и послѣдній принужденъ былъ бы уступить мѣсто новому. Правда, при этомъ приходится принести въ жертву интересы нѣсколькихъ лицъ, которыя пострадаютъ при точномъ примѣненіи несправедливаго и нецѣлесообразнаго закона. А принципъ справедливости принимаетъ къ сердцу интересы живыхъ людей и не хочетъ жертвовать ими ради интересовъ отвлеченнаго цѣлаго, не хочетъ ставить

интересы будущаго выше интересовъ настоящаго. Но это лишь политическая близорукость, не позволяющая видѣть далекіе горизонты общественнаго блага, мелкая сантиментальность, прикрывающая мелкимъ добромъ крупное зло. Поддаваясь наглядному созерцанію близкихъ страданій, не могутъ постичь умомъ ту массу живыхъ интересовъ, которые скрываются за отвлеченнымъ цѣлымъ. Съ этой точки зрѣнія, пусть лучше страдаютъ многіе невидимо, нежели видѣть страданія нѣкоторыхъ. Но въ общественной жизни, насколько она подлежитъ нормированію, необходимо становиться именно на сторону массовыхъ интересовъ, не поддающихся личному впечатлѣнію и только постигаемыхъ умомъ. Вся социальная жизнь построена на подчиненіи частныхъ интересовъ интересамъ общественнымъ. Организанія военной защиты, система налоговъ, борьба съ преступностью—все построено на томъ же началѣ.

Справедливость должна лежать въ основаніи законодательной, а не судебной и административной дѣятельности. Административныя мѣры должны быть цѣлесообразны, но всегда основаны на точномъ смыслѣ закона, а не на примѣненіи его по цѣлесообразности. О соотвѣтствіи закона со справедливостью нужно думать тогда, когда законъ изготовляется, а не тогда, когда онъ примѣняется.

Изъ всего сказаннаго по вопросу о соотношеніи двухъ принциповъ въ примѣненіи нормъ права, обнаруживается вся неправильность того взгляда, который рисуетъ судью или администратора, примѣняющихъ нормы права по принципу законности, какъ бездушную машину, выбрасывающую свои рѣшенія, какъ пассивнаго дѣятеля, не вносящаго ничего въ жизнь. Принципъ законности предполагаетъ личныя условія совершенно иного рода.

Прежде всего судья, руководящійся принципомъ законности, долженъ обладать значительною теоретическою подготовкою и сильно развитымъ логическимъ мышленіемъ. Нѣтъ ничего ошибочнѣе мнѣнія, будто бы примѣненіе нормъ по началу законности—совершенно простое механическое дѣло. Напротивъ, несравненно проще разрѣшать дѣла по инстинкту, по чувству, которое подсказывается впечатлѣніями, воспринятыми конкретною обстановкою. Дѣйствительно, на этотъ путь судью толкаетъ

нерѣдко его неспособность получить надлежащее рѣшеніе логическимъ путемъ ¹¹⁾).

Принципъ законности предполагаетъ нравственную силу въ судѣ или администраторѣ, которая даетъ ему возможность противостоять отклоненіямъ въ сторону отъ направленія, для него обязательнаго. Логика судьи дополняется его психологіей. Только тотъ достоинъ высокаго званія судьи, кто настолько привыкъ сообразоваться съ однимъ лишь точнымъ смысломъ закона, что не отступить отъ него ни въ какомъ случаѣ, каковы бы ни были силы его отвлекающія. Ни просьбы родныхъ и добрыхъ знакомыхъ, ни личныя симпатіи къ тяжущемуся или подсудимому, ни служебныя и матеріальныя выгоды, ни заманчивость популярности, ни рискъ потерять расположеніе начальства, а можетъ быть и мѣсто—не заставляютъ такое лицо отклониться отъ закона. Эти качества воспитываются только въ атмосферѣ законности, а не справедливости и цѣлесообразности. Люди съ такимъ психическимъ складомъ, при всеї видимой ихъ бездушности, имѣютъ огромную общественную цѣнность. Это психологія общественнаго дѣятеля, способнаго подняться и стать выше своихъ личныхъ интересовъ, связей, чувствъ, которые свойственны ему, какъ частному человѣку. Эта способность руководствоваться исключительно точнымъ смысломъ закона составляетъ такое же профессиональное качество, какъ и стойкость часового, замерзающаго или сгорающаго на своемъ посту, или капитана судна, оставляющаго свой мостикъ лишь послѣ спасенія послѣдняго изъ лицъ, находившихся на кораблѣ.

Логическое мышленіе и нравственная твердость судьи подвергаются большому или меньшему испытанію въ зависимости 1) отъ политическихъ и социальныхъ условій и 2) состоянія законодательства. Судья можетъ быть высоко поставленъ государственнымъ строемъ, обезпеченъ въ своей матеріальной и служебной неприкосновенности, но онъ также можетъ быть превращенъ въ простое орудіе государственной политики, упускающей изъ виду, ради интересовъ преходящаго момента, моральное значеніе правосудія. Съ другой стороны, судѣ тѣмъ легче вы-

¹¹⁾ Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908, стр. 15.

полнить свою роль, чѣмъ болѣе стоитъ законодательство на уровнѣ запросовъ современности, и, наоборотъ, его задача становится тѣмъ труднѣе, чѣмъ болѣе отстало законодательство отъ жизни, чѣмъ чаще приходится ему приходить въ конфликты съ своимъ чувствомъ справедливости.

§ 74.

К р и т и к а.

Литература: Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, § 34, стр. 134—139; Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 73—76; Васъковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901, стр. 1—18; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 61.

Примѣненіе нормы права къ конкретному случаю предполагаетъ, что уже установлена самая норма права, предназначенная играть роль большой посылки. Такое установленіе прежде всего должно быть направлено на то, чтобы выяснить, дѣйствительно ли существуетъ такая норма права, и, если да, то дѣйствительно ли она читается такъ, какъ написано въ имѣющихся подѣ руками сборникахъ законовъ. Эта задача осуществляется путемъ критики, которая ставитъ себѣ цѣлью опредѣлять подлинность нормы и правильность ея текста.

Различаютъ два вида критики: 1) высшую и 2) низшую. Высшая критика имѣетъ своимъ назначеніемъ установить подлинность нормы права, что, опять-таки, распадается на два акта: а) установленіе существованія нормы и б) юридической ея оцѣнки. Низшая критика задается установленіемъ правильнаго, точнаго чтенія нормы, признанной за подлинную и юридически обязательную.

Высшая критика, въ первомъ актѣ своей дѣятельности, направлена на выясненіе, существуетъ ли на самомъ дѣлѣ такая норма права, исходить ли она отъ того или тѣхъ органовъ власти, которымъ она приписывается. Такое изслѣдованіе въ прежнее время, когда законы не публиковались, представляло огромную важность. Въ Россіи подлинники указовъ хранились въ разныхъ приказахъ, и норма становилась извѣстной лицамъ, при-

мѣняющимъ ее, лишь въ спискахъ, которые способны были часто возбуждать сомнѣніе. На Западѣ, въ періодъ господства римскаго права, подлинныя тексты котораго не сохранились, не мало остроумія и труда было затрачено на выясненіе значенія римскихъ источниковъ, какъ нормъ права. Въ настоящее время этотъ видъ критики значительно облегченъ тѣмъ, что издаваемые государственною властью законы печатаются въ официальныхъ сборникахъ, журналахъ, изданіяхъ, такъ что подлинность обусловливается публикаціей. Если норма напечатана въ сборникѣ законовъ,—значитъ есть такой законъ, если ея тамъ не имѣется—значитъ такого закона нѣтъ. Однако, нельзя сказать, чтобы этотъ видъ критики потерялъ теперь всякое значеніе. Къ такому приему приходится у насъ, въ Россіи, прибѣгать нерѣдко. 1) Одна публикація въ „Собраніи узаконеній и распоряженій правительства“ не предрѣшаетъ вопроса о томъ, можно ли напечатанную въ немъ норму признать закономъ, такъ какъ въ этомъ органѣ публикуются рядомъ съ законами и правительственныя распоряженія. 2) Циркуляры министровъ, имѣющіе характеръ нормъ права, могутъ быть не опубликованы, и тогда возникаетъ задача провѣрки акта, на основаніи котораго должна быть примѣняема норма права. 3) Во многихъ земельныхъ процессахъ судамъ приходится имѣть дѣло съ грамотами, которыми въ старое время государи жаловали земли тому или иному разряду людей; эти грамоты, имѣющія характеръ нормы права, подлежатъ прежде всего провѣркѣ со стороны ихъ подлинности. 4) Когда приходится примѣнять нормы обычнаго права, то установленіе правового обычая есть въ то же время провѣрка подлинности его.

Высшая критика, во второмъ актѣ своей дѣятельности, направлена на выясненіе, имѣетъ ли данная норма то юридическое значеніе, какое ей приписывается. Такая юридическая оцѣнка нормы можетъ быть произведена или по формальному моменту или по матеріальному моменту.

Формальная юридическая провѣрка заключается въ выясненіи, прошла ли данная норма—тотъ порядокъ, который установленъ для ея изданія. По нашимъ Основнымъ Законамъ никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвер-

жденія Государя Императора ¹⁾. Поэтому, если бы въ „Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства“ было опубликовано положеніе, принятое Государственной Думою и утвержденное Государемъ Императоромъ, помимо Государственнаго Совѣта, то никто изъ лицъ, примѣняющихъ нормы права, не только не обязанъ, но и не въ правѣ признавать за этой нормой силу закона. Съ той же точки зрѣнія акціонерные уставы, содержащіе въ себѣ изъятіе изъ дѣйствующихъ законовъ, не могутъ быть признаваемы въ силѣ законовъ, если не были одобрены Государственной Думою ²⁾. Но ни судъ, ни администрація не должны считаться съ тѣмъ, насколько было правильно прохожденіе закона черезъ законодательныя учрежденія со стороны ихъ внутренняго распорядка (*interna corporis*), въ соотвѣтствіи съ ихъ наказами, напр., былъ ли въ моментъ принятія закона требуемый составъ Думы, былъ ли законъ принятъ установленнымъ большинствомъ и т. п. Рожденіе закона опредѣляется въ настоящее время его обнародованіемъ. Однако въ Россіи необходимо считаться съ тѣмъ положеніемъ, что законамъ можетъ быть дано примѣненіе и до обнародованія, впрочемъ, при условіи, если объ этомъ указано въ самомъ законѣ ³⁾. Здѣсь для примѣняющаго необнародованный законъ возникаетъ трудная критическая задача: онъ обязанъ примѣнить необнародованный законъ, если о томъ указано въ обнародованномъ позднѣе законѣ, другими словами, условія допущенія примѣненія нормы остаются внѣ возможной для него провѣрки.

Матеріальная юридическая провѣрка заключается въ выясненіи, соотвѣтствуетъ ли изданный законодательными учрежденіями законъ по своему содержанию основнымъ законамъ страны, иначе, сводится къ оцѣнкѣ конституціонности закона. Вопросъ этотъ разрѣшается неодинаково въ различныхъ государствахъ и возбуждаетъ споры въ теоріи. Во Франціи, несмотря на молчаніе по этому поводу въ конституціи, вопросъ рѣшается отри-

¹⁾ Св. Зак., т. I, ч. 1, Осн. Зак., ст. 86.

²⁾ Св. Зак., т. I, ч. 1, Учр. Госуд. Думы, ст. 31, п. 6.

³⁾ Св. Зак., т. I, ч. 1, Осн. Зак., ст. 93.

цательно ⁴⁾. Изъ германскихъ государствъ Пруссія и Австрія также отвергаютъ критику законовъ съ точки зрѣнія ихъ конституціонности ⁵⁾. Допустимо ли право судебной провѣрки законовъ (*das richterliche Prüfungsrecht*) для Германской имперіи,—представляется сомнительнымъ, хотя большинство германскихъ юристовъ склоняется въ положительную сторону ⁶⁾. Напротивъ, въ конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, построенной на принципѣ раздѣленія властей, право судебной критики прямо признано: „судебная власть будетъ простираться на всѣ споры о правѣ и справедливости, возникающіе по поводу настоящей конституціи“ ⁷⁾. Едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что въ Россіи судебная власть не въ правѣ возбуждать вопросы о конституціонности обнародованнаго закона, напр., въ случаѣ если бы изданный законъ, вопреки утвержденію Основныхъ Законовъ о неприкосновенности собственности ⁸⁾, былъ направленъ къ принудительному отчужденію какихъ-либо недвижимостей безъ вознагражденія.

Можно оспаривать и съ теоретической стороны цѣлесообразность такой критики суда. Если судебная власть въ правѣ не признавать, не примѣнять законы, издаваемые законодательною властью, то вся дѣятельность этой послѣдней ставится подъ сомнѣніе. Конституція стремится обезпечить наилучшій составъ лицъ, способный въ законодательномъ учрежденіи представить различные борющіеся интересы, страна, быть можетъ, высказала свое отношеніе къ данному законодательному вопросу выборомъ лицъ, готовыхъ проводить извѣстный законъ,—и судебная власть останавливаетъ все это движеніе, хотя и состоитъ изъ лицъ, непризванныхъ и незабранныхъ для всесторонняго обсужденія цѣ-

⁴⁾ Эсманъ. *Обиця основанія конституціоннаго права*, рус. пер. 1909 г., стр. 388; *Vendant, Cours de droit civil français*, Introduction, 1896, стр. 48; *Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 216.

⁵⁾ Прусская конституція 31-го января 1850 года, § 106; Австрійская конституція, законъ 21-го декабря 1867 года, § 13.

⁶⁾ *Gierke, Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 135—139. Наиболѣе виднымъ противникомъ судебной критики является *Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 5-е изд. 1911, т. II, стр. 47—49.

⁷⁾ С.-Американская конституція 17-го сентября 1787 года, ст. III, разд. 2.

⁸⁾ Св. Зак., т. I, ч. 1, Осн. Зак., ст. 77.

лесообразности закона. Опасныя послѣдствія судебной критики съ особенною яркостью обнаруживаются въ той же Сѣверной Америкѣ. Американскіе суды, подъ предлогомъ защиты свободнаго труда, систематически отвергаютъ, какъ неконституціонныя, нормы соціального законодательства, напр., законы, направленные къ ограниченію рабочаго дня ⁹⁾).

Но устраненіе судебной критики не идетъ далѣе законовъ. Другія нормы права могутъ и должны быть подвергаемы судомъ юридической оцѣнкѣ. Это относится къ административнымъ распоряженіямъ, указамъ, обязательнымъ постановленіямъ губернаторовъ, градоначальниковъ, городскихъ и земскихъ учреждений. Судъ обязанъ провѣрить, соотвѣтствуетъ ли норма, изданная въ административномъ порядкѣ, законамъ, соотвѣтствуетъ ли компетенціи издавшаго ее административнаго органа, и въ случаѣ обнаруженнаго противорѣчія, отказать въ примѣненіи ея. Конечно, сила судебной критики не можетъ простираться за предѣлы разсматриваемаго дѣла.

Задачею низшей критики признается установленіе правильнаго текста нормы, подлинность которой и юридическая оцѣнка предварительно произведены были высшею критикою. Подъ правильнымъ текстомъ слѣдуетъ понимать тотъ, который соотвѣтствуетъ выраженному законодательнымъ органомъ. Такое несоотвѣтствіе можетъ обнаружиться или вслѣдствіе редакціоннаго просмотра въ текстѣ или вслѣдствіе ошибки при воспроизведеніи текста.

Возможно, прежде всего, несоотвѣтствіе текста опубликованнаго тексту, принятому законодательными органами. Это случаи редакціоннаго просмотра. Такіе случаи могутъ произойти въ различныхъ стадіяхъ движенія законопроекта. Текстъ, принятый въ Государственной Думѣ голосованіемъ, не соотвѣтствуетъ предположенію большинства членовъ, имѣвшихъ по числу голосовъ основаніе считать свое мнѣніе законодательнымъ рѣшеніемъ. Текстъ, въ точности воспроизведшій мысль большинства голосовавшихъ въ Думѣ, поступаетъ въ Государственный Совѣтъ, по ошибкѣ или умыслу думской редакціонной комиссіи въ редакціи,

⁹⁾ Езянскъ, *Общее ученіе о государствѣ*, рус. пер. 1908 г., стр. 454, прим. 2.

не соответствующей той, какая была принята при голосовании. Текст законопроекта доходить в Государственный Совет в правильной редакции, но Государственный Совет ошибочно одобряет его в иной редакции, предполагая, что это думская, и потому не препровождает в согласительную комиссию. Текст, точно выражающий мысль Государственной Думы и Государственного Совета, доходить до Государя Императора в ошибочной редакции, в каковой и утверждается. Здесь критик не место. Примѣняющіе законъ должны считать его продуктомъ дѣйствія соединенныхъ органовъ законодательной власти и изслѣдованіе несогласія между намѣреніями тѣхъ или другихъ элементовъ выходитъ уже за предѣлы установленія правильнаго текста нормы, прошедшей законодательный путь. Исправленіе подобной ошибки есть дѣло самого законодателя.

Возможно несоответствіе опубликованнаго текста тексту, утвержденному Монархомъ. Это можетъ быть результатъ ошибки переписчика, наборщика, корректора. Такіе случаи встрѣчаются в жизни. При изданіи германскаго военно-уголовнаго закона в одной статьѣ наказаніе по опискѣ опредѣлено, вмѣсто лишенія свободы (Freiheitsstrafe), заключеніемъ в крѣпости (Festungsstrafe); в другой статьѣ наказаніе вслѣдствіе пропуса словъ увеличилось: „наказывается каторгою (отъ 4—6 лѣтъ, а если в военное время, то каторгою) отъ 12—15 лѣтъ“. Допустима ли здѣсь критика? Конечно, опубликованный текстъ не санкціонированъ, а санкціонированный не опубликованъ. Но судьи и администраторы, призванные примѣнять законы, не в состояніи в данномъ случаѣ приложить критическіе приемы, потому что имъ не достаетъ для провѣрки оригинала, котораго у нихъ подъ руками не можетъ и быть. Подлинникъ закона в Россіи хранитъ Сенатъ, и нельзя не признать за нимъ права, по обнаруженіи ошибки, исправить опубликованный текстъ, не обращаясь къ законодательнымъ органамъ ¹⁰⁾. Выдающійся примѣръ такой ошибки представляетъ намъ гражданскій кодексъ Румыніи, обнародованный 4-го декабря 1864 года. Съ изданіемъ кодекса

¹⁰⁾ Такой примѣръ данъ в Собр. узак. и расп. прав., 1912 г., № 61, ст. 580, гдѣ исправлена опечатка, вкравшаяся в ст. 402: вмѣсто „на основаніи ст. 862“ было напечатано „на основаніи ст. 862“.

очень спѣшили, и послѣдствіемъ этого, помимо всѣхъ иныхъ ошибокъ, было то, что въ то время, какъ въ подлинникѣ, утвержденномъ королемъ, имѣлось 1936 статей, въ опубликованномъ текстѣ ихъ оказалось только 1914. Въ теченіе многихъ лѣтъ никому даже въ голову не приходило, что примѣняемый кодексъ содержитъ не подлинный текстъ, и только случайно ошибка была обнаружена ученымъ, отыскавшимъ оригиналъ въ архивѣ министерства юстиціи ¹¹⁾. Кто знаетъ, сколько такихъ ошибокъ въ законодательной практикѣ другихъ странъ.

Въ Россіи вопросы низшей критики встанутъ нерѣдко вслѣдствіе того своеобразнаго явленія, какое представляетъ у насъ кодификаціонный порядокъ изданія Свода Законовъ, продолженій къ нему очередныхъ и сводныхъ. Судьи, администраторы и всѣ вообще лица, имѣющія дѣло съ законами, пользуются официальнымъ изданіемъ Свода Законовъ ¹²⁾. Можно ли считать текстъ этихъ изданій подлиннымъ? Конечно, нѣтъ. Не считая оригинала, хранящагося въ Сенатѣ, мы подлиннымъ въ правѣ признавать только текстъ, отпечатанный въ „Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства“. Слѣдовательно, текстъ Свода Законовъ, издаваемыхъ кодификаціоннымъ отдѣломъ, подлежитъ критикѣ. Приходится провѣрять, соответствуетъ ли чтеніе статьи Свода Законовъ тексту, напечатанному въ органѣ опубликованія законовъ, правильно ли показана статья отмѣненной ¹³⁾. Допустимость и необходимость критики въ отношеніи изданій Свода Законовъ признаетъ и нашъ Сенатъ по уголовному и по гражданскому департаментамъ.

¹¹⁾ Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, 1898, стр. 491—492.

¹²⁾ Ошибки частныхъ изданій, конечно, во вниманіе не принимаются и вопросъ объ ихъ не можетъ и возбуждаться.

¹³⁾ Вопросы о томъ, правильно ли показаны статьи исключенными или замѣненными, относятся уже къ толкованію, а не къ критикѣ.

§ 75.

Толкованіе.

Литература: Brocher, *Etude sur les principes généraux de l'interprétation*, 1862; De la Grasserie, *De l'interprétation judiciaire et législative des lois*, 1888; Roels, *Etude sur l'interprétation des lois*, 1896; Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907; Renterskiöld, *Ueber Rechtsauslegung*, 1899; Wurzel, *Das juristische Denken*, 1904; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1911, стр. 147—335; Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, т. XIII, 1886); Bishop, *Written Laws and their Interpretation*, 1882; Real, *Legal Interpretation*, 1896; Васьяковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*. 1901.

За критикой слѣдуетъ толкованіе, которое состоитъ въ раскрытіи содержанія нормъ права. Критика и толкованіе — это два момента въ установленіи большой посылки, которое само представляетъ только одну изъ стадій въ процессѣ примѣненія права. Отсюда видно, какъ ошибочно мнѣніе тѣхъ, которые полагаютъ, что толкованіе нормъ права и примѣненіе ихъ одно и то же, какъ недопустимо смѣшеніе толкованія съ критикою. Различіе между послѣдними состоитъ въ томъ, что толкованіе имѣетъ своею цѣлью выяснить мысль нормы по ея выраженію, тогда какъ критика ограничивается установленіемъ точности выраженія. Другими словами, критика изслѣдуетъ, какъ выразился законъ, а толкованіе разыскиваетъ, что содержится въ этомъ выраженіи.

Такимъ образомъ, сущность процесса толкованія заключается въ уясненіи содержанія нормы права, т.-е. въ совокупности приемовъ, направленныхъ къ раскрытію тѣхъ представленій, которыя соединялъ создавшій норму съ внѣшними знаками выраженія своей мысли или воли. Истолковать норму права, значить разложить ее на рядъ представленій, въ ней выраженныхъ и соотвѣтствующихъ представленіямъ, какія имѣлись у ея творца.

Совершенно неправильно разсматривать процессъ толкованія нормъ права, какъ научную дѣятельность¹⁾. Толковать законы

¹⁾ W a c h, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 255; C r o m e, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 96; E n n e s s e r u s, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 105.

могутъ и должны всѣ, обязанные сообразовать свое поведеніе съ велѣніями нормъ права, но это не значитъ, чтобы это уясненіе мысли закона носило научный характеръ. Къ пониманію нормы права гражданинъ относится такъ же, какъ къ пониманію всѣхъ тѣхъ словъ и предложеній, которыя обращены къ нему со стороны другихъ лицъ. Ничего систематическаго въ этой дѣятельности нѣтъ, а это и есть требованіе науки. Профессиональный юристъ, въ процессѣ толкованія законовъ, выдѣляется не какою-то особою юридическою логикою, которой не существуетъ, не научнымъ изученіемъ явленій особаго рода, которыхъ въ данномъ случаѣ не имѣется, а просто опытомъ и приемами, которые въ совокупности даютъ основаніе для искусства толкованія, но не для науки.

Съ другой стороны, совершенно недопустимо утверждать, что толкованіе не поддается никакимъ правиламъ, что оно совершенно свободно, какъ творчество поэта ²⁾. Конечно, люди, говорящіе на одномъ языкѣ, понимаютъ и убѣждаютъ другъ друга, не подозрѣвая о существованіи грамматики и логики, но это не значитъ, чтобы грамматика и логика не существовали и не имѣли значенія. Выработка приемовъ въ процессѣ толкованія такъ же необходима, какъ и во всякой практической дѣятельности, во всякомъ искусствѣ, — усвоеніе этихъ приемовъ облегчаетъ трудъ, ускоряетъ достиженіе цѣли. Неудивительно, что юристы, которымъ приходится затрачивать такъ много усилій на толкованіе, издавна стремились выработать технику толкованія подъ именемъ юридической герменевтики. Этотъ родъ искусства, вслѣдствіе своего схоластическаго отбѣнка, усвоеннаго отъ среднихъ вѣковъ, потерялъ въ XIX вѣкѣ свой престижъ, но это не говоритъ противъ его возможности и цѣлесообразности. Утрачено довѣріе не къ задачѣ, а къ способу ея разрѣшенія.

Не все уничтожено изъ того, что составляло нѣкогда сложное зданіе юридической герменевтики. Оставшееся все же представляетъ собою нѣчто, способное облегчить уясненіе смысла нормы права. вмѣстѣ съ тѣмъ вѣрно и то, что эти приемы должны

²⁾ Wurzel, *Das juristische Denken*, 1904, стр. 28.

быть согласованы съ тѣмъ матеріаломъ, какой данъ въ новѣйшихъ законодательствахъ. Слѣдуетъ ли смотрѣть на выработку этихъ правилъ, какъ на свободное дѣло самихъ юристовъ, или можно допустить вмѣшательство въ это со стороны законодателя? Нѣкоторымъ кажется, что воздѣйствіе законодателя здѣсь не только не цѣлесообразно, но и невозможно. Какіе бы приемы толкованія не узаконялись, но они не въ состояніи устранить свободной оцѣнки смысла закона по разуму тѣмъ болѣе, что, какъ нормы, законы этого рода сами подлежали бы толкованію³⁾. Дѣйствительно, современныя законодательства избѣгаютъ навязывать свои указанія на то, какъ нужно толковать законы. Борьба двухъ направленій, за и противъ законодательной регламентаціи правилъ толкованія, ярко проявилась при созданіи кодекса Наполеона 1804 года и закончилась побѣдою отрицательнаго къ нимъ отношенія. Послѣдующіе кодексы уже и не пытаются брать на себя эту задачу. Съ точки зрѣнія цѣлесообразности такое отношеніе къ вопросу можно только одобрить. Но нельзя утверждать, что законодатель не въ состояніи вмѣнить въ обязанность примѣняющимъ нормы опредѣленныя правила толкованія. Это такъ же возможно, какъ обязать къ извѣстному правописанію во всѣхъ бумагахъ, подаваемыхъ въ официальные учрежденія.

Толкованіе — процессъ совершенно свободный. Его сила заключается въ его логической убѣдительности. Оно не имѣетъ никакой обязательности, все равно, отъ кого бы оно ни исходило, отъ частныхъ лицъ или отъ министровъ, отъ ученыхъ юристовъ или отъ опытныхъ практиковъ, или отъ людей, мало прикосновенныхъ къ юриспруденціи. Толкованія научно образованныхъ юристовъ могутъ пользоваться, по сравненію съ толкованіемъ всякаго другого лица, большимъ нравственнымъ авторитетомъ, но не имѣютъ никакого юридическаго авторитета. Такое, чисто частное, свободное толкованіе, называемое неправильно доктринальнымъ, и составляетъ настоящее толкованіе. На ряду съ нимъ стремится стать, подъ видомъ толкованія, то, что носитъ названіе аутентическаго толкованія.

