

НОВАЯ ПСИХОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА И ПОНЯТИЕ ПРАВА.

ПРИВАТЪ-ДОЦЕНТА

Демидовскаго Юридическаго Лицея

Н. И. Палиенко.

ЯРОСЛАВЛЬ.

Типо-лит. Э. Г. ФАЛЬКЪ, Духов. уз. в д.

1900

Профессоръ Л. И. Петражицкій, известный въ наукѣ галлскими трудами въ области гражданского права и общихъ юридическихъ вопросовъ, издалъ недавно первый выпускъ своего новаго труда: „Очерки философіи права (основы психологической теоріи права. Обзоръ и критика современныхъ воззрѣній на существо права)“. С.-Петербургъ 1900.

Первыя 55 страницъ названнаго труда представляютъ собой, какъ заявляетъ и самъ авторъ въ предисловіи, перепечатку безъ существенныхъ измѣненій его же статьи „Что такое право“, напечатанной въ „Вѣстникѣ права“ 1899 г. № 1.

Авторъ добавилъ въ настоящемъ 1-мъ выпускѣ еще критику различныхъ современныхъ воззрѣній на существо права и въ заключеніи подводитъ итогъ основнымъ мыслямъ, развитымъ въ предыдущихъ отдѣлахъ книги.

Въ виду неуставовленности понятія права, дѣйствительно играющаго въ наукѣ ту же роль, какъ сфинксъ въ знаменитой трагедіи Софокла „Эдипъ Царь“, загадка „что такое право“ все еще не признается разрѣшенной юристами.

Тѣмъ болѣе должно привѣтствовать попытку автора освѣтить этотъ вопросъ съ новой стороны при посредствѣ психологическаго метода.

До сихъ поръ огромное большинство юристовъ обращало свое вниманіе лишь на внѣшнюю, формальную сторону права, но последнее подобно хамелеону мѣняетъ свою окраску своимъ усложняющимся разнообразіемъ затрудняеть изслѣдованіе его основныхъ и существенныхъ признаковъ.

Тѣмъ не менѣе послѣ многолѣтнихъ усилій наука права, въ лицѣ большинства современныхъ ученыхъ юристовъ, склоняется къ признанію строго императивной, волевой функціи права, какъ его существеннаго и отличительнаго признака.

Передъ нами теперь другая теорія, признающая отличительнымъ признакомъ правовыхъ нормъ не эту императивность, но „атрибутивность“ ихъ.

Проф. Петражицкій приходитъ къ такому заключенію при посредствѣ чисто психологическаго метода, самонаблюденія и наблюденія надъ душевными процессами другихъ лицъ.

Въ виду оригинальности и большого интереса, который представляетъ теорія уважаемаго автора, постараемся изложить его основныя мысли по возможности точнѣе. Затѣмъ мы изложимъ тѣ сомнѣнія, которыя возбуждаютъ въ насъ воззрѣнія автора.

— Размышляя, говоритъ авторъ, въ разныхъ случаяхъ жизни, какъ намъ поступить, мы чувствуемъ себя иногда совершенно свободными, несвязанными въ выборѣ нашего поведенія. То же мы замѣчаемъ и въ другихъ. Отправиться ли на прогулку или остаться дома, купить-ли книгу или нѣтъ, вполне зависитъ отъ нашего усмотрѣнія. Мы выбираемъ то рѣшеніе, которое намъ представляется удобнымъ или целесообразнымъ.

Въ другихъ случаяхъ, напротивъ, мы замѣчаемъ связанность воли, чувствуемъ, что обязаны поступить такъ-то (не молчать напр. а сообщить правду) или воздержаться отъ такого-то поступка. Независимо отъ разсужденія, полезенъ или пріятенъ намъ такой-то поступокъ, какой-то „внутренній голосъ“ авторитетно указываетъ, предписываетъ, предопредѣляетъ наше поведеніе.

Советъ повелѣваетъ намъ то или другое. Другими словами намъ въсущи такія убѣжденія, которыя властно и авторитетно для насъ же самихъ нормируютъ наше поведеніе.

Изъ нашихъ же убѣжденій мы выводимъ обязанности и для другихъ, приписываемъ обязанности и другимъ (стр. 11).

Отмѣченное чувство связанности воли, сознание необходимости подчиненія ей извѣстному авторитетному импульсу, мы выражаемъ словами: обязанность, долгъ, обязательство, долженствованіе, а тѣ убѣжденія, которыя авторитетно нормируютъ наше поведеніе, мы казываемъ нормами, императивами (стр. 12).

Наше чувство и сознание связанности воли, долга, въ свою очередь въ различныхъ случаяхъ имѣетъ различную природу. Сравнимъ наше психическое состояніе, говоритъ авторъ, въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ:

1. Иванъ находится въ такомъ положеніи, что мы считаемъ своею (нравственною) обязанностью оказать ему помощь напр. дать 10 рублей.

2. Мы уговорились съ извозчикомъ Петромъ, что онъ повезетъ насъ въ городъ. Мы пріѣхали и считаемъ себя обязанными уплатить условленную сумму. Кто нибудь выигралъ у насъ въ карты, далъ взаймы 10 р.; мы сознаемъ свою обязанность уплатить ему эту сумму.

Въ обоихъ случаяхъ мы замѣчаемъ авторитетный импульсъ дать 10 руб., но наше психическое отношеніе къ Ивану рѣзко отличается отъ отношенія къ Петру, утверждаетъ авторъ. Ивану мы ничего не должны, ему отъ насъ ничего не „слѣдуетъ“, „не причитается“, если онъ получитъ 10 р., то это дѣло нашей „доброй воли“. Связанные по отношенію къ нашей совѣсти, по отношенію къ Ивану мы считаемъ себя свободными, не связанными, и отъ него ожидаемъ признанія этой свободы „нашей доброй воли“ дать или не дать, во всякомъ случаѣ, не ожидаемъ противоположнаго отношенія. Его требованіе платежа показалось бы намъ даже неумѣстнымъ, нахальнымъ, и мы, можетъ быть, чтобы научить его не заявлять такихъ неумѣстныхъ требо-

внѣ въ дѣлѣ, зависящемъ отъ нашей доброй воли, измѣнили бы свое намѣреніе дать ему 10 р. или отдали бы ихъ богѣ нуждающемуся, не видя въ этомъ никакого нарушенія своихъ обязанностей къ Ивану, ему отъ насъ ничего вѣдь не слѣдуетъ. (стр. 12—13).

