

П-14-3п

проверено 1968 г. 20

Н. И. ПАЛЕНКО

проверено 1957 г.

ЗАДАЧИ И ПРЕДѢЛЫ

ЮРИДИЧЕСКАГО ИЗУЧЕНІЯ ГОСУДАРСТВА

И

НОВѢЙШЕЕ ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ ПРОБЛЕМЪ

ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА.

Изъ «Журнала Министерства Юстиціи»
(Февраль—Мартъ 1912 г.).

Проверено
2002
ВРК

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Сенатская Типографія
1912

ср. 17.4

ЗАДАЧИ И ПРЕДѢЛЫ ЮРИДИЧЕСКАГО ИЗУЧЕНІЯ ГОСУДАРСТВА И НОВѢЙШЕЕ ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНИЕ ПРОБЛЕМЪ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА.

Н. И. Палиенко.

I.

Юридическое направленіе въ государствовѣдѣніи, въ той его формѣ, какъ оно было обосновано и развито новѣйшими представителями этого направленія въ Германіи, особенно Еллинекомъ, базируется на слѣдующихъ основаніяхъ.

Наука государственнаго права, какъ и всѣ дисциплины юридическія, является наукой нормативной, имѣетъ дѣло не съ категоріей бытія, а съ категоріей долженствованія.

Объектомъ ея изученія является особый видъ долженствованія, выражающійся въ положительныхъ юридическихъ нормахъ, опредѣляющихъ строй государственныхъ отношеній. Отъ другихъ научныхъ дисциплинъ, также вводящихъ въ кругъ своего изученія право, юриспруденція, поскольку она является догматической дисциплиной, отличается тѣмъ, что изслѣдуетъ право съ особой спеціальной точки зрѣнія и при помощи особаго конструктивнаго метода, юридическаго или догматическаго. Она изучаетъ именно право не съ каузальной и телеологической точки зрѣнія; спеціальная задача ея состоитъ не въ выясненіи генезиса, развитія, дѣйствія права и соотвѣтствія его тому или другому критерию оцѣнки, но

въ установленіи и формулированіи тѣхъ принциповъ и понятій, которые заключены въ данной системѣ юридическихъ нормъ и опредѣленныхъ въ нихъ правоотношеній; юриспруденція выясняетъ логическую структуру права, правоотношеній, правовую деонтологическую форму соціальной и государственной жизни.

Спеціальная задача науки государственного права и состоитъ въ такомъ юридическомъ изученіи положительнаго государственнаго права, какъ деонтологической нормативной формы государства.

Юридическое изученіе государства стремится познать государство лишь съ его правовой стороны, т. е. поскольку и какъ оно находитъ свое выраженіе въ правѣ, опредѣляющемъ строй его отношеній.

Объектомъ такого изученія можетъ быть конкретное государство (т. е. государственное право), но имъ можетъ быть и право опредѣленнаго типа государствъ или даже, при самой широкой степени отвлеченія отъ государственно-правовыхъ явленій, сопоставленія и обобщенія государственно-правовыхъ институтовъ, государство вообще, въ его особой исторически данной правовой формѣ соціальной жизни. Матеріаломъ для такого изученія служить положительное право государства или государствъ, а методъ его изученія—логически конструктивный, догматическій или юридическій методъ. Такимъ образомъ, юридическое изученіе государства не исчерпывается догматической разработкой права отдѣльныхъ положительныхъ государственно-правовыхъ системъ, выясненіемъ юридическаго характера институтовъ того или другаго государства, но путемъ отвлеченія отъ самаго широкаго круга государственно-правовыхъ явленій, нормъ, сопоставленія и обобщенія результатовъ, добытыхъ посредствомъ догматической разработки положительнаго государственнаго права различныхъ государствъ, стремится выяснить юридическую природу опредѣленнаго типа государствъ и даже государства вообще ¹⁾).

Поэтому юридическое изученіе государства не является

¹⁾ См. объ этомъ особенно: Iellinek. System d. sub. öff. Rechte 2 Auflage 1905 стр. 12 сл.

лишь прикладною дисциплиною, догматически разрабатывающею систему дѣйствующаго въ государствѣ права въ цѣляхъ ознакомленія съ дѣйствующимъ правомъ для нуждъ практическаго примѣненія его, но въ видѣ такъ называемаго общаго государственнаго права или юридическаго ученія о государствѣ представляетъ особую юридическую теорію государства, выясняющую общее юридическое понятіе государства и основныя черты его структуры какъ правового института. Такъ, Еллинекъ писалъ: „При всей неясности существующихъ воззрѣній, въ новѣйшее время проложили себѣ, однако, путь слѣдующія двѣ основныя истины. Во-первыхъ,—что общее государственное право не есть ученіе о дѣйствующемъ правѣ, а представляетъ, подобно не юридической части ученія о государствѣ, теорію, содержащую не нормы, а научныя положенія. Оно занимаетъ въ наукѣ такое же мѣсто, какъ общее ученіе о правѣ, котораго мы требуемъ для каждой системы права, какъ ученія о юридическихъ принципахъ, вѣдшихъ свое выраженіе въ опредѣленномъ правѣ“ ¹⁾.

Юридическое познаніе государства,—объяснялъ далѣе Еллинекъ,—стремится не къ выясненію реальнаго существа государства, а къ тому, чтобы сдѣлать государство юридически мыслимымъ, т. е. найти понятіе, въ которомъ бы безъ противорѣчія мыслились всѣ правовыя свойства государства ²⁾.

Эта цѣль достигается исключительно юридическимъ методомъ, который служитъ для установленія положеній государственно-правового ученія и развитія содержанія этихъ правоположеній. Ученіе о государственномъ правѣ—наука нормативная, и нормы его должны быть отличаемы отъ положеній о бытіи государства, какъ соціальнаго явленія. Познаніе двойственной природы государства (юридической и соціальной) исключаетъ, по мнѣнію Еллинека, всякую возможность перенесенія не-юридическихъ методовъ изслѣдованія изъ области соціальной въ юридическую область ученія

¹⁾ См. Еллинекъ „Общее ученіе о государствѣ“, русск. перев. 1903 г. стр. 41.

²⁾ Iellinek. Allg. Staatslehre 1900 стр. 145.

о государствѣ. Исторія и социальная наука, равно какъ и политика, изучаютъ также право, его возникновеніе, развитіе, дѣйствующія въ немъ идеи и вліяніе его на народную жизнь, но догматическое содержаніе юридическихъ нормъ можетъ быть изучаемо исключительно только при помощи юридическаго искусства абстрагированія отъ правовыхъ явленій и дедукціи изъ выясненныхъ такимъ путемъ нормъ. Эта догматика не можетъ быть замѣнена иного рода наукой, хотя она и нуждается,—добавляетъ Еллинекъ,—для плодотворности ея изысканій въ пополненіи другими посвященными государству дисциплинами. Но въ государственномъ правѣ,—говоритъ онъ,—примѣнимъ только юридическій методъ ¹⁾).

Существо этого метода патріархъ современнаго юридическаго направленія Лабандъ опредѣляетъ такъ: „совершенное установленіе положительно-правового матеріала и логическое овладѣніе имъ путемъ понятій“ ²⁾).

Міръ юриста, поясняетъ Еллинекъ, не есть тотъ міръ, который служитъ объектомъ теоретическаго познанія. Это міръ человѣческихъ дѣйствій, практической жизни, вещей для насъ, а не вещей въ себѣ. Правовая система находится въ мірѣ человѣческихъ цѣлей и цѣнностей. Юриспруденція же можетъ познавать естественное бытіе и констатировать естественные законы, дѣйствующіе съ непреодолимой силой; задача ея состоитъ въ пониманіи нормъ, гипотетическихъ правилъ, имѣющихъ своимъ содержаніемъ не необходимость, но долженствованіе, и господствующихъ надъ практической жизнью людей ³⁾).

Но можетъ ли юридическое изученіе государства обойтись, хотя бы для своихъ спеціальныхъ задачъ—выясненія содержанія права и юридической конструкціи, однимъ юридическимъ методомъ, не приходится ли при этомъ обращаться къ выводамъ, добытымъ при помощи другихъ методовъ изученія права и государства? Лабандъ на это отвѣчаетъ отрицательно. Лабандъ поясняетъ именно, что онъ далекъ отъ

¹⁾ Iellinek. Allg. Staatslehre 1900 стр. 47 сл.

²⁾ Laband. Vorwort zur zweiten Auflage d. Staatsrechts d. Deutschen Reiches.

³⁾ Iellinek. System. d. subjectiven öff. Rechte 1905 стр. 15 сл.

переоцѣнки догматики права; наука права не сводится лишь къ одной догматикѣ, которая есть только одна изъ сторонъ этой науки, но не единственная ¹⁾, но во всякомъ случаѣ догматика положительнаго права есть, по его категорическому утвержденію, совершенно самодовлѣющій для своихъ задачъ методъ разработки положительнаго права и совершенно не нуждается въ помощи другихъ дисциплинъ и методовъ.

„Всѣ историческія, политическія и философскія разсмотрѣнія права“—говоритъ Лабандъ,—„какъ бы цѣнны они ни были сами по себѣ, безразличны для догматики конкретнаго правового матеріала и служатъ часто лишь къ прикрытію недостатковъ конструктивнаго метода“ ²⁾.

Но Лабандъ умалчиваетъ, откуда же и какимъ путемъ догматикъ можетъ добыть такія основныя понятія, какъ государство, государственная власть, право, юридическая норма, законъ, принципъ ихъ отношенія къ государству, субъективное право и много другихъ понятій, съ которыми оперируетъ догматика и изъ которыхъ она исходитъ при своей логической, конструктивной разработкѣ „конкретнаго правового матеріала“.

Еллинекъ обратилъ на это вниманіе и указывалъ, какъ увидимъ ниже, что юридическая школа германскихъ государствѣдовъ, сама не вѣдая того, пользовалась ³⁾ и пользуется для своихъ дедукцій многими основными понятіями, которыя далеко не имѣютъ того „юридическаго характера“, который приписывали имъ часто представители юридическаго направленія. И Еллинекъ съ своей стороны стремится освѣтить

¹⁾ Что государствовѣдѣніе не исчерпывается юридическимъ изученіемъ государства, утверждали всегда и всѣ догматики государственнаго права въ Германіи. Поэтому совершенно справедливо замѣчаетъ проф. Тарановскій, что „новѣйшій критикъ юридическаго метода М. Деландръ занимается тѣмъ, что доказываетъ несостоятельность его въ качествѣ единственнаго и основнаго метода политической науки. Такая постановка вопроса можетъ быть лишь слѣдствіемъ полнаго незнакомства съ исторіей нѣмецкой науки“.—См. Тарановскій: „Юридическій методъ въ государственной наукѣ“, 1904, стр. 298—299.

²⁾ Laband. Vorwört zur zweiten Auflage d. Staatsrechts d. D. Reiches.

³⁾ О злоупотребленіи историческимъ элементомъ и политическихъ тенденціяхъ нѣмецкихъ догматиковъ XVII и XVIII в. см. Тарановскій „Юридическій методъ въ государственной наукѣ“ (Очеркъ развитія его въ Германіи). 1904 г., стр. 209 сл. и стр. 231 сл.

эту связь, которая должна существовать между специально „юридическимъ“ изученіемъ государства и изученіемъ его съ другихъ сторонъ, между юридической конструкціей государства и его институтовъ и пониманіемъ его соціальной природы. Онъ утверждаетъ, какъ и Лабандъ, что „понятіе двойственной природы права и государства (нормативной, или правовой, и соціальной) исключаетъ всякую возможность перенесенія не-юридическихъ методовъ изслѣдованія изъ области соціальной въ юридическую. Однако, Еллинекъ въ то же время замѣчаетъ, что догматика государственнаго права „нуждается для плодотворности своихъ изысканій въ пополненіи другими, посвященными государству и праву, дисциплинами, исторіей, соціальной наукой и политикой ¹⁾“.

Возражая Лабанду, Еллинекъ даже писалъ: „знаніе историческихъ предположеній и всестороннихъ отношеній правовоположенія имѣетъ огромнѣйшее значеніе для самой юридической конструкціи; только благодаря этому юристъ охранить себя отъ бесплодной схоластики“ ²⁾. Если юридическое ученіе о государствѣ, замѣчаетъ онъ, изолируетъ правовую сторону государства ради основательнаго ея изученія, то все-же оно должно исходить изъ принциповъ, которые почерпнуты изъ всесторонняго познанія государства ³⁾. Все лишнее, одностороннее и противорѣчивое въ господствующихъ воззрѣніяхъ на государство объясняется, по мнѣнію Еллинека, въ немалой степени неправильнымъ или недостаточнымъ теоретическимъ освѣщеніемъ. Этихъ недостатковъ не избѣжала и новая школа нѣмецкихъ публицистовъ юридическаго направленія, которая, начиная съ Альбрехта и Гербера, поставила своей задачей изученіе государственнаго права исключительно въ его юридическомъ содержаніи, но многія свои основныя понятія выводитъ изъ естественно-правовыхъ принциповъ и политическихъ требованій, воображая, что эти

¹⁾ Allg. Staatslehre 1900 стр. 47—49.

²⁾ System. d. sub. öff. Rechte, 1905, стр. 19, примѣч. 1.

³⁾ См. также замѣчанія Еллинека о связи между соціальнымъ ученіемъ о государствѣ и юридическимъ въ Allg. Staatslehre, 1900, стр. 10 сл.

мнимо юридическія положенія имѣютъ однако положительный юридическій характеръ ¹⁾).

Это показываетъ, по мнѣнію Еллинека, насколько для успѣшнаго изслѣдованія государственно-правовыхъ проблемъ и понятій необходимо правильное пониманіе ихъ связи съ соціальной природой государства ²⁾).

Поэтому, самъ Еллинекъ въ своемъ трудѣ „Общее ученіе о государствахъ“ предпослалъ „соціальное“ ученіе о государствахъ, рассматривающее государство какъ общественное образованіе во всей полнотѣ его бытія, юридическому ученію о немъ, т. е. ученію о юридической природѣ государства и основныхъ государственно-правовыхъ понятіяхъ; свое юридическое понятіе о государствахъ онъ „примыкаетъ“ къ установленному имъ соціальному понятію государства ³⁾).

Настаивая такимъ образомъ на признаніи особыхъ задачъ и особаго метода юридическаго изученія государства, Еллинекъ въ то же время поставилъ его въ тѣсную связь съ историко-политическимъ изученіемъ государства ⁴⁾).

Однако, въ виду сказаннаго Еллинекомъ о юридическомъ методѣ и юридическомъ изученіи государства, является далеко не ясною та связь, которую онъ устанавливаетъ между такимъ изученіемъ государства и изученіемъ его какъ соціального явленія въ полнотѣ его признаковъ.

Трактуя различные стороны и способы изученія государства, онъ самъ замѣчаетъ, что право состоитъ изъ понятій и положеній, которыя служатъ не для познанія дѣйствительности, а для оцѣнки ея. Они поэтому не даютъ познанія какого-либо реальнаго бытія, и въ задачи юриспруденціи не входитъ поэтому опредѣленіе сущности государства, а только систематизація данныхъ отношеній и обсужденіе ихъ соотвѣтственно абстрактнымъ нормамъ права. Хотя дѣйствительность и является предположеніемъ права и почвой,

¹⁾ Eellinek, Allg. Staatslehre, стр. 59.

²⁾ Тамъ же, стр. 11 сл.

³⁾ Тамъ же, стр. 160.

⁴⁾ См. нашу статью: „Георгъ Еллинекъ и его значеніе въ наукѣ государственнаго права“. Журн. Мин. Юст. Апрѣль, 1911.

на которой оно постоянно испытывается, но само право имѣть идеальную природу, правоположеніе, какъ таковое, всегда существуетъ лишь въ мірѣ идеальномъ. Сужденія, добытыя на основаніи правоположеній, даютъ намъ, поэтому, познанія не субстанціи, но *отношенія*: они показываютъ намъ отношеніе существующаго къ нормѣ. Юридическое познаніе объекта кореннымъ образомъ поэтому отличается отъ познанія реальныхъ процессовъ, происходящихъ въ немъ или съ нимъ. Право и неправое никогда не являются присущими самимъ объектамъ предикатами, они не свойства, а отношенія. И на основаніи этихъ разсужденій и непосредственно вслѣдъ за ними Еллинекъ даетъ и другое, какъ бы болѣе широкое опредѣленіе юридическаго изученія государства: „Юридическое познаніе государства имѣетъ своимъ предметомъ познаніе исходящихъ отъ государства и предназначенныхъ къ регулированію учреждений и функцій его юридическихъ нормъ и отношеніе реальныхъ явленій государственной жизни къ этимъ юридическимъ нормамъ“ ¹⁾.

Но это юридическое познаніе отношенія реальныхъ явленій государственной жизни къ нормамъ права Еллинекомъ понимается однако не въ смыслѣ выясненія ихъ причинной связи или взаимной обусловленности, а въ иномъ смыслѣ, а именно, что „сужденія, добытыя путемъ юридическаго изученія на основѣ правоположеній, указываютъ намъ отношеніе существующаго къ нормѣ“; другими словами, мы познаемъ путемъ такого юридическаго изученія лишь, „какъ“ право опредѣляетъ реальные отношенія, мы не выходимъ, слѣдовательно, изъ предѣловъ нормативнаго разсмотрѣнія и чисто догматическихъ результатовъ.

Еллинекъ неоднократно утверждаетъ, что понятія, съ которыми оперируетъ юридическое ученіе о государствѣ, не являются реальными фактами, а лишь абстракціями, выводимыми изъ данныхъ юридическихъ правилъ съ цѣлью систематизаціи всей совокупности этихъ правилъ съ какою-либо одной точки зрѣнія, что черезъ правовыя понятія по-

¹⁾ Allg. Staatslehre 1900 стр. 123.

знается не реальное бытіе, а лишь нормы, предназначенныя къ осуществленію въ дѣйствіяхъ людей; правовымъ понятіямъ, какъ таковымъ, не соотвѣтствуетъ „какая бы то ни было реальность“, хотя эти понятія и не являются фикціями, но покоятся на прочной основѣ идеальнаго міра юридическихъ нормъ ¹⁾). Но, если это такъ, то какимъ же образомъ конструируемое лишь путемъ логическихъ операцій надъ юридическими нормами изъ сферы долженствованія, а не выводимое изъ фактическаго строя государственной жизни, „юридическое понятіе“ государства должно, однако, какъ это утверждаетъ Еллинекъ, хотя и не отождествляться, но все-же базироваться „на познаніи соціальнаго реальнаго бытія государства“ ²⁾)?

Вѣдь познаніе государства съ юридической стороны, юридическая конструкція его на основаніи правовыхъ нормъ, и познаніе реальнаго государственнаго бытія идутъ въ совершенно различныхъ плоскостяхъ (долженствованія и бытія) и оперируютъ различными методами, преслѣдуя различные задачи. Они освѣщаютъ съ различныхъ точекъ зрѣнія различные стороны государственно-правовыхъ явленій и, несомнѣнно, какъ это указываетъ Еллинекъ, взаимно пополняютъ освѣщеніе государства, но полагаться въ основаніе юридической конструкціи положенія о реальномъ бытіи не могутъ. Здѣсь было бы то смѣшеніе разнороднаго, отъ котораго самъ Еллинекъ рѣшительно предостерегаетъ. Еллинекъ и самъ вѣдь неоднократно подчеркиваетъ, что правовыя нормы, на основѣ которыхъ концентрируется правовое понятіе государства, должно строго отличать отъ положеній о бытіи государства, какъ соціальнаго явленія ³⁾, и что юридическимъ понятіямъ не соотвѣтствуетъ никакая реальность внѣ насъ, что существуетъ различіе между реальными явленіями государственной жизни и государственно-правовыми нормами. „Всякое право есть норма для оцѣнки отношеній и потому никогда не со-

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, стр. 144 сл.

²⁾ Тамъ же, стр. 145.

³⁾ Тамъ же, стр. 47.

впадаетъ съ этими подлежащими его оцѣнкѣ отношеніями“¹⁾. Устанавливая далѣе методологическое различіе между социальнымъ ученіемъ и ученіемъ о государственномъ правѣ, Еллинекъ утверждаетъ, что „содержаніемъ перваго является фактическое, историческое или, какъ не совсѣмъ правильно выражаются, естественное бытіе государства, второго—тѣ юридическія нормы, которыя должны найти свое выраженіе въ этомъ реальномъ бытіи. Эти нормы не суть что-либо само по себѣ существующее, а нѣчто должностующее быть осуществленнымъ въ дѣяніяхъ человѣка. Это различіе коренное, устраняющее всякую возможность смѣшенія обѣихъ частей ученія о государствѣ“²⁾. И несмотря на все это, Еллинекъ все-же утверждаетъ, что, „хотя ученіе о государственномъ правѣ и изолируетъ правовую сторону государства для достиженія основательнаго ея познанія, однако, оно должно исходить изъ принциповъ, вытекающихъ изъ всесторонняго изученія государства“³⁾.

Такимъ образомъ оказывается, что посредствомъ юридического метода при юридическомъ государствѣ невозможно даже установить исходные принципы формально-юридическаго пониманія государства, и *юридическое* понятіе государства „примыкается“ Еллинекомъ къ социальному понятію государства. Еллинекъ даже юридически формулируетъ послѣднее, переводитъ его, такъ сказать, на юридическій языкъ. Такъ, разсматривая государство „какъ функцію человѣческаго общенія“ и опредѣливъ его социальное понятіе, какъ „обладающее первичнымъ господствомъ союзное единство осѣдлыхъ людей“, Еллинекъ соотвѣтственно съ этимъ формулируетъ и свое юридическое понятіе государства, какъ „обладающую первичнымъ господствомъ территоріальную корпорацію“⁴⁾. Такой приѣмъ юридической конструкторки явился бы вполне понятнымъ, напримѣръ, у Дюги, одного изъ виднѣйшихъ критиковъ юридическихъ конструкторки нѣмецкихъ государствовѣдѣвъ, ко-

¹⁾ Тамъ же, стр. 325.

²⁾ Тамъ же, стр. 18.

³⁾ Еллинекъ, тамъ же, стр. 12.

⁴⁾ Еллинекъ, тамъ же, стр. 159 сл.

торый рѣшительно заявляетъ, что „юридическая конструкція является лишь постольку цѣнной, поскольку она является синтезомъ реальныхъ фактовъ, или, другими словами, юридическая формула имѣетъ цѣнность лишь, поскольку она абстрактнымъ языкомъ выражаетъ социальную реальность, основаніе правила поведенія или политическое учрежденіе. Поэтому и юридическая конструкція государства цѣнна лишь въ мѣрѣ выраженія посредствомъ абстрактныхъ формулъ реальныхъ конкретностей“¹⁾).

