



1917.

Годъ 25.

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

АСТА

ET

COMMENTATIONES

IMP. UNIVERSITATIS JURIEVENSIS

(OLIM DORPATENSIS).

№ 2.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1917.

1917.

Годъ 25.

УЧЕБНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

№ 2.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1917.

СОДЕРЖАНИЕ.

Официальный отдѣлъ.

Стр.

Инструкція о порядкѣ примѣненія закона 3-го іюля 1916 г. 1— 4

Приложенія.

Проф. О. В. Тарановскій. Учебникъ энциклопедіи права. 257—534

Инструкція

о порядкѣ примѣненія закона 3-го іюля 1916 г.

(„Собр. узак.“ 23 іюля 1916 г., ст. 1662.)

О временномъ улучшеніи матеріальнаго положенія профессоровъ ИМПЕРАТОРСКИХЪ Россійскихъ университетовъ и Демидовскаго юридическаго лица, а также доцентовъ ИМПЕРАТОРСКИХЪ Варшавскаго и Юрьевскаго университетовъ и названнаго лица и объ измѣненіи нѣкоторыхъ постановленій устава ИМПЕРАТОРСКИХЪ Россійскихъ университетовъ.

По отд. II закона.

1) По поводу ст. 1 сего отдѣла, коимъ устанавливается, что профессора университета избираются Совѣтомъ университета и утверждаются въ должностяхъ Министромъ Народнаго Просвѣщенія, слѣдуетъ имѣть въ виду, что это правило, изданное „въ измѣненіе, дополненіе и отмѣну подлежащихъ, касающихся ИМПЕРАТОРСКИХЪ Россійскихъ университетовъ узаконеній“, отмѣняетъ тѣ части ст. ст. 500, 605 и 725 св. уст. уч. зав. т. XI ч. I св. зак. изд. 1893 г., и по прод., которыя находятся въ прямомъ противорѣчій съ новымъ правиломъ, т. е. которыя предусматривали право Министра Народнаго Просвѣщенія на непосредственное, по открытіи вакансіи, назначеніе профессоровъ по собственному усмотрѣнію. Въ остальномъ же предусмотрѣнный въ тѣхъ же статьяхъ и въ ст. ст. 501, 502, 606, 723 и 724 того же устава, съ послѣдующими къ нимъ дополненіями, порядокъ замѣщенія вакансій путемъ избранія остается въ силѣ, и, слѣдовательно, первоначально выборы кандидата производятся въ факультетскихъ собраніяхъ и оттуда уже поступаютъ въ Совѣтъ.

2) При примѣненіи ст. 2-ой слѣдуетъ имѣть въ виду, что, по дѣйствующимъ уставамъ и штатамъ, число штатныхъ профессоровъ на всѣхъ факультетахъ, кромѣ медицинскаго, больше числа кафедръ, и, слѣдовательно, законъ предусматриваетъ, что обезпеченіе преподаванія по нѣкоторымъ кафедрамъ требуетъ болѣе одного профессора. Поэтому примѣненіе настоящей статьи возможно не только въ тѣхъ случаяхъ, когда кафедра не имѣетъ ни одного штатнаго профессора, но вообще, когда по данной кафедрѣ имѣется на лицо вакантная должность профессора. Слѣдовательно, каждое лицо, коему поручено исполненіе всѣхъ обязанностей по вакантной профессурѣ, имѣетъ право на предусмотрѣнное въ сей статьѣ вознагражденіе, и лишь общее число такихъ лицъ не можетъ

превышать числа вакантных на данном факультетѣ профессоръ. Что же касается выраженія „временное“, то оно должно быть понимаемо въ смыслѣ, употребленномъ въ ст. ст. 464, 613 и 736, т. е. на срокъ не болѣе одного года, причеиъ самое порученіе должно производиться въ порядкѣ, предусмотрѣнномъ тѣми же статьями, т. е. по постановленію Совѣта съ утвержденія Попечителя учебнаго округа (см. пр. къ ст. 430, по прод. 1906 г.). Затѣиъ, если исполненіе всѣхъ обязанностей по вакантной каедрѣ поручается внѣштатному профессору, то на время порученія за нимъ остается и завѣдываніе принадлежащимъ каедрѣ учебно-вспомогательнымъ учрежденіемъ, съ положеннымъ за этотъ трудъ дополнительнымъ вознагражденіемъ (пр. 3 къ вреи. расписанію), такъ какъ ограниченіе, предусмотрѣнное ниже въ ст. 4-ой, относится только къ тому случаю, когда внѣштатный профессоръ продолжаетъ свое преподаваніе при наличности штатнаго профессора.

3) Относительно порядка примѣненія ст. 3 надлежитъ установить, что по выслугѣ 25 лѣтъ профессоръ о своемъ желаніи продолжать службу долженъ заявить ректору, черезъ декана, дабы факультетъ былъ освѣдомленъ, слѣдуетъ ли ему заботиться о замѣщеніи данной профессуры.

4) По поводу примѣненія ст. 4, кромѣ разъясненія, приведеннаго выше въ п. 2, слѣдуетъ имѣть въ виду, что, помимо установленныхъ въ штатѣ учебно-вспомогательныхъ учреждений, имѣются разнаго рода учебно-вспомогательныя учрежденія, обезпечивающія преподаваніе собственно не по каедрѣ, а по тому или другому отдѣльному курсу, напр., кабинетъ экспериментальной фонетики, или какая либо специальная лабораторія, завѣдываніе коими должно находиться въ вѣдѣніи того лица, которое ведетъ соответствующій курсъ. Вслѣдствіе сего профессоръ, выслужившій 30 лѣтъ, можетъ сохранить въ своемъ завѣдываніи такое специальное учрежденіе, если за нимъ сохранено будетъ или поручено вновь преподаваніе того курса, для котораго оно учреждено. Затѣиъ, такъ какъ до изданія настоящаго закона вознагражденіе по ст. 505 назначалось Министромъ Народнаго Просвѣщенія срокомъ на 5 лѣтъ, независимо отъ числа часовъ лекцій, и срокъ такого пятилѣтія у нѣкоторыхъ профессоровъ еще не окончился, то имъ предоставляется по собственному желанію или получать назначенное имъ вознагражденіе въ прежнемъ размѣрѣ (т. е. по 1200 р. годъ) до истеченія того пятилѣтія, на которое оно было назначено, или же, отказавшись отъ такового, перейти на новый способъ вознагражденія, предусмотрѣнный въ ст. 2-ой и 4-ой настоящаго закона. Что же касается возможности дальнѣйшаго назначенія вознагражденія по распоряженію Г. Министра срокомъ на 5 лѣтъ, то по настоящему закону оно отпадаетъ.

5) По поводу ст. 6 надлежитъ имѣть въ виду, что изложенное въ ней правило не можетъ имѣть обратной силы и, слѣдовательно, дѣйствіе этой статьи подлежитъ распространенію лишь

на тѣхъ лицъ указанной въ ней категоріи, которыя приобрѣтутъ званіе привать-доцента послѣ 1-го января 1917 г., т. е. послѣ введенія въ дѣйствіе настоящаго закона. Независимо отъ сего, статья эта не касается тѣхъ привать-доцентовъ, которые приобрѣтутъ это званіе въ порядкѣ, предусмотрѣнномъ въ п. 2 ст. 509 т. XI ч. I св. зак.

6) Относительно предусмотрѣннаго въ примѣч. къ ст. 7-ой пополненія суммъ, ассигнуемыхъ на вознагражденіе привать-доцентовъ изъ остатковъ отъ штатныхъ суммъ, назначенныхъ на вознагражденіе преподавательскаго состава, — слѣдуетъ имѣть въ виду, что означенные остатки должны употребляться на такое усиленіе кредита на вознагражденіе привать-доцентовъ въ первую очередь и лишь за удовлетвореніемъ этой потребности могутъ быть перечисляемы на другія нужды университетовъ. Поэтому надлежитъ ежегодно, при представленіи смѣты специальныхъ средствъ, представлять одновременно соображенія Совѣта, основанныя на ходатайствахъ факультетовъ, о возможномъ увеличеніи суммы на вознагражденіе привать-доцентовъ за счетъ указанныхъ остатковъ.

7) По поводу ст. 3 отд. V закона надлежитъ имѣть въ виду, что правило, изложенное въ ст. 3 отд. V закона 3-го іюля 1916 г., не касается внѣштатныхъ профессоровъ (выслужившихъ 30 лѣтъ), за коими ст. 2 и 4 отд. II настоящаго закона подтверждаютъ присвоенное имъ нынѣ статьею 505 уст. уч. зав. (св. з. т. XI ч. I, изд. 1893 г. и по прод. 1912 г.) право на полученіе вознагражденія за чтеніе лекцій, независимо отъ пенсіи, и на занятіе всѣхъ должностей по университету (какъ то: ректора, проректора, декана и секретаря факультета) съ полученіемъ положеннаго по нимъ должностямъ дополнительнаго содержанія.

Поэтому всѣ выходящіе послѣ 1 января сего года за штатъ профессора, хотя бы и продолжающіе чтеніе лекцій въ университетѣ, приобрѣтаютъ право на полученіе пенсіи изъ новыхъ окладовъ.

8) Относительно отд. VI настоящаго закона надлежитъ прежде всего имѣть въ виду, что этотъ отдѣлъ касается исключительно профессоровъ, выбывшихъ изъ штата за выслугою 30 лѣтъ по учебной службѣ до 1-го января 1917 г., т. е. до введенія въ дѣйствіе настоящаго закона, такъ какъ послѣ этого срока пенсіи могутъ назначаться только изъ тѣхъ окладовъ, которые установлены новымъ закономъ. Затѣмъ, по буквальному смыслу этой статьи, правомъ на полученіе пенсіи изъ новаго оклада могутъ пользоваться, при условіи окончательнаго прекращенія лекцій (по какой бы причинѣ таковое ни произошло), лишь тѣ внѣштатныхъ профессоровъ, которые до этого исполняли обязанности по вакантной каедрѣ (въ томъ смыслѣ, какъ это пояснено въ п. 2 настоящей инструкціи), т. е. читали лекціи по порученію факультета въ порядкѣ ст. 464. Слѣдовательно, внѣштатные профессора, выслужившіе 30 лѣтъ до 1-го января 1917 г. и читавшіе лекціи дополнительныя, или при наличности штатнаго преподавателя въ порядкѣ ст. 505, — правомъ на полученіе новаго пенсіоннаго оклада не пользуются.

9) По поводу расчета преподавательской службы на выслугу пятилѣтнихъ прибавокъ, установленныхъ къ прим. 1 къ временному расписанію окладовъ, — слѣдуетъ имѣть въ виду, что подъ этой службой понимается служба въ званіи приватъ-доцента, доцента и профессора въ университетѣ (или въ соответствующихъ имъ должностяхъ въ другихъ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ) и что срокъ опредѣляется по совокупности всей этой службы. Такимъ образомъ, приватъ-доцентъ, назначенный на одиннадцатомъ году своей службы профессоромъ, сразу получаетъ обѣ прибавки; или экстраординарный профессоръ на одиннадцатомъ году назначенный ординарнымъ, также сразу получаетъ окладъ съ 2-мя прибавками, ординарному профессору присвоенными. Въ этомъ отношеніи порядокъ назначенія пятилѣтнихъ прибавокъ для профессоровъ и доцентовъ въ университетахъ отличается какъ отъ порядка назначенія прибавокъ ассистентамъ и другимъ лицамъ, по закону 3-го іюля 1914 г., такъ и въ другихъ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, гдѣ прибавки вообще установлены.

10) Относительно примѣненія прим. 3 къ временному расписанію надлежитъ имѣть въ виду, что имъ предусматривается право на дополнительное вознагражденіе или за завѣдываніе учебно-вспомогательнымъ учрежденіемъ, или за веденіе практическихъ занятій, а не отдѣльно за тотъ и другой трудъ и слѣдовательно вообще дополнительное вознагражденіе не можетъ превышать 600—1200 руб. для каждаго профессора.

На покрытіе расходовъ по выдачѣ предусмотрѣнныхъ въ прим. 3 къ временному расписанію окладовъ содержанія дополнительнаго вознагражденія — надлежитъ входить съ представленіемъ въ Министерство Народнаго Просвѣщенія одновременно съ представленіемъ смѣты по содержанію университетовъ и во всякомъ случаѣ не позднѣе 1-го іюня, дабы Министерство имѣло возможность своевременно предусмотрѣть указанный расходъ при составленіи своей смѣты.

Примѣчаніе. По смѣтѣ Министерства Народнаго Просвѣщенія на 1917 г. на этотъ предметъ испрашивается кредитъ въ 345.000 р., къ расходованію коего вѣдомство будетъ въ состояніи приступить лишь по утвержденіи государственной росписи расходовъ на 1917 г.

Управляющій Министерствомъ Народнаго Просвѣщенія,
Сенаторъ (подп.) *Кульчицкій.*

Директоръ Департамента Народнаго Просвѣщенія
(скр.) *П. Суринъ.*

В ѣ р н о. Дѣлопроизводитель (подпись).

нормы по аналогіи. Если подлежащій рѣшенію случай прямо не предусмотрѣнъ ни одной статьей закона, тогда прежде всего ищутъ, не предусмотрѣнъ ли закономъ случай, подобный данному. Если найдется въ гипотезѣ какой либо существующей нормы фактической составъ, подобный фактическому составу подлежащаго рѣшенію случая, тогда диспозиція нормы съ подобнымъ фактическимъ составомъ распространяется и на случай, подлежащій рѣшенію. Такое примѣненіе юридической нормы по аналогіи существенно отличается отъ толкованія и содержитъ въ себѣ несомнѣнно уже нѣкоторый элементъ правотворенія. Отъ толкованія аналогія отличается тѣмъ, что, прибѣгая къ ней, мы не ограничиваемся выясненіемъ содержанія данной юридической нормы, но извлекаемъ изъ нея болѣе общія начала, которыя одинаково покрывали бы и случай, прямо данной нормой предусмотрѣнный, и ему подобный. Въ этомъ обобщеніи нормы привлекаемой по аналогіи заключается элементъ нѣкотораго свободного правотворенія въ порядкѣ примѣненія. Указанная свобода при аналогіи ограничена предѣлами положительнаго правового матеріала, изъ котораго берется исходная точка.

Въ процессѣ примѣненія права попадаются однако случаи, для которыхъ нельзя найти въ гипотезахъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ ничего подобнаго фактическому составу этихъ случаевъ. При такомъ положеніи дѣла примѣненіе юридической нормы по аналогіи оказывается невозможнымъ, и приходится констатировать наличность безусловнаго, абсолютнаго пробѣла въ положительномъ правѣ. Спрашивается, какъ же восполняются такіе безусловные пробѣлы.

По этому вопросу слѣдуетъ различать два направленія юридической техники: старое, сложившееся въ эпоху рецепціи римскаго права и господствовавшее вплоть до послѣднихъ лѣтъ минувшаго (XIX) столѣтія, и новое, ознаменовавшее собою начало нашего вѣка.

Старое направленіе исходило изъ представленія о т. н. логической замкнутости, или законченности права.⁹⁾ Подъ послѣдней разумѣли то присущее будто бы положительному праву свойство, въ силу котораго оно содержитъ въ своемъ внутреннемъ логическомъ составѣ достаточный матеріалъ для разрѣшенія всѣхъ возможныхъ въ порядкѣ примѣненія случаевъ, въ томъ числѣ и случаевъ, не предусмотрѣнныхъ ни одной изъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ. Съ точки зрѣнія стараго направленія без-

условныхъ пробѣловъ въ положительномъ правѣ нѣтъ, бываютъ лишь относительные пробѣлы, проистекающіе изъ отсутствія спеціальныхъ статей закона, но это не безусловные пробѣлы въ положительномъ правѣ, такъ какъ они восполняются изъ того же положительнаго права путемъ особаго логическаго приѣма его обработки, которую называли аналогіей права. Аналогію права (*analogia iuris*) отличали отъ аналогіи закона (*analogia legis*), подъ которой понимали то, что мы назвали выше примѣненіемъ юридической нормы по аналогіи. Къ аналогіи права прибѣгали тогда, когда аналогія закона представлялась невозможной, т. е. когда не оказывалось юридической нормы, которую можно было бы примѣнить по аналогіи, и обнаруживался случай безусловнаго пробѣла въ положительномъ правѣ. Такой случай все же признавался не безусловнымъ пробѣломъ, а относительнымъ, и подлежалъ съ точки зрѣнія старой теоріи разрѣшенію на основаніи положительнаго права, которое необходимо было для этого подвергнуть особой логической обработкѣ. Путь и приѣмы этой обработки были слѣдующіе. Изъ всего матеріала надлежало извлечь лежащія въ его основѣ общіе принципы, частными выводами изъ которыхъ являются всѣ дѣйствующія отдѣльныя юридическія нормы. Послѣднія не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ выводовъ изъ положительнаго права, отчего и получаютъ относительные пробѣлы въ статьяхъ закона. Остается лишь восполнить частные случаи дедукціи, упущенные законодателемъ, и такимъ путемъ всѣ возможные пробѣлы въ статьяхъ закона будутъ восполнены на основаніи общихъ принциповъ, или общаго духа положительнаго права. Такимъ образомъ старая теорія учила восполнять пробѣлы путемъ конструирования общихъ принциповъ положительнаго права и дедуцированія изъ нихъ частныхъ рѣшеній. Признавалось возможнымъ заранѣе выработать конструкцію общихъ принциповъ положительнаго права, и одинъ изъ юристовъ 20-ыхъ годовъ XIX столѣтія, Фалькъ, назвалъ, такое построеніе общимъ ученіемъ о правѣ, или общей теоріей права, какъ мы упоминали ужъ объ этомъ выше (см. стрн. 9 и 218—219). Юридическая техника, построенная на указанныхъ началахъ, получила названіе „юриспруденціи понятій (*Begriffsjurisprudenz*), такъ какъ она занималась построеніемъ общихъ понятій положительнаго права и сводила весь процессъ примѣненія права къ формально-логическому дедуцированію изъ этихъ понятій, игнорируя при этомъ реальную жизненную обстановку тѣхъ казусовъ, которые приходилось разрѣшать.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Юрьевскаго
Университета.

Юрьевъ, 25 февраля 1917 г.

№ 226.

Ректоръ П. Пусторослевъ.

Новая теорія подвергла юриспруденцію понятій критикѣ и признала принципъ восполненія пробѣловъ въ положительномъ правѣ путемъ свободнаго правотворенія въ порядкѣ примѣненія права.

Первый ударъ критики направился на ученіе о логической законченности права. Факты правовой жизни несомнѣнно свидѣтельствуютъ о существованіи безусловныхъ пробѣловъ въ положительномъ правѣ. Такъ какъ никакое логическое содержаніе не въ состояніи дать болѣе того, что положено въ его основу, то отсюда неминуемо слѣдуетъ, что ученіе о возможности на основаніи положительнаго правового матеріала разрѣшать вопросы, не учтенные этимъ матеріаломъ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности и представляетъ собою только извѣстный постулатъ, требованіе. Но требованіе это на самомъ дѣлѣ оказывается неисполнимымъ. Общіе принципы положительнаго права отвлекаются индуктивнымъ путемъ отъ положительнаго правового матеріала и поэтому обобщаютъ лишь то, что въ немъ содержится, но не даютъ ничего большаго. Дедукція изъ этихъ принциповъ не можетъ дать рѣшенія казуса, фактической составъ котораго не предусмотрѣнъ положительнымъ правовымъ матеріаломъ. Слѣдовательно, конструктивно-дедуктивнымъ путемъ невозможно восполнять пробѣлы въ положительномъ правѣ. На это возразятъ, что юридическая техника примѣняла старую теорію въ теченіе столѣтій и восполняла пробѣлы именно конструктивно-дедуктивнымъ путемъ по правиламъ т. н. аналогіи права. Возраженіе это устраняется указаніемъ на то, что юридическая техника соблюдала лишь видимость конструктивно-дедуктивнаго метода, а на самомъ дѣлѣ отступала отъ него и строила общіе принципы не только на основаніи матеріала положительнаго права, но и на основаніи тѣхъ жизненныхъ отношеній, на которыя наталкивалась въ процессѣ примѣненія права. Подъ флагомъ логической законченности положительнаго права неизмѣнно проходило свободное правотвореніе догматической юриспруденціи. Самая же доктрина о логической законченности положительнаго права являлась лишь невольнымъ выраженіемъ преклоненія предъ писаннымъ правомъ, которое внушалось юристамъ сначала внутреннимъ авторитетомъ римскаго права, а затѣмъ внѣшнимъ авторитетомъ законодателя новаго времени.

Свободное отъ давленія указанныхъ авторитетовъ, новое направленіе прямо и открыто признаетъ тотъ неизбѣжный фактъ,

что пробѣлы въ положительномъ правѣ восполняются догматической юриспруденціей путемъ свободнаго правотворенія. Это свободное правотвореніе самостоятельно учитываетъ социальную обстановку подлежащаго разрѣшенію жизненнаго казуса и руководится не общимъ принципомъ положительнаго права, а критеріемъ естественной справедливости. Имѣя въ виду именно эту функцію юриспруденціи, Ульпіанъ могъ назвать ее знаніемъ дѣлъ божественныхъ и человѣческихъ, наукой о справедливомъ и несправедливомъ (Ulpian in l. 10. § 2. D. de j. et jur. 1, 1: Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia).

Такое ученіе о восполненіи пробѣловъ въ положительномъ правѣ вытекаетъ изъ существа логическаго процесса осуществленія права и неминуемо дѣлаетъ юриспруденцію источникомъ положительнаго права. Въ какой мѣрѣ это положеніе признается законодательствомъ, это вопросъ особаго рода, и разсмотрѣніе его, какъ уже сказано, еще намъ предстоитъ (въ § 43-емъ).

IV. Существенно важнымъ моментомъ въ процессѣ примѣненія права является, наконецъ, субъективация, т. е. построение на основаніи объективной юридической нормы субъективнаго юридическаго отношенія. Такъ какъ правовой оборотъ слагается изъ юридическихъ отношеній, то потребность въ субъективации сама собою понятна. Для цѣлей примѣненія права необходимо подвергнуть систематической субъективации весь наличный матеріалъ положительнаго права. Только послѣ такой переработки положительнаго правового матеріала получается возможность легко и скоро разбираться въ немъ и примѣнять его къ конкретнымъ случаямъ жизни.

Указанная разработка положительнаго права совершается помощью двухъ основныхъ приемовъ: юридическаго анализа и юридической констукціи.

Всякое конкретное юридическое отношеніе между двумя лицами (нпр., отношеніе, вытекающее изъ купли-продажи, родительской власти, нарушенія права, подчиненія власти государственнаго органа, участія въ самоуправленіи) представляетъ собою отношеніе сложное, которое объемлетъ на той и на другой сторонѣ нѣсколько взаимныхъ правъ и обязанностей, направленныхъ нерѣдко на различные объекты. Чтобы разобратся въ сложномъ явленіи необходимо прежде всего вскрыть его простѣйшіе составные элементы. Такова задача всякаго анализа. Юри-

дическій анализ занимается разложеніемъ сложныхъ юридическихъ отношеній на отношенія простыя. Простымъ признается такое юридическое отношеніе, въ которомъ устанавливается одно притязаніе на одной сторонѣ, одна обязанность на другой и единый объектъ.

Когда анализъ законченъ и получены ряды простыхъ юридическихъ отношеній, наступаетъ очередь юридической конструкціи. Последняя состоитъ въ установленіи сочетаній юридическихъ отношеній. При этомъ имѣются въ виду не тѣ случайныя и затѣйливыя сочетанія, которыя представляетъ жизнь, а сочетанія планомѣрныя, основанныя на единствѣ цѣли извѣстной группы отношеній. Совокупность простыхъ юридическихъ отношеній, связанныхъ единствомъ цѣли, называется юридическимъ институтомъ (учрежденіемъ). Таковы, нпр., институтъ собственности, брака, наслѣдованія по закону, завѣщанія, займа, народнаго представительства.

Герингъ называлъ юридическіе институты юридическими тѣлами, или организмами, желая этимъ подчеркнуть, что юридическіе институты составляютъ самостоятельныя части правопорядка, служація обезпеченію важнѣйшихъ индивидуальныхъ и общественныхъ цѣлей.

Юридическіе институты подвергаются классификаціи по ихъ цѣлямъ; однородные сводятся вмѣстѣ и составляютъ отдѣльныя отрасли и части права, которыя располагаются затѣмъ въ опредѣленной системѣ. Къ классификаціи относится извѣстное намъ основное дѣленіе права на публичное и частное съ дальнѣйшими подраздѣленіями того или другого и послѣдующимъ раздѣленіемъ каждаго изъ нихъ на части, нпр., право вещное, обязательственное, семейственное, наслѣдственное въ гражданскомъ правѣ.

Систематическимъ изложеніемъ положительнаго права по всѣмъ его отдѣламъ и частямъ завершается техническая работа догматической юриспруденціи. Систематизованный положительный правовой матеріалъ представляется наиболѣе удобнымъ для пользованія. Въ немъ легко найти соотвѣтственную для встрѣтившагося случая юридическую норму и основанное на ней построеніе юридическаго отношенія. Догматическая система является къ тому же источникомъ для систематическаго толкованія. Наконецъ, систематическая обработка положительнаго правового матеріала облегчаетъ возможность обнаруженія пробѣловъ въ положительномъ правѣ.

Глава VIII. Осуществление права.

Вопросъ объ осуществленіи права либо вовсе упускается изъ виду въ общемъ ученіи о правѣ, либо разсматривается въ черезчуръ узкихъ предѣлахъ. Суженіе вопроса объ осуществленіи права замѣчается въ троякомъ отношеніи: 1) подъ осуществленіемъ права разумѣютъ главнымъ образомъ или даже исключительно судебное его осуществленіе, или т. н. судебную защиту правъ, 2) сосредоточиваютъ все вниманіе на осуществленіи субъективнаго права (правомочія, или притязанія) и оставляютъ безъ вниманія исполненіе юридической обязанности, и 3) разсматриваютъ вопросы осуществленія права примѣнительно къ праву частному, судебная защита котораго является наиболѣе совершенной, и обходятъ молчаніемъ право публичное.

Полное упущеніе вопроса объ осуществленіи права не допустимо, такъ какъ переходъ права въ жизнь совершается не путемъ одного лишь интеллектуальнаго процесса (примѣненія), но и моральнаго (осуществленія), — изучивъ первый процессъ, необходимо изслѣдовать и второй. Разсмотрѣніе вопроса объ осуществленіи права въ указанныхъ узкихъ предѣлахъ — не правильно. Только незначительная часть юридическихъ отношеній доходитъ до суда, и значительно преобладающая часть правового оборота совершается путемъ внѣсудебнаго, безспорнаго, мирнаго осуществленія права. Иначе и быть не можетъ: если бы значительно большая часть юридическихъ отношеній сопровождалась споромъ, столкновениями, требующими судебного рѣшенія, право не исполняло бы своей функціи, и общественная жизнь испытывала бы непрестанныя потрясенія. Вся сила права въ безспорномъ и мирномъ его осуществленіи.* Если это такъ, то при разсмотрѣннн вопроса объ осуществленіи права нельзя ограничиваться однимъ лишь судебнымъ его осуществленіемъ. Такъ какъ юридическія нормы устанавливаютъ не только притязанія, но и обязанности, и такъ какъ безъ исполненія обязанности пассивной стороной юридическаго отношенія не возможно осуществленіе притязанія активной стороны, то само собою понятно, что осуществленіе права не исчерпывается однимъ лишь осуществленіемъ притязанія, но обнимаетъ и исполненіе обязанности. Обязанности нельзя оставлять безъ разсмотрѣнія тѣмъ болѣе, что исполненіе ея имѣетъ, такъ сказать, свою особую природу, существенно отличную отъ осуществле-

нія субъективнаго права. Наконецъ, нѣтъ никакого основанія игнорировать публичное право въ занимающемъ насъ вопросѣ, тѣмъ болѣе что оно представляетъ въ порядкѣ осуществленія значительныя особенности сравнительно съ частнымъ.

Принимая въ соображеніе все сказанное, мы будемъ говорить объ осуществленіи права какъ со стороны удовлетворенія притязанія, такъ и со стороны исполненія обязанности, какъ въ частномъ правѣ, такъ и въ публичномъ, какъ въ безспорномъ мирномъ порядкѣ, такъ и въ порядкѣ спорномъ, судебномъ.

Право осуществляется въ поступкахъ людей, согласныхъ съ предписаніемъ юридическихъ нормъ, или въ т. н. правомѣрныхъ поступкахъ. Бываютъ однако, — и это неизбѣжно по отношенію ко всякой нормѣ должнаго, — и поступки неправомѣрные. Всякій неправомѣрный поступокъ, взятый самъ по себѣ, есть актъ отрицанія права. Для положительнаго утвержденія дѣйственности права и въ случаяхъ его нарушенія устанавливается извѣстная реакція правопорядка противъ неправомѣрныхъ поступковъ. Эта реакція представляетъ собою особый видъ осуществленія права, — въ случаѣ совершенія неправомѣрныхъ поступковъ. Въ соответствіи съ этимъ ученіе объ осуществленіи права распадается на двѣ части; 1) ученіе о правомѣрныхъ поступкахъ, и 2) ученіе о поступкахъ неправомѣрныхъ.

§ 26. Правомѣрные поступки.

Л. І. Петражицкій, Теорія права, т. I, §§ 7 и 8; E. Picard, Le droit pur, 1912, §§ 111—134; R. v. Jhering, Der Kampf um's Recht, 1872 г., и рядъ послѣдующихъ изданій (Р. Герингъ, Борьба за право, нѣсколько русскихъ переводовъ); Felix Dahn, Rechtsphilosophische Studien, 1883; О. В. Тарановскій, Интересъ и нравственный долгъ въ правѣ, 1899 г.; E. Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, 1898; E. Porcherot, De l'abus de droit, 1901; René Buttin, De l'usage abusif du droit, 1904; Karl Huber, Ueber den Rechtsmissbrauch, 1910; І. А. Покровскій, Основныя проблемы гражданскаго права, 1916, глава VI.

I. Особенностью права, сравнительно съ нравственностью, является, какъ мы уже знаемъ, прямая объективность его задачи. Это значитъ, что право ставитъ объективное осуществленіе своихъ предписаній выше субъективнаго въ немъ участія лица, къ которому эти предписанія обращены. Изъ указаннаго свойства права

вытекает допустимость въ правѣ представительства. Правомѣрные поступки могутъ быть совершаемы какъ самими уполномоченными или обязанными къ тому лицами, такъ и ихъ представителями, т. е. другими лицами, дѣйствующими отъ ихъ имени и за ихъ счетъ, какъ въ матеріальномъ, такъ и въ моральномъ смыслѣ.

Черезъ представителей въ силу необходимости осуществляются правомочія и обязанности лицъ недѣеспособныхъ. Дѣеспособныя лица могутъ дѣйствовать чрезъ представителей по своему желанію. Первый видъ представительства устанавливается закономъ и потому называется законнымъ представительствомъ. Законными представителями недѣеспособныхъ являются ихъ опекуны и попечители. Второй видъ представительства устанавливается добровольно путемъ соглашенія желающаго быть представляемымъ съ лицомъ, избираемымъ имъ въ представители, и называется представительствомъ добровольнымъ, или договорнымъ.

Представительство не допустимо въ тѣхъ юридическихъ отношеніяхъ, въ которыхъ существенное значеніе принадлежитъ самой личности сторонъ, какъ то, нпр., въ отношеніяхъ семейственныхъ, а также въ нѣкоторыхъ обязательствахъ личнаго характера, нпр., въ договорѣ личнаго найма. Главной сферой примѣненія представительства является частное право и въ немъ область имущественныхъ отношеній. Въ публичномъ правѣ, благодаря двумъ его особенностямъ, — совпаденію дѣеспособности съ правоспособностью и личному характеру публичноправовыхъ отношеній, — представительство находитъ себѣ примѣненіе, весьма ограниченное. Собственно говоря, имѣется лишь одинъ видъ публичноправового представительства, это — представительство государства въ международныхъ отношеніяхъ. Во внутреннегосударственныхъ отношеніяхъ института представительства нѣтъ. Регентъ управляетъ самостоятельную функцію и не является представителемъ несовершеннолѣтняго или психически ненормальнаго монарха. О народномъ представительствѣ говорятъ въ социальномъ, т. е. фактическомъ съ точки зрѣнія права смыслѣ, но это не представительство юридическое. Члены законодательныхъ палатъ исполняютъ самостоятельную функцію, а не дѣйствуютъ отъ имени и за счетъ избирателей. Самое ихъ избраніе есть лишь особый способъ ихъ законнаго установленія, а не передача имъ полномочій на юридическое представительство.

II. Право регулируетъ взаимное поведеніе людей по отношенію другъ къ другу. По кругу лицъ, связываемыхъ взаимнымъ

поведеніемъ установленнаго характера, различаются абсолютныя и относительныя права и обязанности. Абсолютными называются такія права, которыя предоставляются управомоченному субъекту по отношенію ко всѣмъ и каждому. Абсолютныя обязанности — это тѣ обязанности, которыя налагаются на насъ правомъ по отношенію ко всѣмъ и каждому. Относительными являются такія права и такія обязанности, которыя намъ предоставлены и которыя мы несемъ по отношенію къ опредѣленнымъ лицамъ, съ которыми мы связаны особымъ обязательствомъ. Абсолютныя обязанности могутъ имѣть своимъ объектомъ только воздержаніе отъ дѣйствія и терпѣніе чужой дѣятельности, нпр. абсолютная обязанность всѣхъ и каждого ничего не дѣлать по отношенію къ чужой собственности и терпѣть поведеніе собственника. Всякаго же рода положительныя услуги могутъ быть объектомъ только относительныхъ обязанностей.

