

вовые нормы вообще создавались по поводу отдельных конкретных случаев, т. е. путем прецедента, который затем закреплялся обычаем.

Обычное право

Наряду с прецедентом, источником права является обычай, коим создается так называемое обычное право. Под юридическим обычаем понимаются такие правовые нормы, которые сложились путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни.

Такие нормы могут слагаться как при участии, так и без участия органов государственной власти. Но во всяком случае — *без прямого предписания власти*; в этом отличительная черта обычая от закона в обширном смысле.

В сущности, обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как *множественный прецедент*. В самом деле, ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не путем обычая, а путем прецедента: так называемые юридические обычаи возникали *по поводу единичных случаев*; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось *обычаем*. Обычай, таким образом, только скреплял правило, возникшее путем прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент.

Это можно выяснить на примере любого юридического обычая. Положим, например, что путем обычая домашняя прислуга получила *право* на улучшенную пищу в определенные праздничные дни, или, скажем, студенты получили *право* выбирать курсовых старост. Доказывать право в том и другом случае можно только ссылкой на *прецеденты*, т. е. на случай в прошлом, когда прислуге давались к празднику, положим, куличи или университетское начальство позволяло студентам избирать старост, признавало их, вступало с ними в сношения. Неизбежность ссылки на прецеденты по всех случаях, где требуется установить существование нормы обычного права, доказывает тождество обычая с множественным прецедентом.

Иногда для создания нормы права достаточно прецедента единичного; иногда же только обычай, т. е. многократное повторение, может сообщить прецеденту силу права. Так, например, тот факт, что единичная крестьянская община признала право на избу за старшим сыном умершего крестьянина, еще не устанавливает общей нормы права. Но если будет доказано, что с незапамятных времен крестьяне именно в этом смысле решали споры о наследстве, то существование данной нормы наследственного права будет уже несомненным. Таким образом, множественный прецедент — обычай — сплошь да рядом создает юридические нормы, коих не под силу создать прецеденту единичному.

В чем же заключается различие обычая юридического от обычая простого, не имеющего юридического значения?

Далеко не все обычаи, господствующие в той или другой общественной среде, суть обычаи юридические: путем обычая создается ряд правил, вовсе не имеющих правового содержания; путем обычая слагается целый кодекс общепринятого, господствующий в том или другом обществе; этим путем слагаются все правила приличия и образуются необозримое множество обрядов, исполняющихся в разных случаях жизни, например обряды свадебные, похоронные, праздничные. Никому не придет в голову утверждать, чтоб такие обычаи, как, например, обычай есть куличи или обмениваться красными яйцами на праздник Пасхи, обычай наших крестьян креститься на все четыре стороны при входе в дом или наш обычай надевать белый галстук, когда мы едем на бал, суть обычаи юридические: кто не ест кулича на Пасху, тот, очевидно, не считается нарушителем чьего-либо права; равным образом, если мой сюртук или галстук будет несколько отличаться от общепринятого типа, то меня или сочтут чудачком, или скажут, что я не знаю приличий, но никто не сочтет меня нарушителем чужого права.

В чем же заключается разница между обычаями юридическими и неюридическими? Ответ на этот вопрос сам собою предreshается данным уже нами раньше определением права. Мы видели, что отличительная черта всякой правовой нормы заключается, с одной стороны, в предоставлении, с другой стороны — в ограничении внешней свободы лиц. Предоставляя определенную сферу внешней свободы одним лицам (уполномоченным) правовая норма соответственным образом ограничивает сферу внешней свободы других лиц (обязанных). Юридическими, следовательно, должны признаваться только те обычаи, которые заключают в себе оба этих необходимых признака правовых норм, следовательно, только те, которые, предоставляя известную сферу внешней свободы одним лицам, соответственным образом ограничивают внешнюю свободу других лиц.

Само собой разумеется, что при таком понимании юридического обычая сама область обычного права должна значительно расшириться: в нее войдет многое такое, что с точки зрения господствующего учения вовсе не относится к области права. Так, например, обычай дуэли в тех странах, где дуэль не признается или даже прямо воспрещается государственной властью, с точки зрения весьма распространенного в науке мнения, вовсе не является нормой права. Многие из современных юристов склонны видеть в дуэли простой обычай, условное правило общезжития, а не юридическую норму. Это воззрение должно быть признано безусловно ошибочным: из того, что обычай дуэли не признается государственной властью в тех или других государствах, вовсе не следует, чтобы он был лишен юридического значения, ибо признание государственной властью, как мы видели, вовсе не служит отличительным признаком права. Если считать юридическими только те обычаи, которые признаются государственной властью, то придется прийти к тому заключению, что ранее образования государства право вообще не суще-

ствовало, — заключение, с которым трудно согласиться образованному юристу. Мало того, с этой точки зрения пришлось бы признать лишенными правового значения вообще все те нормы, которые не признаются государством; на этом основании пришлось бы отвергать, например, юридический характер норм права церковного и международного в тех странах, где эти нормы не пользуются официальным признанием государственной власти. Наконец, с точки зрения разбираемого воззрения, пришлось бы признать, что сама государственная власть не имеет никаких юридических оснований, так как права государственной власти, очевидно, не могут обуславливаться ее собственным признанием; если государственная власть имеет право повелевать своим подданным, то это обуславливается, очевидно, не тем, что сама она признает за собой такое право.

Если признание или непризнание государственной властью того или другого обычая за право не может служить признаком для различения обычаев юридических от обычаев простых, то нет никаких оснований не признавать обычай дуэли за обычай юридический. В этом обычае мы имеем норму, которая, с одной стороны, предоставляет известную сферу внешней свободы одному лицу — оскорбленному и подвергает соответственному ограничению свободу другого лица — оскорбителя. Оскорбленный может вызывать на поединок оскорбителя: ему, значит, предоставляется свобода располагать определенными действиями последнего; с другой стороны, оскорбитель *обязан* принять вызов: тем самым налагается на его внешнюю свободу известное ограничение в пользу оскорбленного; следовательно, здесь имеются налицо все необходимые признаки нормы права, притом права обычного, так как обязательность дуэли всецело покоится на авторитетности *обычая*, господствующего в той или другой среде. Или возьмем какой-либо другой пример: обычай родовой мести, господствующий у кавказских горцев, есть обычай несомненно юридический, так как он ограничивает свободу отдельных родичей, предписывая им месть, и вместе с тем предоставляет сородичам свободу требовать друг от друга исполнения этой обязанности. Здесь опять-таки мы имеем дело с обычаем юридическим, несмотря на то, что этот обычай не признается государством. Указание на безнравственность таких обычаев, как дуэль и родовая месть, разумеется, не может служить аргументом против их правового характера, потому что, как мы видели, нравственность предписания вообще не служит необходимым признаком правовой нормы: есть много норм, прямо безнравственных по содержанию (например, крепостное право) и вместе с тем — несомненно юридических. Требование, чтобы право всегда согласовалось с нравственностью и разумом есть требование идеала, которому действительность далеко не всегда соответствует. К тому же, как мы видели, далеко не все те требования, которые предъявляются нравственностью к праву, отличаются характером постоянным и неизменным: существует множество таких нравственных требований, которые видо-

изменяются в зависимости от характера и культурного развития каждой данной общественной среды. К кавказским горцам нельзя предъявлять тех же нравственных требований, которые могут предъявляться, например, к русскому крестьянину; поэтому даже в том случае, если бы мы условились считать за правовые только нормы нравственные по своему содержанию, то нельзя было бы признавать лишенными правового значения все те обычаи народов малокультурных, которые противоречат более развитому нравственному сознанию.

Как по вопросу о сущности обычного права, так и по вопросу об основаниях его обязательности между юристами до сих пор еще существует большое разногласие, причем в различных мнениях, которые высказывались и высказываются по этому поводу, обнаруживается отсутствие сколько-нибудь удовлетворительного определения права вообще.

Обычай, как сказано, наряду с прецедентом и после него, есть, несомненно, древнейшая форма позитивного права, которая предшествовала закону, существовала даже раньше образования государства; и тем не менее до начала XIX столетия никому из ученых не приходило в голову признавать юридический обычай за самостоятельную форму права. До появления немецкой исторической школы все вообще ученые были согласны в том, что единственным источником положительного права является государство, что оно одно может сообщить тем или другим правилам обязательное значение, силу правовых норм. Возрастающее это шло вразрез с действительностью, так как в действительности не только у дикарей, но и у народов, стоящих на высокой ступени развития, правовые отношения определяются не одним законом, но и рядом норм, сложившихся путем обычая. Чтобы так или иначе согласовать факты со своей неверной теорией, ученые до начала XIX столетия обыкновенно прибегали к фикции: такие юристы, как, например, Гуфеланд,²⁷ Тибо,²⁸ Глюк, и другие утверждали, что обычай получает обязательную силу от государства в силу молчаливого согласия законодателя, причем это согласие может быть выражено или в форме категорического заявления законодателя, или же в форме молчаливого признания с его стороны. Если только законодатель *не высказался* против того или другого обычая и допускает его применение, то этого достаточно, чтобы обычай получил силу и значение молчаливо установленного закона, *lex tacita*. Словом, обычай там, где он действует, так или иначе получает свою силу от государства, от законодательной власти.

Это воззрение не встретило возражений вплоть до появления в начале XIX столетия исторической школы, которая нанесла ему сильный удар. Историческая школа, как уже было раньше сказано, вообще относилась отрицательно к творческой деятельности законодателя в области права: по смыслу первоначального учения Савиньи, от которого, впрочем, сам он отступил в 40-х годах истекшего столетия, все вообще право развивается и должно развиваться произвольно, само собой; но, во всяком

случае, исторической школе удалось, несомненно, доказать, что закон вовсе не есть единственный фактор образования права, что существует множество правовых норм, которые сложились и приняли форму обычая помимо всякого вмешательства законодателя.

Особенно важное значение для выяснения сущности обычного права имеет капитальное сочинение Пухты "Обычное право". Развивая воззрения исторической школы, Пухта учит, что юридический обычай — вполне самостоятельная форма права. Сложившись помимо всякого воздействия законодателя, юридический обычай обязателен совершенно независимо от того, признается или не признается он законодателем. Обычай представляет собой наиболее непосредственное и верное выражение народных воззрений; в этом и заключается источник его обязательной силы: ибо народные воззрения, по мнению Пухты, составляют источник всякого права вообще; юридические нормы, вошедшие в обычай, обязательны не потому, что они в течение долгого времени применялись на практике к однородным случаям жизни, а потому, что в них выразилось живущее в народе сознание права. Обычай сам по себе не создает ни новых юридических понятий, ни новых правовых норм: он только закрепляет существующие в народе правовые воззрения; он служит доказательством того, что народ признает обязательным те или другие нормы, которые в силу этого и имеют значение норм правовых. Иначе говоря, нормы права обязательны потому, что они выражают собой воззрение и волю народа как целого.

Таким образом, Пухта признает за обычным правом вполне самостоятельное значение: обычай, по его мнению, — самостоятельная форма права, которая для своего юридического существования не нуждается ни в явном, ни в молчаливом признании законодателя. Но такое значение Пухта признает только за обычаями целого народа, и в этом заключается один из главных недостатков его исследования. Уже современники Пухты (Унтергольцнер,²⁹ Миюленбрух, Кирульф) указывали, что таких обычаев, которые были бы обычаями целого народа, сравнительно мало: в действительности существует гораздо больше обычаев местных, сословных (вообще обычаев частных), нежели обычаев общенародных. В чем же, спрашивается, заключается источник обязательной силы этих обычаев? На этот вопрос Пухта не дает удовлетворительного ответа; чтобы так или иначе на него ответить, Савиньи видит в народном единстве единственно возможную почву для образования юридического обычая и последнее основание для обязательной силы обычая. Но, в отличие от Пухты, Савиньи полагает, что как центральная власть в государстве издает законы не всегда для всего государства, а иногда для отдельных местностей или для отдельных классов общества, так же точно и сознание народа может принять форму обычаев отдельных местностей, отдельных классов. Как законодательная власть не гнет всех своих подданных под одну и ту же мерку, а сообразуется с особенностями отдельных местностей и сословий, издавая для них различные законы, так же и народное сознание создает

для различных местностей и классов разнообразны нормы, которые и проявляются в виде разнообразных обычаев.

Однако и с такими поправками учение исторической школы не может быть принято. Прежде всего сам процесс развития правосознания в народе изображен у Савиньи неправильно: по его учению выходит, будто живущее в народе сознание права есть нечто от начала данное, будто первоначально сложились воззрения, общие всему народу, а потом уже на почве этих общенародных воззрений зародились и выросли обычаи сословные и местные. Между тем новейшими исследованиями выяснено, что как раз наоборот, обычаи частные, т. е. обычаи местные, сословные вырабатываются раньше, а потом уже из этих частных обычаев постепенно вырабатываются обычаи общие. Другая ошибка исторической школы заключается в том, что она приписывает обычаю характер исключительно национальный и выводит обязательную силу юридических обычаев только из того, что они выражают собою общие национальные воззрения. На самом деле существует множество юридических обычаев, которые вовсе не имеют национального характера: так, например, существуют обычаи церковные, международные, которые не служат выражением воззрений какой-либо национальности, а между тем — суть обычаи несомненно юридические.