³⁾ Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 96.

Аутентическое толкованіе исходитъ отъ самого законодателя, который въ законодательномъ порядкѣ даетъ разъясненіе, какъ слѣдуетъ понимать изданный ранѣе законъ. Аутентическое толкованіе должно удовлетворять слѣдующимъ признакамъ: а) оно должно быть издано въ формѣ закона, почему аутентическимъ толкованіемъ не могутъ быть признаны разъясненія Сената; б) оно должно быть издано съ цѣлью истолкованія, почему аутентическимъ толкованіемъ не могутъ быть признаны позднѣйшіе законы, изъ которыхъ извлекается разъясненіе законамъ болѣе раннимъ.

Сила аутентическаго толкованія не въ его убѣдительности, а въ его обязательности. Хотя бы толкованіе законодателя шло въ разрѣзъ съ логикой, оно все же обязательно для всѣхъ, какъ законъ. Поэтому аутентическое толкованіе — не толкованіе закона, а законъ. Въ этомъ юридическомъ авторитетѣ аутентическаго толкованія заключается и его опасность. Такъ, по нашимъ Основнымъ Законамъ законъ получаетъ обратное примѣненіе, когда въ немъ сказано, что „онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго“ ⁴⁾.

Что составляетъ объектъ толкованія? Мысль или воля, выраженная въ нормѣ права? Этотъ вопросъ слѣдуетъ признать совершенно излишнимъ, потому что волю отъ мысли въ законѣ нельзя отдѣлить ⁵⁾, потому что воля обращается къ воспринимающимъ ее въ видѣ мысли. Воля безъ мысли непостижима, мысль безъ воли не будетъ нормой права.

Всякая ли норма права можетъ быть объектомъ толкованія? Иначе, подлежатъ ли толкованію только законы и основанныя на нихъ административныя распоряженія, или также правовые обычаи? Въ этомъ вопросѣ нѣтъ единогласія. По мнѣнію однихъ, толкованіе примѣнимо и къ нормамъ обычнаго права, чтобы изъ различныхъ случаевъ примѣненія въ жизни обычая и изъ показаній выяснить истинный смыслъ нормы ⁶⁾. По мнѣнію другихъ, напротивъ, правовые обычаи не могутъ быть объектомъ толкова-

⁴⁾ Св. Зак. т. I, ч. I; Осн. Зак. ст. 89.

⁵⁾ Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, стр. 612.

⁶⁾ Ennecserus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 104; Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 134.

нія, потому что въ этомъ случаѣ установленіе смысла обычая совпадало бы съ установленіемъ его существованія, потому что въ правовомъ обычая нѣтъ того дуализма выраженія и содержанія, который составляетъ основу толкованія законовъ ⁷⁾. Это послѣднее мнѣніе слѣдуетъ признать правильнымъ.

Если объектомъ толкованія являются только законы, то всѣ ли законы подлежатъ толкованію или только неясные законы? Господствующее мнѣніе, со времени Савиньи, высказывается за необходимость толкованія каждаго закона, независимо отъ степени его ясности ⁸⁾. Но имѣются противники этого взгляда, по мнѣнію которыхъ ясные законы въ толкованіи не нуждаются. Гдѣ все ясно и понятно—тамъ о приемахъ толкованія не можетъ быть и рѣчи. Подтверженіемъ тому служить, говорятъ, тотъ фактъ, что степень темноты закона отражается на количествѣ и трудности толкованія. Если эта темнота сводится къ нулю, то и толкованіе становится безпредметнымъ ⁹⁾. Но нѣтъ такой нормы, въ которой все было бы ясно и понятно, потому что понятное для юриста можетъ быть неяснымъ для лица, не получившаго юридическаго образованія, незнакомаго съ выраженіями законодателя. Во всякомъ случаѣ необходимо выяснить, нѣтъ ли въ нормѣ неясностей, — а это уже задача толкованія. Поэтому степень трудности толкованія не можетъ дойти до нуля.

Предположеніе, что ясные законы не требуютъ толкованія, объясняетъ то историческое явленіе, что нѣкоторые законодатели, считая свои кодексы стоящими по ясности внѣ всякихъ сомнѣній, дошли до запрещенія толкованія. Такъ поступилъ Юстиніанъ, признавъ за собою монополію толкованія (*ejus est interpretare legem, cujus est condere*), такъ поступилъ папа Пій IV въ отношеніи постановленій Тридентскаго Собора. Въ Германіи запрещеніе толкованія не разъ высказывалось въ теченіе XVIII

⁷⁾ Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 255; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 96. Brütt, *Die Kunst des Rechtsanwendung*, 1907, стр. 69.

⁸⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, стр. 318; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 139; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 157; Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 268.

⁹⁾ Грехескуль, *Къ ученію объ осуществленіи права*, 1900, стр. 153—160.

столѣтія: въ Баваріи § 9 кодекса 1756 года, въ Пруссіи указомъ 14 апрѣля 1780 г., въ Австріи въ § 24 законопроекта 1 ноября 1786 года. Наполеонъ I пришелъ въ ужасъ при извѣстіи о появленіи перваго комментарія на его кодексъ: „Пропаль мой кодексъ!“ Указомъ 19 октября 1813 года было запрещено писать и печатать какіе-либо комментаріи къ баварскому уголовному уложенію того же года. Конечно, это запрещеніе по существу нелѣпо. Можно запретить писать толкованія къ закону, но нельзя запретить самое толкованіе, потому что всякій, кто примѣняетъ законъ, даетъ ему примѣненіе сообразно тому, какъ онъ его понимаетъ, — а это уже и есть толкованіе. Ошибочность точки зрѣнія законодателей въ приведенныхъ случаяхъ обусловливалась тѣмъ, что они полагали, во-первыхъ, будто въ толкованіи нуждаются только неясные законы, а во-вторыхъ, будто всѣ изданные ими законы ясны.

Но признавая необходимость толкованія только законовъ и притомъ всѣхъ законовъ, мы должны рѣшительно отвергнуть мнѣніе, будто объектомъ толкованія является и имманентное право, лишь раскрываемое въ законѣ¹⁰⁾. Это отголоски идеи естественнаго права. Право есть только то, что содержится въ нормахъ права, въ частности въ законахъ. Толковать можно только ту мысль или волю, которыя вложены въ законъ живыми людьми, подъ вліяніемъ борющихся интересовъ, но не отвлеченную идею справедливости, правды и т. п., которыя могли въ данномъ законѣ вовсе не отразиться или даже исказиться.

По выясненіи, что объектомъ толкованія является мысль или воля, выраженныя въ законѣ, передъ нами встаетъ новый вопросъ, чья мысль или воля должна быть раскрыта, законодателя или закона? Здѣсь мы опять-таки встрѣчаемся съ противорѣчивыми рѣшеніями вопроса. Болѣе раннее по времени воззрѣніе признавало, что выясненію при толкованіи подлежитъ воля законодателя, выраженная въ законѣ¹¹⁾. Въ новое время выдвину-

¹⁰⁾ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 6.

¹¹⁾ Savigny, *System des Heutigen römischen Rechts*, т. I, 1840, стр. 213; въ настоящее время того же взгляда придерживаются: Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 143; Еннессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 105; Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 82; Васильковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901, стр. 25.

лось другое возрѣніе, которое стало сильно отгѣснять первое. Съ этой новой точки зрѣнія выясненію при толкованіи подлежитъ воля закона, оторванная отъ первоначальной воли законодателя. „Столь искомый законодатель, пронизигруетъ Вурцель, котораго мнѣніе какъ будто уже поймали, оказывается все же гдѣ-то въ туманѣ“¹²⁾. „Законъ, какъ говоритъ Вахъ, это не слово, за которымъ стоитъ воля, а это слово, ставшее волею“¹³⁾; по выраженію Биндинга, „законъ думаетъ и хочетъ“¹⁴⁾. Дальше всего идетъ въ этомъ направленіи Колеръ: „Наше мышленіе не только индивидуально, но и социальное; то, что мы думаемъ,—не только наша работа,—это нѣчто безконечное, это произведение работы мысли въ теченіе столѣтій и тысячелѣтій“. „Отсюда положеніе: законы должны быть толкуемы не по мысли и волѣ законодателя, но должны быть толкуемы социологически, т.-е. должны быть изъясняемы, какъ продукты всего народа, котораго органомъ является законодатель“¹⁵⁾.

На замѣчаніе, что выраженіе „воля закона“ чисто фигуральное, сторонники новаго направленія возражаютъ, что также фигурально и выраженіе „воля законодателя“, что если у закона нѣтъ психологической воли, то нѣтъ ея и у законодателя. Гдѣ должны мы искать реальнаго творца закона въ сложномъ законодательномъ механизмѣ? Слѣдуетъ ли въ современномъ конституціонномъ государствѣ считать таковыми всѣхъ членовъ парламента или только тѣхъ, кто говорилъ въ его пользу, или тѣхъ, кто голосовалъ за него, или, можетъ быть, министра, который внесъ законопроектъ, или тѣхъ лицъ, которые помогали ему въ изготовленіи его? Не лучше обстоитъ дѣло и въ самодержавномъ государствѣ, гдѣ, повидимому, законы составляютъ прямое выраженіе воли монарха. Если искать не формальную, а психологическую волю, то обращеніе къ монарху намъ ничего не даетъ. При современной сложности законодательныхъ задачъ ни одинъ монархъ, какъ бы богато ни былъ онъ одаренъ, не въ состояніи нормировать правовой бытъ выраженіями своей единоличной

¹²⁾ Wurzel, *Das juristische Denken*, 1904, стр. 50.

¹³⁾ Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 256.

¹⁴⁾ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 456.

¹⁵⁾ Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 123—124.

воли. Ближайшими сотрудниками монарха являются министры, но и они не сами составляют законопроекты. Въ этомъ имъ помогаетъ многочисленный штатъ чиновниковъ, выше или ниже поставленныхъ въ іерархическомъ порядкѣ. Гдѣ же искать творца закона, чья мысль и чья воля вложены въ него?

Если даже признать, что воля законодателя есть выраженіе несоотвѣтствующее реальной психологической воли, то все же переходъ къ волѣ закона не поставитъ насъ на реальную почву, а только замѣнитъ одинъ образъ другимъ. Но нельзя утверждать, что воля законодателя неуловима, нереальна. Мы знаемъ, что законъ есть отраженіе борьбы интересовъ и идей, и что въ законѣ выражается обезпеченіе главнымъ образомъ интересовъ господствующаго класса въ идеѣ общаго блага. Наблюдая борьбу за законъ, мы видимъ чего хотятъ одни, чего не хотятъ другіе. Когда законъ прошелъ, то онъ выразилъ волю той совокупности лицъ, которая имѣла наибольшее вліяніе на законодательную власть, хотя бы эта совокупная воля и должна была ограничить себя подъ напоромъ воли менѣе сильныхъ, но все же давящихъ снизу классовъ. Это реальный фактъ. И мы можемъ понимать, если только не остались чужды условіямъ народженія закона, чью волю онъ отразилъ и какъ оформилъ ее законодатель.

Оторванность воли закона отъ воли законодателя бросаетъ норму права въ область совершеннаго произвола при ея примѣненіи. Если мы будемъ, по совѣту Колера, смотрѣть на законъ, какъ на продуктъ всего народа, то законъ, подъ флагомъ народнаго блага, легко можетъ сдѣлаться самъ орудіемъ соціальной борьбы. Его будутъ такъ же тянуть въ разныя стороны, какъ до его появленія тянули законодательную власть. Мы снова наталкиваемся на принципъ цѣлесообразности или справедливости въ процессѣ примѣненія законовъ.

Конечно, не лишена опасности и точка зрѣнія, направляющая толкованіе на путь отысканія воли законодателя. Не оправдываетъ ли она такое толкованіе закона, которое будетъ считаться съ намѣреніями законодателя, хотя бы и не выраженными въ законѣ? Не побуждаетъ ли этотъ взглядъ на то, чтобы всѣми средствами, помимо текста закона, обнаружить, чего хотѣлъ достигнуть законодатель изданіемъ закона, хотя бы для этого при-

плось обратиться къ частной перепискѣ, къ разговорамъ государственныхъ дѣятелей. Но эти опасенія совершенно необоснованы, разъ дѣло идетъ о выясненіи воли законодателя, насколько она выразилась въ законѣ. Не то важно, что хотѣлъ законодатель, а то, что онъ успѣлъ и сумѣлъ выразить въ законѣ.

Здѣсь передъ нами встаетъ новый вопросъ толкованія. Должно ли толковать законы по тому смыслу, какой они имѣли въ моментъ ихъ изданія, или по тому смыслу, какой они получаютъ въ моментъ примѣненія? Въ этомъ вопросѣ мы встрѣчаемся снова съ тѣми доводами, которые приводятся въ пользу принципа справедливости и цѣлесообразности. Конечно, мы имѣемъ дѣло съ двумя различными вопросами: съ одной стороны рѣчь идетъ о допустимости примѣненія закона въ зависимости отъ конкретныхъ условій даннаго случая, съ другой стороны—о толкованіи закона въ примѣненіи ко всѣмъ случаямъ въ зависимости отъ измѣнившихся условій дѣйствія нормы. Но, если конкретныя условія повторяются и точка зрѣнія примѣняющаго укрѣпляется—одинъ вопросъ постепенно переходить въ другой. Столкновеніе мнѣній, отстаивающихъ два различныхъ принципа примѣненія законовъ, сплетается еще съ разногласіемъ по вопросу, чья воля толкуется въ законѣ,—законодателя или закона.

Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто задачу толкованія видитъ въ раскрытіи воли законодателя, смыслъ закона, очевидно, долженъ быть изъясняемъ всегда по моменту его изданія, а не по моменту его примѣненія. Правда, желаніе сдѣлать уступку времени, сгладить отсталость закона, побуждаетъ нѣкоторыхъ сторонниковъ этого направленія допустить, что законодатель, желавшій тогда-то, при такихъ-то условіяхъ, того-то,—теперь, при измѣнившихся условіяхъ, навѣрное, желалъ бы другого ¹⁶⁾. Но это аргументъ только въ пользу измѣненій въ законодательствѣ, а не въ пользу извращенія смысла закона.

Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто признаетъ самостоятельную волю закона, оторванную отъ воли законодателя, можно было бы придти къ тому же выводу, если принять въ соображеніе, что разъ установленная мысль или воля не могутъ сами собой измѣниться съ

¹⁶⁾ Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*. 1911, стр. 617.

теченіемъ времени. Но представители этого направленія склоняются въ противоположную сторону. Для нихъ законъ есть сила, которою слѣдуетъ пользоваться по условіямъ среды, для которой предназначено ея дѣйствіе. И здѣсь Колеръ выступаетъ наиболѣе рѣшительнымъ борцомъ: „Законъ есть орудіе блага, средство для достиженія человѣкомъ цѣлей, для успѣховъ культуры, для отстраненія враждебныхъ культурѣ силъ, для развитія народныхъ силъ. Оно есть предметъ познанія лишь настолько, насколько оно должно быть признано, какъ мѣняющееся и измѣнчивое орудіе блага, какъ факторъ культурнаго прогресса, которое справедливо лишь если оно дѣйствуетъ справедливо, и которое мы признаемъ справедливымъ, лишь если мы видимъ его дѣйствующимъ цѣлесообразно. Соотвѣтственно тому опредѣляется задача толкованія: и орудіе блага должно дѣйствовать различно, смотря по тому какъ складываются обстоятельства съ теченіемъ времени и какъ измѣняется культурная среда“¹⁷⁾. „Наилучшее толкованіе законовъ то, которое лучше всего приспособляется къ запросамъ текущаго момента“¹⁸⁾. Судья, которому приходится примѣнять законъ, ставшій въ противорѣчіе съ общественнымъ благомъ, долженъ обратить вниманіе на то извращеніе, какое испытать текстъ отъ дѣйствія времени, повернуть его, пытаться если нужно, лишь бы извлечь рѣшеніе, хотя и несогласное съ тѣмъ, что имѣлъ въ виду законодатель, но, зато, соотвѣтствующее современнымъ требованіямъ.

Вотъ направленіе, способное подорвать все значеніе законодательнаго творчества. Кто призванъ опредѣлять, что настало время измѣнить смыслъ, вложенный въ законъ при его изданіи? Если судья уполномоченъ отрѣшиться отъ первоначальнаго смысла потому, что насталъ моментъ придать ему другое значеніе, то не въ правѣ ли судья измѣнять смыслъ закона, который, по его мнѣнію, съ самаго начала не отвѣчаетъ запросамъ времени? Какое направленіе получить законъ въ примѣненіи различныхъ лицъ и учрежденій съ момента, когда онъ признанъ будетъ устарѣвшимъ. Одно изъ двухъ: или законъ будетъ примѣняться,

¹⁷⁾ Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 127.

¹⁸⁾ Percerou, *Apropos d'une théorie nouvelle sur la responsabilité*, *Annales de droit commercial*, 1898, № 1, стр. 64.

какъ кто его понимаетъ,—и тогда онъ потеряетъ всякое значеніе, или приспособленіе его къ условіямъ времени станетъ монополіей высшаго учрежденія, напр., Сената,—и тогда это будетъ перенесеніе законодательной власти съ Государственной Думы на Правительствующій Сенатъ.

Разсматриваемый вопросъ имѣетъ особенно крупное значеніе во Франціи, гдѣ сильно чувствуется отсталость кодекса, съ честию сослужившаго свою столѣтнюю службу, и въ Россіи, гдѣ дѣйствующее законодательство представляетъ груды обломковъ разныхъ временъ и разныхъ условій, гдѣ нерѣдко трудно отыскать точку зрѣнія законодателя и еще труднѣе отстаивать ее въ моментъ примѣненія закона. Однако, и во Франціи авторитетные голоса ¹⁹⁾ предостерегаютъ противъ опасности, какую таитъ въ себѣ „теорія приспособленія текста“ или, какъ ее еще, совершенно невѣрно, называютъ, „теорія исторической эволюціи“ ²⁰⁾. Сознавая всю трудность выдержать настоящій принципъ толкованія законовъ въ Россіи, гдѣ законодательство представляется поразительно отсталымъ, несоотвѣтствующимъ требованіямъ времени, мы все же должны его отстаивать въ виду еще большей опасности, которая грозитъ со стороны мало усвоеннаго въ нашей странѣ начала законности, недостатокъ котораго способенъ привести къ тому, что всякій новый законъ, какъ бы онъ ни былъ своевремененъ и цѣлесообразенъ съ точки зрѣнія общественной, можетъ потерять свое значеніе, если съ государственной точки зрѣнія будетъ признано, что моментъ времени требуетъ дать ему иное толкованіе.

Каждый законъ представляетъ собою, съ грамматической точки зрѣнія, предложеніе, т.-е. мысль, выраженную словами. Однако, строй предложенія не всегда соотвѣтствуетъ строю высказываемыхъ сужденій ²¹⁾. Между внѣшнимъ выраженіемъ и выражаемою мыслью можетъ оказаться несоотвѣтствіе. Законодатель для выраженія своей мысли употребилъ слова, способныя вызвать представленія, которыя не отвѣчаютъ тѣмъ, какія онъ самъ имѣлъ.

¹⁹⁾ G é n y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 228—231.

²⁰⁾ Бу с к е н, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, стр. 362.

²¹⁾ В в е д е в с к і й, *Логика, какъ часть теоріи познанія*, 1912, стр. 52, 55.

Онъ хотѣлъ сказать болѣе того, что сказалъ, или, наоборотъ, онъ сказалъ болѣе того, что хотѣлъ. Насколько такое несоотвѣтствіе обнаруживается изъ самаго закона, оно можетъ быть устранено путемъ того, что называется распространительнымъ и ограничительнымъ толкованіемъ. Когда логическій объемъ того, что хотѣлъ сказать законодатель, меньше того грамматическаго объема, какой дается словесною формою, задача ограничительнаго толкованія состоитъ въ томъ, чтобы ввести пониманіе закона въ предѣлы дѣйствительной мысли законодателя. Когда логическій объемъ того, что хотѣлъ сказать законодатель, шире того грамматическаго объема, какой дается словесною формою, задача распространительнаго толкованія заключается въ томъ, чтобы довести пониманіе закона до предѣловъ дѣйствительной мысли законодателя. Напр., законъ запрещаетъ выводить окна на чужой дворъ. Уясняя мысль законодателя, мы обнаруживаемъ, что онъ хотѣлъ запретить, чтобы черезъ окно не выливались помои на чужой дворъ, не выбрасывались вещи, не подсматривали, не проникали люди. Съ этой точки зрѣнія мы должны признать, что, употребивъ выраженіе „окна“, законодатель съ одной стороны сказалъ больше, чѣмъ хотѣлъ, а съ другой меньше. Трудно предположить, чтобы онъ имѣлъ въ виду запретить выводить на чужой дворъ окна изъ сплошнаго толстаго стекла, дающія только свѣтъ, но не допускающія возможности какого-либо воздѣйствія на чужой дворъ. Слѣдовательно, по ограничительному толкованію, такія окна, хотя это окна, ставить въ пограничной стѣнѣ можно. Съ другой стороны, трудно представить, чтобы законодатель не имѣлъ въ виду, что воздѣйствіе на чужой дворъ возможно не только черезъ окно, но и черезъ стеклянную галлерей, устроенную въ сосѣднемъ домѣ на чужой межѣ. Слѣдовательно, по распространительному толкованію, такія галлерей, хотя это и не окна, устраивать въ пограничной стѣнѣ нельзя.

Неправильное пониманіе сущности разсматриваемаго логическаго процесса и смѣшеніе распространительнаго толкованія съ аналогіей, приводитъ къ нѣкоторымъ сомнѣніямъ по вопросу о допустимости распространительнаго толкованія.

Допустимо ли распространительное толкованіе въ отношеніи уголовныхъ законовъ? Можетъ быть, составъ преступленія долженъ

быть настолько точно выражены словами, что въ интересѣ преступниковъ не слѣдуетъ доискиваться за словами мысли закона болѣе широкой, чѣмъ ея выраженіе? Но такой взглядъ равносильнъ приглашенію не руководствоваться мыслью закона, присущей закону, хотя и неудачно въ немъ выраженной. Практически это приводило бы къ нелѣпымъ выводамъ. Представимъ себѣ, что уголовный законъ караетъ за двоеженство (Англія). Спрашивается, неужели этотъ законъ непримѣнимъ къ тому, кто успѣлъ вступить въ третій бракъ? Уголовный законъ налагаетъ наказаніе за истребленіе или поврежденіе чужой вещи (Россія). Неужели этотъ законъ непримѣнимъ къ тому случаю, когда я, стоя на пароходѣ рядомъ съ лицомъ, показывающимъ мнѣ ящикъ съ документами, гдѣ хранятся важные для меня документы, толкаю его подъ руку такъ, что ящикъ летитъ въ воду, хотя я не истребилъ и, можетъ быть, не повредилъ вещь? Очевидно, распространительное толкованіе въ уголовномъ законодательствѣ имѣетъ такое же приложеніе, какъ и вездѣ.

Допустимо ли распространительное толкованіе въ отношеніи исключительныхъ законовъ? Отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ часто выдается за школьную истину. Между тѣмъ, едва ли вопросъ такъ просто рѣшается. Скорѣе мы имѣемъ здѣсь дѣло съ ходячимъ предразсудкомъ, который вызванъ тѣмъ, что подъ распространительнымъ толкованіемъ понимаютъ и аналогію. Если исключительнымъ закономъ называть такой, который содержитъ въ себѣ изъятіе изъ общаго законодательства, то нѣтъ никакого основанія не допускать въ отношеніи его пользоваться распространительнымъ толкованіемъ. Напр., акціонерный уставъ, проведенный въ законодательномъ порядкѣ, есть законъ исключительный—неизвѣстно, почему §§ устава не должны быть понимаемы за предѣлами ихъ словеснаго выраженія. Большую осторожность вызываютъ исключительные законы, которыми ограничиваются права какого-либо лица или категоріи лицъ. Здѣсь можно выставить то соображеніе въ пользу устраненія распространительнаго толкованія, что законодатель, ставя нѣкоторыхъ гражданъ въ особо невыгодное положеніе сравнительно съ другими, долженъ былъ позаботиться о точности употребляемыхъ выраженій.

Такъ какъ законъ есть мысль, выраженная словами, то при толкованіи необходимо прежде всего обратиться къ выясненію значенія словъ, въ которыя мысль воплотилась, чтобы черезъ нихъ, проникнуть въ содержаніе самой мысли. Первая цѣль достигается при помощи грамматическаго, вторая—при помощи логическаго толкованія. Это не два различныхъ вида толкованія, исключаютъ одинъ другого, это только разные моменты въ процессѣ толкованія.

Грамматическое толкованіе объясняетъ значеніе тѣхъ средствъ выраженія мысли, которыми воспользовался законодатель. На основаніи этимологін и синтаксиса, толкованіе раскрываетъ смыслъ словъ, изъ которыхъ состоитъ законъ, и ихъ сочетанія. Такое грамматическое или, иначе, словесное толкованіе не слѣдуетъ смѣшивать съ буквальнымъ. Первое изслѣдуетъ слова, чтобы понять лучше мысль, второе игнорируетъ мысль изъ-за словъ. Для перваго мысль составляетъ цѣль, а слово только средство, тогда какъ для втораго—слово есть самоцѣль. Культъ слова встрѣчается всюду на раннихъ ступеняхъ общественнаго развитія. Онъ объясняется съ психологической стороны трудностью для человѣка доискиваться мысли, оторвавшись отъ слова, а съ соціальной стороны—опасеніемъ за судьбу закона, добытаго цѣною тяжелой борьбы или завѣщаннаго предками.