Различая въ обязанности дать 10 р. отрицательный полюсъ, будущій минусъ для меня, взятіе изъ моихъ средствъ и выдачу 10 р., и положительную сторону будущій плюсъ для другого, полученіе 10 р., мы можемъ сказать, что положительная сторона нашей обязанности не закрѣплена за Иваномъ, что мы чувствуемъ свободу отвернуть отъ него положительный полюсъ нашего намѣренія. Напротивъ, по отношенію къ Петру, заработавшему отъ насъ 10 р., мы связаны, лишены свободы дать или не дать. Неуплатежъ по-казался бы намъ въ этомъ случаѣ безстыднымъ; исполненіе нашей обязанности въ этомъ случаѣ явилось бы лишь доставленіемъ другому долгаго ему *suum tribuere, non laedere*, а не какимъ-то добрымъ дѣломъ (стр. 13).

Въ этомъ случаѣ появляется совсѣмъ другая „психологія“ говоритъ авторъ, т. е. мы признаемъ положительную сторону нашей обязанности, направленную на будущее полученіе Петромъ заработанныхъ имъ 10 р., закрѣпленной за Петромъ.

Если же мы вообразимъ себя въ роли Ивана и Петра, т. е. противоположными обязанности, а не обязанными, то мы замѣтимъ аналогичныя, параллельныя психологическія различія еще рельефнѣе. Не одно и то же, напр., принять въ нуждѣ помощь отъ богатаго родственника, хотя бы мы и считали это его нравственною обязанностию, и получить обратно 10 р., которыя мы отдали кому нибудь въ займы. Въ последнемъ случаѣ, мы бы не постѣснялись принять эти 10 р., какъ вѣчно свое, должное намъ (стр. 14—15).

Авторъ выводитъ отсюда слѣдующее заключеніе: какъ съ точки зрѣнія обязаннаго, такъ и лица, на которое направляется положительный полюсъ обязанности, различіе разсмотрѣнныхъ двухъ категорій случаевъ сводится къ тому, что во второй категоріи обязанность одного (съ ея положительной стороны) сознается закрѣпленной за другимъ, какъ ему принадлежащее, его добро (*alibi attributum, acquisitum*), чего нѣтъ въ случаѣ первой категоріи.

Обязанности первого рода т. е. по отношенію къ другимъ свободныя (односторонне связывающія) мы будемъ, говорить авторъ, называть нравственными, обязанности второго рода т. е. по отношенію къ другимъ несвободныя (закрѣпленныя активно за другими, двусторонне связывающія) правовыми, юридическими обязанностями.

Чувство и сознаніе нашей связанности мы выражаемъ словомъ „право“, а именно, кому принадлежитъ нашъ долгъ, за кѣмъ закрѣплена наша обязанность, мы приписываемъ право или притязаніе въ юридическомъ смыслѣ. Наше право есть ничто иное, какъ закрѣпленный за нами, какъ наше добро, долгъ другого (стр. 15).

Различію между свободными обязанностями и закрѣпленными за другими соответствуетъ различіе между нашими убѣжденіями, вызывающими связанность воли, присущими нашей психикѣ нормами.

Существо однихъ изъ этихъ нормъ (напр. слѣдуетъ оказывать помощь нуждающимся, утѣшать страждущихъ, любить ближнихъ) состоитъ исключительно въ авторитетномъ предопредѣленіи нашего поведенія. Существо же другихъ нормъ (проигранное въ карты должно быть уплачено виноватому, занятыя деньги должно возвратить кредитору) состоитъ въ двухъ функціяхъ: съ одной стороны онѣ авторитетно предопредѣляютъ наше поведеніе, съ другой стороны

авторитетно отдають другому, приписываютъ ему, какъ должное, то, чего онъ требуютъ отъ насъ.

Если первый разрядъ нормъ можно назвать императивами, то второй, по мнѣнію автора, нужно назвать сверх того атрибутивами, т. е. сущность ихъ состоитъ въ *impre-gare + attribuer*.

Между тѣмъ какъ нормы императивныя имѣютъ односторонній характеръ, авторитетно налага бремя на одно лицо, ничѣмъ не надѣляя другихъ, вторыя, какъ двустороннія, налагаютъ минусъ на одного и снабжаютъ соответственнымъ плюсомъ другого. Первые нормируютъ только положеніе обязаннаго, вторыя же одновременно — положеніе двухъ лицъ.

Атрибутивными нормы, утверждаетъ авторъ, и составляютъ нормы права, юридическія нормы (стр. 16).

Въ виду такой психической природы правовыхъ нормъ, какъ нормъ атрибутивныхъ, приходится, по мнѣнію автора, признать и такую атрибутивную норму, или сознание долженствованія, принадлежности правоваго притязанія, которое существуетъ лишь въ душѣ одного человѣка и не встрѣчаетъ признанія и согласія со стороны общественной власти, суда или вообще кого либо другого, кромѣ переживающаго это психическое состояніе (стр. 21).

Положимъ, посылаетъ авторъ, кто-либо очутился на Марсѣ, встрѣтилъ тамъ челоуѣкоподобное существо, которое взяло у насъ какую-либо вещь и не хочетъ возвратить, т. е. исполнить то, на что мы приписываемъ себѣ несомнѣнное право. Дѣйствіе земной власти и законовъ на Марсѣ не распространяется и встрѣченное нами на Марсѣ существо ихъ не признаетъ и даже вовсе не знаетъ нормъ, которыми мы руководимся, не сознаетъ вовсе обязанности возвратить намъ взятую вещь. Тѣмъ не менѣе здѣсь явленіе подходящее подъ выведенное понятіе права, нормы права (ссудившему вещь

она должна быть возвращена) и правоотношение: правовое притязание и обязанность въ душѣ новаго обитателя Марса (стр. 21—22).

