

~~Д-14-уе.~~
ПРОФ. Н. И. ПАЛЕНКО.

T 11

~~ЗЧО. 12 + ЗЧО~~



~~Д-14.~~

Перевірено 1977 г.

W 253 ✓

УЧЕНИЕ О СУЩЕСТВѢ ПРАВА
И ПРАВОВОЙ СВЯЗАННОСТИ
ГОСУДАРСТВА.

ХАРЬКОВСКАЯ
БИБЛИОТЕКА

Перевірено
2002
ВРК



ПЕРЕВІРКА
СЕРПЕНЬ 1928 г.

Рад. Буд.

ХАРЬКОВЬ.

Типографія и Литографія М. Зильберберг и С-вн.

Рыбная улица № 30-й.

1908.



ОГЛАВЛЕНИЕ.

ГЛАВА I.

Идея естественного права.

§§	Стр.
1. Дуализмъ въ пониманіи права	1
2. Возникновеніе идеи естественнаго права	3
3. Историческій обзоръ ученій о естественномъ правѣ. Понятіе естественнаго права въ древности	14
4. Естественное право въ средніе вѣка	23
5. Раціональное естественное право въ философіи новаго времени	25
6. Право разума въ философіи Канта	35
7. Сближеніе естественнаго права и положительнаго въ философіи Гегеля	40
8. Дальнѣйшее развитіе идеи естественнаго права	45
9. Историческая роль доктрины абсолютнаго естественнаго права	60

ГЛАВА II.

Историческое и позитивное направленіе въ правовѣдѣніи.

10. Реакція противъ доктрины естественнаго права	72
11. Ученіе исторической школы юристовъ о правѣ	79
12. Возрѣніе Геринга на право и процессъ его образованія	90
13. Позитивное направленіе въ правовѣдѣніи и его отношеніе къ естественному праву	99
14. Критики современнаго правовѣдѣнія	109

ГЛАВА III.

Возрожденіе доктрины естественнаго права.

§§	Стр.
15. Постановка проблемы естественнаго права у новѣйшихъ защитниковъ этого права	129
16. Психологическое обоснованіе ученія естественнаго права.	139
17. Возрѣніе Штамллера на естественное право и его ученіе о телеологической законмѣрности социальной жизни. .	146
18. Естественно-научное обоснованіе естественнаго права у Спенсера	159
19. Сиятезь принциповъ позитивной и критической философіи въ ученіи Фуллье объ идеальномъ правѣ	166
20. Оцѣнка новѣйшаго направленія идеи естественнаго права и общій выводъ о ея значеніи	175

ГЛАВА IV.

Понятіе права.

21. Постановка вопроса о существѣ права въ юриспруденціи.	202
22. Опредѣленіе права. Опредѣленіе по содержанію и источнику нормъ	226
23. Ученіе о принудительности права и опредѣленіе права какъ высшаимперативныхъ нормъ взаимоотношеній субъектовъ	238
24. Ученіе о правѣ какъ обязывающе-предоставительныхъ нормахъ.	266

ГЛАВА V.

Правовая связанность государства.

25. Значеніе и исторія вопроса о юридической связанности государства	283
26. Государство и его правовая связанность	310—342

Предисловіе.

Основная задача настоящей работы состоитъ въ выясненіи и оцѣнкѣ тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришло современное правовѣдѣніе по вопросу о существѣ права. вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду той тѣсной связи, которая существуетъ между правомъ и государствомъ, авторъ счелъ необходимымъ особо остановиться на разсмотрѣніи проблемы правовой связанности государства, обязательности права для субъекта и органовъ государственной власти. Занимая центральное мѣсто въ ученіи объ отношеніи права къ государству, вопросъ объ основахъ и характерѣ связанности государственной власти ею же установленными нормами права является наиболѣе спорнымъ въ юриспруденціи. Въ то же время онъ имѣетъ первостепенное значеніе для науки государственнаго права, удѣляющей ему поэтому особое вниманіе. Глубокій интересъ нашъ къ общимъ проблемамъ науки права и теоріи государственнаго права, продолжительныя занятія ими, и то значеніе, которое получили эти проблемы въ настоящее время, когда господствующія ученія о правѣ и государствѣ подвергаются разнообразной критикѣ и пересмотру, вызвали настоящую работу. Въ послѣднее время нерѣдко встрѣчаются въ научной литературѣ утвержденія, что современное правосознаніе переживаетъ кризисъ, и что такой же кризисъ переживаетъ и юриспруденція. Состояніе современнаго правовѣдѣнія объявляется нѣкоторыми

даже безотраднымъ. Критикуя современную юриспруденцію, нѣкоторые ученые признають ея выводы даже по основнымъ вопросамъ и методы, которыхъ она придерживается, крайне неудовлетворительными или, по крайней мѣрѣ, весьма недостаточными; сдѣланы попытки перестроить науку права на совершенно новыхъ основаніяхъ, такъ какъ,—говорять, — теоретическія ученія ея и по такому кардинальному вопросу науки, какъ вопросъ о существѣ права, являются ненаучными и логически неправильными, „уродливыми“ теоріями. Въ виду такой критики нельзя не испытать желанія ориентироваться въ этихъ столь существенныхъ возраженіяхъ, направленныхъ по адресу современнаго правовѣдѣнія, тѣмъ болѣе, что, дѣйствительно, несмотря на всю историческую ветхость многихъ проблемъ юриспруденціи, даже такой вопросъ—какъ вопросъ о существѣ права, все еще остается юнымъ для юристовъ и разрѣшается ими чрезвычайно разнообразно. Покойный германскій юристъ Терингъ утверждалъ, что правовая жизнь развивается путемъ упорной борьбы; повидимому, то же можно сказать и о наукѣ права: ей суждено прогрессировать не путемъ внезапныхъ открытій, а путемъ долгой и упорной борьбы мнѣній и ученій ея представителей. Еще не заглохъ и старый споръ двухъ различныхъ правопониманій, расколовшій юриспруденцію на доктрину естественнаго права и позитивное, историческое правовѣдѣніе. Поэтому въ настоящей работѣ, посвященной ученію о существѣ права и связанности правомъ государства, мы не могли не обратить особаго вниманія на конфликтъ этихъ двухъ направленій въ ученіи о правѣ и попытаться дать ему безпристрастную оцѣнку. Высказывая свои убѣжденія и выводы относительно сложныхъ

и столь спорныхъ проблемъ науки права, мы далеки, конечно, отъ мысли, что исчерпали разсматриваемые вопросы во всей ихъ полнотѣ, а тѣмъ болѣе далеки отъ мнѣнія, что дали имъ окончательное или безошибочное разрѣшеніе. Но намъ хотѣлось бы надѣяться, что въ коллективной работѣ современныхъ юристовъ, направленной къ выясненію спорныхъ вопросовъ ихъ науки, и наша работа о существѣ права и правовой связанности государства можетъ дать свою долю нити, облегчающей выходъ изъ лабиринта теорій и споровъ по основнымъ вопросамъ юриспруденціи на путь согласнаго и правильнаго ихъ разрѣшенія.

ГЛАВА I.

Идея естественнаго права.

§ 1. Дуализмъ въ пониманіи права.

Въ исторіи представленій и ученій о правѣ, съ древности до настоящаго времени, ярко проявился коренной дуализмъ въ пониманіи права, выразившійся въ противопоставленіи двухъ видовъ права—права естественнаго и права положительнаго. Какъ ни различны были воззрѣнія на эти два вида права въ различныя историческія эпохи и у различныхъ мыслителей, приче́мъ право естественное, то рѣзко противопоставляется положительному, какъ явленіе совершенно особаго порядка, то сближается съ послѣднимъ тѣми или другими своими сторонами, тѣмъ не менѣе, поскольку удерживалось особое понятіе естественнаго права, этому праву приписывались такія черты, при которыхъ оно представляло явленіе *sui generis*, существенно отличное отъ такъ называемаго положительнаго права. Подвести поэтому два этихъ вида права подъ одно высшее общее понятіе права, заключающее въ себѣ родовые признаки права, являлось логически невозможнымъ. Въ новѣйшихъ ученіяхъ о правѣ, въ томъ числѣ о правѣ естественномъ, эта двойственность значительно, хотя и далеко не вполнѣ, сгладилась: съ одной стороны въ новыхъ ученіяхъ отъ естественнаго права были отняты нѣкоторые атрибуты, существенно отличавшіе его отъ права положительнаго (абсолютность, объективность существованія, какъ нормъ установленныхъ непосредственно природой, верховная формальная обязательность), съ другой стороны, и пониманіе права положительнаго съ болѣе тщательнымъ изученіемъ его историческихъ основъ и психологической при-

роды значительно сблизились съ новѣйшими концепціями естественнаго права; но какъ и раньше у многихъ современныхъ представителей науки права удерживается противопоставленіе права естественнаго праву положительному, и доктрина естественнаго права претендуетъ вновь на гораздо большее значеніе, чѣмъ это можно было бы ожидать послѣ, казалось бы, окончательнаго упадка этой доктрины въ половинѣ 19 вѣка.

Судьба идеи естественнаго права поистинѣ замѣчательна! Развиваемая съ такимъ энергичнымъ вліяніемъ и устойчивостью въ теченіи многихъ вѣковъ жизни культурныхъ народовъ, идея эта была подавлена, хотя и далеко не умерщвлена, торжествующимъ теченіемъ историзма и позитивизма въ 19 столѣтіи. Но въ концѣ миновавшаго вѣка идея естественнаго права вновь оживляется, получаетъ болѣе научную форму, и, такимъ образомъ обновленная, поддерживаемая многими видными представителями науки, выдвигается противъ историческихъ и позитивныхъ ученій о правѣ съ требованіемъ возвращенія прежняго утраченнаго значенія въ жизни и наукѣ права. Такая живучесть идеи естественнаго права, напоминающая постоянство и силу религіозныхъ вѣрованій, не можетъ не остановить на себѣ вниманія современнаго изслѣдователя правовыхъ вопросовъ, привыкшаго имѣть дѣло лишь съ изученіемъ положительнаго права и ограничивающаго область права явленіями положительнаго правопорядка.

При разсмотрѣніи же существа права является безусловно необходимымъ опредѣлить свое отношеніе къ естественному праву, такъ какъ отъ признанія или отрицанія этого права зависитъ самое пониманіе права, расширеніе или ограниченіе той области явленій, которыя должны быть подведены подъ понятіе права.

Наконецъ, несомнѣнно, что въ наукѣ, какъ и въ жизни, всякая сильная реакція противъ господствующаго направленія имѣетъ важныя причины. Слѣдовательно

и реакція прѣтивъ позитивнаго направленія современной юриспруденціи имѣеть также такія причины. Вотъ почему, занимаясь вопросомъ о существѣ права, мы не можемъ не бросить взгляда на исторію идеи естественнаго права, на послѣдовательныя фазисы ея развитія и на то направленіе, которое приняла эта идея въ новѣйшее время. Этотъ обзоръ развитія идеи естественнаго права дастъ намъ возможность разобраться въ тѣхъ представленіяхъ, которые соединяются съ терминомъ „естественное право“, и уяснить то значеніе, какое имѣеть эта идея для современнаго юриста.

§ 2. Возникновеніе идеи естественнаго права.

Идея естественнаго права возникаетъ и долгое время развивается въ формѣ представленій абсолютнаго естественнаго права. Основаніемъ идеи абсолютнаго естественнаго права послужило убѣжденіе въ существованіи предустановленныхъ неизмѣнныхъ и всеобщихъ естественныхъ законовъ міровой жизни и человѣческихъ отношеній включительно. Въ отношеніи живыхъ существъ эти естественныя законы понимались въ двоякомъ смыслѣ. Во первыхъ, въ томъ смыслѣ, что каждый видъ живыхъ существъ, занимая опредѣленное мѣсто въ общемъ гармоническомъ порядкѣ вселенной, обладаетъ опредѣленными предустановленными естественными свойствами, необходимо проявляющимися въ его поведеніи. Такъ въ древне-греческомъ эпосѣ Гезіода въ VII в. до Р. Хр. („*Εργα καὶ Ἡμέραι*“) говорится, что Кронидъ установилъ законъ (*νόμον διέταξε*) какъ для людей, такъ и для животныхъ, состоящій въ томъ, что животныя истребляютъ другъ друга, такъ какъ въ нихъ нѣтъ справедливости. Но людямъ дана справедливость¹⁾.

Во вторыхъ, естественный законъ также понимается какъ высшее по своей авторитетности правило должнаго,

¹⁾ О различныхъ значеніяхъ „*νόμος*“ у грековъ см. Rudolf Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen. Leipzig, 1907, стр. 366 сл.

какъ неизмѣнная и универсальная этическая или правовая норма человѣческаго поведенія; несоблюденіе этихъ императивовъ является искаженіемъ высшихъ разумныхъ и нравственныхъ основъ человѣческой жизни, справедливости отъ природы (*díxaiou φύσει*).

Въ этомъ двойкомъ смыслѣ, какъ верховнаго нормативнаго начала человѣческихъ отношеній и какъ принципа естественной необходимости, проявляющейся въ человѣческихъ отношеніяхъ, понималось естественное право съ момента возникновенія этой идеи до нашихъ дней.

Абсолютный и универсальный порядокъ отношеній не можетъ быть установленъ людьми, поэтому его источникъ искали въ божественномъ разумѣ или въ божественной силѣ природы.

Въ отличіе отъ такого естественнаго права, право положительное, установленное людьми, обычай и законы, дѣйствующіе въ государствѣ, является продуктомъ человѣческой воли и власти, и, поскольку въ немъ не выражены нормы естественнаго права, оно столь же несовершенно и относительно, какъ человѣческая воля и разумъ, измѣнчиво во времени и пространствѣ. Какъ писать, такъ называемый „отецъ ученія о естественномъ правѣ“, Гуго Гроцій въ своемъ знаменитомъ трудѣ „De jure belli ac pacis“ 1625: *jura gentium constituta* или *voluntaria*, въ отличіе отъ *jus gentium naturale* (*ab ipsa natura profectum*) *mutantur saepe et alibi alia sunt*.

Законамъ естественнымъ придали путемъ аналогіи съ законами положительными нормативный характеръ. И если для многихъ представителей идеи естественнаго права, особенно въ новѣйшія времена, это право было лишь идеальнымъ образцомъ, идеальными нормами, къ реализаціи которыхъ должно стремиться человѣчество, то огромное большинство писателей естественнаго права признавало это право объективно существующимъ, такимъ же дѣйствующимъ

правомъ, обязательно примѣяемымъ, какъ право, установленное человѣческимъ авторитетомъ ¹⁾).

Естественное право признавалось основой или по крайней мѣрѣ идеальной цѣлью правовой жизни человѣчества, мѣрою для оцѣнки всякаго положительнаго права и образцомъ для преобразованія положительнаго законодательства.

Наиболѣе же рѣшительные сторонники этого права категорически приписывали ему не только такую же формальную общеобязательность, какую имѣетъ положительное право, но даже высшую. Верховная власть, несвязанная закономъ положительнымъ, связана однако правомъ естественнымъ.

Если положительные законы государства противорѣчатъ естественному праву, должно подчиняться не имъ, а естественному праву, подобно тому, какъ и законамъ Бога слѣдуетъ повиноваться болѣе, чѣмъ законамъ человѣческимъ.

Такой характеръ естественное право получало, когда имъ пользовались въ качествѣ революціонной идеи въ борьбѣ противъ существующаго правопорядка ²⁾). Но такого же мнѣнія о высшей формальной обязательности естественнаго права по сравненію съ положительнымъ держались и многіе писатели, въ томъ числѣ извѣстные юристы, отнюдь не имѣвшіе въ виду разрушать положительное право.

Такъ Блэкстонъ въ своихъ знаменитыхъ комментаріяхъ англійскаго права говорить, что естественному праву, столь же древнему, какъ и родъ человѣческій, и данному самимъ Богомъ, конечно, слѣдуетъ повиноваться больше, чѣмъ всякому другому. Оно обязательно на всѣмъ земномъ шарѣ, во всѣхъ странахъ и во всѣ времена; никакіе человѣческіе законы недействительны, если несогласны съ нимъ, а тѣ изъ нихъ, которые дѣйствительны, получаютъ прямо или косвенно

¹⁾ Ср. также Frank: *Naturrecht, geschichtl. Recht und sociales Recht* 1891 стр. 21.

²⁾ См. объ томъ особенно Gierke: *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* 1902 кап. VI.

свою силу и власть отъ своего первообраза ¹⁾. Значительное число сторонниковъ естественнаго права, особенно въ Германіи, старались всячески устранить конфликты естественнаго права съ положительнымъ. Еще Меланхтонъ всякое право возводитъ къ волѣ Бога, вложившаго въ человѣческой разумъ опредѣленные основныя понятія, которыя составляютъ *lex naturae*, естественный законъ. Богъ подтвердилъ это естественное право въ Десяти Заповѣдяхъ, которыя и представляютъ собою *summa legum naturae*. Отъ естественнаго права, тождественнаго съ нравственными понятіями, протекаетъ положительное право, задача котораго заключается въ точномъ разрѣшеніи вопросовъ практической жизни, но при этомъ всегда сообразно естественному праву. Естественное право установлено и охраняется общественной властью; и такъ какъ эта власть имѣетъ свое основаніе въ волѣ Божіей, то отсюда слѣдуетъ, что и обязательная сила положительнаго права основывается въ конечномъ основаніи на божественной волѣ... Отсюда выводъ, что слѣдуетъ примѣнять положительное право, а не естественное ²⁾.

Особенно же занималась обоснованіемъ и оправданіемъ положительнаго права при помощи принциповъ естественнаго права нѣмецкая рационалистическая школа, какъ то школа Вольфа въ 18 вѣкѣ, которая, по извѣстному выраженію родоначальника нѣмецкой исторической школы юристовъ, Густава Гуго, одинаково готова была выводить изъ неизмѣнныхъ требованій разума и французскую конституцію и Священную Римскую Имперію ³⁾

¹⁾ Blackstone: Commentaries I, стр. 40. Въ своей книгѣ „Справедливость“ (рус. перев. Филиппова 1898 г. стр. 45) Спенсеръ проводитъ слѣдующее мнѣніе англійскаго главнаго судьи Гобарта (Hobart's Reports. Lond. 1641. p. 120): „Даже парламентскій актъ, направленный противъ естественной справедливости, вродѣ того, чтобы сдѣлать какого-либо человѣка судьей въ собственномъ дѣлѣ, лишень всякой силы, потому что *jura naturae sunt immutabilia* и законы законовъ“.

²⁾ См. Aguiléra: L'idée du droit en Allemagne 1903 г. стр. 19.

³⁾ Hugo in Civilist. Magazin II (3 Ausgabe Berlin 1812) s. 39.

Въ философіи Канта положительное право получаетъ даже, какъ увидимъ ниже, высшую санкцію со стороны законовъ разума, и естественное право, какъ идеальное начало, какъ чистые принципы права, является лишь разумнымъ основаніемъ и цѣлью всякаго правопорядка, тѣмъ идеаломъ, который призвана осуществлять государственная власть, и высшимъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права.

Въ послѣдующихъ ученіяхъ естественнаго права мы встрѣчаемъ еще большее сближеніе права естественнаго съ правомъ положительнымъ. Возникновеніе самаго представленія объ абсолютности естественнаго права объясняютъ тѣмъ, что, наблюдая относительное, измѣнчивое положительное право, путемъ антитезы послѣднему образовали понятіе абсолютнаго права. Образование же убѣжденія въ дѣйствительности существованія такого права объясняютъ, ссылаясь на разсужденія Милля объ апріорныхъ заблужденіяхъ, лежащей въ основѣ мистицизма наклонностью человѣческаго ума приписывать нашимъ идеямъ и понятіямъ вѣщную реальность ¹⁾.

„Въ Ведахъ, говоритъ Милль, въ сочиненіяхъ платониковъ и гегельянцевъ, мистицизмъ есть ни болѣе, ни менѣе какъ приписываніе объективнаго существованія субъективнымъ созданіямъ нашихъ собственныхъ способностей, идеямъ или чувствамъ нашего духа, и убѣжденіе, что созерцая эти идеи собственнаго произведенія, духъ можетъ читать въ нихъ происходящее во вѣншемъ мірѣ“ ²⁾.

Поскольку рѣчь идетъ о логическомъ процессѣ образованія понятія естественнаго права, это объясненіе вполне правильно, что же касается объективности этого права, то необходимо замѣтить слѣдующее: Не можетъ быть ни-

¹⁾ Коркуновъ: Лекціи по общей теоріи права 1894 § 17.

²⁾ Д. С. Милль: Система логики русск. пер. подъ ред. Лаврова 1867, т. II, стр. 12 сл.

какого сомнѣнія, что неисчерпаемымъ источникомъ идеи естественнаго права, поскольку оно признавалось высшимъ, совершеннымъ нормативнымъ началомъ человѣческой жизни, во всѣ вѣка служила столь дорогая для человѣчества вѣра въ существованіе абсолютныхъ этическихъ цѣнностей, нравственныхъ законовъ абсолютной справедливости, которая не можетъ не проявлять себя въ сферѣ человѣческой жизни. Эта вѣра въ проявленіе абсолютнаго совершенства въ сферѣ человѣческихъ отношеній, существующая даже у нѣкоторыхъ современныхъ сторонниковъ абсолютнаго естественнаго права, не можетъ быть опровергаема ссылкой на мистицизмъ, на измѣчивость всего существующаго и, наконецъ, невозможность для человѣка познанія абсолютнаго, совершеннаго права, какъ не можетъ этими доказательствами быть разрушена вѣра многихъ въ существованіе абсолютнаго божественнаго начала. Поколеблена эта идея абсолютнаго права могла быть, какъ увидимъ ниже, лишь такимъ прецизироваемъ существа права, которое исключало бы логически самую возможность признанія его абсолютности, по крайней мѣрѣ для тѣхъ, которые не стояли бы на принципѣ: *credo quia absurdum est*.

Противоположеніе права естественнаго праву положительному могло возникнуть, конечно, лишь съ того времени, когда стали отрѣшаться отъ первоначальной вѣры въ священный, непререкаемый характеръ дѣйствующихъ въ человѣческихъ союзахъ нормъ поведенія, обычаевъ и законовъ. Когда мысль стала критически относиться къ исторически установившемуся, положительному правопорядку. Разъ несовершенство положительнаго правопорядка было сознано вполне, явилось стремленіе найти идеальный коррективъ и противовѣсъ установленному людьми правопорядку въ силахъ природы или божества. Съ особенной силой идея естественнаго права, права природы, проявлялась и волновала умы именно въ эпохи наибольшаго недовольства существующимъ правовымъ строемъ, въ періодъ интенсив-

ныхъ стремленій къ болѣе совершенному укладу соціальной жизни.

„Особенно характерно, замѣчаетъ Виндельбандъ, это возвращеніе къ природѣ, какъ противоположности исторически сложившимся отношеніямъ. Оно до нѣкоторой степени лозунгъ всѣхъ реформаций и революцій. Всякій разъ, когда историческія формы уже отжили, когда право обратилось въ безправіе, благодѣянія въ мученіе, союзы въ цѣпи и оковы, то кажется, будто человѣческой духъ окунается въ вѣчно одинаковую природу, чтобы смыть съ себя пыль вѣковъ, словно Антей, стремящейся получить приливъ свѣжихъ силъ отъ вѣчно родной земли, и снова возвращается древнее первобытное состояніе природы“¹⁾.

Въ теоретически познавательномъ отношеніи идея естественнаго права явилась посильнымъ результатомъ стремленій раскрыть истинную природу человѣческихъ отношеній, выяснить основы правопорядка, найти устойчивыя начала права во всемъ пространственномъ и временномъ разнообразіи человѣческихъ правоотношеній. Подмѣченное сходство тѣхъ или другихъ элементарныхъ понятій о правдѣ и неправдѣ у извѣстныхъ народовъ, повторяемость и устойчивость этическихъ и правовыхъ институтовъ, поддерживали мысль, невооруженную еще необходимымъ научнымъ историческимъ знаніемъ и пониманіемъ факторовъ образованія различныхъ нормаопредѣленій и причинъ, вызывающихъ подмѣченное сходство этическихъ и правовыхъ явленій, въ предположеніи, что эта общность и устойчивость ихъ суть проявленіе универсальнаго естественнаго права²⁾.

Это предположеніе подкрѣплялось также весьма распространенымъ въ древности и выразившимся и въ леген-

¹⁾ Виндельбандъ: *Исторія новой философіи* русск. переводъ подъ редакціей проф. Введенскаго. Т. I 1902 г. стр. 32.

²⁾ Существованіе нѣкоторыхъ универсальныхъ и абсолютныхъ нормъ пытался отстаивать еще и въ настоящее время I. Stern: *Rechtsphilosophie und Rectswissenschaft* 1904 г. стр. 6—21.

дахъ, и въ религіозныхъ источникахъ убѣжденіемъ, что человѣчество прошло черезъ вѣкъ естественнаго состоянія, состоянія природы, когда люди жили внѣ всякаго общественаго и государственнаго строя, руководимые лишь указаціями природы и ея Творца.

Для нѣкоторыхъ это естественное, дообщественное, состояніе было историческимъ фактомъ, для другихъ же допущеніе такого состоянія было лишь гипотетическимъ положеніемъ, необходимымъ для обоснованія и конструкціи рациональнаго государства. Руссо въ своемъ „Эмиль“ и въ разсужденіи „Способствовало ли возрожденіе наукъ и искусствъ очищенію нравовъ“ идеализируетъ это естественное состояніе. Но большинство представителей новой философіи права и государства это естественное состояніе съ исключительнымъ господствомъ естественнаго права изображаютъ не какъ золотой вѣкъ человѣческой жизни, а въ довольно мрачныхъ краскахъ, какъ полную необезпеченность жизни индивида или какъ разнузданность естественныхъ наклонностей человѣка ¹⁾.

Понятіе абстрактнаго „естественнаго индивида“ съ его естественными свойствами, — правами, полагалось въ основу построеній естественноправовыхъ системъ права и государства.

Вынужденные выйти изъ естественнаго состоянія вслѣдствіе полной необезпеченности жизни въ нёмъ, эти гипотетическіе „естественные индивиды“, свободные и равные отъ природы, заключаютъ договоръ объ устроеніи общественной и государственной жизни, объ установленіи власти и повиновеніи ея законамъ.

¹⁾ По справедливому замѣчанію М. М. Ковалевскаго, у Спинозы и Гоббеса, напримѣръ, „естественное состояніе является скорѣе выводомъ логическихъ послѣдствій изъ факта господства страстей, нежели зачинающейся гражданственностью“.

М. М. Ковалевскій. „Отъ прямого народоправства къ представительному“... т. II, стр. 446. .

Самые эти договоры и послѣдствія ихъ у различныхъ писателей естественнаго права конструировались различно въ зависимости отъ тѣхъ цѣлей, которыя они преслѣдовали въ своихъ построеніяхъ.

Въ историко-философской литературѣ было справедливо указано на поражающее противорѣчіе, такъ дискретировавшее доктрину естественнаго права, прибѣгавшую къ постулату естественнаго состоянія для построения своихъ правовыхъ системъ: съ одной стороны, претендуютъ дать право, независимое отъ человѣческой воли, исторіи и даже воли Бога, и мнятъ, что открыли это право въ наклонностяхъ нашей природы; съ другой стороны, въ силу ли нашей слабости или сами по себѣ, эти наклонности неспособны основать истинное право, право, вооруженное санкціей, и вотъ почему именно воля человѣка и его усмотрѣніе въ свою очередь призваны основать право; но въ концѣ концовъ оказывается, что положительное право должно имѣть своей мѣрой и идеаломъ то самое естественное право, которое признаютъ столь безпомощнымъ и недостаточнымъ ¹⁾.

Такъ или иначе опредѣляемая природа этого абстрактнаго „естественнаго индивида“, и его состояніе „естественной свободы“, на которомъ базировали понятіе естественнаго права ²⁾, служила основаніемъ для установленія естественныхъ правъ человѣка и построения цѣлыхъ системъ естественнаго права.

Замѣчательно, что даже Монтескье, понимавшій всю относительность и измѣчивость человѣческаго характера, социальныхъ и правовыхъ образованій, утверждалъ въ своемъ „Духъ Законовъ“, что познаніе естественныхъ законовъ можно пріобрѣсти лишь изучая „естественнаго индивида“ ³⁾.

¹⁾ Aguiléra L'idée du droit en Allemagne 1893 стр. 41.

²⁾ Ср. также замѣчанія Ehrlich: Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen 1902 г. Th. I стр. 221.

³⁾ Хотя въ своемъ изслѣдованіи „духа законовъ“ Монтескье и не воспользовался указаннымъ имъ естественноправовымъ положеніемъ.

Такъ, указавъ на различные законы, управляющіе людьми, законы религіи, морали, законы гражданскіе и политическіе, Монтескье говоритъ: „Но прежде всѣхъ этихъ законовъ существуютъ законы природы (lois de la nature), названные такъ, потому что они вытекаютъ единственно изъ строения (de la constitution) нашего существа. Чтобы ихъ хорошо познать, нужно разсматривать человѣка *до установленія общества*. Законы природы это тѣ, которые онъ получилъ въ такомъ состояніи“.

И важнѣйшимъ изъ такихъ законовъ Монтескье считаетъ законъ, запечатлѣвшій въ насъ идею Творца, а первымъ по порядку—законъ мира ¹⁾).

Самое понятіе природы у писателей естественнаго права выступало въ различныхъ значеніяхъ. Находили это естественное право, винкая въ законы природы и естественныя свойства человѣка, въ разумную, духовно-правственную и общественную природу человѣка, въ природу вещей и отношеній ²⁾).

Эта ссылка на природу напрашивается сама собою особенно для тѣхъ, которые, подобно древнимъ мыслителямъ идеализировали природу, находили въ природѣ высшее совершенство и признавали ее учительницей и законодатель-

¹⁾ Монтескье: De l'esprit des lois L. I ch. I et II. Съ этимъ опредѣленіемъ законовъ природы можно сопоставить и воззрѣніе Монтескье на естественное право, которое онъ высказываетъ въ недавно найденной его рукописи: „Des animaux, et c'est surtout cher eux, qu'il faut aller chercher le droit naturel“...

См. М. М. Ковалевскій. „Отъ прямого народоправства къ представительному“... т. II стр. 449.

Ср. также Montesquieu. De l'esprit des lois L. I ch. I о „les lois naturelles“ у животныхъ.

²⁾ Спенсеръ. „Справедливость“ русск. пер. Филиппова 1898 стр. 46 цитируетъ мнѣніе о естественномъ правѣ сэра Джемса Макинтоша, весьма интересное по тѣмъ различнымъ основаніямъ, на которыхъ Макинтошъ базируетъ естественное право. „Это верховное, неизмѣнное и неконтролируемое правило поведения всѣхъ людей... Это естественное право или „законъ природы“, потому что его общія положенія суще-

ницей человѣчества. Природа вѣдь отражаетъ въ себѣ живой міровой разумъ, въ ней заключается та естественность, та возвышенная простота и гармонія, которая свойственна всякой истинѣ, не затемненной и не искаженной человѣческимъ несовершенствомъ, невѣжествомъ и произволомъ.

Правильно замѣчаніе, что вся исторія идеи естественнаго права въ сущности представляетъ собою исторію великаго неканія простоты и гармоніи.

Будемъ ли мы разсматривать, говорить Мэнъ, ученія римскихъ юристовъ или ученіе французской школы XVIII вѣка, мы увидимъ, что всюду отличительный признакъ предписаній природы полагался въ понятіи простоты и гармоніи ¹⁾.

Въ теченіи многовѣковой своей исторіи идея естественнаго права, какъ мы уже говорили, принимала различныя формы и существенно измѣнялась въ своемъ содержаніи. Вылившись первоначально въ ученіе абсолютнаго, объективно-существующаго права, эта идея постепенно переходитъ въ ученіе объ идеальномъ или раціональномъ измѣнчивомъ въ своемъ содержаніи правѣ. Поэтому разсмотрѣніе важнѣйшихъ историческихъ фазисовъ въ пониманіи естественнаго права необходимо для сужденія о значеніи этой идеи.

ственно приспособлены къ увеличенію счастья человѣка... далѣе потому, что этотъ законъ открывается естественнымъ разумомъ и различенъ нашей естественной организаціи; и сверхъ того, потому, что его пригодность и мудрость основаны на общей природѣ человѣческихъ существъ, а не на какихъ-либо изъ тѣхъ временныхъ и случайныхъ положеній, въ какія они могутъ быть поставлены“.

¹⁾ Мэнъ: Древнее право стр. § 7. Яронъ: Исторія идеи естественнаго права ч. I стр. 32 сл. А. Н. Фатѣевъ: Очеркъ развитія индивидуалистическаго направленія въ исторіи философіи государства стр. 307 сл.

§ 3. Историческій обзоръ ученій о естественномъ правѣ.

Понятіе естественнаго права въ древности. Впервые въ древне-греческой философіи, если оставить въ сторонѣ содержащіяся уже въ греческомъ эпосѣ упоминанія о неизблемыхъ естественныхъ законахъ, какъ свыше установленныхъ правилахъ человѣческаго поведенія, возникаетъ идея естественнаго права, противопологаемаго положительному (*δίκαιον φύσει* и *δίκαιον θεσει* или *νόμος*). Это противоположеніе уже рѣзко выражается въ ученіяхъ софистовъ. Правда, софисты соотвѣтственно съ своимъ основнымъ принципомъ „человѣкъ есть мѣра всѣхъ вещей“ и „*πάντα ῥεῖ*“ Гераклита отрицали существованіе чего-либо абсолютнаго, но въ своей критикѣ положительнаго права и социальнаго порядка, они выдвинули естественность, какъ нормативное начало человѣческой жизни, въ противоположность установленному правопорядку. Эту естественность они видятъ въ свободномъ не стѣсняемомъ ничѣмъ, проявленіи сильной индивидуальности.

Согласно съ природой сильнѣйшій долженъ господствовать надъ слабѣйшимъ. Это превознесеніе индивидуальной силы и ловкости, какъ верховнаго естественнаго принципа человѣческаго поведенія, и признаніе положительнаго правопорядка противоположными путями сильной личности, заключало въ себѣ несомнѣнно начало естественноправоваго ученія, поскольку послѣднее трактовало о вытекающихъ изъ природы нормахъ человѣческихъ отношеній. Затѣмъ идея естественнаго порядка отношеній выступаетъ въ формѣ ученій о вѣчной справедливости, неписанныхъ и совершенныхъ законахъ, противопоставляемыхъ человѣческимъ законамъ и легальной справедливости у Сократа, Платона, Аристотеля и Стопковъ ¹⁾.

¹⁾ Ученіе эпикурейцевъ о естественной справедливости „*τὸ τῆς φύσεως δίκαιον*“ какъ соглашеніи между людьми не вредить другъ другу исключаетъ, конечно, идею абсолютной справедливости, независимой отъ человѣческой воли.

Между прочимъ, въ своемъ ученіи о правдѣ Аристотель приводитъ различіе между законами естественной справедливости и законами писанными, человѣческими. Первые имѣютъ вездѣ одинаковое содержаніе, тогда какъ содержаніе нормъ легальныхъ, законовъ человѣческихъ, устанавливается людьми, измѣнчиво во времени и пространствѣ. Отрицающимъ же существованіе неизмѣнныхъ естественныхъ нормъ и естественной правды Аристотель осторожно возражаетъ, что это мнѣніе вѣрно лишь отчасти. Быть можетъ, для боговъ не существуетъ никакой измѣнчивости, но для людей есть вещи, которыя, оставаясь естественными, тѣмъ не менѣе подвержены измѣненію. Во всякомъ случаѣ, не всё измѣняемо и всегда представляется основательная возможность отличить въ справедливости гражданской и политической естественное отъ просто легальнаго.

По мнѣнію Аристотеля, измѣнчивость справедливаго отъ природы среди людей объясняется ихъ несовершенствомъ, тогда какъ измѣнчивость легальной справедливости (*díkaiotē politikḗ*) обусловлено самой сущностью послѣдней.

Противопологая общіе всѣмъ, не писанные естественные законы законамъ положительнымъ, установленнымъ каждымъ народомъ для себя, Аристотель указывалъ, что естественные законы не только дополняютъ пробѣлы положительныхъ законовъ, но должны примѣняться судьями, какъ согласныя съ правдой въ томъ случаѣ, если писанный законъ несправедливъ, не соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ дѣла ⁴⁾.

Насколько примитивно понималась затѣмъ естественность диниками, настолько возвышенный характеръ получаетъ идея естественности въ стоической философіи.

Исходя изъ того возрѣнія, что верховный божественный разумъ съ его вѣчнымъ всеорганизующимъ закономъ,

⁴⁾ Ср. Ярошъ: *Исторія идеи естественнаго права* 1881 г. с. 119 сл. Hildebrand: *Geschichte und System des Rechts—und Staatsphilosophie*. В. I 1860 г. стр. 305—306. Коркуновъ: *Исторія философіи права* 1898 стр. 47.

присущъ всему міру и проникаетъ всю природу, въ томъ числѣ и человѣческую, стоики учили, что этотъ верховный законъ природы, естественный законъ, какъ разумный міровой порядокъ, является вмѣстѣ съ тѣмъ нормой человѣческаго поведенія, высшимъ нравственнымъ закономъ. Нравственный законъ и законъ природы, столь тщательно различаемые новыми этическими ученіями, отождествляются у стоиковъ. Нравственность представляетъ собою у стоиковъ ничто иное, какъ особую форму проявленія всеобщаго закона природы, который, пронизывая міръ, устраниваетъ его и руководитъ имъ 1).

Отсюда требованіе уподобленія природѣ, требованіе, чтобы вся личная и общественная жизнь человѣка сформировалась съ разумнымъ естественнымъ закономъ (*ὁμολογεῖν τῷ ὄντι*). Въ этомъ заключается высшая добродѣтель мудреца и высшая цѣль человѣчества. Въ вѣчномъ естественномъ законѣ, независямомъ отъ человѣческой воли, а не въ правилѣ, данномъ какимъ-либо человѣческимъ авторитетомъ, заключается высшій директивъ человѣческаго поведенія, истинное право и нравственность. Съ точки зрѣнія стоической философіи законамъ человѣческимъ предоставляется нормированіе лишь тѣхъ отношеній, которыя безразличны для законовъ естественныхъ. Такъ какъ стоицизмъ не былъ ни государственнымъ, ни юридическимъ ученіемъ, то у стоиковъ мы не находимъ сколько-нибудь развитаго правового ученія и разработки естественнаго права, а лишь отрывочныя замѣчанія о согласіи или несогласіи тѣхъ или другихъ правовыхъ институтовъ съ естественнымъ закономъ.

Римъ. Идея естественнаго права (*jus naturae, jus naturale*) была воспринята римлянами отъ стоической философіи.

Воспользовавшись этой идеей для задачъ своей юриспруденціи, римскіе юристы дали ей болѣе отчетливый юридическій характеръ, обозначивъ естественное право специально тер-

1) См. Jodl: Geschichte der Ethik. 1882 г. В. I, стр. 26 сл.

миномъ „право“ (jus), тогда какъ у грековъ оно подводилось подъ расплывчатый терминъ „*dikaion*“. Въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ мы встрѣчаемъ опредѣленія естественнаго права, которыя, несмотря на свое разнообразіе, все же сходятся въ томъ, что они понимаютъ естественное право какъ право, выражающее порядокъ жизненныхъ отношеній, установленный природой, вытекающій изъ природы человѣка, вещей и отношеній, изъ естественныхъ свойствъ людей и самой сущности ихъ отношеній. Отсюда его необходимая, естественная разумность; его оправданіе лежитъ въ самомъ *naturalis ratio*. Ульманъ опредѣляетъ естественное право, какъ право, которому природа научила всѣхъ животныхъ, а не только людей. Это право установило брачное сожительство мужчины и женщины, рожденіе дѣтей, воспитаніе.

Извѣстно далѣе краснорѣчивое опредѣленіе естественнаго права Цицерономъ: „*Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus*“¹⁾.

Въ источникахъ часто естественное право (*jus naturale*) отождествляется съ общепароднымъ правомъ (*jus gentium*), какъ право, установленное естественнымъ разумомъ для всѣхъ людей и народовъ (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium*)²⁾.

Въ наукѣ даже высказано мнѣніе, что самое представленіе о естественномъ правѣ у римлянъ возникло на основѣ общепароднаго права.

¹⁾ Cicero: Pro Milone II 4, 10. Cicero: De Republica III, 22.

²⁾ Gaii Inst. I § 1. Ср. также Leist: Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts 1877 стр. 2 пр. 2. Объ отождествленіи *jus gentium* съ *jus naturale* см. также Krüger: Gesch. d. Quellen und Litteratur d. Römischen Rechts стр. 121 сл. Voigt.: Rom. Rechtsgeschichte II, стр. 21. Grimmъ: Курсы римск. права т. I, вып. II стр. 84.



Такъ Брунсъ говоритъ: „то общенародное право, *jus gentium*, которое постепенно выработалось путемъ договоровъ и постановленийъ въ сношеніяхъ римлянъ съ перегринами и для урегулированія этихъ отношеній, мало по малу связали съ той спекулятивной точкой зрѣнія, что это право установлено для всѣхъ народовъ „естественнымъ разумомъ“ (*naturalis ratio*) и поэтому оно у всѣхъ народовъ имѣетъ субсидіарное значеніе наравнѣ съ ихъ спеціальнымъ *jus civile*. Слѣдствіемъ этого было то, что стали говорить и наоборотъ, а именно: то, что представляетъ собою естественное право, должно дѣйствовать у всѣхъ народовъ, хотя бы эмпирически это всеобщее дѣйствіе и не было доказано. Такимъ образомъ отождествляли въ общемъ оба эти понятія *jus naturale* и *jus gentium*, хотя въ частностяхъ, напримѣръ въ отношеніи обонхъ этихъ правъ къ рабству, и проводили между ними различіе“¹⁾).

Такъ Ульпіанъ говоритъ, что по естественному праву всѣ рождаются свободными, рабство ему неизвѣстно, такъ какъ по естественному праву всѣ равны, и Флорентинъ замѣчаетъ, что рабство есть учрежденіе общенароднаго права (*juris gentium*), такъ какъ подчиненіе кого-либо господству другого противорѣчитъ природѣ.

Возвышенный взглядъ римскихъ на право, какъ *ars boni et aequi*, и на юриспруденцію, какъ познаніе человѣческихъ и божескихъ дѣлъ, знаніе справедливаго и несправедливаго, былъ въ значительной мѣрѣ навѣянъ идеей естественнаго права, какъ права природы или даннаго *divina*

¹⁾ Bruns: „Geschichte und Quellen, des römischen Rechts“ въ „Holzendorf's Encyklopädie“ 1873 г. Th. 1 стр. 93. Ср также Kipp: „Quellenkunde des römischen Rechts“, 1896 г. стр. 128 сл. Также Hildenbrand: „Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie“ B. 1, 1860 г. стр. 599 доказываетъ противъ Voigt'a: (Voigt: „Das jus naturale aequum, et bonum und jus gentium der Römer“), что идея естественнаго права развилась у римлянъ на почвѣ *jus gentium*, а не заимствована у Грековъ.

quaedam providentia и представляющаго собой основаніе и въ большемъ или меньшемъ объемѣ составной элементъ положительнаго правопорядка ¹⁾.

Но признавая такимъ образомъ существованіе естественнаго права, римскіе юристы собственно считали правомъ имѣющимъ общеобязательную силу лишь нормы положительнаго права, выразившіяся въ общепризнанныхъ объективныхъ формахъ, исходящія отъ общепризнанныхъ источниковъ права ²⁾. Обязательную силу естественное право имѣло у римлянъ лишь постольку, поскольку оно находило свое выраженіе въ положительномъ правѣ; естественное право (*jūs naturale, naturalis ratio*) играло у римскихъ юристовъ роль теоретическаго принципа для объясненія и оцѣнки юридическихъ отношеній и даже для вывода новыхъ нормъ положительнаго права ³⁾ (въ ихъ *responsa*), а не права, силу котораго они противопоставляли бы силѣ положительнаго права. Природа вещей, разумъ явленій, *naturalis ratio*, идея цѣли, потребность оборота, чувство права служатъ только, замѣчаетъ Регельсбергеръ, различными наименованіями одного и того же понятія. Сама жизнь съ ея наслоеніями фактовъ и потребностей научаетъ человѣка,

¹⁾ Ср. Hildenbrand: *Geschichte und System der Rechts—und Staatsphilosophie* B. I 1860 стр. 603--606. Коркуновъ: *Исторія философіи права* 1898 стр. 74 сл.

²⁾ *Gaii Inst. I § 2: Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum, edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium.* См. также Кипр: назв. соч. стр. 129. Шульцъ: *Учебникъ исторіи римск. права* 1893 стр. 86 сл. Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* стр. 154 сл. Впрочемъ, о многообразныхъ значеніяхъ термина „*jus*“ у римлянъ см. Ehrlich: *Beiträge zur Théorie der Rechtsquellen.* Berlin 1902. Th. I.

³⁾ См. напр. *Dig. 48. 20, 7 pr: Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret... propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est.* Ср. также замѣчанія Коркунова о естественномъ правѣ у римскихъ юристовъ. *Исторія философіи права.* 1898 г. стр. 73 сл.

одареннаго стремленіемъ къ нравственному порядку и указываетъ ему пути для образованія права ¹⁾.

Правда, мы находимъ у Цицерона весьма рѣзко выраженное общее утвержденіе объ обязательной силѣ естественно-правовыхъ нормъ, притомъ высшей въ сравненіи съ положительнымъ правомъ ²⁾, но это утвержденіе знаменитаго оратора не согласимо со всѣмъ положительнымъ характеромъ римской юриспруденціи и, какъ замѣчаетъ Бергбоhmъ, подобныя выраженія Цицерона являются собственно ораторскимъ приѣмомъ адвоката и, добавимъ мы, философствующаго моралиста, а не мнѣніемъ римскаго юриста ³⁾.

Мы склоняемся къ мнѣнію, что философская идея естественнаго права въ общемъ мало повліяла на развитіе положительнаго римскаго права.

Римскіе юристы были въ своемъ юридическомъ мышленіи весьма самостоятельны, крайне практичны и положительны.

Образованіе и разработка права совершались у нихъ не подъ вліяніемъ какихъ-либо абстрактныхъ принциповъ и идеаловъ, но съ замѣчательной послѣдовательностью на чисто эмпирическихъ основахъ, подъ вліяніемъ весьма реальныхъ условій и интересовъ текущей практической жизни. Это право изъ узко-національнаго и суроваго, какимъ оно было первоначально, дѣлалось все болѣе эластичнымъ и проникалось общечеловѣческими элементами не столько

¹⁾ Регельсбергеръ: Общее ученіе о правѣ. Рус. перев. стр. 19. Въ частности, относительно „ratio naturalis“ см. Leist. Graeco-italische Rechtsgeschichte 1884 г. стр. 663. Leist утверждаетъ происхожденіе и аналогичное значеніе римскаго „ritus“, „ratum“, „ratio“, „naturalis ratio“ отъ древне-арійскаго „Rita“, означавшаго вѣчный міровой порядокъ, естественный земной порядокъ человѣчества, его жизненныхъ и нравственныхъ отношеній. См. также Leist: Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts. 1877 г. стр. I—14, 190 сл. о значеніи понятій: natura rei, naturalis ratio, и aequitas у римлянъ.

²⁾ Cicero: De Republica III 22; De Legibus II, 4.

³⁾ Bergbohm: Назв. соч. стр. 154 стр. 9.

подъ вліяніемъ какихъ-либо абстрактныхъ гуманитарныхъ идей, какъ думаютъ нѣкоторые, сколько въ силу необходимыхъ требованій жизни, быстро развивающагося экономическаго оборота и мощнаго роста всего государственнаго организма Рима, поставленнаго въ необходимость урегулировать правовыя отношенія массы различныхъ общественныхъ элементовъ и цѣлыхъ народностей, которыя онъ въ себя включилъ или съ которыми вошелъ въ тѣсныя отношенія. Со свойственнымъ имъ юридическимъ гениемъ римляне умѣли старыя правовыя нормы приспособлять къ новымъ отношеніямъ и находить необходимыя данныя для компромисса интересовъ, надлежащее правовое выраженіе для разнообразныхъ практическихъ требованій постоянно развивающагося общественнаго оборота, не мѣняя при этомъ рѣзко формъ существующаго права.

Реформа гражданского права шла у нихъ шагъ за шагомъ, путемъ тонкой казуистической разработки дѣйствующаго права, выработки новыхъ правоположеній при посредствѣ анализа жизненныхъ отношеній, а не вытекала изъ философскихъ идей, широкихъ правнополитическихъ принциповъ, какъ мы это встрѣчаемъ въ реформаторской дѣятельности новѣйшихъ народовъ.

Римскіе юристы охотно пользовались философскими идеями справедливости и естественнаго права для санкціи, оправданія тѣхъ выводовъ, къ которымъ они приходили непосредственно логическимъ путемъ, оперируя надъ постановленіями положительнаго права, и анализируя тѣ или другія жизненныя отношенія, подводимыя подъ это право¹⁾, но дальше самыхъ общихъ опредѣленій естественнаго права

¹⁾ Ср. Данквартъ: „Гражданское право и общественная экономія“, Перев. Цитовича 1866 г. стр. 160 „Когда нужно оправдать юридическую норму ея логическимъ основаніемъ т. е. аксіомой противорѣчія, римскіе юристы употребляютъ обыкновенно эпитетъ «*naturalis ratio*»“. Ср. Коркуновъ: Лекціи по общей теоріи права. 1894 г. § 15. Естественное право римскихъ юристовъ.

и ссылок на него они не шли и разработкой нормъ, а тѣмъ болѣе построениемъ цѣлыхъ естественноправовыхъ системъ, не занимались. Вліяніе идеи естественнаго права отразилось у нихъ главнымъ образомъ на теоретическомъ формулированіи нѣкоторыхъ нравственныхъ принциповъ права, въ родѣ „*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*“, или „*jus est ars boni et aequi*“, въ стремленіи провести въ право нѣкоторыя предписанія стоической этики и систематизировать правовые институты на основаніи общихъ принциповъ, лежащихъ въ основаніи ихъ ¹⁾. Слѣдуетъ поэтому признать болѣе справедливымъ мнѣніе тѣхъ ученыхъ, которые полагаютъ, что естественное право играло у римскихъ юристовъ, если не „почти исключительно“, какъ думаетъ Гирке, то въ огромной мѣрѣ лишь роль вышшаго украшения и не затрагивало внутренней структуры ихъ національнаго права ²⁾. Преувеличеннымъ, является высказываемое нѣкоторыми мнѣніе о важности вліянія идеи естественнаго права на римскую юриспруденцію. „Эта идея, говоритъ на примѣръ проф. Ярошъ, широко распахнула передъ юриспруденціей двери дѣйствительной жизни, она дала возможность видѣть и изучать въ субъектѣ права живого человѣка, въ нормахъ права—дѣйствительную жизнь; она сдѣлала римскихъ правовѣдовъ юристами въ истинномъ смыслѣ этого слова; она обусловила своимъ вліяніемъ и дѣйствіемъ то, что римское право стало не только правомъ римскаго народа и государства, но правомъ общимъ, писаннымъ разумомъ“ ³⁾.

¹⁾ Ср. Хвостовъ: *Исторія римс. права 1903*, стр. 186 сл. См. также G. Grupp: *Kulturgeschichte der römischen Kaiserzeit I B.* ss. 507—511; *Naturrecht*.

²⁾ См. Также Gierke: *Naturrecht und deutsches Recht 1883* г. стр. 17, 18. R. Franck: *Naturrecht, Geschichtl. Recht und sociales Recht 1891*, стр. 7. Муромцевъ: *Очерки общей теоріи гражданскаго права* стр. 300 сл. Ср. также Hildenbrand: *назв. соч.* стр. 593 сл.

³⁾ Ярошъ: *Исторія идеи естественнаго права* стр. 263—264.

§ 4. Естественное право въ средніе вѣка.

Изъ античнаго міра идея естественнаго права переходитъ и въ умственный міръ средневѣковья. И въ эту эпоху она впервые принимаетъ боевой характеръ, такъ какъ ею пользуются представители различныхъ политическихъ теченій въ борьбѣ противъ того или другаго правового уклада.

Такъ она играетъ видную роль въ борьбѣ церковной и свѣтской власти и въ борьбѣ крѣпящей монархіи съ феодализмомъ и сословными притязаніями. Въ своихъ опредѣленіяхъ естественнаго права средневѣковые юристы-романисты слѣдуютъ за римскими юристами¹⁾; но теологизирующая мысль средневѣковья ищетъ источникъ естественнаго права въ трансцендентномъ началѣ. Древніе сливали природу и божество, разумъ природы и разумъ божества, въ средніе вѣка отдѣляютъ природу, какъ твореніе, отъ Бога, какъ творца. Соответственно съ этимъ источникъ, по крайней мѣрѣ непосредственный, естественнаго права видятъ не въ самой природѣ, а въ Богѣ.

Источникомъ естественнаго права признаются Божественные Разумъ и Воля. Нормы естественнаго права или непосредственно объявляются Богомъ въ откровенномъ законѣ, въ правилахъ религіи, или заложены имъ въ душѣ человѣка и разумѣ его, представляющемъ собою отраженіе божественнаго разума.

Такъ знаменитый представитель средневѣковой теологіи и философіи, Тома Аквинскій училъ, что законъ естественный, предназначенный для земныхъ цѣлей человѣка, какъ разумнаго существа, участвующаго въ нравственномъ порядкѣ вселенной, есть отраженіе вѣчнаго закона т. е. Божественнаго Разума въ явленіяхъ природы и въ душѣ че-

¹⁾ О пониманіи естественнаго права въ средніе вѣка см. особенно Грабарь: *Римское право въ исторіи международныхъ отношеній* 1901, стр. 62 сл.

ловѣка (хотя и помраченной грѣхопадениемъ) въ формѣ самоочевидныхъ истинъ и установленныхъ наклонностей.

Средневѣковые писатели установили тройкое дѣленіе права: право естественное, божественное и человѣческое. Но такъ какъ они обыкновенно утверждаютъ, что естественное право не только исходитъ отъ Бога, но и непосредственно раскрывается Богомъ въ правилахъ религіи, въ откровенныхъ законахъ, то при такихъ воззрѣніяхъ право естественное (*jus naturale*) у нихъ сливается собственно съ такъ называемымъ правомъ божественнымъ (*jus divinum*) и разграничить эти два вида права имъ, несмотря на всѣ старанія не удалось ¹⁾.

Извѣстный основатель науки церковнаго права, Граціанъ (12 в.), опредѣляя естественное право, какъ „*jus naturale est commune omnium nationum eo quod ubique instinctu naturae non constitutione aliqua habetur*“... опредѣляетъ въ тоже время его и какъ право, которое содержится въ законѣ Моисеевомъ и Евангельскомъ. То же утверждали о естественномъ правѣ и другіе канонисты и богословы ²⁾. Это ученіе о божественномъ правѣ, имѣющемъ высшую обязательную силу, нежели всякое свѣтской властью установленное право, церковь съ успѣхомъ примѣняла въ борьбѣ за свой суверенитетъ съ государствомъ, стремясь принизить власть государства и его право, какъ власть и право низшаго порядка, и подчинить ихъ своему господству ³⁾.

Съ реценціей римскаго права на западѣ преклонявшіеся передъ нимъ юристы находили выраженными въ

¹⁾ Ср. Bergbohm: стр. 260 сл. и прим. 37. .

²⁾ Декреталистъ Паукапалья опредѣляетъ естественное право, какъ появившееся вмѣстѣ съ разумными созданіями, высшее, неизмѣнное право, содержащееся въ законѣ (Моисеевомъ) и Евангеліи, запрещающее другимъ то, чего не хочешь себѣ, и предписывающее другимъ дѣлать то, чего самъ себѣ желаешь. См. Грабарь: Римское право въ исторіи международноправовыхъ ученій, 1901, стр. 102 сл.

³⁾ См. нашу раб. „Суверенитетъ“, 1903, ч. I, стр. 47 сл.

принципахъ и положеніяхъ римскаго права тѣ совершенныя начала права, которыя они искали въ правѣ естественномъ. Римское право—этотъ писанный разумъ „*rato scripta*“ является той высшей инстанціей, къ которой обращаются средневѣковые юристы, въ немъ черпаютъ они матеріалъ для своихъ ученій.

И въ новые вѣка философы рационалисты 17 и 18 в. сплошь и рядомъ вводятъ въ свои отвлеченныя системы права подъ видомъ естественно-правовыхъ нормъ положенія римскаго права, какъ они заимствовали и положенія стараго германскаго права ¹⁾.

§ 5. Рациональное естественное право въ философіи новаго времени.

Религіозныя и политическія движенія 16 и 17-го вѣка выдвигаютъ новое рационалистическое ученіе о естественномъ правѣ, полный расцвѣтъ котораго наступаетъ въ 18 вѣкѣ. Философская мысль освобождается отъ средневѣковой теологіи и схоластики.

„Если до сихъ поръ, замѣчаетъ Паульсенъ, употребляя выраженіе Канта, философія, какъ служанка теологіи, несла шлейфъ своей госпожи, то теперь она несетъ факель какъ передъ ней, такъ и передъ медициной и юриспруденціей“ ²⁾.

Въ противоположность теологическому догматическому направленію среднихъ вѣковъ развивается на основахъ

¹⁾ Stintzing: *Geschichte d. deutschen Rechtswissenschaft*, стр. 288
сл. Gierke: *Deutsches Privatrecht*, 1895 г. стр. 21. Aguiléra: *L'idée du droit en Allemagne*, стр. 27. Даже во второй половинѣ 19 в. учёный Lentz въ своёмъ трудѣ „*Ueber die geschichtl. Entstehung des Rechts*“ (1854) утверждалъ, что есть „абсолютное право“ и это право римское. См. Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* стр. 283, прим. 9.

²⁾ Ф. Паульсенъ: *Германскіе университеты* (Рус. пер. Гроссмана) 1904 г. стр. 41.

философiи Декарта (съ 17 в.) новое раціоналистическое догматическое направлєніе.

Изъ установленныхъ самосознаніемъ человѣка, его мышленіемъ, аксіомъ, абсолютно достовѣрныхъ принциповъ выводятся логически всѣ дальнѣйшія непререкаемыя положенія. Cogito ergo sum—соотвѣтственно съ этимъ раціоналистъ могъ сказать: cogito и открываю неизмѣнныя естественныя правовыя начала человѣческой жизни. Мы имѣемъ здѣсь не менѣе строгій догматическій образъ мышленія, чѣмъ въ теологiи, съ той лишь разницей, что здѣсь догматы произведены человѣческимъ разумомъ, а не даны непосредственно объективной природой, а тѣмъ болѣе вѣдшимъ авторитетомъ. Этому субъективному раціоналистическому догматизму, говоритъ Паульсенъ, былъ проложенъ путь реформацией...

Но, какъ мы замѣтили выше, этотъ путь сталъ пролагаться еще ранѣе. Еще въ эпоху возрожденія проявляется то рѣзко выраженное индивидуалистическое движеніе которое направлено на освобожденіе личности, отъ сковывавшихъ его жизнь, его мысли и чувства всякихъ средневѣковыхъ авторитетовъ и особенно подавляющей опеки церкви. Начинается реабилитация „человѣческой природы“ ¹⁾.

Различается путь для свободнаго изслѣдованія, независимаго отъ теологiи и схоластической философи.

Постепенно готовится то раціоналистическое ученіе о правѣ и государствѣ 17 и 18-го вѣковъ, которое объявляетъ самосознаніе и мышленіе личности, свободный здравый разумъ человѣческой, единственнымъ вѣрнымъ источникомъ абсолютныхъ истинъ и абсолютнаго естественнаго права, а свободную волю индивидовъ единственной вершительницей ихъ судьбы и устроительницей общественнаго строя. Вѣра

¹⁾ Объ освободительномъ движеніи эпохи возрожденія см. А. Н. Фатѣевъ. Очеркъ развитія индивидуалистическаго направленія въ исторіи философи государства ч. I, 1904, гл. IV.

во всемогущество субъективного человеческого разума достигает такой степени, что общество людей, рассматриваемое лишь как механическая совокупность свободных самостоятельных индивидовъ, признается способнымъ въ каждый данный моментъ перестроить весь общественный и государственный строй на совершенно новыхъ основахъ начертанныхъ разумомъ, не считаясь съ независимыми отъ человеческой воли факторами общественной жизни, съ исторически унаследованномъ укладомъ общественныхъ отношений.

Разъ положительное право, общество и государство признавались не продуктомъ исторически-закономѣрнаго развитія общественной жизни, а произвольнымъ созданиемъ индивидовъ. почему было не вѣрить въ волшебныя преобразовательныя силы индивидовъ, способныхъ радикально перестроить весь общественный строй въ любой моментъ на любыхъ основаніяхъ. „Въ великихъ философскихъ системахъ Декарта, Гоббеса, Спинозы, Лейбница, разумъ ставитъ себѣ задачу построить на основаніи всѣхъ наукъ, систему мира чистого рациональнаго характера. Рационализмъ въ самомъ общемъ смыслѣ этого слова есть ничто иное, какъ увѣренность въ томъ, что разумъ можетъ безъ Библии и Аристотеля, безъ всякихъ предположеній, кромѣ тѣхъ, которыя создаются научнымъ изслѣдованіемъ и логической необходимостью, построить всеохватывающую систему доказуемыхъ истинъ, въ которую вошли бы безъ остатка Богъ и природа, жизнь и исторія“¹⁾.

Въ этой рационалистической философіи 17 и 18-го в. правый разумъ (*recta ratio*) человеческій объявляется непосредственнымъ источникомъ естественнаго права²⁾, хотя

¹⁾ См. Ф. Паульсенъ: Иммануиль Кантъ, его жизнь и ученіе. Переводъ съ нѣмецкаго Н. Лоссекаго, 1899 г. Введение стр. 18.

²⁾ Еще Винклеръ въ 1615 г. утверждалъ, что „*ratio est fons juris humani*“. О зачаткахъ рационалистическаго естест. права въ средневѣковой схоластикѣ см. Gierke: *Joh. Althusius*: 1902 г. стр. 74.

въ сущности и въ рационалистической доктринѣ разумъ является не столько источникомъ, творцомъ права, сколько единственнымъ вѣрнымъ средствомъ къ раскрытію независимо отъ него существующаго права, необходимо обусловленнаго чувственной человѣческой природой.

Уже въ работахъ писателей XVI и начало XVII столѣтія какъ-то: Ольденборна, Гемминга, Пвана Альтузія, Винклера развивается рационалистическое ученіе о правѣ, а со времени знаменитой работы, такъ называемаго „отца рационалистическаго естественнаго права“, Гуго Гроція „О правѣ войны и мира“ 1625 г. одна за другой появляется цѣлый рядъ рационалистическихъ теорій естественнаго права и государства (Гоббсезъ, Локкъ, Спиноза, Пуффендорфъ, Томазій, Лейбницъ, Вольфъ, Руссо...)

На основаніи апріорныхъ и самыхъ общихъ соображеній о природѣ человѣка, его основныхъ свойствахъ и естественныхъ влеченіяхъ, устанавливають абсолютные принципы права и государственнаго строя. Слѣдуя такъ называемому универсальному методу математической дедукціи Декарта, логически выводятся затѣмъ (*continuo filo rationationis deducuntur*) рядъ положеній, и создаются такимъ образомъ цѣлыя рационалистическія системы права и государства. Устанавливаются какъ объективныя нормы права разума, такъ и прирожденные и неотъемлемыя права человѣка и гражданина.

Рационалистическая философія естественнаго права въ отличіе отъ древней и средневѣковой философіи обосновываетъ естественное право не на общихъ законахъ объективной природы, и не на откровеніи Божества, а антропоцентрически на познаваемой здравымъ разумомъ сущности человѣка, его своеобразной разумной и чувственной природѣ.

Въ послѣднемъ отношеніи исключеніе представляетъ лишь Спиноза, который въ своей философской системѣ обосновываетъ естественное право на законахъ міроваго цѣлаго, и отождествляетъ естественное право съ законами природы.

какъ они необходимо проявляются въ естественной мощи, въ свойствахъ человѣка и дѣятельныхъ силахъ каждаго существа и въ томъ числѣ человѣка.

Поэтому рыбы имѣютъ естественное право плавать, а крупныя рыбы—пожирать мелкихъ.

Человѣкъ имѣетъ естественное право на все то, что онъ при помощи своихъ природныхъ силъ въ состояніи совершить (*Summum jus ad omnia quae potest*) ¹⁾.

Эти выводы о естественномъ правѣ согласуются, по мнѣнію Спинозы, и съ опытомъ. „Если бы природа человѣческая, говоритъ Спиноза, была такова, что люди въ своемъ поведеніи подчинялись бы велѣніямъ разума, тогда естественный законъ въ приложеніи къ нимъ означалъ бы господство разума. Но люди меньше руководствуются разумомъ, чѣмъ слѣблыми желаніями; а потому ихъ естественное право опредѣляется не разумомъ, а всякаго рода *наклонностями* и влеченіями „аппетитами“, источникъ которыхъ—человѣческія страсти. Мы не можемъ установить существеннаго различія между желаніями, создаваемыми разумомъ, и желаніями, вызванными другими причинами. Мудрый человѣкъ и невѣжественный одинаково являются частью природы; все опредѣляющее ихъ дѣятельность должно быть отнесено къ ихъ природѣ; слѣдуетъ ли человѣкъ разуму или страстямъ, онъ одинаково ничего не дѣлаетъ иначе, какъ въ согласіи съ законами и правилами природы, то-есть согласно съ естественнымъ правомъ“ ²⁾.

Иначе смотрѣли на естественное право всѣ прочіе философы рачіоналисты.

Гуго Гроцій опредѣляетъ естественное право „какъ предписаніе праваго разума, указывающаго, что извѣстному дѣйствию присуще нравственное безобразіе или нравствен-

¹⁾ *Per Jus... Naturae, intēlligo naturae leges seu regulas, secundum quas omnia fiunt, hoc est ipsam naturae potentiam. Tractatus politicus c. 2, § 4; Tract theol. pol. cap. XVI.*

²⁾ *Spinoza Tractatus politicus c. II § 5.*

ная необходимость въ зависимости отъ его согласія или несогласія съ разумной и общежительной природой человѣка, и что поэтому дѣйствіе это запрещается или предписывается творцомъ природы“¹⁾.

Точно такъ же Пуффендорфъ выводитъ естественное право только изъ указанія праваго разума, *ex solo rectae rationis dictamine*, какъ необходимую норму, которую разумъ человѣческій усматриваетъ въ человѣческихъ отношеніяхъ, какъ согласную съ разумною и общежительною природою человѣка. Такъ же выводили естественное право и другіе рационалисты. „*Jus naturae cognoscitur*“ говоритъ Томазіи, „*ex ratiocinatione animi tranquilli*“. Право, говоритъ Гоббесъ, означаетъ ничто иное, какъ свободу, которую каждый имѣетъ, пользоваться естественными способностями согласно съ правымъ разумомъ. Будучи само по себѣ истиннымъ и совершеннымъ, какъ указаніе праваго разума, вытекающимъ изъ разумной и чувственной природы человѣка, естественное право не нуждается въ санкціи какого-либо внѣшняго и даже божественнаго авторитета, оно существуетъ само по себѣ, неизмѣнное и вѣчное.

Г. Гроціи замѣчалъ, что естественное право до такой степени неизмѣнно, что даже Богъ не можетъ измѣнить его, какъ не можетъ измѣнить онъ математическую истину, что дважды два = равно четыремъ. Естественное право существовало бы и въ томъ случаѣ, если бы кощунственно предположить, что Бога нѣтъ²⁾.

¹⁾ H. Grotii: De Jure belli ac pacis libri tres L. 1 c. 1 § 10. 1.

²⁾ H. Grotii: De jure belli ac pacis L. I, c. 1, § 10, 5, тамъ же Prolegomena § 11, 12. Также позже Лейбницъ: Op. amn. ed. D. IV, 3 fol. 273. Всѣ эти сужденія о независимости естест. права отъ божественной санкціи не мѣшали, впрочемъ, Гуго Гроцію и многимъ другимъ рационалистамъ 17 и 18 в. признавать вмѣстѣ съ тѣмъ, что нормы естественнаго права въ основѣ своей даны Богомъ, какъ творцомъ всей вселенной. Это была уступка религіознымъ воззрѣніямъ времени, и Богъ здѣсь являлся отдаленнымъ, а не ближайшимъ источникомъ естественнаго права.

Такимъ образомъ въ рационалистическомъ ученіи о правѣ право отграничивается отъ религіи и ея правилъ. Между прочимъ, Христіанъ Томазіи, энергично протестовавшій противъ государственной опеки въ области нравственныхъ отношеній, противъ вторженія принудительной силы во внутреннюю нравственную сферу личности, впервые пытается тщательно размежевать и сферы права и морали ¹⁾. Онъ утверждаетъ, что право, какъ правило справедливаго („*justum*“ по терминологіи Томазія) опредѣляетъ взаимныя внѣшнія отношенія людей въ интересахъ поддержанія внѣшняго мира; поэтому оно устанавливаетъ лишь отрицательныя обязанности, именно обязанности воздержанія отъ дѣйствій, наносящихъ вредъ другимъ лицамъ ²⁾.

Устанавливая такого рода обязанности въ отношеніи къ другимъ, право выступаетъ въ жизни, какъ приказъ, поддерживаемый принужденіемъ со стороны государственной власти. Нравственность же, какъ правила честнаго (*honestum*), устанавливаетъ обязанности положительныя по отношенію къ самому себѣ по принципу: дѣлай себѣ то, что желаешь, чтобы и другіе тебѣ дѣлали.

Относясь къ внутреннему міру человѣка, не касаясь внѣшней сферы другихъ, нравственное правило имѣетъ характеръ совѣта, поученія, а не можетъ быть приказомъ подлежащимъ принудительному осуществленію: сфера нравственнаго поэтому должна быть свободна отъ вторженія права и власти.

Въ естественноправовой философіи рационалистовъ естественное право является основаніемъ общественнаго и государственнаго строя, и положительный правопорядокъ государства призванъ осуществлять и охранять принципы естественнаго права.

¹⁾ У послѣдующихъ философовъ (Лейбница и Вольфа) граница между правомъ и моралью вновь ступовывается.

²⁾ *Fundamenta juris naturae et gentium* L. I, c. 6. 42 („*Scil. primum principium Justi*“): (*Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*).

Человѣкъ разсматривается самъ по себѣ, какъ абстрактный индивидъ, изолированная личность, внѣ всякаго воздѣйствія среды и историческихъ условій. Получается такимъ образомъ понятіе совершенно свободнаго и автономнаго индивида и оно полагается, какъ мы говорили, въ основу естественноправовыхъ конструкций. Путемъ договора о соединеніи въ общество и организаціи общественной власти индивиды создаютъ государство, вѣдѣніемъ котораго, положительнымъ законамъ, они обязуются подчиняться, какъ это указано въ договорѣ; цѣлью же договора является обезпеченіе естественныхъ правъ индивида и разумныхъ цѣлей человѣка. Самые законы государства должны воплощать въ себѣ неизмѣнные принципы права разума, обязательные для всякой государственной власти. Ученіе философовъ-раціоналистовъ естественноправовой доктрины имѣетъ индивидуалистическій характеръ. Индивидъ, его разумъ, прирожденныя свойства, влеченія и цѣли, его естественныя права, полагаются въ основу права и государства. Отсюда защита индивидуальной и политической свободы со стороны многихъ либеральныхъ представителей раціоналистической доктрины, но отсюда же крайне атомистическій и механический характеръ новыхъ естественноправовыхъ системъ обществъ и государствъ, чрезвычайно облегчавшій также построенія и крайне абсолютистскихъ государственныхъ учений (какъ напр. у Гоббеса).

Общество это механическая сумма индивидовъ. Государство—продуктъ свободнаго соглашенія индивидовъ, механизмъ искусственно созданный людьми; но у абсолютистовъ въ дальнѣйшемъ построеніи этого механизма индивиды оказывались безвозвратно и всецѣло скованными имъ. Созданное государство поедощаетъ создавшихъ его.

Основные свойства человѣческой природы, которыя полагались въ основу естественноправовыхъ дедукцій различныхъ писателей, были различны.

У Гуго Гроція признается такимъ свойствомъ appetitus societatis, стремленіе къ общежитію, у Гоббеса—страхъ и эгоизмъ, производящіе борьбу всѣхъ противъ каждаго, отсюда самосохраненіе указываетъ, что „prima et fundamentalis lex naturae est quaerendam esse pacem, ubi haberi potest; ubi non potest, quaerenda esse belli auxilia“; у Спинозы—естественная мощь и самосохраненіе, у Пуффендорфа—стремленіе къ мирному общежитію, основанное на собственномъ интересѣ каждаго; у Томазія—влеченіе къ благополучію, у Лейбница (и первоначально у Томазія)—любовь; у Вольфа—стремленіе къ усовершенствованію; у Локка—естественная свобода индивида („Люди отъ природы свободны, равны и независимы“); у Руссо и демократовъ второй половины 18 вѣка—моральное и политическое равенство и свобода, какъ необходимыя требованія человѣческой природы.

Штаммлеръ утверждаетъ ¹⁾, что Руссо впервые совершенно отрѣшаетъ вопросъ объ основаніи естественнаго права отъ изслѣдованія природы *человѣка*; а именно онъ стремится установить, что не природа *человѣка*, а идея *права* должна служить руководящимъ началомъ для разрѣшенія задачъ общественной жизни.

До Руссо стремились, утверждаетъ Штаммлеръ, выяснитъ содержаніе права, соответствующее природѣ *человѣка*, а Руссо напротивъ стремится выяснитъ это содержаніе сообразно природѣ самого права.—Мы не видимъ основаній для такого различія между исходной точкой зрѣнія на естественное право Руссо и его предшественниковъ.

Правда, Руссо самую организацію правоваго строя выводитъ изъ существа и цѣли правоваго акта, общественнаго договора, и говоритъ, что *общественный договоръ* является священнымъ правомъ, которое служитъ основаніемъ для всѣхъ другихъ, и это право вытекаетъ не изъ природы, а изъ соглашеній. Нужно, следовательно, изслѣдовать при-

¹⁾ Stammler: Lehre v. d. richtigen Rechte 1902, стр. 97.

роду самаго соглашения, природу общественнаго договора, чтобы познать сущность государственныхъ законовъ ¹⁾).

Но дѣло въ томъ, что самый этотъ общественный договоръ обоснованъ у Руссо указываемыми имъ свойствами человѣческой природы, а именно „естественной силой, направленной къ самосохраненію и естественной свободой человѣка“ ²⁾). Самъ Руссо категорически утверждаетъ необходимость изученія человѣческой природы для истиннаго опредѣленія естественнаго права и права вообще ³⁾). Отличаясь во многомъ другомъ отъ доктрины предшественниковъ, доктрина Руссо не отличается отъ нихъ существенно въ способъ обоснованія естественнаго права. То различіе, о которомъ говоритъ Штаммлеръ, появляется впервые у Канта, который, заимствуя у Руссо его идею правового равенства и свободы, даетъ однако иную постановку проблемъ естественнаго права, выясняя основанія права не путемъ соображеній естественныхъ свойствъ и природы человѣка, а на основѣ анализа нормъ человѣческаго поведенія, законовъ его нормальнаго, нравственнаго сознанія, практическаго разума.

Изъ права непосредственно даннаго природою или открываемаго людямъ Богомъ (основная точка зрѣнія древней и средневѣковой философіи), естественное право въ рационалистической философіи новаго времени превращается въ право, выводимое здравымъ разумомъ логически изъ сужденій о свойствахъ и естественныхъ склонностяхъ человѣка. Но разумъ является здѣсь еще не столько источникомъ естественнаго права, сколько средствомъ къ его познанію, независимо отъ того, признавали-ли это право врожденнымъ человѣку, или, какъ это утверждали представители эмпирическаго направленія, познаваемымъ по-

¹⁾ *Contra social.* L. I, ch. I; L. II, ch. VI.

²⁾ См. L. I, ch. VI.

³⁾ См. *Ego: Discours sur l'origine de l'inégalité...* Préface.

степенно путемъ опыта. Поэтому натуралистическая концепція естественнаго права, какъ права вытекающаго изъ законовъ природы или же изъ разумночувственной природы человѣка, сохраняется и въ новой рационалистической философіи, но пріобрѣтаетъ въ ней въ отличіе отъ древней философіи болѣе антропоцентрической характеръ, такъ какъ понятіе о своеобразномъ абстрактномъ естественномъ индивидѣ является основою всѣхъ сужденій о естественномъ правѣ ¹⁾. Лишь философія Канта измѣнила характеръ ученія о рациональномъ естественномъ правѣ.

§ 6. Право разума въ философіи Канта.

Преобразовательная во всѣхъ сферахъ человѣческой мысли роль критической философіи Канта сказалась и въ новой постановкѣ проблемы права. Кантъ совершенно оставляетъ натуралистическую концепцію права, при которой право выводилось изъ существа объективной природы, изъ природы вещей или отношеній, или даже изъ разумночувственной природы естественнаго индивида рационалистовъ. Кантъ стремится объяснить право и нравственность не изъ сущности вещей и природы человѣка, такъ какъ онъ самъ доказалъ теоретическую непознаваемость „вещей, самихъ въ себѣ“, но исключительно изъ законовъ практическаго разума, проявляющихся въ нравственно-автономной волѣ. Категорія бытія и долженствованія у Канта рѣзко разграничивается. Изъ апріорно принятаго Кантомъ принципа свободы воли и ея закона всеобщаго долженствованія, какъ чисто формальнаго начала, независимаго отъ всякаго эмпирическаго содержанія и эмпирическихъ условій образованія и осуществленія ²⁾, выводится все ученіе о правѣ и

¹⁾ Ср. также Aguilera: назв. соч. стр. 44 сл.

²⁾ Ср. Кн. Е. Н. Трубецкой: Новое изслѣдованіе о философіи Канта и Гегеля. Журн. „Вопросы психологіи и философіи“, кн 61, стр. 594 сл.

правственности. Практический разумъ есть общій источникъ и права и нравственности. Практический же разумъ есть свободная воля, т. е. способность хотѣть и дѣйствовать согласно съ разумомъ въ силу сознательныхъ представлений и ясныхъ основаній ¹⁾).

Автономная воля является основаніемъ этическихъ нормъ и права, но это—воля разумная, подчиненная верховенству разума, его категорическому императиву, закону всеобщаго долженствованія, который предписываетъ волѣ ея ограниченіе.

Итакъ законъ разума, выраженный въ волѣ,—вотъ источникъ права и нравственности у Канта. Интеллектуализмъ Канта выражается въ установленіи чисто логическаго критерія всеобщаго нравственнаго закона.

Рациональное право у Канта болѣе чѣмъ у кого бы то нибыло дѣйствительно является правомъ разума. Это „чистые принципы права“, какъ ихъ называетъ самъ Кантъ. Эти „чистые принципы“ являются чисто формальными принципами, такъ какъ они указываютъ лишь общія формальныя условія человѣческаго поведенія, но не опредѣленное содержаніе этого поведенія.

Категорическій императивъ лишь гласитъ: поступай такъ, чтобы (субъективный) основной принципъ (максима) твоего поведенія могъ быть признанъ съ точки зрѣнія твоего разума въ качествѣ закона для всѣхъ т. е. (объективнаго) всеобщаго закона. Этотъ верховный принципъ выражается въ области права, т. е. въ сферѣ внѣшнихъ отношеній людей, въ правилѣ дѣйствовать такъ, чтобы произволъ каждаго совмѣщался съ произволомъ всѣхъ другихъ.

Соотвѣтственно съ этимъ Кантъ опредѣлилъ право, какъ совокупность условій (формъ), при которыхъ произ-

¹⁾ См. Kuno Fischer: Immanuel Kant und seine Lehre. Geschichte d. n. Philosophie B. IV, Th. II. 1889 s. 59. Cp. Aguiléra: назв. соч. стр. 50.

воля одного может совмѣщаться съ произволомъ другого по общему закону свободы.

Эта свобода, совмѣщаемая по общему закону со свободою другихъ, и представляетъ собою, какъ утверждаетъ Кантъ, единственное, прирожденное естественное право, принадлежащее каждому человѣку именно въ силу его чело-вѣчности (Menschheit) ¹⁾.

Но такъ какъ морально опредѣляется также и прежде всего внутреннее пользованіе свободою, а правомъ лишь—внѣшнее пользованіе ею, то право поэтому необходимо поддерживается принужденіемъ, а нравственность не допускаетъ его. Кантъ поэтому даже опредѣляетъ право и какъ „возможность общаго и взаимнаго принужденія, совмѣщающагося по универсальнымъ законамъ со свободой каждаго“.

Эта возможность и гарантируется государствомъ, обществомъ людей живущихъ подъ законами права, т. е. исключительно государство у Канта является поддержаніемъ, охраной права.

Говоря объ этомъ разграниченіи Кантомъ области морали отъ области права, Анри Мишель совершенно справедливо замѣчаетъ: „Такъ завершается въ сочиненіяхъ Канта теорія естественнаго права въ томъ видѣ, какое она получила въ новѣйшія времена.“

Отдѣленное Гроціемъ отъ теологіи и Томазіемъ отъ морали, естественное право было связано снова съ ними Лейбницемъ и Вольфомъ. Кантъ вернулъ свободѣ подобающее ей мѣсто и этимъ завершилъ громадное дѣло, такъ какъ въ этомъ именно находится жизненный нервъ всего индивидуализма и линія раздѣла между теоріями государства, ставящими цѣлью господство права, и теоріями, возлагающими на государство полицейскую обязанность или провиденціальную миссію по отношенію къ гражданамъ. Но

¹⁾ См. Kant: Metaphisik der Sitten: Einleitung in die Rechtslehre.

эта „линія раздѣла“ до крайности прямая и рѣзкая, это чисто формальное понятие свободы и привело къ тому, что „правовое государство“ у Канта уподобляется часовому, охраняющему права гражданъ отъ посягательствъ“¹⁾.

Идти дальше въ такой, совершенно отрѣшенной отъ дѣйствительности, отъ жизненныхъ функцій права, формальной концепціи правового порядка нельзя уже болѣе²⁾. Естественноправовая доктрина въ своемъ рационалистическомъ абстрактномъ направленіи въ этомъ отношеніи достигла высшей точки своего развитія, и необходимо долженъ былъ наступить поворотъ къ болѣе положительному воззрѣнію на право, спусхожденіе съ заоблачныхъ высотъ философской спекуляціи къ низинамъ реальной жизни.

Необходимость этого не могъ не сознавать и геній самого кейнгербергскаго философа. Онъ и дѣлаетъ самъ этотъ поворотъ³⁾, пытается, хотя и не удачно, примирить свои абстрактные „чистые принципы права“ съ правовою дѣйствительностью. Признавая право естественное апріорно данными нормами разума, независимыми отъ государства и для него непреложными, онъ въ то же время утверждаетъ, что это право разума получаетъ свое дѣйствительное значеніе, свою санкцію и осуществленіе, лишь обращаясь въ положительное право, въ силу свободнаго творчества законодательной власти государства, такъ какъ правовое состояніе дѣлается возможнымъ лишь въ государствѣ и въ силу его положительныхъ законовъ, для всѣхъ безусловно обязательныхъ и принудительныхъ. Суверенная власть право-

1) Анри Мишель: Идея Государства. Стр. 43—44. Ср. также замѣчаніе A. Fouillée: „L'idée moderne du droit“, 1897 г. р. 29 сл. „Kant paraît trop s'en tenir à la forme extérieure et négative du droit sans nous en faire pénétrer le fond“.

2) Ср. также: Fritz Berolzheimer. System der Rechts-und-Wirtschaftsphilosophie B. II, S. 209—213. Aguilera: назв. соч. гл. VII.

3) Gierke. Johannes Althusius 1902, стр. 301, усматриваетъ въ этомъ поворотѣ „начало преодоленія естественноправовой системы“.

вого государства, которая была ограничена и поставлена въ подчиненіе идеальнымъ нормамъ права разума, вдругъ восстанавливается во всей своей неограниченности, когда Кантъ, подобно Гоббесу, провозглашаетъ гражданскую обязанность безусловнаго повиновенія государственной власти и безусловную недозволленность всякаго сопротивленія власти, какова бы она ни была. И такое повиновеніе власти и положительному праву признается Кантомъ даже „священнѣйшей обязанностью гражданина, категорическимъ предписаніемъ разума“. Основаніемъ же къ такому утвержденію Канта служитъ лишь то, что именно государственная власть призвана осуществлять чистые принципы права въ дѣйствительной жизни ¹⁾.

Но какъ же тогда согласить это утвержденіе Канта съ его основнымъ принципомъ, что категорическій императивъ предписываетъ каждому безусловное осуществленіе чистыхъ принциповъ права и морали, и какъ же быть, если государственная власть дѣйствуетъ въ разрѣзъ съ этими требованіями разума? Изъ приведенныхъ положеній слѣдуетъ, что должно склониться передъ велѣніями власти, хотя бы они пеказали чистое право. Такъ неудачно сблизается у Канта идеальное право съ положительнымъ правомъ, санкціонируя верховенство положительнаго права и свое собственное безсиліе.

Въ послѣдующихъ философскихъ системахъ естественное право еще болѣе сблизается съ правомъ положительнымъ, въ значительной мѣрѣ утрачивая тотъ своеобразный характеръ и силу, которые приводили столько часто къ рѣзкому противопоставленію авторитета естественнаго права праву положительному.

¹⁾ Kant, Rechtslehre. Th. II § 44 и Allg. Ann. A. Ср. также Kubo Fischer, Geschichte der neueren Philosophie J. Kant B. IV Th. 2, § 141. Gierke: Joh. Althusius стр. 394. Новгородцевъ, Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ, 136—151.

§ 7. Сближеніе естественнаго права и положительнаго въ философіи Гегеля.

„Дѣйствительно—то, что—разумно, и разумно—то, что—дѣйствительно“, говоритъ Гегель. Бытіе есть то же, что разумъ. Законы развитія міра суть законы развитія духа, разума. Такимъ образомъ Гегель отождествляетъ законы бытія съ законами мышленія и соотвѣтственно съ этимъ признаетъ задачей философіи познаніе существующаго т. е. разума, идеи, какъ постоянной и вѣчной субстанціи, раскрывающейся въ безконечномъ богатствѣ міровыхъ формъ и явленій ¹⁾. Въ частности, философская наука права имѣетъ своимъ предметомъ, говоритъ Гегель, идею права, его понятіе и осуществленіе. Такимъ образомъ наука права является частью философіи и имѣетъ поэтому своей задачей вывести идею права изъ понятія права или, что то же, изъ собственнаго присущаго праву развитія ²⁾.

Гегель представляетъ міръ какъ діалектическое само-развитіе абсолютнаго духа, мышленія, постоянно полагающаго изъ первоначальнаго единства противоположности и вновь сводящаго ихъ къ высшему, болѣе совершенному единству. Конечное же единство есть идея, составляющая внутреннюю цѣль бытія и движущую пружину его развитія ³⁾. Такимъ образомъ всѣ отдѣльные моменты бытія являются у Гегеля отдѣльными моментами діалектическаго развитія абсолютнаго духа. Духъ же развивается по тремъ ступенямъ: духъ субъективный, объективный и абсолютный. Субъективный духъ—это духъ, самъ въ себѣ взятый, въ совокупности своихъ внутреннихъ опредѣленій. Свободная, разумная, самоопредѣляющаяся воля есть вы-

¹⁾ Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts; Vorrede стр. 17–18.

²⁾ Grundlinien: Einl. § 1 и § 2.

³⁾ См. Чичеринъ, Ист. пол. ученій ч. 4, 1877, стр. 573 сл.

шая ступень этого духа. Объективированіе, осуществленіе этой свободной воли во внѣшнемъ мірѣ, составляетъ область объективнаго духа. Свобода или объективный духъ составляетъ право въ обширномъ смыслѣ слова, оно въ свою очередь развивается по тремъ ступенямъ. Ступени эти: 1) отвлеченное (абстрактное) или формальное право, выражающее самоопредѣленіе, свободу воли во внѣшнемъ мірѣ; оно лишено всякаго конкретнаго содержанія и устанавливаетъ одну лишь возможность свободы (дозволеніе или полномочіе) ¹⁾; 2) мораль или внутреннее самоопредѣленіе воли, устанавливающее долгъ, требованіе; 3) нравственность, которая представляетъ собою сочетаніе абстрактнаго права и морали, осуществляющееся въ человѣческихъ союзахъ по тремъ ступенямъ: въ семьѣ, обществѣ и государствѣ. Государство есть высшая форма проявленія объективнаго духа, осуществленіе нравственности.