Выясняя значеніе словъ, употребленныхъ законодателемъ для выраженія своей мысли, мы должны имѣть въ виду то обстоятельство, что авторъ закона пользовался тѣми средствами, какія находились въ общемъ употребленіи, которыя онъ самъ усвоилъ и которыми онъ хотѣлъ сдѣлать общепонятной свою мысль. Поэтому первое правило грамматическаго толкованія требуетъ придавать словамъ то значеніе, какое они имѣютъ въ общемъ словоупотребленіи. Когда, напр., законъ вручаетъ дисциплинарную власть надъ дѣтьми родителямъ, то мы, считаясь съ значеніемъ слова „родители“, не имѣемъ основанія переносить эту власть на дѣда или бабу. Если законъ долженъ быть толкуемъ по времени его изданія, а не по времени его примѣненія, то словамъ закона слѣдуетъ придавать то значеніе, въ какомъ они употреблялись въ то время, когда законъ появился. Законодатель, какъ и всякій авторъ, можетъ придать употре-

бляемымъ словамъ свое особое значеніе. Тогда слова закона должны быть понимаемы не по общему, а по техническому словоупотребленію. Напр., когда законъ пользуется выраженіемъ „крестьянскій дворъ“, то значеніе этого слова далеко отъ того значенія, какое въ жизни придается слову „дворъ“; возможно, что незнакомый съ техническимъ языкомъ закона получилъ бы совершенно неправильное представленіе, если бы сталъ понимать въ общепринятомъ значеніи такія выраженія, какъ „право представленія“, „право въѣзда въ лѣсъ“. Новѣйшіе кодексы признаютъ огромную цѣнность точнаго языка въ законѣ, и слово, принятое въ извѣстномъ смыслѣ, строго проводится въ этомъ значеніи черезъ все уложеніе. Это сильно облегчаетъ работу толкованія для юриста, но за то затрудняетъ обращеніе съ законами для неподготовленнаго. Русское законодательство представляетъ большія затрудненія для грамматическаго толкованія. Сводъ собралъ въ одну массу нормы, изложенныя языкомъ то московскихъ приказовъ, то петербургской смѣси русскаго съ иностраннымъ, то современныхъ канцелярій. Одно и то же слово употребляется для означенія различныхъ представленій, напр., слово „содержаніе“ имѣетъ рядъ значеній: содержаніе, которое мужъ долженъ доставлять женѣ, наемъ или отдача вещей въ содержаніе, содержаніе договора²²⁾. Съ другой стороны, одно и то же представленіе означается различными словами, напр., собственникъ, владѣлецъ, вотчинникъ, хозяинъ.

Логическое толкованіе предполагаетъ уже выполненной работу грамматическаго толкованія. Сущность его заключается въ выясненіи мысли закона на основаніи выясненнаго значенія словъ, которыми она выражена. Это логическое, или иначе называемое реальное, толкованіе стремится вывести содержаніе закона или изъ его собственнаго текста или изъ сопоставленія его текста съ текстомъ другихъ законовъ.

Логическое толкованіе въ предѣлахъ самаго закона является наиболѣе частнымъ. Оно приводитъ часто къ желательному результату на основаніи одного только внимательнаго чтенія. Но иногда слова, сами по себѣ ясныя, находятся въ такомъ сочета-

²²⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, стт. 106, 1691, 1585.

ни, при которомъ мысль закона настолько затемняется, что требуетъ особыхъ усилій для разъясненія. Напр., законъ дозволяетъ лицу, достигшему 17 лѣтъ, управление своимъ имуществомъ и въ то же время запрещаетъ ему, безъ попечителя, совершать акты и сдѣлки какого-либо рода ²³⁾. Такъ какъ управление безъ совершенія сдѣлокъ невозможно, то мысль закона можетъ быть понята такъ, что несовершеннолѣтнему запрещены сдѣлки, выходящія за предѣлы управления. Иногда затрудненіе въ пониманіи смысла закона состоитъ въ неясности, гдѣ логическое удареніе въ статьѣ. Напр., законъ говорить, что закладныя не могутъ быть передаваемы по надписямъ ²⁴⁾. Что хотѣлъ устранить законодатель, „передачу закладныхъ“ или передачу закладныхъ „по надписямъ“?

Логическое толкованіе закона не изъ одного только его текста, а путемъ сопоставленія даннаго закона съ другими, даетъ мѣсто нѣсколькимъ приемамъ.

Историческое толкованіе есть уясненіе содержанія даннаго закона по сопоставленію его съ другимъ, ранѣе существовавшимъ. Психологическое основаніе для такого приема заключается въ томъ, что законодатель, повелѣвая или запрещая что-либо, имѣетъ въ своемъ представленіи то, что въ этотъ моментъ запрещалось или дозволялось. Его мысль идетъ отъ существующаго къ должствующему, и, слѣдуя за нимъ по этому пути, мы въ состояніи уловить его мысль, которая, можетъ быть, не дается сама по себѣ. Напр., читая статью 84 Основныхъ Законовъ 23 апрѣля 1906 года: „Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ“, можно было подумать, что ничего новаго въ этихъ законахъ не дано, потому что и ранѣе, какъ всегда, законы издаются въ установленномъ порядкѣ. Но если мы сопоставимъ ст. 84 со ст. 47 прежнихъ Основныхъ Законовъ, нынѣ отмѣненныхъ, то увидимъ, что слова „изданныхъ въ установленномъ порядкѣ“ замѣнили собою слова „отъ Самодержавной власти исходящихъ“. Отсюда получается логическій выводъ, что уста-

²³⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 220.

²⁴⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 1654 и 1678.

новленный порядокъ не есть самодержавіе, и что нинѣ законы не могутъ быть издаваемы единолично Государемъ Императоромъ.⁴

Такое историческое толкованіе нерѣдко смѣшивается съ исторической точкой зрѣнія, т.-е. съ выясненіемъ смысла закона по соображенію тѣхъ бытовыхъ условій, которыя послужили побужденіемъ къ изданію закона. Здѣсь толкованіе закона дѣлается не по внутреннему содержанію закона, а по внѣшнимъ обстоятельствамъ.

Систематическое толкованіе есть уясненіе содержанія даннаго закона по сопоставленію его съ другими, одновременно существующими въ той системѣ права. Такъ, напр., уголовный законъ угрожаетъ каторгою за поджогъ съ умысломъ какого-либо обитаемаго зданія²³). Можетъ возникнуть сомнѣніе, грозитъ ли это наказаніе и тому, кто поджегъ собственный домъ? Если принять въ соображеніе, что рассматриваемый законъ помѣщенъ въ главѣ II, названной „О истребленіи и поврежденіи чужого имущества“, то можно заключить, что ст. 1606 имѣетъ въ виду только поджогъ чужого зданія, а не своего. Другой примѣръ. Ст. 1141 т. X, ч. I говоритъ, что родители не наследуютъ послѣ дѣтей ихъ въ приобрѣтенномъ ими послѣдними имуществомъ, а ст. 1142 опредѣляетъ, что имущество, дошедшее къ сыну или дочери при жизни послѣднихъ, возвращается послѣ безпотомственной смерти дѣтей къ родителямъ „яко даръ“. Если это возвращеніе дара, то на родителей не распространяется отвѣтственность, падающая вообще на наследниковъ (ст. 1259). Однако, приводимыя статьи помѣщены среди законовъ о наследованіи по закону и въ частности въ Отд. IV, озаглавленномъ: „о порядкѣ наследованія въ линіи восходящей“,—откуда получается выводъ о томъ, что родители должны рассматриваться какъ наследники. Систематическое толкованіе тѣмъ болѣе примѣнимо, чѣмъ болѣе систематизировано право.

До сихъ поръ мы рассматривали толкованіе, основанное на самомъ текстѣ толкуемаго закона или на текстѣ другихъ законовъ, ранѣе дѣйствовавшихъ или одновременно дѣйствующихъ.

²³) Св. Зак., т. XV, уложеніе о наказаніяхъ, ст. 1606.

За этимъ встаетъ вопросъ, нельзя ли для уясненія смысла закона обращаться къ источникамъ, стоящимъ внѣ закона? Такими внѣшними источниками могутъ служить мотивы къ изданнымъ законамъ, объяснительныя записки къ проектамъ, протоколы за сѣданій комиссіи по составленію проекта, протоколы преній въ парламентъ и т. д.

По одному, весьма распространенному среди французскихъ юристовъ мнѣнію, при толкованіи законовъ необходимо принимать во вниманіе внѣшніе источники. Кто ищетъ волю законодателя, тотъ долженъ использовать все, что способно раскрыть эту волю, совершенно такъ же, какъ литературный критикъ ищетъ ключъ къ творчеству писателя даже въ его частныхъ письмахъ, въ его бесѣдахъ. Другое воззрѣніе относится совершенно отрицательно къ внѣшнимъ источникамъ и считаетъ недопустимымъ прибѣгать къ ихъ помощи для объясненія законовъ, содержание которыхъ можетъ далеко разойтись съ первоначальными предположеніями. Нѣкоторые высказываютъ даже пожеланіе, чтобы всѣ эти мотивы, протоколы не дѣлались вовсе достояніемъ публики, чтобы они, во избѣжаніе соблазна, подвергались полному уничтоженію ²⁶⁾. Существуетъ стремленіе примирить крайнія точки зрѣнія. Внѣшніе источники, говоритъ Эннекерусъ, хотя и „не имѣютъ самостоятельнаго значенія, но могутъ быть приняты во вниманіе, если вытекающая изъ нихъ мысль нашла себѣ хотя неполное и сомнительное выраженіе въ законѣ“ ²⁷⁾. По мнѣнію Васьковскаго, „когда толкованіе нормы, несмотря на примѣненіе всѣхъ внутреннихъ данныхъ, оказалось безуспѣшнымъ, и смыслъ нормы остался неяснымъ, тогда... такъ какъ отговариваться непониманіемъ закона нельзя, то, значить, нужно обратиться къ внѣшнимъ источникамъ“ ²⁸⁾.

Прежде всего необходимо отвергнуть попытку найти примирительную точку зрѣнія. Что значить допустить обращеніе къ

²⁶⁾ Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft*, 1896, стр. 13; Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1906, стр. 131.

²⁷⁾ Эннекерусъ, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 108.

²⁸⁾ Васьковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901, стр. 107.

внѣшнимъ источникамъ при обнаруженной неясности? Какова степень неясности, открывающая возможность обратиться къ этому средству, кто призванъ опредѣлять наличность неясности? Во всякомъ спорѣ, въ каждомъ процессѣ заинтересованные склонны толковать законъ въ свою пользу, и тогда какъ одинъ будетъ ссылаться на внѣшніе источники, какъ дающіе желательное ему толкованіе, другой, напротивъ, станетъ отстаивать необходимость ограничиться тѣмъ толкованіемъ, какое можно извлечь изъ внутреннихъ источниковъ.

Изъ двухъ противоположныхъ взглядовъ на значеніе внѣшнихъ источниковъ толкованія, необходимо стать на сторону отрицательнаго къ нимъ отношенія. Сравненіе толкованія закона съ литературной критикой совершенно неправильно. Знакомство съ литературными произведеніями—дѣло личнаго интереса, знакомство съ законами обязательно для каждого гражданина, и, слѣдовательно, допустить обращеніе къ внѣшнимъ источникамъ, значитъ, вмѣнить гражданину въ обязанность пользоваться этимъ средствомъ, такъ какъ каждый долженъ не только знать, но и понимать законы. Но чтобы вмѣнить гражданамъ въ обязанность знакомство съ внѣшними источниками, законодатель долженъ бы ихъ такъ же доводить до общаго свѣдѣнія, какъ и законы. Однако, публикаціи мотивовъ, протоколовъ, записокъ не бываетъ. Слѣдовательно, знаніе ихъ необязательно. А если оно необязательно, то толкованіе, основанное на нихъ, не можетъ имѣть большей юридической силы, чѣмъ толкованіе безъ нихъ ²⁹⁾.

Если мотивы, по которымъ былъ изданъ законъ, должны быть отвергнуты, какъ средство толкованія закона, то это только въ томъ случаѣ, если эти мотивы не вошли составною частью въ законъ, пока они находятся внѣ закона. Но иногда случается (прежде весьма часто, теперь рѣдко), что законодатель соединяетъ въ одно предложеніе какъ свое повелѣніе, такъ и его мотивъ. Въ этомъ случаѣ мы не можемъ не считаться съ этимъ мотивомъ, потому что это не внѣшній источникъ, а самый текстъ

²⁹⁾ Несостоятельность и опасность толкованія по мотивамъ съ особою наглядностью выступаетъ въ разъясненіи ст. 129 Уголовнаго Уложенія, какое дается ей уголовнымъ кассационнымъ департаментомъ Сената (1905, № 2, 1906, № 8).

закона ³⁰⁾. Напр., наше законодательство, подвергая расточителя опеку, высказываетъ, что это дѣлается „въ предупрежденіе и пресѣченіе роскоши безмѣрной и разорительной, въ обузданіе излишества, безпутства и мотовства“ ³¹⁾, или, признавая завѣщанія самоубійцы недѣйствительными, объясняетъ это тѣмъ, что „всѣ завѣщанія должны быть составляемы въ здоровомъ умѣ и твердой памяти“ ³²⁾. Здѣсь мотивы выясняютъ намъ предѣлы мысли законодателя, а слѣдовательно и дѣйствія нормъ права.

§ 76.

А н а л о г і я.

Литература: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5 изд. 1885 (Excursus on Analogy), т. II, стр. 1001—1020; Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. IV, 1911, стр. 335—457; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899; Jung, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, 1900; Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, стр. 625—652; Stampe, *Die Freiheitsbewegung*, 1911; Kiss, *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht*, *Jherings J. B.* 22, Bd. 6, 1911; Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903; Васьковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901; Муромцевъ, *Творческая сила юриспруденціи* (Юрид. В. 1887, № 9); Муромцевъ, *Гражданскій законъ и жизнь* (Вѣст. Пр. 1904, № 2); Покровскій, *Гражданскій судъ и законъ* (Вѣстн. Пр. 1905, № 1).

Возможенъ случай, когда примѣняющій право къ данному фактическому составу, установивъ малую посылку, тщетно ищетъ соотвѣтствующей нормы. Среди имѣющихся нормъ ни одна не совпадаетъ всѣми своими элементами съ тѣми, какіе получились въ малой посылкѣ. Требуемаго сочетанія элементовъ или вовсе нѣтъ или дается сочетаніе только отчасти совпадающее. Чѣмъ болѣе отстало право отъ жизни, чѣмъ болѣе казуистично построено законодательство,—тѣмъ вѣроятнѣе такіе случаи пробѣловъ.

Но существуетъ взглядъ, отрицающій самую возможность пробѣловъ въ правѣ,—въ правѣ пробѣловъ нѣтъ и не можетъ быть.

³⁰⁾ Противоположнаго мнѣнія Васьковскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901, стр. 148.

³¹⁾ Св. Зак. т. XIV, уставъ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, ст. 150.

³²⁾ Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 1016 и 1017.

Оцѣнка этого мнѣнія требуетъ предварительнаго соглашенія въ постановкѣ вопроса. Дѣло идетъ не о томъ, что въ правѣ данной страны могутъ быть пробѣлы, которые желательно восполнить закономъ. Напр., въ этомъ смыслѣ можно сказать, что въ Россіи ощущается пробѣлъ по организаціи административной юстиціи. Вопросъ ставится не съ точки зрѣнія законодательной политики, а съ точки зрѣнія дѣйствующаго права. Выставляя положеніе, что въ правѣ нѣтъ пробѣловъ, утверждаютъ, что въ дѣйствующемъ правѣ имѣется всегда отвѣтъ (большая посылка) на каждый возникшій юридическій вопросъ. Конечно, при этомъ имѣется въ виду только положительное право, но зато во всѣхъ его формахъ, а не только въ формѣ закона.

Въ стремленіи преградить естественному праву доступъ черезъ проходы, открывающіеся въ видѣ пробѣловъ въ правѣ, Бергбомъ отвергаетъ самую идею такихъ пробѣловъ ¹⁾. „Положительное право не имѣетъ вообще никакихъ пробѣловъ“. Мнимые пробѣлы, по мнѣнію Бергбома, могутъ быть понимаемы въ двоякомъ смыслѣ. О пробѣлѣ можно говорить, если мы встрѣчаемся съ бытовымъ отношеніемъ, которое осталось внѣ правовой нормировки, напр., по вопросу о томъ, какъ одѣваться. Но здѣсь нѣтъ и пробѣла—это просто юридически пустое пространство, окружающее среду права. О пробѣлѣ говорятъ въ другомъ смыслѣ, когда утверждаютъ, что на данный вопросъ, требующій юридическаго рѣшенія, нѣтъ отвѣта въ положительномъ правѣ. Если мы признаемъ, что это отношеніе не оставлено внѣ права, а включено въ область, нормированную правомъ, то отвѣтъ долженъ быть. Вопросъ только въ трудности его нахождения. „Пробѣлъ обнаруживается не въ правѣ, а въ ищущемъ права,—не право нуждается въ пополненіи своихъ нормъ, а примѣняющій—нуждается въ пополненіи своихъ знаній“.

Съ другой точки зрѣнія отрицаетъ пробѣлы въ правѣ Цителманиъ ²⁾. Дѣло не въ томъ, что обнаруживается отношеніе, на которое право не даетъ рѣшенія, а дѣло въ томъ, что область фактическихъ отношеній, которыя право нормируетъ, чрезвычайно измѣнчива. Мы склонны говорить о пробѣлѣ, когда

¹⁾ Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 371—393.

²⁾ Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903.

встрѣчаемся съ фактическимъ составомъ, представляющимъ нѣкоторыя особенности. Среди необозримаго моря фактическихъ отношеній, поднимаются, какъ острова, отношенія, съ которыми законъ соединяетъ наказаніе или возмѣщеніе вреда или иное юридическое послѣдствіе. Отвергая наказаніе или возмѣщеніе вреда, судья признаетъ, что это море, а не твердая земля,—и это юридическій отвѣтъ. Налагая наказаніе или присуждая къ возмѣщенію вреда, судья признаетъ, что это земля, а не море. Налагая наказаніе или присуждая къ вознагражденію вреда тамъ, гдѣ передъ нами море,—судья воду превращаетъ въ твердь. Насколько онъ считаетъ это справедливымъ,—онъ можетъ такъ поступать, за исключеніемъ уголовной кары, гдѣ ему запрещено такое творчество.

Еще иначе подходитъ къ вопросу Регельсбергеръ. Онъ признаетъ, что въ правѣ существуютъ пробѣлы, насколько нѣтъ ни одной нормы, подъ абстрактный составъ которой можно было бы подвести каждый конкретный составъ, подлежащій судебному рѣшенію. „Но вѣрно также и то, что въ правѣ нѣтъ никакихъ пробѣловъ. Ни одинъ судья не можетъ отказать въ рѣшеніи подъ предлогомъ того, что для разсматриваемаго случая нѣтъ вовсе положенія въ правѣ“³⁾.

Ни одно изъ приведенныхъ доказательствъ въ пользу того, что въ правѣ нѣтъ пробѣловъ, не можетъ быть принято. Совершенно неправильно смотрѣть на объективное право, т.-е. на совокупность нормъ, какъ на органическое самодовлѣющее цѣлое. Это представленіе особенно непростительно такому позитивисту, какъ Бергбомъ, п оно несравненно ниже того образнаго представленія, какое даетъ Цительманнъ. Никакое представленіе о русскомъ правѣ, какъ о цѣломъ, содержащемъ въ себѣ безконечный рядъ отвѣтовъ, не разрѣшаетъ вопроса о дѣтяхъ при раздѣльномъ жительствѣ супруговъ или при расторженіи ихъ брака, о наказуемости отвода чужого электричества по статьѣ, карающей за кражу чужихъ движимыхъ вещей и т. п. Но, конечно, нельзя согласиться съ Цительманномъ, будто всякое сомнѣніе устраняется возможностью творчества со стороны судьи, потому

³⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 156.

что судья не законодатель, призванный превращать воду въ твердь. Что касается Регельсбергера, то, отрицая пробѣлы въ правѣ на томъ основаніи, что судья долженъ дать рѣшеніе по каждому вопросу, Регельсбергеръ, во-первыхъ, предполагаетъ существованіе пробѣловъ, на которые судья долженъ найти отвѣтъ, хотя бы его не было въ законѣ и обычаяхъ, а во-вторыхъ, Регельсбергеръ считаетъ доказаннымъ то, что еще подлежитъ доказыванію, а именно, что судья можетъ и долженъ дать юридическій отвѣтъ на вопросы, юридически не разрѣшенные законодательною властью.

Поэтому слѣдуетъ считать болѣе правильнымъ взглядъ тѣхъ, кто признаютъ, какъ фактъ, во всякомъ дѣйствующемъ правѣ наличность пробѣловъ, т.-е. отсутствіе правовыхъ отвѣтовъ на вопросы, подлежащіе судебному разрѣшенію⁴⁾. Какой же выходъ изъ создавшагося затрудненія? Что долженъ дѣлать судья, когда представленный на его обсужденіе конкретный случай не разрѣшается правомъ вовсе или вполнѣ? На это могутъ быть даны различныя отвѣты.

Законъ можетъ вмѣнить суду въ обязанность пріостановить разрѣшеніе дѣла и представить вопросъ на разсмотрѣніе законодательной власти. Это отказъ въ судебномъ рѣшеніи въ виду неполноты или недостатка нормъ права. Таковъ былъ преобладающій въ XVIII вѣкѣ взглядъ, основанный съ одной стороны на исторически укоренившемся недоверіи къ судебнымъ дѣятелямъ, а съ другой на теоретически сложившемся принципѣ раздѣленія властей. Идея нашла себѣ воплощеніе въ революціонномъ законѣ 16—24 августа 1790 года, въ Прусскомъ Земскомъ Уложеніи 1794 года⁵⁾. Подъ вліяніемъ взглядовъ Беккари, въ Наказѣ Екатерины II высказано было то же отрицательное отношеніе къ допустимости рѣшать дѣла безъ прямого указанія закона. Это же направленіе выразилось въ Сводѣ Законовъ до Судебныхъ Уставовъ 1864 года. „Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣне-

⁴⁾ G é n y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 24; Еускен, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, стр. 3 и 37; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, стр. 62; Еппассерус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. 1, 1909, стр. 116.

⁵⁾ Прусское Земское Право, введеніе, §§ 46—49.

нія или распространенія. Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни одной буквы и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“. „Въ случаѣ неясности или недостатка существующаго закона каждое мѣсто или правительство имѣетъ право и обязанность представлять о томъ по порядку своему начальству. Если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона, тогда начальство обязано представить правительствующему сенату или министру по принадлежности“. „Сенатъ не приступаетъ къ рѣшенію такихъ дѣлъ, на которыя не окажется точнаго закона, но о всякомъ случаѣ, требующемъ изданія новыхъ, или дополненія или перемѣны существующихъ узаконеній, составляетъ проектъ разрѣшенія, и все дѣло вносится министромъ юстиціи, съ его заключеніемъ, къ Императорскому Величеству черезъ Государственный Совѣтъ“⁶⁾.

Законъ можетъ вмѣнить суду въ обязанность разрѣшить конкретный случай на основаніи справедливости, примѣнительно къ конкретнымъ обстоятельствамъ даннаго дѣла. Въ сущности на этой точкѣ зрѣнія стоитъ австрійское гражданское уложеніе 1811 года, когда оно на случай, не разрѣшимый прямо закономъ и по сходству съ другими законами (аналогія закона), предлагаетъ разрѣшать дѣло по соображенію со всѣми основательно разсмотрѣнными обстоятельствами, согласно началамъ естественнаго права⁷⁾.

Законъ можетъ вмѣнить суду въ обязанность разрѣшить конкретный случай по сходству съ существующими нормами права (аналогія). Судья, не находя закона, въ содержаніе котораго пол-

⁶⁾ Св. Зак. т. I, ч. 1, Осн. Зак. изд. 1892, ст. 65 и 52; Учрежденіе Прав. Сената, ст. 201.

⁷⁾ Австрійское гражданское уложеніе § 7. Австрійскіе юристы пытаются устранить этотъ, столь несвоевременный тезисъ. Нѣкоторые полагаютъ, что судья не можетъ руководствоваться справедливостью, а только естественнымъ правомъ, да и то лишь послѣ безплодныхъ попытокъ использовать не только аналогію закона, но и аналогію права (Унгеръ); а иные, проникнутые позитивнымъ духомъ, отвергаютъ вообще возможность обращенія къ естественному праву и толкуютъ § 7 въ смыслѣ общаго духа австрійскаго законодательства (Штубенраухъ).

ностью укладывался бы данный случай, долженъ примѣнить къ нему законъ наиболѣе сходный, или создать *ad hoc* норму въ духѣ дѣйствующаго законодательства. При этомъ судья обязанъ, слѣдовательно, стать на точку зрѣнія даннаго законодателя, предугадать его рѣшеніе вопроса. Такова система, принятая въ Россіи, со времени Судебныхъ Уставовъ 1864 года. Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подѣ предлогомъ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ, а въ гражданскихъ дѣлахъ,— и недостатка законовъ, и виновные въ томъ подвергаются отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи или за бездѣйствіе власти. Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности или противорѣчія, а въ гражданскихъ дѣлахъ и недостатка законовъ, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ ⁵⁾).

Законъ можетъ вмѣнить суду въ обязанность разрѣшить данный случай на основаніи нормы права, создаваемой самимъ судомъ, т.-е. призвать судъ къ законодательному творчеству за предѣлами дѣйствующихъ нормъ. Такова система, принятая швейцарскимъ гражданскимъ кодексомъ 1907 года. „Законъ примѣняется ко всѣмъ юридическимъ вопросамъ, которые въ немъ имѣются, по буквѣ и духу постановленія. Когда изъ закона не можетъ быть извлечено соотвѣтствующее постановленіе, то судья долженъ разрѣшить дѣло на основаніи обычнаго права, а если и его нѣтъ, то на основаніи правила, какое онъ самъ установилъ бы, если бы былъ законодателемъ. При этомъ судья руководствуется мнѣніями, принятыми въ наукѣ и судебной практикѣ“ ⁶⁾). Судья не можетъ рѣшать по справедливости, примѣнительно къ конкретнымъ обстоятельствамъ, онъ долженъ разрѣшать данный случай съ общей точки зрѣнія. Онъ обязанъ создать въ видѣ большой посылки правило, по которому онъ

⁵⁾ Св. Зак. т. XVI, уст. гражд. судопр. ст. 9 и 10; уст. угод. судопр. ст. 12 и 13.

⁶⁾ Швейцарскій гражданскій кодексъ § 1. Переводъ этой статьи возбуждаетъ большія затрудненія, потому что между его французскимъ и нѣмецкимъ текстами нѣтъ полнаго соотвѣтствія: 1) *matières* не то, что *Rechtsfragen*; 2) *la lettre ou l'esprit* совсѣмъ не то, что *Wortlaut und Auslegung*,—и это особенно поразительно; *à défaut d'une disposition légale applicable* не то, что *kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden*.

желалъ бы, чтобы всегда разрѣшались дѣла такого рода (Кантъ!). Созданное имъ правило имѣетъ силу только на одинъ случай, но, конечно, принятый имъ взглядъ онъ дѣлаетъ правиломъ разрѣшенія всѣхъ подобныхъ дѣлъ и на будущее время (римскій преторъ!). Положеніе швейцарскаго судьи отличается отъ положенія русскаго судьи, поставленнаго въ тѣ же условія отсутствія соотвѣтствующей нормы, въ томъ, что первый создаетъ норму самостоятельно, съ своей точки зрѣнія, тогда какъ второй ищетъ ее въ законодательномъ матеріалѣ, приспособляясь къ вѣроятной точкѣ зрѣнія законодателя.