Мало того, для наличности правовой нормы не требуется, утверждаетъ авторъ, не только признанія нашей нормы другими, но даже существованія въ смыслѣ реальности какого-либо существа, кромѣ того, кто переживаетъ норму права, или правоотношеніе (стр. 22).

Если, суевѣрный или умалишенный человекъ заключаетъ договоръ съ дьяволомъ (во снѣ, гипнозѣ, при *idée fixe*..., напр. о продажѣ души или брачный контрактъ (женщина), считающая себя вѣдьмою), то здѣсь, говоритъ авторъ, дѣйствуетъ норма права, предписывающая исполненіе договора, существуетъ правоотношеніе, хотя дьяволъ и не существуетъ въ дѣйствительности, а лишь въ представленіи такого человека. Право психическое явленіе и его элементы—элементы психического акта, а не какіе-либо предметы внѣ души. Поэтому, хотя въ указанныхъ случаяхъ приписываетъ себѣ право человекъ, но дѣйствительнымъ субъектомъ права является, по мнѣнію автора, здѣсь не человекъ, а дьяволъ, лѣній... Такія правовыя нормы реальны не какъ предметы внѣшняго міра, но какъ психическіе акты и ихъ элементы, удостоверяемые наблюденіемъ (стр. 21—23).

Всѣ субъективныя нормы права, атрибутивныя убѣжденія, которыя не выводятъ своего авторитета изъ какихъ-либо внѣшнихъ правоустановительныхъ фактовъ (обычное соблюденіе, вѣдѣніе) авторъ называетъ „интуитивными“ нормами права въ отличіе отъ позитивныхъ (стр. 27).

Психическое дѣйствіе атрибутивной функціи нормъ права, съ развитіемъ культуры и права, продолжаетъ авторъ, воплощается въ свою очередь въ цѣлой массѣ юрид. нормъ и получаетъ т. обр. определенное выраженіе въ самомъ правѣ:

Появляется дѣлая система нормъ, регулирующихъ защиту права и послѣдствія правонарушенія (принудительное исполненіе права). Эти нормы регулируютъ и обезпечиваютъ осуществленіе и торжество атрибутивной функціи другихъ юрид. нормъ, хотя бы для этого необходимо было примѣнить насиліе. Фактическое примѣненіе принужденія и существованіе нормъ его регулирующихъ — естественное и обычное послѣдствіе атрибутивной функціи нормъ права, но отнюдь не неизбежно сопутствующія правовымъ нормамъ — всеня. Норма права не перестаетъ быть нормой права, справедливо замѣчаетъ авторъ, отъ того, что она фактически не примѣняется или не можетъ быть примѣнено принудительное ея исполненіе, или что не существуетъ другой нормы права, предписывающей ея принудительное исполненіе. Принужденіе съ точки зрѣнія атрибутивныхъ нормъ для понятія права не существенно (стр. 25 — 26).

Изъ атрибутивной функціи юрид. нормъ вытекаетъ репрессія въ области права, какъ реакція оскорбленнаго правового чувства, изъ этой же функціи вытекаетъ стремленіе права къ обычной и законодательной нормировкѣ, т. е. при индивидуальномъ и массовомъ различіи атрибутивныхъ убѣжденій, нормъ, въ нихъ кроется психическій источникъ разрушенія, злобы и мести. Этимъ объясняется отчасти инстинктивное, отчасти сознательное, но повсемѣстно замѣчаемое, стремленіе людей къ выработкѣ, признанію и уваженію такъ называемаго позитивнаго права, опредѣляемаго для всѣхъ по однообразнымъ и внѣшне распознаваемымъ признакамъ; основные типы позитивнаго права: обычное право и законы.

Обычное право — норма съ своеобразнымъ основаніемъ обязательности, характеромъ и источникомъ авторитетности: извѣстное правило поведенія признается обязательною нормою потому, что оно соблюдалось раньше, что такъ поступали отцы и дѣды, что такой установился порядокъ. Это

своеобразное психическое явление тѣмъ значительнѣе способствуетъ устраненію конфликтовъ, чѣмъ сильнѣе уваженіе къ обычаямъ и послѣдніе однообразнѣе (стр. 26—27).

Съ развитіемъ же культуры то же стремленіе къ позитиваціи вызываетъ появленіе и развитіе законодательства т. е. такихъ атрибутивныхъ нормъ, которыя возникаютъ путемъ объявленія воли со стороны извѣстныхъ органовъ общественнаго союза, чтобы извѣстныя правила впредь признавались обязательными, и подчиненія этому вышнему со стороны гражданъ (стр. 27).

Но развитіе позитивнаго права далеко не вытѣсняетъ интуитивнаго права. И нормы чисто императивныя (безъ атрибутивной функціи) способны къ позитиваціи, напр. норма „пріюти странника“ можетъ получить характеръ прочно установившейся обычной нормы, но юрид. характера такая норма не имѣетъ, не даетъ странникамъ права и пріюти (стр. 27).

Изъ атрибутивной функціи юрид. нормъ далѣе вытекаетъ стремленіе къ судебному разбирательству, какъ средству къ устраненію конфликтовъ, т. е. тождество интуитивныхъ нормъ или позитивація права лишь отчасти предупреждаютъ столкновенія; вытекаетъ далѣе распредѣлительное и организаціонное значеніе нормъ права: регулируя надѣленіе людей правами, благами, онѣ производятъ и распредѣленіе разныхъ благъ между людьми, въ частности хозяйственныхъ благъ и власти. Такимъ образомъ психическою силою нормы права создается стройная организація общественнаго союза и власти (законодательной съ ея официальнымъ правомъ, судебной, исполнительной). Власть эта призвана служить еще большому укрѣпленію атрибутивной функціи права (стр. 28—29).

Намѣченной выше организаціей человѣчество раздѣляется на множество силоченныхъ и объединенныхъ коллективныхъ

единицъ, государствъ и иныхъ союзовъ.