Ошибка исторической школы заключалась в том неверном предположении, будто юридический обычай черпает свою обязательную силу в национальных воззрениях. На самом деле юридические обычаи вовсе не всегда выражают собою воззрения народа; но они всегда выражают собою воззрения, господствующие в какой-либо общественной группе, будь то сословие, местность, союз религиозный, каким является церковь, или, наконец, целая группа государств, находящихся между собою в международном общении. Обязательность юридического обычая точно так же, как и обязательность всех вообще норм позитивного права, непременно обуславливается тем, что за ним стоит тот или другой общественный авторитет.

Отношение обычного права к законодательству

Выяснив, таким образом, вопрос о сущности обычного права и об основаниях его обязательности, мы можем перейти теперь к вопросу об отношении обычного права к законодательству. Этот вопрос решается различно разными учеными в зависимости от тех или иных взглядов на происхождение права.

Когда господствовавшее до начала нынешнего столетия воззрение видело в законодательстве единственный источник права, единственную причину, образующую право, то обычное право просто-напросто игнорировалось. Против этого воззрения в начале XIX века, как мы уже знаем, восстала историческая школа: Савиньи и Пухта учили, что обычай есть не только вполне самостоятельная форма права, но и во всех

отношениях форма наиболее совершенная. По их мнению, юридический обычай заслуживает предпочтения перед другими источниками права, так как он служит самым точным и верным выражением народного правосознания. Такое пристрастие к обычному праву со стороны исторической школы вполне понятно и естественно. Оно объясняется указанными уже раньше политическими и научными тенденциями исторической школы. В политическом отношении историческая школа права представляла прямую реакцию против идей Французской революции. Мыслители революционной эпохи верили во всемогущество законодателя, в возможность пересоздания на началах разума всего существующего правового порядка. Историческая школа противопоставила этим воззрениям уважение к старине, к вековым преданиям и обычаям, унаследованным от предков. Юридический обычай, выражающий старые, веками установившиеся нормы, является наиболее консервативной формой права, и потому неудивительно, что историческая школа обратилась к нему как к самому надежному и могущественному противовесу революционным стремлениям, радикальной ломке в области права. Пристрастие сторонников исторической школы к обычному праву вытекало, однако, не только из их консервативных симпатий, но также из их научных тенденций. Если в XVIII веке господствующее течение в науке права носило на себе характер космополитический, то историческая школа, наоборот, является выразительницей националистических стремлений. По мнению Савиньи и Пухты, преимущество обычая перед законом заключается в том, что обычай, как непосредственное проявление народного творчества в области права, является самым лучшим отражением народных стремлений и потому оказывается наиболее верным средством к удовлетворению разнообразных потребностей народа, относительно коих законодатель очень часто бывает плохо осведомлен. Возникновение обычая всегда и непременно вызывается насущными потребностями народной жизни; закон же нередко служит выражением беспочвенных личных взглядов законодателя, его фантазии и произвола. Обычное право имеет еще то преимущество перед законом, что, будучи проявлением сознания самого народа, оно более, нежели закон, доступно пониманию народных масс и потому пользуется большим уважением со стороны народа. Вследствие всех этих преимуществ, по мнению Савиньи и Пухты, обычай должен играть преобладающую роль при создании правовых норм. Законодатель не должен изобретать каких-либо новых, не существовавших раньше норм; его главная и единственная задача заключается в том, чтобы собирать, приводить в систему и давать более точную формулировку тем нормам права, которые уже до него сложились в сознании народа и выразились в форме обычаев. Законодатель должен устранять противоречия, неизбежно встречающиеся в обычном праве, и давать точное, ясное выражение народно-правовым воззрениям. Только при таких условиях законодательство, по словам Савиньи, может быть действительно полезным.

Но законодательство ни при каких условиях не может охватить всего разнообразия человеческих отношений и потребностей. Как бы ни было совершенно и полно то или другое законодательство, как бы ни был широк охватываемый им круг явлений — все же, за невозможностью все предвидеть, останется множество фактов, не предусмотренных законом; всякий законодательный кодекс всегда будет заключать в себе пробелы, которые и будут заполняться обычным правом. Последний аргумент является, без сомнения, самым сильным, самым убедительным из всех доводов, которые приводят Савиньи и Пухта в пользу обычного права. Нетрудно, однако, убедиться, что, сопоставляя обычай и закон, эти мыслители преувеличили значение первого из них и умалили то значение, которое должно выпадать на долю последнего в странах, достигших известной ступени культурного развития. Совершенно справедливо утверждение, что обычное право необходимо для пополнения пробелов законодательства. Трудно представить себе такое время, когда будет выработан совершенный законодательный кодекс, который охватит собой всю совокупность правовых отношений и сделает вследствие этого обычное право излишним. Хотя, таким образом, есть основание предполагать, что обычай всегда будет служить дополнением закона, однако не следует забывать и того, что это — самая примитивная, самая архаическая и несовершенная форма права.

Недостатки воззрений на обычное право старой исторической школы были прекрасно выяснены Иерингом. Историческая школа смотрела на эпоху господства обычного права как на золотой век права, и в переходе от обычая к писаному законодательству видела, по выражению Иеринга, нечто вроде грехопадения права. Вопреки такому взгляду представителей старого историзма, Иеринг доказал, что замена обычая писаным законом является одним из важных завоеваний цивилизации. По его мнению, совершенство обычного права, о котором так много говорят Савиньи и Пухта, на самом деле мнимое, кажущееся. Совершенно верно, что отличительными чертами обычая является гибкость, способность легко приспосабливаться к условиям действительной жизни; но верно также и то, что черты, характеризующие закон, — твердость, определенность, точность и устойчивость — имеют для права несравненно более важное значение. Кроме того, в обычном праве господствует нередко величайшая путаница понятий: смешиваются понятия нравственные, религиозные и юридические. Проведение границы между правом и тем, что не есть право, приведение в ясность и систему юридических понятий составляет прогресс в области права, и этот прогресс является результатом деятельности законодателя. В обычном праве встречается нередко противоречие между отдельными нормами, вследствие чего иногда возникает спор о самом существовании той или иной нормы права. Закон устраняет противоречия в области права, полагает этим конец множеству споров и недоразумений; он ограничивает возможность произвола и колебаний в применении права. Словом, закон обеспечивает господство

в праве строгого и единообразного порядка. Исключительное господство обычая возможно только у народов, стоящих на низших ступенях культурного развития, когда общественный строй и отношения людей носят примитивный характер. Но по мере того, как общество развивается, — отношения людей и общественные потребности изменяются и усложняются, одного обычая оказывается недостаточно, и возникает потребность в писаном законодательстве. С дальнейшим прогрессом культуры значение обычного права все уменьшается, сфера его применения все суживается, тогда как задачи законодательства все расширяются. В большинстве современных культурных государств на долю обычая выпадает лишь скромная роль — пополнения пробелов законодательства.

Почти все законодательства допускают в большей или меньшей степени действие обычного права, хотя и в ограниченных пределах. В частности, наше русское законодательство не признает юридического обычая за самостоятельную форму права. Действие обычая допускается у нас только в виде исключения в тех случаях, когда применение местных обычаев дозволено законом (ст. 130 Уст. Гр. Судопр.). Ст. 107 Положения о крестьянах 19 февраля 1861 г. разрешает волостным судам решать тяжбы между крестьянами на основании местных обычаев; IV том нашего Свода разрешает кочующим инородцам управляться по собственным степным обычаям и законам и пр. Во всяком случае, несомненно, что у нас роль обычая гораздо значительнее, чем то можно думать на основании определений отечественного законодательства. Объясняется это существованием в нашем отечестве многочисленных общественных групп-сословий: мещан, крестьян и проч., инородческих племен и т. д., своеобразные бытовые особенности коих еще не вполне выяснены и потому не всегда в достаточной степени приняты во внимание законодательством. Вследствие этого наше законодательство имеет много пробелов, которые по необходимости заполняются обычным правом.

Закон

В отличие от обычая, под законом в обширном смысле слова обыкновенно подразумевают всякую норму права, созданную прямым предписанием государственной власти.

Такое официальное понимание закона, господствующее в юриспруденции, представляется, однако, слишком узким. Кроме государства есть множество других правовых авторитетов, могущих создавать и в действительности создающих законы. Так, например, законодательствовать могут группы государств, находящихся в международном общении: любой договор двух государств, например договор, устанавливающий торговые пошлины, является актом законодательства международного. Любой канон церкви есть акт церковного законодательства. Точно так же нормы, устанавливаемые обязательными постановлениями подчиненных

государству учреждений, например университетов, городских дум, земств, суть законы в обширном смысле слова.

Вообще законодательствовать в обширном смысле значит создавать путем прямого изъявления воли те или другие юридические нормы; всякий внешний авторитет, издающий нормы этим путем, является тем самым законодателем. *Законом* в обширном смысле поэтому должна быть признана всякая *юридическая норма, установленная прямым велением того или другого внешнего авторитета.*

Раз все источники позитивного права так или иначе сводятся к *внешнему авторитету*, всего правильнее брать за основание классификации этих источников *способы проявления* этого авторитета. Авторитет может создать правовые нормы или путем прямого, или же путем косвенного изъявления воли. В первом случае мы будем иметь *закон*, во втором случае — *прецедент* или *обычай*.

Каков бы ни был внешний правовой авторитет, норма, изданная его прямым предписанием, будет законом в обширном смысле. Такое понятие закона шире тех ходячих определений, которые обыкновенно даются в учебниках; но мы уже видели, что и самое понятие права шире того, что официально признается за право.

Под наше понятие закона в обширном смысле подойдут не только нормы, издаваемые официально признаваемыми учреждениями, обществами и союзами, но также и правила, издаваемые частными обществами, все равно легальными или нелегальными, и даже частными лицами.

Если какое-нибудь частное общество, например клуб, устанавливает обязательные для своих членов правила: о членском взносе, о приеме новых членов и т. п., это будут, несомненно, правила правовые, так как ими устанавливаются права и обязанности. Равным образом правовым будет целый ряд правил, издаваемых нелегальными обществами и союзами, например правила, определяющие права и обязанности общих собраний и исполнительных органов этих обществ. Точно так же правовое значение может иметь целый ряд правил, издаваемых частными лицами, например правила, разрешающие охоту во владениях того или другого помещика при условии денежного взноса, и т. п.

Несовершенство существующих классификаций правовых норм доказывается, между прочим, тем, что ряд подобных правил, несомненно устанавливающих права, совершенно не находят в них себе места: правила об охоте или о карточной игре в клубе, очевидно, не могут быть подведены ни под понятие обычая, ни под понятие прецедента. Их можно подвести только под *понятие закона в обширном смысле*; но для этого надо отрешиться от шаблонного, официального понимания этого термина.

В учебниках энциклопедии права говорится об "автономических статуатах" — правилах, издаваемых в пределах закона теми или другими подчиненными государству и узаконенными учреждениями или союзами; но правовые нормы, издаваемые союзами нелегальными или частными

лицами, очевидно, сюда не подходят. Преимущество предлагаемой нами классификации заключается именно в той широте, благодаря которой в ней находят себе место все без исключения позитивные нормы, устанавливающие права.

От закона в обширном смысле нужно отличить закон в тесном смысле, под которым следует разуметь норму, установленную высшим, в пределах каждой данной правовой организации, правовым авторитетом.

Веления, издаваемые различными правовыми авторитетами, обладают неодинаковой обязательной силой. Правовые авторитеты в человеческом обществе образуют иерархическую лестницу со множеством ступеней. Авторитет всякого общественного союза возвышается над авторитетом лиц, входящих в его состав; среди самих общественных союзов следует различать подчиненные и самостоятельные, верховные. Понятно, что авторитет органов власти, олицетворяющих эти союзы, не может быть одинаковым. Авторитет государственной власти больше, нежели авторитет местного провинциального собрания — Городской думы или земства. Авторитет Вселенского собора или Папы больше, нежели авторитет какого-нибудь местного собора той же католической церкви. Неодинаков и авторитет органов, действующих от имени каждого данного союза: например, авторитет Городской думы больше, нежели авторитет Городской управы. Авторитет парламента в конституционном или парламентарном государстве больше, нежели авторитет кабинета министров.

Законом в тесном смысле, как сказано, должна считаться правовая норма, установленная высшим авторитетом в этой лестнице, авторитетом верховным. В конституционном государстве это будет авторитет монарха в парламенте, в церкви это будет авторитет собора или Папы, в международных отношениях — авторитет конгресса или конференции. Законом в тесном смысле вообще может считаться только такая правовая норма, которая может быть отменена только авторитетом власти, ее издавшей, а не каким-нибудь высшим над нею авторитетом.