Наконецъ, возможно полное молчаніе со стороны закона. Судья не дано никакихъ указаній, что ему дѣлать при обнаруженномъ пробѣлѣ. Это самый частый случай. Правда, во Франціи законъ грозитъ судья, который отклонитъ рѣшеніе, подъ предлогомъ недостатка, неясности или неполноты закона, наказаніемъ какъ за отказъ въ правосудіи ¹⁰⁾, но все же онъ не указываетъ, откуда же долженъ судья извлечь норму права. Въ Германіи вопросъ обходится полнымъ молчаніемъ со стороны закона. Что же въ самомъ дѣлѣ дѣлать судья, оставленному безъ всякихъ указаній? Юристы той и другой страны единодушно указываютъ, что судья обязанъ прибѣгнуть къ аналогіи, найти норму по сходству, разрѣшить дѣло по общему смыслу законовъ, въ духѣ законовъ. Но откуда слѣдуетъ такой выводъ? Какъ будто онъ единственный! Мы сейчасъ убѣдились, что выходъ изъ создавшагося положенія можетъ быть весьма различный. Наивно думать, что „это само собой разумѣется“ ¹¹⁾. „Допустимость аналогіи есть безспорный фактъ. Онъ основывается на общемъ сознаніи, которое, конечно, могло бы быть высказано, но не нуждается въ этомъ“ ¹²⁾. Это называется отдѣлаться отъ назойливаго вопроса, за отсутствіемъ точнаго на него отвѣта.

Въ виду того обстоятельства, что въ важнѣйшихъ странахъ Европы и въ Россіи судьи прибѣгаютъ къ аналогіи, приходится остановиться на этомъ приѣмѣ съ особеннымъ вниманіемъ.

Сущность аналогіи заключается въ томъ, что рассматриваемый

¹⁰⁾ Французскій гражданскій кодексъ § 4.

¹¹⁾ Строме, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1900, т. I, стр. 106.

¹²⁾ Еппессегус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 114.

случай, который, по своему фактическому составу, остался непредусмотрѣннымъ со стороны дѣйствующаго законодательства, разрѣшается на основаніи нормы, создаваемой по сходству съ существующимъ закономъ или законами. Рѣшеніе находится по сходству фактическаго состава, предусмотрѣннаго закономъ, съ фактическимъ составомъ даннаго случая, подлежащаго судебному разсмотрѣнію. Такое извлеченіе мысли законодателя, прямо имъ не высказанной, соотвѣтствуетъ другому приему извлеченія невысказанной законодателемъ мысли, извѣстному подъ именемъ приема а contrario. Argumentum а contrario есть умозаключеніе, основанное на логически допустимомъ предположеніи, что если законодатель далъ опредѣленное постановленіе для даннаго фактическаго состава, то онъ молчаливо отвергъ его для противоположнаго состава. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ психологическимъ явленіемъ, что каждое сужденіе выступаетъ, какъ противоположность другому, однородному. Высказывая извѣстное положеніе, законодатель находится во власти тѣхъ представленій, которыя въ тотъ моментъ навязывались его сознанію. Если мы сумѣемъ войти въ тотъ же кругъ представленій, то мы сможемъ понять, отрицаніемъ чего являлось его утвержденіе. Такъ, напр., когда законъ говоритъ, что „на крестьянъ распространяются общія постановленія законовъ гражданскихъ о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ“¹³⁾, то можно, заключеніемъ отъ противнаго, вывести, что законодатель хотѣлъ устранить дѣйствіе общихъ гражданскихъ законовъ на сельскихъ обывателей. Заключеніе отъ противнаго даетъ выводъ отъ высказаннаго къ невысказанному, котораго нѣтъ въ законахъ, и въ этомъ его близость съ аналогіей, но въ то же время оно составляетъ прямую его противоположность, потому что аналогія даетъ выводъ по сходству, а заключеніе отъ противнаго—выводъ по несходству.

Аналогія права есть примѣненіе права¹⁴⁾ путемъ логическаго его развитія, потому что тотъ, кто рѣшаетъ дѣло, все же остается въ предѣлахъ дѣйствующаго права. Но нельзя утверждать, что аналогія есть толкованіе¹⁵⁾, и говорить объ анало-

¹³⁾ Св. Зак., т. IX, общее положеніе о крестьянахъ, ст. 1.

¹⁴⁾ Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 160.

¹⁵⁾ Какъ это полагаетъ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, ст. 141.

гическомъ толкованіи. Толкованіе ставитъ себѣ задачу уяснить мысль, высказанную въ законѣ, а аналогія исходитъ изъ предположенія, что искомая мысль въ законѣ или въ законахъ не высказана. Совершенно недопустимо ставить, на ряду съ аналогіей, какъ пріемъ логическаго развитія права, для пополненія пробѣловъ, разъясненіе судомъ того, что слѣдуетъ понимать подъ именемъ „доброй совѣсти“, „добрыхъ нравовъ“, „интересовъ оборота“ и т. п. ¹⁶⁾, потому что въ этомъ случаѣ дѣло идетъ не объ установленіи большой посылки, а малой. Законъ угрожаетъ наказаніемъ за личное оскорбленіе, а вопросъ о томъ, содержится ли нѣчто оскорбительное въ примѣненіи къ человѣку такого-то названія, не есть вопросъ установленія нормы.

Различаютъ два вида аналогіи: аналогію закона и аналогію права. Аналогія закона есть примѣненіе существующаго закона къ случаю, сходному съ тѣмъ, какой опредѣляется этимъ закономъ. Аналогія права есть примѣненіе совокупности существующихъ законовъ, объединенныхъ въ юридическій принципъ, къ случаю, сходному съ тѣми, какіе опредѣлены отчасти въ каждомъ изъ этихъ законовъ.

Аналогія закона выступаетъ тогда, когда данный случай не укладывается полностью въ содержаніе какого-либо закона, но въ то же время предполагается, что въ дѣйствующемъ законодательствѣ имѣется норма, частью элементовъ соответствующая казусу. Такъ, норма выражается: $p + q + m + n$ есть S , гдѣ послѣдняя буква означаетъ юридическое послѣдствіе, связанное съ данной суммою условій, между тѣмъ какъ составъ даннаго случая выражается: $p + q + r + s$.

Логическій процессъ при аналогіи закона можетъ быть представленъ такимъ образомъ. Подвергнувъ анализу имѣющейсѣ сходный законъ, мы находимъ, что послѣдствіе S вызывается главнымъ образомъ элементами $p + q$. Поэтому, построивъ силлогизмъ:

$$\begin{array}{l} [p + q + m + n] \text{ есть } S \\ \underline{A \text{ есть } [p + q + r + s]} \\ A \text{ есть } S \end{array}$$

¹⁶⁾ Какъ это полагаетъ Еппессерус, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1909, стр. 117.

мы, несмотря на некоторую невыдержанность средняго термина, не грѣшимъ противъ логики, такъ какъ элементы $m + n$ и $r + s$ не вліяютъ на существо дѣла. Приемомъ фикціи мы могли бы сказать, что элементы казуса $r + s$ должны быть обсуждаемы, какъ будто бы они были $m + n$. Правильнѣе всего раскрывается логическій процессъ аналогіи закона, если признать въ немъ моментъ творчества, заключающійся въ томъ, что примѣняющій право создаетъ новую норму. Если данный случай содержитъ элементы $r + q + r + s$, а дѣйствующій законъ состоитъ изъ элементовъ $r + q + m + n$, то можно составить норму $r + q$. Такая норма охватитъ большій фактический составъ, чѣмъ тотъ, какой предусматривался въ законѣ. Конечно, эта воображаемая норма, какъ болѣе общая, будетъ бѣднѣе элементами, нежели дѣйствующій законъ, но зато своимъ содержаніемъ она охватитъ и случай, представляемый даннымъ казусомъ, но закономъ не предусмотрѣнный. Тогда силлогизмъ построится такъ:

$$\begin{array}{l} [r + q] \text{ есть } S \\ \underline{A \text{ есть } [r + q]} \\ A \text{ есть } S. \end{array}$$

Такое созданіе новой нормы путемъ отбрасыванія элементовъ возможно при условіи, если мы установили, что послѣдствіе S не обусловливается элементами $m + n$.

Возьмемъ примѣръ. Нѣкто по завѣщанію оставилъ своей внѣбрачной дочери A благопріобрѣтенное имѣніе въ пожизненное пользованіе, а право собственности на это имѣніе завѣщалъ сыну B . Между A и B возникъ споръ, кто долженъ платить земскія повинности. Малая посылка даетъ намъ слѣдующій составъ: пожизненное владѣніе (p) + предоставленное по завѣщанію (q) + внѣбрачной дочери (m) + на благопріобрѣтенное имѣніе (n). Чтобы опредѣлить, ведетъ ли для A эта совокупность элементовъ къ юридическому послѣдствію, т.-е. платежу земскихъ повинностей, мы должны отыскать норму со всѣми этими элементами. Но такого закона нѣтъ, зато имѣется законъ ¹⁷⁾, который содержитъ нѣкоторые сходные элементы: пожизненное владѣніе (p) + предоставленное по завѣщанію (q) + супругу (r) + на ро-

¹⁷⁾ Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 533Ц.

довое имѣніе (s) обязываетъ къ отправленію лежащихъ на семь имѣній повинностей государственныхъ, общественныхъ и земскихъ (S). Вникая въ этотъ законъ, мы уясняемъ себѣ (толкованіе!), что послѣдствіе S не можетъ быть обусловлено ни элементомъ m, ни n, что оно зависитъ главнымъ образомъ отъ элемента p, такъ какъ повинности по имѣнію, какъ расходы, законъ возлагаетъ на того, кто получаетъ съ этого имѣнія доходы. Отбрасывая несходные элементы g, s, m, n и сохраняя сходные $p + q$, мы находимъ требуемую норму.

Кто получить по завѣщанію пожизненное владѣніе, тотъ платить падающія на имѣніе повинности:

A получила по завѣщанію пожизненное владѣніе.

Слѣдовательно, она платитъ земскія повинности.

Мы могли бы еще болѣе упростить норму, отбросивъ и элементъ q, но для даннаго казуса это излишне.

При первомъ взглядѣ примѣненіе права по аналогіи закона представляетъ нѣкоторое сходство съ распространительнымъ толкованіемъ. Но въ дѣйствительности между ними существенное различіе. Въ распространительномъ толкованіи мы имѣемъ дѣло съ обстоятельствами, которыя законодатель предвидѣлъ, но не сумѣлъ выразить словами, тогда какъ аналогія закона считается съ обстоятельствами, которыя законодателемъ не были предусмотрены. Въ первомъ случаѣ примѣняющій норму права становится на точку зрѣнія, съ которой законодатель смотрѣлъ на обстоятельства, которыя имѣлъ въ виду, а во второмъ онъ стремится стать на точку зрѣнія, съ которой законодатель посмотрѣлъ бы на обстоятельства, если бы имѣлъ ихъ въ виду. Поэтому въ распространительномъ толкованіи большая посылка дана непосредственно въ законодательствѣ, тогда какъ при аналогіи закона такой посылки нѣтъ: ее еще приходится приготовить изъ имѣющагося въ законодательствѣ матеріала.

Аналогія закона недопустима въ отношеніи уголовныхъ законовъ ¹⁸⁾, а также исключительныхъ законовъ ¹⁹⁾.

¹⁸⁾ Таганцевъ, *Русское уголовное право*, т. I, 1902, стр. 188; Сергѣевскій, *Русское уголовное право*, изд. 1905, стр. 338.

¹⁹⁾ Противоположное мнѣніе: Васильевскій, *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901, стр. 274.

Аналогія права выступаєть тогда, когда данный случай не укладывается въ содержаніе какого-либо закона, и предполагается, что въ дѣйствующемъ законодательствѣ нѣтъ ни одной нормы, элементы которой хотя бы частично соотвѣтствовали элементамъ казуса. Примѣняющій право, установивъ малую посылку, напрасно ищетъ большой посылки не только тождественной, но хотя бы сходной. Тогда ему приходится создавать норму изъ ряда законовъ, разрѣшающихъ вопросы изъ того же фактического состава. Установленная норма будетъ раскрытіемъ общей идеи, которая лежитъ въ основѣ нѣсколькихъ законовъ, той точки зрѣнія, часто даже не сознаваемой, съ которой законодатель смотрѣлъ на жизненныя отношенія, когда подчинялъ ихъ правовой нормировкѣ. Это будетъ нахожденіе юридическаго принципа, предназначеннаго играть роль большой посылки.

Логическій процессъ при аналогіи права представляется въ слѣдующемъ видѣ. Подвергается анализу рядъ законовъ, выдѣляется изъ нихъ опредѣленный элементъ общій имъ всѣмъ, и создается юридическій принципъ, къ которому приурочивается юридическое послѣдствіе. Такъ, напр., между мужемъ и женой, живущими отдѣльно, возникаетъ споръ о томъ, съ кѣмъ изъ нихъ долженъ жить ребенокъ. Русское законодательство не даетъ отвѣта на этотъ вопросъ. Примѣненіе по аналогіи закона о положеніи внѣбрачныхъ дѣтей недопустимо, такъ какъ различіе между законными и внѣбрачными дѣтьми, съ точки зрѣнія нашего законодательства, весьма существенно и потому не вызываетъ представленія о сходствѣ юридическихъ опредѣленій положенія той или другой категоріи дѣтей. Тогда приходится принять въ соображеніе рядъ законовъ, въ которыхъ мать ребенка ставится въ неограниченное подчиненіе ея законному мужу. Отсюда выводится юридическій принципъ, что въ вопросахъ семейной жизни рѣшающій голосъ принадлежитъ мужу. Какъ бы мы ни относились къ этому принципу, но несомнѣнно онъ „въ духѣ“ русскаго законодательства. Подставляя найденный юридическій принципъ въ видѣ большой посылки, получимъ слѣдующій силлогизмъ:

Въ вопросахъ семейной жизни рѣшающій голосъ принадлежитъ мужу;

вопросъ, при комъ жить ребенку, связанный съ воспитаніемъ его, есть вопросъ семейной жизни;

слѣдовательно, при комъ жить ребенку, рѣшается мужемъ.

Такое рѣшеніе можетъ встрѣтиться съ другимъ принципомъ: родительская власть вручается родителю въ интересахъ государственныхъ. Если будетъ доказано, что государственный интересъ способенъ пострадать отъ сожительства ребенка съ отцомъ, напр., вслѣдствіе того, что отецъ, пьяница и воръ, можетъ воспитать вреднаго гражданина, то преимущество въ вопросѣ о томъ, при комъ жить ребенку, можетъ быть отдано матери. Отсюда тотъ общій выводъ, къ которому пришелъ нашъ Сенатъ: право на воспитаніе дѣтей принадлежитъ отцу, доколѣ судъ не признаетъ, что, въ виду особыхъ обстоятельствъ, польза дѣтей требуетъ воспитанія ихъ матерью.

Въ аналогіи права еще болѣе творчества, чѣмъ въ аналогіи закона. И все же аналогія права далеко отстоитъ отъ того свободного творчества со стороны суда, пропаганда котораго получила въ послѣднее время широкое распространеніе. При аналогіи права судья стѣсненъ въ своемъ творествѣ даннымъ ему матеріаломъ, въ свободномъ творествѣ матеріаль этотъ заимствуется изъ источниковъ, находящихся внѣ дѣйствующаго законодательства. Это теченіе юридической мысли въ пользу творческой роли суда обнаруживается во Франціи съ 90-хъ годовъ XIX столѣтія, подъ вліяніемъ прежде всего сознанія отсталости французскаго кодекса. Оно находитъ себѣ высшее выраженіе въ получившемъ европейскую извѣстность сочиненіи дижонскаго профессора Жени и черезъ него вызываетъ большое литературное движеніе во Франціи и въ Германіи, выразившееся въ массѣ книгъ, брошюръ и статей. Ведется усиленная агитація въ пользу новаго источника права подъ именемъ *La libre recherche scientifique, freie Rechtsfindung, freie Rechtswissenschaft*, и т. п.

Остается, однако, не выясненнымъ, какое мѣсто долженъ занять этотъ источникъ рядомъ съ прежними источниками, закономъ и правовымъ обычаемъ.

Одни желали бы дать мѣсто свободному судейскому творче-

ству даже въ предѣлахъ существующихъ нормъ ²⁰⁾. La loi n'est pas le droit. „Изъ того, что законъ изданъ, еще не слѣдуетъ, что онъ дѣйствуетъ“ ²¹⁾. Судья предлагается предоставить право примѣнять законы, наклоняя ихъ въ сторону запросовъ жизни. Это уже вторженіе въ область толкованія законовъ, и освобожденіе судьи отъ всякой подзаконности. Здѣсь кончается законъ и начинается анархія.

Другіе даютъ мѣсто свободному судейскому творчеству за предѣлами существующихъ нормъ, закона и обычая, но допускаютъ конкуренцію между аналогіей и свободнымъ творчествомъ. Пока законъ выраженъ ясно—творчеству нѣтъ мѣста, но при обнаруженной неясности, неполнотѣ, а тѣмъ болѣе недостаткѣ нормъ,—судья не стѣсненъ болѣе законодателемъ. Но тутъ невольно возникаетъ опасеніе, что всякій законъ можетъ возбудить сомнѣніе въ своей ясности, и тогда второе предложеніе легко переходитъ въ первое.

Третьи, наиболѣе осторожные, ставятъ новый источникъ права за предѣлами существующихъ нормъ, пополняемыхъ приемами аналогіи ²²⁾. Но и эта точка зрѣнія способна возбудить сомнѣніе. Совмѣстимо ли свободное творчество судьи съ аналогіей? Если судья, прежде чѣмъ дать ходъ своему творчеству, долженъ обратиться къ духу законодательства, то получится одно изъ двухъ: или такой духъ дѣйствительно существуетъ,—и тогда рѣшеніе будетъ всегда найдено по аналогіи, или такого духа не существуетъ,—и тогда аналогія невозможна никогда. За предѣлами

²⁰⁾ G. Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; Fuchs, *Die Gemeinshädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909.

²¹⁾ Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, стр. 27; Rumpf, *Gesetz und Richter*, 1906, стр. 185; Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, стр. 20. Сторонники такихъ полномочій судьи очень любятъ, вслѣдъ за Шюссманомъ, ссылаться на историческій прецедентъ: извѣстное своими жестокими наказаніями уголовное уложеніе 1532, Каролина, хотя сохранило формально свою силу до конца XVIII столѣтія, но уже съ XVII фактически почти не примѣнялось. Интересно, что Канторовичъ въ послѣднее время сталъ утверждать, будто предложеніе примѣнять нормы права contra legem ничто иное какъ fabula, злостная выдумка противниковъ свободной школы; см. его докладъ на первомъ германскомъ съѣздѣ социологовъ (Verhandlungen des ersten deutschen Sociologentages, стр. 302).

²²⁾ Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 434; Brütt, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, стр. 141, 146.

аналогіи нѣтъ пустого мѣста, которое можно было бы предложить свободному творчеству судьи. Если же мы даже и допустимъ совмѣстимость свободнаго творчества и аналогіи, то мы не въ состояніи будемъ провести между ними границы, и въ такомъ случаѣ третье предложеніе переходить во второе, а черезъ него въ первое.

Все это движеніе въ пользу судейскаго свободнаго творчества стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчій съ одной стороны съ тою выдающеюся ролью, какая выпала въ наше время на законодателя, а съ другой—съ общественной судейской организаціей. Недаромъ Антонъ Менгеръ, во имя обездоленныхъ классовъ, возсталъ противъ аналогіи, какъ средства усиливать благопріятное и безъ того для господствующихъ классовъ неравенство законовъ, и взывалъ къ подробному законодательному нормированію²³⁾. Съ другой стороны, свободное творчество не соответствуетъ основному началу судоустройства, въ силу котораго дѣло подлежить пересмотру въ высшихъ инстанціяхъ. Чтобы дать мѣсто свободному творчеству судьи,—необходимо уничтожить апелляцію и кассацію. Современный судья не имѣетъ и не можетъ имѣть ничего общаго съ римскимъ преторомъ. Если онъ и предложитъ рѣшеніе, вызванное его непосредственнымъ столкновеніемъ съ жизнью, то оно утратитъ всю свою окраску, весь свой смыслъ, пока будетъ передвигаться по инстанціямъ, гдѣ судьи и толкователи потеряютъ прикосновеніе къ бытовой обстановкѣ дѣла. Да и на чемъ можетъ быть построенъ, при свободномъ творчествѣ, пересмотръ дѣла въ апелляціонномъ и тѣмъ болѣе кассационномъ порядкѣ?

Основная задача, надъ которою работаютъ сторонники новаго теченія, заключается въ нахожденіи тѣхъ объективныхъ началъ, исходя изъ которыхъ судья могъ бы творить. Тутъ никакого согласія уже нѣтъ: природа вещей (Жени), общественное правосознаніе (Салейль), сравнительное правовѣдѣніе (Ламберъ), справедливое право (Штаммлеръ), право, какъ средство культурнаго прогресса (Брюттъ), соотношеніе взвѣшиваемыхъ интересовъ

²³⁾ A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3 изд. 1904, стр. 23—26.

(Штампе) и т. п. Въ виду невозможности соглашенія, отчего не допустить, что каждый судья будетъ тянуть изъ своего источника. Во что превратится правосудіе?

Все это движеніе въ пользу свободнаго творчества судьи, помимо такого случайнаго момента, какъ отсталость Code Napoléon, имѣетъ въ своемъ основаніи сознаніе или, лучше сказать, ощущеніе надвигающагося соціальнаго перелома. Но перестройка въ новомъ стилѣ будетъ произведена не судебными, а законодательными архитекторами.

ГЛАВА XIII.

Методологія юридическихъ наукъ.

§ 77.

Задачи и методы правовѣдѣнія.

Литература: Asturaro, *La scienza del diritto e i suoi problemi metodologici* (Riv. scient. del diritto, 1897); Dietzel, *Theoretische Socialökonomik*, 1895, стр. 4—24; Kelsen, *Grenzen zwischen juristischen und sociologischen Methode*, 1911; A. Menger, *Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1905; (три рус. пер.); Pfersche, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, 1881; Риккертъ, *Науки о природѣ и науки о культурѣ*, рус. пер. 1911; Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, гл. I; A. Wagner, *Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie*, изд. 3, т. I, 1893, стр. 142—166; Виндельбандъ, *Исторія и естествознаніе* (рус. пер. въ Прелюдіяхъ, стр. 313—333); Тарановскій, *Историческое и методологическое взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права* (Ж. М. Ю. 1907, № 3); Сергѣевичъ, *Задачи и методы государственныхъ наукъ*, 1871; Чупровъ, *Очерки по теоріи статистики*, 1909, стр. 1—94.

Мѣсто, занимаемое правовѣдѣніемъ среди наукъ, опредѣляется прежде всего классификаціей всего человѣческаго знанія. Эта классификація можетъ быть построена на двухъ началахъ, матеріальномъ или формальномъ, смотря потому, какой признакъ будетъ положенъ въ ея основу,—что служить предметомъ изслѣдованія или какъ производится изслѣдованіе.

По матеріальному моменту довольно точно установилось, особенно въ Германіи, дѣленіе наукъ на науки о природѣ и науки о духѣ¹⁾. Первыя изучаютъ факты физической, вторыя—факты

¹⁾ Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, т. I, 1883, стр. 1—150; Windt, *Einleitung in die Philosophie*, 4 изд. 1906, стр. 39—78. Идея все же принадлежитъ англичанину Бентаму и французцу Амперу.

психической дѣйствительности. Съ точки зрѣнія этой классификаціи правовѣдѣніе, имѣющее своимъ объектомъ нормы права, т.-е. акты воли однихъ, обращаемые къ волѣ другихъ, иначе, явленія психическаго переживанія, должно бы найти себѣ мѣсто среди наукъ о духѣ. Но рассматриваемая классификація встрѣчаетъ противъ себя то основное возраженіе, что сама психологія, главная и исходная наука о духѣ, въ настоящее время, ставъ на почву эксперимента и сблизившись съ физиологіей, отошла, по методамъ, къ естествознанію.

Сравнительно недавно выдвинулась другая классификація, противопоставившая наукамъ о природѣ науки о культурѣ³⁾. Различіе между ними выражается не въ противоположеніи матеріи и духа, а общаго и индивидуальнаго. Науки о природѣ ищутъ въ познаніи дѣйствительности законовъ соотношенія между явленіями, науки о культурѣ останавливаютъ свое вниманіе на индивидуальномъ, насколько оно имѣетъ культурную цѣнность. Науки о культурѣ—это науки о событіяхъ, о томъ, что однажды случилось. Въ своей противоположности естествознанію, эти науки, какъ историческія, изображаютъ единичное развитіе въ его особенности и индивидуальности; какъ науки о культурѣ, онѣ изучаютъ объекты, отнесенные ко всеобщимъ культурнымъ цѣностямъ. Нельзя не признать заслуги за тѣми, кто, идя наперекоръ укрѣпившемуся на естествознаніи воззрѣнію, будто научное знаніе неизбѣжно связано съ установленіемъ законовъ отношеній, выдвинули важное научное значеніе тѣхъ отраслей человѣческаго знанія, которыя, останавливая свое вниманіе на индивидуальномъ, исторически неповторяющемся въ точности, не въ состояніи дать какихъ-либо научныхъ законовъ, что, однако, не уменьшаетъ ихъ важности для интересовъ человѣческаго знанія. Таковы исторія и статистика. Съ точки зрѣнія данной

³⁾ Windelband, *Geschichte und Naturwissenschaft*, 1894 (рус. пер. въ Преюдахъ); Rickert, *Natur- und Kulturwissenschaften*, 1910 (рус. пер. 1911). Между обоими философиями различіе выражается главнымъ образомъ въ томъ, что Виндельбандъ смотритъ на предлагаемое имъ дѣленіе (науки номотетическія и идиографическія), какъ построенное на матеріальномъ моментѣ. Риккертъ же, не разъ видоизмѣнявшій свой взглядъ, стремится сочетать матеріальный и формальный моменты и говорить, рядомъ съ природою и культурою, о генерализирующемъ и индивидуализирующемъ методахъ.

классификаціи правовѣдѣніе должно быть отнесено къ наукамъ историческимъ, насколько оно ставитъ своею цѣлью систематическое изображеніе индивидуальныхъ явленій (норма права) въ ихъ обстановкѣ времени и мѣста ³⁾. Признавая эту сторону юридическихъ наукъ, мы должны отказаться отъ второго момента, характернаго будто бы для наукъ о культурѣ, а именно изученіе индивидуальнаго, насколько оно имѣетъ всеобщую культурную цѣнность. Правовѣдѣніе обязано дать систематическое изображеніе всѣхъ нормъ права, дѣйствующихъ въ данное время въ данномъ мѣстѣ, независимо отъ того, имѣютъ ли онѣ всѣ всеобщую культурную цѣнность, или хотя бы онѣ ея не имѣли.

Признавая, что между науками обнаруживается несомнѣнное различіе, смотря по тому, изучаютъ ли онѣ общее или индивидуальное, приходится отвергнуть, однако, эту классификацію, насколько она пытается противопоставить естествознанію группу иныхъ наукъ. Индивидуальное изучаютъ и науки о природѣ. Такъ, въ астрономіи научнымъ изслѣдованіемъ признается изученіе планеты Марса со стороны его движенія, вѣса, объема, строенія и т. п., т.-е. сосредоточеніе научнаго вниманія на чисто индивидуальномъ. Геологъ, изслѣдующій силурийскій періодъ, моменты, когда онъ явился на смѣну предшествующему періоду и самъ уступилъ мѣсто періоду послѣдующему, флору и фауну этого историческаго момента, не выходитъ за предѣлы индивидуальнаго и никакихъ законовъ не устанавливаетъ. Съ другой стороны, установленіе законовъ между явленіями составляетъ задачу такихъ наукъ, какъ политическая экономія и социологія, которыя къ естествознанію не могутъ быть отнесены.