Общей для всѣхъ ихъ организаціи нѣтъ, но и вполнѣ независимые союзы призываютъ другъ за другомъ извѣстный кругъ правъ и обязанностей, извѣстныя нормы права въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ (стр. 29—36).

„Въ атрибутивной природѣ юридическихъ нормъ, какъ „атомовъ“ правового міра, какъ кѣлочекъ правовыхъ организмовъ, заключается т. обр., говоритъ авторъ, источникъ появленія великой силы, развитія могущественнаго правильно дѣйствующаго механизма, подчиняющаго и несогласныхъ, подавляющаго сопротивленіе и придающаго той attributio, которая заключается въ нормѣ права самой по себѣ, особую крѣпость, особый характеръ желѣзной необходимости.— величественіе поддержки этой attributio системой другихъ атрибутивныхъ нормъ“ (стр. 37).

Въ атрибутивной функціи заключается т. обр. естественный источникъ самоукрѣпленія и самоубражденія этой функціи (стр. 38).

Затѣмъ авторъ утверждаетъ, что атрибутивная функція нормъ права ослабляетъ и умалчиваетъ значеніе ихъ императивной функціи, т. е. атрибутив. характеръ юрид. нормъ, создавая важную роль для лица, противостоящаго обязанному, ведетъ къ тому, что въ правѣ личность обязаннаго его отношенія къ императиву, его воли лишаются единственно важной, рѣшающей роли и превращаются подчасъ въ неважное средство для доставленія удовлетворенія управомоченному.

Правственные же нормы, конечно, не удовлетворяются и не исполняются тѣмъ, что кто-нибудь за меня исполнитъ ихъ требованіе. Смыслъ нравственныхъ нормъ, какъ чистыхъ императивовъ состоитъ исключительно въ воздѣйствіи на вашу волю, въ одностороннемъ импульсѣ къ *facece, dare*, а не въ доставленіи *asserege* для другихъ (стр. 39). Нормы

же права довольствуются осуществлением атрибутивной функции, не требуя осуществления въ то же время импульсивной функции. И тамъ, гдѣ право устанавливается, какъ юридическую обязанность, внимательное и добросовѣстное усмотрѣніе, оно довольствуется осуществлением атрибутивной функции, независимо отъ того, какіе мотивы побудили обязаннаго къ заботливому усмотрѣнію: авторитетъ-ли нормы права, личный интересъ, стремленіе заслужить одобреніе и т. п., но притязаніе здѣсь направлено только на извѣстный психическій актъ, а не чисто вѣншее поведеніе (стр. 43).

— Таково въ существенныхъ чертахъ содержаніе положеній автора, изложенныхъ въ главѣ 1-й его труда, гдѣ авторъ даетъ опредѣленіе в общую характеристику права.

Въ слѣдующей II главѣ книги авторъ дѣлаетъ критическую оцѣнку важнѣйшихъ современныхъ теорій права какъ-то: теорій оффиціального права (исходящихъ изъ понятія государства и понятія принужденія), теорій положительнаго права и теорій, опредѣляющихъ право съ точки зрѣнія содержанія и дѣла (стр. 44—105).

Соглашаясь въ общемъ съ критическими замѣчаніями автора, мы не можемъ лишь согласиться съ нимъ въ оцѣнкѣ той волевой теоріи права, которая видитъ въ правѣ выраженіе воли общественнаго союза (предполагая, конечно, что эта воля не есть фиктивная воля всѣхъ; противъ допущенія такой фиктивной воли авторъ совершенно справедливо вооружается стр. (83—105).

Мы выскажемъ свое мнѣніе по этому вопросу ниже въ связи съ изложеніемъ нашихъ воззрѣній относительно атрибутивной функции какъ отличительнаго признака права, по мнѣнію автора.

Въ заключеніе же книги, авторъ указываетъ, между прочимъ, что теорія чистыхъ императивовъ и атрибутивовъ про-

водить границу между правомъ и моралью, показываетъ существенность этого различія, и что выдѣленіе нормативной психики въ особый классъ явленій съ дѣленіемъ его на два рода по наличности или отсутствію атрибутивной силы дасть надлежащій базисъ для двухъ родственныхъ наукъ и устранистъ важный порокъ въ современной системѣ наукъ о человѣкѣ вообще: важныя и крупныя области психической жизни человѣка вообще современной системойъ наукъ не захватываются и вѣдаются по недоразумѣнію тѣми науками, коимъ ихъ вѣдать не подлежитъ (стр. 137).

Мы видимъ такимъ образомъ, что принявъ атрибутивную функцію нормы за отличительный, психологическій признакъ права, проф. Петражицкій характеризуетъ понятіе права съ его психологической стороны и выводитъ затѣмъ стройную и логическую систему всѣхъ основныхъ свойствъ права вытекающихъ изъ его атрибутивной функціи.

Норма права (позитивнаго, официальнаго, интуитивнаго) закрѣпляетъ авторитетно обязанность одного лица за другимъ, вслѣдствіе чего послѣднее можетъ требовать ея исполненія, притязать на него, какъ на нѣчто свое, ему принадлежащее.

Достаточно одного авторитетнаго убѣжденія (императивъ) въ такой закрѣпленности, даже, если это убѣжденіе не соответствуетъ реальности ((примѣры съ людьми, воображающими себя вѣдмами, лѣшими, дьяволами), чтобы это личное убѣжденіе представляло изъ себя норму права, право интуитивное.

Право тѣмъ и отличается отъ другихъ нормъ дозволенствования (чисто императивныхъ), что въ послѣднихъ такое сознаніе закрѣпленности обязанности за другимъ отсутствуетъ. Нормы морали и права — не атрибутивныя, но чисто императивныя нормы.

Никто не может притязать на исполнение другимъ нравственной обязанности, не можетъ требовать его. Это обязанность чисто односторонняя.

Такая постановка вопроса не можетъ не возбудить сомнѣній.

Что нормы права обладаютъ атрибутивной функцией, мы не сомнѣваемся.