Дюги только не объясняетъ, какъ же быть, если политическая дѣйствительность, какъ это обыкновенно бываетъ, расходится съ нормами права (*règles de droit*). Можетъ ли тогда юридическая конструкція соответствовать „реальной конкретности“, или должно быть нѣсколько юридическихъ конструкцій? Вѣдь самъ Дюги, рассматривая явленія государственной жизни, указываетъ, напримѣръ, что фактически въ государствѣ существуетъ правящая власть (*puissance gouvernante*), но отрицаетъ ее въ сферѣ права. Правящіе, говоритъ онъ, имѣютъ фактическую власть, а не правовую. Съ точки же зрѣнія права, волеизъявленія правящихъ (т. е. сильныхъ въ отношеніи къ слабымъ) имѣютъ социальную цѣнность лишь, поскольку они согласны съ социальнымъ правиломъ, объективнымъ правомъ“²⁾). Но вѣдь обладаніе правящими властью есть „реальная конкретность“, и, слѣдовательно, она должна бы быть выражена, съ точки зрѣнія самого Дюги, въ юридической конструкціи отношенія правящихъ къ управляемымъ (сильныхъ къ слабымъ), такъ какъ юридическая формула должна, по его мнѣнію, абстрактно выражать реальную конкретность. А между тѣмъ, въ юридической сферѣ онъ отрицаетъ право властвованія и говоритъ, что „правящіе не имѣютъ публичной власти, такъ какъ они не имѣютъ права формулировать приказы, и ихъ волеизъявленія не имѣютъ такого характера по отношенію къ управляемымъ“³⁾). Мы

¹⁾ Duguit. Traité de droit constitutionnel, I. 1911, стр. 47 сл.

²⁾ Duguit, тамъ же, стр. 88—89.

³⁾ Тамъ же, стр. 88.

оставляемъ въ сторонѣ здѣсь принципиальную критику воззрѣнія Дюги и отмѣчаемъ лишь, что юридическая конструкція въ его „позитивно реалистической доктринѣ“, какъ называется ее самъ Дюги, оказывается противорѣчащей тому пониманію задачъ юридической конструкціи, которое формулировалъ самъ же Дюги. Подобныхъ конструктивныхъ противорѣчій можно найти въ работѣ Дюги не мало.

Итакъ, мы видѣли, что основы и задачи юридического изученія государства, его юридической конструкціи, оказывается, далеко не одинаково понимаются государствовѣдами, признающими необходимость и важность юридического конструктивного метода для изученія правовой стороны государства. Въ то время, какъ одни, напр., Лабандъ, утверждаютъ, что всякое иное разсмотрѣніе правъ, кромѣ чисто догматическаго, безразлично для догматики конкретнаго правового матеріала и служить часто лишь для прикрытія недостатковъ конструктивного метода,—по мнѣнію другихъ, какъ, напримеръ, Дюги, напротивъ, юридическая конструкція должна быть синтезомъ реальныхъ фактовъ, формулированіемъ „соціальной реальности“ или „реальныхъ конкретностей“, а Еллинекъ, тщательно отдѣляющій методологію и объектъ юридического изученія государства отъ изученія его соціальной природы, приходитъ, однако, къ утвержденію, что выводы всесторонняго изученія права и государства имѣютъ „огромнѣйшее значеніе для самой юридической конструкціи и предохраняютъ отъ бесплодной схоластики“, что и юридическая конструкція государства должна примыкать къ выводамъ соціальнаго ученія о государствѣ, а „критеріемъ правильнаго юридического ученія о государствѣ“ Еллинекъ считаетъ даже „возможность объяснить съ точки зрѣнія этого ученія единство государства“.

Необходимо еще вспомнить, что и самъ основатель новѣйшаго юридического направленія въ государствовѣдѣніи Герберъ утверждалъ, что юридическая система должна быть логическимъ развитіемъ одной мысли, положенной въ ее основаніе. Такимъ основаніемъ для догматики государственнаго права, отправною точкою для юридическихъ конструкцій го-

государственно-правовыхъ отношеній, Герберъ признавалъ сперва не-юридическое понятіе государства, какъ „моральнаго организма“, содержащее въ себѣ понятіе личности, а позже— понятіе государственнаго властвованія, какъ особаго вида волеизъявленія, субъектомъ котораго, согласно съ духомъ новой государственности, могло быть признано только государство, которое въ виду этого и конструируется Герберомъ какъ юридическая личность ¹⁾. Аналогично обосновывалъ Альбрехтъ необходимость мыслить государство какъ юридическую личность и полагать такое понятіе въ основу юридическихъ конструкцій государственно-правовыхъ отношеній ²⁾.

Можно было бы вообще привести много примѣровъ въ доказательство того, что и ученые, которые тщательно отграничиваютъ юридическое изученіе государства отъ другихъ видовъ его изученія и предостерегаютъ отъ перенесенія выводовъ и методовъ иныхъ изученій государства въ юридическое ученіе, тѣмъ не менѣе вставляютъ въ свои юридическія конструкціи и даже полагаютъ въ основу ихъ и формулируютъ такія понятія, которыя отнюдь не являются результатомъ, добытымъ при помощи догматической разработки положительнаго права, а лишь болѣе или менѣе удачнымъ переводомъ на юридическій языкъ положеній научно теоретическаго характера или даже правно-политическихъ положеній. А это все заставляетъ думать одно изъ двухъ: или юридическій методъ самъ по себѣ недостаточенъ и для задачъ юридическаго изученія государства, и, слѣдовательно, нельзя утверждать, какъ это дѣлаетъ Еллинекъ, что къ ученію о государственномъ правѣ или къ юридическому изученію государства примѣнимъ исключительно юридическій методъ, или же—въ своемъ юридическомъ ученіи о государствѣ, въ своихъ юридическихъ конструкціяхъ, изслѣдователи допускаютъ крупныя методологическія ошибки и недоразумѣнія. Это послѣднее и утверждаетъ новѣйшій критикъ такихъ конструкцій и защитникъ и обоснователь исключительнаго господства формально-юри-

¹⁾ См. объ этомъ О. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, 1904, стр. 288 сл.

²⁾ Albrecht, Göttingergelehrten Anzeiger 1837. III S. 1491.

дического метода въ юриспруденціи Кельзенъ въ своемъ недавно изданномъ трудѣ „Основные проблемы государственно-правовой науки“ ¹⁾). Работа Кельзена представляетъ собою цѣлый трактатъ по методологіи юриспруденціи и опытъ чисто-формальной юридической теоріи права и государства.

II.

Кельзенъ ставитъ своей задачей, „опираясь на пересмотръ методологическихъ основаній, изслѣдовать нѣкоторые важныя области ученія государственнаго права“ ²⁾). Онъ исходитъ изъ той руководящей идеи, что понятіе правовой нормы является центральнымъ понятіемъ юридической конструкціи, отъ формулированія котораго зависитъ разрѣшеніе ряда спеціальныхъ проблемъ.

Юриспруденція имѣетъ ту особенность, что она на каждомъ шагѣ сталкивается съ такими объектами социальныхъ наукъ, которыя не отдѣлены отъ нея наглядными, **самимъ** объектомъ изученія опредѣленными, границами. Поэтому, во избѣжаніе замѣшательствъ, приходится устанавливать эти границы „искусственно“, опредѣляя ихъ при помощи сложныхъ методологическихъ изысканій. „Предметомъ юриспруденціи является социальное явленіе, право, но оно входитъ въ юриспруденцію лишь одною только своей стороною, въ значительной же части и, можетъ быть, даже наибольшей принадлежитъ другимъ наукамъ, социологіи или психологіи. Именно, имѣя въ виду эти пограничныя съ юриспруденціей области, Кельзенъ и желаетъ выяснитъ границы и характеръ юридической конструкціи.

„Вчатый мною (говоритъ Кельзенъ) *actio finium regundorum* имѣетъ главнымъ образомъ въ виду очиститъ юридическое образованіе понятій отъ элементовъ, имѣющихъ социологическій или психологическій характеръ, ошибочно вдвинутыхъ въ сферу юридической конструкціи, вслѣдствіе ложной постановки проблемы“. Исходнымъ пунктомъ методологическихъ

¹⁾ Dr. Hans Kelsen. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.

²⁾ Назв. соч., Vorrede I—XIII.

воззрѣній Кельзена является признаніе основныхъ формально-логическихъ противоположностей: категорій бытія и долженствованія, содержанія и формы ¹⁾. Такое признаніе, говоритъ Кельзенъ, основывается на принципіальныхъ предпосылкахъ, коренящихся въ конечномъ счетѣ въ самомъ субъективномъ міровоззрѣніи, а потому и не подлежащихъ оспариванію. Кельзенъ замѣчаетъ, что ему хорошо извѣстно, что противоположное монистическое міровоззрѣніе не признаетъ и не можетъ признавать безусловнаго дуализма бытія и долженствованія, содержанія и формы, но, замѣчаетъ Кельзенъ, „какъ бы я ни чувствовалъ неудовлетворительность дуалистической конструкціи міроздавія въ мышленіи моемъ, однако я не вижу никакого перехода черезъ пропасть, раздѣляющую мое „я“ и міръ, душу и тѣло, субъектъ и объектъ, форму и содержаніе,—все равно въ какихъ бы терминахъ ни выражалась эта вѣчная двойственность“.

Онъ, однако, признаетъ, что эта противоположность бытія и долженствованія имѣетъ лишь формально-логическій характеръ, т. е. существуетъ лишь въ предѣлахъ формально-логическаго разсмотрѣнія, и эта взаимная независимость долженствованія и бытія не ослабляется тѣмъ, что съ особой матеріальной, историко-психологической точки зрѣнія существуетъ опредѣленное взаимодействіе между бытіемъ и долженствованіемъ и даже ихъ эвентуальное совпаденіе.

Но, какъ вопросъ о возникновеніи и прекращеніи бытія лежитъ внѣ причиннаго познанія и его специфическаго объяснительнаго метода, такъ и вопросъ о возникновеніи и прекращеніи долженствованія лежитъ внѣ плоскости нормативнаго разсмотрѣнія и внѣ нормативнаго метода ²⁾.

Имѣя въ виду эту противоположность бытія и долженствованія, Кельзенъ замѣчаетъ, что для выясненія методологическаго характера юриспруденціи онъ придерживается основаннаго на указанной противоположности обычнаго различенія между дисциплинами объяснительными, т. е. направленными на познаніе міра бытія и его причинное объясне-

¹⁾ Vorrede, а также стр. 7 сл.

²⁾ Назв. соч., стр. 8.



піе путемъ естественныхъ законовъ, и нормативными, т. е. имѣющими дѣло съ міромъ долженствованія, съ нормами.

Нормативный характеръ юриспруденціи выражается отрицательно въ томъ, что она не занимается объясненіемъ фактовъ, относящихся къ области бытія, положительно же—въ томъ, что предметомъ ея являются нормы положительнаго права, изъ которыхъ, а не изъ дѣйствительной жизни, подчиненной закону причинности, она выводитъ свои особые понятія. Эти понятія конструируетъ она именно изъ содержанія нормъ положительнаго права, а не изъ „разума“ или „природы вещей“ или другихъ виѣправовыхъ принциповъ, какъ это дѣлала естественноправовая доктрина.

Но въ юриспруденціи еще строже, чѣмъ это обычно дѣлалось, слѣдуетъ ограничивать бытіе и долженствованіе, объяснительное и нормативное разсмотрѣніе. Юриспруденція, утверждаетъ Кельзенъ, должна держаться чисто нормативнаго разсмотрѣнія. Нормативность же въ юриспруденціи, какъ и вообще въ нормативныхъ дисциплинахъ, нужно понимать не въ смыслѣ какой-либо волевой функціи, а лишь функціи мышленія. Юриспруденція нормативна не потому, что имѣетъ дѣло съ правопроизводящей властью, съ ея волеизъявленіями, но потому, что является особой формой мышленія, своеобразнымъ способомъ разсмотрѣнія; она не занимается причинностью явленій или познаніемъ естественныхъ законовъ, а изслѣдуетъ нормы. Вопросъ о томъ, является ли, и поскольку, юриспруденція нормативной дисциплиной въ указанномъ смыслѣ слова, представляетъ собою кардинальную проблему юридической методологіи и вмѣстѣ съ тѣмъ основное предположеніе всей науки права. При этомъ, выясняетъ Кельзенъ, рѣчь идетъ о догматической юриспруденціи, и притомъ, поскольку послѣдняя занимается установленіемъ основныхъ юридическихъ понятій. Исторія права должна быть оставлена въ сторонѣ, такъ какъ она является отраслью историческихъ наукъ и, какъ каузальная наука, гораздо ближе къ естественнымъ наукамъ и психологіи, чѣмъ къ юриспруденціи или этикѣ.

Кельзенъ признаетъ необходимымъ совершенное устраненіе объяснительной точки зрѣнія при конструкціи основ-

ныхъ юридическихъ понятій, настаивая на исключительномъ примѣненіи лишь нормативной точки зрѣнія. Въ правовѣдѣніи, по мнѣнію Кельзена, такое раздѣленіе этихъ точекъ зрѣнія и методовъ даже въ большей мѣрѣ возможно, въ виду гетерогенности права, чѣмъ, напр., въ этикѣ или другихъ нормативныхъ дисциплинахъ.

Лишь такимъ образомъ можно исправить и возстановить границы, отдѣляющія юриспруденцію отъ соціологіи и психологіи, которыя, къ великому сожалѣнію Кельзена, столь стерты въ послѣднее время. Нужно лишь имѣть въ виду ту узкую область, въ которой должна вращаться юридическая конструкція, и не поддаваться психологически понятному соблазну расширять эту область обращеніемъ своихъ взоровъ къ той заманчивой сферѣ бытія, въ которой вращается соціологъ или психологъ.

Смѣшеніе методовъ и точекъ зрѣнія и ведетъ къ тѣмъ насильственнымъ фикціямъ, стоящимъ въ завѣдомомъ противорѣчьи съ дѣйствительностью, которыми такъ, къ сожалѣнію, изобилуетъ современная юриспруденція.

Но юриспруденція подвергается не только опасности переступленія границъ нормативнаго разсмотрѣнія, поставленныхъ ей ея методомъ, и занятія проблемами, для разрѣшенія которыхъ ея специфическія средства вовсе не пригодны, но есть еще и другое требованіе, которое она не должна забывать. Юриспруденція именно является формальной дисциплиной и необходимо поэтому должна различать форму отъ содержанія, что, однако, больше всего и забывается въ новой юридической литературѣ. Хотя это объясняется отчасти тѣмъ, что противоположность формы и содержанія относительна и обусловлена субъективной точкой зрѣнія изслѣдователя, что въ одномъ случаѣ признается формой, въ другомъ случаѣ разсматривается какъ содержаніе, но, даже принимая во вниманіе самую относительность этой противоположности, нельзя не замѣтить общей тенденціи юристовъ заниматься юридическими изслѣдованіями внѣ всякаго формальнаго умо-зрѣнія. Такая тенденція интересоваться содержаніемъ цѣлаго правового явленія, а не его формой, влечетъ величайшую

опасность, смѣшеніе понятій. Невыносимое состояніе, въ которомъ обрѣтаются основныя понятія юриспруденціи, въ значительнѣйшей степени объясняется тѣмъ, что при помощи одного и того же выраженія, хотя имъ означаются результаты двухъ совершенно различныхъ точекъ зрѣнія, пытаются найти и насильственно образуютъ единое понятіе.

Имѣя въ виду сказанное, онъ нисколько не опасается тѣхъ упрековъ въ формализмѣ, которые столь щедро расточаются въ наше матеріалистическое время, и его не тревожитъ несогласіе тѣхъ, кто не испытываетъ теоретической потребности въ твердыхъ основныхъ формальныхъ юридическихъ понятіяхъ. Его книга служить только теоретическимъ, а не практическимъ потребностямъ, а эта цѣль достигается лишь путемъ спекулятивнаго формализма.

При этомъ Кельзенъ обращаетъ также вниманіе на то, что, въ противность господствующему отграниченію права публичнаго отъ частнаго, онъ отказывается признавать такое обособленіе этихъ правъ, такъ какъ оно покоится на признаніи отрицаемаго имъ, Кельзеномъ, правового отношенія господства между государствомъ и прочими субъектами. Въ-мѣсто юридической конструкціи, оперирующей не только съ координированными субъектами права, но еще и съ властвующимъ субъектомъ—государствомъ, подчиненными ему подданными и еще съ состоящими въ особомъ подчиненіи государству низшими государственными органами, Кельзенъ ограничиваетъ свою конструкцію, какъ онъ выражается, лишь одной плоскостью, имѣя въ виду, что конструкція съ нѣсколькими плоскостями вызывается разсмотрѣніемъ безразличныхъ въ юридическомъ отношеніи элементовъ, и притомъ необходимо соблюдать возможную экономію при образованіи понятій. Отказываясь отъ юридическаго конструирования отношенія государственнаго властвованія, какъ юридически неуяснимаго фактическаго отношенія, Кельзенъ отклоняетъ отъ себя однако упрекъ въ одностороннемъ частноправовомъ характерѣ его конструкціи, такъ какъ онъ не частно правовую систему расширяетъ ненадлежащимъ образомъ, а, напротивъ, расширяетъ государственное право за тѣ границы,

которыя ему теперь обыкновенно ставятся; онъ держится, напротивъ, взгляда, что все право есть государственное право. Во всякомъ случаѣ, онъ исходитъ изъ необходимости единого общаго ученія о правѣ, общности и единства основныхъ юридическихъ понятій, конструируемыхъ по однимъ и тѣмъ же методологическимъ началамъ. Кельзенъ отмѣчаетъ затѣмъ ту связь, которая существуетъ между небольшою областью юриспруденціи и великою областью универсальной философской системы, съ которой юриспруденція соединяется при посредствѣ философіи права. Всѣ противоположности юридическихъ теорій въ конечномъ счетѣ сводятся къ противоположности міровоззрѣній. Это можетъ служить до известной степени, замѣчаетъ Кельзенъ, оправданіемъ и его собственной юридической теоріи. Споромъ различныхъ ученій обусловленъ прогрессъ науки.

Выяснивъ, такимъ образомъ, свое научное „сгедо“ въ отношеніи основаній, задачи и методологіи юриспруденціи, какъ нормативной юридической дисциплины, оперирующей въ своихъ конструкціяхъ съ формальной стороною правоположеній, Кельзенъ приступаетъ къ обоснованію своихъ воззрѣній и выясненію на основаніи ихъ цѣлаго ряда общихъ юридическихъ и государственно-правовыхъ понятій.

Въ основу юридической конструкціи, какъ было уже сказано, онъ полагаетъ понятіе правоположенія, юридической нормы.

Первая книга его труда посвящается предварительнымъ изслѣдованіямъ существа нормы, ея отличія отъ естественнаго закона, разграниченію нравственнаго закона и правовой нормы, выясненію отношенія между каузальнымъ, телеологическимъ и нормативнымъ изученіемъ явленій и вопросу о существѣ права.

Вторая книга, озаглавленная „Объективная форма проявленія правоположенія“, обнимаетъ въ 1-омъ отдѣлѣ вопросы, относящіеся къ ученію о волѣ въ правѣ, психологической волѣ, волѣ въ частномъ и уголовномъ правѣ, волѣ государства; во 2-омъ отдѣлѣ излагается ученіе о логической формѣ правовой нормы, различая правовую норму въ

тѣсномъ смыслѣ (правоположеніе, обязывающее подданныхъ) и правовую норму въ обширномъ смыслѣ слова (или правоположеніе, обязывающее государство),

Наконецъ, въ 3-ей книгѣ разсматриваются субъективныя формы проявленія правоположенія, а именно правовая обязанность, правообязанность государства, правообязанности государственныхъ органовъ; субъективное право, субъективныя права государства и субъективныя права къ государству. Въ этой схемѣ Кельзенъ трактуетъ много частныхъ вопросовъ общей теоріи права и государственнаго права и критикуетъ различныя теоріи.

Укажемъ здѣсь основныя положенія, къ которымъ приходитъ Кельзенъ въ своемъ трудѣ.

Выяснивъ различіе законовъ природы и нормъ и тщательно отграничивъ долженствованіе въ его логическомъ смыслѣ, какъ особой формы мышленія, отъ противоположной ему категоріи бытія, Кельзенъ указываетъ, что никоимъ образомъ не слѣдуетъ отождествлять поэтому долженствованіе съ самымъ содержаніемъ его, такъ какъ послѣднимъ можетъ быть и какое бы то ни было бытіе. Особенно нельзя разсматривать долженствованіе какъ хотѣніе, т. е. какъ реально-психическій процессъ. Этотъ послѣдній принадлежитъ къ міру бытія и потому является чѣмъ-то существенно отличнымъ отъ долженствованія. Столь же мало и дѣйствіе можетъ быть долженствованіемъ. Хотѣніе и дѣйствіе могутъ быть содержаніемъ долженствованія, но никогда не могутъ быть самымъ долженствованіемъ въ его формально логическомъ значеніи, даже въ томъ случаѣ, если мы хотимъ то, что должны. Долженствованіе не тождественно и съ хотѣніемъ тѣхъ лицъ, отъ кого оно исходитъ, т. е. хотѣніемъ которыхъ опредѣляется содержаніе долженствованія. Долженствованіе, возникшее для лица съ приказомъ опредѣленнаго авторитета, нельзя логически отождествлять съ волей приказывающаго. Оно вѣдь сводится къ формулѣ „Я хочу, чтобы ты . . . , а потому ты долженъ“. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что долженствованіе длится и послѣ того, какъ основавшій его волевой процессъ давно уже кончился; въ большинствѣ случаевъ должно-

ваніе даже существуетъ въ сознаніи обязаннаго субъекта и безъ констатированія при этомъ какого либо волевого акта и независимо отъ какого бы то ни было мыслимаго авторитета. Императивъ есть лишь частный случай долженствованія; онъ лишь средство для перевода долженствованія въ бытіе.

Въ своемъ строго объективномъ значеніи понятіе долженствованія, какъ противоположная бытію формально-логическая категорія, рассматриваемая внѣ зависимости отъ субъективнаго хотѣнія чѣловѣка, имѣетъ особое значеніе для права и для его нормъ. Объективный характеръ правового долженствованія независимъ отъ всякаго хотѣнія правообязанныхъ субъектовъ. И если Кельзенъ отождествляетъ, какъ увидимъ ниже, правовое долженствованіе съ волей государства, то это лишь потому, что у него государственная воля берется не въ психологическомъ значеніи, а является лишь конструктивнымъ приѣмомъ, волей въ юридическомъ смыслѣ, „конечнымъ пунктомъ правового вмѣненія, приписыванія“.

Разграничивъ затѣмъ понятіе обязательности, формальной значимости нормы, заключающейся въ томъ, что она должна быть соблюдаема, отъ ея дѣйствія, т. е. ея мотивирующаго вліянія на челоуѣческую волю, въ раковомъ и заключается такъ называемая цѣль нормы, Кельзенъ замѣчаетъ, что для обязательности нормы, для значимости ея долженствованія, безразлично,—реализуется, или нѣтъ, ея цѣль: норма остается нормой и въ томъ случаѣ, когда она дѣйствуетъ, и правовая норма остается правовой нормой, несмотря на то, что она не оказываетъ мотивирующаго дѣйствія, такъ называемаго психическаго принужденія. Норма по своей цѣли всегда относится къ будущимъ дѣйствіямъ, а не къ настоящимъ и къ прошедшимъ, содержаніемъ же нормы являются дѣйствія, которыя должны совершаться, а не дѣйствія прошедшія, настоящія и будущія, такъ какъ во времени всѣ дѣйствія мыслятся лишь со стороны ихъ реальности, т. е. въ формѣ бытія, а не долженствованія. Что касается примѣненія нормы, то оно означаетъ, что норма служитъ масштабомъ для оцѣнки происшедшаго, а поэтому и отношеніе происшедшаго къ нормѣ является не отношеніемъ долженствованія, а принад-

лежитъ къ области бытія и не подлежитъ нормативному разсмотрѣнію. Существо нормы, даѣе, заключается не въ томъ, что она является правиломъ оцѣнки, но что она *должна* быть такимъ правиломъ, при чемъ подъ оцѣнкой здѣсь разумѣются одобряющія и не одобряющія сужденія.