Нельзя пренебрегать противоположностью между науками о природѣ и науками объ обществѣ, между естественными и социальными науками. Конечно, можно возразить, что съ объективной точки зрѣнія такое дѣленіе слишкомъ неравномѣрно, что нельзя противопоставить всему міру міръ человѣческой общестственности. Но слѣдуетъ принимать во вниманіе, что происхо-

³⁾ Такова точка зрѣнія на правовѣдѣніе самого Риккерта, Науки о природѣ и науки о культурѣ, стр. 96, и странно, когда Kantogowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie* (Verhandlungen, стр. 297), принимая классификацію Риккерта, утверждаетъ въ то же время, что догматическое правовѣдѣніе остается внѣ этой схемъ.

женіе, развитіе, развѣтвленіе наукъ происходитъ, съ субъективной точки зрѣнія, въ перспективѣ человѣческихъ интересовъ. Съ этой стороны невозможно не обнаружить глубокаго различія между изученіемъ внѣшней среды, какъ она дана человѣку, въ которой происходитъ борьба человѣка съ силами природы, и изученіемъ общественной среды, какъ она создана человѣкомъ, въ которой наблюдаются организація человѣческихъ силъ для борьбы съ природой (государство, право, мораль, хозяйство) и продукты соединенной жизни (литература, искусство, религія). Къ социальнымъ наукамъ относится, само собою, и правовѣдѣніе.

Въ группѣ социальныхъ наукъ помѣщаются филологія, экономика, этика, исторія, государствовѣдѣніе, правовѣдѣніе. Главное различіе между социальными науками заключается въ объектѣ ихъ изученія, въ зависимости отъ того, какія социальныя явленія изучаетъ каждая изъ нихъ. Если экономика занимается экономическимъ явленіемъ, то правовѣдѣніе притязаетъ на правовое явленіе. Но что такое правовое явленіе?

Правовое явленіе какъ объектъ правовѣдѣнія,—это норма права ⁴⁾. Конечно, норма права не есть нѣчто матеріальное, поддающееся осязанію, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы правовѣдѣніе не имѣло объекта для теоретическаго познанія ⁵⁾. Выраженный властвующими въ определенной формѣ приказъ определеннаго содержанія и воспринятый подвластными посредствомъ слуха или зрѣнія, есть происшедшій во времени фактъ. Это произошло и воспринято, какъ явленіе. Сознаніе связанности своихъ дѣйствій вслѣдствіе воспринятой нормы, а также сознаніе свободы своихъ дѣйствій на основаніи воспринятой нормы,—составляютъ акты производнаго психическаго сознанія. Это психическія переживанія, вызванныя въ сознаніи нормою права.

Но другимъ кажется, что объектомъ изученія со стороны науки права являются не юридическія нормы, а юридическія отношенія. Такъ, Коркуновъ, въ виду крайняго разнообразія и измѣн-

⁴⁾ Васильевскій, *Юридическая методологія*, 1901, стр. 324; Elitzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900, стр. 26; Pfersche, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, 1881, стр. 7—8.

⁵⁾ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, стр. 15—17.

чивости нормъ права, въ поискахъ за болѣе устойчивымъ и прочнымъ матеріаломъ для научныхъ построений, утверждаетъ, что за основу изученія права надо принять не юридическія нормы, а юридическія отношенія. „Только изученіе юридическихъ отношеній, а не толкованіе отдѣльныхъ законодательныхъ постановленій даетъ обобщенное и систематическое знаніе права, знаніе научное“ ⁶⁾. Но юридическое отношеніе представляетъ собою лишь отраженіе нормъ на бытовыхъ отношеніяхъ и, какъ производное явленіе, не можетъ замѣнить въ изученіи первоисточника ихъ. Постоянство юридическихъ отношеній при измѣнчивости юридическихъ нормъ есть нѣчто обманчивое: устойчивость типическаго юридическаго отношенія обусловливается консерватизмомъ нормъ права въ ихъ основѣ при постоянномъ видоизмѣненіи частныхъ.

Еще менѣе приемлемо стремленіе сдѣлать объектомъ науки о правѣ не юридическія нормы, и даже не юридическія отношенія, а самыя жизненныя отношенія во всей ихъ полнотѣ ⁷⁾. Конечно, юристъ не можетъ игнорировать того бытового содержанія, къ которому прилагается юридическая форма, потому что иначе онъ не опредѣлитъ очертаній формы и дѣйствія права. Но отсюда не слѣдуетъ, что это прямой объектъ его изученія. Портной, повидимому, долженъ ознакомиться съ строеніемъ того тѣла, для котораго предназначается платье, однако онъ вовсе не долженъ быть анатомомъ.

Какъ вопросъ объ объектѣ правовѣдѣнія, такъ и вопросъ о задачахъ и методахъ юридическихъ наукъ представляются весьма мало разработаннымъ въ литературѣ. Здѣсь имѣется рядъ причинъ, объясняющихъ это печальное явленіе. Можно сказать, что сознаніе пріемовъ творенія всегда слѣдуетъ за самымъ творчествомъ и потому вниманіе къ методологіи выдвигается всегда поздно, когда наука уже дала довольно значительные результаты. Однако, если принять во вниманіе почтенный возрастъ правовѣдѣнія и тотъ интересъ къ методологическимъ вопросамъ, какой успѣла проявить политическая экономія, наука сравнительно молодая, то оправдать юристовъ довольно трудно.

⁶⁾ Коркузовъ, *Лекціи по общей теоріи права*, § 64.

⁷⁾ Frank, *Naturrecht, geschichtliches Recht und sociale Recht*, 1891, стр. 2.

Во-вторыхъ, логика, которая ставитъ себѣ цѣлью разработку методологіи, общей и спеціальной, совершенно пренебрегаетъ правовѣдѣніемъ. Представители этой философской науки преимущественно воспитаны на математикѣ и естествознаніи. Изъ социальныхъ наукъ вниманіе ихъ сосредоточивается на этикѣ, экономикѣ и отчасти социологіи. Особые приемы догматическаго правовѣдѣнія имъ совершенно чужды⁸⁾. Если методологія спеціальной науки должна разрабатываться не логиками, а специалистами, въ виду особенностей, свойственныхъ каждой дисциплинѣ⁹⁾, то неразработанность юридической методологіи обуславливается крайнею отсталостью той юридической науки, на обязанности которой лежитъ разработка общихъ теоретическихъ вопросовъ, именно общей теоріи права.

Какъ всякій вообще путь опредѣляется мѣстомъ назначенія, такъ и научный методъ (ὁδός) зависитъ отъ той задачи, какую ставитъ себѣ данная наука. Поэтому, прежде всего необходимо выяснитъ, каковы задачи, которыя имѣетъ въ виду правовѣдѣніе. Если успѣхъ науки обуславливается правильно выбраннымъ методомъ изслѣдованія, а выборъ метода опредѣляется задачей науки, то важность и настоятельность поставленнаго вопроса не можетъ подлежать сомнѣнію.

Юристы довольно странно опредѣляютъ задачи юридическихъ наукъ. Такъ, по мнѣнію Меркеля, онѣ сводятся къ тремъ: 1) толкованію права, 2) систематизаціи права и 3) выясненію дѣйствія права и его образованія во времени и пространствѣ¹⁰⁾. Прежде всего толкованіе само по себѣ не есть еще научная задача, оно можетъ приобрѣсти научный характеръ только въ связи съ систематизаціей истолкованныхъ нормъ. Съ другой стороны, вопросы о дѣйствіи права и образованіи права до того различны, что ихъ никакъ нельзя втиснуть въ одну задачу. Другой юристъ Гарейсъ, смѣшивающій даже методологію съ методикой,

⁸⁾ Впрочемъ Stammeler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, стр. 265, рекомендуетъ вообще отбросить общую логику съ ея формальнымъ значеніемъ и заняться построеніемъ своей юридической логики, гдѣ бы царствовали Zweckvorstellungen.

⁹⁾ К. Менгеръ, *Изслѣдованія о методахъ социальныхъ наукъ и политической экономіи въ частности*, рус. пер. 1894, стр. XXI.

¹⁰⁾ Меркель, *Юридическая энциклопедія*, рус. пер. 1902, § 357, стр. 107.

видитъ слѣдующія три задачи правовѣдѣнія: 1) догматическая систематизація права, 2) выясненіе правопорядка въ процессѣ его образованія и 3) толкованіе ¹¹⁾. Здѣсь опять-таки толкованіе, оторванное отъ систематизаціи, выставляется какъ самостоятельная научная задача. Несравненно глубже ставится вопросъ о задачахъ науки экономистами, которые при этомъ совершенно правильно исходятъ изъ задачъ, какія ставятъ себѣ вообще социальныя науки для того, чтобы потомъ перейти въ частности къ экономической наукѣ ¹²⁾.

Соціальныя науки вообще ставятъ себѣ три задачи: 1) установить научные факты, 2) объяснить процессъ ихъ образованія и 3) оцѣнить ихъ съ точки зрѣнія человѣческихъ интересовъ. Очевидно, задачи правовѣдѣнія, какъ социальной науки, сводятся также къ этимъ тремъ задачамъ: установленію, объясненію и оцѣнкѣ нормъ права. Первыя двѣ задачи имѣютъ теоретическій характеръ, изслѣдуютъ то, что есть, третья задача носитъ практическій характеръ, потому что опредѣляетъ то, что должно быть. Различіе теоретическихъ и практическихъ задачъ давно и строго проводится въ естествознаніи. Къ сожалѣнію, социальныя науки и до сихъ поръ не могутъ освободиться отъ такого смѣшенія. Такъ напр., этика, вмѣсто того, чтобы ставить своею теоретическою задачею изслѣдованіе того, какія дѣйствія признавались нравственными при различномъ содержаніи поведенія въ разныхъ условіяхъ, что дѣлаетъ ихъ нравственными, какъ складывается нравственное сознаніе, постоянно сбивается на практическую задачу опредѣлить, какое содержаніе слѣдуетъ вложить въ поведеніе человѣка, чтобы признать его дѣйствія нравственными. Отъ этого смѣшенія теоретическихъ и практическихъ задачъ до сихъ поръ не можетъ вполне отрѣшиться экономическая наука. Особенно характерно оно для государственныхъ и юридическихъ наукъ. Если несомнѣнно историческій приоритетъ на сторонѣ практическихъ задачъ, и не только въ

¹¹⁾ Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 2 изд. 1900, стр. 187.

¹²⁾ Особеннаго вниманія заслуживаютъ въ этомъ отношеніи A. Wagner, *Grundlegung* 3-е изд. 1893, стр. 144—166, который выставляетъ шесть задачъ, въ дальнѣйшемъ группирующіяся въ три, и Ditzel, *Theoretische Socialökonomie*, 1895, стр. 4—24, выставляющій двѣ задачи, въ дальнѣйшемъ развѣтвляющіяся.

соціальныхъ, но и въ естественныхъ наукахъ, то успѣхъ всякой науки зависитъ прежде всего отъ строгаго разграниченія этихъ двоякаго рода задачъ.

Различіе задачъ, какія ставитъ себѣ правовѣдѣніе, опредѣляетъ и различіе методовъ, принятыхъ въ юридическихъ наукахъ. Задача установленія нормъ правъ обслуживается догматическимъ методомъ, задачѣ объясненія служатъ методы исторической и социологической, наконецъ, оцѣнка нормъ достигается при помощи критическаго метода.

Первая задача правовѣдѣнія состоитъ въ познаніи правовыхъ явленій, т.-е. въ установленіи фактовъ, имѣющихъ свойства нормъ права. Конечно, многія изъ нормъ этого рода усваиваются путемъ жизненнаго опыта, подобно тому, какъ усваиваются и другіе факты окружающей обстановки: горы, рѣки, растенія, животныя и т. п. Въ начальный періодъ господства обычнаго права это даже единственный способъ познанія. Но недостаточность такого знанія обнаруживается весьма скоро вмѣстѣ съ многочисленностью, сложностью и законодательною формою нормъ права. Помощь науки становится неизбежною. Научное установленіе правовыхъ явленій отличается отъ житейскаго опыта двумя основными чертами: полнотою и систематичностью. Наука не только собираетъ весь матеріалъ, но она классифицируетъ его, придавая ему форму, въ которой нормы права легко обозрѣваются и познаются не только единично, но и во взаимной ихъ связи. Въ этомъ отношеніи правовѣдѣніе выступаетъ какъ всякая классифицирующая описательная наука, напр., въ родѣ зоологіи, изображающей рыбъ Чернаго моря, или ботаники, дающей картину сибирской флоры. Правовѣдѣніе, работая догматическимъ методомъ, даетъ историческое правовое развитіе какого-нибудь народа въ разрѣзъ даннаго момента. Его цѣль — представить, что есть право въ данную историческую минуту. Догматика относится къ исторіи права, какъ статистика къ культурно-хозяйственной исторіи. Поэтому юристъ долженъ тщательно отдѣлнить нормы права отъ нормъ иного рода, дѣйствующихъ одновременно, отъ нормъ, которыя перестали быть правомъ, хотя бы наканунѣ, отъ нормъ, которыя еще не стали правомъ, хотя и носятъ въ общемъ со-

знаніи. Отсюда видно, что догматика есть методъ индивидуализирующій.

Эта первая и основная задача правовѣдѣнія вполнѣ самостоятельна и независима отъ двухъ другихъ задачъ. Напротивъ, объясненіе и оцѣнка нормъ права предполагаютъ уже систематизированное знаніе ихъ. Задача установленія нормъ права ставится самою жизнью, диктуется интересами человѣка, и, какъ бы свысока не смотрѣли на нее тѣ, кто въ научномъ знаніи признаютъ только открытіе законовъ, все же масса научныхъ силъ не перестанетъ работать надъ этою задачею.

Но, если научное изученіе права можетъ остановиться на этой стадіи безъ потери научнаго достоинства, это еще не значить, что оно должно бросить здѣсь якорь.

Вторая задача правовѣдѣнія заключается въ объясненіи процесса образованія права, т.-е. отдѣльныхъ нормъ, правовыхъ институтовъ, какъ группъ нормъ, наконецъ, правового порядка, какъ совокупности нормъ права. Побужденіемъ къ отысканію такого объясненія служитъ не только научная пытливость, не довольствующаяся констатированіемъ факта, но также стремленіе раскрыть тѣ силы, которыя способны были вызвать данныя правовыя явленія, такъ какъ, при нѣкоторомъ постоянствѣ ихъ дѣйствія, возникаетъ основаніе предполагать, что одинаковыя или сходныя причины будутъ порождать одинаковыя или сходныя послѣдствія. Здѣсь уже открывается возможность предвидѣнія. Объясненіе образованію права можно найти или въ условіяхъ всего предшествовавшаго развитію даннаго права или въ общихъ условіяхъ правового развитія внѣ конкретной обстановки, въ которой протекало данное историческое развитіе. Въ первомъ случаѣ пользуются историческимъ методомъ, во второмъ — социологическимъ. Въ совокупности нравственныхъ, политическихъ, экономическихъ, религіозныхъ, культурныхъ условій прошлаго даннаго народа слѣдуетъ искать причинъ, почему явились такія-то нормы государственнаго, уголовного или гражданскаго права. Если у другихъ народовъ мы наблюдаемъ иныя правовыя явленія, то, очевидно, причина тому кроется въ различіи предшествовавшихъ данныхъ. Съ другой стороны, изслѣдуемая правовыя явленія встрѣчались, можетъ

быть, ранѣе у другихъ народовъ, или даже наблюдаются сейчасъ, и сопоставленіе различныхъ конкретныхъ обстановокъ, въ которыхъ получились одинаковыя явленія, способно привести къ открытію той общей соціальной причины, которая даетъ подобный результатъ.

Эта вторая задача находится въ тѣсной связи съ первой. Объяснить существующее можно, только предварительно познавъ его, а знаніе существующаго права предполагаетъ научную его обработку, т.-е. установленіе, обобщеніе и систематизацію матеріала. Связь обѣихъ задачъ обнаруживается не только въ томъ, что достиженіе второй задачи невозможно помимо первой, но и въ томъ, что выясненіе причинъ образованія права способствуетъ познанію его.

Но и на этомъ научное правовѣдѣніе не останавливается. Если даже при наблюденіи явленій внѣшняго міра у человѣка прорывается склонность оцѣнивать ихъ цѣлесообразность, то тѣмъ болѣе понятно такое стремленіе, когда рѣчь идетъ о соціальныхъ явленіяхъ, въ которыхъ человѣческая воля, человѣческіе интересы играютъ такую выдающуюся роль. Самое отчетливое знаніе правового порядка и самое глубокое пониманіе причинъ его образованія оставляютъ все же неудовлетворенной творческую потребность человѣка. Не случайное, а научное знаніе дѣйствующаго права, знаніе силъ, вызывающихъ правовое явленіе, и дѣйствія нормъ права, даютъ почву для научной критики того, что сложилось въ результатъ борьбы человѣческихъ интересовъ вопреки цѣлесообразности, и къ систематической выработкѣ правовыхъ средствъ передвиженія права по пути къ ясно сознаваемой и общественно оцѣненной цѣли. Здѣсь наука, по своей задачѣ и методу, переходитъ отъ существующаго къ долженствующему.

§ 78.

Догматическій методъ.

Литература: Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, гл. II; Elzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900; G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, 1878; Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, 1907; Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, гл. IV и V; Васильковскій, *Цивилистическая методология*, ч. I, 1901, стр. 316—368; Гольмстенъ, *Этюды о современномъ состояніи права*. (Юрид. Изсѣд.); Муромцевъ, *Что такое догма права*, 1885; Паханъ, *О современномъ движеніи въ науку права*, 1882.

Догматика заключается въ систематическомъ изложеніи нормъ права, дѣйствующихъ въ данное время въ извѣстной странѣ. Задача эта достигается посредствомъ довольно сложнаго процесса, который состоитъ въ описаніи, обобщеніи, классификаціи нормъ, а также въ составленіи юридическихъ опредѣленій.

Первою стадією въ указанномъ процессѣ является описаніе правовыхъ нормъ, т. е. собраніе и отдѣлка того матеріала, изъ котораго должно быть построено научное зданіе системы гражданскаго, уголовнаго, административнаго права. Это черная, но безусловно необходимая работа.

Собираніе матеріала довольно трудно, когда дѣйствующее право выражается въ формѣ обычаевъ, и нормы его приходится устанавливать, какъ явленія внѣшняго міра, когда ихъ нужно открывать. Собираніе матеріала правовыхъ обычаевъ составляетъ первичную форму научнаго правовѣдѣнія. Въ этомъ выразилась у римлянъ первая юридическая работа Кнея Флавія; тотъ же характеръ отличаетъ всѣ произведенія средневѣковыхъ юристовъ, какъ бы таковыя не назывались: зеркала, книги законовъ, сборники кутюмовъ. Собираніе матеріала значительно легче, когда приходится имѣть дѣло съ законодательными нормами. Но даже и въ законодательный періодъ знаніе нормъ затрудняется нерѣдко чрезмѣрнымъ ихъ количествомъ, разбросанностью, неудовлетворительностью порядка ихъ изданія, быстрою смѣняемостью. Поэтому никогда не исчезаетъ потребность въ сборникахъ, которые бы обнимали всѣ нормы того или иного отдѣла права и съ точностью отдѣляли бы дѣйствующія въ данный моментъ отъ потерявшихъ уже силу.

Къ описательной стадіи относится не только собираніе нормъ, но и разъясненіе ихъ смысла, т.-е. содержанія того вѣдѣнія, которое въ нихъ заключается (комментаріи). И въ этомъ отношеніи законы представляютъ болѣе затрудненій, чѣмъ обычаи. При этомъ выясненіе смысла законодательныхъ нормъ, при помощи грамматики и логики, гораздо легче, когда онѣ заключены въ кодексъ, нежели когда онѣ собраны въ сводъ, или изданы въ видѣ отдѣльныхъ законовъ или распоряженій.

Знаніе всѣхъ нормъ права составляетъ необходимую предварительную ступень, на которой, однако, правовѣдѣніе не должно останавливаться, не рискуя въ противномъ случаѣ остаться ремесленнымъ законовѣдѣніемъ. Только обобщенное и систематизированное знаніе можетъ называться научнымъ. Въ этомъ отношеніи справочныя изданія и комментаріи, всегда полезныя для науки, сами по себѣ никакой претензіи на научность имѣть не могутъ. Наука свободна въ распредѣленіи матеріала, тогда какъ комментарий связанъ системою, какую угодно избрать законодателью.

Второй моментъ въ догматическомъ процессѣ — это обобщеніе. Изясняя смыслъ отдѣльныхъ нормъ, комментируя положительное право, приходится разлагать (анализъ) содержаніе вѣдѣнія на составныя элементы, чтобы съ большею точностью и очевидностью установить всѣ условія приложенія нормъ и всѣ заключающіяся въ ней послѣдствія. Напр., въ положеніи „безспорное и непрерывное владѣніе въ теченіе 10 лѣтъ, въ видѣ собственности, превращается въ право собственности“, каждое слово вызываетъ цѣлое представленіе, и сущность приведенной нормы не станетъ понятной, пока она не будетъ разложена на составныя представленія.

Опуская постепенно всѣ особенныя признаки ряда анализируемыхъ нормъ и выдѣляя сходный элементъ, мы получимъ общій имъ признакъ въ изолированномъ видѣ (генерализація). Принципъ научной экономіи требуетъ, вмѣсто многократнаго разсматриванія одного и того же элемента въ связи съ разными нормами, посвятить ему вниманіе передъ группою повторяющихъ его нормъ. Этимъ же достигается и отчетливость представленія. Такъ напр., встрѣчая рядъ нормъ, перечисляющихъ раз-

личные преступления, мы замѣчаемъ, что въ нихъ встрѣчается однородное положеніе о прекращеніи уголовного преслѣдованія за совершенное дѣяніе, если въ теченіе извѣстнаго времени, разнаго въ различныхъ нормахъ, преслѣдованіе не было возбуждено, и, обобщая этотъ единичный признакъ, мы можемъ дать представленіе о давности, какъ обстоятельствѣ, устраняющемъ наказуемость. Или, напр., рассматривая одинъ за другимъ признанные закономъ договоры, мы всюду встрѣчаемъ соглашеніе сторонъ, какъ основаніе для прекращенія договорной силы; выдѣляя это обстоятельство, мы можемъ выставить положеніе, что соглашеніе составляетъ вообще одинъ изъ способовъ прекращенія обязательственнаго договора. Такимъ приемомъ, подобнымъ вынесенію за скобки общаго множителя, не создается новая норма, а только выдѣляется общее ряду нормъ, однообразно въ нихъ повторяющееся правило, которое разъ за разомъ проходитъ передъ глазами наблюдателя. На такомъ обобщеніи построены, напр., общія части въ уголовномъ и гражданскомъ правѣ.

Отъ указаннаго сейчасъ обобщенія значительно отличается другой процессъ—установленіе юридическихъ принциповъ, хотя онъ и имѣетъ нѣкоторое видимое сходство съ первымъ процессомъ. Подъ именемъ юридическаго принципа слѣдуетъ понимать общую мысль, общую тенденцію, проникающую рядъ отдѣльныхъ нормъ права. Въ противоположность обобщенію перваго рода, юридическій принципъ не содержится, въ видѣ готоваго правила, въ самихъ нормахъ. Эта идея, лежащая въ основаніи нѣсколькихъ нормъ, улавливается лишь по нѣкоторымъ частнымъ и косвеннымъ признакамъ. Нерѣдко самимъ творцомъ нормы она только чувствуется, но не сознается ясно. Юридическій принципъ мы вскрываемъ, обобщеніе мы дѣлаемъ. Задача науки заключается въ томъ, чтобы обнаружить эту мысль и облечь ее въ образъ нормы. Превращая въ норму неформулированную мысль законодателя, наука, однако, не творитъ содержаніе велѣнія, а извлекаетъ его изъ матеріала положительнаго права; наука лишь осознаетъ бессознательные психическіе акты.

Значеніе юридическихъ принциповъ не то, что обобщеній. Дѣло идетъ не о томъ, чтобы избѣгать излишнихъ повтореній.

Здѣсь научный капиталъ составляется не путемъ сбереженія, а производствомъ. Изъ сырого законодательнаго матеріала создается по формѣ какъ бы новая норма, которая, однако, въ дѣйствительности представляетъ только переработку даннаго матеріала. Исходя дедуктивнымъ путемъ изъ юридическаго принципа, мы извлекаемъ частныя правила на непредусмотрѣнные законодателемъ случаи. Конечно, такой процессъ возможенъ только при томъ условіи, если мы предположимъ, что и самъ законодатель сдѣлалъ бы такой логическій выводъ; но предположеніе логичности законодателя во всѣхъ его постановленіяхъ, не всегда, можетъ быть, оправдываемое, такъ же необходимо, какъ и предположеніе, что каждому гражданину извѣстны законы. Допустить обратное, — значило бы сдѣлать невозможнымъ толкованіе законовъ. Предположеніе логичности законодателя естественно вытекаетъ изъ наблюденія, что чаще всего это такъ и бываетъ, подобно тому, какъ на томъ же основаніи мы предполагаемъ правдивость каждаго, пока не установлена ложь, добросовѣстность каждаго, пока не доказанъ обманъ, такъ какъ иначе никакое общеніе не было бы возможно.

Съ вопросомъ о сущности и значеніи юридическихъ принциповъ въ литературѣ, особенно русской, связано не мало недоразумѣній. Нѣкоторые, стремясь отстоять научный характеръ догматической юриспруденціи, которой недоставало законовъ въ научномъ смыслѣ, стали утверждать, что догматика безспорно наука, такъ какъ и у нея есть свои научные законы, а именно, юридическіе принципы ¹⁾. Конечно, противникамъ нетрудно было доказать, что юридическіе принципы сами ничто иное, какъ историческія явленія, и потому ничего общаго съ законами въ научномъ смыслѣ не имѣютъ ²⁾.

Встрѣчается и иного рода ошибка. Значеніе юридическихъ принциповъ придается общимъ логическимъ законамъ, напр., „кто имѣетъ право на цѣлое, тотъ имѣетъ право и на часть, въ него входящую“, „если данная цѣль можетъ быть достигнута

¹⁾ Пахманъ, *О современномъ движеніи въ наукѣ права*, 1882, стр. 38; Гольм-стедтъ, *Юридическія статьи*, 1894, стр. 10.

²⁾ Муромцевъ, *Что такое догма права*, стр. 23; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 23; *Наука права и естествознаніе* (Сборникъ статей).

лишь однимъ путемъ, то другимъ путемъ достигнута быть не можетъ“. Эти и подобныя положенія не имѣютъ ничего специфически-юридическаго. Здѣсь общелогическія положенія примѣняются къ юридическимъ отношеніямъ, какъ они могутъ быть примѣняемы къ какимъ угодно инымъ. Такъ, напр., второй изъ приведенныхъ принциповъ представляетъ собой просто выраженіе закона противорѣчія.