Теорія автора не противорѣчитъ т. наз. пассивное дѣйствіе права, указанное Иерингомъ,¹⁾ состоящее въ томъ, что извѣстной обязанности какъ бы не соответствуетъ правомочіе, что бываетъ, когда интересъ, составляющій содержаніе извѣстнаго права, еще не родился или же временно прекратился (обязанность по отношенію къ зародышу, обязанность по кредитной бумагѣ на предъявителя, когда она потеряна и еще никѣмъ не найдена и др.); атрибутивность и тутъ на лицо, такъ какъ обязанность все же закрѣплена за будущимъ субъектомъ правомочія.

Не противорѣчитъ эта теорія атрибутивности и поддерживаемой нѣкоторыми учеными теорію „самообязыванія государства“ (Selbstverpflichtung des Staates), самоограниченія.²⁾

Писатели, принимающіе теорію самообязыванія, разумѣютъ подъ послѣднимъ или закрѣпленіе самимъ государствомъ своихъ обязанностей за гражданами³⁾, или же, какъ это дѣлаетъ Еллинекъ, различаютъ государство въ качествѣ субъекта властвованія и въ качествѣ представителя обще-

¹⁾ Ihering: Gesammelte Aufsätze 1882 B. II. стр. 176 сл. Pass. Wirk d. Rechte.

Ср. Коркуновъ. Лекція по общей теоріи права 1894 г. стр. 151.

²⁾ Jellinek: Die Lehre v. d. Staatenverbindungen 1882 стр. 32 слѣд.

Его же: Syst. d. subject. öffentl. Rechte 1892 стр. 185 сл., 223 сл.

Его же: Ueber die rechtl. Natur der Staatenverträge 9—45.

Ср. также: Коркуновъ: Русск. Госуд. Пр. 1899 т. I, 206.

Его же: Лек. по общ. теоріи права 1894 стр. 261 сл.

³⁾ Ср. также: Laband: Das Staatsrecht. d. D. Reiches 1895 B. I стр. 136.

Ср. также переп. Jellinek. Das Recht des modernen Staates 1900 B. I стр. 331—334.

ственного интереса. Государство, какъ представитель вла- ствованія, закрѣпляетъ свои обязанности за государствомъ, какъ представителемъ общественныхъ интересовъ (Es ist der Staat als Vertreter des Gemeininteresses, dem dieser Anspruch an den Staat als Willensmacht zusteht. ¹⁾ Такимъ образомъ тутъ противостоятъ двѣ стороны одной и той же юрид. личности государства, т. е. какъ бы два субъекта, причемъ обязанности одного закрѣплены за другимъ.

Теорія самообязыванія государства тѣсно связана съ ученіемъ о правовой природѣ послѣдняго и ученіемъ о юриди- ческомъ характерѣ органовъ власти, разборъ которыхъ не входитъ въ задачи нашей статьи.

Мы замѣчаемъ только, что, и въ случаѣ приватія этой теоріи, мы имѣемъ на лицо атрибутивность правовыхъ нормъ, закрѣпленіе обязанности одного субъекта за другимъ.

Эта теорія самообязыванія находитъ себѣ противниковъ не только со стороны ученыхъ, отвергающихъ личность госу- дарства, но даже со стороны нѣкоторыхъ ученыхъ, не при- знающихъ понятіе юрид. личности государства фикціей ²⁾.

Но призванію проф. Петражицкаго атрибутивной функ- ции нормъ права отличительнымъ отъ другихъ нормъ при- знакомъ противорѣчатъ, по нашему мнѣнію, слѣдующія общія соображенія:

Не только юрид. нормы, но и всѣ прочія нормы дол- жествованія, напр. нравственности, не лишены атрибутив- ности.

Обязанность вообще не существуетъ лишь въ личномъ интересѣ, ради одного только лица, на которомъ она ле- житъ, поэтому норма, налагающая эту обязанность на насъ,

¹⁾ Iellinek: Syst. d. s. öff. Rechte стр. 223.

²⁾ G. Meyer: Handb. d. d. Staatsrechtes 1895 с. 12 стр. 3.

Ср. также: Rehm: Allg. Staatslehre 1899 с. 160.

хотя бы она имѣла основаніе въ одномъ нашемъ личномъ убѣжденіи, возлагаетъ эту обязанность ради кого-нибудь другого, по отношенію къ другому лицу, какъ ему должное, причитающееся въ силу, нравственной или другой какой-нибудь нормы долженствованія. Лицо, по отношенію къ которому мы что-нибудь должны совершить, можетъ слѣдовательно имѣть притязаніе на исполненіе нами обязанности, безразлично будетъ-ли это нравственная или другая норма. Юридическое требованіе обладаетъ лишь большей вѣрностью и обезпеченностью, т. к. осуществленіе его поставлено въ зависимость отъ субъективнаго убѣжденія и воли обязаннаго, но крайней мѣрѣ, право не считается съ волей обязаннаго. Даже Bierling, полагающій, что выраженіе „притязаніе“ кажется неподходящимъ въ отношенію къ религиознымъ и нравственнымъ обязанностямъ, тѣмъ не менѣе замѣчаетъ, что „во всякомъ случаѣ этотъ двойной характеръ (притязанія и обязанности) до известной степени присущъ каждой нормѣ; каждый императивъ и въ языкѣ и логически выражаетъ отношеніе, по крайней мѣрѣ, между двумя субъектами, и предполагаетъ наличность побуждающаго (Angedenden) и побуждаемаго (Angeredeten)“¹⁾.

Форма притязанія здѣсь не имѣетъ существеннаго значенія. Она можетъ имѣть характеръ униженной просьбы милостыни и полного чувства человѣческаго достоинства требованія воздать лицу то, что ему слѣдуетъ въ силу нравственной нормы.

Примѣняя психологическій методъ проф. Петражицкаго, мы можемъ утверждать, что также сознаемъ закрѣпленность нравственныхъ обязанностей за другими лицами, какъ и въ случаѣ юридическихъ обязанностей, а равно обоснованность требованія ихъ исполненія. Неполненіе нравственной нормы

¹⁾ Bierling: *Iur. Principienlehre* 1894. В. I, стр. 45.