Противоположность субъективнаго и объективнаго духа снимается въ высшемъ конечномъ единствѣ, въ абсолютномъ духѣ, конечнымъ моментомъ діалектическаго развитія котораго и представляетъ сама себя мыслящая идея, истина, самопознающій разумъ.

Вотъ—основныя положенія философіи Гегеля, на которыхъ онъ строитъ свое ученіе о правѣ. Право—бытіе свободной воли. „Основною права является, говоритъ Гегель, вообще духъ и его ближайшею сферою и исходнымъ пунктомъ—свободная воля; такъ что свобода составляетъ сущность и опредѣленіе права, и правовая система является царствомъ осуществленной свободы, міромъ духа, изъ него самого вытекающимъ, какъ бы второй природой“ ²⁾. Но, несмотря на основное положеніе Гегеля, что все дѣйствительное—само по себѣ разумно, какъ необходимая стадія въ діалектическомъ развитіи абсолютнаго духа, что, слѣдова-

¹⁾ Grundlinien § 39.

²⁾ Grundlinien: Einleitung § 4.

тельно и положительный правопорядок, царство осуществленной свободы, есть лишь „одна изъ стадій этого развитія“, Гегель все же удерживаетъ правовой дуализмъ и различаетъ право положительное отъ права естественнаго.

„Право вообще позитивно, говоритъ Гегель: оно позитивно въ силу формы, какъ дѣйствующее въ государствахъ, и этотъ законный авторитетъ является принципомъ для его познанія, т. е. для позитивной науки права. По содержанию это право содержитъ въ себѣ позитивный элементъ вслѣдствіе особеннаго національнаго характера народа, стадій его историческаго развитія и совокупности всѣхъ тѣхъ отношеній, которыя принадлежатъ къ естественной необходимости“ 1)...

Указавъ еще нѣсколько признаковъ позитивнаго права 2), Гегель далѣе замѣчаетъ, что сила и тираннія являются лишь случайнымъ элементомъ позитивнаго права и не затрагиваютъ его природы, и что „было бы большимъ недоразумѣніемъ полагать, будто право положительное и естественное или философское право настолько отличны другъ отъ друга, что взаимно противорѣчатъ другъ другу и противоположны: естественное право относится скорѣе къ положительному, какъ институціи къ пандектамъ“ 3). Казалось бы, что при такомъ правопониманіи противоположеніе между естественнымъ правомъ и положительнымъ совершенно устраняется у Гегеля, какъ это онъ и самъ говоритъ. Вѣдь, разъ естественное право представляетъ собой ничто иное, какъ только идею, лежащую въ основѣ положительнаго права и развитіе которой находитъ себѣ въ каждый данный моментъ соответствующее выраженіе въ историческихъ формахъ положительнаго права, то естественное право есть ничто иное, какъ идея положительнаго права въ ея

1) Grundl. § 3.

2) Grundlinien § 3.

3) Grundl. § 3.

діалектичеськомъ развитіи (развитіи того объективнаго духа, о котормъ говорить Гегель). Положительное право, слѣдовательно, какъ необходимая стадія въ развитіи духа, проявленіе разума, само по себѣ разумно и въ себѣ самомъ находитъ свое оправданіе и оцѣнку.

Разграниченіе категорій бытія и долженствованія, познанія и оцѣнки, и обоснованіе такимъ образомъ самостоятельнаго значенія нормативнаго начала—составляетъ безспорную заслугу Канта, имѣющую большое значеніе для этики и науки права, какъ нормативныхъ дисциплинъ ¹⁾.

Между тѣмъ Гегель, стремясь исправить тотъ разрывъ, который образовался у Канта между идеальной нормой и дѣйствительностью, между его чисто формальнымъ закономъ субъективной морали и содержаніемъ и осуществленіемъ этого закона въ общественной жизни, впалъ въ другую крайность: онъ слилъ въ своей философіи обѣ указанныя выше категоріи бытія и долженствованія въ такъ называемой имъ дѣйствительности діалектической идеи.

Положительное право въ своемъ историческомъ развитіи при такой точкѣ зрѣнія, казалось, должно бы получить свое высшее оправданіе съ точки зрѣнія идеи.

Однако оказывается, что дѣйствительность діалектической идеи, все же ставится Гегелемъ выше обычной исторической дѣйствительности. „Правовое положеніе, говоритъ Гегель, можетъ быть вполне основано и послѣдовательно вытекать изъ данныхъ условій и существующихъ правовыхъ учрежденій, но въ то же время быть само по себѣ несправедливымъ и неразумнымъ, какъ, напримѣръ, многія изъ положеній римскаго частнаго права, которыя совершенно послѣдовательно вытекали изъ такихъ институтовъ, какъ римскіе бракъ и отеческая власть.

¹⁾ Ср. Новгородцевъ: назв. соч. стр. 156 сл. Jellinek: Das Recht d. mod. Staates. 1900. I, стр. 123.

Смѣшивать истинное оправданіе права съ тѣмъ оправданіемъ его, которое вытекаетъ изъ временныхъ обстоятельствъ и предположеній, это все равно замѣчаетъ Гегель, что ставить относительное на мѣсто абсолютнаго, вѣннее явленіе на мѣсто природы вещи, ея сущности, ея понятія 1).

Итакъ, мы опять видимъ и у Гегеля абсолютное право и право временное относительное.

Дуалистическое воззрѣніе на право проникаетъ и въ систему Гегеля. Абсолютное право опять отграничивается отъ права относительнаго. Но его идеальное право отграничивается отъ положительнаго не какъ право совершенно отличное отъ него и противопоставляемое ему, но какъ идеальная сущность и вѣчная основа и критерій самого права положительнаго, какъ вѣчно абсолютное имманентное праву положительному на всѣхъ ступеняхъ его развитія, хотя положительное право въ своихъ историческихъ формахъ не проявляетъ этой идеальной своей сущности во всей ея полнотѣ 2). Она есть норма и планъ для временныхъ явленій, ихъ субстанціональная и вѣчная идея 3).

Во всякомъ случаѣ, въ указанномъ уже воззрѣніи Гегеля на соотношеніе діалектической дѣйствительности и исторической замѣчается двойственность и нѣкоторое самопротиворѣчіе 3).

1) Grundlinien: Einl. § 3. Ср. также замѣч. Гегеля Grundlinien § 8 Note о различіи между Gesetze der Natur und des Rechts. Между прочимъ, Гегель здѣсь говоритъ: In der Natur ist die höchste Wahrheit, dass ein Gesetz überhaupt ist: in den Gesetzen des Rechts gilt die Sache nicht weil sie ist, sondern jeder fordert, sie solle seinem eingenen Kriterium entsprechen. Hier also ist ein Widerspruch möglich dessen, was ist, und dessen, was sein soll, des an und für sich seyenden Rechts, welches unverändert bleibt, und der Willkürlichkeit der Bestimmung dessen, was als Recht gelten solle“.

2) Ср. также Bergbohm: Назв. соч. стр. 179 сл. Новгородцевъ. Назв. соч. стр. 209 сл.

3) Эта двойственность въ ученіи Гегеля отразилась на воззрѣніяхъ его послѣдователей, изъ которыхъ одни отвергаютъ существованіе естест. права, а другіе принимаютъ. См. о нихъ Bergbohm: Назв. соч. стр. 181, прим. 8.

Какъ бы въ самомъ дѣлѣ ни различалъ Гегель діалектическую дѣйствительность и историческую, эта послѣдняя, а слѣдовательно и положительное право, уже потому должны оправдываться у него, что они сами являются необходимой стадіей въ діалектическомъ развитіи абсолютнаго духа, являются необходимымъ проявленіемъ діалектической дѣйствительности. Какъ же тогда эту историческую дѣйствительность можно оцѣнивать съ точки зрѣнія діалектической!

И, если сопоставить, исходя изъ указанныхъ положеній Гегеля, идеальное или естественное право съ положительнымъ, то это идеальное право не является правомъ особаго, отличнаго отъ положительнаго права, порядка, но лишь конечной формой положительнаго права въ его развитіи, формой, которая не можетъ быть ни масштабомъ для оцѣнки необходимо разумныхъ предварительныхъ стадій положительнаго права, ни для регулированія ихъ, а только показателемъ того предѣла, къ которому идетъ положительное право въ своемъ развитіи.

§ 8. Дальнѣйшее развитіе идеи естественнаго права.

Для характеристики дальнѣйшаго развитія естественно-правовой доктрины послѣ Канта, заслуживаетъ вниманія оцѣнка, данная ему однимъ же изъ виднѣйшихъ представителей новой естественно-правовой философіи, представителемъ органической школы въ правовѣдѣніи, Аренсомъ (1808—1874 г.).

Аренсъ начинается съ оцѣнки ученія о правѣ Канта.

Кантъ, говоритъ Аренсъ, отрѣшилъ мыслящій духъ отъ всего объективнаго содержанія и свелъ этотъ духъ чисто на самого себя, на субъекта и прирожденныя ему формы мышленія. Ученіе Канта о правѣ и нравственности до крайности субъективно и формально; въ особенности въ ученіи о правѣ, которое основано на субъективной и внѣшней свободѣ, Кантъ впадаетъ въ формализмъ высочайшей

етенени. Свобода дѣлается у Канта цѣлью для самой себя. Право опредѣляется как совокупность условий, при которыхъ могъ бы быть совмѣстимъ произволъ одного съ произволомъ всѣхъ другихъ по всеобщему закону свободы. Законъ этотъ долженъ найти каждый самъ, спрашивая себя,—могутъ ли соблюдаемые имъ правила дѣйствій возвыситься до общаго закона. Такое ученіе о правѣ могло только выставить абстрактныя, по своей безсодержательности равныя между собою, формы, долженствующія имѣть значеніе для всѣхъ временъ и народовъ. Однако Кантъ призналъ двѣ существенныя стороны права, именно, что право есть форма и заключается въ условіяхъ. Ошибка же Канта заключается лишь въ томъ, что право, какъ формальное правило, является у него не опредѣленнымъ по нравственно доброду содержанию, а долженствующимъ опредѣлить такое содержаніе ¹⁾, и что условія вмѣсто того, чтобы относиться ко всей разумной жизни отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества для цѣлей совмѣстнаго и взаимнаго существованія, ограничиваются только совмѣстнымъ бытіемъ *свободы* всѣхъ. Но такое совмѣстное состояніе чисто абстрактныхъ сферъ свободы въ мірѣ нравственномъ представляется такой же нелѣпостью, какъ въ физикѣ совмѣстное существованіе пустыхъ пространствъ. Субъективное, абстрактное, формальное направленіе привело въ частномъ правѣ къ формально логической обработкѣ, необращавшей никакого вниманія на внутреннюю природу вещей и отношеній; въ публичномъ правѣ къ крайностямъ либерализма, не признающаго ни времени, ни жизненныхъ отношеній. Конечно, такой взглядъ на право не могъ долго продержаться; появились въ видѣ оппозиціи разныя ученія, которыя старались дать мѣсто и значеніе тѣмъ существеннымъ сторонамъ права, которыя были упущены изъ виду.

¹⁾ Ср. также: Новгородцевъ. Назв. соч. 111 сл.

Такъ историческая школа поставила своей задачей распознать бытіе и жизнь права, теологическая школа (Де Мэстръ, Баадеръ, Шталь), поняла право и государственный порядокъ, какъ установленіе божественное, философско-спекулятивная школа (Гегель) пыталась понять право и государство, какъ закономѣрное, діалектическое, всемірно-историческое развитіе, наконецъ школы различныхъ этическихъ направленій высказали необходимость внутренней связи права съ нравственностью. Освободить право и государство отъ субъективности, отъ человѣческаго произвола, было преобладающимъ стремленіемъ всѣхъ новыхъ философскихъ системъ; но онѣ высказали только общія начала, только необходимость другой точки зрѣнія; ни одна изъ этихъ системъ не опредѣлила ясно и точно внутренняго смысла права и государства, такъ что касательно научнаго метода всѣ эти философскія системы во многихъ отношеніяхъ ниже Канта¹⁾.

Аренсъ со своей стороны выдвигаетъ превосходство органическаго ученія Краузе, который, по мнѣнію Аренса, слѣдуя такому же строгому и точному научному методу, какъ Кантъ, въ то же время посредствомъ своей совершенно этической теоріи органически связываетъ дотолѣ лишь отчасти признанныя существенныя стороны права.

Въ этой теоріи право является лишь относительно самостоятельнымъ, во внутренней связи съ религіей и нравственностью, какъ прирожденный жизненнымъ отношеніямъ *божественный* жизненный порядокъ, который распознается посредствомъ разума, а исполняется посредствомъ *свободы*.

Краузе понимаетъ право, какъ вѣчную идею, которая проявляясь во временномъ развитіи человѣчества, должна находиться въ постоянной связи со всеми историческими жизненными и народными интересами. Право по этой теоріи,

¹⁾ Аренсъ: Юридическая энциклопедія 1863 г. стр. 44 сл.

хотя и представляется только формальной нормой, но нормой постоянно определяющей этическимъ содержаніемъ ¹⁾.

Оставимъ въ сторонѣ эту крайне преувеличенную и оптимистическую оцѣнку Аренсомъ „совершеннѣйшаго ученія о правѣ“ Краузе ²⁾.

Достаточно отмѣтить взглядъ Краузе на право, какъ на „организмъ и строеніе всѣхъ (временныхъ) условій свободной и божественной жизни“, какъ на „органическую совокупность всѣхъ внѣшнихъ и внутреннихъ условій жизни сообразной съ разумомъ“, чтобы видѣть насколько идеализировано, широко и неопредѣленно понятіе права у Краузе. Въ своемъ стремленіи поставить право въ болѣе тѣсную и органическую связь съ общими законами жизни, съ религіей и нравственностью, Краузе уничтожаетъ всѣ границы между правомъ и другими явлениями человѣческой жизни. Въ этомъ отношеніи его опредѣленіе права стоитъ несравненно ниже формальнаго опредѣленія права Кантомъ.

Какъ совершенно справедливо замѣтилъ Чичеринъ, „тутъ происходитъ полное смѣшеніе понятій. Менѣе всего возможно отдѣлить въ этой системѣ право отъ нравственности, такъ какъ самъ Краузе говоритъ, что содержаніе права опредѣляется совокупною цѣлью человѣка, въ чемъ заключается и свобода, и нравственная воля и добродѣтельная жизнь“ ³⁾.

Но вѣрнымъ является замѣчаніе Аренса, что „ни одна изъ указанныхъ имъ философскихъ системъ не могла ясно и точно опредѣлить внутренней смыслъ права и государства“. Онѣ крайне суживали или расширяли область права, въ своихъ философскихъ абстракціяхъ разсматривали этотъ порядокъ человѣческой жизни, крайне отрѣшаясь отъ ре-

¹⁾ Аренсъ: Назв. соч. стр. 45.

²⁾ Выраженіе самого Аренса см. назв. соч. стр. 45.

³⁾ Чичеринъ: Исторія полит. ученій, часть 4, 1887 г. стр. 103. Ср. также Aguiléra. L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours, 1893 г. стр. 137—143.

альныхъ условій и факторовъ этой жизни. Можетъ ли быть въ самомъ дѣлѣ понята природа права и государства внѣ изученія ихъ исторіи, ихъ положительныхъ формъ, эмпирическихъ условій ихъ образованія и функционированія?

Между тѣмъ всѣ указанная философскія ученія, разсматривая право и государство лишь съ чисто метафизической и субъективно-идеальной точки зрѣнія, апіорно устанавливають универсальные и абсолютные принципы права и государства, весьма различные, конечно, въ зависимости отъ различія субъективныхъ воззрѣній тѣхъ или другихъ мыслителей. На вопросъ, что такое право и государство, дается въ сущности лишь отвѣтъ, чѣмъ они должны быть въ силу субъективнаго міросозерцанія того или другого мыслителя. Твердый объективный масштабъ для провѣрки правильности метафизическихъ концепцій апіорныхъ идеалистическихъ построеній у представителей естественно-правовой философіи отсутствовали. Если тѣ или другіе факты исторической дѣйствительности соответствовали тѣмъ или другимъ идеалистическимъ концепціямъ права, охотно ссылались на нихъ для подтвержденія своихъ дедукцій, въ противномъ же случаѣ старались найти какой-либо искусственный компромиссъ съ дѣйствительностью, или просто пренебрегали ею и объявляли эту дѣйствительность искаженіемъ естественнаго порядка.

Правда, въ позднѣйшихъ философскихъ системахъ (Шеллинга, Краузе, Гегеля) мы видимъ попытки поставить идеалистическія построенія права въ органическую связь съ объективнымъ міромъ реальныхъ отношеній, но эти попытки не могли быть успѣшны, такъ какъ самыя основанія, изъ которыхъ исходили эти философы были вполнѣ метафизичны и апіорны, а основанныя на нихъ субъективныя идеалистическія системы права и государства часто очень искусственно и неудачно приводились въ связь съ дѣйствительностью ¹⁾.

¹⁾ Вотъ какъ характеризуетъ Тэнъ писателей естест. права: „Ce sont des hommes abstraits, qui ne sont d'aucun siècle et d'aucun pays,

Нельзя, конечно, отрицать, что писатели естественного права сознательно или бессознательно руководились въ своихъ представленіяхъ о правѣ и государствѣ эмпирическими данными, вводили въ свои идеальныя системы права и государства черты, выхваченныя изъ дѣйствительности, такъ какъ вполне отрѣшиться своей „здравый разумъ“ отъ вліяній реальной жизни, живя во времени и пространствѣ и, находясь, слѣдовательно, подъ воздѣйствіемъ этой самой исторически сложившейся дѣйствительности, которую они судили съ точки зрѣнія своихъ отвлеченныхъ принциповъ права, они, конечно, не могли ¹⁾.

Вотъ почему уже въ самыхъ абстрактныхъ философскихъ правовыхъ системахъ естественного права проскальзывала часто въ тѣхъ или другихъ отношеніяхъ мѣткая характеристика правовыхъ явленій, а также и тѣ грубыя реалистическія черты современной дѣйствительности, отъ которой они хотѣли отрѣшиться.

То тамъ, то здѣсь, выдѣляются въ ихъ ученіяхъ обобщенія на основѣ положительнаго права или утвержденія и тенденціи, вызванныя или навѣянныя преходящими историческими условіями. Когда же слишкомъ прямолинейная философская дедукція не мпирлась съ этой дѣйствительностью, приходилось, какъ мы уже сказали, искусственно путемъ натяжекъ, сглаживать это противорѣчіе ²⁾ и приспособлять свою философію къ прокрустову ложу жизни, приходя такимъ путемъ къ роковымъ отступленіямъ отъ ранѣ установленныхъ принциповъ.

Такъ непреклонный разсудочный формализмъ правового и политическаго ученія Канта и то исключительное

pures entités écloses sous la baguette metaphisique“. (Taine: *Origines de la France contemporaine* II, p. 183).

¹⁾ Ср. также Bergbohm: назв. соч. стр. 161 сл.

²⁾ Ср. Bergbohm: Назв. соч. стр. 126 - 130. Также замѣчаніе Sternberg въ *Allgemeine Rechtslehre* B. I, стр. 26. Ср. также замѣчаніе Kirchmann'a въ *Philosophische Bibliothek herausg. von Kirchmann: Platos Staat* 1870 г. стр. 108—109

значение, которое онъ придалъ индивидуалистическому принципу формальной свободы¹⁾, въ значительной степени объясняются, какъ извѣстно, тѣмъ „что, какъ въ области морали Кантъ хотѣлъ противодѣйствовать чрезмѣрной роли, представляемой въ его время чувству, въ области политики онъ хотѣлъ реагировать противъ чрезмѣрнаго значенія, придаваемого въ жизни гражданъ государственной власти, противъ злоупотребленія правительственной опекой“¹⁾).

Правовое государство, роль котораго у Канта и его ближайшихъ послѣдователей (Гумбольдта) сводится къ роли часового, обязаннаго лишь охранять права индивида отъ всякихъ посягательствъ на нихъ, — это реакція противъ режима полицейскаго государства 18 вѣка. А когда Кантъ переходитъ къ вопросу объ осуществленіи своихъ чистыхъ, идеальныхъ принциповъ права, онъ вдругъ признаетъ правовое состояніе возможнымъ лишь въ государствѣ съ его принудительной властью и положительными законами и, возлагая на правительство осуществленіе идеальныхъ принциповъ права, требуетъ отъ гражданъ подобно абсолютисту Гоббесу, во имя самихъ же законовъ разума безусловнаго повиновенія государственной власти и ея положительному праву, „каковы бы ни были эта власть и право“. Что же остается тогда отъ тѣхъ нравственныхъ основъ права, отъ правовой свободы, требующей своего осуществленія, и логически вытекающихъ изъ нея субъективныхъ правъ, какъ не одна лишь чисто страдательная, извнѣ безсильная, нравственная автономія воли; чтобы не творилось вокругъ него, гражданинъ долженъ довольствоваться лишь нравственнымъ осужденіемъ зла, нравственной критикой правительства, и безконечнымъ чаяніемъ лучшихъ временъ!

Категорическому императиву, предписывающему безусловное стремленіе къ осуществленію принциповъ чистаго, естественнаго права, полагаются непреложныя границы за-

¹⁾ См. А. Мишель: Идея государства, стр. 44.

конами самаго же разума, выдвигается принципъ непротивленія виѣшней власти и злу положительнаго правопорядка. А между тѣмъ самъ Кантъ объявлялъ, что „моральное состояніе человѣка, въ которомъ онъ всегда долженъ находиться, есть добродѣтель т. е. моральное настроеніе *въ борьбѣ*, а не *святость*, въ видѣ мнимаго обладанія полной чистотой настроеній воли“.

Можно указать реальныя условія, побудившія Канта такъ превознести авторитетъ власти въ ущербъ принципу правовой свободы. Это именно общая реакція, вызванная крайностями французской революціи.

Извѣстно далѣе какъ измѣнилось и крайне индивидуалистическое воззрѣніе Фихте на право и государство подъ вліяніемъ національнаго движенія, охватившаго Германію въ борьбѣ съ владычествомъ Наполеона.

Еще болѣе сказалось вліяніе исторической дѣйствительности и стремленіе считаться съ ней въ идеалистической философіи Гегеля, хотя бы и не въ той степени, какъ это полагаютъ нѣкоторые ученые ¹⁾. Большое значеніе придаютъ опыту, фактамъ дѣйствительной жизни, послѣдующіе представители идеи естественнаго права въ органической школѣ, подъ вліяніемъ принциповъ органической философіи и той критики, которой подвергнулись апріорныя метафизическія системы права со стороны исторической школы и представителей позитивнаго направленія.

Но въ отличіе отъ позитивистовъ эти представители естественноправовой философіи ищутъ въ дѣйствительности не обоснованія для своихъ сужденій о природѣ права, а лишь подтвержденія своихъ апріорныхъ идей о правѣ, которое апріорно, не зависимо отъ опыта и историческихъ

¹⁾ Напр. Наум: Hegel und seine Zeit. 1857 г. Bergbohm: Наим. соч. стр. 129. См. полемику съ мнѣніемъ Гейма Новгородцевъ: „Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ“, стр. 29—42.

условіи, и по ихъ словамъ, непосредственно дается сознаниемъ чловѣка и раскрывается философіей. Таково напримѣръ ученіе Аренса, одного изъ виднѣйшихъ представителей этико-органической школы и естественноправовой философіи 2-й половины 19 вѣка.

Аренсъ утверждаетъ, что чловѣческому сознанию присуща общая идея права, какъ и идеи Высшаго Существа, добра, нравственности и справедливости. Всѣ эти идеи находятся въ тѣсной связи между собою и имѣютъ общій источникъ внутри чловѣка—въ его сознаниі, управляющемъ внутренними способностями и дѣятельностью чловѣка. Поэтому изслѣдованіе сознания, того, что оно намъ говоритъ, должно служить точкой отправленія для познанія этихъ идей и въ особенности идеи права. Но для полнаго уясненія идеи права чловѣкъ долженъ быть обнять, разсматриваемъ, не съ одной стороны правовыхъ отношеній, но во всей цѣлостности и полнотѣ своего бытія.

Поэтому послѣ психологическаго изслѣдованія понятія права, оно должно быть выведено изъ существа чловѣка и совокупности этическихъ жизненныхъ отношеній.

Высшая идея права, цѣль которой—постоянное развитіе и совершенствованіе жизни, не должна быть смѣшиваема съ тѣмъ положительнымъ историческимъ понятіемъ о правѣ, которое почерпается изъ данныхъ учрежденій. Но также ошибоченъ, одностороненъ будетъ и противоположный путь, по которому понятіе о правѣ строится чисто *apriori*, не подтвержденное указаніемъ на исторію и дѣйствительную жизнь, такъ какъ право не есть чисто умозрительное понятіе, а имѣетъ своимъ предметомъ непосредственно дѣйствительную жизнь. Поэтому „идея права, добытая философіей, замѣчаетъ Аренсъ, должна быть не доказываема, но подтверждаема опытомъ, т. е. исторіей и дѣйствительной жизнью. Всякая идея, данная какъ принципъ права, но несогласная въ своихъ существенныхъ пунктахъ

съ дѣйствительностью, никогда не можетъ быть истиннымъ понятіемъ права¹⁾.

Это уже весьма существенный поворотъ въ воззрѣніяхъ на методъ сравнительно съ прежними естественноправовыми ученіями, поворотъ, подготовившій почву для еще большаго сближенія идеалистическихъ концепцій права съ выводами положительной науки о правѣ у современныхъ сторонниковъ естественнаго права, какъ это увидимъ ниже.

Необходимо также указать еще на одну весьма важную черту въ развитіи идеи естественнаго права. Чѣмъ болѣе развивалась эта идея, тѣмъ болѣе естественное право утрачивало, если можно такъ выразиться, спеціально юридическій характеръ, какъ понятіе обязательныхъ юридическихъ нормъ *suī generis*. Естественное право получало значеніе лишь чисто идеальнаго директива или нравственнаго масштаба для оцѣнки права положительнаго и его преобразования.

Господствовавшее прежде представленіе о естественномъ правѣ, какъ нормахъ обладающихъ высшей обязательностью для гражданъ и власти, такъ же регулирующихъ жизненные отношенія, какъ и положительное право, отступило на задній планъ. Съ такимъ притязаніемъ на квалифицированную общеобязательность естественное право, правда, выступало еще и въ новое время въ періоды наиболѣе рѣзкой оппозиціи существующему правопорядку, главнымъ образомъ въ деклараціяхъ правъ и доктринахъ англійскихъ и французскихъ писателей 17 и 18 вѣка, когда на нормахъ естественнаго права основывали и народный суверенитетъ и естественныя неотчуждаемыя права личности.

¹⁾ Аренсъ: Юридическая энциклопедія 1863 г. стр. 7 сл. Критику юридическаго ученія Аренса, во многомъ сходнаго съ ученіемъ его учителя Краузе, см. между прочимъ у Чичерина: Исторія политич. ученій ч. II, стр. 116—119. Ср. также замѣчанія А. Мишеля: Идея государства стр. 530 сл. о стремленіи этико-органической школы примирить „историческій методъ“ съ „философскимъ“.

Въ этомъ случаѣ антагонизмъ между двумя видами правъ, между естественнымъ правомъ и правомъ положительнымъ, вновь проявлялся во всей своей силѣ.

Но параллельно съ этимъ возрѣніемъ продолжала существовать и другая, притомъ даже наиболѣе распространенная точка зрѣнія на естественное право, а именно въ немъ признавали не нормы, подлежащія общеобязательному примѣненію въ дѣйствительной жизни, но лишь идеальныи критерій права положительнаго. При такомъ возрѣніи естественное право не претендуетъ на значеніе властной юридической нормы, а лишь на чисто внутренней авторитетъ научной или нравственной истины.

Такое значеніе имѣла въ сущности идея естественнаго права, какъ мы говорили, еще въ римской юриспруденціи. Таково же по преимуществу было пониманіе естественнаго права въ нѣмецкой рационалистической доктринѣ.

Въ докантовской философіи естественнаго права выступала эта точка зрѣнія на естественное право не какъ на нормы подлежащія общеобязательному примѣненію въ дѣйствительной жизни подобно праву положительному, но лишь какъ апріорно данныя идеальныя принципы права ¹⁾.

Подъ именемъ естественнаго права разумѣли многое и весьма различное, но общей чертой всѣхъ рационалистическихъ ученій естественнаго права, какъ говорили мы, было то, что „путемъ разума, независимо отъ всякаго опыта, стремились найти общій и необходимый принципъ права и соответствующія ему идеальныя нормы, которыя служили бы руководящимъ началомъ и цѣлью правоустановленія ²⁾. При-

¹⁾ Томазій писалъ, что „*lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet quam ad imperia*“. Пуффендорфъ утверждалъ, что естественное право является несовершеннымъ правомъ, такъ какъ дѣйствіе его зависитъ въ государствѣ отъ санкціи суверена. Самъ суверень имѣетъ лишь „*obligatio imperfecta*“ къ соблюденію естественноправовыхъ нормъ. См. объ этомъ у Gierke: *Joh. Althusius* стр. 301 сл.

²⁾ Ср. Stammler: *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* Halle 1888 г. s. 29.

знавали, слѣдовательно, естественное право не только такими высшими нормами права, которыя въ силу присущей имъ обязательности могли бы сами по себѣ парализовать, ограничить или замѣнить дѣйствіе положительнаго права, но и такими, которыя, не претендуя на такую виѣшнюю обязательность, могли бы служить хотя бы лишь идеалистическимъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права и руководящимъ политическимъ принципомъ для законодателя въ вопросахъ *de lege ferenda*.

Начиная же съ Канта, это послѣднее воззрѣніе на сущность естественнаго права, какъ на идеологическій критерій права положительнаго, а не какъ на обязательно примѣняемая къ жизненнымъ отношеніямъ нормы, выражается во всей ясности. Принудительной силой обладаетъ лишь положительно право. Ему безусловно должно повиноваться въ силу требованій и самого разума. Естественное же право Канта, какъ мы уже видѣли, представляетъ собою лишь чистые принципы и директивы права, высшую разумную, нравственную цѣль, къ осуществленію которой должно стремиться независимо отъ всякихъ эмпирическихъ условій правообразованія, хотя бы этотъ столь далекій идеаль, блистающій издалика подобно недостижаемому созвѣздію, никогда не могъ быть осуществленъ. „Если бы, говоритъ Кантъ, высшая нравственная цѣль права, оставалась только благочестивымъ пожеланіемъ, то мы, во всякомъ случаѣ, не обманываемся, устанавливая правило о необходимости къ ней стремиться. Таковъ нашъ нравственный долгъ. Это долгъ ради долга“.

Такимъ образомъ естественное право у Канта собственно не право, а то, чѣмъ должно бы быть право съ точки зрѣнія нравственнаго сознанія, это — нравственная основа права и его идеальная, конечная цѣль ¹⁾.

¹⁾ Ср. Новгородцевъ: Назв. соч. стр. 146—156.

Таково же воззрѣніе на естественное право у послѣдующихъ сторонниковъ естественноправовой идеи, которые виндицируютъ естественному праву не значеніе общеобязательной юридической нормы, а лишь роль идеи права, идеального фактора правообразования, какъ обладающаго внутреннимъ авторитетомъ критерія и директива права положительнаго.

Такъ Аренсъ опредѣлялъ естественное право, какъ „независимое отъ произвольныхъ (человѣческихъ) установленій, имѣющее свое основаніе въ высшемъ нравственномъ порядкѣ жизни, право, которое служитъ масштабомъ для оцѣнки существующихъ отношеній и учреждений и руководящимъ началомъ для ихъ дальнѣйшаго развитія. Въ этомъ смыслѣ оно является высшимъ правомъ, „правовымъ идеаломъ“ ¹⁾.

Также обнаруживается и другой весьма важный поворотъ въ ученіи естественнаго права со времени Канта ²⁾. Прежніе писатели придавали естественному праву то или другое вѣчное и неизмѣнное содержаніе. Кантъ же, если обратить вниманіе на принципы его ученія, въ силу чисто формальнаго характера своего высшаго нравственнаго критерія, долженъ былъ отвергнуть возможность неизмѣннаго нравственнаго содержанія. Вѣченъ лишь чисто формальный законъ нравственнаго поведенія: „Поступай всегда такъ, чтобы правило твоего поведенія могло бы быть признано всеобщимъ закономъ“. Содержаніе же этого правила каждый, при данныхъ условіяхъ, долженъ самъ найти, имѣя въ виду указанный формальный принципъ.

Такой формальный принципъ, замѣчаетъ справедливо г. Новгородцевъ, осуждаетъ попытки опредѣлить безусловное и неподвижное содержаніе нравственнаго идеала и при-

¹⁾ Ahrens: *Naturrecht* § 1, 6 Aufl. 1, S. 1. Онъ же въ *Holtzendorf's Encyclopädie* 2 Aufl. 1873, s. 3.

²⁾ См. Новгородцевъ: *Назв. соч.* стр. 150.

знаеть вѣчное развитіе и совершенствованіе. 1). По мнѣнію проф. Новгородцева, дѣлающаяся теперь популярной идея естественнаго права съ измѣняющимся содержаніемъ восходитъ такимъ образомъ еще къ Канту: она является прямымъ послѣдствіемъ его этическаго формализма. „Какъ выраженіе безконечныхъ нравственныхъ стремленій, эта идея не удовлетворяется никакимъ даннымъ содержаніемъ, никакимъ достигнутымъ совершенствомъ, но постоянно стремится къ высшему и большому“ 2). Дѣйствительно, формальный этический принципъ Канта не даетъ готоваго нравственнаго содержанія, но указываетъ лишь тотъ необходимый методъ, которому должно слѣдовать при установленіи этого содержанія при всякихъ условіяхъ. Благодаря этому расчищается дорога для новаго ученія о естественномъ правѣ съ исторически-измѣчивымъ содержаніемъ, при чемъ нѣкоторые изъ современныхъ представителей этого ученія, какъ напримѣръ Штаммлеръ, идутъ даже по слѣдамъ Канта, съ своей стороны стремясь установить формальный и объективный принципъ этической и соціальной законмѣрности для обоснованія и проведенія въ жизнь такого естественнаго права съ измѣчивымъ содержаніемъ.

Можно поэтому говорить о соответствіи между указанными началами философіи Канта и воззрѣніями современныхъ сторонниковъ идеи естественнаго права съ измѣчивымъ содержаніемъ, которые воспользовались и положеніями кантовскаго ученія. Но генетически новѣйшая идея естественнаго права съ измѣчивымъ содержаніемъ ведетъ свое происхожденіе не отъ Канта. Она явилась прямымъ

1) Объ идеѣ Канта относительно развитія нравственнаго и правового порядка и постепеннаго осуществленія въ исторіи конечнаго этическаго идеала см. также замѣчанія Еллинеки: *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. 1878 г. стр. 46 прим. 2.

2) П. И. Новгородцевъ: Назв. соч. стр. 150. Ср. однако кн. Е. Трубецкой: Новое изслѣд. о философіи права Канта и Гегеля (Вопросы философ. и психологіи 1902 г. стр. 603).

послѣдствіемъ утвержденія въ наукѣ и философіи историческаго пониманія права и принципа эволюціи.

Сторонникамъ идеи естественнаго права, признающимъ законѣрность въ развитіи человѣческой жизни и эволюцію правовыхъ идей, необходимо было согласовать и свое ученіе о естественномъ правѣ съ этимъ принципомъ. Въ результатъ и явилась идея измѣнчиваго естественнаго права. Даже тѣ, которые продолжали поддерживать начала абсолютнаго права и нравственности, стремились, какъ мы видѣли, такъ или иначе согласовать свои абсолютныя начала съ принципомъ исторической измѣнчивости. Мы приводили уже воззрѣнія на этотъ счетъ виднѣйшаго представителя этико-органическаго ученія Аренса, въ которыхъ историческій процессъ согласуется съ абсолютными идеальными началами ¹⁾.

Также Тренделенбургъ писалъ: „Съ философской стороны не можетъ быть иного принципа этики, какъ человѣческое существо въ себѣ, т. е. человѣческое существо въ глубинѣ своей идеи и богатствѣ своего историческаго развитія. Одно съ другимъ связано (Beides gehört zusammen). Одно лишь историческое было бы слѣднымъ, и одно лишь идеальное безсодержательнымъ (leer). Истинный прогрессъ состоитъ въ томъ, что историческое стремится принять участіе въ идеѣ и идея войти въ связь съ исторіей“ ²⁾.

Прежде разсмотрѣнія новѣйшихъ ученій о естественномъ правѣ съ измѣнчивымъ содержаніемъ, остановимся на значеніи, которое имѣла идея абсолютнаго естественнаго права въ жизни и наукѣ права, а также на тѣхъ теченіяхъ

¹⁾ Насколько Аренсъ вообще одушевлялся идеей устраненія всякихъ противорѣчій, видно изъ того, что въ своемъ „Cours du droit naturel“ (7 изд. т. I стр. 18 сл.) онъ характеризуетъ задачу современнаго ему періода человѣческаго развитія „сліяніемъ всѣхъ частичныхъ истинъ, крушеніемъ всѣхъ противорѣчій, царствомъ абсолютной гармоніи въ явленіяхъ и умахъ“.

²⁾ Trendelenburg: *Naturrecht auf dem Grundlage der Ethik*. 2 Aufl. Leipzig 1868 r. s. 45.

юридической мысли, которая привели сперва къ упадку доктрины естественнаго права, а при своемъ дальнѣйшемъ развитіи вызвали въ новѣйшее время реакцію, выразившуюся въ оживленіи идеи естественнаго права.

§ 9. Историческая роль доктрины абсолютнаго естественнаго права.

Мы указывали уже выше, что теоретическое значеніе идеи естественнаго права состояло въ выясненіи высшихъ началъ права, его основъ и конечныхъ цѣлей, и соотвѣтственно съ этимъ въ конструированіи совершеннаго естественнаго или раціональнаго порядка человѣческаго обществѣ. Практическая же роль ученія естественнаго права состояла въ ея преобразовательныхъ стремленіяхъ, въ желаніи усовершенствовать существующій правопорядокъ и исправить его недостатки. Весьма рѣзкая критика и отрицаніе исторически сложившагося правопорядка, которая мы встрѣчаемъ у представителей революціоннаго направленія естественноправовой идеи, преслѣдовали всегда тѣ или другія жизненныя задачи.

Въ теченіи вѣковъ въ естественномъ правѣ находили свое обоснованіе и авторитетную санкцію всѣ крупныя общественныя движенія и измѣненія въ правовой и политической жизни культурныхъ народовъ.

Если въ древности политическая роль идеи естественнаго права была незначительной, то, начиная съ среднихъ вѣковъ, съ знаменитой борьбы духовной и свѣтской власти, эта идея начинаетъ играть все болѣе крупную роль въ политической жизни. Особенно велико ея значеніе въ новыя вѣка, и это значеніе достигаетъ высшей точки своего подъема во 2-й половинѣ 18 вѣка, когда принципы естественнаго права получаютъ торжественную санкцію въ сѣвероамериканскихъ билляхъ о правахъ, знаменитой французской деклараціи правъ человѣка и гражданина, а затѣмъ и въ цѣломъ рядѣ конституцій.

Особенно благотворна была роль идеи естественнаго права, поскольку она содѣйствовала обоснованію и защитѣ гражданскихъ и политическихъ правъ личности и проведенію въ жизнь началъ правового государства. Она вдохновляла борцовъ за болѣе справедливыя, гуманныя и свободныя формы правовой и государственной жизни. И если утвержденіе сторонника этой идеи, Гирке, что естественное право разбило вѣковыя оковы, осуществило освободительныя реформы, безслѣдно смело съ лица земли тысячелѣтніе институты и вызвало къ жизни новыя, невиданныя дотолѣ ¹⁾, высказанное въ такой категорической формѣ, является крайне преувеличеннымъ, такъ какъ указанные результаты, какъ и самый освободительный характеръ естественноправовой идеи, были вызваны весьма сложнымъ комплексомъ факторовъ и реальныхъ условий соціальной и политической жизни новыхъ народовъ, то во всякомъ случаѣ этотъ идеологическій факторъ, ученіе естественнаго права, сыгралъ несомнѣнно крупную роль въ освободительномъ движеніи новаго времени. Даже, столь рѣшительный противникъ естественноправового ученія, Бергбомъ признаетъ, что сила естественноправовой доктрины заключалась въ отрицательной критикѣ существующаго, въ отрицаніи варварства, приниженности личности, отсутствія свободы, въ отрицаніи рабства, несправедливости и произвола.

Естественное право требовало и содѣйствовало освобожденію отъ массы цѣпей, которыми люди вѣками были скованы тѣлесно и духовно.

Естественное право добивалось защиты частнаго права каждаго, независимо отъ его вѣры, національности и общественнаго положенія.

Оно самымъ энергичнымъ образомъ содѣйствовало коренной реформѣ уголовного законодательства въ смыслѣ гуманности и правомѣрности уголовного процесса.

¹⁾ Gierke: Naturrecht und Deutsches Recht стр. 14.

Оно содѣйствовало освобожденію части Европы отъ кастоваго строя, феодальныхъ порядковъ, патримоніальнаго деспотизма и невыносимой опеки полицейскаго государства.

Положительнымъ произведеніемъ естественноправовой идеи является „правовое государство“ со всеми его конституціонными гарантіями.

Выдающіеся теоретики конституціализма 1-й половины 19-го вѣка и законодатели черпали свои положенія и правовыя основанія изъ естественноправовой школы. Естественно-правовая доктрина, говоритъ Бергбомъ, оживила энергію и авторитетъ законодательства и укрѣпила вѣру въ способность законодателя быстро удовлетворять каждой разумной потребности путемъ технически совершенныхъ законовъ ¹⁾.

Бергбомъ объясняетъ широкое распространеніе и огромное вліяніе естественноправовыхъ идей 18 вѣка не очевидностью и правильностью положеній, облеченныхъ въ тогу научныхъ аксіомъ, но мощной агитаторской силой тѣхъ практическихъ требованій, которыя скрывались въ этихъ положеніяхъ ²⁾. Но такое объясненіе вліянія естественноправовой доктрины весьма односторонне.

Нельзя, конечно, утверждать, что положенія представителей естественноправовой доктрины были научно обоснованы съ точки зрѣнія нашего времени; они вѣдь и не располагали современнымъ запасомъ научныхъ данныхъ и пріемовъ, и, конечно, далеко не все ихъ требованія были осуществимы, но въ то же время успѣхъ и огромное вліяніе ихъ ученій показываетъ, что они заключали въ себѣ и цѣнные элементы, содержали въ себѣ много „очевиднаго и правильнаго“—правильнаго, такъ какъ соотвѣтствовали усло-

¹⁾ См. Bergbohm: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ стр. 213 сл. Совершенно не выжестъ поэтому съ признаваемыми самимъ же Бергбомомъ заслугами естественноправовой школы его крайне рѣзкое замѣчаніе (на стр. 119 его труда), что потраченная на размысленіе о естественномъ правѣ „geistige Arbeit ist thöricht verschwendet“.

²⁾ Bergbohm: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ стр. 212.

віямъ и настоящимъ требованіямъ жизни. Агитаторская ихъ сила этимъ и была значительно обусловлена.

Въ этомъ отношеніи достойны вниманія замѣчанія французскаго ученаго Дюкро объ ученіяхъ энциклопедистовъ. Оцѣнивая вліяніе энциклопедистовъ на французскую революцію, Дюкро замѣчаетъ: „Злоупотребленія стараго режима въ серединѣ XVIII в. достигли періода зрѣлости, чтобы не сказать разложенія, и, конечно, всѣ нетерпѣливо ждали, когда же блеснетъ новая заря. Въ этотъ моментъ и народилась энциклопедія. Слѣдовательно общественное мнѣніе или, вѣрнѣе, общественное недовольство опередило ея появленіе. Это состояніе умовъ не только не было вызвано энциклопедіей, какъ это иногда говорили, но напротивъ, чтобы имѣть успѣхъ, ей надо было только вдохновляться имъ. Но то, что публика смутно ощущала, энциклопедисты выразили точно,—конечно, съ той относительной точностью, которую допускала цензура. Но тогда всѣ понимали съ полуслова. Кромѣ того, въ своемъ словарѣ они какъ будто собрали въ одинъ букетъ всѣ причины общественнаго недовольства, усиливали и обостряли ихъ, и день за днемъ возводили колоссальное боевое оружіе... Энциклопедисты, горячо критикуя существующее, рисовали соблазнительными красками тотъ совершенный строй, гдѣ должны воскреснуть свобода и равенство древней Спарты (безъ илотовъ) и, можетъ быть, блаженство естественнаго состоянія, въ то же время они во имя своего естественнаго права, „которое старѣе и выше произвольнаго человѣческаго законодательства“, заявляли и вопіиѣ осуществляли и необходимыя требованія объ устраненіи вопіющаго соціального неравенства, домогались равенства передъ закономъ, равенства въ налогахъ и въ правосудіи“¹⁾.

Естественноправовая философія эпохи просвѣщенія была крупнымъ шагомъ впередъ, поскольку она разрушала ста-

¹⁾ Дюкро. Энциклопедисты, гл. IV, русск. пер. въ Ж. Міръ Вождіи 1906 г.

рые предразсудки, тѣ „Idola“, въ которыхъ Бэконъ видѣлъ препятствія къ познанію человекомъ природы. Она совершила переоцѣнку старыхъ правовыхъ и политическихъ теорій, выдвинула принципъ политической свободы и укрѣпила идею личности и ея правъ, явилась возмущеніемъ разума противъ устарѣвшихъ формъ жизни, противъ традиціоннаго авторитетнаго нормопониманія, сковывавшаго развитіе личности¹⁾. Этимъ философія просвѣщенія расчистила путь болѣе правильному и научному пониманію природы общества и государства.

Гораздо справедливѣе поэтому оцѣнка естественноправовой агитаціи другимъ нѣмецкимъ ученымъ Юдлемъ:

„Многое изъ того, что требовали въ качествѣ права, права природы, дѣйствительно стало правомъ, но не потому что оно якобы прежде или означала человѣческаго развитія было уже правомъ, а потому что пришло время, когда эти требованія стали практическими правильными, т. е. стали вообще вразумительными, понятными въ своемъ значеніи, и черезъ то могли сдѣлаться правомъ, т. е. специально формулированными волевыми нормами общества“²⁾.

Если многія требованія естественнаго права не могли по своей утопичности или несоотвѣтствію условіямъ жизни осуществиться, и многія изъ положеній естественноправового ученія отличались крайней апіорностью, отрѣшенностью отъ жизни и искусственностью, доходившей подчасъ до смѣшного, то, во всякомъ случаѣ, естественноправовая доктрина, представленная лучшими мыслителями и политическими дѣятелями своего времени, имѣла несомнѣнно и крупный успѣхъ въ сферѣ правовой жизни и стремленія

¹⁾ См. оцѣнку философіи просвѣщенія у А. Н. Фатѣева. Очеркъ развитія индивидуалистическаго направленія въ исторіи философіи государства 1907 ч. II гл. VIII и начало гл. IX.

²⁾ Jodl: Ueber das Wesen des Naturrechtes und seine Bedeutung in der Gegenwart. Krit. Vierteljahrsschrift. B. 25. 1903, стр. 15.

ея далеко не сложились лишь „въ несокрушимый мавзолей надеждъ разбитыхъ и страстей“.

Не менѣе крупное значеніе имѣла доктрина естественнаго права и для науки права. Въ теченіи столѣтій въ философіи естественнаго права сосредоточивалось все теоретическое изслѣдованіе основныхъ вопросовъ правовѣдѣнія.

Изслѣдуя сущность права и раскрывая содержаніе и характеръ отдѣльныхъ его отраслей, доктрина естественнаго права несомнѣнно содѣйствовала выясненію существа права и болѣе правильной систематизаціи права. Въ особенности слѣдуетъ отмѣтить эту заслугу естественноправовой доктрины въ отношеніи публичнаго права. Развивая идею правового государства, естественноправовая доктрина усиленно занималась вопросомъ объ отношеніи права къ государственной власти, о характерѣ правовыхъ ограниченій этой власти, о юридическихъ отношеніяхъ между властью и подданными.

Конституціонное право и въ частности ученіе о субъективныхъ публичныхъ правахъ гражданъ многимъ обязаны доктринѣ естественнаго права.

Извѣстно далѣе, какую роль сыграла естественноправовая доктрина, начиная съ Гуго Гроція, въ особенннсти въ развитіи принциповъ междунагоднаго права.

Даже Бергбомъ, столь критически относящійся къ доктринѣ естественнаго права, признаетъ, что эта доктрина утвердила равноправіе публичнаго и въ частности государственнаго права съ прочими дисциплинами права ¹⁾.

Нельзя не замѣтить, что и новѣйшее формально-юридическое направленіе въ наукѣ публичнаго права, такъ называемый юридическій методъ изученія государства, въ значительной мѣрѣ навѣянъ тѣмъ логическимъ, „геометриче-

¹⁾ Prof. E. Ehrlich. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen 1902 г. гл. XVI. (Die nachtrömische Entwicklung) указываетъ, какъ самое современное понятіе публичнаго права явилось результатомъ взаимодействия естественноправовыхъ и романистическихъ вліяній. См. особенно стр. 227.

скимъ методомъ“, которымъ оперировали нѣмецкіе юристы естественноправовой школы при разработкѣ своихъ естественноправовыхъ, рационалистическихъ системъ и положеній.

Матеріалъ для этихъ логическихъ операций, конечно, у писателей естественноправовой доктрины и новѣйшихъ представителей формально-юридического метода различенъ, какъ и задачи, преслѣдуемая тѣми и другими. Первые имѣли въ виду свое право разума и конструкціи рациональнаго порядка, вторые—явленія и нормы положительнаго правопорядка и конструкціи положительныхъ правоотношеній, но способъ мышленія и разработка матеріала во многомъ чрезвычайно сходны. На это сходство естественноправовой школы съ новѣйшимъ формально-логическимъ направленіемъ въ юриспруденціи указываютъ и главнѣйшіе представители юридическаго метода въ государствѣвѣдѣніи и его критики ¹⁾.

1) См. Laband: Ueber die Bedeutung der Rezeption d. röm. Rechts für das deutsche Staatsrecht. 1880 г. стр. 52 сл. Jellinek Allg. Staatslehre 1900 г. стр. 59. Его же: Adam in der Staatslehre 1893 г. стр. 16. Stoerk: Zur Methodik d. öff. Rechts 1885 г. стр. 40. Gierke: Joh. Althusius. 1902 г. стр. V. Gumpłowicz: Allg. Staatsrecht 1897 г. стр. 239. Его же: Geschichte der Staatstheorien 1905. Anhang. Проф. Г. В. Тарановскій въ своемъ интересномъ изслѣдованіи „Юридическій методъ въ государ. наукѣ“. 1904 г. доказываетъ преемственность юридическаго метода въ нѣмецкомъ государствѣвѣдѣніи отъ дѣятельности германскаго рейхскамергерихта, приведшей къ развитію публичноправовой догматики, и отрицаетъ взглядъ на юридическій методъ, какъ на „своеобразное развитіе или вырожденіе принциповъ школы естественнаго права“ (стр. 251 сл.). Мы отнюдь не отрицаемъ утвержденія уважаемаго изслѣдователя, что камеральная юриспруденція въ Германіи приводила къ развитію догматической разработки публичнаго права и помимо естественноправовой доктрины. Но юридическій методъ въ новомъ нѣмецкомъ государствѣвѣдѣніи отличается отъ простой догматической разработки и примѣняется не только для конструкціи институтовъ данной системы публичнаго права въ цѣляхъ практическихъ, но является и методомъ теоретическаго изученія государства съ его формальной, правовой стороны. Посредствомъ этого метода хотять юридически объяснить государство, сдѣлать его „юридически мыслимымъ“, и не данное толь-

Въ отношеніи гражданскаго права, наиболѣе устойчивой части права, ученіе естественнаго права дало философское обоснованіе и развитіе принципамъ, установленнымъ

ко государство, а государство вообще, или по крайней мѣрѣ государство опредѣленнаго типа. Мы явно замѣчаемъ здѣсь такой же логическій процессъ обобщенія, а подчасъ и абсолютизированія тѣхъ или другихъ юридическихъ формъ и логическихъ построеній, какъ и у естественноправовыхъ юристовъ. И даже понятіями естественноправовой доктрины въ значительной мѣрѣ пользуются современные юристы. Такъ напримѣръ, когда они утверждаютъ формальную юридическую неограниченность государственной власти. Да и самъ основатель современной юридической школы государствѣдовъ, Гербертъ, развѣ онъ въ своемъ поясненіи юридической природы государства какъ юридического лица или государственноправовыхъ институтовъ имѣлъ въ виду лишь догматику дѣйствующаго германскаго права? Такъ въ своей теоріи публичныхъ субъективныхъ правъ гражданъ онъ даетъ поясненіе существа этихъ правъ, руководствуясь общими, притомъ предвзятыми принципиальными соображеніями о характерѣ юридическихъ отношеній подданныхъ къ власти. Точно также это дѣлаютъ и многіе послѣдующіе представители юридической школы въ государствѣдѣніи, когда они отрицаютъ самую возможность правъ къ государственной власти. Причиной этого является то, что эти юристы имѣютъ въ виду свое особое правильно или неправильно конструированное формальное общее юридическое понятіе государства и его власти, откуда они подобно Гоббесу и его послѣдователямъ „логически“ „*more geometrico*“ выводятъ невозможность существованія такихъ правъ, тогда какъ другіе юристы этой же школы въ своихъ формально логическихъ построеніяхъ государственныхъ отношеній смягчаютъ это утвержденіе или даже, наоборотъ, доказываютъ возможность юридического ограниченія власти и существованія субъективныхъ правъ гражданъ къ государству. Юридическій методъ, поскольку онъ выливается въ способъ теоретическаго познанія государства съ его формально правовой стороны, установленія принциповъ общаго ученія о государственномъ правѣ (см. Jellinek Allg. Staatslehre 1900 г. 47 ст.), выходитъ за предѣлы простой догматической разработки публичнаго права въ цѣляхъ практическаго его примѣненія, каковую цѣль только и преслѣдовала германскій рейхскаммергерхтъ, и превращается, если такъ можно выразиться, въ логику правовыхъ формъ, въ ту „юриспруденцію понятій“, которую въ значительной мѣрѣ оставила въ наслѣдіе современнымъ юристамъ естественноправовая доктрина съ ея логическими построениями правовыхъ институтовъ на основѣ тѣхъ или другихъ общихъ и „достоверныхъ“ положеній, правовыхъ аксіомъ.

уже римскими юристами ¹⁾, и также содѣйствовало болѣе правильной систематикѣ права.

Естественноправовая доктрина, какъ извѣстно, подняла и изслѣдовала важнѣйшіе вопросы уголовного права и уголовной политики ²⁾.

Но на ряду съ указанными выше полезными результатами идея естественнаго права имѣла и свои крупныя отрицательныя стороны, на которыя и указываютъ ея противники.

Чуждая всякой исторической перспективы, пренесенная преобразовательными стремленіями, естественноправовая доктрина 18 вѣка мощно содѣйствовала разрушенію отжившихъ и тормозящихъ развитіе общественной жизни институтовъ, но въ своихъ ударахъ не щадила и жизнеспособныхъ институтовъ, увлекаясь утопическими планами, слишкомъ вѣрила въ магическую силу своихъ рациональныхъ формулъ соціальнаго преобразованія. Безпощадное разрушеніе всѣхъ учреждений, замѣчаетъ Бергбомъ, представляло собой почти буквальное выполненіе естественноправовой программы, отрицанія которой легко могли выливаться въ аболиціонные законы.

„Всѣ виды государственныхъ учреждений Франціи, говорилъ характерно одинъ изъ членовъ Конвента, а позднѣе представитель національнаго собранія Rabaud de St. Etienne, сноспѣшествуютъ лишь несчастью народа; чтобы сдѣлать народъ счастливымъ, нужно преобразовать народъ, измѣнить его идеи, измѣнить его законы, его нравы, словомъ—все разрушить, да, все разрушить, такъ какъ все должно быть построено сызнова“.

Надежды реформаторовъ были во многомъ обмануты.

„Эти новыя постройки, говоритъ Бергбомъ, возникшія на разрушенномъ старомъ, въ дѣйствительности никакимъ

¹⁾ См. Нечаевъ: Гражданское право и гражданское правовѣдѣніе: (Сборникъ: Введеніе въ изученіе соціальной науки, стр. 155 сл.).

²⁾ Bergbom: Назв. соч. стр. 222—227. М. П. Чубинскій: Очерки уголовной политики. 1905 г. гл. III и IV.

образомъ не соответствовали постулатамъ естественнаго права“¹⁾.

Что касается вліянія естественноправовой доктрины на судебную практику, то наравнѣ съ проникновеніемъ въ область права и процесса болѣе гуманныхъ принциповъ, навѣянныхъ естественноправовыми ученіями, обнаружилась также и отрицательная сторона вліянія доктрины естественнаго права. Естественноправовая доктрина, относясь пренебрежительно къ положительному праву, подрывала интересъ къ его изученію и уваженію къ нему. Она внушала судьямъ стремленіе согласовать свои приговоры съ субъективными принципами раціональнаго права, а не съ объективными нормами положительнаго права. Принципъ легальности отступалъ на задній планъ. Цивилистическая и криминалистическая теоріи работали не для потребностей практики, но главнымъ образомъ вращались въ высшихъ сферахъ философской спекуляціи, разработку же источниковъ дѣйствующаго права предоставили ремесленникамъ права—сухимъ ученымъ комментаторамъ. Судьи, особенно въ уголовномъ процессѣ, подъ видомъ справедливости вносили въ свои приговоры усмотрѣніе и произволь, не стѣняясь смысломъ и текстомъ закона.

„Для судьи временъ Вольтера и Беккарін, замѣчаетъ Бергбоhmъ, было похвальнымъ дѣломъ примѣнять на практикѣ подъ видомъ требованій закона взгляды уголовныхъ политиковъ и популярныхъ философовъ. Наказанія налагали произвольно, а рѣшенія юридическихъ факультетовъ проявляли неслыханный произволь“²⁾.

Иначе и не могло быть въ виду крайняго субъективизма естественноправовыхъ принциповъ.

По совершенно справедливому замѣчанію Бергбома: „Въ субъективизмѣ заключается неизсякаемый возбудитель

¹⁾ См. Bergbohm: Назв. соч.

²⁾ Bergbohm: Назв. соч. стр. 223 сл. Stintzing: Wendungen und Wandlungen d. deutschen Rechtswissenschaft (Rede) 1879 s. 17.

всего естественноправового учения, и именно поэтому оно постоянно открываетъ лишь такіе „источники“, изъ которыхъ въ данномъ случаѣ можетъ быть всегда выведена желанная норма, такъ какъ ея существованіе зависитъ отъ образа мыслей и желанія оцредѣленнаго индивида¹⁾).

Въ самомъ дѣлѣ, въ теченіи вѣковъ развѣртываются параллельно или одна за другой цѣлыя системы, построенныя философами, политиками и юристами на принципахъ абсолютнаго естественнаго права; но какъ различны эти системы и какъ различно у нихъ не только воззрѣніе на сущность права (этимъ страдаетъ и современная наука права), но и самое содержаніе, которое вкладываютъ въ свое абсолютное естественное право различные авторы, независимо отъ того были ли это стремившіеся проникнуть въ глубь вещей философы-мыслители или политическіе реформаторы! Абсолютнаго, вѣчнаго универсальнаго права открыть имъ, конечно, не удалось; ихъ абсолютное естественное право мѣнялось даже быстрѣе измѣнчиваго во времени и пространства вѣ несовершеннаго положительнаго права.

Естественноправовая доктрина абсолютнаго права не знала или не считалась съ тѣмъ, что развитіе человѣческаго нормопониманія и нормопредѣленія, какъ и развитія всей общественной жизни, совершается эволюціоннымъ путемъ, что измѣнчивы и самыя представленія людей о природѣ, природѣ чловѣка, вещей и отношеній, изъ которыхъ пытались вывести принципы абсолютнаго права.

Въ существованіе неизмѣнныхъ нормъ естественнаго права вѣрили такъ, какъ вѣрятъ въ непреложные догматы религій.

Какъ субъективны были эти абсолютные принципы естественнаго права, видно уже изъ того, что они оказались столь гибкими, что служили средствомъ для конструкціи

¹⁾ Bergbohm стр. 452.

самыхъ различныхъ правовыхъ системъ и для обоснованія и оправданія самыхъ разнообразныхъ стремленій.

Естественнымъ правомъ пользовалась и католическая церковь въ борьбѣ за свое универсальное господство, и защитники свѣтской власти. Естественное право стремилось использовать защитники государственнаго абсолютизма (какъ Гоббесъ) и защитники естественныхъ неотчуждаемыхъ правъ личности, сторонники демократическихъ началъ и конституціонализма и сторонники сословныхъ привилегій и абсолютной монархіи „Божіею милостію“, ярые защитники священнаго права собственности и сторонники социализма и коммунизма. Это уже показывало всю неопредѣленность и растяжимость началъ естественнаго права, всю шаткость пріемовъ естественноправовой философіи. Поэтому несмотря на всю указанную нами выше культурную историческую роль идеи естественнаго права, доктрина абсолютнаго естественнаго права страдала такими недостатками, которые неизбежно должны были привести къ ея паденію съ развитіемъ научныхъ знаній, даже независимо отъ всякой политической реакціи противъ радикализма естественноправовыхъ ученій.

ГЛАВА II.

Историческое и позитивное направление въ правовѣдѣніи.

§ 10. Реакція противъ доктрины естественнаго права.

Въ 19 столѣтіи пачинается упадокъ доктрины естественнаго права, вызванный цѣлымъ рядомъ причинъ.

Политическая реакція противъ индивидуалистическихъ и радикальныхъ естественнорвовыхъ ученій 18 столѣтія, разочарованіе въ апіоризмъ и метафизикъ различныхъ философскихъ системъ, развитіе положительныхъ и историческихъ знаній и особенно блестящіе успѣхи естественныхъ наукъ съ ихъ эмпирическимъ методомъ изслѣдованія, все это вызвало отрицательное отношеніе къ естественнорправовой философійи и торжество позитивнаго направленія и въ общественныхъ наукахъ. Въ наукѣ права все болѣе усиливается интересъ къ историческому, положительному праву. Утверждается сознаніе въ необходимости для научнаго познанія права тщательнаго изученія положительнаго права, какъ явленія исторически развивающейся общественной жизни. Признаніе принципа историзма, закономѣрнаго развитія всѣхъ формъ общественной жизни, въ томъ числѣ и права, наноситъ сильнѣйшій ударъ возрѣнію естественнорправовой доктрины на положительное право и ея идеѣ абсолютнаго естественнаго права.

Историческое, догматическое и сравнительное изученіе положительнаго права вытѣсняетъ изъ науки права раціоналистическія построенія естественнорправовой философійи.

Въ частности, отрицательное отношеніе къ абсолютному естественному праву существовало и раньше; отрицателей

абсолютныхъ началъ права и нравственности можно найти еще въ древности. Еще софисты отвергали существованіе абсолютной справедливости и учили объ относительности всего существующаго и всѣхъ человѣческихъ представлений о правдѣ и не правдѣ.

Такъ было и позже. Въ XVI вѣкѣ Монтэнь произизировалъ надъ утверженіемъ существованія вѣчныхъ естественныхъ законовъ и вѣчной справедливости. Паскаль утверждалъ, что право измѣнчиво во времени и пространствѣ. Крайне пренебрежительно относилась вообще къ ученію естественнаго права такъ называемая германская практическая школа юристовъ XVII вѣка. Эти юристы обратили все свое вниманіе на приспособленіе рецепированнаго римскаго права къ юридическому обороту своего времени, но при этомъ оставили въ сторонѣ всякій научный интересъ къ праву. Ни исторія права, ни научная критика его источниковъ, ни основательная научная систематизація не интересовали ихъ. Наука о правѣ была для нихъ, какъ выражался юристъ XVII в. Струве, ничѣмъ инымъ, какъ „практическимъ искусствомъ, приспособляющимъ право къ веденію гражданскихъ нековъ“¹⁾.

Но подобная „практическая“ юриспруденція не могла быть опасна ученію естественнаго права. Лучшие юристы продолжали искать отвѣта на основныя проблемы права въ философіи естественнаго права, представителями которой являлись самые выдающіеся мыслители времени.

Но уже въ концѣ XVIII столѣтія развивается сильнѣйшая реакція, какъ противъ самого революціоннаго движенія, такъ и противъ вдохновлявшихъ его естественноправовыхъ идей.

Въ области политической жизни обнаруживается энергичное стремленіе реакціонныхъ правительствъ и поддерживающихъ ихъ общественныхъ элементовъ подавить „гидру

¹⁾ Stintzing: Geschichte d. Rechtswissenschaft т. I стр. 12 сл.

революціи“, остановить развитіе демократическихъ идей, драпировавшихся въ тогу естественнаго права, и возстановить насколько возможно старый распатанный революціей порядокъ, и та же реакція проявляется и въ области правовыхъ и политическихъ ученій. Индивидуалистическая доктрина естественнаго права признается источникомъ всѣхъ разрушающихъ основы государства теченій.

Поэтому подвергаются ожесточенной критикѣ и рационалистическая теорія естественнаго состоянія и договорнаго образованія общества и государства, идея естественныхъ и неотчуждаемыхъ правъ выдвигаются естественноправовымъ ученіемъ—идеи равенства и свободы, принципъ народнаго суверенитета и другія начала, развитія доктринной естественнаго права. Реакціонные писатели на первый планъ выдвигаютъ не разумъ и волю человѣка, которые сами по себѣ не способны рѣшить проблему о происхожденіи и лучшемъ устройствѣ общества. Не воля, свобода, интересы и права индивида признаются основами правопорядка, но самобытная независимая отъ индивидовъ воля государственнаго цѣлаго, представляемаго легитимной властью.

Доказываютъ, что историческое право и государство не создаются личностями, но являются независимо отъ индивидовъ самобытно возникающимъ и развивающимся порядкомъ.

Источникъ права и государства лежитъ не въ волѣ и договорѣ гражданъ или народа, а въ волѣ Бога, управляющаго судьбами человѣчества или въ непреложныхъ историческихъ законахъ развитія человѣческихъ обществъ. На этомъ основаніи выдвигается на первый планъ необходимость *полнаго уваженія* къ исторически сложившемуся правопорядку и государственной власти и требованіе крайней умѣренности во всякихъ реформахъ, если не совершенное отрицаніе ихъ.

Таковы были идеи той реакціонной литературы, которая явилась на смѣну индивидуалистическихъ ученій 18 в.

Представителями такого направленія явились такъ называемые теократы: французы—Сенъ Мартенъ, Де-Местръ, Бональдъ, Балланшь и въ началѣ своей дѣятельности Ламеннэ ¹⁾, нѣмцы—Адамъ Мюллеръ, Ярке, итальянцы—Леопарди, Тапарелли, далѣе извѣстный защитникъ патримониальной теоріи Галлеръ, политики и писатели такъ называемаго консервативнаго историческаго направленія, к. напр. Беркъ въ Англіи, Генцъ въ Германіи, и знаменитая историческая школа юристовъ въ Германіи. Часть же ученыхъ и публицистовъ, какъ то: Ансельопъ, Радовиць, Карлъ Саломонъ Цахаріэ, Шмитенеръ, Шлейермахеръ придерживались эклектизма и стремились сочетать новое реакціонное историческое направленіе съ прогрессивнымъ рационализмомъ 18 вѣка.

Мы видѣли также, что реакція противъ радикальныхъ естественноправовыхъ индивидуалистическихъ теорій права и государства обнаружилась уже и у корифеевъ философской мысли въ Германіи, у Канта въ его ученіи о предѣлахъ повиновенія государственной власти, въ позднѣйшемъ ученіи Фихте, въ органической натурфилософіи Шеллинга и особенно въ ученіи Гегеля. Также и философъ Гербартъ въ своей „Практической философій“, выводящій право изъ неодобренія спора и предупрежденія споровъ и столкновений путемъ *соглашенія* воли, устанавливающихъ для этого определенное правило, отрицалъ въ сущности естественное право, какъ на это указываетъ Б. Н. Чичеринъ, такъ какъ все право, по мнѣнію Гербарта, возникаетъ лишь въ силу соглашенія воли (*Einstimmung mehrerer Willen als Regel gedacht die dem Streit vorgebeugt*) и самое содержаніе его опредѣляется соглашеніемъ ²⁾.

¹⁾ См. о немъ С. А. Котляревскій: Ламеннэ и новѣйшій католицизмъ, 1901 г. Гл. I. Революція и реакція и *вл.* IV стр. 81—89.

²⁾ Allg. Practische Philosophie I В. Сар. 1, стр. 45—53. Ср. Aguiléra: L'idée du droit en Allemagne, стр. 158. Чичеринъ. Исторія полит. ученій ч. 1 1877, стр. 378—379. Любопытно, впрочемъ, что юристы 16 столѣтія,

Пронически отзывался о „такъ называемомъ естественномъ правѣ“ (sogennantem Naturrecht) и Шеллингъ въ своихъ „лекціяхъ о методѣ академическаго изученія“ ¹⁾. Но огромное большинство этихъ писателей (напр. Беркъ и Генцъ) выступали не столько противъ самой идеи естественнаго права, такъ какъ многіе изъ нихъ въ томъ или другомъ видѣ допускали существованіе естественнаго права, но противъ тѣхъ индивидуалистическихъ принциповъ права и государства, которые вывела естественноправовая литература 18 вѣка. Весьма скептически къ естественному праву относились утилитаристы 18 вѣка Гельвецій, Юмъ ²⁾. Но особенно рѣзкимъ противникомъ естественнаго права выступилъ знаменитый апостолъ утилитаризма, Бентамъ. Слово — естественное право, писалъ Бентамъ, — метафора. Естественны въ человѣкѣ свойства и способности, право же есть установленная гарантія, охраняющая дѣйствія этихъ свойствъ и способностей. Поэтому поставленіе естественнаго права на ряду или выше положительныхъ законовъ — извращеніе понятій. Въ такомъ противозаконномъ смыслѣ право является величайшимъ врагомъ разума и самымъ страшнымъ разрушителемъ правительствъ. Невозможно разсуждать съ фанатиками, вооруженными естественнымъ правомъ, которое каждый понимаетъ по своему и прилагаетъ, какъ ему заблагоразсудится, изъ котораго онъ ничего не можетъ уступить, ничего откинуть, которое столь же непреложно, какъ и непонятно, которое въ его глазахъ священно, какъ догматъ. вмѣсто того, чтобы обсуждать законы по ихъ послѣдствіямъ, вмѣсто того, чтобы опредѣлять хороши

напр. Коинанъ, различали двойное естественное право; основанное на естественномъ разумѣ и принципомъ котораго является *aequitas*, и естественное право, установленное не столько природою, сколько сужденіемъ людей, обычаями и молчаливымъ *соглашеніемъ*. См. Коркуновъ: Пет. философія права стр. 136.

¹⁾ См. *Bergbohm*: Назв. соч. стр. 188. Прим. 15.

²⁾ См. о нихъ *Bergbohm*: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* 1892 г. стр. 167. Прим. 22.

они или дурны, эти фанатики разсматривают ихъ въ отношеніи къ этому мнимому естественному праву, т. е. замѣняютъ сужденіе опыта всеми химерами своего воображенія. Еслибы существовали такіе естественные законы, то законы положительныя были бы бесполезны. Это бы значило „поддерживать дубъ тростью, зажигать факель для усиленія солнечнаго свѣта“¹⁾.

Въ деклараціи неотъемлемыхъ правъ человѣка и гражданина Бентамъ видитъ только „анархическіе софизмы“.

Но относясь отрицательно къ естественноправовой доктринѣ, категорически отрицая естественное право, Бентамъ однако весьма сблизается съ естественноправовой доктриной, поскольку онъ вмѣстѣ съ послѣднею отстаиваетъ необходимость установленія высшихъ разумныхъ принциповъ права, которые могли бы быть критеріемъ для оцѣнки человѣческаго поведенія и идеальными директивами для законодателя. Въ своей „Деонтологіи или наукѣ о морали“, которую Бентамъ опредѣляетъ какъ „знаніе того, что справедливо и пристойно“²⁾, онъ даже развиваетъ цѣлое ученіе о должномъ, въ основу котораго полагаетъ свой принципъ личной пользы, сводящагося въ соціальной жизни, къ „максимизаціи пользы“, къ наибольшему счастью наибольшаго числа людей.

Задача деонтолога, говоритъ Бентамъ, состоитъ въ томъ, чтобы „извлечь изъ тьмы, въ которую погрузили тѣ основы долга, въ которыхъ природа соединила интересы индивида съ его радостями, въ которыхъ его собственное благополучіе связано, комбинировано, отождествлено съ благополучіемъ другихъ; задача эта состоитъ другими словами въ

¹⁾ Oeuvres de J. Bentham. Bruxelles 1829 Principes de législation ch. XIII, 10.

²⁾ J. Bentham: Déontologie ou Science de la morale T. I, § 2 Bruxelles 1834.

томъ, чтобы дать социальному двигателю все вліяніе личнаго двигателя¹⁾).

Эта деонтологія, какъ наука о морали, которую Бентамъ стремится отграничить отъ юриспруденціи²⁾, является тоже принципами естественной морали, обоснованной свойствами человѣческой природы (чувства удовольствія и страданія), и которыя Бентамъ рекомендуетъ какъ высшія директивы социальныхъ отношеній, сообразоваться съ которыми должно каждое разумное законодательство и правовой порядокъ. Бентамъ эти принципы называетъ однако нравственностью, а не естественнымъ правомъ, и не придаетъ имъ формальной силы права, но мы видѣли, что таково было въ сущности отношеніе къ естественному праву и многихъ его сторонниковъ, такъ что разница между этими сторонниками естественнаго права и Бентамомъ сводится въ данномъ вопросѣ къ терминологіи: именно, положенія и принципы, именуемые первыми „естественнымъ правомъ“, Бентамъ называетъ „принципами морали“.

Наконецъ, деонтологія Бентама съ ея формулами пользы и счастья оказалась въ сущности столь же субъективной и рационалистически построенной, какъ и системы естественнаго права.

Вотъ почему и пользовавшееся такимъ огромнымъ вліяніемъ и популярностью утилитарное ученіе Бентама отнюдь, конечно, не могло поколебать авторитета естественноправоваго ученія по крайней мѣрѣ внѣ предѣловъ его отечества Англіи, не смотря на рѣзкую критику Бентамомъ естественнаго права. Несравненно болѣе опаснымъ противникомъ идеи естественнаго права явилось ученіе нѣмецкой исторической школы юристовъ.

¹⁾ Déontologie § II p. 43.

²⁾ См. Déontologie § II стр. 43. En un mot, on peut considérer la déontologie ou morale privée comme la science du bonheur fondée sur les motifs législatifs (вызываемыхъ легальными наказаніями и наградами), tandis que la jurisprudence est la science par laquelle la loi est appliquée à la production du bonheur“.

§ II. Ученіе исторической школы юристовъ о правѣ.

Въ наши задачи не входитъ разсмотрѣніе того общаго развитія исторической мысли, которое привело и въ наукѣ права въ 19 столѣтіи къ ученію такъ называемой исторической школы юристовъ.

Въ исторіи юриспруденціи между тѣмъ фрагментарнымъ, лишеннымъ пониманія цѣльности историческаго процесса и принципа эволюціи, историческимъ изученіемъ права, которое выразилось въ „юридическихъ древностяхъ“ и исторической экзегезѣ источниковъ римскаго права элегантнои школы юристовъ 16 столѣтія, и историческимъ ученіемъ о правѣ школы Гуго-Савиньи-Пухта лежитъ болѣе чѣмъ двухвѣковой періодъ, въ теченіи котораго назрѣвали тѣ идеи о правѣ, которыя получили такое яркое развитіе и выраженіе въ трудахъ юристовъ исторической школы.

Въ этотъ періодъ времени появляются столь важныя для историческаго ученія о правѣ труды, какъ въ 1667 г. „Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae“ знаменитаго философа Лейбница, въ которомъ онъ настаиваетъ между прочимъ на необходимости изученія исторіи права, исходя изъ признанія непрерывно историческаго процесса правообразованія; затѣмъ въ 1725 году итальянецъ Вико въ своихъ знаменитыхъ въ исторіи науки „Principi di una scienza nova“ развиваетъ свое историческое міросозерцаніе, пытаясь нарисовать цѣльную картину историческаго развитія человечества, въ томъ числѣ его правовой и государственной жизни, и выяснитъ принципъ этого развитія. Въ 1748 появляется знаменитый „Духъ законовъ“ Монтескье, имѣвшій такое огромное вліяніе не только на развитіе политическихъ идей, но и на развитіе историческаго пониманія права, необходимой зависимости правовыхъ формъ отъ состоянія національной культуры и естественной среды.

Далѣ съ конца 18 вѣка ученіе Гердера объ историческомъ развитіи ¹⁾, органическая философія Шеллинга, философія Гегеля развитія всемірнаго и въ частности національнаго духа Гегеля—всѣ эти этапы въ пониманіи историческаго процесса создали ту идейную атмосферу, которой охотно дышали, какъ консервативно настроенные публицисты и юристы, такъ и тѣ которые независимо отъ политическихъ тенденцій проникались сознаниемъ всей важности пониманія историческаго процесса правовой жизни.

Они охотно обращались къ прошлому и объективнымъ силамъ историческаго движенія, въ ихъ воображеніи заманчиво рисовалась картина спокойнаго органическаго развитія правовыхъ учрежденій, противопоставляемая разрушительной ломкѣ и искусственному созданію новыхъ формъ неустойчивыми и безсильными, по ихъ мнѣнію, разумомъ и волей индивидовъ на основахъ естественнаго или раціональнаго права. На этой почвѣ въ юриспруденціи возникаетъ реакція противъ естественноправоваго ученія и выдвигается новое историческое ученіе о правѣ. Въ Германіи это ученіе о правѣ получаетъ свое первое обоснованіе у геттингенскихъ профессоровъ права (Пюттеръ, Густавъ Гуго) и находитъ свое полное развитіе и выраженіе у Савиньи и Пухта.

Густавъ Гуго въ своемъ „Учебникѣ естественнаго права, какъ философіи положительнаго права“ и статьѣ „Суть ли законы, единственные источники юридической жизни“ доказываетъ, что положительное право не есть исключительно созданіе законодателя. Оно образуется и развивается незамѣтно, само собой, подобно языку и нравамъ. Право именно есть часть языка народа, такъ какъ въ немъ оно находитъ свое выраженіе. Всякая критика этого самобытно сложившагося въ силу самыхъ условій жизни права поэтому не-

¹⁾ См. объ немъ В. Перцевъ: Теорія эволюціи и философія исторіи Гердера. Журн. Вопр. Философіи и Психологіи 1907, кн. 89.

умѣстна, и его возможныя и роковыя несовершенства скрадываются тѣмъ, что къ нему по крайней мѣрѣ привыкли.

Велѣнія же законодателя, посколькѣ они не согласуются съ обычаями народной жизни, остаются лишь мертвыми формулами и не исполняются.

Эти воззрѣнія Гуго радикально противорѣчили принципамъ естественнаго права. Шюттеръ еще допускалъ въ случаѣ пробѣловъ дѣйствующаго положительнаго права пополненіе его принципами естественнаго права, хотя и не допускалъ существованія естественнаго права, пригоднаго для всѣхъ народовъ и времени, Гуго же, воззрѣнія котораго отличаются крайнимъ консерватизмомъ и поклоненіемъ передъ самобытно сложившимся правовымъ порядкомъ, не допускаетъ возможности созданія личностью чего-либо лучшаго и какого-либо иного рациональнаго права, чѣмъ существующее и освященное историческимъ опытомъ ¹⁾.

Взгляды Гуго нашли свое дальнѣйшее развитіе въ ученіи Савиньи.

Савиньи самъ такъ характеризуетъ сущность воззрѣнія новой исторической школы: „Въ наукѣ права существуютъ два воззрѣнія, двѣ историческихъ школы. Множество частныхъ разногласій между ними сводятся въ сущности къ одному разногласію, къ различному отвѣту на слѣдующій кардинальный вопросъ: каково отношеніе прошедшаго къ настоящему, развитія къ бытію? По мнѣнію однихъ, каждая эпоха изъ себя самой создаетъ свой міръ, свое бытіе разумное и счастливое или неразумное и несчастное, по мѣрѣ своего пониманія и силъ. Въ частности, положительное право произвольно создается законодательной властью, на основаніи мимолетныхъ убѣжденій, независимо отъ права

¹⁾ П. И. Новгородцевъ: Историч. школа юристовъ. Стр. 27—57 замѣчаетъ по поводу такого взгляда: „Это былъ именно тотъ историзмъ, который является рѣшительнымъ отрицаніемъ самой сущности естественнаго права“.

предыдущихъ эпохъ. Таково мнѣніе неисторической школы юристовъ.

Совершенно противоположны взгляды исторической школы. Индивидуальное и изолированное существованіе, говорить Савиньи, невозможно. Все то, что индивидуально, является въ то же время той или иной стороною своего бытія, организованной частью какого-либо высшаго цѣлаго. Каждая эпоха народной жизни есть ничто иное, какъ продолженіе, и развитіе прошедшаго: настоящее не создаетъ своего міра произвольно изъ самого себя: оно дѣлаетъ это въ неразрывной общности съ прошлымъ. Поэтому каждое поколѣніе должно признавать нѣчто *данное*, являющееся въ одно и то же время необходимымъ и свободнымъ, необходимымъ, т. е. независимымъ отъ произвола настоящаго, и свободнымъ, т. е. независимымъ отъ чьего бы то ни было произвола вообще. Исторія съ этой точки зрѣнія не является лишь „собраніемъ примѣровъ“, политическихъ ошибокъ и заблужденій человѣческаго духа. Именно потому, что прошлое имѣетъ имманентный, а не преходящій характеръ, что оно живетъ въ настоящемъ, а не смѣняется имъ, исторія—единственный путь къ пошманію настоящаго ¹⁾.

Исходя изъ такого воззрѣнія на исторію, Савиньи, Пухта и ихъ послѣдователи развиваютъ свое воззрѣніе на право. Источникомъ права является народное сознаніе, народный духъ, присущій каждой націи съ момента появленія ея на исторической сценѣ. Нація же есть особая сущность, тѣлесное и духовное единство, отличное отъ составляющихъ ее индивидовъ. Въ отношеніи права народный духъ представляетъ собою общее убѣжденіе о правѣ или правосознаніе, которое живетъ и дѣйствуетъ во всѣхъ членахъ народа, а потому положительное право по необходи-

¹⁾ Savigny: Ueber den Zweck dieser Zeitschrift въ Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft B. I (1815 г.).

мости является однимъ и тѣмъ же правомъ въ сознаниіи отдѣльныхъ лицъ ¹⁾).

Право живетъ въ общемъ сознаниіи народа и отдѣльныхъ членовъ не въ видѣ отвлеченныхъ правилъ, но въ видѣ живого представленія конкретныхъ правовыхъ институтовъ. Абстрактное правило права въ своей логической формѣ является уже продуктомъ нѣкотораго искусственнаго процесса, отвлеченія отъ конкретного содержанія правовыхъ институтовъ.

Историческій ростъ права есть стихійное самораскрытіе содержанія народнаго правосознанія. Право, какъ языкъ и нравы, какъ и само государство, являющееся высшей формой правообразованія, развивается именно съ безусловной необходимостью въ силу внутреннихъ незамѣтно дѣйствующихъ силъ, кроющихся въ глубинѣ народнаго сознанія, а не въ силу сознательнаго разчета людей, произвола и велѣнія законодателя.

Развитіе права есть такое же спокойное органическое, необходимое развитіе, какъ развитіе растенія изъ зерна. Государство не творитъ права. „Государство есть естественное цѣлое, говоритъ Савиньи ²⁾, тѣлесное выраженіе духовной общности народа, органическое проявленіе народа, продуктъ закономѣрнаго историческаго развитія, высшая ступень правообразованія“.

Итакъ право каждаго народа, представляющаго собою государственное цѣлое, развивается органически въ силу объективной внутренней необходимости, безъ вмѣшательства воли людей, безъ ихъ усилій и борьбы. Человѣкъ каждой эпохи получаетъ свое право законченнымъ и совершеннымъ, какъ зрѣлый плодъ, отпавшій отъ дерева. Право растетъ пока люди спятъ. Заключенное первоначально въ общемъ

¹⁾ Savigni: Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

²⁾ Savigni System d. h. röm. Rechts 1840, стр. 21 сл.

сознаніи народа и, вырабатываясь въ средѣ народа, какъ обычное право, право съ развитіемъ культуры, съ усложненіемъ и обособленіемъ различныхъ сторонъ народной жизни, начинать разрабатываться особымъ общественнымъ классамъ—юристами, являющимися профессиональными истолкователями и проводниками народнаго правосознанія. При такомъ пониманіи эволюціи права, всякое вмѣшательство кого бы то ни было, въ томъ числѣ и законодателя, въ правовую жизнь, поскольку оно не является лишь санкціонированіемъ и, такъ сказать, техническимъ усовершенствованіемъ самобытныхъ нормъ народнаго, обычнаго права, является тормазомъ правового развитія, бесполезнымъ или вреднымъ вмѣшательствомъ въ естественный закономѣрный ходъ правовой жизни народа. Поэтому и рецещія, заимствованіе чужеземныхъ юридическихъ институтовъ, признается опасной аномаліей, внесеніемъ инородныхъ элементовъ, которые порождаютъ болѣзненное состояніе до тѣхъ поръ, пока они не будутъ переработаны и претворены въ національномъ правосознаніи.

Впрочемъ, подъ вліяніемъ встрѣченной критики и жизненнаго опыта историческая школа сдѣлала значительныя отступленія отъ провозглашенныхъ ею принциповъ.

Такъ Савиньи призналъ полезность въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣшательства законодателя въ правовую жизнь въ періодъ задержекъ въ правообразованіи и призналъ значеніе въ процессѣ правообразованія общечеловѣческихъ началъ и даже общую для всѣхъ высшую нравственную цѣль права. Въ „Системѣ современнаго римскаго права“ Савиньи опредѣляетъ общечеловѣчскій элементъ и общую цѣль развитія права, которые по его мнѣнію сводятся къ нравственному назначенію человѣческой природы, какъ оно опредѣляется христіанскою религіей, т. е. къ признанію повсюду равнаго нравственнаго достоинства и свободы человѣка и юридической охраны этой свободы при помощи соответствующихъ институтовъ. Взаимодѣйствіе обоихъ эле-

ментовъ, общечеловѣческаго и національнаго, служить важнѣйшимъ мотивомъ въ прогрессѣ народнаго права. Первоначально происходитъ борьба между этими элементами, но затѣмъ они примираются въ высшемъ единеніи.

Въ указанныхъ уступкахъ, въ признаніи нѣкотораго значенія личныхъ усилій въ правообразованіи и особенно въ признаніи общечеловѣческихъ началъ въ правѣ и высшей нравственной его задачи, уже видимъ отступленіе отъ коренной идеи исторической школы, о спокойномъ органическомъ самопроизвольномъ развитіи права, не допускающемъ ни внутреннихъ противорѣчій, ни личнаго вмѣшательства въ естественный, необходимо разумный процессъ. Въ этихъ уступкахъ заключается уже сближеніе исторической школы съ естественноправовой доктриной, поскольку послѣдняя именно утверждала огромное значеніе универсальныхъ, общечеловѣческихъ, началъ права и высшей нравственной цѣли права и соотвѣтственно съ этимъ придавала крайне преувеличенное значеніе личнымъ усиліямъ и свободному творчеству въ дѣлѣ преобразованія положительнаго правопорядка ¹⁾.

Но, какъ доказано теперь, сходство между доктриной естественнаго права и исторической школой, несмотря на существенное различіе этихъ ученій, гораздо глубже.