III. Въ двухъ основныхъ областяхъ права, — въ правѣ частномъ и въ правѣ публичномъ, — осуществленіе права происходитъ различно. Всѣ частныя субъективныя права представляются управомоченному субъекту въ его свободное распоряженіе, такъ что осуществленіе ихъ зависитъ отъ его желанія и усмотрѣнія. Кредиторъ можетъ требовать отъ должника данной ему взаймы суммы, можетъ и отказаться отъ нея, какъ пожелаетъ, какъ найдетъ для себя нужнымъ. Право никого и никогда не обязываетъ осуществлять свои частныя правомочія. Такое положеніе частнаго субъективнаго права отражается и на положеніи частноправовой обязанности: послѣдняя прекращается, если субъектъ притязанія отказывается отъ удовлетворенія. Кредиторъ можетъ простить долгъ своему должнику, и это освобождаетъ должника отъ его обязанности.

Въ публичномъ правѣ различаются въ порядкѣ осуществленія субъективныя права, которыми надѣлено государство и его органы по отношенію къ подвластнымъ, и субъективныя права, предоставленныя частнымъ лицамъ (т. е. отдѣльнымъ гражданамъ, не являющимся органами власти или въ данномъ конкретномъ отношеніи не выступающимъ въ качествѣ таковыхъ) по отношенію къ государству и его органамъ. Къ первому виду относятся, нпр., право государства взимать налоги, привлекать преступниковъ къ отвѣтственности, требовать отбыванія воинской повинности, и вытекающія отсюда, — право сборщика податей требовать внесенія налога, право судебного слѣдователя привлечь

совершившаго преступленіе къ суду, право воинскаго присутствія требовать явки военнообязаннаго и т. д. Ко второму виду относятся права на участіе во власти, нпр. избирательныя права, и права на свободу отъ воздѣйствія и вмѣшательства власти, нпр. право свободного передвиженія, свободы вѣроисповѣданія и т. д., говоря короче, права т. н. политической и гражданской свободы. Поэтому можно назвать (какъ это многіе дѣлаютъ) первый видъ субъективныхъ публичныхъ правъ правами властвованія, второй — правами свободы. Права властвованія не предоставляются органамъ государственной власти въ ихъ свободное распоряженіе, но подлежатъ обязательному осуществленію. Всѣ права властвованія содержатъ въ себѣ обязанность ихъ исполненія (какъ справедливо отмѣчаетъ это въ послѣднее время Берольцгеймеръ). На этомъ основаніи теоретики государственнаго права (Г. Йеллинекъ и др.) называютъ публичныя правомочія органовъ государственной власти не субъективными правами, а функциями, т. е. обязательными для нихъ отправлениями власти. Понятіе функции вполне уместно и имѣетъ опредѣленный смыслъ съ точки зрѣнія социально-конструктивной, т. е. съ точки зрѣнія строенія, организациі государственной власти въ обществѣ. Но это понятіе не замѣняетъ понятія субъективнаго права, а существуетъ наряду съ нимъ. Съ точки зрѣнія юридической понятіе функции не достаточно. Функция органа власти обнимаетъ собою двоякаго рода юридическое отношеніе: отношеніе органа къ государству и отношеніе его къ подвластнымъ; въ первомъ отношеніи органъ несетъ обязанность, во второмъ надѣленъ притязаніемъ. Такимъ образомъ никакъ нельзя устранить конструкцію субъективныхъ публичныхъ правъ органовъ власти. Необходимо лишь оговорить, что эти права сопряжены съ обязанностью ихъ осуществленія. Къ замѣнѣ субъективнаго публичнаго права органа государственной власти его функцией прибѣгаютъ потому, что считаютъ свободное распоряженіе существеннымъ признакомъ субъективнаго права. Послѣднее соображеніе не можетъ быть однако принято, такъ какъ оно неправильно суживаетъ общее понятіе субъективнаго права до одного лишь частнаго субъективнаго права.

Субъективныя публичныя права частныхъ лицъ по отношенію къ государству и его органамъ, или т. н. права свободы, представляются субъектамъ ихъ въ свободное распоряженіе, какъ и частныя субъективныя права. Такого рода конструкціа вполне понятна и уместна относительно т. н. правъ гражданской сво-

боды. Притязанія на невмѣшательство государственной власти въ извѣстную сферу индивидуальной жизни и свободнаго единенія индивидовъ, являясь публичными въ силу того, что они предъявляются къ государству, какъ носителю принудительной власти, имѣютъ конечной цѣлью обезпеченіе неприкосновенности частнаго оборота. Поэтому вполне понятно, что притязанія эти предоставляются свободному усмотрѣнію и распоряженію ихъ субъектовъ такъ же, какъ и весь частной оборотъ предоставленъ свободной инициативѣ и самостоятельности индивидовъ. Иное дѣло — права политической свободы, т. е. права на участіе во власти. Предоставленіе ихъ свободному распоряженію сторонъ вытекаетъ не изъ существа ихъ и свойствъ ихъ конечной цѣли, а изъ условій историческаго ихъ происхожденія и среднихъ, такъ сказать, статистическихъ данныхъ ихъ осуществленія. По существу же своему и по своей цѣли они въ принципѣ характеризуются такимъ же привхожденіемъ въ нихъ момента обязательнаго осуществленія, какъ и субъективныя публичныя права государства и его органовъ, потому что права на участіе во власти суть несомнѣнно права властвованія. Пояснимъ сказанное примѣромъ. Избирательное право возникло какъ результатъ борьбы общественныхъ классовъ съ абсолютнымъ государствомъ и потому разсматривается какъ извѣстный активъ индивида, какъ его право. Этимъ правомъ всякій можетъ распоряжаться свободно, т. е. онъ можетъ принимать участіе въ политическихъ выборахъ или уклоняться отъ нихъ по своему желанію и усмотрѣнію. Цѣль выборовъ — конституировать народное представительство, которое должно и обязано дѣйствовать. Слѣдовательно, политическіе выборы должны состояться; для того, чтобы они состоялись, необходимо, чтобы граждане принималъ въ нихъ участіе. Значитъ, въ избирательномъ правѣ имѣется несомнѣнный элементъ обязательности его осуществленія. О немъ забываютъ потому, что общество достаточно заинтересовано въ участіи во власти, и достаточное количество избирателей всегда осуществляютъ свои избирательныя права, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ статистика выборовъ. Но еслибы воздержаніе и уклоненіе отъ выборовъ приняло размѣры, угрожающіе самому конституированію представительныхъ учреждений, моментъ обязательности осуществленія избирательныхъ правъ предсталъ бы со всею очевидностью, и поднять былъ бы, пожалуй, вопросъ о санкціонированіи этой обязательности, т. е. объ обложеніи уклоненія отъ выборовъ наказаніемъ. Отсутствіе

такой санкціи въ настоящее время и является въ значительной мѣрѣ причиною того, что моментъ обязательности въ осуществленіи избирательнаго права совершенно упускается изъ виду, благодаря нѣкоторой общей тенденціи ограничивать юридическія обязанности только обязанностями, снабженными принудительной санкціей.

Въ связи съ только что сказаннымъ необходимо отмѣтить, что нѣкоторые виды участія во власти, именно участіе въ судѣ въ качествѣ присяжнаго засѣдателя, конструируются исключительно какъ повинность, или обязанность, которую исполняютъ всѣ подлежащія лица въ извѣстной очереди по особо составляемымъ спискамъ. Объ обязанности говорятъ здѣсь въ силу того, что такое участіе болѣе тягостно, чѣмъ участіе въ политическихъ выборахъ, менѣе интересуется массу, и потому представляетъ большую опасность уклоненія, для предотвращенія которой пришлось установить наказаніе за уклоненіе. Несомнѣнно однако, что произвольное со стороны подлежащаго органа власти невнесеніе того или другого лица въ списки присяжныхъ засѣдателей, немедленно вскрываетъ наличность у даннаго лица притязанія на этотъ видъ участія во власти, т. е. наличность субъективнаго права быть присяжнымъ засѣдателемъ. По соображеніямъ практическаго, дѣловаго характера совершенно забыли здѣсь о субъективномъ публичномъ правѣ, осуществляемомъ обязательно, и говорятъ только объ обязанности. Въ указанномъ только что смыслѣ имѣется моментъ субъективнаго права и въ воинской повинности.

Своеобразный характеръ правъ властвованія отражается соотвѣтственнымъ образомъ и на публичноправовой обязанности. Отъ частноправовой обязанности лицо обязанное можетъ быть освобождено по усмотрѣнію субъекта соотвѣтственнаго притязанія. Кредиторъ прощаетъ долгъ, и обязанность должника прекращается. Такъ какъ правамъ властвованія присуще обязательное осуществленіе, то государство и его органы не могутъ освободить подвластныхъ отъ ихъ публичноправовыхъ обязанностей. Современное право не знаетъ т. н. диспенсивной (разрѣшительной) власти государственныхъ органовъ, т. е. права ихъ разрѣшать, значить, освобождать подвластныхъ отъ лежащихъ на нихъ публичноправовыхъ обязанностей. Такая диспенсивная власть принадлежала раньше монархамъ, въ то именно время, когда государство разсматривалось какъ вотчина (частное хозяйственное

предпріятіе) государя, и подвластные находились въ частноправовомъ подчиненіи ему. Современное право знаетъ лишь чрезвычайные случаи освобожденія отъ публичноправовыхъ обязанностей въ порядкѣ особыхъ актовъ милости. Въ этомъ порядкѣ слагаются недоимки по уплатѣ податей, освобождаются лица отъ обязанности отвѣчать по суду за совершенныя преступленія (т. н. аболіція, или прекращеніе преслѣдованія) или отъ обязанности претерпѣть наказаніе (т. н. амністія, т. е. преданіе забвенію рѣшеннаго дѣла). Акты милости представляютъ собою спеціальныя мѣры, которыя принимаются ради укрѣпленія матеріальной справедливости (справедливости по существу), нарушаемой въ иныхъ случаяхъ неизбѣжнымъ въ общемъ формализмомъ права. Отъ акта милости заинтересованное лицо всегда можетъ отказаться, разъ оно находитъ болѣе справедливымъ и болѣе цѣлесообразнымъ исполнить возложенную на него закономъ обязанность.

IV. Юридическая обязанность должна быть исполнена полностью, — до удовлетворенія и, такъ сказать, до насыщенія соответствующаго ей притязанія другой стороны. Само собою разумѣется, что предметомъ юридической обязанности можетъ быть только то, что возможно для человѣка по силамъ и средствамъ его природы. *Impossibilium nulla est obligatio* — относительно невозможнаго обязательство ничтожно. Такъ опредѣляло еще римское право предѣлы обязанностей, устанавливаемыхъ по частному соглашенію сторонъ. Правило это сохраняется и въ современномъ правѣ какъ относительно частныхъ договорныхъ обязательствъ, такъ и относительно обязанностей, устанавливаемыхъ закономъ и всякой другой юридической нормой.

Невозможное, какъ предѣлъ юридической обязанности, обнимаетъ собою не только несоразмѣрность требуемаго поступка съ силами и средствами человѣка, но и внѣшнія обстоятельства, которыя въ качествѣ непреодолимой силы (*vis maior. force majeure*) лишаютъ возможности совершить поступокъ, вообще посильный для человѣка. Непреодолима сила освобождаетъ отъ исполненія обязанности. Такъ, нпр., разлитіе водъ или крушеніе поѣзда освобождаетъ отъ явки въ судъ въ качествѣ свидѣтеля; гибель вещи отъ огня или наводненія освобождаетъ отъ обязанности доставить ее по тому или иному договору и т. д.

Сообразно общему типологическому характеру юридическихъ нормъ возможность исполненія юридической обязанности понима-

ется въ расчетъ на средняго абстрактнаго человѣка, на котораго вообще рассчитано дѣйствіе права. Индивидуальная невозможность для того или другаго конкретнаго лица не принимается правомъ въ соображеніе. Такая принципиальная постановка даннаго вопроса является вполне понятной и относительно наиболее справедливой. Предусмотрѣть всѣ индивидуальныя особенности право не въ состояніи; общее же допущеніе неограниченной, безконечной индивидуализаціи возможности и невозможности исполнить обязанность повело бы къ неустойчивости и произволу въ виду крайней, почти непреодолимой трудности провѣрить дѣйствительность возможности или невозможности по отношенію къ каждому отдѣльному лицу и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Справедливость такого типическаго пониманія возможности и невозможности примѣнительно къ абстрактному среднему человѣку конечно относительна: она представляетъ собою лишь наименьшее отклоненіе отъ принципа справедливости и наибольшее къ нему приближеніе. Само собой однако разумѣется, что въ отдѣльныхъ случаяхъ отклоненіе будетъ чрезчуръ большое, и общее типическое требованіе должно быть тогда ослаблено. Положительное право въ извѣстной мѣрѣ становится на путь нѣкотораго исправленія своихъ неизбѣжныхъ несовершенствъ и въ порядкѣ осуществленія допускаетъ извѣстныя отступленія отъ строгаго принципа неуклоннаго исполненія юридической обязанности. Такъ, нпр., въ случаѣ крайне затруднительнаго или бѣдственнаго положенія должника судѣ предоставляется право разсрочить или инымъ образомъ облегчить уплату долга.

Настаивая на принципѣ неуклоннаго исполненія обязанности и полномъ удовлетвореніи соотвѣтственнаго притязанія, право въ то же время знаетъ случай освобожденія отъ обязанности и прекращенія притязанія въ силу внѣшняго факта. Это случай дѣйствія т. н. погасительной давности (*longi temporis praescriptio*). Если правомочный субъектъ не осуществляетъ своего притязанія въ теченіе опредѣленнаго количества лѣтъ, нпр., 10 или 30-ти, то онъ лишается своего правопритязанія, и другая сторона юридическаго отношенія освобождается отъ лежавшей на ней обязанности. Такимъ образомъ юридическая обязанность можетъ погашаться вслѣдствіе отсутствія у управомоченнаго интенсивнаго интереса къ своему праву и истеченія опредѣленнаго промежутка времени. Такой порядокъ вызываетъ сомнѣнія съ точки зрѣнія справедливости и нравственнаго достоинства, такъ какъ нравствен-

ный императивъ несомнѣнно требуетъ отъ насъ исполненія обязанности независимо отъ заинтересованности ея адресата а тѣмъ болѣе независимо отъ истеченія того или другого промежутка времени. Въ отвѣтъ на эти сомнѣнія мы должны прямо сказать, что погасительное дѣйствіе давности въ положительномъ правѣ основывается не на принципѣ справедливости, а на принципѣ цѣлесообразности, — на нѣкоторыхъ вполне уважительныхъ соображеніяхъ общественной пользы. Юридическія отношенія, которыя не ликвидировались въ теченіе долгаго времени, затрудняютъ общественный, главнымъ образомъ имущественный оборотъ, такъ какъ держатъ обязаннаго субъекта въ неувѣренности относительно его дѣйствительнаго актива. Въ видахъ устойчивости оборота цѣлесообразно пресѣкать подобныя отношенія по истеченіи извѣстнаго времени. При этомъ исходятъ изъ житейски основательнаго предположенія, что этимъ не наносится чувствительный уронъ управомоченному субъекту, который долгимъ неосуществленіемъ своего притязанія показали, что оно для него не представляетъ значительнаго интереса. Право вообще руководится правилами житейской мудрости и во имя ея оно и въ данномъ случаѣ ради интересовъ общественной пользы отступаетъ отъ строгаго требованія справедливости. Отступая отъ строгаго требованія справедливости, право однако не отрицаетъ его въ принципѣ и предоставляетъ подлежащему лицу исполнить свою обязанность въ полномъ соотвѣтствіи съ принципомъ матеріальной справедливости. Дѣйствіе погасительной давности наступаетъ не иначе, какъ только по желанію и заявленію лица обязаннаго. Всякій имѣетъ возможность исполнить свою юридическую обязанность, хотя бы она была погашена давностью по положительному праву. Въ такомъ случаѣ говорятъ, что исполняется естественноправовая обязанность, или естественное обязательство (*obligatio naturalis*). Разъ оно исполнено добровольно, лицо, исполнившее его, лишается уже права послѣдующей ссылки на погасительную давность, и положительное право отказываетъ ему въ притязаніи на обратное полученіе уплаченнаго по естественному обязательству. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ данномъ случаѣ положительное право не только предоставляетъ обязанному лицу возможность добровольно внести моральный коррективъ въ несовершенство положительнаго права, но и обеспечиваетъ безповоротность рѣшенія, принятаго въ этомъ направленіи обязаннымъ лицомъ.

Указанный порядок исполненія т. н. естественныхъ обязательствъ примѣняется также въ тѣхъ случаяхъ, когда матеріально обоснованная обязанность не возникаетъ въ формально юридическомъ смыслѣ вслѣдствіе несоотвѣтствія сдѣлки формальнымъ требованіямъ права. Напримѣръ: молодой человекъ 20 лѣтъ занялъ у кого нибудь деньги; такъ какъ онъ еще несовершеннолѣтній и, слѣдовательно, не дѣеспособенъ, то сдѣлка признается недействительной, и у должника нѣтъ формальной юридической обязанности возратить взятую заимообразно сумму. Должникъ имѣетъ однако возможность по достиженіи совершеннолѣтія исполнить свою обязанность какъ обязательство естественное. Уплаченное по такому естественному обязательству не подлежитъ возврату со ссылкой на недействительность первоначальной сдѣлки.

V. Переходя къ вопросу объ осуществленіи правового притязанія, или субъективнаго права, мы должны остановиться на значеніи этого осуществленія для цѣлей и задачъ объективнаго правопорядка.

Всѣ частныя субъективныя права, а также публичныя права свободы предоставлены субъекту, какъ мы уже знаемъ, въ полное и свободное его распоряженіе. Осуществленіе или неосуществленіе этихъ правъ поставлено такимъ образомъ въ зависимость отъ желанія и усмотрѣнія управомоченнаго субъекта. Такъ какъ право согласно своей цѣли обезпечиваетъ индивидуальныя и общественныя интересы, то вполне понятно, что предоставленіе осуществленія субъективнаго права усмотрѣнію управомоченнаго субъекта расчитано не на безсодержательный произволъ (*mera voluntas*) послѣдняго, а на личную его заинтересованность въ томъ благѣ, пользованіе которымъ обезпечивается за нимъ его субъективнымъ правомъ. Личная заинтересованность, т. е. эгоистическій мотивъ на сторонѣ управомоченнаго, признается достаточной гарантіей того, что субъективныя права будутъ осуществляться, такимъ образомъ будетъ обезпечено исполненіе соотвѣтствующихъ имъ на другой сторонѣ юридическаго отношенія обязанностей, и, слѣдовательно, объективный правопорядокъ будетъ соблюдаться.

Сколь ни дѣйствителенъ эгоистическій мотивъ управомоченнаго субъекта, могутъ однако встрѣтиться случаи, когда онъ самъ по себѣ окажется недостаточнымъ для осуществленія субъективнаго права. Это будутъ случаи пассивнаго упорства противной стороны въ неисполненіи обязанности, долженствующей удовлетво-

рять законное притязаніе. Для преодоленія этого упорства потребуется отъ управомоченнаго настойчивость въ предъявленіи своего притязанія, въ отстаиваніи его, если понадобится, судебнымъ порядкомъ и въ принудительномъ его осуществленіи. Словомъ, потребуется борьба за субъективное право. Борьба неизбежно сопряжена съ извѣстными волевыми усиліями, съ затратою энергіи и времени. Эгоистическій мотивъ, побуждающій къ осуществленію права, подвинетъ управомоченнаго субъекта на борьбу за свое право только въ томъ случаѣ, если благо, обеспечиваемое даннымъ субъективнымъ правомъ, представляетъ для него столь значительный интересъ, что въ состояніи окупить затрату энергіи и времени на борьбу. Если же этого нѣтъ, то при незначительности блага, утрачиваемаго вслѣдствіе нарушенія права, управомоченный субъектъ можетъ по соображеніямъ эгоистическаго расчета оставить свое субъективное право безъ осуществленія. Но осуществленіе правомѣрнаго притязанія имѣетъ, какъ мы уже знаемъ, не только субъективное значеніе для управомоченнаго, но и объективное значеніе для правопорядка. Неосуществленіе притязанія даетъ возможность не исполнять обязанности. Если подобные случаи будутъ повторяться и получать значительное распространеніе, отпадетъ внѣшнее побужденіе къ исполненію юридическихъ обязанностей, и фактически пріостановится дѣйствіе объективнаго права, по крайней мѣрѣ, примѣнительно къ мелкимъ отношеніямъ повседневной жизни, не представляющимъ особой цѣнности и настоятельнаго интереса для управомоченныхъ. Какъ ни мелки эти случаи, все же равнодушное отношеніе къ дѣйствию права будетъ понемногу растлѣвать правосознаніе, что можетъ вызвать болѣе или менѣе существенный подрывъ правопорядка. Поэтому нельзя довольствоваться однимъ эгоистическимъ мотивомъ къ осуществленію права и необходимо выдвинуть другое начало, которое въ состояніи было бы побуждать къ дѣйствию въ тѣхъ случаяхъ, когда эгоистическій расчетъ предпочитаетъ бездѣйствіе. Исходя изъ сознанія именно этой необходимости, Герингъ и провозгласилъ свой извѣстный лозунгъ безусловной борьбы за право.

Борьба за право вмѣняется Герингомъ управомоченному въ особый нравственный долгъ, которымъ онъ обязывается какъ по отношенію къ самому себѣ, такъ и по отношенію къ обществу. Субъективныя права не только обеспечиваютъ полученіе извѣстной выгоды, но и расширяютъ сферу моральной мощи человѣка; онѣ неразрывно связываются съ его личностью и какъ бы входятъ въ

составъ его „я“. Всякое нарушение субъективнаго права не только причиняетъ управомоченному матеріальный ущербъ, но и наноситъ извѣстный уронъ достоинству его личности. Вслѣдствіе этого настойчивое осуществленіе субъективнаго права является нравственной обязанностью управомоченнаго по отношенію къ самому себѣ, какъ моральной личности. Въ исполненіи этого нравственнаго долга передъ самимъ собой человѣкъ находитъ, по мнѣнію Іеринга, не только моральное, но и эстетическое удовлетвореніе: борьба за право, говоритъ Іерингъ, есть поэзія характера. Такъ какъ объективное право осуществляется не иначе, какъ только путемъ исполненія обязанностей и удовлетворенія притязаній, то борьба за субъективное право выходитъ за предѣлы личнаго интереса, представляетъ собою интересъ общественный и потому становится долгомъ управомоченнаго передъ обществомъ. Свою проповѣдь борьбы за право Іерингъ ограничивалъ областью частнаго права и не распространялъ ея на право публичное, увѣряя, что осуществленіе послѣдняго обеспечивается достаточно и вполне надежно спеціальной дѣятельностью государственныхъ чиновниковъ, призванныхъ и испытанныхъ стражей публичнаго правопорядка.

Провозглашенная Іерингомъ идея борьбы за право, какъ нравственнаго долга управомоченнаго, въ основѣ своей является несомнѣнно правильной и цѣнной. Только отдѣльныя стороны и общее направленіе даннаго ей Іерингомъ развитія вызываютъ сомнѣнія и требуютъ оговорокъ.

Увѣреніе Іеринга, что осуществленіе публичнаго права вполне обеспечивается профессиональной дѣятельностью государственныхъ чиновниковъ и потому не нуждается въ борьбѣ за право со стороны частныхъ лицъ свидѣтельствуетъ лишь объ идеализаціи Іерингомъ бюрократіи, но не соотвѣтствуетъ фактамъ и не можетъ быть принято въ качествѣ руководящаго принципа. И исторія, и опытъ современной жизни наглядно показываютъ намъ, что бюрократія представляетъ собою не идеальныхъ служителей отвлеченной государственной идеи, но реальный общественный классъ, для котораго отправленіе функцій государственнаго властвованія становится спеціальнымъ классовымъ интересомъ. Въ виду этого отъ чиновниковъ нельзя ожидать объективной и безусловной охраны субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, говоря иначе, правъ политической и гражданской свободы, которыя должны служить коррективомъ и сдержкой бюрократическаго правленія. Субъек-

тивныя публичныя права гражданъ представляютъ собою извѣстныя притязанія ихъ къ государству; удовлетвореніе этихъ притязаній получается путемъ исполненія соотвѣтствующихъ имъ обязанностей государствомъ, т. е. его органами, значить, — въ первую голову чиновниками. Полагать, что дѣятельность субъекта извѣстной обязанности представляетъ собою достаточную гарантію для осуществленія права, соотвѣтствующаго ей на другой сторонѣ юридическаго отношенія, и въ принципѣ лишать управомоченную сторону самодѣятельности — не правильно. Такая принципиальная точка зрѣнія кореннымъ образомъ противорѣчитъ идеѣ субъективнаго права, какъ признанной сферѣ самодѣятельности управомоченнаго субъекта. Эта же точка зрѣнія не состоятельна и въ практическомъ отношеніи. Вѣдь субъективныя публичныя права нарушаются какъ разъ вслѣдствіе неисполненія соотвѣтственной обязанности со стороны государства, т. е. органовъ государственной власти, значить, въ первую голову — чиновниковъ. Именно чиновники въ пылу служебнаго рвенія („административнаго восторга“ по выраженію Достоевскаго) или въ своекорыстномъ увлеченіи произволомъ выходятъ изъ предѣловъ своихъ должностныхъ правомочій и нарушаютъ права политической и гражданской свободы частныхъ лицъ. Послѣднимъ приходится бороться за свои субъективныя публичныя права какъ разъ противъ чиновниковъ. Этой борьбы никакъ нельзя отрицать и невозможно замѣнить ее дѣятельностью тѣхъ самыхъ чиновниковъ, противъ которыхъ она въ отдѣльныхъ случаяхъ и направляется. Борьба за права политической и гражданской свободы составляетъ такой же нравственный долгъ управомоченнаго субъекта передъ самимъ собой, и передъ обществомъ, какъ и борьба за субъективныя права въ области частнаго права. Поззіи характера въ борьбѣ за субъективныя публичныя права не только не меньше, но даже больше, чѣмъ въ борьбѣ за частныя права, такъ какъ борьба за субъективныя публичныя права соединена съ большими трудностями и съ большимъ рискомъ. Много труднѣе и много рискованнѣе бороться съ произволомъ администратора, чѣмъ съ недобросовѣстностью должника.

Іерингъ провозгласилъ борьбу за право безусловнымъ принципомъ, не знающимъ никакихъ исключеній. Съ такого рода положеніемъ никакъ нельзя согласиться. Праву, какъ мы знаемъ, свойственны типологическій характеръ и формализмъ. Вслѣдствіе этого всегда возможно нѣкоторое несоотвѣтствіе между типиче-

скимъ случаемъ, предусмотрѣннымъ въ гипотезѣ юридической нормы, и конкретнымъ случаемъ, возникающимъ въ жизни. Точно также формальное установленіе права и обязанности, данное въ диспозиціи юридической нормы, всегда можетъ уклоняться отъ матеріальной справедливости (справедливости по существу) въ рѣшеніи даннаго случая. Какъ правильно замѣчаетъ Берольцгеймеръ, всякое право заключаетъ въ себѣ нѣкую составную часть несправедливости; право воспринимается какъ справедливое тогда, когда отгѣнокъ несоотвѣтствія конкретнаго случая жизни типическому случаю нормы столь невеликъ, что онъ не чувствителенъ и не доходитъ до сознанія сторонъ. Но если это несоотвѣтствие по обстоятельствамъ дѣла становится значительнымъ, формально справедливое предписаніе юридической нормы становится несправедливымъ по существу. Основанное на немъ субъективное право легко можетъ превратиться изъ справедливаго притязанія къ другой сторонѣ отношенія въ обиду, ей причиняемую. Верхъ права — верхъ обиды (*summum ius, summa iniuria*), — училъ еще Цицеронъ. И черезъ восемнадцать вѣковъ повторилъ ту же мысль Вольтеръ, когда сказалъ, что право, занесенное черезчуръ далеко, становится несправедливостью (*un droit porté trop loin devient une injustice*). Разъ такіе случаи возможны, то несомнѣнно, что принципъ борьбы за субъективное право не можетъ быть признанъ безусловнымъ и долженъ подлежать ограниченіямъ. Ограниченія эти опредѣляются линіей расхожденія формальной справедливости съ матеріальной. Всякій разъ, когда такое расхожденіе замѣчается въ размѣрахъ значительныхъ, слѣдуетъ не бороться за свое формальное право, а отказаться отъ него. Иначе придется очутиться въ положеніи того героя Некрасовскаго стихотворенія, который, опираясь на формальное право, заявлялъ: „живя согласно съ строгою моралью, я никому не сдѣлалъ въ жизни зла“, на самомъ же дѣлѣ только и дѣлалъ, что причинялъ людямъ жестокия обиды. Говоря о расхожденіи въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ формальной справедливости съ матеріальной, мы имѣемъ въ виду не абсолютную справедливость, являющуюся для права только идеаломъ, а ту относительную, обусловленную временемъ, мѣстомъ и соціальной средой справедливость, изъ которой исходитъ и къ которой стремится положительное право. Цѣль и задача положительнаго права заключается въ водвореніи въ обществѣ матеріальной справедливости. Формальной справедливостью оно ограничивается лишь въ силу неизбежности, выте-

кающей изъ двусторонняго характера юридической нормы, и во избѣжаніе бѣльшого зла, каковымъ былъ бы возможный при отсутствіи формализма произволъ на сторонѣ лица обязаннаго. Субъективное право, поскольку оно соединено со свободою распоряженія, предоставляетъ управомоченному субъекту возможность путемъ отказа отъ его осуществленія восполнять недостатки формальной справедливости и этимъ содѣйствовать водворенію справедливости матеріальной, составляющей конечную цѣль права. Въ этомъ именно смыслѣ одинъ изъ критиковъ Геринга — Феликсъ Данъ указалъ совершенно правильно, что надлежитъ говорить не только о борьбѣ за право, но и о борьбѣ для права. Эта послѣдняя борьба обнимаетъ собою какъ борьбу съ противной стороной юридическаго отношенія за свое субъективное право, такъ и умѣніе побороть собственное увлеченіе формальной выгодой и отказать отъ несправедливаго по существу притязанія во имя торжества конечной цѣли объективнаго права.

Разсмотрѣвъ вопросъ о борьбѣ за субъективное право, мы убѣждаемся, что для достиженія конечной цѣли объективнаго права необходимо, чтобы свобода распоряженія субъективнымъ правомъ опредѣлялась не только личнымъ интересомъ, но и нравственнымъ долгомъ управомоченнаго субъекта по отношенію къ обществу. Нравственный долгъ оказывается такимъ образомъ регулятивомъ свободнаго осуществленія субъективнаго права, и предписанія морали выступаютъ въ качествѣ восполненія формальныхъ недостатковъ права, восполненія, необходимаго для достиженія конечной цѣли права. Такое положеніе дѣла вполне сознавалось еще классическими римскими юристами. Ульпіанъ относилъ къ числу „наставленій права“ не только требованіе „не наносить ущерба другому“ и „воздавать всякому свое“, но и предписаніе „жить честно“, причемъ ставилъ послѣднее на первое мѣсто (*Iuris praeccepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Понятіе „честной жизни“ обнимало собою въ римской юриспруденціи долгъ соразмѣрять осуществленіе своего субъективнаго права съ началомъ матеріальной справедливости, ибо, какъ говорилъ юристъ Павелъ, не все, что дозволено, въ тоже время и честно (*non omne, quod licet, honestum est*). Безпомощность права, не опирающагося въ своемъ осуществленіи на нравственность, имѣлъ въ виду Цицеронъ; когда риторически вопрошалъ: что пользы въ однихъ законахъ безъ нравственности? (*Quid leges sine moribus vanae proficiunt?*)

Всякое субъективное право должно осуществляться добросовѣстно (*bona fide*), причѣмъ эта добросовѣстность должна быть понимаема въ широкомъ моральномъ смыслѣ, а не только въ узкомъ смыслѣ отсутствія завѣдомаго противорѣчія праву. Право надлежитъ осуществлять, какъ говорили римскіе юристы, *civiliter*, гражданственно, въ соотвѣтствіи съ долгомъ гражданина предъ обществомъ и государствомъ. Добросовѣстность и гражданственность обозначаютъ въ данномъ случаѣ осуществленіе права въ согласіи съ тѣми цѣлями, которыя ставитъ субъективному праву объективный порядокъ. Использование субъективнаго права ради другихъ, чуждыхъ и тѣмъ болѣе противныхъ объективному порядку цѣлей подтачиваетъ основы порядка и порождаетъ общественное зло, которое современный намъ бельгійскій юристъ Пикарь мѣтко назвалъ „юридическимъ паразитствомъ“ (*le parasitisme juridique*). Зло это большое и весьма опасное, потому что всякое предписаніе права можно недобросовѣстно извратить ради враждебной праву цѣли, оставаясь при этомъ въ рамкахъ формальной правомѣрности. Институтъ имущественной раздѣльности супруговъ установленъ съ цѣлью обезпеченія самостоятельнаго положенія замужней женщины, но его можно использовать недобросовѣстно въ своекорыстныхъ цѣляхъ мужа. Приступая къ предпріятію рискованнаго или сомнительнаго характера, мужъ заранѣе переписываетъ свое имущество на имя жены, съ тѣмъ чтобы поставить его внѣ досягаемости для возможныхъ въ будущемъ взысканій со стороны кредиторовъ или со стороны казны. Въ нашей изящной литературѣ достаточно ярко обрисованъ типъ чиновника-взяточника, приобретающаго домишки и деревеньки на имя жены.

Сколь ни важно, чтобы субъективныя права осуществлялись нравственно-добросовѣстно въ соотвѣтствіи съ общественной цѣлью объективнаго права, порядокъ не можетъ установить принудительнаго требованія такой добросовѣстности и формально обусловить ею допустимость осуществленія субъективнаго права. Такой способъ обезпеченія матеріальной справедливости привелъ бы къ упраздненію индивидуальной свободы, а торжества матеріальной справедливости все же бы не доставилъ, потому что нѣтъ внѣшнихъ объективно распознаваемыхъ признаковъ, по которымъ можно бы отличить во всякомъ данномъ случаѣ добросовѣстное осуществленіе права отъ недобросовѣстнаго. Въ виду этого остается одинъ возможный выходъ для положительнаго права, — передать осуществленіе права на совѣсть управомочен-

ныхъ субъектовъ и придерживаться формальнаго принципа свободы распоряженія субъективнымъ правомъ. Эта свобода даетъ возможность управомоченному добровольно вносить въ неизбежное несовершенство права требуемый нравственный коррективъ.