можетъ вызвать такую же реакцію оскорбленнаго (нравственнаго) чувства, какъ и въ случаѣ нарушенія юридическихъ обязанностей. Въ признаки атрибутивной функціи нравственной нормы здѣсь на лицо.

Вообще мы можемъ различать двѣ категоріи нравственныхъ нормъ:

1) Нравственные нормы, опредѣляющія отношеніе личности къ самому себѣ (чисто личные обязанности), напримѣръ, „будь дѣломудренъ“, „тверды въ несчастьяхъ“, „не питай дурныхъ мыслей и т. под.

и 2) Нравственные нормы, требующія известнаго проявленія нашей личности по отношенію къ другимъ, известнаго образа дѣйствій по отношенію къ послѣднимъ (не убивай, не обманывай, помогай нуждающемуся и т. д.).

Огромное же большинство этическихъ нормъ представляютъ смѣшанный характеръ, такъ какъ заключаютъ въ себѣ обязанности и по отношенію къ самому и по отношенію къ другимъ, напримѣръ, норма „люби ближняго“ требуетъ отъ насъ не только известнаго душевнаго настроенія, но и соответствующихъ дѣйствій. Какъ дѣла безъ дѣлъ мертва, такъ и любовь безъ соответственнаго поведенія „мертва“.

Поэтому и этическія нормы авторитетно закрѣпляютъ наши обязанности за другими, т. е. атрибутивными.

Напримѣръ, норму „помогай нуждающемуся“ проф. Петражицкій и самъ, конечно, относитъ къ чисто-нравственнымъ (Очерки фил. пр. стр. 17).

По его мнѣнію, такая норма налагаетъ на насъ только одностороннюю обязанность помочь нуждающемуся, не закрѣпленную за послѣднимъ.

Исполненіе ея признается нами зависящимъ отъ нашей доброй воли, мы можемъ предпочесть помочь и болѣе нуждающемуся, требованіе помощи, а не просьба насъ можетъ даже возмутить.

Мы не можемъ согласиться съ уважаемымъ авторомъ.

Конечно, исполненіе всякой нормы, а не только нравственной, зависитъ прежде всего отъ нашей „доброй воли“ (юридическія нормы вѣдь также могутъ быть не исполнены по доброй волѣ), но дѣло въ томъ, что всякая норма, дѣйствительнаго, хотя бы она была лишь чисто личнымъ убѣжденіемъ, до известной степени связываетъ нашу волю и выборъ дѣйствій.

Нормы нравственныя лишены лишь того внешнего принудительнаго элемента, которымъ вооружены часто юридическія нормы, но психологическое дѣйствіе ихъ качественно одно и то-же, особенно, въ сравненіи съ такъ называемыми авторомъ „интуитивными“ нормами права.

Но принужденіе вообще не существенный признакъ права, что блестяще доказываетъ и самъ проф. Петражицкій.

Далѣе мы можемъ, по справедливому замѣчанію автора, помочь не известному нуждающемуся, а другому болѣе нуждающемуся и въ этомъ не усмотримъ нарушенія нравственной обязанности. Но всякаго рода конфликты нравственныхъ обязанностей дѣло очень обыкновенное и людямъ приходится дѣлать выборъ между ними; на этомъ основана вся идея „трагедій“.

Рѣзкое же требованіе исполненія нравственной обязанности также можетъ возмутить человека, какъ и рѣзкое требованіе исполненія юридической обязанности.

Все зависитъ отъ субъективнаго настроенія и обстоятельствъ. Значительную роль въ этомъ играетъ личное самолюбіе, а не вопросъ объ основательности требованія.

Принципъ же ясенъ: разъ человекъ признаетъ обязанность помочь нуждѣ, напр. накормить голоднаго, то онъ также долженъ признать и основательность требованія голоднаго накормить его, т. к. онъ требуетъ здѣсь причитающееся ему въ силу нравственной нормы, какъ свое, ему въ

данномъ случаѣ слѣдующее. Мы наблюдаемъ здѣсь тотъ-же психологическій процессъ сознанія о закрѣпленности обязанности (атрибутивный императивъ). И не своего ли требуетъ человекъ, требующій въ силу нравственной нормы, чтобы его не лишали жизни, не обманывали, не злоупотребляли его доверіемъ и т. под.?

Норма „люби ближняго“ не такъ рельефно подчеркиваетъ эту атрибутивность нравственной нормы, такъ какъ она весьма трудна для осуществленія и многие признаютъ ее недостижимой; другіе же прямо не желаютъ признать такой обязанности по отношенію ко всемъ лицамъ безъ различія.

Но что психологическое явленіе сознанія закрѣпленности нравственной обязанности вообще существуетъ, можетъ доказывать и то, что въ жизни такъ же часто говорятъ о „нравственномъ требованіи“ какъ и „нравственной обязанности“.

Самоаблюденіе доказываетъ тоже.

Поэтому то нѣкоторые защитники теоріи „природенныхъ правъ“ хотѣли даже возвести нравственныя требованія и обязанности въ юридическія. Редеръ, напримѣръ, въ своихъ *Grundzüge des Naturrechts* ¹⁾ восклицалъ: „Кто можетъ утверждать, что оставить безпомощнаго безъ помощи, дать умереть съ голода, не приютить осиротѣвшаго новорожденнаго, не было бы грубымъ неправомъ со стороны цѣлаго общества; кто можетъ утверждать, что въ подобныхъ случаяхъ существуетъ только возможное, а не дѣйствительное право на помощь, хотя бы и не было точно опредѣлено, кто въ какомъ образѣ долженъ оказать помощь?“

Когда же извѣстная нравственная норма позитивируется, какъ напримѣръ, указываемая проф. Петражицкимъ, нрав-

¹⁾ Ср. Ренекажефъ: *Очерки Юрид. Энциклопедіи* 1880 стр. 136.

ственная норма „пріюти странника“ (Оч. фил. пр. стр. 27), то закрѣпленіе обязанности пріюта странниковъ еще рельефнѣе подчеркивается.