То противоположеніе бытія и долженствованія, объяснительнаго и нормативнаго методовъ, которое принимается Кельзеномъ по отношенію къ праву, какъ гетерономнымъ нормамъ, ослабляется, говоритъ онъ, въ области нравственности.

Въ области морали, имѣющей, въ отличіе отъ права, автономную природу, граница между бытіемъ и долженствованіемъ ступшевывается вслѣдствіе того, что норму разсматриваютъ какъ созннанное нравственное влеченіе, субъективное чувство или сознаніе долга. Нравственное долженствованіе такимъ образомъ является квалифицированнымъ хотѣніемъ (Wollen), и объективность нормы является кажущейся. Вслѣдствіе этого разграниченіе объяснительной и нормативной точекъ зрѣнія, если и не невозможно, имѣетъ все-же сомнительное значеніе и не можетъ быть строго проведено.

То же самое приходится сказать и о грамматикѣ, которая не можетъ выполнить нормативную функцію безъ констатированія регулярнаго, повсемѣстно частаго употребленія опредѣленной формы выраженія, или же фактическаго употребленія ея значительнѣйшими писателями, т. е. квалифицированнаго бытія ¹⁾.

По аналогіи съ моралью крайне также затруднительно разграниченіе нормативной и объяснительной точки зрѣнія и въ правовой области въ періодъ господства обычнаго права. Такъ какъ въ это время нѣтъ объективно установленнаго права, поэтому вопросъ о наличности правового долженствованія въ каждомъ конкретномъ случаѣ приходится рѣшать въ зависимости отъ того, что въ дѣйствительности примѣняется какъ таковое, т. е. на основаніи обычаевъ, фактическаго образа дѣйствій. Тѣмъ не менѣе и норма обычнаго права отличается

¹⁾ Kelsen, стр. 27 сл.

отъ нормы нравственной. Нравственная норма существуетъ для индивида лишь, поскольку онъ самъ ее устанавливаетъ (хотя бы и проицировалъ ее, какъ исходящую отъ какого-либо нравственного авторитета), самъ ей подчиняется и желаетъ ей повиноваться. Право же, даже обычное, никогда не имѣетъ этого индивидуальнаго автономнаго характера. Хотя такое право дѣйствуетъ лишь, если оно вообще соблюдается большинствомъ, такъ что для коллективности (*Gesamtheit*) правовое долженствованіе и правовое бытіе всегда совпадаютъ по своему содержанію, но для каждой отдѣльной личности и обычно-правовая норма, подобно закону, устанавливаетъ должное внѣ зависимости отъ того, желаетъ ли личность этого должнаго и знаетъ ли она даже данную норму. Правовое положеніе примѣняется къ отдѣльному случаю даже и въ томъ случаѣ, когда этой нормѣ не повинуются.

Такимъ образомъ, при долженствованіи правовыхъ нормъ, въ томъ числѣ и обычно правовыхъ, говоритъ Кельзенъ, напередъ существуетъ возможность матеріальнаго противорѣчія индивидуальной волѣ, чего нѣтъ въ сферѣ автономнаго нравственнаго закона. Правовое долженствованіе существуетъ въ отдѣльномъ случаѣ и безъ соотвѣтствующаго ему по содержанію бытія.

Когда же восторжествовалъ принципъ, что правомъ является только то, что посредствомъ формальнаго акта законодательства стало правомъ государства, независимо отъ того, примѣняется, или нѣтъ, въ данный моментъ это право, порвалась и та связь, которая существуетъ матеріально и съ общей точки зрѣнія (но никогда формально и съ индивидуальной точки зрѣнія) между историческими фактами и правовой нормой, правовымъ бытіемъ и долженствованіемъ. Содержаніе нормы положительнаго права не является болѣе отвлеченіемъ отъ того, что регулярно примѣняется, отъ бытія или историческаго процесса праворазвитія, но устанавливается свободнымъ правотворяющимъ актомъ, формально совершенно независимымъ отъ фактическаго праворазвитія. Законодательнымъ актомъ создается ясное и рѣзкое раздѣленіе между праворазвитіемъ и дѣйствующимъ правомъ, и это раздѣленіе

имѣть величайшее значеніе, утверждаетъ Кельзенъ, для самаго метода познанія права, такъ какъ догматическая юриспруденція позитивнаго права извлекаетъ тогда содержаніе права не изъ исторіи права, но изъ закона. Принципіальное отдѣленіе историческаго изученія права отъ догматическаго становится тогда не только возможнымъ, но и необходимымъ, и само собою наглядно обнаруживается различіе методовъ обѣихъ дисциплинъ и полная недопустимость ихъ соединенія или смѣшенія объяснительнаго и нормативнаго методовъ въ догматической юриспруденціи.

Вслѣдствіе существованія внѣ людей и надъ людьми закона, нормы котораго по своему содержанію могутъ быть объективно установлены и совершенно не зависятъ въ своемъ возникновеніи отъ субъективныхъ факторовъ (отъ отношенія къ закону подчиненнаго ему индивида), ярко обнаруживается гетерономная природа правовыхъ нормъ. Въ то время какъ нормы морали лишь кажутся велѣніями, извнѣ направленными къ субъекту, правовая норма, несомнѣнно, говоритъ Кельзенъ, исходить отъ власти, стоящей внѣ индивида и которой индивидъ подчиненъ вслѣдствіе ея фактическаго господства, осуществляемаго независимо отъ согласія и воли индивида. Этой властью является государство ¹⁾. Тождество нормирующаго авторитета съ подчиненнымъ нормѣ субъектомъ, существующее въ сферѣ автономной морали, не можетъ имѣть мѣста въ современномъ правѣ.

Обсуждая, между прочимъ, теорію признанія, Кельзенъ оспариваетъ мнѣніе, высказанное, напримѣръ, Шлейермахеромъ, что отсутствіе признанія правовой нормы членами правового общенія, выражающееся въ несоблюденіи нормы, означаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ разрушеніе правоустанавливающаго авторитета.

Въ современномъ государствѣ законовъ, говоритъ онъ, правоустанавливающій авторитетъ вовсе не покоится, подобно нравственному авторитету, на признаніи. По утвержденію Кельзена, право не является болѣе дѣяніемъ членовъ пра-

¹⁾ Kelsen, стр. 40.

вового общенія, но носителемъ единой правовой воли является государство, юридическое лицо, авторитетъ котораго заключается въ фактическомъ функціонированіи его органовъ: государственная власть, а не нормативное сознаніе индивидуума, диктуетъ правоположенія ¹⁾).

Но затѣмъ Кельзенъ добавляетъ, что государство съ формальной точки зрѣнія является лишь „носителемъ права“, а не его создателемъ, такъ какъ весь процессъ образованія закона имѣетъ общественный, а не государственный характеръ. Поэтому необходимо также и тщательно отличать формальное дѣйствіе права отъ факческаго его соблюденія. Правоположеніе, которое никогда не соблюдается, поясняетъ Кельзенъ, не только не перестаетъ быть формально правоположеніемъ, но даже и матеріальная его жизнь состоитъ въ примѣненіи его именно въ случаѣ его несоблюденія, нарушенія ²⁾).

При этомъ отношеніе между деликтомъ и его дѣйствіемъ на общество констатируется при помощи естественныхъ законовъ, является причинной связью, отношеніемъ причины и слѣдствія. Отношеніе же, установленное правовою нормою, между составомъ правонарушенія и реакціей со стороны государства, т. е. послѣдствіями правонарушенія, является не отношеніемъ причинности, а лишь познавательнымъ основаніемъ (Erkenntnisgrund).

Въ виду всѣхъ этихъ формальныхъ свойствъ права, при изученіи его и можетъ быть проведено строгое разграниченіе нормативнаго и объяснительнаго методовъ.

Совершенно иное, изслѣдуютъ-ли фактическую правовую жизнь общественнаго цѣлаго, правоположенія съ точки зрѣнія ихъ факческаго соблюденія, или же довольствуются формальнымъ познаніемъ того, что предписываютъ эти правоположенія. Задача историка правовой культуры описывать дѣйствія и упущенія народа и сопоставлять ихъ съ его правовыми и нравственными нормами. Задача психолога—изслѣ-

¹⁾ Тамъ же, стр. 47.

²⁾ Тамъ же, стр. 48 сл.

довать воздѣйствіе правовыхъ нормъ на волю и поведеніе чловѣка, анализировать мотивирующее вліяніе нормъ, сводить правомѣрные и противоправныя дѣйствія къ ихъ причинамъ. Задача соціолога—понять право какъ фактическую, господствующую надъ людьми, силу, какъ массовой психологическій фактъ; для него, какъ и для психолога, право является реальнымъ психическимъ процессомъ, бытіемъ, которое онъ изслѣдуетъ, открывая его причины и объясняя правовое поведеніе людей какъ естественно необходимое. Но юристъ, имѣющій дѣло съ объективной нормой, изслѣдуетъ лишь, какъ *должны* люди правомѣрно поступать, придерживаясь именно положительнаго права, закона. Для отвѣта на этотъ вопросъ можно и слѣдуетъ довольствоваться опредѣленными чисто *формальными* критеріями ¹⁾. Точка зрѣнія юриста теоретика въ отношеніи къ нормамъ закона та же, что и точка зрѣнія судьи, который для примѣненія права въ конкретномъ случаѣ правонарушенія устанавливаетъ не то, соблюдается-ли фактически данное правоположеніе, а существуетъ ли оно въ своемъ формальномъ долженствованіи. Само собой разумѣется, добавляетъ Кельзенъ, что формальная, строго нормативная точка зрѣнія юриста является односторонней и совершенно безсильной объять правовое явленіе въ его полнотѣ. Юристу необходимо заниматься также соціологическими, психологическими и историческими изысканіями, но ему необходимо помнить, что въ качествѣ соціолога, психолога и историка онъ идетъ путемъ совершенно отличнымъ отъ того, который ведетъ къ специфически юридическому знанію; юристъ никогда не долженъ включать въ свои нормативныя логическія формулы конструкціи, результаты „экспликативнаго“ изслѣдованія.

Иначе юриспруденція перестанетъ быть юриспруденціей, будетъ методологической нецѣлостію и, въ лучшемъ случаѣ, лишь психологіей или соціологіей права или, точнѣе, правовой жизни.

Кельзенъ останавливается затѣмъ на отношеніи между

¹⁾ Kelsen, стр. 42.

каузальнымъ, телеологическимъ и нормативнымъ изслѣдо-
и выясняетъ методологическое значеніе цѣлевого момента
образования юридическихъ понятій. Придерживаясь совре-
менныхъ логиковъ (Зигварта, Вундта), отрицающихъ про-
положность причины и цѣли и утверждающихъ, что въ
понятіи цѣли включено и понятіе причины, Кельзенъ кри-
тикуетъ воззрѣнія Штаммлера, базирующаго методологию об-
щественныхъ наукъ, и въ частности юриспруденцію, на утвер-
ждаемой имъ противоположности причинности и телоса.
Вмѣстѣ съ тѣмъ Кельзенъ относитъ телеологическое, какъ и
причинное, разсмотрѣніе къ объяснительному методу, къ
познанію бытія, и поэтому противопоставляетъ и телеологиче-
скій методъ нормативному, имѣющему дѣло съ долженство-
ваніемъ, а не съ бытіемъ.

Нерѣдко, однако, замѣчаетъ онъ, цѣль и долженство-
ваніе отождествляются, поскольку именно понимаютъ должное
какъ то, къ чему стремятся, а цѣль понимаютъ какъ то,
что должно наступить. Въ такомъ случаѣ, объясняетъ Кель-
зенъ, цѣлью называютъ лишь мысленно антиципированный
результатъ извѣстнаго виѣшняго процесса, находящагося подъ
дѣйствіемъ закона причинности, слѣдовательно, тутъ, соб-
ственно, мы имѣемъ дѣло не съ нормой долженствованія,
а съ естественнымъ закономъ. Также называютъ цѣлью и
предметъ хотѣнія. Хотя то, что я хочу, замѣчаетъ Кельзенъ,
т. е. моя цѣль, можетъ также съ точки зрѣнія долженство-
ванія разсматриваться какъ содержаніе нормы, поскольку я
являюсь своимъ собственнымъ законодателемъ, но тѣмъ не
менѣе и въ этомъ случаѣ формально недопустимо отожде-
ствлять субъективную цѣль, предметъ хотѣнія, съ долженство-
ваніемъ, такъ какъ хотѣніе есть психическій процессъ и,
какъ таковой, относится къ міру бытія, а не долженство-
ванія.

Въ частности, что касается цѣли нормъ, то приписывать
нормамъ какую либо цѣль въ смыслѣ субъективнаго хотѣнія
было бы грубымъ антропоморфизмомъ. Другое дѣло, поясня-
етъ Кельзенъ, когда говорятъ о цѣли нормъ, понимая эту
цѣль въ томъ объективномъ смыслѣ, въ которомъ телеологи-

ческое разсмотрѣніе разумѣть антиципированное дѣйствіе фактическаго процесса. Норма, опредѣляющая извѣстное поведеніе не какъ существующее или будущее, но какъ долженствующее, дѣйствительно имѣть цѣль. Сама норма не есть цѣль и не ставить никакой цѣли, но она есть средство для достиженія цѣли, и ея цѣлью является именно осуществленіе въ мірѣ бытія (путемъ мотивации индивидовъ) того, что въ ней постановлено какъ должное. Но это фактическое поведеніе, предписываемое нормой, мыслимое какъ существующее въ будущемъ, слѣдуетъ формально отдѣлять отъ предписываемаго нормой долженствованія этого поведенія. Норма имѣетъ цѣль лишь, поскольку ее телеологически разсматриваютъ. Но это разсмотрѣніе не является единственно возможнымъ, и методологически совершенно другимъ разсмотрѣніемъ является то, которое разсматриваетъ норму не съ точки зрѣнія цѣли, а съ точки зрѣнія долженствованія. Изслѣдованіе содержанія нормы, т. е. того, что предписывается нормой, даетъ тѣ же самые результаты, что и телеологическое изслѣдованіе цѣли нормы, такъ какъ содержаніе нормы и есть ея цѣль. Но наравнѣ съ этой матеріально-нормативной постановкой проблемы, направленной на содержаніе долженствованія, возможна, говоритъ Кельзенъ, и чисто формальная; эта послѣдняя имѣетъ дѣло не съ содержаніемъ нормы, а съ ея формой, не съ тѣмъ, что должно, а какъ, какимъ способомъ должно, въ какую внѣшнюю форму облакаетъ норма свое долженствованіе. Эта послѣдняя формально-нормативная постановка вопроса, говоритъ Кельзенъ, имѣетъ особенное значеніе для метода юридической науки, такъ какъ лишь такимъ путемъ можетъ юриспруденція разрѣшить свою специфическую проблему въ отношеніи правовыхъ нормъ ¹⁾. Специфическое существо правовыхъ нормъ, отличающее ихъ отъ прочихъ социальныхъ нормъ, заключается не въ содержаніи ихъ, совпадающемъ съ содержаніемъ другихъ нормъ, а въ формѣ, въ способѣ установленія правового долженствованія, правовой обязанности.

¹⁾ Стр. 69.

Норма, какъ таковая, установленіе долженствованія не связана ни съ какой опредѣленной формой: всевозможными способами, какъ-то: тѣлодвиженіемъ, словами, письменными актами, могутъ быть субъекты обязываемы компетентнымъ авторитетомъ. Но то, что нѣчто разсматривается какъ норма, какъ долженствованіе, столь же мало объяснимо, какъ то, почему нѣчто признается существующимъ. Долженствованіе, какъ и бытіе, является конечной и непроеизводной категоріей.

Норма, далѣе, можетъ быть столь же выражена въ формѣ императива, какъ и въ формѣ гипотетическаго сужденія. Но могутъ быть императивы, не устанавливающіе обязанности, и обязанность, покоящаяся не на императивѣ, а на гипотетическомъ сужденіи. Лишь кажущимся критеріемъ нормы, основой долженствованія, является исхожденіе ея отъ компетентнаго авторитета, такъ какъ и самый авторитетъ можетъ быть признанъ таковымъ лишь въ силу способности обязывать, устанавливать нормы.

Нельзя также искать въ цѣли, указываемой телеологическимъ разсмотрѣніемъ нормы, существенный признакъ того, что опредѣленный фактъ, выраженіе или положеніе имѣютъ характеръ нормы. Поводами къ опредѣленному поведенію могутъ быть не только нормы, но и многіе факты, которые отнюдь не устанавливаютъ никакого долженствованія.

Съ точки зрѣнія телеологическаго изслѣдованія, цѣлью нормы является фактическое поведеніе субъекта, вызванное мотивирующимъ дѣйствіемъ нормы въ сознаніи подчиненнаго ей субъекта. Это телеологическое изслѣдованіе нормы поѣтому отнюдь не отличается существенно отъ причиннаго, такъ какъ цѣлью нормы является не что иное, какъ мысленно антиципированное ея дѣйствіе, и именно то дѣйствіе, которое вызвано будетъ нормой, какъ причиной.

Причинное и телеологическое разсмотрѣніе нормы понимаетъ норму, какъ фактъ сознанія, стоящій въ причинной цѣпи явленій бытія.

Совершенно иную природу имѣетъ та связь, сочетаніе элементовъ въ нормѣ, которое устанавливается грамматически

посредствомъ выраженія „должно“. Именно слѣдуетъ различать двѣ составныхъ части въ содержаніи каждой нормы: *субъектъ долженствованія*, т. е. тотъ, кто обязанъ, лицо, къ коему направлено долженствованіе, и *объектъ долженствованія*, т. е. то, что должно.

Далѣе должно имѣть въ виду примѣненіе нормы къ фактамъ дѣйствительности или установленіе соотвѣтствія ихъ содержанію нормы.

При соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи фактическаго состава содержанію нормы возникаетъ вопросъ о субъектѣ долженствованія; при противоправномъ фактѣ возникаетъ вопросъ, „кто виноватъ въ этомъ“; при согласномъ съ нормой фактѣ—„чья это заслуга“. Отвѣтъ на эти вопросы дается самой нормой.

Произведенное на основаніи нормы сочетаніе между фактическимъ составомъ и субъектомъ есть, говорить Кельзенъ, *вмѣненіе*, приписываніе.

Это—совершенно своеобразное сочетаніе элементовъ, вполне отличное отъ телеологическаго и причиннаго ихъ сочетанія. Такъ какъ сочетаніе производится на основаніи нормы, его можно назвать *нормативнымъ*. Норма принципиально можетъ требовать всевозможнаго, даже того, что вовсе не находится или находится въ весьма отдаленной (причинной) связи съ поведеніемъ или съ тѣлесными движеніями субъекта долженствованія. Особенно посредствомъ соціальныхъ нормъ предписывается въ конечномъ счетѣ не состояніе субъекта долженствованія, но его ближнихъ, имѣется въ виду воспрепятствованіе вредному состоянію ихъ или установленіе полезнаго для нихъ состоянія. Такъ, напримѣръ, нормы права постановляютъ, какъ должно, удовлетвореніе кредитора, неприкосновенность жизни ближняго.

Именно правовое, т. е. произведенное на основаніи правовой нормы, приписываніе или вмѣненіе показываетъ, что между объектомъ и субъектомъ нормы существуетъ огромное разстояніе, не представляющее собою ни телеологической, ни причинной связи.

Субъектъ правового долженствованія въ уголовномъ правѣ

есть тотъ, кому въ случаѣ противоправнаго факта грозитъ наказаніе. Вопросъ,—кто долженъ быть наказанъ, есть вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ,—кому долженъ быть вѣнъ, приписанъ противоправный фактъ. Въ римскомъ правѣ наказывался **большимъ** денежнымъ штрафомъ собственникъ дома, съ крыши котораго упалъ предметъ, убившій прохожаго. Смерть прохожаго приписывалась нормою собственнику дома. Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ Кельзенъ, что тутъ между личностью собственника дома и смертью прохожаго не требуется никакой причинной или телеологической связи. Собственникъ могъ даже быть далеко отъ дома, ничего не знать о своей собственности, смерть прохожаго не была ни его цѣлью, ни причиной его дѣйствій, и тѣмъ не менѣе эта смерть приписывается правомъ ему.

Можно выставить въ качествѣ идеальнаго, справедливаго постулата, что каждая норма должна требовать лишь того, совершеніе чего или воспрепятствованіе въ силахъ субъекта нормы. Но это лишь идеальное требованіе, съ которымъ далеко не всегда считаются нормы позитивнаго права, на основаніи которыхъ только и производится вѣненіе, приписываніе. Даже и выполненіе этого идеальнаго постулата безразлично для вопроса вѣненія, приписыванія (*Zurechnung*), такъ какъ каждое правонарушеніе, съ точки зрѣнія детерминистической, является лишь доказательствомъ того, что субъектъ нормы фактически лишенъ былъ возможности совершить должное или воспрепятствовать противному; однако, это не устраняетъ никоимъ образомъ юридическаго вѣненія ему правонарушенія, такъ какъ при юридическомъ вѣненіи, поясняетъ Кельзенъ, никто не ведетъ рѣчи о томъ, что совершилъ или упустилъ субъектъ, но лишь о томъ, что *должно* было дѣлать или не дѣлать и кто *долженъ* былъ ¹⁾. Конечно, во многихъ случаяхъ, правовое вѣненіе идетъ по извѣстному причинному ряду, въ которомъ заключаются два причинно-связанныхъ между собою члена, соединенныхъ вѣненіемъ, какъ, напримѣръ, смерть убитаго связывается съ убійцей. Но было бы ошибкою полагать, объясняетъ Кель-

¹⁾ Стр. 72 сл.

зень, что принципомъ вмѣненія является здѣсь причинность. Особенно въ этомъ случаѣ ясно обнаруживается, по мнѣнію Кельзена, что принципъ причинности никомъ образомъ не можетъ служить критеріемъ для выдѣленія правомъ изъ безконечной во всѣхъ направленіяхъ цѣпи причинно соединенныхъ и причинно равныхъ элементовъ только двухъ указанныхъ элементовъ (смерти убитого и убійцы).

Далѣе, причиною можетъ быть лишь человѣкъ, т. е. его тѣлесныя и психическія движенія въ мірѣ бытія, правовое же приписываніе или вмѣненіе имѣетъ дѣло съ *лицомъ*, т. е. чѣмъ-то воображаемымъ въ состояніи покоя, съ нормативно-конструктивнымъ пунктомъ, находящимся внѣ міра фактической дѣйствительности. Кельзенъ затѣмъ доказываетъ, что столь же мало значить для нормативнаго, въ частности юридическаго приписыванія, вмѣненія, и телеологическая связь между субъектомъ нормы и ея объектомъ ¹⁾.

Кельзенъ вполне придерживается воззрѣнія Лабанда на недопустимость привлеченія цѣлевого момента въ сферу юридическихъ конструкцій, включенія его въ юридическія понятія; эти послѣднія являются лишь формальными категориями, юриспруденція имѣетъ дѣло лишь съ формой правовыхъ явленій, а не съ ихъ содержаніемъ, которымъ заняты соціологія и историко-политическія дисциплины. Онъ поэтому рѣшительно отклоняетъ и съ методологической точки зрѣнія осуждаетъ то направленіе конструктивной юриспруденціи, которое думаетъ избѣжать упрека въ „схоластическомъ формализмѣ“, соединяя въ юридическихъ понятіяхъ формальные и матеріальные элементы. Это направленіе упускаетъ изъ вида, говоритъ Кельзенъ, самую сущность юриспруденціи которая имѣетъ дѣло не съ правовой дѣйствительностью, а лишь съ правовымъ долженствованіемъ. Признавать чисто формальныя юридическія понятія, лишеныя содержанія формулы, не имѣющими цѣпности, это все равно, говоритъ Кельзенъ, что отвергать понятія геометріи, потому что она занимается лишь формою тѣлъ, а не ихъ содержаніемъ. На

¹⁾ Стр. 75.