Предполагая, что управомоченные субъекты дѣйствуютъ въ согласіи съ общественной цѣлью права, положительное право въ вопросѣ объ осуществленіи субъективныхъ правъ придерживается провозглашеннаго еще римской юриспруденціей принципа, — *neminem laedit, qui suo iure utitur* (никому не причиняетъ ущерба тотъ, кто пользуется своимъ правомъ). Изъ этого принципа слѣдуетъ полная безпрепятственность въ осуществленіи субъективнаго права до послѣднихъ законныхъ его предѣловъ, что находится въ строгомъ соотвѣствіи съ отмѣченными нами выше требованіемъ исполненія юридической обязанности вплоть до полнаго насыщенія притязанія активной стороны юридическаго отношенія.

Принципъ *neminem laedit qui suo iure utitur* покоится на представленіи о томъ, что существуетъ извѣстное соотношеніе между выгодой управомоченнаго субъекта и тяготой субъекта обязаннаго, которое при данныхъ условіяхъ общежитія признается справедливымъ. Положительное право въ своей нормировкѣ юридическихъ отношеній исходитъ именно изъ этого справедливаго мѣрила распредѣленія взаимныхъ выгодъ и тяготъ между членами общежитія. Поэтому осуществленіе притязанія, доставляющее выгоду управомоченному субъекту, налагаетъ на субъекта обязанности только ту тяготу, которая признана справедливою, и, слѣдовательно, не можетъ разсматриваться какъ причиненіе ущерба пассивной сторонѣ юридическаго отношенія.

Таковъ принципъ, вполне соотвѣтствующій абстрактной оцѣнкѣ явленій. Прямолинейное проведеніе этого принципа во всѣхъ случаяхъ конкретной жизни безъ исключенія можетъ привести однако къ послѣдствіямъ, не соотвѣтствующимъ исходному положенію и расходящимся съ конечною цѣлью права, направленною на водвореніе матеріальной справедливости. Причина возможности подобныхъ уклоненій и такого расхожденія коренится въ извѣстныхъ намъ свойствахъ права, — типологическомъ характерѣ и формализмѣ его предположеній и предписаній. При переходѣ отъ типическаго случая къ конкретному и отъ формальнаго предписанія къ воплощенію его на практикѣ можетъ оказаться, что полномочіе, формально предоставленное управомоченному

субъекту въ иныхъ своихъ проявленіяхъ не связано для него съ реальной выгодой; осуществленіе такого правомочія все же повлечетъ за собою несеніе субъектомъ обязанности опредѣленной тяготы, которая не будетъ уже служить средствомъ для удовлетворенія реальной выгоды, утратитъ свое справедливое основаніе и превратится вслѣдствіе этого въ безмысленное съ общественной точки зрѣнія бремя для обязаннаго, и будетъ восприниматься имъ какъ произвольно наносимый ущербъ. Возможно далѣе, что извѣстная обязанность, вполне исполнимая для абстрактнаго случая и человѣка и потому вполне справедливая въ типической своей формѣ, окажется въ частномъ случаѣ и для конкретнаго лица тягостной не въ мѣру соответствія выгодѣ активной стороны и потому будетъ явно несправедливой. Подобные случаи рѣшительно противорѣчатъ принципу *neminem laedit qui suo iure utitur*. Если и въ этихъ случаяхъ осуществленіе субъективнаго права останется безпрепятственнымъ, то дѣятельность управомоченнаго субъекта по использованію своего права во всѣхъ его возможныхъ проявленіяхъ и до послѣднихъ его предѣловъ разойдется съ дѣйствительною цѣлью положительнаго права.

Еще въ римской юриспруденціи обращено было вниманіе на случаи осуществленія субъективнаго права не ради удовлетворенія законныхъ интересовъ управомоченнаго, а съ исключительною цѣлью причинить вредъ правообязанному. Такого рода осуществленіе признавалось не только негражданственнымъ и недобросовѣстнымъ, но и прямо таки злостнымъ. Въ отношеніи къ нему римскіе юристы отступали отъ принципа *neminem laedit qui suo iure utitur* (или *qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam*) и выставляли другое начало: *malitiis non est indulgendum* (не должно потворствовать проявленіямъ злостности). Вопросъ о злонамѣренномъ осуществленіи права получилъ дальнѣйшее развитіе въ западно-европейской, преимущественно германской юриспруденціи въ эпоху рецепціи римскаго права. Сложилось цѣлое ученіе о дѣяніяхъ, совершаемыхъ управомоченнымъ субъектомъ на зло (*ad aemulationem*). Совершаемыми на зло почитались такіе акты осуществленія субъективнаго права, которые предпринимались не ради личной пользы управомоченнаго и не въ силу испытываемой имъ необходимости, а главнымъ образомъ ради намѣреннаго причиненія обиды и вреда сторонѣ обязанной (*Omnia ad aemulationem fieri iutelliguntur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propriae gratia fiunt, seu quae fiunt, non*

ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter nocent). Такимъ образомъ установился взглядъ, что свободное и безпрепятственное осуществленіе субъективнаго права можетъ при извѣстныхъ условіяхъ, — отсутствіи собственной выгоды и намѣреніи нанести вредъ (*animus nocendi*) другой сторонѣ юридическаго отношенія, — выродиться въ злоупотребленіе правомъ, и что злоупотребленіе правомъ надлежитъ пресѣкать. Средствами пресѣченія являлись: либо отказъ въ искѣ лицу, злостно осуществляющему свое право, либо присужденіе къ вознагражденію за вредъ, причиненный обязанной сторонѣ злоупотребленіемъ правомъ со стороны управомоченнаго.

Такого рода отношеніе къ злоупотребленію правомъ нашло себѣ законодательное признаніе въ одномъ изъ уложеній XVIII вѣка, — въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Слѣдуюя принципу *neminem laedit qui suo iure utitur*, Прусскій Ландрехтъ выставилъ общее правило, что не подлежитъ возмѣщенію тотъ уронъ, который причиняется осуществленіемъ субъективнаго права. Но тутъ же сдѣлано исключеніе для тѣхъ случаевъ, когда изъ нѣсколькихъ способовъ осуществленія права преднамѣренно избранъ управомоченнымъ субъектомъ тотъ способъ, который былъ наиболѣе отяготительнымъ для управомоченнаго субъекта и потому оказался предосудительнымъ.

Въ XIX столѣтіи, особенно во второй его половинѣ, усилилось изученіе и углубилось пониманіе соціальной обстановки, въ которой слагаются юридическія нормы и реализуются юридическія отношенія. Подъ этимъ влияніемъ выработалась особая чувствительность къ конкретнымъ проявленіямъ несоотвѣтствія индивидуальных цѣлей управомоченнаго субъекта тѣмъ соціальнымъ цѣлямъ, которыя имѣетъ въ виду юридическая норма, надѣляющая его притязаніемъ. Понятно, что при этихъ условіяхъ злоупотребленіе правомъ привлекаетъ къ себѣ особенное вниманіе и теоріи права, и законодательства, и судебной практики.

Германское Гражданское Уложеніе узаконяетъ, что осуществленіе права не допустимо, если оно можетъ имѣть единственной цѣлью причиненіе другому вреда. Швейцарское Гражданское Уложеніе отказывается явному злоупотребленію правомъ въ судебной защитѣ.

Хотя во французскомъ законодательствѣ и нѣтъ статьи, которая прямо предусматривала бы общій вопросъ о злоупотребленіи правомъ, тѣмъ не менѣе судебная практика во Франціи широко разработала ученіе о злоупотребленіи правомъ (*l'abus de droit*).

Въ случаяхъ признаннаго злоупотребленія правомъ французскіе суды присуждаютъ злостно дѣйствовавшаго управомоченнаго субъекта къ вознагражденію вреда и убытковъ, причиненныхъ другой сторонѣ юридическаго отношенія. Судебная практика и юриспруденція во Франціи признаютъ наличность злоупотребленія правомъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда управомоченный субъектъ осуществляетъ свое право съ цѣлью, чуждой объективной цѣли положительнаго права, именно, — недобросовѣстно, безъ выгоды для себя, но съ цѣлью причинить вредъ другой сторонѣ юридическаго отношенія. Для поясненія можно привести слѣдующій примѣръ. Всякое безсрочное обязательство подлежитъ прекращенію въ любой моментъ; однако, когда хозяинъ какого либо предпріятія отказываетъ лицу, работающему у него по безсрочному договору найма, внезапно, безъ мотивировки отказа или вообще въ необычныхъ условіяхъ, суды считаютъ это злоупотребленіемъ правомъ и присуждаютъ произвольно отказавшаго къ возмѣщенію вреда и убытковъ противной сторонѣ.

Ученіе о злоупотребленіи правомъ разработано главнымъ образомъ примѣнительно къ частному праву. Несомнѣнно однако, что злоупотребленіе правомъ возможно и въ правѣ публичномъ, притомъ не только относительно правъ свободы, но и относительно правъ властвованія. Въ послѣднемъ стношеніи заслуживаютъ особеннаго вниманія злоупотребленіе правами дискреціонной власти со стороны должностныхъ лицъ администраціи. Теорія административнаго права во Франціи различаетъ особый видъ административныхъ правонарушеній должностныхъ лицъ, извѣстныхъ подъ названіемъ извращенія власти (*le détournement de pouvoir*) и обнимающихъ собою тѣ случаи, когда административное лицо осуществляетъ свою дискреціонную власть вполнѣ правомѣрно, но не для той цѣли, для которой она ему предоставлена. Такъ, нпр., полиція имѣетъ право регулировать движеніе извозчиковъ съ цѣлью обезпеченія безопасности публики. Если префектъ полиціи запретить опредѣленному извозчику ѣзду по нѣкоторымъ улицамъ или пріѣздъ на нѣкоторые вокзалы, то такое его распоряженіе, преслѣдующее очевидно не предусматриваемую закономъ, а какую то другую, чуждую закону цѣль, будетъ признано извращеніемъ власти. Распоряженія, представляющія извращеніе власти, подлежатъ отмѣнѣ, и пострадавшая отъ него сторона получаетъ право на вознагражденіе за вредъ и убытки. Извращеніе власти можетъ быть разсматриваемо какъ злоупотребленіе правомъ.

§ 27. Неправомѣрные поступки.

Е. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, III Band, 1905; Henri Rolin, *Prolégomènes à la science du droit*, 1911, p. 130 suiv.; J. Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911, VIII Kap.; Л. І. Петражицкій, *Теорія права*, том. I, § 9; Г. Ф. Шершеневичъ, *Общая теорія права*, вып. III, глава XI; И. Я. Фойницкій, *Ученіе о наказаніи*, 1889 г.; Н. С. Таганцевъ, *Русское уголовное право*. Лекціи, изд. 2-ое, 1902 г., т. I—II; М. П. Чубинскій, *Курсъ уголовной политики*, изд. 2-ое, 1912 г.; А. А. Жижиленко, *Наказаніе. Его понятіе и отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ*, 1914 г.; П. Сорокинъ, *Преступленіе и кара, подвигъ и награда; съ предисловіемъ*. М. М. Ковалевскаго, 1914 г.

По отношенію къ праву лицо выступаетъ въ двоякомъ качествѣ: либо какъ субъектъ обязанности, либо какъ субъектъ притязанія. И въ томъ, и въ другомъ качествѣ возможно уклоненіе лица отъ предписаній юридической нормы, и, слѣдовательно, возможна неправомѣрная дѣятельность. Неправомѣрнымъ поступкомъ субъекта обязаннаго будетъ неисполненіе имъ лежащей на немъ обязанности. Неисполненіе обязанности заключается въ несоблюденіи поведенія, требуемаго закономъ, т. е. въ несовершеніи дѣйствій, требуемыхъ юридической нормой (при обязанности дѣлать), или въ совершеніи дѣяній, запрещенныхъ юридической нормой (при обязанности не дѣлать или терпѣть). Что касается управомоченнаго субъекта, то неправомѣрными будутъ всѣ тѣ его дѣйствія, направленные противъ пассивной стороны юридическаго отношенія, которыя выходятъ за предѣлы предоставленныхъ ему юридической нормой полномочій. Совершая такое дѣйствіе, управомоченный субъектъ не исполняетъ общей своей обязанности подчиненія праву. Такимъ образомъ мы видимъ, что во всякомъ неправомѣрномъ поступкѣ, совершенъ ли онъ активной или пассивной стороной юридическаго отношенія имѣется всегда неисполненіе обязанности. Въ виду двусторонняго характера юридической нормы всякій неправомѣрный поступокъ является не только неисполненіемъ обязанности, но и нарушеніемъ чьего либо субъективнаго права. Неправомѣрный поступокъ субъекта обязанности нарушаетъ субъективное право активной стороны юридическаго отношенія, такъ какъ не даетъ удовлетворенія ея правомѣрному притязанію. Неправомѣрный поступокъ управомоченнаго субъекта нарушаетъ субъективное право пассивной стороны юри-

дического отношенія, заключающееся въ правомѣрномъ притязаніи на то, чтобы съ нея не требовали большаго, чѣмъ на нее налагаетъ въ видѣ обязанности юридическая норма.

Лицо, совершающее не правомѣрный поступокъ, выходитъ изъ повиновенія праву. Въ психикѣ его поведенія мотивъ подчиненія праву оказался либо совершенно отсутствующимъ, либо дѣйствовавшимъ слабѣе другихъ мотивовъ, опредѣлившихъ его къ не правомѣрному дѣйствию. Такъ какъ дѣйствіе права въ конечномъ итогѣ опирается на добровольное повиновеніе (см. § 8), то моральное состояніе лица, совершившаго не правомѣрный поступокъ, имѣетъ важное значеніе.

На основаніи сказаннаго необходимо различать во всякомъ не правомѣрномъ поступкѣ два элемента: 1) объективный, — т. е. внѣшній фактъ неисполненія обязанности и нарушенія чужого права, и 2) субъективный, — т. е. внутреннее моральное состояніе лица, дерзнувшаго совершить не правомѣрный поступокъ.

Всякій не правомѣрный поступокъ представляетъ собою общественное зло, — матеріальное со стороны объективнаго элемента этого поступка, и моральное со стороны его субъективнаго элемента. Право характеризуется, какъ это неоднократно отмѣчалось нами выше, прямой объективностью своей задачи, т. е. стремленіемъ къ тому, чтобы проводимое имъ добро объективно реализовалось и устранимое имъ зло объективно не проявлялось. Въ виду этого само собою понятно, что правопорядокъ по самому существу своему не допускаетъ непротивленія злу, проявляющемуся въ не правомѣрныхъ поступкахъ, и требуютъ, напротивъ того, планомернаго противленія ему. Противленіе правонарушенію является вмѣстѣ съ тѣмъ моральнымъ удовлетвореніемъ потерпѣвшаго. Расчитанное въ своемъ дѣйстви на средняго человѣка, право не можетъ требовать отъ него всепрощенія и должно принимать въ соображеніе то моральное удовлетвореніе, которое доставляетъ потерпѣвшему реакція правопорядка противъ правонарушенія. Такое моральное удовлетвореніе является необходимымъ слѣдствіемъ притязанія, предоставляемаго активному субъекту юридическаго отношенія.

Первой задачей правопорядка въ дѣлѣ противленія правонарушеніямъ является ихъ предупрежденіе. Непосредственная мѣра предупрежденія предвидимаго по внѣшнимъ признакамъ правонарушенія заключается въ напominаніи соотвѣтственному лицу о необходимости правомѣрнаго поведенія. Въ частноправовыхъ отношеніяхъ

мѣрою предупрежденія служитъ самое предъявленіе притязанія, а также возраженіе со стороны субъекта обязанности. Предъявленіе притязанія является внѣшнимъ побужденіемъ къ исполненію обязанности и въ этомъ смыслѣ способно предупредить правонарушеніе. Сюда же относится вызовъ должника, предвареніе его о вчиненіи иска или простое предвареніе должника о просрочкѣ. Возраженіе обязаннаго лица противъ предъявленія ему притязаній, выходящихъ за предѣлы, установленныя юридической нормой, также можетъ предотвратить возможное со стороны уполномоченнаго субъекта правонарушеніе. Въ публично-правовыхъ отношеніяхъ прибѣгають для предупрежденія правонарушеній къ особымъ воззваніямъ со стороны органовъ власти къ населенію съ напоминаніемъ о соотвѣтственныхъ обязанностяхъ. Такое же значеніе имѣють разнаго рода предупреждающія объявленія, которыя вывѣшиваются въ публичныхъ библіотекахъ, музеяхъ и иныхъ общественныхъ мѣстахъ. Предупреждаются правонарушенія также спеціальнымъ надзоромъ за лицами подозрительными и устраненіемъ лицъ опасныхъ путемъ задержанія, высылки, интернированія въ лѣчебницахъ и тому подобныхъ мѣръ, принимаемыхъ къ обезпеченію безопасности.

Если не удалось предупредить правонарушеніе, то дальнѣйшимъ шагомъ въ дѣлѣ противленія этому общественному злу является стремленіе пресѣчь его. Пресѣченіе правонарушенія можетъ выразиться либо въ противодѣйствіи акту совершаемаго преступленія и въ пріостановкѣ неправомѣрной дѣятельности, либо въ прекращеніи неправомѣрнаго состоянія, разъ правонарушеніе не исчерпывается однимъ актомъ и носить дѣйствующій характеръ. Правонарушенія пресѣкаются органами государственной власти, или же отдѣльными частными лицами, смотря по тому, кому принадлежитъ инициатива въ дѣлѣ охраны права, о чемъ будетъ рѣчь ниже. Пресѣченіе, какъ самостоятельный актъ противленія, возможно при явной неправомѣрности дѣянія и извѣстности лица, его совершающаго. Въ цѣломъ рядѣ случаевъ однако и опредѣленіе характера дѣянія и лица, его совершившаго, требуетъ особаго достовѣрнаго установленія. Такое установленіе производится спеціальнымъ органомъ государственной власти, предназначеннымъ для рѣшенія сомнѣній и споровъ о правомѣрности дѣйствій, а также конфликтовъ, порождаемыхъ неправомѣрными поступками. Такимъ органомъ государственной власти является судъ, установленный для охраны права.

Судъ приступаетъ къ своей правоохранительной дѣятельности не иначе, какъ вслѣдствіе обращенія къ нему лицъ и учреждений, имѣющихъ право или обязанность возбуждать реакцію правопорядка противъ совершившагося правонарушенія. Въ области частныхъ отношеній инициатива судебной охраны права предоставлена частнымъ лицамъ, субъективныя права которыхъ нарушены. Инициатива эта предоставлена управомоченнымъ субъектамъ въ качествѣ ихъ субъективнаго права (искового притязанія) и отнюдь не вмѣняется имъ въ обязанность. Такая постановка дѣла вполне соответствуетъ основному принципу свободнаго распоряженія субъективными частными правами, въ понятіе котораго входитъ и свобода терпѣть нарушеніе ихъ. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать старое юридическое правило: *volenti non fit iniuria*, — нѣтъ обиды, нѣтъ правонарушенія по отношенію къ тому, кто этого желаетъ, т. е. терпитъ и допускаетъ, чтобы нарушали его права. Государственная власть не принимаетъ на себя функціи слѣдить за ненарушеніемъ частныхъ правъ: она даетъ охрану только по инициативѣ потерпѣвшаго. Всякій самъ долженъ слѣдить за тѣмъ, чтобы его частныя права никѣмъ не нарушались. Поэтому относительно частнаго права сохраняетъ всю свою силу старая юридическая формула: *iura vigilantibus sunt scripta* (права написаны для бдительныхъ людей). Въ области публичныхъ отношеній инициатива охраны права составляетъ функцію подлежащихъ органовъ государственной власти, т. е. ихъ право и обязанность. Изъятіе составляютъ только субъективныя публичныя права частныхъ лицъ (т. н. права свободы). Они, какъ намъ уже извѣстно, предоставлены свободному распоряженію управомоченныхъ субъектовъ, и потому инициатива судебной защиты ихъ также предоставлена свободному усмотрѣнію управомоченнаго субъекта.

Первая и основная задача суда заключается въ установленіи неправомѣрнаго поступка и въ признаніи его таковымъ, правонарушеніемъ, т. е. въ осужденіи правонарушенія. Осужденіе составляетъ существенный моментъ въ реакціи правопорядка противъ правонарушенія. Оно подтверждаетъ неизбежность той опѣнки, которую даютъ человѣческому поведенію юридическія нормы, и свидѣтельствуетъ о дѣйственности правопорядка, несмотря на совершившійся фактъ нарушенія той или другой нормы и вытекающаго изъ нея субъективнаго права.

Вторая задача суда заключается въ примѣненіи къ данному,

установленному и осужденному, правонарушению тѣхъ мѣръ реакціи, которыя предписываются положительнымъ правомъ.

Реакція правопорядка направляется какъ на объективную, такъ и на субъективную сторону правонарушения.

Реакція правопорядка, направленная на объективную сторону правонарушения, состоитъ изъ ряда мѣръ, которыя преслѣдуютъ цѣль возстановить дѣйствіе права въ данномъ случаѣ, и, если это по обстоятельствамъ дѣла не возможно, загладить вредныя послѣдствія правонарушения. Здѣсь на первомъ мѣстѣ слѣдуетъ поставить приказъ суда правонарушителю исполнить нарушенную имъ обязанность. Таковъ, нпр., приказъ суда неисправному должнику уплатить долгъ, нарушившему чужое владѣніе очистить неправильно занятый участокъ земли, растратившему чужія деньги возмѣстить растрату и т. п. Осужденный правонарушитель можетъ добровольно подчиниться приказу суда и такимъ образомъ исполнить ранѣе нарушенную обязанность. Если онъ этого не сдѣлаетъ, наступаетъ принудительное исполненіе нарушенной имъ обязанности, т. е. исполненіе помимо его воли и за его счетъ. Таковы: опись и продажа имущества должника для удовлетворенія кредитора, принудительное удаленіе лица, нарушившаго чужое владѣніе, и т. п. Несвоевременное исполненіе обязанности обязаннымъ можетъ принести управомоченному субъекту вредъ и убытки, которые не устраняются послѣдующимъ добровольнымъ или принудительнымъ исполненіемъ этой обязанности. Въ такихъ случаяхъ правонарушитель присуждается сверхъ исполненія обязанности къ возмѣщенію вреда и убытковъ потерпѣвшему. Возмѣщеніе вреда и убытковъ оказывается единственной мѣрой реакціи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда добровольное и тѣмъ болѣе принудительное исполненіе обязанности оказывается невозможнымъ. Нпр., обязанный по договору артистъ не явился, и спектакль не состоялся; никакое послѣдующее исполненіе упущенной обязанности здѣсь не возможно; остается одно лишь возмѣщеніе вреда и убытковъ антрепренеру.

Реакція, направляемая на субъективную сторону правонарушения, заключается въ возмездіи правонарушителю. Возмездіе это состоитъ въ соединеніи съ правонарушеніемъ извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя. Такое соединеніе съ нарушеніемъ нормы невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя извѣстно подъ названіемъ санкціи. По различію санкціи юридическія нормы дѣлятся на совершенныя (*leges perfectae*),

менше чѣмъ совершенныя (*minusquamperfectae*), болѣе чѣмъ совершенныя (*plusquamperfectae*) и несовершенныя (*imperfectae*).

Совершенными называются такія юридическія нормы, которыя подобно законамъ естественнымъ, не могутъ быть нарушены. Это значитъ, что дѣйствіе, совершенное вопреки ихъ предписаніямъ не приводитъ къ тому юридическому эффекту, котораго добивается учинитель. Санкція этихъ нормъ заключается въ признаніи юридической недѣйствительности дѣйствію, совершеннаго въ обходъ или нарушение нормы. Таковы, нпр., нормы, устанавливающія особый (крѣпостной или ипотечный) порядокъ пріобрѣтенія права поземельной собственности, требующія церковнаго вѣнчанія для заключенія брака. Иныя, кромѣ предписанной, формы совершенія покупки земли не ведутъ къ пріобрѣтенію собственности; безъ церковнаго вѣнчанія не можетъ быть брака.

Менше совершенными называются тѣ нормы права, при нарушении которыхъ соотвѣтственный юридическій эффектъ достигается, но правонарушитель подвергается наказанію. Таковы, нпр., нормы, требующія для вступленія въ бракъ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, разрѣшенія начальства, и облагающія гербовымъ сборомъ совершеніе гражданскихъ сдѣлокъ. Заключение брака безъ разрѣшенія начальства признается дѣйствительнымъ, но правонарушитель подвергается наказанію. Дѣйствительна и гражданская сдѣлка, не оплаченная гербовымъ сборомъ, но не уплатившіе послѣдняго подлежатъ оштрафованію.

Болѣе чѣмъ совершенными называются нормы права, нарушение которыхъ не только не даетъ юридическаго обезпеченія тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдуетъ правонарушитель, но и влечетъ за собою наказаніе правонарушителя. Такова, нпр., юридическая норма, запрещающая кражи. Совершившій кражу не только не пріобрѣтаетъ права собственности на украденную вещь, но и подвергается наказанію.

Наконецъ, несовершенными называютъ нормы права, лишенные юридической санкціи. Таковы юридическія нормы, опредѣляющія устройство и дѣятельность верховныхъ органовъ государственной власти, — монарха, народнаго представительства, а также нормы международнаго права. Отсутствие въ нихъ юридической санкціи объясняется отсутствіемъ высшаго надъ ними органа, который могъ бы принудительно примѣнять къ правонарушителямъ невыгодныя для нихъ послѣдствія. Несовершенныя нормы права обезпечиваются въ своемъ исполненіи моральной и

соціальною санкціей. Нарушеніе ихъ въ конечномъ итогѣ можетъ привести къ фактическому перевороту, — отказу въ повиновеніи властямъ, разрыву международныхъ отношеній, революціи, войнѣ.

Среди разнаго рода юридическихъ санкцій особое мѣсто принадлежитъ наказанію. Наказаніе представляетъ собою принудительное вторженіе въ сферу правовыхъ благъ правонарушителя. Оно заключается во временномъ или постоянномъ отнятій какъ личныхъ правовыхъ благъ, такъ и имущественныхъ. Таковы: ограниченіе или лишеніе правоспособности, лишеніе свободы, лишеніе жизни (смертная казнь), конфискація имущества, денежный штрафъ и т. п. Только на низшихъ ступеняхъ культуры наказаніе осуществляется частными лицами (мечь); съ развитіемъ культуры наложеніе наказанія становится исключительной функціей публичной (родовой, общинной), въ особенности, — государственной власти.

Правонарушенія, совершеніе которыхъ влечетъ за собою наказаніе для правонарушителя, выдѣляются въ особый видъ т. н. уголовныхъ правонарушеній, или преступленій. Имъ противопоставляются правонарушенія гражданскія, за которыя нѣтъ наказанія и слѣдуетъ санкція иного, не карательнаго въ тѣсномъ смыслѣ, характера, главнымъ образомъ, — вознагражденіе потерпѣвшаго за понесенные вредъ и убытки.

Грань, отдѣляющая гражданскія правонарушенія отъ уголовныхъ, исторически подвижна. Отдѣльныя правонарушенія въ порядкѣ историческаго развитія переходятъ изъ одной области въ другую. Неисправный должникъ нѣкогда подвергался тюремному заключенію; современное право признаетъ неуплату долга чисто гражданскимъ правонарушеніемъ. Въ опредѣленіи того, что преступно, и что не преступно, расходятся и современные законодательства разныхъ странъ. Поэтому трудно и даже невозможно дать исчерпывающее опредѣленіе матеріальнаго критерія, въ силу котораго правонарушеніе облагается наказаніемъ и приобретаетъ уголовный характеръ. Можно лишь общимъ образомъ сказать (слѣдуя Листу, Таганцеву, Чубинскому и др.), что граница между гражданскимъ и уголовнымъ правонарушеніемъ проводится по соображеніямъ цѣлесообразности и въ зависимости отъ роста и состоянія въ данномъ обществѣ культуры. Цѣлесообразность заставляетъ признать уголовный характеръ за тѣми правонарушеніями, которыя представляются наиболѣе вредными для общества, и въ совершеніи которыхъ проявляется наиболѣе

злостная и опасная для правопорядка воля. Определеніе вредности дѣянія и соціальной опасности дѣятеля видоизмѣняется въ зависимости отъ развитія культуры.

Такъ какъ наказаніе налагается государственной властью, то нормы, опредѣляющія уголовное нарушение, относятся къ публичному праву. Публичный характеръ уголовныхъ правонарушений отражается на порядкѣ возбужденія противъ нихъ судебной охраны. Инициатива въ данномъ случаѣ принадлежитъ органамъ государственной власти, которые осуществляютъ ее *ex officio*. Исключеніе составляютъ нѣкоторыя преступленія, преслѣдованіе которыхъ совершается въ порядкѣ частной инициативы, нпр. оскорбленіе чести. Подробности даннаго вопроса подлежатъ изученію въ уголовномъ правѣ.

Такъ какъ наказаніе является возмездіемъ лицу правонарушителя и соединено съ принудительнымъ вторженіемъ въ сферу его правовыхъ благъ, то понятно, что примѣненіе наказанія имѣетъ разумный смыслъ только въ томъ случаѣ, когда преступленіе дѣйствительно можетъ быть вмѣнено въ вину его учинителю, и послѣдній можетъ быть признанъ морально отвѣтственнымъ за него. Моральная отвѣтственность за совершаемые поступки возможна лишь тогда, когда лицо способно понимать свойства и значеніе совершаемаго имъ дѣянія и управлять своими дѣйствіями. Такая способность лица называется вмѣняемостью. Для признанія вмѣяемости требуется извѣстная моральная зрѣлость лица, опредѣляемая въ правѣ достиженіемъ опредѣленнаго возраста, и нормальное психическое состояніе.

Являясь необходимымъ для оправданія дѣйственности правопорядка возмездіемъ правонарушителю, наказаніе въ то же время имѣетъ цѣлью предотвращать возможныя правонарушения въ будущемъ. Уже самая угроза наказаніемъ, имѣющаяся въ положительномъ правѣ, можетъ воздѣйствовать на волю людей въ видѣ особаго мотива, удерживающаго ихъ отъ преступной дѣятельности. Такое же и, быть можетъ, еще большее значеніе имѣетъ приведеніе наказанія въ исполненіе. Угроза наказаніемъ и наглядный примѣръ ея осуществленія могутъ оказать свое дѣйствіе на людей слабовольныхъ, нравственно неустойчивыхъ и удержать ихъ отъ уклоненія на путь преступной дѣятельности. Наказаніе имѣетъ цѣлью воздѣйствовать не только на другихъ, но и на самого преступника, въ смыслѣ предотвращенія его отъ дальнѣйшей преступной дѣятельности. Послѣдняя цѣль въ прежнее

время достигалась чисто механически путем изувѣченія преступника, лишавшаго его возможности активной дѣятельности, или же путем пожизненнаго заключенія, наконецъ, путем усиленнаго примѣненія смертной казни. Въ новѣйшее время проявляется стремленіе поставить цѣлью наказанія исправленіе преступника. На служеніе этой цѣли рассчитаны новѣйшія карательныя системы.

Ни частныя мѣры предупрежденія, ни наказаніе не въ состояніи предотвратить преступленій и правонарушеній вообще. Тѣ недостатки и извращенія моральнаго сознанія, воли и разумѣнія, которыя приводятъ къ правонарушеніямъ и преступной дѣятельности, не представляютъ собою только явленій индивидуальной жизни тѣхъ или другихъ лицъ, но находятся въ зависимости отъ той болѣе тѣсной соціальной среды, въ которой вырастаютъ и дѣйствуютъ люди, попадающіе на путь правонарушеній и преступленій. Нищета, невѣжество, соціальное угнетеніе — вотъ тѣ условія, которыя порождаютъ преступность, и съ которыми не въ состояніи справиться слабыя силы индивида, пребывающаго въ подобной тяжелой обстановкѣ. Планомѣрная дѣятельность, направленная на устраненіе этихъ условій, на подъемъ матеріальнаго и моральнаго благосостоянія массъ, иначе говоря, мѣры разумно понятой и добросовѣстно проводимой соціальной политики являются въ тоже время лучшими и наиболѣе дѣйствительными мѣрами предупрежденія преступленій и правонарушеній. Кромѣ соціальныхъ факторовъ преступности признаются въ наукѣ и антропологическіе факторы, подъ которыми разумѣется прирожденное предрасположеніе отдѣльныхъ лицъ къ преступной дѣятельности, вызываемое главнымъ образомъ вырожденіемъ. Въ борьбѣ съ антропологическими факторами преступности мѣры соціальной политики имѣютъ лишь косвенное и потому недостаточное значеніе.

Глава IX. Историческое изученіе права.

§ 28. Историческое изученіе права до исторической школы.

А. Стояновъ, Методы разработки положительнаго права и общественное значеніе юристовъ отъ глоссаторовъ до конца XVIII ст., 1862 г., гл. II и IV; Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I Abt. (1880), X Kap., II Abt. (1884), XX Kap., III Abt.,

I Halbbd. (1898), I, IX Kap., II Halbbd. (1910), 13. Kap.; П. И. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, ея происхождение и судьба, 1896 г., гл. I; Э. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ, очеркъ развитія его въ Германіи, 1904 г., гл. III; Лейбницъ и т. н. внѣшняя исторія права, 1906 г. (Ж. М. Н. Пр., мартъ); Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г., гл. VIII; Н. Н. Алексѣевъ, Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ, часть I, 1912 г., отд. I—II; Э. В. Тарановскій, Запѣтки о Монтегкь, 1913 г. (Юрид. Записки, кн. I).