Также ошибочно считать юридическими принципами чисто словесныя предложенія. Напр., вѣрность положенія: „никто не можетъ передать другому правъ болѣе, чѣмъ онъ самъ имѣетъ“, обуславливается значеніемъ слова „передать“. Вѣрность положенія: „можно требовать возвращенія только того, что было получено“, опредѣляется значеніемъ слова „возвратить“.

Выдающееся значеніе въ догматикѣ имѣютъ юридическія опредѣленія. Подъ именемъ юридическаго опредѣленія понимается соединеніе въ одно предложеніе (сужденіе) различныхъ условій, совокупность которыхъ способна вызвать опредѣленный рядъ юридическихъ послѣдствій. Научное опредѣленіе предполагаетъ: а) существенность перечисляемыхъ условій (признаковъ) и б) полноту ихъ перечисленія. Выключеніе или включеніе какого-либо признака должно сейчасъ же измѣнить понятіе, а также и юридическій результатъ. Такъ, напр., кражу мы опредѣляемъ, какъ тайное похищеніе съ цѣлью присвоенія чужихъ движимыхъ вещей. Устранимъ признакъ „тайное“ и замѣнимъ его признакомъ „открытое“, съ насиліемъ или съ угрозою, и вся совокупность условій, объединенныхъ въ предложеніе, дастъ понятіе грабежа, а не кражи, и вызоветъ рядъ болѣе тяжкихъ карательныхъ послѣдствій. Присоединимъ еще новое условіе „съ опасностью для жизни или здоровья потерпѣвшаго“, и снова преобразуется понятіе, — теперь уже это будетъ разбой. Возьмемъ другой примѣръ. Договоръ имущественнаго найма опредѣляется какъ договоръ, въ силу котораго одно лицо за вознагражденіе обязывается предоставить другому во временное пользованіе свою вещь. Такое соединеніе условій вызываетъ рядъ опредѣленныхъ гражданско-правовыхъ послѣдствій. Выбросимъ въ приведенномъ опредѣленіи условіе „за вознагражденіе“, — оставшіеся элементы образуютъ понятіе о договорѣ ссуды, вызывающей со-

вершенно иной рядъ послѣдствій. Сохранивъ вознагражденіе, выдѣлимъ условіе „временное“, и опять получится новое понятіе (чиншевское право) и новый рядъ послѣдствій. Значеніе опредѣленій состоитъ въ томъ, чтобы вызвать въ умѣ юриста совершенно ясное и отчетливое представленіе объ условіяхъ примѣненія нормъ, такъ чтобы одни понятія точно отграничивались отъ другихъ и одни послѣдствія не смѣшивались съ другими. Напр., вся задача опредѣленія понятія о покушеніи заключается въ томъ, чтобы точно провести разницу между приготовленіемъ съ одной стороны и оконченнымъ преступленіемъ съ другой.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель беретъ на себя трудъ дать юридическія опредѣленія, и это обстоятельство указываетъ на высокую степень законодательнаго творчества, потому что на раннихъ ступеняхъ законъ ограничивается казуистическими рѣшеніями. Законодательныя опредѣленія обладаютъ юридическою силою и въ этомъ ихъ преимущество передъ научными опредѣленіями. Но это же обстоятельство дѣлаетъ ихъ болѣе опасными, потому что допущенное въ нихъ логическое несоотвѣтствіе влечетъ за собою неисправимыя послѣдствія. Такъ, напр., по нашему закону „завѣщаніе есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай смерти“. Здѣсь имѣется рядъ условій: наличность имущества, предсмертное распоряженіе, опредѣленная форма акта, смерть наслѣдодателя,—рядъ, который способенъ вызвать указанный въ другихъ статьяхъ рядъ послѣдствій: утвержденіе завѣщанія, вызовъ наслѣдника, принятіе наслѣдства, вступленіе во владѣніе, взысканіе долговъ и т. п. Однако, признаками „объ имуществѣ“, „на случай смерти“, законодатель внушаетъ предположеніе, что указанный рядъ послѣдствій, вызываемый завѣщаніемъ, не можетъ наступить, если объявленіе воли сдѣлано не объ имуществѣ (назначеніе опекуна) или не на случай смерти (при поступленіи въ монашество).

Тамъ, гдѣ законодатель избѣгаетъ давать самъ опредѣленія, задача ихъ составленія падаетъ на науку. Задача, лежащая на наукѣ, и заключается въ томъ, чтобы въ содержаніи многочисленныхъ нормъ раскрыть, наличность какихъ условій вызываетъ опредѣленный существенный рядъ послѣдствій, соединить эти условія, въ видѣ признаковъ, въ одно предложеніе, и дать ему

точное названіе, если оно уже не дано самимъ закономъ. Такъ, напр., наше законодательство, давая постановленія о послѣдствіяхъ, какія соединяются съ поручительствомъ, не опредѣляетъ, что оно такое. Постановленія закона о поручительствѣ помѣщены въ отдѣлѣ объ обязательствахъ по договорамъ: слѣдовательно, поручительство есть обязательство, основанное на соглашеніи. Правила о поручительствѣ помѣщены среди другихъ способовъ обезпеченія обязательствъ: слѣдовательно, поручительство есть договорное обязательство, направленное къ обезпеченію другого обязательства. Изъ постановленій, перечисляющихъ послѣдствія поручительства, видно, что обезпеченіе достигается посредствомъ привлеченія къ отвѣтственности третьяго лица; слѣдовательно, поручительство есть договорное обязательство, направленное къ обезпеченію другого обязательства третьимъ лицомъ (поручителемъ). А такъ какъ отъ послѣдняго можно потребовать исполненія того, что обязанъ былъ исполнить самъ должникъ, то поручительство опредѣляется окончательно, какъ договорное обязательство, направленное къ обезпеченію исправнаго исполненія главнаго обязательства отвѣтственностью поручителя.

Составленіе юридическихъ опредѣленій научнымъ путемъ дѣлается возможнымъ только благодаря предшествующему анализу нормъ права, выдѣлившему каждый элементъ изъ связи съ другими. Однако, это не даетъ основанія утверждать, будто юридическое опредѣленіе представляетъ собою чистый анализъ. Напротивъ, юридическое опредѣленіе основывается на синтезѣ. Анализируется только законное опредѣленіе въ цѣляхъ примѣненія и научное опредѣленіе въ цѣляхъ усвоенія, но составляется опредѣленіе синтетически. Несмотря на форму выраженія, опредѣленія по существу не перестаютъ быть нормами, указывающими, съ какимъ рядомъ условій долженъ соединяться данный рядъ послѣдствій.

Комбинируя разнообразными способами элементы условій, мы производимъ, какъ мы это видѣли, соответственныя различія въ послѣдствіяхъ. Но сочетанія эти не произвольны. Они выдвигаются самою жизнью, на науку же возлагается обязанность точно опредѣлить ихъ составъ. Конечно, возможны а priori самыя раз-

личныя сочетанія, но если они не имѣютъ почвы въ жизни, то созданіе ихъ будетъ тою бесполезной игрой въ понятія (*Begriffs-jurisprudenz*), которая основательно вызываетъ иронию и протестъ.

Значеніе юридическихъ опредѣленій заключается прежде всего въ томъ, что одно названіе замѣняетъ собою необходимость подробнаго перечисленія всѣхъ условій и послѣдствій. „Вещное право“ или „мошенничество“ даютъ образованному юристу тѣ ясныя представленія, которыя чрезвычайно трудно внушить описательнымъ путемъ человѣку, не получившему юридической подготовки. Во-вторыхъ, опредѣленіе даетъ отчетливое знаніе, какова та совокупность условій, при наличности которой допустимы данныя послѣдствія, и какова совокупность послѣдствій, которую должно вызвать данное сочетаніе условій. Этою отчетливостью и сознательностью, достигаемыми главнымъ образомъ благодаря опредѣленіямъ, отличается научное знаніе отъ общежитейскаго. Относительно юридическихъ опредѣленій особенно умѣстно замѣчаніе, что *la science c'est une langue bien faite*. Отсутствие точныхъ опредѣленій и отличительныхъ для каждаго отношенія названій создаетъ на практикѣ массу затрудненій. Такъ, напр., у насъ съ такими выраженіями, какъ „ссуда“, „мировая“, не соединяется точнаго представленія, и каждый пользуется ими по-своему безъ всякой увѣренности, что другой пойметъ непременно въ томъ смыслѣ, какой предполагалось придать слову.

Въ связи съ юридическими опредѣленіями находится, такъ наз., юридическая природа института, подъ которою слѣдуетъ понимать логическое соотвѣтствіе опредѣляющихъ понятіе элементовъ. Когда мы говоримъ, что данное положеніе противорѣчитъ юридической природѣ института, это значитъ, что какой-то элементъ приводитъ къ послѣдствію, несогласному съ послѣдствіемъ, вызываемымъ другимъ элементомъ. Такъ, напр., допускаемое нашимъ законодательствомъ право пользовладѣльца заложить предметъ пользованія, хотя бы и данное съ разрѣшенія завѣщателя, способно привести къ отчужденію вещи, что находится въ противорѣчій съ условіемъ сохраненія вещи.

Наконецъ, высшую ступень въ догматическомъ процессѣ составляетъ классификація нормъ, уже собранныхъ, истолкован-

ныхъ, обобщенныхъ и соединенныхъ въ опредѣленія. Этотъ моментъ даетъ основаніе отнести правовѣдѣніе къ наукамъ систематизирующимъ.

Система права представляетъ всю массу дѣйствующихъ нормъ, по тому или иному отдѣлу права, въ ихъ взаимной логической связи, обнаруживая отношеніе частей къ цѣлому и другъ къ другу. Отъ казуистическихъ нормъ взоръ наблюдателя постепенно восходитъ къ болѣе и болѣе общимъ группамъ, достигая высшихъ юридическихъ принциповъ и категорій. При удачной классификаціи все объективное право представляетъ собою стройное зданіе, со строгою пропорціональностью частей и удобствомъ расположенія. Съ перваго же взгляда опредѣляется положеніе данной нормы въ общей системѣ и ея отношеніе къ другимъ нормамъ.

Наука свободна въ выборѣ системы и принциповъ классификаціи. Это одинаково вѣрно, какъ относительно естествознанія, такъ и правовѣдѣнія. Законодательная система сама по себѣ не можетъ служить препятствіемъ къ созданію научной системы. Единственно, что слѣдуетъ имѣть въ виду, это то, чтобы научная классификація не противорѣчила смыслу закона, который можетъ быть ей приданъ законодателемъ тѣмъ мѣстомъ, какое онъ отвелъ ей въ своей системѣ. Но здѣсь не столько идетъ дѣло о стѣсненіи въ систематизаціи, сколько о требованіи правильного знанія систематизируемаго матеріала. Со стороны логики научное достоинство классификаціи зависитъ главнымъ образомъ отъ двухъ условій: 1) классификація должна отличаться полнотою, т.-е. обнимать весь матеріалъ, подлежащій включенію въ данный отдѣлъ права, напр., уголовного или гражданскаго права; 2) классификація должна имѣть въ основѣ единство признака, т.-е. сопоставленіе и противопоставленіе группъ должно производиться по тому же признаку, а не по разнымъ. Съ педагогической стороны къ научной классификаціи предъявляется требованіе, чтобы она не была слишкомъ сложной и облегчала обзоръ цѣлаго.

Классификація права представляется въ высшей степени полезной, какъ для изученія права и его примѣненія, такъ и для успѣха законодательнаго творчества.

Такъ какъ настоящее пониманіе нормы достигается не въ ея изолированномъ видѣ, а только въ связи ея съ другими нормами, то система права составляетъ самый удобный способъ усвоенія права. При систематическомъ изученіи права, отмѣна или измѣненіе закона, введеніе новаго не производятъ въ умѣ практика никакого замѣшательства. Напротивъ, если нормы не классифицированы, то всякая законодательная новостъ обязывала бы пересмотрѣть всѣ остальные нормы, чтобы убѣдиться, не произвело ли на какую изъ нихъ дѣйствіе данное нововведеніе. Отсюда психологическое нерасположеніе къ реформамъ со стороны лицъ, усвоившихъ себѣ знаніе права путемъ механическаго заучиванія на случайномъ опытѣ одной нормы за другой.

Съ точки зрѣнія примѣненія права классификація нормъ даетъ возможность легко и быстро находить все, относящееся къ данному случаю. Система для практика то же, что касса для наборщика. Сколько труда пришлось бы затратить, сколько времени потерять, если бы наборщикъ долженъ былъ выискивать каждую нужную букву среди кучи другихъ сваленныхъ въ безпорядкѣ. Напротивъ, благодаря кассѣ, наборщикъ, привычный къ ея распредѣленію, быстро, увѣренною рукою, даже не глядя, вынимаетъ требуемыя буквы и навизываетъ ихъ одну за другой. Когда нормы расположены по восходящимъ кругамъ, то практикъ знаетъ, что примѣненіе данной нормы приводитъ въ дѣйствіе цѣлый рядъ другихъ, по отношенію къ которымъ данная норма находится въ подчиненномъ отношеніи. Признавая данный случай подходящимъ къ арендному отношенію, юристъ долженъ помнить, что одновременно съ тою или другою статьею о договорѣ аренды, онъ распространяетъ на этотъ случай силу положеній о договорѣ, а, восходя еще выше, и силу положеній объ обязательствахъ.

Съ точки зрѣнія законодательной политики систематическое распредѣленіе дѣйствующихъ нормъ имѣетъ то значеніе, что сразу и наглядно обнаруживаетъ всѣ техническіе недостатки положительнаго права: его пробѣлы, противорѣчія, повторенія. Удачная и удобная для практики система, выработанная наукою, становится образцомъ для законодателя, который въ своихъ кодификаціонныхъ работахъ, какъ показываетъ опытъ, всегда на-

ходитъсь подъ вліяніемъ научной системы. И это вовсе не упрекъ кодексу. Такъ, напр., при господствѣ въ началѣ XIX столѣтія институціонной системы, и кодексы гражданскіе того времени кладутъ ее въ свое основаніе; когда же, въ половинѣ этого столѣтія начинаетъ преобладать въ наукѣ система пандектная, то и кодексы новѣйшаго происхожденія принимаютъ ее къ руководству.

Научно-классифицированное право даетъ почву для приѣма, который называется юридическою конструкціею. Подъ этимъ именемъ слѣдуетъ понимать научный процессъ, который начинается съ разложенія даннаго института на составные его элементы, и затѣмъ, на этомъ основаніи, опредѣляетъ по существеннымъ признакамъ мѣсто, которое ему принадлежитъ въ системѣ права. Для этого приходится устанавливать не только тотъ высшій классъ, къ которому относится институтъ, но и всѣ признаки сходства и отличія съ другими ближайшими по мѣстонахожденію институтами, входящими въ тотъ же классъ. Сомнительность въ конструированіи залога заключается въ томъ, что нѣкоторыми признаками этотъ институтъ включается въ классъ вещныхъ правъ, а другими—въ классъ обязательствъ. Конструкція авторскаго права заключается въ томъ, что его относятъ, увлекаясь маловажнымъ сходствомъ и пренебрегая существеннымъ различіемъ, то къ праву собственности, то къ личнымъ правамъ, или же, наконецъ, не находя ему готоваго помѣщенія въ старомъ зданіи, раздвигаютъ старый корпусъ и пристраиваютъ новый отдѣлъ рядомъ съ вещными правами. Очевидно, юридическая конструкція предполагаетъ уже выполненнымъ построение системы права ³⁾.

Мы говорили все время объ описаніи, обобщеніи, классификаціи дѣйствующихъ нормъ права. Подчеркивалось, что во всемъ

³⁾ Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, стр. 336, 347, понимаетъ юридическую конструкцію, какъ представленіе въ правовомъ единствѣ. Въ прежнее время Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. I, § 3, выдвинулъ чрезвычайно фантастическое пониманіе юридической конструкціи, гдѣ юридическія нормы превращались въ юридическія понятія, а эти послѣднія объективировались, какъ реальныя юридическіе организмы, которыхъ живая, развитіе, измѣненіе, смерть юристъ и долженъ наблюдать. Вліянію Иеринга въ пониманіи юридической конструкціи поддавался, къ сожалѣнію, Коркуновъ, *О научномъ изученіи права* (Сборникъ статей, 1898, стр. 61).

указанномъ процессѣ нѣтъ мѣста для правового творчества, что наука не создаетъ новыхъ правилъ, а только извлекаетъ ихъ изъ законодательнаго матеріала, придавая ему свою обработку.

Если, однако, вся научная работа производится на почвѣ дѣйствующаго законодательства, то, казалось бы, всякое, сколько-нибудь существенное измѣненіе въ послѣднемъ, напр., изданіе новаго кодекса, должно уничтожить результаты всей предшествующей научной работы, которую пришлось бы начинать сначала. Вмѣстѣ съ тѣмъ научная система должна бы различаться по законодательствамъ: сколько законодательствъ, столько системъ. Всякая конструкція, всякое обобщеніе или опредѣленіе имѣли бы въ такомъ случаѣ силу только для даннаго законодательства. Слѣдовательно, нѣтъ вообще гражданскаго или уголовнаго правовѣдѣнія, а существуетъ правовѣдѣніе германское, французское, англійское, русское и т. п. Подобный взглядъ привелъ бы къ полному отрицанію научнаго правовѣдѣнія, къ сомнѣнію въ возможности какой-либо теоріи въ догмѣ права. „Три внушительныхъ слова законодателя, какъ выразился Кирхманъ,— и вся бібліотека превращается въ макулатуру“ ⁴⁾.

Однако, дѣло вовсе не такъ безнадежно. Конечно, нормы права измѣнчивы во времени и пространствѣ. Но, обозрѣвая историческое развитіе права одного какого-либо народа, поражаешься, до чего медленно развиваются основныя формы правового быта. Много законовъ было издано за послѣднія три столѣтія въ Россіи въ области права собственности, измѣнились объекты этого права, предѣлы, формы укрѣпленія, а все же сущность института, въ его главныхъ чертахъ, мало преобразовалась. Слѣдовательно, выработанныя на почвѣ какого-либо положительнаго права юридическія понятія и опредѣленія могутъ разсчитывать на продолжительное ихъ примѣненіе, во всякомъ случаѣ оправдывающее затрату научнаго труда.

Наблюдая современныя европейскія законодательства, мы гораздо болѣе поражаемся ихъ сходствомъ, нежели различіемъ. И такое сходство вполне понятно. Жизнь современныхъ культурныхъ народовъ покоится на общихъ экономическихъ, этиче-

⁴⁾ Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, стр. 23.

скихъ, психическихъ, религіозныхъ основахъ, созданныхъ одинаковыми историческими условіями съ одной стороны, взаимнымъ общеніемъ и взаимодействіемъ съ другой. Понятно, правовыя формы жизни не составляютъ исключенія. Въ самомъ дѣлѣ, мы не имѣемъ никакого основанія думать, чтобы съ выраженіями: обязательство, залогъ, завѣщаніе, налогъ, покушеніе и т. п. у французовъ соединялось иное представленіе, нежели у русскаго. Допустить такое несоотвѣтствіе представленій, значило бы уничтожить возможность взаимнаго пониманія между юристами разныхъ національностей, возможность перевода съ одного языка на другой, возможность экономическаго обмѣна, облакаемаго въ юридическія сдѣлки. Въ дѣйствительности, этого нѣтъ, и, несмотря на болѣе или менѣе значительныя разногласія между законодательствами разныхъ странъ, въ основныхъ чертахъ замѣчается большое согласіе. Это единство точекъ зрѣнія въ представленіяхъ объ основныхъ институтахъ создаетъ почву для теоріи права, независимой отъ непостоянства и колебаній въ нормахъ права.

Что, однако, представляетъ собой такая догматическая теорія, складывающаяся на почвѣ гражданскаго, уголовнаго или иного отдѣла правъ? Это не болѣе, какъ постоянная часть того матеріала, который доставляется нормами права для построенія системы. Никакихъ претензій на большее такая теорія имѣть не можетъ и въ особенности на значеніе законовъ въ научномъ смыслѣ. Въ сущности, въ наиболѣе чистомъ видѣ догматическая теорія выработалась въ гражданскомъ правѣ на почвѣ римскаго права, матеріаль котораго пришла пора смѣнить матеріаломъ современныхъ европейскихъ законодательствъ. Въ государственномъ правовѣдѣніи имѣется также общая теорія подъ именемъ общаго государственнаго права, но научный характеръ этой дисциплины весьма смѣшанный. Съ одной стороны, здѣсь разсматривается вопросъ о происхожденіи власти, о сущности государства, т.-е. вопросы соціологическіе, а, съ другой,—сравниваютъ различныя избирательныя системы, чтобы найти отличающуюся наибольшими достоинствами, т.-е. занимаются вопросами политики права. Въ финансовой наукѣ финансовая теорія почти полностью относится къ политикѣ права.

Но тутъ выплываетъ сомнѣніе, можно ли вообще за догмой права признать научный характеръ? Не является ли догма права искусствомъ?

Предварительно замѣтимъ, что признаніе догматики наукою или искусствомъ есть также вопросъ теоретическій, а не вопросъ цѣнности. Признаніе догмы права искусствомъ и отрицаніе за нею научнаго характера не имѣетъ въ себѣ ничего предосудительнаго, такъ какъ искусство—область, столь же достойная для проявленія человѣческаго духа, какъ и наука.

Каковы же тѣ аргументы, которыми пытаются опровергнуть научный характеръ догмы права?

Нѣкоторыхъ вводитъ въ заблужденіе повелительное наклоненіе, которымъ выражается догматикъ. „Повелительное наклоненіе, говоритъ Милль, характерно для искусства, въ его отличіе отъ науки. Все, что выражается правилами или предписаніями, а не утвержденіями фактовъ есть искусство“⁵⁾. „Методологическое различіе между социологіей и правовѣдѣніемъ, утверждаетъ Кельсенъ, это противоположность между бытіемъ и долженствованіемъ (Sein und Sollen)“⁶⁾. Но здѣсь просто обманчивая видимость. Не догматика выражается въ повелительномъ наклоненіи, а самъ изучаемый ею матеріалъ, т.-е. нормы. Если имъ присуща эта грамматическая форма, потому что онѣ составляютъ факты повелительнаго волеизъявленія, то какъ бы наука ни обобщала и ни классифицировала, повелительное наклоненіе всегда останется. Но сама догматика не создаетъ правилъ, выражаемыхъ въ повелительной формѣ, что именно и характерно для искусства, напр., хирургіи, педагогики. Въ чемъ же тогда проявлялось бы различіе между догматикой и политикою права? А между тѣмъ для догматики считается особенно важнымъ умѣть отграничивать вопросы *de lege lata* отъ вопросовъ *de lege ferenda*.

Иныхъ смущаетъ практическая цѣль догматики. Если, говорятъ, догма есть изложеніе дѣйствующаго права въ интересахъ его примѣненія на практикѣ, то ей чуждъ характеръ чистой науки. „Насколько правовѣдѣніе преслѣдуетъ практическія цѣ-

⁵⁾ Милль, *Система логики*, рус. пер. 1900 г., стр. 763.

⁶⁾ Kelsen, *Grenzen zwischen juristischer und sociologischer Methode*, 1911, стр. 5.

ли, замѣчаетъ Брютъ, она является сотрудницею судьи и законодателя, но не науки въ строгомъ смыслѣ этого слова" 7). Но, оставляя въ сторонѣ вопросъ, не практическая ли цѣль лежитъ въ основаніи всякой науки 8), мы должны отличать науку и искусство не по цѣли использованія матеріала, а по методу его изслѣдованія. Анатомія человѣка изучаетъ строеніе организма, несомнѣнно, съ практической цѣлью—дать медицинѣ (терапіи и хирургіи) необходимыя для искусства знанія. Но развѣ это обстоятельство превращаетъ анатомію въ искусство? Давая систематическое изложеніе дѣйствующихъ въ странѣ нормъ права, юристъ-догматикъ идетъ навстрѣчу такой же потребности знанія права, какъ географъ, который даетъ связанное описаніе физическихъ, этнографическихъ, экономическихъ особенностей той же страны.

Главное возраженіе противъ научнаго характера догматики основывается на пониманіи самыхъ задачъ науки. „Задача науки заключается въ опредѣленіи законовъ, по которымъ происходятъ явленія“. „Задача социальныхъ наукъ состоитъ въ изученіи законовъ, по которымъ происходятъ явленія общественной жизни“ 9). Понятно, что съ этой точки зрѣнія догматика, которая неспособна по существу своему установить какіе-либо законы въ научномъ смыслѣ, должна быть выведена изъ общества чистыхъ наукъ. Но это пониманіе науки, сложившееся подъ вліяніемъ естествознанія и вопреки тому, что происходитъ въ нѣкоторыхъ отрасляхъ этого естествознанія, уступаетъ сейчасъ другому воззрѣнію на задачи и цѣнность науки. „Имѣются науки, цѣлью которыхъ является не установленіе естественныхъ законовъ и даже вообще не образованіе общихъ понятій; это историческія науки въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова. Онѣ хотятъ излагать дѣйствительность, которая никогда не бываетъ общей, но всегда индивидуальной, съ точки зрѣнія ея индивидуальности“ 10). Это тѣ науки, которыя Риккертъ желалъ бы назвать науками о культурѣ въ противоположность наукамъ о природѣ,

7) Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, стр. 19.

8) К. Мейгеръ, *Изслѣдованія о методахъ социальныхъ наукъ и политической экономіи въ особенности*, рус. пер. 1894 г., стр. 17.

9) Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 10 и 14.

10) Риккертъ, *Науки о природѣ и науки о культурѣ*, рус. пер. 1911, стр. 90.

Гомперцъ—науками о фактахъ въ противоположность наукамъ о порядкѣ ¹¹⁾). Догматика есть именно историческая наука, дающая въ систематическомъ видѣ изображеніе правовой дѣйствительности въ извѣстный историческій моментъ. Если же мы наукою назовемъ обобщенное и систематизированное знаніе извѣстнаго круга явленій, то догма права, какъ наука классифицирующая, подойдетъ вполне подъ понятіе науки. При противоположномъ возрѣніи мы должны бы отнести къ политикѣ права догматическое изложеніе права Гамураби и права Юстиніана, предполагая, что оно не имѣетъ уже силы дѣйствующаго. Всякій согласится, что такая работа есть чисто историческая. Но въдѣ различіе заключается только въ различіи выбранныхъ историческихъ моментовъ.

Наконецъ, если согласиться, что догматика есть искусство, или прикладная, а не чистая наука, спрашивается, что же она прилагаетъ, гдѣ та чистая наука, данными которой она пользуется для своего творчества? Медицина основывается на анатоміи, физиологіи, патологіи, фармакогнозіи и т. п., технологія—на физикѣ, химіи и т. п. Но гдѣ же такая основная наука для догмы права? Значитъ, она извлекаетъ основы изъ самой себя, какъ паукъ паутину? Этотъ вопросъ уже смущать неоднократно тѣхъ, кто видѣлъ въ догматикѣ прикладную науку.