Въ самомъ дѣлѣ, тотъ мистическій народный духъ, который является по ученію исторической школы источни-

¹⁾ Это отступленіе исторической школы отъ провозглашенныхъ ею самой коренныхъ принциповъ правообразованія даютъ именно возможность Бергбому, ссылаясь и на мнѣніе Шингера, утверждать, что историческая школа не отрицала принципиальной допустимости нравственной оцѣнки исторической дѣйствительности. Она боролась лишь противъ абсолютнаго и вѣчнаго масштаба естественнаго права, который доктрина естественнаго права выдавала за вѣчный постулатъ разума и человѣческой природы. Bergbolm: назв. соч. стр. 235. Но разъ указываютъ на общую этическую (въ смыслѣ христіанской этики) цѣль праваго развитія, измѣняющую общечеловѣческое универсальное значеніе, этимъ самымъ уже устанавливаютъ абсолютный масштабъ права.

комъ права и содержитъ въ себѣ изначала право, которое лишь постепенно съ необходимой силой раскрывается въ исторіи, весьма напоминаетъ постулаты разума и природу естественноправовой доктрины, изъ которыхъ съ логической или естественной необходимостью вытекаютъ положенія естественнаго права ¹⁾). Какъ естественноправовая доктрина признаетъ эти начала единственно разумными и правильными, такъ и историческая школа признаетъ единственно разумнымъ и правильнымъ для данного времени существующее положительное право, явившееся продуктомъ самопроизвольнаго органическаго развитія началъ народнаго духа.

Подобно естественноправовой доктринѣ историческая школа обращается съ требованіями къ законодателю не вредить ея естественному, т. е. историческому, народному праву, предполагая, такимъ образомъ, свободу личной дѣятельности въ области правообразованія, возможность вліять хотя бы отрицательно на процессъ правообразованія. А это есть уже отступленіе отъ основнаго положенія о необходимомъ пассивномъ положеніи личности въ процессѣ правообразованія.

Только съ точки зрѣнія естественноправовой доктрины законодатель долженъ руководиться указаніями разума а у исторической школы онъ долженъ лишь выяснять и санкціонировать исторически сложившееся право. Савиньи и Пухта сами съ сожалѣніемъ указываютъ, что въ дѣйствительности законодатель часто является творцомъ положительнаго права, противнаго исторически сложившемуся національному праву. Таково, напримѣръ, замѣтованіе нѣкоторыми германскими законодателями французскаго кодекса.

¹⁾ Бельтовъ: Къ вопросу о развитіи монистическаго взгляда на исторію. Пет. 1905 г. стр. 128 справедливо замѣчаетъ по поводу этого своеобразнаго идеализма исторической школы: „Та разновидность идеализма, которой придерживались сторонники исторической школы права, оказалась въ дѣлѣ объясненія общественныхъ явленій еще менѣе состоятельной, чѣмъ гораздо болѣе глубокой идеализмъ Шеллинга и Гегеля“.

Но разъ это такъ, значить положительное право законодателя можетъ расходиться съ правомъ народнымъ, и положительное право не всегда подчинено тому закону самобытнаго органическаго развитія, о которомъ твердить историческая школа.

Бываетъ, слѣдовательно, неорганическое положительное право, и возможна такая же коллизія между положительнымъ правомъ выраженнымъ въ законахъ и народнымъ, какъ между естественнымъ и положительнымъ правомъ.

Особенно рѣзко это подчеркиваетъ наиболѣе вѣрный послѣдователь исторической школы, Безелеръ.

Органически развившееся право является скорѣе пожеланіемъ исторической школы, чѣмъ результатомъ необходимой исторической закономѣрности. Но и естественно-правовыя положенія многихъ писателей естественнаго права являлись скорѣе идеальными проэкціями права, нежели дѣйствительно существующимъ правомъ. Наконецъ, какъ это видно особенно изъ ученія Пухта объ обычномъ правѣ, правосознаніе, нормы существующія изначально въ народномъ духѣ, еще до ихъ примѣненія и позитиваціи признаются уже правомъ, а тутъ мы видимъ уже полное сходство съ естественноправовой доктриной, у которой естественныя нормы помимо всякой позитиваціи является правомъ.

Неудивительно поэтому, что многіе ученые видятъ въ ученіи исторической школы Савиньи-Пухта лишь новую форму старой естественноправовой доктрины¹⁾, несмотря на разницу въ направленіи обѣихъ школъ.

¹⁾ О естественноправовыхъ элементахъ ученія исторической школы см. особенно *Beyboldt* назв. соч. стр. 480 сл. *Новгородцевъ*: Историческая школа юристовъ, стр. 101 сл. *Stammeler*: Über die Methode der geschichtlichen Rechtsschule 1888 г. *Neukamp*: Einleitung in d. Entwicklungsgeschichte des Rechts. 1895 г. стр. 28 сл. *O. Bulow*: Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, 1901, стр. 56 сл. (Über die historische Rechtswissenschaft). *Belker*: Ernst und Scherz über unsere Rechtswissenschaft 1892 г. § VIII. *Коржуновъ*: Исторія философіи права 1898 г. стр. 448, между прочимъ, замѣчаетъ: „И историческая школа, и Гегель, и Краузе, ставили философскому ученію о правѣ задачу обя-

Проф. Рейнгардъ Франкъ, характеризуя различіе естественноправовой и исторической школы, утверждаетъ, что „самое глубокое внутреннее различіе обѣихъ школъ заключается въ ихъ методѣ. Въ то время, какъ естественноправовая школа стремится познать право путемъ заключеній разума, историческая школа стремится достигнуть этого путемъ опыта, эмпирическимъ путемъ. Методъ первый—дедуктивный, методъ второй—индуктивный. Первый исходитъ отъ общаго и нисходитъ къ частному, второй исходитъ отъ частнаго и поднимается къ общему“¹⁾.—Что таковъ былъ методъ, провозглашенный исторической школой,—это спрашивается. Но была ли она вѣрна ему?

Въ своемъ ученіи объ источникахъ права, далѣе въ формулированіи сущности закономѣрнаго развитія права и въ другихъ частностяхъ историческая школа далеко не слѣдовала провозглашенному ею же методу и, по вѣрному замѣчанію Цительмана, напротивъ, сама „основательно запуталась въ своеобразномъ „естественноправовомъ методѣ“, аргументируя дедуктивнымъ путемъ при помощи предвзятыхъ и апіорно установленныхъ общефилософскихъ понятій“. Насколько свободна историческая школа обращалась съ индуктивнымъ и эмпирическимъ методомъ, видно уже изъ того, что, хотя общее ученіе исторической школы права *объ источникахъ права, представляетъ собою ничто иное, какъ абстракцію отъ данныхъ, добытыхъ ею собственно путемъ изученія исторіи римскаго права, тѣмъ не менѣе этой абстракціи, по примѣру естественноправовой школы, историческая школа придала всеобщее значеніе и считала воз-*

ясненія положительнаго, исторически развивающагося, права. Но объясненія ихъ не основывались на объективномъ изученіи исторической дѣйствительности, а субъективно приносились готовыми изъ апіорныхъ абсолютныхъ началъ метафизики. Историческій матеріалъ былъ для нихъ не основой обобщеній, а только иллюстраціей апіорныхъ абсолютныхъ положеній.

¹⁾ Frank: *Naturrecht, geschichtl. Recht und sociales Recht*. 1891 г. стр. 22.

возможнымъ примѣнять ее къ объясненію развитія права и у всѣхъ другихъ народовъ ¹⁾).

Что касается предъявляемаго исторической школой обвиненія ²⁾, что она не отличаетъ вопроса образованія и содержанія права отъ обоснованія его обязательности, формальной силы, то, по нашему мнѣнію, это обвиненіе несправедливо. Исторической школой, какъ и естественноправовой не было надобности такъ расчленять эти вопросы, такъ какъ по ея ученію и происхожденіе, и содержаніе, и обязательность права коренятся въ одномъ источникѣ — народномъ правосознаніи. Самая обязательность права, какъ это особенно видно изъ ученія Пухта объ обычномъ правѣ, всецѣло обусловливается первоначально даннымъ общимъ народнымъ убѣжденіемъ въ его обязательности. Санкція законодателя есть лишь констатированіе, декларация и гарантія этой обязательности, существующей независимо отъ него. Все сказанное, конечно, не устраняетъ существеннаго различія исторической школы и естественноправовой и большихъ заслугъ исторической школы въ наукѣ права. Разрушеніе положенія старой естественноправовой доктрины о произвольномъ и случайномъ образованіи положительнаго права, разсѣяніе фантома абсолютнаго естественнаго права съ неизмѣннымъ содержаніемъ, окончательное утвержденіе принципа закономѣрнаго развитія права еще задолго до того, какъ эволюціонный принципъ получилъ полное признаніе въ естественныхъ наукахъ, выявленіе всей важности историческаго изученія положительнаго права и первая серьезная научно-историческая разработка положительнаго права, — все это въ высшей степени цѣнныя пріобрѣтенія науки права, которыми она обязана исторической школой юристовъ. Но эта ближайшая преемница и про-

¹⁾ Ср. Arnold: Kultur und Rechtsleben. 1865 г. стр. 348 сл.

²⁾ Ср. напр. Bergbohm: назв. соч. стр. 503 и Bruns. Das h. röm. Recht § 5 въ Holtzendorfs Encyclopädie 1 Aufl. 1870 s. 257 (4 Auflage 1882 г. s. 396).

тивница естественноправовой доктрины сама, какъ мы видѣли, не осталась свободной, отъ многихъ недостатковъ естественноправовой доктрины, и въ то же время историческая школа пренебрегла нѣкоторыми дѣйствительно цѣнными сторонами доктрины естественнаго права, въ чемъ ее справедливо упрекали не только принципіальные противники ея изъ философскаго лагеря, но и ея послѣдователи, воспринявшіе многія изъ ея основныхъ положеній ¹⁾).

Уже въ двадцатыхъ годахъ 19-го столѣтія послѣдователь Гегельянскіи философіи, юристъ Гансъ выступилъ съ критикой ученія исторической школы, упрекая ее въ боязни историческихъ коллизій, въ отрицательномъ отношеніи къ сознательнымъ стремленіямъ личности и законодателя, направленнымъ къ улучшенію существующаго права, въ неправильномъ пониманіи процесса развитія правовыхъ явленій, именно въ подчиненіи ихъ слѣдующему закону виѣшней причинности, подобно явленіямъ природы.

Другіе (Унтергольцверъ, Мюленбрухъ, Кирульфъ), доказывали, что правообразованіе совершается не только на почвѣ національнаго сознанія, но и въ предѣлахъ болѣе тѣсныхъ общеній.

Но особенно выдающееся мѣсто въ числѣ юристовъ, способствовавшихъ устраниенію нѣкоторыхъ ошибокъ исторической школы, занялъ извѣстный нѣмецкій юристъ Рудольфъ фонъ-Іерингъ. Послѣдній вслѣдъ за исторической школой признаетъ законмѣрность историческаго развитія права, но онъ иначе понимаетъ эту законмѣрность.

§ 12. Возрѣніе Іеринга на право и процессъ его образованія.

Юристы исторической школы разсматриваютъ развитіе права, какъ органическій процессъ спокойнаго, послѣдовательнаго самораскрытія изначальныхъ элементовъ національнаго правосознанія.

¹⁾ См. о нихъ у Новгородцева: Историческая школа юристовъ.

Право изначально таится въ нѣдрахъ народнаго духа, а не создается волей и дѣятельностью личностей и законодательной властью государства, такъ какъ послѣднее само есть лишь „тѣлесное выраженіе духовной общности народа“ и „высшая ступень правообразованія“¹⁾.

Иерингъ, опровергая оба эти кардинальные положенія исторической школы, развиваетъ свою эволюціонную теорію правообразованія, базируя ее на признаніи сознательныхъ усилій личностей и борьбы интересовъ въ качествѣ факторовъ закономѣрнаго правообразованія, а государственной власти, какъ формальнаго источника права. Причинную, механическую закономѣрность правообразованія Иерингъ замѣняетъ своеобразной телеологической закономѣрностью. „Цѣль есть творецъ права“, говоритъ Иерингъ въ своемъ трудѣ „Цѣль въ правѣ“.

Въ основѣ каждой правовой нормы лежитъ стремленіе осуществить извѣстную цѣль. По закону причинности все происходящее въ мірѣ должно имѣть достаточную причину въ предшествующемъ: нѣтъ явленія безъ причины. Но въ области воли и дѣйствія, слѣдовательно въ области права, необходимо опредѣляющимъ основаніемъ является цѣль, т. е. представленіе будущаго, которое стремится осуществить воля. Цѣль есть психологическій законъ причинности въ отличіе отъ механическаго закона причинности, проявляющагося въ неодушевленной природѣ. Нѣтъ хотѣнія безъ цѣли. Лишь самое осуществленіе воли во внѣшнемъ мірѣ неизбежно влечетъ подчиненіе человѣческихъ дѣйствій механическому закону причинности²⁾.

Притомъ оказывается, что подъ „цѣлью“ Иерингъ склоненъ понимать не только тѣ субъективныя, преходящія, измѣнчивыя цѣли, которыя преслѣдуютъ личности въ своей общественной жизни, но, какъ это видно изъ предисловія

¹⁾ Savigni: System d. h. r. R. 1840 г. стр. 21 сл.

²⁾ Ihering. Zweck im Recht B. 1. Kap. I; также Vorrede. S. VIII f.

къ его трактату „Цѣль въ правѣ“, Герингъ въ „цѣли“ склоненъ видѣть нѣкій общій, объективный принципъ правового развитія, предустановленный свыше. „Признаніе цѣли въ видимомъ мірѣ, говоритъ Герингъ, для меня, который такъ ограниченъ, что не въ состояніи представить себѣ цѣль безъ сознательной воли¹⁾, равносильно признанію Бога“. Самораскрытіе права изъ готовыхъ элементовъ народнаго правосознанія, какъ учитъ историческая школа, ничего общаго съ дѣйствительнымъ образованіемъ и развитіемъ права не имѣетъ, утверждаетъ Герингъ.

Въ исторіи нѣтъ ничего готоваго: она все создаетъ. „Общее убѣжденіе народа“, „народный духъ“ не суть какія то первоначальныя потенціи, но сами являются продуктомъ исторической жизни, которая постепенно создаетъ извѣстную общность интересовъ, возрѣвній и убѣжденій массы совместно живущихъ личностей, создаетъ т. обр. характеръ народа.

Правообразование является тяжелымъ процессомъ утвержденія и защиты опредѣленныхъ интересовъ среди массы другихъ.

Какъ защищенный интересъ, право есть результатъ побѣды въ данной социальной средѣ сильнѣйшаго интереса или продуктъ компромисса различныхъ интересовъ.

Нѣтъ спокойствія и непрерывности въ развитіи права. Преклоненіе исторической школы передъ прошлымъ—чистый романтизмъ. Новое право создается на развалинахъ стараго.

„Цѣль права есть миръ, а средство *борьба*. Жизнь права является борьбой народовъ, правительствъ, сословій и индивидовъ.

¹⁾ Относительно неправильности различенія Герингомъ механической и психологической причинности и подчиненія послѣдней особому высшему понятію *закономѣрности* „цѣлевому закону“ см. критику Штаммлера „Хозяйство и Право“ р. пер. подъ ред. Давыдова 1907 т. II стр. 9 сл., гдѣ Штаммлеръ доказываетъ совершенное извращеніе понятія цѣли въ опредѣленіи телеса у Геринга.

Пока право будет подвергаться нападенію со стороны неправа, а это будет всегда, до тѣхъ поръ оно навсегда связано съ борьбой. Все право въ мірѣ есть плодъ борьбы“, восклицаетъ Іерингъ.

Въ борьбѣ человѣкъ обрѣтаетъ право свое! ¹⁾.

„Конкретное право, которое въ силу возникновенія предъявляетъ претензію на вѣчное, безграничное существованіе, подобно ребенку, поднимающему руку на свою мать; оно смѣется надъ идеей права несмотря на то, что на ней основывается, ибо идея права есть вѣчное возникновеніе; возникшее же должно уступить мѣсто новому“ ²⁾...

Человѣческому духу, который бессознательно работаетъ надъ образованіемъ языка, не представляется никакихъ гравдіозныхъ препятствій; искусство также не имѣетъ другого противника, кромѣ собственнаго прошедшаго, т. е. господствующаго вкуса. Но право, какъ пониманіе цѣли, поставленное среди хаотическаго движенія человѣческихъ цѣлей, стремленій, интересовъ, должно, говоритъ Іерингъ, непрерывно, ошупью отыскивать вѣрную дорогу, и, найдя ее, еще преодолѣть всѣ препятствія, которыя ему на ней встрѣчаются.

Несомнѣнно, продолжаетъ Іерингъ, что и развитіе права представляется точно такъ же закономѣрнымъ и определеннымъ, какъ и развитіе искусства и языка, но тѣмъ болѣе отступаетъ оно отъ послѣднихъ по способу и формѣ; и въ этомъ смыслѣ должно совершенно отвергнуть столь быстро и торопливо принятую всѣми параллель Савиньи между правомъ съ одной стороны и языкомъ и искусствомъ съ другой ³⁾.

Итакъ въ тяжелыхъ родовыхъ мукахъ рождается право. Всѣ великія пріобрѣтенія, которыми отмѣчена исто-

¹⁾ *Phering. Kampf um's Recht.* Русск. пер. „Борьба за право“ подъ ред. Свѣшникова 1895, стр. 13 сл.

²⁾ Тамъ же, стр. 19.

³⁾ Тамъ же, стр. 20.

рія права, какъ уничтоженіе рабства, крѣпостного состоянія, свободы поземельной собственности, промысла совѣсти и т. д.—всеѣ они достались только путемъ упорной, цѣлыя столѣтія продолжавшейся борьбы; нерѣдко цѣлыя потоки крови и всегда разрушенное право показываетъ тотъ путь, по которому шло новое право. Право есть Сатурнъ, пожирающій собственныхъ дѣтей¹⁾.

Понятно, что при такомъ возрѣніи на право Іерингъ въ противность исторической школы отрицаетъ первенство народнаго обычая надъ закономъ, высоко ставитъ законодательство, какъ сознательную, закономѣрную, и определенную форму правообразования, отвергаетъ пассивную роль законодателя и требуетъ широкой реформаторской его дѣятельности.

Іерингъ отрицаетъ и узко націоналистическій характеръ возрѣній исторической школы на правообразование.

Рецепція и ассимиляція чужого права, по его мнѣнію,—двѣ коренныя функціи, на равновѣсіи которыхъ основывается здоровье общественнаго организма. Живой организмъ всегда заимствуетъ извнѣ; лишь трупъ развивается только изнутри.

Изъ того, что хина выросла на чужой почвѣ, не слѣдуетъ, что ее нельзя употреблять при лихорадкѣ.

Какъ въ своихъ возрѣніяхъ на правообразование, такъ и на самое право Іерингъ является позитивистомъ. Хотя нѣкоторые ученые отрицаютъ это²⁾, ссылаясь на то, что труды Іеринга написаны подъ вліяніемъ господствовавшихъ въ его время метафизическихъ системъ (Гегеля, органической философіи и телеологическихъ философскихъ возрѣній Шопенгауера и Тренделенбурга), но сами же указываютъ, что, несмотря на свои философскія предпосылки и даже вопреки имъ, Іерингъ, основываясь на фактахъ, на

¹⁾ Тамъ же, стр. 19.

²⁾ См. напр. Коркуновъ: Исторія философіи права, 1898, стр. 488.

изученіи исторической дѣйствительности, „совершенно въ духѣ позитивизма“, чисто индуктивнымъ путемъ приходитъ къ своимъ теоретическимъ выводамъ ¹⁾.

И въ своемъ крайне реалистическомъ изображеніи процесса правообразованія, въ основу котораго онъ въ сущности полагаетъ эмпирически установленный принципъ борьбы за существованіе, и въ своемъ воззрѣніи на право Іерингъ стоитъ на почвѣ позитивизма.

Его же опредѣленіе права таково, что оно совершенно отрицаетъ возможность признанія иного права, кромѣ позитивнаго.

„Хотячее опредѣленіе права гласитъ, что право—совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ. Это опредѣленіе, говоритъ Іерингъ, по моему мнѣнію, совершенно правильно. Лишь тѣ установленныя обществомъ нормы заслуживаютъ имени права, которыя имѣютъ за собой принужденіе. А такъ какъ государство имѣетъ монополію принужденія, то лишь тѣ нормы являются правовыми, которыя государство обезпечило принужденіемъ. Государство является единственнымъ источникомъ права“.

„Право есть система принудительно обезпеченныхъ (государствомъ) соціальныхъ цѣлей“ ²⁾.

Французскій писатель, Танонъ справедливо усматриваетъ въ работахъ Іеринга, со времени появленія II тома „Цѣль въ правѣ“, даже ультрапозитивистскія тенденціи, а именно цѣль человѣческой дѣятельности и ея стимулъ и конечную цѣль Іерингъ видитъ въ личной пользѣ, въ осуществленіи эгоистическихъ интересовъ. Единственнымъ первоначальнымъ и естественнымъ чувствомъ Іерингъ признаетъ эгоизмъ, изъ котораго общественная жизнь, историческія условія развили нравственныя чувства.

Нравственность есть ничто иное, какъ развитіе эгоизма на высшей стадіи эволюціи человѣчества. Не право

¹⁾ См. Коркуновъ: Тамъ же, стр. 488—489.

²⁾ Iehring: Zweck im Recht I стр. 318.

создано правосознаніемъ, а правосознаніе правомъ. Эволюція права, по мнѣнію Іеринга, происходитъ главнымъ образомъ, если не исключительно, подъ вліяніемъ внѣшнихъ и матеріальныхъ факторовъ исторіи, обусловливающихъ цѣли и дѣйствія людей.

Внутренніе факторы правообразованія, характеръ народа, его чувства и способности, сводятся Іерингомъ въ концѣ концовъ лишь къ внѣшнимъ условіямъ, изъ которыхъ они вытекаютъ производнымъ путемъ ¹⁾.

Это именно тѣ воззрѣнія Іеринга, которыя дали основаніе многимъ писателямъ, особенно идеалистическаго направленія, подвергнуть ученіе знаменитаго юриста весьма рѣзкой критикѣ, обвинять его во вредномъ вліяніи на послѣдующую позитивную юриспруденцію своей проповѣдью господства силы въ соціальной жизни, эгоистическихъ интересовъ и утилитаризма.

Прежде чѣмъ остановиться на упрекахъ по адресу современной позитивной юриспруденціи, замѣтимъ, что касается Іеринга, то нападки на него во многомъ являются несправедливыми и преувеличенными.

Прежде всего воззрѣнія Іеринга на процессъ правообразованія несомнѣнно являются болѣе прогрессивными, нежели воззрѣнія исторической школы съ ея порабощеніемъ настоящаго прошлому и боязнью всякихъ реформъ въ правѣ. Далѣе въ трудахъ Іеринга содержались несомнѣнно идеалистическіе элементы.

Въ „Духѣ римскаго права“ Іерингъ отстаиваетъ правовую свободу личности, краснорѣчиво доказывая, что значеніе ея опредѣляется не только матеріальными результатами, но также нравственнымъ призваніемъ личности и обязанностями власти. Далѣе въ своей работѣ „Цѣль въ правѣ“ Іерингъ часто высказываетъ и мысли, противорѣчащія ука-

¹⁾ Ср. Танонъ: Эволюція права и общественное сознаніе р. пер. 1904 стр. 42—56.

заннымъ матеріалистическимъ и эгоистическимъ тенденціямъ его теоріи. Іерингъ, напрімѣръ, устанавливаетъ необходимость правового самоограниченія государственной власти и оцѣнки государственныхъ актовъ со стороны ихъ соответствія „общимъ принципомъ права, которые мы носимъ въ себѣ самихъ“, нравственнымъ началамъ и принципамъ справедливости, возвышающимся надъ положительнымъ правопорядкомъ ¹⁾. Тамъ же Іерингъ придаетъ высокую цѣнность и общественное значеніе акту самоотреченія и указываетъ на то, что „эгоизмъ не есть единственный двигатель чело-вѣческой воли“.

Правда, § Іеринга нѣтъ послѣдовательности въ его теоретическихъ воззрѣніяхъ, и въ его „реалистической теоріи“ ²⁾ этики и права, особенно въ его позднѣйшихъ трудахъ на первый планъ выдвигаются личный эгоизмъ, сила и матеріальные интересы, какъ факторы правообразованія, но, какъ справедливо указываетъ проф. Новгородцевъ, „ближайшее опредѣленіе правового порядка было не одинаково у Іеринга въ различныя стадіи его развитія, но сознаніе высшихъ началъ, долженствующихъ служить руководствомъ для права, не покидало его никогда“ ³⁾.

Іерингъ характеризуетъ даже задачу своего сочиненія. „Цѣль въ правѣ“ какъ „установленіе субстанціональной идеи справедливости и нравственности, стоящей, въ качествѣ высшаго начала надъ чисто формальными моментами юридической логики, и раскрытіе этой идеи въ отдѣльныхъ юридическихъ положеніяхъ и институтахъ“. Высшимъ нравственнымъ критеріемъ онъ считаетъ общее благо. Высшей цѣлью права Іерингъ считаетъ осуществленіе матеріальной справедливости ⁴⁾.

¹⁾ Ihering: Zweck im Recht, стр. 351 сл.

²⁾ Въ своихъ „Grundlagen der Ethik“ (Schmoller's Jahrbuch 1882 № 1) Іерингъ самъ называетъ свою этику „realistische und geschichtliche Ethik“.

³⁾ Новгородцевъ: Историч. школа юристовъ, стр. 162 сл.

⁴⁾ Ihering: Zweck im Recht. В. I, с. 354, 421 с.

Такимъ образомъ теоретическія воззрѣнія Іеринга на право далеко не отличаются такимъ единствомъ, цѣльностью, которое позволило бы видѣть въ нихъ проявленіе какой-либо одной тенденціи, матеріалистической или идеалистической.

Нѣкоторыя черты правового ученія Іеринга сближаютъ его съ естественно-правовой идеалистической философійей; и намъ представляется болѣе справедливымъ и обоснованнымъ сужденіе о Іерингѣ, высказанное однимъ же изъ сторонниковъ идеалистическаго направленія въ философійи права, проф. Новгородцевымъ: „Являясь реакціей противъ органическаго воззрѣнія, телеологическая теорія Іеринга необходимо должна была воскресить извѣстные элементы философійи XVIII в., отрицаніе которой послужило точкой исхода для Савиньи. Признаніе личнаго творчества, чутье универсальныхъ началъ, философскіе интересы и прогрессивныя стремленія,—все это сближало Іеринга со старымъ ученіемъ естественнаго права, законныя тенденціи котораго онъ и самъ склоненъ былъ иногда указывать¹⁾. Всѣ элементы старой философійи, говоритъ г. Новгородцевъ, вставлены Іерингомъ въ рамки историческаго созерцанія и вслѣдствіе этого лишены своей отвлеченной прямолинейности. Личное творчество получаетъ у него значеніе необходимаго фактора исторіи, не отрицающаго, а направляющаго ея теченіе сообразно съ условіями общей закономерности; универсальныя начала приводятся въ связь съ историческимъ развитіемъ, прогрессивныя стремленія находятъ опору въ пониманіи реальныхъ процессовъ, черезъ которые совершается образованіе права... Критическое отношеніе къ исторіи, представляющее душу естественноправовой философійи, встрѣчается и у Іеринга“²⁾.

¹⁾ См. напр. „Цѣль въ правѣ“ (р. пер.) т. I стр. 180—181: „За теоріей естественнаго права должно признать ту заслугу, что она не отнеслась къ праву и государству какъ простымъ фактамъ, а задалась вопросомъ, откуда они пошли“. Лишь способъ разрѣшенія этой задачи былъ ошибоченъ, указываетъ Іерингъ.

²⁾ Новгородцевъ. Историческая школа юристовъ стр. 161 сл.

Уже бѣглый обзоръ воззрѣній исторической школы юристовъ и Иеринга показываетъ, что между указанными учениями и философией естественнаго права были точки соприкосновенія, и что подобно послѣдней эти новыя ученія оставили невыясненными цѣлый рядъ вопросовъ касающихся существа права и его образованія, вопросовъ, относительно которыхъ, какъ это показало будущее, могло состояться сближеніе еще большее идей естественноправовой доктрины и историческаго ученія о правѣ. Это произошло путемъ выясненія психологической природы правовыхъ явленій и роли идеальныхъ представленій о правѣ въ процессѣ историческаго образованія права.

§ 13. Позитивное направленіе въ правовѣдѣніи и его отношеніе къ естественному праву.

Ученіе исторической школы юристовъ и Иеринга, послужили тѣмъ научнымъ базисомъ, на которомъ стало развиваться такъ называемое позитивное ученіе о правѣ.

Разъ утвердившееся историческое пониманіе права и признаніе всей важности изученія позитивнаго права должно было, независимо отъ тѣхъ или другихъ ошибокъ ученыхъ исторической школы и Иеринга, направить правовѣдѣніе по иному пути, нежели вела его философія естественнаго права. Тотъ богатый запасъ идей относительно образованія права, обильный положительноправовой матеріалъ, привлеченный къ изслѣдованію, и постановка изученія положительнаго права на истинно научныя основы, которую мы находимъ въ трудахъ выдающихся юристовъ исторической школы и позитивнаго направленія, дали мощный толчекъ развитію позитивнаго направленія въ правовѣдѣніи. Блестящіе же успѣхи естественнонаучнаго положительнаго знанія въ 19-мъ столѣтіи, а затѣмъ и вліяніе философіи позитивизма, обоснованной Огюстомъ Контомъ и его предшественниками и послѣдователями, рѣшительнымъ образомъ содѣйствовали утвержденію позитивизма и въ юриспруденціи.

Позитивизмъ, какъ извѣстно, характеризуется тѣмъ, что онъ признаетъ положеніе, высказанное еще Кантомъ въ его критической философіи и подчеркнутое Огюстомъ Контомъ, объ относительности нашего знанія, о невозможности познанія сущности вещей, „вещей въ себѣ“, первоначальныхъ основъ и конечныхъ цѣлей существующаго.

Мы можемъ изучать лишь явленія, доступныя опыту и наблюденію. Позитивизмъ переноситъ въ область социаль-ныхъ наукъ эмпирической методъ, принятый въ естествен-ныхъ наукахъ, имѣетъ въ виду дать не рационалистическія построенія, основанныя на апіорныхъ положеніяхъ, и не субъективную идеалистическую оцѣнку существующаго ¹⁾, а, основанное на опытѣ и наблюденіи, объясненіе факторовъ и явленій дѣйствительной жизни и законовъ этихъ явленій.

Историзмъ, реализмъ, эмпиризмъ являются принци-пами позитивнаго направленія.

Этими чертами и прониклось современное правовѣд-нѣніе ²⁾.

Отвергнувъ метафизическія ученія о правѣ и рационали-стическія построенія естественноправовой доктрины, юристы позитивнаго направленія поставили своей задачей лишь изученіе положительнаго права, которое они лишь и признаютъ правомъ.

Для характеристики позитивнаго направленія въ пра-вовѣдѣніи приведемъ мнѣніе о естественномъ правѣ и за-дачахъ научнаго правовѣдѣнія одного изъ выдающихся пред-ставителей позитивнаго направленія въ правовѣдѣніи, проф.

¹⁾ Впрочемъ, такъ называемая субъективная социологія доказы-вала, что и въ позитивизмѣ совершенно законно можетъ и долженъ быть примѣненъ субъективный методъ для всѣхъ явленій, подлежа-щихъ лишь субъективному всеобщему наблюденію, и даже субъектив-ная оцѣнка исторіи. См. Лавровъ: „Задачи позитивизма и ихъ рѣше-ніе“. (Изданіе ж. Русское Богатство) стр. 50.

²⁾ Ср. замѣчаніе у Stern: Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft 1904 г. стр. 22 сл. и Wilhelm Stern: Kritische Grundlegung der Ethik als positive Wissenschaft. 1897.

А. Меркеля: „Какъ и всѣ примитивныя воззрѣнія, естественное право исходитъ изъ предположенія, что существуетъ справедливость въ себѣ, признаваемая всѣми, которая не есть измышленіе человѣческаго духа, но лишь объектъ возможнаго познанія со стороны послѣдняго. Но въ противоположность подобнымъ примитивнымъ воззрѣніямъ оно не претендуетъ на непосредственное практическое значеніе: оно должно только быть взято за путеводную нить при преобразованіи уже даннаго въ действительности положительнаго права. Различныя системы, въ которыхъ воплотилось это естественное право, оказываются, впрочемъ, историческими продуктами, стоящими точно въ такой же зависимости отъ данныхъ измѣнчивыхъ условій жизни, какъ и то положительное право, которому должны они противопоставить вѣковѣчные образцы. И содержаніе этихъ системъ положительно въ томъ смыслѣ, что въ немъ отражается, какъ чувствовали люди, какія существовали потребности и стремленія у различныхъ поколѣній ихъ, и обнаруживается то же происхождение, какое имѣетъ содержаніе дѣйствующаго въ данный моментъ права.

Установленіе правильнаго взгляда на этотъ предметъ, продолжаетъ Меркель, было заслугою исторической школы правовѣдѣнія. Благодаря ея вліянію, естественное право устранено изъ умственного обихода нашего вѣка. И путь, на которомъ можно было бы съ большею надеждою на успѣхъ предпринять экскурсію съ цѣлью открытія независимаго отъ исторіи, самодовлѣющаго права, этотъ путь не найденъ и до сихъ поръ. А пока этого не сдѣлано, наука видитъ предъ собою право, выработанное прошлой и настоящей жизнью, положительное какъ со стороны своей воли, такъ и по идеѣ. Выяснить элементы и функціи этого права, равно какъ и условія его возникновенія, дѣйствія и развитія,—такова главнѣйшая задача науки“¹⁾.

¹⁾ A Merkel: Elemente der Rechtsbildung; въ русск. пер. Б. В. Попова. Элементы общаго ученія о правѣ, Харьковъ 1896, стр. 32.

Понятно, почему при таких воззрѣніяхъ историческое изученіе права и догматика права заняли столь исключительное положеніе въ позитивной юриспруденціи: они посвящены объясненію права, какъ явленія дѣйствительной жизни. Первое выясняло процессъ развитія права, раскрывало содержаніе и формы права въ ихъ исторической послѣдовательности, вторая путемъ логической разработки дѣйствующаго въ данный моментъ права, путемъ анализа, синтеза и классификаціи опредѣленныхъ имъ правоотношеній, сведенія ихъ къ извѣстнымъ категоріямъ, выясняло это право въ его принципахъ и понятіяхъ и облегчало возможность его практическаго примѣненія.

Все усердіе юристовъ обращалось именно на такое овладѣніе огромнымъ положительноправовымъ матеріаломъ.

Весьма неосновательно было бы однако предположеніе, что какъ самая идея естественнаго права, такъ и многовѣковая работа естественноправовой юриспруденціи, исчезли безъ слѣда и не оказывали никакого вліянія на юриспруденцію, явившуюся на смѣну ей.

Выше мы уже указали на то практическое и теоретическое значеніе, которое имѣла доктрина естественнаго права. Достаточно взглянуть въ тотъ циклъ идей, понятій, формулъ, которыми оперируетъ современная юриспруденція, посвятившая себя разработкѣ положительнаго права, чтобы замѣтить, сколь многія изъ этихъ идей и понятій переданы современному правовѣднію доктриной естественнаго права.

А Бергбомъ въ своей извѣстной книгѣ „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ даже съ сожалѣніемъ констатируетъ, что и послѣ исторической школы вѣра въ непозитивное право никоимъ образомъ не исчезла, а напротивъ находится въ полномъ разцвѣтѣ. Литература почти всего культурнаго міра, особенно романскихъ народовъ и затѣмъ нѣмецкая, проникнута естественнымъ правомъ ¹⁾.

¹⁾ Bergbom. op. cit. S. 232—254.

Фактъ, дѣйствительно, изумительный для тѣхъ, которые, полагали, что идея естественнаго права отошла или отходитъ въ область преданій.

Но необходимо замѣтить, что критерій Бергбома для отнесенія тѣхъ или другихъ понятій и ученій къ числу естественнопрововыхъ чрезвычайно растяжимъ.

Такъ онъ причисляетъ къ сторонникамъ естественнаго права различныхъ писателей только потому, что они говорятъ объ „идеѣ права“, „правовомъ чувствѣ“, „правовомъ смыслѣ“, „идеѣ справедливости“¹⁾.

„Впрочемъ, оговаривается Бергбомъ, если бы это только была у нихъ вѣра въ возможно лучшее право, стремленіе къ праву свободному отъ недостатковъ современнаго права, потребность въ такомъ предопредѣленіи права, которое выражается въ ихъ трудахъ, то ихъ поэтому одному нельзя было бы назвать друзьями естественнаго права; но они являются таковыми, утверждаетъ Бергбомъ, поскольку содержаніе желаній и предположеній всѣхъ этихъ ученыхъ явно такъ трактуется, какъ бы оно было уже матеріально правомъ, такъ что влѣдствіе этого дѣйствующее въ данное время право или необходимо должно потерпѣть умаленіе своего авторитета или подвергнуться неподобающему расширенію своихъ матеріальныхъ предѣловъ“²⁾.

Такой критерій Бергбома для опредѣленія исновѣданія естественнаго права весьма ненадеженъ.

Оцѣнка и критика положительнаго права на основѣ извѣстныхъ „пожеланій или предположеній“; хотя бы она вела къ „умаленію его авторитета“, еще не обращаетъ сама по себѣ эти „пожеланія и предположенія“ ни въ право вообще, ни въ частности въ естественное право. Также рекомендація этихъ ученыхъ ввести въ сферу положительнаго права путемъ законодательства или судебной практики тѣхъ

¹⁾ Bergbohm: S. 295—302.

²⁾ Bergbohm: стр. 287.

или другихъ теоретическихъ или же нравственныхъ принциповъ и положеній, не получившихъ еще признанія въ позитивномъ правѣ, также не означаетъ признанія правового дуализма, т. е. естественнаго права наравнѣ съ положительнымъ, если только самымъ этимъ рекомендуемымъ положеніямъ не приписываютъ уже напередъ, до обращенія ихъ въ позитивное право, тѣхъ атрибутовъ, которые признають свойственными лишь праву. Конечно, признаніе такихъ положеній имѣющими силу права со стороны правообразующихъ органовъ путемъ законодательства или судебной практики ведетъ къ обращенію ихъ въ позитивное право, но вѣдь такимъ образомъ образуется вообще положительное право, хотя бы этотъ матеріалъ, изъ котораго образуется это право и не былъ до того времени правомъ.

Таковы были тѣ положенія, которыя вводилъ римскій преторъ „*supplendi, corrigendi vel adjuvandi juris civilis causa*“ и, наконецъ, положенія римскихъ юристовъ, которыя обращались въ право, именно дѣйствующее право римскаго народа ¹⁾.

Но можно ли вообще такія положенія до ихъ трансформации въ положительное право, считать правомъ, это зависитъ отъ того воззрѣнія на право или точнѣе понятія права, которое принимается.

Если это понятіе права таково, что оно охватываетъ собою и такія нормы, которыя отнюдь не составляютъ положительнаго права, или, другими словами, если приписываются свойства права и нормамъ непозитивнымъ, то въ такомъ случаѣ, конечно, можно говорить и о существованіи непозитивнаго или даже естественнаго права.

При этомъ необходимо однако замѣтить, что въ литературѣ обыкновенно отождествляется понятіе „дѣйствующаго“ и „положительнаго права“ и естественное право часто

¹⁾ Сами римляне употребляли, говоря о *jus civile*, терминъ „право“ въ различныхъ значеніяхъ, см. *E. Ehrlich: Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*. Berlin 1902, гл. I—VIII, особенно стр. 80 сл.

противопологается положительному, какъ дѣйствующему праву. Между тѣмъ, какъ мы уже видѣли изъ исторіи представленій о естественномъ правѣ, послѣднее также часто признавалось дѣйствующимъ правомъ, и не только потому, что положенія этого права входили въ составъ позитивнаго права, но и помимо этого, поскольку это естественное право признавалось дѣйствующимъ само по себѣ въ силу естественной необходимости, независимо отъ отношенія къ нему положительнаго права. Мы видѣли, что естественному праву приписывали даже высшую силу по сравненію съ положительнымъ.

Но оцѣнивая соображенія и доказательства Бергбома о процвѣтаніи естественноправовыхъ ученій въ настоящее время, все же должно согласиться съ нимъ, что естественное право и по настоящее время находитъ значительное число сторонниковъ, противопоставляющихъ въ томъ или другомъ видѣ естественное право положительному, или признавая естественное право дѣйствующимъ правомъ *sui generis*, или же видя въ немъ образцовыя „юридическія“ нормы, имѣющія значеніе чисто идеальныхъ директивовъ, не имѣющихъ обязательной силы или только въ будущемъ могущихъ найти примѣненіе къ жизни.

Любопытно, что такое противопоставленіе этихъ правъ мы находимъ даже у юристовъ, причисляющихъ себя къ натуралистическому или же къ реалистическому направлению въ теоріи права ¹⁾.

Такъ Мюллеръ утверждаетъ, что обладаніе абсолютнымъ научнымъ знаніемъ своей природы и вишняго міра дало бы людямъ возможность опредѣлить и абсолютную нормальную форму своихъ отношеній, *идеальное абсолютное право*. Положительное же право есть искусственно устанавливаемый людьми, нормальный лишь для даннаго времени, типъ отно-

¹⁾ См. замѣчаніе Коркунова: Исторія философіи права стр. 483—487 объ ученіяхъ Müller'a (*Die Elemente der Rechtsbildung* 1877 г.) и Post'a (*Naturgesetz des Rechts* 1868 г.).

шеній, который лишь постепенно приближается къ указанному абсолютному праву.

Также и Постъ полагаетъ, что въ постепенномъ развитіи человѣческаго знанія люди узнаютъ „въ совершенствѣ законы гармоніи между интересами личности и общества и соотвѣтственно съ этимъ устанавливаютъ такое гармоническое, абсолютное право. Тогда исчезнетъ и положительное право съ его принужденіемъ, которое временно необходимо для искусственнаго поддержанія равновѣсія интересовъ въ обществѣ. Но особенно въ литературѣ международнаго права признаніе естественнаго права, какъ дѣйствующаго права, удерживаетъ свои позиціи противъ натиска позитивнаго направленія.

И теперь еще многіе писатели въ области международнаго права удерживаютъ естественное право въ своей классификаціи дѣйствующихъ международныхъ нормъ и даже обосновываютъ этимъ правомъ важнѣйшіе принципы международнаго права. Это же относится и къ англійскимъ писателямъ международнаго права, несмотря на то, что именно въ Англии идея естественнаго права удержалась несравненно меньше нежели въ другихъ странахъ.

Сыгравъ крупную роль въ исторіи Англии въ эпоху религіозныхъ и политическихъ движеній конца XVI-го и XVII-го в., весьма различно использованное двумя столь выдающимися теоретиками естественноправовой доктрины, какъ Гоббесъ и Локкъ, и санкціонированное, какъ мы указывали выше, авторитетомъ знаменитаго англійскаго юриста Блэкстона ¹⁾, естественное право устранивается однако изъ англійской юриспруденціи.

¹⁾ Въ трудахъ: *An analysis of the laws of England*. Oxford 1765 г. и затѣмъ извѣстныхъ его „*Commentaries*“. Въ частности, объ обращеніи Блэкстономъ „историческихъ вольностей“, субъективныхъ публичныхъ правъ англичанъ, въ прирожденныя, см. *Елтинскъ*: Декларация правъ челоуѣка и гражданина. Рус. пер. стр. 43 и его же: *Право соврем. государствъ* (рус. перев.) стр. 270.

А именно вслѣдъ за Бентамомъ апалитическая школа англійскихъ юристовъ, занявшись логической разработкой положительнаго права, относится къ естественному праву отрицательно или, по крайней мѣрѣ, пренебрежительно. Юристы же историческаго направленія, какъ Мэнь, Поллокъ ¹⁾ и др. посвятили свои труды историко-сравнительному изученію правовыхъ институтовъ.

Такое отрицательное отношеніе въ Англии къ естественноправовому ученію *объясняютъ тѣмъ уваженіемъ и довѣріемъ*, которымъ пользуется у нихъ исторически утвердившееся право, сдѣлавшееся основой твердаго порядка и гарантіей правъ личности ²⁾.

Указываютъ далѣе на своеобразный характеръ англійской расы, на ея неспособность и нерасположеніе къ отвлеченнымъ принципамъ и идеальнымъ построеніямъ, эмпирическое направленіе мыслей и приверженность къ испытаннымъ исторически сложившимся положительнымъ формамъ отношеній. Черты эти отразились и въ англійской утилитарной философіи, и въ англійскомъ законодательствѣ, и юриспруденціи.

„Та же исключительная забота о полезномъ, то же отвращеніе къ естественнымъ правамъ и естественному закону у Остина, Сомнера Мэна, почти у всѣхъ англійскихъ юристовъ“ ³⁾.

¹⁾ Глава этой школы, Остинъ называетъ даже ученіе о естественномъ правѣ „безсмысленнымъ и безцѣльнымъ“.

²⁾ См. напр. *Новгородцевъ*: Право и государство. (Журн. Вопросы философіи и психологіи № 74 стр. 107). *Bergbohm*: op. cit. стр. 206. Ср. также *объясненія Hatschek'a* (*Englisches Staatsrecht* B. I стр. 15), почему правила англійской политической морали, конституціонныя соглашенія не только не приняли характера „революціоннаго естественнаго права“, но напротивъ поддерживаютъ авторитетъ Common Law.

³⁾ A. Fouillée: *L'idée moderne du droit* 1897, ch. III *L'esprit anglais et l'idée du droit*. Стр. 50—60. См. также особенно Эмиль Бутми: Политическая психологія англійскаго народа въ XIX вѣкѣ. Русск. перев. 1907 г. стр. 17 сл.

Но, несмотря на это господство позитивизма въ Англии, и здѣсь на защиту естественнаго права выступаетъ столь выдающійся представитель эволюціонной философіи и социологіи, какъ Гербертъ Спенсеръ, выражающій сожалѣніе, что его соотечественники столь пренебрежительно относятся къ идеѣ естественнаго права. Во всякомъ случаѣ, естественное право у Спенсера, какъ и у многихъ другихъ современныхъ защитниковъ этого права, отличается весьма своеобразными чертами отъ того представленія о естественномъ правѣ, котораго придержививалась старая доктрина этого права. Ученіе историзма и позитивизма не прошло безслѣдно и для критиковъ позитивнаго пониманія права, какъ мы увидимъ ниже. Теперь огромное большинство юристовъ относится къ естественному праву отрицательно, не признавая существованія другого права, кромѣ положительнаго; тѣ же представленія, съ которыми естественно-правовая философія связывала свое понятіе естественнаго права, они относятъ къ области явленій неправоваго характера, хотя и не отрицаютъ огромнаго значенія многихъ изъ нихъ для правообразованія и вообще для уясненія связи права съ явленіями другого порядка.

Признаемъ лишь *положительнаго* права *правомъ* современная позитивная юриспруденція устранила тотъ дуализмъ въ пониманіи права, который обусловливался различіемъ права естественнаго и права положительнаго, но такимъ образомъ далеко не разрѣшила всѣхъ проблемъ, которыя поставлены были въ естественно-правовой философіи въ связь съ признаніемъ естественнаго права, и которыя послѣдняя такъ или иначе разрѣшала именно путемъ такого признанія; и такъ какъ даже по основному вопросу о существѣ права и его опредѣленіи въ самой позитивной юриспруденціи далеко не было достигнуто единенія, то всеѣмъ этимъ открытъ быть путь для той критики позитивнаго направленія въ юриспруденціи, а затѣмъ и для новой защиты естественнаго права, которая мы видимъ въ настоящее время.

§ 14. Критики современного правовѣдѣнія.

Съ конца истекшаго столѣтія весьма замѣтно усилилось критическое отношеніе къ господствующему направленію современного правовѣдѣнія.

Въ критическомъ отношеніи ученыхъ къ современному имъ состоянію науки или той или другой отрасли ея, конечно, никогда не было недостатка.

Оно представляетъ неизбѣжное явленіе, необходимо обусловленное самымъ процессомъ научнаго мышленія.

Прогрессъ научнаго познанія не совершается лишь путемъ послѣдовательнаго раскрытія и освѣщенія уже добытыхъ ранѣе положеній, накопленія новыхъ научныхъ истинъ на основѣ и при помощи найденныхъ уже ранѣе.

Силою и рядомъ разрушительной критикой установленныхъ ранѣе принциповъ и пріемовъ изслѣдованія расчищается путь для прогрессивнаго движенія научной мысли.

Догматическая санкція тѣхъ или другихъ научныхъ положеній, самодовольное успокоеніе мысли съ девизомъ „*non tunc tangere*“, противорѣчатъ самому существу свободнаго научнаго изслѣдованія съ вѣчно присущимъ ему сознаніемъ несовершенства и относительности нашего знанія.

Особенно рѣзко проявляется колебаніе научныхъ пріемовъ и положеній въ тѣхъ отрасляхъ науки, которыя, какъ напримѣръ, общественныя науки и, слѣдовательно, и правовѣдѣніе являются наиболее сложными и трудными по предмету своего изслѣдованія и въ значительной мѣрѣ лишены возможности пользоваться тѣми точными методами изслѣдованія, какія примѣняются въ естествознаніи. Общественныя науки и обладают поэтому сравнительно весьма незначительнымъ запасомъ твердо установленныхъ и общепризнанныхъ положеній ¹⁾.

¹⁾ Ср. *Wundt*: *Logik* II стр. 606. *Stoerk*: *Zur Methodik d. öff. Rechts* стр. 6. *Штаммлеръ*: *Хозяйство и право* (рус. перев. под. ред. Давыдова) т. I 1907. стр. 1 сл.

Поэтому вполне понятны тѣ разногласія, которыя существуютъ между юристами даже по основнымъ вопросамъ ихъ науки. Они являются вполне естественными и сами по себѣ не могли бы вызвать особаго безпокойства относительно правильности того пути, по которому идетъ новѣйшее правовѣдѣніе.

Но быстрый темпъ соціальной жизни 2 половины 19-го вѣка выдвинулъ и развернулъ во всемъ его огромномъ практическомъ значеніи соціальный вопросъ, необходимость пониманія неотложныхъ запросовъ соціальной жизни и принциповъ правового ея урегулированія¹⁾, къ разрѣшенію которыхъ современные юристы, посвятившіе себя главнымъ образомъ историческому и догматическому изученію права, при чемъ многіе даже этимъ исключительно и ограничивали задачи юриспруденціи, оказались далеко не подготовленными; они даже принципиально отклоняли отъ себя занятія правовой политикой, опасаясь такимъ образомъ вступить на дискретированный путь естественноправовой доктрины.

Это обстоятельство главнымъ образомъ и вызвало критику современнаго положительнаго обществовѣдѣнія и въ частности правовѣдѣнія, которая въ наиболѣе рѣзкой формѣ проявилась со стороны ученыхъ идеалистическаго направленія²⁾.

Эти ученые признали родство естественноправового ученія со своими задачами и для полной гармоніи съ этимъ ученіемъ имъ оставалось лишь признать и самое естественное право, что было не трудно сдѣлать, даже не погрѣшая противъ современной науки, такъ какъ самое понятіе естественнаго права настолько съ теченіемъ времени потеряло

¹⁾ „Борьба за закономѣрное (въ научномъ смыслѣ) преобразование общественной жизни, говоритъ Штаммлеръ (Хозяйство и право, рус. перев. 1907, т. I стр. 7) на лицо, ея нельзя ни скрыть, ни проглядѣть: — она именуется соціальнымъ вопросомъ“.

²⁾ Такъ, Штаммлеръ начинаетъ свой трудъ „Хозяйство и право“ прямо съ указанія на то, „что наука о соціальной жизни людей находится въ настоящее время въ ненадежномъ и колеблющемся состояніи“.

свое первоначальное значеніе, что въ своемъ формулированіи могло быть легко согласовано съ современными научными данными, тѣмъ болѣе, что вопросъ о существѣ права, какъ мы указывали уже выше, продолжаетъ оставаться спорнымъ. Такимъ образомъ частью юристовъ была провозглашена необходимость возрожденія естественнаго права. Съ другой стороны, и многіе юристы, отнюдь не добывающіеся „возрожденія“ естественнаго права и естественноправовой философіи, частью самостоятельно, частью подъ вліяніемъ критики ученыхъ новаго естественноправового направленія, въ свою очередь обратили усиленное вниманіе на рядъ недостатковъ современной позитивной юриспруденціи. Недостатки эти главнымъ образомъ усматриваются въ самыхъ методахъ изученія права.

Еще Іерингъ въ своей извѣстной книжкѣ „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ высмѣивалъ наклонность многихъ юристовъ къ крайнему увлеченію логическими дедукціями при догматической разработкѣ права, къ „витанію въ юридическомъ небѣ понятій“ (iuristischer Begriffshimmel).

Іерингъ, самъ въ огромной мѣрѣ послужившій выясненію и утвержденію этой юридической логики, позже подъ вліяніемъ своего преувеличеннаго взгляда на значеніе цѣлеваго момента въ правѣ и чисто служебной роли права по отношенію къ интересамъ, отворачивается отъ своихъ же питомцевъ¹⁾. Вслѣдъ за Іерингомъ появляется и рядъ другихъ критиковъ того формально юридическаго направленія, которое заняло столь видное мѣсто у догматиковъ позитивнаго права. Но въ то время, какъ одни, справедливо указывая на крайности нѣкоторыхъ представителей юридическаго направленія, склонныхъ замкнуть правовѣдѣніе въ рамки этого метода и къ абсолютизованію юридическихъ

¹⁾ См. по этому поводу справедливое замѣчаніе Л. І. Петражицкаго „Теорія права и государства въ связи съ теоріей правственности“ т. I 1907 г. стр. 228. Ср. также Loening: „Über Wurzel und Wesen des Rechts“. 1907, стр. 11 сл.

понятій, добытыхъ логическою разработкою позитивноправового матеріала, подчеркиваютъ относительность ихъ и недостаточность юридическаго метода для теоретическихъ задачъ правовѣдѣнія, такъ какъ въ немъ динамика права, его развитіе, жизненныя цѣли и дѣйствіе юридическихъ нормъ оставляется въ сторонѣ¹⁾, но вполнѣ признають однако важность и необходимость этого метода для практическаго и теоретическаго правовѣдѣнія, другіе въ своемъ пренебрежительномъ отношеніи къ такъ называемой „юриспруденціи понятій“ (*Begriffsjurisprudenz*) идутъ такъ далеко, что пытаются даже доказать полную бесполезность и даже вредъ для науки права и въ особенности публичнаго права юридическаго метода²⁾.

Эта критика была направлена главнымъ образомъ противъ формально-юридическаго метода въ нѣмецкой юриспруденціи, гдѣ онъ больше всего утвердился.

Подобныя же возраженія или поправки, встрѣтила и въ Англии такъ называемая аналитическая школа юристовъ (*Ostlin, Holland, Hearn, Markby*)..., которая признаетъ задачей юриспруденціи лишь логическую разработку положительнаго права и конструированіе такимъ путемъ общихъ правовыхъ понятій и принциповъ, общей теоріи положительнаго права (*general jurisprudence*).

¹⁾ Ср. однако возраженіе *Loening*: „Über Wurzel und Wesen des Rechts“. Rede 1907, стр. 8 утверждающаго, что „пріданіе цѣлямъ, которымъ должны служить правовыя нормы, самостоятельной цѣнности ведетъ несомнѣнно къ соответственному искаженію и униженію самого права и его содержанія“.

²⁾ См. въ отношеніи публичнаго права напр. *Humplowicz* въ его „Geschichte der Staatstheorien“ 1905 г. Anhang: zur Kritik der juristischen Methode im Staatsrecht. См. также *Stoerk*: Zur Methodik d. öff. Rechts; *Deslandres*: La crise de la science politique. Умѣреннѣе П. И. *Новгородцевъ*: „Право и Государство“ (въ вопросахъ философіи и психологіи № 74 и 75), но и онъ ограничиваетъ значеніе этого метода весьма узкими предѣлами, считая его пригоднымъ лишь для „практическихъ цѣлей“.

Послѣдняя должна представлять собой, по мысли основателя школы Остина (1790—1860), совокупность общихъ принциповъ и понятій права, дѣйствующихъ во все время и у всехъ народовъ ¹⁾ и добытыхъ путемъ анализа изъ наиболѣе образцовыхъ системъ права.

Въ этомъ отношеніи для выработки такой „общей юриспруденціи“ особенно поучительнымъ является, по мнѣнію Остина, и можетъ служить матеріаломъ для соответствующей индукціи римское право, какъ наиболѣе развитая система права.

Съ критикой противъ такихъ тенденцій аналитической школы и ея метода раціонализированія и абсолютизированія добытыхъ путемъ анализа положительнаго права принциповъ и понятій, выступилъ прежде всего Сомнеръ Мэнъ, указывая на необходимость историкосравнительнаго изученія права для всякихъ теоретическихъ обобщеній въ области правовѣдѣнія.

Мысли Мэна о значеніи историкосравнительнаго метода для правовѣдѣнія были приняты во вниманіе англійскими юристами; Поллокъ и Мэтландъ использовали этотъ методъ для своихъ изслѣдованій англійскаго права, сопоставляя его съ германскимъ правомъ.

Гаррисонъ и Брайсъ, признавая всю важность для юриста аналитической разработки положительнаго права, имѣютъ въ виду однако условность и ограниченность тѣхъ формулъ и понятій, которыя устанавливаются юристами при такой разработкѣ права ²⁾.

¹⁾ Ясная склонность къ абсолютизованію логическихъ конструкцій и созданію своеобразнаго естественнаго права на положительно-правовой основѣ.

²⁾ Объ аналитической школѣ юристовъ ср. замѣчанія *Bergbohm: Philosophie und Jurisprudenz* стр. 332 сл. *Hatschek: Englisches Staatsrecht* B, I § 6. *Die englische Schule der Analytiker und die von Sumner Maine geleite Reaction* стр. 28 сл. *Новгородцевъ: Право и государство* (въ жур. *Вопросы Философій и психологій* № 71 стр. 106 сл.).

Нельзя преувеличивать, конечно, значение юридического метода и слѣдуетъ признать правильность тѣхъ критическихъ замѣчаній, которыя были сдѣланы по адресу крайностей формальной юриспруденціи (склонность придавать юридическому методу исключительное значеніе въ юриспруденціи, исчерпывать добытыми имъ результатами работу юриста, и въ частности абсолютизировать добытые этимъ методомъ понятія и формулы)¹⁾. Понятія, добытыя посредствомъ логической разработки опредѣленнаго, всегда ограниченнаго правового матеріала, опредѣленнаго комплекса юридическихъ нормъ и отношеній, существующихъ во времени, имѣютъ, конечно, лишь относительное, условное значеніе. Далѣе ими выясняются лишь формы опредѣленнаго юридического быта, но не генезисъ ихъ и связь ихъ съ жизненными отношеніями и соотвѣтствіе съ послѣдними. Такое же значеніе имѣютъ и тѣ болѣе общіе принципы и юридическія понятія, которыя добываются путемъ широкаго обобщенія результатовъ, добытыхъ логической разработкой различныхъ во времени и пространствѣ системъ положительнаго права (Общее ученіе государственнаго права). Но отсюда еще далеко до отрицанія научнаго значенія этого метода для правовѣдѣнія и до утвержденія, что этотъ методъ лишь служитъ, какъ это часто утверждаютъ его критики²⁾, лишь практическимъ цѣлямъ примѣненія права.

Изучать положительное право, какъ комплексъ нормъ и правоотношеній, можно для различныхъ цѣлей. А для этого познанія необходимо и догматическое изученіе права. Юриспруденція, поскольку она является наукой нормативнаго характера, состоитъ прежде всего въ выясненіи, установленіи тѣхъ правовыхъ формъ, которыя установлены для жизненныхъ отношеній. Это же неизбежно ведетъ къ логической

¹⁾ Ср. также замѣчанія о Begriffsjurisprudenz у Lorenz Brütt. Die Kunst der Rechtsanwendung 1907, стр. 72—100.

²⁾ См. напр. Новгородцевъ: Право и государство въ журналѣ философіи и психологіи, № 74 стр. 415.

разработкѣ права, какъ формы жизненныхъ отношеній, къ юридическимъ конструкціямъ, къ извлеченію и формулированію тѣхъ принциповъ и понятій, которыми охватывается данная система нормъ и правоотношеній.

Задачей юридической догматики является, какъ говорить одинъ изъ самыхъ видныхъ представителей этой догматики, Лабандъ, „конструированіе отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ и сведеніе отдѣльныхъ правоположеній подъ болѣе общія понятія, съ другой же стороны выводъ изъ этихъ понятій вытекающихъ изъ нихъ слѣдствій. Другими словами, юридическая догматика состоитъ въ умѣломъ и полномъ установленіи положительнаго правового матеріала и логическаго овладѣнія имъ путемъ понятій“¹⁾. Также Еллинекъ, указывая, что задачей юриспруденціи является не познаніе естественнаго бытія и констатированіе естественныхъ законовъ, дѣйствующихъ съ непреложной силой, но пониманіе нормъ, гипотетическихъ правилъ, имѣющихъ своимъ содержаніемъ не необходимость, но долженствованіе, господствующихъ надъ практической жизнью людей²⁾, объясняетъ юридическое познаніе государства „какъ умѣнье такъ мыслить государство, чтобы все относящіяся къ нему нормы были приведены къ непротиворѣчивому единству“. Это достигается, говоритъ Еллинекъ, юридическимъ методомъ, который примѣняется именно къ установленію положеній ученія о государственномъ правѣ, какъ нормативной наукѣ, и къ развитію содержанія этихъ положеній. Нормы государственнаго права должны быть строго отличаемы отъ положеній о бытіи государства, какъ соціальнаго явленія. Догматическое же содержаніе юридическихъ нормъ можетъ быть изучаемо только при помощи

¹⁾ Laband. Das Staatsrecht d. D. Reiches B. 1, 1895 r. Vorwort zur zweiten Auflage S. X.

²⁾ Iellinek: System d. s. öff. Rechte 2 Aufl. 1905, s. 16.

юридическаго искусства абстрагирования отъ правовыхъ явленій и дедукціи изъ выясненныхъ такимъ путемъ нормъ ¹⁾.

Такой юридическій методъ, формально логическая разработка права, столь же необходимъ для практики, сколько и для теоріи права.

И юристъ, изучающій право исторически, и юристъ, оцѣнивающій его съ точки тѣхъ или другихъ принциповъ, должны пользоваться такимъ методомъ или добытыми имъ результатами для задачъ своего историческаго изученія или политической оцѣнки права, такъ какъ лишь путемъ этого метода они могутъ получить правильное представленіе о той системѣ нормъ, надъ которой они оперируютъ ²⁾.

Въ виду всего этого нельзя говорить, что, применяя юридическій методъ, мы даемъ „только связанное практической цѣлью описаніе даннаго матеріала въ предѣлахъ даннаго правовыхъ опредѣленій“ ³⁾.

Здѣсь есть нѣчто болыное чѣмъ простое „описаніе“ и притомъ не для одной „практической цѣли“. Это весьма сложная логическая работа, направленная на выясненіе содержанія и принциповъ даннаго права, важная и для цѣлей чисто теоретическихъ ⁴⁾.

Что касается столь часто даваемого догматической юриспруденціи пролическаго названія „юриспруденціи понятій“ (Begriffsjurisprudenz), то считаемъ умѣстнымъ при-

¹⁾ См. Iellinek: Allg. Staatslehre B. I 1900, стр. 47 сл. Его же System d. s. öff. Reclite 1905, стр. 13—21.

²⁾ Правильно замѣчаетъ В. Н. Ширяевъ: Историческое изученіе права (Временникъ Демидъ юридич. лица, 1906 г. кн. 91), что „только при гармоническомъ сочетаніи обоихъ элементовъ историкокультурнаго и юридикодогматическаго можетъ быть разрѣшена задача историческаго изученія права“. Ср. также статью (въ ж. м. ю. мартъ, 1907 г.) Ѳ. В. Тараповскаго „Историческое и методологическое взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права“.

³⁾ П. П. Новгородцевъ: „Право и государство“ ст. въ ж. „Вопросы философіи и психологіи“ № 74 стр. 415.

⁴⁾ Ср. также: Петражицкій. Теорія права и государства, 1907 г. т. I. Стр. 213 § 14. О природѣ и общественной функціи юриспруденціи.

вести здѣсь справедливый отзывъ этому по поводу Штам-млера, одного изъ наиболѣе выдающихся современныхъ изслѣдователей юридической методологiи; тѣмъ болѣе, что Штаммлеръ самъ является сторонникомъ идеалистическаго направленiя въ юриспруденциі, изъ рядовъ же представителей идеалистическаго направленiя *особенно* часто догматическая юриспруденція получаетъ этотъ эпитетъ въ пре-небрежительномъ смыслѣ.

Указавъ на заслуги современной юриспруденциі, Штам-млеръ говоритъ: „Правда, ее не постыжились рецензиро-вать насмѣшливымъ словомъ „юриспруденція понятiй“ (Begriffsjurisprudenz). Но этотъ упрекъ въ существѣ своемъ по-κειται на неясности представленiй о правѣ, такъ какъ онъ предполагаетъ, что содержаніе права и его понятiе двѣ различныя вещи, изъ которыхъ каждая существуетъ сама по себѣ. Въ дѣйствительности онѣ неразлучно связаны. Опре-дѣленіе одной есть вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣленіе другой. Ошиб-ка въ правильномъ познанiи одной влечетъ ошибоч-ность въ познанiи другой. Поэтому не можетъ быть никакой *принципiальной* ошибки въ томъ, что заботятся лишь о „понятiяхъ“, вмѣсто того, чтобы разрабатывать реальное со-держаніе права, но съ каждымъ разсмотрѣнiемъ права (Rechts- betrachtung) *оба* они (понятiе и содержаніе) даются вполнѣ и неизбѣжно сами собой. Поэтому можетъ быть всегда по-ставленъ лишь *частный* (einzelne Frage) вопросъ, удовлетво-рительно ли передано логически охваченное содержаніе права и хорошо ли оно конструировано. П какъ бы ни ве-лика была *совокупность* такихъ отдѣльныхъ ошибокъ въ господствующей юриспруденциі—онѣ всегда представляются съ точки зрѣнiя задачъ будущаго въ указанномъ здѣсь на-правленiи научно-правовой работы лишь частностями (Einzel- heiten“) ¹⁾.

¹⁾ R. Stammler: Die Zukunftaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft (въ сборникѣ „Kultur der Gegenwart. Systematische Rechtswissenschaft“ Т. II, Abth VIII s. 49). Относительно противоположности

Далѣ современную юриспруденцію упрекають въ томъ, что она преувеличиваетъ значеніе историческаго изученія права и роль исторіи права въ сферѣ юриспруденціи.

Такъ англійскій юристъ Дайсен указываетъ, что главный предметъ изученія юриста есть право въ его современномъ видѣ. Какъ оно возникло—для него вопросъ второстепенный. Въ особенности же Дайсен противъ кропотливыхъ изысканій юристами и освѣщенія юридическихъ древностей ¹⁾.

„Исторія права, говорить нѣмецкій ученый Бюловъ, вмѣсто того, чтобы быть лишь весьма важной вспомогательной наукой для правовѣдѣнія, заняла, не будучи сама юридической наукой, неподобающее ей центральное мѣсто въ правовѣдѣніи“. Этотъ протестъ противъ указанной роли исторіи права въ юриспруденціи Бюловъ обосновываетъ однако не тѣмъ только, какъ Дайсен, что „главный предметъ изученія юриста есть право въ его современномъ видѣ“, а идетъ дальше и имѣетъ въ виду, что юристъ долженъ заниматься не только „статикой“ права, но и его „динамикой“, движеніемъ, развитіемъ, преобразованіемъ права, соотвѣтственно все возрастающимъ запросамъ общественной жизни; иначе отчужденіе права отъ развивающейся жизни не только ведетъ къ констатированію многими непопулярности юриспруденціи, но и противорѣчитъ самымъ задачамъ юриспруденціи.

„Правовѣдѣніе, говоритъ Бюловъ—наука практическая и должна черпать свою силу прежде всего не изъ изученія фактовъ давнопрошедшихъ временъ, а изъ изученія современнаго правопорядка и потребностей жизни. Подобно

Begriffsjurisprudenz такъ называемой Gefühlsjurisprudenz см. критическія замѣчанія L. Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907, стр. 101 сл.

¹⁾ Дайсен: Основы государственнаго права Англии. (Переводъ подъ ред. Виноградова) 1905 г. стр. 17. Ср замѣч. Еллинека: Право современнаго государства. Стр. 26—30 объ ограниченномъ объемѣ того историческаго матеріала, который необходимъ юристу для выясненія современнаго права и развитія современныхъ институтовъ.

своему предмету—праву, наука права имѣеть своей задачей соответствовать такому преобразованію современной общественной жизни, чтобы общественный идеаль „добраго и справедливаго“ по возможности вѣрнѣе и совершеннѣе былъ осуществленъ въ формахъ и границахъ, обязательно указываемыхъ намъ настоящимъ временемъ и для настоящей жизни“ 1).

Подобныхъ же взглядовъ на исторію права и на задачи юриспруденціи держится у насъ проф. Гамбаровъ 2). „Въ то время, говоритъ онъ, какъ исторія права, занимающаяся изслѣдованіемъ причинной связи правовыхъ явленій въ прошломъ того или другого народа, безотносительно къ значенію этихъ явленій въ настоящемъ, имѣеть характеръ чисто познавательной или теоретической науки, юриспруденція, по мнѣнію проф. Гамбарова, не теоретическая наука, а чисто практическая, прикладное знаніе. Она имѣеть дѣло не съ прошлымъ, а прежде всего съ настоящимъ, и по самому характеру своего предмета, которымъ является регулированіе соціальной жизни, преслѣдуетъ практическія цѣли, состояція въ изученіи и возможно цѣлесообразномъ примѣненіи и приспособленіи этого только настоящаго права къ условіямъ дѣйствительной жизни. Исторія же права есть лишь вспомогательная наука для юриспруденціи. Современная юриспруденція, возведя на тронъ исторію права, вдвинута въ ложное, чуждое ей природѣ русло“ 3).

Это отдѣленіе исторіи права отъ юриспруденціи на томъ основаніи, что юриспруденція, преслѣдующая лишь цѣль пониманія дѣйствительной жизни и удовлетвореніе ея запросовъ,—наука чисто практическая, прикладная, представляется намъ совершенно необъяснимымъ.

1) *O. Bilow*: Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, 1901, стр. 61—65.

2) *Ю. С. Гамбаровъ*: Задачи современнаго правовѣдѣнія 1907 г.

3) *Ю. С. Гамбаровъ*: Задачи современнаго правовѣдѣнія, 1907 г. стр. 13.

Независимо отъ того, что самое „пониманіе“ правовой дѣйствительности обусловлено и пониманіемъ правового прошлаго, почему далѣе правовѣдѣніе или юриспруденція, которая вообще означаетъ ничто иное, какъ знаніе, познаніе права, непременно должна ограничиваться лишь изученіемъ „настоящаго права“ и далѣе практическими цѣлями, быть лишь прикладной наукой, а не имѣть и теоретическія, чисто познавательныя задачи. Самъ профессоръ Гамбаровъ далѣе говоритъ (стр. 30) и о научномъ изученіи права и весьма близкой связи правовѣдѣнія съ социологіей (чисто познавательной дисциплиной) и, между прочимъ, замѣчаетъ, что „обработка права a posteriori“, методами опыта и наблюденія, принимаетъ форму сравнительно историческаго изученія и ведетъ такимъ образомъ къ тому, что на нашихъ глазахъ правовѣдѣніе поднимается на степень науки, стремящейся открыть повторяемость въ извѣстныхъ условіяхъ извѣстныхъ явленій права и причинную связь этихъ явленій въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу и къ явленіямъ окружающей среды. Но тогда значить совершенно ясно, что юриспруденція имѣетъ и чисто теоретическія задачи, является и теоретической познавательной наукой, а не только прикладной.

Въ частности, интересно сопоставить изложенное выше мнѣніе Бюлова и Гамбарова объ отношеніи исторіи права къ юриспруденціи съ мнѣніемъ представителя идеалистическаго направленія въ правовѣдѣніи Рудольфа Штаммлера¹⁾. Штаммлеръ и исторію права подчиняетъ общимъ задачамъ правовѣдѣнія.

Придя къ заключенію, что „историческое изучение права не можетъ имѣть „какой либо собственной и самостоятельной, истинно принципиальной задачи“, но является лишь служебнымъ *средствомъ* въ единомъ, совокупномъ

¹⁾ R. Stammler: Die Zukunftaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft (§ 2 Rechtsgeschichte) въ сб. Kultur der Gegenwart herausg. v. Hinneberg 1906 г. Th. II Abth. VIII стр. 500 сл.

планъ разсмотрѣнія права (Rechtsbetrachtung), Штаммлеръ требуетъ, чтобы генетическому, историческому изученію подвергался лишь такой правовой матеріалъ, который имѣетъ „формальное качество важности (formale Eigenschaft des wichtigen) съ точки зрѣнія *прогрессивнаго* развитія права. Опредѣленіе же такого масштаба есть въ концѣ концовъ дѣло правнофилософскаго изслѣдованія“.

Такимъ образомъ Штаммлеръ совершенно забываетъ, что исторія права, какъ и исторія вообще, поскольку она устанавливаетъ важность того или другого правового матеріала для „прогрессивнаго развитія“, дѣлаетъ это лишь въ результатъ своего объективнаго изслѣдованія историческихъ явленій, по раскрытіи ихъ вліянія на послѣдующія правовыя явленія, а не должна руководиться какимъ либо напередъ установленнымъ формальнымъ критеріемъ важности этого матеріала съ точки зрѣнія прогрессивнаго развитія права, такъ какъ она въ такомъ случаѣ сходитъ съ пути объективнаго изученія исторической связи.

Исторія права, которая имѣетъ своей задачей дать картину послѣдовательной смѣны и развитія правовыхъ институтовъ, столь важную для пониманія законовъ правовой жизни, не можетъ такъ напередъ дробить матеріалъ по важности или неважности для прогрессивнаго развитія права съ точки зрѣнія какого либо правнофилософскаго принципа. Она сама даетъ богатѣйшій матеріалъ для сужденій философа права о регрессѣ и прогрессѣ правовой жизни.

Посягать на самостоятельность исторіи права, это значитъ убивать эту науку, составляющую необходимую, органическую часть правовѣдѣнія, какъ науки посвященной изученію права, въ его прошломъ, настоящемъ и, насколько возможно, въ его будущемъ.

На изученіе будущаго права обращать особенное вниманіе Нейкампъ. Именно, исходя изъ признанія возможности изученія въ извѣстныхъ отношеніяхъ будущаго раз-

витія права, нѣмецкій ученый Нейкампъ упрекаетъ современное правовѣдѣніе въ пренебреженіи этой задачей и въ непослѣдовательности въ историческомъ пониманіи права. Въ своемъ сочиненіи „Введеніе въ исторію развитія права“¹⁾ Нейкампъ усматриваетъ „вопіющее противорѣчіе“ между теоретическимъ и практическимъ отношеніемъ современныхъ юристовъ, воспитанныхъ на доктринахъ исторической школы права, къ вопросамъ *de lege ferenda*, къ проблемѣ преобразования права.

Это именно та проблема, которая занимала центральное мѣсто въ старой философіи естественного права, вниманіе къ которой со стороны юристовъ требовалъ Антонъ Менгеръ въ своей извѣстной рѣчи „О социальныхъ задачахъ юриспруденціи“ (1895) и на которую обратили особое вниманіе, какъ увидимъ ниже, современные защитники естественноправоваго ученія. Но, въ отличіе отъ послѣднихъ, Нейкампъ стремится разрѣшить эту проблему, по его словамъ, не только не отступая отъ принциповъ историзма и позитивизма, но напротивъ путемъ болѣе послѣдовательнаго проведенія и развитія именно этихъ принциповъ.

„Въ теоріи, замѣчаетъ Нейкампъ, юристы утверждаютъ вслѣдъ за исторической школой, что проблема преобразования права—якобы естественноправовая проблема, а потому юриспруденція, будучи позитивной наукой, не можетъ ею заниматься; въ дѣйствительности же творцами новаго права и главными вождями въ спорѣ о преобразованіи права преимущественно являются юристы. Причина такого противорѣчія кроется, по мнѣнію Нейкампа, въ томъ, что историческая школа ошибочно отнесла проблему будущаго развитія права, его преобразования, къ естественному праву, которое она, какъ извѣстно, отвергла. На самомъ же дѣлѣ, утверждаетъ Нейкампъ, какъ вопросъ о дальнѣйшемъ обра-

¹⁾ Neukamp: Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts 1895 г.

зованіи права, такъ и методъ, посредствомъ котораго онъ долженъ быть разрѣшенъ, лежитъ вполнѣ въ границахъ такъ называемой „исторической теоріи права“.

Разъ право—закономѣрно развивающееся явленіе, и его развитіе не знаетъ остановки, то ясно, что задача науки права не можетъ ограничиться лишь изученіемъ дѣйствующаго права и его исторіи, нельзя смотрѣть лишь „назадъ“, но должно смотрѣть и „впередъ“, въ будущее, для того чтобы обосновать будущее право и его развитіе или рассчитать по крайней мѣрѣ ему путь ¹⁾.

Подобно тому, говорить Нейкампъ, какъ законы природы даютъ намъ, хотя и не абсолютно точно знаніе будущаго, но, во всякомъ случаѣ, весьма обоснованное ожиданіе, что (при одинаковыхъ условіяхъ) и въ будущемъ явленія природы будутъ имѣть такой же закономѣрный ходъ, какъ они его имѣли въ прошедшемъ и имѣютъ въ настоящемъ, такъ и относительно духовнаго міра, слѣдовательно, и области права мы должны прійти къ такому же заключенію. Поэтому мы должны такъ проникнуть въ прошедшій и современный міръ права, чтобы уяснить себѣ ходъ его развитія, установить законы, которые въ ясныхъ формулахъ сдѣлали бы для насъ нагляднымъ это развитіе, и, если эти законы правильно формулированы, то они, какъ и законы природы, могутъ дать намъ одинаково обоснованное ожиданіе, что и въ будущемъ развитіе права будетъ идти тѣмъ же путемъ.

Наука, котора должна заняться установленіемъ такихъ законовъ есть именно не наука исторіи права, но *исторія развитія права*. Этой науки не достаетъ современной позитивной наукѣ права, и ее то стремится обосновать Нейкампъ ²⁾.

¹⁾ Уже Лоренцъ Штейнъ въ соч.: „Gegenwart und Zukunft s. 82 писалъ: „Die Lehre vom Recht soll zugleich das gegebene und das vergangene Recht und in beiden auch zugleich die Elemente des künftigen in Forschung und Darstellung enthalten und geben“.

²⁾ Neukamp: Einleitung. Особенно стр. 61—67.

Матеріалъ для установленія такихъ законовъ исторія развитія права, утверждаетъ Нейкампъ, должна черпать не въ какихъ либо апріорно установленныхъ положеніяхъ, не изъ разума, а изъ опыта, изъ исторіи права и догматики его, слѣдовательно, изъ реальныхъ явленій правовой жизни въ ея прошломъ и настоящемъ, т. е. посредствомъ эмпирическаго наблюденія и отвлеченія отъ дѣйствительности.

Такой методъ лежитъ, вопреки распространенному ошибочному мнѣнію, вполне въ рамкахъ исторической школы и согласенъ съ ея программой ¹⁾.

Сдѣланныя же до сихъ поръ попытки обосновать исторію развитія права при помощи этнологическаго (Лейстъ, Терингъ) и сравнительнаго методовъ, по мнѣнію Нейкампа, не могли и не могутъ привести къ удачнымъ результатамъ, въ виду несовершенства и недостаточности самихъ этихъ методовъ для предполагаемой цѣли ²⁾.—

Но чтобы открыть, какъ этого желаетъ Нейкампъ, такіе законы развитія права, на основѣ знанія которыхъ можно было бы съ той же обоснованностью, какъ и въ отношеніи явленій природы, устанавливать объективно необходимый процессъ развитія права, хотя бы въ ближайшемъ будущемъ, нуженъ такой прогрессъ общихъ знаній о природѣ человѣка и соціальной жизни, о которомъ даже мечтать еще рано, и открытіе такихъ законовъ, во всякомъ случаѣ, не подъ силу одной какой-либо наукѣ, какъ напримѣръ рекомендуемой Нейкампомъ „исторіи развитія права“.

И теперь, несмотря на всѣ успѣхи въ пониманіи соціальныхъ явленій, никто не рѣшается утверждать знаніе такихъ законовъ, необходимо предопредѣляющихъ, хотя бы въ самыхъ общихъ основныхъ чертахъ, ходъ соціальной жизни, кромѣ нѣкоторыхъ представителей соціальныхъ доктринъ, напр. историческаго матеріализма. („Железные законы“ раз-

¹⁾ Neukamp: стр. 45—75.

²⁾ Neukamp: ib. стр. 77 сл.

витія соціального строя на економічнихъ основахъ). До сихъ поръ же человѣчество въ своихъ соціальныхъ реформахъ не столько руководствуется знаніемъ законовъ развитія соціальныхъ явленій и, слѣдовательно, права, сколько господствующими въ данный моментъ этическими критеріями жизненныхъ цѣнностей, непосредственнымъ сознаніемъ своихъ текущихъ неотложныхъ жизненныхъ потребностей, историческимъ опытомъ и тѣмъ относительно скромнымъ знаніемъ наиболѣе пригодныхъ средствъ къ удовлетворенію этихъ сложныхъ запросовъ, которыя выясняетъ по мѣрѣ силъ и рекомендуетъ наука въ ея различныхъ отрасляхъ.

Политическія и соціальныя ученія, видѣря въ массахъ или ихъ руководителяхъ извѣстныя идеи, къ реализаціи которыхъ, по ихъ мнѣнію, должно стремиться, рассчитываютъ на эту реализацію въ ближайшемъ или отдаленномъ будущемъ при благоприятныхъ условіяхъ, но эти ученія вращаются лишь въ области субъективныхъ оцѣнокъ, долженствованія, наука же, которая претендовала бы на точное опредѣленіе объективно необходимаго процесса развитія права въ будущемъ, какъ исторія развитія права Нейкампа или „соціологія“ другихъ ученыхъ, можетъ дать теперь, да и по крайней мѣрѣ въ ближайшемъ будущемъ только не твердо обоснованныя гипотезы.

Не будучи лишены извѣстнаго научнаго и практическаго значенія, эти предположенія тѣмъ не менѣе по самой ихъ шаткости далеко не пригодны были бы и даже опасны для использованія ихъ въ качествѣ безспорныхъ руководящихъ принциповъ при преобразованіи права, въ качествѣ „законовъ развитія права“, въ смыслѣ естественной причинности. Отсюда, конечно, не слѣдуетъ, чтобы утвержденія Нейкампа о необходимости для юриспруденціи заниматься проблемой будущаго развитія и преобразованія права, выясняя законы причинности въ соціальной жизни, само по себѣ было неправильно, и что такое разсмотрѣніе противорѣчило бы историческому пониманію права.

Такое разсмотрѣніе нисколько не противорѣчитъ историческому пониманію права, и положительныя данныя добытыя изученіемъ исторической дѣйствительности и развитія права въ прошедшемъ, могутъ также доставить цѣнный матеріалъ для правнополитическихъ сужденій.

Въ числѣ критиковъ современной юриспруденціи мы должны еще упомянуть о тѣхъ ученыхъ, которые настаиваютъ на самомъ широкомъ примѣненіи въ общественныхъ наукахъ законовъ и принциповъ, установленныхъ естествознаніемъ ¹⁾. Ученые этого направленія упускаютъ изъ виду отличіе правовыхъ, социальныхъ явленій отъ явленій физической природы; они не принимаютъ въ расчетъ тотъ своеобразный психическій характеръ социальныхъ явленій, который рѣзко отличаетъ ихъ отъ чисто біологическихъ и механическихъ явленій ²⁾.

Такимъ образомъ уже приведенныя выше мнѣнія о различныхъ основныхъ недостаткахъ современнаго правовѣдѣнія показываютъ, что и среди ученыхъ придерживающихся принциповъ позитивизма и историзма, развито критическое отношеніе къ современному состоянію правовѣдѣнія ³⁾ и предъявлены болѣе или менѣе основательныя требованія измѣненія задачъ и методовъ изученія правовыхъ явленій.

¹⁾ Изъ новѣйшихъ см. сборникъ „Natur und Staat.“ 1903, особенно В. I Н. Matzat „Philosophie der Anpassung mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes und des Staates“.

²⁾ См. по этому вопросу В. Kistiakowsky: Gesellschaft und Einzelwesen. Еллингъ: Право совр. государства р. пер. стр. 16—18, 50—78, 85—88, 94—102, 108—114, 217—220. Его же: Socioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878, стр. 5—14.

³⁾ Проф. Гамбаровъ „Задачи современнаго правовѣдѣнія“ 1907, стр. 17, не безъ преувеличенія слѣдующимъ образомъ формулируетъ недостатки современной юриспруденціи: 1) самоограниченіе рамками дѣйствующаго права; 2) оторванность отъ всего, кромѣ своихъ состояній въ прошломъ; 3) стремленіе удержать во чтобы то ни стало то, что существуетъ, какъ бы это существующее ни дисгармонировало съ новыми отношеніями и запросами жизни, и 4) полное безразличіе къ своему собственному содержанію и преобразованію въ будущемъ.

Но наиболѣе рѣзкими критиками современной юриспруденціи явились именно тѣ ученые, которые поставили своей цѣлью возрожденіе того ученія о правѣ, отъ котораго именно и отвернулось новое правовѣдѣніе, проникшіеся принципами историзма и позитивизма. Эти ученые требуютъ возвращенія правовѣдѣнія къ естественному праву и вступленія на тотъ путь, по которому шла естественноправовая доктрина, хотя и съ устраненіемъ нѣкоторыхъ ошибокъ этой доктрины.

Еще недавно, въ 1892 г., нѣмецкій ученый, проф. Bergbohm издалъ свой обширный и выдающійся по эрудиціи трудъ „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, гдѣ онъ доказываетъ необходимость устранить изъ науки права всѣ тѣ элементы, которые, какъ онъ говоритъ, представляютъ собой результаты сознательной приверженности къ естественноправовой идеѣ или безсознательное переживаніе современными юристами естественноправовыхъ представленій стараго времени. Очищеніе юриспруденціи отъ всѣхъ этихъ естественноправовыхъ остатковъ—Бергбомъ и ставитъ своей задачей. „Нужно, говоритъ онъ, безошадно съ корнемъ вырвать эту сорную траву—естественное право, въ какой бы формѣ или оболочкѣ, явнымъ образомъ или скрыто, оно ни проявлялось. Пусть люди понимаютъ право, какъ имъ хочется, и вѣрятъ въ существованіе права столь возвышеннаго и небеснаго характера, какъ только они могутъ себя его представить. Но нужно рѣшительно устранить изъ всего, что называется юриспруденціей, ученіемъ о правѣ и философій права, и имѣеть притязаніе на научность, всякую мысль о томъ, что можетъ быть иное право, кромѣ положительнаго или что нибудь можетъ относиться къ праву, не основываясь на дѣйствительномъ правѣ. Это высшій законъ юридической методологіи“¹⁾.

¹⁾ Bergbohm: назв. соч. стр. 118.

И вотъ въ то время, какъ Бергбомъ, какъ онъ самъ выражается, „открываетъ бой по всей линіи противъ естественнаго права всѣхъ формъ и оттѣнковъ“¹⁾, мечтая окончательно исцѣлить юридическую науку отъ „впитавшагося въ нее яда“, отъ „естественноправовой болѣзни“, и преслѣдуетъ болѣзнь въ „самыхъ затаенныхъ уголкахъ“, наперекоръ ему, развивается діаметрально противоположное теченіе мысли, защищающее естественноправовую доктрину и энергично требующее, опять таки къ вящей пользѣ науки права, возвращенія къ ней.

¹⁾ Bergbohm: назв. соч. стр. 354.