этомъ основаніи Кельзенъ критикуетъ утверженіе Еллинека, что „чисто формальная конструкція права невозможна“, что „полное игнорированіе содержанія жизненныхъ отношеній приводитъ къ неудачнымъ юридическимъ результатамъ“.

Если и самъ Еллинекъ утверждаетъ, что задача юриспруденціи не состоитъ въ „самостоятельномъ изслѣдованіи жизненныхъ отношеній“, то тогда непонятно, какимъ же образомъ, несмотря на это, Еллинекъ утверждаетъ, что „постоянное имѣніе ихъ въ виду“ можетъ быть регуляторомъ „юридической конструкціи“. Еллинекъ, по мнѣнію Кельзена, совершенно не обосновываетъ своего методологическаго постулата, говоря, что „право желаетъ охватить внѣшнюю форму жизненныхъ отношеній, поэтому оно должно имѣть въ виду ихъ границы, данныя въ ихъ содержаніи и которыя также имѣютъ формообразующую силу“. Но право, возражаетъ Кельзенъ, есть нѣчто иное, чѣмъ юриспруденція: лишь эта послѣдняя создаетъ юридическія понятія, право же, правопорядокъ, регулируетъ жизненные отношенія и при этой дѣятельности, нормоустановленіи, существенно отличномъ отъ образованія понятій на основѣ правопорядка, не можетъ, конечно, не принимать въ расчетъ содержанія подлежащихъ регулированію отношеній жизни, иначе праву грозитъ опасность недостиженія своей цѣли. Юриспруденція же, напротивъ, ничего подобнаго, по мнѣнію Кельзена, бояться не можетъ. Ей нечего опасаться, будто она тогда, по увѣренію Еллинека, станетъ „безыдеальной схоластикой, тѣмъ направленіемъ изслѣдующей мысли, которая создаетъ міръ понятій безъ дѣйствительности, форму безъ содержанія, результаты безъ цѣнности“. Юриспруденція вѣдь не есть созидающее и регулирующее право, какъ и геометрія не есть искусство образованія тѣлъ. Геометрія совершила бы огромную погрѣшность противъ своего метода, если бы она занялась разсмотрѣніемъ содержанія тѣлъ. Это же самое относится и къ юриспруденціи; напротивъ, юриспруденція, какъ и геометрія, доказываетъ, что можно создавать „формы безъ содержанія“, которыя отнюдь не будутъ „результатами, не имѣющими цѣнности“, и „безыдеальной схоластикой“.

III.

Во второй книгѣ Кельзенъ изслѣдуетъ „объективную форму проявленія правовой нормы“.

Онъ исходитъ изъ положенія, что „объективное право“, правопорядокъ (законы и обычное право) является волей государства, но при этомъ разъясняетъ, что понятіе воли здѣсь берется въ совершенно особомъ значеніи, а именно не въ томъ смыслѣ, что государство создаетъ право, такъ какъ самый процессъ созиданія права, не только обычнаго, но и законовъ, имѣетъ не государственную, а социальную природу; законодательный процессъ отличается отъ установленія обычно правовыхъ нормъ лишь тѣмъ фактомъ, что законодательный процессъ фиксируется въ самомъ правопорядкѣ, какъ формальное предположеніе того, что должно разсматриваться какъ право. Нельзя, утверждаетъ Кельзенъ, признавать законодательство государственнымъ актомъ на томъ основаніи, что въ немъ участвуютъ лица, являющіяся государственными органами, такъ какъ само качество государственнаго органа можетъ быть приписано лишь тому, чье дѣйствіе является дѣйствіемъ государства, иначе каждое дѣйствіе государственнаго органа должно было бы признаваться дѣйствіемъ государства, а это, очевидно, говоритъ Кельзенъ, было бы неправильно. Объективное право является волею государства лишь въ томъ смыслѣ, что государство является субъектомъ или *носителемъ* того правопорядка, содержаніе котораго создается обществомъ социальнымъ процессомъ, хотя и этотъ социальный процессъ подчиненъ государственному регулированію постольку, поскольку нормы права опредѣляютъ его въ качествѣ „предположенія права“ ¹⁾.

Дуалистическое формулированіе объективнаго права, по которому это право разсматривается частью какъ воля народа (обычное право), частью какъ воля государства (законъ), является, по мнѣнію Кельзена, неудовлетворительнымъ конструктивнымъ приѣмомъ, такъ какъ онъ не удовлетворяетъ требованію единства конструкціи. Изслѣдованіе такъ называемой

¹⁾ Кельзенъ, стр. 97 сл.

„воли народа“ не указываетъ намъ наличности какого либо субстрата. Нельзя серьезно говорить о волѣ народа въ психологическомъ смыслѣ, т. е. о совокупной волѣ составляющихъ государственный народъ людей. Нельзя также юридическую личность государства и народъ „въ его естественномъ состояніи“ подводить подъ какое либо высшее общее понятіе, такъ какъ эти понятія совершенно различной категоріи, добытыя различнымъ путемъ: одно является единствомъ юридическимъ, другое—соціологическимъ.

Если же олицетворять народъ и приписывать ему единую волю, то народъ является не чѣмъ инымъ, какъ государствомъ. Такимъ образомъ въ конечномъ счетѣ отождествляетъ народъ и государство, напримѣръ, Еллинекъ, опредѣляя государство какъ „народъ, организованный въ единство“. Юридически воля мыслима лишь у организованнаго единства; воля даже является юридически не чѣмъ инымъ, какъ организованнымъ единствомъ, точнѣе—единой организаціей. Все противопоставленіе государства и народа, закона и обычнаго права, есть результатъ историко-генетическаго разсмотрѣнія правовыхъ явленій. Проблема возникновенія и прекращенія права есть проблема метаюридическая.

Право всегда образуется обществомъ, но, съ юридической точки зрѣнія, носителемъ, субъектомъ правопорядка является только государство, такъ какъ все право подлежитъ примѣненію со стороны государственныхъ органовъ и съ принципомъ государственнаго суверенитета несовмѣстимо осуществленіе государственными органами иной воли, кромѣ государственной. Обычное право—постольку право, поскольку оно формально становится государственной волей, примѣняется государственными судами.

Для формально-юридической структуры правоположенія, т. е. объективнаго права, совершенно безразлично, возникло ли оно путемъ закона или обычая.

Попутно Кельзенъ останавливается на конвенціональныхъ нормахъ и рассматриваетъ то понятіе ихъ, которое формулировано Гачекомъ, причемъ приходитъ къ заключенію, что эти соціальныя нормы, не имѣя юридическаго характера,

отдѣлены отъ правовой области той же границей, какъ и прочія соціальныя нормы нравовъ, нравственности, религіи... ¹⁾).

Разъ, заявляетъ Кельзенъ, правовая норма содержитъ государственную волю, то разрѣшеніе вопроса о сущности и логической формѣ правоположенія обусловлено выясненіемъ сущности и возможнаго содержанія государственной воли. Понятіе государственной воли является основнымъ для всей юриспруденціи; несмотря на это, оно не формулируется одинаково и не подвергнуто еще надлежащему и всестороннему изслѣдованію.

Что такое воля государства, какъ юридическаго лица, спрашиваетъ Кельзенъ. Прежде всего, что такое воля лица въ юридическомъ смыслѣ? Разсмотрѣвъ, что такое воля въ ея психологическомъ значеніи, какъ понимаютъ волю въ сферѣ права, въ частности уголовного и гражданскаго права, Кельзенъ приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ.

Воля въ этикѣ и юриспруденціи есть нѣчто совершенно отличное отъ того, что подъ этимъ терминомъ понимаютъ въ психологіи. Психологія понимаетъ волю какъ одну изъ психологическихъ дѣятельностей человѣка, каковыми являются еще мышленіе и чувствованіе; воля-же въ этико-юридическомъ смыслѣ тождественна съ тѣмъ совокупнымъ единствомъ, каковымъ является для этики и юриспруденціи индивидъ. Волеспособность и способность быть лицомъ, т. е. субъектомъ правового и этическаго приписыванія, вмѣненія,—одно и то же. Психологическая воля есть эмпирически, путемъ самонаблюденія, установленный фактъ, принадлежащій къ области сущаго,—воля въ этикѣ и юриспруденціи есть лишь конструкція, выполненная съ точки зрѣнія нормы, долженствованія, не имѣющая въ реальной душевной жизни человѣка никакого конкретнаго соотвѣтствія. Къ понятію воли юриспруденція приходитъ вслѣдствіе потребности связать внѣшніе факты съ тѣми подчиненными правопорядку субъектами, въ отношеніи которыхъ должны быть осуществлены послѣдствія правонарушенія. Это связываніе, сочетаніе на основаніи нормы внѣшнихъ фактовъ съ субъектами и есть

¹⁾ Ст. 106.

специфическій процессъ приписыванія, вмѣненія. Воля въ этико-юридическомъ смыслѣ и приписываніе, вмѣненіе (Zurechnung)—соотносительныя понятія. Какъ уже было указано, по мнѣнію Кельзена, это соединеніе элементовъ въ юридическомъ приписываніи, т. е. юридическая связь между субъектомъ и объектомъ, совершенно независимо отъ соединенія элементовъ на основѣ причинной связи и отъ телеологической ихъ связи.

Юридическое волненіе какого-либо юридическаго факта отнюдь не означаетъ, что этотъ фактъ имѣетъ свою причину въ волѣ субъекта, не означаетъ часто также и того, что вмѣняемый фактъ былъ цѣлью субъекта, что субъектъ психологически хотѣлъ этого факта.

Юридически вмѣненіе направлено не къ отдѣльному дѣйствию или упущенію привлекаемаго къ отвѣтственности человека, но къ цѣлому, представляющему собою этическое или юридическое единство, къ лицу. Мускульныя движенія, вызвавшія послѣдствія, порицаемыя или одобряемыя нормой, являются лишь промежуточными, а не конечными моментами юридическаго вмѣненія. Поэтому дисциплины, въ сферѣ которыхъ происходитъ этотъ процессъ приписыванія, вмѣненія, понимаютъ эту своеобразную способность, субъектъ вмѣненія, лицо, въ иномъ смыслѣ, нежели понимается человекъ въ зоологическо-психологическомъ смыслѣ, съ которымъ понятіе лицо даже не всегда совпадаетъ.

Юридическое вмѣненіе, для котораго согласныя съ нормой или противорѣчащія ей дѣйствія и упущенія являются лишь преходящими пунктами, ищетъ, фигурно выражаясь, свой конечный пунктъ внутри человека; лишь „эта мыслимая въ человекѣ, функционирующая какъ конечный пунктъ вмѣненія, констракція и есть то, что въ терминологіи этики и юриспруденціи называется „волею“¹⁾. Этико-юридическая воля есть лишь „констракція, выполненная для цѣли вмѣненія“. Потому юристы, говоритъ Кельзенъ, совершаютъ одну изъ грубѣйшихъ, ведущихъ къ причудливымъ результатамъ, ошибокъ, когда игнорируютъ это различіе между юридическимъ

¹⁾ Kelsen, стр. 145.

и психологическимъ понятіями воли, какъ это дѣлаетъ, на-
примѣръ, Цительманъ (въ его сочиненіи *Irrtum und Rechtsge-
schäft* 1897) ¹⁾.

Воля государства ²⁾.

Выяснивъ понятіе индивидуальной воли въ юриспруденціи,
Кельзенъ переходитъ къ понятію государственной воли.

Всѣ теоретики, признающіе государство лицомъ, при-
знають субстратомъ государственной личности волю; и сто-
ронники органическаго воззрѣнія на государство, отстаиваю-
щіе реальность личности государства, и противники ихъ, счи-
тающіе эту личность лишь фикціей или абстракціей, согласны
въ томъ, что основою этой личности является единая воля
и что отъ признанія наличности таковой зависитъ самая воз-
можность юридическаго пониманія государства какъ субъекта
права.

Но органическая школа совершенно неправильно пони-
маетъ волю государства, какъ общественную коллективную
волю народа, составляющаго государство. Опираясь на авто-
ритетъ Вундта, Кельзенъ доказываетъ, что такъ называемая
коллективная, совокупная воля (и сознаніе) не является
чѣмъ-то отличнымъ отъ индивидуальныхъ воль и сознаній или
реальностью, внѣ ихъ находящеюся; это лишь вызванна въ
индивидахъ общеніемъ общія представленія, чувства и направ-
ленія воли; реально существуетъ лишь эта общность и взаимо-
дѣйствіе индивидуальныхъ душевныхъ процессовъ отдѣльныхъ
членовъ общества. Далѣе, и въ этомъ послѣднемъ смыслѣ
можно говорить лишь о „совокупной волѣ“ не государства,
но общества, какъ общенія, которое отнюдь не связано ис-
кусственными границами государственной территоріи или чи-
сто внѣшнимъ союзомъ лицъ, образующихъ народъ государ-
ства. Общество есть соціологическое, психологическое един-
ство, а не единство юридическое, каковымъ является госу-
дарство.

Съ точки зрѣнія психологической и соціологической на-

¹⁾ Стр. 159.

²⁾ Стр. 162—189.

родъ въ государственномъ смыслѣ представляетъ собой не единство, а, напротивъ, раздробленъ на многочисленныя общественныя группы. О совокупной волѣ въ указанномъ смыслѣ можно лишь говорить, говоря о волѣ національных, религіозныхъ и хозяйственныхъ общеній, но не о волѣ правового государственнаго союза.

То, что въ государствѣ разсматривается какъ единая воля, законъ и основанная на немъ дѣятельность государственныхъ органовъ, никомъ образомъ не представляетъ собою психологически совокупную волю народа въ государственномъ смыслѣ.

Далѣе, органическая школа (Гирке, Прейсъ) допускаетъ методологическую ошибку, утверждая, что признаніе коллективной личности субъектомъ права является юридическимъ выраженіемъ того соціологическаго факта, что органическое единство общей воли составляется изъ частицъ индивидуальныхъ волей.

Юридическое выраженіе, возражаетъ Кельзенъ, можетъ быть лишь выраженіемъ юридическаго факта, а выраженіе соціологическаго факта никогда не можетъ быть юридическимъ понятіемъ. Эта ошибка совершенно аналогична выведенію понятія юридической личности индивида изъ психологическихъ актовъ индивидуальной воли. Также признаніе воли большинства, хотя и таковая представляетъ нѣчто психологически весьма разнородное (напримѣръ, воля парламентскаго большинства), волею дѣлаго есть лишь специфически юридическій процессъ, психологически же онъ совершенно невозможенъ.

Нужно строго отличать волю фактическаго законодателя, хотя бы это былъ абсолютный монархъ, отъ воли государственной личности.

Всѣ вышеизложенныя ошибочныя пониманія государственной воли, всѣ эти фикціи не потому должны быть отвергнуты, что онѣ являются спеціальными юридическими конструкціями, такъ какъ послѣднія имѣютъ полное право на существованіе, а потому, что такія фикціи не ограничиваются лишь юридическими фактами, а утверждаютъ несуществующіе психологическіе факты и являются, слѣдовательно, фикціями

реальности, для которыхъ нѣтъ мѣста ни въ психологiи, ни въ юриспруденціи.

Но и противники органической школы въ государство-вѣдѣніи, отрицающіе специфическое органическое единство государства, допускаютъ, однако, рядъ ошибокъ въ пониманіи воли государства. Въ отличіе отъ органической теорiи, они полагаютъ, что воля государства, какъ юридическаго лица, субъекта правъ, есть лишь индивидуальная воля тѣхъ людей, которые своими волевыми актами осуществляютъ цѣли государства, т. е. являются органами государства.

Еллинекъ утверждаетъ, что государственная воля при такомъ пониманіи не является фикціей, такъ какъ пониманіе воли государственныхъ органовъ, какъ воли единой государственной личности, вытекаетъ изъ той логической необходимости, въ силу которой мы мыслимъ государство, какъ единство пространственное и телеологическое.

На опредѣленной территоріи государства, объясняетъ Еллинекъ, живетъ множество людей, преслѣдующихъ общія, постоянныя, единыя, взаимно-обусловленныя и осуществляемыя лишь при посредствѣ постоянныхъ учрежденій цѣли.

Такимъ образомъ, общность цѣлей у множества составляющихъ государство людей является основаніемъ, по которому Еллинекъ признаетъ государство единствомъ (телеологическимъ), лицомъ, и множество волей отдѣльныхъ государственныхъ органовъ признаетъ единой (въ телеологическомъ смыслѣ) волею государства.

Но, возражаетъ Кельзенъ, юридическое конструированіе единой государственной воли изъ множества психическихъ индивидуальныхъ волей встрѣчаетъ серьезнѣйшія препятствія, такъ какъ неорганическая школа, напередъ отрицая положеніе, что основное единство государственной воли можно искать лишь въ правовыхъ предписаніяхъ, вынуждена искать еще другія метаюридическія основанія этого единства.

Но нѣтъ возможности призвать существованіе какихъ либо общихъ цѣлей у всѣхъ людей, живущихъ въ искусственныхъ границахъ государственной территоріи. Такія цѣли могутъ быть лишь тамъ, гдѣ существуютъ общія представленія

и чувства, т. е. лишь въ извѣстныхъ общественныхъ группахъ съ духовной общностью членовъ, но отнюдь не въ искусственныхъ границахъ государства.

Другая непоследовательность неорганической цѣли теоріи государства заключается въ томъ, что, вопреки своему первоначальному утвержденію, она затѣмъ признаетъ волю государственной личности не волю всѣхъ лицъ, преслѣдующихъ общую государственную цѣль, т. е. не мнимую общность всѣхъ въ государственныхъ предѣлахъ живущихъ людей, но лишь признаваемое цѣлевымъ единствомъ множество воль отдѣльныхъ государственныхъ органовъ. Въ результатѣ получается, что эта признаваемая единою воля государственныхъ органовъ функціонируетъ какъ единая воля цѣлаго народа, составляющаго государство, а такое утвержденіе при принципиально психологическомъ пониманіи воли представляетъ собою недопустимую фикцію.

Наконецъ, самое отождествленіе органовъ государства съ самимъ государствомъ ведетъ къ неразрѣшимымъ противорѣчіямъ, такъ какъ обязанности и права органовъ существенно отличны отъ тѣхъ правъ и обязанностей, субъектомъ которыхъ является государство. Это утвержденіе Кельзенъ обосновываетъ тѣмъ, что право, законъ, должно конструироваться какъ воля государства. Государство, какъ носитель правопорядка, выражаетъ свою волю въ правовыхъ нормахъ. Органы же государства потому нельзя отождествлять съ государствомъ, что они своими волевыми актами лишь призваны осуществлять уже выраженную въ правѣ волю государства, т. е. не выражать эту волю, а переводить ее въ дѣйствіе ¹⁾.

Итакъ, по мнѣнію Кельзена, обѣ теоріи государства, органическая и неорганическая, совершаютъ грубую ошибку, рассматривая волю государства, какъ психическій процессъ, все равно соціально или индивидуально-психологическаго характера. Отвергая фикціи и утверждая, что конструируемая ими воля и личность государства не являются фикціями, обѣ теоріи, однако, приходятъ къ недопустимымъ фикціямъ. И Еллинекъ напрасно думаетъ, что его понятіе государственной

¹⁾ Стр. 175 сл.

воли есть не фикція, а абстракція. Путемъ абстракціи отъ психическихъ индивидуальныхъ волевыхъ актовъ нельзя никогда прійти къ волѣ юридическаго лица. Констатированная Еллинекомъ единая воля государства есть, вопреки его утвержденію, воля вымышленная, т. е. вполне подходитъ подъ его собственное опредѣленіе фикціи.

Воля государства, объясняетъ Кельзенъ, есть лишь конструкция, юридическое понятіе. Но юридическое понятіе абстрагируется не отъ какихъ либо физическихъ или психическихъ фактовъ внѣшняго міра, а образуется путемъ мыслительныхъ процессовъ нормативнаго разсмотрѣнія, сужденій самого абстрагирующаго субъекта.

Если извѣстныя дѣйствія опредѣленныхъ физическихъ лицъ, какъ-то органовъ государства, съ юридической точки зрѣнія признаются дѣйствіями другихъ лицъ, какъ-то государства, то здѣсь мы имѣемъ дѣло съ юридическимъ вмѣненіемъ, приписываніемъ.

Въ сферѣ государственныхъ актовъ всѣ нити такого приписыванія идутъ отъ индивидовъ, совершающихъ эти акты, и сосредоточиваются въ одномъ общемъ пунктѣ. Такіе индивиды являются органами государства, а тотъ общій конечный пунктъ, въ которомъ сходятся всѣ линіи вмѣняемыхъ фактовъ, квалифицируемыхъ какъ дѣйствія органовъ, есть воля государства. Въ правовой нормѣ, въ законѣ, установлено, какъ и при какихъ условіяхъ дѣйствуетъ государство черезъ свои органы. Когда говорятъ, что законъ выражаетъ волю государства, то это означаетъ только, что законъ устанавливаетъ факты, которые должны разсматриваться, какъ дѣйствія самаго государства. Факты эти поэтому и приписываются самому государству, а не физическимъ лицамъ, дѣйствующимъ въ данномъ случаѣ въ качествѣ органовъ государства. Приписываніе это такимъ образомъ имѣетъ свое основаніе въ самомъ законѣ. Психическій волевой актъ государственнаго органа является юридически вполне безразличнымъ и переходящимъ, а не конечнымъ „пунктомъ приписыванія“. Отсюда вполне ясно, что понятіе личности государства является такимъ же юридическимъ понятіемъ, какъ и понятіе юриди-

ческой личности всѣхъ другихъ субъектовъ права. Если же понимать волю государства и какъ волю физическихъ субъектовъ, какъ психологическую волю, то нельзя говорить о тождественности существа воли физическихъ лицъ и юридической личности государства, такъ какъ государство не имѣетъ психической воли; въ результатѣ такихъ ошибочныхъ сужденій получаютъ вынужденныя фикціи ¹⁾.

Далѣе Кельзенъ переходитъ къ выясненію логической формы правовой нормы и рассматриваетъ прежде всего правовую норму „въ тѣсномъ смыслѣ“, т. е. правоположеніе, обязывающее подданныхъ ²⁾.

Исходя изъ того, что правовая норма, съ формальной точки зрѣнія, является выраженіемъ государственной воли, воля же въ этико-юридическомъ смыслѣ есть не что иное, какъ конструкція для цѣлей вмѣненія, и въ частности государственная воля является общимъ пунктомъ вмѣненія той дѣятельности органовъ, которая квалифицируется какъ дѣйствіе государства, Кельзенъ заключаетъ отсюда, что государство въ своемъ правопорядкѣ можетъ выражать волю лишь относительно собственныхъ дѣйствій, а не дѣйствій своихъ подданныхъ.