От законов в тесном смысле нужно отличать нормы, издаваемые органами власти подзаконными.

Сюда относятся прежде всего *правительственные распоряжения*.

Это различие имеет огромное практическое значение. Законы в тесном смысле выражают тот общий порядок государства, которому должны подчиняться все граждане, стало быть, и представители исполнительной власти. Поэтому правительственные распоряжения могут издаваться только в пределах, указанных законом, играя относительно последнего подчиненную роль, и получают обязательную силу только под условием непротиворечия их закону. В правительственных распоряжениях может заключаться разъяснение или дополнение к закону, но они ни в коем случае не могут отменять закона. Это различие между законами и правительственными распоряжениями имеет значение преимущественно в странах конституционных, где между властью законо-

дательной и правительственной проведена твердая граница. В монархиях неограниченных в высшей степени трудно провести резкую границу между законом и административным распоряжением, так как в этом случае и законодательная, и исполнительная власть сосредоточивается в одних руках — монарха-самодержца. В таких странах и закон, и распоряжение монарха имеют одинаковую обязательную силу.

Не то в государствах конституционных, где законодательная власть принадлежит парламенту, а исполнительная — кабинету министров, которые ответственны перед парламентом и подчиняются последнему в порядке надзора. В таких государствах между законами в тесном смысле и правительственными распоряжениями всегда могут быть проведены твердые, осязаемые границы. Все нормы, установленные парламентом, уже не могут быть изменены никакими предписаниями монарха, никакими распоряжениями министров, никакой другой властью, кроме самого парламента. Все власти подчиняются установленным законам и могут издавать распоряжения только в тех пределах, в каких предоставляется им это законодательной властью парламента. В этом точном разграничении законов и правительственных распоряжений заключается одна из самых прочных гарантий законности управления.

По степени важности и силы законы разделяются на *основные*, или конституционные, и простые, или *обыкновенные*. Основные законы суть те, которые определяют государственное устройство, т. е. устройство верховной власти и устройство тех органов, которым поручаются различные функции верховной власти, законодательство, суд и администрация. Кроме того, к числу основных законов относятся и все те нормы, которым законодатель придает особенно важное значение и желает сообщить им характер твердости и постоянства. Под законами обыкновенными разумеются все остальные законы, которые не относятся к разряду основных.

Понятно, что различие между основными и обыкновенными законами существует повсеместно, потому что во всех государствах существуют такие законы, которые определяют самые основы государственного устройства, образ правления и которые пользуются по сравнению с прочими законами большей важностью и силой. Но не во всех государствах это различие имеет одинаковую практическую важность и юридическое значение. Только там важно это различие, где существуют особые условия для издания основных законов или отмены их. Различие это имеет важное значение только в тех конституционных государствах, где издание основных законов обставлено особыми формальностями по сравнению с изданием простых законов.

По французской конституции 48 года для изменения основных законов республики требовалось большинство — 2/3 голосов в законодательном собрании, тогда как для обыкновенных законов — только простое большинство. Аналогичные условия существуют в Северо-Американских Соединенных Штатах, где предложение об изменении

основных законов получает ход только в случае, если оно заявлено 2/3 законодательных собраний отдельных штатов.

В тех странах, где не установлено особых условий для изменения основных законов, самое различие между основными и обыкновенными законами особого практического значения не имеет. У нас, в России, как известно, порядок издания основных законов отличается от обыкновенного законодательного порядка тем, что инициатива в пересмотре существующих и издании новых основных законов принадлежит *исключительно монарху*, тогда как по отношению к законам обыкновенным, кроме монарха, правом инициативы пользуются Государственная Дума и Государственный Совет.

Кроме этого деления законов, существуют еще деления, основанные на других признаках. Так, по пространству действия законы делятся на *общие и местные*.

Под общими законами понимаются такие, которые действуют на всем пространстве государственной территории, за исключением местностей, где действует местное право. Местные законы, напротив, охватывают только известную часть территории государства и вне своей области не имеют силы. Впрочем, различие между общими и местными законами отличается условным характером. Одни и те же законы могут быть, с одной стороны, местными, с другой — общими. Баварское земское право является местным по отношению к общему праву Германии и общим — по отношению, например, к городскому праву Мюнхена. Местные законы обладают преимущественно историческим характером и обусловлены размерами государственной территории и местными и бытовыми различиями ее составных частей.

По своему содержанию законы разделяются также на *общие и специальные*. Общие законы простираются на всех граждан данного государства без различия их состояния и обнимают все подлежащие им отношения. Законы специальные издаются для известного разряда лиц и специальных отношений, отличающихся особенными свойствами, которые не соответствуют общим нормам и требуют поэтому особых норм.

Эти законы вызываются разнообразием целей общественной жизни и издаются в тех случаях, когда общее правило не может быть приспособлено к индивидуальному случаю, а потому они сами по себе не преследуют исключительно интересы отдельных лиц и вовсе не являются результатом произвола. Специальные законы имеют в виду особенную природу известных отношений, которую они стремятся определить: таковы отношения мореходства, торговли, рабочего, военного класса и проч.

Независимо от этих разделений законов следует различать еще следующие, более частные виды законов.

Привилегии. Этим именем называются такие законы, которые устанавливают какие-либо преимущества в пользу какого-либо лица или разряда лиц. Предоставляя лицу известные положительные права (право

на изобретение), или освобождая его от определенного общего предписания (от налогов и других повинностей), привилегии в некоторых случаях оказываются необходимыми и составляют справедливое вознаграждение за общественные заслуги или общественные предприятия. Само собой разумеется, что раздача привилегий должна быть производима лишь с крайней осторожностью и только в случаях действительной необходимости, особенно в наше время, когда сознание равенства всех перед законом достигло высокой степени развития.

Законы *исключительные*, или чрезвычайные, назначаются для таких индивидуальных обстоятельств, при которых существующие законы оказываются или несоответственными государственным нуждам, или недостаточными. Такие законы вызываются уклонением известной части государства от спокойного подчинения законам: возникновением политических партий, угрожающих общественному или государственному порядку, особенными свойствами той или другой части населения, требующими усиленного надзора, и т. п. Несомненно, неуклонное соблюдение общих законов, насколько это возможно, всегда предпочтительнее, нежели установление чрезвычайных законов; на нем зиждется единство государственной жизни, равенство юридического положения граждан; благодаря ему предупреждаются недоразумения и неизбежные распри и неудовольствия. Однако иногда нет возможности обойтись без них; единство государственной жизни, сохранение общественного порядка в иных случаях требуют энергичных и решительных мер от законодательной власти и правительства. Но желательно, разумеется, чтобы прибегали к исключительным законам и удерживали их только в пределах настоятельной необходимости; во избежание злоупотреблений, нередко сопровождающих эти законы, в случае сомнения при их применении их следует толковать в ограничительном смысле.

Образование закона

Прежде чем получить окончательную формулу и обязательную силу, каждый закон должен пройти через четыре стадии: 1) *законодательная инициатива*, или почин; 2) *обсуждение закона*; 3) *утверждение закона* и 4) *обнародование закона*.

Эти четыре момента всегда имеют место во всех государствах независимо от того, какое где существует государственное устройство и форма правления. Ибо для возникновения закона нужно, чтобы кто-нибудь указал на жизненную потребность, которая вызывает тот или другой законопроект. Необходимо далее, прежде чем принять закон, подвергнуть его всестороннему обсуждению в законодательном учреждении, которому присвоено право обсуждать законы. Чтобы закон получил обязательную силу, он должен быть утвержден верховной властью. Наконец, для того чтобы он действовал, необходимо обнародовать его, довести его до сведения всех граждан. Весь вопрос заключается в том:

какие лица и учреждения играют деятельную роль в каждом из этих четырех моментов; кому принадлежит право законодательной инициативы, право обсуждения закона; какие лица или учреждения обладают правом утверждения закона или обнародования его? Вопрос этот не допускает общего решения; он разрешается различно в различных странах, смотря по тому, какая где существует форма государственного устройства. Рассмотрим каждый момент в отдельности.

1. *Законодательная инициатива, или почин.* Что законодательная инициатива, вследствие чего она возникает и кому принадлежит? Появление новых законов обусловливается непрерывным развитием потребностей общественной жизни. Положим, что появляется какое-нибудь новое преступление, какой-либо новый вид мошенничества, — это вызывает потребность в новых уголовных законах. Развитие земледельческого хозяйства, развитие фабрик и заводов вызывает появление рабочего и фабричного законодательства. Рост городов и сел вызывает потребность в законодательном упорядочении городского и сельского управления, потребность в строительном уставе и т. п. Вообще сама жизнь дает бесчисленное множество поводов для появления новых законов, и эти поводы носят название *occasio legis*.

Но мало того, что существует потребность в новых юридических нормах, — для возникновения закона нужно, чтобы кто-либо указал на необходимость нового законодательного акта, нужен законодательный почин, или инициатива. Законодательным почином, впрочем, не называется всякое заявление об общих нуждах, на которые нужно обратить внимание; под инициативой разумеется или заявление самого законодателя, или чье-либо официальное заявление, обращенное к законодателю, о необходимости издания нового закона или отмены старого. Когда мы встречаем в газетах заявления о необходимости расширить свободу печати или, наоборот, требования обуздать произвол печати, то такие заявления не имеют значения законодательной инициативы. Если же составляется докладная записка и в установленном порядке передается законодательной власти, то в таком случае мы имеем дело с официальным обращением к законодателю, которое носит название законодательной инициативы. Такая инициатива может исходить от частных лиц (частная инициатива) или от официальных лиц и учреждений (официальная или правительственная инициатива).

Понятно, что право частной инициативы в различных государствах неодинаково, в зависимости от государственного устройства каждой страны. В России при самодержавии она сводилась к праву подавать прошения на Высочайшее имя через комиссию прошений: в виде прошения можно было представить и законопроект. Фактически это право сводилось, разумеется, к нулю. Теперь, при "конституции", оно не больше.

Самым важным ограничением частной инициативы является у нас то, что частные лица лишены права подавать коллективные петиции как на Высочайшее имя, так и в Думу и в Государственный Совет.

Право подачи коллективных петиций предоставляется только дворянским собраниям, которые могут через губернского предводителя дворянства делать представления о своих пользах и нуждах — начальнику губернии, министру внутренних дел; в случаях нужды дворянство может обращаться с такими ходатайствами и непосредственно на Высочайшее имя. В государствах конституционных право коллективных петиций не обставлено такими ограничениями. Шире всего поставлено оно в Англии, где в парламенте принимают всякого рода коллективные петиции с тем только условием, чтобы они представлялись через кого-либо из членов парламента. Как частная, так и официальная инициатива поставлены неодинаково в различных государствах.

В этом отношении существует важное различие между законодательствами конституционных государств.

Во Франции по конституции 1852 г., созданной Наполеоном III, официальная инициатива принадлежала не законодательному собранию — парламенту, а только самому императору, который вносил в парламент собственные законопроекты.

В современной Англии, напротив, каждый член парламента может составить законопроект и внести его на обсуждение парламента; такими же правами обладают и министры. Напротив, в Америке официальная инициатива принадлежит только членам конгресса, а министры этим правом не пользуются. В нашем отечестве право официальной инициативы *во всей его полноте* принадлежит только Государю. Государственной Думе и Государственному Совету принадлежит право инициативы только относительно законов обыкновенных (ст. 65 Осн. Зак.), законы же основные могут быть пересмотрены только по предписанию монарха (Осн. Зак., ст. 8).

II. *Законодательное обсуждение.* Вторым важным моментом в процессе образования закона является законодательное обсуждение.

Обсуждение законопроекта бывает двоякого рода: во-первых, частное (устное или путем печати) и, во-вторых, официальное, которое производится теми государственными учреждениями, которым закон предоставляет право обсуждать законопроекты перед утверждением их законодательной властью.

Право частного обсуждения предоставляется гражданам в различных государствах не в одинаковой степени, в зависимости от той или другой формы правления. Вообще чем выше стоит страна в культурном отношении, тем шире в ней право граждан обсуждать проекты новых законов. В Англии, например, каждый гражданин свободен выражать свое мнение о законопроектах либо в печати, либо устно — на митингах и других общественных собраниях. Такое публичное обсуждение всех новых законопроектов приносит огромную пользу законодательству, так как дает возможность обратить внимание на все стороны предполагаемого закона, выяснить все потребности и нужды, которые должны быть приняты во внимание законодателем, и предотвратить все могущие встретиться

препятствия к исполнению закона. Благодаря такому всестороннему обсуждению законопроектов, и самое законодательство становится более всесторонним и гибким. Наоборот, в тех странах, где нет свободы слова, где право частного обсуждения стеснено, законодательство поневоле является односторонним и нередко идет вразрез с действительными потребностями жизни.