Возрожденіе доктрины естественнаго права.

§ 15. Постановка проблемы естественнаго права у новѣйшихъ защитниковъ этого права.

Оживленіе ученія естественнаго права въ новѣйшее время возникло въ огромной мѣрѣ подѣ влияніемъ того критическаго отношенія къ современному состоянію общественной науки и въ частности правовѣдѣнія, о которомъ мы говорили выше, замѣтивъ, что съ особенной рѣзкостью это критическое отношеніе проявилось именно со стороны юристовъ идеалистическаго направленія, недовольныхъ равнодушнымъ или сдержаннымъ отношеніемъ многихъ представителей современной юриспруденціи къ вопросамъ правовой политики и къ проблемѣ идеальнаго права.

Выдвинувъ въ юриспруденціи на первый планъ задачу преобразованія права на основѣ правовыхъ идеаловъ, юристы идеалистическаго направленія вновь возбудили вопросъ о естественномъ правѣ, какъ идеальномъ или раціональномъ правѣ, и поддерживаютъ въ той или другой мѣрѣ традиціонное противопоставленіе естественнаго права праву положительному.

Юристы идеалистическаго направленія начинаютъ обыкновенно съ указанія, что современная эпоха, призванная разрѣшить сложнѣйшіе соціальные вопросы, не можетъ удовлетвориться позитивной теоріей права и узко практическимъ направленіемъ современныхъ юристовъ, не идущихъ, по ихъ мнѣнію, въ законодательныхъ вопросахъ

дальше мелкихъ поправокъ въ интересахъ „практической“ и процессуальной годности“ положительнаго права.

Когда старая юриспруденція шла подъ знаменемъ естественноправовой философіи, она боролась за высшія блага человѣчества, равенство, свободу, братство, справедливость, истинное право. Позитивная юриспруденція занята узко спеціальными и техническими вопросами положительнаго законодательства и изслѣдованіемъ историческихъ древностей.

Право будущаго и установленіе новыхъ путей для его развитія ее не интересуетъ.

Отсюда упадокъ общественнаго интереса къ юриспруденціи и вліянія ея на правовую жизнь.

Чтобы вернуть юриспруденцію къ ея былому значенію, нужно возродить въ ней тотъ духъ критики и идеальныхъ стремленій, которымъ была проникнута естественноправовая доктрина. Такъ возрожденная, юриспруденція будетъ дѣйствительно отвѣчать важнѣйшимъ запросамъ правовой жизни, будетъ руководительницей законодательства при преобразованіи права въ сторону соціальнаго идеала, дастъ и судебной практикѣ бассейны высшихъ принциповъ и нормъ болѣе справедливаго права, изъ которыхъ судья можетъ черпать необходимый матеріалъ для пополненія пробѣловъ и смягченія недостатковъ дѣйствующаго права. Ибо ученіе многихъ современныхъ юристовъ о самодовлѣющей замкнутости положительнаго права есть дурно обоснованная фикція ¹⁾. Естественное или раціональное право такимъ образомъ могло бы служить тѣмъ источникомъ, изъ котораго можно было бы черпать матеріалъ *de lege ferenda* и даже при примѣненіи права пользоваться имъ „*supplendi, corrigendi et adjuvandi juris (civilis) causa*“.

¹⁾ См. также по этому вопросу совершенно вѣрныя указанія Еллинека, что „догматъ законченности системы права противрѣчить основному отношенію между правомъ и государствомъ“. Еллинекъ. Право совр. государства р. пер. т. I стр. 235 сл.

Выполняя такимъ образомъ указанныя идеальныя задачи, раскрывая болѣе совершенныя принципы и нормы права, содѣйствуя преобразованію положительнаго права въ направленіи соціального идеала, юриспруденція перестанетъ быть „служанкой законодательства, хотя и съ короной на головѣ“, какъ называлъ ее Виндшейдъ, но станетъ его верховной руководительницей, какъ и подобаетъ носящей корону ¹⁾.

Однако въ своемъ стремленіи возродить ученіе естественнаго права современные сторонники этого права устраняютъ тѣ или другія ошибки старой доктрины, которыя и они признаютъ таковыми вмѣстѣ съ юристами позитивнаго направленія.

Такъ, они соглашаются съ тѣмъ, что безусловно должно быть отвергнуто въ соответствии съ современнымъ научнымъ знаніемъ существованіе абсолютныхъ нормъ естественнаго права, а съ другой стороны признаніе за нормами естественнаго права конкурирующей съ положительнымъ правомъ или даже высшей общеобязательности въ сферѣ правовыхъ отношеній. Въ такомъ ошибочномъ смыслѣ естественное право понималось даже далеко не всѣми его сторонниками и раньше.

Концепція естественнаго права, говоритъ одинъ изъ сторонниковъ обновленнаго естественнаго права, г. Новгородцевъ ²⁾, издавна имѣла двоякій составъ: она покоилась на практическомъ требованіи болѣе совершеннаго права и на теоретическомъ наблюденіи естественной необходимости извѣстныхъ правоположеній; въ первомъ случаѣ естественное право разсматривается какъ идеальныя нормы, можетъ быть, нигдѣ еще неосуществленныя, но подлежащія осуществленію, во второмъ случаѣ естественное право рассматри-

¹⁾ См. Offner: Studien sozialer Jurisprudenz 1894 г. S. 1—29.

²⁾ См. П. И. Новгородцевъ: Нравственный идеализмъ въ философіи права. (Въ сборн. „Проблемы идеализма“).

валось, какъ *общераспространенный фактъ*, какъ элементъ необходимо присущій каждому дѣйствующему праву.

Такимъ образомъ, эти двѣ концепціи естественнаго права были различными понятіями съ различнымъ философскимъ значеніемъ. Если же эти два понятія естественнаго права, какъ идеальной нормы, и, какъ въ силу самой природы, разума и высшаго откровенія, необходимо существующей въ реальной жизни, вѣчной, неизмѣнной нормы, часто смѣшивались, то, во всякомъ случаѣ, говоритъ Новгородцевъ, неосновательно сплошное обвиненіе всѣхъ писателей естественнаго права въ этомъ смѣшеніи. Многіе философы еще задолго до исторической школы прекрасно понимали и измѣнчивость правовыхъ идеаловъ.

Никто изъ современныхъ сторонниковъ естественнаго права, утверждаетъ далѣе г. Новгородцевъ, не думаетъ реабилитировать старыя заблужденія; и когда повѣйшимъ юристамъ бросаютъ упрекъ въ стремленіи воскресить ученіе о правѣ, которому природа научила всѣхъ животныхъ, то на это легко отвѣтить ссылкой на невозможность отвѣчать за чужія ошибки¹⁾. Естественное право это субстанціональныя основы права, нравственныя начала, долженствующія лежать въ основѣ правопорядка. Такимъ образомъ, это высшая норма, „норма нравственная, норма права естественнаго“, которая коренится въ идеѣ должнаго, въ глубинѣ человѣческаго сознанія и не зависитъ отъ формальныхъ условій правопорядка. Она служитъ источникомъ обновленія и жизни въ правѣ, какъ и опорой его необходимой прочности, изъ которой право и государство получаютъ свою настоящую силу²⁾.

Здѣсь мы видимъ съ одной стороны полное отождествленіе естественнаго права съ нравственными нормами, дѣйствительно опредѣляющими поведеніе личностей въ об-

¹⁾ Новгородцевъ, тамъ же стр. 253.

²⁾ Новгородцевъ: Государство и право (ж. „Вопросы философіи и психологіи“ № 74 стр. 439, 449, и № 75 стр. 511.

ществѣ, съ другой же стороны, концепцію естественнаго права, какъ указываемыхъ нашимъ сознаниемъ идеальныхъ нормъ или какъ нашихъ сужденій о желательномъ, должномъ правѣ, которыя такъ и могутъ остаться чисто теоретическими положеніями, не оказавшими никакой мотивации на наше поведеніе и не получившими никакого выраженія въ соотвѣтствующихъ фактахъ дѣйствительной жизни. Вслѣдствіе такой двоякой концепціи естественнаго права, весьма часто замѣчаемой у современныхъ апологетовъ естественнаго права, оно то разсматривается какъ положенія или нормы, которыя не получили еще никакого выраженія въ фактахъ дѣйствительности, а даже, можетъ быть, и никогда не получаютъ его въ своей полнотѣ, то это естественное право оказывается обуславливающимъ собою факты дѣйствительности, оно даже примѣняется къ генетическому объясненію явленій положительнаго правопорядка.

Такъ, самъ г. Новгородцевъ столь интересующую юристовъ проблему связанности государства положительнымъ правомъ объясняетъ правомъ естественнымъ, „которое стоитъ надъ государствомъ и направляетъ его дѣятельность“.

„Высказать это утвержденіе, говорить оны, это значитъ признать обязательность для государства нравственныхъ нормъ, которымъ оно подчинено наряду съ подвластными“¹⁾.

Такимъ образомъ, естественноправовая связанность государства не есть только желательная или долженствующая быть съ точки зрѣнія нашего сознанія связанность, а дѣйствительная, которая обуславливаетъ и фактъ положительно-правовой связанности и объясняетъ его. Дѣйствіе естественнаго права является поэтому такимъ же объективнымъ фактомъ въ сферѣ реальныхъ государственныхъ отношеній, какъ и дѣйствіе положительнаго права.

¹⁾ П. И. Новгородцевъ. Право и государство (журн. Вопросы философіи и психологіи № 74 стр. 512).

Чѣмъ же тогда такая концепція естественнаго права отличается отъ воззрѣнія на него старой доктрины, которая разсматривала естественное право, какъ „естественно-необходимый, общераспространенный фактъ“, и его наличностью, дѣйствіемъ естественнаго права, объясняла и положительноправовую связанность государства. Этимъ же отождествленіемъ естественнаго права, какъ идеальныхъ или желательныхъ нормъ права, съ нравственными нормами и представленіями, психологически опредѣляющими социальное поведеніе и, слѣдовательно, столь же положительными по своему дѣйствію, какъ и положительное право, хотя и отличающимися отъ послѣдняго другими своими признаками, объясняется мнѣніе г. Новгородцева, что понятіе суверенитета не можетъ быть конструировано безъ естественнаго права.

Здѣсь, очевидно, смѣшивается идеальное понятіе суверенитета, желательный характеръ государственнаго верховенства, съ исторически образовавшимся положительноправовымъ содержаніемъ и формой этого верховенства или суверенитета ¹⁾.

Также и проф. Трубецкой ²⁾, хотя и указываетъ, что естественное право не есть фактъ, а „постулатъ, идея разума“, не покрываемая дѣйствительностью, утверждаетъ, однако, необходимую „обусловленность этимъ правомъ всѣхъ конкретныхъ правовыхъ фактовъ“, т. е. даетъ генетическое объясненіе естественнымъ правомъ фактовъ дѣйствительности.

¹⁾ Этимъ объясняется замѣчаніе П. П. Новгородцева по поводу нашего изслѣдованія суверенитета (Шаліенко „Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе“ 1903) въ ук. статьѣ „Право и государство“ ж. В. Ф. и П. № 74 стр. 310 прим. Вліяніе же идеальныхъ факторовъ и, въ частности, различныхъ ученій о суверенитетѣ на развитіе суверенитета и на формулированіе этого понятія нами также указано въ нашей работѣ.

²⁾ См. Кн. Е. Н. Трубецкой: Философія права проф. Петражицкаго. Ж. „Вопросы Философіи и Психологіи“ кн. 57 стр. 28—32.

Всякое позитивное право, говорит проф. Трубецкой, представляется не болѣе, какъ однимъ изъ видовъ права; право, установленное высшимъ авторитетомъ, обусловлено нною высшею формою права, изъ коей истекають правомочія всѣхъ человѣческихъ властей; будучи, само источникомъ и условіемъ всякаго высшаго авторитета, всякаго позитивнаго права, это первоначальное высшее право не обусловлено никакимъ высшимъ авторитетомъ; оно само по себѣ авторитетно, оно само въ себѣ заключаетъ источникъ своей обязательной силы. „Съ устраненіемъ этого права, долженъ рухнуть правовой порядокъ“. Такъ формулированное проф. Трубецкимъ „метафизическое предположеніе“ права, „логически предшествующаго“ всякому положительному правопорядку и его необходимо обуславливающаго, обращаетъ естественное право не только въ постулатъ разума, но и въ фактическую основу и причину положительнаго правопорядка.

Новѣйшіе сторонники естественноправоваго ученія критикуютъ далѣе методъ, котораго придерживается позитивизмъ при разсмотрѣніи социальныхъ явленій и въ частности права, указывая, что съ точки зрѣнія принциповъ позитивизма и историзма не можетъ быть произведена оцѣнка права.

Проф. Новгородцевъ указываетъ, между прочимъ, что, хотя и представители такъ называемой субъективной социологіи правильно указывали на незаконность устраненія этицизма историзмомъ, нравственной оцѣнки общественныхъ явленій объективнымъ изслѣдованіемъ ихъ исторической законности; но ошибка ихъ состояла, по мнѣнію проф. Новгородцева, въ томъ, что вмѣсто строгаго разграниченія этическаго субъективизма отъ научнаго объективизма, такіе социологи допускали ихъ сочетаніе въ наукѣ ¹⁾.

¹⁾ *Новгородцевъ*: „Нравственный идеализмъ въ философіи права“ (въ сб. Проблемы идеализма, стр. 265); Его же: „Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ 1901, стр. 93—95. Ср. также *Б. А. Ки-*

Примѣненіе исторической и такъ называемой позитивно-соціологической методы къ изученію права и морали выразилось въ томъ, что они стали разсматриваться какъ явленія общественныя и историческія въ связи со всеѣмъ цѣлымъ соціальной жизни и въ процессѣ ихъ послѣдовательнаго измѣненія подѣ влияніемъ измѣненія этого цѣлаго ¹⁾. Между тѣмъ нравственность и право могутъ и должны изучаться не только какъ историческія и общественныя явленія, но и какъ внутреннія, психическія, индивидуальныя переживанія ²⁾, какъ нормы или принципы личности. Нравственность и право должны разсматриваться не только подѣ угломъ вѣдѣній, исторической, измѣчивости, но и какъ явленія личной жизни, со стороны ихъ значенія для личности, какъ внутренняя абсолютная цѣнность. Съ точки зрѣнія позитивнаго направленія, право и нравственность являются необходимымъ результатомъ извѣстнаго соотношенія реальныхъ силъ. Они разсматриваются съ точки зрѣнія причинъ и слѣдствій, подводятся подѣ категорію необходимости и причинности.

Въ объективномъ историческомъ и соціологическомъ изученіи категоріи долженствованія, этической оцѣнкѣ нѣтъ мѣста.

И это вполне согласно, продолжаетъ г. Новгородцевъ, съ требованіями объективной науки, безстрастно изслѣдующей добро и зло, какъ явленія одинаково естественныя, вызванныя извѣстными причинами. Къ проблемѣ же долженствованія, къ проблемѣ моральной оцѣнки явленій обще-

ствиковскій: „Русская соціологическая школа и категорія возможности при рѣшеніи соціально-этическихъ проблемъ“. (См. въ сб. Проблемы идеализма). См. также защиту субъективной соціологіи отъ указанныхъ упрековъ г. Новгородцева въ ст. проф. *И. И. Кирьева*: Естественное право и субъективная соціологія (Рус. Богатство 1902 г. апрѣль).

¹⁾ Новгородцевъ: Нравственный идеализмъ въ философіи права въ проблемахъ идеализма, стр. 268 сл.

²⁾ На эту сторону обратилъ особое вниманіе, какъ увидимъ ниже, проф. Петражицкій.

ственной жизни, объективныи историзмъ и социологизмъ остаются чуждыми и должны по самому существу оставаться чуждыми ей.

Но историзмъ и социологизмъ превышаютъ свою компетенцію, когда они претендуютъ дать всестороннее объясненіе проблемъ морали. Мораль имѣетъ ту особенность, что она судить независимо отъ закономерности, раскрываемой наукой. Она имѣетъ свою собственную закономерность. Наука же ищетъ причины и слѣдствія и кромѣ этого ничего не знаетъ; нравственной оцѣнкой по самому существу своему она заниматься не можетъ ¹⁾.—

Но разъ изъ познанія законовъ историческаго развитія, изъ науки о существующемъ нельзя добыть масштаба для оцѣнки этой самой дѣйствительности и исторіи, то откуда же оцѣ можетъ быть взять? Изъ апіорныхъ и абсолютныхъ началъ нравственнаго сознанія,— отвѣчаютъ метафизики новаго естественноправоваго ученія ²⁾. Идея естественнаго права—„сверхопытна, сверхчувственна, и, слѣдовательно, по самому существу своему метафизична“, говоритъ кн. Трубецкой. Поэтому, съ точки зрѣнія такого метафизическаго пониманія, кн. Трубецкой и утверждаетъ неосновательность попытокъ другаго сторонника естественноправоваго ученія обосновать естественное право фактами индивидуальной психологіи.

Правовое убѣжденіе, говоритъ проф. Трубецкой, обусловлено вѣрой въ такое право, которое коренится не въ чемъ-либо внѣшнемъ разуму, а въ самомъ разумѣ, вѣрою въ такой правовой критерій, который не обусловленъ судь-

¹⁾ *Новгородцевъ*: Нравственный идеализмъ въ философіи права, стр. 268 сл. Также о критикѣ позитивизма французскимъ философомъ *Ренувье* и его замѣчаніяхъ о границахъ позитивной науки см. *А. Мишле*: *Идея государства*. Рус. перев. стр. 510 сл. Ср. также воззрѣнія *Штаммлера* на „закономѣрность цѣлей“.

²⁾ См. *Новгородцевъ*: Нравственный идеализмъ въ философіи права.

ективными состояніями сознанія, а является *объективнымъ закономъ* разума.

Вопросъ о существѣ права приводитъ насъ къ проблемѣ „права разума“; или такъ называемаго естественнаго права. Для разрѣшенія вопроса о существѣ права нужно именно начать съ выясненія первоначальной основы всякаго правового порядка, съ изслѣдованія метафизическихъ предположеній всякаго правосознанія ¹⁾.

Но далеко не все повѣйшіе сторонники естественноправового ученія исходятъ изъ такой метафизической концепціи естественнаго права.

Нѣкоторые изъ нихъ даже рѣшительно заявляютъ, что „не можетъ быть и рѣчи о выводѣ постулатовъ естественноправовой идеи изъ какого бы то ни было даннаго а priori, независимо отъ внѣшняго и внутренняго опыта и наблюденія, принципа“ ²⁾; другіе, какъ проф. Петражицкій, сводятъ естественноправовое ученіе или ученіе о желательномъ правѣ къ наукѣ политикѣ права, основанной на психологическомъ изученіи права, а именно на психологическомъ изслѣдованіи факторовъ и процессовъ мотивации человѣческаго поведенія и развитія человѣческаго характера, познанія психологической природы и причинныхъ свойствъ права и его мотиваціоннаго, культурно-воспитательнаго дѣйствія. Далѣе основываютъ ученіе о справедливомъ или естественномъ правѣ на примѣненіи эмпирически установленныхъ біологическихъ законовъ развитія жизни организмовъ къ явленіямъ соціальной жизни (Спенсеръ), на ученіи о телеологической законномѣрности (Штаммлеръ) и, наконецъ, мы находимъ въ по-

¹⁾ См. *Е. Н. Трубецкой: Философія права* проф. Л. Л. Петражицкаго. Журн. „Вопросы философіи“ кн. 57, стр. 32 сл.

²⁾ См. напр. *В. М. Гессенъ: Возрожденіе естественнаго права*. 1902 г. См. также, *Gény: Methode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Bibl. de jurisprudence civile 1900 г.), который находитъ основаніе естественнаго права въ „положительной природѣ“ вещей или отношеній (*nature des choses positive*).

строении учения об идеальном праве своеобразное сочетание позитивизма и метафизики (Фуллье).

Остановимся поэтому здесь на некоторых из этих наиболее оригинальных обоснований естественного права.

§ 16. Психологическое обоснование учения естественного права.

Проф. Петражицкий в рядъ своихъ трудовъ ¹⁾ доказываетъ необходимость возрожденія естественного права путемъ пополненія существующей системы юридическихъ наукъ, посвященной историческому и догматическому изученію положительнаго права, построениемъ науки политики права (законодательной политики), какъ особой дисциплины, служащей прогрессу и усовершенствованію существующаго правопорядка путемъ научной, методологической разработки естественноправовыхъ проблемъ ²⁾.

Созданіе такой науки не было бы въ существѣ дѣла, говоритъ проф. Петражицкий, советъ новымъ, не имѣющимъ прецедента въ исторіи наукъ, изображеніемъ, а скорѣе лишь восстановленіемъ того дуалистическаго дѣленія правовѣдѣнія, которое существовало въ эпоху школы такъ назыв. естественнаго (разумнаго, идеальнаго, философскаго) права.

Значеніе науки естественнаго права, какъ самостоятельной дисциплины, наряду съ позитивной юриспруден-

¹⁾ См. особенно *Lehre vom Einkommen* 1893—1895; Предисловіе и введеніе въ науку политики права (въ Киевскихъ унив. вѣстникѣхъ 1896, № 8); Къ вопросу о возрожденіи естественнаго права и нашей программѣ (въ жур. *Право* 1902, № 11—42); Введеніе въ наученіе права и нравственности 1905 (предисловіе).

²⁾ Въ своемъ соч. „*Lehre vom Einkommen*“ В. П., 1895, с. 581. Проф. Л. У. Петражицкий возмнѣетъ, что „задача науки гражданской политики состоитъ въ выработкѣ единаго для всего человѣчества басейна добраго и разумнаго“, а не въ приспособленіи положительнаго права какой-либо страны къ потребностямъ данной страны, т. к. это задача науки позитивнаго права.

цией, именно заключалось въ исполненіи той важной и высокой миссии, которой должна служить будущая наука политики права, и которая оказывается не подъ силу практическо-догматической юриспруденціи по самой природѣ и назначенію этой юриспруденціи ¹⁾.

Выставленное требованіе „возрожденія естественнаго права“, говоритъ далѣе г. Петражицкій, конечно, не значить, что мы должны исходить изъ тѣхъ посылокъ, изъ которыхъ исходили представители естественноправовыхъ ученій, и примѣнять ихъ приемы мышленія, а тѣмъ болѣе придерживаться высказанныхъ ими конкретныхъ правнополитическихъ воззрѣній и требованій. У школы естественнаго права не было въ распоряженіи системы научныхъ посылокъ и научнаго метода, необходимыхъ для достиженія научно-обоснованныхъ правнополитическихъ положеній, и даже не было сознанія, въ чемъ должны состоять эти послылки, и каковъ долженъ быть методъ правнополитическаго мышленія. Дѣло коллективной работы будущаго создать такую науку, политику права, которая бы создавала систему *научно-обоснованныхъ* ²⁾ правнополитическихъ положеній. Первое же условіе для этого—выясненіе природы посылокъ и метода научнаго правнополитическаго мышленія.

Существо же правнополитическихъ проблемъ сводится къ научно-обоснованному предопредѣленію тѣхъ результатовъ, наступленія которыхъ слѣдуетъ ожидать въ случаѣ введенія извѣстныхъ правоположеній, и къ выработкѣ такихъ началъ, введеніе конхъ путемъ законодательства или инымъ путемъ въ систему дѣйствующаго права слѣдалось бы причиной извѣстнаго желательнаго эффекта. Поэтому въ основу научной политики права должно быть положено изученіе причинныхъ свойствъ, причиннаго дѣйствія права и вообще разныхъ его видовъ и элементовъ въ частности.

¹⁾ Петражицкій: Введеніе въ изученіе права и нравственности, 1905 г. предисловіе.

²⁾ Курсивъ нашъ.

Право есть психическій факторъ общественной жизни и дѣйствуетъ психически. Его дѣйствіе состоитъ, во-первыхъ, въ возбужденіи или подавленіи мотивовъ къ разнымъ дѣйствіямъ и воздержаніямъ, во-вторыхъ, въ укрѣпленіи и развитіи однихъ склонностей и чертъ человѣческаго характера, въ ослабленіи и искорененіи другихъ, вообще въ воспитаніи народной психики въ соответствующемъ характеру и содержанию дѣйствующихъ правовыхъ нормъ направленіи.

Соответственно съ этимъ, задача политики права заключается: 1) въ рациональномъ направленіи индивидуальнаго и массоваго поведенія посредствомъ соответственной правовой мотивации; 2) въ совершенствованіи человѣческой психики, въ очищеніи ея отъ злыхъ, антисоціальныхъ склонностей, въ насажденіи и укрѣпленіи противоположныхъ склонностей ¹⁾.

Дѣйствующая въ каждый данный моментъ система правовыхъ нормъ является преходящей ступенью соціальнаго воспитанія и должна быть, по мѣрѣ выполнения своей воспитательной функціи, замѣнена другой системой правового импульсивнаго и педагогическаго воздѣйствія, приспособленнаго къ *уже достигнутому уровню народной психики*. Идеаломъ же является достиженіе совершенно соціальнаго характера, совершеннаго господства дѣйственной любви въ человѣчествѣ. Проф. Петражицкій утверждаетъ, что указанныя положенія подтверждаются и исторіей права. Основная тенденція историческаго процесса образованія и измѣненія правовыхъ учреждений и ихъ системъ заключается въ безсознательномъ эмпирическомъ приспособленіи системы правовой мотивации и педагогики къ данному состоянію психики, и такъ какъ подъ вліяніемъ этого народный характеръ совершенствуется, то совершенствуется и право.

¹⁾ А. Петражицкій: Введеніе въ изученіе права и правственности, стр. VII.

и развитіе народной психики направляется въ сторону общаго блага. Миссія политики права и состоитъ въ сознательномъ веденіи человечества въ томъ же направленіи и въ соответственномъ ускореніи и улучшеніи движенія къ свѣту и великому идеалу будущаго.

Политика права является такимъ образомъ психологической наукой, теоретическимъ базисомъ которой является общее психологическое знаніе факторовъ и процессовъ мотивациіи человѣческаго поведенія и развитія человѣческаго характера и социальное ученіе о природѣ и причинныхъ свойствахъ права, въ частности ученіе о правовой педагогикѣ.

Основнымъ методомъ правно-политическаго мышленія является психологическая дедукція, умозаключеніе на основаніи подлежащихъ психологическихъ посылокъ относительно тѣхъ психическихъ послѣдствій, которыя должны получиться въ результатъ дѣйствія извѣстныхъ началъ и институтовъ права или относительно тѣхъ законодательныхъ средствъ, которыя способны вызвать извѣстные желательные психическіе эффекты. Поскольку же въ извѣстныхъ предѣлахъ и областяхъ царяду съ психологической дедукціей возможно примѣненіе и индуктивнаго метода, конечно, политика права должна пользоваться также имъ для провѣрки правильности дедуктивныхъ выводовъ.

Въ частности, для гражданской политики цѣннымъ контрольнымъ матеріаломъ для провѣрки ея дедукціи можетъ служить, по мнѣнію Петражицкаго, римское право, какъ право явившееся продуктомъ безсознательнаго массоваго опыта, народной эмпирики ¹⁾.

Такимъ образомъ основы политики права, въ которой должно, по мнѣнію Петражицкаго, возродить естественноравовое ученіе въ обновленномъ видѣ, ученіе о желательномъ правѣ. Также можно разумѣть подъ этимъ научное обоснованіе

¹⁾ Петражицкий: Введеніе въ изученіе права и нравственности VI Его же: Lehre vom Einkommen II, 581—585.

непозитивнаго права и изученіе его на психологической почвѣ, или нормативное изложеніе интуитивнаго права ¹⁾.

Этотъ видъ—интуитивное право—проф. Петражицкій противопоставляетъ праву позитивному. Но какъ интуитивное такъ и позитивное право въ его психологической теоріи находятъ свое объединеніе въ развиваемомъ имъ пониманіи права, какъ психическаго явленія, императивно-атрибутивныхъ переживаній, и потому у него устраняется тотъ коренной дуализмъ въ представленіи объ этихъ правахъ, который мы находимъ у другихъ представителей естественно-правовой доктрины. Въ своемъ новомъ трудѣ „Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности“, проф. Петражицкій весьма ясно раскрываетъ свое отрицательное отношеніе къ естественному праву, какъ особому виду права, что резко отдѣляетъ его отъ другихъ защитниковъ естественноправового ученія.

Между прочимъ, въ ряду другихъ совершенно правильныхъ критическихъ замѣчаній по адресу традиціонно формулируемаго понятія естественнаго права ²⁾, мы находимъ и вполне правильное замѣчаніе проф. Петражицкаго, что нельзя противопоставлять какъ два вида права—право положительное и право естественное, понимаемое, какъ, подлежащія научному созданію, обоснованію и разработкѣ, положенія раціональнаго, желательнаго, „правильнаго“ права. Выработываемыя наукою или къмъ бы то ни было, идеи относительно желательнаго или раціональнаго права и соответственныя законодательно-политическія предложенія и требованія представляютъ вовсе не право, а только проекты правовыхъ постановленій ³⁾.

¹⁾ Петражицкій: Журн. „Право“, 1902 г. № 41.

²⁾ См. напр. Теорія права и государства, 1907, т. II стр. 169—474, 508—512.

³⁾ Петражицкій. Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. С.-Петербургъ, 1907, т. II стр. 472.

Кромѣ того, рациональными, правильными могутъ быть и бываютъ не только возможные въ будущемъ, представляемые какъ желательныя, положенія права, а и безчисленныя положенія существующаго права. Съ этой точки зрѣнія, возстаповленіе дѣленія права на позитивное, въ смыслѣ существующаго, и естественное, въ смыслѣ правильнаго, надлежащаго права, было бы ошибочно. Существенно иной характеръ, утверждаетъ проф. Петражицкій, имѣеть его дѣленіе права на позитивное и интуитивное, въ зависмости отъ наличности въ соответственныхъ правовыхъ (императивно-атрибутивныхъ) переживаніяхъ ссылки на нормативные факты или отсутствія таковой. Такъ какъ дѣло здѣсь идетъ не о противопоставленіи существующему праву желательнаго, идеальнаго и т. п. права (содержаніе интуитивнаго права можетъ быть и бываетъ даже худшимъ, чѣмъ содержаніе позитивнаго права), а о дѣленіи права, какъ извѣстныхъ психическихъ явленій, на два вида по ихъ психологическому составу, сообразно общимъ началамъ классификаціи явленій ¹⁾. Проф. Петражицкій такимъ образомъ разсматриваетъ право и правственность какъ виды своеобразныхъ психическихъ переживаній человека. Подъ правомъ, въ смыслѣ особаго класса реальныхъ феноменовъ, онъ разумѣеть обязательно притязательныя (императивно-атрибутивныя) нормы и вообще тѣ этическія переживанія, эмоціи которыхъ имѣють атрибутивный характеръ (закрѣпляютъ нашу обязанность, связанность, за другимъ лицомъ; всѣ прочія этическія нормы и вообще переживанія односторонне-обязательныя, т. е. переживанія съ чисто императивными моторными возбужденіями (безъ атрибутивности), проф. Петражицкій относитъ къ правственнымъ явленіямъ къ правственности ²⁾. При такомъ психологическомъ объясненіи природы правственныхъ и правовыхъ явленій проф. Петражиц-

¹⁾ Петражицкій, тамъ же т. II стр. 473.

²⁾ См. его Теорія права т. I, 1907, стр. 45, 83.

кій считаетъ старое ученіе естественнаго права и новое позитивное пониманіе права „ненаучными и некритичными“ въ томъ отношеніи, что оба они исходятъ изъ реального существованія обязанностей и нормъ и не знаютъ тѣхъ реальныхъ, дѣйствительно имѣющихъ мѣсто въ ихъ же психикѣ, процессовъ, подъ вліяніемъ коихъ ими эти своеобразныя вещи представляются гдѣ-то существующими; но прежнія ученія, въ частности ученіе прежнихъ юристовъ о существованіи двухъ видовъ права, болѣе соотвѣтствовали дѣйствительности, болѣе правильно отражали дѣйствительную природу человѣческой жизни (права и праведности), чѣмъ новыя съ ихъ мнимымъ болѣе критическимъ отношеніемъ къ дѣлу“¹⁾. Такимъ образомъ мы видимъ, что проф. Петражицкій въ своемъ пониманіи права занимаетъ совершенно исключительное положеніе среди современныхъ юристовъ. И если онъ и добивается возрожденія естественноправоваго ученія, въ смыслѣ научно обоснованной политики права, и признаетъ существованіе позитивнаго (интуитивнаго) права, то его ученіе объ этомъ правѣ имѣетъ совершенно иной характеръ, нежели у другихъ сторонниковъ естественноправоваго ученія, такъ какъ, во первыхъ, въ конструированіи его онъ тщательно опредѣляетъ понятіе права, разграничиваетъ право отъ другихъ явленій, съ другой же стороны, разсматривая право, какъ своеобразныя феномены нашей психической жизни, онъ въ то же время не объявляетъ примата позитивнаго права и не признаетъ правомъ различныя идеальныя проєкціи права, такъ называемое „желательное“ или „идеальное право“ современныхъ представителей естественноправоваго ученія.

Къ ученію о правѣ проф. Петражицкаго мы возвратимся ниже при разсмотрѣніи вопроса о существѣ права, теперь же разсмотримъ постановку проблемы естественнаго права у другихъ писателей.

¹⁾ Петражицкій; Теорія права 1907, т. I стр. 11—15.

§ 17. Возвръщеніе Штаммлера на естественное право и его ученіе о телеологической законмѣрности социальной жизни.

Извѣстный германскій ученый юристъ, Рудольфъ Штаммлеръ, являющійся сторонникомъ современной критической философіи (Когена, Наторпа), стремится путемъ „логической дедукціи“, „объективно логическаго анализа содержанія нашего сознанія, касающихся социальныхъ вопросовъ ¹⁾“, установить высшую общезначимую законмѣрность социальной жизни и права, какъ *необходимой формы этой жизни*. Законъ, говоритъ Штаммлеръ, есть единообразное пониманіе смѣляющихся явленій. Задача социальной философіи, слѣдовательно, найти безусловно объединяющую точку зрѣнія, объективное, т. е. необходимое и *общезначимое*, мѣрило социальной жизни, независимое отъ даннаго историческаго ея содержанія. Такая законмѣрность нашего познанія социальной жизни, и дастъ возможность законмѣрнаго ея построенія и регулированія ²⁾.

Въ понятіи социальной жизни мы логически различаемъ регулирующую форму или социальные правила и регулируемую матерію—социальное хозяйство, совмѣстную дѣятельность людей, направленную на удовлетвореніе потребностей. Основнымъ признакомъ понятія социальной жизни, отличающимъ ее отъ природы, есть именно, исходящее отъ людей, внѣшнее урегулированіе ихъ совмѣстной жизни. Сожительству, регулированному извѣстными внѣшними правилами, противопоставляется обособленное существованіе, подлежащее естественно-научному, а не социально-научному изученію.

¹⁾ *Штаммлеръ*: Хозяйство и право рус. перев. (подъ ред. Давыдова) 1907 г. т. II стр. 322—323.

²⁾ *Штаммлеръ*: Хозяйство и право р. пер. 1907 г. стр. 7. „Цѣлью социальной философіи является познаніе тѣхъ принциповъ и понятій, которые имѣютъ одинаковое значеніе для всякой социальной жизни“, независимо отъ всякаго особаго содержанія того или другаго исторически даннаго социального бытія.

Принципъ, которымъ руководится всякое социальное регулирование, всякій выборъ и оцѣнка цѣлей, имѣеть значеніе формальнаго абсолютнаго критерія или идеала. „Всякая социальная воля, говоритъ онъ, обладающая особымъ эмпирически обусловленнымъ содержаніемъ, всегда и безусловно подлежитъ критической оцѣнкѣ со стороны своей объективной правильности, правомѣрности. Поэтому тотъ масштабъ, который служитъ для такой оцѣнки, долженъ быть независимымъ отъ особаго историческаго опыта. Но въ такомъ положеніи находится только формальная идея, которая въ безграничномъ единствѣ можетъ быть свойственна всякому социальному опыту 1)“. Эта идея абсолютна, какъ абсолютна идея законамѣрности, безусловнаго единства. Нельзя говорить о противоположности между „относительными“ и „абсолютными цѣлями“, ибо всякое эмпирически обусловленное содержаніе воли—относительно; но въ рамкахъ этого лишь относительно значимаго содержанія цѣлей мы можемъ затѣмъ различать объективно правомѣрно ли оно, или нѣтъ. И совершенно напрасное занятіе, добавляетъ Штаммлеръ,—толковать о необходимомъ „несовершенствѣ“ исторически даннаго права и противопоставлять ему въ мысляхъ другое „совершенное“ право, ибо всякое особое содержаніе правового строя, само собой разумѣется, „несовершенно“. Но, оставаясь въ рамкахъ установленнаго людьми и исторически обусловленнаго и поэтому несовершеннаго содержанія, возможнаго права, слѣдуетъ поставить вопросъ: обладаетъ ли это содержаніе объективною правильностью, или же оно лишено этого качества 2); а этотъ вопросъ не имѣеть никакого отношенія къ причинному объясненію фактовъ и выходитъ изъ области опытной науки 3).

1) Штаммлеръ: „Хозяйство и право“, р. перев. т. II стр. 270—271.

2) Штаммлеръ: *ib.* т. II стр. 275: «Понятія „относительный“ и „абсолютный“ имѣють въ виду противоположность между обусловленной и подлежащей опредѣленію матеріей содержанія сознанія, съ одной стороны, и обуславливающей его чистой формой, съ другой».

3) Штаммлеръ *ib.* стр. 19.

Въ частности, относительно естественнаго права, какъ совершеннаго права, Штаммлеръ прежде всего указываетъ на ошибочность ученія объ естественномъ правѣ, какъ правѣ природы, или какъ правѣ, соответствующемъ человѣческой природѣ.

Такъ какъ, если оставить въ сторонѣ все историческія особенности въ свойствахъ и влеченіяхъ людей, которыми они въ дѣйствительности отличаются другъ отъ друга, то вообще остаются лишь фізіологическія способности, предрасположенія (Anlagen), которыя подвергаются еще образованію и воспитанію. Ссылка на „себялюбіе“ (Eigenliebe) каждаго человѣка, какъ на естественное влеченіе, въ силу самой своей неопредѣленности и неясности, нисколько не помогаетъ дѣлу. Остается еще открытымъ вопросъ: въ какой степени и въ какомъ направленіи влечетъ себялюбіе отдѣльную личность.

Уже простое наблюденіе даетъ достаточный матеріалъ для констатированія чрезвычайнаго разнообразія въ преслѣдованіи цѣлей; именно въ способѣ и характерѣ осуществленія этихъ цѣлей и заключается вся сущность вопроса.

Правильный способъ цѣлепоставленія, говоритъ Штаммлеръ, отнюдь не является врожденнымъ человѣку и не развивается въ природномъ существѣ человѣка съ естественной необходимостью и у всѣхъ одинаково. Человѣкъ долженъ быть воспитанъ къ такому правильному цѣлепоставленію, руководимъ и поддерживаемъ въ немъ. Не естественное свойство человѣка, но своеобразная закономерность цѣлей можетъ быть безусловнымъ и общеобязательнымъ масштабомъ правильнаго права.

Второе направленіе въ естественномъ правѣ (Руссо, Кантъ) основываетъ его не на природѣ человѣка, но на природѣ, сущности самого права. Ошибка здѣсь заключается не въ самой постановкѣ вопроса о „природѣ права“, о ней говорятъ и сторонники исторической школы и вообще юристы эмпирическаго направленія.

Ошибка эпохи просвѣщенія заключалась именно въ способѣ разрѣшенія проблемы о природѣ права, такъ какъ пытались создать кодексъ, сборникъ права, неизмѣннаго содержания. Это невозможно, такъ какъ содержаніе права приравнено къ регулированію человѣческаго взаимодействія въ удовлетвореніи потребностей. Человѣческія же потребности и способы ихъ удовлетворенія подчинены постоянному измѣненію (измѣнчивость матеріи социальной жизни). „Нѣтъ ни одного положенія, которое было бы безусловнымъ по своему положительному содержанию“.

Но можетъ быть одна поставлена задача, говоритъ Штаммлеръ, найти такой общезначимый формальный методъ, посредствомъ котораго измѣнчивыи матеріалъ исторически измѣнчиваго права могъ бы такъ обсуждаться и опредѣляться, чтобы онъ получилъ свойство *объективно правильнаго* ¹⁾. Тѣ положенія права, которыя при эмпирическихъ условныхъ отношеніяхъ содержатъ теоретически истинное, правильное право, и могутъ быть названы, по мнѣнію Штаммлера, естественнымъ правомъ ²⁾.

Проблему естественнаго права Штаммлеръ формулируетъ слѣдующимъ образомъ: все такъ называемое естественное право, говоритъ онъ, было лишь простымъ проявленіемъ стремленія создать на основаніи общезначимаго объективнаго познанія правовыя нормы, какъ онѣ по справедливости должны быть и какъ въ критическомъ освѣщеніи онѣ должны служить руководящимъ прообразомъ для законодателя, творящаго положительное право. Съ этой точки зрѣнія, добавляетъ онъ, противъ установленія такихъ нормъ *наряду* съ дѣйствующимъ правомъ нельзя сдѣлать никакихъ существенныхъ возраженій. Такой приѣмъ даже совершенно

¹⁾ Stammler. Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft S. VI ff.

²⁾ „Естественное право, имѣющее смѣняющееся содержаніе“ Штаммлеръ Хозяйство и право т. I стр. 196.

неизбѣженъ и необходимо наблюдается при всякой реформѣ права ¹⁾).

Безспорнымъ признакомъ настоящаго времени, говорить оны ²⁾, является средоточеніе энергіи на осуществленіи технически ограниченныхъ цѣлей. Соотвѣтственно съ этимъ и въ современной юриспруденціи больше всего развита техническая юриспруденція, именно историческое и догматическое изученіе права. Такое изученіе является въ основаніи своемъ репродуктивной дѣятельностью; оно передаетъ содержаніе опредѣленнаго историческаго права или многихъ положительныхъ правъ. Въ конечной своей цѣли оно направлено поэтому на передачу смысла и значенія волевыхъ содержаній, на объясненіе, почему и какъ они существуютъ. Но тутъ и обнаруживаются вездѣ пробѣлы и нерѣшенные проблемы, поскольку рѣчь идетъ о чистомъ ученіи о правѣ, какъ юридическомъ ученіи, о методахъ для самой техники права, о масштабѣ и директивѣ для принципиально правильной постановки правовыхъ цѣлей. Поэтому, несмотря на всѣ заслуги „технической“ юриспруденціи въ ея области, заслуги, которыя самъ Штаммлеръ защищаетъ отъ нападковъ, какъ то отъ частаго обвиненія въ формализмъ ³⁾, задача будущаго заключается, по мнѣнію Штаммлера, въ дополненіи юриспруденціи критическимъ обоснованіемъ и систематическимъ построеніемъ чистаго ученія о правѣ, т. е. ученія о формальныхъ условіяхъ правильнаго сужденія о правѣ, независимо отъ всякаго позитивнаго установленія и конкретнаго содержанія положительнаго права. Юристы 19-го вѣка крайне пренебрегли этой задачей юридической методологіи, по ея разрѣшеніе есть, по утверженію Штаммлера,

¹⁾ Штаммлеръ, *Хозяйство и право* т. 1 стр. 185.

²⁾ Stammler: *Die Zukunftaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (въ *Kultur der Gegenwart* hrg. v. Hinneberg 1906 Theil II Abth. VIII S 497).

³⁾ Stammler въ *Sб. Kultur der Gegenwart Th. II Abth. VIII. Die Zukunftaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft* S. 498—500.

величайшая философская задача современного правовѣдѣнія¹⁾. Штаммлеръ и пытается разрѣшить эту задачу юридической методологiи, выясненiемъ того метода, которому должно слѣдовать всякое правильное цѣлепоставленiе въ правовой области.

Формой, устойчивымъ и постояннымъ элементомъ социальной жизни, является вышшее регулирующее начало, социальныя правила, право; ея измѣнчивой матерiей—совмѣстная дѣятельность людей, направленная къ удовлетворенiю ихъ потребностей—хозяйство. Социальная законмѣрность социальной жизни, въ отличiе отъ естественной законмѣрности, и есть телеологическая законмѣрность формы социальной жизни. Въ частности, относительно психологическаго изслѣдованiя социальной жизни Штаммлеръ замѣчаетъ, что психологiя можетъ оказать крупныя услуги эмпирическому наблюденiю надъ конкретной социальной жизнью, но она не въ состоянiи установить основныя понятiя социальной жизни, понятiе „социальнаго“ со стороны его существенно обуславливающихъ элементовъ. Она не можетъ поэтому замѣнить критическаго метода социальнаго философскаго изслѣдованiя. Идея вышняго регулированiя социальной жизни, идея права, которая составляетъ формальный элементъ въ понятiи социальной жизни, въ данной своей логической функцiи независима отъ какого бы то ни было частнаго психологическаго объясненiя. Критическая точка зрѣнiя имѣетъ поэтому логическiй приматъ надъ всякой другой при разсмотрѣнiи формальныхъ условiй социальнаго и правового познанiя и его основнаго направленiя²⁾.

Не можетъ подлежать никакому сомнѣнiю, говорить Штаммлеръ, что право есть средство къ достиженiю цѣли (регулированiе взаимоотношенiй людей). Единство понима-

¹⁾ Stammler *ib.* S. 307.

²⁾ См. Штаммлеръ. Хозяйство и право р. пер. подъ ред. Давыдова 1907, т. I стр. 125 сл.

нія права можетъ быть, слѣдовательно, найдено лишь въ единствѣ цѣлевого разсмотрѣнія. Кто, подобно сторонникамъ материалистическаго пониманія исторіи, ограничивается лишь выясненіемъ генезиса цѣлей и средствъ, тотъ не достигаетъ единого безусловнаго способа правопониманія, который можетъ заключаться лишь въ подчиненіи его принципу законмѣрности цѣлей. Итакъ, законмѣрность цѣлей въ отличіе отъ исторической законмѣрности, причинности, есть общезначимый способъ познанія и хотѣнія, единственный безусловно возможный методъ опредѣленія содержания и оцѣнки человѣческой воли и, слѣдовательно, права ¹⁾. „Законмѣрность соціальной жизни есть законмѣрность ея правовой формы, уразумѣніе и слѣдованіе основной идеѣ права, какъ конечной цѣли человѣческаго общества“. Этотъ методъ, эта основная идея права, даетъ возможность установить объективную правильность права въ его исторически обусловленномъ содержаніи. Правильное право есть то, которое при особенностяхъ даннаго положенія согласуется вообще съ основной идеѣй права ²⁾.

Такъ какъ этотъ формальный процессъ обсужденія человѣческихъ цѣлей примѣнимъ ко всемъ мыслимымъ человѣческимъ цѣлямъ, то въ идеѣ долженъ существовать такой видъ и способъ желанія, который свободенъ отъ особенностей даннаго субъективнаго положенія. Соответственно съ этимъ, мы имѣемъ законмѣрно обоснованную цѣль тогда, когда она логически является не цѣлью какого-либо органическаго субъективнаго, эгоистическаго желанія, но, отвлеченной, свободной, отъ особенностей субъекта, имѣть общезначимый характеръ, общую примѣнимость для каждаго находящагося въ такомъ же положеніи. Идея такого

¹⁾ Штаммлеръ. Хозяйство и право, т. II стр. 279.

²⁾ Stammler. Lehre vom richtigen Rechte S. 15 сл.; ib. на стр. 31 Штаммлеръ замѣчаетъ, что вообще „всякое установленное право является попыткой быть правильнымъ правомъ“.

свободнаго въ своемъ содержаніи желанія и есть закономѣрность цѣлей ¹⁾).

Необходимо, слѣдовательно, установить имѣющую такое общее значеніе цѣль общественнаго бытія людей, высшую идею человѣческаго общества. Ни одна конкретная цѣль, обладающая опредѣленнымъ конкретнымъ содержаниемъ, не можетъ быть признана абсолютной цѣлью урегулированнаго человѣческаго общенія. Поэтому, когда возникаетъ вопросъ о послѣдней конечной цѣли социальнаго бытія, то рѣчь здѣсь можетъ идти только о нѣкоторой формальной идеѣ, которая представляетъ безусловное единство, стоитъ въ качествѣ судьи надъ всеми отдѣльными цѣлями, имѣетъ значеніе для всѣхъ ихъ, и каждая эмпирическая цѣль въ своемъ своеобразіи только отъ этой формальной идеи, высшей конечно цѣли, можетъ заимствовать качество закономѣрной социальной воли ²⁾).

Такой общезначимой, объективной абсолютной цѣлью, которая должна служить масштабомъ для систематической оцѣнки всѣхъ субъективныхъ и особыхъ цѣлей социальнаго сотрудничества, и согласно которой социальный строй долженъ быть осуществленъ, хотя эта регулятивная цѣль никогда не можетъ быть полностью осуществлена въ дѣйствительности,—является внутренняя свобода въ области социальной жизни. И такъ какъ социальная жизнь представляетъ собой внѣшнимъ образомъ урегулированную совмѣстную жизнь и сотрудничество, то воля каждаго въ этомъ союзѣ должна направляться общезначимымъ и безусловнымъ образомъ. Слѣдовательно, указанная закономѣрность социальной жизни можетъ заключаться только въ такой идеѣ социальной жизни, регулированіе которой должно производиться въ смыслѣ общезначимаго вниманія ко всякому

¹⁾ Stammer: Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft, вѣ сб. Die Kultur der Gegenwart Th. II Abth. VIII 1906, S. XVIII f.

²⁾ Штаммлеръ: Хозяйство и право т. II стр. 248 сл.

изъ подчиненныхъ праву, такъ что каждый членъ общества трактуется и опредѣляется такъ, какъ онъ долженъ хотѣть, въ качествѣ мыслимаго *свободнымъ* существа. *Общество свободно хотящихъ людей*—такова безусловно конечная цѣль соціальной жизни. Это идеаль такого человѣческаго общества, въ которомъ всякій считаетъ своими объективно правомѣрныя цѣли другого, никогда не низводится на положеніе только средствъ для цѣлей другого; съ такимъ регулированіемъ долженъ согласиться всякій изъ подчиненныхъ праву, разъ только онъ приметъ рѣшеніе, свободное отъ чисто субъективныхъ желаній. Выраженіе „свободное“, поясняетъ Штаммлеръ, не имѣетъ здѣсь въ виду свободы отъ закона причинности, а свободу отъ чисто субъективнаго содержанія желаній. „Свободный“ здѣсь означаетъ: не обусловленный субъективно, неличный“.

Это не генетическое изслѣдованіе, связанное съ вопросомъ о свободѣ воли, а исключительно систематическое. Здѣсь не имѣется въ виду и третье значеніе слова „свободный“—свободный въ гражданскомъ смыслѣ, т. е. неподчиненный никакому внѣшнему велѣнію, съ которымъ онъ самъ несогласенъ. Это указаніе на „свободныя учрежденія“ здѣсь насъ совершенно не интересуетъ, говоритъ Штаммлеръ, такъ какъ наша задача сводится къ установленію лишь формальной основной идеи, имѣющей значеніе для всѣхъ мыслимыхъ выраженій соціальной воли: она одинаково можетъ быть примѣнена какъ къ имперіи римлянъ, германцевъ, монголовъ,... такъ и къ смѣлой фантазіи современнаго анархиста. Для всѣхъ ихъ она можетъ служить единственно незыблемымъ и общимъ масштабомъ оцѣнки ¹⁾.

Указанный формальный критерій приводитъ, по мнѣнію Штаммлера, безъ помощи догматической метафизики, къ цѣлостному единству міросозерцанія въ области соціальныхъ отношеній. Штаммлеръ особенно настаиваетъ, что здѣсь

¹⁾ Штаммлеръ. Хозяйство и право рус. пер. 1907 т. II стр. 247—253.

рѣчь идетъ не объ установленіи какихъ-либо „идеальныхъ правоположеній“. Соціальный идеаль не есть ни утопія, ни требуемый идеальный правопорядокъ, но лишь *формальный методъ*. Идеаль въ данномъ случаѣ значить то же, что формальная законѣрность. Этому методу мы всегда и неизбежно слѣдуемъ въ своихъ критическихъ сужденіяхъ о правѣ, но большей частью, не отдавая себѣ яснаго отчета въ этомъ ¹⁾).

„Соціальный идеаль представляетъ собою единую *формальную* идею, задача которой служить масштабомъ и путеводной звѣздой для всевозможныхъ эмпирически возникающихъ стремленій въ соціальной жизни. Слѣдуя этой идеѣ, конкретная воля, направленная на осуществленіе, сохраненіе или измѣненіе дѣйствующихъ правовыхъ положеній, становится законѣрной и объективно оправданной. Но эта идея никогда не можетъ быть и не является эмпирическимъ фактомъ въ дѣйствительности общественнаго бытія людей ²⁾).

То, что юристъ долженъ всегда имѣть въ виду, кромѣ своихъ параграфовъ и опредѣленнаго матеріала историческаго права, не есть ни второе право, ни новый кодексъ мнимо „идеальныхъ правоположеній, ни совокупность „соціально-этическихъ“ нормъ опредѣленнаго содержанія, умотрѣнныхъ виѣ права, говоритъ Штаммлеръ, но только вышеуказанное принципиальное направленіе мысленія, единый формальный способъ сужденія о правѣ ³⁾).

Эта оцѣнка опредѣляется слѣдующими принципами правильнаго права, какъ истекающими (Ausstrahlungen) изъ идеала общества „свободно хотящихъ людей“: 1) принципомъ уваженія (des Achtens), въ силу котораго воля личности не должна подпадать подъ произволь другой лич-

¹⁾ Stammler. Wesen des Rechtes S. XL сл.

²⁾ Штаммлеръ. Хозяйство и право рус. пер. т. II стр. 267.

³⁾ Stammler. Die Zukunftaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft въ ук. сб. стр. 507.

ности, и каждое правовое требованіе должно согласоваться съ тѣмъ, что обязанный есть ближній; 2) принципомъ участія (des Theilnehmens), въ силу котораго членъ правового общенія не можетъ быть произвольно исключенъ изъ него, и, правомъ предоставленная, власть такого исключенія должна всегда осуществляться, соотвѣтственно съ признаніемъ исключеннаго ближнимъ ¹⁾.

Примѣненіе ученія о правильномъ правѣ къ разрѣшенію вопроса, является ли дѣйствующее или только проектируемое право принципиально правильнымъ въ своемъ содержаніи, послѣдовательно ведетъ къ *политикѣ на научныхъ основаніяхъ*. Эта политика требуетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ: 1) показанія *неизбѣжной необходимости* извѣстныхъ социальныхъ явленій при данномъ дѣйствующемъ и критически оцѣниваемомъ правопорядкѣ; 2) указанія на *объективную необоснованность* такого взаимодействія по соображенію съ принципомъ социального идеала; 3) доказательства *правильности* иного социального желанія (socialen Wollens), при которомъ въ соотвѣтствіи съ данными эмпирическими условіями необходимо получится такой порядокъ общежитія, который по своему формальному характеру будетъ въ большей мѣрѣ соотвѣтствовать принципамъ правильнаго права. Въ настоящее же время нѣтъ даже зачатковъ такой политической дедукціи, такъ что приходится ограничиться лишь констатированіемъ ея теоретической возможности ²⁾.

Таковы воззрѣнія Штамmlера на тотъ высшій принципъ, съ точки зрѣнія котораго должны обсуждаться явленія социальной жизни и правового регулированія. Являясь формальнымъ критеріемъ правильнаго цѣлепоставленія, телеологической законмѣрностью социальной жизни, такой критерій, конечно, не можетъ служить объясненію исторической обусловленности, причинности и естественной необходимости

1) Stammler: Wesen des Rechtes. S. L—II.

2) Stammler: Wesen des Rechtes. S. LIV.

сти явленій соціальной жизни, ихъ индуктивно устанавливаемой исторической закономѣрности.

„Общезначимый соціальный идеалъ“ относится всецѣло къ категоріи долженствованія, при помощи его могутъ оцѣниваться явленія соціальной жизни и право, но не объясняемо ихъ историческое бытіе и процессъ ихъ образованія ¹⁾).

Узкимъ является опредѣленіе общества и соціальной жизни Штаммлеромъ, какъ „вышше урегулированнаго сожительства людей“, такъ какъ подъ такое понятіе не могутъ быть подведены такія явленія соціальной жизни, которыя выражаются, напримѣръ, въ далеко неурегулированной внѣшнимъ образомъ борьбѣ соціальныхъ интересовъ ²⁾. Между тѣмъ свое понятіе общества Штаммлеръ полагаетъ въ основу своего ученія о закономѣрности соціальной жизни. Но въ данномъ случаѣ насъ интересуетъ не вопросъ о правильности опредѣленія общественной жизни и общества Штаммлеромъ ³⁾, а вопросъ—можетъ ли „телеологическая закономѣрность“ быть высшимъ основоположнымъ единствомъ, раз-

¹⁾ Ср. критику *Max Weber*. R. Stammers Überwindung d. mater. Geschichtsauffassung въ Archiv f. Socialwissenschaft und Socialpolitik B. XXIV N. I 1907

²⁾ Справедливо замѣчаетъ *Iellinek* Allg. Staatslehre 1900 г. стр. 83 прим. I, что опредѣленіе соціальной жизни Штаммлеромъ, какъ внѣшнимъ образомъ урегулированнаго сожительства людей, неключаетъ столь важное понятіе общества, установленное Сень-Симономъ и Штейномъ, которое повидимому Штаммлеръ игнорируетъ, такъ какъ жизнь такъ понимаемаго общества проявляется по большей части въ формѣ неурегулированной борьбы. См. другія возраженія у *Kistiakowsky*: Gesellschaft und Einzelwesen. Стр. 75 сл. и отвѣтъ Штаммлера Хозяйство и право т. I прим. 51. См. также защиту опредѣленія общества Штаммлеромъ у *Давыдова* въ его вступительной статьѣ къ рус. пер. „Хозяйство и право“ 1907 г. Т. II стр. XII сл.

³⁾ Ср. опредѣленіе общества Зиммелемъ въ его рецензій на книгу Штаммлера (*Simmel*. Zur Methodik der Socialwissenschaft въ Jahrbuch f. Gesetzg. Verwaltung. und Volksw. XX) и въ новѣйшей работѣ Зиммеля: *Simmel*. Sociologie der Ueber-und-Unterordnung въ Archiv f. Socialwissenschaft und Socialpolitik 1907, B. XXIV стр. 477 сл.

смотрѣнія общественной жизни, можетъ ли, указанный Штаммлеромъ, принципъ телеологической законмѣрности или социальный идеаль быть объективнымъ, общезначимымъ критеріемъ правового регулированія. Въ этомъ отношеніи мы постараемся показать ниже, что, несмотря на указываемый Штаммлеромъ чисто формальный характеръ „соціального идеала“, какъ руководящей идеи нашего цѣлеполагающаго сознанія, эта идея является не менѣе объективно относительнымъ, субъективно правильнымъ принципомъ, чѣмъ идеальные критеріи права, установленные ранѣе Штаммлера выдающимися философами естественноправовой доктрины. Какъ бы она ни одобрялась тѣмъ или другимъ субъективнымъ сознаніемъ, она не можетъ притязать на объективную общезначимость, уже въ силу относительности своего содержания. Это особенно ярко проявляется, когда Штаммлеръ начинаетъ заполнять свой чисто формальный критерій правильности права такимъ содержаніемъ, какъ принципы „уваженія“ и „участія“¹⁾.

Что же касается интересующей здѣсь насъ постановки вопроса о естественномъ правѣ, то нужно констатировать, что понятіе это получаетъ у Штаммлера совершенно своеобразное значеніе. Оно не есть ни право, данное природой, ни право, соответствующее природѣ человѣка, вещей или отношеній, а теоретически правильныя, именно съ точки зрѣнія вышеуказаннаго формальнаго принципа права, при данныхъ эмпирическихъ отношеніяхъ, но не имѣющія никакой обя-

¹⁾ См. по этому поводу справедливыя замѣчанія *Brütt'a*: (Die Kunst der Rechtsanwendung стр. 120), что у Штаммлера нѣтъ необходимаго доказательства, что именно его формулы „участія“ и „уваженія“ являются критеріями правильности права. Возможно, что и правила противорѣчанія имъ, признаются правильными: „darin besteht der zweite und verhängnisvollere Fehler der Stammlerschen Deduction, dass jene Grundsätze gar kein inhaltliches Regulativ zu bieten vermögen sondern sich als Sätze von stofflich bedingtem Inhalte darstellen, denen gleichwohl absolute Giltigkeit vendiziert wird“. См. также Pinkus. Das Problem des Normalen in der Nationalökonomie 1906, стр. 256—257.

зательной силы, идеально конструированна, образцовыя нормы для принудительнаго регулированія соціальной жизни ¹⁾.

Такое естественное право существуетъ наряду съ правомъ дѣйствующимъ лишь какъ масштабъ и идеальная цѣль, прообразъ, для фактически дѣйствующаго права. Его значеніе, говоритъ Штаммлеръ, *иного порядка*, по сравненію съ положительнымъ правомъ, и оно вполне поэтому совмести-мо съ послѣднимъ. Естественное право въ этомъ значеніи, говоритъ Штаммлеръ, не имѣетъ виѣшне принудительной силы по отношенію къ лицамъ и не обязываетъ исполнительныя органы, а обращается лишь къ законодателью съ требованіемъ соответствующаго правообразованія. Называть же „правомъ“ право, служащее цѣлью нашихъ стремленій, мы можемъ, по мнѣнію Штаммлера, на такомъ же основаніи, какъ мы говоримъ о прошломъ правѣ ²⁾.

§ 18. Естественнаучное обоснованіе естественнаго права у Спенсера.

Вмѣстѣ съ юристами и философами идеалистическаго направленія на защиту естественнаго права выступить въ своемъ ученіи „О справедливости“ 1891 г. и столь выдающійся представитель современной позитивной соціологіи и утилитарно-эволюціонной философіи, какъ Гербертъ Спенсеръ.

Несмотря на полное различіе въ теоретическихъ основоположеніяхъ (утилитарно-эволюціонная философія), въ обоснованіи и опредѣленіи естественнаго права, знаменитый англійскій соціологъ въ противоположность своему знаменитому соотечественнику Бентаму, сходится однако съ философами естественнаго права въ признаніи этого права необходимой основой всякаго положительнаго правопорядка и высшей нормой соціальныхъ отношеній.

¹⁾ Принудительное по своей идеѣ регулированіе и составляетъ по Штаммлери основное значеніе права. См. его опредѣленіе права „Хозяйство и право“. Т. II стр. 167.

²⁾ Штаммлеръ. Хозяйство и право, т. II стр. 181 сл.

Во имя общественной пользы, прогресса, Спенсеръ требуетъ наиболѣе полного осуществленія естественной справедливости или естественнаго права, или точнѣе передавая его мысль, непротиводѣйствія самопроизвольной реализаціи этого права въ силу естественныхъ законовъ соціальной жизни.

Въ крайнемъ индивидуализмѣ своего ученія Спенсеръ соприкасается даже съ индивидуалистической доктриной 18-го вѣка ¹⁾.

Свое ученіе о естественной справедливости или правѣ Спенсеръ ставитъ, вслѣдъ за Миллемъ, на эмпирическія основы.

По вѣрному замѣчанію А. Н. Фатѣева ²⁾, Спенсеръ „пщетъ генезисъ реальныхъ элементовъ, которые, по его мнѣнію, наполняютъ понятіе естественнаго права яснымъ конкретнымъ и научно объективнымъ содержаніемъ. Этимъ онъ вынимаетъ изъ идеи естественнаго права ея метафизическую душу, дѣлаетъ реальной идеей, выросшей на почвѣ исторической дѣйствительности, не лишая ея значенія идеальной цѣнности“. Эмпирически установленные, биологическіе законы сохраненія и развитія видовъ трансформируются у Спенсера въ высшія моральныя и правовыя начала человеческой жизни. Если мы предположимъ, говоритъ Спенсеръ, что сохраненіе какого-либо вида желательно, въ чемъ у насъ и не можетъ быть сомнѣнія по отношенію къ человѣку, то отсюда слѣдуетъ обязательство сообразоваться съ законами этого сохраненія, которые слѣдуетъ назвать по обстоятельствамъ подобными нравственнымъ или въ полномъ смыслѣ нравственными ³⁾.

¹⁾ Ср. А. Мишель „Идеи государства“ стр. 417 сл. А. Н. Фатѣевъ Очеркъ индивидуалистическаго направленія въ исторіи философіи государства 1907 ч. 2 стр. 415 сл.

²⁾ А. Н. Фатѣевъ тамъ же стр. 435.

³⁾ Спенсеръ: Справедливость, рус. пер. Филиппова, 1898 г. стр. 9.

Справедливость есть этическое выражение биологического закона, въ силу котораго жизнь вида поддерживалась и развивалась въ высшія формы. Законъ этотъ, стало быть, обладаетъ наивысшимъ возможнымъ авторитетомъ ¹⁾.

Основнымъ принципомъ этой естественной справедливости является ограниченіе свободы каждаго одинаковою свободою всѣхъ другихъ (законъ равной свободы) ²⁾.

Это тотъ всеобщій принципъ права, который формулировалъ уже Кантъ, замѣчаетъ Спенсеръ: „мысль Канта, сходная по природѣ“ отличается однако отъ его мысли „и по происхожденію, и по формѣ“ ³⁾. Этотъ принципъ, съ одной стороны, является непосредственнымъ предписаніемъ чловѣческаго сознанія, подверженнаго дисциплинѣ продолжительной общественной жизни, съ другой—онъ является убѣжденіемъ, выводимымъ изъ условій, которыя должны быть выполнены для поддержанія жизни въ обществѣ.

Именно. изслѣдованіе фактовъ приводитъ Спенсера къ выводу, что основной законъ, сообразно съ которымъ развивалась жизнь отъ наинизшей до наивысшей ступени, состоитъ въ томъ, что каждая взрослая особь должна испытать послѣдствія своей собственной природы и своихъ дѣй-

¹⁾ *Спенсеръ*, *ib.* стр. 135.

²⁾ Идеи справедливости, какъ и чувство справедливости, вытекають, по ученію Спенсера, изъ прямого и косвеннаго приспособленія индивида къ условіямъ жизни. Но идея справедливости возникаетъ и становится опредѣленной по мѣрѣ опытовъ, показывающихъ, что дѣйствіе можетъ быть доведено до извѣстныхъ предѣловъ, не вызывая озлобленія со стороны другихъ и отвращенія отъ поступковъ, вызывающихъ страданіе въ силу реакціи. Но проходитъ много времени, прежде чѣмъ будетъ понята общая природа этого предѣла.

³⁾ См. *Спенсеръ*. *ib.* стр. 226—228. Между прочимъ, Спенсеръ указываетъ, что Кантъ, формулируя свой законъ равной свободы, рассматриваетъ его независимо отъ его благодѣтельныхъ послѣдствій, и господствующей идеей у Канта является отрицательный элементъ этой свободы (обязательство уважать чужую свободу), тогда какъ у Спенсера имѣется въ виду утилитарный принципъ—приспособленіе къ достиженію благодѣтельныхъ послѣдствій, и положительный элементъ свободы—свобода дѣятельности.

ствій. Результатомъ этого является переживаніе наиболѣе приспособленныхъ. Этимъ необходимо подразумѣвается полная свобода дѣйствій, образующая положительный элементъ въ формулѣ справедливости. Дѣйствительно, безъ полной свободы дѣйствія, говоритъ Спенсеръ, соотношеніе между поведеніемъ и послѣдствіями не можетъ быть поддерживаемо. Различные примѣры также сдѣлали очевиднымъ выводъ, вполне ясный и теоретически, что у стадныхъ животныхъ свобода каждаго изъ нихъ къ дѣйствию должна быть ограничена, такъ какъ иначе произойдутъ столкновенія, воспрепятствующія стадности. Оба эти закона, изъ которыхъ одинъ относится ко всѣмъ живымъ существамъ, а другой—къ общественнымъ, проявляясь все явственнѣе по мѣрѣ эволюціи, находятъ послѣднюю сферу примѣненія въ человѣческихъ обществахъ ¹⁾.

Такимъ образомъ, идея естественной справедливости подпадаетъ у Спенсера подъ дѣйствіе всеобщаго закона эволюціи живыхъ существъ. Нечего ожидать, говоритъ далѣе Спенсеръ, чтобы такая опредѣленная идея, какъ справедливость, была въ значительной мѣрѣ общепринятою. Эта идея, свойственная конечному состоянію, лишь отчасти можетъ быть поддерживаема въ переходныхъ состояніяхъ, такъ какъ господствующія идеи должны въ среднемъ согласоваться съ существующими учрежденіями и дѣятельностями.

Два существенно различные типа соціальной организаціи, военный и промышленный, изъ которыхъ одинъ основанъ на принудительномъ режимѣ, а другой на договорномъ режимѣ и добровольномъ сотрудничествѣ, соответствующимъ различнымъ приспособленнымъ къ нимъ чувствованіямъ и убѣжденіямъ ²⁾; смѣшанныя же чувствованія и

¹⁾ Спенсеръ, стр. 52 сл.

²⁾ При военномъ типѣ соціальной организаціи, объясняетъ Спенсеръ, эгоистическому чувству справедливости не представляется про-

убѣжденія, свойственныя промежуточнымъ типамъ, постоянно должны измѣняться, сообразно взаимнымъ отношеніямъ того или другого типа ¹⁾).

Но на ряду съ возрастаніемъ мирной коопераціи, характеризующей промышленный типъ соціальной организаціи, является и все большее приспособленіе къ этому сложному закону, какъ съ положительной, такъ и съ отрицательной стороны; совместно возрастаетъ эмоціональное уваженіе къ этому закону и интеллектуальное его пониманіе. Такимъ образомъ, мы не только имѣемъ, утверждаетъ Спенсеръ, указанныя основанія для вывода, что это апіорное убѣжденіе коренится въ опытѣ расы, но мы въ состояніи связать его и съ опытомъ всѣхъ вообще живыхъ существъ; оно является сознательнымъ отвѣтомъ на нѣкоторыя необходимыя соотношенія природы. Нельзя придумать болѣе надежной гарантіи. Законъ равной свободы есть конечный этическій принципъ, авторитетъ котораго превосходить всякій другой ²⁾).

Различные частныя виды свободы личности, вытекающіе изъ закона равной свободы, и являются, по утверженію Спенсера, *правами* данной личности, а то, что ошибочно называется правомъ, не можетъ быть выведено изъ этого закона.

Разсматривая затѣмъ, говоритъ Спенсеръ, эти слѣдствія или права, мы найдемъ, что всѣ они совпадаютъ съ обычными этическими понятіями и, во вторыхъ, всѣ соотвѣтствуютъ постановленіямъ законодательнаго характера. *Далѣе станетъ очевиднымъ, какъ далеко отъ истины мнѣніе, будто гарантіей правъ, въ собственномъ смыслѣ этого слова, является (государственный) законъ; оказывается на-*

стора и альтруистическое чувство справедливости постепенно ослабляется военной дѣятельностью.

¹⁾ Спенсеръ: *ib.* стр. 37.

²⁾ Спенсеръ: *ib.* стр. 52—53.

оборотъ, что законъ самъ получаетъ свою гарантію отъ этихъ правъ ¹⁾).

Разсмотрѣвъ затѣмъ цѣлый рядъ такихъ индивидуальных правъ свободы ²⁾, выяснивъ ихъ содержаніе, Спенсеръ утверждаетъ, что „въ строгомъ смыслѣ“ нѣтъ никакихъ настоящихъ правъ, кромѣ тѣхъ, которыя были уже имъ разсмотрѣны ³⁾. Права эти ничто иное, какъ разные стороны общей свободы, позволяющей человѣку достигать жизненныхъ цѣлей лишь съ такими ограниченіями, которыя зависятъ отъ присутствія другихъ людей, подобнымъ же образомъ преслѣдующихъ свои цѣли... *Права, настоящимъ образомъ такъ называемыя, вытекаютъ*, говоритъ Спенсеръ, *изъ законовъ жизни* ⁴⁾, поскольку она продолжается въ общественномъ состояніи. Соціальныя учрежденія могутъ быть таковы, что права признаются всецѣло или же пренебрегаются въ большей или меньшей степени.

Соціальныя учрежденія не могутъ создать права; они могутъ лишь собразоваться или не собразоваться съ ними. Такія стороны соціальныхъ учрежденій, которыя образуютъ то, что мы называемъ правительствомъ, служатъ орудіемъ поддержанія правъ, иногда въ большей степени, иногда въ меньшей, но какова бы ни была эта степень, эти учрежденія лишь—простыя орудія, а то, что въ нихъ можетъ быть названо правомъ, должно считаться таковымъ, лишь въ силу ихъ способности поддерживать настоящія права. Обосновавъ такимъ образомъ „законъ равной свободы“, какъ необходимый принципъ естественной справедливости, и вытекающія изъ него „естественныя“ или „настоящія“ права общимъ біологическимъ закономъ переживанія наиболѣе приспособ-

¹⁾ Спенсеръ, *ib.* стр. 51—55.

²⁾ Спенсеръ, *ib.* стр. 65—150.

³⁾ Между прочимъ, т. наз. политическія права на участіе во власти, по мнѣнію Спенсера, не суть права въ настоящемъ смыслѣ, а лишь средства къ полученію и поддержанію „настоящихъ правъ“ стр. 152 сл.

⁴⁾ Куревъ нашъ.

ленныхъ особей въ борьбѣ за существованіе, Спенсеръ применяетъ этотъ принципъ къ установленію и оцѣнкѣ различныхъ типовъ социальной организаціи, причемъ развиваетъ крайне индивидуалистическое воззрѣніе на государственную строй и предѣлы государственнаго вмѣшательства.

Ограничивая задачи государства лишь содѣйствіемъ развитію свободной дѣятельности индивидовъ, Спенсеръ считаетъ, что всякая другая дѣятельность государства нарушитъ равновѣсіе, устанавливаемое закономъ равной свободы. Онъ рѣзко возстаетъ противъ „повѣйнаго торизма“, противъ увеличивающагося вмѣшательства государства въ сферу социальныхъ отношеній. Такое вмѣшательство тормозитъ прогрессивное развитіе общества путемъ „самопроизвольнаго приспособленія гражданъ къ условіямъ социальной жизни“ на основахъ „естественной справедливости“, и вмѣсто высшей формы—добровольной коопераціи сулитъ индивидамъ грядущее рабство. „Можетъ ли быть большая нецѣльность, восклицаетъ Спенсеръ, какъ предположеніе улучшить социальную жизнь посредствомъ нарушенія ея основнаго закона“¹⁾.

Выведеніе принциповъ этики и права изъ біологическихъ законовъ, какъ и все органическое ученіе Спенсера, пытающееся объяснить социальную жизнь при помощи натуралистическихъ законовъ, встрѣтило вполнѣ справедливую критику со стороны ученыхъ различнаго направленія²⁾.

Постановка же проблемы естественнаго права у Спенсера безспорно заслуживаетъ вниманія въ ряду ученій о естественномъ правѣ.

¹⁾ *Спенсеръ*: ib. 221—224.

²⁾ См. напр. *Дориа*: Соціологія, ея задачи, направленіе и повѣніе успѣхи (рус. пер. Филиппова) 1903 г. *Gumplowicz*: Grundriss der Sociologie 1905 г. въ частности стр. 10—20, 164 сл. и его *Geschichte der Staatstheorien* 1905 г. стр. 393 сл., 422 сл., 504 сл. *Kistiakomsky*: Gesellschaft und Einzelwesen стр. 19 сл. *Tellinek*: Allg. Staatslehre 1900 г. стр. 134 сл. *Танонъ*: Эволюція права и общественное сознаніе 1904, стр. 83 сл.

Въ то время какъ метафизики философы естественнаго права дедуцируютъ его изъ абсолютныхъ законовъ или постулятовъ разума, изъ абсолютныхъ апіорныхъ началъ нравственнаго сознанія, Спенсеръ основываетъ свое позитивное ученіе о естественномъ правѣ на „обобщенныхъ результатахъ наблюденія и опыта, накопленныхъ въ теченіи тысячелѣтій“. И даже всеобщія апіорныя убѣжденія онъ объясняетъ, какъ продуктъ „расоваго опыта“. Его естественное право вновь превращается въ право, соответствующее человѣческой природѣ, біологическимъ законамъ человѣческой жизни, хотя, конечно, это—эмпирическая природа соціальнаго существа, а не природа абстрактнаго индивида дообщественнаго состоянія.

Въ этомъ правѣ Спенсеръ и видитъ истинное право. Именно указавъ, что злоупотребленія терминомъ „право“ у многихъ изъ образованныхъ людей вызвали упорное и презрительное отрицаніе права, такъ что, по ихъ мнѣнію, никакого права, кромѣ установленнаго законодательствомъ, нѣтъ, какъ нѣтъ и права внѣ государства, Спенсеръ замѣчаетъ, что такое воззрѣніе на право обнаруживаетъ неспособность различенія истиннаго смысла словъ, скрытаго ложными заключеніями ¹⁾).

§ 19. Синтезъ принциповъ позитивной и критической философіи въ ученіи Фуллье объ идеальномъ правѣ.

Извѣстный французскій философъ, Фуллье, въ своей работѣ „Современная идея права“ ²⁾ пытается формулировать такое „синтетическое понятіе идеальнаго права“, въ

¹⁾ Спенсеръ: *ib.* стр. 54—55.

²⁾ A. Fouillée: *L'idée moderne du droit* 4^e éd. 1897 г.

которомъ бы нашли свое выраженіе „самыя законныя результаты эволюціонной философіи и философіи критической“.

Спенсеръ и Кантъ повинны, по мнѣнію Фуллье, въ томъ, что потерялись въ трансцендентномъ: одинъ—своей теоріей непознаваемаго, которую онъ столь странно забываетъ въ морали, другой своей теоріей категорическаго императива, которою онъ нѣкоторымъ образомъ дѣлаетъ открытіе въ области непознаваемаго міра.

Становясь на точку зрѣнія *имманентности*, Фуллье пытается, какъ онъ говоритъ, показать истинный принципъ моральности, взаимности и права въ психологическомъ сознаніи (*conscience*), которое мыслить себя и другія сознанія, другія „я“, не будучи въ состояніи однако объяснить себя адекватно ни мыслящаго субъекта, ни мыслимаго объекта, ни перехода отъ перваго къ послѣднему.

Фуллье устанавливаетъ, какъ фактъ безспорнаго опыта, наличность въ самомъ сознаніи идеала, ограничивающаго эгоизмъ и въ то же время убѣдительнаго для альтруизма. Этотъ идеалъ посредствомъ имманентнаго и даже экспериментальнаго принципа, каковымъ является сознательная мысль (*la pensée consciente*), обосновываетъ какъ справедливость или, собственно говоря, право, такъ и братство ¹⁾.

Для характеристики метода Фуллье слѣдуетъ отмѣтить слѣдующее его предварительное замѣчаніе: „Историческое въ нашихъ глазахъ имѣетъ второстепенное значеніе (въ философіи права); психологія народовъ будетъ служить здѣсь поэтому лишь введеніемъ или, какъ говорятъ въ Англии, иллюстраціей нашей доктрины права, которая сама по себѣ независима отъ исторіи. Придавать главное значеніе въ этой книгѣ историческимъ и психологическимъ соображеніямъ, это значитъ смѣшивать существенное съ придаточнымъ“ ²⁾.

¹⁾ Fouillée ib. Préface.

²⁾ Fouillée ib. p. 1.

Разсуждая такимъ образомъ, Фуллье приходитъ къ выводу, что традиціонная спиритуалистическая философія, основывающая естественное право на „абсолютномъ уваженіи къ свободной волѣ“, ошибочно разматриваетъ право, какъ нѣчто естественное, дѣйствительное въ нѣкоторомъ родѣ, какъ фактъ внутренняго опыта. Натурализмъ не можетъ позитивнымъ путемъ доказать, что въ человѣкѣ нѣтъ ничего внѣ чистыхъ явленій и ихъ послѣдовательности въ силу законовъ природы, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ объ объектахъ, находящихся внѣ границъ положительнаго опыта; но не болѣе можетъ доказать и спиритуализмъ, и, во всякомъ случаѣ, если это потустороннее существуетъ, оно не составляетъ части собственно *естественнаго* порядка, подчиненнаго механическимъ законамъ. Здѣсь остается, слѣдовательно, открытымъ путь для метафизическихъ гипотезъ. Но гипотезы нельзя смѣшивать съ фактами, поэтому нужно, слѣдуя точному методу, каждой вещи приписывать ей истинный характеръ. Мы должны поэтому сказать, говоритъ Фуллье, что *естественное* абсолютное право, требующее абсолютнаго уваженія, въ дѣйствительности основывается на *идеальныхъ* атрибутахъ человѣчества, которые всѣ являются гипотетичными съ точки зрѣнія науки, т. е. на чистыхъ идеяхъ, до которыхъ возносится мысль человѣческая, не будучи однако въ состояніи провѣрить ихъ положительную реальность.

Всѣ эти идеи являются, по мнѣнію Фуллье, въ сущности различными формами одной и той же идеи, именно—моральной свободы, безъ которой нѣтъ ни истиннаго „я“, ни индивидуальности, ни истинной причинности, ни безконечнаго и абсолютнаго, слѣдовательно, нѣтъ безъ нея и абсолютной неприкосновенности, права въ собственномъ смыслѣ. Итакъ свобода, заключаетъ Фуллье, столь мало является *природой*, что даже является противоположностью ей. Кантовская моральность предполагаетъ способъ метафизическаго существованія и дѣятельности, который не яв-

ляется истинно *естественнымъ*, физическимъ или психическимъ существованіемъ. Абсолютное право, слѣдовательно, не можетъ быть само *естественнымъ*, основаннымъ на доступной наблюденію природѣ человѣка. Съ точки зрѣнія чистой природы и позитивной науки, можно указать комбинаціи силъ и интересовъ, трансформацію инстинктовъ эгоистическихъ или альтруистическихъ, эволюцію индивидуального или социальнаго организма, но ничего неприкосновеннаго въ себѣ или черезъ себя. Но значить ли это, спрашиваетъ Фуллье, что должно согласиться съ исключительнымъ натурализмомъ, отрицающимъ всякое истинное право, даже какъ идеальное и метафизическое право? На этотъ вопросъ Фуллье отвѣчаетъ, что натурализмъ выражаетъ лишь часть истины, но не цѣлую; онъ даетъ прочный и *научный* фундаментъ, на которомъ должно покоиться философское зданіе, но лишь это философское зданіе можетъ вознести насъ къ высшимъ областямъ. Наши идеи личной свободы, право неприкосновенности, по утверженію матеріалистическаго натурализма, не являются ни наблюдаемыми фактами, ни естественными законами. Однако, замѣчаетъ Фуллье, если онѣ не имѣютъ реальнаго существованія въ природѣ, онѣ существуютъ по крайней мѣрѣ въ нашемъ умѣ. Притомъ идеи суть мысли, а мысли не являются такимъ мало-важнымъ элементомъ, чтобы можно было отрѣшиться отъ нихъ, особенно мысли, которыя владѣютъ и управляютъ человѣчествомъ.

Для грубаго матеріализма все нереальное есть по этому самому химера; на это мы возразимъ, говоритъ Фуллье, что нереальное можетъ быть *идеаломъ*. Химера—безплодна и не осуществима, идеаль же обладаетъ творческой силой и прогрессивно реализуемъ. Соціальныя и политическія науки болѣе, чѣмъ всякія другія, должны считаться съ идеаломъ и въ принципахъ, и въ приложеніяхъ. Соціальная наука стремится къ практикѣ, но практики нѣтъ безъ идеала.

такъ какъ разумное существо не можетъ не ставить себѣ вопроса о лучшемъ способѣ дѣйствій.

Цѣнность практики зависитъ отъ возвышенности идеала. Въ этомъ стремленіи къ идеалу лежатъ истинныя величіе и сила юриспруденціи. Несомнѣнно, добавляетъ Фуллѣе, гражданское законодательство и политическая конституція должны быть создаваемы въ то же время и для идеала.

Истинная *эволюція* у разумныхъ существъ должна совершаться изнутри (*par l'intérieur*), а не внѣшними средствами, которыя сдѣлаютъ ее лишь поверхностной и обманчивой. Человѣкъ и общество наиболѣе значущіе, это тѣ, которые, насколько возможно, въ себѣ самихъ заключаютъ принципъ своей собственной цѣнности и своей эволюціи ¹⁾.

Такимъ высшимъ человѣческимъ идеаломъ Фуллѣе признаетъ идеальную свободу. Это понятіе идеальной свободы, говоритъ Фуллѣе, мы можемъ конструировать такъ, что эта свобода не будетъ ни исключительнымъ детерминизмомъ, ни вульгарной свободой индетерминизма ²⁾.

Именно эта идеальная свобода, говоритъ Фуллѣе, сливается съ *идеальнымъ правомъ*. Существо, которое будетъ имѣть право, во всемъ значеніи этого слова, будетъ существомъ, зависящимъ лишь отъ себя и черезъ это способнымъ располагать собой для другихъ...

Право, независимость, свобода—это лишь различныя выраженія одного и того же понятія, и такъ какъ это понятіе существуетъ *болѣе или менѣе* неясно во всѣхъ сознаніяхъ, то слѣдуетъ признать, что оно имѣетъ цѣнность, по

1) Fouillée. *L'idée moderne du droit*. P. 229—240.

2) Fouillée *ib.* стр. 244 *пр.* I поясняетъ это слѣдующимъ образомъ: не слѣдуетъ понимать опредѣляемость воли какъ существенно пассивную, производимую внѣшней силой. Истинная опредѣляемость воли можетъ быть активной, именно „*produite par la force intelligente du dedans qui se dégagerait des obstacles, prendrait de plus en plus conscience d'elle-même et s'imposerait à tout le reste. Dans ce cas la volonté serait déterminable par sa seule spontanéité, or c'est la détermination par soi qui constitue l'idéale liberté*“.

крайней мѣрѣ какъ высшій объектъ и идеаль челоувѣческой мысли. Это понятіе имѣеть даже цѣнность при всѣхъ принимаемыхъ имъ формахъ и на всѣхъ стадіяхъ своего возможнаго развитія.

Идеальная форма свободы есть свободное хотѣніе *всеобщаго индивидума*, который, завися лишь отъ себя, будетъ отдавать *однако себя* всѣмъ. Этотъ идеаль, очевидно, представляетъ собой высшую и наиболѣе дорогую для челоувѣка цѣль ¹⁾.

Какимъ же образомъ Фуллѣе примиряеть въ только что указанной своей концепціи идеальнаго права, какъ идеальной свободы, идеализмъ съ такъ называемымъ имъ „натурализмомъ“, съ реалистической и эволюціонной точкой зрѣнія? На это Фуллѣе отвѣчаетъ, что, объединяющей натурализмъ и идеализмъ, чертой, способомъ реализаціи идеала, является *эволюція*, которая въ данномъ случаѣ, являясь сознательной и самой себѣ полагающей цѣль, можетъ быть названа *прогрессомъ*.

Фуллѣе указываетъ, что онъ понимаетъ особеннымъ образомъ эту эволюцію. Весьма мало замѣтнымъ факторомъ идеи является, говоритъ онъ, вліяніе, которое идея имѣеть на собственную свою реализацію. „Мы понимаемъ здѣсь *идею* ни въ метафизическомъ смыслѣ, какъ у Гегеля, ни какъ какую то недостижимую для опыта сущность; мы говоримъ здѣсь объ идеяхъ, образуемыхъ нашимъ разумомъ и являющихся собственными нашими мыслями. Всякая такая идея дѣйствуетъ на насъ и *стремится къ реализаціи уже въ силу того*, что она возникла у насъ (*tend à se réaliser par cela même qu'elle est conçue*)—вотъ нашъ принципъ“. Между идеями, говоритъ Фуллѣе, бываютъ высшія по сравненію со всѣми другими, выражающія *идеаль*: таковы—свобода и право.

¹⁾ Fouillée: ib. p. 244—245.

Эти идеи являются типами дѣйствія, указывающими на самое высокое направленіе, которое только можетъ принять человѣческая природа въ своемъ усовершенствованіи. Это—именно *направляющія идеи*, идеи—силы, которыя являются интеллектуальными двигателями и привлекающими центрами ¹⁾).