Съ формально-нормативной этико-юридической (а не психологической) точки зрѣнія лишь собственные дѣйствія могутъ быть вмѣняемы, приписываемы субъекту; поэтому и государство, съ этой точки зрѣнія, въ правовыхъ нормахъ выражаетъ волю, направленную лишь на собственное свое поведеніе, а не на (правомѣрное) поведеніе своихъ подданныхъ, какъ думаетъ господствующая теорія, рассматривающая право какъ императивы, приказы и запреты государства и вносящая въ понятіе воли въ сферѣ юриспруденціи психологическіе элементы (психологическій актъ воли, цѣль, какъ содержаніе этой воли, осуществленіе этой цѣли путемъ мотивации посредствомъ императивовъ и т. д.). Но, если даже, замѣчаетъ Кельзенъ, рассматривать право съ телеологической точки зрѣнія, какъ это дѣлаетъ теорія императивовъ, то и

¹⁾ Стр. 187.

²⁾ Стр. 189 сл.

въ такомъ случаѣ необходимо возразить, что, въ отличіе отъ непосредственной мотиваціи автономнаго и лишеннаго санкціи нравственнаго закона, императивъ недостаточенъ для правовой мотиваціи, такъ какъ норма права имѣетъ гетерономный характеръ и поэтому для воздѣйствія на чужую волю необходимо нуждается еще въ санкціи. Санкція же состоитъ въ наказаніи или экзекуціи (понудительномъ исполненіи), т. е. опять-таки означаетъ извѣстную дѣятельность государства.

Слѣдовательно, въ правовой нормѣ, стремящейся вызвать соотвѣтственное поведеніе подданныхъ, государство выражаетъ непосредственно волю относительно собственнаго своего поведенія, а не поведенія другихъ; это послѣднее, какъ цѣль правовой нормы, имѣетъ лишь косвенное отношеніе къ правовой нормѣ.

Вслѣдствіе чисто формальнаго, этико-юридическаго, понятія воли немислимо воленіе чужого поведенія; государство, слѣдовательно, можетъ желать лишь собственнаго поведенія, а не поведенія своихъ подданныхъ; но и съ точки зрѣнія матеріально-психологической, которой придерживается императивная теорія, слѣдуетъ признать, что содержаніемъ выраженной въ правовой нормѣ государственной воли является лишь собственное поведеніе государства. Главная же ошибка теоріи, формулирующей правовую норму какъ императивное требованіе правомѣрнаго поведенія подданныхъ, состоитъ, полагаетъ Кельзенъ, въ томъ, что теорія эта отождествляетъ „цѣль правопорядка“ съ „волею государства“. Государство, какъ юридическое лицо, не можетъ быть субъектомъ цѣли и воли, понимаемыхъ въ психологическомъ смыслѣ. Это не значитъ, впрочемъ, что государство совершенно безцѣльно, что правопорядокъ, выраженіе его воли, не имѣетъ цѣли. Конечно, государство и его право имѣютъ цѣль (напримѣръ, устанавливать и поддерживать мирный порядокъ), но государство и его право по отношенію къ этой цѣли являются, поясняетъ Кельзенъ, не субъектомъ, но объектомъ, другими словами, средствомъ для осуществленія цѣлей, которыя ставитъ себѣ общество, т. е. люди въ ихъ социальномъ (а не государственномъ) общеніи ¹⁾.

¹⁾ Kelsen, стр. 208 сл.

Продолжая далѣе свою полемику съ теоріей императивовъ, въ частности критикуя теорію Биндинга, Кельзенъ утверждаетъ, что эта теорія слишкомъ расширяетъ логическо-грамматическое значеніе слова „императивъ“, называя этимъ терминомъ и правовое долженствованіе. Кардинальная ошибка теоріи императивовъ состоитъ въ томъ, что она содержаніе правовой нормы отождествляетъ съ соціальной цѣлью правопорядка и въ опредѣленіе понятія правовой нормы вноситъ матеріальный моментъ цѣли и мотивацію поведенія субъектовъ. Это ошибочно, такъ какъ такую цѣль имѣютъ не только нормы, но и императивы, не представляющіе собой нормъ, и такъ какъ при такомъ воззрѣніи игнорируется специальная форма, отличающая правовую норму отъ всякаго рода другихъ нормъ. Правовая норма, въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. обязывающая подданныхъ, представляетъ собою, говоритъ Кельзенъ, гипотетическое сужденіе объ условной волѣ государства. Она сводится къ слѣдующей схемѣ: при опредѣленныхъ условіяхъ (т. е. при опредѣленномъ поведеніи людей) государство хочетъ извѣстныхъ дѣйствій, т. е. именно послѣдствій правонарушенія (наказанія или взысканія)“. Правовая норма, слѣдовательно, тутъ содержитъ угрозу причиненія вреда.

Такое воззрѣніе на правовую норму, какъ на норму, обязывающую подъ угрозой вреда, называютъ обыкновенно теоріей принужденія. Но Кельзенъ понимаетъ принудительность правовой нормы лишь въ чисто формальномъ смыслѣ. Онъ доказываетъ, что логически нельзя даже говорить о принудительности нормы въ смыслѣ вынуждаемости, выполненія долженствованія, такъ какъ, напротивъ, норму именно и реализуютъ лишь тогда, когда ей не повинуются, лишь тогда и примѣняются государствомъ послѣдствія правонарушенія; но эти послѣдствія являются лишь суррогатомъ невыполненной обязанности.

Юридическая обязанность можетъ быть выполнена только посредствомъ собственнаго поведенія обязаннаго субъекта, а не указанными дѣйствіями государства.

Нельзя также говорить о психическомъ принужденіи, какъ

существенномъ признакъ правовой нормы, такъ какъ для понятія юридической нормы безразлично, оказываетъ-ли въ дѣйствительности правовая норма такое принужденіе (мотивацію) или нѣтъ.

Вообще, психическое принужденіе является соціальною цѣлью правовой нормы, но не является элементомъ самого понятія ея, и потому лежитъ внѣ области формальной юриспруденціи. Значеніе элемента принудительности права въ юриспруденціи сводится лишь къ тому, что правовая норма, поскольку она выражаетъ обязывающую подданныхъ волю государства, опредѣляетъ и обусловливаетъ такъ называемыя принудительныя дѣйствія государства (кару, взысканіе).

Еллинекъ допускаетъ крупную методологическую ошибку, опредѣляя право, какъ гарантированныя нормы. Эти, указываемыя Еллинекомъ, взаимныя признака принудительности, гарантіи имѣютъ внѣгосударственный и неюридическій характеръ. Тѣ индивидуальныя и соціальныя психическія факты, въ которыхъ Еллинекъ усматриваетъ гарантію права, безразличны для юриспруденціи, какъ формальной, нормативной дисциплины. Этими фактическими гарантіями, изучаемыми соціологіей, не можетъ быть характеризовано формальное понятіе юридической нормы. Вводя такой соціологическій элементъ въ понятіе юридической нормы, Еллинекъ какъ разъ допускаетъ имъ самымъ отвергаемое вредное смѣшеніе нормативной и объяснительной точекъ зрѣнія, игнорированіе противоположности между бытіемъ и долженствованіемъ ¹⁾).

Въ качествѣ гарантіи права, сторонники императивной теоріи выдвигаютъ еще уваженіе къ авторитету государства.

Съ точки зрѣнія императивной теоріи, государство является полновластнымъ авторитетомъ, предписывающимъ подданнымъ своими приказами и запретами правомѣрное поведеніе. Отношеніе между государствомъ и прочими субъектами разсматривается тутъ, какъ отношеніе властвованія и подчиненія, основанное на фактическомъ превосходствѣ физической и психической силы государства. Государство является, такимъ образомъ, субъектомъ отношенія властвованія, а прочія лица—

¹⁾ Стр. 223 сл.

подчиненными объектами его. Съ точки зрѣнія соціологической, возражаетъ Кельзенъ, норма права является дѣйствительно императивнымъ приказомъ или запретомъ, выраженіемъ государственнаго авторитета, мотивирующимъ волю подчиненныхъ субъектовъ. Велѣнія и запреты предполагаютъ существованіе отношенія властвованія, и государственное властвование есть не что иное, какъ фактическое состояніе постоянной мотиваціи, оказываемой государственнымъ правопорядкомъ. Но этотъ, относящійся къ области бытія, соціально психическій фактъ государственнаго властвованія лежитъ внѣ области нормативнаго юридическаго разсмотрѣнія.

Съ юридической точки зрѣнія, утверждаетъ Кельзенъ, государство не является такимъ властнымъ авторитетомъ, и правовая норма не является приказомъ или запретомъ. Государство съ юридической точки зрѣнія есть лицо, субъектъ правъ и обязанностей. Это—необходимое условіе всякой юридической конструкціи. Какъ субъектъ правъ и обязанностей, государство находится съ прочими субъектами въ отношеніи координаціи, а не властвованія.

Каждое отношеніе господства и подчиненности имѣетъ часто фактическую природу и не можетъ быть выражено средствами юридической формалистики. Всѣ эти фактическія отношенія являются „юридическими невѣсомыми“, такъ какъ право не знаетъ другого отношенія, кромѣ отношеній правомочія и правообязанности. Такъ называемая публичноправовая обязанность повиновенія органамъ государства формально является такою же обязанностью къ опредѣленному поведенію, какъ и всякая другая юридическая обязанность, хотя бы и частноправовая.

Въ сферѣ формальнаго права возможны лишь отношенія между координированными лицами, абстрагированныя отъ всякихъ фактическихъ различій и матеріальныхъ моментовъ экономическаго, физическаго, моральнаго или психическаго превосходства. Поэтому юридическую норму нельзя логически разсматривать какъ императивъ, въ отношеніи къ подданнымъ, такъ какъ въ императивѣ именно и выражается отношеніе фактическаго господства и подчиненія, которое для права

является безразличнымъ. Правовая норма въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. обязывающая и подданныхъ, устанавливаетъ лишь условія государственной воли, является гипотетическимъ сужденіемъ: „если ты будешь вести себя такимъ образомъ, то государство хотеть дѣйствовать такъ-то“.

Утвержденіе, что въ правѣ выражается воля государства, не значить, что государство или его воля отождествляются съ той безличной совокупностью сужденій, каковую представляетъ правопорядокъ. Государство является лицомъ только вслѣдствіе своей воли и, какъ субъектъ воли, государство является субъектомъ правъ и обязанностей, какъ и подданные. Въ правопорядкѣ проявляется не что иное, какъ воля государства, т. е. государства, какъ лица юридическаго, приравненнаго прочимъ субъектамъ права. Нельзя поэтому возвышать государство въ правопорядкѣ надъ прочими субъектами и даже надъ самимъ собою.

„Единственно правильное юридическое пониманіе отношенія между государствомъ и обязанными правовой нормой лицами состоитъ въ томъ, что „государство является лишь субъектомъ правовой обязанности наказанія и взысканія (Straf- und Exekutionspflicht). Въ правѣ государство формально координировано, приравнено тому субъекту, который, въ силу этого воленія государствомъ кары и взысканія, обязанъ къ поведенію, несоблюденіе котораго обусловливаетъ обязанность государства наказывать и взыскивать“ ¹⁾.

Затѣмъ Кельзенъ обращается къ разсмотрѣнію правовой нормы въ обширномъ смыслѣ, какъ онъ называетъ правовую норму, обязывающую само государство.

Юридическая непогрѣшимость государства.

Изъ указанныхъ уже выше возрѣній на право, государство и его волю ясно, что Кельзенъ долженъ логически признать формально-юридическую непогрѣшимость государства, такъ какъ, если въ правѣ имманентно выражается воля государства, то она не можетъ быть въ противорѣчii сама съ собою въ фактическомъ поведеніи государства, такъ какъ

¹⁾ Стр. 233 сл.

это, говоритъ Кельзенъ, означало бы раздвоеніе государственной воли, на единствѣ которой базируется личность государства. Подданные могутъ нарушать право государства, но само государство не можетъ этого дѣлать, и органы государства, черезъ которые дѣйствуетъ юридическое лицо—государство, лишь постольку представляютъ государство, поскольку ихъ психическая воля согласна съ государственной волей, съ правопорядкомъ. Этотъ неизбѣжный на практикѣ фактъ, что акты государственныхъ органовъ расходятся съ волей государства, не можетъ оправдывать утвержденіе Еллинека, будто юридическая непогрѣшимость государства есть лишь идеальный принципъ, такъ какъ, поясняетъ Кельзенъ, одно изъ двухъ: или актъ исполнительныхъ органовъ, притязующій считаться актомъ государства, но оказавшійся неправомѣрнымъ, будетъ отмѣненъ и замѣненъ правомѣрнымъ, чѣмъ ясно будетъ объявлено, что неправомѣрный актъ не является актомъ государственной воли, или же, если правопорядокъ не даетъ средствъ для исправленія такого неправомѣрнаго акта органа, въ случаѣ, на примѣръ, безапелляціонности рѣшенія должностного лица, то это несомнѣнно значить, что самое государственное право такой актъ при извѣстныхъ условіяхъ признаетъ выраженіемъ государственной воли, т. е., софистически объясняетъ Кельзенъ, государство при извѣстныхъ условіяхъ само хочетъ такихъ актовъ. Несоблюденіе законныхъ формъ законодательными органами при изданіи закона дѣлаетъ этотъ законъ недействительнымъ, такъ какъ тутъ нѣтъ воли государства. Но въ странахъ, гдѣ нѣтъ судебного контроля надъ актами законодательныхъ органовъ, несоблюденіе законодательнымъ учрежденіемъ требуемыхъ закономъ формъ и условій при изданіи закона является, по мнѣнію Кельзена, такимъ же юридически неконструируемымъ нарушеніемъ конституціи, какъ революція или фактическая остановка механизма. Такой фактъ нельзя квалифицировать какъ „правонарушеніе государства“, онъ лежитъ вообще внѣ юридическаго разсмотрѣнія.

Для пониманія этого страннаго утвержденія Кельзена, необходимо еще указать, что законодательные органы въ его

конструкціи являются не органами государства, а общества.

Вообще вопросъ о томъ, можетъ-ли государство нарушить право, есть, по мнѣнію Кельзена, исключительно вопросъ юридической конструкціи.

Правовая норма по отношенію къ государству выполняетъ иную формальную функцію, чѣмъ по отношенію къ подданнымъ. „Государственная воля, выраженная въ нормѣ, есть долженствованіе государства, обязанность государства есть его воля“.

По отношенію же къ подданнымъ правопорядокъ, пользуясь удачнымъ въ данномъ случаѣ выраженіемъ Биндинга, имѣетъ въ виду лишь „возможнаго правонарушителя“ и съ формально юридической точки зрѣнія является реакціей противъ неправа. Эту послѣднюю функцію правопорядокъ, конечно, не можетъ имѣть по отношенію къ самому государству.

Каждая правовая норма (въ обширномъ смыслѣ слова) устанавливаетъ правовую обязанность государства, поскольку она содержитъ волю государства относительно собственнаго его поведенія; когда же правовая норма дополнительно устанавливаетъ еще и послѣдствія правонарушенія для подданныхъ, т. е. кару, взысканіе (правовая норма въ тѣсномъ смыслѣ слова), она тогда устанавливаетъ и правовыя обязанности подданныхъ къ поведенію, противоположному тому, которое влечетъ за собой указанные послѣдствія правонарушения ¹⁾).

Въ основу всей этой конструкціи, объясняетъ Кельзень, положено объективное воззрѣніе на право, правовую норму. Оно противорѣчитъ господствующей въ цивилистической литературѣ конструкціи, которая поκειται на субъективномъ воззрѣніи на право, исходитъ не отъ правовой нормы, а отъ субъективныхъ правъ, и на различіи этихъ правъ базируется и разграниченіе частнаго и публичнаго права. Вопросъ объ отношеніи субъективнаго права къ правовой нормѣ и разграниченіи частнаго и публичнаго права Кельзень разсматриваетъ ниже. Здѣсь же Кельзень еще разъ настаиваетъ

¹⁾ Стр. 250 сл.

на томъ, что всякая норма права выражаетъ всегда волю государства объ обусловленномъ опредѣленными обстоятельствами поведеніи государства, является, слѣдовательно, гипотетическимъ сужденіемъ о поведеніи самого государства. Тамъ же, гдѣ законы говорятъ не о положительныхъ дѣйствіяхъ государства, а о какомъ-либо воздержаніи отъ такихъ, какъ-то, напримѣръ, въ области такъ называемыхъ правъ свободы, то, по мнѣнію Кельзена, или мы имѣемъ дѣло не съ какими либо самостоятельными правовыми нормами, а съ ближайшимъ опредѣленіемъ изъятій изъ установленныхъ въ другомъ мѣстѣ общимъ образомъ фактовъ, обусловливающихъ дѣятельность государства, или же такіа положенія представляютъ собою лишь юридически безразличныя деклараціи законодателей. Вѣдь, напримѣръ, юридически безразлично выражать въ правѣ, что государство хочетъ охранять свободу вѣры подданныхъ, такъ какъ для того, чтобы органы государства были управомочены стѣснять въ чемъ-либо послѣднюю, необходимо специальное выраженіе воли государства о соотвѣтствующемъ своемъ поведеніи ¹⁾).

Исходя изъ указанной конструкціи правовыхъ нормъ, какъ гипотетическихъ сужденій о волѣ государства относительно его поведенія, обязывающихъ государство, при чемъ нѣкоторыя нормы вдобавокъ устанавливають и обязанности подданныхъ, Кельзенъ систематизируетъ все право съ такой формальной точки зрѣнія на право, обязывающее лишь государство, и право, обязывающее вдобавокъ и подданныхъ. Если, говорить онъ, называть государственнымъ правомъ право, обязывающее государство, то всякое право есть право государственное, такъ какъ всѣ нормы права, выражая волю государства о его поведеніи, обязываютъ государство; та же группа правовыхъ нормъ, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаютъ и обязанности подданныхъ, и представляетъ собою то право, которое въ господствующей систематикѣ причисляется къ уголовному и гражданскому и неправильно противопоставляется государственному праву, несмотря на то, что эти нормы совершенно такимъ же образомъ норми-

¹⁾ Стр. 255.

ругую государственныя функціи, какъ и нормы такъ называемаго конституціоннаго и административнаго права ¹⁾).

Разсмотрѣвъ затѣмъ критически ученіе о нормахъ Биндинга и Тона ²⁾), Кельзенъ переходитъ къ разсмотрѣнію „субъективныхъ формъ проявленія правовой нормы“.

IV.

Обязанности и права.

Различныя юридическія обязанности органовъ государства, государства и подданныхъ, говоритъ Кельзенъ, создаются совокупностью правовыхъ нормъ, т. е. правопорядкомъ. Различіе между правовой обязанностью и правовой нормой происходитъ изъ различія между объективной и субъективной точкой зрѣнія: что съ точки зрѣнія объективной является правовой нормой, то съ субъективной точки зрѣнія представляетъ правовую обязанность. Субъективное право и правообязанность являются лишь субъективными формами проявленія правовой нормы. Разсмотрѣвъ существующія ученія объ обязанности вообще и правовой обязанности, Кельзенъ приходитъ къ заключенію, что господствующее ученіе о юридической обязанности, рассматривающее ее какъ реально психическое состояніе внутренней связанности воли, вызванное мотивирующей силой правопорядка, ошибочно переноситъ понятіе моральной обязанности въ юридическую область, игнорируя гетерономный характеръ права, отличающій его отъ автономной морали. Моральная обязанность есть не что иное, какъ сама нравственная норма, сознание нравственное влеченіе, нравственное направленіе воли.

Но норма права (въ виду ея гетерономности) и правообязанность не являются психическимъ единствомъ. Единство здѣсь чисто формальное. О субъективной правообязанности наравнѣ съ объективной юридической нормой можно говорить лишь постольку, поскольку этимъ выражаютъ способность нормы къ субъективизированію, т. е. примѣнимость ея къ конкретному субъекту. Объективная правовая норма дѣлается

¹⁾ Kelsen, стр. 268 сл.

²⁾ Стр. 270—311.

субъективной юридической обязанностью въ силу того, что норма примѣняется къ отдѣльной личности, что при указанныхъ въ нормѣ условіяхъ личность должна истерпѣть тотъ вредъ, который опредѣляетъ правовая норма какъ воля государства. Въ этой способности субъективирования, примѣненія къ конкретному субъекту, и заключается, по мнѣнію Кельзена, разрѣшеніе проблемы выведенія обязанности изъ правовой нормы, пониманія послѣдней какъ юридической обязанности. Правовая норма поэтому должна содержать оговорку о своемъ примѣненіи. Голый же императивъ, какъ-то, напримѣръ, „не убивайте“, „платите свои долги“, не даетъ никакой специфической возможности его примѣненія и потому не можетъ быть основаніемъ для разрѣшенія проблемы, какъ юридическая обязанность вытекаетъ изъ правовой нормы ¹⁾).

Въ чемъ же заключается, не съ социологической или психологической, а съ юридической точки зрѣнія, основаніе обязательности примѣненія правовой нормы или основаніе обязательности права? Юридическое дѣйствіе нормы, отвѣчаетъ Кельзенъ, состоитъ, какъ уже было выше указано, не въ томъ, что она фактически примѣняется, а въ томъ, что она должна примѣняться. Поэтому вышеуказанный вопросъ можетъ имѣть лишь смыслъ, когда спрашиваютъ, почему правовая норма должна примѣняться. Но и такой вопросъ собственно не имѣетъ смысла, такъ какъ въ самомъ понятіи нормы заключено долженствованіе ея примѣненія ²⁾). Что же касается матеріальнаго, а не формальнаго основанія дѣйствія права, то такой вопросъ о матеріальномъ основаніи лежитъ внѣ границъ юридическаго познанія.

Указанная конструкція правовой нормы и правовой обязанности, говоритъ Кельзенъ, даетъ возможность отвѣтить на рядъ другихъ юридическихъ проблемъ и оцѣнить инныя юридическія ученія и конструкціи.

Такъ, прежде всего, различныя ученія *объ адресатахъ правовыхъ нормъ*. Эти ученія съ ихъ конструкціями, говоритъ

¹⁾ Kelsen, стр. 348 сл.

²⁾ Стр. 352 сл.

Кельзенъ, основаны на пониманіи права какъ императивовъ, которые къ кому-то обращены и къмъ-то должны быть восприняты. Такое пониманіе права признаетъ Кельзенъ, какъ уже указано, ошибочнымъ. Съ точки зрѣнія своего пониманія права онъ отвергаетъ и самую возможность вопроса объ адресатахъ нормъ. Правовая норма, какъ гипотетическое сужденіе объ обусловленной опредѣленными обстоятельствами воли государства относительно его собственнаго поведенія, не нуждается, говоритъ Кельзенъ, въ адресатахъ, т. е. въ лицахъ, которыя восприняли бы норму. Можно говорить лишь не о томъ, кто является адресатомъ нормы, но кто является обязаннымъ по этой нормѣ. Каждую нормою обязывается, какъ это уже указано выше, государство ¹⁾; нѣкоторыя же правоположенія, именно тѣ, которыя содержатъ въ себѣ волю государства о послѣдствіяхъ правонарушенія, обязываютъ также и прочихъ субъектовъ, среди которыхъ слѣдуетъ различать органы государства и подданныхъ.

Прежде всего, что касается обязанностей государства, Кельзенъ утверждаетъ, что, разъ государство понимается какъ личность, необходимо доказать, что государство является субъектомъ правъ и обязанностей.