По мнѣнію однихъ, напр., у насъ Хлѣбникова ¹²⁾, догматическое правовѣдѣніе должно находить себѣ опору въ идеалѣ права. Такимъ образомъ, наука, строящая идеальное право, есть теорія, а догма права есть прикладная наука. Трудно съ большимъ искусствомъ перевернуть истину и заблужденіе. Идеальное права—это то, что должно быть по взгляду науки. Какъ же построеніе его можетъ быть дѣломъ чистой науки. Идеальное права можетъ служить руководителемъ для законодателя, но не для догматика, иначе догма права не выражала бы дѣйствительности, того, что есть, а въ примѣненіи нормъ права былъ бы грубо нарушенъ принципъ законности.

Основа для догматики находится въ исторіи. По мнѣнію Муромцева, наукой въ строгомъ смыслѣ можно признать лишь

¹¹⁾ Гомперцъ, *Ученіе о міровозрѣніи*, рус. пер. 1912, стр. 29.

¹²⁾ Хлѣбниковъ, *Право и государство въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ*, 1874.

общее правовѣдѣніе, которое, не преслѣдуя никакой практической цѣли, изучаетъ законы развитія права. Оно-то и является основой догмы права, которая излагаетъ дѣйствующія въ странѣ правоопредѣленія примѣнительно къ требованіямъ судебной политики¹³⁾. Но историческое развитіе права ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить теоретической основой для догматика, какъ исторія медицины не можетъ быть той чистой наукой, на которую опирались бы прикладныя науки въ родѣ терапіи или хирургіи.

„Если, говоритъ Коркуновъ, мы опредѣлимъ задачу научнаго правовѣдѣнія, какъ выясненіе дѣйствія права вообще, не исключая при этомъ изученія субъективныхъ правъ, а, напротивъ, придавая имъ первенствующее значеніе, то этимъ мы достигнемъ полнаго соответствія чистой науки и науки прикладной“¹⁴⁾. Однако, если подѣ дѣйствіемъ права понимать его вліяніе на различныя стороны общественной жизни, то это вопросъ соціологіи, разработка котораго можетъ быть весьма полезной для законодателя, но не для догматика. Если бы дѣйствіе права понимать въ смыслѣ того, какъ подѣ вліяніемъ нормъ права устанавливаются субъективныя права, то это уже вопросы самой догматики.

Неудача всѣхъ этихъ попытокъ найти чистую науку для догматики обуславливается тѣмъ, что догматика вовсе не прикладная наука.

§ 79.

Историческій методъ.

Литература: Baviera, *La storia del diritto e la sua funzione nell'odierna giurisprudenza*, 1900; Brissaud, *De l'étude de l'histoire du droit* (Rév. génér. du droit, de légis. et de jurispr. 1897, ноябрь—декабрь, стр. 539—553); Ehrenberg, *Die deutsche Rechtsgeschichte und die juristische Bildung*, 1894; Jhering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, 1894; Salvioli, *Metodo storico nell' studio dell' diritto civile*, 1885; Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, гл. IX; Wieland, *Die historische und die kritische Methode in der*

¹³⁾ Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 14—15.

¹⁴⁾ Коркуновъ, *О научномъ изученіи права* (Сборникъ статей, стр. 44).

Rechtswissenschaft, 1910; Ковалевскій, *Сравнительно-историческое правовѣдѣніе и его отношеніе къ социологіи* (Сборникъ Гамбарова, в. 1); Липинскій, *Научная обработка исторіи права* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880, кн. 2); Максимейко, *Сравнительное изученіе исторіи права* (Зап. Харьк. Унив. 1898, кн. 1); Сергѣевичъ, *Право и государство въ исторіи* (Сборникъ Госуд. знаній, т. VII); Шяряевъ, *Историческое изученіе права* (Врем. Дем. Лнца 1906, кн. 91).

Правовой порядокъ, наблюдаемый нами въ извѣстный моментъ времени, есть закономѣрный продуктъ всей предшествовавшей исторіи даннаго народа. Въ его прошломъ могутъ быть обнаружены причины, по которымъ общественный строй принялъ ту, а не иную политическую и юридическую форму. Поэтому юристъ долженъ обратиться къ исторіи права, которая объяснитъ ему, какъ сложился существующій правовой порядокъ, поможетъ ему лучше познать дѣйствующее право, наконецъ, дастъ ему твердую опору для его реформаторскихъ стремленій.

Право представляетъ собою одну сторону общественной жизни. Но въ своемъ развитіи и существованіи эта сторона находится въ самой тѣсной связи съ другими сторонами народнаго быта. Поэтому только изученіе всѣхъ тѣхъ факторовъ, совмѣстное дѣйствіе которыхъ составляетъ исторію народа, можетъ дать ключъ къ объясненію существующаго правового порядка. Только изслѣдованіе экономическихъ, этическихъ, идейныхъ, религіозныхъ условій прошлой жизни народа можетъ привести къ указанной цѣли. Наибольшее значеніе для объясненія настоящаго имѣетъ, конечно, ближайшее прошлое, но корни настоящаго могутъ быть очень глубоко пущены въ исторіи, и причины существующаго порядка могутъ быть открыты на различныхъ историческихъ ступеняхъ, какъ самыхъ близкихъ, такъ и самыхъ отдаленныхъ. Поэтому для объясненія существующаго правового порядка необходима полная исторія права народа въ связи съ общою его исторіею, которая представила бы картину постепеннаго развитія одной изъ важнѣйшихъ сторонъ народной жизни въ связи со всѣми другими общественными отношеніями, оказавшими на нее вліяніе.

Каждый правовой порядокъ, наблюдаемый въ любой странѣ, имѣетъ свои особенности, и двухъ совершенно одинаковыхъ порядковъ не найдется. Въ этомъ смыслѣ правовой порядокъ вся-

каго государства индивидуаленъ. Вполнѣ естественно, что каждый обращаетъ преимущественное вниманіе на ближайшую для него среду и стремится найти объясненіе окружающихъ его условій. Для англичанина представляетъ особый интересъ процессъ образованія англійскаго права. Русскому желательно прежде всего уяснить себѣ, какъ и почему такъ сложился правовой порядокъ, нынѣ существующій въ Россіи, какія уклоненія и почему именно представляетъ онъ по сравненію съ другими европейскими порядками.

Но при всей индивидуальности правового развитія каждой страны, изученіе историческаго образованія права въ изолированномъ видѣ не дастъ точнаго и полнаго представленія объ этомъ процессѣ и даже способно вызвать ложное его пониманіе. Какъ ни одинъ человекъ не развивается отдѣльно отъ вліянія другихъ людей, такъ ни одинъ народъ не проходитъ своей исторіи безъ взаимодѣйствія другихъ народовъ. Поэтому правовой порядокъ есть результатъ не только тѣхъ особыхъ условій, въ которыхъ находился данный народъ, но и тѣхъ общихъ условій, въ которыя этотъ народъ былъ поставленъ вмѣстѣ съ другими. Поэтому уясненіе процесса индивидуальнаго правового развитія, напр., русскаго народа, невозможно безъ знакомства съ исторіей права другихъ народовъ.

Это соприкосновеніе историческимъ прошлымъ между нѣсколькими народами можетъ имѣть различныя основанія. 1) Прежде всего здѣсь проявляется общее происхожденіе народовъ отъ одного корня. При всемъ томъ, что различныя германскія племена отличались между собой особенностями права, существовали общія основы германскаго права, слѣды котораго долго сохраняются въ исторіи не только Германіи, но и Франціи и Англій. Можно сомнѣваться, существовало ли обще-славянское право, но трудно оспаривать, что для выясненія пробѣловъ въ исторіи русскаго права, обнаруживаемыхъ въ глубинѣ времени, слѣдуетъ обращаться къ сходнымъ институтамъ именно ближайшихъ славянскихъ, а не иныхъ, народовъ. 2) Съ другой стороны, при дѣйствіи одинаковыхъ историческихъ причинъ должны быть и одинаковыя правовыя слѣдствія. Поэтому знакомство съ исторіей права другихъ народовъ можетъ помочь въ выясненіи

темныхъ моментовъ въ знаніи историческаго развитія права у даннаго народа. Историческіе памятники оставляютъ нерѣдко неизвѣстными нѣкоторыя переходныя формы, а также причины перехода отъ однихъ формъ къ другимъ. Эти неясные моменты въ исторіи отечественнаго права могутъ быть восполнены по аналогіи съ опредѣлившимися сходными моментами другого народа. Понятно, такой пріемъ требуетъ большой осторожности и допускаетъ пользованіе историческою аналогіею только при наличности существеннаго сходства. 3) Наконецъ, право народа можетъ быть прямо заимствовано у другого народа. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣчаемся на всѣхъ историческихъ ступеняхъ. Таковы, напр., принятіе нѣкоторыми городами Германіи, Польши такъ наз. Магдебургскаго права, распространеніе Саксонскаго Зеркала, рецепція римскаго права. Въ новое время съ усиленіемъ экономическихъ связей заимствованіе играетъ все большую роль. Не только второстепенныя страны подражаютъ въ правовомъ творествѣ государствамъ съ выдающимся политическимъ и культурнымъ значеніемъ, но и эти послѣднія постоянно присматриваются другъ къ другу, если только ихъ не разобщить національное предубѣжденіе, вызванное особенностями историческаго момента. Ограничивая поле своего изслѣдованія исключительно исторіей русскаго права, русскіе ученые готовы иногда проявлять склонность объяснять всѣ измѣненія въ отечественномъ правѣ процессомъ внутренняго саморазвитія. Создается невѣрная и вредная иллюзія самобытности. Между тѣмъ, русское право испытывало на себѣ не разъ вліяніе иноземнаго права. Такъ, на Уложеніи Алексѣя Михайловича отразилось воздѣйствіе Литовскаго Статута, въ періодъ составленія Свода Законовъ Россія находилась въ полосѣ французскаго вліянія. Чтобы понять, какъ происходитъ этотъ процессъ заимствованій, даже при видимомъ его отрицаніи, достаточно присмотрѣться къ современному подражанію праву Германіи, политическое и культурное воздѣйствіе которой на Россію въ настоящее время такъ велико.

Исторія права должна представить, какимъ образомъ постепенно сложился современный правовой порядокъ той или другой страны. Дѣло заключается не въ простой послѣдовательно-

сти правовыхъ формъ, а въ установленіи причинной зависимости послѣдовательно смѣнявшихся формъ отъ общихъ социальныхъ условій. Наука обязана изложить, какія формы приходили на смѣну другъ другу, въ силу какихъ причинъ и какимъ образомъ совершался этотъ переходъ. Излагая такимъ пріемомъ развитіе правового порядка, исторія права имѣетъ дѣло съ конкретною обстановкою, съ суммою явленій, которая въ этой совокупности и связи никогда болѣе не повторится. Развертывая процессъ образованія правового порядка во Франціи, историкъ не можетъ ограничиться указаніемъ тѣхъ моментовъ, которые, по его мнѣнію, встрѣчаются у всѣхъ народовъ. Онъ обязанъ связать эти общечеловѣческіе моменты своеобразно съ французскими, которыхъ онъ не встрѣчалъ ни въ Англіи, ни въ Германіи. Иначе историкъ не дастъ картины историческаго развитія права во Франціи.

Между тѣмъ, среди историковъ права, особенно въ Россіи, довольно распространенъ взглядъ, будто задача исторіи права состоитъ въ раскрытіи законовъ, по которымъ происходитъ процессъ развитія права. „Задача исторіи права, говоритъ Латкинъ, заключается въ раскрытіи законовъ, регулирующихъ (?) юридическую жизнь“. „Внутренняя исторія права занимается раскрытіемъ законовъ, регулирующихъ постепенное развитіе юридическихъ нормъ и институтовъ“¹⁾. „Роль историка, утверждаетъ Дьяконовъ, сводится, главнымъ образомъ, къ подмѣтѣ единообразія или сходства въ явленіяхъ“²⁾. Эта тенденція есть ни что иное, какъ отзвукъ того спора о научномъ характерѣ исторіи, который такъ недавно волновалъ лучшихъ историковъ Германіи³⁾. Когда передъ историками, какъ и передъ юристами, всталъ вопросъ, можно ли считать наукою знаніе, не направленное къ установленію законовъ, какъ въ естествознаніи, то многіе, поддерживая идею единаго представленія о наукѣ, пришли

¹⁾ Латкинъ, *Учебникъ исторіи русскаго права періода имперіи*, 1899, стр. 1.

²⁾ Дьяконовъ, *Очерки общественнаго и государственнаго строя древней Руси*, 2 изд. 1908, стр. 3.

³⁾ См. Эдуардъ Мейеръ, *Теоретическіи методологическіе вопросы исторіи*, рус. пер. 2 изд. 1911; Бартъ, *Философія исторіи какъ социологія*, рус. пер. 1900; Bernheim, *Lehrbuch der historischen Methode*, изд. 4, 1903; Гумпловичъ, *Социологія и политика*, рус. пер. 1895.

къ выводу, что исторія должна устанавливать законы или она перестанетъ быть наукой. Такъ, у насъ Вишперъ вынужденъ былъ отвергнуть различіе наукъ абстрактныхъ и конкретныхъ и соединить въ одно исторію и социологію, признавъ, что „социологія—это новыя общія требованія, предъявляемыя исторіи“⁴⁾. Но уничтожить различіе между абстрактными и конкретными науками, установленное Контомъ и наблюдаемое въ самомъ естествознаніи, — дѣло неосуществимое. Исторія права, какъ и вообще исторія, всегда останется наукою конкретною, пока не исчезнутъ запросы на исторію германскаго, итальянскаго, русскаго права. Установленіе законовъ историческаго развитія и въ частности процесса правообразованія, есть задача наукъ абстрактныхъ, какъ социологія. Исторія права даннаго народа можетъ послужить матеріаломъ для социологіи или же почвою для примѣненія и провѣрки социологическихъ законовъ на данной средѣ. Социологическіе законы помогаютъ объяснить исторію права даннаго народа, и историкъ, не вооруженный социологической точкой зрѣнія, не выполнитъ научно своей непосредственной цѣли. Но тѣмъ не менѣе задачи социологіи и исторіи права совершенно различны. Матеріаль историка ограниченъ по необходимости условіями времени и мѣста, для социолога нѣтъ такихъ ограниченій, потому что матеріаломъ для него служатъ явленія жизни разныхъ народовъ, въ разное время. Историкъ можетъ имѣть въ виду только процессъ послѣдовательнаго развитія, тогда какъ социологъ отыскиваетъ не только законы развитія явленій, но и законы сосуществованія ихъ, что совершенно чуждо исторіи. Въ виду этого исторія права ни въ какомъ случаѣ не должна быть смѣшиваема съ социологіей.

Независимо отъ объясненія того, какъ сложился существующій правовой порядокъ, исторія права можетъ содѣйствовать лучшему пониманію этого порядка, въ его цѣломъ и въ частностяхъ. Только тотъ, кто знаетъ происхожденіе даннаго правового строя, ступени, по которымъ шло его развитіе, можетъ считать себя вполне уяснившимъ его сущность, только передъ тѣмъ открывается истинное содержаніе и соотношеніе всей совокуп-

⁴⁾ Вишперъ, *Очерки теоріи историческаго познанія*, 1911, стр. 47.

ности нормъ, образующихъ правовой порядокъ. Правда, въ настоящее время, съ паденіемъ историческаго направленія въ правовѣдѣніи, высказывается иной взглядъ: „Что догмѣ недоступно пониманіе правового положенія безъ знанія процесса его образованія—это въ основѣ ложно, вредно и грозитъ потопить догматику тяжестью антикварной точки зрѣнія“⁵⁾. Но эта сознательная оторванность догмы отъ исторіи является сама ложнымъ научнымъ приѣмомъ. Каждый историческій моментъ опредѣляется не самъ по себѣ, а сопоставленіемъ съ другими, а догма права имѣетъ свою цѣлью дать именно систематическое изображеніе историческаго момента. Психологическій законъ отношенія имѣетъ огромное примѣненіе въ социальныхъ наукахъ. Человѣкъ, зачитавшійся до сумерекъ въ одной и той же комнатѣ, не выходя изъ нея, теряетъ способность оцѣнить происшедшее измѣненіе въ освѣщеніи и, только оторвавшись отъ книги, оставивъ комнату и потомъ возвратившись въ нее, онъ поражится, какъ могъ онъ видѣть буквы въ такой темнотѣ. Черты національнаго характера сами по себѣ неуловимы: онѣ опредѣляются только сравненіемъ съ чертами характера другихъ народовъ. Правовой порядокъ, съ которымъ сжился человѣкъ съ малыхъ лѣтъ, можетъ уясниться ему въ своихъ характерныхъ чертахъ лишь тогда, когда будетъ сопоставленъ съ другими періодами историческаго развитія права, когда изучающій его подойдетъ къ нему черезъ рядъ историческихъ моментовъ, имѣющихъ въ основѣ своей довольно отличныя начала.

Такая историческая точка зрѣнія необходима для уясненія всякаго дѣйствующаго права, хотя бы оно выразилось въ цѣльномъ кодексѣ самаго недавняго происхожденія. Но значеніе исторіи для пониманія дѣйствующаго права, какъ вспомогательнаго для догматики средства, особенно возрастаетъ тамъ, гдѣ положительное право представляетъ собою совокупность нормъ, возникшихъ въ разные историческіе періоды и сохранившихъ силу до послѣдняго времени. Истинный смыслъ такихъ нормъ можетъ быть установленъ только по соображенію съ тѣми историческими условіями, при которыхъ онѣ возникли. Здѣсь ка-

⁵⁾ Wieland, *Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft*, 1910, стр. 15.

ждая норма имѣетъ свою исторію, и смыслъ ея опредѣляется не сопоставленіемъ съ другими дѣйствующими нормами права, а преимущественно съ ея прошлымъ. Сказанное относится, напр., къ административной юстиціи во Франціи, къ поземельному праву въ Англіи, къ наследственному праву въ Россіи. Только при помощи исторіи права выясняются вполнѣ тѣ юридическіе принципы, которые имѣютъ такое важное значеніе для догматики и которые представляютъ собою чаще всего историческую тенденцію даннаго права.

Наконецъ, исторія права даетъ твердую почву для законодателя. Исторія раскрываетъ ему психологическія черты его народа, воспримчивость послѣдняго къ чуждымъ нормамъ или упорный консерватизмъ, медленный или быстрый ходъ развитія институтовъ, стремленіе къ правовому объединенію или разъединенію. Соотвѣтственно тому, исторія поддерживаетъ склонность законодателя удовлетворить нарошшимъ потребностямъ, несмотря на временныя неблагоприятныя обстоятельства, или умѣряетъ его реформаторскія стремленія, не имѣющія историческаго основанія. Только понимая весь предшествующій ходъ даннаго института, зная условія его возникновенія и обстоятельства, вліявшія на его измѣненія, можетъ законодатель опредѣлить, каково должно быть дальнѣйшее направленіе института, какое вѣроятное дѣйствіе произведетъ его вмѣшательство въ томъ или другомъ направленіи. Исторія права научаетъ законодателя, когда и въ какомъ объемѣ возможны заимствованія изъ права другихъ народовъ, при какихъ условіяхъ заимствованное легко ассимилировалось (судебные уставы 1864 года), при какихъ, наоборотъ, оставалось неперевареннымъ (университетскій уставъ 1884 года).

§ 80.

Соціологическій методъ.

Литература: Bruggelles, *Le droit et la sociologie*, 1910; Gmelin, *Quousque? Beiträge zur sociologischen Rechtsfindung*, 1910; Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906; Grasserie, *Les principes sociologiques du droit criminel*, 1912; Gumpłowicz, *Sociologie und Politik*, 1892; Ehrlich, *Sociologie und Jurisprudenz* (Die Zukunft, 1906, № 19); Eleutheropoulos,

Rechtsphilosophie, Sociologie und Politik, 1903; Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie* (Verhandlungen des ersten deutschen Sociologentages, 1911); Kelsen, *Grenzen zwischen juristischer und sociologischer Methode*, 1911; Rollin, *Prolegomènes à la science du droit*, 1911; Rohland, *Die sociologische Strafrechtslehre*, 1911; Sinzheimer, *Die sociologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909.

Вопросъ о примѣнимости социологическаго метода къ изслѣдованію правовыхъ явленій представляется среди юристовъ весьма спорнымъ. Помимо тѣхъ, которые относятся вообще съ сомнѣніемъ къ самой социологіи¹⁾, даже между сторонниками социологіи, какъ науки, возбуждаются недоразумѣнія, какъ сочетать правовѣдѣніе съ социологіей. Способна ли социологія служить теоретической основой лишь для политики права или также и для догматики?

Социологія принадлежитъ къ наукамъ абстрактнымъ, она изучаетъ не индивидуальныя явленія, а типическія явленія или отыскиваетъ законы соотношеній между явленіями. Различаютъ, со времени Конта, два вида социальныхъ законовъ. Одни изъ нихъ устанавливають постоянство въ сосуществованіи явленій, т.-е. неизмѣнную сопровождаемость одного явленія другимъ определеннымъ (соціальная статика): если дано явленіе *a*, то одновременно должно быть явленіе *b*. Другіе законы раскрываютъ постоянство въ послѣдовательности явленій, т.-е. неизмѣнную сопровождаемость одного явленія другимъ (соціальная динамика): если дано явленіе *b*, то это значитъ, что ранѣе имѣло мѣсто явленіе *a*. Отсюда слѣдуетъ, что изученіе какихъ-либо конкретныхъ условій неюридическаго характера для объясненія нормъ права, не имѣетъ въ себѣ ничего социологическаго. Напр., изслѣдованіе, путемъ описанія, строенія и дѣятельности картелей для уясненія, какимъ образомъ должны быть примѣняемы законы о картеляхъ²⁾, составляя задачу описательной экономіки, не имѣетъ ничего общаго съ социологіей и не составляетъ задачи правовой социологіи. „Социологической наукой гражданскаго права была бы такая, которая занималась бы изслѣдованіемъ опредѣ-

¹⁾ Beudant, *Le droit individuel et l'état*, 1891, стр. 214—260; Joly, *Le droit naturel et la science sociale* (Nouv. Revue, 1887, № 1, стр. 143—166).

²⁾ Какъ это дѣлаетъ Sinzheimer, *Die sociologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, стр. 15—17.

ленныхъ матеріальныхъ правовыхъ благъ и ихъ взаимной цѣнности, а социологическимъ примѣненіемъ права было бы такое, которое, развивая эту мысль, выдвигало бы при обсужденіи и разрѣшеніи конкретнаго случая впередъ значеніе реальныхъ интересовъ и съ этой точки зрѣнія пыталось бы найти наиболѣе правильное рѣшеніе“³⁾). И здѣсь нѣтъ ничего социологическаго.

Соціологія изучаетъ социальныя явленія въ ихъ взаимодействіи, и изолированіе той или другой группы общественныхъ явленій для обособленнаго изученія противорѣчитъ задачѣ социологическаго изслѣдованія. Можно съ социологической точки зрѣнія разсматривать хозяйство, мораль, религію, право, но нельзя говорить объ экономической, этической, религіозной или юридической социологіи⁴⁾). Соціологія едина и самостоятельна. Юристъ, работающій, напр., надъ вопросомъ о процессѣ дифференціаціи нормъ и обособленія права, превращается въ социолога. Слѣдовательно, социологическій методъ, строго говоря, не есть методъ правовѣдѣнія, а методъ социологіи, примѣняемый къ правовымъ явленіямъ въ виду интереса такого ихъ освѣщенія для правовѣдѣнія. Социологическій методъ не устраняетъ ни догматическаго, ни историческаго, ни критическаго методовъ въ правовѣдѣніи. И не онъ одинъ придаетъ правовѣдѣнію научный характеръ.

Юристъ, не лишанный всякой любви къ предмету своей профессіи, не можетъ не интересоваться, помимо всякой практической цѣли, тѣмъ значеніемъ, какое имѣютъ правовые институты въ социальной жизни. Не-юридическія причины, придающія тому или иному институту характерныя его особенности, дѣйствіе института на не-юридическую сферу общественныхъ явленій—все это вопросы глубокаго теоретическаго интереса. И если мало достигнуто въ этой области результатовъ, если мало установлено законовъ, то это находитъ себѣ объясненіе въ недостаточности направленныхъ въ эту сторону усилій, небольшой разработкой сравнительнаго правовѣдѣнія, неправильнымъ пониманіемъ социологическаго метода, позволяющимъ уголовную стати-

³⁾ Gmelin, *Beiträge der sociologischer Rechtsfindung*, 1910, стр. 35.

⁴⁾ Какъ это предлагаетъ, напр., Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie*, стр. 276, подъ именемъ *Rechtssociologie*, или Rolin, *Prolegomènes à la science du droit*, стр. 4—5, подъ именемъ *sociologie juridique*.

стику, науку конкретную, относить къ социологіи, смѣшивать социологію съ социальной политикой. Наибольшее участіе въ разработкѣ социологическихъ вопросовъ принимаютъ криминалисты, слабѣе всего представлены цивилисты.

Криминалистовъ интересуютъ главнымъ образомъ два вопроса социологическаго характера: каковы социальныя причины, порождающія преступность (криминологія) и каково социальное дѣйствіе карательныхъ мѣръ (пеннологія). Среди различныхъ законовъ, установленныхъ въ этой сферѣ, можно указать, напр., законъ насыщенія преступности: подобно тому, какъ въ определенномъ количествѣ воды при данной температурѣ растворяется определенное количество химическаго вещества, ни однимъ атомомъ меньше или больше, точно также въ данной социальной средѣ, съ данными индивидуальными и физическими условіями, совершается определенное число преступленій, ни меньше, ни больше (Ферри). Таковъ законъ роста воспріимчивости къ наказанію въ связи съ ростомъ культуры (Дюркгеймъ).

Институты гражданскаго права, тѣсно связанные съ различными сторонами социальной жизни, экономической, моральной, религіозной, какъ собственность, договоръ, наслѣдованіе, бракъ, открываютъ широкій просторъ для изслѣдованій социологическаго характера въ динамическомъ и статическомъ направленіи. При изслѣдованіи социологическимъ методомъ такого важнаго въ социальномъ отношеніи института, какъ право собственности, можно обнаружить, какимъ образомъ всюду, при дѣйствіи тѣхъ же экономическихъ причинъ, коллективная собственность превращается въ индивидуальную, какъ расширяется кругъ предметовъ, способныхъ быть объектами права собственности, при какихъ условіяхъ происходитъ ростъ содержанія этого права и увеличеніе числа ограниченій его объема въ интересѣ общественномъ. Наблюдая глубокое различіе между первоначальной семьей, встрѣчающейся у всѣхъ народовъ, въ которой всѣ подчинены неограниченной власти отца семейства, и современной семьей, состоящей изъ юридически почти равно поставленныхъ членовъ семьи, юристъ-соціологъ стремится вскрыть, каковы тѣ экономическія, политическія, моральныя причины, которыя всегда и вездѣ приводятъ къ такому преобразованію. Такое социологи-

ческое изслѣдованіе производится внѣ всякой конкретной обстановки, потому что конкретныя условія служатъ для социолога лишь тѣми фактами, на которыхъ онъ строитъ свои абстрактные законы.