Вотъ что даетъ идеѣ право на практикѣ столь сильное вліяніе: индивидъ или народъ, неготовые поддерживать свое идеальное право, равнозначущее праву всѣхъ, передъ лицомъ грубаго факта, поддерживать такимъ образомъ свою собственную волю и достоинство всѣхъ, такіе индивидъ и народъ теряютъ вмѣстѣ со своимъ моральнымъ правомъ свою моральную силу: они предаютъ самихъ себя.

Этотъ идеализмъ, говоритъ Фуллье, одинаково игнорируется и шаблоннымъ спиритуализмомъ и исключительнымъ натурализмомъ: обѣ эти доктрины сходятся въ нѣкоторомъ пренебреженіи къ чистой идеѣ. Спиритуалистическая школа понимаетъ идеаль лишь какъ непосредственную реальность и совершенно готовую вещь въ трансцендентномъ мірѣ. Натуралистическая же и историческая школа желаетъ поставить насъ въ полную зависимость отъ нашего прошлаго и фатальнаго хода явленій. Забываютъ, что сама *идея* преобразовываетъ природу и создаетъ будущее, что исторія не дѣлается *безъ насъ, но—нами, и что въ окончательномъ результатѣ исторія сама приспособляется къ намъ* ²⁾).

Такимъ образомъ, заключаетъ Фуллье, первыми основами его доктрины являются двѣ вещи, которыхъ не можетъ отвергать и отрицать ни одна система, которыя имѣютъ положительную и научную цѣльность,—идея и фактъ: идея свободы и фактъ, что эта свобода имѣетъ тенденцію къ осуществленію въ насъ самихъ и къ прогрессивному осуществленію права ³⁾).

¹⁾ Fouillée ib. стр. 217 сл.

²⁾ Fouillée ib. стр. 251—253.

³⁾ Fouillée p. 255.

Фуллер ставит и вопрос о последнемъ метафизическомъ обоснованіи права. Что касается именно вопроса, можетъ ли быть когда-либо достигнутъ тотъ идеаль свободы или права, который имъ выставленъ, Фуллеръ отвѣчаетъ, что здѣсь могутъ быть только гипотезы, это область метафизики, такъ какъ рѣчь идетъ въ сущности о конечномъ основаніи права. Гдѣ въ самомъ дѣлѣ заключается корень индивидуальности и индивидуальнаго сознанія, которому кажется присущимъ право? Этотъ корень лежитъ, по мнѣнію Фуллеръ, въ области непознаваемаго. Разъ сознаніе не понимаетъ самого себя, значитъ есть нѣчто въ чемъ психика находитъ свои предѣлы—въ томъ, что является ея собственнымъ предположеніемъ, въ „метапсихикѣ“. И это признаніе непознаваемаго, какъ въ другихъ людяхъ, такъ и въ насъ самихъ, является достаточнымъ для того, чтобы метафизически оправдать моральное и практическое ограниченіе нашей воли и сознанія въ виду воли и сознанія другихъ ¹⁾).

Фуллеръ утверждаетъ, что въ указанномъ выше „синтетически установленномъ“ *понятіи идеальнаго права* вмѣщаются правильной своей стороной и позитивныя ученія о правѣ какъ о силѣ или интересѣ, и идеалистическія.

„Такою падстройкою различныхъ теорій въ одно цѣльное зданіе, мы совершаемъ не произвольный электизмъ, говоритъ Фуллеръ, но научный и метафизическій *синтезъ*, въ которомъ каждая точка зрѣнія имѣетъ свое определенное мѣсто. Законы силы сдѣлываются съ законами интереса, законы интереса съ законами жизни и социальнаго организма, эти — съ законами мысли и научнаго детерминизма, и, наконецъ, послѣдніе—съ идеаломъ свободы и универсальной воли, реальность которыхъ остается для насъ загадкой, но тѣмъ не менѣе дѣлаетъ возможнымъ распространеніе доброты, ограничивая нашъ эгоизмъ справедливостью, равною для всѣхъ ²⁾).

¹⁾ Fouillée ib. стр. 263.

²⁾ Fouillée ib. p. 288—289.

Вѣдь мысль, идея, говоритъ Фуллье, есть высшая сила даже въ механическомъ отношеніи, по сравненію со всѣми виѣшними силами, такъ какъ она ихъ ассимилируетъ и пользуется ими для своихъ собственныхъ цѣлей.

Право есть, дѣйствительно, сила, но высшей силой и является свобода или идея свободы.

Точно также эта идея свободы и права является и *высшимъ интересомъ* индивида и общества ¹⁾.

Такимъ образомъ, Фуллье приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ о правѣ, сближающимъ, по его мнѣнію, натуралистическія и идеалистическія воззрѣнія на право: 1) абсолютное право, основанное на абсолютной нравственной свободѣ, не есть фактъ опыта, такъ какъ сама эта моральная свобода не есть *фактъ*; 2) право есть *идея*; 3) эта идея реализуется сама собой въ фактахъ путемъ господства надъ нашей мыслью; 4) возможно, что эта идея соответствуетъ какой-либо метафизической реальности, символомъ, которой она является; во всякомъ случаѣ, мы не должны отрицать права ни теоретически, ни практически, и человѣкъ для насъ является неприкосновеннымъ съ этихъ разныхъ точекъ зрѣнія ²⁾.

Идеальное или рациональное право, идея права, есть ничто иное, какъ необходимый для блага личности и націи идеаль правя, идеаль равной для всѣхъ свободы, способный вызвать свою прогрессивную реализацію путемъ вліянія на человѣческую мысль и волю и въ результатъ на положительное законодательство ³⁾.

Анри Мишель въ своемъ трудѣ „Идеи государства“ называетъ ученіе Фуллье, въ которомъ Фуллье стремится согласовать въ своемъ синтезѣ столь различныя концепціи права, „произвольнымъ эклектизмомъ“, а не „истинно-научнымъ и метафизическимъ синтезомъ“, какъ это думаетъ

¹⁾ Fouillée ib. ch. VI.

²⁾ Fouillée ib. p. 290.

³⁾ Ib. p. 291, 101 сл.

самъ Фуллье. Синтезъ его, по мнѣнію Мишеля, имѣеть именно фиктивный характеръ, такъ какъ Фуллье стремится сочетать элементы, принадлежащіе къ несомвѣстимымъ между собою системамъ идей ¹⁾).

Съ такой оцѣнкой трудно согласиться. Эклектизмъ Фуллье имѣеть весьма оригинальный и логически послѣдовательный характеръ, такъ какъ онъ такъ трансформируетъ въ интересахъ своей предустановленной идеалистической концепціи права—принципы различныхъ ученій, что стройный философскій синтезъ ихъ, „сближеніе на почвѣ фактовъ, идей и метафизическихъ реальностей“, оказывается вполнѣ возможнымъ.

Но, конечно, этотъ синтезъ Фуллье имѣеть не „истинно-научный и метафизическій характеръ“, а чисто метафизическій; его концепція права, какъ идеальной свободы, имѣеть чисто субъективную цѣнность; она не можетъ отнюдь притязать поэтому на научность, цѣлкомъ относясь, какъ и все подобныя философскія концепціи правовой идеи, къ области чисто спекулятивныхъ гипотезъ и построеній; и иначе не можетъ быть съ той философіей права, для которой исторія и психологія правовыхъ явленій имѣють лишь значеніе „иллюстраціи доктрины“ ²⁾).

§ 20. Оцѣнка новѣйшаго направленія идеи естественнаго права и общій выводъ о ея значеніи.

Изложенныя нами выше, воззрѣнія на естественное право въ достаточной мѣрѣ характеризуютъ то направленіе, которое приняла идея естественнаго права въ новѣйшее время.

Связь между новыми ученіями естественнаго права и старой доктриной этого права несомнѣнна. Какъ и въ послѣдней, мы видимъ у современныхъ представителей есте-

¹⁾ А. Мишель: *Идея Государство* р. пер. 1903 г. стр. 523 сл., 529 сл.

²⁾ См. Fouillée: *L'idée du droit*, p. I.

ственноправовой идеи стремление придать юриспруденции идеалистическое направление, указать высший идеальный критерій права, выяснить его идеальныя основы и цѣль.

И у новыхъ ученыхъ мы находимъ концепцію естественнаго права, нормальнаго права, съ точки зрѣнія опредѣленнаго истиннаго или идеальнаго критерія права, для данныхъ эмпирическихъ отношеній, и противопоставленіе этого права позитивному. Но въ новыхъ ученіяхъ рѣшительно отбрасывается пошманіе естественнаго права, какъ неизмѣнныхъ и универсальныхъ въ своемъ содержаніи положеній права: это содержаніе признается измѣнимымъ, зависящимъ отъ тѣхъ различныхъ эмпирическихъ условій, при которыхъ оно формулируется.

Неизмѣнимымъ, абсолютнымъ признается идеалистами естественноправового ученія лишь тотъ высшій нравственный законъ или вѣщная идея разума, чисто формальный критерій, которымъ руководитесь или должно руководиться всегда нормативное сознаніе въ своихъ сужденіяхъ о правѣ и вопросахъ о его преобразованіи, и который является необходимымъ идеальнымъ факторомъ праворазвитія.

И въ этихъ чертахъ новѣйшаго ученія собственно нѣтъ ничего новаго въ сравненіи съ тѣмъ, что было сказано въ предшествующей идеалистической философіи естественнаго права, которая вмѣстѣ съ признаніемъ абсолютности вѣщнаго идеальнаго критерія права допускала историческую измѣнимость образованныхъ на основѣ этого критерія нормъ естественнаго права. Мы видимъ также у новѣйшихъ ученыхъ окончательное оставленіе мысли о правѣ, непосредственно данномъ самой объективной природой или вытекающемъ изъ естественной необходимости, хотя, впрочемъ, Спенсеръ въ своемъ ученіи о естественной справедливости и „настоящихъ естественныхъ правахъ“ все же пытается придать естественному праву и такой характеръ естественнаго необходимаго требованія человѣческой природы, выводя прин-

ципы права изъ естественныхъ законовъ жизни вида, біологическихъ законовъ развитія общественнаго организма.

Выводы позитивной науки объ обществахъ и правахъ, въ особенности успѣхи историческаго пониманія права, безусловно оказали сильное вліяніе и на новѣйшія концепціи естественнаго права. Мы видимъ поэтому у новѣйшихъ сторонниковъ идеалистическаго естественнаго права стремленіе согласовать свои идеальные принципы съ данными положительной науки и стремленіе тщательно отграничить генетическую точку зрѣнія на право отъ систематической или телеологической; впрочемъ, это имъ не всегда удается; какъ мы уже указывали выше, сторонники естественнаго права часто пользуются своими телеологическими и систематическими принципами и для генетическаго объясненія дѣйствительности, объясняютъ фактическій строй жизни и положительный правопорядокъ дѣйствіемъ естественнаго права.

Это двойственное значеніе естественнаго права, какъ правового идеала, идеально конструированнаго права, критерія оцѣнки и образца для положительнаго правопорядка, и какъ своеобразныхъ дѣйствующихъ въ реальной жизни нормъ, выступать у многихъ новыхъ защитниковъ естественнаго права не въ меньшей мѣрѣ явственно, чѣмъ у ихъ предшественниковъ. Идеальное, естественное право, какъ оказывается, необходимо обусловливаетъ даже положительный правопорядокъ и фактическій строй социальной жизни.

Видѣнимъ авторитетомъ установленныя нормы права, положительное право лишь санкціонируетъ только тотъ фактическій порядокъ, который явился уже результатомъ дѣйствія другого права—естественнаго.

Не положительное право гарантируетъ дѣйствіе естественнаго, а послѣднее обусловливаетъ силу перваго, какъ его необходимая основа.

И это утверждает не только Спенсеръ, у котораго естественная справедливость или право является лишь этическимъ выраженіемъ біологическихъ, естественныхъ законовъ, но и писатели метафизическаго идеалистическаго направленія, далекіе отъ такой натуралистической концепціи естественнаго права. На это мы уже указывали раньше и здѣсь еще въ доказательство сошлемся на слѣдующее объясненіе однимъ изъ юристовъ метафизическаго идеалистическаго направленія *факта* ¹⁾ ограниченности и положительно-правовой связанности государства. Такъ, г. Новгородцевъ замѣчаетъ, что если въ настоящее время мы признаемъ, что государственная власть безгранична по отношенію къ народу, что, несмотря на свой правовой суверенитетъ, она поставлена въ опредѣленные границы, то это объясняется, говоритъ онъ, какъ требованіе моральнаго характера, какъ постулатъ естественнаго права ²⁾.

Если можетъ показаться неяснымъ, идетъ ли здѣсь рѣчь только о моральной оцѣнкѣ наблюдаемаго факта связанности государства, т. е. объ одномъ моральномъ требованіи, долженствованіи, связанности государства, или же, болѣе того, что этимъ моральнымъ постулатомъ естественнаго права продуцируется и самый фактъ связанности государства, то это разъясняется послѣдующимъ объясненіемъ г. Новгородцева существованія личной свободы въ государствѣ. Именно указавъ, что съ формально юридической точки зрѣнія, права свободы получаютъ характеръ правъ только на почвѣ государственнаго признанія, г. Новгородцевъ замѣчаетъ: Но признать, какъ это часто уже разъяснялось юристами, не значитъ *создать и вызвать къ жизни* ³⁾. Индивидуальная свобода существуетъ и помимо этого (государственнаго) признанія. Для того, чтобы свобода лицъ, которая и

¹⁾ Курсивъ нашъ.

²⁾ Новгородцевъ: Въ журн. Вопросы философіи и психологіи № 71, стр. 527 въ статьѣ „Право и государство“.

³⁾ Курсивъ вездѣ нашъ.

ранѣе того существуетъ какъ неизбѣжный фактъ и какъ нравственное требованіе, была закрѣплена закономъ, необходимымъ сложный процессъ борьбы за свободу противъ налагаемыхъ на нее стѣсненій ¹⁾.

„Изъ этого видно, заключаетъ названный ученый, что признаніе свободы со стороны государства имѣетъ по преимуществу отрицательный характеръ: оно означаетъ не болѣе, какъ оффиціальное подтвержденіе *факта, требующаго своей санкціи со всей силой безусловнаго жизненнаго явленія*“. Но чѣмъ же вызывается эта борьба за свободу, утвержденіе и признаніе законодателемъ свободы? По мнѣнію г. Новгородцева, силою естественнаго права, именно нравственными представленіями о государствѣ и государственномъ правопорядкѣ, нравственнымъ сознаніемъ личностей... Глубочайшимъ источникомъ и корнемъ государственной жизни является личное сознаніе ²⁾.—

Конечно, такъ какъ государство состоитъ изъ людей, и социальная и государственная жизнь проявляется въ сложномъ комплексѣ индивидуальныхъ отношеній, имѣетъ психологическій характеръ, ея глубочайшимъ источникомъ является психика личностей, слѣдовательно, и ихъ нравственное сознаніе. Но разъ гегезисъ факта связанности государства положительнымъ правомъ объясняется уже фактическимъ существованіемъ свободы, санкціонируемой нравственнымъ сознаніемъ, а послѣднее ведетъ и къ положительно-правовому признанію свободы, то очевидно, что „естественное право выступаетъ уже въ значеніи не только идеально-мыслимой нормы, но дѣйствующей нравственной нормы, обуславливающей явленіе положительнаго права. Другими

¹⁾ Здѣсь можно спросить, зачѣмъ же собственно такая сложная борьба за свободу и закрѣпленіе ея закономъ, разъ „она и ранѣе того существуетъ какъ неизбѣжный фактъ“? Это имѣетъ лишь смыслъ тогда, когда свободы еще нѣтъ, она не утвердилась въ дѣйствительности, и ея поэтому добиваются.

²⁾ Новгородцевъ. Тамъ же, стр. 535 сл. Куренивъ нашъ.

словами, это та же реализующаяся „идея сила“, о которой говорит Фуллье, синтезируя въ своей концепціи идеальнаго права позитивизмъ съ идеализмомъ.

Вопросъ, конечно, другой, можно ли признавать такую правообразующую идею—силу правомъ, именно естественнымъ правомъ, или только, выражаясь словами Еллинека, „правотворящей и потому предшествующей праву силой“¹⁾, но изъ приведеннаго достаточно видно, что и у новѣйшихъ защитниковъ естественнаго права послѣднее не есть только мыслимый идеаль, не находящій выраженія въ дѣйствительности и ея отнюдь не объясняющій, но весьма реально дѣйствующій, т. е. мотивирующій волю и дѣятельность людей нормы, дѣйствующія даже съ большей силой, чѣмъ положительное право, которое само опирается на естественное право.

Нѣтъ, конечно, никакого сомнѣнія, что не только нормы такъ называемаго положительнаго права въ общественной жизни имѣютъ „положительную силу дѣйствія“, но и нормы другого порядка.

Поэтому утверждение, что „естественное право“ также дѣйствуетъ и обуславливаетъ положительный правопорядокъ, какъ идеальный или психическій факторъ соціальной жизни, можетъ содержать въ себѣ глубоко вѣрную мысль, но ошибка можетъ заключаться въ неправильномъ формулированіи по существу правильной мысли.

Дѣйствительно, несомнѣнной заслугой въ области теоретическаго изученія права новѣйшаго естественноправоваго ученія является его настойчивое стремленіе поставить изученіе права на болѣе глубокія основы, а именно, не ограничиваясь выясненіемъ *внѣшней стороны* правовыхъ явленій, догматическимъ и историческимъ изученіемъ формъ и содержанія положительнаго права, обратить особенное вниманіе на изученіе первоначальныхъ источниковъ права, внутреннихъ основъ, психологической природы права, и само-

¹⁾ Еллинекъ. Право современнаго государства, стр. 230.

стоятельное значеніе идеальныхъ факторовъ въ области праворазвитія и правопреобразования.

Такое изученіе углубляетъ наше пониманіе права и его источниковъ, а также даетъ болѣе надежный базисъ для разрѣшенія правнополитической проблемы, чѣмъ одно изученіе внѣшней структуры правовыхъ отношеній и изученіе одного, такъ сказать, внѣшняго генезиса и эффекта тѣхъ или другихъ положительноправовыхъ нормъ въ сферѣ крайне измѣнчивыхъ эмпирическихъ условій.

Эту именно цѣнную сторону ученія о естественномъ правѣ совершенно правильно отбѣняетъ одинъ изъ выдающихся современныхъ изслѣдователей теоретическихъ проблемъ правовѣдѣнія, проф. Еллинекъ. „Обозрѣвая трехтысячелѣтнюю почти исторію естественноправовыхъ представленій, мы приходимъ, говоритъ онъ, къ заключенію, что, никогда не исчезающее совершенно, представленіе о правѣ, которое въ силу внутренней своей справедливости правственно обязательно и потому является дѣйствующимъ, коренится въ психикѣ человѣка“. Этимъ еще не предрѣшается, конечно, добавляетъ онъ, его содержаніе и объективная справедливость. Содержаніе этого представленія исторически измѣнчиво и попытки конструировать на основѣ его что либо объективно справедливое имѣютъ тотъ же метафизическій характеръ, какъ и всякое догматическое построеніе объективной этической силы ¹⁾.

Но эти представленія естественнаго права имѣютъ, поясняетъ Еллинекъ, огромное значеніе для пониманія психологическихъ основаній права и его дѣйствія.

„Всякое право возможно только въ томъ случаѣ, если мы обладаемъ способностью считать для себя обязательными направленныя къ нашей волѣ требованія, содержаніе которыхъ не зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія. Существа, у которыхъ отсутствовало бы это психико-этическое

¹⁾ Еллинекъ: Право современнаго государства, т. I, стр. 230 сл.

качество, по необходимости стояли бы по ту сторону права и неправы. Но это свойство обнаруживается въ чловѣкѣ независимо отъ какихъ бы то ни было абстрактныхъ представлений о положительномъ порядкѣ и даже раньше, чѣмъ вообще становится возможнымъ сознавать порядокъ“ 1).

Указавъ, что господствующая доктрина права, ограничиваясь указаніемъ на обычай и законъ, какъ источники права, и снабжая, въ лучшемъ случаѣ, это указаніе общими замѣчаніями, не задумывается надъ тѣмъ, какія же силы опредѣляютъ направленіе этихъ источниковъ, предоставляя рѣшеніе этого вопроса философамъ, Еллинекъ обращаетъ вниманіе на то, что необходимо въ корнѣ выяснить существо правотворящихъ и потому предшествующихъ праву силъ, чтобы быть въ состояніи съ научной достовѣрностью отличать право отъ того, что уже или еще не есть право 2). И вотъ именно съ этой стороны необходимо обратить вниманіе на историческое явленіе такой огромной важности, говоритъ Еллинекъ, какъ представленіе о естественномъ правѣ. Тенденція мыслить право, къ достиженію котораго мы только стремимся, какъ право уже дѣйствующее, представленіе о правѣ *de lege ferenda* „безъ сомнѣнія, на вѣки останется могущественнымъ факторомъ въ процессѣ правообразованія“ 3).—

Эти замѣчанія извѣстнаго ученаго, стремящагося объяснить психологически возникновеніе идеи естественнаго права и утверждающаго ея крупную роль въ правообразованіи, несомнѣнно справедливы.

Какъ бы ни смотрѣли на генезисъ и значеніе идей вообще 4), и въ частности правовыхъ идеаловъ, являются ли

1) Еллинекъ: Право совр. государства р. пер. т. I, стр. 230 сл.

2) Еллинекъ. Тамъ же, стр. 230.

3) Еллинекъ: Тамъ же, стр. 229.

4) Знаменитый споръ о томъ, „бытіе“ ли опредѣляетъ „сознаніе“ или наоборотъ.

онъ первоначальнымъ и самостоятельнымъ факторомъ соціальной правовой жизни ¹⁾, или, какъ учить материалистическое пониманіе исторіи, идеи являются отраженіемъ въ сознаніи экономическихъ условій жизни, „надстройкой надъ экономической структурой общества“, но, и съ послѣдней точки зрѣнія, значеніе идей въ развитіи соціальной жизни отрицаемо не можетъ быть ²⁾. Поэтому и изученіе тѣхъ явленій и представленій о правѣ, которыя подводятъ подъ понятіе естественнаго права, имѣетъ огромное значеніе для юриспруденціи, не только для ея правнополитическихъ задачъ, но и для генетическаго изученія права, выясненія правообразованія и праворазвитія. Но принципиальное различіе между такъ называемой позитивной юриспруденціей и сторонниками естественнаго права состоитъ въ томъ, что юристы позитивнаго направленія отрицаютъ естественное право какъ таковое, т. е. какъ право, и потому не признаютъ возможнымъ полагать его въ основу *юридическихъ* квалификацій и конструкцій.

Тотъ же ученый изслѣдователь идеи естественнаго права, Еллинекъ, указывающій, что научная критика естественнаго права не объяснила самаго явленія естественнаго права, и доказывающій, что рационалистическій элементъ, представленія объ естественномъ объективномъ правѣ, служатъ сопутствующимъ элементомъ тѣхъ основныхъ психологическихъ фактовъ, которыми вообще обуславливается возможность правопорядка и правообразованія ³⁾, тотъ же Еллинекъ замѣчаетъ однако не только, что содержаніе этихъ представленій естественнаго права измѣнчиво во времени

¹⁾ См. напр. кн. *Е. Н. Трубецкой*: Къ характеристикѣ ученій Маркса и Энгельса о значеніи идей въ исторіи. Въ сборникѣ: Проблемы идеализма.

²⁾ Ср. замѣчаніе *Штаммлера*. Хозяйство и право т. I стр. 31—34, 71—73 объ отношеніи доктрины материалистическаго пониманія исторіи къ роли идей.

³⁾ Еллинекъ: тамъ же, стр. 231 сл.

и пространствѣ, и попытки конструировать на основѣ ихъ что либо объективно справедливое имѣютъ такой же метафизическій характеръ, какъ и всякое догматическое построение объективной этической силы, но и признаетъ также, что научная критика показала, „что во всѣхъ своихъ разнообразныхъ измѣнчивыхъ формахъ естественное право не имѣетъ характера дѣйствующаго права и, стало быть, права вообще“ ¹⁾. Правомъ Еллинекъ признаетъ лишь положительныя нормы, установленныя признаннымъ вышнимъ авторитетомъ, опредѣляющія вышнія отношенія людей и гарантированныя вышними силами. При томъ подчеркиваетъ, что право представляетъ собой непремѣнно дѣйствующія нормы, то есть способныя мотивировать волю, поэтому „право прошедшее и право, которое только еще должно добиться дѣйствія, не являются правомъ въ собственномъ смыслѣ слова“ ²⁾.

Конечно, вопросъ о томъ, можетъ ли быть называемо правомъ, то, что называютъ естественнымъ правомъ, прежде всего обусловленъ тѣмъ понятіемъ права, котораго придерживаются. Но нельзя здѣсь уже не замѣтить, что, когда естественнымъ правомъ называютъ совокупность представленій о правѣ, какимъ оно должно быть, или требованія, предъявляемая измѣнившимся въ теченіи времени обществомъ или отдѣльными его классами къ правотворящей власти, научныя и этическія сужденія о правѣ, правовыя идеалы, требованія *de lege ferenda*, и даже нравственныя нормы, то получается въ результатъ крайне растяжимое, неопредѣленное понятіе естественнаго права, охватывающее весьма разнородный комплексъ явленій.

Какъ ни велико значеніе для пониманія развитія права, для его оцѣнки и преобразованія, всѣхъ указываемыхъ естественноправовымъ ученіемъ положеній, но юристъ

¹⁾ Еллинекъ: тамъ же, стр. 229.

²⁾ См. Eellinek: *Allg. Staatslehre* 1900 г. В. I с. 303. Ср. также замѣчанія Петражицкаго: *Теорія права и государства*, 1907 г. т. II, стр. 472.

не может не возбудить вопроса, на основѣ какого же критерія именуется идеальныя представленія о правѣ, этическія и теоретическія сужденія о немъ и нравственныя нормы, правомъ, хотя бы естественнымъ.

Независимо отъ неудачности самаго противопоставленія естественности права его положительности (естественное и позитивное право), логически приводящаго къ странному и ненаучному заключенію объ искусственности, „неестественности“, положительнаго права, естественное право, даже именуемое естественнымъ въ переносномъ смыслѣ, въ смыслѣ нормальности его для данныхъ эмпирическихъ отношеній съ точки зрѣнія опредѣленнаго раціональнаго критерія, должно вѣдь все же обладать такими общими формальными признаками, которые давали бы намъ полное основаніе подвести его подъ понятіе права.

Но, за исключеніемъ проф. Петражицкаго, дающаго такое опредѣленіе права, какъ императивно атрибутивныхъ переживаній, на основѣ котораго онъ имѣетъ полное основаніе подвести указываемое имъ „интуитивное“, непозитивное, право подъ понятіе права, другіе сторонники непозитивнаго (естественнаго, раціональнаго или идеальнаго права) такихъ критеріевъ или вовсе не даютъ, или обосновываютъ правильность термина естественнаго права такъ, что это обоснованіе возбуждаетъ сильнѣйшія, какъ мы уже говорили, сомнѣнія въ правильности его.

Такъ Штамmlеръ опредѣляетъ право, какъ такое принудительное регулированіе совместной жизни людей, которое, по самому смыслу своему, имѣетъ не допускающее нарушенія значеніе („автократическое“ значеніе правовыхъ нормъ). Сама, устанавливающая право, власть формально связываетъ себя имъ, считаетъ себя связанной правомъ ¹⁾.

Но очевидно тогда, что естественное право Штамmlера, „теоретически правильныя нормы, которыя, само собою по-

¹⁾ Штамmlеръ: Хозяйство и право, т. II, стр. 166 сл.

нятно, не обладают никакой положительной силой дѣйствія и не связываютъ государственную власть, но обращаются лишь къ государственной власти „съ требованіемъ измѣненія или преобразованія дѣйствующаго права“,—не могутъ быть подведены подъ данное имъ опредѣленіе права. Штаммлеръ и самъ, впрочемъ, заявляетъ, что то, что юристъ всегда долженъ имѣть въ виду, кромѣ положительнаго права, не есть какое-то второе право, но лишь единый формальный методъ сужденія о правѣ¹⁾.

И все же Штаммлеръ считаетъ вполне допустимымъ именованіе естественнаго права правомъ и утверждаетъ, что, если бы кто и вздумалъ поднять этотъ словесный споръ о томъ, можетъ ли естественное право именоваться правомъ—этотъ споръ не далъ бы никакихъ существенныхъ аргументовъ противъ положительнаго рѣшенія этого вопроса. Если, разъясняетъ онъ, нельзя отнять титула права у правовыхъ системъ давно минувшихъ временъ, то и отсутствіе положительнаго значенія у естественнаго права и у вытекающихъ отсюда идеально конструированныхъ правовыхъ системъ само по себѣ не въ силахъ отнять у нихъ титула права²⁾.

Но право мыслимое лишь въ идеалѣ не только не есть право, но никогда не было таковымъ и даже, вполне возможно, что и не будетъ. И даже допуская такую терминологию, должно всегда имѣть въ виду, что рѣчь идетъ лишь о фикціи, о томъ, что въ дѣйствительности не есть право, но въ воображеніи получаетъ атрибуты такового, слѣдовательно, о вымышленномъ, воображаемомъ, идеальномъ объектѣ. Да и тѣ положенія, которыя когда то были правомъ, перестали быть уже таковымъ, и называются нами правомъ собственно лишь примѣнительно къ этому прошедшему времени. ~

¹⁾ Stammler: Die Zukunftsaufgaben des Rechts (въ ук. сб. „Kultur der Gegenwart“, стр. 507).

²⁾ Штаммлеръ: Хозяйство и право, т. I 1907 г., стр. 184 сл.

Такъ понимаемое, естественное право, во всякомъ случаѣ, не есть особый видъ права, отличный отъ права положительнаго, а лишь идеаль этого положительнаго права, или воображаемое положительное право идеальной цѣнности. Это особенно ясно выражаетъ французскій ученый *Boistel* въ своемъ „Курсѣ философіи права“, давая свое опредѣленіе права положительнаго и права естественнаго или рациональнаго.

„Право положительное, говоритъ онъ, это—правила, формулированныя законодателемъ и санкціонированныя принужденіемъ; право же рациональное—совокупность правилъ, которыя съ точки зрѣнія разума должны быть санкціонированы внѣшнимъ принужденіемъ. Это—идеаль права положительнаго, типъ, который долженъ осуществить законодатель, и который онъ почти всегда фактически имѣетъ въ виду осуществить“¹⁾.

Другой, конечно, вопросъ—представляетъ ли въ дѣйствительности право только тѣ явленія, которыя обыкновенно подводятъ подъ понятіе положительнаго права, или кромѣ этого существуютъ еще другія явленія, которыя, будучи также правомъ, не подходятъ однако подъ общепринятыя признаки такъ называемаго положительнаго права.

Къ этому вопросу мы обратимся ниже при опредѣленіи понятія права.

¹⁾ *A. Boistel: Cours de philosophie du droit t. I, 1899 г. p. I.* Также одинъ изъ новѣйшихъ сторонниковъ „возрожденія“ естественнаго права *В. М. Гессенъ* заявляетъ теперь, что „возрожденіе естественнаго права не знаменуетъ собою возвращенія къ правовому дуализму естественноправовой доктрины. Только положительное право—право. Всякое противопоставленіе положительному праву какого бы то ни было другого, неположительнаго,—теоретически несостоятельно. Естественное право относится къ положительному, какъ то, что должно быть, къ тому, что есть. Естественное право—мѣра, критерій, положительное—объектъ измѣренія и оцѣнки“. *В. М. Гессенъ: О наукѣ права (Въ сборникѣ „Введеніе въ изученіе социальныхъ наукъ“ подъ ред. Карѣва), стр. 110.*

Здѣсь же мы должны остановиться еще на одной чертѣ современнаго идеалистическаго естественнаго праваго направленія.

Современные сторонники естественнаго права выставляютъ, какъ мы уже говорили, понятіе естественнаго права съ измѣнчивымъ содержаніемъ. Но въ то же время многіе изъ нихъ априорно устанавливають абсолютный, идеальный критерій права, какъ объективно истинный, общезначимый конечный правовой идеаль, съ которымъ должно считаться и даже считается всякое правовое регулированіе.

Такъ, Штаммлеръ доказываетъ, что основная идея права, конечный идеаль соціальной жизни, телеологическая законмѣрность ея, эмпирически не обусловлена и не можетъ быть выведена опытнымъ путемъ, но она раскрывается анализомъ нашего цѣлеполагающаго и оцѣнивающаго сознанія. Эта идея имѣетъ чисто формальный характеръ, выражая лишь „принципіальное направленіе“ при постановкѣ и выборѣ цѣлей. „Этому методу мы всегда и неизбѣжно слѣдуемъ въ своихъ критическихъ сужденіяхъ о правѣ, по большей части не отдавая себѣ въ немъ яснаго отчета“¹⁾.

Если подъ сознаніемъ, говоритъ Штаммлеръ, понимать не отдѣльныя явленія сознанія, а *основоположенное единство* для всякаго особаго воспріятія и стремленія, то единство это нисколько не зависить отъ того, что матеріалистическое пониманіе исторіи называетъ „бытіемъ людей, опредѣляющимъ ихъ сознаніе“. Тогда интересующее насъ выраженіе означаетъ то же, что и законмѣрность, т. е. гармонію въ единствѣ. „Историческое положеніе и человѣческая слабость повинны въ ошибкахъ и несовершенствѣ нашего познанія. Отдѣльное познаніе и всякая научная теорія въ своемъ своеобразіи зависять „отъ бытія людей“. Но *ея качество*, говоритъ Штаммлеръ, какъ истинной теоріи никогда

¹⁾ Stammler: Wesen des Rechtes. Въ сборникѣ „Kultur der Gegenwart“, стр. XL сл.

не является эмпирически обусловленнымъ, ея характеръ какъ закономѣрнаго познанія не является причинно созданнымъ.

Эти качества зависятъ исключительно отъ того, представляетъ ли эмпирически обусловленная въ своемъ возникновеніи теорія по своему содержанію единство явленій.

Такимъ образомъ, объясняетъ Штаммлеръ, законъ законовъ, идея абсолютнаго, конечнаго единства всего многообразнаго въ созерцаніяхъ, слѣдовательно, *качество закономѣрности* въ нашемъ сознаніи совершенно независимо отъ всякихъ эмпирическихъ условій. То же самое относится и къ единству социальныхъ волеопредѣленій.

Формальное понятіе социальной *закономѣрности* необходимо содержится во всякой мысли о смѣняющихся по *своему содержанію* идеалахъ различныхъ культурныхъ ступеней и условій; оно есть необходимое условіе этой мысли ¹⁾.—

Необходимость въ области этики и вообще практическаго мышленія установленія безусловныхъ послѣднихъ абсолютныхъ критеріевъ, верховныхъ цѣлей, какъ принциповъ, нормальныхъ законовъ воленія, доказываютъ и философы и логики ²⁾.

„Выясненіе послѣднихъ цѣлей нашего воленія, направль съ познаніемъ міра, даннаго намъ въ воспріятіи, есть, говоритъ Зигвартъ, вторая основная задача, поставляемая себѣ нашимъ мышленіемъ“ ³⁾. Эта высшая цѣль обнимаетъ все наши отдѣльные дѣйствія и разсматривается какъ такая, которая безусловно должна быть желаемой ⁴⁾. Но тутъ же

¹⁾ Штаммлеръ: Хозяйство и право, т. II, стр. 139—145.

²⁾ См. Chr. Sigwart, Logik, В. II 1904, § 104. Die methodischen Principien der Ethik; см. также § 105. Die Schlussergebnisse. Также В. II стр. 6, 17—20. Д. С. Миль: Система логики т. II. 1867 г., стр. 536.

³⁾ Sigwart назв. соч., стр. 738.

⁴⁾ Тамъ же стр. 6: „Die Besinnung über die Ziele unseres Wollens vollendet sich in der Aufstellung eines höchsten Zwecks, der alle einzelnen Handlungen in sich befasst, und in der Einsicht, dass derselbe unbedingt gewollt werden soll“.

Зигвартъ указываетъ, что этическая наука, ставящая такую задачу, и ея методологія находятся въ малонадежномъ и хаотическомъ состояніи¹⁾. Обращаясь къ такой послѣдней цѣли социальнаго регулированія, раскрываемой Штаммлеромъ, мы полагаемъ, что и методъ, которому слѣдуетъ Штаммлеръ при опредѣленіи телеологической законмѣрности социальной жизни врядъ ли можетъ привести къ болѣе надежнымъ результатамъ. Тотъ „единственно правильный“, абсолютный критерій цѣлепоставленія, который устанавливается Штаммлеромъ, даетъ намъ не только высшій, чисто формальный, логическій критерій правильности нашего мышленія при цѣлепоставленіи, но указываетъ даже и самое содержаніе абсолютной конечной цѣли, которой должны быть подчинены все конкретныя цѣли. Именно Штаммлеръ формулируетъ эту цѣль, „конечный, безусловный, общезначимый социальный идеаль“, какъ „общество свободныхоотящихъ людей“.

У другихъ мыслителей, полагающихъ принципъ альтруизма въ основу социальной этики, эта высшая цѣль опредѣляется какъ „общее благо“, „способствованіе счастью живыхъ существъ“²⁾ „господство дѣйственной любви“, „социальная солидарность“, „принципъ равной свободы“ и т. д.

Очевидно, что, несмотря на постоянно утверждаемую общность, формальность этой абсолютной руководящей идеи цѣлепоставленія, она все же является относительной, такъ какъ въ эту идею вкладываютъ опредѣленное содержаніе. Штаммлеръ поясняетъ, на примѣръ, какъ мы видѣли, что общество свободно ходящихъ людей есть такое общество, въ которомъ „каждый взираетъ и относится къ объективно-правомѣрнымъ (не имѣющимъ лишь субъективнаго значенія) цѣлямъ другого, какъ къ своимъ собственнымъ“.

¹⁾ Sigwart. Logik: 1901 г. В. II, стр. 737.

²⁾ Миль. Система Логики, рус. пер. подъ ред. Лаврова 1867, т. II стр. 536 признаетъ „способствованіе счастью всехъ чувствующихъ существъ“ послѣднимъ принципомъ телеологіи.

Изъ этого идеала истекають принципы „участія“ и „уваженія“ (Grundsätze des Theilnehmens und des Achtens) ¹⁾.

Несмотря на постоянныя утвержденія Штаммлера, что его социальный идеалъ это есть лишь чисто „формальный методъ“ для оцѣнки права, мы видимъ здѣсь нѣчто большее, чѣмъ методъ, а именно весьма определенную этическую теорію и готовую въ своемъ содержаніи норму для оцѣнки. Здѣсь указывается, не какъ вообще нужно правильно мыслить при оцѣнкѣ права, а уже напередъ фиксируется и то, что мы должны мыслить въ этомъ случаѣ. Съ точки зрѣнія той метафизической философіи, которая признаетъ возможнымъ установленіе идеала съ абсолютнымъ содержаніемъ, тутъ нѣтъ никакого самопротиворѣчія, между тѣмъ самъ Штаммлеръ постоянно утверждаетъ, что правового масштаба или идеала съ абсолютнымъ содержаніемъ быть не можетъ: это содержаніе всегда исторически измѣнчиво и относительно. Но какъ формулировать идеалъ, не указавъ, хоть въ самыхъ общихъ чертахъ, его содержаніе!

Слѣдовательно, какимъ бы общимъ образомъ мы не формулировали социальный идеалъ, онъ всегда исторически измѣнчивъ, эмпирически обусловленъ, и не можетъ быть признаваемъ абсолютнымъ.

Уже столь формальный критерій права Канта, какъ „совмѣщеніе свободы каждаго со свободою всѣхъ другихъ“ съ соответствующими разъясненіями философа, оказался такимъ критеріемъ, общезначимостью котораго въ виду его субъективности, была отвѣргана цѣлымъ рядомъ мыслителей. Правовой идеалъ Штаммлера несравненно болѣе широкъ, но тѣмъ не менѣе и онъ не можетъ быть признанъ „единственно правильнымъ“, „объединяющимъ угломъ зрѣнія“ для оцѣнки социальной жизни или „всѣхъ мыслимыхъ выраженій со-

¹⁾ См. объ этомъ выше. Ср. замѣчанія проф. Петражицкаго, что подъ туманной формулой Штаммлера „Общество свободно хотящихъ“ скрывается „идеалъ любви“, „свободы отъ эгоизма“. *Петражицкій*. „Введеніе въ изученіе права и нравственности“. 1905 г., стр. 72 прим.

ціальної волі“, „одинаково примѣнимымъ и къ імперіи римлянъ и къ смѣлої фантазії сучаснаго анархиста“.

Общезначимість такого ідеала для свідомості того или другого суб'єкта може бути опровергаема, свідоміємъ другого; по убѣженію другихъ суб'єктівъ, такими общезначимими „конечними ідеалами“ или правилами практичного розуму можуть бути и являються въ дійствительности инше ідеали. Многообразіє такихъ суб'єктивнихъ ідеалівъ, какъ нельзя лучше, показывается намъ історія ученьї о правѣ и правдивности.

Гдѣ же тогда тотъ „единственно правильный“ для всѣхъ, верховный общезначимый ідеальный критерій права?

Въ сущности, новѣйшіє філософы естественнаго права, несмотря на всѣ модификації, въ этомъ отношеніи возвращаются къ такой же постановкѣ вопроса объ ідеальномъ критеріи правѣ, какая была дана ему въ старой метафизической філософії. Такъ какъ, хотя новые защитники естественноправоваго ученья и утверждаютъ, что реализація правоваго ідеала, опредѣленіє его содержания, и соответствующія ему естественноправовыє нормы обусловлены эмпирическими условиями и соотносятся съ ними, но говорятъ въ то же время, что самъ, диктуемый нашимъ свідоміємъ, вѣчный нравственный законъ, или же основная руководящая идея права, конечный ідеаль, независимъ отъ эмпирическихъ условий и абсолютенъ.

Штаммлеръ, будучи послѣдователемъ критической філософії, полагаетъ, что онъ совершенно устраняетъ догматическо-метафизическое обоснованіє своего правоваго ідеала, однако мы думаемъ, что въ своей постановкѣ вопроса о правомаго ідеаль онъ неизбежно приходитъ къ догматической метафизикѣ. Нежеланіємъ вернуться къ ней объясняется, что многіє изъ сучасныхъ сторонниковъ естественнаго права, стремясь держаться болѣе скромнаго научнаго базиса, отказываются отъ выставленія метафизическихъ построеній, притязующихъ на объективную общезначимість, отъ

безусловныхъ идеальныхъ критеріевъ права или конечныхъ абсолютныхъ правовыхъ идеаловъ. Избѣгая метафизическаго обоснованія ученія объ идеальномъ правѣ, они или пытаются дать тотъ или иной научно-эмпирической базисъ своему ученію о естественной справедливости или естественномъ правѣ, или ограничиваютъ свое естественно-правовое ученіе указаніемъ на необходимость разработки идеального или желательнаго права, но директивомъ для построенія нормъ желательнаго, образцоваго или идеальнаго права признаютъ не какой-либо абсолютный идеаль, а господствующія въ данный моментъ и въ данномъ обществѣ социальныя стремленія и этическія воззрѣнія или социально-политическіе идеалы времени, опираясь на ихъ необходимую обусловленность реальными условіями жизни, распространенность и интенсивность этихъ идеаловъ.

Такія естественноправовыя построенія будутъ, конечно, имѣть не объективную доказуемую истинность, а убѣдительность и общезначимость лишь для сторонниковъ тѣхъ или другихъ этическихъ и социально-политическихъ идеаловъ, и сила ихъ для даннаго времени будетъ зависѣть отъ того, что называютъ „соотвѣтствіемъ жизненнымъ требованіямъ“. Мы получимъ, конечно, въ результатѣ такихъ правнополитическихъ или естественноправовыхъ сужденій рядъ многочисленныхъ и несогласныхъ между собою обоснованій и построеній желательнаго права, какъ это и всегда было, и чѣмъ намъ въ сущности и приходится довольствоваться, не увеличивая научной цѣнности такихъ изысканій для юриспруденціи, но отнюдь, конечно, и не отрицая ихъ необходимости для выясненія новыхъ путей правовой жизни и лозунговъ, объединяющихъ человѣческія группы въ ихъ усиленіяхъ, направленныхъ къ преобразованію существующаго правового уклада. И при сознаніи относительности своихъ идеаловъ и относительнаго превосходства ихъ надъ идеалами другихъ, у людей есть достаточно оснований добиваться ихъ реализаціи.

Тамъ, гдѣ положительное научное знаніе не можетъ дать какихъ либо доказанныхъ или твердо обоснованныхъ указаній, человѣческая мысль по необходимости всегда будетъ строить болѣе или менѣе вѣроятныя гипотезы и даже искать отвѣта на конечные вопросы у метафизической философіи.

Врядъ ли когда нибудь въ человѣчествѣ исчезнетъ вѣра въ существованіе абсолютнаго божественнаго начала, вѣра въ вѣчные законы добра, правды и права. Вѣра въ такіе конечныя начала есть неизсякаемая потребность человѣческаго духа, но эти конечныя начала лежатъ внѣ границъ человѣческаго познанія и общезначимой доказательности.

Вотъ почему мы полагаемъ, что всѣ построенія телеологической законмѣрности и формулы конечнаго соціальнаго этического или правового идеала, какъ бы формально послѣдній не мыслился, не могутъ быть признаны „единственно объективно правильнымъ, основоположнымъ единствомъ цѣлеставленія“. И врядъ ли, основываясь на такихъ концепціяхъ телеологической законмѣрности соціальной жизни, современныя естественноправовыя ученія могутъ притязать даже на тотъ успѣхъ, который въ вѣка верховенства метафизической философіи имѣла философія естественнаго права въ области правнополитической мысли.

Справедливо замѣчаетъ, одинъ изъ современныхъ выдающихся теоретиковъ права и государства, Еллинекъ по поводу попытокъ телеологическаго міросозерцанія опредѣлить конечныя цѣли общественной жизни: всѣ отвѣты на конечные вопросы лишены объективной убѣдительной силы и, сверхъ того, не въ состояніи удовлетворительно разрѣшить реальныя проблемы современности. Изъ того общаго, что они конструируютъ, конкретное никогда не можетъ быть выведено, хотя бы съ нѣкоторою достовѣрностію ¹⁾.

¹⁾ *Еллинекъ: Право современнаго государства.* Русск. пер. 1903 г., стр. 148.

Поскольку новое естественноправовое учение, как утверждают его сторонники, преслѣдуетъ именно задачи служенія основнымъ запросамъ правовой жизни, которые не могутъ быть полностью удовлетворены, какъ справедливо доказываютъ, одной позитивной наукой и позитивной юриспруденціей, то, должно, во всякомъ случаѣ, полагаемъ мы, воздержаться отъ конструирования и деклараціи какихъ либо абсолютныхъ и конечныхъ идеаловъ въ качествѣ объективно правильныхъ, высшихъ принциповъ регулированія соціальной жизни.

Иначе при конструированіи, хотя бы въ соображеніи съ данными эмпирическими отношеніями, нормъ справедливаго, правильнаго, рациональнаго или естественнаго права, на основѣ такого декларированнаго абсолютнаго критерія, юриспруденція и политика права придуть къ тѣмъ же спекулятивнымъ, чуждымъ жизни системамъ идеальнаго права, къ которымъ такъ часто приходила старая доктрина естественнаго права.

Особенно въ выясненіи директивовъ правовой политики нужна чрезвычайная осторожность, такъ какъ рѣчь здѣсь идетъ объ устроеніи человѣческой жизни. Правда, тѣ конечные идеалы, которые выставляютъ современные защитники естественноправового ученія, являются въ значительной мѣрѣ общепризнанными идеалами нашей современной культуры (идеалы любви, свободы, солидарности и т. д.), и къ признанію ихъ высокой соціальной цѣнности привелъ и приводитъ именно историческій опытъ, воспоминаніе и соображеніе неслыханныхъ страданій, неизбежная реакція противъ весьма чувствительныхъ гнета, произвола, насилія, злобы и эгоизма, которые постоянно неслыхывало и неслыхиваетъ человѣчество. Но уже потому, какъ различно формулируются ближайшимъ образомъ даже эти столь распространенные соціальные идеалы различными мыслителями и политическими партіями, и какъ различно опредѣляются примать и относительная цѣнность различныхъ идеаловъ, можно ви-

дѣтъ насколько рискованно въ области правовой политики исходить изъ признанія какого-либо одного изъ нихъ единственно правильнымъ, конечнымъ абсолютнымъ масштабomъ правнополитической мысли и дѣятельности. Единственнымъ твердымъ базисомъ для оцѣнки дѣйствительности и выясненія относительной цѣнности для социальной жизни тѣхъ или другихъ правовыхъ идеаловъ остается научное познаніе законовъ и условій развитія социальной жизни, изученіе человѣческой природы и человѣческихъ потребностей, обусловленныхъ развитіемъ социальной жизни.

Это познаніе дается положительной наукой.

Говорить, что масштабъ для оцѣнки дѣйствительности не можетъ быть взятъ изъ этой дѣйствительности.

Конечно, дѣйствительность сама по себѣ непосредственно не даетъ никакого масштаба для оцѣнки ея: даютъ ихъ человѣческія чувство и мышленіе; но въ соображеніи этой дѣйствительности, на основѣ ея, подъ ея воздействием, сознаніе и творческая мысль человѣка выясняютъ и конструируютъ и принципы желательнаго и необходимаго, и при помощи такъ найденныхъ, всегда однако относительныхъ критеріевъ, намѣчаются новые пути социальной жизни. Банальная фраза „опытъ—лучшій учитель жизни“ не лишена глубокаго философскаго значенія.

Нѣкоторые изъ современныхъ представителей идеалистическаго правовѣдѣнія воплѣтъ признаютъ необходимость разрѣшать правнополитическія проблемы, лишь исходя изъ научнаго знанія. Политика права, какъ доказываетъ напримѣръ проф. Петражицкій, должна быть научнообоснованной дисциплиной. Но когда этотъ столь вдумчивый ученый, увлекаясь реформою современной юриспруденціи, ставитъ политикѣ права такую огромную задачу, какъ не только „приспособить положительное право какой либо страны“ къ потребностямъ данной страны, но и „выработать единый

для всего человечества бассейнь добраго и справедливаго¹⁾, то онъ упускаетъ изъ виду, что политика права съ такими грандіозными задачами по необходимости должна будетъ выйти за предѣлы научной обоснованности, такъ какъ установленіе универсальныхъ принциповъ этики, „единого для всего человечества бассейна добраго и справедливаго“, не можетъ быть произведено на научныхъ основахъ, такъ какъ наука знаетъ лишь относительное и измѣнчивое.

Установленіе такихъ абсолютныхъ принциповъ можетъ брать на себя лишь метафизическая философія или давать религія. Слѣдовательно, изслѣдованіе такой правнополитической проблемы знаменовало бы собой возвращеніе юриспруденціи къ пріемамъ метафизической философіи абсолютнаго естественнаго права, ошибочность которыхъ признаетъ и самъ проф. Петражицкій.

Проф. Петражицкій базируетъ политику права на основѣ изученія психологической природы права (путемъ наблюденія и самонаблюденія) и его психологическихъ эффектовъ въ области соціальной жизни. Нельзя ничего возразить противъ необходимости и пользы такого психологическаго изслѣдованія правовыхъ явленій, но думаемъ, что всестороннее пониманіе права, оцѣнка его психологическихъ эффектовъ и выборъ не только средствъ, но и цѣлей правнополитической дѣятельности, не только должны сообразоваться съ данными лишь психологическаго изученія права, но и съ разностороннимъ научнымъ изученіемъ его и всѣхъ другихъ явленій соціальной жизни, съ которыми право находится въ необходимой и тѣсной связи.

Политика права, какъ научно обоснованная дисциплина, должна основываться на широкомъ и весьма сложномъ научномъ базисѣ, въ которомъ каждая отдѣльная наука и каждый методъ имѣютъ свое значеніе; непонятно поэтому, почему нѣкоторые ученые хотятъ опереть политику права

¹⁾ См. Lehre vom Einkommen. В. II, 1895. S. 581.

но преимуществу, если не исключительно то на ту, то на другую отдельную отрасль знания или искать ее основоположные начала при помощи какого-либо одного способа или метода изучения правовых явлений, или даже искать, как это делают некоторые, верховных указаний лишь в разрешении бессмертных проблем метафизической философии. Если выше мы высказали мнение о невозможности установить объективно правильный, общезначимый, абсолютный критерий для оценки права, такой конечный идеаль, который мог бы быть в своей определенности с достаточной обоснованностью признан всеми единой высшей целью правовой жизни на всех фазах ее развития, и если даже мы признаем также односторонними попытки научно базировать политику права или разрешать правополитические проблемы при помощи какого-либо лишь одного способа рассмотрения правовых явлений, как-то метафизического, психологического, сравнительно исторического ¹⁾, то этим мы отнюдь, конечно, не отрицаем тех в высшей степени ценных сторон идеалистического направления в области правоведения, которые состоят в выяснении важности для теоретического правоведения изучения психологических основ права, также его идеальных основ и роли правовых идеалов в области праворазвития, а для практических жизненных задач юриспруденции в утверждении необходимости широкой критики существующего права с точки зрения этических требований, и содействия осуществлению правовых идеалов культурного общественного сознания, тем более, что жестокость и устарелость современного правового строя во

¹⁾ В частности, сравнительная история права, независимо от ее теоретического значения, может дать для практики при преобразовании права полезные руководящие указания, лишь поскольку она выясняет общий процесс перехода от одного правового строя к другому. См. проф. Н. А. Макенмейко. Сравнительное изучение истории права 1898, стр. 10.

многoмъ сдѣлались весьма чувствительными и для широкихъ массъ населенія.

Обращаясь въ заключеніи къ самому естественному праву, какъ оно формулировалось въ теченіи многихъ вѣковъ развитія идеи этого права, мы констатируемъ, что въ пониманіи естественнаго права какъ раньше, такъ и въ настоящее время, обнаружилось два направленія. Первое, признавая правомъ въ *собственномъ* значеніи этого слова лишь тѣ явленія дѣйствительной жизни, которыя подводятся подъ понятіе такъ называемаго дѣйствующаго, *положительнаго* права, мыслить естественное право лишь какъ идеальный прообразъ права, какъ идеальное положительнонаго права и соотвѣтственныя положенія идеальнаго, желательнаго или образцоваго права.

Поскольку въ этомъ случаѣ понятіе права конструируется лишь путемъ абстракціи отъ реальныхъ явленій, входящихъ въ область такъ называемаго положительнаго права, то воображаемое идеальное, желательное или образцовое право потому называютъ правомъ, что соотвѣтственнымъ идеально конструированнымъ положеніямъ, такъ сказать, фиктивно, въ воображеніи, приписываютъ существенныя атрибуты права, которыми оно въ дѣйствительности не обладаетъ.

При такомъ пониманіи естественнаго права, послѣднее не является, собственно, особымъ видомъ права ¹⁾, т. е. правомъ, отличнымъ отъ положительнаго права, а лишь идеальной проэкціей положительнаго права, воображаемымъ положительнымъ *прабомъ* съ болѣе цѣннымъ, съ точки зрѣнія извѣстнаго критерія, содержаніемъ. Такая концепція естественнаго права, какъ нерасширяющая *содержанія* понятія права, нисколько не требуетъ измѣненія того понятія права, которое абстрагируется отъ явленій положительнаго правопорядка. Съ *другой стороны*, мы видимъ такое направ-

¹⁾ Ср. также замѣчанія Петражицкаго: Теорія права т. II, стр. 473 объ идеальныхъ проэкціяхъ права.

леніе въ пониманіи естественнаго права, при которомъ самая область права существенно расширяется, такъ какъ она выводится и за предѣлы явленій такъ называемаго положительнаго права. Правомъ, именно, проявляющимся въ дѣйствительной жизни, дѣйствующимъ, а не только воображаемымъ, идеально мыслимымъ или желательнымъ, признають не только положительное право, но и реальныя явленія жизни другого вида, непозитивное право.

Въ старыхъ ученіяхъ естественнаго права послѣдняя точка зрѣнія на естественное право преобладала, при чемъ этому непозитивному естественному праву приписывали такія черты, которыя дѣлали его въ отношеніи источника, качества и силы дѣйствія явленіемъ совершенно *suí generis* по сравненію съ правомъ положительнымъ, и подведеніе двухъ такихъ видовъ права подъ одно общее понятіе было если и не совершенно невозможнымъ, то, во всякомъ случаѣ, привело бы къ совершенно неопредѣленному понятію, лишенному всякаго діагностическаго, распознавательнаго значенія.

Съ тѣхъ поръ какъ наивныя теологическія и натуралистическія концепціи естественнаго права устранены послѣдующимъ развитіемъ правовой мысли, этотъ коренной дуализмъ въ пониманіи права былъ устраненъ признаніемъ общихъ психологическихъ основъ всякаго права и естественности и закономѣрности его образованія и развитія: отпали и тѣ основанія, въ силу которыхъ какой-либо особый видъ существующаго права, хотя бы непозитивное право, могъ бы быть принципиально признанъ имѣющимъ высшее качество, нежели другой видъ права; какъ положительное право, такъ и непозитивное, разъ послѣднее признается явленіемъ реальной жизни, могутъ евентуально въ одинаковой степени удовлетворять или неудовлетворять тому или другому идеальному критерию оцѣнки ¹⁾).

¹⁾ Это совершенно правильно и разъясняетъ проф. *Петражицкій* въ отношеніи различаемаго имъ права непозитивнаго или интуитивнаго. См. *Петражицкій*: Теорія права, т. II, стр. 473.

При признаніи, слѣдовательно, дѣйствительнаго существованія такого особаго вида права—непозитивнаго, отпадаетъ всякій смыслъ противопоставленія его праву положительному въ качествѣ именно естественнаго, раціональнаго или идеальнаго права, и вопросъ сводится лишь къ расширенію комплекса правовыхъ явленій, и соотвѣтственно къ такому конструированію научнаго понятія права, которое было бы болѣе обширнымъ, нежели то, которое отвлекаютъ отъ явленій такъ называемаго позитивнаго правопорядка. Къ разсмотрѣнію существа права мы теперь и перейдемъ.

ГЛАВА IV.

Понятіе права.

§ 21. Постановка вопроса о существѣ права въ юриспруденціи.

Весьма часто высказывалось въ литературѣ мнѣніе о шаткости теоретическихъ основоположеній правовѣдѣнія, вызываемой неустановленностью научнаго понятія права, точнѣе говоря, все еще продолжающимися спорами по кардинальному вопросу юриспруденціи—о существѣ права. Недавно еще высказано мнѣніе, что этотъ важнѣйшій недостатокъ юриспруденціи—объясняется существенными пороками въ самыхъ способахъ изученія правовыхъ явленій юристами; въ результатѣ чего замѣчается прогрессивное затемнѣніе, а не выясненіе проблемы о существѣ права и всѣхъ связанныхъ съ ней вопросовъ ¹⁾.

Дѣйствительно, уже съ глубокой древности продолжается споръ о существѣ права, столь ярко проявившійся въ рассмотрѣнномъ уже нами коренномъ дуализмѣ пониманія, и отсутствіе въ современной юриспруденціи общепризнаннаго пониманія и опредѣленія права влечетъ за собой дальнѣйшія разногласія по цѣлому ряду другихъ вопросовъ юриспруденціи; отсюда обиліе противорѣчивыхъ теорій, крайне колеблющихся авторитетъ науки права.

Но, если вемотрѣться въ исторію развитія научнаго правовѣдѣнія, то, несмотря на указанные дефекты, состоя-

¹⁾ *Петражицкій*: Введеніе въ изученіе права и нравственности. 1905 г. стр. 1 сл. „Хаосъ, эдѣль (по вопросу о понятіи права и связанныхъ съ нимъ основныхъ вопросамъ правовѣдѣнія) господствующій, только возрастаетъ и научнаго прогресса не замѣчается“.

ніе научной юриспруденціи далеко не представляется намъ столь мрачнымъ, чтобы можно было сказать, что въ разрѣшеніи основныхъ вопросовъ этой науки и прежде всего вопроса о существѣ права „научнаго прогресса не замѣчается“.

Если оставить въ сторонѣ невозможное для науки требованіе установить такое понятіе права, которое заключало бы въ себѣ совершенное познаніе существа права, какъ явленія человѣческой жизни, такъ какъ это означало бы достиженіе правовѣдніемъ конечнаго предѣла познанія своего объекта, а также невозможность для научнаго правовѣднія заниматься раскрытіемъ той метафизической сущности права и его трансцендентальныхъ основъ, которыя пыталась освѣтить метафизическая философія, то успѣхи научнаго правовѣднія въ выясненіи права, какъ познаваемого вида явленій дѣйствительной жизни, несомнѣнно могутъ быть констатированы.

Уже многовѣковой споръ естественноправового и историческаго, позитивнаго правопониманія въ связи съ общими успѣхами научнаго знанія, въ концѣ концовъ привелъ къ значительному проясненію научнаго правопониманія: въ значительной мѣрѣ, какъ мы это указывали уже выше, сгладился тотъ коренной дуализмъ въ сужденіяхъ о правѣ, который выразился въ противопоставленіи двухъ различныхъ по своей природѣ правъ и столь рѣзко раздѣлилъ юристовъ въ ихъ ученіяхъ о правѣ.

И если далѣе до сихъ поръ нѣкоторые философы права полагаютъ, что существо права имѣетъ метафизическій характеръ, можетъ быть понято лишь по раскрытіи метафизическихъ первоосновъ, и продолжаютъ и нынѣ искать метафизическую сущность права, то, во всякомъ случаѣ, научное правовѣдніе, не могущее базировать свое пониманіе права на такихъ метафизическихъ спекулятивныхъ предположеніяхъ, остается въ границахъ эмпирическаго познанія и занимается изученіемъ права, какъ явленія дѣйствительной жизни. Лишь исходя изъ данныхъ добытыхъ путемъ

научнаго изслѣдованія реальныхъ правовыхъ явленій, юриспруденція можетъ образовывать и углублять свое научное понятіе права. Совершенно справедливо замѣчаетъ проф. Петражицкій, что „основательнымъ можно было бы признать положеніе о неразрѣшимости научными средствами проблемы существа права лишь въ томъ случаѣ, если бы было доказано, что нѣтъ доступнаго человѣческому познанію матеріала для ея рѣшенія, или что этотъ матеріалъ имѣетъ трансцендентную природу, находится виѣ сферы опытнаго познанія. Но это не доказано и доказано быть не можетъ, ибо матеріалъ для рѣшенія вопроса о природѣ права существуетъ и онъ вовсе не имѣетъ трансцендентнаго характера“¹⁾. Если обратить вниманіе на положеніе вопроса о существѣ права въ современномъ правовѣдѣніи, позитивномъ по господствующему въ немъ направленію, то должно признать, что, несмотря на *всѣ разногласія по вопросу о существѣ права и его опредѣленіи*, эти разногласія не представляются уже столь существенными и непримиримыми, чтобы можно было отрицать всякую почву для соглашенія ученыхъ и усматривать прогрессирующую запутанность и затемнѣніе кардинальныхъ вопросовъ юриспруденціи.

Дѣло въ томъ, что положительное правовѣдѣніе издавна признавало объектомъ своего изученія опредѣленную и достаточно ограниченную область своеобразныхъ явленій соціальной жизни, правовой характеръ которыхъ никѣмъ не отвергается и не отвергался даже тѣми, кто признаетъ, что область права не исчерпывается этими явленіями, и что способы познанія права должны быть иные или еще другіе, чѣмъ тѣ, которыхъ придерживается позитивное правовѣдѣніе. Какъ извѣстно, позитивное правовѣдѣніе признаетъ

¹⁾ Петражицкій. Введеніе въ изученіе права и нравственности 1905, стр. 31 примѣч. См. тамъ же (стр. 32 пр.) его замѣчанія противъ новѣйшаго теченія въ русской философской литературѣ, признающаго вопросъ о существѣ права проблемой метафизики и пытающагося выленить это существо спекулятивно метафизическимъ путемъ.

правомъ тотъ измѣнчивый во времени и пространствѣ, исторически образующійся комплексъ явленій социальной жизни, который называютъ положительнымъ правомъ, и который представляетъ собой дѣйствующій въ общественномъ союзѣ, обязательный порядокъ взаимоотношеній членовъ общенія, выражающійся въ правилахъ, установленныхъ или признанныхъ общественною властью или сложившихся путемъ обычая (объективное право), и въ опредѣленныхъ этими правилами обязанностяхъ, полномочіяхъ или притязаніяхъ субъектовъ (право въ субъективномъ смыслѣ). Лишь дефекты въ логическомъ образованіи общаго понятія, охватывающаго указанный видъ явленій, и нѣкоторыя разногласія, касающіяся характера различныхъ актовъ общественной власти, устанавливающихъ такой обязательный порядокъ (между прочимъ, и извѣстное разногласіе по поводу ученія о такъ называемыхъ законахъ въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ), а также разногласіе о значеніи обычнаго права и договорнаго установленія обязательнаго порядка отношеній (международные договоры), препятствуютъ юристамъ прійти къ тождественному формулированію понятія положительнаго права, къ общепризнанному его опредѣленію.

Вопросы же о соотношеніи между положительнымъ правомъ и другими родственными ему явленіями человеческой жизни не могутъ *быть разрешены однообразно* уже не по вѣнъ одной юриспруденціи, а вслѣдствіе неустановленности природы этихъ явленій въ другихъ отрасляхъ знанія, спеціальнымъ объектомъ изученія которыхъ они являются. Но, если принять во вниманіе всѣ трудности, которыя приходится испытывать гуманитарнымъ наукамъ на пути изслѣдованія явленій человеческой жизни, то, примѣняя справедливый масштабъ для оцѣнки ихъ успѣховъ, все же должно признать, что, въ частности, юриспруденція положительнаго права въ области изучаемыхъ ею явленій сдѣлала уже весьма многое для ихъ освѣщенія. Прогрессивное развитіе правовѣднія продолжаетъ выдвигать пе-

редь юристами рядъ вопросовъ, изслѣдованіе которыхъ приведетъ и къ болѣе совершенному и глубокому научному пониманію природы правовыхъ явленій и существа права, чѣмъ то, которымъ довольствуются по необходимости юристы въ настоящее время.

Въ своемъ изученіи права юриспруденція однако не можетъ не исходить изъ такого предварительно установленнаго понятія о правѣ, которое могло бы удовлетворять задачамъ научнаго изслѣдованія. Это понятіе должно содержать въ себѣ указаніе на такіе признаки правовыхъ явленій, которые позволили бы точно и опредѣленно отграничить ихъ отъ явленій другого порядка.

Могутъ возразить, что при установленіи такого понятія права юристы попадаютъ въ логическій кругъ: стремятся установить понятіе права на основѣ уже принятаго критерія, позволяющаго отнести тѣ или другія явленія къ правовымъ.

Это обстоятельство и послужило основаніемъ для утвержденія со стороны многихъ, что идея права, присуща нашему сознанію, дается а priori и затѣмъ провѣряется и уясняется путемъ анализа содержанія нашего сознанія и подтверждается наблюденіемъ надъ явленіями дѣйствительной жизни ¹⁾.

Но эта первоначальная идея является одной изъ тѣхъ общихъ идей, о которыхъ Спенсеръ говоритъ, что въ основаніи своемъ онѣ имѣютъ „опытъ расы“. Первоначальныя представленія о правѣ и сужденія о немъ образуются непосредственно на эмпирической основѣ путемъ наблюденія тѣхъ явленій, къ которымъ традиціонно примѣняется названіе „право“.

Дальнѣйшее развитіе этихъ представленій и измѣненіе ихъ влечетъ за собой и соответственное измѣненіе значенія термина „право“ въ языкѣ. Затѣмъ научное и профессио-

¹⁾ Таково напримѣръ утвержденіе Арена см. выше, стр. 53.

нальное словоупотребление фиксируетъ опредѣленные значенія этого термина, что оказываетъ въ свою очередь сильное вліяніе на народное словоупотребленіе и представленія о правѣ.

Поэтому, выясняя существо права, мы не можемъ не обратить вниманія на то значеніе термина „право“, которое связало съ нимъ исторически сложившееся словоупотребленіе. Но здѣсь мы наталкиваемся на весьма значительныя затрудненія, желая обнаружить основное значеніе, придаваемое этому термину въ языкѣ.

„Повидимому самъ языкъ, говоритъ Зигвартъ, путемъ своего различенія видовъ словъ даетъ руководящую нить къ отысканію различныхъ видовъ представленій, но эта нить обманчива (ist nicht untrüglich...). Слова, заимствуемые изъ существующаго языка для выраженія естественнаго индивидуальнаго мышленія, имѣютъ индивидуально различныя и многократно мѣняющіяся значенія. Вслѣдствіе этого всеобщность ихъ значенія имѣетъ весьма различный смыслъ“¹⁾.

Сказанное Зигвартъ, конечно, относится и къ термину „право“²⁾; отсюда обычныя ссылки на соответствующее словоупотребленіе при различныхъ опредѣленіяхъ учеными понятія права. Слѣдуетъ ли однако, что при установленіи понятія права должно пренебречь народнымъ и профессиональнымъ словоупотребленіемъ въ виду его измѣчивости и расплывчатости, тогда какъ научная терминологія требуетъ точности и опредѣленности. „Чтобы языкъ былъ вполне удобенъ для изслѣдованія и выраженія общихъ истинъ, онъ долженъ, говоритъ Милль, удовлетворять двумъ главнымъ требованіямъ. Первое требованіе состоитъ въ томъ, чтобы каждое общее названіе имѣло смыслъ твердо уста-

¹⁾ *Sigwart: Logik: B. I S. 32 f. 48.* См. также замѣчанія *Д. С. Милль* „Система Логикъ“ пер. подъ ред. Лаврова т. II 1867 г. Главы IV и V.

²⁾ О различныхъ значеніяхъ „термина“ „право“ въ языкѣ см. особенно у *Lasson: System der Rechtsphilosophie S. 1 f.*

новленный и точно опредѣленный. Когда, удовлетворяя этому условію, имѣющіяся у насъ названія способны надлежащимъ образомъ исполнять свое назначеніе, то слѣдующее требованіе, второе по важности, состоитъ въ томъ, чтобы мы всегда имѣли наготовѣ названіе, когда это нужно, т. е. когда слѣдуетъ означить имъ вещь, которую важно выразить¹.

„Придать же точный смыслъ общимъ названіямъ, значить, объясняетъ далѣе Милль, неизмѣнно установить свойство или свойства, соотнащаемыя каждымъ конкретнымъ общимъ названіемъ и означаемыя соответствующимъ отвлеченнымъ... Это не трудно относительно новыхъ названій, техническихъ терминовъ, создаваемыхъ научными изслѣдователями для цѣлей науки или искусства. Но когда названіе вошло въ общее употребленіе, то затрудненіе больше: въ этомъ случаѣ задача состоитъ, говоритъ Милль, не въ томъ, чтобы избрать для названія приличное созначеніе, а въ томъ чтобы опредѣлить и утвердить созначеніе, съ которымъ названіе уже употребляется“...

„Логикъ, замѣчаетъ Милль, совершенно ложно попялъ бы свою обязанность въ обращеніи со словами, уже вошедшими въ употребленіе, если бы онъ вообразилъ, что, такъ какъ у названія нѣтъ въ настоящее время опредѣленнаго созначенія, то всякій волею придать названію такое созначеніе по собственному произволу. Смыслъ употребляемаго уже названія есть не произвольное количество, которое слѣдуетъ установить, а неизвѣстное, которое слѣдуетъ отыскать“¹).

„Языкъ, добавляетъ еще этотъ мыслитель, есть накопившійся запасъ опытности, въ который всѣ минувшіе вѣка внесли свою долю и который есть наслѣдіе всѣхъ будущихъ вѣковъ“²).

1) Милль Система Логикн р. пер. т. II 1867, стр. 209—212.

2) Милль ib., стр. 228.

Даже проф. Петражицкій, утверждающій полную непригодность для образованія научнаго классоваго понятія права изслѣдованія о томъ, къ чему въ той или иной лингвистической сферѣ, будетъ ли это общій языкъ какого-либо народа, или спеціальнѣйшій діалектъ, или жаргонъ какой-либо провинціи, профессіи и т. п., примѣняется названіе права ¹⁾, признаетъ однако значеніе народной терминологіи для установленія научнаго понятія права: „путемъ процессовъ, которые въ извѣстномъ смыслѣ похожи на процессъ „естественнаго подбора“ въ дарвинистическомъ смыслѣ, .. въ области общенароднаго обмѣна впечатлѣніями, свѣдѣніями и мнѣніями происходитъ своеобразное „безсознательно гениальное“, если можно такъ выразиться, приспособленіе именъ къ подлежащей ориентировкѣ въ мірѣ явленій и успешному образованію и сообщенію другимъ свѣдѣній; здѣсь происходитъ развитіе не одинаковыхъ наименованій для сборныхъ, эклектическихъ группъ объектовъ, а образованіе подлинныхъ классовыхъ именъ и классовъ“ ²⁾.

Лично мы не видимъ только причинъ, почему проф. Петражицкій при этомъ такъ рѣзко отдѣляется отъ народнаго языка профессиональнѣйшій, т. е. практическое словоупотребленіе юристовъ, къ которому онъ столь пренебрежительно относится ³⁾; вѣдь исторія права показываетъ намъ, что правопониманіе профессиональныхъ юристовъ и ихъ словоупотребленіе оказывали чрезвычайное вліяніе на развитіе народныхъ представленій о правѣ и на соответствующее народное употребленіе термина „право“.

¹⁾ См. *Петражицкій*: Введеніе въ изученіе права и нравственности, 1905 г. стр. 50 сл.

²⁾ *Петражицкій* *ib.* стр. 57.

³⁾ *ib.* на стр. 55 проф. Петражицкій замѣчаетъ: „Основнымъ эмансипаціоннымъ актомъ и хартією свободы и независимости (науки права) должна послужить замѣна „понятія права въ юридическомъ смыслѣ“ понятіемъ права въ научномъ смыслѣ, т. е. такимъ понятіемъ, которое отвѣчаетъ задачамъ познанія и объясненія сущаго, независимо отъ профессионально-юридическихъ привычекъ называнія“.

Поэтому мы полагаемъ, что для выясненія того, что такое право, для образованія научнаго классоваго понятія права, никоимъ образомъ нельзя пренебрегать тѣми значеніями, которыя связаны съ терминомъ „право“ не только въ общенародномъ языкѣ, но и въ профессиональномъ словоупотребленіи юристовъ. И не только потому, что въ общенародномъ языкѣ „безсознательно-геніальнымъ“ путемъ, какъ замѣчаетъ и самъ проф. Петражицкій, происходитъ приспособленіе наименованій къ надлежащей ориентировкѣ въ мірѣ явленій и образованіе подлинныхъ классовыхъ именъ и классовъ, а въ области специально практическаго словоупотребленія ¹⁾ происходитъ спеціализація и фиксація имѣющихъ особую важность въ жизненныхъ отношеніяхъ значеній слова „право“, оказывающая немаловажное вліяніе и на народныя представленіе о правѣ и словоупотребленіе, но и потому, что при установленіи своего классоваго понятія права наука права никоимъ образомъ не можетъ порывать связь съ установившимся правопониманіемъ и его выраженіями въ языкѣ. Потому она не можетъ въ цѣляхъ установленія адекватныхъ ученій о правѣ, именовать правомъ, какъ это предлагаетъ проф. Петражицкій, пригодный для этихъ ученій классъ объектовъ, образованный по признаку, который свободно, совершенно по своему усмотрѣнію, независимо отъ существующихъ представленій о правѣ и словоупотребленія, кто-либо сочтетъ нужнымъ избрать и приписать правовымъ явленіямъ ²⁾.

¹⁾ Проф. Петражицкій (ib. стр. 57) самъ признаетъ, что въ существѣ дѣла и специально-практическое словоупотребленіе образуется не случайно и не лишено своего рода „мудрости“, но указываетъ, что влѣдствіе приспособленія здѣсь наименованія къ тѣмъ одностороннимъ надобностямъ и удобствамъ, которыя имѣютъ рѣшающее значеніе въ данной специально-практической области, разъединяютъ объективно-однородное и соединяютъ объективно-разнородное, выдѣляя эклектичeskія сборныя группы съ общимъ условнымъ именемъ, какъ это удобно съ точки зрѣнія специальной потребности.

²⁾ См. Петражицкій, Теорія права и нравственности т. I стр. 130 сл. Его же. Введеніе въ изученіе права и нравственности § 5 и 5б; осо-

Такой методъ образованія понятія права могъ бы привести юриспруденцію къ полному субъективизму въ опредѣленіи права и разрыву съ общимъ правопониманіемъ, что отнюдь не можетъ быть желаннымъ для науки, столь тѣсно связанной съ жизнью и преслѣдующей столь важныя жизненныя цѣли.

Поэтому задача современныхъ юристовъ при образованіи научнаго понятія права состоитъ въ томъ, чтобы, руководствуясь исторически сложившимся основными представленіями о правѣ и значеніями термина права какъ въ народномъ, такъ и въ профессиональномъ языкѣ, а также опираясь на уже весьма богатый матеріалъ по выясненію существа права въ наукѣ, образовать и утвердить такое классовое понятіе права, пригодное для цѣлей научнаго изслѣдованія, которое охватывало бы и возможно болѣе широко явленія, издавна признанныя правовыми и, слѣдовательно, называемыя правомъ. Лишь такимъ образомъ можно согласовать въ отношеніи понятія права и требованія, предъявляемыя къ научному образованію понятій, и требованія, предъявляемыя къ юриспруденціи, поскольку она является прикладной наукой, не порывать связи съ общественными представленіями о правѣ.

Несмотря на всю измѣчивость, колебаніе и разнообразіе представленій о правѣ, обнаруживаемыя этими данными, все же возможно подмѣтить тѣ основныя черты, которыми отличается правопониманіе въ теченіи всего историческаго процесса его развитія, указать исходное начало всѣхъ сужденій о правѣ. Такимъ исходнымъ началомъ, какъ то неоднократно уже было указано изслѣдователями, слу-

бенно стр. 103 сл. Въ действительности и понятіе права, образованное Петражицкимъ, далеко не свободно отъ сложившихся представленій о правѣ, что подтверждаетъ и онъ самъ, ссылаясь на соответствующія народныя представленія и словоупотребленіе (Теорія права т. I стр. 18 сл.) и систему понятій современной юриспруденціи (Теорія права т. I стр. 239—242).

жить сознание наличности *опредѣленнаго обязательнаго* порядка отношеній существъ, регулятива ихъ поведенія.

Въ чемъ бы ни усматривали проявленіе права, оно всегда сознавалось, какъ *нѣчто должное*, и въ дѣйствиіи своемъ порождало чувство связанности субъектовъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Даже тогда, какъ это мы видимъ именно въ представленіяхъ о *естественномъ правѣ*, право усматривали въ силахъ природы и естественныхъ свойствахъ существъ, то и въ такомъ случаѣ эти естественныя силы и свойства—*права подводились* подъ категорію долженствованія, въ нихъ признавали проявленіе нѣкой нормативной силы. Таково въ сущности было и извѣстное опредѣленіе *естественнаго права* Ульпіаномъ, какъ права, которому природа научила всѣхъ животныхъ, и воззрѣніе Спинозы на право, какъ предѣлъ, мѣру природной мощи или силы существъ.

Такое же значеніе въ сущности имѣютъ и новѣйшія реалистическія воззрѣнія на право, опредѣляющія его какъ *фактическое соотношенія* реальныхъ общественныхъ силъ, такъ какъ и въ этомъ случаѣ имѣется въ виду, собственно, указаніе на то, что право является нормативной санкціей *этого фактическаго соотношенія силъ*.

Итакъ, право мыслилось какъ авторитетное мѣрило взаимоотношеній лицъ, уполномочивающее и обязывающее ихъ къ извѣстному поведенію. Одобряемое въ оцѣнивающимъ сознаніи, оно выступало, какъ внутренне авторитетный масштабъ поведенія, и признавалось правильнымъ, справедливымъ, правымъ (отсюда и обычное произведеніе слова „право“ отъ слова „правый“⁴ справедливый)¹⁾.

Съ другой стороны, поскольку это мѣрило признавалось, декларировалось и примѣнялось къ личности обще-

¹⁾ Уже въ классическомъ опредѣленіи Ульпіана (Д. I, I, 3): *Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit jus est ars boni et aequi.*

ствомъ или органами его власти, поддерживалось принудительными средствами противъ противящагося, оно вызывало сознание его властности, вышней авторитетности и принудительности. Право выступаетъ тогда въ сознании подчиненныхъ ему, какъ вышній велѣнiя, императивы, правящiе людьми (связь права съ словомъ „править“ и произведение также латинскаго „jus“ отъ „jubeo“). Въ сознании, объективирующемъ предметы мышленiя, право разсматривается, какъ нѣчто въ людей существующее, возвышающееся надъ ними и ограничивающее ихъ извнѣ, какъ нѣчто, предустановленное свыше и исходящее даже отъ божественной силы ¹⁾.

Эти два воззрѣнiя на право проходятъ черезъ всю исторiю правопониманiя, они то сливаются вмѣстѣ, какъ это мы видимъ особенно на первоначальныхъ стадiяхъ общественной жизни, въ перiодъ преклоненiя передъ общепризнанными нормативами жизни, то расходятся, особенно въ перiодъ критическаго отношенiя къ сложившемуся положительному правовому порядку, такъ что одно отступаетъ на заднiй планъ или вовсе ступевывается другимъ. Въ ученiяхъ естественнаго права, мы видѣли, на первый планъ выступаетъ признанiе внутренней этической авторитетности права, въ ученiяхъ положительнаго права—точка зрѣнiя на право, какъ вышне-авторитетный, властный и принудительный порядокъ, какъ воли властвующихъ или суверенной воли, подчиняющей своимъ императивамъ, независимо отъ этической цѣнности этихъ императивовъ.

Хотя историческая школа въ своемъ воззрѣнiи на положительное право пыталась и его объяснить, какъ право-

¹⁾ О правопониманiи древнихъ и на первоначальныхъ стадiяхъ общности см. Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte 1884. Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes 1907 особенно стр. 57, 111, 130 сл., 320—387. Arnold, Kultur und Rechtsleben 1865. Мэнъ, Древнее право. Brunner, D. Rechtsgeschichte B. I. 109 сл. Сергѣевичъ, Лекции по исторiи русскаго права 1890, стр. 6 сл.

убѣжденіе членовъ народа, какъ народное правосознаніе, а не велѣнія какого-либо виѣшняго авторитета или законодателя, но неудачно сформулированное ученіе этой школы, уступило свое мѣсто господству теоріи трансформированной силы, по которой право (поскольку рѣчь шла о положительномъ правѣ или только оно признавалось правомъ) разсматривается лишь, какъ своеобразная форма проявленія общественной власти или принудительнаго господства. Таковы именно ученія о правѣ, какъ общественныхъ принудительныхъ нормахъ, какъ велѣніяхъ общественной власти или нормахъ, установленныхъ государствомъ, какъ общей волѣ, ограничивающей частную волю, какъ продуктъ соотношенія реальныхъ общественныхъ силъ... Впрочемъ, и традиціонное возрѣніе на право, какъ правильный справедливый порядокъ отношеній, находитъ свой отзвукъ не только въ естественноправовомъ ученіи, но и въ ученіяхъ положительнаго права. Такъ опредѣляя право, какъ принудительныя нормы взаимоотношеній или нормы установленныя общественною властью, дополняютъ однако характеристику права указаніемъ на ту или другую цѣнность права, какъ раціональнаго или этическаго порядка, имѣющаго своей задачей гармоническое развитіе личностей, необходимое обезпеченіе нравственныхъ требованій жизни, этической минимумъ, примиреніе равенства и свободы, осуществленіе справедливости (*Zwangsversuch zum Richtigen*). ¹⁾

Въ самое послѣднее время извѣстный нѣмецкій юристъ проф. Ленингъ ²⁾ пытается объяснить существо права (руководясь букввальнымъ значеніемъ термина), какъ представленія правильнаго согласованія, гармоніи поведенія людей

¹⁾ Ярко сливать элементъ справедливости и принудительности въ понятіи права извѣстный юристъ 16 ст. Дюпелль (въ его „Комментаріяхъ гражданскаго права“), опредѣляя право, какъ принудительныя велѣнія, предписывающія справедливое и отрицающія несправедливое. См. Коркуновъ. Исторія философіи права 1898, стр. 121.

²⁾ R. Löning. Über Wurzel und Wesen des Rechts 1907, стр. 21 сл.

въ отношеніи другъ къ другу съ данными фактическими предположеніями. Эти представленія имѣють своимъ корнемъ по его мнѣнію, особое правовое чувство гармоніи. Мы видѣли выше, что и другіе, какъ то Штамmlеръ, конструируютъ понятіе правильнаго права, но лишь въ смыслѣ идеальнаго критерія права или даже положительнаго права, но поскольку оно соотвѣтствуетъ этому критерію, Ленингъ же вообще сущность права усматриваетъ въ его правильности. „Выраженіе правильное право“, замѣчаетъ онъ, является тавтологіей, а „неправильное право“—самопротиворѣчіемъ. Однако онъ самъ вынужденъ признать существованіе особой „формы права“, которая можетъ не обладать этой правильностью, быть неправильнымъ правомъ, это—именно установленное государствомъ, положительное право, отступающее отъ существующихъ въ народѣ правовыхъ представленій, которыя и являются правомъ въ его сущности ¹⁾.

Право издавна усматривали, какъ въ субъективныхъ полномочіяхъ, притязаніяхъ и обязанностяхъ субъектовъ ²⁾, такъ находили его выраженнымъ общимъ образомъ—въ нормахъ, установленныхъ обычаями и законодателемъ ³⁾, договорами, судебными рѣшеніями. Исходя изъ этого традиціоннаго различенія проявленій права въ нормахъ и правоотношеніяхъ, въ юриспруденціи образовали понятіе субъективнаго и объективнаго права, при чемъ существуетъ разногласіе не только о логическомъ соотношеніи этихъ двухъ видовъ права, но и историческомъ.

¹⁾ Loening. назв. соч. 37 сл.

²⁾ Hirzel. Themis, Dike und Verwandtes указываетъ (стр. 179 пр. 1), что терминъ „δίκαιον“ примѣнялось и къ обозначенію правомочія и правообязанности, и оба они сливались въ понятіи „δίκη“. О примѣненіи термина права къ закрѣпленнымъ за другими обязанностями см. Петражицкій. Теорія права т. I. стр. 48 сл.

³⁾ О томъ, что законъ первоначально означалъ лишь правовую норму и лишь позже понятіе закона, какъ директива, было перенесено по аналогіи на природу см. Iellinek. Sistem d. s. öff. Rechte 1905, стр. 36 сл., также Gesetz und Verordnung 1887, стр. 35 сл.

Слѣдуетъ согласиться съ сторонниками историческаго пріоритета субъективнаго права, такъ какъ правосознаніе могло идти первоначально отъ конкретныхъ отношеній къ абстрактному выраженію ихъ въ нормахъ, т. е. сознаваться въ формѣ субъективныхъ притязаній и обязанностей ¹⁾. Но съ другой стороны логическимъ основаніемъ отдѣльныхъ правоотношеній, придающимъ въ сознаніи людей опредѣленнымъ отношеніямъ характеръ правоотношеній являются общее сужденіе о должномъ, нормы, правила поведения, хотя бы они еще неясно сознавались ихъ носителями ²⁾. „Исторически возможно, говорить Еллинекъ, что путемъ субъективнаго права приходятъ къ сознанію бытія производящей и опредѣляющей его нормы, но немыслимо, чтобы опредѣляемое правонаруждкомъ логически ему предшествовало“.

Въ настоящее время пониманіе права, какъ своеобразныхъ нормъ или императивовъ, является безусловно господствующимъ. Право обыкновенно опредѣляется въ указанномъ выше объективномъ смыслѣ. Что же касается права въ субъективномъ смыслѣ, т. е. концепціи его въ видѣ правоотношеній, субъективныхъ правъ и обязанностей, то ему придаютъ производное значеніе, такъ какъ производятъ его отъ юридическихъ нормъ, которыя, опредѣляя обязанности однихъ лицъ по отношенію къ другимъ, создаютъ связь обязанностей и полномочій, такимъ образомъ порождаютъ юридическія отношенія между сторонами ³⁾. Во всякомъ случаѣ, если исходить даже изъ воззрѣнія, что существо права

¹⁾ См. по этому вопросу замѣчанія Loening'a. *Über Wurzel und Wesen des Rechts* 1907, стр. 22 сл.