Историческое изученіе права зародилось подъ вліяніемъ потребности догматической юриспруденціи въ историческомъ толкованіи законовъ. Потребность эта была впервые сознаана съ полною отчетливостію представителями французской школы юристовъ XVI вѣка. Подъ вліяніемъ идей возрожденія французскіе юристы того времени измѣнили кореннымъ образомъ традиціонное отношеніе къ римскому праву, составлявшему главный объектъ изслѣдованія и разработки для научной юриспруденціи. Въ области филологіи, искусства и философіи возрожденіе знаменовало собою переходъ отъ непосредственнаго практическаго пользованія наслѣдіемъ античной культуры къ теоретическому его изученію, цѣлью котораго являлось стремленіе пріобрѣсти на основаніи изучаемыхъ образцовъ совершенные приемы дальнѣйшаго культурнаго творчества. То же движеніе проявилось и въ юриспруденціи. На римское право перестали смотрѣть только какъ на готовый кодексъ, которымъ можно пользоваться въ судебной практикѣ. На него взглянули какъ на памятникъ величайшей юридической мудрости, который слѣдуетъ изучать для того, чтобы постигнуть самое искусство правового творчества. Такая точка зрѣнія ставила на очередь вопросъ о томъ, какъ сложились тѣ правовоположенія, которыя вошли въ *Corsus iuris civilis*, и какой смыслъ имѣли они въ условіяхъ мѣста и времени, на которыя они были непосредственно рассчитаны. Въ поискахъ отвѣта на этотъ вопросъ занялись историческимъ изученіемъ римскаго права. Съ одной стороны, стремились установить послѣдовательную смѣну правовоположеній, начиная съ законовъ XII таблицъ и вплоть до времени инкорпораціи при Юстиніанѣ; съ другой стороны, занимались раскрытіемъ подлиннаго смысла и значенія тѣхъ государственныхъ учреждений, судебныхъ порядковъ, хозяйственныхъ и бытовыхъ отношеній, о которыхъ шла рѣчь въ текстѣ Юстиніанова Свода. Перваго рода изученіе приводило къ созданію исто-

рїи законовъ, или исторїи права (*historia legum, h. iuris*); изъ изысканїй второго рода сложилась особая дисциплина т. н. древностей права (*antiquitates iuris*). Древности права представляли полную аналогію съ общими древностями (*antiquitates*), или т. н. реалиями (*realia*), которыя разрабатывали съ эпохи возрожденїя филологи новаго закала. Съ эпохи возрожденїя перестали довольствоваться практическимъ обладанїемъ вульгарной латынью средне-вѣковья и обратились къ изученїю классической латыни и греческаго языка непосредственно по древнимъ авторамъ. Встрѣчая у послѣднихъ цѣлый рядъ специальныхъ словъ и выраженїй, и желая установить подлинный ихъ смыслъ, филологи обращались къ изученїю реальныхъ отношенїй древности, о которыхъ говорили классическіе авторы. Такимъ образомъ слагались реалии, или древности филологовъ. Точно также разрабатывали свои древности и юристы.

Новое направленїе, выдвинутое французской школой, было воспринято въ Германїи и получило тамъ обстоятельную и систематическую обработку. Въ XVIII столѣтїи создалась въ Германїи обширная литература исторїи и древностей права, и обѣ эти дисциплины стали предметомъ университетскаго преподаванїя.

Историческіе запросы въ правовѣдѣнїи вызывались, начиная съ XVI вѣка, не однимъ лишь углубленнымъ изученїемъ римскаго права. Къ тому же побуждалъ юристовъ возникшїй у нихъ въ то же время повышенный интересъ къ національному праву. Послѣднїй возникъ вслѣдствїе образованїя на развалинахъ феодализма новыхъ національныхъ государствъ. Здѣсь прежде всего вставалъ вопросъ объ облеченїи новыхъ политическихъ образованїй въ юридическія формы и, слѣдовательно, о разработкѣ государственнаго права. Новыя государственныя учрежденїя развились путемъ вѣковой практики; юридическимъ основанїемъ ихъ являлись обычаи, прецеденты и лишь въ незначительной степени законы, издававшїеся разновременно, и отдѣленные другъ отъ друга значительными промежутками. Чтобы установить незапамятные обычаи и привести въ связь разрозненные прецеденты и разновременные законы, приходилось неминуемо обращаться къ историческимъ справкамъ и изысканїямъ, такъ какъ только этимъ путемъ можно было установить догму дѣйствующаго государственнаго права. Новыя національныя государства стремились къ искорененїю слѣдовъ былой зависимости отъ священной римской имперїи и къ обезпеченїю полной своей политической самостоятель-

ности. Въ духѣ этого стремленія государственная власть вытѣсняла, по крайней мѣрѣ официально, римское право и заботилась о развитіи національнаго права. Национальное право состояло главнымъ образомъ изъ юридическихъ обычаевъ, первоначальное происхожденіе которыхъ восходило къ незапамятной древности. Разработка національнаго права не могла обойтись безъ историческихъ изысканій. Такимъ образомъ наряду съ исторіей и древностями римскаго права постепенно образовались исторія и древности національнаго права. Эти дисциплины создали особенно въ Германіи свою особую литературу и къ концу XVII столѣтія введены были въ систему преподаванія на юридическихъ факультетахъ германскихъ университетовъ.

Выросшая изъ расширившихся потребностей догматической юриспруденціи, исторія права представляла собою главнымъ образомъ хронологическій перечень послѣдовательной смѣны законовъ и обычаевъ, являлась своего рода юридическою лѣтописью. Въ лучшемъ случаѣ она возвышалась до уровня прагматическаго пониманія исторіи и тогда давала нѣкоторое объясненіе регистрируемымъ хронологически измѣненіямъ въ правѣ, выводя ихъ изъ практическихъ замысловъ законодателей. Древности права не носили характера даже лѣтописной исторіи. Задача ихъ сводилась къ тому, чтобы дать картину юридическаго быта временъ того или другаго памятника права, который изучался догматически. Исторіей древности были лишь въ томъ смыслѣ, что занимались онѣ прошедшимъ и даже давно прошедшимъ временемъ, но это прошлое онѣ изображали въ состояніи покоя. Поэтому древности права излагались не въ хронологической послѣдовательности, а въ порядкѣ той или другой догматической системы въ видѣ реального комментарія къ отдѣльнымъ ея частямъ.

Выдвинутое догматической юриспруденціей XVI столѣтія и окрѣпшее въ XVII вѣкѣ историческое изученіе права встрѣтилось на своемъ пути съ новымъ направленіемъ въ правовѣдѣніи, сложившимся въ томъ же XVII столѣтіи, — со школою естественнаго права. Спрашивается, какъ отразилось вліяніе послѣдней на научномъ развитіи исторіи права.

Принципиальное отношеніе школы естественнаго права къ историзму было отрицательное. Исторія совершенно не входила въ составъ теоретической проблемы, поставленной школою естественнаго права, и не привлекалась къ разрѣшенію практическихъ задачъ, которымъ школа служила. Въ духѣ раціоналисти-

ческаго и математическаго міровоззрѣнія школа естественнаго права стремилась постигнуть неизмѣнные законы общественнаго равновѣсія, которые она признавала столь же неподвижными, какъ и законъ всемірнаго тяготѣнія. Теоретическій интересъ школы исчерпывался общественной статикой (ученіемъ о равновѣсіи въ состояніи покоя). Вопросовъ общественной динамики (ученія о движеніи) школа совсѣмъ не ставила, и исторія не могла входить въ составъ ея теоретической проблемы. Съ точки зрѣнія практической школа естественнаго права стремилась къ выработкѣ единой разумной системы права и къ водворенію ея въ челоуѣчествѣ. Разумное, естественное право признавалось универсальнымъ, обязательнымъ для всѣхъ народовъ независимо отъ тѣхъ особенностей, которыя отличаютъ ихъ въ настоящемъ и въ прошломъ. Прошлое не представляло для школы естественнаго права никакого интереса. Оно относилось ко времени, предшествующему установленію разумныхъ началъ права, и рисовалось поэтому какъ длинный рядъ челоуѣческихъ заблужденій, обязанныхъ своимъ существованіемъ невѣжеству однихъ людей и недобросовѣстности другихъ. Изученіе этихъ заблужденій не представляетъ никакого интереса и не имѣетъ смысла, потому что путь разума единъ и познается онъ изъ разума же, а не чрезъ наблюденіе эмпирическихъ отъ него уклоненій.

Не смотря однако на прямое отрицаніе историзма, школа естественнаго права оказала косвенное вліяніе на научное развитіе исторіи права въ положительномъ смыслѣ.

Прежде всего и на исторіи права сказалось общее значеніе естественноправовой школы, заключающееся въ томъ, что школа эта вывела юриспруденцію изъ узкихъ рамокъ догматики и впервые поставила самостоятельную теоретическую проблему познанія права. Исторія права, какъ мы знаемъ, служила догматическимъ цѣлямъ. Подъ вліяніемъ раскрѣпощенія юриспруденціи отъ исключительнаго господства догматики и исторія права освобождалась отъ исключительнаго служенія послѣдней и прибрѣтала самостоятельность. Правда, у исторіи права не было еще сознанія особенностей своей самостоятельной задачи, но открывалась для нея возможность развитія въ этомъ направленіи, и это уже было значительнымъ шагомъ впередъ.

Далѣе, важное значеніе для оживленія интереса къ историческому изученію права имѣло ученіе естественноправовой школы о происхожденіи общества. Общество выводилось школою есте-

ственного права изъ договора. Общественный договоръ являлся, въ сущности говоря, рациональной, математической формулой сочетанія и равновѣсія индивидуальныхъ интересовъ. Онъ выдвигался не какъ фактъ, а именно какъ формула, объясняющая фактъ сожитія людей въ обществѣ. Но такъ смотрѣли на общественный договоръ только корифеи школы, которые отдавали себѣ полный отчетъ въ рационалистическомъ методѣ познанія. Рядовые послѣдователи школы не поднимались на такую высоту и, какъ это всегда почти бываетъ съ учениками, вульгаризовали мысли своихъ учителей. Они смотрѣли на первоначальный общественный договоръ какъ на историческій фактъ, только весьма отъ насъ отдаленный и потому не оставившій послѣ себя прямыхъ слѣдовъ. Этотъ фактъ необходимо возстановить по имѣющимся косвеннымъ даннымъ. Такимъ образомъ возникалъ оживленный и повышенный интересъ къ историческому изученію отдаленной древности, первоначальной, исконной старины. Въ это первоначальное время, которому предшествовало только дообщественное, естественное состояніе людей, заложены были истинныя основы общества. Человѣческая природа тогда еще не была извращена, и потому первоначальный строй общества покоился на естественныхъ, разумныхъ основахъ. Чтобы познать послѣднія, необходимо путемъ историческихъ изысканій возстановить картину древняго, исконнаго, первоначальнаго общественнаго строя. Возстановивъ его, необходимо затѣмъ выяснитъ, сохранились ли эти основы въ настоящемъ, или нѣтъ. Если нѣтъ, то возникаетъ потребность объяснить причины наступившаго извращенія первоосновъ. Удовлетворить эту потребность возможно только путемъ послѣдовательнаго изученія прошлаго отъ первоначала до нашихъ дней. Такимъ образомъ подъ косвеннымъ вліяніемъ школы естественнаго права поднимался интересъ къ историческому изученію, и создавалось своеобразное пониманіе историческаго процесса общества, какъ сохраненія или извращенія въ теченіе вѣковъ исконныхъ и истинныхъ основъ права. Въ этомъ именно духѣ написано было нѣмецкими, и особенно французскими юристами XVII—XVIII вѣковъ не мало изслѣдованій по исторіи права, особенно государственнаго.

Какъ уже отмѣчено, школа естественнаго права порывала узы исключительнаго догматизма, которыми была связана юриспруденція въ теченіе вѣковъ, и такимъ образомъ расчищала путь для постановки въ правовѣдѣніи самостоятельной исторической проблемы. Послѣдняя и была выдвинута впервые еще въ эпоху

расцвѣта естественноправовой школы. Смѣлый замысел этого рода принадлежалъ извѣстному философу Лейбницу. Онъ видѣлъ въ исторіи дѣйствіе закона непрерывности движенія, и въ глазахъ его настоящее было „заряжено прошедшимъ и чревато будущимъ“. При такой точкѣ зрѣнія исторія вызвала въ Лейбницѣ вполне самостоятельный интересъ, какъ единственный ключъ къ раскрытію смысла настоящаго и какъ руководящая нить къ предвидѣнію будущаго. Историческій процессъ представлялся Лейбницу не скопленіемъ случайныхъ событій, но своего рода планомернымъ развитіемъ извѣстныхъ началъ, подлежащихъ постепенному осуществленію. Однимъ словомъ, предъ умственнымъ взоромъ великаго философа предносилась идея эволюціи, хотя и не получившая у него вполне яснаго очертанія, но далеко опережавшая какъ фактическую, такъ и прагматическую исторіографію его времени. Свою общую историческую концепцію Лейбницъ примѣнилъ къ юриспруденціи и начерталъ широкую программу научной разработки исторіи права. Относящееся сюда ученіе было изложено Лейбницемъ въ написанномъ имъ еще въ юности трактатѣ: *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, вышедшемъ въ свѣтъ въ 1667 г. Въ немъ исторической юриспруденціи, или исторіи права, отведено было вполне самостоятельное мѣсто, равносильное съ догмой и естественноправовой доктриной. Задачу исторической юриспруденціи Лейбницъ полагалъ не въ механической регистраціи хронологическаго чередованія законовъ и обычаевъ, но въ разъясненіи историческаго развитія права.

Исторію права Лейбницъ различалъ внутреннюю и внѣшнюю. Первая, по его словамъ, входитъ въ самое существо юриспруденціи, вторая служитъ для нея дополненіемъ и вспомогательнымъ средствомъ. Внутренняя исторія права передаетъ права различныхъ народовъ, внѣшняя является необходимымъ пособіемъ для пониманія тѣхъ измѣненій права, которыя раскрываетъ исторія внутренняя.

Внутренняя исторія можетъ обнимать собою всѣ извѣстные намъ народы и государства или сосредоточиваться на одномъ изъ нихъ. Вниманіе Лейбница привлекала одинаково какъ первая, такъ и вторая возможность. Такъ, онъ выражалъ сожалѣніе объ утратѣ классическихъ трудовъ Аристотеля и Теофраста, въ которыхъ были собраны данныя относительно политическаго и правового строя различныхъ народовъ древности, и считалъ необхо-

димымъ для своего времени работу въ этомъ направленіи. Въ названномъ выше трактатѣ Лейбницъ вслѣдъ за опредѣленіемъ задачъ внутренней исторіи права дѣлаетъ указанія, гдѣ можно найти данныя относительно положительнаго права различныхъ историческихъ народовъ и государствъ, причемъ упоминаетъ послѣдовательно законы Моисеевы, законы египтянъ, персовъ, скивовъ, учрежденія грековъ, право римлянъ, варварскіе законы, папскія буллы, галльскій кодексъ, саксонскіе ландрехтъ и вейхбильдъ, польскіе статуты, сводъ прусскаго права, обычаи итальянцевъ саксонцевъ, венгерцевъ, заканчивая все это замѣчаніемъ, что подобныхъ обычаевъ можно набрать безконечное количество. Изъ всѣхъ этихъ данныхъ Лейбницъ общалъ составить „зрѣлище законовъ“ (*theatrum legale*), въ которомъ по всѣмъ отдѣламъ права должны были быть параллельно приведены установленія всѣхъ народовъ, мѣстъ и временъ. Общаніе не было исполнено, тѣмъ не менѣе оно заслуживаетъ быть отмѣченнымъ въ исторіи науки какъ выдающійся для своего времени замыселъ всеобщей исторіи права. Наряду съ всеобщей Лейбницъ считалъ необходимымъ разрабатывать и особенную исторію права отдѣльныхъ народовъ и специально говорилъ о послѣдней примѣнительно къ римскому праву. Недовольный современнымъ состояніемъ исторической разработки римскаго права, Лейбницъ высказалъ пожеланіе, чтобы дано было точное и обстоятельное обозначеніе всего, что постепенно вводилось отдѣльными рѣшеніями народныхъ собраній, постановленіями сената, преторскими эдиктами и указами (конституціями) императоровъ, и чтобы такимъ образомъ выяснены были всѣ измѣненія, путемъ которыхъ римское право доросло до своего окончательнаго состоянія.

Къ внутренней исторіи права необходимо привлекать еще, по мнѣнію Лейбница, и внѣшнюю исторію. Послѣдняя, строго говоря, не входитъ въ составъ юриспруденціи; это лишь вспомогательная для правовѣднія дисциплина; это не специальная исторія права, но общая исторія, привлекаемая для уразумѣнія (*ad intelligendum*) права. Въ своемъ методологическомъ трактатѣ Лейбницъ не ограничивается отвлеченнымъ положеніемъ, согласно которому знаніе исторіи необходимо для уразумѣнія права, но поясняетъ свою мысль конкретно, указывая, какой именно отдѣлъ исторіи требуется для уразумѣнія важнѣйшихъ отраслей права, взятыхъ порознь. При этомъ оказывается, что римская исторія необходима для уразумѣнія гражданскаго права, церковная — для

права каноническаго, средневѣковая — для феодальнаго права, и новая исторія — для права государственнаго. Приведенное конкретное разъясненіе раскрываетъ предъ нами истинный смыслъ того, что понималъ Лейбницъ подъ внѣшней исторіей права. Очевидно, что философъ полагалъ задачу внѣшней исторіи въ изученіи той непосредственной исторической обстановки, въ условіяхъ которой развивалась и слагалась та или другая система права. Если мы постараемся связать внѣшнюю исторію права съ внутренней, то соотношеніе ихъ по ученію Лейбница представится намъ въ слѣдующемъ видѣ. Внутренняя исторія устанавливаетъ непрерывную цѣпь измѣненій права, рассматриваемаго въ обособленіи отъ прочихъ сторонъ общественной жизни; внѣшняя исторія связываетъ эти измѣненія со всей совокупностью исторической обстановки и такимъ образомъ ведетъ насъ къ уразумѣнію права чрезъ изученіе внѣшней среды его развитія.

Приведенныя воззрѣнія Лейбница настолько расходились съ антиисторизмомъ господствовавшаго въ юриспруденціи рационалистическаго направленія, что современники оказались не въ состояніи понять ихъ и оцѣнить по достоинству. Потребовалось почти цѣлое столѣтіе для того, чтобы воззрѣнія эти привлекли къ себѣ вниманіе юристовъ и оказали вліяніе на дальнѣйшее развитіе исторической юриспруденціи, задачи которой ставились великимъ философомъ съ такой широтой. Самый трактатъ Лейбница о новомъ методѣ изученія и обученія праву долгое время былъ весьма мало извѣстенъ, и только вышедшее въ 1748 году второе его изданіе, выпущенное въ свѣтъ Хр. Вольфомъ, получило распространеніе и признаніе среди ученыхъ юристовъ. Это возрожденіе исторіософическихъ взглядовъ Лейбница сѣставило новый этапъ въ развитіи историческаго изученія права. Оно совпало съ появленіемъ знаменитаго политическаго трактата Монтескье: „О духъ законовъ“ (*De l'esprit des lois*, 1748), который также способствовалъ въ весьма значительной степени преодолѣнію антиисторизма естественноправовой школы и насажденію историческаго элемента въ правовѣдѣніи.

Монтескье выступилъ новаторомъ въ политической теоріи. Новшество его проявилось въ области методологіи. На мѣсто дедуктивнаго метода рационалистическаго ученія о правѣ и государствѣ Монтескье выставилъ наблюденіе и оперировалъ не съ аксіомами разума, а съ эмпирическими данными политическаго и правового строя различныхъ народовъ. Наблюденіе привело Мон-

тескѣ къ убѣжденію, что эмпирическое многообразіе государственныхъ и юридическихъ учреждений различныхъ временъ и народовъ вызвано не заблужденіями разума, какъ это полагала школа естественнаго права, а объективными условіями той среды, въ которыхъ учрежденія дѣйствуютъ. Законы, училъ Монтескье, находятся въ зависимости отъ физическихъ свойствъ страны, отъ ея климата, отъ качества почвы, отъ географическаго положенія и величины государственной территоріи, отъ образа жизни народовъ, земледѣльческихъ, охотничьихъ или пастушескихъ, отъ степени свободы, допускаемой государственнымъ устройствомъ, отъ религіи жителей страны, отъ ихъ наклонностей, степени ихъ зажиточности, отъ ихъ численности, отъ ихъ торговли, нравовъ и обычаевъ. Указанная зависимость законовъ отъ условій вѣшной среды является неизбежной, такъ что съ нею должно считаться практическое творчество въ области права. „Законы“, говоритъ Монтескье, „должны быть настолько свойственны народу, для котораго они созданы, что слѣдуетъ считать величайшей случайностью, если установленія одной націи могутъ быть пригодными для другой“. Такимъ образомъ вмѣсто единаго и абсолютнаго идеала разумнаго права, надъ созданіемъ котораго трудилась естественноправовая школа, Монтескье провозглашалъ принципъ относительности всѣхъ политическихъ и юридическихъ учреждений. Съ точки зрѣнія такого релятивизма всякая система положительнаго права имѣла за собою извѣстныя разумныя основанія и заслуживала изученія въ связи съ условіями среды, ее породившими. Антиисторизму школы естественнаго права наносился ударъ, пробивалась брешь въ раціоналистическихъ воззрѣніяхъ юристовъ, и открывался просторъ для историческаго пониманія права.

Порывая связь съ раціоналистическимъ антиисторизмомъ, Монтескье самъ не выработалъ законченной исторической концепціи. Духъ законовъ совершилъ переломъ въ теоретическихъ воззрѣніяхъ юристовъ и государствовѣдovъ, расчищалъ путь для новыхъ воззрѣній, но не формулировалъ ихъ окончательно. Какъ всякое переходное явленіе, Духъ законовъ представляетъ собою сложное сочетаніе стараго съ новымъ. Провозглашая относительность правовыхъ и государственныхъ учреждений въ зависимости отъ условій среды ихъ образованія, Монтескье выступалъ пионеромъ новаго историческаго воззрѣнія. Но наряду съ этимъ онъ проповѣдывалъ, что законодатель можетъ исправлять

пороки и недостатки учреждений, порожденные условиями среды, и дать народу государственно-правовой строй выше создаваемого средою культурнаго уровня, и такимъ образомъ тяготѣлъ къ рационалистической старинѣ съ ея вѣрою во всемогущество рациональнаго законодательства. Самыя условия среды, отъ которыхъ зависятъ законы, рисовались Монтескье въ неподвижномъ видѣ и потому не столько объясняли развитіе права, сколько предопредѣляли истинныя начала его для данной страны. Вслѣдствіе этого Монтескье обращалъ вниманіе на отношеніе законовъ къ ихъ первоначальному происхожденію и обнаруживалъ склонность смотрѣть на дальнѣйшую ихъ исторію, какъ на удержаніе или извращеніе исконной первоосновы. Въ этомъ опять таки сказывается тяготѣніе Монтескье къ рационализму естественноправовой школы и къ тому извѣстному намъ уже объясненію исторіи, которое развилось изъ теоріи первоначальнаго общественнаго договора. Не смотря однако на всю зависимость отъ современныхъ ему воззрѣній, Монтескье далъ въ Духѣ законовъ элементы несомнѣнно новаго историческаго пониманія права. Сказались они въ наиболѣе важной по существу части Духа законовъ, посвященной государственному строю Англіи и народному представительству. Въ англійскомъ государственномъ строѣ Монтескье видѣлъ лучшее обезпеченіе свободы, ту высшую точку, до которой можетъ дойти политическое развитіе. Происхожденіе этого свободнаго правленія Монтескье возводилъ къ отдаленной древности. Эта „прекрасная система“ была найдена, по его мнѣнію, „въ лѣсахъ Германіи“, откуда и почерпнули англичане идею своего государственнаго устройства. Зародилось свободное правленіе въ лѣсахъ Германіи въ видѣ прямого народоправства. Съ распространеніемъ германскихъ племенъ по обширнымъ областямъ завоеванной ими римской имперіи непосредственныя народныя сходки оказались невозможными и должны были прекратиться. Не исчезло однако у свободолюбивыхъ германцевъ сознаніе необходимости того, чтобы народъ обсуждалъ общественныя дѣла. Учлѣвшій такимъ образомъ принципъ участія народа во власти принялъ новую форму выраженія, соотвѣтствовавшую измѣнившимся условіямъ среды, главнымъ образомъ, увеличенію государственной территоріи. Этой новой формой оказалось сословное представительство. Государственный строй средневѣковыхъ монархій, въ которыхъ единоличная власть государя сочеталась съ сословнымъ представительствомъ, Монтескье называетъ „готиче-

скимъ правленіемъ“. Готическое правленіе характеризуется у Монтескье какъ смѣшанная форма государственнаго устройства, въ которой сочетались элементы монархическіе, аристократическіе и демократическіе. Это правленіе носило въ себѣ сѣмена дальнѣйшаго развитія по пути обезпеченія свободы. Изъ него то и развилось съ теченіемъ времени англійское государственное устройство, дошедшее до организациіи народнаго представительства палаты общинъ, но сохранившее прямыя слѣды готическаго правленія въ аристократическомъ составѣ палаты лордовъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ Духѣ законовъ устанавливается извѣстная схема исторической преемственности формъ свободнаго правленія. Схема эта различаетъ слѣдующія ступени развитія: непосредственное народоправство, сословное представительство, народное представительство въ сочетаніи съ непосредственнымъ участіемъ аристократическаго элемента въ законодательной власти. Принимая въ соображеніе это обстоятельство, приходится признать, что въ скрытомъ видѣ имѣется въ Духѣ законовъ нѣкоторое представленіе объ эволюціи формъ правленія, въ чемъ нельзя уже не видѣть элементовъ новаго историческаго пониманія права.

Идеи Лейбница и Монтескье проникли въ юриспруденцію и вызвали повышенный и самостоятельный интересъ къ историческому изученію права. Указанное вліяніе сказалось въ геттингенской школѣ юристовъ второй половины XVIII ст. Выдающимися представителями этой школы были публицистъ (спеціалистъ по публичному, государственному праву) Іоаннъ Стефанъ Пюттеръ и цивилистъ (спеціалистъ по гражданскому праву) Густавъ Гуго.

Занимаясь спеціально государственнымъ правомъ германской (Священной Римской) имперіи, І. Ст. Пюттеръ попутно занимался и имперской исторіей, пользуясь ею для цѣлей догматической конструкціи на тѣхъ же началахъ, на которыхъ пользовались исторіей, какъ указано было нами выше, всѣ публицисты-догматики, начиная съ XVI вѣка. При помощи исторіи отыскивалъ и толковалъ Пюттеръ организаціонныя государственныя законы, выяснялъ публичноправовыя обычаи, устанавливалъ прецеденты, на которыхъ покоился государственный строй его времени. Въ своихъ методологическихъ трудахъ, именно, въ извѣстномъ намъ уже (см. выше стр. 29) „Новомъ опытѣ юридической энциклопедіи и методологіи“ (1767 г.), І. Ст. Пюттеръ освобождался отъ взгляда на исторію права какъ на орудіе догматической конструк-

ці и возвышался до пониманія самостоятельной исторической проблемы въ правовѣдѣніи. Одинаково недовольный и школою естественнаго права, особенно выродившимися проявленіями ея въ философіи права Хр. Вольфа, и узко-практическимъ догматизмомъ, І. Ст. Пюттеръ ожидалъ обновленія юриспруденціи отъ возстановленія исторіософическихъ воззрѣній Лейбница. Слѣдуя имъ, І. Ст. Пюттеръ видѣлъ въ исторіи не простое чередованіе отмѣнявшихъ другъ друга законовъ, но прагматически связанную смѣну правовыхъ системъ, покоящихся на различныхъ принципахъ, соотвѣтствующихъ общимъ условіямъ времени. Для разрѣшенія такой сложной задачи историческое изслѣдованіе должно пройти нѣсколько ступеней. Сначала требуется установленіе фактической исторіи законовъ, — какія и къмъ установленныя юридическія правила дѣйствовали въ разныя времена. Далѣе должна быть разработана прагматически политическая исторія, въ которой должно быть дано объясненіе всѣмъ измѣненіямъ государственнаго строя. Наконецъ слѣдуетъ дать объясненіе всего положительнаго права прошлаго на основаніи совокупности всѣхъ условій государственной жизни различныхъ эпохъ. Слѣдуя Монтескье, І. Ст. Пюттеръ выражалъ желаніе, чтобы историческая юриспруденція обращала вниманіе на права всѣхъ народовъ и временъ въ видахъ установленія какъ ихъ взаимной связи, такъ и различій между ними, проистекающихъ изъ разнообразія климатовъ, религій, нравовъ и т. д.

Лейбнищевско-Пюттеровское пониманіе задачъ исторіи права развивалъ далѣе Густавъ Гуго. Какъ цивилистъ, Гуго могъ быть особенно не удовлетворенъ узкимъ практическимъ догматизмомъ, который царилъ въ его спеціальности съ гораздо большей силой, чѣмъ въ наукѣ государственнаго права. Исторія и древности права разсматривались цивилистами исключительно какъ средства толкованія. Гуго настаивалъ на необходимости изученія послѣдовательнаго развитія римскаго права въ его исторической своеобразности и независимо отъ непосредственныхъ практическихъ цѣлей. Девизомъ его въ этомъ отношеніи былъ, можно сказать, ключъ: „назадъ къ Лейбницу“. Недаромъ въ первомъ же выпускѣ предпринятаго Гуго въ 1791 г. періодическаго изданія *Civilistisches Magazin* былъ помѣщенъ переводъ (съ лат. на нѣм. яз.) важнѣйшихъ частей извѣстнаго трактата Лейбница въ качествѣ образца методологіи научнаго правовѣдѣнія. Къ историзму влекли Гуго не только теоретическіе запросы юриспруденціи, но и нѣко-

торые мотивы политическаго характера. Мы имѣемъ въ виду консервативныя тенденціи, вызванныя натискомъ политическаго радикализма, непосредственно предшествовавшаго французской революціи и ознаменовавшаго ея первые шаги. Такъ какъ политическій радикализмъ питался идеями естественнаго права, то консервативное теченіе вполнѣ понятно искало опоры въ исторіи.

Гуго отвергъ самымъ рѣшительнымъ образомъ теорію договорнаго установленія права и убѣдительно доказывалъ, что сознательное законодательное творчество отнюдь не является ни единственной, ни главной формою развитія права. Онъ выдвигалъ на первый планъ правообразовательное значеніе обычая и сравнивалъ историческое развитіе права съ произвольнымъ развитіемъ языка и нравовъ. Самый процессъ развитія права Гуго не считалъ впрочемъ чѣмъ то самодовлѣющимъ; напротивъ того, онъ полагалъ, что юридическій бытъ каждаго народа опредѣляется внѣшними обстоятельствами его жизни.

I. Ст. Пюттеръ и Густ. Гуго значительно подвинули впередъ вопросъ объ историческомъ изученіи права и подготовили появленіе самостоятельной исторической школы юристовъ. Въ этомъ дѣлѣ они отправлялись, какъ сказано, отъ идей Лейбница и Монтескье. Заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что геттингенская школа не оставила безъ вниманія плодотворной мысли Лейбница о необходимости объясненія внутренней исторіи права внѣшней исторіей, т. е. изученіемъ соотвѣтственной внѣшней среды правообразованія. Эта мысль отразилась въ ученіи I. Ст. Пюттера о зависимости развитія права отъ всѣхъ прочихъ условій государственной жизни и въ ученіи Густава Гуго объ опредѣляющемъ значеніи внѣшнихъ обстоятельствъ исторической жизни народа для образованія его юридическаго быта. Воспринявъ указанную мысль Лейбница, геттингенская школа не восприняла однако его терминологіи. Пюттеръ вовсе не упоминалъ о дѣленіи исторіи права на внутреннюю и внѣшнюю. Гуго придерживался этого дѣленія, но придалъ ему совершенно иной смыслъ. Подъ внѣшней исторіей онъ понималъ исторію источниковъ права, подъ внутренней — исторію институтовъ. Такимъ образомъ Гуго приспособилъ термины Лейбница къ традиціонному противоположенію исторіи и древностей права, причемъ превратилъ послѣднія изъ реального комментарія къ догмѣ въ самостоятельную историческую дисциплину. Установленное Густавомъ Гуго различіе внѣшней и внутренней исторіи права сохранилось до нашихъ дней.

§ 29. Историческая школа юристовъ и дальнѣйшее развитіе историческаго изученія права на началахъ позитивной методологіи.

П. И. Новгородцевъ, Историческая школа юристовъ, ея происхождение и судьба, 1896 г.; E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III Abt., II Halbbd, 1910; E. Fueter, Geschichte der neueren Historiographie, 1911, V—VI Bücher.

Зародилась историческая школа юристовъ въ столкновеніи со школою естественнаго права на почвѣ законодательной политики. Какъ извѣстно, школа естественнаго права стремилась къ выработкѣ единой разумной системы права и къ водворенію ея въ человѣчествѣ. Разумное естественное право признавалось универсальнымъ, равно обязательнымъ для всѣхъ народовъ независимо отъ ихъ историческаго наслѣдія и особенностей, отличающихъ ихъ въ настоящемъ. Осуществленіе этихъ принциповъ естественноправовой школы давала Франція: революція представлялась кореннымъ уничтоженіемъ всей старины и самостоятельнымъ построеніемъ абсолютно новаго порядка на рациональныхъ началахъ, а затѣмъ завоеванія Наполеона казались инымъ современникамъ универсальнымъ распространеніемъ революціонныхъ принциповъ.

Противъ такого универсализма, сопровождаемаго завоеваніями и грозной перспективой всемірной монархіи, возстали въ Германіи. Вызванная пораженіемъ Наполеона въ Россіи, освободительная война устранила опасность политическаго порабощенія, но не предотвратила опасности порабощенія культурнаго. Послѣднее угрожало въ прежней формѣ рационалистическаго универсализма въ области законодательства.