Нарушеніе такой нравственной обязанности у многихъ народовъ Востока считается чуть не преступленіемъ. Странникъ смотритъ на обязанность пріюта, какъ ему принадлежащій „положительный полюсъ обязанности“, а хозяинъ какъ „на отрицательный полюсъ“, какъ на то, что страннику слѣдуетъ, причитается отъ него.

Проф. Петражицкій видитъ въ такой позитивировавшейся нравственной нормѣ, лишь нравственную обязанность, но если такъ, то она вполне атрибутивна, по нашему мнѣнію.

Приводимые далѣе авторомъ примѣры атрибутивныхъ, юридическихъ нормъ, (созваніе закрѣпленности долга извозчику, кредитору и т. п.) заключаютъ въ себѣ указаніе на обязанности, вызванныя эквивалентомъ оказанныхъ услугъ. Такого эквивалента въ юридическихъ нормахъ, особенно публичнаго права, можетъ и не быть, слѣдовательно эквивалентъ этотъ не всегда служитъ мотивомъ для сознанія закрѣпленности юрид. обязанности.

Но помимо этого, эквивалентъ услугъ играетъ известную роль и въ нравственныхъ отношеніяхъ. Просить помощи напрямѣрь, лицо, которое и намъ когда то помогло, или если въ несчастіи его и мы отчасти виноваты. Тогда атрибутивность нравственной нормы еще рѣзче выдѣляется.

Вообще говоря, нравственныя притязанія и обязанности существуютъ и помимо права.

Право лишь властно санкціонируетъ ихъ (съ внешней стороны), придаетъ имъ большую обезпеченность и независимость отъ субъективнаго элемента. „Хочешь не хочешь, а исполни!“ Stat pro ratione voluntas.

Положеніе институцій: *iuris principia sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* * — чистонаравственнаго

характера; чтобы изъ нихъ могли вытекать юридическія обязанности и требованія, нуженъ приказъ вѣшняго авторитета.

Отличительный признакъ правовой нормы заключается, по нашему мнѣнію, не въ ея атрибутивности, такъ какъ это общій признакъ нормъ долженствованія, а въ ея строгой вѣшной императивности.

Вѣшній авторитетъ, а не внутренней авторитетъ совѣсти и не сверхъестественный авторитетъ Божества, здѣсь диктуетъ свою волю. Поэтому норма права можетъ быть вооружена принужденіемъ въ смыслѣ вѣшняго, насильственного воздействия на правонарушителя, хотя мы вполнѣ раздѣляемъ мнѣніе, что принужденіе не существенный признакъ права.

Повелѣніе, какъ приказъ, не тождественно съ понятіемъ вѣшняго принужденія къ его исполненію. Психологическимъ же принужденіемъ, воздействием, обладаютъ все нормы долженствованія, а не только права. Вѣшнимъ же принужденіемъ многія нормы права совершенно не защищены и по самому характеру, регулируемыхъ ими интересовъ, часто его не допускаютъ. Поэтому совершенно справедливо теорія „принудительныхъ нормъ“ оставлена теперь многими юристами.

Мы старались доказать, что атрибутивная функція нормы не можетъ служить отличительнымъ признакомъ права въ сравненіи съ правдивностью.

Точно также и другія нормы, напр. правила такъ называемыя свѣтскія нравы, не лишены атрибутивности, какъ ее понимаетъ проф. Петражицкій, т. е. въ смыслѣ авторитетнаго убѣжденія въ закрѣпленности обязанности одного лица за другимъ. Такъ, общепринятое правило, что должно привѣтствовать знакомыхъ при встрѣчѣ и отвѣчать на ихъ привѣтствія, заключаетъ такую атрибутивность.

Отвѣтъ на притязаніе такое разсматривается какъ въят свое, принадлежащее человѣку наемъ притязавшему. Нашей обязанности соотвѣтствуетъ его притязаніе на ея исполненіе. Неисполненіе ея обидитъ его. Къ такимъ же свѣтскимъ обычаямъ, правиламъ, мы относимъ и „право почтеннаго гостя (старика) на почетное мѣсто въ молодой компаніи“ и „взаимныя обязанности и притязанія дамъ и камереръ въ танцахъ“, и т. п. случаи, относимые проф. Петражицкимъ къ области интуитивныхъ нормъ права (Оч. фил. пр. стр. 34).

Если же принять отличительнымъ признакомъ права его атрибутивную функцію, а потому и все подобныя случаи отнести къ нормамъ права, то тогда область права такъ произвольно будетъ расширена, что она совершенно сольется со всеми другими разрядами нормъ, за исключеніемъ развѣ чисто техническихъ.

Нормы „интуитивнаго права“, личныя атрибутивныя убѣжденія, какъ и приводимые авторомъ примѣры съ житеемъ земли, повашемъ на Маретъ, съ людьми, воображающими себя дьяволами, лѣшими, вѣдьмами... по нашему мнѣнію, чисто нравственныя нормы указанныхъ лицъ, такъ какъ они въ этихъ случаяхъ признаютъ нравственныя правила: не обманывай, не злоупотребляй доврѣемъ и т. п.

Эти интуитивныя нормы служатъ источникомъ, откуда право черпаетъ свое содержаніе, но не представляютъ собой самое право. Начальнымъ основнымъ источникомъ нормы—субъективнаго сознанія; это общій источникъ нравственности и права.

Изъ субъективнаго убѣжденія при его позитиваціи и затѣмъ приобрѣтеніи характера внѣшняго приказа получается норма права.

Право это—нормы повелительныя, исходящія отъ внѣшняго авторитета въ обществѣ и направленныя на разграни-

чение интересовъ, общежитія.¹⁾ Поэтому правомъ мы признаемъ лишь позитивное право: обычное право и законъ. Они представляютъ собой выраженіе властной „воли“ организованной или неорганизованной въ общественномъ союзѣ.

Что законодательство—выраженіе воли государственной власти признаемъ и самъ проф. Петражицкій (оч. фил. пр. стр. 95).