²⁾ В. С. Соловьевъ „Право и нравственность“ 1899, стр. 2, замѣчаетъ, что „человѣческая общественность въ самыхъ первыхъ своихъ начаткахъ уже обладала объективно опредѣленными, хотя и субъективно безотчетными правовыми нормами“.

³⁾ Особенно настаиваетъ Hold. v. Ferneck. *Die Rechtswidrigkeit* B. 1, стр. 94 сл., что „субъективная сторона права представляетъ собой отложеніе объективной стороны права. Правомочіе есть лишь рефлексъ обязанности, установленной императивомъ, нормой. Безъ императива нѣтъ обязанности“.

именно состоитъ въ правомочіяхъ, что субъективное право есть *præus* въ понятіи права, а объективное право или нормы— лишь абстрактное выраженіе субъективныхъ правъ, то и въ такомъ случаѣ, такъ какъ обязанность есть необходимый коррелятъ правомочія, абстрактнымъ выраженіемъ ихъ, опредѣленіемъ правъ и обязанностей, является правовое положеніе, правовая норма ¹⁾; поэтому *опредѣленіе* права вообще, какъ нормъ, будетъ все же правильнымъ.

Противъ этой концепціи права, какъ нормъ и основанийъ на нихъ субъективныхъ правъ и обязанностей, возражаетъ проф. Петражицкій.

По мнѣнію проф. Петражицкаго, современныя представленія о правѣ основаны на наивно проекціонной точкѣ зрѣнія, на принятіи за реальныя правовыя явленія эмоциональныхъ фантазмъ, а именно проицируемыхъ во внѣ нормъ, „вѣднѣй“, обращенныхъ къ подчиненнымъ праву, и правоотношеній между отдѣльными лицами, ихъ обязанностей и правъ. Такимъ образомъ получаются какихъ-то два вида права, и теоретикамъ слѣдовало бы, повидимому, попытаться опредѣлить природу права просто, т. е. рода, обнимающаго и объективное и субъективное право. Но этого не дѣлается; установилась (съ логической точки зрѣнія случайная, не имѣющая основанія) традиція отождествлять проблему опредѣленія права съ задачей опредѣнить природу объективнаго права, т. е. нормъ права, такъ что „субъективное право“ играетъ роль логически ненормальнаго привѣска къ „объективному праву“... Изъ совсѣмъ иной точки зрѣнія, а именно изъ отрицанія реальнаго существованія того, что юристы считаютъ реально существующимъ въ области права, и нахождения реальныхъ правовыхъ феноменовъ, какъ особаго класса сложныхъ, эмоционально-интеллектуальныхъ психическихъ процессовъ, въ со-

¹⁾ Что признаетъ и Лёнингъ *Über Wurzel und Wesen des Rechts* стр. 24—25, 30—31, исходящій именно изъ пониманія права, какъ правомочія, субъективнаго права.

всѣмъ другой сферѣ (въ сферѣ психики индивида, совершающаго упомянутыя проэкціи) исходить самъ проф. Петражицкій въ своемъ ученіи о правѣ ¹⁾. Мы уже говорили выше, почему юристы считаютъ возможнымъ ограничиться опредѣленіемъ права съ его объективной стороны, именно какъ своеобразныхъ нормъ, опредѣляющихъ отношеніе субъектовъ. Въ этомъ опредѣленіи выражается сознаніе права, какъ нормативнаго начала человѣческаго поведенія, проявляющагося въ отношеніяхъ субъектовъ. При этомъ самыя нормы не мыслятся юристами, какъ нѣкія реальныя сущности, внѣ людей находящіяся, а разсматриваются лишь, какъ явленія нашего сознанія; волевой характеръ же запретовъ и велѣній имъ приписывается въ виду того, что нормы эти часто дѣйствительно путемъ волевыхъ актовъ устанавливаются или декларируются, какъ обязательныя, повелительныя нормы, выражающія требованія о соблюденіи ихъ. Проектирование этихъ нормъ, какъ велѣній, является не созданіемъ фантазмовъ, а синтезомъ опредѣленныхъ нормативныхъ явленій соціальной жизни.

Какъ и всѣ этическія нормы, право представляетъ собой нормы, опредѣляющія должный порядокъ человѣческихъ отношеній. Поскольку норма, сознаваемая личностью, выражаетъ личное ея убѣжденіе о должномъ, мы говоримъ о внутренней (интуитивной) нормѣ личности, поскольку же норма должнаго дается личности извнѣ въ томъ смыслѣ, что указанія относительнаго поведенія лица исходятъ отъ другихъ лицъ, выражаются въ правилахъ другихъ личностей, общественной группы или организованной общественной власти—такія нормы являются въ этомъ смыслѣ объективными, внѣшними для личностей нормами должнаго. Для этого дѣйствія нами самими образованной нормы достаточно дѣйствія однихъ психологическихъ законовъ нашего существа. Норма же, возникшая у другихъ лицъ, мо-

¹⁾ Петражицкій. Теорія права т. I, стр. 83 сл.

жетъ оказать на насъ дѣйствіе прежде всего лишь въ томъ случаѣ, если она стала намъ извѣстна. Нужно, значить, чтобы такая норма была такъ или иначе обнаружена, т. е. выражена въ словахъ или дѣйствіяхъ. Следовательно, чтобы чужая норма могла служить болѣе или менѣе постояннымъ мотивомъ нашего поведенія, она должна позитивироваться, быть проявленной извнѣ, найти свое выраженіе въ фактахъ, быть объявленной, записанной, примѣняться постоянно на дѣлѣ (законы, обычное право, общественные нравы, судебныя рѣшенія, договоры). Внутренняя норма можетъ объективироваться, т. е. сдѣлаться внѣшней нормой для другихъ людей, если она позитивируется, т. е. получаетъ определенное выраженіе во внѣшнемъ мірѣ.

Въ этомъ и заключается такъ называемая объективированіе и позитивація нормъ, и въ такомъ объективированіи нормъ права нѣтъ никакихъ наивныхъ фантазмъ, а лишь синтезъ явленій. Тутъ нѣтъ никакой матеріализаціи самихъ нормъ, какъ какихъ то вещей внѣшняго міра.

Признаніе психологическаго и идеальнаго характера права мы видимъ и у тѣхъ юристовъ, которыя вполне сознательно конструируютъ право, какъ императивы, нормы, и въ то же время какъ нѣкую объективную силу, определяющую поведеніе людей, какъ комплексъ императивовъ, призванныхъ покорять противящихся имъ, и создающихъ отношенія управомоченности и связанности.

„Право, говоритъ Еллинекъ, ведетъ двойную жизнь. Съ одной стороны, поскольку оно фактически примѣняется, право является одной изъ социальныхъ силъ, воздействующихъ на конкретную жизнь народа: съ другой стороны, оно является совокупностью нормъ, предназначенныхъ къ осуществленію къ переходу въ дѣйствіе. Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ право принадлежитъ не къ области бытія, но долженствованія и состоитъ изъ понятій и положеній, которыя даютъ не познаніе дѣйствительности, но ея оцѣнку, сужденіе объ ней... Хотя дѣйствительность есть предположеніе

права и почва, на которой оно должно постоянно испытываться, но право само по себе имеет идеальный характер, правовая норма, как таковая, существует только мысленно¹⁾.

„Источником права, говорит Hold. v. Ferneck, являются постоянные расположения воли, чувств и суждений, которые проявляются в действующем лице, в качестве тенденции действовать определенным образом, а в кругу зрителей проявляются в том, что это действие вызывает у них одинаковую реакцию чувства и мысли, которая в свою очередь выражается в суждениях и действиях; ссылки на наличность общего „правового чувства“, правосознания, констатируют этот комплекс явлений“, и если право всегда есть нечто субъективное, в том смысле, что представляет собою не нечто, реально данное, существует не вне людей, но всегда в них самих, представляет собой содержание сознания, то в то же время оно является реальной функцией, частью эмпирического процесса, совершающегося в самом человеке, все равно, проявляется ли право, как чисто субъективная сила, или правосознание в добровольном действии, выражающем это правосознание, или выступает, как строго объективная сила, как императивы, приводящие к личности как бы извне и детерминирующие в противящейся личности ее волевые акты, которые без этого не последовали бы²⁾. То обстоятельство, что юристы формулируют понятие о праве, как нормах, императивах, берут таким образом во внимание как бы лишь объективное право, не включает в себя, по справедливому замечанию Hold. v. Ferneck'a, недозволенного формализирования, якобы упускающего из виду субъективную сторону права, и объясняется тем, что те-

¹⁾ Iellinek D. Recht d. mod. Staates т. I, стр. 123. Философское объяснение существа норм см. Windelband, Präjudien II Ausgabe 1903, Normen und Naturgesetze.

²⁾ См. Hold. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit B. I 1903, стр. 1 - 15.

орія імперативовъ истекаєть дедуктивнимъ путемъ непосредственно изъ изученія права. Положеніе, что право, какъ объективная сила, есть именно мотивъ въ противящемся обязанномъ лицѣ, тождественно съ положеніемъ: право—комплексъ імперативовъ. Обязанность есть ничто иное, какъ продуктъ імператива во внутреннемъ существѣ человѣка. Достоинство ученія о правѣ какъ імперативахъ и состоитъ въ томъ, говоритъ Н. v. Ferneck., что, исходя изъ единого основанія, облегчаетъ приведеніе въ порядокъ всей той массы явленій, которыми занимается юриспруденція. Нормы, какъ справедливо замѣчаетъ Циттельманъ, представляютъ собой матеріаль, изъ котораго строятся всѣ правовыя институты, и только онѣ однѣ могутъ привести къ сознательному единству всю правовую систему ¹⁾.

Впрочемъ, проф. Петражицкій также относитъ къ праву своеобразныя імперативныя нормы, именно імперативно-аттрибутивныя нормы, но признаєть ихъ лишь идеологическими, интеллектуальными дополненіями своеобразныхъ правовыхъ моторныхъ возбужденій, эмоціональными проэціями или фантазмами ²⁾, и утверждаетъ, что понятіе права выражается не нормами, а вообще своеобразными этическими, імперативно-аттрибутивными переживаніями. „Специфическая природа права, нравственности, эстетики, ихъ отличіе отъ другихъ переживаній, лежитъ не въ области интеллектуальнаго, а въ области эмоціональнаго, импульсивнаго состава“ ³⁾.

¹⁾ См. Hold. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit B. 1, стр. 104—105.

²⁾ См. Петражицкій. Теорія права т. I § 3—4. См. особенно § 3 стр. 40 „выраженія імперативныя, імперативныя нормы, въ нашемъ смыслѣ, вовсе не означаютъ, что кто-то кому-то велитъ... Они означаютъ проэції, въ основѣ коихъ лежатъ охарактеризованныя выше моторныя возбужденія, сходныя съ моторными возбужденіями, вызываемыми обращенными къ намъ повелѣніями и запрещеніями, и могущія быть названы імперативными эмоціями или импульсіями“.

³⁾ Петражицкій *ib.* стр. 81.

Намъ собственно непонятно, почему именно специфическая природа права должна быть отыскиваема не въ области интеллектуальной, а эмоциональной. Возможно исполнѣ, что интеллектуальныя правовыя переживанія имѣють своимъ психологическимъ корнемъ своеобразныя чувства, а также двухстороннія эмоціи, указываемыя проф. Петражицкимъ ¹⁾. Психологическій корень правовыхъ явленій нѣкоторые усматривали и усматриваютъ и въ своеобразномъ „чувствѣ“ („правовомъ чувствѣ“). Такъ въ настоящее время Ленинъ утверждаетъ, что логическое или разумное не можетъ быть факторомъ первообразования (Uproduktion) права, какъ представленій правовой гармоніи. Такимъ источникомъ является психическая функція, дающая въ силу самаго своего существованія, непосредственную увѣренность въ истинности своего содержанія, не нуждающейся въ дальнѣйшихъ доказательствахъ. Функція эта состоитъ въ чувствѣ гармоніи, которое, съ этой именно стороны, мы называемъ правовымъ чувствомъ. Правовыя представленія поэтому, объясняетъ Ленинъ, характеризуются, какъ явленія чувства, а поскольку они проникаютъ въ сознаніе, мы называемъ ихъ правосознаніемъ, а со стороны непосредственной увѣренности въ ихъ истинности—правоубѣжденіемъ ²⁾. Проф. же Петражицкій находитъ корень правовыхъ явленій даже въ бессознательной эмоциональной области и относитъ къ праву и чисто эмоциональныя переживанія опредѣленнаго состава. Съ точки зрѣнія чисто психологическаго анализа

¹⁾ Не считая себя компетентнымъ для рѣшенія этого научно-психологическаго вопроса, мы не входимъ въ разсмотрѣніе теоріи эмоцій, выдвинутой г. Петражицкимъ. Въ литературѣ намъ извѣстна рѣзкая критика ея С. М. Потаповымъ научныя основы правъ стр. 45—51.

²⁾ Loening. назв. соч. стр. 26. Ср. также Windelband. Normen und Noturgesetze (въ Präludien стр. 265) относительно дѣйствія нормъ: „то, что нормы должны дѣйствовать, представляется въ эмпирическомъ сознаніи, какъ непосредственная очевидность, которая не можетъ быть абсолютно понята, а только принята... Самое же дѣйствіе нормъ—это фактъ эмпирической жизни, подлежащій объясненію, какъ и всякій другой фактъ“.

основъ права допустимо такое называніе этихъ элементарныхъ психическихъ процессовъ правовыми, подобно тому какъ не только психическія функціи, но и извѣстныя дѣйствія, соответствующія опредѣленнымъ представленіямъ о правѣ или правовымъ нормамъ называются правовыми. Но вѣдь самое представленіе о правѣ могло выработаться лишь, поскольку тѣ или другіе переживанія отражались въ сознаніи людей, и не самыя психическіе процессы или функціи человѣчество сознавало или понимало какъ право, а извѣстныя выраженія своего нормативнаго сознанія, въ соответствіе съ чѣмъ юриспруденція и конструируетъ свое понятіе о правѣ, какъ своеобразныхъ нормахъ¹⁾. Тѣмъ болѣе, что всѣ этическія, нормативныя переживанія, находятъ свое логическое выраженіе въ понятіи этическихъ и, слѣдовательно, въ частности, и правовыхъ нормъ.

Проф. Петражицкій занимаетъ еще особое положеніе въ юриспруденціи и въ отношеніи ученія о социальной природѣ права. Признавая, что право является проявленіемъ психической жизни личностей, какъ она опредѣляется условіями ихъ социальной жизни, общеніемъ людей, ихъ взаимодѣйствіемъ, современные ученые признаютъ, что право, какъ продуктъ социальной жизни, имѣетъ социальную массовую, коллективно-психологическую природу²⁾. На иной точкѣ зрѣнія стоитъ проф. Петражицкій. Рѣшительно заявляя, что право есть реальное явленіе психическаго характера, протекающее лишь въ психикѣ отдѣльной личности и только тамъ, онъ утверждаетъ, что „природа этого явленія не измѣняется отъ того, происходитъ ли что-либо иное гдѣ либо между индивидами, надъ ними, въ психикѣ другихъ индивидовъ, или нѣтъ, существуютъ ли другіе индивиды“... что „вообще всякое право, всѣ правовыя явленія... представ-

¹⁾ Ср. по этому вопросу также Шершеневичъ. Курсъ русскаго гражданскаго права т. I.

²⁾ См. напр. Hold. v. Ferneck назв. соч. стр. 1—15.

ляются собою чисто и исключительно индивидуальныя явления“¹⁾.

Правовыя явленія могутъ быть въ психикѣ человѣка находящагося и внѣ всякаго общенія съ другими людьми, и являются правомъ, точно также какъ радости, печали, мысли человѣка, не переставали бы быть радостями, печальми, мыслями, вельдствие его одиночества“²⁾.

Это воззрѣніе проф. Петражицкаго на исключительно индивидуальную природу правовыхъ явленій неизбѣжно вытекаетъ, какъ это онъ самъ замѣчаетъ, изъ его психологической точки зрѣнія на право³⁾, отождествленія правовыхъ явленій съ присущими человѣку эмоціональными переживаніями и психическими функціями подобно тому, какъ изолированныя субъекты естественнаго права и даже животныя обладали своими естественными свойствами—правами, независимо отъ всякаго общества.

Но переживанія субъектовъ, которыя г. Петражицкій называетъ правовыми, имѣя притязательно обязательную природу, всегда, какъ таковыя, предполагаютъ извѣстное соотношеніе между субъектами. По самой природѣ своей они не могли возникнуть у совершенно изолированнаго человѣка, и если и существуютъ у изолированнаго человѣка, на примѣръ переселившагося на необитаемый островъ, то лишь потому, что возникли въ немъ ранѣе, когда онъ жилъ въ сообществѣ съ подобными ему, если не передались наследственно, какъ передаются социальныя инстинкты.

Вообще выясненіе психологической природы права путемъ изученія исключительно индивидуальныхъ переживаній и психическихъ свойствъ, процессовъ индивидуальной психики, внѣ социальныхъ условий и вліяній, опредѣляющихъ характеръ этихъ переживаній и содержаніе ихъ у индивидовъ⁴⁾,

¹⁾ Петражицкій. Теорія права т. I, стр. 99 сл.

²⁾ Петражицкій ib. стр. 101—102.

³⁾ Назв. соч. стр. 102.

⁴⁾ См. Wundt. System der Philosophie 1897 стр. 612 сл. (Allgemeiner Begriff des Gesamtgeistes).

какъ членовъ общенія, соціально-психическихъ проявленій жизни, представляется намъ столь же спекулятивной попыткой разрѣшить всесторонне проблему права, какъ и выясненіе существа права представителями естественно-правовой доктрины на основѣ соображеній о чувственно-разумной природѣ индивида, разсматриваемаго въ дообщественномъ состояніи ¹⁾). Индивидъ, психическія переживанія котораго изучаетъ г. Петражицкій, живетъ въ обществѣ. А общество, какъ это давно замѣчено изслѣдователями, вызываетъ въ психической жизни явленія, которыя не могутъ быть объяснены лишь какъ явленія индивидуально-психологическія. „Общество, въ смыслѣ психическаго взаимодействія, вызываетъ въ сознаніи индивида психическія состоянія, которыя имѣютъ совершенно гетерогенную природу, и совокупность которыхъ образуетъ особую область специфически соціальныхъ функцій ²⁾“.

Мы должны были особенно остановиться на воззрѣніяхъ г. Петражицкаго, такъ какъ они занимаютъ исключительное мѣсто среди современныхъ ученій о правѣ и рѣзко расходятся съ ними. Указанныя выше и другія разногласія наши съ этимъ ученымъ, посвятившимъ себя болѣе, чѣмъ кто-либо другой изъ представителей современной юриспруденціи,

¹⁾ Правильно замѣчаетъ г. Потаповъ. Научныя основы права стр. 20: „Материаломъ для опредѣленія существа права не могутъ быть одни наши психическіе акты и субъективные ощущенія: взятыя изолированно отъ внѣшнихъ обстоятельствъ, эти данныя сами по себѣ слишкомъ недостаточны, чтобы дать понятіе о правѣ, какъ явленіи общественной жизни, такъ какъ представляютъ собой не причину его, т. е. не всю совокупность предшествующихъ, за которыми явленіе неизмѣнно или безусловно слѣдуетъ (Мильль), а лишь одно изъ условий“.

²⁾ Kistiakowski. Gesellschaft und Einzelwesen. 1899 s. 49—50. См. также замѣчаніе его о дѣйствіи общественныхъ нормъ (стр. 190), что „съ чисто генетической точки зрѣнія и дѣйствіе вышенаго продукта соціальной связи, т. е. сознаніе каждаго велѣнія и каждой нормы, слѣдуетъ основывать на чисто психологическомъ основаніи общественнаго чувства хотѣнія“. Ср. также Хвостовъ. Этюды по современной этикѣ 1908, стр. 192 сл. Ученіе проф. Петражицкаго о правѣ и нравственности.

выясненію существа права, не предрѣшаютъ однако признанія нами его опредѣленія права неправильнымъ. Такъ какъ то понятіе права, которое формулируетъ проф. Петражицкій не находится въ необходимой связи съ предпосылками его психологической теоріи и предлагаемымъ имъ методомъ образованія классоваго понятія права—именно не считается съ словоупотребленіемъ и установившимися общими представленіями о правѣ.

Его опредѣленіе права, какъ притязательно—обязательныхъ переживаній, можетъ быть выведено и независимо отъ изслѣдованія эмоциональной стороны человѣческой психики, съ другой же стороны, самое отнесеніе Петражицкимъ къ разряду правовыхъ переживаній, нормъ, имѣющихъ атрибутивно-императивный характеръ, вытекаетъ изъ заранѣе составившагося у него представленія о правѣ, которое въ огромной мѣрѣ навѣрно было обыденнымъ словоупотребленіемъ, какъ это доказываютъ и ссылки Петражицкаго на близость его классификаціи къ той классификаціи, которая имѣется въ обыденномъ, „общенародномъ словоупотребленіи“ и даже законодательныхъ источникахъ ¹⁾.

Исходя изъ указанныхъ выше соображеній, попытаемся выяснить, какое классовое понятіе права, необходимое для отграниченія правовыхъ явленій отъ всѣхъ прочихъ, наиболѣе соответствуя исторически образовавшимся кореннымъ представленіямъ о правѣ, въ то же время удовлетворяетъ задачамъ научной юриспруденціи.

§ 22. Опредѣленіе права.

Мы сказали выше, что господствующее нынѣ въ юриспруденціи воззрѣніе на право, какъ на своеобразные императивы или нормы долженствованія, вытекаетъ изъ анализа содержанія человѣческаго сознанія о правѣ, не только сознанія отдѣльныхъ индивидовъ, но и тѣхъ общественныхъ

¹⁾ См. Петражицкій. Теорія права т. I, стр. 45—59.

основныхъ представленийъ о правѣ, какъ нормативномъ порядкѣ отношеній, которая раскрываетъ исторія правовопониманія различныхъ народовъ. Научное правовѣдѣніе, которое разсматриваетъ и стремится понять природу права, какъ своеобразнаго явленія реальной общественной жизни, признаетъ право именно явленіемъ, имѣющимъ психологическую природу, независимо отъ того объясняютъ ли эту природу данными индивидуальной психологіи, или массовой коллективной психологіи. Задача опредѣленія права состоитъ въ выясненіи существенныхъ отличительныхъ признаковъ, указывающихъ то своеобразіе права, которое позволяетъ выдѣлить его въ особый видъ императивовъ или нормъ и образовать такимъ образомъ классовое понятіе права (путемъ т. наз. *definitio per genus et differentia specifica*).

При образованіи такого понятія права шли обыкновенно двумя путями: или спекулятивнымъ путемъ, на основаніи апріорныхъ данныхъ сознанія права, устанавливали формулу права, какъ критерій распознаванія права. Этимъ путемъ шла философія естественнаго права: или же, какъ это мы видимъ въ позитивномъ правовѣдѣніи, пытались выяснить специфическую природу права путемъ предварительнаго изученія свойствъ тѣхъ явленій, относительно правового характера которыхъ не было сомнѣнія, которыя по общему признанію являются правовыми и именуется правомъ, и затѣмъ сопоставленія этихъ свойствъ съ свойствами другихъ, имѣющихъ также нормативный характеръ, явленій, относимыхъ въ силу общаго признанія къ другимъ классамъ, какъ то нравственности, а также религіи, правовъ, т. наз. конвенціональныхъ правилъ; впрочемъ, по справедливому указанію нѣкоторыхъ изслѣдователей, религіозные императивы, далѣе т. наз. нравы и конвенціональныя правила представляютъ собою явленія сложнаго состава, природа которыхъ существенно не отличается отъ природы нравственныхъ и правовыхъ явленій, а потому и не можетъ служить основаніемъ для выдѣленія ихъ въ особые классы

императивовъ. Такъ проф. Петражицкій совершенно правильно указываетъ на то, что выдѣленіе „правовъ“ въ особую категорію нормъ должнаго не имѣетъ достаточныхъ основаній, такъ какъ нравы являются самымъ общимъ понятіемъ, охватывающимъ всевозможныя позитивныя правила поведенія; сюда именно относится и обычная нравственность (самое названіе нравственности произошло отъ слова „нравы, вслѣдствіе того, что на низшихъ степеняхъ культуры народная нравственность имѣетъ по преимуществу позитивный характеръ со ссылкой на обычаи предковъ); къ нравамъ относятся и обычно-правовыя нормы и эстетическія нормы, различныя утилитарныя оппортунистическія правила поведенія ¹⁾.

Также и религія обнимаетъ собой, какъ правильно доказываетъ профес. Петражицкій ²⁾, всевозможныя психическія переживанія практическаго (касающагося надлежащаго поведенія) и чисто теоретическаго свойства (состояща въ вѣрѣ въ сверхъестественныя божественныя существа и ихъ отношенія къ людямъ). Въ числѣ разнородныхъ элементовъ религіи имѣются и разныя практическія сужденія и правила поведенія, въ томъ числѣ этическія и правовыя (сакральное право). Къ этому слѣдуетъ добавить, говоритъ проф. Петражицкій, что разныя религіозныя правила покоятся въ то же время на правахъ, традиціяхъ, а потому разныя „нравы“ могутъ имѣть и имѣютъ сакральный характеръ, бываютъ религіозными нормами. Съ этими замѣчаніями слѣдуетъ вполне согласиться, тѣмъ болѣе, что исторія показываетъ намъ, что первоначально всѣ нормы человеческого поведенія имѣли религіозный характеръ, а съ послѣдующей дифференціаціей различныхъ императивовъ, выдѣленіе религіозныхъ нормъ въ особый классъ произошло не вслѣдствіе установленія какого-либо свое-

¹⁾ Петражицкій. *Очерки философіи права* В. I 1900, стр. 91, пр. 1. Его же. *Теорія права* т. I, стр. 243 сл.

²⁾ *Теорія права*, стр. 244 сл.

образія ихъ природы по сравненію съ императивами права и нравственности (такъ какъ и теперь говорятъ о религіозныхъ правахъ и нравственности), а въ силу признанія тѣхъ или другихъ нормъ имѣющими санкцію религіи, признанія ихъ божественнаго происхожденія или квалифицированной авторитетности, обусловленной вѣрою въ величіе и святость божества или божествъ.

Мы указывали уже, какова была постановка вопроса о существѣ права у изслѣдователей различнаго направленія и воззрѣнія на право различныхъ ученыхъ. Мы отмѣтили то затрудненіе для образованія научнаго понятія права, которое вытекало изъ чисто спекулятивныхъ приѣмовъ опредѣленія права и того кореннаго дуализма въ правопониманіи, которое приводило къ раздвоенію права на два весьма различныхъ по своей природѣ вида: право естественное или раціональное и право положительное. Этимъ объясняется чрезвычайное разнообразіе субъективныхъ воззрѣній на право писателей естественноправовой доктрины и то обстоятельство, что ихъ опредѣленія права, поскольку въ нихъ стремились объять право вообще, т. е. не только естественное, но и положительное, отличались крайней общностью, въ которой совершенно расплывались отличительныя черты права, и, когда имѣли именно въ виду отгнать эти черты, то получалось искусственное и противорѣчивое сочетаніе принциповъ идеальнаго права или естественнаго съ тѣми или другими, абстрагированными отъ явленій положительнаго правопорядка, чертами.

Это подрывало діагностическое значеніе такихъ опредѣленій права ¹⁾.

Проблема правоваго идеала заняла въ естественноправовой доктринѣ центральное мѣсто, и въ своихъ опредѣле-

¹⁾ Такими напримѣръ опредѣленія права у Томазія и Канта (см. выше стр. 31 сл. и 35 сл.), соединяющія принципы идеальнаго права (справедливости у Томазія и равной свободы у Канта) съ принудительностью, внѣшней повелительностью и государственностью.

ніяхъ права писатели естественноправовой доктрины даже часто принимали въ общемъ опредѣленія, абстрагированныя юристами отъ явленій положительнаго правопорядка, или, хотя и рѣшительно протестовали и протестуютъ противъ суженія области правовыхъ явленій областью положительнаго права, но, за немногими исключеніями, о чемъ мы уже говорили, воздерживаются отъ указанія опредѣленнаго критерія для распознаванія правовыхъ явленій.

Съ другой стороны, юристы позитивнаго направленія, ограничивъ область правовыхъ явленій положительнымъ правопорядкомъ, признавали правомъ и изслѣдовали какъ таковое лишь исторически образующіяся, въ дѣйствительной соціальной жизни дѣйствующія въ качествѣ общеобязательныхъ, нормы и опредѣленныя въ нихъ отношенія. Но такъ какъ терминъ „положительное право“ далеко не отличается ясностью ¹⁾, то юристы при изслѣдованіи существа положительнаго права *или, такъ сказать, проторешнымъ путемъ традиціоннаго отнесенія къ положительному праву опредѣленныхъ формъ права, законодательства, обычнаго права и судебной практики (поскольку послѣднюю признають самостоятельнымъ источникомъ права) и международнаго*

¹⁾ Образовавшееся на почвѣ противопоставленія двухъ видовъ права, естественнаго, вытекающаго изъ природы и высшаго разума, и искусственнаго, установленнаго, положеннаго людьми и примѣняемаго властью, права („положительное право“), терминъ этотъ съ теченіемъ времени получилъ значеніе исторически закономѣрно возникающаго и измѣняющагося права, дѣйствующаго, реально существующаго права, и даже нѣкоторыми сводится *лишь къ праву, установленному и признанному государственною властью* (что вызвало и извѣстныя контroversы, слѣдуетъ ли относить къ положительному праву обычное право и международное). Измѣненія въ возрѣніяхъ на естественное право въ огромной мѣрѣ полорвали прежнія значенія различій между указанными видами права. Положительное право начинаютъ опредѣлять какъ общественныя нормы права, выражающіяся въ законодательствѣ, обычаяхъ, судебной практикѣ, какъ объективированное правосознаніе въ противоположность „свободно развивающемуся субъективному правосознанію“ (см. напр. Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права 1891, стр. 275 сл.). Проф. же Петражицкій, для котораго

права, при чемъ признаніе послѣдняго правомъ является для нѣкоторыхъ юристовъ все еще *petitio principii* ¹⁾).

При помощи того или другого изъ указанныхъ способовъ образованія понятія права было формулировано множество опредѣленій права, которыя обыкновенно классифицируются по тому признаку, въ которомъ усматривается своеобразіе права. Такимъ образомъ были формулированы опредѣленія права по содержанию нормъ, по источнику происхожденія нормъ, по характеру и функціямъ правовыхъ нормъ.

Ни одно изъ этихъ опредѣленій, какъ извѣстно, не нашло общаго признанія, и менѣе всего въ настоящее время признается возможнымъ опредѣлять право по своеобразію его содержания. *Опредѣленіе права по содержанию* сводится къ установленію принципа, лежащаго въ основѣ содержанія всякаго права и отличающаго его отъ содержанія другихъ нормъ. Именно писатели естественноправовой доктрины, устанавливая свои абсолютные принципы права, опредѣляющіе содержаніе его, исходили изъ нихъ, какъ общихъ критеріевъ права, притомъ критеріевъ не только оцѣнки права, но и распознаванія его своеобразной природы. Таковъ былъ особенно принципъ свободы, характеризующій содержаніе права, и опредѣленіе права, какъ нормъ свободы. Впрочемъ, какъ это справедливо указано, когда юридическія нормы признають нормами свободы, то въ отношеніи положительнаго

все право есть исключительно индивидуально психическое переживаніе, опредѣляетъ положительное право, какъ „императивно-атрибутивные переживанія индивида, въ составъ коихъ имѣются представленія нормативныхъ фактовъ, какъ основаній обязательности“, или право, „содержаніе котораго опредѣляется воспріятіемъ внѣшнихъ фактовъ“. См. Пегражичкій. Теорія права т. II, стр. 468—476 и стр. 511 сл., при чемъ онъ относитъ къ позитивному праву цѣлый рядъ видовъ позитивнаго права, не относимыхъ современнымъ правовѣдніемъ къ этому праву.

¹⁾ Попытку описать формы права, собственно положительнаго права, мы находимъ уже въ институціяхъ Гая *Inst. I, 2—8. Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum, edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium...*

права ихъ признають таковыми не въ томъ смыслѣ, будто всѣ онѣ являются послѣдовательными выводами изъ начала свободы, а въ томъ, что онѣ ограничиваютъ свободу человека, являются ея мѣрой ¹⁾. Въ такомъ случаѣ мы видимъ уже переходъ отъ содержанія права къ его функціи. Если оставить идеалистическое опредѣленіе права, какъ закона равной свободы, относящееся собственно къ идеальному праву, а взять весьма распространенное опредѣленіе права, какъ нормъ, предоставляющихъ или ограничивающихъ такъ или иначе свободу (внѣшнюю свободу), то оно правильно, поскольку указываетъ одну изъ существенныхъ функцій права, но это—функція общая съ правомъ у всѣхъ вообще императивовъ. Несколько не помогаетъ при этомъ добавляемое нѣкоторыми указаніе на то, что право есть именно *внѣшняя* свобода, предоставленная или ограниченная нормой, или нормы, предоставляющія и ограничивающія внѣшнюю свободу, такъ какъ несомнѣнно, что и всѣ другіе императивы, обязывая личность, связываютъ не только ее во внутреннемъ настроеніи, но и во внѣшнемъ проявленіи его, запрещая напримѣръ убійство, воровство, и всякое проявленіе зла во внѣшнемъ мірѣ. Въдѣ и право связываетъ прежде всего личность, дѣйствуя какъ мотивъ въ ее психикѣ, и далѣе правовые законы имѣли въ виду часто и имѣють въ виду иногда и въ настоящее время даже только внутреннее настроеніе личности. Сторонники такого опредѣленія права, какъ нормъ свободы, не отрицая совпаденія содержанія правовыхъ и нравственныхъ нормъ, возражаютъ, что это означаетъ лишь то, что нравственность и право—вовсе не исключаютъ другъ друга сферы, а могутъ совпадать: нравственная норма—быть въ то же время и правовой; но такое возраженіе отнюдь несколько не объясняетъ, въ чемъ же именно состоитъ специфическая особенность

¹⁾ Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права 1894, стр. 60. У него же на стр. 59, пр. I примѣры различныхъ опредѣленій права, какъ нормъ свободы.

правовыхъ нормъ, а, напротивъ, подтверждаетъ невозможность разграниченія права и нравственности по содержанию ихъ императивовъ. Еще менѣе удачны и опредѣленны формулы права, сводящія своеобразіе его содержанія къ предназначенію нормъ для опредѣленныхъ цѣлей, къ усовершенствованію общества, гармоническому развитію личности, примиренію равенства и свободы, осуществленію справедливости и служенію другимъ идеальнымъ цѣлямъ, которыя такъ же могутъ быть приписываемы другимъ императивамъ и реализоваться путемъ воздѣйствія этихъ императивовъ на человѣческую психику. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ теоріи, пытающіяся опредѣлить специфическую природу права по содержанію его императивовъ, являются въ существѣ дѣла не объясненіемъ дѣйствительной природы права, а построеніемъ идеальнаго содержанія права, установленіемъ правоваго идеала. Мы дали уже выше оцѣнку этихъ ученій и указали также на то измѣненіе, которое произошло въ идеалистическихъ ученіяхъ о правѣ, представители которыхъ теперь подтверждаютъ сами, что они имѣютъ въ виду не выясненіе природы дѣйствительно существующаго права, а лишь установленіе формальнаго идеальнаго критерія его, правильнаго въ своемъ содержаніи права, какъ правоваго идеала съ исторически измѣнчивымъ содержаніемъ (Штаммлеръ).

Развитіе научнаго пониманія выяснило разнообразіе и историческую измѣнчивость содержанія различныхъ императивовъ, дѣйствующихъ въ соціальной жизни, взаимообусловленность и частое совпаденіе ихъ цѣлей и содержанія. Отсюда вытекаетъ невозможность найти въ этомъ текучемъ и измѣнчивомъ содержаніи различныхъ императивовъ, въ ихъ матеріальной сторонѣ, указаніе на ихъ специфическую природу. Въ частности, обусловленность содержанія правовыхъ императивовъ господствующими въ данной общественной средѣ, нравственными воззрѣніями и совпаденіе ихъ съ тѣми-же элементарными нормами нравственности привело

даже къ крайне обобщенной характеристикѣ права, какъ нравственнаго минимума ¹⁾.

Теорія эта, до крайности сближающая право съ нравственностью, утрирующая совпаденіе его съ содержаніемъ нравственныхъ нормъ, тѣмъ не менѣе ясно показываетъ невозможность отдѣлнить право отъ нравственности на основѣ ихъ содержанія. Вотъ почему огромное большинство юристовъ ищетъ въ настоящее время специфическую природу права въ формальныхъ его свойствахъ ²⁾.

Обыкновенно же юристы, пытающіеся еще въ настоящее время опредѣлить существо права, исходя изъ его содержанія, не ограничиваются однако лишь этимъ, а въ свое опредѣленіе права вносятъ цѣлый рядъ другихъ признаковъ, какъ то, наиримѣръ, указанія на тѣ или другія своеобразныя соціальныя функціи права или еще на его особый источникъ ³⁾.

¹⁾ См. особенно Feilinek въ одномъ изъ первыхъ его трудовъ Die Sozialethische Bedeutung von Recht Unrecht und Strafe 1878. На стр. 13 Feilinekъ, между прочимъ, такъ опредѣляетъ право: „право есть нечто иное, какъ этическое минимумъ. Объективно оно представляетъ собою условія сохраненія общества, поскольку они зависятъ отъ человеческой воли, т. е. такимъ образомъ минимумъ (Existenzminimum) этическихъ нормъ; субъективно же право является минимумомъ нравственныхъ жизнедѣятельности и настроеній, требуемыхъ членами общества“.

²⁾ Ничто иное, какъ повтореніе старыхъ неудачныхъ попытокъ выяснить существо права, исходя изъ опредѣленнаго критерія его содержанія, именно своеобразной гармоніи, правильности его, представляетъ собой указанное выше, опредѣленіе сущности права Ленингомъ. „Das Recht erscheint dadurch als Recht, dass sein Inhalt sich seinem Tatbestand anpasst, sich als die diesem Tatbestand entsprechende Folge an ihn anschliesst (Löning. Über Wurzel und Wesen des Rechtes“ стр. 23). Между тѣмъ самъ Löningъ признаетъ возможность несоответствія такому опредѣленію содержанія положительнаго права.

³⁾ Такъ, напр. Mirnesco, L'idée du droit et l'école anglaise. Paris 1905 считаетъ исходнымъ началомъ идеи права законную защиту личности, какъ первую основу права, и опредѣляетъ право на стр. 36, „Ainsi les droits ne seraient que les intérêts socialement protégés et limités dans leur liberté“, а на стр. 56, „право въ цѣломъ представ-

Опредѣленія права по источнику имѣютъ въ виду указать тотъ источникъ, отъ котораго, по крайней мѣрѣ формально, исходятъ правовыя нормы въ отличіе отъ всѣхъ другихъ императивовъ, такъ что именно исхожденіе нормъ отъ даннаго источника тѣмъ самымъ превращаетъ ихъ въ правовыя. Это опредѣленіе права нашло широкое распространеніе въ юриспруденціи положительнаго права.

Такимъ источникомъ одни признаютъ общество, другіе еще болѣе специализируютъ этотъ источникъ, признавая имъ лишь особую форму общественной организаціи — государство. Особенно опредѣленіе права какъ государственныхъ нормъ пользуется успѣхомъ среди современныхъ юристовъ. При этомъ признаціе общества или государства источникомъ права формулируется различнымъ образомъ. Общество или государство признаются не только творцами обязательности нормъ права, но и самого содержанія ихъ, такъ что право опредѣляется какъ обязательныя нормы, установленныя обществомъ или органами государственной власти, или же общество и государство признаются источникомъ права, не въ смыслѣ творчества содержанія права, а въ томъ смыслѣ, что какимъ бы то ни было путемъ образовавшіяся нормы обращаются въ правовыя лишь въ силу признанія ихъ обязательности обществомъ или государствомъ, въ силу чего онѣ превращаются въ общеобязательныя нормы. Последнее опредѣленіе права какъ нормъ, конхъ обязательность признана обществомъ или органами государства, явилось поправкой перваго опредѣленія права, т. е. какъ нормъ, установленныхъ (и въ содержаніи своемъ) обществомъ или государствомъ. Поправка эта признается необходимой, такъ какъ иначе пришлось бы отвергнуть правовой характеръ цѣлаго комплекса нормъ, являющихся по общему убѣжденію правовыми и дѣйствующихъ подъ этимъ

лиеть „l'ensemble des conditions qui assurent l'existence de l'individu, facilitent son adaptation au milieu social par la garantie de la liberté necessaire“.

именованіемъ. Таковы, прежде всего, тѣ нормы обычнаго права, содержаніе которыхъ вырабатывается совершенно независимо отъ государства, и притомъ обычаи хотя и возникаютъ въ условіяхъ соціальной жизни, но содержаніе ихъ, какъ это доказано новыми изслѣдователями, первоначально складывается на основѣ поведения и самопредѣленія отдѣльных личностей и лишь затѣмъ получаютъ общее значеніе новальныхъ обычаевъ¹⁾.

Но и ученіе о правѣ, какъ о нормахъ, признанныхъ государствомъ въ качествѣ обязательныхъ, хотя бы они были созданы и не имъ самимъ, встрѣчаетъ основательныя возраженія, что несмотря на все могущество государства и монополизацию имъ верховнаго регулированія соціальной жизни, въ немъ существуютъ теперь, какъ и прежде, общественныя группы, живущія въ извѣстныхъ отношеніяхъ по совершенно независимому отъ государства и его органовъ праву²⁾.

Большое затрудненіе для юристовъ, опредѣляющихъ право, какъ нормы, установленныя или признанныя обязательными государствомъ доставляетъ и международное право, такъ какъ, поскольку тѣ или другія нормы его сложились

¹⁾ См. Сергѣевичъ. Лекціи по исторіи русск. права 1890, стр. 10 сл. Въ частности, о роли подражанія въ образованіи общихъ нормъ см. Tarde. *Les transformations du droit*. 1893.

²⁾ См. изъ новѣйшихъ особенно сочин. Ehrlich. *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts* 1907. Ehrlich доказываетъ существованіе общественнаго обычнаго права, независимаго отъ государства даже въ современныхъ государствахъ. Таково право трестовъ, картелей... „Современный общественный порядокъ, замѣчаетъ этотъ ученый, есть продуктъ великихъ общественныхъ силъ, которыя государствомъ и его правомъ сдерживаются и направляются, но не подавляются, и не могутъ быть подавлены или уничтожены, такъ какъ общественныя силы суть элементарныя силы, а то, что исходитъ отъ государства, даже создаваемое имъ право, есть только твореніе человѣческихъ рукъ (Ehrlich, стр. 41 сл.). См. также его возраженія (стр. 28) противъ Lambert (*La fonction du droit civil comparé* 1903), придающаго почти исключительную роль въ образованіи обычнаго права судебнымъ рѣшеніямъ, судебной практикѣ.

путемъ международныхъ договоровъ, онѣ, очевидно, имѣютъ своимъ основаніемъ не установленіе или признаніе ихъ обязательнымъ какимъ-либо отдѣльнымъ государствомъ, а совокупностью государствъ; ихъ обязательная сила покоится на согласномъ убѣжденіи членовъ международного общенія, или, какъ говорятъ еще, на общей или совокупной ихъ волѣ¹⁾, но не на признаніи или одностороннемъ установленіи отдѣльнаго государства. И если и каждое отдѣльное государство участвуетъ въ установленіи общеобязательныхъ нормъ международныхъ отношеній или и съ своей стороны признаетъ эти нормы обязательными, то оно все же не является само по себѣ источникомъ, отъ котораго нормы эти исходятъ и отъ коего онѣ получаютъ свою обязательность. При утвержденіи, что право всегда исходитъ отъ государства для подчиненныхъ ему, а это собственно и утверждаютъ сторонники государственной теоріи права, приходится логически отвергнуть существованіе права для самого государства. такъ какъ государство само себѣ отнюдь не подчинено, а тѣмъ болѣе международное право и право церковное, какъ особья области права. Это собственно и дѣлаютъ послѣдовательные сторонники исключительно государственной теоріи права, впадая такимъ образомъ въ полное противорѣчіе не только съ общеустановившейся терминологіей, или же путемъ крайнихъ натяжекъ относятъ международное право и все церковное право къ области внутренняго государственнаго права²⁾.

Сторонникамъ опредѣленія права, какъ государственныхъ нормъ, далѣе справедливо возражаютъ, что въ ихъ опредѣленіяхъ права черезъ государство заключается *restitutio principii*, такъ какъ государство само предполагаетъ наличность сложной системы юридическихъ нормъ, а научное понятіе государства предполагаетъ научное опредѣленіе

¹⁾ См. Листъ. Международное право р. пер. 1902, стр. 9.

²⁾ См. нашу работу. Суверенитетъ 1903, стр. 299—309, 397 сл.

права¹⁾. Это совершенно правильное замѣчаніе²⁾, но сторонники учения о правѣ, какъ государственныхъ нормахъ, пытаются обойти это возраженіе крайнимъ расширеніемъ понятія государства, подводя подъ него даже первоначальныя формы общественности, и ссылкою на то, что государство первоначально возникаетъ чисто фактическимъ путемъ, и лишь впоследствии приходитъ организующее дѣйствіе права. Такой отвѣтъ однако не можетъ быть убѣдительною, такъ какъ при такомъ расширеніи понятія государства это понятіе утрачиваетъ всякую научную опредѣленность, съ другой же стороны, чисто фактическое, юридически не организованное социальное господство, можетъ имѣть лишь преходящій характеръ, государство же является постоянной, длительною организаціей. Между тѣмъ сами сторонники учения о правѣ, какъ государственныхъ нормахъ, утверждаютъ, что право является необходимымъ условіемъ для существованія государства. Болѣе правильнымъ является ученіе о правѣ, какъ общественныхъ нормахъ, но въ силу самой растяжимости понятія „общественныя нормы“, „общественно-обязательныя“ нормы, такой критерій права является вполне неопредѣленнымъ (такъ какъ и другіе императивы имѣютъ социальный характеръ).

§ 23. Ученіе о принудительности права и опредѣленіе права, какъ высшеимперативныхъ нормъ взаимоотношеній субъектовъ.

На почвѣ традиціоннаго представленія о правѣ, какъ властномъ, общеобязательномъ порядкѣ отношеній, возникло ученіе о правѣ, какъ формѣ социальнаго принужденія, и соответственно формулированіе понятія права, какъ принудительныхъ нормъ, опредѣляющихъ отношеніе членовъ обще-

¹⁾ См. напр. Петражицкій. Теорія права 1907.

²⁾ См. также нашу работу. Суверенитетъ, стр. 388 сл. о томъ, что образованіе государства предполагаетъ уже извѣстную правовую организацію общественныхъ элементовъ.

нія. Обоснованное въ старой философской литературѣ многими выдающимися ея представителями (Томазіемъ, Кантомъ, Фихте), въ новой юриспруденціи особенно развитое Іерингомъ, принятое многими выдающимися изслѣдователями въ области юриспруденціи и обществознанія, это пониманіе права является и въ настоящее время господствующимъ, несмотря на энергичную и разнообразную критику, которой подвергалось и подвергается это ученіе со стороны другихъ ученыхъ. Въ отличіе отъ опредѣленій права по источнику, пытающихся найти своеобразіе права въ своеобразіи источника, отъ коего исходятъ нормы, опредѣленія права, какъ принудительныхъ нормъ, специфической чертой права признаютъ особый характеръ или функцію его нормъ, въ силу которыхъ право является принудительной нормативной силой ¹⁾.

Ученіе, что принужденіе составляетъ существенный и отличительный признакъ правовыхъ нормъ, критерій, отличающій право отъ другихъ нормативныхъ опредѣленій, далеко не формулируется всѣми одинаково, а имѣетъ варіаціи, обусловленныя различнымъ пониманіемъ того принудительнаго характера, который присущъ праву. Всѣ эти различія можно свести къ двумъ типамъ пониманія принудительности права. Одни усматриваютъ принудительность права въ томъ, что нормы права—тѣ нормы, соблюденіе которыхъ поддерживается угрозами или непосредственнымъ причиненіемъ того или другого насилія, вреда нарушителю ихъ или противящемуся ихъ соблюденію, т. е. въ этомъ смыслѣ психическимъ и внѣшнимъ или механическимъ принужденіемъ. При этомъ, по мнѣнію однихъ, достаточно наличности фактическаго принужденія, хотя бы оно не было специально предусмотрено и предуказано самими нормами,

¹⁾ У нѣкоторыхъ, впрочемъ, опредѣленіе права, какъ принудительныхъ нормъ, соединяется съ указаніемъ и опредѣленнаго источника этихъ нормъ. Такъ Іерингъ опредѣляетъ право, какъ принудительныя нормы, установленныя государственною властью.

по мѣнѣнію же другихъ, такое принужденіе основывается на полномочіи, данномъ въ соотвѣтствующей нормѣ, такъ называемой санкціи законодателя. Такъ, изъ современныхъ юристовъ, французскій ученый Boistel въ своемъ „Курсѣ философіи права“, противопоставляя право положительное праву раціональному, пишетъ: „право положительное—это правила, формулированныя законодателемъ и санкціонированныя высшимъ принужденіемъ; право же раціональное—совокупность правилъ, которыя съ точки зрѣнія разума должны быть санкціонированы принужденіемъ“¹⁾.

Это весьма распространенное пониманіе принудительности права и сосредоточило на себѣ главнымъ образомъ критику противниковъ ученія о правѣ какъ принудительныхъ нормахъ. Было справедливо указано, что охрана правовыхъ нормъ принужденіемъ далеко не всегда связана съ ними. Многія законодательныя нормы, дѣйствующія въ государствѣ въ качествѣ правовыхъ, по общему признанію, даже тѣхъ, кто считаетъ такую охрану нормы принужденіемъ существеннымъ признакомъ права, являются правовыми, тѣмъ не менѣе онѣ не защищены и не обезпечены принужденіемъ на случай ихъ нарушенія и даже нѣтъ легальной санкціи на примѣненіе принужденія и тѣхъ или другихъ нежелательныхъ послѣдствій для нарушителя ихъ. Таковы, напримѣръ, основныя, конститутціонныя нормы, опредѣляющія государственноправовое положеніе высшихъ органовъ государства, таковы вообще встрѣчающіеся въ различныхъ отрасляхъ законодательства, несовершенные законы (*leges imperfectae*), таковы, наконецъ, и нормы междунаrodnаго права, которыя за отсутствіемъ законодателя надъ государствами лишены легальной санкціи, а фактическое воздѣйствіе на нарушителя ихъ далеко не всегда имѣетъ мѣсто, будучи обусловлено сложной наличностью политическихъ соображеній и фактическимъ соотношеніемъ силъ

1) Boistel. Cours de philosophie du droit t. I 1899, p. 1.

формально независимых другъ отъ друга государствъ. Указываютъ далѣе, что не только право, но и нормы другого порядка въ случаѣ ихъ нарушенія могутъ вызвать реакцію оскорбленнаго нравственнаго или религіознаго чувства признающихъ эти нормы и, слѣдовательно, причиненіе того или другого вреда нарушителю; и даже психическимъ принужденіемъ въ видѣ специальныхъ угрозъ (карами въ будущей и настоящей жизни) поддерживается дѣйствіе не только права, но и морали, именно положительной, религіозной морали. Вообще пониманіе права, какъ нормъ, необходимо охраненныхъ принужденіемъ, вызвало весьма энергичную и во многомъ основательную критику въ новой юридической литературѣ ¹⁾.

По большей части, однако, ученіе о принудительности права формулируется не въ томъ смыслѣ, что каждая норма права неизбежно является охраненной угрозой противъ нарушителя и влечетъ въ случаѣ своего нарушенія принужденіе, а въ томъ смыслѣ, что право „въ цѣломъ“ (а не отдѣльныхъ частяхъ) поконится на общественной силѣ, на психическомъ принужденіи, испытываемомъ индивидомъ отъ общества или органовъ общественной власти; въ частности же, та или другая норма права можетъ остаться въ силу различныхъ причинъ безъ санкціи угрозой и не навлечь какихъ либо вредныхъ послѣдствій для нарушителя, хотя она вполнѣ допускаетъ ихъ по своей природѣ ²⁾.

Но это уже существенное отступленіе, разрушающее ученіе, что охраненность каждой нормы права принужде-

¹⁾ См. Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права 1894, стр. 68 сл. Петражицкій. Очерки фил. права. Вып. I, стр. 61—83 и теорія права т. I (въ концѣ книги). Ср. также нашу работу. Нормативный характеръ права 1905, стр. 33 сл. Bierling. Jur. Principienlehre. B. I, 1894, стр. 49—57. Binding. Die Normen B. I Anhang. Thon Rechtsnorm und sub. Recht. 1875, стр. 8.

²⁾ Таково напр. ниже приводимое воззрѣніе Hold. v. Ferneck'a на принудительность права.

нiемъ является существеннымъ признакомъ права, такъ какъ оказывается, что могутъ быть нормы права и не защищенныя такимъ принужденiемъ.

Поскольку, тѣмъ не менѣе, и при такой оговоркѣ продолжаютъ утверждать, что существеннымъ признакомъ правовыхъ нормъ является принудительность нормы, то въ сущности придаютъ этой принудительности иное значенiе, именно усматриваютъ ее не въ силѣ и актахъ, направленныхъ на охрану нормъ и поддержанiе ихъ дѣйствiя, а въ томъ, что называютъ принудительностью по идеѣ, по смыслу нормы, именно въ своеобразномъ характерѣ ея обязательности. Такимъ образомъ, усматриваютъ принудительность права въ томъ, что нормы его являются внѣшними императивами, внѣшне-обязательными для опредѣляемаго субъекта нормами, обязательность коихъ не обусловлена признанiемъ нормы или убѣжденiемъ въ ея цѣнности со стороны опредѣляемой личности, подобно ея собственнымъ нормативнымъ убѣжденiямъ, а навязывается ей извнѣ внѣшнимъ авторитетомъ, убѣжденiемъ и волею другихъ о необходимомъ соблюденiи нормы.

Такъ, Меркель утверждаетъ, что положенiя права суть волеизъявленiя, направленные на руководство нашими дѣйствiями и тамъ, гдѣ они не овладѣваютъ нашею мыслью. *Stat pro ratione voluntas.*

Въ нихъ выражается воля, которая въ обществѣ проявляется, какъ власть, сила, дающая членамъ общества мотивы для соответствующаго ей указанiямъ поведенiю и въ томъ случаѣ, когда *содержанiе этихъ указанiй не соответствуетъ ихъ индивидуальнымъ интересамъ*¹⁾.

Гирке. Также другой выдающийся представитель современной науки права, Гирке, формулируетъ понятiе права, какъ „внѣшнеобязательныхъ нормъ и потому, по самой идеѣ своей, принудительныхъ границъ свободы“. II, хотя

¹⁾ А. Merkel. Jur. Encyclopädie 1900, §§ 42, 43.

Гирке, следуя исторической школѣ, видитъ въ правѣ не выраженіе чьей-либо воли, а общественнаго убѣжденія, но, при ближайшемъ разсмотрѣніи, пониманіе права Гирке не отличается существенно отъ теорій права, признающихъ последнее съ формальной стороны выраженіемъ вышшеавторитетной воли.

„Право, говоритъ Гирке, есть обнаруженное путемъ обычая или объявленное призваннымъ къ тому общественнымъ органомъ, убѣжденіе общества людей, что въ немъ существуютъ вышшія нормы воли, т. е. вышшеобязывающія, и потому по самой идее своей принудительныя границы свободы“¹⁾.

Это неудачно выраженное въ логическомъ отношеніи (такъ какъ сводится къ тавтологіи: право есть убѣжденіе общества людей въ томъ, что въ немъ существуютъ вышшеобязывающія нормы воли, т. е. право), опредѣленіе права подчеркиваетъ, что основою права является не воля, а убѣжденіе. Право, какъ совокупность вышшихъ нормъ, для свободной воли, объясняетъ Гирке, по своей сущности само не можетъ быть волей: тамъ, гдѣ воля нормируетъ волю, съ логической необходимостью вытекаетъ лишь понятіе силы. Если право должно быть обязательной вышшею нормой не только для той или другой воли, но и для воли вообще, то эта норма можетъ корениться лишь въ самостоятельной по отношенію къ волѣ духовной силѣ, а именно въ разумѣ. Поэтому право—не совокупная воля, направленная на то, чтобы нѣчто было, но совокупное убѣжденіе въ томъ, что нѣчто есть. Но такъ какъ и самъ Гирке затѣмъ заявляетъ, что по идее своей право требуетъ принужденія, и что достаточно даже одного общаго убѣжденія, что принужденіе было бы справедливо, если бы было возможно, и если бы существовала компетентная для этого

¹⁾ Gierke, Joh. Althusius 2. Ausgabe 1902, стр. 318 сл. Ср. также его же. Grundbegriffe des Staatsrechts... въ Zeitsch. f. d. g. Staatsw. B. 30, 1871, стр. 178 сл.

власть, то, конечно, такія нормы, основанныя на общественномъ убѣжденіи въ ихъ принудительности, влекутъ за собой и соответственное направление воли носителей этого убѣжденія на соблюденіе этихъ нормъ каждымъ; такимъ образомъ, по существу своему опредѣленіе Гирке не отличается отъ другихъ ученій о правѣ, придающихъ нормамъ права волевой характеръ, видящихъ въ нихъ выраженіе коллективной воли о соблюденіи опредѣленнаго порядка въ отношеніяхъ личностей, составляющихъ данное общеніе. Этотъ властный характеръ права, вытекающій изъ ученія Гирке, еще болѣе выясняется, какъ увидимъ ниже, изъ данной самимъ Гирке характеристики отношенія права къ государству.

Штаммлеръ. Ученіе о принудительности права, какъ по самому смыслу своему пенарушимомъ примѣняемомъ принудительномъ *regulированіи* (*unverletzbar geltende Zwangsregelung*) человеческого общежитія поддерживаетъ изъ новѣйшихъ ученыхъ юристовъ и Штаммлеръ въ своихъ извѣстныхъ работахъ ¹⁾.

Право, образно поясняетъ Штаммлеръ, хочетъ возвышаться надъ личностью, какъ принудительный приказъ, не взирая на согласіе и признаніе личности. Оно относится къ особому виду властныхъ приказовъ, исходящихъ отъ человека къ человеку, и отличается отъ произвола тѣмъ, что норма произвола не предполагаетъ никакой формальной связанности собою, устанавливающихъ такую норму, субъектовъ, тогда какъ право формально обязываетъ и саму власть, устанавливающую его, которая себя считаетъ связанной правомъ ²⁾.

¹⁾ См. *ero*, *Wirtschaft und Recht* 1896, стр. 488. *Ero* же. *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (въ сб. *Kultur der Gegenwart* Th. II Abth. VIII).

²⁾ *Stammeler*. *Wirtschaft und Recht* 1896, стр. 487 сл. Какъ извѣстно, еще Герингъ, опредѣляя право, какъ принудительныя нормы, установленныя государственною властью, въ то же время утверждалъ ихъ двусторонній характеръ, обязательность не только для подчиненныхъ, но и для самой правоустанавливающей власти.

По опредѣленію Штаммлера, право отличается отъ другихъ нормъ именно своею абсолютностью, „автократической“ обязательностью, тогда какъ другія нормы связываютъ, обязываютъ субъектовъ лишь постольку, поскольку они сами признають, одобряють эти нормы, считаютъ ихъ для себя обязательными, въ этомъ смыслѣ такія нормы являются условно, „гипотетически“, обязывающими нормами, будучи поставлены въ зависимость, въ отличіе отъ права, отъ отношенія къ нимъ самого опредѣляемаго субъекта ¹⁾.

Еллинекъ, ссылаясь на психологическую природу обязанности, признаетъ ошибочнымъ это различіе, проводимое Штаммлеромъ, между правомъ, какъ автократическими, безусловными, принудительными нормами, и всѣми другими нормативами, какъ условными, гипотетически обязывающими ²⁾. Но смыслъ, придаваемый Штаммлеромъ своей терминологіи иной, нежели тотъ, который придаетъ ей Еллинекомъ, имѣя въ виду индивидуальную психологическую природу обязанности. Съ психологической стороны терминологію Штаммлера дѣйствительно нельзя признать удачной, какъ и замѣчаніе, что конвенціональное правило „дѣйствуетъ“ лишь въ силу добровольнаго согласія подчиненнаго. Въдѣ и неправовая обязанность, обязанность нравственная, переживается личностью какъ абсолютное, безусловное, побужденіе, имѣетъ категорическій характеръ, какъ диктатъ, „велѣніе совѣсти“. Въ этомъ отношеніи ученіе Канта о категорическомъ императивѣ, нравственномъ законѣ, имѣетъ глубокое психологическое основаніе.

¹⁾ Stammer. *Wirtschaft und Recht*, стр. 124 сл., 187 сл. Его же. *Das Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (въ *Kultur der Gegenwart*. Th. II Abth. VIII). Ср. также R. Schmidt. *Allg. Staatslehre*. В. I 1901 *Herkunft des Rechts*, стр. 168 сл. Sternberg. *Allg. Rechtslehre* В. I, 16 Brütt. назв. соч., стр. 25; Гамбаровъ. *Право въ его основнѣхъ моментахъ*. (Сб. по общ. и юрид. наукамъ т. I, стр. 46 сл.). Гриммъ. *Курсъ рим. права* т. I. 1901, стр. 37 сл. А. А. Алексѣевъ. *Къ ученію о парламентаризмѣ* 1908, стр. 91.

²⁾ Еллинекъ. *Право совр. государства* р. пер., стр. 142, пр. I.

Можно, конечно, возразить, что нравственные самоопределения личности, нравственные побуждения, источник которых лежит исключительно в самой личности, нельзя называть велѣніемъ или приказомъ въ буквальномъ значеніи этого слова, а лишь въ метафорическомъ, такъ какъ слово „приказъ“, „императивъ“, означаетъ собственно властное выраженіе воли, направленное на подчиненіе другой воли¹⁾. Но въ данномъ случаѣ важна не терминологія, а существо того психологическаго факта, что нравственные побужденія испытываются часто въ психикѣ субъекта, создаются имъ не только не менѣе, но даже болѣе чѣмъ правовыя, какъ безусловно авторитетныя мотивы къ определенному поведенію, какъ абсолютныя указанія нормативнаго сознанія. Если бы рѣчь шла объ этой психологической, такъ сказать, интензивности нравственныхъ и правовыхъ нормативовъ, то разграниченіе Штаммлера, нельзя было бы признать основательнымъ.

Въ данномъ случаѣ, однако, Штаммлеръ, устанавливая свое различіе между правомъ и нормативами другого порядка, имѣлъ, повидимому, въ виду не эту психологическую сторону переживаній связанности при правовыхъ определеніяхъ и определеніяхъ другого порядка, а то формальное значеніе различныхъ нормоопределеній, которое придается имъ въ общественн., какъ регулятивамъ соціальной жизни. Это показываетъ и выраженіе Штаммлера, что правовыя нормы являются „по самому смыслу своему“ безусловными, авторитарическими соціальными регулятивами (принудительнымъ регулированіемъ отношеній членовъ общенія). Съ этой же точки зрѣнія, нельзя дѣйствительно отрицать того факта, что въ то время, какъ однѣ нормы являются въ обществѣ

¹⁾ Еще Марціанъ замѣтилъ, что „neque autem imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest.“ Hering, Zweck im Recht 2 Aufl. B. I S. 332 говоритъ: „Imperative an sich selber sind eine *contradictio in adjecto*“. Schlossman, Grünh. Zeit. B. VII S. 568 называетъ такое выраженіе, какъ „приказъ совѣсти“, игрой словъ.

обязательными для личности въ зависимости отъ ея личнаго убѣжденія, и на соблюденіи ихъ индивидомъ общественная среда не настаиваетъ, признавая требованіе ихъ соблюденія *первѣстнымъ*, какъ „дѣло личной совѣсти“, другія нормы въ сознаніи членовъ общенія, по общественному убѣжденію, являются общеобязательными, *обязанность* соблюденія такихъ нормъ отнюдь не обуславливается субъективнымъ отношеніемъ къ нимъ тѣхъ или другихъ личностей и *совпаденіемъ* ихъ съ личными нормами и убѣжденіями: личность должна склоняться передъ требованіемъ другихъ: *Stat pro ratione voluntas*. Такое значеніе, напримѣръ, имѣютъ законы и нормы обычнаго права.

Достойно замѣчанія, что и самъ Еллинекъ, подчеркивающій индивидуально психологическое основаніе правовой связанности, *опредѣляетъ право въ концѣ концовъ* сходно съ указанными выше ученіями о принудительности права. Такъ, въ своей „Системѣ субъективныхъ публичныхъ правъ“ Еллинекъ замѣчаетъ, что „каждая, признанная извѣстнымъ кругомъ людей, норма ихъ внѣшнихъ взаимоотношеній образуетъ внутреннее право этого круга и по отношенію къ отдѣльной личности выступаетъ какъ правило и приказъ, правоустанавливающаго государства“²⁾; въ своемъ же общемъ ученіи о государствѣ этотъ ученый даетъ опредѣленіе права, еще болѣе сдвигающее послѣднее въ сторону принудительности, именно, какъ „нормъ, опредѣляющихъ внѣшнія отношенія людей другъ къ другу, исходящихъ отъ признаннаго внѣшняго авторитета, и обязательность которыхъ гарантирована внѣшними силами“³⁾. Въ такой формѣ пониманіе права Еллинекомъ по существу почти ничѣмъ не отличается отъ крити-

¹⁾ Неудачно выраженное пониманіе права Штаммлеромъ даетъ основаніе и къ другимъ истолкованіямъ его воззрѣнія и критикѣ его. См. напр. Петражицкій. *Теорія права* т. I, ст. 290 сл. прим.

²⁾ Ellinek. *System d. s. öff. Rechte* II Aufl. 1905. Kap. XV S. 255—256.

³⁾ Ellinek. *Das Recht des mod. Staates* B. I 1900, S. 300.

куемаго имъ опредѣленія права Штаммлеромъ, какъ авторитарическихъ, принудительныхъ по самому смыслу своему, социальныхъ регулятивовъ.

Гольдъ-фонъ-Фернекъ. Въ нѣсколько своеобразной формѣ развиваетъ въ самое послѣднее время ученіе о принудительности права новѣйшій изслѣдователь теоретическихъ вопросовъ права, нѣмецкій ученый Гольдъ-фонъ-Фернекъ¹⁾. По мнѣнію этого ученаго, право съ объективной стороны своей представляетъ собою, дѣйствующую непосредственно на основѣ механическихъ принудительныхъ средствъ и, по крайней мѣрѣ регулярно, подчиняющую волю людей, силу, которая осуществляетъ функцію защиты интересовъ (отношеній) членовъ общенія путемъ обязыванія. Логически, такимъ образомъ, право опредѣляется, какъ „комплексъ императивовъ, призванныхъ покорять противящихся имъ“. Центральнымъ пунктомъ въ понятіи права является обязанность, которая есть ничто иное, какъ результатъ социальнаго психическаго принужденія²⁾.

При этомъ Фернекъ исходитъ изъ своеобразной волевой теоріи обязанности, въ значительной степени подтачивающей то различіе между правовыми и неправовыми обязанностями, а, слѣдовательно и нормами, которое пытается установить Фернекъ. Именно, анализируя существо обязанности Фернекъ, исходитъ, какъ онъ объясняетъ самъ, изъ выставленнаго Гербартомъ (въ *его Schriften zur praktischen Philosophie* hrg. v. Hartenstein B. 8 s. 182) признака обязанности, какъ „воли, стоящей подъ приказомъ высшаго“. Съ чисто объективной точки зрѣнія, говоритъ Фернекъ, этические силы привходятъ къ отдѣльной личности, какъ чуждыя ей³⁾.

1) Hold. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. B. I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit. 1903.

2) Hold. v. Ferneck. назв. соч., стр. 94 сл., 104 сл.

3) *ib.*, стр. 73 сл.

Поэтому для того, чтобы возникла обязанность, необходимо, поясняет этот писатель, наличие двух волевых центров — приказывающего и получающего приказ. Оба эти центра рассматриваются как эгоистически настроенные. Если сопротивляющийся тѣмъ не менѣе исполняетъ свою обязанность, онъ слѣдуетъ принужденію, именно социальнаго психическому принужденію. Обязанность, съ объективной точки зрѣнія, есть социальна-психическое принужденіе, утверждаетъ Фернекъ, при чемъ ссылается даже на слова Канта въ его *Tugendlehre* стр. 268 (который, однако, совершенно иначе обосновывалъ обязанность категорическимъ императивомъ и нравственной автономіей личности), что „въ понятіи обязанности содержитсяъ понятіе насильнаго принужденія“, а также и указаніе Зиммеля, что „чувство связанности, безъ сомнѣнія, возникаетъ прежде всего изъ принужденія, принимаемаго отдѣльнымъ лицомъ или совокупностью лицъ къ индивиду“. Такимъ образомъ, обязанность, по мнѣнію Фернека, вытекаетъ изъ приказа, а для того, чтобы онъ проявилъ свое дѣйствіе, требуются награда и наказаніе, дѣйствующія на чувство удовольствія и неудовольствія, которыми оперируетъ право, какъ и всѣ этическія силы. Отвергая возможность Кантовскаго безусловнаго долженствованія, Фернекъ заключаетъ, что приказы нормъ, изъ коихъ слагаются этическія силы, не являются только волеизъявленіями, но логически содержатъ въ себѣ и санкцію, т. е. угрозу наказаніемъ или обѣщаніе награды. Последнее же основаніе невозможности существованія несанкціонированныхъ нормъ Фернекъ находитъ въ томъ, что наука должна необходимо исходить изъ несвободы воли. Согласное съ обязанностью дѣйствіе сопротивляющагося нормѣ не можетъ произойти безъ достаточнаго основанія. „Разъ нѣтъ мотива въ самомъ субъектѣ, субъектъ долженъ необходимо получить его извнѣ“. Норма права—рѣчь здѣсь, оговаривается однако Фернекъ, идетъ только объ объективной сторонѣ права—представляетъ собой снабженное санкціей волеизъ-

явление, которое имѣетъ способность, по крайней мѣрѣ регулярно, осуществляться. Разъ право, объясняетъ затѣмъ Фернекъ, является по своей психологической структурѣ мотивомъ въ противящемся обязанномъ лицѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ комплексомъ нормъ и императивовъ, то немислимо, чтобы правовая норма, дѣйствующая въ качествѣ таковой въ жизни, была лишена санкціи, т. е. угрозы, создающей обязанности. Вообще же оказывается, что Фернекъ потому не допускаетъ правовыхъ нормъ безъ санкціи, что онъ слишкомъ широко понимаетъ эту санкцію, именно въ смыслѣ психического принужденія, оказываемаго мотивирующей силой нормы, опирающейся въ послѣднемъ основаніи на весь механический принудительный аппаратъ права въ цѣломъ ¹⁾).

Право нигдѣ не предоставлено „свободной волѣ“ человека и даже волѣ властителя. При этомъ Фернекъ поясняетъ, что право, создающее обязанность, не является принужденіемъ свыше, но въ основѣ своей есть социальное психическое принужденіе, исходящее отъ всего народа. Поэтому даже самъ глава государства подверженъ этому давленію, т. е. психическому принужденію, исходящему отъ всего народа. Въ правовомъ государствѣ психическое принужденіе развертывается по органамъ государства до высшей точки и возвращается отъ нея вновь къ своему источнику ²⁾).

Постоянной функцией права является защита интересовъ, но эта защита прежде всего заключается не въ наступленіи извѣстныхъ послѣдствій правонарушенія, а въ томъ регулярномъ препятствіи, которое оказываетъ право, какъ реально-психическая сила, дѣйствию несогласному съ обязанностью. Такимъ образомъ, заключаетъ Фернекъ, „генеральная превенція является сигнатурой права не только въ уголовномъ правѣ, но и во всѣхъ областяхъ права“. Идя такимъ путемъ въ своихъ разсужденіяхъ, Фернекъ при-

¹⁾ Н. v. Ferneck. ib. S. 161—179.

²⁾ Ferneck. ib., стр. 178.

ходить къ положенію, что право въ цѣломъ, а не во всѣхъ отдѣльныхъ своихъ частяхъ, лишь постольку осуществляетъ (соціально) психическое принужденіе, поскольку въ его распоряженіи состоятъ физическія средства (механическое принужденіе) и право, какъ объективная сила, въ противоположность другимъ этическимъ силамъ, представляетъ собою психическую силу, воздѣйствующую, по крайней мѣрѣ регулярно, *непосредственно на основъ механическихъ принудительныхъ средствъ на волю людей* ¹⁾.

Но въ такомъ случаѣ, если право лишь въ цѣломъ, а въ отдѣльныхъ правовыхъ нормахъ опирается на механическія принудительныя средства, то почему же правовыя нормы, лишенныя такой опоры, являются все же правовыми и чѣмъ онѣ отличаются тогда отъ нормъ другого порядка, напримѣръ нравственныхъ, тѣмъ болѣе что, по принятой Фернекомъ теоріи обязанности, послѣдняя есть ничто иное, какъ результатъ ограниченія воли другою волею, т. е. продуктъ принужденія, какъ поясняетъ и самъ Фернекъ?

На этотъ вопросъ, именно почему норма, лишенная опоры въ механическомъ принужденіи, является правовой, мы не находимъ отвѣта у Фернека.

Сопоставляя право съ другими „этическими силами“, онъ поясняетъ лишь ²⁾, что съ формальной стороны право отличается отъ другихъ силъ тѣмъ, что въ немъ нѣтъ такихъ предписаній, которыя касаются лишь индивида и не имѣютъ непосредственнаго значенія для общечитія. Причина этого явленія заключается, по мнѣнію Фернека въ томъ, что право-де имѣетъ „сознательнаго земнаго законодателя“ ³⁾, остальные же этическія силы лишены его.

„Религіозный законодатель на землѣ, напримѣръ, всегда является лишь истолкователемъ неземныхъ формъ. Законо-

¹⁾ Н. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit. В. I. 1903, стр. 73—89.

²⁾ См. Die Rechtsuidrigkeit. В. I., стр. 39 сл.

³⁾ Объясненіе, во всякомъ случаѣ, мало подходящее къ обычному праву.

датель же права, говоритъ Фернекъ, представляетъ собою силу, дѣйствующую цѣлесообразно и имѣющую въ виду не отдѣльнаго человѣка, но цѣлое общество“. Далѣе для установленія формальнаго понятія права (какъ нормы, такъ и обязанности) право берется, говоритъ Фернекъ, въ соображеніе лишь съ объективной стороны, а не субъективной, такъ какъ, хотя, „какъ чисто субъективная или точнѣе „субъективированная“ (выраженіе Фернека) сила, право проявляется какъ правосознаніе въ добровольномъ правомѣрномъ дѣйствіи лица, но для дѣйствія правильно изданной правовой нормы безразлично отношеніе къ ней отдѣльной личности, подчиненной праву“.

Праву вообще чужда индивидуализація, замѣчаетъ Фернекъ; поэтому съ правомъ можетъ быть сопоставлена лишь гетерономная мораль, какъ объективная сила, а не автономная. Въ частности, въ возвеличеніи послѣдней Фернекъ усматриваетъ даже почему-то отрицаніе морали въ смыслѣ обязывающихъ нормъ, способствующихъ человѣческому общежитію ¹⁾).

Однако, какъ ни относиться къ автономной морали, очевидно, однако, что обязанность, налагаемая ею, отнюдь не можетъ быть объяснена той теоріей обязанности, какъ воли ограниченной другой волей, которой придерживается Фернекъ, иначе приходится совершенно отвергнуть автономное долженствованіе. Нѣкоторые дѣйствительно такъ и дѣлаютъ.

„Никогда, говоритъ напримѣръ Brütt ²⁾, личность не можетъ быть источникомъ приказовъ самой себѣ; нѣтъ вообще никакого автономнаго долженствованія, но только гетерономное. Такъ какъ, если исключить изъ понятія долженствованія моментъ воли другой личности, т. е. воли, отличной отъ воли побуждаемой личности, то исчезнетъ совершенно специфическое различіе между хотѣніемъ и дол-

¹⁾ *Ib.*, стр. 41—51.

²⁾ Brütt. *Die Kunst der Rechtsanwendung, zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, Berlin 1907, стр. 7 сл.

женствованіемъ. Часто, конечно, признаетъ Brütt, „человѣкъ находитъ въ своемъ внутреннемъ существѣ представленіе императивовъ, не отдавая себѣ при этомъ яснаго отчета о лицѣ приказывающемъ; тогда перѣдко выступаетъ форменное удвоеніе собственнаго „я“: масса представлений, къ которымъ принадлежатъ императивные мотивы, кажется „приказывающимъ я“, въ то время, какъ остальная часть души воспринимаетъ приказы, какъ побуждаемая личность“.—

Такимъ образомъ, ученіе Канта объ автономномъ законѣ морали, категорическомъ императивѣ, объясняется лишь допущенной Кантомъ метафизической фикціей, двойникомъ личности, человѣкомъ—нуменомъ, диктующимъ велѣнія чело-вѣку—феномену. Однако ученіе объ обязанности, какъ ограниченіи, создаваемомъ волею другого, совершенно не въ состояніи объяснить психологическую природу тѣхъ нормативныхъ переживаній личности, которыя въ сознаніи ея являются первоначальными, а не порожденными велѣніями другихъ, которыя чувствуются ею, какъ собственные самоопредѣленія и самоограниченія, и отнюдь совершенно не сопровождаются представленіями объ обязываніи, исходящемъ отъ другихъ личностей; при этомъ совершенно справедливо указываютъ, что всякое обязываніе предполагаетъ наличность въ человѣкѣ способности чувствовать и сознавать себя обязаннымъ. Еллинекъ вполне основательно возражаетъ сторонникамъ теоріи исключительно гетерономнаго происхожденія обязанности, что и самое право возможно лишь при томъ условіи, что личность сама обладаетъ способностью считать себя связанной (*verpflichtet zu halten*) побужденіями (*Anforderungen*), обращенными къ ея волѣ, содержаніе которыхъ изъято отъ субъективнаго усмотрѣнія ¹⁾. При этомъ, объясняетъ онъ въ другомъ мѣстѣ ²⁾, обыкновенно упускаютъ изъ виду, что понятіе обязанности не ограничивается одной правовой областью: этика и со-

¹⁾ Iellinek. *Allg. Staatslehre* 2 Aufl. 1905, стр. 343.

²⁾ Iellinek. *System der sub. öff. Rechte* 2 Aufl. 1905, стр. 196.

ціальные нравы въ такой же мѣрѣ нуждаются въ понятіи обязанности, какъ и право, такъ что понятіе обязанности въ первой линіи имѣетъ нравственный характеръ. „Пониманіе во всей глубинѣ нравственной автономіи указываетъ на поверхность тѣхъ взглядовъ, которые видятъ въ обязанности только диктатъ высшей власти“.

Но, оставляя даже въ сторонѣ автономную мораль, различіе, проводимое Фернекомъ между правомъ и гетерономными этическими нормами, которыя только онъ и признаетъ возможнымъ сопоставлять съ правомъ, крайне расплывчато, и при томъ, съ точки зрѣнія его теоріи обязанности, какъ воли, ограниченной другой волей, гетерономное моральное долженствованіе должно бы было имѣть тотъ же виѣшне-императивный, принудительный характеръ, что и право, выражать психическое принужденіе, а его то и ставить Штаммлеръ въ основу своего пониманія права. Чѣмъ же тогда мораль отличается отъ права? Остается лишь указаніе Фернека, что психическое принужденіе, оказываемое правомъ, покоится на механическихъ принудительныхъ средствахъ, находящихся въ распоряженіи правового аппарата; однако и самъ Фернекъ замѣчаетъ, что такимъ механическимъ принужденіемъ право обладаетъ лишь „въ цѣломъ“, а не въ „отдѣльныхъ частяхъ“. Почему же тогда эти отдѣльныя части все же являются правомъ и чѣмъ онѣ отличаются отъ морали? Фернекъ, такимъ образомъ, подпадаетъ всеѣмъ тѣмъ возраженіямъ, которыхъ не могутъ избѣгнуть тѣ теоріи, которыя въ санкціи нормы принужденіемъ, въ механическомъ и принужденіи угрозой, видятъ отличительный признакъ права.

Сопоставляя далѣе право съ другими этическими силами, Фернекъ замѣчаетъ, что все этическія силы, включая и право, имѣютъ одинаковую логическо-психологическую структуру, именно *нормативный, обосновывающій обязанность*, характеръ и функцію защиты интересовъ совместно живущихъ людей, но, въ отличіе отъ права, мораль и ре-

лигія имѣють тенденцію превращать относительное въ абсолютное и регулируютъ далѣе поведеніе личности не въ направленіи къ другимъ личностямъ, но создаютъ отношеніе человѣка къ воображаемой силѣ, царящей надъ всѣми людьми; такимъ образомъ, мораль и религія, по мнѣнію Фернека, развязываютъ нити, связывающія личность съ другими личностями, и соединяютъ ихъ въ возвышающемся надъ человѣкомъ центрѣ, въ Божествѣ и нравственномъ законѣ.

Последнее замѣчаніе Фернека можетъ быть признано вѣрнымъ, поскольку рѣчь идетъ о той нравственности, которая все моральныя обязанности сводитъ къ обязанностямъ передъ Божествомъ, и той, которая формулируетъ моральный долгъ, какъ долгъ ради долга, безотносительно къ кому-либо, какъ диктатъ вышшаго метафизическаго начала.

Та же социальная мораль, которая, независимо отъ религіознаго или метафизическаго обоснованія, образуется на почвѣ сознанія людьми ихъ взаимной обусловленности и солидарности въ достиженіи своихъ жизненныхъ цѣлей, основана ли она на чувствѣ симпатіи и состраданія или рациональномъ утилитаризмѣ, эта мораль не только не имѣетъ тенденціи разъединять связи, соединяющія людей и объединять ихъ затѣмъ въ „царящей надъ ними силѣ“ или какомъ-либо метафизическомъ началѣ, но еще болѣе скрѣпляетъ эти нити и въ этомъ отношеніи не менѣе права выполняетъ функцію сплоченія и объединенія человѣчества въ признаніи и уваженіи къ личности каждаго члена общенія.

Опредленіе права. Выше мы привели различныя ученія о принудительности права. Исходя изъ аналогичныхъ воззрѣній на существенныя и отличительныя черты этого нормативнаго начала человѣческой жизни, мы еще въ одной изъ своихъ предыдущихъ работъ ¹⁾, посвященныхъ изслѣдованію поня-

¹⁾ Палиенко. Нормативный характеръ права и его отличительные признаки, изд. I 1903, изд. 2. 1905.

тія права, опредѣлили право, какъ нормы внѣшнеповелительнаго или внѣшнеимперативнаго характера. Пытаясь отграничить это пониманіе права отъ тѣхъ воззрѣній на него, которыя въ угрозѣ или механическомъ внѣшнемъ принужденіи, или же въ санкціи каждой нормы права принужденіемъ, или вообще въ тѣхъ или другихъ страдательныхъ послѣдствіяхъ для нарушителя видятъ существенный признакъ права, или же усматриваютъ существо права въ своеобразномъ психологическомъ эффектѣ его нормъ, въ психологической мотиваціи, психическомъ дѣйствіи, мы усматривали принудительность права не въ этихъ свойствахъ его нормъ, которыми онѣ могутъ часто не обладать или обладать таковыми совмѣстно съ другими видами нормативныхъ опредѣленій, а въ формальномъ значеніи права, какъ социальныхъ нормъ, въ характерѣ самихъ нормъ права, именно въ томъ, что, независимо отъ того или другого фактического воздѣйствія ихъ на психику опредѣляемыхъ и гарантій, которыя служатъ для поддержанія ихъ дѣйствія, нормы права являются для членовъ общенія принудительными по самому смыслу своему, такъ какъ признаются мѣриломъ ихъ взаимоотношеній, съ которымъ они должны сообразоваться, независимо отъ своего личнаго отношенія къ этимъ нормамъ. Это то, что Штаммлеръ называетъ принудительными нормами „по самому смыслу своему“, а Гирке „принудительными по своей идеѣ“. Понимая принудительность въ такомъ формальномъ смыслѣ, мы и свое опредѣленіе права должны здѣсь причислить къ разряду тѣхъ опредѣленій, которыя въ принудительности правовыхъ нормъ видятъ существенный и отличительный признакъ права. Мы видимъ только принудительность права въ формальномъ значеніи имъ придаваемомъ, а не въ принудительныхъ средствахъ, служащихъ къ защитѣ нормы, и въ воздѣйствіи ея на субъекта, такъ какъ существуютъ нормы права, не охраненныя принудительными средствами, а охраненныя ими далеко не всегда способны вызвать въ субъектахъ, отно-

шенія коихъ онѣ опредѣляютъ, достаточно сильную мотивацию, способную побороть сопротивленіе правовому императиву. Правовыми нормами являются по этому, несомнѣнно, законодательныя нормы и нормы обычнаго права, такъ какъ формальная обязательность ихъ, разъ признанная для опредѣляемыхъ ими, признается въ дальнѣйшемъ не обусловленной отношеніемъ къ нимъ самимъ опредѣляемыхъ; такими нормами являются далѣе и нормы междунагоднаго права, хотя бы онѣ признаны или установлены были соглашеніемъ или договоромъ государствъ, такъ какъ, будучи разъ установленными, впредь до своей отмены онѣ признаются связывающими эти государства; мы признаемъ правомъ далѣе и всѣ тѣ общественныя нормы, которыя выработались въ различныхъ общественныхъ союзахъ и профессиональныхъ организаціяхъ и признаются обязательными для всѣхъ членовъ даннаго союза или организаціи, независимо отъ субъективнаго отношенія тѣхъ или другихъ членовъ къ этимъ нормамъ. Нормы эти такимъ образомъ принудительно нормируютъ отношенія членовъ общенія, пока они состоятъ въ такомъ. Вообще всякая норма, которая является внѣшнимъ императивомъ, принудительной нормой отношеній тѣхъ или другихъ субъектовъ, не обусловленной въ своей обязательности исключительно субъективнымъ признаніемъ опредѣляемаго лица, будетъ правовой для тѣхъ, кто является адресатомъ такихъ нормъ. Для того, чтобы норма, принятая въ данномъ общественномъ союзѣ, была правовой, нѣтъ надобности, чтобы императивный характеръ ея для отдѣльныхъ членовъ общества былъ основанъ неперемѣнно на убѣжденіи и волѣ представителей организованной власти этого союза, на примѣръ, государственныхъ органовъ¹⁾, или на признаніи всѣхъ членовъ даннаго об-

¹⁾ Въ нашей литературѣ такое воззрѣніе поддерживаетъ проф. Гриммъ, приписывающій государству монополию правоустановленія. (Курсъ римскаго права стр. 39 сл.). Проф. Гриммъ не различаетъ въ нормахъ, покоящихся на авторитетѣ общественнаго мнѣнія, независи-

щественнаго союза, такъ какъ членами даннаго общенія являются и неспособные сознавать данную норму (малолѣтніе и душевнобольные) и незнающіе ея вовсе, но говоря уже о наличности въ обществѣ классовыхъ противорѣчій и вообще различія въ нормативныхъ убѣжденіяхъ между руководящими общественной жизнью и руководимыми ¹⁾).