Однимъ изъ продуктовъ правового творчества великой французской революціи явился Гражданскій Кодексъ, названный впоследствии именемъ великаго императора. Свободное и торжествующее третье сословіе получило въ новомъ кодексѣ весьма совершенное для своего времени выраженіе и закрѣпленіе своего экономическаго господства. Вслѣдствіе этого Кодексъ Наполеона охотно возводился на степень „писанаго разума“ новой эры и въ такомъ своемъ качествѣ признавался достойнымъ повсемѣстнаго, универсальнаго примѣненія. Силою оружія новый кодексъ былъ введенъ во всѣхъ земляхъ, завоеванныхъ Наполеономъ, въ частности въ нѣмецкихъ областяхъ Рейнскаго союза; силою „разума“

естественно-правовой школы онъ могъ быть добровольно воспринять всей Германіей. Поэтому, когда въ 1814 году нѣмецкій юристъ Тибо, приверженецъ школы естественнаго права, заговорилъ о необходимости единого общегерманскаго гражданскаго уложенія (въ спец. брошюрѣ: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland*), которое положило бы конецъ историческому партикуляризму и основывалось бы на общечеловѣческихъ требованіяхъ сердца, разсудка и разума, сторонники самостоятельнаго національнаго развитія Германіи забили тревогу. Имъ дорогá была объединительная тенденція, лежавшая въ основѣ проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія, но осуществленіе ея средствами естественно-правовой школы ихъ пугало; „разумное“ гражданское право, которое начертали бы для общегерманскаго отечества тогдашніе корифеи научной юриспруденціи, принадлежавшіе къ школѣ естественнаго права, оказалось бы на дѣлѣ ничѣмъ инымъ, какъ воспроизведеніемъ французскаго кодекса, привело бы, значить, къ извѣстнаго рода культурному порабощенію Германіи Франціей. Этого-то и не хотѣли допустить нѣмецкіе самобытники. Лучшимъ средствомъ предотвращенія галломанской опасности была бы передача дѣла изъ рукъ послѣдователей школы естественнаго права въ руки представителей положительнаго догматизма. Послѣдніе занимались не однимъ лишь римскимъ правомъ: съ XVII вѣка разрабатывалась догма партикулярныхъ системъ права Германіи. Однако разработка эта не могла быть признана достаточной для разрѣшенія предстоявшей задачи: догматики нѣмецкаго права не охватывали, въ своихъ трудахъ всего подлежащаго матеріала, не размежевались надлежащимъ образомъ съ правомъ римскимъ, не создали изъ партикулярныхъ системъ единого общегерманскаго права и далеки были отъ того въ своемъ родѣ совершенства конструкціи и систематики, котораго достигали научные предтечи Наполеонова кодекса во Франціи. Въ виду такой неподготовленности нѣмецкіе самобытники совершенно отказались отъ мысли составить общегерманское гражданское уложеніе. Отказъ былъ выраженъ въ отвѣди, которую далъ Савиньи на призывъ Тибо въ спеціальной брошюрѣ подъ заглавіемъ: „О призваніи нашего времени къ законодательству и къ наукѣ права“ (*Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814). Отказъ мотивировался отмѣченной выше неподготовленностью; углубленіе же въ причины послѣдней привело Савиньи къ уста-

вовленію новыхъ точекъ зрѣнія на развитіе права, которыя оказались цѣнными независимо отъ конкретныхъ обстоятельствъ, ихъ породившихъ, и положили основаніе исторической школѣ юристовъ.

Въ самую первобытную эпоху исторіи, училъ Савиньи, право имѣетъ уже опредѣленный характеръ, свойственный именно данному народу, подобно тому какъ такимъ же воплѣтъ опредѣленнымъ характеромъ отмѣчены съ древнѣйшихъ временъ языкъ народа, его нравы и политическое устройство. Всѣ эти явленія не ведутъ отдѣльнаго существованія, но представляютъ собою силы и сферы дѣятельности единаго народа: по природѣ своей они неразрывно связаны между собою и только въ глазахъ изслѣдователя выступаютъ какъ отдѣльныя проявленія. Въ одно цѣлое объединяетъ ихъ общее убѣжденіе народа, одинаковое чувство внутренней необходимости, общее сознаніе народа, неизбѣжная наличность какового исключаетъ самую мысль о случайномъ происхожденіи или произвольномъ установленіи. Состоя въ органической связи съ характеромъ и существомъ народа, право развивается вмѣстѣ съ нимъ и вмѣстѣ съ нимъ умираетъ.

Въ жизненномъ процессѣ права, совпадающемъ съ жизненнымъ процессомъ народа его породившаго, Савиньи различаетъ три основныя стадіи. На первоначальной ступени развитія право живетъ въ цѣлокупномъ и, такъ сказать, нераздѣльномъ сознаніи народа. Оно опредѣляется непосредственно нравами, вѣрованіями и убѣжденіями народныхъ массъ, находитъ для себя тѣлесную оболочку въ разнаго рода символическихъ дѣйствіяхъ и представляетъ собою природное (*natürliches Recht*) право народа, природное въ смыслѣ стихійнаго происхожденія и прирожденнаго народу содержанія, каковыя качества прямо противоположны искусственному и разсудочному характеру т. н. естественнаго права (*Naturrecht*). Природное право народа подлежитъ постепенному дальнѣйшему развитію, развитію органическому, изъ котораго исключены произволъ и нарочитое намѣреніе (*ohne eigentliche Willkühr und Absicht*), и которое движется помощью внутреннихъ въ тиши дѣйствующихъ силъ (*durch innere stillwirkende Kräfte*). Съ осложненіемъ жизненныхъ отношеній нарастаетъ въ правѣ своеобразный техническій элементъ, уходъ за которымъ требуетъ специальныхъ познаній. Для удовлетворенія этой потребности образуется классъ профессиональных юристовъ, и подъ этимъ вліяніемъ процессъ правового развитія

вступает во вторую стадію, — въ стадію т. н. ученаго права (gelehrtes Recht). Въ этой стадіи право живетъ двойной жизнью: съ одной стороны, какъ часть цѣлокупной народной жизни, какою оно никогда не перестаетъ быть, съ другой стороны, — какъ отдѣльная наука, которую разрабатываютъ профессиональные юристы. Двойственность эта не вноситъ однако въ процессъ правового развитія ни искусственности, ни произвола; она сводится въ конечномъ итогѣ къ единому источнику, — сознанию народа. Ученые юристы являются только конденсаторамъ народнаго правосознанія. Благодаря профессиональной чуткости, они слышатъ голосъ народной совѣсти и, опираясь на профессиональный опытъ, умѣютъ уловить указанія народнаго правосознанія и облечь ихъ въ форму, соответствующую осложнившимся жизненнымъ отношеніямъ, разобраться въ которыхъ не въ силахъ болѣе профаны. Исполняя такую функцію, юристы содѣйствуютъ болѣе совершенному проявленію народнаго правосознанія на судѣ и въ законодательствѣ. Наука права перерабатываетъ сырой матеріалъ, черпаемый изъ глубины народнаго правосознанія, и превращаетъ его въ систематическій рядъ понятій, достигающихъ математической точности и достовѣрности. Послѣ того какъ завершится указанный процессъ научной разработки права, жизнь права вступаетъ въ третью и конечную стадію своего развитія, которую можно назвать стадіей кодификаціи. Полный и пышный расцвѣтъ научнаго права приводитъ къ плодоношенію. Когда исчерпывающе разработаны всѣ начала права, которыя коренились въ народномъ сознаніи, тогда приспѣваетъ время для кодификаціи права даннаго народа. Уложеніе само собою отдѣляется отъ древа народной жизни какъ зрѣлый плодъ. Составляя кульминаціонную точку въ развитіи народа, такое уложеніе предназначается жить долго послѣ своего появленія: оно служитъ руководствомъ въ послѣдующія эпохи разложенія и упадка и передается затѣмъ далѣе по наслѣдству другимъ народамъ.

Указанный путь строгаго и стройнаго органическаго развитія былъ пройденъ римскимъ правомъ. Спокойное теченіе историческаго развитія германскаго права было нарушено политическимъ дробленіемъ народа и рецессіей римскаго права. Вызванныя этимъ отклоненія отъ прямолинейнаго развитія не отняли однако у германскаго права способности органическаго роста. Для культуры послѣдняго требуется усиленная дѣятельность ученыхъ юристовъ, направленная на окончательное усвоеніе реци-

пированнаго римскаго права и переработку всѣхъ партикулярныхъ системъ въ единую систему общегерманскаго права. Въ виду такого положенія дѣла Савиньи видѣлъ призваніе своего времени не въ кодификаціи, но въ предварительной научной разработкѣ права. Въ основу успѣшнаго развитія послѣдней онъ полагалъ историческое изученіе права. Въ видахъ распространенія своихъ идей Савиньи основалъ спеціальнѣе журналъ историческаго правовѣдѣнія (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*). Въ руководящей редакціонной статьѣ, помѣщенной въ I томѣ журнала (1815 г.) и написанной самимъ Савиньи, намѣчены были основныя черты новаго направленія, получившаго названіе исторической школы юристовъ.

Въ этой редакціонной статьѣ Савиньи сводитъ всѣ многообразныя разногласія, существовавшія среди юристовъ его времени, къ двумъ основнымъ школамъ. Одна изъ этихъ школъ можетъ быть названа историческою. Для другой едва ли можно найти положительное названіе, такъ какъ она, являясь противоположеніемъ первой, выступаетъ въ разнообразныхъ и противорѣчивыхъ формахъ, заявляя себя то какъ философія права, то какъ естественное право, то какъ здравый смыслъ человѣческій. Всю эту школу въ силу общности отрицательнаго признака различныхъ ея теченій Савиньи называетъ неисторическою. Для неисторической школы исторія является лишь нравственно-политическимъ собраніемъ примѣровъ, которымъ настоящее поколѣніе можетъ такъ или иначе пользоваться въ своихъ видахъ. Иначе смотритъ на дѣло школа историческая. По ея воззрѣнію, нѣтъ единичнаго и абсолютнаго человѣческаго существованія: что на первый взглядъ представляется единичнымъ, то по существу есть лишь часть высшаго цѣлаго. Такъ, отдѣльный человѣкъ необходимо мыслится какъ членъ семьи, народа, государства; отдѣльная эпоха въ исторіи народа — какъ продолженіе и развитіе прошедшихъ временъ. Иное воззрѣніе является одностороннимъ, и если оно господствуетъ исключительно, то становится тлетворнымъ. Отдѣльная эпоха не вноситъ съ собою и для себя новаго міра, но дѣлаетъ свое дѣло въ неразрывномъ единеніи со всѣмъ прошлымъ. Поэтому всякая эпоха должна признавать нѣчто исторически данное, которое въ одно и то же время необходимо и свободно: необходимо, — поскольку оно независимо отъ особеннаго произвола настоящаго времени, — свободно потому, что оно не вышло изъ чужого произвола (нпр., изъ велѣнія господина своимъ

рабамъ), но добыто изъ высшей природы народа, какъ непрестанно становящагося и развивающагося цѣлаго. При такой точкѣ зрѣнія исторія перестаетъ быть только собраніемъ примѣровъ и становится единственнымъ путемъ къ истинному познанію нашего состоянія въ настоящемъ. Исторически данное господствуетъ надъ нами. Мы не въ состояніи измѣнить его и можемъ только обманывать себя насчетъ подлиннаго его значенія. Кто такъ себя обманываетъ и думаетъ осуществить свой произволъ тамъ, гдѣ возможна лишь высшая свобода развитія изъ природы народа, тотъ самъ губить свои лучшія притязанія: онъ — рабъ, мнящій себя царемъ, въ то время какъ могъ-бы быть свободнымъ человекомъ. Отсутствіе историзма, стремленіе строить все заново Савиньи ставитъ въ связь съ индивидуализмомъ политическихъ ученій, выводящихъ все изъ отдѣльной обособленной личности и игнорирующихъ жизнь и самостоятельное развитіе цѣлаго. Онъ называетъ также это стремленіе историческимъ эгоизмомъ отдѣльной эпохи. На такомъ историческомъ эгоизмѣ построены всѣ разнообразныя ученія неисторической школы юристовъ. Напротивъ того, историческая школа разсматриваетъ положительный правовой матеріалъ какъ нѣчто данное цѣлокупнымъ прошлымъ народа, какъ нѣчто, вышедшее не изъ произвола, который случайно былъ именно такимъ, и столь же случайно могъ бы быть и инымъ, но изъ самаго внутреннего существа народа и его исторіи.

За осуществленіе новой программы исторической школы принялся самъ Савиньи и его ближайшій сотрудникъ и соратникъ Пухта, который не мало содѣйствовалъ и уясненію теоретическихъ основъ школы. Вокругъ главарей собрались ученики и послѣдователи и дали многолюдный составъ школѣ, которая господствовала въ ея первоначальномъ видѣ полвѣка и съ измѣненіями простираетъ свое вліяніе вплоть до нашихъ дней.

То новое, что внесла историческая школа въ юриспруденцію, можетъ быть сведено къ нижеслѣдующимъ четыремъ основнымъ положеніямъ: 1) она внесла идею эволюціи права; 2) придала этой эволюціи спиритуалистическій характеръ, такъ какъ выводила происхожденіе и развитіе права изъ общаго сознанія народа, которое было опредѣлено Пухтою какъ народный духъ; 3) она усмотрѣла въ правѣ продуктъ исключительно національнаго развитія и исходила изъ духовной самобытности каждаго отдѣльнаго народа; 4) она характеризовала процессъ пра-

вового развитія какъ безболѣзненный и мирный, движимый въ тиши дѣйствующими силами народнаго духа.

Въ приведенныхъ основныхъ положеніяхъ исторической школы сказалось вліяніе романтизма и созданнаго имъ пониманія историческаго процесса. Романтизмъ представляетъ собою идейную реакцію первой четверти XIX столѣтія противъ предшествовавшаго вѣка просвѣщенія и порожденной имъ революціи. Намѣсто свободнаго творчества разума и проповѣдывавшейся имъ революціи, т. е. полнаго разрыва съ прошедшимъ и построенія общественнаго уклада жизни заново, романтизмъ ставилъ идею стихійнаго развитія и произвольной эволюціи общественныхъ началъ, унаслѣдованныхъ отъ далекаго прошлаго. За этими традиционными началами признавалась разумность, но разумность эта разсматривалась независимо отъ логически прямолинейныхъ построеній индивидуальнаго разума, какъ проявленіе объективнаго разума, лежащаго въ основѣ общественнаго процесса, какъ выраженіе сокровенныхъ духовныхъ началъ жизни. Постигнуть эти начала можно не путемъ разсужденія, но путемъ мистическаго проникновенія въ тайники жизни. Какъ для созданія, такъ и для раскрытія внутренняго духовнаго смысла жизни необходима тѣсная, даже замкнутая духовная среда. Такою средою представлялся романтикамъ отдѣльный народъ, какъ самоцѣльная общественная группа, духовная связь и единство которой засвидѣтельствованы наличностью у нея языка, какъ выраженія духовной самобытности. Въ противоположность универсализму вѣка просвѣщенія романтизмъ выдвинулъ національность, какъ среду и факторъ образованія общественныхъ формъ. Въ поискахъ за раскрытіемъ самобытныхъ началъ національнаго духа романтики обращались къ средневѣковью, какъ такой эпохѣ, когда народы вели еще жизнь достаточно обособленную и достаточно свободную, такъ что ихъ самобытныя духовныя силы не искажались ни отъ вліянія чужой національности, ни отъ властнаго воздѣйствія правящихъ идеологовъ, оторванныхъ отъ родной почвы. Задачею историка должно было быть возстановленіе исконныхъ самобытныхъ духовныхъ началъ народа во всей ихъ чистотѣ. Несомнѣнно, что понимаемый такимъ образомъ историзмъ романтиковъ въ основѣ своей совпадалъ съ представленіями историковъ XVIII вѣка объ опредѣляющемъ весь дальнѣйшій процессъ значенія первоначальнаго общественнаго устройства. Разница заключалась лишь въ томъ, что историки вѣка просвѣщенія надѣляли

первоначальное устройство всѣми признаками свободного и сознательнаго индивидуальнаго творчества, а романтики видѣли въ немъ отраженіе стихійнаго разума, коллективнаго духа народа и раскрывали его мистическій смыслъ не разсужденіемъ, но интуиціей. Возстановленіе забытаго и утеряннаго занимало романтиковъ несравненно больше, чѣмъ движеніе и развитіе, которое привело отъ давно прошедшаго къ настоящему и направляло къ новому будущему. Савиньи проявилъ больше историческаго чутья, и въ созданной имъ школѣ идеѣ органическаго перехода изъ одного состоянія въ другое было отведено надлежащее мѣсто. Тѣмъ не менѣе вліяніе романтизма сказалось на исторической школѣ въ ея исключительно спиритуалистическомъ и націоналистическомъ пониманіи эволюціи, а также въ ея представленіи о мирномъ и безболѣзненномъ процессѣ развитія права.

Внесенная исторической школой идея органическаго роста права, идея эволюціи стала прочнымъ пріобрѣтеніемъ научнаго правовѣднія. Все же остальное ученіе о характерѣ этой эволюціи, развитое историческою школою въ духѣ романтизма, не выдержало испытанія научной критики, было оставлено и замѣнено болѣе обоснованнымъ и болѣе положительнымъ воззрѣніемъ.

Первое измѣненіе въ теоретическія построенія исторической школы внесъ Гегель (въ двадцатыхъ годахъ ІХ столѣтія), сумѣвшій искусно сочетать романтическія воззрѣнія съ историческою дѣйствительностью и многообразіемъ исторической жизни.

Свои исторіософическія воззрѣнія Гегель направлялъ на широкое поприще всемірной исторіи. Двигателемъ исторіи является у Гегеля не народный духъ, но міровая душа, духъ всечеловѣческой. Въ немъ заложены начала всѣхъ началъ, и всемірная исторія представляетъ собою постепенную и послѣдовательную эманацию міроваго духа. Богатая сокровищница послѣдняго не можетъ быть воспринята человѣчествомъ сразу и потому раскрывается во всемірной исторіи постепенно и послѣдовательно по извѣстнымъ необходимымъ и неизбѣжнымъ стадіямъ развитія. Во каждой изъ этихъ стадій выдвигается на передній планъ всемірной исторіи одинъ народъ, духъ котораго содержитъ въ себѣ то высшее проявленіе міроваго духа, вмѣстять которое способно человѣчество данной эпохи.

Раскрытіе содержанія міроваго духа въ исторіи совершается закономѣрно. Законъ движенія всемірной исторіи есть законъ объективнаго міроваго духа, тождественный съ закономъ человѣ-

ческаго разума, такъ какъ послѣдній является лишь отраженіемъ разума мірового. Этотъ общій законъ разума, или законъ логическій, носитъ у Гегеля діалектическій характеръ, т. е. выражается въ противоположеніи и послѣдовательной смѣнѣ противорѣчивыхъ началъ (тезиса и антитезиса), примиряемыхъ въ конечномъ единствѣ (синтезисѣ). Діалектическій законъ полагается Гегелемъ и въ основу развитія всемірной исторіи. Выдвигаемая и примиряемая послѣдней противорѣчія представляютъ собою не отвлеченныя сужденія и мысли, но облеченныя плотью и кровью интересы и страсти людей, которые преодолѣваются борьбой и примиряются путемъ продолжительной дисциплины. Такимъ образомъ всемірная исторія отнюдь не является безмятежнымъ и безтруднымъ развитіемъ органической жизни, но, напротивъ того, движется путемъ борьбы и суровой работы людей надъ собою.

Конкретной средой, въ которой осуществляется планъ всемірной исторіи, признавалось у Гегеля государство и создаваемое послѣднимъ право. Вслѣдствіе этого исторіософическіе взгляды Гегеля имѣли непосредственное значеніе для исторіи права. Философія исторіи Гегеля восподнила и исправила ученіе исторической школы въ двухъ пунктахъ: 1) она вывела развитіе права изъ узкихъ рамокъ націонализма на широкое поприще всемірной исторіи, и 2) она замѣнила гипотезу мирнаго развитія права путемъ въ тиши дѣйствующихъ силъ ученіемъ о развитіи права путемъ противоположенія и примиренія противорѣчивыхъ борющихся интересовъ. Оба приведенныхъ положенія Гегеля соответствовали эмпирическимъ даннымъ въ большей степени, чѣмъ соответственныя положенія исторической школы, и потому явились шагомъ впередъ въ научномъ развитіи исторіи права. Слѣдуетъ однако замѣтить, что существенное значеніе въ этомъ отношеніи имѣло лишь второе изъ приведенныхъ положеній. Напротивъ того, первое изъ нихъ легко получало такое истолкованіе, при которомъ новаторское значеніе его почти совсѣмъ устранилось. Дѣло въ томъ, что на отдѣльныхъ ступеняхъ развитія мірового духа выдвигался Гегелемъ народный духъ. Это приводило къ поискамъ для каждой эпохи всемірной исторіи одного передового народа, который легко превращался въ господствующій народъ (Herrschervolk). Такого рода поиски не только не устранили предвзятаго и узкаго націонализма, но даже питали его и укрѣпляли.

Исправляя историческую школу въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ пунктахъ, гегельянство поддерживало ее въ исходномъ ея поло-

женіи, — въ вопросѣ о спиритуалистическомъ характерѣ эволюціи права. Измѣненіе воззрѣній по этому основному вопросу послѣдовало только во второй половинѣ XIX столѣтія.

Существенно важнымъ событіемъ, отразившимся на теоретическомъ пониманіи права и его исторіи, была революція 1848 года. Она наглядно показала, что юридическое опредѣленіе положенія личности не соотвѣтствуетъ дѣйствительному ея положенію въ государственной жизни. Она вскрыла социальный вопросъ, какъ нѣчто таившееся за видимостью юридическихъ и политическихъ формъ и затѣмъ неожиданно прорвавшееся наружу. Эта неожиданность поразила юристовъ и политиковъ. Удивленіе дало толчокъ научной мысли, которая сочла своею обязанностью объяснить новый непонятный фактъ. Предпринятая въ этомъ направленіи научная работа создала капитальные социологическіе труды Огюста Конта (см. выше стрн. 37—42), Лоренца Штейна и Карла Маркса¹⁾. Общіе выводы этихъ трудовъ оказали существенное вліяніе на постановку задачи историческаго изученія права и потому мы должны познакомиться съ этими выводами.

Первымъ выводомъ явилось признаніе связанности и взаимной обусловленности всѣхъ сторонъ общественной жизни. Согласно этому выводу право не можетъ быть изучаемо ни изолированно, ни въ связи съ продуктами одной лишь духовной культуры, — языкомъ, правами, религіей. Оно подлежитъ изслѣдованію въ связи со всѣми сторонами общественной жизни, въ томъ числѣ, въ связи съ матеріальными, экономическими условіями.

Въ качествѣ второго вывода слѣдуетъ отмѣтить признаніе наличности связей между индивидами, возникающихъ независимо отъ юридической регламентации и воздѣйствія со стороны государственной власти. Это — общественныя въ тѣсномъ смыслѣ

1) Auguste Comte, Cours de philosophie positive, въ 6 томахъ, первое изданіе, 1830—1842 г. г. (соціальная физика, или социологія начинается съ IV тома); Lorenz von Stein, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, въ 3 томахъ, Leipzig, 1850 (общіе теоретическіе выводы предпосланы въ обширномъ введеніи, занимающемъ значительную часть перваго тома); Karl Marx, Zur Kritik der politischen Oekonomie, Berlin, 1859 (русск. перев. 1896 г.). — Социологическія воззрѣнія Конта предшествуютъ по времени 1848 году. Они представляютъ собою гениальное провидѣніе того противорѣчія, которое таилось въ индивидуалистической концепціи государства, и которое обнаружилось со всей наглядностью въ 1848 году. Вліяніе О. Конта на историческую науку сказалось во второй половинѣ XIX столѣтія.

связи, совокупностью которых создается общество, противоположаемое государству съ его правовымъ порядкомъ. Общественныя связи устанавливаются подъ дѣйствіемъ жизненныхъ интересовъ индивидовъ. Единство интересовъ объединяетъ индивидовъ въ особыя группы, или общественныя классы, которые противоположаются другъ другу и разнятся другъ отъ друга по различію групповыхъ интересовъ.

Третій выводъ заключается въ установленіи положенія, что простѣйшимъ элементомъ, на которомъ основываются общественныя связи, являются условія экономическаго быта. Тѣ или другія условія производства и распредѣленія хозяйственныхъ благъ служатъ основной причиной выработки единства интересовъ, соединяющихъ индивидовъ въ общественныя классы, и противоположности интересовъ, противопоставляющей одни классы другимъ и приводящей къ сложнымъ ихъ сочетаніямъ въ предѣлахъ различныхъ общественныхъ союзовъ, сплоченныхъ единствомъ политической власти.

Наконецъ, четвертый выводъ относится всецѣло къ области методологіи. Единственнымъ методомъ историческаго изслѣдованія было признано наблюденіе. Въ силу этого изъ объясненія историческихъ явленій исключено было все то, что не вытекало изъ наблюденія фактовъ, но основывалось исключительно на апріорныхъ предположеніяхъ. Подлежали, слѣдовательно, исключенію и такія метафизическія понятія, какъ народный духъ и духъ міровой. На мѣсто спиритуалистическаго пониманія историческаго развитія права становилось матеріалистическое его пониманіе въ условіяхъ общественной среды.

Проводникомъ всѣхъ этихъ новыхъ началъ въ область исторіи права явился Рудольфъ фонъ Іерингъ. Шагъ за шагомъ онъ разбивалъ ту романтическую идеологію, которая царилъ въ исторической школѣ юристовъ, и водворялъ реалистическое и соціологическое пониманіе историческаго процесса развитія права.

Разрушеніе метафизической идеологіи исторической школы начато было Іерингомъ съ вопроса объ исключительно національномъ характерѣ процесса образованія и развитія права. Возрѣнію исторической школы въ этомъ отношеніи сильно противорѣчилъ фактъ рецепціи римскаго права въ Германіи. Савиньи устранялъ это противорѣчіе путемъ слѣдующаго разсужденія: право развивается изъ народнаго духа, но не всѣмъ народамъ дано было спокойное органическое развитіе права; такое счастье

выпало на долю римлянъ, и право ихъ является чистымъ органическимъ продуктомъ народнаго духа; германскій народъ лишень былъ такой счастливой возможности и долженъ былъ заимствовать чужое право, но, такъ какъ онъ воспринялъ столь чистый продуктъ строго національнаго развитія, какимъ является римское право, то благодаря этому, онъ не лишился способности къ дальнѣйшему развитію своего собственнаго національнаго права. Конечно въ приведенномъ разсужденіи имѣется весьма сильная натяжка; тѣмъ не менѣе оно давало формальный выходъ изъ противорѣчія между теоріей націоналистическаго правообразованія и эмпирическими данными исторіи германскаго права; выходъ этотъ сохранялъ силу постольку, поскольку оставалось неизблемымъ положеніе объ исключительно національномъ характерѣ образованія римскаго права. Стоило однако доказать неправильность этого послѣдняго положенія, и все ученіе исторической школы о народномъ духѣ рушилось окончательно. Это именно и было сдѣлано Герингомъ въ его сочиненіи: „Духъ римскаго права“ (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1852—1865 г. г.). Въ немъ Герингъ наглядно показалъ, что высокія достоинства и величіе римскаго права вытекаютъ отнюдь не изъ его національной исключительности; напротивъ того, они создались, благодаря тому, что римское право воспринимало и впитывало въ себя элементы права другихъ народовъ, съ которыми приходилось римлянамъ вступать въ экономическій и гражданскій оборотъ. Римское *ius gentium* было тѣмъ каналомъ, по которому впадали въ общее русло римскаго права различные чужеродные притоки. Подъ духомъ права Герингъ понималъ не неизсякаемый источникъ отъ вѣка заложеннаго въ народѣ правосознанія, но совокупность направляющихъ силъ, обуславливающихъ единство и обособленіе правового организма. Видное мѣсто среди этихъ силъ онъ отводилъ общенію отдѣльныхъ народовъ и ихъ вліянію другъ на друга въ процессѣ правообразованія. Дальнѣйшія изысканія историковъ права подтвердили правильность воззрѣній Геринга и ниспровергли ученіе исторической школы о націоналистическомъ развитіи права.

Въ томъ же „Духѣ римскаго права“, слѣдя за послѣдовательными стадіями развитія послѣдняго, Герингъ обнаружилъ несостоятельность другого положенія исторической школы, — о непроизвольномъ, безсознательномъ ростѣ права. На цѣломъ рядѣ институтовъ римскаго права Герингъ показалъ, что развитіе права

движется не послѣдовательнымъ логическимъ раскрытіемъ само-довлѣющихъ юридическихъ понятій, но цѣлесообразной дѣятельностью людей, направленной на удовлетвореніе жизненныхъ потребностей, выдвигаемыхъ условіями экономическихъ и общественныхъ отношеній. Право не довлѣетъ себѣ, но служитъ средствомъ для упорядоченія общественныхъ отношеній и обезпеченія спокойнаго пользованія благами культуры.

Наконецъ, въ своей знаменитой брошюрѣ „Борьба за право“ (Der Kampf um's Recht, 1872) Иерингъ направилъ свою критику на то положеніе исторической школы, согласно которому развитіе права представляется не только произвольнымъ, но и тихимъ безмятежнымъ ростомъ, подъ влияніемъ въ тиши дѣйствующихъ силъ.

Въ основѣ ученія исторической школы о томъ, что право образуется и развивается безболѣзненно и безъ труда подобно полевому растенію или правиламъ грамматики, лежало представленіе о правѣ, какъ о нормѣ абстрактной самодовлѣющей справедливости, которая постепенно раскрываетъ свое содержаніе съ логической послѣдовательностью, независимой отъ реальной жизненной обстановки. Послѣ того какъ анализъ внутренняго содержанія права показалъ, что право не довлѣетъ себѣ, но имѣетъ цѣлью обезпечивать пользованіе благами, или интересы индивидовъ и общественныхъ группъ, стало неизбѣжнымъ сопоставленіе развитія права съ движеніемъ интересовъ индивидовъ и общественныхъ группъ. Въ самомъ дѣлѣ было бы наивно предполагать, что положеніе древняго римскаго права о правѣ кредитора продать въ рабство несостоятельнаго должника или же право собственника на виндикаціонный искъ образовалось такъ же, какъ правило грамматики о томъ, что предлогъ „съ“ управляетъ творительнымъ падежомъ. Несомнѣнно, что въ основу обоихъ положеній легли реальные общественные интересы, требовавшіе обезпеченія собственности и получившіе удовлетвореніе чрезъ возобладаніе имущихъ надъ немущими.

Когда возникаетъ вопросъ объ измѣненіи какого-либо положенія дѣйствующаго права, въ обществѣ образуются по крайней мѣрѣ двѣ партіи: одна изъ нихъ стоитъ за сохраненіе существующаго права, другая — за его измѣненіе и за новую юридическую регламентацію. Къ первой партіи принадлежатъ всѣ тѣ, интересы которыхъ достаточно обезпечены существующимъ правопорядкомъ, ко второй — всѣ тѣ, интересы которыхъ недостаточно

обезпечены или даже совершенно не учитываются въ дѣйствующемъ правѣ, что и заставляетъ ихъ добиваться созданія новаго правоположенія, соответствующаго ихъ интересамъ. При неизбѣжной наличности двухъ партій неизбѣжна и борьба. Изъ этой борьбы, изъ столкновенія противорѣчивыхъ интересовъ рождается новое право. Оно большею частью не даетъ полнаго и прямого удовлетворенія ни одному изъ борющихся интересовъ, но подобно тому, какъ это наблюдается въ параллелограммѣ силъ, идетъ по діагонали, по средней линіи компромисса, — соглашенія и примиренія противоборствующихъ интересовъ.

Такъ совершается процессъ обновленія права на нашихъ глазахъ; такимъ же представляется онъ на всемъ протяженіи историческаго времени, доступнаго документальному изслѣдованію. Единственнымъ убѣжищемъ для романтической теоріи „въ тиши дѣйствующихъ силъ“ и безболѣзненнаго роста остается до-историческое время, недоступное документальному изслѣдованію, время зарожденія и первоначальнаго образованія права. Врядъ ли однако можно признать это убѣжище надежнымъ. Самая мысль о рѣзкомъ противоположеніи первоначальнаго времени временамъ историческимъ отдаетъ миеологической вѣрой въ „золотой вѣкъ“ сѣдой старины и потому не заслуживаетъ признанія. О неизвѣстномъ слѣдуетъ судить по аналогіи съ извѣстнымъ, а не наоборотъ. Аналогія видимаго историческаго развитія права и преимущество большей психологической вѣроятности даютъ Іерингу достаточное основаніе предположить, что рожденіе права, какъ и рожденіе человѣка, въ видѣ общаго правила сопровождалось сильными родовыми потугами и муками.

Теорія развитія права путемъ борьбы интересовъ различныхъ общественныхъ классовъ поставила историческое изученіе права на прочную и плодотворную соціологическую почву. Въ одномъ изъ сочиненій Іеринга, изданномъ уже послѣ его смерти (*Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, 1894), юристы призываются къ тому, чтобы объяснять развитіе права не изъ одного лишь внутренняго его содержанія, но съ точки зрѣнія того вліянія, которое на него оказываетъ внѣшній міръ. Внѣшнимъ для права міромъ является та соціальная среда, въ которой и подъ дѣйствіемъ которой слагаются юридическія нормы. Соціологическое пониманіе и изученіе развитія права остается лозунгомъ исторической юриспруденціи и для нашихъ дней.

§ 30. Сравнительно-историческій методъ и сравнительное правовѣдѣніе.

М. М. Ковалевскій, Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи, 1880 г.; Sir F. Pollock, The history of Comparative Jurisprudence, 1903 (Journal of the Society of Comparative Legislation); E. Lambert, La fonction du droit civil comparé, 1903; R. Saleilles, La fonction juridique du droit comparé, 1909 (Rechtswissenschaftliche Beiträge, Festgabe für J. Kohler); Congrès international de droit comparé. Procès verbaux des séances et documents, 2 vols., 1905; О. В. Тарановскій, Сравнительное правовѣдѣніе въ концѣ XIX вѣка, Варшава, 1902 г.; В. А. Краснокутскій, Сравнительный методъ въ частномъ правѣ, Критическое Обзорѣніе, 1909 г., вып. VII; Н. Хауем, L'étude du droit comparé, 1909; Giorgio del Vecchio, Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtsgeschichte, Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, VII Bd., 1913—1914.