Чрезвычайныя трудности, встрѣченныя въ литературѣ при разрѣшеніи этого вопроса, вызваны главнымъ образомъ тѣмъ, что государство разсматриваютъ какъ субъектъ, существенно отличный отъ прочихъ субъектовъ; подъ послѣдними же разумѣютъ людей, „физическихъ лицъ“, прирожденныхъ, естественныхъ субъектовъ права, государство же, какъ „юридическое лицо“, склонны признавать искусственнымъ юридическимъ субъектомъ. Вдобавокъ государство юридически возвышаютъ надъ прочими субъектами въ качествѣ субъекта властвованія, оказывающаго своимъ авторитетомъ мотивирующее воздѣйствіе на подданныхъ и обязывающаго послѣднихъ.

Кельзенъ отвергаетъ всѣ эти воззрѣнія. Во-первыхъ, онъ считаетъ ошибкой различіе, проводимое между лицами „физическими“ и „юридическими“, такъ какъ понятіе субъекта

¹⁾ По мнѣнію Кельзена, государство является обязаннымъ субъектомъ, но не адресатомъ нормы, какъ это утверждаетъ теорія самообязыванія.

правъ, юридическаго лица, все равно, идетъ-ли рѣчь о людяхъ или государствѣ, является всегда искусственнымъ понятіемъ, установленнымъ правомъ. Государство въ такомъ же смыслѣ юридическое лицо, какъ и человѣкъ.

Также понятіе воли въ юриспруденціи является чисто конструктивнымъ приемомъ, а не какимъ-либо соціально-психологическимъ фактомъ.

Далѣе, съ юридической точки зрѣнія право не можетъ быть отношеніемъ властвованія, такъ какъ властвованіе есть фактическое отношеніе силы, а не юридическое отношеніе обязанности и права.

Поэтому и правовую связанность государства нельзя разсматривать, какъ это дѣлаетъ и Еллинекъ въ своей теоріи самообязыванія государства, какъ реально-психическую связанность воли; реально-психически могутъ быть обязаны всегда лишь отдѣльные люди. Нельзя и проводить ту аналогію между обязанностью автономной морали и юридическою обязанностью государства, какъ это дѣлаетъ Еллинекъ. Уязвимость теоріи Еллинека, говоритъ Кельзенъ, заключается не въ принятіи юридическаго „самообязыванія“, а въ его общемъ воззрѣніи, что правовая обязанность, въ томъ числѣ юридическая обязанность государства, возникаетъ въ силу процесса причинности и поэтому является чѣмъ-то принадлежащимъ къ области бытія. Теорія эта, такимъ образомъ, желаетъ дать „объясненіе“ опредѣленныхъ психическихъ движеній, означаемыхъ словомъ „правовая обязанность“, но стіюдь непригодна для юридической конструкціи. Юридически допустимо говорить лишь объ обязанности, а не объ обязываніи; тотъ же процессъ, результатомъ коего является обязанность, является юридически безразличнымъ. Правовая обязанность, какъ указано уже выше, не есть нѣчто самостоятельное, отличное отъ правовой нормы, но сама эта субъективированная норма.

Поэтому и вопросъ о возникновеніи правовой обязанности, будучи вопросомъ о возникновеніи правовой нормы, права вообще, стоитъ внѣ области юриспруденціи.

Съ исторической же точки зрѣнія государство не пред-

шествуетъ праву и не создаетъ его, такъ какъ государство немислимо безъ права и зачатки государственной организаціи неразрывно связаны съ правомъ. Право и государство, это—лишь двѣ различныя стороны одного и того же факта. Утвержденіе, что „право есть продуктъ государственной воли“, есть только, объясняетъ Кельзенъ, образное выраженіе, такъ какъ государственная воля, какъ указано, не есть нѣчто реальное, а только конструкція для цѣли юридическаго вмѣненія, приписыванія.

Поэтому утвержденіе, что воля государства создаетъ нѣчто, на примѣръ, право, очевидный самообманъ; это все равно, что утверждать, что государство создаетъ свою личность, т. е. само себя.

Государство съ формально-юридической точки зрѣнія является, какъ это уже показано выше, лишь „носителемъ права“, такъ какъ право выражаетъ волю государства съ указанной выше чисто-формальной, нормативной, а не психологической точки зрѣнія ¹⁾).

Весь процессъ, именуемый законодательствомъ, постановленія верхней и нижней палатъ, санкція монарха, публикація,—все это, говоритъ Кельзенъ, не находится къ юридической волѣ государства въ отношеніи причины къ слѣдствію. Вся совокупность этихъ фактовъ является съ формальной точки зрѣнія лишь условіемъ наличности правовой нормы, т. е. истинности сужденія, что при опредѣленныхъ условіяхъ опредѣленные дѣйствія извѣстныхъ лицъ (органовъ государства) должны приписываться не имъ, а государству. Всѣ моменты въ процессѣ законодательства, въ отдѣльности и въ совокупности ихъ, не являются функціями или функціей государства, проявленіями государственной воли. Мы имѣемъ здѣсь лишь дѣло съ волеизъявленіями и актами отдѣльныхъ лицъ, кои никоимъ образомъ не могутъ быть приписаны самому государству, и ходячее словоупотребленіе правильно называетъ ихъ не актами государства, а отдѣльныхъ лицъ (монарха, депутатовъ) или корпорацій (палатъ).

О волѣ государства можно заключать лишь на основаніи

¹⁾ Kelsen, стр. 465 сл.

уже готовой существующей нормы права, закона, приписывающего известные акты государству. Но нѣтъ нормъ, которыя бы приписывали государству многочисленныя въ процессѣ законодательства акты лицъ, призванныхъ къ законодательству. Оно и понятно, такъ какъ такія нормы означали бы волю государства создавать нормы права, законы, т. е. волю воли, нелѣпую конструкцію, такъ какъ воля, какъ въ юридическомъ, такъ и психическомъ смыслѣ, не можетъ имѣть своимъ содержаніемъ самое себя.

Итакъ, процессъ законодательства не является функціей государства, а лишь соціальной функціей. Юридически имѣть значеніе лишь завершившаяся государственная воля; до публикаціи же закона и истечения „*vacatio legis*“ нѣтъ ничего юридическаго ¹⁾).

Разъ законодательство не есть дѣятельность государства, но соціальная функція, то и люди, призванные законодательствовать, не органы государства, а органы общества. Своеобразная противоположность общества и государства, какъ особой формы общественной организаціи, здѣсь специально проявляется. Но было бы ошибочно, говорить Кельзенъ, мыслить общество и государство, какъ двѣ вполне самостоятельныя организаціи, рѣзко противостоящія другъ другу. Государство лишь форма общества, общество же—субстанціональный элементъ содержанія этой формы. Право и государство представляютъ собою лишь продукты отвердѣнія въ потокѣ соціальной жизни. Законодательство—тотъ проницаемый пунктъ, черезъ который потокъ соціальной жизни постоянно вливается въ государственное тѣло и въ которомъ аморфные элементы общества переходятъ въ прочныя формы государства и права; нравы и мораль, хозяйственные и религиозные интересы дѣлаются правовыми нормами, содержаніемъ государственной воли ²⁾).

¹⁾ Стр. 410. Между прочимъ, Кельзенъ оспариваетъ ученіе Лабанда и Зеллигмана о санкціи, какъ важнѣйшемъ моментѣ въ процессѣ законодательства. „Лишь съ историко-политической, а не формально-юридической точки зрѣнія, можно приписывать санкціи монарха въ процессѣ законодательства болѣе важное значеніе, чѣмъ остальнымъ условіямъ такъ называемаго государственнаго волеобразованія“. Стр. 417.

²⁾ Стр. 411 сл.

Юридическое учение объ органахъ государства.

Значительное мѣсто въ своемъ трудѣ Кельзенъ удѣляетъ разсмотрѣнію и критикѣ различныхъ ученій объ органахъ государства, конструкцій понятія органа и правообязанностей органовъ ¹⁾).

Существующія юридическія теоріи по этимъ вопросамъ онъ признаетъ неправильными, такъ какъ онѣ въ конструкціи понятія органа вносятъ цѣлевой моментъ или разсматриваютъ дѣятельность органовъ какъ психологическій процессъ образованія воли государства посредствомъ воли физическихъ лицъ, или держатся ошибочнаго пониманія права какъ императивовъ государства.

Собственную же конструкцію юридическаго понятія государственнаго органа Кельзенъ базируетъ на положеніи, что правовая норма формально выражаетъ волю государства относительно его собственнаго поведения. Поэтому органами государства являются тѣ, кто осуществляетъ эту волю. „Дѣятельность органовъ заключается въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя представляютъ собою реализацію выраженной въ правовомъ положеніи воли государства. Подданные лишь повинуются или не повинуются правовой нормѣ, въ зависимости отъ того, совершаютъ ли они, или нѣтъ, дѣйствія, съ которыми воля государства связываетъ послѣдствія правонарушенія. Осуществлять же содержащуюся въ правѣ волю государства, переводить ее въ дѣйствіе, могутъ лишь органы государства. Какъ уже сказано было, Кельзенъ не признаетъ законодательные органы органами государства, такъ какъ они, по его выраженію, выполняютъ лишь соціальную, а не государственную функцію образованія воли государства; исполнительные органы (органы управленія) являются органами государства, поскольку они осуществляютъ уже выраженную въ правѣ, законѣ, волю государства ²⁾. Законотворныя дѣйствія этихъ органовъ — дѣйствія государства. Личность государства

¹⁾ Kelsen, стр. 450—567.

²⁾ Стр. 465 сл.

есть лишь продуктъ права, поэтому реализація права есть единственная функція государства, какъ личности.

Въ законахъ проявляется воля государства, въ управленіи—его дѣйствіе. Кельзенъ доказываетъ, что въ современномъ правовомъ государствѣ управленіе (не только юрисдикціонная дѣятельность, но и управленіе въ тѣсномъ смыслѣ) даже при наличности такъ называемаго „свободнаго усмотрѣнія“ юридически слѣдуетъ мыслить лишь какъ реализацію государственной воли, выраженной въ правѣ ¹⁾. Для конструкціи юридическаго понятія управленія, нужно, оставивъ въ сторонѣ вопросъ о цѣляхъ государства и его задачахъ, лишь отвѣтить на вопросъ: какъ относятся къ правопорядку акты, называемые „управленіемъ“. На этотъ вопросъ онъ и отвѣчаетъ слѣдующимъ образомъ: и въ правопорядкѣ и въ управленіи выражается воля государства, но въ правопорядкѣ она является обусловленной опредѣленными предположеніями, въ управленіи безусловно (sic!). Такъ, напр., государство въ правовой нормѣ выражаетъ волю наказывать при опредѣленныхъ условіяхъ, какъ-то въ случаѣ кражи. По наступленіи же указанныхъ въ законахъ условій (какъ-то совершеніи кражи) государство хочетъ уже безусловно (!) наказать опредѣленное лицо, такого-то вора, поэтому органы государства, обязанностью которыхъ является реализація государственной воли, *должны* наказать этого вора.

Лишь правомѣрные дѣйствія государственнаго органа приписываются самому государству, такъ какъ они соотвѣтствуютъ волѣ его, выраженной въ правѣ. Неправомѣрные же дѣйствія государственныхъ органовъ, будучи нарушеніемъ ихъ юридической обязанности осуществлять волю государства въ опредѣленномъ объемѣ, вмѣняются, приписываются самимъ этимъ органамъ, а не государству ²⁾. Если государство, какъ юридическое лицо, можетъ дѣйствовать лишь черезъ свои органы, то таковыми могутъ быть лишь люди, а не абстрактности, учрежденія. Не министры и монархъ, какъ учрежденія, являются

¹⁾ Стр. 491 сл.

²⁾ Стр. 526.

органами государства, а министры, монархи, президенты и т. д., какъ люди. Государство имѣетъ, съ юридической точки зрѣнія, самостоятельную „волю“ и поэтому нуждается въ органахъ лишь постольку, поскольку оно именно нуждается въ людяхъ, которые дѣйствовали бы и дѣйствія которыхъ имѣли бы значеніе дѣйствій юридическаго лица. Государственноправовое понятіе органа совершенно тождественно съ понятіемъ такъ называемаго носителя функцій органа (Organträger). Поэтому различіе, которое Еллинекъ проводитъ между этими понятіями, лишено значенія ¹⁾). Нельзя отрицать особую личность государственнаго органа, какъ это дѣлаетъ Еллинекъ и вообще неорганическое ученіе о государствахъ. Правовая норма, какъ уже указано, выражаетъ обусловленную опредѣленными обстоятельствами волю государства относительно его собственнаго поведенія. Эта воля означаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанность государства къ такому поведенію. Если же воля государства направлена еще въдобавокъ на опредѣленные послѣдствія правонарушенія, то имѣется еще и юридическая обязанность прочихъ субъектовъ (возможныхъ правонарушителей), именно обязанность воздержанія отъ того, что влечетъ за собою послѣдствія правонарушенія, т. е. наказаніе, взысканіе со стороны государства.

Государственные органы или обязаны осуществлять выраженную въ правѣ волю государства, или, въ исключительныхъ случаяхъ, нѣтъ даже нужды въ установленіи такой обязанности, такъ какъ субъективный интересъ самихъ органовъ въ осуществленіи государственной воли столь значителенъ, что является излишнимъ угрожать причиненіемъ имъ вреда на случай неосуществленія органами нужныхъ функцій; въ этомъ послѣднемъ случаѣ конструируютъ *право* органа на такое свое положеніе (Organstellung). Такую природу имѣетъ именно положеніе монарха, какъ главы правительственной власти ²⁾).

Нужно строго различать между правоположеніемъ, устанавливающимъ волю государства и вмѣстѣ съ тѣмъ обяза-

¹⁾ Kelsen, стр. 524.

²⁾ Стр. 526.

вающимъ государство, и правоположеніемъ, которое обязываетъ органъ осуществлять эту волю государства. Такою обязывающею органы правовую нормою будетъ та, въ которой установлены специфическія дисциплинарныя послѣдствія правонарушенія органа. Дисциплинарная юридическая норма въ ея субъективированіи и выражаетъ правовую обязанность государственнаго органа ¹⁾).

Служебная обязанность государственныхъ органовъ есть бланкетная обязанность, и устанавливающая ее юридическая норма есть бланковая правовая норма: она обязываетъ подъ дисциплинарной санкціей государственный органъ къ такому поведенію, которое требуется въ силу должностного положенія указами и распоряженіями въ предѣлахъ служебной сферы. Эта сфера устанавливается компетентнымъ начальствомъ, поскольку она не опредѣлена уже напередъ спеціальнымъ организаціоннымъ закономъ ²⁾).

Необходимой формой правовыхъ нормъ является лишь законъ. Административныя распоряженія не являются правовыми нормами и не создаютъ сами юридическихъ обязанностей ни органовъ, ни подданныхъ, какъ-то утверждаетъ теорія императивовъ, которая и въ нѣкоторыхъ административныхъ приказахъ усматриваетъ нормы, создающія обязанности подданныхъ.

Административный актъ лишь приводитъ въ дѣйствіе (*geltend macht*) эту обязанность повиновенія, которая установлена уже правомъ, т. е. необходимой его формой—закономъ. Общая же обязанность повиновенія подданныхъ есть лишь коррелятъ общей же служебной обязанности государственныхъ органовъ и потому имѣетъ такой же бланкетный характеръ, такъ какъ въ правѣ, законахъ, еще не дано никакого конкретнаго содержанія этой обязанности, не предписывается матеріально субъекту еще никакого опредѣленнаго дѣйствія или упущенія.

Такое конкретное содержаніе обязанность послушанія получаетъ лишь въ силу приказа административнаго органа,

¹⁾ Стр. 527.

²⁾ Стр. 560 сл.

все равно, будетъ ли такое распоряженіе имѣть общій или индивидуальный характеръ ¹⁾).

Ученіе о субъективномъ правѣ.

Разсмотрѣвъ ученіе объ юридической обязанности и давъ формально-юридическую конструкцію обязанностей различныхъ субъектовъ права, Кельзенъ переходитъ къ конструкціи субъективнаго права.

Разсмотрѣвъ и подвергнувъ критикѣ съ точки зрѣнія своихъ, уже извѣстныхъ намъ, принципіальныхъ методологическихъ воззрѣній, различные теоріи и понятія субъективнаго права (теорію интереса, волевою теорію и смѣшанную теорію цѣлевого и волевого момента въ субъективномъ правѣ), а также базирующіяся на этихъ теоріяхъ различные конструкціи субъективныхъ публичныхъ правъ ²⁾, Кельзенъ приходитъ къ заключенію, что основная ошибка всѣхъ указанныхъ теорій состоитъ въ томъ, что субъективное право разсматривается ими какъ нѣчто, существенно отличное отъ объективнаго права. При этомъ неправильна въ этихъ теоріяхъ и самая постановка вопроса о понятіи субъективнаго права. Исслѣдователи этого понятія не отдають себѣ отчета въ томъ, какое значеніе имѣетъ понятіе субъективнаго права для юриста. Поэтому они конструируютъ это понятіе исключительно или въ существеннѣйшей его части при помощи элементовъ, которые лежатъ внѣ сферы юридическаго образованія понятій. Эти теоретики обращаютъ именно вниманіе на то, что право (въ объективномъ смыслѣ) защищаетъ или признаетъ, т. е. на субстанціональный моментъ, между тѣмъ какъ для юриста только важно лишь знать форму—не „что“, а „какъ“. Право, вѣдь, есть форма, а не содержаніе, защита, а не защищаемое. Въ виду этого, Кельзенъ конструируетъ свое формальное юридическое понятіе субъективнаго права такимъ же образомъ, какъ и юридическую обязанность. Онъ выводитъ его изъ установленнаго имъ формальнаго понятія

¹⁾ Стр. 562 сл.

²⁾ Стр. 567—618.

юридической нормы, въ ея особомъ отношеніи къ субъекту, въ ея субъективированіи.

Какимъ же образомъ обращается норма въ субъективное право, т. е. въ „мое право“? Это происходитъ тогда, по-ясняетъ Кельзенъ, когда правовая норма находится въ распоряженіи субъекта, именно когда, выраженная въ нормѣ, условная воля государства къ определенному поведенію поставлена въ зависимость и отъ *меня*, т. е. отъ проявленія моей личности. Такъ, правовая норма въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. выражающая волю государства наказывать или взыскивать и потому обязывающая и подданныхъ, устанавливаетъ субъективное право всѣхъ тѣхъ, отъ иска или жалобы которыхъ ставится въ зависимость реализація послѣдствій, связанныхъ съ правонарушеніемъ. Этотъ искъ, наравнѣ съ фактическимъ составомъ правонарушения, является еще новымъ добавочнымъ моментомъ, обуславливающимъ въ данномъ случаѣ волю государства. Поскольку такая правовая норма проявляется въ субъективной формѣ обязанности, обязанность одного лица является въ то же время правомъ другого, другими словами,—поскольку *правовая норма есть мое право*, установленная ею обязанность другого есть также *мое право*, я имѣю право на выполнение обязанности другимъ. Право субъекта всегда направлено на обязанность другого, но, во всякомъ случаѣ, не наоборотъ, утверждаетъ Кельзенъ; объясняется это тѣмъ, что каждое правоположеніе устанавливаетъ, конечно, обязанность, но отнюдь не всегда устанавливаетъ правомочіе, такъ какъ воленіе послѣдствій правонарушения не всегда обусловлено необходимо искомъ. Правомочіе есть лишь возможное, но не необходимое, субъективное проявленіе правовой нормы ¹⁾).

Такъ какъ правовая норма въ тѣсномъ смыслѣ устанавливаетъ двойную обязанность, именно обязанность подданнаго къ соответственному поведенію и обязанность государства примѣнять послѣдствія правонарушения въ случаѣ неправомѣрнаго поведенія подданныхъ, то субъективное право

¹⁾ Kelsen, стр. 620.

направлено на ту и на другую обязанность. Такъ, кредиторъ имѣетъ право не только на возвращеніе ему долга должникомъ, но и субъективное право къ государству на экзекуцію (Exekution). Однако, здѣсь мы имѣемъ не различныя права, а одну и ту же норму права и вмѣстѣ съ тѣмъ одно и то же субъективное право, хотя и рассматриваемое въ двухъ различныхъ отношеніяхъ.

Что касается тѣхъ правоположеній, которыя выражаютъ волю государства наказывать, то они обыкновенно не поставлены въ зависимость отъ жалобы или иска подданнаго; лишь изъ процессуально-техническихъ соображеній устанавливается государственный органъ—публичный обвинитель, отъ котораго и зависитъ возбужденіе вопроса о послѣдствіяхъ правонарушенія, указанныхъ въ уголовноправовой нормѣ. Въ такихъ случаяхъ можно признать наличность субъективнаго (публичнаго, по господствующей терминологіи) права государства, направленного на обязанность (публичноправовую, по господствующей терминологіи) подданныхъ воздерживаться отъ угрожаемыхъ наказаніемъ дѣйствій ¹⁾.

Эта конструкція субъективнаго права, какъ указываетъ самъ Кельзенъ, приближается въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ къ конструкціи Тона, но императивная теорія права, которой придерживается Тонъ, помѣшала Тону примѣнить къ ученію о субъективномъ правѣ правильно понятый имъ формально-юридическій методъ, такъ какъ императивная теорія сама по себѣ противорѣчитъ этому методу.

Въ частности, относительно ученія о такъ называемыхъ субъективныхъ публичныхъ правахъ, Кельзенъ указываетъ, что принятое нынѣ дѣленіе права на публичныя и частныя исходитъ изъ неправильнаго основанія ²⁾.

При данной же конструкціи субъективнаго права, какъ субъективированной нормы права, ясно, что всѣ, нынѣ различаемые, виды правъ имѣютъ, напротивъ, одну и ту же структуру: именно, такъ называемыя нынѣ частныя права, права

¹⁾ Стр. 620.

²⁾ Стр. 629.

подданныхъ къ подданнымъ, представляютъ собою субъективное отношеніе экзекуціонной правовой нормы (Ezekutionsrechtssatzes); причисляемыя къ публичнымъ правамъ, права подданныхъ въ отношеніи къ государству являются вторымъ субъективнымъ отношеніемъ правовой экзекуціонной нормы; причисляемыя также къ публичнымъ, субъективныя права государства къ подданнымъ являются субъективнымъ отношеніемъ экзекуціонной и карательной нормы.

Субъективныя права государства и прочихъ субъектовъ въ отношеніи къ подданнымъ вытекаютъ изъ тѣхъ правовыхъ нормъ, которыя Кельзенъ называетъ правоположеніями въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. нормъ, выражающихъ волю государства о послѣдствіяхъ правонарушенія, такъ какъ только эти правоположенія нормируютъ субъективныя обязанности подданныхъ.

Но какъ можно, спрашиваетъ Кельзенъ, конструировать субъективное право въ отношеніи къ самому государству въ томъ случаѣ, когда воля его, выраженная въ правѣ, не направлена ни на взысканіе, ни на наказаніе? Вѣдь ясно, что, если бы существо субъективнаго права сводить къ возможности юридическаго преслѣдованія правонарушителя, то такое преслѣдованіе самого государства немислимо, такъ какъ государство, какъ указано уже выше, не можетъ нарушать право. Неисполненіе государственныхъ обязанностей можетъ быть приписано поэтому не государству, а лишь государственнымъ органамъ, нарушающимъ свой служебный долгъ реализаціи обязанностей государства. Если должностное лицо неправомѣрно отказало принять избирательную записку отъ избирателя, то избиратель потерпѣлъ не отъ государства, а отъ этого должностнаго лица, противъ котораго только и можетъ быть возбужденъ процессъ.