Нѣтъ никакой нужды объяснять право, дѣйствующее въ давномъ общеніи, какъ общую волю или волю всѣхъ членовъ, какъ нормы, пользующіяся признаніемъ всѣхъ, какъ къ этому столь часто прибѣгали въ естественно правовой доктринѣ при обоснованіи общественнаго договора и силы законовъ

момъ отъ авторитета государственныхъ органовъ, нормъ имѣющихъ *вышше-императивный*, безусловно обязательный характеръ, и подводить ихъ всѣхъ подъ понятіе простыхъ, не юридическихъ обычаявъ. Однако онъ не приводитъ никакихъ основательныхъ данныхъ къ такой классификаціи. Правда проф. Гриммъ признаетъ (стр. 43—44), что въ общественной жизни встрѣчаются нормы, которыя признаются *обязательными* и которыми подчиняются, несмотря на безразличное, а иногда даже прямо отрицательное къ нимъ отношеніи органовъ государственной власти, но отсюда, по его мнѣнію, не слѣдуетъ, чтобы норма въ силу одного факта признанія ея обязательности и соблюденія на практикѣ, могла считаться юридической нормой. Для этого она должна быть признана подлежащими органами государственной власти, говоритъ онъ. Конечно, отвѣтимъ мы, она *нуждается въ такомъ признаніи*, чтобы стать официальнымъ правомъ, но она не нуждается въ такомъ признаніи для тѣхъ, для кого она и безъ того имѣетъ значеніе *вышше императивной* нормы. Ср. также по этому вопросу совершенно вѣрныя замѣчанія у Ehrlich: *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts* 1907, стр. 41 сл.

¹⁾ Интересно въ этомъ отношеніи печальное признаніе такого проницательнаго изслѣдователя государственнаго правленія англійскаго народа, народа, наиболѣе свободнаго въ своемъ политическомъ и правовомъ самоопредѣленіи, какъ Сидней Лоу въ его соч. „Государственный Строй Англій“ (р. пер. Браудо, 1908, стр. 101). „Мы постоянно увѣремъ, что каждое данное правительство представляетъ палату общинъ, а слѣдовательно, всю націю. На дѣлѣ же правительство не представляетъ ни нации, ни палаты общинъ. По общему правилу, оно представляетъ немногимъ *болѣе половины избирателей* и немногимъ менѣе двухъ третей палаты общинъ. Мы говоримъ, что правительство пользуется поддержкой нации, но мы забываемъ при этомъ, что около половины избирателей не только не оказываетъ поддержки правитель-

суверенною волею всего народа, волею всѣхъ (Руссо), или, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые изъ новѣйшихъ писателей, начиная еще съ исторической школы съ ея національнымъ, общимъ правосознаниемъ, и тѣ писатели, которые какъ Вирлингъ, основываютъ обязательность права на прямомъ и косвенномъ признаніи всѣхъ лицъ, опредѣляемыхъ его нормами. Признаніе нормы обязательной и принудительной для взаимоотношеній членовъ общенія и соответственное требованіе ея соблюденія исходитъ обыкновенно отъ той или другой, подчиняющей другихъ своему авторитету, группы членовъ общенія, и отношенія зависимости, существующія между членами даннаго общенія, обезпечиваютъ этимъ нормамъ въ большей или меньшей степени ихъ фактическое соблюденіе. Возможно исполненіе существованіе въ данномъ общеніи лицъ или цѣлыхъ группъ, отрицающихъ обязательность такихъ нормъ и, слѣдовательно, ихъ правовой характеръ для себя; въ такомъ случаѣ нормы эти все же будутъ признаваться для нихъ внѣшнеимперативными, правовыми нормами, со стороны тѣхъ, у кого существуетъ сознаніе или признаніе такого внѣшнеимперативнаго или принудительнаго характера этихъ нормъ. Въ революціонные періоды мы видимъ, какъ цѣлые комплексы нормъ теряютъ въ сознаніи общественныхъ массъ свой внѣшнеимперативный и вообще обязательный характеръ, и имъ противопоставляются въ качествѣ таковыхъ инныя нормы, получившія въ этихъ массахъ признаніе ихъ внѣшнеобязательнаго, правоваго, принудительнаго характера для отдѣль-

ству, но даже, наоборотъ относится къ нему съ величайшею антипатіей и стремится только къ тому, чтобы прогнать его и замѣнить другимъ. Видъ миллионovъ свободныхъ людей, живущихъ въ свободномъ государствѣ и управляемыхъ противъ ихъ желанія и противъ ихъ убѣжденій, столь изумителенъ, что мы предпочитаемъ отворачивать отъ него наши взоры⁴.

Насколько же является болѣе рѣзкой картина дисгармоніи воли и убѣжденій, скрывающейся за фикціями или чисто формальными понятіями "общей воли" и "общаго признанія" въ сферѣ правовой жизни другихъ менѣе свободныхъ націй!

ныхъ личностей. Борьба общественныхъ силъ и идей рѣшаетъ вопросъ о побѣдѣ или пораженіи этого „оппозиціоннаго“ общественнаго права.

Итакъ, право представляетъ собою внѣшне-императивныя для субъектовъ опредѣленнаго общенія или формально-принудительныя нормы ихъ взаимоотношеній. Всѣ нормы имѣющія такой характеръ въ сознаніи ли отдѣльныхъ индивидовъ или цѣлыхъ группъ индивидовъ будутъ ихъ правомъ, всѣ нормы лишеныя этого характера, хотя бы по возрѣніямъ или желанію тѣхъ или другихъ субъектовъ или цѣлыхъ общественныхъ группъ онѣ должны были бы получить такой характеръ, не могутъ быть названы правомъ, хотя бы даже рациональнымъ, естественнымъ правомъ, а лишь правовыми идеалами. Этимъ опредѣляется въ связи съ тѣмъ, что нами было выше уже сказано о естественномъ правѣ, наше отношеніе къ понятію естественнаго права.

Поскольку затѣмъ внѣшнеимперативныя или принудительныя нормы не могутъ быть чисто субъективными нормо-опредѣленіями или личными убѣжденіями о должномъ самого индивида или субъекта, а являются и сознаются самимъ индивидомъ, какъ принудительныя переживанія долженствованія, какъ признаваемая для него обязательными извнѣ другими лицами, нормы имѣютъ въ своемъ основаніи внѣшніе факты, установленіе, „положеніе“ ихъ обязательности или требованіе ихъ соблюденія со стороны другихъ, мы признаемъ все право положительнымъ. Дѣйствующимъ правомъ мы называемъ то право, которое въ дѣйствительности соблюдается, примѣняется, мотивируетъ поведеніе субъектовъ, и недѣйствующимъ, мертвымъ правомъ, то которое, несмотря на признаніе принудительной или внѣшнеимперативной обязательности его нормъ, тѣмъ не менѣе лишено способности мотивировать соответствующимъ образомъ поведеніе лицъ имъ опредѣляемыхъ.

Въ сущности говоря, если взглянуть во всю массу уже данныхъ опредѣленій права, то за исключеніемъ тѣхъ, ко-

торыя имѣють именно въ виду дать ту или другую этическую оцѣнку права, указать ту или другую этическую цѣль права, въ огромномъ большинствѣ ихъ, такъ или иначе, выражается идея принудительности права. Оно выражается какъ и въ тѣхъ опредѣленіяхъ, въ которыхъ право формулируется, какъ общественныя или государственныя нормы должнаго, въ тѣхъ, конечно, гдѣ оно опредѣляется, какъ охраненныя принужденіемъ, и въ опредѣленіи права, какъ виѣшне-императивныхъ или виѣшне-обязательныхъ нормъ. Идея эта до извѣстной степени находитъ свое выраженіе, даже въ тѣхъ опредѣленіяхъ права, которыя отрицая принудительность права, однако опредѣляютъ право, какъ проф. Петражицкій, какъ переживанія и нормы несвободнаго, закрѣпленнаго за другими долженствованія, какъ императивно-атрибутивные переживанія и нормы, коими предоставляются притязанія или требованія къ обязанымъ. Причина, почему пониманіе права, какъ принудительныхъ нормъ, заняло центральное мѣсто среди другихъ опредѣленій права и, несмотря на нападки критиковъ, продолжаетъ пользоваться успѣхомъ въ наукѣ ¹⁾, заключается въ томъ, что такое пониманіе права наиболѣе соотвѣтствуетъ тому значенію, которое присвоила праву, эволюція общественной жизни, выдѣливъ его изъ общей массы этическихъ нормъ, и той дифференціаціи нормъ, которая образовалась въ общественномъ сознаніи въ соотвѣтствіи съ различнымъ значеніемъ нормъ, опредѣляющихъ поведеніе и положеніе личности въ общественной средѣ.

Развитіе человѣческой культуры показываетъ намъ прогрессирующее признаніе того принципа, что, въ отличіе отъ права, нравственность должна покоиться на автономіи, свободномъ самоопредѣленіи субъекта: слѣдовательно, принудительность во всѣхъ ея формахъ угрозъ, насилія, обще-

¹⁾ См. сѣтованія по этому поводу проф. Петражицкаго въ его книгѣ въ критикѣ ученія о принудительности права „Теорія Права“... т. I.

обязательнаго, шаблоннаго виѣшне-императивнаго регулированія поведенія личности, противны существу нравственности.

Тамъ, гдѣ примѣшивается элементъ принудительности, то, сколь бы не былъ онъ необходимъ въ интересахъ соціальнаго блага и блага самой личности и какими бы рациональными основаніями онъ не оправдывался, такое принудительное опредѣленіе жизни субъектовъ утрачиваетъ характеръ свободнаго нравственнаго самоопредѣленія и получаетъ иной, именно властный, виѣшне-императивный, который издавна связывался съ правомъ, какъ правящими нормами соціальной жизни.

Идея свободной этики или нравственности и принудительныхъ нормативовъ или права—идея очень старая и зачатки ея можно прослѣдить уже на тѣхъ ступеняхъ культуры, гдѣ право и мораль начинаютъ различаться и отграничиваться.

Какъ ни спорно нынѣ существо нравственности въ различныхъ ученіяхъ морали, все же въ общемъ возможно утверждать, что въ основу понятія нравственности полагается принципъ добра или блага, реализуемый не только въ чисто виѣшнихъ актахъ личности, но и въ ея психическихъ побужденіяхъ, въ настроеніи лица.

Соотвѣтственно съ этимъ, говоря словами Вундта „Нравственная норма, нравственное велѣніе долга требуетъ постояннаго совпаденія мотивовъ съ нравственными цѣлями“ ¹⁾, а это лишь возможно при условіи свободной, а не принудительной, опредѣляемости личности въ сферѣ долженствованія.

Когда самоопредѣленіе личности въ ея долженствованіи по отношенію къ другимъ оказывается недостаточнымъ для координированія ея поведенія съ поведеніемъ, жизненными интересами, требованіями другихъ членовъ общенія, выступаетъ и получаетъ свое рациональное оправданіе виѣ-

¹⁾ Вундтъ. Система философіи (р. пер. Водена) 1902, стр. 406.

ише-императивное, принудительное определение отношений личностей. Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто признаеть эту рациональность, соответствіе такихъ нормъ данному положенію, онѣ признаются справедливыми, оцѣниваются какъ нормы справедливости, тогда какъ съ точки зрѣнія отрицающихъ ихъ рациональность, соответствіе принципамъ правильного устройства человеческой жизни, онѣ разсматриваются какъ вредное насиліе и ненужное вмѣшательство въ сферу индивидуальнаго самоопредѣленія членовъ общенія. Такова именно точка зрѣнія анархизма, когда онъ провозглашаетъ единственно рациональнымъ, справедливымъ, правильнымъ строемъ социальныхъ отношений, тотъ который зиждется на свободѣ индивидуальнаго самоопредѣленія, на свободной этикѣ, а не на правѣ.

Правда, у современныхъ изслѣдователей общественной жизни, часто встрѣчается утвержденіе, что вся современная социальная этика, а не только право,—несвободна, покоится на силѣ.

„Всякая мораль, говоритъ наиримѣръ Антонъ Менгеръ, исходить ли она отъ государства, отъ церкви, отъ общественнаго мнѣнія или отъ другихъ факторовъ, предполагаетъ свободу человеческой воли и дѣйствій. Чтобы сдѣлать личность ответственной за ея поступки съ точки зрѣнія требованій, предъявляемыхъ къ ней правомъ, религіей, или обществомъ, необходимо допустить, что ей дано было свободно выбирать прежде, нежели она совершила то или другое“... Но эта свобода, человеческой воли, продолжаетъ Менгеръ, на которой основывается такъ много правовыхъ, религіозныхъ и общественныхъ институтовъ, повсюду превращается въ свою противоположность, благодаря властному вмѣшательству существующихъ соотношеній социальныхъ силъ. Личность вынуждена постоянно приспособляться къ существующимъ условіямъ, властному воздѣйствію на нее въ семьѣ, школѣ, профессиональной средѣ, и т. д. до государства и церкви включительно... Народныя массы повсюду

во всѣхъ странахъ несвободны юридически и морально; число же людей и поступковъ, относительно которыхъ вообще можетъ быть поставленъ вопросъ о свободѣ воли, крайне ничтожно. Очевидно, заключаетъ Менгеръ, что личностью въ ея дѣйствіяхъ управляютъ существующія отношенія социальныя силы, что въ отношеніи ихъ личность, находится въ положеніи марионетки.

„Вся наша мораль является рефлексомъ существующаго порядка, основаннаго на силѣ“¹⁾.

Всѣ такія мнѣнія, какъ только что изложенное, въ весьма рѣзкой формѣ подтверждаютъ лишь фактъ социальной зависимости личности, опредѣляемости личности социальными условіями и господствующими въ общественной средѣ нормоопредѣленіями. Но какъ бы велико не было вліяніе „существующаго соотношенія социальныхъ силъ“ на индивидовъ, какъ бы не сильна была та мотивация, которая оказывается дѣйствующими въ данной общественной средѣ нормоопредѣленіями, индивидъ, за исключеніемъ первоначальныхъ періодовъ крайней зависимости его отъ окружающей среды и господствующихъ въ данномъ общеніи регулятивовъ, далеко не является настолько обезличеннымъ, чтобы у него не оставалось никакой сферы, которая была бы оставлена самимъ обществомъ его собственному самоопредѣленію, чтобы общественная среда, состоящая опять таки изъ тѣхъ же индивидовъ, не признавала соблюденія тѣхъ или другихъ нормъ, ихъ обязательности, дѣломъ личной совѣсти, убѣжденія самой личности. Даже въ томъ случаѣ, когда индивидъ подчиняется чужимъ нравственнымъ нормамъ, приспособляясь къ окружающей его средѣ, изъ опасенія ли нежелательной реакціи со стороны этой среды, изъ уваженія ли къ носителямъ этихъ нормъ, или изъ желанія какихъ-либо выгодъ, но ни самая эта среда, ни индивидъ не признаетъ за этими нормами значенія нормъ безусловно для него обяза-

¹⁾ А. Менгеръ. Соціализмъ и этика русс. перев. Цейнера 1905, стр. 1 сл., 38.

тельныхъ, т. е. коимъ индивидъ долженъ подчиняться, независимо отъ своего отношенія къ этимъ нормамъ, нормы эти лишены того характера высшей императивности, который имѣеть право. Одобреніе или неодобреніе другихъ по поводу несоблюденія извѣстной нормы отнюдь далеко не всегда означаетъ признаніе принудительнаго характера нормы, въ силу котораго, не считаясь съ личными убѣжденіями, требуется соблюденіе нормы или выраженной въ ней обязанности. Въ этой именно необусловленности обязательной силы правовой нормы субъективнымъ отношеніемъ къ ней обязаннаго, ея высшей императивности для субъекта, заключается основаніе почему лицамъ, для которыхъ установлена эта обязанность, предоставляется соответствующее этой обязанности высше-авторитетное для обязаннаго, императивное притязаніе, требованіе къ лицу обязанному, субъективное право. Нѣкоторые ученые полагаютъ, что въ притязательной природѣ нормъ заключается отличительный признакъ права, а не во высшей императивности или принудительномъ обязываніи. Въ новѣйшее время проф. Петражицкій, какъ мы уже говорили, обосновалъ и развилъ цѣлое ученіе о правѣ, какъ императивно-атрибутивныхъ переживаніяхъ и нормахъ, и признаетъ такое пониманіе права единственно правильнымъ. Ученіе это съ высшей стороны является весьма стройнымъ, логическимъ и привлекательнымъ обоснованіемъ пониманія права, исходящимъ изъ уполномочивающей, предоставляющей притязанія (притязательной) его функціи, которая выражается именно въ той сторонѣ права, которую юристы, называютъ субъективнымъ правомъ, и которая, по мнѣнію весьма многихъ изслѣдователей, послужила вообще исходнымъ пунктомъ въ образованіи самаго представленія о правѣ. Мы уже говорили выше, что право издавна усматривали не только въ обязанностяхъ, но и соответствующихъ имъ полномочіяхъ субъектовъ. Выясненіе, поэтому, дѣйствительно ли атрибутивность составляетъ отличительный признакъ права, заслуживаетъ самаго серіознаго вниманія.

§ 24. Ученіе о правѣ, какъ обязывающе-предоставительныхъ нормахъ.

Воззрѣніе, что правовыя нормы всегда выражаютъ собою или устанавливають связь такъ называемаго субъективнаго права и соответствующей обязанности, что каждое юридическое отношеніе представляетъ собою одновременно полномочіе или притязаніе, или субъективное право съ одной стороны и обязанность съ другой,—является, за немногими исключеніями, общепризнаннымъ въ юридической литературѣ ¹⁾. И это совершенно правильно. Логически невозможно допустить, чтобы право, опредѣляющее взаимоотношенія субъектовъ, устанавливало одно лишь ограниченіе, ихъ обязанность, безотносительно къ кому-либо, ни за кѣмъ незакрѣпленную.

Нельзя согласиться съ замѣчаніемъ Еллинека, будто „всестороннее изслѣдованіе понятія обязанности приводитъ къ выводу о неосновательности естественно-правоваго ученія, что право и обязанность при всѣхъ обстоятельствахъ является коррелатами, что каждая обязанность обосновываетъ субъективное право“. Противоположность обязанностей любви и принудительныхъ, въ которой отъ Томазія до Канта и послѣ нихъ нѣмецкое естественное право усматривало различіе права и морали, признавая, что изъ правовыхъ обязанностей вытекаетъ необходимо чье-либо право требованія, подлежащее принудительному осуществленію, а обязанностямъ любви не соответствуетъ никакого права требованія,—не можетъ быть, по мнѣнію Еллинека, быть принята въ такомъ объемѣ. Ни одна обязанность не существуетъ лишь ради самой себя, но каждая обязанность существуетъ для защиты и достиженія блага, служащаго не одному лишь эгоистическому интересу. Правовая обязан-

¹⁾ См. особенно по этому вопросу Bierling. Jur. Principienlehre. B. I. 1894 стр. 145.

ность, защищая правовыя блага, защищает также субъективную цѣнность этихъ благъ, интересъ. Но интересъ, защищенный обязанностью, не есть необходимо, говоритъ Еллинекъ, индивидуальный интересъ, и бываютъ случаи, когда общій интересъ защищенъ обязанностью самаго общественнаго цѣлага. (Gemeinwesens). Здѣсь именно часто защита интереса не идетъ такъ далеко, чтобы устанавливать также чье-либо юридическое требованіе и соотвѣтственно субъективное право. Логически и фактически немыслимо, утверждаетъ Еллинекъ, чтобы изъ обязанностей вышнихъ государственныхъ органовъ къ самому государству вытекало для кого-нибудь субъективное право. Когда конституція устанавливаетъ обязанности монарха, то отсюда ни для кого не вытекаетъ какое-либо право. Ни для подданныхъ, такъ какъ эта обязанность не для нихъ установлена, ни для самого государства, такъ какъ оно внѣ своихъ органовъ не имѣетъ никакого юридическаго бытія и у него въ данномъ случаѣ нѣтъ органа, посредствомъ котораго оно могло бы проявиться какъ управомоченная личность. То же самое, утверждаетъ Еллинекъ, относится и къ обязанностямъ другихъ непосредственныхъ органовъ, какъ-то прежде всего представительныхъ собраній, палатъ. Поэтому-то всѣ такія обязанности не влекутъ за собой никакихъ принудительныхъ послѣдствій, какъ и послѣдствій ничтожности актовъ. Здѣсь немыслимы ни жалобчикъ, ни судья. Такимъ образомъ, заключаетъ Еллинекъ, государственный строй самъ основанъ на обязанностяхъ, которыя никого не управомочиваютъ ¹⁾.—Все это разсужденіе Еллинека заключаетъ въ себѣ рядъ ошибочныхъ утвержденій: онъ въ данномъ случаѣ не свободенъ отъ отождествленія, подобно Тону ²⁾, субъективнаго права съ защитою его, жалобой и искомъ, направленными на защиту права. Еллинекъ тутъ не отдѣляетъ санкціи субъективнаго права отъ

¹⁾ Iellinek. Systema der sub. off. Rechte 2 Aufl. 1905 стр. 196 сл.

²⁾ Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878 стр. 121 сл.

самого права, и неправильно полагаетъ, что когда общій интересъ защищенъ обязанностью самого общественного союза, какъ-то государства или его органовъ, никто не является носителемъ соотвѣтственнаго правомочія. Это тѣмъ болѣе странно, что самъ Еллинекъ допускаетъ, что народъ (Volksgemeinschaft) имѣетъ „правовой интересъ“ по отношенію къ государству и это общеніе народа, „государство, какъ представитель общаго интереса въ осуществленіи государственнаго правопорядка, имѣетъ притязанія къ государству, какъ волевой силѣ“¹⁾.

При этомъ указанныя утвержденія Еллинека находятся въ связи съ его, далеко не безспорной въ юридической литературѣ, конструкціей отношенія между государствомъ и органами, при которой Еллинекъ исходитъ изъ отождествленія личности государства съ его органами (теорія единства государства и его органовъ), при которой юридическія отношенія между органами и государствомъ логически невозможны.

Далѣе, какъ совершенно правильно замѣчено, Еллинекъ при опредѣленіи субъектовъ „общаго интереса“, признаетъ лишь субъективныя права, принадлежащія индивидуально опредѣленнымъ физическимъ лицамъ, какъ выраженія ихъ индивидуальныхъ интересовъ, или права, принадлежащія лицамъ юридическимъ, и игнорируетъ права, принадлежащія всѣмъ и каждому или неопредѣленному кругу лицъ, права, являющіяся выраженіемъ общихъ интересовъ (Gesamtinteresse)²⁾.

Огромное же большинство современныхъ юристовъ признаетъ *необходимой связью юридической обязанности и субъективнаго права*, и даже, какъ напримѣръ Гольдъ фонъ-Фернекъ, признаетъ субъективное право ничѣмъ инымъ, какъ рефлексомъ обязанности, установленной императивомъ.

¹⁾ См. Iellinek. System. d. s. R. 1905 стр. 234 сл., 351.

²⁾ Л. Я. Тауберъ. Понятіе потерпѣвшаго въ уголовномъ правѣ (Жур. Мин. Юст. 1905, № 5, стр. 50 сл.).

Признавая, такимъ образомъ, право нормами обязывающе-уполномочивающими или предоставляющими, эти юристы не выставляютъ, однако, предоставительную функцію права въ качествѣ признака, отличающаго право отъ другихъ этическихъ нормъ.

Такое именно мнѣніе, что отличительной чертой права является его предоставительная или уполномочивающая функція, что, въ отличіе отъ другихъ этическихъ опредѣленій, право не только налагаетъ обязанности, но и предоставляетъ притязанія, нѣкоторыми было высказываемо въ юридической литературѣ. Такъ, въ новѣйшей юридической литературѣ мнѣніе это было высказано Меркелемъ, несмотря на то, что онъ, какъ мы уже выше говорили, весьма опредѣленно самъ отмѣтилъ внѣшне-императивный, властный характеръ права. Но въ своей „Юридической Энциклопедіи“ Меркель, между прочимъ, замѣчаетъ, что мораль устанавливаетъ лишь обязанности ради самаго обязаннаго, въ виду высокаго качества этой обязанности, но не даетъ другимъ, какъ это дѣлаетъ право, притязаній¹⁾.

Также извѣстный нѣмецкій юристъ, Зелигманъ, въ своемъ изслѣдованіи существа закона²⁾ указываетъ что „на соединеніи и взаимномъ отношеніи велѣнія (Befehl) и предоставленія покоится своеобразіе объективнаго права въ противоположность морали, которой чуждо такое соединеніе... Мораль предписываетъ доброе не потому, что другому принадлежитъ притязаніе требовать его исполненія, право же предполагаетъ отношеніе человѣка къ человѣку. Оно предписываетъ дѣйствіе не столько вслѣдствіе его со-

¹⁾ A. Merkel. Jur. Encyclopädie 1 Aufl. 1885. S. 43 и 2 Aufl. 1900. S. 34. Насколько однако у Меркеля торжествуетъ взглядъ на властный характеръ права, видно изъ его опредѣленія субъективнаго права: Das subjective Recht ist Macht eines Subjects einem anderen gegenüber (Elemente der Rechtsbildung стр. 38).

²⁾ Seligman. Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne. 1886 стр. 55 сл.

вершенства или ради дѣйствующаго, сколько въ виду притязанія, признаннаго за третьимъ лицомъ¹⁾.

Также въ „Пандентахъ“ Виндшейда-Киппа мы читаемъ, что „различіе между правовымъ и нравственнымъ закономъ состоитъ въ томъ, что велѣнія нравственнаго закона являются исключительно (schlechthin) велѣніями, а велѣнія правового закона существуютъ ради другого...“

При нравственномъ законѣ нѣтъ ничего, кромѣ обязанности, при правовомъ же законѣ обязанность существуетъ въ силу предоставленнаго права²⁾...

Но у названныхъ ученыхъ пониманіе права, какъ притязательно-обязательныхъ нормъ, не будучи обстоятельно обосновано, имѣетъ скорѣе характеръ бѣглыхъ замѣчаній, не служитъ въ то же время исходнымъ началомъ ихъ теоретическихъ воззрѣній, проникнутыхъ у Меркеля и Зеллигмана признаніемъ властной и внѣшне-императивной природы права.

Полное и послѣдовательное обоснованіе и развитіе ученія о правѣ, какъ закрѣпленномъ другимъ долженствованиемъ, какъ этическихъ переживаній обязывающе-притязательнаго (императивно-атрибутивнаго) характера, мы находимъ у профессора Петражицкаго³⁾.

Какъ мы уже говорили, этотъ ученый, исходя изъ признанія права и нравственности исключительно индивидуально-психологическими явленіями, подлежащими изуче-

1) Seligman говоритъ о „третьемъ“ лицѣ, такъ какъ имѣетъ въ виду, что надъ правообязаннымъ и управомоченнымъ стоитъ устанавливающая право. Другими словами, исходитъ все же изъ пониманія права, какъ внѣшеавторитетныхъ, властныхъ нормъ.

2) Windscheid-Kipp. Pandekten B. I § 37 Anm. 4. То же, ссылаясь на вышеприведенное мнѣніе, утверждаетъ Prof. Ehrlich Jung. Positives Recht (въ Festschrift f. d. jurist. Facultät in Giessen. 1907. S. 186).

3) Г. Рейснеръ видитъ въ нѣмецкомъ ученомъ Кнаппѣ (Knapp, System der Rechtsphilosophie. Erlangen 1857) предшественника г. Петражицкаго въ пониманіи психологической природы права см. Рейснеръ „Современная Юриспруденція и ученіе Петражицкаго“. Журн. Русское Богатство 1908 кн. I и сл.

нію путемъ наблюденія надъ собственными и чужими этическими переживаніями, констатуируетъ путемъ такого метода наличность различныхъ этическихъ эмоцій въ чело-вѣческой психикѣ и обусловленность ими различнаго интеллектуальнаго состава этическихъ переживаній. Именно, тѣ этическія переживанія, т. е. переживанія долженствованія въ поведеніи субъекта, въ основѣ коихъ лежатъ лишь одностороннія, пассивныя эмоціи, чисто императивно-моторныя возбужденія или импульсы, не имѣютъ въ своемъ интеллектуальномъ составѣ никакихъ представленій и про-екцій закрѣпленности долженствованія за другимъ, не надѣляютъ этого другого притязаніемъ.

Такія переживанія съ чисто императивнымъ, безпритязательнымъ характеромъ проф. Петражицкій, руководясь приведенными выше соображеніями своими о требованіяхъ научной классификаціи, относитъ къ нравственности.

Тѣ же этическія переживанія, кои основаны на констатуируемыхъ этимъ ученымъ, эмоціяхъ двустороннихъ, активно-пассивныхъ, императивно-атрибутивнаго характера, имѣютъ въ составѣ своемъ представленія закрѣпленности обязанности за другимъ, проектируютъ притязанія и субъектовъ притязаній. Такія переживанія и нормы, въ отличіе отъ нравственности, представляющей собой ни за кѣмъ не-закрѣпленныя обязанности, являются правомъ.

Право—императивно-атрибутивныя переживанія и со-отвѣтственныя интеллектуальныя проєкціи ихъ — императивно-атрибутивныя нормы. Юридическая связь или отно-шеніе—связь обязанности съ притязаніемъ; право именно есть закрѣпленная обязанность съ ея активной стороны, т. е. со стороны ея принадлежности субъекта, за кѣмъ она закрѣплена. Наличность правового переживанія и, слѣдо-вательно, права, мы имѣемъ, вслѣдствіе чисто индивиду-ально-психологической природы права, даже въ томъ случаѣ, по мнѣнію г. Петражицкаго, когда закрѣплен-ность обязанности существуетъ лишь въ психикѣ одного

только индивида, переживается лишь имъ однимъ, независимо отъ того переживаютъ ли еще такую закрѣпленность и соотвѣтственно притязанія и другіе субъекты, и существуютъ ли вообще эти субъекты въ дѣйствительности. Правовое переживаніе, слѣдовательно, право можетъ существовать даже у человѣка, находящагося внѣ всякаго общенія съ другими людьми, хотя бы у перенесеннаго на какую либо планету, и у лицъ, воображающихъ себя связанными договоромъ съ сверхъестественными, реально несуществующими существами—дѣволомъ, вѣдьмами и т. п.

Императивно-атрибутивные переживанія, обусловленные представленіями о какихъ либо нормоустановительныхъ фактахъ, проф. Петражицкій относитъ къ позитивному праву и, такъ какъ виды такихъ фактовъ разнообразны, онъ приводитъ несравненно большее количество видовъ положительнаго права, чѣмъ это принято въ юриспруденціи. Правовыя же переживанія личности, свободныя отъ обоснованія ихъ какими-либо нормо-установительными фактами, источникомъ коихъ личность признаетъ свою собственную психику, такія переживанія проф. Петражицкій называетъ интуитивнымъ правомъ. Къ интуитивному праву онъ относитъ также и справедливость, какъ императивно-атрибутивные переживанія личности. Исходя изъ такого возрѣнія на право, ученый этотъ развиваетъ дальнѣйшія положенія теоріи права и критикуетъ общепринятія, господствующія теоретическія положенія современной юриспруденціи.

Выше мы высказались о различныхъ сторонахъ ученія проф. Петражицкаго; здѣсь мы рассмотримъ лишь его пониманіе права и нравственности.

Еще при первоначальномъ обоснованіи проф. Петражицкимъ его психологическаго ученія о правѣ, какъ императивно-атрибутивныхъ переживаніяхъ и нормахъ, мы возражали въ своемъ критическомъ обзорѣ этого ученія, что, хотя атрибутивность правовыхъ нормъ есть несомнѣнно

и необходимое свойство правовых нормъ, и что право имѣеть своимъ источникомъ именно переживанія императивно-атрибутивного характера. Освѣщеніе этой атрибутивной природы права составляетъ значительную научную заслугу названнаго ученаго; но мы утверждаемъ также, что предлагаемая проф. Петражицкимъ классификація нравственныхъ и правовыхъ явленій потому не можетъ быть признана правильной, что закрѣпленность обязанности за другими и, слѣдовательно, атрибутивность нормативныхъ переживаній свойственна не только праву, но и всѣмъ вообще этическимъ нормамъ, опредѣляющимъ взаимоотношенія субъектовъ; свойственна она потому и нравственнымъ нормамъ ¹⁾.

Такой, именно, атрибутивный характеръ имѣеть, по нашему мнѣнію, особенно альтруистическая мораль. Альтруистическая мораль, выдвигающая на первый планъ нашъ этическій долгъ другимъ, слѣдовательно, блага, которыя мы должны оказывать другимъ, предписываетъ обязанности по отношенію къ нимъ во имя нравственного закона, слѣдовательно, надѣляетъ ихъ должнымъ съ нашей стороны. закрѣпляетъ, употребляя это слово въ смыслѣ указанномъ г. Петражицкимъ, наши этическія обязанности за другими (родичами, согражданами, всѣми людьми и даже всѣми существами). Мораль эта порождается чувствомъ симпатіи къ другимъ и сознаніемъ той жизненной связи, которая объединяетъ насъ съ другими.

Возьмемъ христіанскую мораль, заповѣдь которой состоитъ въ оказаніи добра ближнему и любви къ ближнему. Заповѣдь эта не рецептъ самоусовершенствованія личности лишь ради ея самой, подобно правиламъ усовершенствованія ея физическаго и экономическаго бытія, а указаніе той

¹⁾ См. нашу ст. „Новая психологическая теорія права и понятіе права“ (Временникъ Демид. Юр. Лицея. 1901 кн. 82). Ср. также кн. Е. И. Трубецкой, Философія права проф. Петражицкаго. (Журн. „Вопросы философіи и психологіи“ кн. 57).

этической связи, которая должна быть осуществлена между людьми, побужденіе къ тому, что человѣку причитается отъ человѣка, такъ какъ онъ—человѣкъ, его ближній по за-вѣту Христа, какъ высшей нравственной основы взаимоотношеній христіанъ.

Вопреки утверженію Зелигмана, нравственность, какъ и право, предполагаетъ отношеніе человѣка къ человѣку. Самый принципъ этического самоусовершенствованія и состоитъ въ огромной мѣрѣ въ томъ, чтобы каждый удѣлялъ другимъ то благое, что слѣдуетъ имъ отъ насъ, принадлежать имъ въ силу нравственного закона, и въ дѣйствительности переживанія этического долженствованія весьма рѣдко, за исключеніемъ развѣ лицъ съ весьма абстрактнымъ мышленіемъ, не заключають въ своемъ составѣ представленій о субъектахъ, коимъ должны, за коими закрѣплены этические обязанности. Человѣкъ, сознающій ясно свой нравственный долгъ передъ другимъ, не можетъ логически не признавать обоснованности и авторитетности для себя ожиданія и этого другого, нравственного притязанія послѣдняго на выполненіе этой обязанности. Въ нравственныхъ отношеніяхъ люди не являются лишь объектами и орудіями нашего самоусовершенствованія или только средствомъ для осуществленія абстрактнаго долженствованія, безотносительнаго къ кому-либо императива, но субъектами нравственной связи, закрѣпленнаго нравственного долженствованія, поскольку нравственная норма опредѣляетъ поведеніе личности въ отношеніи другихъ личностей.

Чѣмъ развитѣе и интенсивнѣе нравственное чувство и сознаніе нравственныхъ обязанностей по отношенію къ другимъ, тѣмъ ярче въ психикѣ обязаннаго проявляется переживаніе атрибутивности, закрѣпленности его долженствованія, тѣмъ болѣе онъ сознаетъ, что оказываетъ не милость, не снисхожденіе другимъ лицамъ, а выполняетъ то, что имъ присвоилъ нравственный законъ. Этотъ элементъ атрибутивности нравственныхъ обязанностей выражается и

въ обыденной рѣчи, какъ „нравственное притязаніе“, „правственное право“. Конечно, употребленіе въ послѣднемъ случаѣ термина „право“, какъ правильно замѣчаетъ и проф. Петражицкій, является съ научно-классификаціонной точки зрѣнія самопротиворѣчіемъ; но мы знаемъ, что слово „право“ получило въ общежитіи весьма различныя значенія, примѣняется часто по аналогіи къ сходнымъ, хотя и не тождественнымъ явленіямъ, и въ данномъ случаѣ важенъ фактъ, что народная психологія и языкъ, за которымъ и проф. Петражицкій самъ признаетъ способность къ „безсознательно гениальному приспособленію именъ къ подлежащей ориентировкѣ въ мірѣ явленій и образованію подлинныхъ классовъ“, различаетъ различные виды притязаній, именуя ихъ „нравственными“ и „юридическими“. Достоинно вниманія и то психологическое явленіе, что въ индивидуальныхъ переживаніяхъ нравственнаго долженствованія, безотносительнаго къ другимъ, часто обязанность проектируется по отношенію къ самому себѣ, признается закрѣпленною за самимъ собою, и обязанный въ то же время представляется самому себѣ носителемъ притязаній къ самому себѣ, что опять таки выражается въ языкѣ, какъ „нравственныя требованія“ къ самому себѣ. Справедливо, во всякомъ случаѣ, что атрибутивность нравственныхъ переживаній и нормъ не проявляется такъ явственно и рѣзко, какъ атрибутивность правовыхъ переживаній. Разнообразіе нравственныхъ переживаній и нормъ, субъективность ихъ, отсутствіе того детальнаго и конкретнаго опредѣленія отношеній субъектовъ, за коими закрѣпляются обязанности, имѣютъ своимъ слѣдствіемъ то, что закрѣпленность обязанностей не выступаетъ такъ отчетливо, какъ въ правѣ. Въ правѣ далѣе эта закрѣпленность получаетъ особо явственный и твердый характеръ, такъ какъ она не обусловлена лишь самоопредѣленіемъ личностей, а имѣетъ объективное въ отношеніи личности основаніе, внѣшне-императивный характеръ, и находитъ

обыкновенно соответствующую поддержку въ дѣйствіяхъ общества и органовъ общественной власти.

Слѣдуетъ также отмѣтить, что и въ законахъ государственныхъ, общепризнанныхъ правовыхъ нормахъ, о какихъ-либо притязаніяхъ—правахъ субъектовъ весьма часто ничего не говорится. Мы имѣемъ лишь императивы, опредѣляющіе обязанности субъектовъ, а притязанія мы выводимъ логически изъ того основанія, что эти императивы имѣютъ своею цѣлью опредѣлить взаимоотношенія субъектовъ, обязанности однихъ въ отношеніи къ другимъ и, слѣдовательно, закрѣпляя эти обязанности за другими, предоставляютъ соответственныя притязанія — права. Вопросъ только заключается въ томъ, чѣмъ отличаются нормы, обязанности и притязанія нравственныя, отъ таковыхъ же правовыхъ.

Проф. Петражицкій, отстаивая свое ученіе о правѣ и нравственности, пытается устранить замѣчанія противъ его классификаціи возраженіемъ, что его разграниченіе права и нравственности основано не на томъ, кто и что считаетъ нравственностью и правомъ и переживаетъ въ качествѣ таковыхъ, а на указанной имъ различной психологической, эмоциональной и соответственно интеллектуальной, природѣ различныхъ этическихъ переживаній и на требованіяхъ научной классификаціи, въ силу которыхъ необходимо классифицировать явленія такъ, чтобы возможно было построение адекватныхъ ученій о нихъ. Въ интересахъ же этой научной классификаціи все переживанія императивно-аттрибутивные, какъ переживанія *suí generis*, независимо отъ того, признаетъ ли ихъ кто-либо нравственными, слѣдуетъ отнести къ праву, какъ явленія притязательной психики, а все переживанія чисто императивнаго характера, т. е. этическія явленія безпритязательной психики, къ нравственности.

Ссылка же въ пользу своего пониманія права на словоупотребленіе въ различныхъ языкахъ и законодательныхъ памятникахъ служить, какъ мы уже говорили выше, для

проф. Петражицкаго лишь второстепеннымъ фактомъ, скорѣе иллюстраціей народнаго пониманія права, чѣмъ доказательствомъ правильности классификаціи.

Но мы не видимъ научной необходимости такъ классифицировать этическія явленія. При нашемъ признаніи атрибутивнаго характера и нравственныхъ переживаній увеличивается лишь число сходныхъ чертъ нравственности и права, возможность же ихъ разграниченія и классификаціи для построенія адекватныхъ ученій о нихъ не будетъ устранена, если мы въ основаніе этого разграниченія положимъ другой признакъ, который, по нашему убѣжденію, даетъ возможность разграничить явленія права и нравственности безъ отрицанія такихъ чертъ нравственныхъ явленій, которыя, по нашему мнѣнію, логически должны быть приписаны всѣмъ этическимъ нормативамъ взаимоотношеній субъектовъ, независимо отъ того, каковъ эмоціональный составъ переживаній у того или другого субъекта, и сознаетъ ли онъ ясно закрѣпленность своихъ этическихъ обязанностей. Самая идея нравственности, возникшая у людей въ условіяхъ ихъ совмѣстной соціальной жизни, не позволяетъ намъ лишать нравственность столь важной ея функціи, которая состоитъ въ свободномъ закрѣпленіи личностями своего долженствованія за другими.

Проф. Петражицкій въ своемъ разграниченіи права и нравственности придаетъ слишкомъ большое значеніе эмоціональному составу этическихъ переживаній, притомъ, какъ мы уже замѣтили, разсматриваетъ эти переживанія, какъ чисто индивидуальныя явленія, допуская ихъ даже у совершенно изолированныхъ индивидовъ. Мы же полагаемъ, что при разграниченіи права и морали слѣдуетъ прежде всего имѣть въ виду соціальныя характеры различныхъ этическихъ переживаній. Если первоначально всякое индивидуальное переживаніе притязательнаго характера, которое возникало изъ сознанія закрѣпленности обязанности, вызывало со стороны переживающаго оцѣнку его, какъ

справедливаго, и именовалось въ этомъ смыслѣ также правомъ, то съ другой стороны должно имѣть въ виду, что на первыхъ ступеняхъ общественнаго развитія отсутствуетъ сколько-нибудь ясная дифференціація различныхъ нормоопредѣленій, обязанностей и притязаній.

Самый терминъ „право“ широко примѣнялся для обозначенія всѣхъ тѣхъ формъ отношеній, которыя оцѣнивались, какъ правильныя, справедливыя. Лишь по мѣрѣ того, какъ эволюція общественной жизни выдвинула своеобразное значеніе тѣхъ нормъ и выражаемыхъ ими обязанностей и притязаній, которыя получили признаніе ихъ общеобязательности для членовъ общенія, независимо отъ субъективныхъ переживаній долженствованія, основанныхъ на самоопредѣленіи субъектовъ, другими словами, когда утвердилось сознаніе своеобразнаго внѣшне-императивнаго и. въ этомъ смыслѣ, принудительнаго характера закрѣпленія обязанностей и соответствующаго особаго социальнаго значенія такихъ нормъ, обеспечивающихъ устойчивый порядокъ общественнаго житія, терминъ „право“ все болѣе ассоціируется именно съ такими *нормоопредѣленіями*: понятіе права, какъ внѣшне-императивныхъ нормъ, предназначенныхъ къ принудительному регулированію социальныхъ отношеній, получаетъ свое особое значеніе, а понятіе справедливости съ развитіемъ критическаго отношенія къ дѣйствующему праву все болѣе отдѣляется отъ самаго понятія права, оставаясь однако идеальнымъ критеріемъ и цѣлью права ¹⁾.

¹⁾ Проф. Петражицкій отождествляетъ справедливость съ правомъ и видитъ въ ней лишь особый видъ индивидуальныхъ атрибутивныхъ переживаній долженствованія — интуитивное право. Но признаніе тѣхъ или другихъ явленій справедливыми часто основывается на *нормоустановительныхъ фактахъ* (справедливо—потому, что такъ постановили Богъ, царь, судьи, свѣдущіе, авторитетные, добросовѣстные люди и т. д.) Такія переживанія справедливости, какъ основанныя на *нормоустановительныхъ фактахъ*, должны быть отнесены, примѣняя понятіе позитивнаго права г. Петражицкаго, къ позитивному, а не интуитивному праву.

Итакъ, наше разногласіе съ ученіемъ о правѣ, какъ императивно-атрибутивныхъ переживаніяхъ и нормахъ, заключается не въ отрицаніи этого характера права, который мы, напротивъ, всецѣло признаемъ, а въ отрицаніи признанія закрѣпленія обязанностей и, слѣдовательно, атрибутивности, специфической функціей права. Эту функцію мы признаемъ свойственной всѣмъ нормамъ, опредѣляющимъ взаимныя отношенія субъектовъ, а, слѣдовательно, и нравственнымъ императивамъ. Въ индивидуальныхъ этическихъ нормахъ, закрѣпляющихъ обязанности наши за другими, какъ и вообще въ нравственности, мы видимъ важнѣйшій психологическій источникъ права и его высшую гарантію заключающуюся въ соотвѣтствіи права нравственнымъ убѣжденіямъ индивидовъ, составляющихъ данное общество. Но для превращенія нравственной нормы, закрѣпляющей обязанности, въ правовую, необходимо, чтобы норма эта была не свободнымъ самоопредѣленіемъ субъекта, а получила независимое отъ него основаніе обязательности въ признаніи другими субъектами общенія данной нормы, безусловно обязывающею субъекта, т. е. обязывающею его, независимо отъ его собственнаго отношенія къ ней, отъ его нормативныхъ убѣжденій; результатомъ такого обязыванія является и со стороны обязываемаго сознаніе принудительности такой нормы. Чѣмъ авторитетнѣе тѣ лица или совокупность лицъ, отъ которыхъ исходитъ такой внѣшній императивъ, чѣмъ болѣе зависитъ опредѣляемый субъектъ отъ опредѣляющихъ его, тѣмъ болѣе такой внѣшній императивъ, опредѣляющій порядокъ отношеній, имѣетъ способность мотивировать волю, тѣмъ дѣйствительнѣе оны мотивируетъ поведеніе личности. Такъ свободная по своему характеру и принудительная этика взаимоотношеній членовъ общенія, разграничиваются, какъ мораль и право. Вотъ почему и право государства, какъ наиболѣе мощной и развитой организаціи внѣшне-императивнаго регулированія соціальной жизни и принудительнаго господства, поддерживающаго

реальное значеніе своихъ императивовъ, заняло такое доминирующее мѣсто въ жизни человѣчества. Въ свою очередь, отношеніе права къ государству, особенно проблема связанности государства правомъ, является важнѣйшимъ вопросомъ ученія о правѣ и находится въ тѣсной связи съ самымъ понятіемъ права; она должна поэтому здѣсь быть рассмотрѣна.

Мы рассмотрѣли различныя главнѣйшія ученія о сущности права, классифицируя ихъ на опредѣленія права по содержанію и цѣли, по источнику и по характеру или функциямъ нормъ. Опредѣленій права было дано, какъ мы замѣтили, множество, но мы рассмотрѣли лишь тѣ, которыя являются господствующими въ современной наукѣ права или же по своей оригинальности и тщательной обоснованности, даже при критическомъ къ нимъ отношеніи, заслуживаютъ большого вниманія, такъ какъ имѣютъ шансы при существующемъ различіи въ конценціяхъ морали и права приобрести значительное число сторонниковъ. Къ числу такихъ оригинальныхъ ученій и относится психологическое ученіе о правѣ проф. Петражицкаго. По нашему мнѣнію, дальнѣйшая группировка воззрѣній на сущность права и его опредѣленій должна концентрироваться на развитомъ уже юриспруденціей пониманіи права какъ социальныхъ внѣшне-императивныхъ атрибутивныхъ нормъ и на расширенномъ пониманіи его, энергично поддерживаемымъ проф. Петражицкимъ, какъ какихъ-бы то ни было, въ томъ числѣ интуитивныхъ, императивно-атрибутивныхъ переживаній.

Оригинальная попытка разграниченія права и нравственности по функциямъ ихъ была сдѣлана въ нашей научной литературѣ проф. Коркуновымъ, опредѣлившимъ въ своихъ „Лекціяхъ по общей теоріи права“ нравственность,

какъ этическія нормы оцѣнки интересовъ, и право какъ этическія нормы разграниченія интересовъ. Ученіе это осталось непризнаннымъ въ юридической литературѣ, насколько намъ извѣстно, и вызвало вполне справедливыя возраженія. Дѣйствительно, разграниченіе это является шаткимъ. Всякая этическая норма, опредѣляющая отношенія людей, представляетъ собой одновременно оцѣнку и разграниченіе ихъ интересовъ. Опредѣляя долженствованіе субъектовъ, она ограничиваетъ осуществленіе ихъ интересовъ въ томъ или другомъ объемѣ и направленіи ради интересовъ другихъ лицъ, понимая это слово „интересъ“ не въ узко-матеріальномъ смыслѣ, но и въ широкомъ смыслѣ всего того, что имѣетъ цѣнность для субъекта.

Указывая, что должно и чего не должно дѣлать въ отношеніи другихъ, какія блага слѣдуютъ другимъ отъ насъ и какія блага другихъ и какъ мы должны уважать, норма нравственности, какъ и норма права, ограничиваетъ или разграничиваетъ интересы личностей.

Съ другой стороны, и право оцѣниваетъ интересы ¹⁾. Правовая норма, какъ и всякая этическая норма, опредѣляющая отношеніе субъектовъ, можетъ разграничить интересы тѣхъ или другихъ субъектовъ, лишь давъ имъ относительную оцѣнку. Эта оцѣнка можетъ быть дана и дается правомъ даже часто независимо отъ той или другой нравственной оцѣнки, когда именно устанавливающее право руководится не этическими принципами, хотя бы своими собственными, а руководится различными субъективными соображеніями простой цѣлесообразности. И если въ нравственныхъ нормахъ оцѣнка интересовъ доходить часто до

¹⁾ Извѣстный философъ Виндельбандъ (Windelband, Präludien II Ausgabe 1903, Normen und Naturgesetze стр. 249 сл.), между прочимъ, *всѣ нормы вообще опредѣляетъ*, какъ „принципы оцѣнки чужой дѣятельности и ея объектовъ и самооцѣнки“.

признанія одного интереса подлежащимъ полному поглощенію другимъ, на примѣръ поглощенію интереса *собственнаго* существованія такимъ же интересомъ ближняго, то и въ правѣ мы видимъ поглощеніе интересомъ, признаннымъ болѣе важнымъ, съ точки зрѣнія правоустанавливающаго, интереса менѣе важнаго, въ силу чего, на примѣръ, такое даже благо, какъ жизнь гражданина, жертвуется интересу государства.

ГЛАВА IV.

Правовая связанность государства.

§ 25. Значеніе и исторія вопроса о юридической связанности государства.

Право и государство—настолько тѣсно связанныя между собою явленія соціальной жизни, что, какъ бы мы ихъ логически не отдѣляли другъ отъ друга, мы никогда не должны забывать, что право, хотя оно возникаетъ и существуетъ и въ негосударственныхъ общеніяхъ, имѣетъ все же важнѣйшей сферой своего проявленія государство; последнее является уже съ давнихъ поръ черезъ посредство своихъ органовъ важнѣйшимъ установителемъ права и его охранителемъ, и при томъ право является не только нормативнымъ началомъ государственной жизни, относящимся къ категоріи долженствованія, но, какъ дѣйствующее право, реализуется въ сферѣ фактическихъ отношеній, организуетъ бытіе государства, его строй и дѣятельность. Эта связь права съ государствомъ и огромное значеніе государства, все возрастающее, въ дѣлѣ регулированія соціальной жизни, естественно поставило на первый планъ изученіе того права, которымъ опредѣляется государственная жизнь, которое устанавливается самимъ государствомъ, такъ что изученіе права, не имѣющаго, такъ сказать, государственнаго отпечатка, заняло второстепенное мѣсто въ юриспруденціи, или даже это право вовсе не изучается ею, исключая церковнаго права (въ его независимыхъ отъ государства основахъ). Но при изученіи отношенія права и государства на первый планъ выдвигается основная проблема этого отношенія,

именно вопросъ о связанности государства, какъ властвующаго союза, правомъ, объ обязательной силѣ права для государства.

Вопросъ объ обязывающей силѣ права въ отношеніи къ государственной власти, о правовомъ ограниченіи государства, издавна привлекалъ къ себѣ вниманіе философовъ, юристовъ и политиковъ. Онъ неизбежно выдвигался какъ самымъ ходомъ политической жизни, развитіемъ идей правового государства, борьбой съ произволомъ властвующихъ, стремленіемъ подчинить и носителей государственной власти объективнымъ нормамъ права и противопоставить власти субъективныя права подвластныхъ, такъ и запросами теоретической мысли, выясненіемъ правовой природы государства, функций права въ государствѣ, отношенія права къ самой верховной правоустанавливающей власти.

Особенно проблема правовой связанности носителя верховной государственной власти останавливала на себѣ вниманіе изслѣдователей, возбуждая наиболѣе споровъ и разногласій. Относительно обязательности права для подчиненныхъ органовъ власти сомнѣнія не могло возникать, хотя бы по тому лишь основанію, что органы эти, какъ и подданные государства, будучи подчиненными суверену, не могли не быть обязанными, по крайней мѣрѣ, тѣми нормами, которыя санкціонировать и признавать для нихъ обязательными самъ суверень.

Но можетъ ли быть связанъ правомъ самъ суверень или высшій, никому не подчиненный и правоустанавлиющій органъ государства?—этотъ вопросъ не разрѣшался такъ просто. Здѣсь нельзя уже было обосновывать обязательность права для суверена отношеніемъ подчиненности, приходилось, слѣдовательно, или признать суверена стоящимъ выше права или искать другихъ основаній его правового ограниченія.

И мы видимъ въ философскихъ и государственно-правовыхъ ученіяхъ различныя разрѣшенія этого вопроса. У

представителей учения естественнаго права, поскольку послѣднее вообще признавалось не только чистой идеей разума или только идеальнымъ критеріемъ поведенія, но и обязательными нормами отношеній, естественное право всегда и всегдѣ признавалось границей и для самой суверенной государственной власти. Иное воззрѣніе сложилось по отношенію къ положительному праву.

Древнія воззрѣнія на право, какъ на нормы, коимъ подчинены и властвующіе и подвластные, измѣнилось въ слѣдствіе утраты правомъ его сакральнаго характера, усиленія государственной власти и особенно развитія законодательной дѣятельности и монополизированія государственной властью правоустановленія. Развитіе абсолютизма и абсолютистскихъ воззрѣній на государственную власть довершило измѣненіе воззрѣній на отношеніе права къ государственной власти.

По мѣрѣ того, какъ государственное законодательство сдѣлалось высшимъ формальнымъ источникомъ положительнаго права въ государствѣ, все болѣе утверждалось воззрѣніе, что положительное право, а именно данное властью законы или хотя бы обычаи, признанные или санкціонированные законодателемъ, обычное право, обязательны лишь потому, что этого желаетъ власть. Право представляетъ собою выраженіе властной воли суверена, обязательной для подданныхъ, но отнюдь не могущей обижать ихъ творца, законодателя, носителя верховной государственной власти. Онъ свободенъ отъ силы закона. Уже римскіе юристы рѣзко формулируютъ понятіе закона въ такомъ его значеніи. Еще въ республиканскій періодъ понятіе закона ¹⁾ опредѣляется, какъ выраженіе властной воли суверена: „Lex est

¹⁾ Между прочимъ, *Klöppel: Gesetz und Obrigkeit*, стр. 31 сл. утверждаетъ, что понятіе закона въ формальномъ смыслѣ возникло сперва у римлянъ. Но, какъ извѣстно, уже у грековъ существовало формальное различіе между псефизмами и законами. Ср. *Iellinek. Gesetz und Verordnung*, стр. 38—39.

quod populus jubet atque constituit“. Но въ республиканскій періодъ Рима и даже въ началѣ принципата не провозглашался открыто принципъ несвязанности верховной власти законами и правомъ, и правовая связанность государственной власти даже признавалась. Цицеронъ писалъ, что законы такъ же господствуютъ надъ магистратами, какъ магистраты господствуютъ надъ народомъ. Этотъ же писатель опредѣляетъ государство, какъ собраніе множества людей, связанное согласіемъ права и общеніемъ пользы. Тотъ же Цицеронъ (*De republica* Lib. I) говоритъ, что законъ есть равное для всѣхъ право: „Cum lex sit civilis societatis vinculum, jus autem legis aequale, quo jure societas civium teneri potest, cum par non sit conditio civium?“¹⁾ граждане всѣ, въ томъ числѣ и властвующіе, связаны, слѣдовательно, закономъ. А, какъ извѣстно, римляне вообще смотрѣли на государство, какъ на собраніе римскихъ гражданъ, народъ, и на государственнѣйшій строй, какъ на дѣлю, установленіе народа—*res populi, constitutio populi*. Поэтому идея власти, стоящей надъ правомъ, не могла возникнуть. Марціанъ же, ссылаясь на Хризиппа, говорилъ даже о законѣ: „Lex est omnium divinarum et humanarum rerum regina“.

Но съ развитіемъ абсолютной императорской власти въ римской имперіи формулируется юристами и столь извѣстный принципъ абсолютизма: *quod principi placuit legis habet vigorem: princeps legibus solutus est*²⁾.

Воля суверена—законъ, и, какъ воля суверена, законъ не связываетъ послѣдняго. Однако, несмотря на это провоз-

¹⁾ Цит. у *Боржунова*: Указъ и законъ, стр. 61—62.

²⁾ См. объ этомъ принципѣ *Mommsen*: *Röm. Staatsrecht* B. II, стр. 840 сл. *Willens*: *Droit public romain* 1872 г., стр. 13. *Karlowa*: *Röm. Rechtsgeschichte* B. I, 1885 г., стр. 825 сл. Слишкомъ расширяетъ во времени признаніе принципа правовой связанности власти въ античномъ государствѣ *Arnold* (*Kultur und Rechtsleben* 1865, стр. 168 сл.), когда утверждаетъ категорически, что „въ древности право стояло надъ государствомъ, въ средніе вѣка государство возвышалось надъ правомъ“.

глашеніе представителя верховной власти стоящимъ выше закона (поскольку рѣчь не шла о *res privata principis*), какъ выраженія его *собственной* воли и власти, въ источникахъ римскаго права и въ императорскій періодъ все еще продолжаютъ оставаться запечатлѣнными и возвышенныя воззрѣнія греческихъ философовъ на право ¹⁾, изъ которыхъ можно заключить о признаніи нравственной обязательности соблюденія права и для властителя.

Съ того времени, какъ римскіе юристы императорскаго періода сформулировали знаменитыя принципы „*quod principi placuit legis habet vigorem*“ и „*princeps legibus solutus est*“, въ исторіи государственныхъ ученій утверженіе несвязанности субъекта государственной власти постоянно повторяется, независимо отъ того, кого считали именно субъектомъ этой власти.

Съ централизаціей и развитіемъ государственной власти въ Западной Европѣ романисты и особенно французскіе легисты формулируютъ суверенитетъ короля, утверждая, что: „*le roi ne tient de nullui fors de Dieu et de lui*“ и „*si veut le roy, si veut la loy*“, хотя еще и не рѣшаются утверждать прямо несвязанность монарха положительными законами.

Принципъ несвязанности носителя верховной государственной власти законами находитъ утверженіе у Бодена въ его знаменитомъ ученіи о суверенитетѣ.

Весьма любопытно прослѣдить его обоснованіе принципа несвязанности правомъ суверена.

„Суверенитетъ“ провозглашаетъ Боденъ. „есть высшая абсолютная и постоянная власть государства“, а въ латинскомъ изданіи своей книги онъ *опредѣляетъ* суверенитетъ,

¹⁾ Нап. D. 1, 1, 3: *Juri operam daturum prius nosse oportet unde nomen juris descendat: est autem a justitia appellatum nam ut eleganter Celsius definit jus est ars boni et aequi.*

какъ высшую и несвязанную законами власть надъ гражданами и подданными ¹⁾).

Власть суверенная—абсолютна, такъ какъ она не ограничена ни другой властью, ни временемъ, ни законами, ничѣмъ, кромѣ законовъ Бога и природы. Каждая другая власть и всякая должность въ государствѣ происходятъ отъ суверенной власти и дѣйствуютъ лишь въ силу ея делегации. Но, не будучи ограничена другой властью и человѣческими законами, суверенная власть у Бодена все же не вполне безграничная и въ правовомъ отношеніи власть. Именно Боденъ утверждаетъ, что суверенная власть не связана законами, такъ какъ законъ означаетъ собою приказаніе самого суверена, для него самого потому не обязательное, но онъ ограниченъ другимъ правомъ, которое является нормами, независимыми отъ суверена, существующими ранѣе самого государства и стоящими надъ нимъ, именно правомъ божескимъ, естественнымъ и общимъ для всехъ народовъ, *jus gentium* ²⁾).

Поэтому Боденъ признаетъ, что въ силу естественнаго права суверенъ обязанъ соблюдать договоры съ подданными и другими суверенами, хотя сами по себѣ эти договоры не умаляютъ суверенитета, такъ какъ здѣсь суверенъ самъ себя обязываетъ, и въ случаѣ противорѣчія ихъ естественному праву или божескому, суверенъ можетъ своей односторонней волей признать такіе договоры недѣйствительными.

Договоры связываютъ притомъ лишь заключившаго ихъ суверена, но отнюдь не его преемниковъ ³⁾).

¹⁾ *Bodinus*: lib. I. c. 8: *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas.*

²⁾ *Bodin*: I ch. VII p. 128 сл.

³⁾ *Bodin*: l. I, ch. VIII, стр. 159. Связываютъ однако условно договоры преемниковъ, если они наследуютъ престолъ, какъ частно-правные наследники *haereditario jure vel etiam testamento*, а не en vertu de la coutume et loy du país. См. нашу работу „*Суверенитетъ*“ стр. 89.

Суверень далѣе обязанъ уважать естественную личную свободу, семью, вѣроисповѣданіе и собственность подданныхъ.

Право экспроприаціи можетъ имѣть мѣсто лишь въ случаѣ крайней необходимости въ интересахъ общественнаго блага и за вознагражденіе, за исключеніемъ развѣ случая полной невозможности дать это вознагражденіе. На этомъ же основаніи и всякіе денежные налоги и поборы съ подданныхъ могутъ взиматься лишь съ ихъ согласія, съ согласія сословій, опять-таки за исключеніемъ случаевъ крайпей необходимости, когда суверень можетъ обойтись и безъ этого согласія.

Всѣ эти ограниченія суверена однако имѣютъ свое основаніе въ естественномъ правѣ, положительнымъ же правомъ, законами, суверень не связанъ.

Но Боденъ дѣлаетъ весьма знаменательное исключеніе изъ этого принципа, а именно для основныхъ законовъ ¹⁾, „*imperii leges*“, такъ какъ они, замѣчаетъ Боденъ, устанавливаютъ самую власть и потому тѣсно связаны съ самимъ суверенитетомъ.

Таковы законы о престолонаслѣдствіи и неотчуждаемости государственнаго имущества. Если монархъ нарушитъ эти законы, то на обязанности должностныхъ лицъ лежитъ возстановленіе правомѣрнаго состоянія.

Это выдѣленіе „основныхъ законовъ“, „*imperii leges*“, изъ комплекса дѣйствующихъ въ государствѣ законовъ, несвязывающихъ суверена, у Бодена происходитъ потому, что онъ не разсматриваетъ эти законы, какъ проявленіе воли самого суверена, его власти, но, напротивъ, признаетъ ихъ основаніемъ самой власти, и такимъ образомъ признается положительноправовая связанность суверена „*en*

¹⁾ Понятіе основныхъ законовъ съ высшей формальной силой возникаетъ уже въ 16 столѣтіи впервые у монархмаховъ. См. Iellinek Allg. Staatslehre. B. I, стр. 464 сл.

vertu de la coustume et loy du pais¹⁾. Что же касается обязательности для монарха основныхъ законовъ о неотчуждаемости государственнаго имущества (domaine public), то Бодень это мотивируетъ тѣмъ, что собственникомъ государственнаго имущества является не правитель, а само государство; отдѣляя въ данномъ случаѣ государство отъ правителя, онъ утверждаетъ, что государственное имущество неприкосновенно для правителя. Суверенъ въ отношеніи этого имущества, говоритъ Бодень, лишь какъ опекунъ заступаетъ опекаемаго (государство); дѣло идетъ не о „causa principis“, но о causa rei publicae²⁾.

Это ученіе Бодена о несвязанности суверенной власти ею самой устанавливаемымъ правомъ имѣло огромное вліяніе на послѣдующія ученія по этому вопросу, хотя уже у современниковъ Бодена встрѣтило самыя энергичныя возраженія³⁾.

Господствующее мнѣніе признавало ограничиваемость суверена и положительнымъ правомъ.

Сторонники же народнаго суверенитета, монархомахи 16-го вѣка, не только признавали, что монархъ связанъ законами, такъ какъ это послѣдовательно вытекало изъ ихъ возрѣнія на порученный, должностной характеръ монархической власти, но и то, что самъ суверенный народъ ограниченъ законами. Развивавшаяся съ 16-го вѣка идея основныхъ законовъ, обязательныхъ и для верховныхъ органовъ власти, нашла поздиѣе свое полное выраженіе въ пониманіи конституціи, какъ верховныхъ въ своей формальной силѣ правовыхъ нормъ, являющихся основаніемъ и грани-

¹⁾ См. Bodin: I. I. Ch. VIII. Также Loyseau объявляетъ, что lois fondamentales de l'Etat являются границей королевской власти.

²⁾ Bodin: I, VI ch. II, стр. 857 сл.

³⁾ Противъ начала, что „princeps legibus solutus est“ возстали знаменитые французскіе юристы 16 вѣка Куяцій и Донелль, въ Германіи—Ульрихъ Цацій въ 16 вѣкѣ, Прукманъ, Иванъ Альтуэй въ своей „Политикѣ“ (1603 г.). См. Gierke: Joh. Althusius, стр. 154—155, 281 сл.

цей всѣхъ государственнхъ властей. Однако и защитники абсолютнаго суверенитета продолжали поддерживать свое учение о несвязанности суверена положительнымъ правомъ, при чемъ нѣкоторые, какъ-то Гоббесъ, довели принципъ абсолютизма власти до крайнихъ логическихъ послѣдствій.

Власть суверенная у Гоббеса абсолютна и она безгранично господствуетъ надъ подданными и стоитъ выше всякихъ человѣческихъ законовъ (*leges civiles*), не подчинена имъ, такъ какъ законы — ея воля, издаются и отмѣняются ею самой ¹⁾.

И хотя Гоббесъ указываетъ, что основной законъ, *fundamental law*, есть законъ, отмѣна котораго разрушила бы государство и вызвала бы полную анархію ²⁾, но такъ какъ этотъ основной законъ сводится у него къ общественному договору ³⁾, устанавливающему государство и переносящему всю власть и всѣ права безусловно и разъ навсегда неотъемлемо на суверена, то такой договоръ, въ которомъ при этомъ самъ суверень не участвуетъ ⁴⁾, конечно, не можетъ служить юридической границей для суверена.

Также и Руссо въ своемъ знаменитомъ трактатѣ „Общественный договоръ“, развивая свое учение объ абсолютномъ народномъ суверенитетѣ, органически включающемъ въ себѣ суверенитетъ каждаго отдѣльнаго индивида, заключившаго общественный договоръ, утверждалъ, что суверень не можетъ налагать на себя никакихъ обязательствъ, не можетъ обязывать даже самого себя. Онъ не связанъ ни конституціей, ни законами, которые являются лишь выраженіемъ его собственной воли. Для него не обязательны даже общественный договоръ, въ силу котораго существуетъ самъ этотъ суверень, такъ какъ суверенная общая воля

¹⁾ *Hobbes: De cive* c. VI § 14 и 19, c. V § 11; *Leviathon* c. 26.

²⁾ *Leviathan* XXVI.

³⁾ Ср. Еллинекъ: *Право современ. государство* р. пер., стр. 310, 131 сл.

⁴⁾ *Leviathan* XVIII, стр. 161.

народа можетъ постановить единогласно о его прекращеніи, и тогда вновь наступаетъ естественное состояніе ¹⁾.

Бодень, Гоббесъ, Руссо явились наиболѣе яркими выразителями ученія, что суверень не можетъ быть связанъ положительнымъ правомъ, такъ какъ эта несвязанность логически вытекаетъ изъ того, что право само есть выраженіе его суверенной воли и власти. Ихъ воззрѣнія нашли многочисленныхъ послѣдователей ²⁾.

Когда выработалось въ юридической литературѣ представленіе о государствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, являющемся субъектомъ государственнаго властвованія, принципъ несвязанности суверена *положительнымъ правомъ*, законами, былъ цѣликомъ перенесенъ на этого абстрактнаго властелина, на само государство. Государство или его органы въ своей суверенной законодательной функціи, какъ правоустановители, не могутъ быть связаны установленными ими законами. Это—сплошь и рядомъ поддерживаемое теперь юристами даже въ отношеніи конституціонныхъ законовъ *положеніе* ³⁾, хотя юристы, разчленяя логически государство въ

¹⁾ Rousseau; Contrat Social (Nouvelle édition Garnier Frères) L. I ch. VII, p. 249.

²⁾ Исторію различныхъ ученій объ ограниченіи суверенной власти правомъ мы изложили въ другой нашей работѣ „Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе“ 1903 г.

³⁾ Напримѣръ, въ новѣйшее время Herrrit в своемъ изслѣдованіи „Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung“ 1901, стр. 46, приходитъ къ положенію, что „изъ верховной власти государства вытекаетъ, что суверенное государство, какъ единственный и ни отъ кого независимый источникъ всего права, также своего конституціоннаго права, въ любой моментъ можетъ измѣнить свою конституцію, что государство принципиально въ измѣненіи послѣдней ничѣмъ не связано, даже предписанной въ конституціи формой государства (Staatsform), такъ какъ она сама является его твореніемъ“. Въ нашей литературѣ проф. А. С. Алексѣевъ выводитъ даже изъ неограниченности правоустанавливающихъ органовъ безотвѣтственность монарха (А. С. Алексѣевъ, „Безотвѣтственность монарха и отвѣтственность правительства“ 1907 г., стр. 16). „Монархъ безотвѣтственъ потому,

его функціяхъ и органахъ, не могутъ отрицать, такъ какъ это шло бы въ явный разрѣзъ съ положительнымъ правомъ, что въ административной и затѣмъ судебной функціи современное государство въ лицѣ своихъ соответствующихъ органовъ находится въ подзаконномъ положеніи, и, слѣдовательно, въ этихъ двухъ функціяхъ связано правомъ.

Такимъ образомъ, государство, хотя лишь въ своей законодательной функціи признается носителемъ абсолютной надзаконной власти.

Какъ извѣстно, ученіе о формальной несвязанности правомъ верховныхъ органовъ особенно ярко выражается англійскими юристами въ ихъ ученіяхъ о юридическомъ всемогуществѣ, абсолютизмѣ англійскаго парламента.

Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что абсолютность государственной власти всегда понималась лишь въ относительномъ смыслѣ. Никто изъ вникавшихъ въ природу государственной власти не сомнѣвался въ томъ, прежде какъ и теперь, что при относительности всякой человѣческой власти, немислимо существованіе въ обществѣ такой фактически абсолютной всепоглощающей силы, хотя бы это была власть деспота, которая и въ своемъ основаніи и въ своемъ проявленіи не была бы обусловлена тѣми или другими матеріаль-

что онъ на ряду съ народнымъ представительствомъ является органомъ верховнымъ; верховные же органы, устанавливая нормы и директивы государственной дѣятельности, не могутъ въ установленіи ихъ ими же быть связаны“. Однако ниже (стр. 35) проф. Алексѣевъ признаетъ, что монархъ и парламентъ, какъ органы государства, въ своей дѣятельности должны проявлять лишь волю государства и во всѣхъ своихъ дѣйствіяхъ и распоряженіяхъ подчиняться ей, и затѣмъ признаетъ „юридическія“ обязанности монарха. Какъ же объяснить безответственность монарха и въ случаѣ нарушенія этихъ „юридическихъ обязанностей“; очевидно, вѣдь, что ее нельзя выводить изъ несвязанности монарха „въ установленіи нормъ и директивовъ государственной власти“? Совершенно правильно обосновываетъ безответственность монарха политическими соображеніями, цѣлесообразностью R. Passow. Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland 1904. стр. 9 сл. Ср. также F. Perrin. De la responsabilité pénal du chef de l'Etat et des ministres en France 1900, стр. 13.

ными и моральными силами, болѣе или менѣе ограничена, связана въ своихъ дѣйствіяхъ ¹⁾).

Соотношеніе реальныхъ силъ господствующихъ и подвластныхъ элементовъ общества вовсе не таково, чтобы носители общественной власти могли безирепятственно дѣлать все, что имъ угодно ²⁾).

Въ этомъ отношеніи по поводу полемики нѣкоторыхъ современныхъ ученыхъ (Прейса и Дюгюи), требующихъ изгнанія понятія суверенитета изъ государственной науки именно на томъ основаніи, что абсолютной безграничной государственной власти въ настоящее время нѣтъ, Лабандъ справедливо замѣтилъ, что „борьба съ такимъ суверенитетомъ есть борьба съ вѣтреными мельницами, такъ какъ всѣ согласны въ томъ, что подобная власть не только не существуетъ для понятія сувереннаго государства, но и вообще не можетъ быть осуществлена“ ³⁾. Въ отношеніи же правовыхъ ограниченій достаточно вспомнить, что, разъ право есть необходимое условіе сколько-нибудь организованнаго общежитія, ни въ одномъ общественномъ союзѣ, даже при существованіи наименѣе обеспеченнаго права и при господствѣ наиболѣе деспотическаго режима, власть не только не осуществляется внѣ всякихъ фактическихъ сдержекъ, но и внѣ дѣйствія извѣстныхъ правовыхъ нормъ, такъ или иначе регулирующихъ и умѣряющихъ ея осуществленіе и направляющихъ жизнь подданныхъ и дѣйствія властителей

¹⁾ О различнаго рода ограниченій власти см. особенно *Ihering: Zweck im Recht*. В. I, стр. 366 сл. *Дайен: Основы госуд. права Англии 1905 г.* (рус. перек.), стр. 88—95.

²⁾ Весьма интересное изслѣдованіе съ точки зрѣнія социалистическихъ принциповъ обусловленности фактическаго и юридическаго верховенства классовыми противорѣчіями у *Я. Магазинеръ*. Самодержавіе народа (опытъ социально-политической конструкторки суверенитета) С. Петербургъ.

³⁾ Laband: *Staatsrecht d. D. Reiches*, 1901. В. I, стр. 69, прим. 2; См. нашу работу, Суверенитетъ, 1903, гл. IV.

въ извѣстныя формы, хотя бы измѣненіе ихъ формально зависело отъ ихъ воли!

Лейбницъ въ своемъ трактатѣ: „De jure suprematus ac legationis „principum Germaniae sive de imperatoris Romani majestate“. 1677 г. пропозировалъ надъ наклономъ нѣкихъ ученыхъ къ абсолютнымъ и отвлеченнымъ, совершенно не соответствующимъ жизни, понятіямъ. Онъ далъ этимъ понятіямъ названіе „monstrum“ и указывалъ на то, что всѣ человѣческія отношенія и вещи относительны, идутъ среднимъ путѣмъ (*mediae viae*): такъ же относительно, а не абсолютно и верховенство государственной власти.

Абсолютисты, собственно, рѣшительно отвергали не фактическія, а юридическія ограниченія верховной власти, такъ какъ законы они разсматривали лишь какъ выраженіе суверенной воли, отнюдь нисколько не связывающее самого суверена; но и они, конечно, понимали, что и носители государственной власти не могутъ находиться внѣ вліянія и сдерживающей силы тѣхъ или другихъ общественныхъ воззрѣній и моральныхъ силъ, хотя и послѣднія старались всячески поставить къ услугамъ суверена.

Вотъ почему, не говоря уже о представителяхъ современнаго обществовѣдѣнія и государствовѣдѣнія, и писатели старой естественно-правовой доктрины безъ различія направленія постоянно ссылались на природу общества и государства, когда говорили о границахъ государственной власти, вытекающихъ не изъ какихъ-либо положительно правовыхъ или извнѣ поставленныхъ ей запретовъ и претятвій, но изъ самого существа этой власти.

И Гоббесъ, который въ своемъ апофеозѣ абсолютнаго суверенитета утверждалъ даже необходимость истолкованія естественныхъ и нравственныхъ законовъ согласно съ велѣніями суверена и его законами ¹⁾, признавалъ однако естественное право подданныхъ сопротивляться суверену для

¹⁾ Hobbes De Cive c. XIV § 10.

защиты своей жизни, въ силу естественнаго закона, что никто не можетъ общать другому не сопротивляться посягательствомъ на свою жизнь и члены; это противорѣчило бы, говоритъ онъ, принципу самосохраненія, на которомъ основано само государство; при этомъ, правда, Гоббесъ многозначительно оговаривался въ пользу своего Левіаана, что и суверень въ такихъ случаяхъ сохраняетъ право наказывать и казнить неповинующихся ¹⁾.

Извѣстно далѣе, что и Спиноза, который сходно съ Гоббесомъ даетъ конструкцію абсолютнаго суверенитета, утверждая, что индивиды переносятъ безъ остатка свое „естественное право на всё“ на государственную власть, и что эта государственная власть—абсолютна, несвязана никакими законами, имѣетъ „*summum naturae jus in omnia*“, и самымъ helpfulнымъ веленіямъ ея подданные обязаны подчиняться во избѣжаніе большаго зла, правомъ же считается то, что власть объявляетъ таковымъ ²⁾, тотъ же Спиноза однако горячо отстаиваетъ, въ противорѣчіе вышеуказаннымъ своимъ положеніямъ, хотя и въ скромныхъ объемахъ, естественное и неотчуждаемое право подданныхъ на свободу совѣсти, мысли и слова ³⁾; далѣе, уже соотвѣтственно своему основному положенію, отождествляющему право съ силой (каждый имѣетъ настолько правъ, насколько имѣетъ естественной силы), Спиноза признаетъ естественное право подданныхъ отказывать въ повиновеніи властителю, отступиться отъ государственнаго договора, разъ только у нихъ для этого достаточно силы.

¹⁾ По замѣчанію *Читерина*. Исторія политич. ученій ч. 2, 1872 г., стр. 39, именно, указанное выше, положеніе Гоббеса о сопротивленіи подданныхъ открыло дверь тѣмъ революціоннымъ идеямъ, противъ которыхъ Гоббесъ всѣми силами возставалъ.

²⁾ B. Spinoza, *Sämmtliche Werke* (übersetzt v. Auerbach) Stuttgart 1871, B. I Theologisch-politische Abhandlung s. 353 ff.

³⁾ *Spinoza's Werke* ib. конецъ 7-й главы и глава 19.

Конечною же цѣлью государства, которую всегда слѣдуетъ имѣть въ виду суверену, является свобода (*finis ergo re vera libertas est*).—

Но проблема правовой связанности государственной власти сводится не къ выясненію фактическихъ сдержекъ государственной власти, но къ тому можетъ-ли быть право по существу своему быть обязательной нормой для государства.

Совмѣстимо ли признаніе обязательности права для государства съ самымъ понятіемъ права и его функций въ государствахъ.

При такой постановкѣ вопроса рѣчь идетъ о констатированіи и объясненіи формальной обязательности права для власти, независимо отъ того соблюдаются и почему фактически тѣ или другія нормы тѣми или другими представителями власти, и въ достаточной-ли степени обезпечено ихъ соблюденіе.

Самый важный вопросъ государственноправовой жизни о гарантіяхъ соблюденія правовыхъ нормъ властью имѣетъ смыслъ лишь тогда, когда нѣтъ сомнѣній въ самой обязательности того, дѣйствіе чего нужно гарантировать, т. е. въ данномъ случаѣ въ возможности и наличности юридическаго ограниченія власти.

Этотъ принципъ юридической ограниченности власти съ особенной силой выдвинутъ былъ въ новое время развитіемъ конституціонализма и особенно субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, признаніемъ этихъ правъ въ законодательствахъ и судебной защитой ихъ въ современныхъ государствахъ ¹⁾.

¹⁾ См. по этому вопросу особенно *Еллингъ*: Право современ. государства т. I (рус. перев. 1903 г.), стр. 264—278, 335—346. Его же. Декларация правъ челоѣка и гражданина. Его же. *System der subjectiven öffentl. Recht* 2 Auflage 1905 г. *Dantscher v. Kollesberg*. Die politischen Rechte der Ünterthanen 1894, стр. 233 сл. *М. М. Ковалевскій*: Ученіе о личныхъ правахъ. Его же. Отъ прямого народоправства къ представительному и отъ неограниченной монархіи къ парламентаризму.

Утвержденіе въ дѣйствующемъ правѣ современныхъ государствъ принциповъ правового конституціоннаго государства есть созданіе и обезпеченіе правоваго ограниченія государственной власти, установленіе права, устрояющаго въ той или другой степени произволъ власти и обезпечивающаго необходимую свободу личности и свободное участіе общественныхъ силъ въ устроеніи своей и государственной жизни.

Когда Бенжамэнъ Констанъ, этотъ выдающійся представитель конституціонной доктрины первой половины 19-го вѣка, развивая и формулируя принципъ ограниченности верховной власти, восклицалъ: „Вотъ важная истина, вѣчный принципъ, который долженъ быть провозглашенъ. Нѣтъ неограниченной власти на землѣ: ни власти народа, ни тѣхъ, которые называютъ себя его представителями, ни власти монарховъ, изъ какого бы основанія она ни исходила, ни власти закона, который, будучи выраженіемъ воли народа или монарха, смотря по формѣ правленія, долженъ быть заключенъ въ тѣ же границы, какъ и самая власть, отъ котораго онъ исходитъ“,—то онъ, какъ и все другіе противники абсолютизма, имѣлъ въ виду не только утвердить въ общественномъ мнѣніи идею фактической ограниченности власти, но указать именно и на огромную важность и необходимость ея юридическаго ограниченія; признанія формальнаго ограниченія власти.

Власть не только должна быть ограничена, говорилъ Бенжамэнъ Констанъ, путемъ точнаго опредѣленія въ конституціи, основныхъ законахъ, компетенціи различныхъ органовъ власти и признанія незыблемыхъ правъ гражданъ, но необходимо, чтобы всемъ властямъ было воспрещено ихъ нарушеніе (т. е. правъ гражданъ), чтобы было объявлено, что ни законодательная, ни исполнительная власть не могутъ касаться извѣстныхъ предметовъ, что суверенитетъ ограниченъ“¹⁾.

¹⁾ *Benjamin Constant, Cours de politique constitutionnelle*, изд. Lachouette 1861 г., т. I, ch. I.

Независимо отъ огромнаго политическаго значенія, вопросъ о правовой связанности государства, объ обязательной силѣ права въ отношеніи къ субъекту государственной власти, является важнѣйшимъ вопросомъ теоріи права: особливо важное, если можно такъ выразиться, жизненное значеніе имѣетъ онъ для государственнаго права и науки этого права.

Государственное право въ обширномъ смыслѣ этого слова есть право опредѣляющее государственное властвованіе или отношенія этого властвованія.

Существованіе же такого права можетъ быть признано лишь постольку, поскольку нормы, опредѣляющія это властвованіе служатъ для субъектовъ указанныхъ государственныхъ отношеній, слѣдовательно, для государства (органовъ его) и гражданъ обязательнымъ мѣриломъ ихъ отношеній. Самая наука государственнаго права, какъ юридическая наука, возможна, слѣдовательно въ зависимости отъ того является ли объектъ ея изученія не императивами лишь въ отношеніи къ подданнымъ, но и императивами въ отношеніи къ самимъ органамъ власти. Вполнѣ понятно поэтому, что вопросъ о правовой связанности государства и объѣмъ этой связанности является поэтому и вопросомъ объ основаніи и объѣмѣ государственнаго права.

Недаромъ австрійскій государствовѣдъ Гумпловичъ, основываясь на усматриваемой имъ крайней зависимости нормъ публичнаго права отъ власти и шаткости ихъ, вызываемой борьбою политическихъ силъ, приходитъ къ заключенію, что „если частное право есть право, то государственное право должно назвать иначе—государственными нормами или положеніями“¹⁾.

Въ своемъ же трудѣ „Философское государственное право“ Гумпловичъ такъ поясняетъ свое воззрѣніе на существо государственнаго права: опредѣленія, говоритъ онъ,

1) *Gumpowicz: Rechtsstaat und Socialismus*, стр. 13.

которыя касаются взаимныхъ отношеній между отдѣльными людьми, называютъ частнымъ правомъ. Подъ государственнымъ же правомъ разумѣютъ совокупность нормъ, которыя полагаетъ само себѣ государство для своихъ отношеній къ отдѣльнымъ лицамъ или для отношеній властвованія, которыя существуютъ между его составными частями.

Государственное право есть такимъ образомъ аутентическое, легальное, выраженіе *формъ*, въ которыхъ государство, такъ сказать, устанавливается и которыя оно поддерживаетъ не ради отдѣльныхъ лицъ, но ради собственнаго существованія. Слово „право“ здѣсь употребляется въ совершенно иномъ смыслѣ, чѣмъ обыкновенно, такъ какъ оно здѣсь означаетъ не *опредѣленія*, которыя государство издаетъ для соблюденія ихъ другими лицами, но скорѣе саму *организацию*, посредствомъ которой оно само себя поддерживаетъ, т. е. *мѣры*, предпринимаемыя имъ для защиты своей власти и осуществленія своей силы...

Ясно, заключаетъ Гумпловичъ, что между частнымъ и публичнымъ или государственнымъ правомъ существуетъ не только формальное, но существенное принципиальное различіе. Тогда какъ частное право есть именно норма, правило, предписаніе для опредѣленныхъ дѣйствій и случаевъ, государственное право есть *фактъ*, фактическое установленіе, фактическое отношеніе. Государственное право есть само государство, заключаетъ Гумпловичъ ¹⁾.

Въ то время какъ частное право, туманно выражается еще Гумпловичъ, есть истеченіе государственной воли, государственное право есть воплощеніе этой государственной воли. Государственное право есть государственная сила, какъ она выражается въ его организациі. Съ основаніемъ государства дано и государственное право. Когда побѣдо-

¹⁾ Gumplowicz: Phil. Staatsrecht 1877 г., s. 129.

носное племя достигает господства, то это господство есть первый параграфъ возникшаго государственнаго права ¹⁾).

Закрѣпленіе государственнаго права есть только документированіе *временнаго* отношенія силы образующихъ государство составныхъ частей ²⁾).

Меркель въ своемъ извѣстномъ сочиненіи „Право и сила“ отстаивалъ значеніе публичнаго права, какъ нейтральнаго фактора въ области политическихъ отношеній, хотя и оговаривался, что проблема прогрессивнаго освобожденія права отъ его зависимости отъ силы, несмотря на все успѣхи, въ конечномъ счетѣ остается еще не разрѣшенной.

Гумпловичъ же въ своемъ „Очеркѣ Соціологіи“ оспариваетъ и это утвержденіе Меркеля. Все здѣсь зависитъ, говоритъ онъ, отъ тѣхъ возрѣній, которыхъ держатся на право. „Кто представляетъ себѣ право, какъ объективную, царящую надъ спорящими сторонами силу, которая возвѣщаетъ свою волю въ формѣ законной нормы, тотъ *долженъ* отрицать ея существованіе и даже самую возможность существованія такой силы тамъ, гдѣ, и по признанію самого Меркеля, „проблема избавленія права отъ его зависимости отъ силы является неразрѣшенной“, т. е. въ области государственнаго права ³⁾).

¹⁾ Тамъ же: стр. 136. Гумпловичъ еще замѣчаетъ, что государственное право есть, ничто иное, какъ форма, въ которой образуется государственная власть въ отношеніи къ соціальному содержанию государства.

²⁾ Гумпловичъ, однако, тутъ забываетъ, что съ точки зрѣнія теории силы и классовой борьбы и частное право есть такое же „документированіе“ временнаго отношенія силы образующихъ государство составныхъ частей, въ сферѣ имущественной, что рѣшительнымъ образомъ и утверждаетъ социализмъ. И самъ Гумпловичъ утверждаетъ (Grundriss der Sociologie 1905, стр. 199), что, въ силу самаго происхожденія своего, право *вездѣ и повсюду* — форма государственнаго порядка, именно, господства меньшинства надъ большинствомъ.

³⁾ *L. Gumplowicz: Grundriss der Sociologie 1905 (2 Ausg.) Anhang. Macht und Recht s. 379.*

Но, высказавъ такія мысли, Гумпловичъ самъ же ограничиваетъ ихъ значеніе. „Во всякомъ случаѣ, говорить оъ первое появленіе (*Aufzeichnung*) государственнаго права является извѣстнымъ этическимъ прогрессомъ въ развитіи государства и указываетъ на то, что грубая до того времени государственная сила начинаетъ дѣлаться моральной властью“¹⁾.