Основнымъ приѣмомъ позитивнаго метода, на которомъ зиждется историческое изученіе права въ современной наукѣ, является наблюденіе. Для причиннаго объясненія и установленія законмѣрности развитія права въ человѣческомъ обществѣ недостаточно наблюдать историческій процессъ одного какого либо національнаго права, такъ какъ при этомъ трудно и даже не возможно отдѣлать дѣйствительныя причины явленій отъ несущественной для нихъ внѣшней обстановки. Необходимо наблюдать всѣ доступныя нашему изученію системы права, сравнивать ихъ между собою, выдѣлять однообразный ходъ ихъ историческаго развитія и такимъ образомъ улавливать извѣстную законмѣрность въ эволюціи права. Позитивный историческій методъ изученія права становится поневоле методомъ сравнительно-историческимъ.

Сравнительный приѣмъ изученія издавна извѣстенъ юриспруденціи, которая пользовалась имъ для разнообразныхъ цѣлей.

Къ сравненію прибѣгали древніе законодатели, когда, прежде чѣмъ дать законы своей странѣ, путешествовали, изучали обычаи и законы чужихъ странъ, сравнивали ихъ и выбирали достойные образцы для собственнаго правотворенія. Такова легендарная исторія возникновенія законодательства XII таблицъ и Солона, подтверждаемая по существу сравнительнымъ изученіемъ этихъ законовъ съ источниками, откуда они черпали отдѣльныя свои постановленія. Такова же документально намъ уже извѣстная исторія составленія позднѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ, напримѣръ, Уложенія царя Алексѣя Михайловича (1649 г.),

составители котораго несомнѣнно путемъ сравненія выбирали пригодныя для русской жизни юридическія нормы и изъ Кормчей Книги, и изъ Литовскаго Статута. Нечего ужъ говорить о новѣйшихъ кодификаціонныхъ работахъ: предварительное собраніе обильнаго сравнительнаго матеріала и пользованіе имъ является для нихъ общимъ правиломъ.

Пользовались сравнительнымъ приѣмомъ и въ судебной практикѣ. Въ этомъ отношеніи особенно замѣчательна дѣятельность римскихъ *praetores peregrini*. Призванные разбирать тяжбы между римскими гражданами и иностранцами, юридическія отношенія которыхъ не подлежали дѣйствию „гражданскаго права“ (*iuris civilis*), преторы эти вынуждены были не только судить, но и творить право и создали особую систему общенароднаго права (см. выше стрн. 201). Нормы послѣдняго формально выводились вѣзъ естественнаго разума, т. е. изъ нѣкоторыхъ основныхъ юридическихъ принциповъ, устанавливавшихся не примѣнительно къ условіямъ прежней замкнутой жизни гражданской общины древняго Рима, а въ расчетъ на болѣе широкой правовой оборотъ. Эти болѣе широкіе общіе юридическіе принципы добывались однако не однимъ лишь отвлеченнымъ разсужденіемъ, а, какъ показываютъ новѣйшія историческія изслѣдованія *iuris gentium*, и эмпирически, — путемъ сопоставленія римскаго гражданскаго права съ положительнымъ правомъ иностранцевъ и сравнительнаго такимъ образомъ построения новыхъ нормъ, доступныхъ правосознанію обѣихъ сторонъ и обогащавшихъ положительное право каждой изъ нихъ.

Классическая древность дала намъ образцы пользованія сравнительнымъ приѣмомъ не только для практическихъ цѣлей юриспруденціи, но и для теоретическаго изученія явленій правовой и государственной жизни. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи замѣчательнѣйшій починъ сдѣланъ былъ родоначальникомъ систематическаго научнаго знанія европейской культуры, — греческимъ философомъ Аристотелемъ. Онъ долго и тщательно изучалъ устройство различныхъ эллинскихъ государствъ (т. н. *политеіαι*, политіи, т. е. конституціи, выражаясь современнымъ языкомъ) и даже законы варваровъ (т. е. народовъ, не принадлежавшихъ къ эллинской культурѣ), и только на основаніи этихъ данныхъ создалъ свое ученіе о государствѣ, или политикѣ (*политикѣ*). Въ Политикѣ Аристотеля установлены такимъ образомъ типическія черты эллинской государственности, добытыя путемъ сравнитель-

наго изученія правовыхъ нормъ и практики различныхъ городовъ — государствъ Греціи.

Въ средневѣковой юриспруденціи можемъ отмѣтить примѣненіе сравненія въ видахъ установленія незыблемыхъ положеній естественнаго права. Начала послѣдняго представлялись средневѣковью данными, съ одной стороны, въ римскомъ правѣ, которое почиталось за „писанный разумъ“ (*ratio scripta*), внѣшне упорядочившій міръ и подготовившій его такимъ образомъ къ распространенію христіанства, съ другой стороны, — въ Священномъ Писаніи, специально въ Моисеевомъ законодательствѣ, которое содержало въ себѣ богооткровенную систему права, приноровленнаго къ природѣ людей, извращенной грѣхопаденіемъ. Оба авторитетныхъ источника все же расходились въ своихъ постановленіяхъ. Расхожденіе могло быть отнесено насчетъ различія тѣхъ временныхъ, преходящихъ условій внѣшней жизни римскаго и еврейскаго народовъ, въ которыхъ дѣйствовали системы ихъ права. Непреходящимъ, вѣчнымъ и потому неизмѣнно справедливымъ должно было зато признаваться все то, въ чемъ принципиально сходилось и римское право, и Моисеево законодательство. Средневѣковые юристы и сопоставляли первое со вторымъ и путемъ такого сравненія устанавливали незыблемыя положенія естественнаго права. Плодомъ этой ихъ дѣятельности явился особый памятникъ средневѣковой юриспруденціи, — *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, — изданный затѣмъ въ печати французскимъ юристомъ XVI вѣка Питу (Pithou).

Въ первое же столѣтіе т. н. новаго времени (въ XVI в.) знаменитый французскій государствовѣдъ Боденъ (*Jean Bodin*) воскресилъ Аристотелевскую традицію относительно пользованія сравнительнымъ приѣмомъ для цѣлей эмпирическаго изученія явленій правовой и государственной жизни. Въ своихъ „Шести книгахъ о государствѣ“ (*Les six livres de la république*, 1576 г.) Боденъ на основаніи обильнаго сравнительнаго матеріала создалъ типологическое ученіе о новомъ европейскомъ государствѣ.

Съ XVII вѣка научное развитіе юриспруденціи потекло, какъ намъ уже извѣстно, по руслу рационализма и вылилось въ школу естественнаго права. Дедуктивно-демонстративный методъ послѣдней (см. выше стрн. 207) принципиально отрицалъ наблюденіе и, слѣдовательно, и сравненіе. На самомъ дѣлѣ однако естественнопрововыя построенія не обходились безъ эмпирическаго матеріала и, привлекая послѣдній, прибѣгали и къ приѣму срав-

ненія. Добыть конкретное содержаніе правоположеній изъ одного лишь абстрактнаго разсужденія оказывалось невозможнымъ. Приходилось извлекать его изъ данныхъ положительнаго права, поскольку онѣ удовлетворяли критерію естественной справедливости. Самый критерій въ видѣ общаго правила устанавливался разумомъ а priori. Но и по этому основному вопросу о критеріи справедливости дѣлалось отступленіе въ сторону эмпириі. Часть представителей школы естественнаго права видѣли критерій справедливости въ эмпирическомъ фактѣ однообразнаго соблюденія того или другаго правоположенія всѣми народами. Въ этомъ отношеніи эмпирическое направленіе школы естественнаго права опиралось, повидимому, съ одной стороны, на указаніе Гая о томъ, что установленное естественнымъ разумомъ соблюдается одинаково у всѣхъ народовъ (см. выше стрн. 202), съ другой стороны, на ученіе западной церкви, согласно которому повсемѣстное и всегдашнее признаніе всѣми почитается за признакъ подлинной каеоличности, слѣдовательно, истинности (*Quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est: hoc est vere proprieque catholicum*). Разъ критерій справедливости полагали въ однообразномъ соблюденіи извѣстныхъ правоположеній всѣми или, по крайней мѣрѣ, многими народами, для установленія содержанія естественноправовыхъ нормъ требовалось сравнительное изученіе права различныхъ народовъ, такъ какъ только путемъ сравненія можно было изъ многообразнаго содержанія отдѣльныхъ системъ положительнаго права извлекать нормы, однообразно соблюдаемыя повсюду и, слѣдовательно, естественноправовыя. Дѣйствительно, подобное пользованіе сравнительнымъ приѣмомъ мы замѣчаемъ у цѣлаго ряда представителей эмпирическаго направленія школы естественнаго права. Интересно отмѣтить, что аналогичный случай встрѣчается и въ русской юридической литературѣ XVII вѣка. До насъ дошло рукописное сочиненіе неизвѣстнаго украинскаго автора, въ которомъ сравниваются статьи Уложенія царя Алексѣя Михайловича съ артикулами Литовскаго Статута, устанавливается совпаденіе многихъ постановленій того и другаго кодекса, и въ этомъ совпаденіи усматривается доказательство естественной справедливости содержащихся въ нихъ правоположеній.

Въ эпоху господства въ научной юриспруденціи школы естественнаго права въ XVII вѣкѣ только одинъ Лейбницъ признавалъ необходимость самостоятельнаго историческаго изученія права

и намѣчалъ въ этомъ направленіи широкую научную программу, которая, какъ мы говорили объ этомъ выше (стрн. 298), осталась непонятой его современниками. Въ программѣ этой отводилось соотвѣтственное мѣсто и сравнительному приему изученія. Лейбницъ считалъ желательнымъ, чтобы было изучено право всѣхъ извѣстныхъ историческихъ народовъ, въ томъ числѣ и славянъ, и сопоставлено въ одномъ обзорѣни, или „зрѣлищѣ законовъ“ (theatrum legale). Путемъ такого сравнительнаго обзорѣни онъ надѣялся выяснитъ процессъ всемірнаго развитія права.

Сравнительнымъ приемомъ пользовался и другой знаменитый предтеча самостоятельнаго историческаго изученія права — Монтескье въ своемъ извѣстномъ уже намъ сочиненіи: „О духѣ законовъ“ (1748 г.). Онъ устанавливалъ необходимыя отношенія между положительнымъ правомъ и внѣшними условіями его порождающими на основаніи сопоставленія и сравненія положительнаго правового матеріала различныхъ временъ и народовъ.

Историческая школа признавала право произведеніемъ исключительно народнаго духа и такимъ образомъ не испытывала потребности въ сравнительномъ изученіи системъ положительнаго права разныхъ народовъ. Но и историческая школа не обошлась безъ сравнительнаго приема, только онъ служилъ у нея особому назначенію. Національное право, которое историческая школа дѣлала предметомъ своего изученія, не является чѣмъ то изначала даннымъ и въ своемъ единствѣ представляетъ собою плодъ долгаго историческаго развитія. Въ ранніе періоды имѣются лишь дробныя партикулярныя системы права, изъ которыхъ затѣмъ слагается единая система права національнаго. Локализуя единое національное право въ отдаленнѣйшемъ прошломъ, историческая школа создавала это національное право искусственно, отвлекая общіе признаки у партикулярныхъ обычаевъ и законовъ и соединяя ихъ въ одну систему. Такое отвлечение и объединеніе достигалось путемъ сопоставленія и сравненія партикуляристическихъ системъ права. Національное право древности является ничѣмъ инымъ, какъ сравнительной конструкціей, построенной историкомъ изъ дробнаго партикуляристическаго матеріала. Конструированные такимъ образомъ институты національнаго права нигдѣ и никогда не дѣйствовали во всей ихъ полнотѣ, ибо вездѣ были свои мѣстныя особенности юридическаго быта. Тѣмъ не менѣе такія конструкціи являются вполне умѣстными съ научной точки зрѣнія, такъ какъ въ нихъ ярко выражены тѣ элементы дѣйстви-

тельной общности правового развитія, которые въ дальнѣйшемъ привели къ образованію единой системы національнаго права. Сравнительный приѣмъ построения національнаго права древности, выдвинутый историческою школою, вызывается свойствами самаго объекта изслѣдованія и потому является вообще неизбѣжнымъ при разработкѣ исторіи права того или другого отдѣльнаго народа.

Философія исторіи Гегеля поставила на очередь всемірную исторію права и такимъ образомъ потребовала изученія права различныхъ народовъ, слѣдовательно, и сравнительнаго изученія. Сравнительному приѣму ставилось однако у историковъ-гегельянцевъ особое заданіе. Согласно ученію Гегеля на каждой ступени всемірной исторіи только одинъ народъ воплощалъ въ себѣ свойственное данной стадіи развитія проявленіе объективной идеи. Сообразно этому задача сравнительнаго изученія права сводилась къ тому, чтобы установить этотъ передовой и культурно господствующій народъ. Содержаніе объективной идеи права и характеръ внѣшняго выраженія ея въ ту или другую эпоху намѣчались, въ сущности говоря, а priori. Поэтому сравнительное изученіе эмпирическаго правового матеріала предназначалось только для оправданія нѣкоторой заранѣе данной, апіорной схемы развитія.

Строго научная постановка дана была сравнительному изученію права только позитивной методологіей. Въ этой новой постановкѣ сравненіе является ничѣмъ инымъ, какъ особой, крайне полезной и цѣлесообразной разновидностью основнаго приѣма позитивнаго метода, — наблюденія. Для выясненія причинной связи между явленіями недостаточно наблюдать явленія въ тѣхъ условіяхъ, въ которыхъ они объективно даны, такъ какъ многочисленность предшествующихъ и сопровождающихъ условій затрудняетъ опредѣленіе дѣйствительной причины даннаго явленія. Въ виду этого цѣлесообразно наблюдать изучаемыя явленія въ обстановкѣ условій, произвольно измѣняемыхъ изслѣдователемъ. Такое наблюденіе есть ничто иное, какъ экспериментальный опытъ, извѣстный всѣмъ намъ изъ физики. Общественныхъ явленій мы не въ состояніи уловить ни въ какую колбу или реторту и не въ состояніи подвергнуть ихъ экспериментальному изслѣдованію. Невозможность произвольнаго измѣненія условій наблюденія общественныхъ явленій возмѣщается тѣмъ, что одни и тѣ же явленія происходятъ въ цѣломъ рядѣ человѣческихъ обществъ при разнообразныхъ условіяхъ. Стоитъ сравнить одно и то же явленіе въ конкретномъ

разнообразіи условій, объективно данномъ въ различныхъ чело-вѣческихъ обществахъ, и можно въ разнообразіи условій выдѣ-лить дѣйствительную причину явленія съ такимъ же успѣхомъ, какъ это дѣлается при произвольномъ измѣненіи условій изслѣ-дователемъ. Такимъ образомъ сравненіе замѣняетъ собою невоз-можный и потому недостающий въ общественныхъ наукахъ экспе-риментальный опытъ.

Для того, чтобы сравненіе было плодотворнымъ, т. е. для того, чтобы оно на самомъ дѣлѣ вело къ установленію однообра-зія явленій, обнаруженію ихъ дѣйствительныхъ причинъ и вы-явленію закономерности ихъ развитія, необходимо сравнивать явленія подобныя. Подобными же могутъ быть только обществен-ныя явленія, стояція на одной и той же ступени развитія. Было бы совершенно безцѣльно сравнивать управление первобытной орды кочевниковъ съ государственнымъ строемъ Англии. Напро-тивъ того, сравнительное изученіе конституціонныхъ учреждений въ различныхъ странахъ даетъ положительные и цѣнные резуль-таты. Поэтому сравненіе должно итти рука объ руку съ исто-ріей, и сравнительный методъ изученія права долженъ быть методомъ сравнительно-историческимъ. Наличие историческаго момента въ указанномъ смыслѣ отличаетъ сравнительный приѣмъ позитивной методологіи отъ того сравнительнаго изученія, кото-рымъ пользовались Аристотель, Боденъ и Монтескье. Имъ чуждо было надлежащее представленіе объ эволюціи. Они сравнивали по-этому учрежденія и законы различныхъ стадій развитія, въ сущности несоизмѣримыхъ. Если, не смотря на это, они достигали обобщеній высокой цѣнности, то такіе результаты несовершеннаго метода получались, благодаря особой проникновенности ихъ сильныхъ умовъ, а также благодаря тому, что они подсознательно сосредото-чивались на явленіяхъ болѣе или менѣе однородныхъ стадій развитія и въ скрытомъ видѣ слѣдовали объективному началу эволюціи формъ челоуѣческаго общежитія.

Сравнительно-историческое изученіе явленій правовой и госу-дарственной жизни ведетъ къ созданію особой научной дисци-плины, — сравнительнаго правовѣдѣнія (*vergleichende Rechts- wissenschaft, droit comparé*). Сравнительное правовѣдѣніе уста-навливаетъ однообразіе въ развитіи права и государства у раз-личныхъ народовъ и въ различныхъ обществахъ. Такимъ путемъ оно служитъ выясненію закономерности развитія явленій право-вой и государственной жизни. Сравнительное правовѣдѣніе явля-

ется такимъ образомъ частью социологін, какъ единой, синтетизирующей науки объ обществѣ. Въ составъ послѣдней сравнительное правовѣдѣніе входитъ наряду съ другими аналогичными дисциплинами, каковы: сравнительное изученіе хозяйственнаго быта, сравнительная исторія религій и сравнительное языковѣніе. Послѣднее достигло наибольшей научной точности и во многомъ служило образцомъ для разработки сравнительнаго правовѣдѣнія.

Сравнительный методъ примѣняется не только для цѣлей сравнительнаго правовѣдѣнія, но и при изученіи исторіи права того или другого отдѣльнаго народа. Въ послѣднемъ случаѣ сравнительно-историческій методъ служитъ установленію однообразныхъ стадій развитія, обнаруженію дѣйствительныхъ причинъ измѣненія явленій, а также выясненію отличительныхъ ихъ особенностей, порождаемыхъ своеобразіемъ условій той или другой конкретной общественной среды.

Сравнительное правовѣдѣніе выдвинулось и сложилось на почвѣ позитивнаго историческаго изученія права и находится съ нимъ во внутренней неразрывной связи. Наряду съ этимъ однако сравнительное правовѣдѣніе выступаетъ и какъ особый видъ догматической юриспруденціи. Въ области юридической догматики сравнительное правовѣдѣніе играетъ двоякую роль, — вспомогательнаго средства и самостоятельной дисциплины. При построеніи догматической системы того или другого національнаго права привлекается нерѣдко сравнительный матеріалъ другихъ законодательствъ съ цѣлью болѣе совершеннаго и болѣе точнаго выясненія данной національной системы права или же съ цѣлью нагляднаго обнаруженія въ ней пробѣловъ и недостатковъ. На основаніи сравнительнаго изученія положительнаго права нѣсколькихъ государствъ даются сравнительныя догматическія конструкціи отдѣльныхъ институтовъ или цѣлой юридической системы. Такія сравнительно-догматическія построенія дѣлаются какъ съ теоретическою, такъ и съ практической цѣлью. Въ теоретическомъ отношеніи такія конструкціи служатъ выясненію типическихъ чертъ правового уклада, свойственныхъ той или другой группѣ изученныхъ системъ права. Въ практическомъ отношеніи такія конструкціи могутъ содѣйствовать извѣстному уравниенію и унификаціи національнымъ системъ права въ соотвѣтствіи съ требованіями все возрастающаго международнаго оборота мирнаго времени.

И въ качествѣ догматической дисциплины, сравнительное правовѣдѣніе опирается на позитивное историческое пониманіе

права. Сравнительно-догматическія конструкціи имѣютъ смыслъ только примѣнительно къ матеріалу положительнаго права одной и той же основной стадіи развитія. Сравнительное догматическое конструированіе правового матеріала исторически разнороднаго и потому несоизмѣримаго оказалось бы безплоднымъ какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніи.

§ 31. Исторія, догма и политика права.

Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. IV, глава XIII; *Θ. В. Тарановскій*, Историческое и методологическое взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права, Журн. Мин. Юст., 1907 г., № 3; *С. А. Муромцевъ*, Что такое догма права?, 1885 г.; *С. В. Пахманъ*, О современномъ движеніи въ наукѣ права, 1882 г.; *A. Menger*, Ueber die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1895 (имѣются три русскихъ перевода); *Les méthodes juridiques, leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910 par M. M. Larnaude, Berthélémy, Tissier, Truchy, Thaller, Pilet, Garçon, Gény, préface de Paul Deschanel*, Paris, 1911; *Neukamp*, Die Entwicklungsgeschichte des Rechts, I Bd.: Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, 1895; *G. C. Lee*, Historical Jurisprudence, An Introduction to the Systematic Study of the Development of Law, 1900; *Pierre de Tourtoulon*, Les principes philosophiques de l'histoire du droit, tome I, 1908; *Otto Fischer*, Ziel und Methode des rechtsgeschichtlichen Unterrichts, 1908; *A. Eleutheropoulos*, Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik, 1908; *Walter Anderssen*, Der Wert der Rechtsgeschichte und ihre Grenzen, 1911; *Carl Koehne*, Ueber einen Versuch gegen die herrschende Wertung rechtshistorischer Forschungen, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI Band, 1912—1913; *Roscoe Pound*, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 1912 (Harvard Law Review vol. XXIV—XXV); *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, XX—XXI; *A. Bonucci*, Die Kritik des positiven Rechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VII Band, 1913—1914; *Л. И. Петражицкій*, Введеніе въ науку политики права, Киевск. Унив. Извѣстія, 1896 г. №№ 8 и 10, 1897 г. № 9; *М. П. Чубинскій*, Курсъ уголовной политики, 2-ое изд., 1912 г.; *van Calker*, Rechtspolitik, въ Handbuch der Politik, изд. подъ ред. Лабанда, Ваха, Вагнера, Лампрехта и Листа, томъ I, 1912 г.; *Б. А. Киятковскій*, Соціальныя науки и право, 1916 г., очерки XV и XVI.

Въ самомъ началѣ курса мы указывали, что право изучается и разрабатывается съ трехъ точекъ зрѣнія, — исторической, догматической, политической, — и что сообразно этому научная юриспруденція распадается на три основныя отрасли, — исторію

права, юридическую догматику (догматическую юриспруденцію) и политику права. Въ настоящее время умѣстно будетъ остановиться нѣсколько подробнѣе на характеристикѣ взаимоотношенія между этими тремя отраслями научнаго правовѣдѣнія.

Въ центрѣ научнаго правовѣдѣнія стоитъ догматическая юриспруденція; задача ея является основной цѣлью научной разработки права; ея экзегетическіе (экзегеза = толкованіе) и конструктивные приемы образуютъ профессиональное искусство юристовъ и составляютъ отличительный признакъ того, что можно назвать юридическимъ мышленіемъ. Какъ право предназначено регламентировать поступки людей, такъ и юриспруденція призвана служить цѣлямъ примѣненія права въ жизни, чему, какъ, знаемъ, и служить догматическая юриспруденція.

Какъ право не довлѣетъ себѣ, но составляетъ лишь одну сторону цѣлокупной общественной жизни, исполняя функцію нормирования социальныхъ отношеній ради социальныхъ цѣлей, такъ и догматическая юриспруденція не можетъ пребывать замкнутой въ себѣ и должна входить въ соприкосновеніе съ другими отраслями научнаго правовѣдѣнія и обществовѣдѣнія. Юридическая догматика не можетъ довольствоваться однимъ лишь формально-логическимъ толкованіемъ положительнаго права и должна осмысливать его изученіемъ тѣхъ общественныхъ отношеній, которыми порождаются правовыя нормы, и тѣхъ общественныхъ цѣлей, достиженію которыхъ онѣ служатъ. Догматическая юриспруденція не можетъ быть юриспруденціей понятій (Begriffsjurisprudenz) и должна быть социальной юриспруденціей. На этомъ послѣднемъ пути она встрѣчается съ другими научными дисциплинами, которыя пріобрѣтаютъ для нея значеніе дисциплинъ вспомогательныхъ. Здѣсь прежде всего должна быть отмѣчена исторія права, которую широко пользуется догматика при т. н. историческомъ толкованіи, безъ какового невозможно пониманіе внутренняго смысла нормъ дѣйствующаго права. Соціальное содержаніе и значеніе послѣдняго уясняется въ первую голову исторіей права. То, что даетъ для этой цѣли исторія права, оказывается однако недостаточнымъ, и должно восполняться изученіемъ современнаго состоянія общества. Догматикѣ приходится обращаться и къ политической экономіи, и къ государствовѣдѣнію, и къ всевозможнымъ специальнымъ изслѣдованіямъ различныхъ сторонъ матеріальной и духовной жизни общества.

Въ дѣйствующемъ правѣ неизбежно попадаются пробѣлы.

Догматической юриспруденціи приходится восполнять ихъ и переходить отъ примѣненія права къ самостоятельному до извѣстной степени правотворенію. Здѣсь догматика соприкасается съ политикою права, принимая на себя частично функціи послѣдней. Все же отъ политики права догматическая юриспруденція рѣзко отличается господствующимъ въ ней началомъ легальности, или законности, т. е. началомъ связанности всѣхъ догматическихъ построеній общими юридическими принципами, лежащими въ основѣ дѣйствующаго права. Эта связанность остается въ силѣ и даетъ себя чувствовать и въ тѣхъ случаяхъ, когда при наличности пробѣловъ въ положительномъ правѣ догматическая юриспруденція вступаетъ на путь частичнаго правотворенія.

Исторія права, съ одной стороны, служитъ цѣлямъ историческаго толкованія дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, съ другой стороны, преслѣдуетъ самостоятельную и болѣе широкую, теоретическую задачу причиннаго познанія развитія права. Исполняя первую свою функцію, исторія права составляетъ часть юриспруденціи; въ преслѣдованіи второй задачи исторія права выходитъ за предѣлы послѣдней и вступаетъ въ болѣе широкую область общественвѣднія. Слѣдуя общимъ правиламъ позитивной соціологической методологіи, исторія права въ то же время пользуется и приемами юридической техники. Результаты своихъ изысканій она выражаетъ, такъ сказать, юридическимъ языкомъ и по отдѣльнымъ періодамъ строить для прошлыхъ временъ юридическія конструкции на подобіе того, какъ это дѣлаетъ догматическая юриспруденція по отношенію къ дѣйствующему праву. Наличие юридически-конструктивнаго элемента составляетъ специфическую особенность исторіи права и выдѣляетъ ее изъ общей исторіи.

Политика права отправляется отъ критики дѣйствующаго права, не связана принципомъ законности и занимается проблемой дальнѣйшаго правотворенія. Вѣднію ея подлежатъ, какъ принято говорить, вопросы не *de lege lata* (о законѣ изданномъ, т. е. дѣйствующемъ), а *de lege ferenda* (о законѣ, который долженъ быть изданъ, долженъ дѣйствовать).

Политика права представляетъ собою ничто иное, какъ внесеніе сознательнаго человѣческаго творчества въ стихійный законмѣрный процессъ развитія права. Такое сознательное творчество должно опираться прежде всего на знаніе процесса законмѣрнаго развитія права, которое дается исторіей. Отсюда понятна та связь, которая существуетъ между политикою права

и исторіей права. Исторія права устанавливаетъ тенденцію развитія, даетъ прогнозъ (предвѣдѣніе) и предвѣдѣніе дальнѣйшей эволюціи, при свѣтѣ котораго только и возможно сознательное правотвореніе. Данныя, предоставляемыя политикѣ права исторіей, объясняютъ происхожденіе запросовъ, побуждающихъ къ отмѣнѣ существующаго и творенію новаго права, знакомятъ съ тѣмъ соціальнымъ матеріаломъ, который имѣется въ распоряженіи для правотворенія и вообще даютъ указанія относительно необходимости приноровленія правового творчества къ измѣнчивости и относительности всего проявляющагося въ неустанномъ процессѣ эволюціи. Сверхъ всего этого политика права нуждается еще въ телеологической оцѣнкѣ запросовъ новаго права. Критерія для этой оцѣнки не въ состояніи дать ни исторія, ни догматика, и критерій этотъ черпается изъ идеи естественнаго права (см. выше стрн. 216—217, 217—218).

Политика права облекаетъ свои построенія въ техническія юридическія формулы, которыя заимствуетъ у догматической юриспруденціи. Наличие юридически-конструктивнаго элемента выдѣляетъ политику права изъ общей соціальной политики.

Историческая, догматическая и политическая точки зрѣнія могутъ проводиться обособленно, образуя самостоятельные трактаты по исторіи права, догматической юриспруденціи и политикѣ права, или же соединяться въ одномъ сочиненіи, въ которомъ тотъ или другой вопросъ изслѣдуется исторически, разрабатывается догматически и обсуждается *de lege ferenda*. Научныя требованія сводятся въ послѣднемъ случаѣ къ тому, чтобы указанные точки зрѣнія не смѣшивались, чтобы догмѣ не навязывались политическія цѣли, и исторія права не подгонялась бы искусственно подъ догму или же не искажалась подъ давленіемъ политики. Методически неправильнымъ было бы и сведеніе политики права къ мечтаніямъ о возвратѣ прошлаго, въ чемъ видятъ смыслъ историзма въ эпохи общественной и политической реакціи.

Исторія, догма и политика права составляютъ три равноцѣнныя отрасли юриспруденціи, и всѣ онѣ заслуживаютъ научнаго вниманія. Замѣчается однако, что по обстоятельствамъ времени и состоянію общества то та, то другая отрасль привлекаетъ къ себѣ преимущественное вниманіе ученыхъ юристовъ. Въ переходныя, критическія эпохи общественной жизни, когда не довольны существующимъ и ищутъ новаго правового уклада, преобладаетъ научный интересъ къ политикѣ и исторіи права. Послѣ разнаго

рода реформъ, удовлетворяющихъ общественные запросы на болѣе или менѣе продолжительное время, нпр. послѣ введенія конституціи или изданія новаго уголовного или гражданского уложенія, догматическая юриспруденція беретъ верхъ надъ исторіей права и политикой. Подобныя колебанія научныхъ интересовъ въ правовѣдѣніи вполнѣ объяснимы и понятны. Отнюдь не слѣдуетъ однако возводить фактъ въ норму и въ пылу увлеченія догматикой ограничивать ею всѣ задачи научнаго правовѣдѣнія и отвергать историческую и политическую точки зрѣнія, или же, предавшись историческому изученію права, отказывать въ научномъ значеніи догматической юриспруденціи. Подобная односторонность, нерѣдко встрѣчающаяся въ исторіи науки права, представляетъ собою научное заблужденіе и приводитъ къ недоразумѣніямъ, вреднымъ для развитія научной мысли.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Общее учение о государствѣ.

C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1896 г., 2-ое изд. 1909 г.; L. Gumplowicz, Allgemeines Staatsrecht, 2-ое изд. 1897 г., 3-ье изд. 1907 г.; русский переводъ: Л. Гумпловичъ, Общее учение о государствѣ, 1910 г.; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1899 г., 2-ое изд. сокращенное и популярное въ Sammlung Goeschen, 1907 г.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1-ое изд. 1900 г., 2-ое изд. 1905 г., 3-ье изд. (unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. W. Jellinek) 1914 г.; русск. перев.: Г. Еллинекъ, Общее учение о государствѣ, 2-ое изд. 1908 г.; Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Band I u. II (1. 2.), 1901—1903; Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911; A. Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6-me édition publiée par J. Barthélemy, 1914; русск. переводъ: А. Эсменъ, Общія основанія конституціоннаго права, изд. 2-ое, 1909 г.; Naurio, Principes du droit public, 1909; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2 vols., 1911; Sir F. Pollock, Introduction to the History of the Science of Politics, 1897; Ф. Поллокъ, Исторія политическихъ учений, русск. перев., 1898 г.; Graham, English Political Philosophy, 1899; S. Leacock, Elements of political science, 1906; Б. Н. Чичеринъ, Курсъ государственной науки, т. I и II, 1896 г.; М. А. Рейснеръ, Государство, части I и II—III, 1911—1912 г. г.; О. О. Кокошкинъ, Лекціи по общему государственному праву, изд. 2-ое, 1912 г.; Н. И. Лазаревскій, Русское государственное право, томъ I, изд. 3-ье, 1913 г., Введение: Общія понятія о государствѣ.

§ 32. Вступительныя замѣчанія.

Въ общемъ учении о правѣ мы неизмѣнно разсматривали послѣднее какъ явленіе общественной жизни. Отправную точку для установленія понятія права мы находили въ различіи содер-

жанія и формы общественной жизни. Отраженіе послѣдней замѣчалось и отмѣчалось нами повсюду, — въ строеніи, дѣленіи, примѣненіи и осуществленіи права. Ознакомленіе съ задачами и методами историческаго изученія права обнаружило предъ нами съ особенной наглядностью сущность и значеніе права, какъ продукта и фактора общественной жизни. Пройденное нами общее ученіе о правѣ во всѣхъ своихъ частяхъ опиралось на ученіе объ обществѣ. Поэтому логически понятнымъ и для полноты общаго ученія необходимымъ является переходъ отъ теоріи права къ ученію о социальной средѣ его развитія, т. е. о тѣхъ союзахъ общежитія людей, въ которыхъ право проявляется и дѣйствуетъ.

Въ человѣческомъ общежитіи можно различать тройкаго рода элементы: экономическій, психологическій и организационный, или политическій. Экономическій элементъ общежитія это — сотрудничество (кооперация) людей, направленное на добываніе и обезпеченіе матеріальныхъ средствъ существованія и развитія. Психологическій элементъ общежитія это — духовное взаимодействие сожительствующихъ и сотрудничающихъ другъ съ другомъ людей, которое выражается въ взаимномъ приспособленіи ихъ чувства, воли, перекрестномъ, такъ сказать, оплодотвореніи интеллекта, и проявляется въ установленіи прогрессирующаго сознанія чувства солидарности участниковъ общественной жизни. Организационный, или политическій элементъ общежитія это — неизмѣнно устанавливающийся въ общежитіи внѣшній строй подчиненія и властвованія. Всѣ три элемента неразрывно и нераздѣльно соединены въ общественной жизни, взаимно другъ друга обуславливая, опредѣляя и направляя. Раздѣленіе ихъ производится лишь познающимъ разумомъ съ методологическою цѣлью, — въ виду невозможности объять заразъ весь общественный процессъ и необходимости изслѣдовать отдѣльныя его стороны. Не всѣ три элемента общежитія людей изслѣдованы при современномъ состояніи науки въ одинаковой мѣрѣ. Менѣе всего изслѣдованъ элементъ психологическій. Несравненно болѣе глубоко и полно изслѣдованы элементы экономическій и политическій.