Нельзя также признать субъективное право въ отношеніи къ органу государства, на поведеніе органа, такъ какъ выполненіе обязанности, опредѣленной въ правѣ, приписывается не органу, а государству (органу вмѣняется, приписывается, лишь нарушеніе обязанности). Для признанія наличности субъективнаго права къ органу, необходимо, чтобы въ рас-

поряженіи управомоченнаго находилась дисциплинарная правовая норма, которая могла бы быть примѣнена вслѣдствіе жалобы потерпѣвшаго. Но здѣсь именно рѣчь идетъ о такихъ случаяхъ, когда такой дисциплинарной нормы нѣтъ.

Кельзенъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. Исходя изъ данной имъ конструкции общаго понятія субъективнаго права, онъ конструируетъ субъективное право противъ государства слѣдующимъ образомъ. Субъективное право противъ государства существуетъ, говоритъ онъ, тогда, когда обязывающая государство правовая норма находится въ такомъ распоряженіи управомоченнаго, что выполненіе опредѣленной въ ней обязанности государства поставлено въ зависимость отъ особаго акта управомоченнаго; такимъ особымъ актомъ управомоченнаго будетъ всякое заявленіе субъекта, приглашающее государство сдѣлать то, къ чему оно обязано. Такой актъ субъекта можно назвать и употребительнымъ терминомъ „притязаніе“, несмотря на различный смыслъ, придаваемый этому термину.

Итакъ, резюмируетъ Кельзенъ, „субъективное право подданныхъ есть правовая норма въ ея отношеніи къ тому лицу, притязанія котораго обусловливаютъ выраженную въ нормѣ волю государства къ какому-либо дѣйствию“.

„Субъективное же право государства есть правовая норма въ отношеніи государства ко всѣмъ прочимъ лицамъ, которыя обязаны этой правовою нормой“ ¹⁾).

Далѣе, Кельзенъ переходитъ къ субъективнымъ правамъ органовъ государства и къ такъ называемому праву органа на его положеніе (*Recht auf Organstellung*).

Прежде всего, необходимо замѣтить, что право на положеніе органа Кельзенъ понимаетъ не какъ право лица на допущеніе его къ выполненію функцій органа, т. е. на признаніе его органомъ государства, какъ обыкновенно опредѣляютъ это право въ теоріи ²⁾, а какъ право органа на его функціи. Такое право органа на его функціи Кельзенъ отрицаетъ на томъ основаніи, что такому праву не соотвѣтствуетъ

¹⁾ Kelsen, стр. 663.

²⁾ См., напримѣръ, Jellinek. System d. s. öff. Rechte 1905 стр. 143.

никакой обязанности. Полагаютъ, говоритъ онъ, что субъектомъ обязанности, соотвѣтствующей этому праву, является само государство. Но, возражаетъ Кельзенъ, за исключеніемъ одного случая (именно право монарха) нѣтъ ни одной юридической обязанности государства, выполненіе которой было бы обусловлено притязаніемъ органа. Соотвѣтствующею обязанностью можно было бы считать только обязанность государства не нарушать, терпѣть дѣйствія органа, но такой обязанности терпѣнія, бездѣйствія, у государства не можетъ быть, такъ какъ воля государства никогда не можетъ быть самостоятельно направлена на бездѣйствіе, она всегда, утверждаетъ Кельзенъ, имѣетъ въ виду дѣятельность органовъ, а бездѣйствіе органовъ можетъ быть основано лишь на отсутствіи подлежащей правовой нормы, т. е. и воли государства ¹⁾. Юридически нельзя говорить о правѣ органа на его функціи, такъ какъ правовое положеніе органа (за исключеніемъ монарха) является лишь отношеніемъ обязанности. Но, хотя органы не имѣютъ субъективныхъ правъ на свои функціи, въ чемъ господствующее ученіе совершенно право, они, однако, вопреки господствующему ученію, все-же имѣютъ особую отъ государства юридическую личность, такъ какъ являются субъектами правовыхъ обязанностей, обязанностей органовъ ²⁾.

Въ предпоследней главѣ своего труда Кельзенъ останавливается специально на конструкціи *правового положенія избирателей и правового положенія монарха*, такъ какъ это положеніе, по его мнѣнію, какъ и по мнѣнію господствующаго ученія, представляетъ нѣкоторыя особенности. Господствующее ученіе полагаетъ именно, что, въ отличіе отъ всѣхъ прочихъ органовъ государства, избиратель и монархъ имѣютъ субъективное право на свои функціи. Эти субъективныя права то характеризуются какъ обязывающія права, то какъ управомочивающія обязанности. Такая конструкція, по мнѣнію Кельзена, основана на ошибочномъ пониманіи субъективнаго права какъ дерзновенія (*Dürfen, Wollen—Dürfen*). Самъ же

¹⁾ Kelsen, стр. 255 и 665.

²⁾ Стр. 666.

Кельзенъ такъ конструируетъ правовое положеніе избирателя.

Бываютъ, говоритъ онъ, дѣйствія государства, которые необходимо обусловлены дополнительными дѣйствіями подданныхъ. Воля государства въ нормѣ права направлена на эти дополнительные, обуславливающія ее, дѣйствія подданныхъ. Когда эти дѣйствія могутъ быть подведены подъ категорію притязанія на дѣйствія государства, то мы и имѣемъ дѣло съ субъективнымъ правомъ подданныхъ къ государству.

Такое своеобразное отношеніе (дополнительныхъ дѣйствій) между государствомъ и подданнымъ и заключается въ фактическомъ составѣ такъ называемаго избирательнаго права.

Избирательное право въ объективномъ смыслѣ заключается въ совокупности правовыхъ положеній, посредствомъ которыхъ государство обязывается при опредѣленныхъ условіяхъ принимать отъ подданныхъ избирательныя объявленія (Wahlerklärung) и трактовать эти объявленія опредѣленнымъ образомъ, именно объявлять при опредѣленныхъ условіяхъ на основаніи полученныхъ избирательныхъ голосовъ извѣстное лицо депутатомъ. Эти акты государства въ избирательномъ процессѣ для осуществленія своего нуждаются въ дополнительныхъ дѣйствіяхъ подданныхъ (въ подачѣ ими голоса), обладающихъ активной избирательной правоспособностью. Такъ какъ избиратель путемъ подачи своего голоса заявляетъ притязаніе на установленную въ правовой нормѣ обязанность государства (принять его избирательную записку), то на основаніи выше установленной общей конструкціи субъективнаго права норма избирательнаго права, которая находится въ распоряженіи избирателя, является въ отношеніи къ избирателю его субъективнымъ избирательнымъ правомъ. Это избирательное субъективное право направлено, во всякомъ случаѣ, не на дѣйствія избирателя, такъ какъ право на собственные дѣйствія невозможно, но на акты самого государства, къ которымъ оно обязано ¹⁾. Избиратель при этомъ вовсе не является органомъ государства, его акты нисколько

¹⁾ Стр. 679 сл.

не являются актами организованного цѣлаго—государства, но являются лишь условіемъ для образованія законодательнаго учрежденія, парламента, входятъ въ обширный процессъ такъ называемаго волеобразованія государства, и потому имѣютъ, какъ это уже было выше разъяснено, общественный, а не государственный характеръ ¹⁾). Избиратель можетъ быть и обязаннымъ лицомъ въ томъ случаѣ, если существующая правовая норма угрожаетъ наказаніемъ избирателю, воздерживающемуся отъ избирательнаго акта. Но, если такой уголовно-правовой нормы нѣтъ, то нѣтъ и обязанности. Поэтому Кельзенъ рѣшительно протестуетъ противъ той теоріи и практики, которыя, ссылаясь лишь на „публичную природу“ избирательнаго акта, утверждаютъ, что избирательный актъ самъ по себѣ является обязанностью, или же рассматриваютъ этотъ актъ не только какъ право, но и какъ обязанность. Кельзенъ усматриваетъ здѣсь неправильное смѣшеніе этико-политической обязанности съ юридической.

Право и обязанность избирателя являются, какъ это ясно изъ предыдущаго, утверждаетъ Кельзенъ, совершенно различными и независимыми другъ отъ друга юридическими соотношеніями. Право избирателя является субъективированной правовой нормой въ обширномъ смыслѣ, обязывающей государство. Обязанность же избирателя является субъективированной уголовно-правовой нормой, правовой нормой въ тѣсномъ смыслѣ слова ²⁾). Гораздо труднѣе, говоритъ Кельзенъ, конструція юридическаго положенія конституціоннаго монарха ³⁾).

Всѣ до сихъ поръ извѣстныя попытки конструировать правовое положеніе монарха, по мнѣнію Кельзена, не дали удовлетворительныхъ результатовъ, и это онъ объясняетъ главнымъ образомъ тѣмъ, что глава государства по историко-политическимъ основаніямъ вовсе не вѣдренъ правомъ такъ тѣсно въ составъ государственнаго механизма, какъ государственные органы, къ которымъ обыкновенно причисляютъ и монарха. Глава конституціоннаго государства,

¹⁾ Стр. 683.

²⁾ Стр. 681 сл.

³⁾ Стр. 684 сл.

утверждаетъ Кельзенъ, гораздо болѣе находится внѣ государственнаго „организма“, чѣмъ въ немъ. Его положеніе лишь отчасти, только въ опредѣленномъ отношеніи, является государственнымъ. Вотъ почему конструировать юридически цѣльный образъ монарха невозможно.

Воздерживаясь въ данномъ трудѣ отъ всесторонняго изслѣдованія этой трудной проблемы, Кельзенъ пока ограничивается объясненіемъ нѣкоторыхъ основныхъ чертъ положенія монарха. Что касается, прежде всего, положенія монарха въ области законодательной, то здѣсь, по мнѣнію Кельзена, монархъ не является органомъ государства, а лишь общественнымъ факторомъ, такъ какъ весь процессъ законодательства, составной частью котораго является и дѣятельность монарха, является, по мнѣнію Кельзена, не государственной дѣятельностью, не государственной функціей, а только общественной. Дѣятельность эта является лишь условіемъ для функционирования государственнаго правового аппарата.

Сложнѣе представляется Кельзену вопросъ о положеніи монарха въ сферѣ такъ называемой исполнительной власти. Отсюда нужно, говоритъ Кельзенъ, исключить сперва ту всю часть исполнительной дѣятельности—судебную функцію, которая совершается безъ участія монарха, безъ директивовъ его и подчиненныхъ ему органовъ, въ силу конституціоннаго принципа независимости судовъ.

При этомъ, однако, Кельзенъ совершенно упускаетъ изъ вида и умалчиваетъ о далеко не безразличномъ для формально-юридической точки зрѣнія постановленіи конституціоннаго права, что суды творятъ правосудіе именемъ монарха, и о принадлежащемъ монарху правѣ помилованія.

Остается затѣмъ управленіе въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Здѣсь Кельзенъ различаетъ двѣ группы актовъ—тѣ, которые монархъ можетъ совершать лишь при содѣйствіи контра-сигнирующаго его акты министра, и тѣ, которые министръ можетъ совершать самостоятельно, хотя конституція допускаетъ и участіе въ нихъ монарха, но не признаетъ это необходимымъ.

Это различіе, впрочемъ, по мнѣнію Кельзена, имѣетъ

второстепенный характеръ, такъ какъ каждый актъ управленія, совершаемый государственными органами (за исключеніемъ судебныхъ), можетъ быть совершенъ и монархомъ при участіи контрасигнирующаго министра. Каждый органъ фактически является вспомогательнымъ для высшаго исполнительнаго учрежденія и обязанъ ему повиноваться.

Во всякомъ случаѣ, нельзя, говорить Кельзенъ, считать одного только монарха такимъ высшимъ исполнительнымъ учрежденіемъ (*oberste executive Behörde*), такъ какъ акты монарха имѣютъ силу лишь, если они контрасигнированы министромъ, а тѣ акты, для которыхъ не требуется необходимо участіе монарха, монархъ не можетъ лишить силы одинъ лишь своимъ несогласіемъ съ ними, но лишь опять-таки указомъ, контрасигнированнымъ министромъ. Лишь въ этомъ смыслѣ можно говорить, что никакой актъ управленія не можетъ быть выполненъ безъ участія или противъ воли монарха.

Обращаясь затѣмъ къ актамъ монарха, подлежащимъ контрасигнированію со стороны министровъ, Кельзенъ даетъ слѣдующую конструкцію. Всѣ акты монарха, въ которыхъ необходимо участіе министра, непременно должны быть волеми государствомъ въ его правѣ, т. е., чтобы быть государственными актами, т. е. быть вмѣненными государству, признаваться осуществленіемъ государственной воли, акты эти непременно должны быть законными, должны имѣть правовую, законную основу, хотя бы въ самомъ общемъ, представляющемъ широкое усмотрѣніе исполнительному органу, бланкетномъ конституціонномъ правоположеніи. Всѣ такіе акты должны, слѣдовательно, проявлять такимъ образомъ положительную юридическую обязанность государства, а не выводиться, какъ это дѣлается иными изслѣдователями, лишь изъ одной „природы вещей“ или изъ какого-либо апріорнаго или естественно правового принципа.

Но, хотя въ такихъ случаяхъ можно установить юридическую обязанность самого государства, нельзя, однако, установить по отношенію къ этимъ актамъ правовой обязанности самого монарха, такъ какъ выраженная въ конституціи безотвѣтственность монарха является деклараціей того факта,

что въ конституціи нѣтъ никакого правоположенія, которое обязывало бы монарха къ тому поведенію, которое представляет собой его участіе въ государственномъ управленіи. Встрѣчающіяся въ конституціи выраженія, какъ-то „монархъ долженъ“, „монарху надлежитъ“, юридически безразличны, утверждаетъ Кельзенъ, такъ какъ право не указываетъ послѣдствій правонарушенія на случай противоположнаго поведенія монарха. Поэтому монархъ не можетъ совершить правонарушеній; можно говорить лишь о моральныхъ и политическихъ, а не юридическихъ обязанностяхъ монарха осуществлять государственную волю. Нѣтъ, говоритъ Кельзенъ, при такомъ, несогласномъ съ правомъ, поведеніи монарха и правонарушенія со стороны самого государства, такъ какъ правонарушеніе со стороны государства, какъ это было уже указано, съ формально-юридической точки зрѣнія является немыслимымъ.

Такое правовое состояніе, признаетъ Кельзенъ, было бы теоретически бессмысленно и практически невозможно, если бы конституціонный принципъ безотвѣтственности монарха за выполненіе государственной воли не былъ неразрывно связанъ съ участіемъ министровъ въ актахъ монарха и отвѣтственностью ихъ. Въ то время какъ монархъ и парламентъ въ отношеніи другъ къ другу, съ формально-юридической точки зрѣнія, находятся въ совершенно равномъ положеніи, отношеніе между министромъ и монархомъ въ сферѣ исполнительной—иное: министръ именно юридически обязанъ къ актамъ государственнаго управленія, къ реализаціи государственной воли, государственныхъ обязанностей, у монарха же нѣтъ такой обязанности, какъ и нѣтъ у него обязанности санкціонировать принятые палатами законопроекты.

Но, не имѣя юридическихъ обязанностей, монархъ имѣетъ субъективное право къ государству, такъ какъ нормы права, выражающія волю государства въ исполнительной функціи, находятся въ распоряженіи монарха, отъ него зависитъ выполненіе обязанности государства, определенной въ этихъ юридическихъ нормахъ. Монархъ, какъ лицо, имѣетъ притязаніе къ обязанному государству.

Въ отличіе отъ другихъ органовъ государства, положеніе монарха въ силу одной и той же правовой нормы двоякое: именно, поскольку дѣятельность монарха является реализаціей государственной воли, выполненіемъ государственной обязанности, монархъ есть органъ государства; поскольку же эта функція монарха является лишь условіемъ для дѣятельности государства, т. е. предположеніемъ выраженной въ юридической нормѣ воли государства и юридической обязанности государства, норма эта становится въ субъективное отношеніе къ монарху, т. е. монархъ является носителемъ субъективного права на исполнительную дѣятельность государства ¹⁾).

Послѣднюю главу Кельзенъ посвящаетъ анализу и юридической конструкціи института представительства и доказываетъ, что юридическое отношеніе представителя и юридическое отношеніе органа совершенно одинаково. Между представителемъ и органомъ юридического формальнаго различія нѣтъ. При этомъ Кельзенъ, въ соотвѣтствіи съ своими формальными концепціями правовыхъ явленій, понимаетъ вообще юридическое отношеніе не какъ бытовое фактическое отношеніе между людьми, опредѣленное правомъ, но какъ чисто формальное, созданное правомъ отношеніе. Юридически отношеніе есть именно отношеніе правопорядка, правовой нормы, къ субъекту ²⁾).

V.

Такимъ образомъ въ основныхъ своихъ положеніяхъ содержаніе объемистаго трактата Кельзена о юридической методологій и конструкціи основныхъ юридическихъ и государственно-правовыхъ понятій.

Объемъ и задачи юриспруденціи ограничиваются Кельзеномъ до крайнихъ предѣловъ, иной юриспруденціи, кромѣ чисто догматической, Кельзенъ не признаетъ, но за то въ этой, такъ усѣченной имъ юриспруденціи, устанавливается неограниченное самодержавіе апріорныхъ формулъ яко бы

¹⁾ Kelsen, стр. 692 сл.

²⁾ Kelsen, стр. 693—709.

положительно правовыхъ понятій и формально-конструктивнаго, юридическаго метода. Изъ сферы юридической конструкціи, оперирующей лишь логической формой правового долженствованія, правовой нормы, устраняется всякая связь этой формы съ историческою дѣйствительностью, устраняются всѣ элементы, относящіеся къ категоріи бытія, и всѣ методы, примѣнимые къ изученію права и государства, какъ реальныхъ явленій соціальной жизни. Самое правовое долженствованіе берется въ абстрактнѣйшей формѣ, независимо отъ положительнаго права тѣхъ или другихъ конкретныхъ государственныхъ организацій. Всю юридическую конструкцію Кельзонъ хочетъ вести, какъ онъ указываетъ, въ „одной плоскости“, такъ какъ, изслѣдуя право съ чисто „формально-нормативной“ точки зрѣнія, онъ сознательно отстраняетъ всякое отклоненіе въ сторону историческаго, соціологическаго и психологическаго изслѣдованій права, хотя это какъ увидимъ, не всегда ему удается. Исходнымъ пунктомъ всѣхъ построеній Кельзена является конструированное имъ формальное понятіе гетерономной нормы положительнаго права, и на основаніи такого формальнаго и общаго понятія правовой нормы Кельзенъ конструируетъ тѣ различныя формы, въ которыхъ проявляется правовое долженствованіе въ сферѣ права вообще и особенно государственнаго права.

Трудъ Кельзена представляетъ собою наиболѣе широкое и послѣдовательное примѣненіе формально-юридическаго метода въ области общаго ученія государственнаго права, опыты исключительно формально юридической теоріи государственнаго права, съ строжайшей послѣдовательностью, передъ которой нерѣшительно останавливаются или даже отъ которой сознательно допускаютъ отклоненія другіе теоретики формально-юридическаго направленія въ наукѣ государственнаго права; стремится оперировать Кельзенъ съ основными предпосылками этого формальнаго направленія при освѣщеніи различныхъ основныхъ проблемъ государственнаго права, беспощадно вскрывая и методологическія противорѣчія „формально-юридическихъ“ конструкцій другихъ ученыхъ. Книга

Кельзена представляет поэтому весьма цѣнный матеріалъ для сужденія о границахъ и задачахъ формально юридическаго метода въ юриспруденціи и въ частности въ области науки государственнаго права.

Нельзя лучше опредѣлить существо догматическаго юридическаго метода, какъ это сдѣлалъ Лабандъ, опредѣливъ его, какъ „добросовѣстное и полное установленіе положительнаго правового матеріала и логическое овладѣніе имъ путемъ понятій“. „Научная задача догматики опредѣленнаго положительнаго права, какъ чисто логической дѣятельности мысли, состоитъ въ конструціи юридическихъ институтовъ, сведеніи отдѣльныхъ правоположеній къ болѣе общимъ понятіямъ и въ выводѣ изъ этихъ понятій вытекающихъ изъ нихъ слѣдствій“.

Догма опредѣленнаго права означаетъ, слѣдовательно, логически конструированную систему нормативныхъ опредѣленій даннаго права.

Смыслъ и жизненное значеніе научной догматической юриспруденціи глубоко вѣрно указаны проф. Петражицкимъ. Выяснивъ именно, что та дѣятельность ученой юриспруденціи, которая состоитъ въ приведеніи содержанія права въ научную систему, сводится къ двумъ видамъ научной работы: а) къ обобщенію, къ созданію на основаніи частныхъ понятій и положеній права, добытыхъ различными видами толкованія права, болѣе абстрактныхъ, болѣе общихъ понятій и положеній (съ приведеніемъ ихъ въ систематическій порядокъ); б) къ дедуктивнымъ выводамъ изъ этихъ общихъ понятій и положеній новыхъ болѣе специальныхъ положеній, къ производству этимъ путемъ рѣшеній для разныхъ вопросовъ, не предусмотрѣнныхъ непосредственно законами или не предрѣшенныхъ вообще нормативными фактами,—проф. Петражицкій указываетъ затѣмъ, что смыслъ такой логической работы юриспруденціи состоитъ въ унификаціи, въ научномъ и авторитетномъ предрѣшеніи различныхъ сомнѣній и споровъ въ отношеніи права. „Выработанная юриспруденціей, путемъ авторитетно-научной, безпристрастно-объективной работы, не взирающей на лица и ихъ денежныя, политическіе и иные

интересы и вождельнія, система правоположаній сокращает до минимума просторъ для разныхъ индивидуальных мнѣній и конфликтовъ, тенденціозныхъ толкованій, произвола, попрания интересовъ слабыхъ и проч., и въ этомъ оправданіи и высокая миссія позитивно-правовой, догматической юриспруденціи¹⁾.

Но юриста-теоретика догматика права можетъ интересовать еще и съ другой стороны. Путемъ логической разработки извѣстнаго комплекса положительно-правовыхъ нормъ, она можетъ выяснитъ тѣ позитивно-правовыя формы, въ которыхъ выливаются соотвѣтственные явленія соціально правовой жизни.

Въ частности, путемъ догматической разработки нормъ государственнаго права различныхъ государствъ путемъ сопоставленія и обобщенія полученныхъ результатовъ, юристы могутъ выяснитъ тѣ государственно-правовыя формы, въ которыхъ выражается и которыми опредѣляется жизнь даннаго государства или болѣе или менѣе обширной группы государствъ.

Но при этомъ необходимо помнить, что всѣ добытыя такимъ путемъ принципы, понятія, формулы извлечены нами изъ нормативныхъ положеній права, что они не объясняютъ существа правовыхъ явленій, что они, далѣе, относятся къ области долженствованія, а не реальнаго политическаго бытія, что само примѣненіе изслѣдованнаго права въ жизненныхъ отношеніяхъ государственнаго бытія и сама жизнь государственная отнюдь не адекватны требованіямъ государственнаго права и часто находятся съ нимъ въ рѣзкомъ противорѣчій.

Какого бы пониманія права ни придерживаться, несомнѣнно, однако, что тотъ матеріалъ, съ которымъ оперируетъ формально-юридическое изученіе государства, догматика государственнаго права, представляетъ собою нормы права, въ содержаніи которыхъ находитъ свое опредѣленіе правовой государственный порядокъ. Догматикъ имѣетъ, слѣдовательно,

¹⁾ Петражицкій. Теорія права и государства, томъ I, 1907., стр. 225 сл. и 226.