Совершенно иную постановку вопроса о правовой связанности государства даетъ извѣстный теоретикъ государственнаго права, Еллинекъ.

Проблема государственнаго права, говоритъ онъ, гласитъ: „подлежитъ ли государство правовому порядку? Существуетъ ли право для государства и на чемъ основано это право? Государственная воля есть человѣческая воля. Здѣсь идетъ рѣчь, слѣдовательно, объ установленіи существованія обязательныхъ нормъ для представляющихъ государство человѣческихъ волей. Наличие такихъ нормъ будетъ установлена, если бытіе и дѣйствіе ихъ подтверждается какъ властвующими, такъ и подвластными“²⁾.

„Правопорядокъ государства есть право для подчиненныхъ ему. Но есть ли оно право и для самого государства“?

Въ своей „Системѣ субъективныхъ публичныхъ правъ“ Еллинекъ указываетъ на взаимную обусловленность проблемы государственнаго права и правовой связанности государства. „Что такое государственный порядокъ?“ спрашиваетъ онъ. „Эта проблема, какъ должно было бы думать, давно разрѣшена столь часто повторяемой формулой: государственное право есть то, которое регулируетъ государственную организацію и отношеніе государства къ его членамъ. Но здѣсь сейчасъ же возникаетъ критическій вопросъ: мыслимо ли вообще публичное право?“

Частное право есть правовой порядокъ жизненныхъ сферъ уравненныхъ (*gleich geordneter*) личностей, которыя

¹⁾ *Gumpowicz*: *Phil. Staatsrecht*, s. 137.

²⁾ *Jellinek*: *Allg. Staatslehre* 1900 г. В. I, s. 307.

совмѣстно подчинены государственному порядку. Возможность взаимнаго управомочиванія и обязыванія проникаетъ весь частноправовой порядокъ. Но возможно ли такое взаимное обязываніе высшаго цѣлаго, коллективнаго лица, какимъ представляется намъ государство въ отношеніи къ образующимъ его субстратъ индивидамъ? Для коллективныхъ личностей внутри государства этотъ вопросъ разрешается безусловно и легко въ утвердительномъ смыслѣ. Государственный правопорядокъ признаетъ всякій порядокъ живущихъ въ немъ союзовъ только какъ относительный, подлежащій осуществленію въ силу государственнаго правопорядка и евентуально посредствомъ находящихся въ его распоряженіи властныхъ средствъ. Возможность взаимныхъ притязаній коллективной личности и индивида гарантирована государственнымъ правопорядкомъ. Но носителемъ публичнаго правопорядка является само государство, и суверенное государство является даже исключительно творцомъ своего правопорядка. Само себя опредѣляющее, формально свободно нормирующее свой порядокъ, государство не подчинено никакой высшей власти. Нѣтъ, значитъ, власти, которая гарантировала бы равно цѣнность притязаній господствующихъ и подчиненныхъ личностей. Даже возможность правовыхъ притязаній подвластныхъ къ государству кажется а priori напередъ исключенной. Носителемъ публичной власти является лишь государство“...

Но кто отрицаетъ возможность публичнаго управомочія подвластныхъ, тотъ, замѣчаетъ Еллинекъ, не отдаетъ себѣ яснаго отчета въ послѣдствіяхъ такого отрицанія. Все право есть отношеніе между субъектами права. Представленіе объ изолированномъ носителѣ права есть невозможное представленіе. И государство можетъ лишь тогда имѣть права, если ему противостоятъ личности. Фактическое отношеніе властвованія лишь тогда превращается въ юридическое, если властвующій и подвластный взаимно признають себя носителями правъ и обязанностей. Отноше-

ніе господина къ рабу можетъ быть правоотношеніемъ лишь въ отношеніи къ третьимъ лицамъ, какъ и каждое отношеніе личности къ вещи. Для раба власть его господина чисто фактическая власть, такъ какъ рабъ не участникъ, не членъ правового общенія (*Rechtsgenosse*), для него не существуетъ и никакой правовой власти.

Поэтому, заключаетъ Еллинекъ, отъ существованія публичнаго управомочія членовъ государства зависитъ вообще бытіе публичнаго права. Правопорядокъ, который управомочиваетъ лишь одну личность есть цѣлѣность (*Ünding*).

Объективное публичное право съ одной стороны, и субъективное право государства съ другой, обусловлены фактомъ, что властитель и подвластный, какъ таковые, являются сочленами въ правѣ (*Rechtsgenossen*)¹⁾.

Еллинекъ указываетъ еще и на дальнѣйшія послѣдствія отрицанія публичнаго права. Безъ публичнаго права, говоритъ онъ, нѣтъ и частнаго права, такъ какъ охраняющая, функционирующая согласно съ правовыми нормами, государственная, публичноправовая организація необходима для развитія, предоставленія и осуществленія всякаго права²⁾. Все частное право есть социальное право, и, слѣдовательно, оно покоится на публичномъ правѣ.

Соціальные, а потому и государственные интересы, немислимо отдѣлнить вполне отъ индивидуальныхъ. Наконецъ, всѣ частныя права связаны съ публично правовымъ притязаніемъ на признаніе ихъ и защиту³⁾.—

Оставляя здѣсь въ сторонѣ категорическое утвержденіе Еллинека, что „безъ публичнаго права, нѣтъ и частнаго права“, такъ какъ это утвержденіе зависитъ прежде всего отъ понятій, которыхъ держатся о правѣ, публичномъ и частномъ правѣ, ихъ источникъ и исторической послѣдо-

1) *Iellinek: System der subject.öffentl. Rechte* 2 Auflage 1905, s. 9—10.

2) *Iellinek: System d. s. ö. Recht* 2 Aufl. s. 10.

3) *Iellinek: Allg. Staatslehre*. B. I, 1900 r., s. 346.

вательности ¹⁾, достаточно вспомнить, однако, что въ современномъ намъ государствѣ частное право дѣйствительно въ огромной мѣрѣ устанавливается и санкціонируется государственной властью и ею же защищается. Въ частности, важнѣйшая юридическая гарантія частнаго права—право процессуальное само относится къ публичному праву, какъ это уже начали признавать въ 18-мъ вѣкѣ ²⁾, а въ 19-мъ вѣкѣ, со времени работъ Бюлова и Ваха, процессуальныя отношенія разсматриваются, конструируются, какъ отношенія публичноправовыя. Такимъ образомъ, при разрѣшеніи теоретическихкихъ вопросовъ науки гражданского процесса приходится опираться на начала публичнаго права. Такъ, напримѣръ, разрѣшеніе столь важнаго въ теоріи процесса вопроса о существѣ и субъективномъ направленіи права на искъ, необходимо связано съ выясненіемъ вопроса о существѣ субъективныхъ публичныхъ правъ вообще и, слѣдовательно, съ вопросомъ о юридической связанности государства ³⁾.

Одинъ изъ русскихъ изслѣдователей вопроса объ отношеніи права къ государству, проф. Новгородцевъ ⁴⁾ утверждаетъ, что формально-юридическая теорія права, строго говоря, не нуждается въ разрѣшеніи вопроса объ основѣ обязательности права для создающей его власти, такъ какъ она, исходя изъ представленія о правѣ, какъ о фактѣ односторонняго господства *несколько не нуждается въ томъ, чтобы*

1) Между прочимъ, въ своей книгѣ „Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen“ Th. I. Das ius civile, ius publicum, ius privatum стр. 242 Prof. Ehrlich утверждаетъ, что съ исторической точки зрѣнія и догматической различіе публичнаго и частнаго права сводится въ Германіи, какъ и въ Римѣ, къ различію между государственнымъ и общественнымъ правомъ. Частное право создается самимъ обществомъ, и государственное законодательство вмѣшивается лишь для того, чтобы утвердить и выяснить это частное право (festzustellen und zu klären).

2) См. Ehrlich: назв. соч., стр. 210—227, 244 сл.

3) См. изслѣдованіе въ русской юридической литературѣ проф. В. М. Гордона: Иски о признаніи 1906 г., гл. III, стр. 73—126.

4) П. П. Новгородцевъ: „Право и Государство“. Журналъ: Вопросы философіи и психологіи № 74, стр. 423—424.

понимать и объяснять его еще и как двустороннюю обязанность ¹⁾, имѣющую значеніе одинаково для власти и для подданныхъ. Задача обоснованія обязательности права для государства, по мнѣнію г. Новгородцева, выходитъ за предѣлы формальнаго юридическаго метода, такъ какъ эта метода есть метода практическая, а не научная. И по точкѣ своего отправления и по своей цѣли она имѣетъ въ виду не свободное установленіе научной истины во всей широтѣ научныхъ стремленій, а удовлетвореніе нуждъ практики въ строго опредѣленныхъ рамкахъ даннаго юридическаго оборота.

Здѣсь есть только связанное практическою цѣлью описаніе даннаго матеріала въ предѣлахъ данныхъ правовыхъ опредѣленій“ ²⁾.

Выше мы сдѣлали уже возраженіе по поводу такого пониманія формально-юридическаго метода. Но мы вполне согласны, что формально-юридическая теорія, вращаясь въ рамкахъ положительно правового матеріала, давая логическую конструкцію его, не можетъ выяснитъ при помощи своего юридическаго метода основаній обязательности права для государства и тѣмъ болѣе во всей полнотѣ (а не только съ формальной стороны) освѣтитъ вопросъ о связанности государства правомъ. Но совершенно другой вопросъ, нуждается ли въ такомъ выясненіи формально-юридическая теорія. Проф. Новгородцевъ думаетъ, что нѣтъ. Мы держимся иного мнѣнія. Формально-юридическая теорія именно уже потому, что она—юридическая, не можетъ обойтись, какъ мы уже говорили, безъ напередъ установленной концепціи права и его отношенія къ государству, а, слѣдовательно, она не можетъ обойти вопроса о связанности государства правомъ и тѣхъ основаній, въ силу которыхъ право представляетъ собою обязательныя и для самого государства нормы, а также объема и характера этой обязательности. На какихъ основаніяхъ

¹⁾ Куревъ нашъ.

²⁾ Тамъ же, стр. 415.

можетъ она утверждать, напริมѣръ, что законы—право и въ то же время—лишь одностороннія волеизъявленія государства, не связывающія его въ законодательной функціи, но связывающія государство въ его административной и судебной функціяхъ? Проф. Новгородцевъ мотивируетъ свое мнѣніе, что формально-юридическая теорія, строго говоря, не нуждается въ разрѣшеніи вопроса объ основаніи обязательности права для создающей его власти, тѣмъ соображеніемъ, что эта теорія, исходя изъ представленія о правѣ, какъ о фактѣ односторонняго господства, нисколько не нуждается въ томъ, чтобы понимать его еще и какъ двустороннюю обязанность, имѣющую значеніе одинаково для власти и для подданныхъ. Но вѣдь весь вопросъ въ томъ и заключается, можетъ ли формально юридическая теорія, если она желаетъ дать правильную, хотя бы въ формальномъ отношеніи, конструкцію положительно—правовыхъ отношеній, исходить изъ такого представленія о правѣ и законѣ, какъ фактѣ односторонняго господства? Даетъ ли, напрімѣръ, положительно-правовой строй современнаго конституціоннаго государства достаточныя основанія къ такой точкѣ зрѣнія и соотвѣтственной ей инструкціи.

Вѣдь въ особенности порядокъ современнаго конституціоннаго государства даетъ достаточно матеріала для сужденія о правѣ не только какъ о фактѣ односторонняго господства, но и въ той или другой степени свободы отъ такого господства. Слѣдовательно, и формально-юридическое изученіе государства въ своихъ юридическихъ конструкціяхъ государственныхъ отношеній должно считаться съ этимъ фактомъ, иначе его выводы не будутъ соответствовать тѣмъ положительноправовымъ даннымъ, надъ которыми оно оперируетъ, удовлетворяя задачѣ правильнаго конструирования государственноправовыхъ отношеній.

Вотъ почему, повторяемъ, ученые формально юридического направленія въ наукѣ государственнаго права, какъ бы они ни суживали задачи своего изученія государ-

ства, не могут обойти основного вопроса объ отношеніи права къ государству и, въ частности, о связанности государства правомъ, и многіе изъ нихъ стремятся дать ему то или иное разрѣшеніе, хотя бы приходилось при этомъ выйти изъ рамокъ формально-юридическаго метода.

Достаточно взглянуть въ объясненіе правового положенія различныхъ органовъ государства и логическій анализъ и классификацію государственныхъ нормоопредѣленій и актовъ государственнаго властвованія юристами-государственниками, чтобы замѣтить, что въ основу всѣхъ догматическихъ построеній ихъ полагаются то или другое понятіе государства, государственной власти и ея функций и понятіе права, правовой нормы и силы ея въ отношеніи къ различнымъ органамъ государства. Имѣющее столь важное значеніе въ теоріи государственнаго права для конструкціи отношеній между законодательными и административными органами, выдвинутое Лабандомъ и поддерживаемое затѣмъ многими учеными, различіе понятій закона въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ обусловлено пониманіемъ права, понятіемъ юридической нормы ¹⁾. Важнѣйшіе контроверзы, какъ по поводу этого ученія, такъ и по другимъ вопросамъ, касающимся правовыхъ отношеній государства, обусловлены въ огромной мѣрѣ именно различной концепціей права и соответственнымъ пониманіемъ правоваго положенія различныхъ государственныхъ органовъ.

¹⁾ Характеризуя сущность этого ученія, одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей понятія законодательной власти, проф. Гергардъ Аншютцъ говоритъ: „Законы въ матеріальномъ смыслѣ издавна существовали; законы же въ формальномъ смыслѣ возникли впервые въ конституціонномъ государствѣ. Законъ въ матеріальномъ смыслѣ значитъ то же, что „правовая норма“, правоположеніе. Это понятіе не введено конституціоннымъ строемъ, но скорѣе предполагается имъ. Понятіе же закона въ формальномъ смыслѣ есть именно продуктъ новаго порядка и состоитъ въ томъ, что закономъ является и называется каждый волевой актъ конституціонной законодательной власти независимо отъ своего содержанія. Отношеніе, существующее между двумя сторонами понятія закона, даетъ правильную точку зрѣнія для

Въ результатѣ получаютъ различныя юридическія конструкции на основѣ одного и того же положительно правового матеріала ¹⁾.

Въ частности, разногласіе по вопросу о субъективныхъ публичныхъ правахъ подвластныхъ заходитъ такъ далеко, что въ то время, какъ часть ученыхъ на основаніи разсмотрѣнія положенія гражданъ въ положительномъ правѣ современнаго государства признаетъ существованіе субъективныхъ публичныхъ правъ къ государству въ широкомъ размѣрѣ, другіе ученые принципиально отвергаютъ возможность существованія такихъ правъ гражданъ въ положительномъ государственномъ правопорядкѣ, по крайней мѣрѣ, цѣлой категоріи такихъ правъ, основныхъ правъ гражданской свободы.

Далеко далѣе не тождественныя рѣшенія при объясненіи юридической связанности государства и государственныхъ органовъ получаютъ въ зависимости отъ того, отвергаютъ ли юридическую личность государства, или нѣтъ, исходятъ ли изъ теоріи единства государства и его органовъ, или, напротивъ, изъ теоріи, придающей органамъ юридическую субъективность, отличную отъ самого государства.

Такъ, при воззрѣніи, хотя и признающемъ корпоративную личность государства, но въ то же время не отождествляющемъ его органы съ самимъ государствомъ, т. е. признающемъ органы особыми, отличными отъ государства

отграниченія закона отъ административнаго распоряженія; это отношеніе состоитъ въ томъ, что каждый законъ въ матеріальномъ смыслѣ долженъ быть вмѣстѣ съ тѣмъ закономъ въ формальномъ смыслѣ, имѣть форму законодательнаго акта, если только формальный законъ не допускаетъ никакой иной формы — административнаго пути. Другими словами, административныя распоряженія, заключающія въ себѣ правовыя нормы, могутъ быть издаваемы лишь въ силу формальнаго законодательнаго уполномочія⁴⁾. G. Anschütz. Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt. 1901, стр. 15—16.

¹⁾ Стоитъ, напримѣръ, сравнить конструкции Зейделя съ одной стороны, и Елленка съ другой.

лицами, субъектами государственного права, признание несвязанности правомъ самого государства не влечетъ, однако, за собой логически отрицанія подчиненности праву органовъ государства въ ихъ отношеніяхъ къ подвластнымъ и, слѣдовательно, отрицанія самой возможности государственнаго права, какъ права, опредѣляющаго отношеніе органовъ государственной власти къ подданнымъ на основаніи обязательныхъ для нихъ нормъ права, исходящихъ отъ государства, какъ цѣлаго ¹⁾.

§ 26. Государство и его правовая связанность.*

Современные государствовѣды синтезируютъ государство, какъ сложное цѣлое, общественное единство во множествѣ составляющихъ его индивидовъ. Это коллективное, союзное единство создается наличностью общихъ цѣлей у составляющихъ его людей (телеологическое единство) и объединеніемъ ихъ на основѣ существующихъ между ними отношеній социальной зависимости организаціей принудительнаго властвованія.

Эта организація состоитъ въ концентраціи коллективной общественной силы или власти у опредѣленныхъ распорядителей и въ планомѣрномъ распредѣленіи ея между различными распорядителями. Такъ какъ власть эта имѣетъ свою основу въ самомъ общественномъ союзѣ—государствѣ и признается не личной, а общественной властью, служащей общественнымъ цѣлямъ, то субъектомъ, носителемъ этой власти, господствующее ученіе признаетъ само

¹⁾ Литературу вопроса и критику этого ученія о раздѣльности государства и его органовъ Iellinek. System. d. s. öff. Rechte 1905, стр. 224 сл. Его же. Allg. Staatslehre 1900, стр. 512 сл. Отстаиваетъ противъ Еллинека раздѣльность органовъ и государства въ новѣйшее время Hold. v. Ferneck. Die Rechtswidrigkeit. B. I, стр. 195 сл. Ср. также Seligman, Begriff des Gesetzes, стр. 101 сл.

государство, а лицъ осуществляющихъ ее—органами государственной власти ¹⁾).

Отличительный признакъ государства господствовавшее до недавняго времени ученіе усматривало именно въ той особенноти его принудительнаго общаго властвованія, которая заключается въ верховенствѣ, независимости власти—въ суверенитетѣ. Понятіе государства, соотвѣтственно съ этимъ, формулировалось и формулируются еще и теперь, какъ общественный союзъ сувереннаго принудительнаго властвованія. Выдѣляя первоначальные родственные союзы и организациі кочеваго населенія въ разрядъ негосударственныхъ союзовъ, въ виду отсутствія въ нихъ той прочной и постоянной организациі общественаго властвованія, которая обусловливается осѣдлостью населенія и утвержденіемъ властвованія въ опредѣленныхъ пространственныхъ предѣлахъ, большинство современныхъ государствѣдовъ признаетъ еще необходимымъ включать въ понятіе государства признакъ территориальности.

Такимъ образомъ, государство формулируется въ синтезѣ соотношенія составныхъ его элементовъ (народа, территория и своеобразнаго властвованія), какъ суверенный территориальный союзъ общественаго принудительнаго властвованія. Именно въ своеобразіи властвованія усматриваютъ характерный признакъ государственныхъ союзовъ, отличающій ихъ отъ прочихъ общественныхъ союзовъ, съ которыми государство является сходнымъ по тѣмъ или другимъ своимъ чертамъ. Хотя нѣкоторыми допускалось существованіе государствъ и съ такъ называемымъ подѣленнымъ, уменьшеннымъ, относительнымъ, суверенитетомъ и даже несuverенныхъ государствъ (писатель Неттельбладтъ), тѣмъ не ме-

¹⁾ Вопросъ о субъектѣ и носителѣ госуд. власти разсмотрѣнъ нами въ работѣ нашей „Суверенитетъ“ стр. 309—335. О синтезѣ, въ силу котораго воля и отношеніе властвованія и дѣйствія распорядителей государственной власти относятся къ самому государству. См. Iellinek Allg. Staatslehre B. I. стр. 159.

нѣе, какъ показываютъ даже и самыя эти названія, понятіе суверенитета являлось долгое время исходнымъ пунктомъ въ признаніи государственнаго характера того или другого союза властвованія.

Развитіе новыхъ государственныхъ образованій въ Америкѣ и западной Европѣ, союзныхъ государствъ, заставило государствовѣдцовъ вновь заняться усиленно вопросомъ объ отличительныхъ признакахъ государства. Въ результатъ явилось признаніе существованія и подчиненныхъ, несuverенныхъ, государствъ ¹⁾, къ каковымъ и были отнесены государства, вошедшія въ составъ сложнаго, союзнаго государства.

Быль выдвинуть цѣлый рядъ новыхъ опредѣленій государства, но почти всѣ они при ближайшемъ анализѣ оказывались крайне неопредѣленными и не дающими надежнаго масштаба для отграниченія государственныхъ союзовъ отъ негосударственныхъ ²⁾. Лишь одно изъ этихъ опредѣленій получило широкое признаніе въ наукѣ государственнаго права. Это—опредѣленіе государства по признаку первоначальности, неделегированности власти. Такимъ образомъ, государствомъ признается всякій территориальный общественный союзъ (независимо отъ того суверененъ-ли онъ, или нѣтъ) съ первоначальнымъ принудительнымъ властвованіемъ. Власть такого союза первоначальна въ томъ смыслѣ, что возникла въ немъ самомъ, исходитъ отъ него самого и организуется въ основахъ своихъ юридически самимъ союзомъ, а не делегирована ему другимъ союзомъ, не основана на правѣ другаго государства. Это опредѣленіе государства, обоснованное прежде всего нѣмецкими учеными, (особенно въ настоящее время поддерживаемое Еллинекомъ) еще не нашло общаго призна-

¹⁾ Первое рѣшительное нападеніе на понятіе сувереннаго государства дѣлаетъ Георгъ Мейеръ въ своихъ „Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts 1868.

²⁾ См. объ этомъ нашу работу: Суверенитетъ, стр. 512—567.

нія, и многіе ученые продолжают отстаивать суверенитетъ, какъ необходимый и отличительный признакъ государства. Меньшинство же пытается установить другіе критеріи, которые, во всякомъ случаѣ, являются весьма мало опредѣленными или неудовлетворительными ¹⁾.

Въ своей работѣ, посвященной изслѣдованію понятія суверенитета, ²⁾, мы также, между прочимъ, признали необходимымъ удержать для понятія государства суверенитетъ, какъ необходимый признакъ государственной власти, единственно пригодный критерій для отличія государствъ отъ многообразныхъ формъ подчиненныхъ ему территориальныхъ союзовъ властвованія. Въ настоящее время мы склоняемся, однако, къ тому мнѣнію, что такое понятіе государства, по крайней мѣрѣ для современной эпохи, явилось бы слишкомъ ригористичнымъ и искусственнымъ по слѣдующимъ основаніямъ: во первыхъ, мы считаемъ необходимымъ руководствоваться въ значительной мѣрѣ при образованіи понятій такихъ универсальныхъ социальныхъ явленій, коллективно психологической природы, какъ право и государство, утвердившимися общими представленіями о нихъ и наименованіями ихъ. Въ действительности же мы видимъ, что и несuverенныя части союзаго государства въ общей и законодательной терминологіи именуется государствами. Во вторыхъ, союзы съ первоначальнымъ общимъ властвованіемъ, какъ по основанію, такъ и характеру своего властвованія (и организаціи), имѣютъ гораздо болѣе сходства съ суверенными союзами, государственный характеръ которыхъ никѣмъ не отрицается, чѣмъ съ установившимся типомъ подчиненныхъ союзовъ, которымъ присвоено названіе

¹⁾ Таковы, напримѣръ, опредѣленія по признаку цѣли (Розинъ, Бри), признанія международноправовой личности (Рэмъ), свободного распоряженія территоріей (Прейсъ)..

²⁾ Палиенко. Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе. Ярославль 1903.

колоній, провинцій или общинъ государства, даже несмотря подчасъ на самый широкій объемъ ихъ автономіи и самоуправления (Австралія, Канада).

Правда, признаніе первоначальности властвованія отличительнымъ признакомъ государствъ не вполне соответствуетъ политическимъ отношеніямъ средневѣковья и эпохи сословной монархіи, когда многіе территориальные союзы властвованія и сословныя организаціи обладали независимо отъ сувереной власти возникшими правами, не именуясь однако государствами. Но это была эпоха раздробленія публичноправовой власти и неясности самого понятія государства, такъ что рѣшающаго значенія для опредѣленія того, какіе именно союзы имѣли тогда государственный характеръ, это обстоятельство имѣть не можетъ. Впрочемъ, можно замѣтить, что и эти организаціи съ первоначальнымъ властвованіемъ, войдя въ составъ высшаго союза, получали отъ своего суверена хотя и не делегацию, но, по крайней мѣрѣ, признаніе, подтвержденіе своихъ первоначальныхъ правъ, а часто въ случаѣ нужды и сами искали во власти суверена основаніе своихъ правъ ¹⁾.

Это измѣняло правовое основаніе ихъ властвованія, хотя суверенъ фактически не имѣлъ еще достаточно силы, чтобы покончить съ этими первоначальными правами власти и историческими вольностями формально подчиненныхъ ему союзовъ, какъ это случилось позднѣе въ эпоху абсолютнаго государства, покончившаго въ предѣлахъ своего сувереннаго господства со всякими первоначальными правами подчиненныхъ ему. Относительно этого позднѣйшаго времени совершенно справедливо утверждаетъ Еллинекъ, что организація негосударственныхъ союзовъ, самоуправляющихся общинъ, основана на государственныхъ законахъ, и лишь во второстепенныхъ отношеніяхъ они имѣютъ ограниченное

¹⁾ Fr. Tezner, Technik und Geist des ständischmonarchischen Staatsrechts. Leipzig 1901, стр. 73.

уполномочіе къ самоорганизациі ¹⁾. Между тѣмъ власть членовъ союзнаго государства дѣйствительно существуетъ не въ силу уполномочія или делегациі со стороны союзной власти. Самый процессъ образованія союзныхъ государствъ и ихъ суверенитета, запечатлѣнный юридически въ тѣхъ договорахъ, которые легли въ основу союзныхъ конституцій, какъ и сами союзныя конституціи ²⁾, показываетъ, что соединеніе прежнихъ суверенныхъ государствъ не влекло за собою утраты существующей у нихъ власти и затѣмъ делегациі со стороны союза, какъ думаютъ нѣкоторые ученые, а лишь прекращеніе отдѣльныхъ полномочій и общее ограниченіе первоначально существующей власти отдѣльныхъ государствъ союзною властью въ цѣляхъ упроченія самаго союза, національнаго единства, и благосостоянія всѣхъ союзниковъ.

Хотя правовой суверенитетъ союзной власти прежде всего выражается въ преимущественной силѣ законовъ союзнаго государства передъ законами отдѣльныхъ государствъ и въ правѣ измѣненія конституціи союзнымъ законодательствомъ, даже евентуально независимо отъ согласія отдѣльнаго государства, но такія постановленія не должны быть истолковываемы въ смыслѣ предоставленія конституціей союзной власти права уничтоженія власти членовъ союза. Власть союзная можетъ предпринимать лишь тѣ измѣненія союзной конституціи и расширенія своихъ полномочій, которыя согласны съ самымъ основаніемъ союзнаго строя, съ цѣлями, указанными въ договорахъ и въ конституціи, а среди такихъ цѣлей поддержаніе правъ союзниковъ и обезпеченіе ихъ существованія является одной изъ основныхъ цѣлей, и для отмѣны правъ отдѣльныхъ го-

¹⁾ Iellinek. *ib.*, стр. 447.

²⁾ См. введенія въ союзныя конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединен. Штатовъ, Германской Имперіи и Швейцаріи.

сударствъ, оговоренныхъ конституціей, требуется даже согласіе этихъ государствъ ¹⁾).

Наконецъ, опредѣленіе въ конституціи компетенціи союза и членовъ и особенно, обеспеченное правомъ, участіе составныхъ частей союзнаго государства, какъ таковыхъ, въ образованіи суверенной союзной власти, причѣмъ верхнія палаты, а въ Германіи союзный совѣтъ являются, между прочимъ, специальными органами представительства отдѣльныхъ государствъ, все это показываетъ, что строй союзнаго государства базируется на признаніи принципа первоначальности власти образующихъ его составныхъ частей союзнаго государства и обеспеченіи ихъ отъ поглощенія властью сувереннаго союза.

И хотя развитіе государственной жизни союзныхъ государствъ обнаруживаетъ все большее усиленіе союзной власти и расширеніе ея компетенціи въ ущербъ власти и компетенціи *составныхъ частей* союзнаго государства, тѣмъ не менѣе фактъ указаннаго выше своеобразія власти этихъ *несуверенныхъ союзовъ* заставляетъ признать болѣе соответствующимъ расширить понятіе государства отнесеніемъ къ нему и *несуверенныхъ союзовъ* первоначальнаго властвованія, такъ какъ этотъ признакъ ихъ является общимъ съ суверенными союзами тѣмъ, удерживая суверенитетъ, какъ необходимый признакъ государства, не только идти въ разрѣзъ съ установившейся политической терминологіей, но и

¹⁾ Германская конституція, перечисливъ во введеніи къ ней членовъ союза, объявляетъ затѣмъ союзъ „вѣчнымъ“; такимъ образомъ, она санкціонируетъ и политическое бытіе союзниковъ. См. также § 78 Имп. конституціи о согласіи государствъ на отмѣну ихъ правъ. Также § 2 Союзной Швейцарской Конституціи ехрлісіте требуетъ охраны *свободы* и „правъ союзниковъ“ т. е. образовавшихъ союзъ кантоновъ, причѣмъ кантоны даже объявлены (конечно, неправильно) въ § 3 „суверенными“, поскольку суверенитетъ ихъ не ограниченъ союзной властью, и обладающими всѣми правами, переданными союзной власти. Особенно рельефно подчеркнуты права штатовъ въ Сѣверо-Американской Союзной Конституціи; см. Дополн. къ конституціи и конституцію ст. IV, разд. 3, 5; и ст. V.

соединять въ одинъ классъ (общинъ или провинцій) весьма разнородные по основнымъ чертамъ союзы, или же образовывать для этихъ союзовъ новыя названія.

Примѣчаніе. Насколько однако суверенитетъ, столь долго признававшійся признакомъ государства, продолжаетъ играть роль въ качествѣ руководящаго начала при конструкціяхъ государственныхъ отношеній даже у ученыхъ, отвергающихъ этотъ критерій, видно изъ слѣдующаго замѣчанія Еллинека о государственной природѣ членовъ союзнаго государства: „Властвованіе—необходимая дѣятельность государства; союзъ постольку является государствомъ, поскольку онъ можетъ властвовать; поэтому члены союзнаго государства (der Gliedstaat) постольку имѣютъ государственный характеръ, поскольку они не подчинены союзной власти, и теряютъ этотъ характеръ, какъ это допускается всѣми, признающими понятіе союзнаго государства, поскольку они подчинены союзной власти“. Iellinek. Allg. Staatslehre s. 707. Но какъ же это примирить съ утверждаемымъ самимъ Еллинекомъ единствомъ власти всякаго государства и отрицаніемъ имъ суверенитета у членовъ союзнаго государства, т. е. съ признаніемъ ихъ общей подчиненности союзной власти. См. нашу работу „Суверенитетъ“ ст. 549. Достоинно вниманія также, что этотъ виднѣйшій представитель ученія о первоначальности властвованія, какъ признакъ государства, неоднократно повторяетъ (см. ib. ст. 446 пр.), что данное имъ понятіе государства, какъ союза первоначальнаго принудительнаго властвованія, пригодно лишь для современныхъ государствъ, но не для орды, первобытной семьи, государствъ античныхъ, средневѣковыхъ, такъ какъ невозможно на основѣ явленій отдаленныхъ другъ отъ друга эпохъ образовывать общія правовыя понятія и составлять конкретное правовое представленіе. Во избѣжаніе многочисленныхъ бесполезныхъ контроверзъ нужно имѣть въ виду, говоритъ Еллинекъ, что государство имѣетъ динамическую природу. Но такая точка зрѣнія Еллинека равносильна отъказу отъ образованія общаго понятія государства, которое могло бы служить въ наукѣ критеріемъ для распознаванія государственныхъ образованій, несмотря на всё разнообразіе ихъ историческихъ формъ. Динамическую природу имѣютъ не только явленія, изучаемыя социальными науками, но и естественными, что отнюдь не мѣшаетъ образованію классовыхъ понятій, пригодныхъ не только для сужденія о предметахъ настоящаго времени, но и давно прошедшихъ временъ. Ср. также: Петражицкій. Теорія права и государства. Т. I., ст. 205 пр. Между прочимъ, проф. Петражицкій, признавая существующія ученія о государствахъ „уродливыми“, въ силу допускаемой ими неправомерности въ образованіи понятій, пытается дать свое понятіе государства. Онъ опредѣляетъ государственную власть, какъ „общую социальную-служебную власть, надъ которой нѣтъ іерархически высшей власти“, такъ что субъектъ этой власти является „обязаннымъ къ надлежащему осу-

шествленію своей власти и вообще къ заботѣ объ общемъ благѣ только по отношенію къ подвластнымъ или подлежащей социальной группѣ, но не по отношенію къ какому либо субъекту высшей надъ нимъ власти“, „Человѣческія общества, объединенныя верховной властью (т. е. приписываніемъ однимъ и тѣмъ же лицамъ подлежащихъ правъ и обязанностей), мы назовемъ самостоятельными или независимыми социальными группами“. Высказавъ такое, по существу своему исходящее изъ суверенитета, опредѣленіе государства, проф. Петражицкій вдругъ замѣчаетъ (стр. 204 прим. 1): „какъ можно усмотрѣть изъ смысла предположеннаго нами выше понятія верховной власти и самостоятельныхъ социальныхъ организаций, подъ наше понятіе государства подходят и тѣ организации, именуемыя государствомъ, которыя заставили новое государство отказаться отъ признака суверенитета, какъ существеннаго для понятія государства“. — Но именно подъ данное имъ опредѣленіе государства вовсе не подойдутъ указанныя организации потому, что они являются обязанными и по отношенію къ „субъекту высшей надъ нимъ“ союзной власти, т. е. союзному государству. Выражаясь терминами проф. Петражицкаго, власть этихъ союзовъ является „уступающей“ по отношенію къ „преимущественной“ іерархически высшей союзной власти.

Но въ чемъ бы не усматривать критерій, отличающій государство отъ другихъ союзовъ властвованія, государство, во всякомъ случаѣ, представляетъ массу индивидовъ и социальныхъ группъ, которыя, не смотря на все различія и даже противорѣчія тѣхъ или другихъ интересовъ и цѣлей, объединены въ одно социальное цѣлое, общественный союзъ, организацией принудительнаго властвованія, распространяющагося на самыя разнообразныя стороны совмѣстной жизни членовъ этого цѣлага.

По вопросу о возникновеніи государства и его власти существуютъ различныя предположенія и теоріи, придающія преимущественное и даже исключительное значеніе тому или другому фактору: таковы теоріи родовая, договорная, теократическая, различныя теоріи силы (физическаго превосходства, экономическаго господства) и т. д. ¹⁾

¹⁾ Обзоръ и критику этихъ теорій см. Коркуновъ. Русское госуд. право. Изд. 6 1908 г. подъ ред. и съ доп. гг. Авилова, Горенберга и Соколова т. I стр. 74—100. Jellinek. Allg. Staatslehre. B. I. 1900 стр. 164—196, но при этомъ у Еллинека сливаются вопросы о происхожденіи и обосно-

При этомъ вопросъ о первоначальномъ образованіи государства обособляютъ отъ вопроса о вторичномъ возникновеніи новыхъ государствъ на основѣ сложившагося уже государственнаго строя. Но какое бы значеніе мы не придавали тому или другому фактору въ образованіи государственной власти, несомнѣнно, что весь комплексъ явленій, въ которыхъ проявляется государственная власть, имѣетъ своимъ основаніемъ психику образующихъ общественный союзъ и находящихся во взаимномъ общеніи индивидовъ, эмоціалныя, чувственныя и интеллектуальныя переживанія которыхъ, въ силу взаимодѣйствія, взаимнаго вліянія и обусловленности, придаютъ ихъ союзной жизни, слѣдовательно, ея особой формѣ государству съ его властвованіемъ коллективно-психологическій характеръ. Власть государственная въ основѣ своей есть явленіе коллективно-психологическаго характера ¹⁾.

Поэтому существо государственной власти нельзя объяснять лишь силою и вообще свойствами конкретныхъ распорядителей ея, властвующихъ, оставляя въ сторонѣ подвластныхъ. Нельзя также объяснять и правовую организацию этой власти и отношенія права къ государственной власти одностороннею волею и силою властвующихъ, все равно будемъ ли мы признавать субъектомъ этой власти людей или абстрактную личность государства. Даже самъ творецъ понятія всемогущаго государства „Левіаѳана“, Гоббесъ, прежде чѣмъ вознести этого земного бога на недоступную высоту для подвластныхъ ему и оторвать его власть отъ прикрѣпляющихъ ее къ подданнымъ нитей, все же создалъ ее пу-

ваніи государства, и стр. 239—254. *Обстоятельный обзоръ и критику различныхъ теорій см. у* *Θ. Θ. Косошкина. Русское госуд. право въ связи съ основными началами общаго государственнаго права. Конспектъ лекцій В. I. 1908, стр. 5—63.*

¹⁾ Интересный анализъ психологическаго характера авторитета и властвованія даетъ Prof. Georg Simmel въ своей работѣ „Sociologie der Ueber und Unterordnung“ въ Archiv f. Socialw. und Socialpolitik. B. VI S. 477—547.

темъ договора будущихъ подданныхъ. Государственная власть есть сила, которая не только обусловлена „сознаніемъ зависимости отъ государства“ ¹⁾, но и одобреніемъ, признаніемъ ея самой и ея регулятивовъ, нормъ, не только со стороны властвующихъ, но и со стороны подчиняющихся имъ, въ противномъ случаѣ была бы немыслима самая устойчивость государственнаго существованія и таковое имѣло бы характеръ преходящаго состоянія господства, вродѣ военной оккупации непріятельской территоріи. Этимъ же объясняется, почему порядокъ государственнаго властвованія, не находящій себѣ опоры въ признаніи подчиненныхъ государству массъ, рушится, коль скоро отрицательное отношеніе къ нему дѣлается столь распространеннымъ и интенсивнымъ, что этотъ порядокъ не въ состояніи болѣе успѣшно защищать поддерживающія его социальныя группы ²⁾.

Если обратить, такимъ образомъ, вниманіе на психологическія основы государственнаго властвованія, то нельзя не прийти къ заключенію, что право, которое устанавливается и декларируется субъектомъ этой власти, имѣетъ не-

¹⁾ *Коркуновъ*. Госуд. право т. I 1908 г. (изд. VI подъ ред. Авалова, Горенберга и Соколова) ст. 24. Впрочемъ, и самъ Коркуновъ нѣсколько ниже (стр. 27) замѣчаетъ, что „государство предполагаетъ мирный порядокъ, признанный цѣлымъ обществомъ, составляющимъ государство“. Далѣе: „Государство есть общественный союзъ свободныхъ людей съ принудительно установленнымъ мирнымъ порядкомъ посредствомъ предоставленія (какъ и къмъ?) исключительнаго права принужденія только органамъ государства“. И, наконецъ, покойный государствовѣдъ замѣчаетъ (стр. 29: „Къ тому же господство государственной власти есть установившееся, признанное господство. Ей подчиняются поэтому въ большинствѣ случаевъ и добровольно, по привычкѣ, или въ силу сознанія обязанности повиноваться государственному авторитету“. Общественно-психологическія основы власти хорошо выясняетъ *Э. Э. Кокошкинъ*. Русское государственное право В. I. 1908, стр. 52 сл.

²⁾ Краснорѣчивѣйшее описаніе этой борьбы стараго правопорядка съ новымъ даетъ *Герингъ* въ его „Kampf um's Recht“. См. также *Iellinek*. Allg. Staatslehre В. I стр. 323 сл. о роли консервативнаго и эволюціоннаго элементовъ въ преобразованіи государственнаго правопорядка и въ политической борьбѣ. *Herrnritt*. Die Staatsform als Gegenstand Verfassungsgezetgebung und Verfassungsänderung 1901, стр. 47 сл.

точникомъ своей силы и своей обязательности не только признаніе его властью, но и самими подвластными. Не только воля государства, какъ властвующаго субъекта, но и воля противопологаемыхъ ему, въ качествѣ подвластныхъ, субъектовъ государственныхъ отношеній должна служить базисомъ для объясненія отношенія права къ государству. А эту то послѣднюю и игнорируютъ обыкновенно юристы, когда разрѣшаютъ вопросъ, какимъ образомъ тѣ императивы, которые устанавливаетъ государство и которые являются правомъ для подвластныхъ ему, могутъ быть правовыми императивами и для самого государства, поскольку послѣднее мыслится какъ властвующій субъектъ, вступающій въ отношенія съ другими, подвластными ему, субъектами.

Цѣлый рядъ писателей, какъ мы уже указывали, исходя изъ взгляда, что право, по крайней мѣрѣ государственные законы, есть воля суверена, утверждаютъ, что носитель высшей суверенной власти не можетъ быть связанъ имъ самимъ установленнымъ правомъ. Онъ стоитъ выше его и подлежитъ лишь нравственнымъ и фактическимъ ограниченіямъ, но не юридическимъ; онъ не связанъ законами, которые онъ самъ устанавливаетъ, измѣняетъ и отмѣняетъ ¹⁾. Впрочемъ, у нѣкоторыхъ изъ такихъ писателей, утверждающихъ правовую неограниченность власти, мы находимъ и нѣсколько иное утвержденіе, именно „что юридически государство можетъ дѣлать все, что угодно, *если оно соблюдаетъ установленныя имъ самимъ для своихъ волеизъявленій конституціонныя формы*“.

Эта знаменательная оговорка равносильна признанію связанности государства законами, такъ какъ каждый за-

¹⁾ См. особенно M. Seydel. Grundzüge d. allg. Staatslehre 1873, стр. 9, 14, 66. Также Hagens. Staat, Recht und Völkerrecht 1890, стр. 13, 15, 72. Чичеринъ. Курсъ госуд. науки ч. I. 1894, стр. 29, 30. Также вся англійская аналитическая школа юристовъ.

²⁾ Bornhak. Allg. Staatslehre. 1896. Стр. 11 сл.

конъ, опредѣляющій дѣятельность государства или его органовъ, именно содержитъ въ себѣ указаніе той или другой формы этой дѣятельности.

Нѣкоторые утверждаютъ, что праву государства, законамъ его, подчинены лишь лица, призванныя къ осуществленію власти государства въ качествѣ его органовъ, и подданные, но не самъ субъектъ государственной власти¹⁾.

Но противъ этого нельзя не возразить, что разъ въ осуществленіи государственной власти всѣ осуществляющіе ее оказываются юридически ограниченными, то, слѣдовательно, и вся совокупная государственная власть, связана правомъ. Осуществляющіе государственную власть связаны закономъ не въ качествѣ простыхъ гражданъ, а именно въ качествѣ проявителей государственной власти. Если, слѣдовательно, для осуществленія государственной власти существуютъ обязательныя нормы, онѣ не могутъ не обязывать и государство тѣмъ болѣе, что государство не можетъ иначе проявлять свою власть и волю, какъ черезъ посредство людей, призванныхъ быть его органами²⁾. Вотъ почему даже тогда, когда государственная власть во всей своей полнотѣ признается сосредоточенной у одного какого-либо

¹⁾ Laband. Staatsrecht B. I 1895, стр. 552: „государственная власть in abstracto никогда не связана закономъ, такъ какъ государство въ каждый моментъ можетъ свои законы измѣнить, отмѣнить и пріостановить; но связанъ правомъ каждый, кто долженъ осуществлять государственную власть соответственно волѣ государства“. Ср. также Klöppel: Gesetz und Obrigkeit стр. 103 сл., что „государство во всей совокупности своей власти юридически безгранично и подлежитъ лишь нравственному самоограниченію“.

²⁾ Что нормы, обращенныя къ органамъ государства, суть вмѣстѣ съ тѣмъ нормы, обращенныя къ людямъ, призваннымъ быть этими органами, Iellinek (System d. sub. öffen. Rechte ст. 238—239) объясняетъ такъ: „такъ какъ государственная воля всегда есть человѣческая воля, то необходима въ высшей степени сложная система правоположеній, чтобы вызвать и ограничить превращеніе индивидуальныхъ волевыхъ актовъ въ государственные. Поэтому, обращенныя къ государственнымъ органамъ, нормы являются вмѣстѣ съ тѣмъ нормами для составляющихъ ихъ людей“.

органа, напрімѣрь у монарха, и при этомъ государственная власть не мыслится стоящей выше права, этотъ органъ признается все же связаннымъ правомъ и соединяющимъ въ себѣ какъ субъективныя права цѣлаго государства, такъ и его обязанности. Это прямо было выражено въ прусскомъ общеземскомъ положеніи 1794, II, 13 § 1: „Всѣ права и обязанности государства соединяются въ верховномъ главѣ государства“. Также современныя конституціи иногда вмѣсто обязанностей тѣхъ или другихъ государственныхъ органовъ говорятъ общимъ образомъ объ обязанностяхъ „государства“¹⁾.

Могутъ возразить, что отождествленіе юридической связанности органовъ съ юридической связанностью самого государства допустимо лишь при возрѣннн, отождествляющемъ органъ съ государствомъ въ предѣлахъ компетенціи органа²⁾.

Но если даже стать на точку зрѣнія иной теоріи, отдѣляющей осуществляющіе власть государства органы отъ самого государства и утверждающей связанность органовъ, а не самого государства³⁾, то и въ этомъ случаѣ, какъ мы

¹⁾ *Бельг. Конст.* 7 февр. 1831 г. гласитъ: „государство не имѣть права вмѣшиваться“ и т. д. (Отд. II. О Вельгійцахъ и ихъ правахъ. § 16) См. также Основн. Статутъ Итал. Королевства 4 марта 1848. О правахъ и обязанностяхъ гражданъ § 31: „всякое обязательство государства по отношенію къ его кредиторамъ ненарушимо“.

²⁾ Iellinek. System стр. 227 „Das Organ stellt demnach nicht den Staat schlechthin, sondern innerhalb seiner Kompetenz dar“. Ero же Allg Staatslehre B. I 1900 стр. 512. „Das Organ als solches besitzt dem Staate gegenüber keine Persönlichkeit... Vielmehr ist Staat und Organ eine Einheit“.

³⁾ Такъ Laband. Staatsrecht B. I 1895, стр. 552 говоритъ, что законы, опредѣляющіе конституцію и дѣятельность государственныхъ органовъ— „sind auch in der That nicht Befehle, welche an die Staatsgewalt gerichtet sind, sondern Befehle der Staatsgewalt an die Behörden und Beamten und die übrigen Körperschaften und Personen, welche staatliche Functionen zu verrichten haben“. Также Seligman, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag B. I. 1886, стр. 95 сл., 101. Ср. также Bierling. Kritik d. jurist. Grundbegriffe I, стр. 334.

говорили, государство оказывается связаннымъ, такъ какъ государство не можетъ дѣйствовать и проявить свою власть (а, слѣдовательно, и обязывать кого-либо) иначе, какъ черезъ свои органы, т. е. людей, которые призваны осуществлять эту власть¹⁾. Или намъ нужно допустить, что по крайней мѣрѣ высшей, устанавливающей право, органъ не связанъ правомъ, но тогда мы, слѣдовательно, должны примкнуть къ ученію, отрицающему самую возможность правового ограниченія носителя верховной власти. Но такое утвержденіе, могущее найти собою опору лишь въ идеяхъ абсолютнаго государства, совершенно противорѣчитъ не только идеѣ правового государства, но и положительному праву современнаго конституціоннаго государства. Не только органы правительственной (такъ наз. исполнительной) и судебной власти являются въ конституціонномъ государствѣ связанными законами, подзаконными органами, но и органы законодательной власти являются адресатами законодательныхъ предписаній, опредѣляющихъ ихъ компетенцію, содержаніе и форму ихъ дѣятельности. Но тутъ опять замѣчаютъ, что рѣчь идетъ въ данномъ случаѣ не объ отдельныхъ органахъ законодательства, а о той совокупной ихъ дѣятельности, въ которой проявляется законодательная власть. Законодательная же власть, какъ таковая, нисколько не обязывается существующими законами, такъ какъ законодатель можетъ въ любой моментъ измѣнить и отмѣнить любой законъ. Такое возраженіе, обычно приводимое, далеко неубѣдительно. Прежде всего законодатель въ отношеніи изданія обыкновенныхъ законовъ связанъ тамъ, гдѣ имѣются конституціонные законы съ высшей формальной силой, этими послѣдними: принципъ, наиболѣе ярко проведенный въ американскихъ конституціяхъ²⁾.

1) Ср. также возраженіи противъ этого ученія у О. Mayer. D. Verwaltungrecht 1895 В. I, стр. 86—87.

2) См. также особенно энергичное выраженіе этого принципа въ конституціи Бернскаго Кантона 4 іюня 1893, отд. VIII, ст. 111—112 Сборникъ „Современ. конституцій“ подъ ред. Гессена и Нольде.

Даже органы съ учредительными функціями, имѣющіе право подвергать пересмотру конституціонныя законы и измѣнять ихъ, могутъ быть связаны правовыми ограниченіями не только въ формѣ своей дѣятельности, но и матеріально, въ самыхъ объектахъ ея. Палаты и національное собраніе во Франціи не имѣютъ права даже обсуждать вопросъ объ измѣненіи республиканской формы правленія, такъ какъ въ силу конституціоннаго закона 14-го августа 1884 г. „республиканская форма правленія не можетъ быть предметомъ предложеній о пересмотрѣ“¹⁾.

Конечно, нормы, связывающія учредительную и законодательную дѣятельность въ ея матеріальномъ содержаніи, — большая рѣдкость²⁾, а „leges in perpetuum valiturae“, установленныя на вѣчныя времена, отрѣзывающіе юридическую возможность ихъ измѣненія и отмѣны, не будучи лишены, какъ, напримѣръ, указанный выше французскій законъ, преграждающій измѣненіе республиканской формы правленія, политическаго значенія для извѣстнаго періода времени, не могутъ быть, конечно, вѣчными. Въ этомъ отношеніи они раздѣляютъ судьбу всѣхъ законовъ, но съ той существенной разницей, что отмѣна ихъ не можетъ произойти легальнымъ путемъ, а быть лишь результатомъ государственнаго переворота. Однако фактъ самаго существованія такихъ законовъ не можетъ быть игнорированъ тѣми, кто утверждаетъ, что правовыхъ ограниченій законодательной власти не существуетъ³⁾.

¹⁾ См. по этому вопросу *Esméin. Eléments du droit const.* 1899 стр. 719 сл. *Iellinek. Allg. Staatslehre* 1900 г., стр. 441, замѣчаетъ, что указанный законъ можетъ быть отмѣненъ лишь путемъ силы, а не права.

²⁾ Союзное государство, гдѣ компетенція органовъ законодательства союза и отдѣльныхъ государствъ по возможности тщательно ограничивается, мы, конечно, сюда не относимъ, въ виду своеобразнаго характера организациіи союзнаго государства.

³⁾ О „связанномъ законодательствѣ“ и различныхъ видахъ этой связанности см. *Iellinek. Gesetz und Verordnung* 1887, стр. 261 сл.

Сторонники неограниченности законами законодательной власти государства ссылаются на то, что власть эта можетъ въ любой моментъ измѣнить и отмѣнить законъ. Да, обыкновенно можетъ; но вѣдь, пока законъ не отмѣненъ, онъ не есть же юридическій ноль для законодателя. И, если даже оставить въ сторонѣ вышеуказанныя возможные ограниченія законодательной власти, то, вѣдь, и полномочіе измѣнять и отмѣнять законы и формы этихъ дѣйствій предоставлены законодателю самими же законами, которые игнорировать онъ не можетъ, но обязанъ соблюдать. Мы видѣли, что даже такой сторонникъ юридической неограниченности государства, какъ Борнгаркъ, замѣчаетъ все же, что „государство юридически можетъ дѣлать все, что угодно, если оно соблюдаетъ имъ самимъ для своихъ волеизъявленій установленныя конституціонныя (verfassungsmässigen) формы“. Исходя изъ оспариваемаго нами признанія юридической несвязанности государства въ его законодательной функціи, нѣкоторые ученые пытаются объяснить юридическую связанность государства при помощи теоріи раздѣленія властей. Правовой связанности именно, утверждаютъ они, подлежитъ не государственная власть вообще, а лишь правительственная или судебная власть, такъ какъ ихъ подчиняетъ законамъ законодательная власть ¹⁾.

¹⁾ Такъ Otto Mayer D. Verwaltungsrecht B. I. 1895, стр. 87—88, разсуждаетъ: „законъ не связанъ закономъ—это само собою понятно (!). Подъ закономъ же понимаютъ каждое государственное волеизъявленіе, которое возникло путемъ законодательства, а это ничто иное, какъ проявленіе законодательной власти. Следовательно, власть эта свободна. Связана лишь проявляющаяся инымъ образомъ воля государства. Другими словами, связана исполнительная власть. Исполнительная же власть, во всякомъ случаѣ, является самимъ государствомъ, поэтому можно сказать, что законъ связываетъ государство, или государство обязывается закономъ. Выраженіе это—непонятно или ошибочно, если игнорируютъ раздѣленіе властей“. Независимо отъ того, что въ этомъ разсужденіи О. Mayer'a понятіе „закона“ подставлено вмѣсто законодательной власти и ея органовъ, которые-то и связаны закономъ, Otto Mayer, утверждая, что „законъ не связанъ закономъ“,

Не говоря уже о томъ, что учение это о юридической безграничности законодательной власти игнорируетъ тотъ фактъ, что теорія раздѣленія властей не даетъ основанія къ столь рѣзкому разграниченію государственной власти, законодатель, не только въ лицѣ отдѣльныхъ органовъ, но и въ совокупности ихъ, самъ является адресатомъ многихъ законодательныхъ нормъ; ко всему этому учение это и въ конструктивномъ отношеніи является далеко не безупречнымъ, такъ какъ для объясненія юридической связанности государства оно прибѣгаетъ къ формальному раздробленію субъекта государственнаго властвованія на нѣсколько субъектовъ¹⁾.

Далѣе, правительственные и судебные органы сами потому связаны, что они — органы государства, проявляютъ его власть. Слѣдовательно, нормы, связывающія ихъ, связываютъ и само государство, какъ субъекта властвованія. Но разъ признается, что государство само себя (въ качествѣ законодателя) въ судебной и правительственной функціи

упускаетъ изъ виду, что въ странахъ, гдѣ конституціонные законы имѣютъ высшую формальную силу, они связываютъ законодателя такъ что волеизъявленія законодателя имѣютъ границу въ конституціи (поддерживаемой въ Америкѣ даже судомъ). Конституціонные законы предназначены и для носителя законодательной власти, который можетъ натолкнуться даже на *leges in perpetuum valiturae* въ формальномъ смыслѣ, Возраженіе О. Mayer'a въ нашей литературѣ поддерживаютъ В. М. Гессенъ въ его „Теоріи правового государства“ (Политич. строй совр. государства т. I 1905, стр. 133 сл.).

¹⁾ Laband. D. Staatsrecht B. I. 1895 г., стр. 552, возражаетъ противъ этого ученія: „очень много законовъ регулируютъ собственную дѣятельность государства (seine Verfassung, die Zusammensetzung, Geschäftsformen der Behörden, die wirtschaftliche Ordnung des Staatswesens, den Betrieb der Staatsanstalten u. s. w.)... Законы эти кажутся приказами самому себѣ. Но такъ какъ каждый дѣйствительный приказъ предполагаетъ отношеніе подчиненности, то стали различать между государствомъ, получающимъ этотъ приказъ, и государствомъ, его дающимъ, или, другими словами, объявили законодательную власть вышею, которой другія „власти“ должны подчиняться. Эта теорія разрываетъ единство государства и противорѣчитъ понятію суверенитета, который недѣлимъ. Законодательная власть тождественна съ государственной

связываетъ правомъ, то эта теорія ничто иное, какъ *petitio principii*, такъ какъ прежде всего необходимо выяснитъ принципиальный вопросъ можетъ ли вообще юридическое обязываніе состоятъ къ самообязыванію. Это именно въ отличіе отъ приведеннаго ученія и пытаются доказать представители ученія о юридическомъ самообязываніи государства ¹⁾.

Главнѣйшій представитель и обоснователь этой теоріи юридическаго самообязыванія государства, Еллинекъ, даетъ двойственное основаніе своей теоріи правоваго самообязыванія государства. Сперва онъ доказываетъ это юридическое самообязываніе тѣмъ, что государство, обязывая свои органы, тѣмъ самымъ обязываетъ самого себя. По этому поводу совершенно справедливо замѣчаютъ, что если государство дѣйствительно должно быть субъектомъ правъ и обязанностей потому, что органы государства, какъ таковыя, состоятъ въ правовомъ отношеніи, то мысленное перенесеніе понятія субъекта правъ отъ людей на абстракцію можно признать допустимымъ, но тогда и вся теорія самообязыванія является ненужной ²⁾.

Но у Еллинека именно эта абстракція сама обязываетъ своимъ правомъ органы, и потому и сама является имъ связаннымъ. Для ученія, отдѣляющаго органы государства отъ государства, правовая связанность органовъ отнюдь не означаетъ правовой связанности самого, обязывающаго ихъ, государства, но Еллинекъ держится иной, и по нашему мнѣ-

властью и не можетъ мистически и трансцендентальнымъ образомъ парить надъ государственной властью". *Tezner*, въ „Grünhut's Zeitschrift f. d. pr. und öff. Recht B. 21, стр. 161, 165, критикуя теорію самообязыванія Еллинека и принимая указанное выше объясненіе О. Mayer'a о связанности государства путемъ раздѣленія его на два субъекта, какъ законодателя, не связаннаго правомъ, и администратора, связаннаго законодателемъ, однако вынужденъ самъ оговориться, что это—лишь фикція, необходимая для объясненія съ юридической точки зрѣнія извѣстныхъ государственныхъ явленій. Само же по себѣ государство—нераздѣльная личность.

¹⁾ Иерингъ, Еллинекъ, Виндингъ, Тонъ, Гротенфендъ, Арндтъ.

²⁾ См. Н. v. Ferneck. назв. соч. В. I, стр. 195.

нію, правильною теорію, що органъ представляеть само государство въ предѣлахъ своей компетенціи и потому въ роли органа не является особымъ по отношенію къ государству субъектомъ. Въ немъ дѣйствуетъ само государство. Съ точки зрѣнія такого пониманія отношеній между государствомъ и его органами, объясненіе, что, обязывая свои органы, государство обязываетъ юридически и само себя, сводится къ тавтологіи и равносильно утвержденію, что, обязывая самого себя, государство обязываетъ себя юридически. Объясненія, какимъ образомъ государство является юридически обязаннымъ, тутъ никакого нѣтъ.

И самъ Еллинекъ ищетъ затѣмъ другихъ основаній юридическаго самообязыванія государства внѣ конструкціи отношеній между государствомъ и органами его.

Возможность юридическаго самообязыванія государства онъ пытается еще доказать ссылкой на то, что такое связываніе субъекта своимъ одностороннимъ волеизъявленіемъ не чуждо уже частному праву. Но такая ссылка разбивается о тотъ фактъ, что такое юридическое обязываніе личности своимъ одностороннимъ волеизъявленіемъ въ частномъ правѣ основано не на одной лишь волѣ субъекта, но и на объективномъ правѣ, для котораго такое волеизъявленіе есть лишь *conditio sine qua non*. Еллинекъ далѣе замѣчаетъ, что конечная основа всякаго права лежитъ въ убѣжденіи, что оно дѣйствуетъ, имѣетъ нормативную, мотивирующую силу. Норма никогда не есть нѣчто только извнѣ приходящее, но всегда должна обладать, обусловленною свойствами субъекта, способностью быть признанной послѣднимъ ¹⁾.

Поэтому въ конечномъ счетѣ вопросъ о томъ, является ли нѣчто, притязующее быть нормой, въ данное время дѣйствительно таковой, разрѣшается, говоритъ Еллинекъ, убѣжденіемъ, обусловленнымъ всею культурой народа.—

1) Iellinek. Allg. Staatslehre, стр. 334.

Поскольку рѣчь идетъ о социальнo-психологической основѣ дѣйствія нормъ, съ этимъ положеніемъ нельзя не согласиться ¹⁾, но оно нисколько не объясняетъ, почему собственная норма субъекта, которою онъ самъ себя признаетъ связаннымъ, является для него именно юридической нормой.

Между тѣмъ у самого Еллинека встрѣчаемъ положенія, изъ которыхъ можно было бы объяснить, въ силу чего государство, какъ властвующій и правоустанавливающий субъектъ, является связаннымъ правомъ. Это именно замѣчаніе Еллинека, что самъ народъ (Volksgemeinschaft) имѣетъ правовой интересъ въ существованіи и соблюденіи государственнаго правопорядка ²⁾. Но Еллинекъ, забывая самъ свое же собственное утвержденіе, что, поскольку рѣчь идетъ о правовыхъ отношеніяхъ государства, его обязанностяхъ и правахъ, государство нельзя мыслить изолированнымъ, даетъ своеобразную конструкцію отношеній этого заинтересованнаго въ государственномъ правовомъ порядкѣ общенія народа (Volksgemeinschaft) съ государствомъ какъ властвующимъ субъектомъ. Онъ именно просто сливаетъ это заинтересованное въ правѣ „Volksgemeinschaft“ съ противопологаемымъ ему логически государствомъ какъ субъектомъ власти ³⁾. Такимъ образомъ, государство съ своими нормами оказывается изолированнымъ субъектомъ, и рѣчь идетъ объ отношеніи государства къ самому же государству. Государство оказывается обязаннымъ своими нормами лишь

¹⁾ Какъ и съ тѣмъ замѣчаніемъ Еллинека, что признаніе связности государства его абстрактными полнзъявленіями и объемъ этой связности зависятъ въ конечномъ счетѣ отъ возрѣвнн опредѣленной эпохи. (Iellinek *ib.*, стр. 334).

²⁾ См. Iellinek System. d. s. ö. Rechte стр. 234; непонятно только, на чемъ основано утвержденіе Еллинека, что не отдѣльныя лица, а лишь „*mit Einheit gebundene Gesamtheit*“ имѣетъ правовой интересъ въ бытіи и поддержаніи государственныхъ компетенцій.

³⁾ Такъ Еллинекъ говоритъ: „*Sie (т. е. Volksgemeinschaft) ist jedoch identisch mit dem Staate selbst, rechtlich erscheint als Subject dieses, wie aller ihrer rechtlichen Interessen, der Staat selbst*“. Iellinek. System., стр. 234.

по отношенію къ самому себѣ, вопреки другому же утвержденію Еллинека, что государство обязываетъ себя по отношенію къ гражданамъ. Еллинекъ, видимо сознавая всю странность такого юридическаго обязыванія, отыскиваетъ вновь субъекта, противостоящаго государству, и производитъ своеобразное расчлененіе личности государства. Именно онъ различаетъ двойной характеръ государства. Государство съ одной стороны является субъектомъ государственной власти, а съ другой управителемъ общаго интереса. И вотъ оказывается, что „самообязываніе, точнѣе говоря, есть обязываніе государства, какъ дѣйствующаго, т. е. правоустанавливающаго и осуществляющаго власть субъекта, государству, какъ представителю общественнаго интереса“, или „государству, какъ представителю общаго интереса, принадлежитъ правовое притязаніе къ государству, какъ волевой силѣ“ ¹⁾.

Итакъ, мы получаемъ единое государство, представляющее въ то же время собою двѣ личности, два субъекта, изъ коихъ одинъ юридически обязывается передъ другимъ. Объясненіе правового самообязыванія государства путемъ такой своеобразной конструкціи само по себѣ указываетъ на всю искусственность и неубѣдительность теоріи, пытающейся найти основу юридическаго обязыванія субъекта государственной власти лишь въ немъ самомъ.

Мы говорили уже выше, что разрѣшеніе проблемы юридическаго обязыванія государства прежде всего обусловлено пониманіемъ самого права. Если держаться воззрѣнія, ~~что~~ правомъ можетъ быть, какъ утверждаетъ проф. Петражицкій, всякое переживаніе закрѣпленной обязанности хотя бы совершенно изолированнаго субъекта, то юридическое самообязываніе государства могло бы быть обосновано съ точки зрѣнія такого ученія о правѣ: но Еллинекъ, напротивъ, какъ мы говорили уже выше, не только признаетъ и

¹⁾ Jellinek. System... стр. 234.

существованіе юридическихъ обязанностей ни за кѣмъ не-закрѣпленныхъ ¹⁾, но въ своемъ ученіи о самообязываніи ссылается ²⁾ на свое совершенно иное понятіе права, какъ нормъ для взаимныхъ отношеній людей, исходящихъ отъ признаннаго внѣшняго авторитета, и обязательность коихъ гарантирована внѣшними силами ³⁾.

Если имѣть въ виду такое понятіе права, то нормы, установленныя государствомъ для самого себя, которыми оно себя обязываетъ, не могутъ быть для него внѣшне-авторитетными нормами, правомъ, а лишь для подчиненныхъ ему. Обязываніе государства при такомъ объясненіи имѣетъ нравственный, но не правовой характеръ, что и утверждаютъ противники теоріи юридического самообязыванія государства.

Въ этой теоріи совершается подстановка *общаго* понятія обязыванія вмѣсто спеціальнаго его вида, юридического обязыванія. Тѣмъ болѣе, что сторонники государственной теоріи права, къ которой принадлежитъ и Еллинекъ, признаютъ внѣшнимъ источникомъ права лишь государство. *Государство же себѣ самому не подчинено.*

Нельзя также разрѣшить проблему правового ограниченія государства въ томъ смыслѣ, что само государство, мыслимое какъ властвующее единство, не можетъ быть обязаннымъ своимъ правомъ, и что обязанными этимъ правомъ являются лишь лица, подчиненныя государству, въ томъ числѣ и призванныя осуществлять его волю и власть; по отношенію же къ самому государству право является не границей, а лишь основой и формой бытія государства. Это воззрѣніе сводится къ тому, что государство является лишь правовой формой отношеній составляющихъ его людей и по природѣ своей является съ самаго начала правовой организаціей; мыслимое какъ юридическая личность оно не

¹⁾ Iellinek. System... 1905, стр. 196.

²⁾ Iellinek. Allg. Staatslehre 1900, стр. 334 (строка 10 сверху).

³⁾ Iellinek. A. Staatslehre, стр. 303.

можетъ иначе проявлять свою волю и власть, какъ въ правовыхъ формахъ и согласно съ организующимъ его правомъ.

Поэтому лица и учрежденія, осуществляющія государственную власть, могутъ осуществлять ее въ качествѣ органовъ государства и признаваться таковыми, лишь когда они дѣйствуютъ на основѣ права, опредѣляющаго строй государства, и въ соответствіи съ нимъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ акты ихъ были бы актами не государства, которое они призваны представлять и проявлять его волю и власть, а ихъ личными актами, „противоправными“, а потому не могущими быть приписываемыми государству, какъ юридически организованному единству, могущему проявляться лишь въ правовыхъ формахъ и согласно съ правомъ. Нормы государства являются, слѣдовательно, лишь внѣшними императивами, правомъ, для составляющихъ государство людей, а не для самого государства, какъ цѣлаго. Мыслимое какъ господствующее единство, являющееся субъектомъ правового властвованія, государство существуетъ лишь въ сферѣ права, и не обязано имъ такъ, какъ обязаны подчиненные ему люди.

Въ своей правовой организациіи государство находитъ свое естественное ограниченіе и необходимое опредѣленіе, но не обязываніе. Если говорить, что эта правовая организациія, называемая государствомъ, измѣняетъ, отмѣняетъ свое право или устанавливаетъ новое, то это лишь выраженіе для объясненія внутренняго процесса жизни того сложнаго единства, юридическаго цѣлаго, въ силу котораго измѣняется форма и объемъ его правового существованія. Само государство не можетъ нарушить свое право, нарушаютъ это право его члены—люди, которыхъ мы отличаемъ отъ государства какъ цѣлаго. Они посягаютъ на право, какъ неотдѣлимую отъ государства форму его жизни. Нарушая обязанности, возложенныя на нихъ государственными законами, свою правовую компетенцію, лица,

призванныя быть органами государства, дѣйствуютъ не въ качествѣ таковыхъ ¹⁾).

Государство поэтому не является ни *legibus soluta potestas*, ни обязаннымъ правомъ, какъ внѣшними императивами, но въ силу самой природы своей является правовой властью, правомъ опредѣленною и обусловленною силою. Оно всегда проявляетъ свою власть въ правовыхъ формахъ не потому, что такъ хочетъ или обязано, а потому что иначе не можетъ ²⁾. —

Но и такое объясненіе правовой связанности государства не можетъ быть признано удовлетворительнымъ, такъ какъ оно основано на отождествленіи государства съ его правовымъ строемъ, на смѣшеніи понятія государства, какъ союза, организованнаго и проявляющаго свою власть и существованіе не на основѣ лишь одного права и не только въ правовыхъ формахъ и согласно съ правомъ, съ тѣмъ понятіемъ государства, которое мы конструируемъ на основѣ права, опредѣляющаго государственныя отношенія. Дѣй-

1) *Mestre*. Les personnes morales et la problѣme de leur responsabilitѣ pѣnale. Paris 1899 p. 225: „Dѣs que l'organe sort de la fonction qu'il doit remplir, il ne doit plus ętre considѣrѣ comme organe du groupement. C'est ę dire que ce n'est plus la volontѣ de la personne morale, qu'il exprime, mais sa propre volontѣ“. Ср. также *Haftler*: „Die Delikts—und Straffhћigkeit der Personenverbände“ 1903 г., стр. 85.

2) Это ученіе о связанности государства правомъ было развито нами въ нашей работѣ: Суверенитетъ 1903, стр. 395. Аналогичную же точку зрѣнія на вопросъ о правовой связанности государства высказалъ затѣмъ и проф. *Seidler*. Das juristische Kriterium des Staates 1905 г., стр. 44, такъ какъ онъ утверждаетъ, что нѣтъ надобности объяснять связанность государства правомъ самообязываніемъ. Государство и безъ того связано своею правовою организациею; оно не только возникаетъ въ правѣ и съ правомъ, но можетъ существовать только въ правѣ, а такъ какъ сущность права заключается въ томъ, чтобы связывать, то государство, существуя и возникая только въ правѣ и съ правомъ, не можетъ быть представляемо иначе, какъ правомъ связанное. Еще *Герберъ* (*Grundzüge eines Systems d. D. Staatsrechts* 1869 г., стр. 32 пр. 5), замѣтилъ, что „строй государства въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. порядокъ его органовъ и правомѣрнаго проявленія его жизни, нельзя собственно называть границей государственной власти, т. к. въ основѣ

ствія лицъ и учреждений, представляющихъ собою государство, проявляющихъ его волю и власть, и въ сознаниі подчиненныхъ имъ весьма часто приписываются самому государству, несмотря на нарушение права. Право не представляетъ собой непреложные законы, съ силою естественной необходимости обуславливающіе строй и жизнь государства.

Самый синтезъ государства ¹⁾ какъ социальнаго единства, цѣлаго, проявляющаго свою волю и дѣятельность въ органахъ своихъ, обусловленъ не одной лишь правовою связью, объединяющей массу индивидовъ въ государственннй союзъ.

Другими словами, государство, какимъ оно должно быть въ силу опредѣляющаго его права, нельзя смѣшивать съ государствомъ, какимъ оно является въ дѣйствительности. Государство и его властвованіе—есть фактъ дѣйствительной жизни, право—нормы, опредѣляющія государство, долженствующія быть осуществленными въ его жизненныхъ

такого утвержденія лежало бы неправильное представленіе, будто государственная власть является чѣмъ то самостоятельнымъ внѣ своего правового устройства и сдерживается послѣднимъ, какъ какимъ-то извнѣ приложеннымъ принудительнымъ аппаратомъ“. Также *Haenel*: *D. Staatsrecht* B. I, стр. 116 сл. говорить, что право есть „необходимый способъ проявленія государства“, однако самъ же допускаетъ (ib. стр. 116) нарушение государствомъ права, „подобно тому, какъ и его граждане совершаютъ преступленія“. *Гирке*: *Joh. Althusius* 2 Ausgabe 1902 г., стр. 318, объясняя связь права съ государствомъ, помѣщаетъ „государство не надъ правомъ и не внѣ его, но въ самомъ правѣ, такъ что и свобода государства связана правовымъ порядкомъ; но съ другой стороны, Гирке замѣчаетъ: „если мы полагаемъ право не надъ государствомъ и не внѣ его, но въ самомъ государствѣ, такъ что формальное всемогущество суверенной власти существуетъ и въ отношеніи права, вмѣстѣ съ тѣмъ, конечно, мы допускаемъ и возможность противорѣчія между матеріальнымъ и формальнымъ правомъ“. Но это послѣднее замѣчаніе о формальномъ всемогуществѣ государства надъ своимъ формальнымъ правомъ противорѣчитъ его утвержденію, что государство не возвышается надъ правомъ. См. объ этомъ нашу критику ученія Гирке. Суверенитетъ, стр. 377 сл.

¹⁾ См. объ этомъ *Iellinek*. *Allg. Staatslehre* 1900, B. I, стр. 152—160.

отношеніяхъ, но далеко не всегда осуществляемыя. Мы имѣемъ всегда, слѣдовательно, дуализмъ власти государства и государственнаго права ¹⁾).

Разсматривая государство со стороны лишь опредѣляющаго и организующаго его права, мы познаемъ государство лишь постольку, поскольку его существованіе выражается въ правовыхъ формахъ и протекаетъ въ соотвѣтствіи съ ними. Функція права въ отношеніи къ государству—нормативнаго характера, и государство въ дѣйствительности не можетъ вполне соотвѣтствовать тѣмъ формамъ, которыя выражены его правомъ ²⁾).

Таковы различныя ученія, пытающіяся такъ или иначе обосновать формальную, юридическую связанность государства. Съ точки зрѣнія обоснованнаго нами выше пониманія права какъ вышнейимперативныхъ нормъ взаимоотношеній ³⁾, нельзя обосновать юридическую связанность государства самоопредѣленіемъ государства, такъ какъ такое самоопредѣленіе будетъ имѣть свободный, не юридическій, а нравственный характеръ. Мы должны, слѣдовательно, искать

¹⁾ Дуализмъ государственной власти и государственнаго права пытается устранить въ новѣйшее время голландскій ученый Krabbe—Die Lehre von der Rechtssouveränität (авторизованное нѣм. изд. 1906), пытаясь всю эту власть основать на правѣ, но онъ и самъ вынужденъ констатировать наличность этого дуализма въ современныхъ государствахъ. См. Krabbe назв. соч., стр. 254.

²⁾ „Совершенному образу государства, замѣчаетъ Еллинекъ, соотвѣтствуетъ непризнаніе воли нарушающаго свою компетенцію органа волею государства. Въ идеальномъ государствѣ положеніе англійскаго государственнаго права: „The king can do no wrong“ должно было бы превратиться въ непоколебимую истину, что государство не можетъ нарушать право. Но пока такихъ гарантій нѣтъ, государственные акты подлежатъ сами юридическому обсужденію: существуетъ возможность, что государство черезъ свои органы нарушаетъ право“... Iellinek. System, стр. 212.

³⁾ Такими нормами, какъ мы говорили, могутъ быть и тѣ нормы коихъ безусловная обязательность признается не только властвующимъ, но и вообще всякимъ лицомъ (правомъ нормы эти тогда будутъ съ точки зрѣнія именно этихъ лицъ).

объясненіе правового ограниченія государства не въ самоопредѣленіи его какъ субъекта, носителя общественной власти, а въ опредѣленіи его другими, въ нормативномъ сознаниі той массы лицъ, которую въ конструкціи государственныхъ отношеній противопоставляютъ государству какъ подданныхъ и гражданъ, и съ которыми государство, какъ субъектъ властвованія, мыслится состоящимъ въ юридическихъ отношеніяхъ. Мы полагаемъ, что нормы, законы, которыя устанавливаются государствомъ, носителемъ общественнаго властвованія, являются внѣшними императивными нормами также и для него самого, потому что обязательность ихъ для государства зиждется не на государственной лишь власти или конструируемой юристами волѣ государства, но обусловливается тѣмъ психологическимъ факторомъ, который въ огромной мѣрѣ обусловливаетъ и самую силу государства, его власть, — признаніемъ со стороны подвластныхъ ¹⁾).

Самое существованіе государства обусловлено сознаниемъ со стороны образующихъ и поддерживающихъ его властвованіе социальныхъ группъ общественной цѣнности, необходимости и цѣлесообразности того принудительнаго властвованія, которое характеризуетъ собою специфическую природу государства. Также и обязательность нормъ, которыя формально устанавливаетъ самъ носитель государственной власти, обусловливается не только чувствомъ страха и сознаниемъ зависимости отъ подавляющей принудительной силы, находящейся въ распоряженіи властителя, но и сознаниемъ со стороны подвластныхъ моральной авторитетности, пользы, рациональной необходимости подчиненія такимъ нормамъ для всѣхъ членовъ государства. Поэтому и самъ властитель можетъ быть связанъ устанавливаемыми

¹⁾ Относительно власти государства говоритъ и Еллинекъ: *System d. s. ö. Rechte* 1905, стр. 200: *Aus der Anerkennung und dem Gehorsam der subjierten schöpft der Staat all seine Macht.*

имъ самимъ нормами не потому лишь, что обязательность этихъ нормъ основана на его собственномъ убѣжденіи и желаніи, но и потому, что въ той социальной массѣ, властителемъ которой онъ является, созрѣло сознание и признаніе обязательности и для него нормъ, декларируемыхъ или устанавливаемыхъ имъ самимъ. Тогда эти нормы отрѣшаются въ сознаниіи подвластныхъ отъ воли властителя, объективируются и противопоставляются властителю какъ связывающее его внѣшнее опредѣленіе дѣятельности, независимое отъ его произвола, субъективныхъ убѣжденій и воли. Властитель, будемъ ли мы его мыслить какъ властвующее абстрактное союзное единство, личность государства, или признавать субъектомъ государственной власти того или другого индивида или совокупность ихъ, въ своихъ отношеніяхъ къ подвластнымъ оказывается тогда внѣшне-императивно опредѣленнымъ со стороны самихъ подвластныхъ въ имъ же установленныхъ нормахъ, подобно тому, какъ и онъ внѣшне-императивно опредѣляетъ подвластныхъ въ этихъ нормахъ. Мы имѣемъ тутъ не нравственное, свободное самоопредѣленіе властителя, а правовое, внѣшне-императивное, его опредѣленіе нормативными убѣжденіями подвластныхъ. Въ этихъ нормахъ, закрѣпляющихъ обязанности властителя за подданными, предоставляющихъ имъ субъективные права по отношенію къ самой власти, съ другой же стороны опредѣляющихъ и полномочія государства къ подданнымъ, государство, поскольку мы его мыслимъ не изолированно, а состоящимъ въ многоразличныхъ отношеніяхъ съ подвластными, находитъ свое юридическое опредѣленіе. Нормы государства являются для государства такой же формальной границей его властвованія, какъ и для подданныхъ его; государство подчинено этимъ нормамъ, какъ праву ¹⁾. Что касается самого властителя, то сознание

¹⁾ Ср. также Rehm. Allg. Staatslehre 159 -160. Каждое положеніе права, говоритъ Рэмъ, есть выраженіе правовой идеи. Правовая идея

вышней императивности для него имъ же установленныхъ нормъ и соответственное соблюденіе ихъ обусловливается сознаниемъ властителемъ самыхъ основъ своего властвованія и его важнѣйшей функціи—правоустановленія и, само собою разумѣется, фактическими гарантіями для поддержанія силы законовъ¹⁾. Тамъ же, гдѣ не только властитель, но и подвластные признають принципъ „quidquid principi placuit legis habet vigorem“, и все право сводится къ волѣ властвующаго, тамъ о правовой связанности государства, по крайней мѣрѣ въ лицѣ его верховнаго органа (для подчиненныхъ органовъ существуютъ императивы верховнаго органа), говорить, конечно, не приходится. Признаніе юридической связанности субъекта государственной власти имъ же установленными нормами его дѣятельности и соответственная организація государственнаго строя въ европейскихъ

обладаетъ не физической, но психической силой. Последнюю она обладаетъ въ силу присущаго человѣку убѣжденія, что безъ права невозможно мирное сожителство людей. Велѣдствіе этой психологической силы правовой идеи созданный государствомъ порядокъ, т. е. законодательство, обращается въ отрѣшенный отъ его создателя, самостоятельный объективный порядокъ. Онъ является не истеченіемъ воли и физической силы государства, но источникомъ психологической силы идеи, правовой идеи, которой подчинено и само государство, такъ какъ эта идея властвуетъ надъ всей совокупностью или, по крайней мѣрѣ, большинствомъ членовъ государства. Велѣдствіе этого государства, заключаетъ Рэмъ, подчинено праву, и нѣтъ надобности разсматривать это подчиненіе, какъ самообязываніе.—Рэмъ здѣсь такъ же какъ и мы, утверждаетъ, что государственные законы являются объективнымъ порядкомъ для государства, но онъ не указываетъ дѣйствительнаго источника этой объективности. Вѣдь и теорія юридическаго самообязыванія государства, какъ развила ее Еллинекъ, исходитъ въ сущности изъ аналогичныхъ съ Ремомъ предпосылокъ обязательности права для государства, но формально конструируетъ связанность государства правомъ какъ самообязываніе, именно потому, что въ конструированіи отношенія права къ государству игнорируетъ тѣхъ лицъ, съ которыми государство состоитъ въ отношеніяхъ властвованія, т. е. подвластныхъ, и которые въ свою очередь, какъ мы говоримъ, опредѣляютъ его.

¹⁾ Ср. замѣчанія Borgeaud о конституціи. Borgeaud. Etablissement et révision des constitutions en Amerique et en Europe Paris 1893 p. 48.

государствахъ могли утвердиться лишь послѣ того, какъ подвластные вышли изъ круга идей и порядка абсолютнаго государства ¹⁾.

Доктрина естественнаго права была глубоко права, когда она протестовала противъ сведенія права къ волѣ властителя, но она больше всего сама содѣйствовала утверженію того взгляда, что положительное право—лишь воля суверена, и что только естественное право въ своей обязательности покоится на независимыхъ отъ властителя основахъ. Современной юриспруденціи послѣ того, какъ коллективно-психологическая основа права, дѣйствующаго въ государствѣ, достаточно выяснена, слѣдуетъ оставить пониманіе этого права лишь какъ волеизъявленія субъекта государственной власти и конструированіе односторонняго обязыванія властителемъ самого себя. Если для юридической конструкціи государственныхъ отношеній властвованія мы субъективизируемъ государственный союзъ какъ властвующую личность и логически противопоставляемъ ее тѣмъ индивидамъ и социальнымъ организаціямъ, надъ которыми она властвуетъ, такъ что послѣдніе являются въ свою очередь субъектами публичноправовыхъ отношеній, то мы этимъ самымъ подчиняемъ наравнѣ съ ними и государство, мыслимое въ качествѣ властвующаго субъекта, праву, которымъ являются установленныя имъ нормы отношеній. Въ области права государство нельзя мыслить какъ самодовлѣющую силу. Совершенно правильно говоритъ Еллинекъ: „если мы будемъ разсматривать государство изолированнымъ, т. е. не состоящимъ въ отношеніяхъ ни къ себѣ подобнымъ, ни подчиненнымъ ему личностямъ, то къ нему непримѣнимы категоріи права и неправа, такъ какъ все право есть отношеніе. Государство, мыслимое отрѣшеннымъ отъ этихъ отношеній, является дѣйствующей для выпол-

¹⁾ Палиенко. Правовое государство и конституціонализмъ (Вѣстникъ права 1906, кн. I).

ненія своихъ цѣлей силой, которая, какъ таковая, можетъ быть оцѣниваема этически и политически, но не юридически¹⁾.

Развивая далѣе эту мысль обоснователя теоріи правового самообязыванія государства, мы можемъ, возражая ему, также сказать и относительно нормъ государства: нормы, формально устанавливаемыя государствомъ для самого себя, если ихъ мыслить лишь какъ одностороннее волеизъявленіе государства, могутъ быть разсматриваемы въ отношеніи государства лишь какъ нравственныя и техническія его нормы, но не какъ юридическія. Съ тѣхъ поръ, какъ развитіе правовой жизни народовъ противопоставило государству въ его же правѣ и подвластныхъ ему, какъ носителей не только публичноправовыхъ обязанностей, но и субъективныхъ правъ по отношенію къ властвующему надъ ними государству, пора оставить поиски, хотя бы и формальной основы юридической связанности государства лишь въ его власти и волѣ. Вѣдь познаніе государства показываетъ намъ, что та сила, которую мы называемъ государственной властью и приписываемъ ее тому или другому лицу, будетъ ли это лицо абстрактная юридическая личность государства или физическіе носители власти, все болѣе опредѣляется тѣми социальными элементами, надъ которыми мы возвышаемъ властвующее государство въ своихъ юридическихъ конструкціяхъ. Изъ подвластныхъ, вѣдь, образуются и тѣ силы, которыя, какъ говоритъ Еллинекъ, противостоятъ законодателю, и надъ которыми онъ считаетъ себя призваннымъ господствовать, но которыя часто совершенно незамѣтно поднимаются противъ него и даже отваживаются стать на его мѣсто²⁾.

1) Iellinek. System 1905, стр. 194—195.

2) Iellinek. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung 1906, S. 2. См. также замѣчаніе Iellinek'a. Allg. Staatslehre стр. 305, что „современная теорія игнорируетъ тотъ фактъ, что кромѣ государства существуютъ еще другія социальныя силы, которыя даютъ существенныя гаран-

Въ этихъ силахъ покоится и основа формальной обязательности законовъ для самаго законодателя, какъ и причина, почему государственные законы рушатся, чтобы дать мѣсто новымъ, которые несутъ съ собою эти силы какъ свое право на мѣсто отринутаго ими. Сила государственныхъ законовъ, какъ права, заключается въ возможно большемъ соотвѣтствіи ихъ не волѣ, интересамъ и идеаламъ властвующаго, а волѣ интересамъ и идеаламъ той огромной соціальной массы, которая называется подвластными, подданными государства. Въ подданныхъ государства и нормативныхъ убѣжденіяхъ ихъ заключается основа связности государства его же правомъ и самая вѣрная гарантія верховенства права надъ государственной силой. Законъ не есть теперь только императивъ властителя, но и императивъ подвластныхъ.

Вопросъ. Отъ чьей воли зависитъ

вопросъ. Кто определяетъ границы

силы и компетенции СССР.

вопросъ Вопросъ влечетъ в краѣ

вопросъ. Вопросъ в краѣ
силы и компетенции СССР

тіи соблюденія права". Почему же тогда этимъ „силамъ“ не удѣляется надлежащее мѣсто въ пониманіи обязательности самаго права, определяющаго государство?

В

и в краѣ

Замѣченныя опечатки.

<i>Стран.</i>		<i>Напечатано.</i>	<i>Слѣдуетъ читать.</i>
43 строка	9 сн.	идеи, все же	идеи все же
43	" 12 "	точки	точкѣ
71	" 10 св.	собственности	собственности
97	" 5 "	„общимъ принципомъ права, которые...	„общимъ принципамъ права, которое...
175	пр. 1	А. Мишель: Идея государ- ство	А. Мишель. Идея государ- ства
190	" 2	счастье	счастью
253 строка	13 св.	человѣку	человѣку
262	" 2 "	противны	противна
270	" 3 "	Пандейтахъ.	Пандектахъ
276	" 14 сн.	интеллектуальной, природѣ	интеллектуальной природѣ
283	" "	ГЛАВА IV	ГЛАВА V
284	" 13 св.	теоретической, мысли	теоретической мысли
284	" 4 сн.	выше права или	выше права, или
293	" 18 св.	что при относительности	что, при относительности
295	" 2 "	!	.
296	" 3 "	посягательствомъ	посягательствамъ
305	" 14 св.	искъ, необходимо	искъ необходимо
311	" 11 сн.	съ которымъ	съ которыми
311	пр.	воля и отношенія	волевая отношенія
313	" 10 св.	государствъ	государства