На основаніи изученія экономической и политической стороны общественной жизни и, слѣдовательно, примѣнительно къ различнымъ проявленіямъ сотрудничества, подчиненія и властвованія, проводится классификація извѣстныхъ наукъ общественныхъ союзовъ. Классификація эта охватываетъ рядъ послѣдовательныхъ ступеней социальной эволюціи, начиная съ т. н. пер-

вобытнѣй культуры, граничащей со стаднымъ существованіемъ животныхъ, и кончая сложными формами общежитія современной цивилизаціи. Само собою разумѣется, что было бы весьма желательно и полезно пройти всю эту эволюціонную лѣствицу видовъ человѣческаго общежитія и прослѣдить по всѣмъ ея ступенямъ, какое мѣсто занимаетъ и какое значеніе имѣетъ право во всѣхъ доступныхъ научно наблюденію союзахъ общежитія людей. Такая задача оказывается однако для насъ непосильною какъ вслѣдствіе недостаточности времени, которымъ располагаетъ годичный курсъ энциклопедіи права, такъ и по существу. Дѣло въ томъ, что социологія, откуда пришлось бы черпать отвѣтъ на столь обширный вопросъ, далеко еще не разработана въ такой степени, чтобы выводы ея изысканій можно было уложить въ болѣе или менѣе точную теоретическую схему, необходимую для учебника.

Въ виду сказаннаго мы ограничимся ученіемъ о ближайшемъ къ намъ видѣ человѣческаго общежитія, — о государствѣ, какъ той непосредственной социальной средѣ, въ которой въ теченіе многихъ столѣтій развивается право нашей европейской культуры. При этомъ мы сосредоточимъ наше вниманіе на европейскомъ государствѣ новаго времени и въ поискахъ его генезиса не будемъ восходить далѣе феодальнаго строя среднихъ вѣковъ, въ которомъ коренятся зародыши всѣхъ специфическихъ особенностей политическаго уклада новаго и новѣйшаго времени. Античное государство, греческое и римское, мы будемъ принимать въ соображеніе постольку, поскольку въ построеніи античной государственности и главнымъ образомъ въ ученіи о ней классическихъ философовъ и юристовъ сложились нѣкоторыя основныя политическія начала, общія у нихъ съ практикой и теоріей государственнаго строя новаго времени. Сверхъ того мы не должны забывать, что черезъ средніе вѣка прошла въ государственный обиходъ новаго времени нѣкоторая политическая традиція классическаго, преимущественно римскаго міра. Традиція эта проявлялась главнымъ образомъ въ сферѣ идей, но не оставалась безъ вліянія и на фактическій распорядокъ государственныхъ отношеній. Эту традицію намъ придется учитывать и по поводу нея дѣлать нѣкоторые экскурсы въ область античной государственности.

Сосредоточивая свое вниманіе на государствѣ новаго времени, какъ на союзѣ общежитія, непосредственно для насъ дѣй-

ствительномъ и наиболѣе изученномъ, мы подводимъ подъ изложенное въ первой части курса общее ученіе о правѣ то основаніе, на которомъ можемъ чувствовать себя наиболѣе устойчиво, и на которомъ зиждется догматическая юриспруденція, занимающая въ научномъ образованіи и профессиональной дѣятельности юриста центральное мѣсто. При этомъ однако мы должны помнить, что государство является только однимъ изъ видовъ общежитія, въ которыхъ развивается и дѣйствуетъ право, и что поэтому то положеніе, которое занимаетъ право въ системѣ государственной организаціи, является не единственнымъ, но лишь однимъ изъ конкретныхъ проявленій юридической регламентаціи поведения людей въ общежитіи. Самый принципъ юридической регламентаціи, самое начало права представляетъ собою нѣчто неизмѣнное въ человѣческомъ общежитіи, какъ неизмѣнна въ немъ и наличность организаціоннаго, или политическаго элемента. Государство же есть лишь одинъ изъ видовъ человѣческаго общежитія, измѣняющихся и эволюционирующихъ. Можно сказать, что право, какъ таковое, есть нѣчто абсолютное, государство нѣчто относительное. Вслѣдствіе этого всякаго рода государственныя теоріи права и юридическія теоріи государства имѣютъ относительное значеніе въ условіяхъ даннаго политическаго уклада. Поэтому теоріи этого рода были обойдены молчаніемъ въ общемъ ученіи о правѣ и излагаются нами только въ общемъ ученіи о государствѣ.

Глава X. Конститутивные элементы государства.

Государство опредѣляютъ какъ союзъ людей, живущихъ на опредѣленной территоріи и подчиненныхъ единой политической власти. Въ соотвѣтствіи съ этимъ различаются три конститутивныхъ элемента государства: территорія, государственная власть и населеніе.

§ 33. Территорія.

В. А. Незабитовскій, Ученіе публицистовъ о междугосударственномъ владѣніи, 1860 г. (Собр. Соч., 1884 г.); Fricker, Vom Staatsgebiet, 1867; Л. А. Шалландъ, Юридическая природа территориальнаго верховенства, томъ I, 1903 г.; А. Л. Саккетти, Основныя ученія о территориальности государства, Извѣстія Мин. Иностр. Дѣлъ, 1915 г., кн. I.

I. Отнесеніе территоріи къ конститутивнымъ элементамъ государства знаменуетъ собою то, что государственный строй признается принадлежностью осѣдлой культуры. Политическія организаціи эпохи бродячей и кочевой культуры противопоставляются строю государственному. Осѣдлая жизнь со свойственнымъ ей земледѣльческимъ и торгово-промышленнымъ бытомъ создаетъ особыя экономическія и психологическія условія для развитія государственности. Такимъ образомъ можно сказать, что опредѣляющее для государственной организаціи значеніе территоріи проявляется не непосредственно, а, такъ сказать, посредственно, — черезъ тотъ укладъ экономической главнымъ образомъ культуры, которая складывается при тѣхъ или другихъ территоріальныхъ данныхъ.

Значеніе территоріи для государственнаго строя было сознано еще въ классической древности и нашло себѣ выраженіе у политическихъ мыслителей того времени. Вопросъ разсматривался съ точки зрѣнія вліянія физическихъ условій территоріи на развитіе культуры вообще и государственной культуры въ особенности. Зависимость культуры отъ физическихъ свойствъ территоріи понималась въ томъ смыслѣ, что природа страны предопредѣляетъ не только степень развитія, но и самую возможность государственной культуры. Изъ этой мысли исходила и на ней была построена знаменитая теорія климатовъ, впервые развитая въ „Политикѣ“ Аристотеля. По ученію Аристотеля, только на территоріи теплаго климата Эллады можетъ развиваться государственная культура; страны жаркаго и холоднаго климатовъ обрекаютъ живущее въ нихъ населеніе на варварское, т. е. на несоизмѣримое съ культурой и неподдающееся ей, существованіе. Теорія климатовъ стала научной традиціей и повторялась до XVIII вѣка включительно. Воспроизводилъ эту теорію въ XVI вѣкѣ Боденъ съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что предѣлы благоприятствующаго культурѣ умѣреннаго климата отодвигалъ дальше на сѣверъ въ соотвѣтствіи съ ходомъ исторіи, выдвинувшей на поприще міровой культуры страны средней Европы. Классическую теорію климатовъ находимъ въ XVIII вѣкѣ у Монтескье, который, хотя и выводилъ политическую свободу не изъ мягкаго юга, а изъ суроваго сѣвера Европы, — изъ Скандинавіи, но все же училъ, что страны жаркаго климата предопредѣлены къ существованію въ нихъ домашняго и политическаго рабства, и въ видѣ общаго правила признавалъ „власть климата“ наиболѣе могущественнымъ проявленіемъ господства природы страны надъ ея законами и учрежденіями.

Къ общему ученію объ опредѣляющемъ государственный строй дѣйстви климатическихъ условий Монтескье прибавилъ специальное ученіе о необходимомъ отношеніи, которое существуетъ между величиной территоріи и формой правленія въ государствѣ. Большія государства съ пространной территоріей обречены на деспотическое правленіе; въ государствахъ съ территоріей средней величины устанавливается умѣренное монархическое правленіе; и только на мелкой территоріи возможно республиканское правленіе. Последнее положеніе можно найти еще у греческихъ философовъ: и Платонъ, и Аристотель въ качествѣ необходимаго условия для совершенной „политіи“ (республики) намѣчали маленькую территорію съ незначительнымъ количествомъ населенія. Территориальная дробность эллинской республиканской государственности, проявлявшаяся и въ жизни, и въ теоріи, несомнѣнно произвела соотвѣтственное впечатлѣніе на Монтескье. Недаромъ онъ размышлялъ о томъ, какимъ бы образомъ можно было сочетать республиканскую свободу съ расширеніемъ территоріи, необходимымъ для увеличенія оборонительной силы государства, и остановился на федераціи (союзѣ государствъ), какъ на удачной формѣ такого сочетанія. Ученіе о неуклонной зависимости формы правленія отъ величины государственной территоріи связано съ именемъ Монтескье и въ теченіе долгаго времени почиталось въ государствовѣдѣніи за научный законъ политической организаціи.

Неудержимый ходъ исторіи и познаніе ея эмпирическихъ данныхъ наукою ниспровергли и теорію климатовъ, и ученіе Монтескье о предопредѣляющемъ форму правленія значеніи величины территоріи. Приспособленіе человѣка къ условіямъ физической среды и въ этомъ смыслѣ господство культуры надъ природой въ процессѣ историческаго развитія наглядно показываютъ несостоятельность прежнихъ доктринъ. Достаточно указать на новыя государственныя образованія въ Южной Америкѣ, Австраліи и Африкѣ, и напомнить о томъ, что Франція въ предѣлахъ одной и той же (средней величины по опредѣленію Монтескье) территоріи была монархіей и сдѣлалась республикой.

Никто не станетъ отрицать, что между физическими условіями страны и ея государственной организаціей существуетъ извѣстное отношеніе, но отношеніе это нельзя признавать ни неизмѣннымъ, ни непосредственнымъ. Оно мѣняется подъ вліяніемъ совершенствующагося приспособленія человѣка къ физической

средѣ и проявляется въ преломленіи чрезъ человѣческую культуру. Въ виду этого изученіе физическихъ свойствъ территоріи имѣетъ смыслъ въ государствовѣдѣніи только въ связи съ состояніемъ культуры населенія. И теорія климатовъ связывала территорію съ населеніемъ, но останавливала свое вниманіе на физиологическихъ и психологическихъ особенностяхъ людей, обусловливаемыхъ рожденіемъ ихъ въ томъ или другомъ климатическомъ поясѣ, причѣмъ придавала этимъ особенностямъ характеръ предустановленной неизмѣнности. Такой взглядъ долженъ былъ подъ влияніемъ роста историческаго и соціологическаго пониманія вещей уступить мѣсто эволюціонной точкѣ зрѣнія на взаимоотношеніе между территоріей, характеромъ населенія, его культурой и государственнымъ строемъ.

II. Съ точки зрѣнія юридической территорія въ теченіе весьма долгаго времени рассматривалась какъ объектъ вещнаго обладанія, права собственности государства, точнѣе государя, ибо основнымъ, наиболѣе распространеннымъ типомъ новой европейской государственности, примѣнительно къ которому вырабатывались юридическія конструкціи, была монархія, и государство воплощалось въ личности государя.

Взглядъ на территорію, какъ на объектъ вещнаго обладанія со стороны государства, генетически (по своему происхожденію) связанъ съ юридической природой той сложившейся въ средніе вѣка основной ячейки политической организаціи, изъ которой развилось новое европейское государство. Такой ячейкой было привилегированное дворянское землевладѣніе, — домѣнь, или сеньерія, по-русски, — вотчина. Домѣнь представлялъ собою поземельную собственность (*dominium*), съ которой соединялась опредѣленная политическая власть надъ свободнымъ и полусвободнымъ населеніемъ данной земли. Въ основѣ этой власти лежало право суда, почему и вся эта власть именовалась средневѣковыми юристами юрисдикціей (*iurisdictio*). Даже такія полномочія домѣніальнаго владѣльца, или сеньера, вотчинника, какъ право собирать налоги и воиновъ, рассматривались какъ слѣдствіе основного права юрисдикціи. Самая же юрисдикція почиталась за принадлежность вещнаго права землевладѣнія, такъ что доходы, которые получалъ домѣніальный владѣлецъ отъ суда, опредѣлялись какъ гражданскіе плоды (*fructus civiles*) землевладѣнія. Такимъ образомъ политическая власть домѣніальнаго владѣльца надъ населеніемъ домѣна оказывалась не непосредственной,

а производной отъ вещнаго права на землю. Вотчинникъ непосредственно господствовалъ надъ землею и чрезъ землевладѣніе — надъ населеніемъ своей земли.

Въ процессѣ послѣдовательнаго историческаго развитія, подробную характеристику котораго намъ придется дать въ ученіи о государственной власти, наиболѣе крупный и могущественный доманіальный владѣлецъ сосредоточилъ въ своихъ рукахъ власть надъ населеніемъ обширной территоріи, собранной изъ множества отдѣльныхъ домановъ, и создалъ такимъ образомъ новое государство. Подъ властью государя-вотчинника оказались и населеніе домановъ, искони жившее подъ вотчинной юрисдикціей, и прежде самостоятельные доманіальные владѣльцы, подчинившіеся ранѣе только договорной власти. Не смотря на такой двойственный составъ подданнаго государю населенія, власть государева и, слѣдовательно, государственная сложилась то типу доманіальному, вотчинному, т. е. она по прежнему основывалась на землевладѣніи. Власть государя-вотчинника опредѣлялась юристами какъ территориальное право (*ius territorii*), или какъ земельное верховенство (*Landeshoheit*). Государь непосредственно обладалъ вещнымъ правомъ на территорію, и уже изъ этого права на территорію вытекало его право властвованія надъ населеніемъ послѣдней.

Наростаніе сознательности и развитіе чувства солидарности въ средѣ участниковъ государственнаго общежитія постепенно привело къ отмѣнѣ возрѣнія, согласно которому населеніе разсматривалось какъ принадлежность территоріи, и власть надъ нимъ признавалась слѣдствіемъ вотчиннаго права на землю. Это новое сознаніе солидарности нашло себѣ теоретическое выраженіе въ ученіи школы естественнаго права о договорномъ происхожденіи общества и государства. Не исконное право привелегированнаго землевладѣнія, а добровольное соглашеніе свободныхъ людей стали почитать за основаніе и источникъ власти и всякой политической организаціи. Такимъ образомъ за государственными отношеніями признанъ былъ характеръ непосредственныхъ отношеній между людьми, и за властью — характеръ непосредственнаго господства надъ людьми. Старая конструкція территориальнаго права (*iuris territorii*) была поколеблена, но не сдала новому возрѣнію всей своей позиціи, а только раздѣлила съ нимъ свое прежнее мѣсто. Населеніе было признано объектомъ властвованія наряду съ территоріей, которая по прежнему сохранила значеніе объекта вещнаго обладанія со стороны государства. Со-

вокупность полномочій государственной власти стали выводить такимъ образомъ изъ двухъ титуловъ (правооснованій): господства надъ людьми и права собственности на территорію. Последнее понималось какъ верховное право собственности (*dominium emipens*), которое допускало существованіе непосредственного права собственности (*dominium directum*) частныхъ лицъ на отдѣльныя части территоріи, но вмѣстѣ съ тѣмъ удерживало за государствомъ нѣкоторыя исключительныя права. Къ послѣднимъ относили: право государства на нѣдра земли, право взиманія поземельнаго налога и выводимыхъ изъ него разнаго рода другихъ податныхъ сборовъ, право принудительнаго отчужденія поземельной собственности для общественныхъ надобностей и всякія мѣры чрезвычайной необходимости, сопряженныя съ вторженіемъ въ частную собственность. Такова была конструкція территоріальнаго верховенства (*Gebietshoheit*), какъ особаго вещнаго права государства на территорію. Удерживалась она, благодаря живучести традиціи доманіальнаго, вотчиннаго происхожденія политической организаціи.

Разрывъ съ доманіальной, вотчинной традиціей послѣдовалъ тогда, когда власть перестала быть нераздѣльнымъ достояніемъ государя, и къ участию во власти привлечено было населеніе въ лицѣ народныхъ представителей. Обобществленіе власти окончательно укрѣпило пониманіе государственнаго властвованія какъ господства надъ людьми. Ученіе о территоріальномъ верховенствѣ оказалось болѣе ненужнымъ. Всѣ тѣ полномочія власти, которыя прежде выводились изъ территоріальнаго верховенства, нашли себѣ достаточное объясненіе въ томъ общемъ правѣ принужденія, которое составляетъ основную принадлежность и отличительный признакъ господства надъ людьми въ государственной организаціи. При этихъ условіяхъ территорію стали конструировать юридически не какъ объектъ вещнаго обладанія со стороны государства, а какъ пространственный предѣлъ дѣйствія государственной власти.

Новая конструкція государственной территоріи была формулирована впервые русскимъ юристомъ — Незабитовскимъ (въ 1860 г.) и лишь затѣмъ нѣмецкимъ юристомъ — Фрикеромъ (въ 1867 г.). Сочиненіе Незабитовскаго осталось неизвѣстнымъ за предѣлами Россіи, и потому въ западно-европейской наукѣ новая юридическая конструкція территоріи связывается съ именемъ Фрикера. Намъ русскимъ надлежитъ однако помнить о научномъ приоритетѣ нашего соотечественника по данному вопросу. „Госу-

дарство“, говорилъ Незабитовскій, „властвуетъ въ предѣлахъ территоріи, но не надъ территоріей, и территорія не предметъ, а предѣлъ державной власти“.

§ 34. Государственная власть.

I. P. Sander, *Feudalstaat und bürgerliche Verfassung*, 1907; J. F. v. Schulte, „Der Feudalstaat und der moderne Staat“ и „Die Verdienste des Bürgertums und der Städte im Mittelalter um die Staats- und Rechtsentwicklung“, въ *Lebenserinnerungen*, III Band: *Essays*, 1909; F. Tezner, *Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts*, 1901; G. v. Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, I Band, 1914; Н. И. Карѣевъ, *Помѣстье-государство и сословная монархія среднихъ вѣковъ*, 1-ое изд. 1906 г., 3-ье изд. 1913 г.; *Западно-европейская абсолютная монархія XVI—XVIII вѣковъ*, 1908 г.; *Происхождение современнаго народно-правового государства. Историческій очеркъ конституціонныхъ учреждений и ученій до середины XIX в.*, 1908 г.; Н. И. Палиенко, *Суверенитетъ. Историческое развитіе идеи суверенитета и ея правовое значеніе*, 1903 г.; Ѳ. В. Тарановскій, *Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи*, 1904 г., главы I, II, IV; П. И. Новгородцевъ, *Кризисъ современнаго правосознанія*, 1909 г., глава I; G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882; Borel, *Étude sur la souveraineté et l'état fédératif*, 1886; L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'états*, 1896; S. Combotheca, *La conception juridique de l'état*, 1899; Fr. Berolzheimer, *System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, III Bd., 1906, Kap. VIII u. XVII.

II. Н. М. Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, §§ 43—44; Léon Duguit, *Études de droit public: I. L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901; II. L'état, les gouvernants et les agents, 1903; G. Simmel, *Soziologie der Ueber- und Unterordnung*, въ сборникѣ его-же: *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 1908; G. Tarde, *Les transformations du pouvoir*, 1899, 2-е édit., 1903; R. Piloty, *Autorität und Staatsgewalt*, 1905; С. А. Франкъ, *Проблема власти*, журн. „Вопросы жизни“, 1905 г., мартъ (перепеч. въ сборникѣ: „Философія и жизнь“, 1910 г.); Fr. v. Tessen-Wesierski, *Der Autoritätsbegriff in den Hauptphasen seiner historischen Entwicklung*, 1907; Hans Kelsen, *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, глава III; П. А. Покровскій, *О государственной власти*, *Юридическія Записки*, 1914 г., вып. XXI—XXII; Б. А. Кистяковскій, *Сущность государственной власти*, *Юридич. Записки*, 1913 г., вып. III, и *Соціальныя науки и право*, 1916 г., очеркъ IX.

I. Государственная власть новаго времени можетъ быть понята только въ генетической связи съ тѣми разнообразными

видами властвованія, которые ей непосредственно предшествовали, и на почвѣ которыхъ она сложилась.

Средніе вѣка знали три вида мѣстной политической власти, — сеньератъ, сюзеренитетъ и муниципальную власть городовъ, — и два вида власти всемірной, — міровую имперію (*imperium mundi*) и вселенскую церковъ. Всѣ эти виды властвованія такъ или иначе сочетались въ процесѣ образованія государственной власти новаго времени, и потому намъ необходимо остановиться на каждомъ изъ нихъ.

Сеньератъ это власть владѣльца домэна, или сеньеріи (*seigneurie*), о которой намъ пришлось уже говорить въ предыдущемъ параграфѣ. Власть эта основывалась на землевладѣніи, изъ котораго выводилось уже господство надъ населеніемъ земли. Сообразно этому власть эта являлась патримоніальной, или по-русски — вотчинной.

Домэніальные владѣльцы, или сеньеры были по отношенію другъ къ другу самостоятельными и не состояли въ отношеніи соподчиненія власти, которая вытекала бы, на подобіе ихъ собственной домэніальной власти, изъ какого либо непроизводнаго права третьяго лица. Какъ субъекты самостоятельнаго властвованія, они вступали другъ съ другомъ въ вольныя договорныя отношенія, содержаніемъ которыхъ являлось извѣстное подчиненіе съ одной стороны и извѣстное покровительство, извѣстная защита съ другой. Установленіе такихъ договорныхъ отношеній вызывалось потребностью во внѣшней безопасности, — въ организациіи силъ обороны и нападенія, а также потребностью въ устройствѣ суда для разрѣшенія столкновеній между самостоятельными домэніальными владѣльцами. Удовлетвореніе указанныхъ потребностей достигалось путемъ подчиненія болѣе слабого болѣе сильному и той реальной защиты, которую второй оказывалъ первому. Отношенія подчиненія (службы) съ одной стороны и защиты съ другой устанавливались путемъ т. н. вассальнаго договора. Сторона подчиняющаяся называлась вассаломъ, сторона покровительствующая — сюзереномъ. Такъ какъ различіе слабости и силы между домэніальными владѣльцами представляло собою градацію разныхъ степеней могущества, то вассальные договоры, охватывавшіе сеньеровъ, шли непрерывной цѣпью отъ наиболѣе слабого къ наиболѣе сильному и образовали собою длинную іерархическую лѣстницу послѣдовательнаго вассальнаго подчиненія и сюзереннаго покровительства. Такими чертами характеризуется т. н.

феодалный строй, или феодализмъ, опредѣлявшій какъ личныя, такъ и поземельныя отношенія въ средніе вѣка. На извѣстной территоріи, въ предѣлахъ тяготѣнія къ единству экономическихъ и національныхъ интересовъ, цѣль вассальныхъ договоровъ замыкалась, и лѣстница феодалныхъ отношеній завершалась. На вершинѣ стоялъ наиболѣе могущественный сеньеръ, котораго можно бы назвать верховнымъ сюзереномъ въ странѣ. Принадлежавшая ему сюзеренная власть характеризуется слѣдующими чертами. Источникомъ этой власти былъ договоръ, и вслѣдствіе этого власть сюзеренная являлась властью производной, не самостоятельной, зависимой отъ согласія другой стороны (вассала). Содержаніе сюзеренной власти опредѣлялось вассальнымъ договоромъ и обнимало собою только военную организацію и судебную. Всякое расширеніе компетенціи сюзерена могло послѣдовать не иначе, какъ по особому соглашенію съ вассалами. Въ порядкѣ дѣйствія сюзеренная власть не простиралась непосредственно на всѣхъ, а проявлялась путемъ послѣдовательной передачи по ступенямъ іерархической феодалной лѣстницы. Верховный сюзеренъ отдавалъ распоряженіе своимъ прямымъ вассаламъ, тѣ передавали его своимъ и такъ далѣе, покуда дѣло не доходило до низшихъ ступеней іерархической феодалной организаціи. Этотъ порядокъ передачи также обусловливалъ зависимый характеръ сюзеренной власти. По нѣкоторымъ вопросамъ, главнымъ образомъ судебной, отчасти финансовой организаціи, верховный сюзеренъ обладалъ извѣстными правами прямого проявленія власти, но это было отступленіемъ, хотя и чреватымъ послѣдствіями въ будущемъ, но все же не отмѣнявшимъ общаго порядка передаточнаго дѣйствія сюзеренной власти.

Города входили въ общую феодалную лѣстницу, такъ какъ у нихъ были свои сеньеры и сюзерены. Однако во внутренней своей жизни города пользовались общиннымъ самоуправленіемъ, существенно отличавшимся отъ феодалныхъ распорядковъ. М у н и ц и п а л ь н а я в л а с т ь основывалась юридически не на договорѣ, а на статутѣ, данномъ сеньеромъ и у него купленнымъ, и на обычаяхъ, такъ что по отношенію къ городскому населенію она выступала съ характеромъ власти непродуцной и независимой. Содержаніе муниципальной власти не предопредѣлялось никакими договорными пунктами и потому свободно развивалось въ зависимости отъ потребностей городской жизни. Дѣйствіе муниципальной власти простиралось непосредственно и прямо на все городское населеніе.

Таковы были основные виды мѣстной политической власти въ средніе вѣка. Преданіе имперской власти древняго Рима питало извѣстную организацію власти всемірной. Римскому образцу слѣдовала прежде всего западная церковь, организовавшая свою вселенскую власть на началахъ стройной системы централизованнаго правленія съ прямымъ подчиненіемъ послѣднему всѣхъ вѣрныхъ. Церковь подчиняла себѣ свѣтскую власть мѣстныхъ организацій какъ въ духовныхъ, такъ и въ мірскихъ дѣлахъ. Подчиненіе свѣтскихъ властей власти церковной облекалось до извѣстной степени въ феодалныя формы, — въ видѣ вассальной зависимости первыхъ отъ второй. Существенно важнымъ однако являлось то обстоятельство, что церковь могла воздѣйствовать на всѣхъ вѣрныхъ и помимо посредства свѣтскихъ властей, минуя послѣднія, и держала такимъ образомъ все население въ прямомъ подчиненіи себѣ.

Другимъ видомъ всемірной власти была священная римская имперія, или, какъ она называлась впослѣдствіи, священная римская имперія нѣмецкой націи. Это была власть надъ мѣстными феодалными союзами; власть эта тоже облекалась въ феодалныя формы, ибо верховные сюзерены отдѣльныхъ странъ являлись вассалами императора. Подобно церкви, и имперія въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ проявляла непосредственное дѣйствіе на все населеніе отдѣльныхъ странъ.

Образованіе новой государственности по отдѣльнымъ странамъ совершалось путемъ уничтоженія феодалной іерархіи внутри и освобожденія во внѣ отъ давленія вселенской церкви и всемірной имперіи.

Насильственно разрывалась цѣпь вассальныхъ договоровъ, и всѣ доменіальные владѣльцы приводились въ прямое подчиненіе власти верховнаго сюзерена, который въ качествѣ непосредственнаго владыки сталъ именоваться сувереномъ (верховнымъ повелителемъ). Доменіальные владѣльцы сохранили свою прежнюю сенъеріальную власть надъ населеніемъ своихъ вотчинъ, но ихъ сенъеріальныя права стали возводить къ единому источнику власти, — власти суверена, и разсматривать какъ своего рода полномочіе или делегацію послѣдней. Такимъ образомъ въ принципѣ устанавливалось прямое подчиненіе единой власти суверена всего населенія страны, хотя вплоть до конца XVIII вѣка (до революціи во Франціи) и даже позднѣе сохранялась патримоніальная власть доменіальныхъ владѣльцевъ. Установленіе единства власти (едино-

державі) въ странѣ сопровождалось расширеніемъ ея компетенціи. Различныя функціи власти, находившіяся въ рукахъ многочисленныхъ вассаловъ разныхъ степеней, постепенно сосредоточивались въ рукахъ суверена. Происходилъ процессъ собиранія власти подобно тому, какъ совершалось собираніе зѣмли, о которомъ обычно говорятъ въ русской исторіи. Объединеніе и расширеніе компетенціи власти внутри отдѣльныхъ странъ сопровождалось освобожденіемъ послѣднихъ отъ политическаго господства вселенской церкви и имперіи.

Конструкція новой государственной власти дана была къ концу XVI вѣка Боденомъ (Bodin) въ его знаменитомъ произведеніи „Шесть книгъ о государствѣ“ (Les six livres de la république, 1576 г.).

Отличительнымъ признакомъ государственной власти Бодень призналъ суверенитетъ (souveraineté) и опредѣлялъ суверенную государственную власть какъ власть высшую, постоянную, независимую, несвязанную извнѣ данными ей законами, абсолютную. Всѣ указанные признаки государственной власти могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ, — т. н. внѣшнему ея суверенитету и суверенитету внутреннему. Подъ внѣшнимъ суверенитетомъ разумѣется независимость государственной власти отъ какой либо политической организаціи, которая стояла бы надъ нею. По конкретнымъ условіямъ историческаго процесса здѣсь разумѣлась независимость отъ политической супрематіи церкви и священной имперіи. Внутренній суверенитетъ обнимаетъ собою непроезводность источника, полноту проявленія и прямое дѣйствіе государственной власти на все подвластное населеніе. Было признано, что государственная власть не получаетъ своихъ полномочій ни отъ какого высшаго авторитета, — церкви или имперіи, ни отъ подвластныхъ, — вассаловъ, какъ это было при феодальномъ строѣ. Она — непроезводна по своему происхожденію. Самый фактъ ея существованія является правомѣрнымъ ея основаніемъ. Непроезводность государственной власти получила совершенное выраженіе и признаніе въ ученіи о томъ, что государственная власть установлена непосредственно (а не чрезъ посредство церкви и священной имперіи) Богомъ. Такъ какъ государственная власть не зависитъ ни отъ человѣческаго велѣнія, которое могло бы быть выше ея, ни отъ договора, заключеннаго съ нею подвластными, то проявляться она можетъ вполнѣ свободно въ соотвѣтствіи съ требованіями и запросами жизни. Власть

не знает никакого закона, извнѣ даннаго, стоящаго надъ нею, сама творитъ законы, и въ этомъ смыслѣ вполнѣ абсолютна, не связана никакими условіями и ничьимъ вмѣшательствомъ. Наконецъ, государственная власть не знаетъ и не допускаетъ никакихъ самостоятельныхъ промежуточныхъ властей и простираетъ свое дѣйствіе на населеніе страны прямо и непосредственно. Признавая неограниченность компетенціи государственной власти, Боденъ все же перечислялъ отдѣльныя функціи, или права ея, каковы: право войны и міра, назначеніе высшихъ сановниковъ и утверженіе выборныхъ должностныхъ лицъ, право издавать законы, верховный судъ, право помилованія, право чеканить монету, право устанавливать мѣры и вѣсы, право налагать подати и др. Въ этомъ перечнѣ весьма ярко отразился процессъ собиранія власти, ранѣе дробившейся между отдѣльными вассалами.

Суверенитетъ является признакомъ и достояніемъ всякой государственной власти, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась, — монарха, аристократическаго совѣта или народнаго собранія. Таково было принципіальное положеніе конструкціи Бодена. Но такъ какъ новыя европейскія государства слагались почти исключительно въ формѣ монархій, то именно эту форму и имѣлъ главнымъ образомъ въ виду Боденъ и даже считалъ ее наиболѣе совершеннымъ выраженіемъ суверенитета. Такимъ образомъ ученіе о государственномъ суверенитетѣ легко сбивалось у Бодена на ученіе о монархическомъ суверенитетѣ и приобрѣло популяриность именно въ этомъ послѣднемъ, суженномъ смыслѣ.

Познакомившись съ процессомъ образованія новой государственной власти и съ конструкціей, данной ей Боденомъ, мы теперь вернемся къ тѣмъ видамъ политической власти, которые дѣйствовали въ средніе вѣка, и опредѣлимъ точнѣе отношеніе къ нимъ новой государственной власти, чтобы еще болѣе отѣнить особенности послѣдней.

Новая государственная власть выступила въ качествѣ отрицанія всемірной политической власти церкви и имперіи. Отрицая вселенскія организаціи, государственная власть восприняла отъ нихъ существеннѣйшія качества, — независимость, непроизводность и непосредственность дѣйствія на все населеніе. Всѣ эти качества власти были, такъ сказать, внесены внутрь отдѣльныхъ странъ. Въ этомъ смыслѣ юристы новаго времени (особенно французскіе, т. н. легисты) говорили, что государь является импе-

раторомъ въ своемъ царствѣ (*rex est imperator in regno suo*). Религиознымъ выраженіемъ той же мысли явилось признаніе государственной власти непосредственно установленною отъ Бога, дѣйствующей „Божьей милостью“. Освобожденіе отъ политической супрематіи церкви оказало вліяніе на расширеніе компетенціи государственной власти: послѣдняя включила въ свое вѣдѣніе заботы о духовномъ преуспѣяніи подвластнаго населенія.

Въ организаціи новой государственной власти сюзеренитетъ и весь феодалный укладъ совершенно исчезли, — новая государственная власть явилась прямымъ ихъ противоположеніемъ и могла водвориться только послѣ ихъ уничтоженія, становясь на ихъ мѣсто. Новый государственный строй сохранилъ преемственную связь съ двумя другими политическими организаціями среднихъ вѣковъ, — съ муниципальной властью и доманіальною. Въ муниципальномъ устройствѣ городовъ имѣлись тѣ начала производнаго и непосредственнаго властвованія, которыя затѣмъ легли въ основу государственной организаціи всей страны. Муниципальная власть была въ этомъ отношеніи предвареніемъ власти государственной и въ нѣкоторыхъ мѣстахъ непосредственно въ нее переходила, какъ это было въ городскихъ республикахъ сѣверной Италіи. Преемственная связь съ доманіальною властью проявлялась въ томъ, что послѣдняя привлечена была для обоснованія производнаго права государственнаго властвованія. Право это выводилось изъ вещнаго права на территорію или же опредѣлялось какъ собственное право (*ius proprium*) государя по аналогіи съ его доманіальнымъ владѣніемъ. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ оно оказывалось производнымъ по отношенію къ подвластнымъ.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что новая государственная власть, облеченная въ большинствѣ европейскихъ странъ въ монархическую форму, понималась какъ власть богоустановленная и патримоніальная, или вотчинная. Суверенитетъ представлялся даннымъ отъ Бога вотчиннымъ правомъ государя на власть. Такого рода простое и прямолинейное построеніе власти подверглось значительному осложненію подъ вліяніемъ школы естественнаго права (см. о ней выше стр. 22—25 и 206—209).