Право официального обсуждения принадлежит тем лицам или учреждениям, которым оно предоставлено основными законами государства. Право это определяется различно, в зависимости от государственного устройства каждой страны. Везде, однако, можно найти две формы или стадии официального обсуждения: во-первых, обсуждение правительственное, или предварительное и, во-вторых, — законодательное, или окончательное. Законопроект обсуждается сначала тем правительственным учреждением, которое его составляет и изготавляет: это — обсуждение предварительное. Затем проект нового закона вносится в то законодательное или законосовещательное собрание, которому принадлежит право окончательного обсуждения. В конституционных странах такими законодательными учреждениями являются собрания народных представителей, называемые парламентами. При этом конституционные законы устанавливают тот способ и порядок обсуждения, который обеспечивает осмотрительность решений собраний народных представителей. В большей части конституционных государств одной из важнейших гарантий всестороннего и внимательного обсуждения законов служит двухпалатная парламентская система. Парламент, устроенный по этой системе, состоит из двух палат — верхней и нижней. Всякий законопроект должен подвергнуться обсуждению и быть принятым обеими палатами, чтобы он мог быть представленным затем на утверждение главы государства. Какое важное значение имеет двухпалатная система, можно, например, видеть из одного факта недавнего прошлого: билль об ирландском самоуправлении, внесенный Гладстоном в английский парламент и принятый в трех чтениях палатой общин, был отвергнут верхней палатой и потому не мог получить силы закона. В тех странах, где нет двухпалатной системы, существуют какие-нибудь другие гарантии всестороннего обсуждения. Так, во Франции, где по конституции 1848 г. существовала только одна палата, согласно конституционному закону требовалось, чтобы законопроект, прежде чем быть представленным на обсуждение народных представителей, был подвергнут обсуждению в особом Государственном совете. Той же цели внимательного и осмотрительного обсуждения законопроектов служит сложная парламентская процедура, принятая во всех парламентах. В Англии, например, требуется тоекратное чтение билля, т. е. тоекратное обсуждение каждого законопроекта. Существенную часть всякой вообще законодательной процедуры составляет назначение специальных комиссий, на обязанности которых лежит детальное рассмотрение и изучение законопроекта и представление об этом доклада в законодательном собрании.

Такого рода комиссии имеют весьма важное значение потому, что от всех членов парламента нельзя требовать изучения всех деталей и исследования всех нужд и потребностей жизни, вызвавших необходимость появления нового закона. Комиссия, предварительно изучившая данный законопроект, может уже заранее предвидеть те возражения, которые могут быть выставлены против него; обсуждение может идти гораздо успешнее, если оно подготовлено трудами какой-либо специальной комиссии.

Другой гарантией правильного и успешного обсуждения законопроектов в парламентах являются нормы, устанавливающие порядок прений. Право слова принадлежит всем членам парламента без исключения, но оно подвергается некоторым ограничениям, в предупреждение возможности затягивать прения. В большинстве парламентов принято за общее правило, что никто по одному и тому же вопросу не может говорить более одного раза. В Северо-Американских Штатах никто из членов парламента не имеет права говорить более одного часа подряд. В Англии до недавнего времени не существовало никаких ограничений такого рода. Этим, однако, воспользовались в 80-х годах минувшего столетия ирландские депутаты в целях обструкции. Цель этой обструкции состояла в том, чтобы затягивать до бесконечности парламентские прения по каждому вопросу и сводить таким образом всю законодательную работу парламента на нет, до тех пор пока не будет поставлен на очередь и принят билль об ирландской автономии. Такое явление вызвало необходимость установить правила, ограничивающие свободу прений. Однако же на практике такие правила приводят иногда к нежелательным результатам, так как благодаря им многие части законопроектов остаются необсужденными. Так было, например, со знаменитым биллем об ирландской автономии (*Home rule bill*), многие важные стороны которого были оставлены в свое время без обсуждения.

В России право обсуждения законов принадлежит Государственной Думе и Государственному Совету. Каждый законопроект обязательно должен быть обсужден обоими этими учреждениями, причем он может быть вносим безразлично как в то, так и в другое. Законопроекты, отклоненные хотя бы одним из этих учреждений, не могут иметь силы закона и дальнейшего хода не получают. По 87 статье, в промежутке между двумя сессиями Думы законы в случаях, не терпящих отлагательства, могут быть издаваемы Высочайшими указами по обсуждению их в Совете Министров, с тем чтобы они вносились на утверждение Думы и Государственного Совета в ближайшую сессию. На практике это ведет к злоупотреблениям и дает возможность Совету Министров узурпировать функции законодательного учреждения.

III. *Утверждение закона.* Законопроект, прошедший законодательное обсуждение, вступает в третью стадию своего образования, т. е. восходит на утверждение главы государства. Утверждение превращает законопроект в закон. Право утверждения принадлежит в различных странах

разным лицам и не в одинаковом объеме, в зависимости от того, какое где существует государственное устройство. В Древней Греции, где народ управлял сам собой, право утверждения законопроектов непосредственно принадлежало самому народу. В современных республиках право утверждения принадлежит президентам, а в монархиях — государям. В конституционных монархиях и республиках глава государства и президент пользуются по отношению к принятым в парламентах законопроектам так называемым правом veto. Veto бывает двух родов: 1) абсолютное, или безусловное и 2) суспензивное, или отлагательное. Абсолютное veto включает в себе право главы государства безусловно отвергать законопроекты, принятые парламентом. Право это существует в большинстве конституционных монархий. Однако им пользуются обыкновенно с большой осмотрительностью, так как монарху приходится в этих случаях считаться с общественным мнением. Veto суспензивное, или отлагательное, существует, главным образом, в республиках и лишь в немногих монархиях. Отличие его от абсолютного veto состоит в том, что им не отвергается законопроект, а лишь отсрочивается на некоторое время превращение его в закон. Так, например, в Норвегии монарх имеет право наложить свое veto на законопроект, принятый палатой. Но если парламент настаивает на его утверждении и троекратно его принимает, то он, в конце концов, превращается в закон даже вопреки воле главы государства.

В России право утверждения закона принадлежит монарху, который может наложить на законопроект абсолютное veto.

IV. *Обнародование закона.* Законопроект становится обязательным для подданных с момента его обнародования. Существует общее правило, что никто не может отговариваться неведением закона. Это правило нашло себе выражение во всех современных законодательствах. Но раз никто не может отговариваться неведением закона, то о каждом законе должны знать те, к кому он относится. Законодатель может требовать исполнения закона лишь тогда, когда приняты меры, чтобы закон знали все граждане, т. е. когда он обнародован. Между утверждением и началом действия нового закона проходит иногда довольно продолжительный срок. Происходит это потому, что необходим известный срок для обнародования закона. Нельзя, например, предполагать закон известным всем гражданам на следующий день после его утверждения главой государства. Ввиду этого каждое законодательство устанавливает определенный срок, через который закон утвержденный вступает в силу и начинает действовать. В Бельгии, например, закон вступает в силу на 10 день после своего утверждения, в Австрии — на 45, во Франции для столицы — на другой день, а для всех прочих мест — в зависимости от расстояния от Парижа, причем срок увеличивается на один день с каждыми 95-ю верстами. В России публикует законы 1-й Департамент Сената. Он печатает новый закон в "Собрании узаконений и распоряжений Правительства", который затем рассылает в присутст-

венные места. Закон вступает в силу со дня получения его текста в "Собрании узаконений" в данном присутственном месте. Важнейшие законы обнародываются иногда путем провозглашения их на площадях и в церквях.

Кодификация

Всякое законоположение возникает по мере того, как сама жизнь ставит праву вопросы, требующие разрешения. Ввиду необозримого множества общественных потребностей каждое законодательство представляет такую же необозримую массу законов, возникших в разное время и по различным поводам. Это обилие законов чрезвычайно затрудняет знакомство с ними, что, в свою очередь, затрудняет возможность применять их в жизни. Для того чтобы облегчить как знакомство с законами, так и пользование ими, необходимо привести их в порядок, в известную систему. Возникая в различное время, в силу различных потребностей и под влиянием различных воззрений, законы часто оказываются противоречащими одни другим. Законодательные учреждения также не всегда руководствуются одинаковыми воззрениями, вследствие чего и законы, ими издаваемые, сплошь и рядом не гармонируют между собой. Отсюда возникает потребность в обработке, которая сводила бы существующие законы в одно целое и приводила их в порядок. Такая систематическая обработка действующего законодательства может совершаться или в виде *инкорпорации*, или в форме *кодификации*.

Инкорпорация представляет такую обработку законодательства, которая не вносит в нее никаких новых начал. Это — внешняя систематическая обработка действующих узаконений, которая облегчает пользование ими, располагает их в систематическом порядке, но оставляет без изменения их внутреннее содержание. Примером инкорпорации может служить русский *Свод законов*, представляющий собрание узаконений Российской империи в систематическом порядке, но без всякого изменения их существа.

Сборники законов, составленные посредством инкорпорации, называются сводами. Отличие их от уложения в том и состоит, что Свод заключает в себе чисто внешнюю систематическую обработку законов, тогда как Уложение представляет такой систематический сборник, в котором все приведено в полное согласие, и законы не только собраны, но и переработаны соответственно определенным началам, благодаря чему сборник составляет логическое целое. Кодификационная обработка может протираться на все законодательство или только на часть его. Под кодификацией разумеется такая обработка действующего права, которая не ограничивается приведением его в порядок, но вносит в него внутреннюю связь и единство. Собирая отдельные законодательные акты в систематическом порядке, инкорпорация не приводит их в согласие, не устраняет противоречий, если они существуют. Кодификация, напро-

тив, строит все законодательство на однородных началах, заботится о единстве и цельности его. Кодификатор не ограничивается собранием действующих законов, а из целой массы существующих законов он должен сделать выбор и отбросить все, что противоречит основаниям его системы. При кодификации приходится, с одной стороны, отбросить часть старых норм, с другой — создать целый ряд новых, и результатом кодификации является не свод, а уложение. В то время как инкорпорация только облекает в новую форму старый материал, — кодификация представляет в полном смысле слова новый законодательный акт. В нашем отечестве примером кодификации могут послужить знаменитые *Судебные Уставы императора Александра II*.

Определив отличительные черты обоих способов систематизации действующего законодательства, рассмотрим с этой точки зрения отечественное законодательство.

Кроме текущего "Собрания узаконений и распоряжений Правительства", издаваемого с 1863 г., у нас существует еще два сборника законов: 1) *Полное собрание законов*, содержащее все узаконения от Соборного Уложения царя Алексея Михайловича 1649 года до настоящего времени в хронологическом порядке, и 2) *Свод законов*, представляющий систематический сборник действующего законодательства. Как Полное собрание, так и Свод не представляют законченной картины русского законодательства, связанной с известным историческим моментом его развития, а служат, по выражению профессора Коркунова, как бы зеркалом, отражающим в себе последовательные изменения нашего законодательства. Еще в царствование Петра I и затем в течение XVIII и начале XIX столетия делались попытки составить взамен Уложения 1649 г. новый кодекс, но все они не привели ни к каким практическим результатам. Отказавшись от мысли составить новое Уложение, император Николай I решил ограничиться составлением сборника ранее изданных законов и поручил это дело М. М. Сперанскому.³⁰ Для облегчения этой трудной задачи необходимо было прежде всего собрать весь законодательный материал, накопившийся с 1649 г., и расположить его просто в хронологическом порядке. Этот труд, начатый под руководством Сперанского, не прерывается и в настоящее время, и все Собрание разделяется: на 1-е Собрание, обнимающее собой в 45 томах все узаконения с Уложения 1649 года до 12 декабря 1825 года (издано в 1830 г.). 2-е Собрание, заключающее в 55 томах законодательные акты царствований Николая I и Александра II от 12 декабря 1825 года до 28 февраля 1881 года. 3-е Собрание начинается со вступления на престол императора Александра III (1 марта 1881 года), и, хотя обнародование законов с 1863 года совершается в особом Собрании узаконений, составление Полного собрания решено тем не менее сохранить и на будущее время.

Собрание узаконений отличается от Полного собрания тем, что в первом законы печатаются в порядке их обнародования, а во втором — их утверждения. Для юриста, однако, большее практическое значение

имеет Собрание узаконений, ибо для него важно знать, когда закон вступил в силу, а не то, когда он утвержден.

Полное собрание, впрочем, имеет важное значение для истории, а в сомнительных случаях может служить наиболее достоверным источником для уразумения смысла, цели и объема каждого действующего закона.