дѣло съ правилами долженствованія, а не съ какими-либо описаніями государственной дѣйствительности или научными ея объясненіями. Поэтому и всѣ принципы и понятія, установленныя путемъ логической разработки содержанія права, имѣютъ всегда нормативный характеръ, относимый къ категоріи долженствованія, и совершенно правъ поэтому Кельзенъ, что юридическій, догматическій методъ или, какъ онъ называетъ, „нормативный“, можетъ оперировать лишь въ „одной плоскости“, въ „плоскости правового долженствованія“, а не въ „плоскости реальной дѣйствительности, къ которой принадлежитъ и право, поскольку оно является психологическимъ или соціологическимъ явленіемъ, подлежащимъ теоретическому объясненію при помощи такъ называемаго Кельзенемъ „объяснительнаго метода“. Съ этой послѣдней стороны право является предметомъ соціологическаго, психологическаго, историческаго изученія, но отнюдь не предметомъ догматической юриспруденціи, выясняющей лишь логическую структуру нормативныхъ опредѣленій права. Кельзенъ правъ поэтому также, когда онъ утверждаетъ, что лежатъ внѣ сферы, доступной юридическому методу, и не могутъ быть вводимы въ юридическія конструкціи положенія, имѣющія не юридическій нормативный характеръ, а теоретико-познавательный. Получаютъ несомнѣнно смѣшеніе понятій и не имѣющія ни научнаго, ни догматическаго значенія формулы, когда пытаются, напримеръ, юридически конструировать соціологическія, психологическія и вообще какія либо теоретическія положенія относительно государства, права государственно-правовыхъ институтовъ или же соединять въ одной конструкціи догматическія положенія и соціологическія формулы.

„Синтезъ реальныхъ фактовъ“ или „абстрактная формула соціальной реальности“, въ той „юридической конструкціи“, о которой говоритъ Дюги, можетъ быть лишь болѣе или менѣе удачнымъ выраженіемъ при помощи обычныхъ юридическихъ терминовъ или понятій какихъ либо теоретическихъ, соціологическихъ, политическихъ, историческихъ положеній, но отнюдь не юридической конструкціей положительно-правового долженствованія,—или мы будемъ лишь имѣть дѣло съ

своеобразной естественно-правовой конструкціей на основѣ такъ называемой природы вещей или отношеній.

Удивительно также, какимъ образомъ столь глубокий теоретикъ юридической методологіи, какъ покойный Еллинекъ, который, въ отличіе отъ Дюги, тщательно отграничилъ нормативную сферу и методъ юридической конструкціи и утверждалъ, что правовое понятіе государства должно строго отличать отъ соціального понятія государства, что „юридическимъ понятіемъ“ не соответствуетъ „какая бы то ни была реальность“, утверждалъ въ то же время, что юридическое пониманіе государства и конструкція государственно-правовыхъ отношеній должны базироваться (хотя и не отождествляться) на познаніи соціального, реального бытія государства и примѣнять къ послѣднему. Разъ правовыя нормы, на основѣ которыхъ конструируется правовое понятіе государства, должны строго отличать, по утверженію самого Еллинека, отъ положеній о бытіи государства, какъ соціального явленія“, то какимъ же образомъ формальныя, государственно-правовыя понятія, выражающія правовое долженствованіе, могутъ исходить изъ принциповъ, вытекающихъ изъ всесторонняго изученія государства и, слѣдовательно, и изъ познанія его соціальной природы. Вѣдь несомнѣнно, что при такомъ конструированіи государственно-правовыхъ понятій неизбежно будутъ смѣшаны право и фактъ, долженствованіе и бытіе, нормативныя положенія и объясненіе дѣйствительности, получится синтезъ разнородныхъ элементовъ, чуждый какъ „идеальному міру юридическихъ нормъ“, такъ и „соціальной реальности“.

И въ этомъ отношеніи правъ Кельзенъ, поддерживающій полную чистоту нормативнаго изслѣдованія, указывая на методологическую ошибочность подобныхъ конструкцій смѣшаннаго характера.

Указанное выше самопротиворѣчіе Еллинека можетъ быть объяснено лишь тѣмъ, что всесторонній и глубокий изслѣдователь и знатокъ государства и его права не могъ закопать свое изслѣдованіе въ узкія рамки юридическаго метода и государственно-правовой догматики. Стремясь къ болѣе

широкому освѣщенію государственно-правовыхъ явленій, онъ незамѣтно открывалъ имъ самимъ рѣзко и ясно очерченныя границы „юридическаго изученія государства“, переходя въ сферу историческаго, соціологическаго и политическаго изслѣдованія. Въ результатѣ такъ причудливо иногда мѣстами у него сливаются различныя точки зрѣнія на государственно-правовыя явленія, формально юридическое, политическое и соціологическое освѣщеніе изслѣдуемыхъ институтовъ.

Мы указывали уже выше, какъ Еллинекъ „примыкаетъ“ въ своемъ „общемъ ученіи о государствѣ“ юридическое понятіе государства къ соціологическому его понятію. Это можно сказать и о многихъ другихъ его конструкціяхъ ¹⁾.

Но слѣдуетъ-ли отсюда, что для цѣлей юридической догматики совершенно безразличны результаты иного изученія права, какъ-то историческаго, соціологическаго . . . , и недопустимо пользованіе иными методами, кромѣ формально-юридическаго, какъ это утверждаетъ Кельзенъ?

По мнѣнію Кельзена, содержаніе правовыхъ нормъ, съ которыми имѣетъ дѣло юридическая догматика, формально нормативное изслѣдованіе права, не является абстракціей отъ фактическихъ отношеній и фактическаго поведенія членовъ правового общенія даже въ томъ случаѣ, если норма предписываетъ то, что уже давно соблюдается. Это содержаніе создается свободнымъ правотворческимъ законодательнымъ актомъ, формально совершенно независимымъ отъ факческаго праворазвитія.

Такое утвержденіе Кельзена вполне согласно съ общимъ его воззрѣніемъ на юриспруденцію, по которому даже такія общія и основныя ея понятія, какъ понятіе правовой нормы, должны разсматриваться лишь съ „чисто формальной нормативной“ точки зрѣнія, т. е. должна быть уяснена лишь та форма, та логическая структура долженствованія, которая присуща каждой правовой нормѣ, какъ таковой. Но его формальное опредѣленіе правовой нормы, какъ гипотетическаго сужденія о должномъ поведеніи государства, выражаю-

¹⁾ См. нашу статью „Георгъ Еллинекъ и его значеніе въ наукѣ государственнаго права“. Жур. Мин. Юст. Апрѣль 1911, стр. 153 и сл.

щаго въ то же время и волю и долженствованіе государства относительно его собственнаго поведенія, при чемъ, однако, государство является не творящимъ право, а лишь „носителемъ“ или „субъектомъ“ правопорядка“,—все это крайне искусственное и спутанное опредѣленіе правовой нормы лучше всего показываетъ всю неосновательность примѣненія формально-юридическаго метода къ разрѣшенію проблемъ для которыхъ онъ вовсе непригоденъ. Вѣдь если, по объясненію Кельзена, нормативное изслѣдованіе юриста направлено на выясненіе формальной структуры содержанія правовыхъ нормъ, т. е. на выясненіе того, „какъ“ предписываетъ правовая норма, то для такого изслѣдованія прежде всего необходимо знать, что такое правовая норма, имѣть уже готовое понятіе правовой нормы, структуру которой изслѣдуютъ.

Недаромъ же и самъ Кельзенъ вполне сознательно предпосылаетъ всѣмъ своимъ формально-юридическимъ изслѣдованіямъ разрѣшеніе основной проблемы, что такое правовая норма. Но для обоснованія своего „формальнаго“ понятія юридической нормы онъ прибѣгаетъ къ такимъ объясненіямъ, которыя лежатъ совершенно внѣ сферы его формальнаго нормативнаго метода, утверждая, на примѣръ, что всякое право, хотя бы обычное, слѣдуетъ мыслить какъ выраженіе воли государства, такъ какъ право примѣняется органами государства, а съ принципомъ государственнаго суверенитета несовмѣстимо осуществленіе органами государства иной воли, кромѣ государственной.

Въ то же время онъ разрѣшаетъ, какъ онъ и самъ утверждаетъ, „метаюридическую проблему“ происхожденія права и приходитъ къ выводу, что творцомъ права является не государство, а всегда общество, а потому-то государство оно признаетъ не творцомъ права, а лишь носителемъ, субъектомъ правопорядка, законодательные органы—лишь общественными органами, а волю государства, выраженную въ правѣ, понимаетъ въ чисто формальномъ конструктивномъ смыслѣ. Но тогда вѣдь и нѣтъ основаній вводить волю государства въ понятіе правовой нормы, а затѣмъ и въ остальные конструкции.

Весьма искусственно и необъдительно пытается далѣ Кельзенъ примирить свое утвержденіе о гетерономной природѣ права съ другимъ своимъ утвержденіемъ, что право выражаетъ волю государства относительно его же (государства) поведенія, притомъ юридически обязывающую государство.

Такое своеобразное смѣшеніе слабо и мало обоснованныхъ теоретическихъ объясненій и нормативныхъ конструкцій порождаетъ ту удивительно противорѣчивую и странную формулу понятія правовой нормы, изъ котораго затѣмъ логически Кельзеномъ выводятся и прочія послѣдствія.

Мы уже говорили въ другомъ мѣстѣ ¹⁾, что нельзя увеличивать значеніе юридическаго метода и слѣдуетъ признать правильность тѣхъ критическихъ замѣчаній, которыя были сдѣланы по адресу крайностей формальной юриспруденціи, какъ-то относительно склонности нѣкоторыхъ ученыхъ придавать юридическому методу исключительное значеніе въ юриспруденціи (этотъ упрекъ вполне примѣнимъ къ Кельзену), исчерпывать имъ вполне работу юриста и абсолютизировать добытыя этимъ методомъ понятія и формулы (въ чемъ также повиненъ Кельзенъ). Понятія, добытыя посредствомъ логической разработки опредѣленнаго правового матеріала, содержанія опредѣленнаго комплекса нормъ, имѣютъ всегда лишь относительное, условное значеніе. Далѣе, имъ выясняются лишь юридическія нормативныя формы опредѣленнаго быта, но ни самый этотъ бытъ, ни генезисъ этихъ формъ, ни связи ихъ съ жизненными отношеніями, ни, наконецъ, реализація этихъ формъ. Такое же значеніе имѣютъ и тѣ болѣе общіе правовые принципы, которые устанавливаются путемъ обобщенія и сопоставленія результатовъ, добытыхъ догматической разработкой различныхъ во времени и пространственномъ дѣйствіи системъ положительнаго права (общее государственное право). Формально-логическая разработка права столь же необходима для практики, сколько и для теоріи

¹⁾ См. нашу работу „Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства“. 1908 г., стр. 114.

права. И при историческомъ изученіи права и при оцѣнкѣ права съ точки зрѣнія тѣхъ или другихъ правополитическихъ принциповъ необходимо пользоваться результатами догматической разработки права, такъ какъ лишь такимъ путемъ историкъ или политикъ права могутъ вполнѣ уяснить содержаніе того права, которое является предметомъ ихъ историческаго изслѣдованія или оцѣнки. Но, съ другой стороны, и юридическая догматика, въ частности государственно-правовая догматика (формально-юридическое изученіе государства), нуждается въ помощи другихъ дисциплинъ, посвященныхъ изученію права, и должна часто принимать во вниманіе результаты, добытые иными методами его изученія. Прежде всего, основныя понятія юриспруденціи и въ частности государственно-правовой науки, какъ право, понятія правовой нормы, правообязанности, субъективнаго права, понятіе государства, проблема отношенія права къ государству, съ какой бы стороны и съ какой бы точки зрѣнія ни изслѣдовать эти явленія, хотя бы въ ихъ самыхъ общихъ и формальныхъ признакахъ, не могутъ быть выяснены при помощи формально-юридическаго метода, анализирующаго и конструирующаго лишь содержаніе права, вращающагося въ рамкахъ опредѣленій положительно-правового матеріала. Всестороннее изслѣдованіе или пониманіе указанныхъ основныхъ вопросовъ необходимо и для юриста не для того, чтобы вводить извѣстныя теоретическія положенія въ свои нормативныя конструкции и облекать ихъ въ тогу юридической терминологіи, такъ какъ это было бы методологической ошибкой, смѣшеніемъ понятій и искаженіемъ догмы права, но для яснаго пониманія значенія изслѣдуемаго и границъ правовой догматики въ сферѣ научнаго изученія права. Лишь при всестороннемъ изученіи и пониманіи права юристъ-догматикъ можетъ избѣгнуть опасности введенія въ свои конструкции, базируемыя лишь на содержаніи правовыхъ нормъ, чуждыхъ элементовъ и положеній, которые относятся къ другой области познанія права и выясняютъ другія его стороны.

Поэтому, когда ставятъ своей задачей изученіе того, что называется „правовой природой“ государства или государ-

ственныхъ институтовъ, такъ называемое юридическое изученіе государства, и говорятъ, что къ такому изученію можетъ быть примѣненъ лишь формально юридическій или догматическій методъ, то очевидно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ юридическимъ изученіемъ государства въ обширномъ смыслѣ слова, т. е. съ изученіемъ во всей полнотѣ правовой природы государства, не съ всестороннимъ познаніемъ (историческимъ, соціологическимъ и психологическимъ объясненіемъ права или тѣхъ явленій, въ которыхъ выражается правовая государственная жизнь), а съ выясненіемъ лишь тѣхъ правовыхъ нормативныхъ формъ, о которыхъ мы заключаемъ лишь, исходя изъ содержанія нормъ государственнаго права, т. е. съ догмой государственнаго права. Существо самихъ этихъ нормъ, ихъ психологическій характеръ, ихъ основы, происхожденіе, осуществленіе въ поведеніи людей и связь съ прочими явленіями, характеризующими государство, при посредствѣ формально-юридическаго метода познаны быть не могутъ, и соотвѣтствующія научныя положенія не могутъ быть введены въ юридическія, догматическія конструкціи, такъ положенія совершенно иного порядка, которыя объясняютъ соціологическій, психологическій характеръ, историческое и политическое значеніе опредѣленнаго права или нормъ права, а слѣдовательно, и его догмы, но сами отнюдь не являются догматическими, нормативными положеніями, установленными путемъ логической разработки содержанія положительнаго права. Это послѣднее совершенно правильно объясняетъ Кельзенъ въ своемъ трудѣ, но его основная важнѣйшая ошибка, отразившаяся послѣдовательно и во всѣхъ прочихъ его конструкціяхъ, состоитъ въ томъ, что онъ отождествляетъ юридическое изученіе съ формально-юридическимъ и примѣняетъ формально-юридическій методъ даже къ конструированію самаго понятія права. Какимъ образомъ можно при посредствѣ формально-юридическаго метода конструировать хотя бы чисто формальное понятіе правовой нормы, когда элементы этого понятія лежатъ внѣ содержанія нормы? Очевидно, что придется для этого оставить область „чисто юридическаго формализма“ и исключительно формально-норма-

тивную точку зрѣнія, что на самомъ дѣлѣ и дѣлаетъ, какъ мы видѣли, Кельзенъ.

Далѣе, формально юридическій методъ можетъ быть примѣненъ всегда лишь для разработки опредѣленнаго положительно-правового матеріала; Кельзенъ же конструируетъ свои положенія, исходя во многихъ случаяхъ изъ какого-то совершенно абстрактнаго и неизвѣстнаго права. Поэтому его формально-юридическое освѣщеніе „основныхъ проблемъ“ государственнаго права часто витаетъ „въ небѣ юридическихъ понятій“, оторванныхъ отъ позитивно-правовой почвы“, и, дѣйствительно, часто имѣетъ характеръ безплодной схоластики.

Мы говорили выше, что догматическая конструкція положительнаго государственнаго права не можетъ заключать въ себѣ понятія и положенія научно-теоретическаго характера и правно-политическіе постулаты. Но это не значитъ, что для спеціальныхъ цѣлей формально-юридическаго изслѣдованія, для догматики, напримѣръ, государственнаго права совершенно безразлично знаніе и пониманіе тѣхъ соціальныхъ условій, въ которыхъ возникла и существуетъ данная система государственныхъ нормъ, и знаніе того, что Еллинекъ называетъ „историческими предположеніями и всесторонними отношеніями правоположенія“. Правда, это знаніе не имѣетъ для цѣлей юридическаго изученія государства „огромнаго“ значенія въ томъ смыслѣ, какъ утверждаетъ это Еллинекъ, такъ какъ формально-юридическое изученіе государства не можетъ, исходить, какъ мы старались выяснить, вопреки утверженію Еллинека, изъ принциповъ, почерпнутыхъ изъ всесторонняго познанія государства, и примыкать свои понятія къ соціологическимъ понятіямъ, но знаніе это все-же необходимо постольку, поскольку оно даетъ намъ возможность уяснить смыслъ того содержанія правовыхъ нормъ, которое подлежитъ догматической разработкѣ, а затѣмъ уяснить и тѣ измѣненія въ положительно-правовомъ матеріалѣ, которыя происходятъ часто незамѣтнымъ эволюціоннымъ путемъ, путемъ непримѣненія опредѣленныхъ нормъ и нарожденія новыхъ правовыхъ нормъ на почвѣ новыхъ фактическихъ отношеній жизни, жизненныхъ требованій и политической идеоло-

гин. Юридические принципы и понятія, извлекаемые изъ нормъ права, не являются тѣми, лишенными жизненнаго содержанія и абсолютными въ своемъ логическомъ значеніи математическими формулами, аксіомами, съ которыми сравниваетъ ихъ Кельзенъ. Право возникаетъ въ условіяхъ измѣнчивой исторической дѣйствительности, на почвѣ сложныхъ жизненныхъ отношеній и нормируетъ человѣческое поведеніе. Подъ вліяніемъ условій соціальной жизни и фактовъ политической дѣйствительности, образуется и та идеологія, которая находитъ свое закрѣпленіе въ положительно-правовомъ долженствованіи, въ нормахъ, какъ проеціяхъ правовыхъ переживаній ¹⁾. Поэтому, уже при такъ называемомъ „реальномъ“ истолкованіи содержанія правовыхъ нормъ ²⁾, раскрытіи внутренняго ихъ смысла, приходится неизбѣжно имѣть въ виду и историческое предположеніе правоотношеній и ту соціальную сферу, въ которой возникли и существуютъ данныя правовыя нормы, и основаніе или цѣль нормы, т. е. ту соціальную функцію, которую она призвана выполнять, и тѣ соображенія и стремленія, которыя вызвали ея возникновеніе. Та логика правового долженствованія, которая уясняется формально-юридическимъ изученіемъ государства, представляетъ собою въ известной степени болѣе или менѣе вѣрно отраженную въ нормативномъ сознаніи правотворящихъ общественныхъ группъ „логику политической дѣйствительности“, того реального фактического соотношенія силъ, о которомъ такъ краснорѣчиво говорилъ Лассаль, объясняя сущность дѣйствительной конституціи.

Итакъ, мы можемъ формулировать предметъ задачи формально-юридическаго изученія государства. Оно представляетъ собою не что иное, какъ догматическое изслѣдованіе нормъ государственнаго права, логическое овладѣніе этимъ правомъ путемъ понятій, какъ это вѣрно опредѣлилъ Лабандъ. Это изслѣдованіе вращается въ рамкахъ положительнаго правового матеріала, опредѣленій правовыхъ нормъ. Результаты

¹⁾ Какъ объясняютъ нормы проф. Петражицкій.

²⁾ Е. Васильевскій. Цивилистическая методологія. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901, стр. 75 сл.

этого изслѣдованія, принципы и понятія, установленные путемъ логическаго анализа и конструкціи правовыхъ опредѣленій, имѣютъ характеръ чисто нормативныхъ положеній и потому не представляютъ ни описанія фактическаго государственнаго строя, ни теоретическихъ формулъ, объясняющихъ реальное бытіе государства, ни природу государственно-правовыхъ явленій. Юридическія понятія и конструкціи, догма права, не могутъ быть „абстрактнымъ выраженіемъ“ или синтезомъ фактовъ политической дѣйствительности или какой-либо „соціальной реальности“.

Такое юридическое изученіе государства не можетъ, какъ это утверждаетъ Еллинекъ, хотя бы лишь „базироваться“ на познаніи соціальнаго, реальнаго бытія государства и „примыкать“ къ выводамъ соціальнаго ученія о государствѣ или „исходить изъ принциповъ, установленныхъ всестороннимъ изученіемъ государства“, такъ какъ это повело бы къ искаженію догматическаго изслѣдованія.

Различные способы недогматическаго изслѣдованія государственно-правовыхъ явленій и выводы ихъ не безразличны, однако, для догматики, такъ какъ они имѣютъ большое значеніе для уясненія ея матеріала, значенія и смысла того содержанія юридическихъ нормъ, съ которыми оперируетъ догматика.

Формально-юридическое изученіе государства выясняетъ лишь правовую нормативную форму государственныхъ отношеній путемъ выясненія логической структуры содержанія правовыхъ нормъ, ихъ опредѣленій.

Формально-юридическій методъ совершенно непригоденъ для разрѣшенія или освѣщенія тѣхъ проблемъ науки государственнаго права, для разрѣшенія которыхъ безразлично выясненіе самаго содержанія долженствованія, выраженнаго въ правовыхъ нормахъ.

Такъ называемая формально-юридическая теорія государственнаго права представляетъ собою не что иное, какъ сопоставленіе и обобщеніе результатовъ догматическаго изслѣдованія государственнаго права различныхъ государствъ, выясненіе опредѣленныхъ государственно-правовыхъ типовъ, об-

щих государственно-правовыхъ нормативныхъ формъ государственнаго строя.

Было бы лишнимъ повторить здѣсь, что юриспруденція вообще и въ частности наука государственнаго права не сводится лишь въ догматикѣ права ¹⁾, какое бы важное мѣсто ни занимала она въ сферѣ юридической науки и практики. Догматика права представляетъ собой лишь одинъ изъ видовъ изученія права, изученіе лишь опредѣленной стороны правовыхъ явленій, поскольку послѣднія выражаются въ нормахъ и разсматриваются лишь со стороны содержанія правового долженствованія, т. е. того, что опредѣлено въ нормахъ права.

Поэтому, поскольку наука государственнаго права не исчерпывается и не можетъ исчерпываться одной догматикой положительнаго государственнаго права, она должна также исторически и социологически изслѣдовать явленіе государственно-правовой жизни ²⁾, оцѣнивать существующее право и уяснять болѣе совершенныя формы государственно-правовой жизни въ цѣляхъ развитія правосознанія и преобразованія права (государственно-правовая политика); въ ней соответственно должны примѣняться всѣ научные методы, требуемые указанными задачами этой науки, какъ науки о правѣ. Усѣченіе объема и задачъ юриспруденціи не диктуется ни современнымъ состояніемъ социальныхъ знаній, ни дифференціаціей социальныхъ наукъ.

¹⁾ См. О научныхъ задачахъ юриспруденціи см. интересныя замѣчанія prof. G. del Vecchio, *L'idée d'une science du droit universel comparé*. Paris, 1910.

²⁾ См., напр., новѣйшія работы Raoul de la Grasserie. *Les principes sociologiques du droit public*, 1911 г. Изслѣдованіе психической природы государственно-правовыхъ явленій можно найти у проф. Петражицкаго. — „Теорія права и государства“. Опытъ изслѣдованія государственно-правовой идеологіи см. Рейснеръ. Государство, ч. I. Культурно-историческія основы 1911 г.