Имѣеть ли социологическое изслѣдованіе правовыхъ институтовъ догматическую цѣнность? Можетъ ли социологическій методъ способствовать лучшей систематизаціи нормъ дѣйствующаго права и болѣе правильному ихъ примѣненію въ жизни? Нѣкоторымъ представляется, что если догматика и можетъ быть сохранена при юридической социологіи, все же она должна испытать вліяніе послѣдней въ изъясненіи смысла нормъ права. Какимъ же образомъ социологическая точка зрѣнія можетъ оказать воздѣйствіе на пониманіе дѣйствующихъ законовъ. Одинъ изъ сторонниковъ этого взгляда, Канторовичъ, утверждающій, что „если социологія безъ догматики слѣпа, то и догматика безъ социологіи пуста“ ⁵⁾, приводитъ слѣдующій примѣръ. Судья постоянно приходится становиться лицомъ къ лицу со сталкивающимися въ процессѣ интересами противныхъ сторонъ. Существуетъ мнѣніе, что судья долженъ произвести сравнительную оцѣнку или взвѣшиваніе интересовъ для того, чтобы вынести справедливое рѣшеніе ⁶⁾. Но по какому масштабу? Можно сравнивать интересы въ ихъ типическомъ проявленіи, но это будетъ, какъ замѣчаетъ Канторовичъ, классовое правосудіе. Можно сравнивать интересы въ ихъ конкретномъ проявленіи, но здѣсь, по мнѣнію Канторовича, мы сталкиваемся съ непреодолимою трудностью взаимнаго сравненія борющихся жизненныхъ интересовъ. Тутъ на помощь и является социологическая точка зрѣнія, которая состоитъ въ томъ, чтобы оцѣнку интересовъ производить не въ отношеніи другъ друга, а въ отношеніи третьей величины, а именно культурной цѣнности правового порядка. „Оцѣнка интересовъ по социологическому методу означаетъ ни что иное, какъ обсужденіе интересовъ съ точки зрѣнія того, насколько требованіе той или другой стороны соответствуетъ задачамъ правового порядка“ ⁷⁾. Въ этомъ характерномъ взглядѣ обнаруживается вся

⁵⁾ Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie*, стр. 303.

⁶⁾ Stampe, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, 1907, стр. 17.

⁷⁾ Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Sociologie*, стр. 295.

политическая и научная наивность мысли сторонниковъ внесенія социологической точки зрѣнія въ догматику и въ примѣненіе права. Во-первыхъ, никогда сравнительная оцѣнка двухъ величинъ не происходитъ безъ какого-либо мѣрила. Во-вторыхъ, пониманіе задачъ правового порядка имѣетъ такое же классовое пониманіе въ основѣ, какъ и оцѣнка интересовъ въ ихъ типическомъ проявленіи. Въ-третьихъ, и это главное, во всемъ этомъ приѣмѣ нѣтъ никакихъ признаковъ социологическаго метода.

Другой сторонникъ внесенія социологической точки зрѣнія въ догматику, Синцгеймеръ, восхваляя новую школу, которая доказала, что судебское рѣшеніе не просто силлогизмъ, но социальное, экономическое, этическое сужденіе о дѣяности, стремится найти средство освободить такіа сужденія отъ произвола и случайности. „Здѣсь на помощь приходитъ социологическій методъ, который освобождаетъ судью отъ его простого, случайнаго жизненнаго опыта и даетъ ему всю широту правовой жизни со всѣми его проявленіями средствъ и отличій“⁵⁾. Совершенно вѣрно, что сложность современной жизни сильно подрываетъ то значеніе личнаго опыта, которое ему нѣкогда придавалось. Не только судья, но и всякому дѣятелю, выступающему на поприще общественной дѣятельности, даже частной жизни, надо вооружиться знаніемъ, а не ожидать накопленія личнаго опыта, по существу медленнаго и ограниченнаго. Отъ современнаго судьи, которому приходится рѣшать дѣла, возникающія на почвѣ самыхъ разнообразныхъ жизненныхъ отношеній, требуется масса свѣдѣній экономическихъ, медицинскихъ, техническихъ и т. п. Но при чемъ тутъ социологическій методъ? Не очевидно ли, что знаніе социальныхъ условій принимается за социологию?

Вопреки этому стремленію внести социологическую точку зрѣнія въ неподлежащую ей область, мы должны признать, что догматика, какъ методъ, классифицирующій истолкованныя по ихъ смыслу нормы, и примѣненіе права, какъ подведеніе конкретныхъ жизненныхъ случаевъ подъ истолкованныя по ихъ смыслу нормы—ни въ какой степени не могутъ оказываться подъ вліяніемъ социологическаго метода.

⁵⁾ Sinzheimer, *Die Sociologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, стр. 27.

Если социологическій методъ не имѣеть догматической цѣнности, то значеніе его для политики права, наоборотъ, громадно и должно возрастать по мѣрѣ успѣховъ самой социологій и по мѣрѣ роста сознательности въ устройствѣ общественной жизни. Социологія составляетъ необходимую теоретическую основу для законодательной политики. Никакая личная мудрость выдающагося государственнаго дѣятеля, никакой накопленный опытъ бюрократическаго механизма, не въ состояніи замѣнить знанія законовъ общественности. Какъ нельзя строить мостъ, не зная законовъ механики, такъ нельзя строить народное благополучіе безъ знанія социальныхъ законовъ, управляющихъ народною жизнью.

Цѣнность социологій для законодательной политики заключается въ законахъ, по которымъ происходятъ социальные явленія, потому что знаніе такихъ законовъ даетъ возможность предвидѣть, возможность достигать опредѣленныхъ результатовъ путемъ сочетанія общественныхъ силъ по социальнымъ законамъ. Если социологическій законъ указываетъ, что развитіе сервитутовъ находится въ зависимости отъ распадешя крупной поземельной собственности, то законодатель, дающій просторъ мелкой собственности путемъ принудительнаго разложенія общины или принудительнаго отчужденія крупныхъ помѣстій, долженъ позаботиться о немедленномъ введеніи сервитутнаго права, если не желаетъ получить результатовъ, способныхъ спутать всѣ его расчеты. Законодатель, вступившій на путь борьбы съ опредѣленнымъ видомъ преступности путемъ введенія чрезвычайнаго наказанія, поражающаго воображеніе, не можетъ не принять во вниманіе закона падешя воспріимчивости къ наказанію, вызвавшему сильное нервное напряженіе, закона общественнаго сочувствія къ испытавшимъ чрезвычайное наказаніе, не соответствующее, по общественному представленію, совершенному преступленію, сочувствія, которое ослабляетъ рассчитанную силу репрессій. Законодатель, предпринимающій борьбу съ религиозными общинами для поддержанія господствующаго вѣроисповѣданія, не можетъ игнорировать того закона, въ силу котораго способность религиозной общины къ борьбѣ за существованіе стоитъ въ прямой зависимости отъ испытываемаго преслѣдованія, тре-

будущаго напряженія въ религиозномъ настроеніи, и въ обратной зависимости отъ принудительнаго покровительства, ослабляющаго духовное настроеніе въ членахъ общины.

Соціологія существуетъ только какъ теоретическая наука, которой выводы могутъ и должны быть использованы на практикѣ. Но никакой прикладной соціологіи не существуетъ⁹⁾, потому что понятіе о прикладной наукѣ или объ искусствѣ стоитъ въ прямомъ противорѣчьи съ представленіемъ о сущности соціологіи.

§ 81.

Критическій методъ.

Литература: *Handbuch der Politik*, подъ ред. Лабанды, Ваха, Вагнера, Лампрехта и Листа, т. 1, 1912, стр. 1—33; Calken, *Politik als Wissenschaft*, 1898; Stampfer, *Grundbegriffe der Politik*, 1911; R. Schmidt, *Wege und Ziele der Politik* (Z. f. Pol. B. 1, 1907, стр. 1—60); Schäffle, *Ueber den wissenschaftlichen Begriff der Politik* (Z. f. d. ges. Staatsw. 1897, т. 53); Stier-Somlo, *Politik*, 1911; Ofner, *Studien sozialer Jurisprudenz*, 1894, стр. 1—29; A. Menger, *Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1895 (три русскихъ пер.); Петражицкіи, *Введеніе въ науку политики права* (Кіев. Унив. Изв. 1896, №№ 8 и 10, 1897, № 9).

Нормы права составляютъ продуктъ человѣческой воли и являются средствами достиженія человѣческихъ цѣлей. Потому эти нормы подлежатъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія ихъ цѣлесообразности и справедливости. Виѣсть съ тѣмъ подвергаются оцѣнкѣ и тѣ цѣли, которыя предполагается достигъ при помощи юридическихъ нормъ.

Бываютъ историческіе моменты, когда послѣ рѣзкихъ перемѣнъ во внутренней жизни общества, создаются и новыя правовыя формы. Между юридическими нормами и условіями общезжитія, для которыхъ первыя предназначаются, устанавливается полное соотвѣтствіе. Въ это время критическое отношеніе къ законодательству падаетъ до минимума и всякое сомнѣніе въ

⁹⁾ Какъ это полагаетъ Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, стр. 415: la sociologie appliquée, или Eleutheropoulos, *Rechtsphilosophie, Sociologie und Politik*, 1908, стр. 43: angewandte Sociologie.

цѣлесообразности нормъ права представляется чуть ли не покушеніемъ на священныя чувства народа. Такое явленіе наблюдалось во Франціи въ отношеніи къ Code Napoléon 1804, въ Германіи въ отношеніи торговаго кодекса 1861, и въ Россіи въ отношеніи Судебныхъ Уставовъ 1864 года. Однако, съ теченіемъ времени быстро развивающаяся жизнь нарушаетъ это равновѣсіе, бытовыя отношенія опережаютъ юридическую форму, которая представляется уже стѣсняющею свободное развитіе общественности. Пржнее довольство смѣняется неудовлетворенностью, вызывающею критическое отношеніе къ праву. Чѣмъ сильнѣе оказывается разладъ, тѣмъ острѣе становится критика. Впрочемъ, интенсивность критики зависитъ еще отъ другихъ обстоятельствъ.

Въ абсолютной монархіи, гдѣ нормированіе жизни вручено бюрократіи, критика глухо ропщетъ въ подземныхъ теченіяхъ, пока не вырвется иной разъ рѣзко наружу. Напротивъ, въ демократическихъ странахъ, гдѣ народная масса привлечена къ самому государственному дѣлу, гдѣ явно выступаетъ борьба классовыхъ интересовъ, оцѣнка нормъ права составляетъ нормальное и необходимое явленіе. На силу критики оказываетъ вліяніе и степень развитія законности въ данной странѣ. Если, несмотря на несоотвѣтствіе жизни, законы примѣняются съ полною точностью, то непригодность дѣйствующаго права выступаетъ съ очевидною наглядностью, и средствомъ устраненія явной несправедливости служитъ воздѣйствіе на законодателя. Напротивъ, если органы, примѣняющіе законы, находятъ возможнымъ отступать отъ прямого ихъ смысла, а населеніе приспособилось изобрѣтать нелегальные способы обхода суровыхъ законовъ, то острое чувство притупляется и критика ослабѣваетъ.

Правовѣдніе не можетъ не испытывать само этихъ общественныхъ колебаній и соотвѣтственно усиливать или ослаблять въ себѣ критическій моментъ къ изучаемому праву. Но научное отношеніе къ вопросу тѣмъ и отличается отъ общежитейскаго, что интересы науки, ея проблемы, ея методы, должны по возможности получить независимость отъ преходящихъ общественныхъ вліяній, и разработка вопросовъ о правѣ, какъ оно должно быть, въ отличіе отъ права, какъ оно есть, составляетъ, предполагается, постоянную задачу правовѣднія. Не тогда, когда уда-

рили тревогу, обязаны юристы заниматься очередными темами улучшения права, а, наоборот, необходимо, чтобы въ острые моменты жизнь могла бы обратиться къ правовѣдѣнію за отвѣтами, подготовленными постепенно, въ условіяхъ мирнаго времени.

Критическій методъ или политика права предполагаетъ три послѣдовательныхъ момента: 1) сознание неудовлетворительности дѣйствующаго правопорядка, въ его цѣломъ и въ частяхъ, 2) постановка идеала, какъ цѣли, въ направленіи которой должно быть произведено преобразование права, 3) изысканіе соотвѣтствующихъ мѣръ для перехода отъ существующаго къ желательному.

Первый моментъ въ разсматриваемомъ методѣ или критика въ тѣсномъ смыслѣ слова, проявляется двоякимъ образомъ: въ бессознательной или въ сознательной оцѣнкѣ. При бессознательной критикѣ человѣкъ чувствуетъ, ощущаетъ стѣснительность правовой формы, хотя и не можетъ дать себѣ отчета, ни гдѣ причина неудобства, ни какъ слѣдовало бы ее устранить. Купцы испытываютъ затрудненія отъ неисправности своихъ должниковъ, отъ неувѣренности въ своевременномъ полученіи по исполнительнымъ листамъ, — но гдѣ истинная причина этого явленія, въ моральномъ или въ юридическомъ дефектѣ, они объяснить не смогутъ. Укравшій съ голоду булку чувствуетъ всю несправедливость судебного приговора, назначившаго ему въ наказаніе трехмѣсячную тюрьму, но ни классовой характеръ въ борьбѣ съ преступленіями противъ имущества, ни сравнительная оцѣнка преступныхъ дѣяній мѣрою опредѣляемыхъ наказаній, — ему не открыты. Такая инстинктивная критика сама по себѣ научной цѣны не имѣетъ, но является фактомъ, возбуждающимъ научное критическое вниманіе. Въ противоположность ей, сознательная критика основывается на изученіи общественной жизни во всей ея цѣлости, съ юридическими формами, ее охватывающими, и обнаруживаетъ происшедшее или имѣющее произойти несоотвѣтствіе между ними. Изученіе условій промышленности, роста рабочаго класса можетъ показать всю несообразность запрещенія экономическихъ забастовокъ, логически вытекающихъ изъ современныхъ экономическихъ основъ. Политическая экономія

и статистика являются лучшими средствами для выработки сознательной критики. Догматическое знание права дает также возможность видѣть всѣ техническія пробѣлы, противорѣчія въ законахъ, хотя бы они еще и не ощущались въ дѣйствительности.

Второй моментъ въ критическомъ методѣ есть опредѣленіе того идеала, къ которому право должно приспособляться и примѣнительно къ которому долженъ перестраиваться государственный и правовой порядокъ. Способъ нахождения идеала и масштабъ его могутъ быть весьма различны.

Прежде всего можно выдвинуть абсолютный идеаль, т.-е. идеаль, имѣющій безусловную цѣнность, не зависящій отъ измѣняющихся условій времени и мѣста. Къ выработкѣ абсолютнаго идеала можно подойти также двоякимъ образомъ. Однимъ путемъ шло старое естественное право, которое ставило себѣ задачей раскрыть въ разумѣ вѣчный правовой порядокъ, вырисованный не только въ общихъ контурахъ, но и во всѣхъ его деталяхъ. Слѣдовательно, характерными признаками естественнаго правового идеала являлись: а) неизмѣнность и б) полнота. Конечно, выполнение такихъ идеальныхъ плановъ оказывалось чрезвычайно опаснымъ для архитекторовъ, вслѣдствіе именно детальности рисунка. Жизнь быстро и безжалостно затирала многіе штрихи, не только уничтожая полноту, но и подрывая довѣріе къ неизмѣнности плана, т.-е. къ абсолютности идеала. Вполнѣ благоразумно поэтому избираютъ другой путь тѣ представители абсолютнаго идеала, которые уклоняются отъ попытки детализированія его и даже наполненія опредѣленнымъ содержаниемъ. Такъ, Калькеръ руководящимъ идеаломъ политики права ставитъ „общее совершенствованіе“ ¹⁾, для политики права Петражицкаго „идеаломъ является достиженіе совершенно социальнаго характера, совершенное господство дѣйственной любви въ человѣчествѣ“ ²⁾, Новгородцевъ абсолютнымъ идеаломъ выставляетъ „вѣру въ человѣческое дѣйствіе и нравственное долженствованіе“ ³⁾. Общее всѣхъ такихъ идеальныхъ построеній

¹⁾ Calker, *Politik als Wissenschaft*, 1898, стр. 19—27.

²⁾ Петражицкій, *Введеніе въ изученіе права и нравственности*, 1905, стр. VIII.

³⁾ Новгородцевъ, *Общественный идеаль въ свѣтъ современныхъ исканій* (Вопр. фил. и псих., 1910 г., кн. 103, стр. 339).

заклчается: а) въ принципиальной обрисовкѣ, б) въ формальномъ характерѣ идеала, с) въ его неизмѣнности. Что понимать подъ усовершенствованіемъ всѣхъ? Можетъ ли дѣйствительная любовь быть идеаломъ политики права, когда господство ея сдѣлало бы совершенно излишнимъ самое право? Постоянное дѣйствіе, вѣчное стремленіе—но во имя чего и зачѣмъ?

Наше время съ полнымъ основаніемъ относится отрицательно къ абсолютному идеалу. Съ теоретической точки зрѣнія поиски абсолютнаго идеала дѣло совершенно безнадежное, потому что человѣческому уму не дано выйти изъ условій времени и мѣста. Замѣчательно, что къ любому абсолютному идеалу можетъ быть подобранъ относительный ключъ въ историческихъ условіяхъ, при которыхъ сложились идеи мыслителя. Никто не можетъ ручаться, что какъ бы ни былъ высокъ, глубокъ и широкъ начертанный имъ идеаль, — на немъ остановятся стремленія человѣческія. Съ практической точки зрѣнія абсолютный идеаль мало пригоденъ, какъ двигательная сила. Конечно, и идеаль, оторванный отъ дѣйствительности, способенъ произвести впечатлѣніе и повысить уровень представленій о справедливости. Но человѣку дѣйствующему, человѣку готовому въ борьбѣ на жертвы, нужна вѣра въ осуществимость идеала, начертаннаго на его знамени. Вотъ почему для побужденія къ борьбѣ за идеаль необходима нѣкоторая историчность его, связь съ интересами, страдающими въ окружающей конкретной обстановкѣ. Нѣкоторымъ кажется, что истиннымъ двигателемъ дѣятельности человѣка можетъ быть только вѣра въ вѣчное, а не въ преходящее, что самая мысль о временности идеала, за который приходится страдать, способна подорвать энергію. Но это невѣрно. Человѣкъ можетъ быть увѣренъ, что рисующійся передъ нимъ идеаль, какъ высшій, смѣнится со временемъ другимъ, но если онъ убѣжденъ, что осуществленіе этого идеала въ состояніи дать людямъ счастье, что прохожденіе этой ступени необходимо для достиженія дальнѣйшихъ, то для его дѣятельности имѣется достаточный стимуль.

Поэтому, оставляя всякую мысль о нахожденіи абсолютнаго идеала, правовѣдѣніе должно заниматься установленіемъ относительнаго идеала, т. - е. того желательнаго государствен-

наго и правового порядка, который выдвигается всею совокупностью исторических условий. Какъ достоинство поэта заключается въ умѣнн уловить чувства своихъ современниковъ и дать имъ художественный образъ, такъ задача политическаго мыслителя состоитъ въ томъ, чтобы понять основную тенденцію въ общественныхъ стремленіяхъ его времени и придать имъ политически и юридически осязательную форму идеала. Такъ, наше время явно выставляетъ социальную проблему, т.-е. запросъ доставить каждому матеріальную обеспеченность и независимость, иначе, соответствующую его труду или потребностямъ долю въ результатахъ организованной борьбы съ природою за человѣческое существованіе. Требуется найти такой порядокъ, при которомъ каждый былъ бы увѣренъ въ завтрашнемъ днѣ и никто не находился въ экономической зависимости отъ другого. Это историческій идеалъ XIX и XX столѣтій, а потому онъ отличается прежде всего относительностью. Загѣмъ, всякому идеалу, какъ представленію о томъ, что должно быть, свойственна субъективность. Пока субъективный идеалъ остается достояніемъ ученаго, создавшаго его въ тиши кабинета, надежды на его осуществленіе, конечно, незначительны. Но когда идеалъ распространяется широкою волною и проникаетъ въ сознание массъ, т.-е. становится субъективнымъ представленіемъ весьма многихъ, приобретающихъ уже вслѣдствіе своей численности, общественную силу, — субъективный идеалъ приобретаетъ уже объективность. Въ-третьихъ, социальный идеалъ всегда очерчивается въ принципѣ. Принципіальность идеала состоитъ не въ томъ, чтобы ограничиться однимъ общимъ положеніемъ, а въ томъ, чтобы не гнаться за детальностью изображенія порядка, долженствующаго смѣнить нынѣшній. Нельзя приготовить въ идеѣ полностью совершенно новый строй, который бы отвѣчалъ во всѣхъ деталяхъ, чѣмъ отличается онъ отъ современнаго, какъ въ немъ разрѣшены вопросы, рѣшаемые въ настоящее время такъ-то. Нельзя потому, что и современность находится въ текущемъ состояніи и очертанія общественнаго строя ежеминутно измѣняются такъ, какъ очертанія тучи, двигающейся по небу.

Наконецъ, третьимъ моментомъ въ критическомъ методѣ

является выработка тѣхъ средствъ, какими существующій государственный и юридическій порядокъ долженъ быть измѣненъ согласно принятому идеальному критерию. Система мѣръ, направленныхъ къ измѣненію законодательнымъ путемъ существующаго порядка въ соотвѣтствіи съ идеальнымъ представленіемъ, составляетъ политику права въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Такъ какъ политика права ставитъ себѣ задачей достиженіе опредѣленныхъ социальныхъ цѣлей при помощи права, то политика права можетъ быть только дѣятельностью государства, отъ котораго исходятъ нормы права. Поэтому достиженіе различныхъ социальныхъ цѣлей помимо государства не относится къ политикѣ права. Въ политики права остается, напр., борьба съ коммерческою эксплуатаціей посредствомъ организаціи потребительныхъ обществъ (защита своихъ интересовъ) или борьба съ жилищною нуждой низшихъ классовъ путемъ построения для нихъ домовъ съ дешевыми квартирами (защита чужихъ интересовъ).

Такъ какъ политика права имѣетъ своею задачей достиженіе опредѣленныхъ социальныхъ цѣлей при помощи права, то политика права немыслима безъ установленія законовъ, и установленіемъ законовъ ограничивается политика права. Она не идетъ дальше предложенія того, какія нормы права должны быть вмѣсто существующихъ. Поэтому достиженіе различныхъ социальныхъ цѣлей при посредствѣ государственной силы, но не въ законодательномъ порядкѣ, не относится къ политикѣ права. Такова международная политика, въ которой государство преслѣдуетъ свои цѣли воздѣйствіемъ своей силы, но не юридическимъ путемъ; такова экономическая политика внутри государства, насколько власть осуществляетъ извѣстныя задачи не путемъ изданія новыхъ нормъ, а принятіемъ мѣръ, основанныхъ на законахъ, напр., устраненіемъ препятствій къ правильному вывозу хлѣба, способствованіемъ сбыта кустарныхъ издѣлій и т. п.

Политика права, предлагающая въ систематическомъ видѣ объединенныя общую идею мѣры достиженія социальныхъ цѣлей, не есть наука, а искусство, или, лучше сказать, является не чистой наукой, а прикладной. Теоретическую основу для по-

литики права составляютъ догматика, исторія, социологія, психологія.

Должна ли существовать одна политика права или же возможно научно обособить политику для каждой отрасли права? Какъ извѣстно, нѣкоторыя юридическія науки успѣли создать себѣ довольно успѣшно спеціальныя политики. Это приходится сказать по поводу финансовой политики, уголовной политики. Конечно, всякая юридическая дисциплина имѣетъ свои ближайшіе спеціальныя вопросы. Но главнымъ образомъ существованіе отдѣльныхъ политикъ права находитъ себѣ объясненіе въ отсутствіи единой общей политики права. Между тѣмъ политика права должна выработать общій планъ будущаго государственнаго и правового порядка, и осуществленіе этого плана въ деталяхъ, по особымъ отдѣламъ права,—лишь только выполненіе общей идеи. Спеціальная политика права можетъ быть только развитіемъ общей политики права.

Правовѣдніе несомнѣнно провинилось передъ обществомъ тѣмъ, что, порвавъ съ традиціями естественнаго права, пренебрегло своими задачами въ сферѣ критики и политики, и за то потеряло общественныя симпатіи. Возстановитъ свою истинную высокую роль еще не поздно. И не въ догматикѣ должно происходить это обновленіе, не замѣною догматики социологическими изслѣдованіями, не путемъ разныхъ приемовъ свободнаго толкованія, а именно въ критикѣ существующаго, въ политикѣ долженствующаго. Тогда юриспруденція перестанетъ быть „служанкою законодателя“, какъ внушала ей Виндшейдъ, а станетъ гласной совѣтницей законодателя, руководительницей всей социальной жизни, — пока не исчезнетъ потребность принудительнаго нормированія человѣческихъ отношеній.

Труды того же автора:

изданія Бр. Башмаковыхъ.

Курсъ торговаго права. Цѣна 15 р.

- т. I. Введеніе. Торговые дѣятели, 1908. Цѣна въ переплетѣ 3 р.
- т. II. Товаръ. Торговья сдѣлки, 1908. Цѣна въ переплетѣ 4 р.
- т. III. Вексельное право. Морское право, 1909. Цѣна въ переплетѣ 3 р.
- т. IV. Торговый и конкурсный процессъ. Цѣна въ переплетѣ 4 р.

Указатель алфавитный и постатейный. Цѣна 1 р.

Учебникъ торговаго права. Изданіе 5-ое, 1910. Цѣна въ переплетѣ 2 р. 25 к.

Учебникъ русскаго гражданскаго права. Изданіе 9-ое, 1911. Цѣна въ переплетѣ 5 р.

Исторія философіи права. Изданіе 2-е, 1907. Цѣна въ переплетѣ 3 р. 50 к. (распродано).

Общая теорія права, в. I, 1911. Цѣна 2 р. 50 к.; в. II, 1911. Цѣна 1 р. 50 к.; в. III, 1 р.

Курсъ гражданскаго права, в. I, 1901. Цѣна 2 р.; в. II, 1902. Цѣна 2 р.

Авторское право на литературная произведенія, 1891. Цѣна 2 р. 50 к.

Система торговыхъ дѣйствій, 1888. Цѣна 2 р. (распродано).

Наука гражданскаго права въ Россіи, 1893. Цѣна 2 р. (распродано).

Конкурсное право. Изданіе 2-ое, 1898. Цѣна 3 р. (распродано).

Общее ученіе о правѣ и государствѣ. Изданіе 2-ое, 1911. Цѣна 40 к.

Соціологія, 1911. Цѣна 40 к.

СКЛАДЪ ИЗДАНИЙ

у Бр. Башмаковыхъ.

Москва, уг. Срѣтенскаго и Милютинскаго пер., д. № 1.

Казань, Городской пассажъ.

Въ С.-Петербургѣ можно получить у Я. Башмакова и К^о.



Тип. Т-ва И. К. КУЗНЕЦЕВЪ и К^о. Москва.

1912 г.