Полное собрание послужило материалом для составления сборника действующих законов, каковым и является Свод законов. Последний отличается от Полного собрания, во-первых, тем, что содержит в себе не все законы, а только те, которые сохраняют обязательную силу; во-вторых, действующие законы включены в Свод не целиком, а в извлечениях, в форме статей, под которыми сделаны ссылки на узаконения, послужившие для них основанием; в-третьих, порядок расположения отдельных законодательных актов в Своде — не хронологический, а систематический. По плану Сперанского, которому принадлежало главное руководство в составлении Свода, в основание этой системы положено понятие о союзе государственном и гражданском, и сообразно с этим все законы разделяются на *государственные* и *гражданские*.

Государственные законы, с одной стороны, определяя существо государственного союза, с другой стороны — охраняя права, из него вытекающие, разделяются на *определятельные* и *охранительные*. Законы гражданские, кроме того, были разделены на две группы, из которых одна обнимала законы союзов семейственных и общие законы об имуществе, а другая заключала в себе особенные законы, устанавливавшие порядок действия имущественных прав в их отношении к кредиту (государственному и частному), к промышленности, к торговле и т. д. Но при соблюдении общей системы в целом Своде, в пределах каждой части отдельные статьи расположены не в систематическом порядке. Весь Свод распался на восемь главных частей, или отделов, размещенных в 15 томах.

1) *Законы основные*, определяющие существо верховной власти.

2) *Законы органические*, определяющие устройство органов этой власти.

3) *Законы правительственных сил*, определяющие способы действия этой власти.

4) *Законы о состояниях*, определяющие права и обязанности поданных по степени участия их в составе установлений и сил государственных.

5) *Законы гражданские и межевые*, обнимающие семейственные и общие имущественные отношения.

6) *Уставы государственного благоустройства*, обнимающие особенные имущественные отношения.

7) *Уставы благочиния* (законы полиции).

8) *Законы уголовные*.

После первого издания 1832 года было еще два полных издания Свода законов — 1842 и 1857 годов; отдельные же тома и даже отдельные уставы издавались и пополнялись неоднократно до самого последнего времени. В 1892 году был составлен XVI том, обнимающий судоустройство и судопроизводство, которым раньше не было отведено особого места в системе Свода.

В настоящее время Свод состоит из 16-ти томов в разновременных изданиях.

Содержание Свода по отдельным томам представляется в следующем порядке:

- Том I. ч. 1) Основные государственные законы.
ч. 2) Высшие государственные учреждения.
- Том II. Учреждения губернские и
местные управления
уездные
положение об инородцах.
- Том III. Устав о службе гражданской.
- Том IV. Уставы о повинностях.
- Том V. Уставы о налогах, пошлинах, акцизных сборах.
- Том VI. Устав монетный; устав горный.
- Том VII. Устав таможенный.
- Том VIII. ч. 1) Устав лесной и казенных оброчных статей.
ч. 2) Уставы счетные.
- Том IX. а) Законы о состояниях. б) Особое приложение, содержащее в себе Положение о крестьянах.
- Том X. ч. 1) Законы гражданские и положение о казенных порядках и поставках.
ч. 2) Законы межевые.
- Том XI. ч. 1) Устав духовных дел иностранных исповеданий, ученых учреждений и учебных заведений ведомства Министерства народного просвещения.
ч. 2) Уставы кредитный, вексельный, торговый, консульский, о промышленности.
- Том XII. ч. 1) Уставы путей сообщения, почтовый, телеграфный, строительный, взаимного страхования от огня.
ч. 2) Устав сельского хозяйства и найма рабочих; положение о трактирном промысле; устав о казенных селениях и колониях иностранцев.
- Том XIII. Уставы о народном продовольствии, общественном призрении; врачебный.
- Том XIV. Уставы о паспортах и беглых; о цензуре и печати; предупреждении и пресечении преступлений; о содержащихся под стражей и ссыльных.
- Том XV. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных; устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями.

Том XVI. ч. 1) Судебные уставы.

ч. 2) Учреждение местных судебных установлений прежнего устройства; законы о судопроизводстве.

Некоторые отрасли нашего законодательства не вошли в состав Свода законов; независимо от него у нас существуют своды и сборники законов местных и для специальных ведомств. Таковы: 1) *Свод военных постановлений*, изданный впервые в 1838 году, затем в 1859 году и, наконец, по измененной системе в 1869 году. 2) *Свод морских постановлений* 1896 года. 3) В Остзейском крае действует особый *Свод местных узаконений*, обнимающий: а) организацию местных учреждений, б) права состояния и в) законы гражданские. Первые две части вышли на русском и немецком языках в 1845 году, а третья, также на обоих языках, издана только в 1864 году. 4) В губерниях Царства Польского функционирует введенный там еще в 1808 году французский гражданский кодекс с некоторыми частными изменениями и дополнениями. В 1870 году сделан официальный русский перевод под заглавием: *Собрание гражданских законов губерний Царства Польского*. 5) Наконец, в Великом Княжестве Финляндском действует *Шведское уложение* 1734 года, изданное на русском языке и Высочайше утвержденное в 1824 году. Новые законодательные акты печатаются в "Сборнике Постановлений Великого Княжества Финляндского", издаваемом с 1808 года на шведском, а с 1869 года и на русском языке.

Административные распоряжения

Естественным и необходимым дополнением к закону являются административные распоряжения.

Закон не в состоянии предвидеть и исчерпать всех запросов человеческой жизни, всего бесконечного разнообразия человеческих потребностей. Человеческое общество находится в состоянии непрерывного развития; никакое законодательство не обладает достаточной гибкостью, чтобы быстро приспособляться ко всем изменениям человеческих отношений, и достаточной подвижностью, чтобы в ответ на всякую новую потребность тотчас создавать новую норму. Существующее законодательство представляет громоздкий и тяжелый аппарат; в его работе встречаются паузы, остановки. Уже из рассмотрения четырех стадий образования закона мы могли видеть, что появлению каждого закона на свет предшествует мучительный процесс рождения, особенно если при этом сталкиваются противоположные интересы и воззрения людей, стоящих у власти. Юридический обычай, восполняющий многие пробелы закона, большей частью развивается еще медленнее. Для образования его нужно многократное повторение однородных случаев, вызывающих применение одних и тех же решений. Назревая очень медленно, иногда в течение целых веков, правовой обычай поэтому бессилён поспевать за развитием новых отношений.

Пока совершаются предродовые потуги законодательства, предшествующие появлению закона, жизнь не ждет и предъявляет все новые и новые требования. Поэтому администрации часто приходится сталкиваться с казусами, которые не могут быть разрешены на основании действующего права и которые между тем требуют безотлагательного решения. Этим вызывается необходимость существования наряду с законом другой вспомогательной по отношению к нему формы права — административных распоряжений.

Мы уже говорили о различии между административным распоряжением и законом. Закон в тесном смысле издается такими учреждениями или лицами, которым принадлежит верховная власть в ее целом или часть верховной власти; административные же распоряжения имеют значение подчиненное и могут издаваться только в тех пределах, в каких это разрешается законом, причем они могут исходить и от подчиненных правительственных органов. Административные распоряжения создают, однако, очень важные нормы права. Не будучи в состоянии все предусмотреть и исчерпать всех сторон каких-либо сложных жизненных отношений, законодательство сплошь да рядом ограничивается предписанием общего свойства, предоставляя административной власти вырабатывать ряд правил, которые будут вызываться потребностями жизни.

Как широки могут быть рамки, предоставляемые деятельности административных органов власти, видно хотя бы из нашей университетской практики. Ст. 121 Университетского устава 1884 года обязывает студентов и посторонних слушателей соблюдать в здании университета порядок, установленный правилами, которые утверждаются министром народного просвещения. До восстановления университетской автономии весь быт студентов регулировался не столько статьями устава, сколько этими правилами. Особенно в неограниченных монархиях правительственные распоряжения имеют важное значение. В теории установлено общее правило, что правительственные распоряжения могут издаваться теми или другими органами правительственной власти только границах, установленных законом. Но на практике эти границы нередко нарушаются, в особенности в тех странах, где отсутствуют конституционные гарантии законности управления.

Судебная практика

Наряду с административными распоряжениями закон в тесном смысле дополняется нормами, создаваемыми судебной практикой. Суд есть инстанция, применяющая закон к казусам, встречающимся в действительности. Но в силу невозможности для законодателя предвидеть все разнообразие казусов, судебная практика поневоле не ограничивается одним только применением закона к случаям действительной жизни. В жизни общества встречаются случаи, законом не предусмотренные, и суд, разбирая такие случаи, призван играть творческую роль; он должен

разрешать всякие казусы и, сталкиваясь с новыми казусами, волей-неволей вынужден создавать для них новые нормы права. Правосудие так или иначе должно совершаться, поэтому во всех новейших законодательствах принято правило, что суд не может отказываться от решения спорного дела под предлогом неполноты или неясности закона. Если он отказывается вынести решение по какому-либо делу, то за этот отказ он ответствен, как за отказ в правосудии. Если суд сталкивается с казусом, для которого он не может найти соответствующего закона, он должен разрешить его, основываясь на общем разуме законов: не руководствуясь своими субъективными воззрениями, а так, как разрешил бы его сам законодатель. Он может воспользоваться законом, предусматривающим аналогичный случай; если же нельзя подыскать подобного закона, то суд в этом случае должен решить дело по духу действующего законодательства, руководствуясь намерениями и целями законодателя, которые нашли выражение в законодательстве как целом.

Одним словом, суд должен искать логического единства законодательства как целого и на основании этого разрешать казусы, встречающиеся в его практике.

Но редкое законодательство представляет собой стройное, логическое целое, так как оно слагается постепенно, и отдельные части его, созданные в разное время и под влиянием различных воззрений, нередко находятся в противоречии друг с другом. Может случиться даже, что тот или другой закон, взятый в отдельности, заключает в себе внутреннее противоречие; ибо сплошь да рядом отдельный акт законодательства является результатом компромисса противоположных воззрений. Чтобы, например, закон прошел в парламент, одна партия нередко принуждена делать уступки в пользу другой, и в таком случае закон, естественно, носит характер компромисса. В монархиях неограниченных текст закона нередко также является результатом компромисса между различными течениями в сферах придворных и бюрократических. Ввиду всего сказанного суду нередко приходится вносить логическое единство в такой законодательный материал, где его в действительности вовсе не оказывается.

Не ограничиваясь одним применением закона к соответствующим случаям, но дополняя существующее законодательство новыми и даже весьма существенными нормами, суд тем самым проявляет творческую деятельность. Отдельные решения суда далеко не всегда создают обязательные нормы не только для всех прочих судов, но и для суда, их формулировавшего. Иногда нормы создаются единичными судебными прецедентами, но чаще они приобретают обязательную силу, когда прецеденты повторяются, т. е. путем обычая. Поэтому некоторые ученые, как, например, Вахтер,³¹ Малышев,³² видят в них проявления обычного права. Против этих воззрений выступил с возражением профессор Коркунов. Судебная практика, по его мнению, занимает посредствующее место между обычаем, с одной стороны, и законом — с другой. Она

имеет много общего и с обычаем, и с законом. Между тем как обычай возникает и слагается бессознательно, нормы, вырабатываемые судебной практикой, возникают в силу сознательного стремления вносить поправки и дополнения в действующее законодательство. Другое возражение состоит в том, что обычай будто бы всегда создается обществом как целым или определенным общественным классом, сословием, без всякого участия государственной власти, тогда как судебная практика создается определенным государственным органом — судом. Это возражение неубедительно, так как органы власти, в особенности же суды, могут вырабатывать свои обычаи, имеющие несомненно юридическое значение; но во всяком случае судебная практика не может быть сведена к обычаю, ибо она может вырабатывать нормы права не только путем множественных, но и путем единичных прецедентов. Так или иначе, частью путем прецедента, частью путем обычая, судебная практика несомненно создает новые нормы в дополнение к закону и потому должна рассматриваться как самостоятельный источник права.

У нас в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права, но это значение было официально признано за ней лишь со времени издания *Судебных Уставов императора Александра II*. В них впервые предписывалось суду не останавливать решения под предлогом неясности, неполноты или противоречия существующих законов, а разрешать непредвиденные законом случаи на основании общего разума всего законодательства. В этом смысле составлены ст. 10 гражданского судопроизводства и ст. 13 уголовного судопроизводства.

В совершенно иное положение был поставлен дореформенный суд. Если суд по поводу спорного дела усматривал в законах неполноту или неясность, он должен был представлять его на усмотрение высшей инстанции. Таким образом, спорное дело странствовало из одного суда в другой, из одной инстанции в другую, пока не доходило до Государственного Совета, который полагал свое мнение и подносил его на *Высочайшее* утверждение. Нечего и говорить, что такой порядок был связан с бесконечной судебной волокитой: решение по тому или иному делу выносилось нередко через много лет после его возникновения. Уничтожение этой язвы старого судопроизводства было одним из великих благодеяний императора Александра II.