Что же касается обычного права, то, не смотря на существующее въ литературѣ по этому предмету разногласіе, мы рѣшаемся утверждать, что и оно выражаетъ коллективную волю преобладающей группы членовъ общественного союза.

Оно безусловно обязательно не только въ силу традиціи, что такъ поступали отцы и дѣды, не только въ силу привычки, но именно потому, что здѣсь проявляется сознательный элементъ воли: масса людей желаетъ, чтобы при извѣстныхъ случаяхъ была примѣняема такая-то норма даже къ тѣмъ, кто не признаетъ ея или отрицаетъ такое право. Это коллективный приказъ, особенно рѣзко проявляющій свой властный характеръ въ случаѣ репрессіи. Рационаленъ ли онъ или нѣтъ, выработался ли сознательно или бессознательно, но такъ хочетъ масса и тутъ дѣйствительно уже *populi voluntas suprema lex* и, какъ слонъ и рядомъ бываетъ, сила солому ломить.

Если не принять во вниманіе этотъ повелительный характеръ обычного права, то его нельзя отличить отъ неюридическихъ обычаевъ, весьма часто атрибутивныхъ, но неимѣющихъ характера такой обязательности.

Правда, въ международномъ правѣ этотъ властный характеръ права не такъ ярко выражается. Члены международного союза—государства, которыя не легко жертвуютъ

¹⁾ Ср. также Iellinek: Das Recht d. mod. Staates 1900 B. I. стр. 303.

своей независимостью, но и въ международномъ правѣ, несмотря на его шаткость, мы видимъ выраженіе коллективной воли членовъ международного союза, обязательной для отдѣльных членовъ. Чтобы выработалась такая согласная воля, нужно, конечно, не мало времени, но разъ она выработалась, то и оказываетъ давленіе на отдѣльных членовъ. Вопросъ въ томъ, чтобы сдѣлать выраженіе этой воли болѣе организованнымъ и дѣйствительнымъ, на что и направлены старанія современныхъ дѣятелей въ области международного права.

На чемъ основывается юридическая обязательность международныхъ договоровъ для самихъ государствъ, какъ не на этомъ общемъ правилѣ, выраженіи воли международного союза, обычно правовой нормѣ его, что „договоры должны быть соблюдаемы“. *Pacta sunt servanda*¹⁾);

Большинство юристовъ поэтому, думаемъ мы, правильно видятъ въ правѣ моментъ властной воли. Конечно, это не знаменитая „воля всѣхъ“, эту функцію естественноправовой доктрины пора давно оставить.

Наше разногласіе съ уважаемымъ авторомъ относительно призначія отличительнымъ признакомъ права его атрибутивной фундаціи, не мѣшаетъ намъ признать трудъ профессора Нетражицкаго „I. Вып. Очерковъ философіи права“ выдающимся въ нашей литературѣ по богатству и оригинальности мыслей, по тонкости критическаго анализа различныхъ теорій права. Укажемъ въ особенности на опроверженіе опредѣленій права, исходящихъ изъ понятія принужденія и офіціального права.

¹⁾ Ср. также Merkel: *Iur. Encyclopadie* 1900 стр. 55 §. 121.
Berling: *Iur. Principienlehre* B. I стр. 31.

Дальше талантливое исследование атрибутивной функции нормы с новой стороны, и психологической, объяснение природы этой функции и стройная система последствий, выводимых из нее, представляет, насколько мы знаем, совершенно новую и удачную попытку освещения этой стороны права.

Мы лишь не соглашаемся с автором в том, что атрибутивная функция права умалчивает его императивную сторону и не видимъ въ этой функции признака, отличающего право отъ другого рода нормъ.

Намъ кажется поэтому, что правъ известный германскій ученый Меркель, когда онъ говоритъ:

„Положенія права суть волеизъявленія, направленные на руководство нашими дѣйствіями и тамъ, гдѣ они не овладѣваютъ нашей мыслью: „Stat pro ratione voluntas“.

Въ нихъ выражается воля, которая въ обществѣ проявляется какъ власть, сила (Macht) и даетъ членамъ общества мотивы для соответствующаго ея указаніямъ поведенія и въ томъ случаѣ, когда содержаніе этихъ указаній не соответствуетъ ихъ индивидуальнымъ интересамъ“¹⁾.

Отгиная этотъ внешний, властный характеръ права, мы нисколько, конечно, не желаемъ ослабить его нравственное назначеніе. Право тѣмъ больше будетъ приближаться къ своему идеалу, тѣмъ болѣе эта нормативная сила будетъ руководиться нравственными принципами, и въ этомъ лишь смыслъ мы могли бы принять формулу, что право — регулируемый сообразно съ справедливостью механизмъ обще-

¹⁾ Merkel: Jur. Encykl. 1900, §§ 42, 43.

Ср. также Thon: Rechtsnorm und subject. Recht 1878 стр. 1 и слѣд.

Bierling: Jur. Principienlehre 1894 В. I стр. 80—81, 36, 155.

ственныхъ отношеній, ²⁾ или, какъ гласить классическое изрѣченіе Ульпіана (D. 1, 1, 3): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam (uteleganter Celsius definit) jus est ars boni et aequi*“.

Такимъ образомъ даже представители юридическаго генія Рима, право котораго Герингъ называлъ „системой дисциплинированнаго эгоизма“, смотрѣли на право или точнѣе на политику права, какъ на „искусство добраго и справедливаго“.

Но лишь въ силу своей строго императивной функціи, какъ приказъ внѣшней авторитетной воли, право является своеобразной общественной силой, отличной отъ другихъ культурныхъ силъ, дѣйствующихъ въ общественныхъ союзахъ и имѣющихъ съ нимъ общую цѣль: борьбу съ социальнымъ зломъ и развитіе общественнаго блага.

1586—1631 гг.

2) Combotocra; Conception juridique de l'Etat 1899 стр. 6: Le droit c'est le jeu regularisé de la relation sociale, conformément à la justice“
Его же: Conception du droit et de la politique, в Revue générale du Droit 1891 стр. 520 и 1872 стр. 24.