Так как деятельность суда есть деятельность отчасти творческая, то она должна находиться под сильным влиянием науки о праве, в особенности если суд сталкивается с пробелами в законодательстве. Суд восполняет эти пробелы, обращаясь к науке, посредством юридического мышления. На этом основании некоторые ученые считают науку о праве самостоятельным источником права, и сторонники исторической школы, придерживающейся такого мнения, считали сословие юристов выразителем живущего в народе правосознания. Невозможно согласиться с этим взглядом. Не подлежит, конечно, сомнению, что наука служит одной из главных причин развития права; но, с точки зрения данного

нами определения источников права, наука не есть источник права. Под источниками права должно разуметь те причины, которые сообщают нормам их обязательное значение; наука же о праве обязательной силы сообщить нормам не может, и те нормы, которые формирует наука, приобретают обязательное значение только тогда, когда входят в жизнь путем прецедента, обычая или закона.

Статуарное, или автономическое, право

В числе форм права, дополняющих закон в тесном смысле наряду с административными распоряжениями и судебной практикой, имеет чрезвычайно важное значение право статуарное, или автономическое, т. е. нормы, изданные самоуправляющимися общественными союзами и учреждениями.

Автономические статуты играют роль самостоятельных источников права вследствие невозможности для центральной законодательной власти обнять своими определениями всего разнообразия жизненных отношений. Центральные законодательные органы не могут предвидеть всех разнообразных местных потребностей: они не могут предвидеть, например, какие способы освещения и замощения улиц окажутся самыми удобными в данном городе; сколько школ и больниц нужно построить в том или ином уезде, чтобы удовлетворить потребность жителей; сколько дорог нужно провести в той или иной местности и какое их устройство будет наилучшим образом удовлетворять местные нужды.

Все такого рода местные пользы и нужды гораздо лучше известны местным жителям, чем центральным органам власти. Поэтому возникает необходимость устройства органов местного самоуправления, которые знали бы местные пользы и нужды. Таковы в нашем отечестве земства и городские думы. Кроме местных нужд и потребностей, существует целый ряд специальных общественных и государственных потребностей, которые могут быть лучше удовлетворены посредством деятельности автономных учреждений. Так, например, все университетские уставы предоставляют университетам в той или иной мере некоторые автономические права. Центральная власть, не будучи в состоянии предусмотреть всех нужд и потребностей университетского быта, предоставляет самому университету право издавать некоторые обязательные постановления, нормирующие университетскую жизнь. В настоящее время "временные правила" 1905 года предоставляют нам широкую автономию; но даже и раньше, при действии устава 1884 года, стеснявшего до крайности университетскую автономию, за факультетами и Советом сохранялось право издавать некоторые автономные постановления. Под правом статуарным, или автономическим, понимается, таким образом, право различных общественных союзов и учреждений, преследующих общественные или государственные цели, издавать постановления, обязательные как для членов этих союзов, так и для посторонних лиц,

поскольку они соприкасаются с ними. По отношению к законам государственным статуарное право имеет подчиненное значение. Обязательные постановления могут издаваться только теми союзами и учреждениями, которые уполномочены на это законом, и лишь в определенных, установленных законодателем границах.

Автономический статут может только пополнять, но никак не изменять или отменять существующие законы. Такие же автономические постановления, которые противоречат законам, не имеют обязательного значения.

Автономическое право существует во всех цивилизованных государствах. Но наибольшего своего развития оно достигает в наиболее культурных странах. Чем выше уровень культурного развития народа, тем шире могут быть автономные права, предоставляемые органам местного самоуправления, так как для успешности деятельности самоуправления необходимо некоторое умственное развитие населения, понимание своих собственных интересов и потребностей.

Применение правовых норм. Критика

Чтобы закончить отдел о праве в объективном смысле, нам остается познакомиться с применением права. Чтобы применять право, нужно сначала знать, в чем состоят нормы права, регулирующие в каждом данном случае человеческие отношения. Нужно знать, в чем заключается право и в чем неправое, — а это можно узнать с помощью критики источников права. Критика источников права бывает двоякая: *высшая* и *низшая*. Задача так называемой *высшей* критики состоит в том, чтобы определить подлинность существования нормы права. Низшая критика занимается установлением точного текста закона. Задача высшей критики бывает особенно сложна в тех случаях, когда приходится иметь дело с вопросом о существовании нормы права обычного. Как мы видели выше, существует множество обычаев общегосударственных, сословных, местных и племенных. В России обычаи великороссов разнятся от обычаев белорусов, а обычаи этих и последних резко отличаются от обычаев литовских; различные сословия — мещане, крестьяне, купцы — имеют каждое свои особые обычаи.

Разобраться во всем этом разнообразии обычаев и установить подлинную норму обычного права является задачей далеко не легкой. Такого рода затруднения дают себя в особенности чувствовать в тех случаях, когда возникает спор о праве, причем спорящие основываются на нормах обычного права. Если такой спор доходит до суда, то задача последнего становится весьма трудной. Суд не может, да и не обязан знать всего разнообразия норм обычного права; но тем не менее ему приходится считаться с народными обычаями. Спрашивается: как же суд может удостовериться в существовании той или иной нормы права?

Эта задача на практике разрешается тем, что стороны сами указывают на существование нормы права, причем на обязанности сторон

лежит доказать свое утверждение. Доказательства подлинности норм обычного права бывают самые разнообразные, и их нельзя втиснуть в определенные рамки. Суд может убедиться в существовании такой нормы из надежных свидетельских показаний, из прежних судебных приговоров, наконец, из сборников обычного права, изданных частными лицами. Вообще суд может убедиться в подлинности нормы, если стороны докажут, что тот или другой обычай применялся в течение долгого времени. Впрочем, суд не обязан пользоваться только теми доказательствами, которые приводят спорящие стороны. Он может по собственной инициативе привлечь новых свидетелей, обратиться к опросу более или менее широких слоев местного населения и т. п. На основании показаний сторон и других имеющихся в его распоряжении сведений суд должен произвести критику: полученные указанными путями данные нуждаются в тщательной проверке. Даже прежние приговоры суда не всегда могут служить надежным доказательством. Приговоры наших волостных судов, например, часто обуславливаются влиянием какого-нибудь местного грамотея, волостного писаря, который сам, в свою очередь, может находиться под влиянием особого почтения, оказанного ему кем-либо из тяжущихся. Поэтому к этим приговорам следует относиться критически.

Сравнительно легче убедиться в существовании закона, который должен быть применен к данному случаю. Однако же это не всегда так легко, как можно подумать с первого раза. И в этом случае для высшей критики остается известный простор. В особенности это касается тех стран, где между властью законодательной и властью учредительной проведена резкая граница. Например, в Америке законодатель не вправе издавать обыкновенных законов, которые противоречили бы основным законам государства. Если законодатель издаст закон, несогласный с конституцией, суд обязан отказать в его применении. Поэтому на судьбе в Америке лежит обязанность, прежде чем применить закон, рассмотреть, соответствует ли этот закон конституции.

Впрочем, высшая критика находит некоторое поле для своего применения и в таких государствах, где проведено различие между законодательной и учредительной властью. Тут она иногда может иметь место даже в отношении к официальным изданиям законов, так как в официальных сборниках сплошь да рядом встречаются ошибки; легко может случиться, например, что вследствие недосмотра закон не попал в сборник или не напечатан в нем полностью, или, наконец, сам текст закона подвергся искажению. Ввиду всего этого ни в одном государстве не представляется возможности обойтись без высшей критики.

По отношению к юридическим нормам, установленным судебной практикой, правительственными распоряжениями или автономическими статутами, высшая критика имеет еще большее значение. Правительственные органы, судебные установления и автономные общественные союзы могут действовать только в пределах, указанных им законом, и

не могут издавать постановлений в отмену действующих законов. Вследствие этого всякая инстанция, применяющая эти постановления, должна предварительно рассмотреть, не противоречат ли они существующим узаконениям.

Толкование закона

Для применения права недостаточно удостовериться в существовании юридической нормы. Кроме того, нужно установить точный смысл той нормы, которую требуется применить. Для уяснения точного смысла каждой данной нормы подвергается грамматическому анализу тот текст, из которого мы знаем о ее существовании. Если дело идет о законах, то анализу должен подвергаться их текст. Для правильного толкования смысла закона необходимо тщательное знакомство с языком законодателя. Этот язык может значительно отличаться от нашего современного языка, в нем могут встречаться характерные грамматические ошибки. При толковании закона должно быть обращено внимание на способ выражения законодателя и даже на его ошибки.

Толкование закона не ограничивается, однако, одним грамматическим анализом. Задача толкования состоит в уяснении внутреннего смысла законоположений. Такое толкование, которое не идет дальше буквы закона, в высшей степени опасно и может повести к многочисленным злоупотреблениям. Выяснение духа закона, намерений и целей, имевшихся в виду законодателем, — вот истинная цель и основная задача всякого толкования. Сопоставляя два приема, употребляемых при толковании юридических норм, — грамматический анализ и выяснение логического смысла — некоторые энциклопедисты, например Ренненкампф, различают два вида толкований: грамматическое и логическое.

Вряд ли, однако, такое разделение может быть признано состоятельным. В самом деле, грамматическое толкование не может быть не логическим: оно должно также сообразоваться с законами логики; точно так же и логическое толкование возможно лишь при установлении грамматического смысла каждого законоположения. Поэтому не может быть речи о двух различных видах толкования, а может быть только речь о двух приемах, употребляемых при толковании.

Некоторые ученые различают два других вида толкования: систематическое и историческое. Но и относительно этих последних нетрудно убедиться, что это опять-таки не более как различные приемы толкования, разные стороны одного и того же толкования, которые не следует противопоставлять друг другу как отдельные и самостоятельные его виды. Каждый закон должен рассматриваться в связи со всей системой законоположений, как частное проявление тех общих идей и намерений законодателя, которые нашли свое воплощение в целой системе законодательства. Сопоставление отдельного закона с другими законами необходимо для уяснения истинного его смысла. Так, например, в ст. 100

Университетского устава 1884 года говорится, что на должность профессора назначаются лица, удовлетворяющие условиям, указанным в ст. 99. Таким образом, всякий, кто хочет понять смысл ст. 100, должен познакомиться со ст. 99.

Основываясь на такого рода случаях, некоторые ученые говорят о существовании особого вида толкования — *систематического*. Очевидно, однако, что систематическое толкование состоит в восстановлении логического смысла данного закона, и поэтому оно не может быть противоположаемо толкованию логическому. То же можно сказать относительно так называемого *исторического* толкования. Чтобы уяснить себе истинный смысл какого-нибудь законоположения, часто бывает необходимо познакомиться с происхождением его, вникнуть в потребности, вызвавшие его появление. Только вникнув в природу тех отношений, которые нормировал законодатель, мы можем понять истинные его намерения. Поэтому истинным может быть такое толкование закона, которое принимает во внимание социальные потребности, конкретные поводы, вызвавшие появление закона. Законы в огромном большинстве случаев развивают мысли, нашедшие себе выражение в существовавших раньше нормах; вносят частные поправки и изменения в прежние законы. Даже законы, выражающие совершенно новые мысли, иногда могут быть как следует поняты только при условии сопоставления их с теми законами, которые они призваны заменить. Для полного понимания закона нередко оказывается необходимым проследить процесс его возникновения и развития. Отсюда ясно, какое важное значение в деле правильного понимания и толкования прав имеет историческое изучение юридических норм.

Основываясь на таком важном значении исторического изучения при толковании правовых норм, энциклопедисты признают его за особый вид толкования. В действительности же, однако, мы и здесь имеем дело лишь с особым приемом логического толкования. Всякое истолкование закона должно быть прежде всего логическим, но приемы его могут быть различны: грамматический анализ, сопоставление закона с целой системой законодательства и историческое изучение закона в связи с предшествовавшими законами. Все это не более как различные способы логического толкования, взаимно восполняющие друг друга.

Выше было указано, что буквальное толкование закона часто приводит к пониманию его, не соответствующему намерениям законодателя, неясно или неточно выразившего свою мысль. Истинное толкование поэтому должно обращать внимание и исправлять редакционные ошибки, руководствуясь общим духом закона, той мыслью, которая при ее составлении имела в виду законодатель.

Недостатки редакции, которые исправляет толкование, бывают двоякого рода. Может случиться, что законодатель сказал больше или меньше того, что хотел сказать. В первом случае, когда законодатель выразился слишком обще, должно применять ограничительное толко-

вание (*interpretatio restrictiva*); во втором, когда законодатель выразился слишком сжато, должно иметь место толкование распространительное (*interpretatio extensiva*).

Допустим, например, что законодатель назвал только мужчин в законе, который, очевидно, должен касаться граждан обоего пола, или, например, в законе, который одинаково должен относиться ко всем слушателям университета, законодатель упомянул лишь о студентах и забыл о вольнослушателях. Во всех случаях такого рода должно быть применено распространительное толкование.

Ограничительное толкование имеет место в тех случаях, когда словесные выражения законодателя захватили большее число случаев, нежели то, которое он имел в виду. Примером может служить существующий у нас закон, согласно которому в Академию Генерального штаба не принимаются офицеры, не женатые на католичках. Однажды возникло затруднение по поводу принятия в Академию офицера, женатого на черкешенке католического исповедания. Ввиду того, что законодатель, очевидно, имел в виду лишь полек, закону дано было ограничительное толкование, и офицер был, в конце концов, принят.

Кроме указанных уже делений толкования по его приемам, некоторые различают еще два вида толкования, смотря по тому, кто является субъектом толкования. То толкование, которое совершается лицами, применяющими закон, и сила которого зависит от его правильности, называется *доктринальным*. То же толкование, которое устанавливается обычаем или законодательством, называется *легальным*. Легальное толкование, основанное на обычае, называется, кроме того, *узуальным*, а основанное на законе — *аутентическим*. Такое деление, однако, не правильно. Как доказал Савиньи, названия толкования заслуживает собственно только толкование доктринальное. Толкование же узуальное есть не что иное, как норма обычного права, дополняющая закон; аутентическое же толкование есть просто новый закон: понятно, что толкование, исходящее от законодателя, имеет обязательную силу, совершенно одинаковую с толкуемым законом.

Аналогия

К толкованию закона некоторые ученые причисляют так называемую *аналогию*. Другие утверждают, что аналогия не есть толкование нормы, раньше существовавшей, а представляет создание новой нормы права. Чтобы решить этот вопрос, рассмотрим сущность аналогии и случаи ее применения. Необходимость ее обусловлена существованием многих случаев, которые ни обычаем, ни законом не предусмотрены, а тем не менее подлежат рассмотрению суда. Считается общепризнанным правилом, что суд не может отказаться от решения под предлогом неясности, неполноты или противоречия закона. Когда в судебной практике попа-

дается казус, законом не предусмотренный, то суд может подыскать такой закон, который предусматривает случай, аналогичный с данным. Если же такого закона не оказывается, то суд обязан рассмотреть спорный вопрос по духу всего действующего законодательства на основании общего разума его. В первом случае будет иметь место *аналогия закона*; во втором случае, когда решение постановляется на основании общего разума всего законодательства, — *аналогия права*. Исходя из такого объяснения сущности аналогии, мы уже можем решить спор о том, представляет ли она толкование закона или же она составляет такой творческий акт, коим создается новая норма права. В этом споре обе стороны должны быть признаны до известной степени правыми и неправыми. Очевидно, что когда суд для разрешения казуса, который не был предвиден законом, подыскивает закон аналогический, то он не создает тем самым новой нормы права; тут будет иметь место распространение раньше действовавшей юридической нормы на случай, о котором в тексте закона не упоминается. Иное дело, когда за отсутствием подходящей нормы спорный вопрос разрешается на основании общего разума всего законодательства. В последнем случае приходится создавать новую норму, до того времени не существовавшую. Стало быть, интересующий нас спор может быть решен в том смысле, что аналогия закона есть толкование, известный способ применения старого закона к новому случаю, а аналогия права представляет творческий акт, создающий новую норму.

Юридическим основанием аналогии служит то положение, что к отношениям аналогическим должны применяться и одинаковые нормы. Вот почему закон может применяться по аналогии к случаям, сходным с теми, которые он предусматривает. Главное затруднение заключается в том, что двух случаев, абсолютно сходных в действительной жизни, не встречается; поэтому, когда приходится разрешать случай, законом прямо не предусмотренный, то трудно подыскать закон, который бы предусматривал случай, совершенно сходный с данным. Для применения аналогии нужен случай, сходный с данным, по крайней мере, в некоторых существенных признаках, в типических чертах. Так, юридические сделки, каковы покупка, обмен, наем, различные во многих отношениях, сходны в одном общем и существенном признаке: во всех этих сделках одна сторона за известное вознаграждение должна доставить другой определенные материальные выгоды. На этом основании возможно некоторые постановления законодательства относительно одних сделок распространить и на другие сделки того же рода.

Аналогия закона, следовательно, имеет сходство с распространительным толкованием его: как распространительное толкование, так и аналогия закона извлекают из него более, нежели заключается в самой букве закона, но различие тут заключается в том, что при распространительном толковании исправляются несовершенства словесной редакции закона; при аналогии же этим не ограничиваются, но дополняют

и расширяют сам смысл закона, руководствуясь общими намерениями и целями законодателя, которые выразились как в данном отдельном законе, так и во всей системе законодательства.

Выяснив сущность аналогии, нам остается сказать о пределах ее применения.

По аналогии не могут применяться те законы, которые устанавливают порядок исключительный. Например, местные законы, созданные в зависимости от бытовых и исторических особенностей данной местности, невозможно распространять на другие области или на всю государственную территорию. Не может быть применяема аналогия и к законам, устанавливающим привилегии. Точно так же вообще не может быть применяема она и в уголовном праве в силу того правила, что никакое деяние, не предусмотренное законом, наказанию не подлежит (*nulla poena sine lege*), ибо применение аналогии в таком случае повело бы к тому, что наказывались бы такие деяния, которые законом не воспрещаются.

Как все виды толкования закона вообще, аналогия находит себе широкое применение в праве вследствие недостатков и пробелов действующего законодательства, в особенности же вследствие того, что законодательство не может поспеть за бесперывным развитием жизни. Несмотря на то, что законодательство, таким образом, отстает от жизни и толкование закона является необходимостью, многие законодательства до недавнего времени принципиально, враждебно относились не только к аналогии, но и к толкованию законов вообще, настаивая на необходимости буквального применения закона. Это происходило вследствие того, что существовало когда-то очень распространенное ложное мнение, будто толкование закона есть не что иное, как обход его.

Такое убеждение господствовало и в нашем отечественном законодательстве в дореформенное время. Ст. 65 прежних Осн. Зак. предписывала *всем властям, не исключая и высших правительственных мест, утверждать свои определения на точных словах закона, не переменив в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований*. Однако же ст. 749 т. II Св. Зак. запрещает испрашивать "указа на указ", т. е. испрашивать высочайшего толкования неясного закона, кроме крайних случаев. Таким образом, в отношении нашего дореформенного законодательства к толкованию закона замечалось полное противоречие: с одной стороны, запрещалось всякое толкование законов; с другой стороны, подчиненные органы вынуждены были обращаться к толкованию, так как нельзя было испрашивать "указа на указ".

Судебные уставы императора Александра II устранили недостаток нашего дореформенного законодательства. Ст. 9 уст. Гражданского судопроизводства и ст. 12 Уголовного судопроизводства вменили в обязанность судебным учреждениям основывать решения на точном разуме существующих законов, а в случае их неполноты, неясности или про-

творения суд должен основывать решение на общем смысле законов. Таким образом, в настоящее время у нас сам законодатель признает за судом не только право, но и обязанность толковать закон. Суд, который отказывает в приговоре под каким бы то ни было предлогом, подвергается ответственности, как за отказ от правосудия.

Предоставляя судам такую свободу толкования, современные законодательства озабочены тем, чтобы она не нарушала равенства и единообразия в правосудии на всем протяжении государства. С этой целью в современных цивилизованных государствах учреждены кассационные суды, которые следят за единообразным толкованием и применением закона прочими судами на протяжении всей государственной территории. Они рассматривают жалобы на приговоры отдельных судебных мест и отменяют их решения, если обнаружится неправильность в толковании или нарушении закона. Такой порядок существует, например, во Франции и у нас. В нашем отечестве за единообразием в правосудии следит Правительствующий Сенат. Все кассационные решения Сената публикуются во всеобщее сведение и служат руководством для деятельности судов на будущее время. Однако обязательное значение эти решения имеют только по тем делам, по которым они поставлены; для дел же аналогичных, не рассмотренных Сенатом, они безусловно обязательной силы не имеют.

Действие закона

Для применения закона важно выяснить те пределы, в каких он действует. Всякий закон действует в пределах места, времени и распространяется на определенный круг лиц. Нет такого закона, который бы существовал вечно, распространялся на весь мир и был бы обязателен для всех лиц независимо от того, к какому государству они принадлежат. Поэтому имеет большое значение вопрос о пределах действия закона вообще. Этот общий вопрос распадается на три части: 1) о действии закона в пределах времени, 2) в пределах места и 3) в отношении к лицам.

Всякий закон становится обязательным только с того времени, как он опубликован во всеобщее сведение. Но действие его не может простирается на факты и деяния, предшествовавшие времени его обнародования. Действие его простирается только на будущее время, и юридические отношения, сложившиеся при старых законах, должны быть рассматриваемы на основании прежних законов, иначе говоря: *lex ad praeteritum non valet* — закон не имеет обратной силы.

Правило это имеет следующие основания: закон требует безусловного повиновения; но человек только в том случае может повиноваться ему, если он знает требования закона и если ему известно, какие последствия повлечет за собой то или другое его противозаконное действие. Каждый гражданин должен быть уверен, что всякое действие его по-

влечет за собой известные последствия, которые он во всяком случае может предвидеть. Где этой уверенности нет, там нет законного порядка, там царствует произвол.

Правило о необратном действии закона служит гарантией личной свободы против произвола законодателя. Если бы уголовный закон имел обратное действие, то каждый гражданин, совершая сегодня деяние дозволенное, не мог бы быть уверен, что завтра это деяние не повлечет за собой наказания на основании нового закона, его воспрещающего. Не менее вредное влияние имело бы обратное действие закона и в сфере гражданского права. Положим, например, что новый закон требует непременно условием приобретения недвижимого имущества, ввод во владение. Распространять действие этого правила на недвижимые имущества, приобретенные ранее появления нового закона, значило бы упразднить на время всякую собственность на недвижимое имущество.

Стало быть, правило о необратном действии закона необходимо для того, чтобы обеспечить неприкосновенность личности и ее законно приобретенных прав. С одной стороны, им обеспечивается ненаказуемость тех деяний, которые во время их совершения законом не воспрещены, а с другой стороны — уверенность, что гражданин спокойно может пользоваться той свободой, которую закон ему предоставляет. Правило это обуславливается, во-первых, элементарным требованием справедливости, чтобы закон не подвергал людей невыгодным последствиям за совершение ими деяний дозволенных; во-вторых, оно необходимо в интересах самого государства. Обратное действие закона создавало бы в обществе ту неуверенность в завтрашнем дне, которая служит источником опасных смут и брожений. Граждане не могут относиться с уважением к закону, который, предписывая или дозволяя тот или другой образ действий, подвергает их риску поплатиться со временем за то, что они сообразовались с его предписаниями.

В интересах самого государства необходимо, чтобы новый закон не поражал *законно приобретенных прав* личности. Поэтому новый закон, который в чем-либо уменьшает права отдельных лиц, обратного действия иметь не может. Напротив, такой закон, который не поражает каких-либо личных прав и не влечет для лиц невыгодных последствий, может иметь обратное действие. Например, новый закон, определяющий за преступление более легкое наказание, чем прежний закон, может применяться и к преступлениям, совершенным до его издания. Такое исключение из правила о необратном действии закона допускается на том основании, что смягчение не ограничивает личных прав, ограничивая, напротив, карательную власть государства. По той же причине могут и даже должны иметь обратное действие законы, изменяющие формы судопроизводства. Всякое улучшение в уголовном судопроизводстве гарантирует безопасность личности против несправедливых уголовных преследований, обеспечивает интересы личности. Например, введение суда присяжных вместо суда коронного отнюдь не суживает прав

подсудимых: напротив, суд присяжных более обеспечивает справедливость и беспристрастие судебных решений, чем суд коронный, который находится и в большей зависимости от правительства, и более доступен внешним влияниям. Поэтому, закон, устанавливающий более совершенные формы судопроизводства, должен применяться и к тем делам, которые возникли до его издания. Вообще, когда государство признает недостаточность той или другой формы судопроизводства для отыскания истины, то на обязанности его лежит применить новые формы судопроизводства ко всем делам независимо от того, когда они возникли. Правило это, очевидно, должно применяться как в уголовном, так и в гражданском судопроизводстве.

Вообще правило о необратном действии закона подлежит некоторым ограничениям. Наиболее широкое применение оно находит в праве частном, гражданском, но и здесь оно должно подвергнуться ряду ограничений. Те изменения, которые может вносить закон в гражданское право, бывают двоякого рода: 1) закон оставляет совершенно неприкосновенным тот или другой институт гражданского права, но изменяет сам способ приобретения частных прав, основанных на этом институте; оставляя, например, без изменения институт наследства, закон может изменить порядок наследования; 2) наконец, закон может уничтожить целый институт права, например крепостное право.

Если закон изменяет порядок приобретения прав, то такой закон обратного действия не имеет. Положим, что старый закон устранял от наследования женщин, тогда как новый закон распространяет это право и на них. В таком случае, если наследство уже разделено на основании старого закона между сыновьями, то дочери уже не имеют права требовать какой-либо доли наследства; прав сыновей новый закон не поражает, ибо права их уже приобретены.

Или положим, например, что возникло долговое обязательство, в силу которого должник обязан платить 6 — 8%, а после появится закон, воспрещающий взимать более 5%. В этом случае, если срок векселя истек при старом законе, кредитор сохраняет свое право. Но права, находящиеся в процессе образования, еще не вполне сложившиеся, подчиняются новым законам. Положим, составлено завещание, оставляющее все имущество сыновьям; но выходит закон, вменяющий в обязанность завещателю оставлять часть имущества и дочерям. В таком случае, если в момент обнаружения закона завещатель еще жив, завещание оказывается недействительным; если же наследодатель умер раньше издания нового закона, то завещание должно признаваться действительным.

Обратимся к тем законам, которые отменяют целые институты гражданского права. С момента появления закона, отменяющего какой-нибудь институт гражданского права, уничтожаются и все права, основанные на этом институте, а потому можно сказать, что законы в таком случае имеют обратное действие. Таковым является знаменитое *Положение о крестьянах 19 февраля*.

Подобное исключение вполне понятно. Раз уничтожается целый институт права, признаваемый безнравственным, не соответствующим правосознанию общества, то все последствия его должны исчезнуть. Однако возникает вопрос: не должно ли государство в подобных случаях вознаграждать обладателей упраздненных прав? Вопрос этот представляется спорным в юриспруденции. Известный юрист Шталь,³³ например, является сторонником вознаграждения прежних владельцев. По мнению Штала, те институты гражданского права, которые не соответствуют требованиям общего блага, должны быть упразднены; но лица, теряющие вместе с уничтожением института основанные на нем права, должны быть вознаграждены как в интересах справедливости, так и в интересах общественного спокойствия. Против этих взглядов выступил Фердинанд Лассаль,³⁴ который утверждал в своем сочинении "Система приобретенных прав", что нельзя принять права на вознаграждение там, где само содержание отмененного института признано противным нравственности. Признать это право значило бы признавать за отдельными лицами право облагать налогом народный дух за его развитие. У нас, в России, помещик не получил никакого вознаграждения за освобождение крестьян, и это было вполне понятно и справедливо: назначая вознаграждение, законодатель тем самым признал бы крестьянина за экономическую ценность, которая может быть заменена соответствующей денежной суммой. Напротив, за землю, отчуждаемую у помещиков для крестьян, было назначено определенное вознаграждение, и это было опять-таки справедливо, так как земля действительно составляет хозяйственную ценность, за отнятие которой прежние владельцы должны быть вознаграждены. Вообще, правило о необратном действии закона имеет в виду гарантировать неприкосновенность приобретенных частных прав; исключения же из этого правила объясняются тем, что частные права вообще должны уступать требованиям общего блага.

Гарантируя приобретенные *частные* права лишь постольку, поскольку они не противоречат общегосударственным интересам, государство тем более не может обеспечить гражданам неприкосновенность тех *публичных* их прав, которые будут признаны вредными для общего блага. Политические права вообще не суть частное достояние их обладателей. Поэтому новые *политические законы* вообще имеют обратное действие. Положим, что издан новый политический закон, уничтожающий какую-либо сословную привилегию, например привилегии дворянского сословия относительно воинской повинности, — спрашивается: должен ли этот закон распространяться на лиц, родившихся до появления этого закона или нет? Если такая сословная привилегия признана вредной для государства, то она должна быть упразднена со всеми последствиями, и, стало быть, закон должен иметь в данном случае обратное действие.

Наше законодательство вообще признает правило о необратном действии закона. Исключения допускаются только в двух случаях: 1) когда в самом законе именно сказано, что он — только подтверждение и изъ-

яснение закона прежнего и 2) когда сам закон постановляет, что сила его распространяется на времена, предшествовавшие его обнародованию.

Оба эти исключения сформулированы неудачно, вызывают сомнения в своей целесообразности и противоречат тем началам, которые в современной науке права пользуются общим признанием. В особенности это верно относительно первого исключения: в настоящее время можно считать общепризнанным, что всякое толкование закона, исходящее от самого законодателя, есть новый закон, который потому не должен иметь обратного действия. Толкование закона иногда бывает таково, что оно совершенно изменяет смысл закона прежнего. Поэтому если допустить, что легальное толкование имеет обратное действие, то под видом разъяснения прежнего закона законодатель может издавать совершенно новые юридические нормы, сообщая им при этом обратное действие; а это по отношению к большей части юридических норм представляется крайне несправедливым.

О действии законов по месту

Наряду с границами времени действие каждого закона заключается в границах места. Прежде всего каждое государство имеет право издавать и применять законы в пределах своей территории. Как подданные, так и иностранцы, как временные, так и постоянные жители той или другой страны, обязаны подчиняться законам того государства, на территории которого они проживают. Государство вообще не может допускать на своей территории действия чужеземных законов, потому что это нарушило бы его права верховенства, его независимость по отношению к другим государствам.

На практике, однако, применение территориального начала в праве подвергается некоторым ограничениям, которые вытекают из требования международного общения: чересчур прямолинейное и неуклонное применение одних только территориальных законов в пределах каждого государства сделало бы крайне затруднительными или вовсе невозможными взаимные отношения между гражданами различных государств. Каковы эти затруднения, можно видеть, например, из следующего: у нас, в России, для гражданского совершеннолетия требуется достижение лицом 21 года, а в Австрии — двадцатичетырехлетнего возраста. Положим, что русский гражданин, достигший 21 года, продает свое имение, находящееся в Австрии; будет ли эта сделка считаться законной в Австрии или же австрийский суд признает ее недействительной вследствие недостижения продавцом гражданского совершеннолетия (по австрийским законам)? Или, положим, умирая, я оставил какое-нибудь имущество в Италии. Спрашивается, по каким законам будет унаследовано это имущество: по русским или по итальянским? Для разрешения целого ряда подобных казусов применение территориального начала оказалось

бы несправедливым, и вот почему современные государства в целом ряде случаев от него отступают.

Вследствие этого при разрешении конкретных юридических случаев часто сталкиваются законы различных стран. Вопрос о том, на основании каких начал должны быть разрешаемы подобные столкновения, вызвал богатую юридическую литературу, причем вообще вопрос представляется в науке спорным. Подробное исследование этих споров составляет задачу науки международного права. В курсе энциклопедии можно удовлетвориться выяснением начал, установившихся в практике современных цивилизованных государств.

В области государственного права всецело господствует территориальное начало: государственное право каждой страны обуславливается особенностями ее политического строя; понятно, что государство не может допустить на своей территории применение чуждого политического закона. Так же точно территориальны и уголовные законы. Уголовное законодательство всегда тесно связано с нравственным мирозерцанием того или другого народа, чем и обуславливается признание или непризнание тех или других деяний за преступление и установление законодателем тех или других видов наказания.

Действие территориального начала подвергается различным ограничениям в праве гражданском, так как именно здесь некоторые отступления от этого начала необходимы в интересах международного общения. Развитие торговых отношений между отдельными государствами делает необходимым, например, заключение ряда торговых сделок вне пределов того государства, в котором такие сделки должны осуществляться. Непризнание таких сделок могло бы парализовать международные торговые сношения. Точно так же семейственное право иностранца должно рассматриваться согласно законодательству его страны. Положим, например, иностранец по законам своей страны вступил в гражданский брак и затем явился в Россию, где для законности брачного союза требуется брак церковный. Непризнание в России гражданских браков иностранцев могло бы без всякой нужды затруднить и стеснить международное общение.

В практике современных цивилизованных государств столкновения разноместных законов разрешаются на основании так называемой *статутарной теории*. Сущность ее сводится к тому, что при разрешении вопроса о том, какой закон должен быть применяем к данным юридическим отношениям — отечественный или иностранный, — принимается во внимание природа тех правовых отношений, которые определяются каждым данным законом. Статутарная теория, о которой идет речь, различает три вида законов: статуты личные (*statuta personalia*), статуты вещные (*statuta realia*) и статуты смешанные (*statuta mixta*). По отношению ко всем этим трем группам законов вопрос о применении закона отечественного или иностранного решается различно:

1) *Statuta personalia* — суть законы, определяющие юридическое положение, правоспособность отдельных лиц. Все вопросы, возникающие

относительно состояния лица, решаются на основании законов его родины (*lex domicilii*). Так, например, вопрос о гражданском совершеннолетии разрешается на основании законов родины лица.

2) *Statuta realia* — суть законы, которые определяют наши права на вещи. Они распадаются на две группы: а) законы, устанавливающие наши права на движимое имущество, и б) законы, определяющие наши права на недвижимое имущество. В первом случае столкновения разрешаются на основании законов того государства, где проживает обладатель движимого имущества (*lex domicilii*). Во втором случае все столкновения разрешаются по законам местонахождения вещи (*lex rei sitae*).

3) *Statuta mixta* — определяют договорные отношения отдельных лиц. В отношении договоров надо различать две стороны: вопрос о юридической годности договора разрешается по законам той страны, где он был заключен (*locus regit actum*). Что же касается порядка осуществления договора, то он подчиняется судопроизводственным законам той страны, где он осуществляется.

О действии закона по отношению к лицам

Переходя теперь к вопросу о действии закона в отношении к лицам, мы замечаем, что и в этом случае действие закона определяется теми же началами, какие были указаны по отношению к месту. Это, с одной стороны, принцип территориального верховенства государства, с другой — ограничивающие этот принцип требования международного общения. Из начала верховенства государства вытекает обязанность всех лиц, живущих в пределах его территории, подчиняться его законам. Обязанность эта распространяется как на подданных, так и на иностранцев. Последние, пользуясь защитой закона того государства, в котором они проживают, тем самым как бы берут на себя обязанность подчиняться государственным предписаниям. То обстоятельство, что закон в одинаковой мере обязателен для всех, означает, что все люди равны перед законом. Такое формальное, юридическое равенство отнюдь, однако, не должно быть смешиваемо с равенством фактическим, материальным. Фактическое равенство — несправедливо и даже невозможно: нельзя, например, уравнивать в правах человека образованного и неуча, ученого и безграмотного. Равенство всех людей перед законом имеет характер чисто формальный. Оно означает, что все люди одинаково должны подчиняться закону. Однако и это правило о равенстве всех перед законом подлежит известным ограничениям в интересах международного общения. Исключение из него делается, во-первых, для иностранных государей, находящихся на территории государства: они не подчиняются законам чужого государства и пользуются полной свободой и неприкосновенностью своей личности. Положение их юридически определяется при помощи фикции экстерриториальности, т. е. невземельности. Согласно этой фикции, всякий государь, находящийся в качестве гостя

на территории другого государства, считается как бы проживающим на территории своего собственного государства. Принцип вземельности распространяется также на помещение, занимаемое иностранным государем, на лиц его семьи и свиты, сопровождающих его. Все эти лица в случае каких-либо правонарушений подлежат действию законов родной страны, а не той, где они временно проживают. Вземельными считаются, кроме того, все посольства. Участок земли, на котором помещается посольский дом, считается частью территории представляемого посольством государства. Наконец, тем же правом вземельности пользуются иностранные войска, находящиеся на территории союзного государства. Признание принципа экстерриториальности по отношению к дипломатическим представителям иностранных государств обуславливается необходимостью ограждения их свободы и независимости, без чего немисливо исполнение ими возложенных на них обязанностей.

Право в субъективном смысле Правоотношения

Обращаясь к учению о праве в субъективном смысле, мы прежде всего должны вспомнить то определение субъективного права, которое дано было выше. Право в субъективном смысле — как гласило это определение — есть та сфера внешней свободы, которая предоставляется лицу нормами объективного права. Объективное право состоит из совокупности юридических норм и олицетворяет собой общественный элемент права. Напротив того, право в субъективном смысле включает в себе индивидуальные права, или правомочия, отдельных лиц и служит выражением личного элемента в праве. Право в субъективном смысле слагается из правомочий и обязанностей, причем правам одних лиц всегда соответствуют обязанности других. Юридическая свобода одного лица непременно включает в себе притязание, требование, обращенное к другим лицам, чтобы они уважали эту свободу. Всякое право поэтому предполагает известное отношение лица — обладателя права ко всем другим лицам, которое называется юридическим отношением или правоотношением.

Правомочие и обязанность суть две стороны, элементы юридического отношения. Поэтому, прежде чем приступить к рассмотрению этих элементов правоотношения, нам необходимо познакомиться с сущностью самого правоотношения. Господствующее в науке воззрение определяет правоотношение как урегулированное правом отношение одного лица к другим лицам и вещам. В этом смысле высказываются, между прочим, Регельсбергер³⁵ и Дернбург.³⁶ Нетрудно, однако, убедиться в ошибочности этого определения. Юридические отношения суть всегда