Отправною точкою для всего ученія естественноправовой школы служилъ, какъ знаемъ, индивидъ. Изъ моральной природы индивида выводилась вся система права; изъ того же источ-

ника черпалось и рациональное объяснение общественного уклада. Общественная организация неизменно зиждется на властвовании цѣлаго (общества) и подчинении частей (индивидовъ). Передъ школой естественнаго права встала задача слѣдующаго рода: вывести начало власти изъ природы индивида. Основнымъ свойствомъ индивида признавалось его свободное самоопредѣленіе. Совмѣстить послѣднее съ неизбѣжнымъ въ общежитіи подчиненіемъ индивида власти можно было логически только однимъ путемъ, — путемъ добровольнаго согласія индивида на установленіе власти и подчиненіе ей. Такое согласіе должно въ одинаковой мѣрѣ исходить отъ всѣхъ и каждаго и потому должно проявиться въ видѣ взаимнаго соглашенія всѣхъ, или договора. Такимъ образомъ логически неизбѣжно возникала договорная теорія общества въ качествѣ рациональнаго объясненія общественной организации съ присущими ей началами властвованія и подчиненія (см. выше стрн. 187—188).

Общественный договоръ, выдвинутый школою естественнаго права, существенно отличался отъ договора, который былъ извѣстенъ средневѣковой юриспруденціи, — отъ договора вассальнаго. Вассальный договоръ заключался между двумя индивидами, — властвующимъ и подчиненнымъ. Общественная организация феодальнаго строя слагалась изъ непрерывнаго ряда такихъ парныхъ, если такъ можно выразиться, договоровъ. Общественный договоръ выступалъ не какъ частное, попарное соглашеніе властвующаго и подвластнаго, а какъ общее соглашеніе всѣхъ индивидовъ, равныхъ другъ другу, самостоятельныхъ и стремящихся стать во взаимно соподчиненное отношеніе къ власти¹⁾. Общественный договоръ опредѣлялъ соединеніе индивидовъ въ общество, установленіе надъ ними власти и подчиненіе послѣдней. Установленная общественнымъ договоромъ власть оказывалась по отношенію къ каждому индивиду въ отдѣльности властью производной, такъ какъ основывалась на единомъ общемъ соглашеніи всѣхъ между собою, а не на спеціальныхъ соглашеніяхъ съ каждымъ индивидомъ въ отдѣльности. Такимъ образомъ теорія общественнаго договора приводила логически не къ сюзеренитету, а къ суверенной государственной власти. Госу-

1) Можно сказать, что вассальный договоръ былъ договоромъ сдѣлочнаго типа, а общественный договоръ разумѣлся какъ договоръ нормативный. О различіи этихъ двухъ типовъ договора см. выше стрн. 188.

дарство, выведенное путем общественного договора, рассматривалось как нечто независимое от индивидовъ, самодовлѣющее, какъ самостоятельный субъектъ права властвованія. Наиболее глубокой и выдержанный въ методологическомъ отношеніи представитель школы естественнаго права Тома Гоббсъ (въ серединѣ XVII ст.) такъ именно и смотрѣлъ на государство. „Государство“, говорилъ онъ, „есть единое лицо, котораго воля, вслѣдствіе договора многихъ людей, считается волею всѣхъ, такъ что оно можетъ употреблять силы и способности каждаго для общаго мира и защиты“. При такомъ возрѣніи суверенитетъ приписывался государству, какъ юридическому лицу.

Тщательно продуманныя и строго послѣдовательныя возрѣнія Гоббса являлись однако исключеніемъ. Общепринятое ученіе школы естественнаго права о суверенитетѣ развивалось въ другомъ направленіи. Общественный договоръ обычно понимали не какъ рациональную формулу сочетанія самоопредѣленія индивида и принципа власти, а скорѣе какъ нѣкоторую эмпирическую основу общественной организаціи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ суверенитетъ приписывали не государству, а совокупности заключившихъ общественный договоръ индивидовъ, или народу.

Гуго Гроцій различалъ двоякаго субъекта суверенитета, или верховной власти (*summae potestatis*), — общаго субъекта (*subjectum commune*) и собственнаго субъекта (*subjectum proprium*). Общимъ субъектомъ онъ признавалъ народъ, а собственнымъ — то лицо, или учрежденіе, которое стоитъ во главѣ государственной организаціи. Подобно тому какъ зрѣніе сосредоточивается въ глазахъ, но составляетъ принадлежность всего организма, такъ и верховная власть сосредоточивается въ рукахъ того или другого ея носителя, но въ тоже время принадлежитъ народу, какъ цѣлому.

Признаніе народа общимъ субъектомъ верховной власти послѣдовательно развилось въ школѣ естественнаго права въ теорію народнаго суверенитета. Теорію эту мы находимъ въ послѣдней четверти XVII вѣка у англійскаго философа и политическаго мыслителя — Джона Локка. Локкъ училъ, что суверенитетъ принадлежитъ народу, но осуществляется чрезъ посредство установленныхъ носителей власти. Сохраняя за собою суверенитетъ потенциально (какъ возможность), народъ проявляетъ его актуально (дѣйственно) только въ чрезвычайныхъ случаяхъ, когда установленныя власти нарушаютъ самыя основы общественнаго договора.

Въ шестидесятыхъ годахъ XVIII ст. знаменитый Жанъ-Жакъ Руссо провозгласилъ неотчуждаемую принадлежность суверенитета народу, причемъ настаивалъ на томъ, что суверенитетъ принадлежитъ народу не только потенциально, но всегда и актуально.

Теорія народного суверенитета проведена была въ положительное законодательство во время великой французской революціи, которая, какъ намъ уже извѣстно (см. выше стрн. 214), производилась подъ знаменемъ естественнаго права и задавалась практическимъ примѣненіемъ основныхъ его положеній. Актуальное проявленіе народного суверенитета понималось во время революціи какъ принадлежащее народу право учредительной власти, т. е. право устанавливать тотъ или другой образъ правленія, а также какъ право избирать народныхъ представителей въ законодательное собраніе.

Положительное для государственной науки значеніе теоріи народного суверенитета заключалось въ томъ, что теорія эта рѣшительно пресѣкла то отождествленіе суверенитета съ властью монарха, къ которому склоненъ былъ Боденъ. Точка зрѣнія Бодена сложилась примѣнительно къ Франціи съ ея абсолютной монархіей, но для Англии съ ея парламентскимъ строемъ она оказывалась непригодной, и мы видѣли, что именно англичанинъ Локкъ первый заговорилъ рѣшительно о народномъ суверенитетѣ. Вполнѣ понятно, что теорія народного суверенитета укоренилась во Франціи, когда тамъ стали добиваться ограниченія королевской власти и учрежденія народного представительства.

Тотъ практической и теоретической кризисъ, который постигъ школу естественнаго права вслѣдствіе неоправданія ея абстрактныхъ формулъ въ законодательствѣ и учрежденіяхъ революціонной эпохи (см. выше стрн. 214—215), отразился и на ученія о народномъ суверенитетѣ. Опытъ показалъ, что народъ отнюдь не представляетъ собою простой суммы равныхъ другъ другу индивидовъ и потому не можетъ быть признанъ единымъ субъектомъ верховной власти. Народъ распадается на отдѣльныя общественныя группы, которыя противостоятъ другъ другу по различію объединяющихъ ихъ интересовъ. Та или другая организація власти является результатомъ пропорціональнаго соотношенія силъ этихъ общественныхъ группъ, а не уравнительнаго соглашенія индивидовъ. Присущая такъ или иначе эмпирически сложившейся государственной организаціи верховная, или суверен-

ная власть не можетъ почитаться ни принадлежностью народа, ни той или другой фактически преобладающей общественной группы. Государственная организація воплощаетъ въ себѣ то объединеніе разрозненныхъ интересовъ общественныхъ группъ, которое оказывается достижимымъ при наличномъ соотношеніи силъ послѣднихъ. Въ виду этого верховная власть должна быть разсматриваема какъ принадлежность государства, дающаго возможное при данныхъ условіяхъ объединеніе общественныхъ группъ и входящихъ въ нихъ индивидовъ. Такимъ образомъ эмпирическій путь опыта привелъ къ тому же выводу, который Гоббсъ сдѣлалъ рациональнымъ путемъ дедукціи. Выводъ этотъ заключается въ конструированіи государства какъ юридическаго лица, отличаемаго какъ отъ народа, такъ и отъ правителей, и въ признаніи юридической личности государства субъектомъ суверенной власти.

Кромѣ только что приведенныхъ общихъ основаній, на которыхъ покоится указанный выводъ, дѣйствовали еще и особые мотивы, побудившіе принять конструкцію государства, какъ юридическаго лица, и какъ субъекта суверенной власти. Остановимся теперь на этихъ особыхъ мотивахъ.

Мы уже знаемъ, что теорія народнаго суверенитета была направлена въ первую голову противъ отождествленія государственнаго суверенитета съ суверенитетомъ монархическимъ. Устраняя такое отождествленіе, теорія народнаго суверенитета вмѣстѣ съ тѣмъ отвергала и вотчинное право государей на верховную власть. Отверженіе вотчиннаго права государей понималось при этомъ какъ отрицаніе какого бы то ни было самостоятельнаго титула (правомѣрнаго основанія) государевой власти. Власть монарха опредѣлялась какъ власть производная, какъ делегація суверенной власти народа. На такой точкѣ зрѣнія стояла французская теорія государственнаго права подъ вліяніемъ завѣтовъ школы естественнаго права, бывшихъ въ то же время и великими принципами 1789 года.

Теорія народнаго суверенитета проводила рѣзкую грань между юридической сущностью монархической власти до и послѣ 1789 года и въ этомъ смыслѣ являлась отраженіемъ происшедшаго революціоннаго переворота, слѣдовательно, находила себѣ нѣкоторое эмпирическое оправданіе. Послѣдующія событія во Франціи и происшедшія подъ вліяніемъ французской революціи измѣненія въ государственномъ строѣ другихъ странъ, преимущественно

Германіи, обнаружили несоотвѣтствіе теоріи народнаго суверенитета реальнымъ фактамъ. Реставрація Бурбоновъ на французскомъ престолѣ возстановила преемственную традицію исторической власти монарха. Вѣнскій конгрессъ провозгласилъ принципъ законности (легитимитета) монархическаго суверенитета, опирающагося на богоустановленность и вотчинное право. Принципъ этотъ носилъ явно реакціонный характеръ, т. е. возстановлявалъ старое начало, которое болѣе не соотвѣтствовало ушедшей впередъ жизни. Тѣмъ не менѣе нельзя было отрицать того факта, что монархи не превратились въ простыхъ уполномоченныхъ державнаго (сувереннаго) народа, но и при участіи народа во власти сохранили за собою какое то самостоятельное право на власть. Пришлось задуматься надъ присканіемъ конструкціи для сочетанія самостоятельнаго права монарха на власть съ правомъ народа на участіе во власти. Особенно сильно потребность эта ощущалась въ Германіи, гдѣ не было революціоннаго перерыва въ историческомъ дѣйствіи монархической власти, и гдѣ народное представительство непосредственно къ ней примкнуло. Теоретическій выходъ изъ создаваемаго положенія найденъ былъ въ конструкціи государства, какъ юридическаго лица. При этой конструкціи монархъ и народное представительство сочетались въ нѣкоторомъ высшемъ единствѣ какъ самостоятельные органы власти.

Благодаря только что указаннымъ особеннымъ обстоятельствамъ, теорія юридической личности государства стала къ срединѣ XIX столѣтія, къ каковому времени только научная мысль успѣла теоретически учесть происшедшія въ государственномъ строѣ измѣненія, специально нѣмецкой теоріей. Французскіе государствовѣды продолжали держаться теоріи народнаго суверенитета, которая послѣ 1870 года въ учрежденіяхъ третьей республики получила какъ бы новое эмпирическое оправданіе. Вѣдь въ республикѣ при отсутствіи монарха не приходится сочетать разнородныхъ началъ власти, и нѣтъ поэтому, казалось бы, никакой надобности замѣнять народный суверенитетъ суверенитетомъ государственнымъ и конструировать особую, отличную отъ народа, юридическую личность государства. Но все это только кажется. Теорія народнаго суверенитета оказывается на самомъ дѣлѣ неудовлетворительной и въ приложеніи къ республикѣ, такъ какъ въ основѣ теоріи лежитъ понятіе народа, какъ суммы равныхъ индивидовъ, связанныхъ общественнымъ договоромъ, а этому

понятію не соотвѣтствуетъ въ дѣйствительности ничто реальное. Власть принадлежитъ не этому отвлеченному народу, а определенной реальной организаціи, — государству. Государство, какъ известная объединяющая организація, противопоставляется розни интересовъ общественныхъ группъ и отдѣльныхъ индивидовъ. Это противоположеніе и обособленіе политической организаціи получаетъ надлежащее выраженіе въ конструкціи государства, какъ юридическаго лица.

Подводя итогъ всему сказанному, мы можемъ формулировать слѣдующій выводъ. Государственная власть характеризуется какъ власть суверенная, или верховная (можно-бы также сказать, — державная, или самодержавная). Суверенитетъ, или верховенство (державность, самодержавіе) составляетъ принадлежность государства, которое конструируется какъ юридическое лицо.

Со второй половины XIX вѣка ученіе о суверенитетѣ подверглось нѣкоторымъ колебаніямъ и сомнѣніямъ подъ вліяніемъ догматической разработки публичнаго права той сложной политической организаціи, которую представляетъ собою союзное государство.

Сложныя политическія образованія получаются чрезъ соединеніе государствъ. Различаютъ двоякаго рода соединеніе государствъ: союзъ государствъ (Staatenbund по нѣмецкой, или конфедерацію по англо-американской терминологіи) и союзное государство (Bundesstaat, федерацію). Союзъ государствъ это постоянное соединеніе международнаго (междугосударственнаго) характера двухъ или нѣсколькихъ государствъ, при которомъ каждое изъ входящихъ въ него государствъ, неся известныя обязанности для союзныхъ цѣлей и приобретаая соотвѣтственныя права, сохраняетъ свой суверенитетъ въ неприкосновенности. Таковъ былъ Германскій союзъ 1815—1866 г.г.; характеръ союза государствъ носить и уніа (единеніе) Австро-Венгріи. Союзное государство, это такое сложное суверенное государство, въ составъ котораго входятъ отдѣльныя государства. Союзная государственная власть простираетъ свое дѣйствіе на всю территорію и все населеніе союзнаго государства. Въ то-же время власть каждаго отдѣльнаго государства сохраняетъ свое дѣйствіе въ предѣлахъ своей компетенціи на своей территоріи и надъ своимъ населеніемъ. Союзнымъ государствомъ являются Сѣверо-Американскіе

Соединенные Штаты съ 1783 г., Швейцарія съ 1848 г. и Германская Имперія съ 1871 г.

Союзъ государствъ, какъ образованіе международнаго характера, ни въ чемъ не отразился на исторически прочно сложившемся ученіи о государственномъ суверенитетѣ. Колебаніе и разномысліе внесено было въ это ученіе при разработкѣ союзнаго государства, которое, будучи само сувереннымъ государствомъ, въ тоже время признаетъ характеръ и значеніе государствъ и за своими составными частями. Вопросъ объ юридической природѣ федераціи былъ впервые выдвинутъ французскимъ историкомъ и государствовѣдомъ Токвилемъ въ 30-хъ годахъ XIX ст. въ его произведеніи о демократіи въ Америкѣ. Дальнѣйшая разработка этого вопроса была дѣломъ почти исключительно нѣмецкой науки, чрезвычайная заинтересованность которой въ изученіи союзнаго государства всецѣло объясняется фактомъ образованія въ 1871 г. Германской имперіи.

Теоретическое затрудненіе вызывается тѣмъ обстоятельствомъ, что составныя части союзнаго государства, ему подчиненныя и, слѣдовательно, несuverенныя, признаются по догмѣ союзно-государственной (федеральной) конституціи все же государствами. Чтобы учесть этотъ фактъ положительнаго государственнаго права, приходится признать, что наряду съ государствами суверенными существуютъ государства несuverенныя. Первые изслѣдователи вопроса побоялись сдѣлать такой выводъ, чтобы не разойтись съ историческимъ ученіемъ о суверенитетѣ. Вайцъ (въ 60-хъ г. XIX в.) избралъ нѣкоторый средній путь рѣшенія вопроса и развилъ ученіе о томъ, что въ союзномъ государствѣ суверенитетъ раздѣленъ между союзнымъ государствомъ и государствами, входящими въ его составъ. Такое ученіе не могло удержаться, потому что въ корнѣ противорѣчило самому понятію суверенитета. Ясно, что верховенство, какъ возвышеніе надъ всѣмъ окружающимъ, никакому дѣленію подлежать не можетъ. Пришлось пойти дальше. Дѣйствительно въ началѣ 80-хъ годовъ XIX ст. мы уже встрѣчаемъ принципиальное заявленіе Георга Йеллинека о томъ, что бываютъ государства суверенныя и несuverенныя, и поэтому суверенитетъ вообще не является существеннымъ признакомъ государства.

Существенный признакъ государства Йеллинекъ усматриваетъ въ непроезводности его правящей власти и въ устройствѣ ея на основаніи собственныхъ законовъ.

Еслибы мы признали существованіе несuverенныхъ государствъ, мы бы утратили исторически сложившійся критерій, на основаніи котораго государство выдѣляется изъ ряда другихъ политическихъ организацій какъ прошлаго, такъ и настоящаго времени. Мы этого сдѣлать не можемъ. Разъ составныя части союзнаго государства не суверенны, значить, онъ не государства, а государственныя провинціи съ широкой компетенціей собственнаго правленія. То обстоятельство, что догма дѣйствующаго въ союзномъ государствѣ права признаетъ его составныя части государствами, не должно насъ смущать. Такое признаніе есть не болѣе, какъ уступка воспоминаніямъ о прежней суверенности, и въ Германіи является своего рода актомъ почета, воздаваемого владѣтельнымъ князьямъ и ихъ царствующимъ домамъ. Въ исторіи извѣстны случаи, когда термины дѣйствующаго права не выражаютъ юридической сущности обозначаемаго ими явленія, но употребляются по традиціи. Такъ, Московское государство XVII вѣка упорно называло свои составныя части „государствами“, сохраняя этимъ память о былой политической самостоятельности, т. е. суверенности этихъ частей. Переживаніе это не сразу исчезло. Еще въ Генеральномъ Регламентѣ, данномъ Петромъ Великимъ въ руководство коллегіямъ, встрѣчаемъ названіе провинцій „государствами“.

Если настаивать на томъ, что составныя части Германской Имперіи являются государствами, то въ такомъ случаѣ будетъ болѣе послѣдовательно признать самую Германскую Имперію не союзнымъ государствомъ (Bundesstaat), а союзомъ государствъ (Staatenbund), какъ это и дѣлаютъ нѣкоторые, правда, весьма немногіе нѣмецкіе государствовѣды (напримѣръ, Зейдель).

Считая ученіе о несuverенномъ государствѣ неприемлемымъ, мы должны однако сказать, что ученіе это раздѣляется большинствомъ современныхъ намъ государствовѣдовъ.

II. Суверенитетъ составляетъ принадлежность государства, какъ юридическаго лица и обозначаетъ специфическое качество государственной власти, — ея верховенство какъ вовнѣ, такъ и внутри государственной организаціи.

Власть есть господство однихъ людей надъ другими, господство принудительное, обязательное, независимое отъ согласія подвластныхъ и неустраимое по ихъ произволу. Отношенія властвованія это прежде всего отношенія фактическія. Такъ какъ властвованіе есть одинъ изъ видовъ поведенія людей въ обществѣ, а социальное поведеніе регулируется юридическими нормами,

то и власть въ ея проявленіи и организаціи опредѣляется юридическими нормами. Въ виду этого необходимо поставить вопросъ о томъ, что такое представляетъ собою власть съ юридической точки зрѣнія.

Право регулируетъ поведеніе людей путемъ воздѣйствія на ихъ волю. Сообразно этому человѣческое поведеніе разсматривается правомъ какъ выраженіе воли. Поэтому съ точки зрѣнія права и акты властвованія представляются волевыми актами, и власть опредѣляется какъ воля, суверенная, или верховная воля въ организованномъ обществѣ. Субъектомъ этой воли признается государство, какъ юридическое лицо. Государственная власть есть воля юридической личности государства.

Намъ уже извѣстно, что признаніе государства юридическимъ лицомъ связано съ той стадіей политической эволюціи, когда пала абсолютная патримоніальная власть монарховъ, и въ основу государственной организаціи было положено участіе народа во власти. Эпохъ абсолютизма патримоніальной государевой власти соответствовала теорія монархическаго суверенитета, согласно которой государственная власть опредѣлялась какъ воля государя. Паденіе абсолютизма и революціонный приходъ народа къ власти во Франціи вызвали къ жизни теорію народнаго суверенитета и опредѣленіе государственной власти какъ воли народа. Выше мы подробно выяснили неудовлетворительность теоріи народнаго суверенитета и тѣ общія и особенныя причины, которыя побудили остановиться на теоріи суверенитета государственнаго, изъ которой слѣдуетъ опредѣленіе государственной власти какъ воли юридической личности государства.

Въ данномъ опредѣленіи государственной власти, какъ и во всѣхъ случаяхъ, когда намъ приходилось говорить о волеизъявленіи въ правѣ, воля разумѣется не психологически, а юридически, т. е. не какъ конкретное душевное переживаніе, а какъ абстрактное построеніе субъективной причинности. Въ юридическомъ смыслѣ воля присуща всякому субъекту права, какъ физическому лицу, такъ и юридическому, хотя послѣднее и не существуетъ какъ психологическая личность и, значитъ, не можетъ испытывать никакихъ душевныхъ переживаній, слѣдовательно, и волевыхъ.

Воля въ юридическомъ смыслѣ понимается формально. Для признанія свободнаго волеизъявленія въ правоотношеніи требуется наличность извѣстныхъ формальныхъ условій положительнаго

характера (правоспособности, дѣеспособности) и формальное отсутствіе опредѣленныхъ внѣшнихъ препятствій (насилія, угрозъ и т. п.). Сюда же слѣдуетъ отнести и устанавливаемыя правомъ формы образованія и выраженія воли, которыя особенно сложны и приобрѣтаютъ особенное значеніе примѣнительно къ юридическимъ лицамъ. Положительное право точно опредѣляетъ, какимъ путемъ воля физическихъ лицъ, въ видѣ ли отдѣльныхъ волеизъявленій или чаще ихъ сочетанія, превращается въ волю юридического лица. Таковы предписанія положительнаго права относительно образованія, компетенціи и функций органовъ юридическихъ лицъ. Поэтому и волеизъявленіе юридической личности государства обозначаетъ не иное что, какъ рѣшеніе или постановленіе, принятое соответственными органами на основаніи юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ государственную организацію.

Юристъ отдаетъ себѣ полный отчетъ въ томъ, что воли въ психологическомъ смыслѣ у государства нѣтъ и быть не можетъ, и что государство вообще не есть какое либо отдѣльное существо, а обозначаетъ собою извѣстный общежительный процессъ, происходящій между индивидами. Тѣмъ не менѣе юристъ говоритъ о личности государства и объ ея волѣ, такъ какъ только въ этихъ формулахъ онъ даетъ надлежащее въ юридическихъ категоріяхъ выраженіе той мысли, что акты властвованія опредѣляются не чьими либо индивидуальными, а общими дѣями. При этомъ общая цѣль разумѣется не деонтологически (какъ должное), а онтологически (какъ сущее), т. е. разумѣется та реальная общая цѣль, то объединеніе индивидуальныхъ и классовыхъ интересовъ, которыя реально достигаются при данномъ состояніи и соотношеніи общественныхъ группъ.

Не взирая на ясный и опредѣленный, специфически-юридическій смыслъ опредѣленія государственной власти, какъ воли юридической личности государства, нѣкоторые юристы подставляютъ въ данное опредѣленіе психологическое пониманіе воли и послѣ этого провозглашаютъ самое опредѣленіе неправильнымъ, нереальнымъ и ложнымъ. Такъ поступилъ еще въ 90-хъ годахъ минувшаго столѣтія русскій юристъ Коркуновъ, такъ поступаетъ въ послѣднее время французскій юристъ Дюги.

Совершенно игнорируя различіе юридического и психологического пониманія воли, Коркуновъ становится на психологическую точку зрѣнія и съ воодушевленіемъ доказываетъ, что въ актахъ государственнаго властвованія нѣтъ единства психологи-

ческой воли. Чья воля, между прочимъ спрашиваетъ онъ, является въ такомъ актѣ властвованія, какъ изданіе закона въ конституціонной монархіи, — воля монарха, воля верхней палаты, нижней, большинства представителей, избирателей? Ничья, потому что для изданія закона не достаточно чьей либо единой воли, а требуется соучастіе нѣсколькихъ государственныхъ органовъ, изъ которыхъ иные состоятъ изъ многихъ людей. Дюги разсуждаетъ еще проще: воля можетъ быть только у человѣческой личности (индивида), ея нѣтъ и не можетъ быть у государства.

Мы не станемъ опровергать положеній, провозглашаемыхъ Коркуновымъ и Дюги, такъ какъ они вполне правильны, поскольку рѣчь идетъ о волѣ въ психологическомъ смыслѣ. Но положенія эти нисколько не колеблютъ опредѣленія государственной власти, какъ воли юридической личности государства, и даже не могутъ быть разсматриваемы какъ возраженія противъ нея, такъ какъ въ этомъ опредѣленіи имѣется въ виду воля въ юридическомъ смыслѣ, чего Коркуновъ и Дюги не замѣчаютъ.

Отвергая опредѣленіе государственной власти какъ воли, Коркуновъ и Дюги отрицаютъ и юридическую личность государства. Въ этомъ послѣднемъ отрицаніи они идутъ разными путями разсужденія, такъ что мы остановимся на ученіи cadaquo изъ нихъ въ отдѣльности.

Государственная власть, разсуждаетъ Коркуновъ, не только не есть воля юридической личности государства, но она вообще не воля. Властвованіе устанавливается и опредѣляется отнюдь не волей властвующаго, а сознаниемъ зависимости со стороны подвластныхъ. Поэтому то могутъ властвовать и властвуютъ надъ отдѣльными людьми и надъ общественными группами лица совершенно безвольныя, или же не знающія и не подозрѣвающія о томъ авторитетѣ, который имъ приписывается, или даже существа мнѣшескія (фетиши, языческіе боги). Отсюда слѣдуетъ, что власть вообще и государственная власть въ частности отнюдь не является чьей бы то ни было волей, а есть ничто иное, какъ общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости индивидовъ. Это же сознаніе зависимости опредѣляется цѣлымъ рядомъ самыхъ разнообразныхъ мотивовъ: пониманіемъ индивидуальной беспомощности, соображеніемъ личной выгоды отъ организованнаго общежитія, религіозными побужденіями (страхомъ Божиимъ), нравственнымъ долгомъ, привычкой, нѣкоторой косностью и неподвижностью и т. п.

Приведенное разсужденіе Коркунова вскрываетъ социальную психологическую природу власти и съ этой стороны должно быть признано вполне правильнымъ. Но только оно рѣшительно ни въ чемъ не опровергаетъ и не отмѣняетъ воззрѣнія на государственную власть какъ на волю юридической личности государства, такъ какъ это воззрѣніе имѣетъ въ виду не социальную психологическую, а юридическую природу власти. Поэтому, когда Коркуновъ категорически заявляетъ, что государственная власть есть не чья либо воля, а общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости, — мы съ нимъ согласиться не можемъ. Два приведенныхъ опредѣленія не противорѣчатъ другъ другу и другъ друга не исключаютъ, потому что каждое изъ нихъ дано подъ инымъ угломъ зрѣнія. Общественныя явленія въ высшей степени сложны и потому могутъ и должны быть изучаемы съ различныхъ точекъ зрѣнія, освѣщающихъ разныя ихъ стороны. Общественныя явленія не укладываются въ единство (монизмъ) какого либо воззрѣнія и опредѣленія. Они требуютъ множественности (плюрализма) точекъ зрѣнія и опредѣленій. Въ виду этого можно и должно совмѣстить оба приведенныхъ опредѣленія государственной власти и надлежитъ признать, что государственная власть съ социальную психологическую точки зрѣнія есть общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости участниковъ организованнаго обществѣ, а съ юридической точки зрѣнія есть воля юридической личности государства.

Выставивъ социальную психологическое опредѣленіе государственной власти, какъ общественной силы, Коркуновъ затѣмъ, ничтоже сумняшеся, пользуется имъ для юридической конструкціи государства.

Въ качествѣ общественной силы, государственная власть служить достиженію тѣхъ цѣлей, или удовлетворенію тѣхъ интересовъ, которые недостижимы и неосуществимы силами индивида. Все что служить средствомъ къ осуществленію интересовъ представляется Коркунову съ точки зрѣнія права какъ объектъ. Этимъ предрѣшается опредѣленіе государственной власти, какъ объекта юридическаго отношенія. Субъектами этого юридическаго отношенія являются всѣ участники государственнаго обществѣ, какъ тѣ, которые распоряжаются, такъ и тѣ, которые пользуются государственною властью, какъ объектомъ. И судья, постановившій приговоръ, подлежащій принудительному исполненію, и истецъ, обратившійся въ судъ и получившій испол-

нительный листъ, одинаково являются субъектами властвованія, — одинъ распоряженія, другой — пользованія государственною властью. Самое же государство и есть ничто иное, какъ юридическое отношеніе, субъектами котораго оказываются всё участники государственнаго общежитія, а объектомъ — государственная власть.

Опредѣленіе государства какъ юридическаго отношенія не можетъ быть принято, потому что оно не даетъ соотвѣтственнаго выраженія въ юридическихъ категоріяхъ соціально-психологической природы власти, отъ которой отправляется самъ Коркунъ. Съ соціально-психологической точки зрѣнія власть есть общественная сила, вытекающая изъ сознанія зависимости. Сознаніе зависимости неизбѣжно предполагаетъ субъекта, отъ котораго сознаютъ себя зависимыми, и который въ силу этого послѣдняго сознанія оказывается субъектомъ власти. Такимъ субъектомъ неминусемо должно быть лицо, или учрежденіе, отъ котораго сознаютъ себя зависимыми и велѣніямъ котораго подчиняются. Пусть власть его по существу есть только отраженіе приписываемой ему общественной силы, но именно въ силу сознанія зависимости она не можетъ восприниматься участниками организованнаго общенія иначе, чѣмъ какъ власть, стоящая надъ ними, и акты властвованія не могутъ представляться ничѣмъ инымъ, какъ велѣніями, волеизъявленіями субъекта власти. При опредѣленіи государства, какъ юридическаго отношенія, всё участники государственнаго общенія разсматриваются какъ субъекты властвованія, и нѣтъ никакого выраженія для того сознанія зависимости, которое послужило отправной точкой для опредѣленія. Напротивъ того, конструкція государства, какъ юридической личности, какъ разъ намѣчаетъ того субъекта, отъ котораго люди считаютъ себя зависимыми, и намѣчаетъ притомъ въ полномъ согласіи съ современнымъ общественнымъ сознаніемъ, которое признаетъ зависимость индивида не отъ того или другого лица, а отъ всего организованнаго общежитія, какъ такового.

Отрицаетъ юридическую личность государства и Дюги. Дѣлаетъ онъ это на томъ основаніи, что конструкція государства какъ юридическаго лица представляетъ собою, по его мнѣнію, нѣчто искусственное и ложное, чему въ реальной дѣйствительности не соотвѣтствуетъ ничто, ибо личность имѣется только у человѣка, индивида. Вполнѣ ясно, что Дюги смѣшиваетъ юридическое понятіе личности съ психологическимъ. Юридическому

лицу вообще не соответствует никакая личность въ психологическомъ смыслѣ. Однако на этомъ основаніи нельзя отрицать существованія юридическихъ лицъ вообще, такъ какъ образованіе ихъ вызывается вполне реальными общественными потребностями, и дѣйствіе ихъ столь же реально, какъ и дѣйствіе лицъ физическихъ (см. выше, стр. 146—149). Разъ мы признаемъ существованіе юридическихъ лицъ вообще, то у насъ нѣтъ никакого особаго основанія, въ силу котораго мы могли бы спеціально отрицать юридическую личность государства.

Дюги полагаетъ, что конструкція государства, какъ юридического лица, является не болѣе какъ переживаніемъ прошлаго, — патримоніальнаго государства. Тогда въ эпоху монархическаго абсолютизма признавали субъектомъ властвованія физическое лицо государя, и въ основѣ такой конструкціи лежало нѣчто реальное. Низвергнувъ абсолютизмъ монарховъ, не сумѣли иначе объяснить себѣ новый порядокъ вещей, какъ только тѣмъ же путемъ олицетворенія, и на мѣсто монарха поставили сначала народъ, а потомъ государство, для которыхъ и создали конструкцію юридического лица; но этой новой конструкціи въ дѣйствительности не соответствуетъ уже ничто реальное. Дюги совершенно правъ, когда устанавливаетъ историческую эволюцію въ юридической конструкціи государства, идущую отъ личности государя къ личности государства. Но онъ не правъ въ томъ, что отказывается признать связь новой конструкціи съ реальными общественными фактами, юридическимъ выраженіемъ которыхъ она является. Мы выясняли эту связь уже неоднократно и на этомъ мѣстѣ повторяться не станемъ.

Отрицая юридическую личность государства и признавая единственно реальную въ психологическомъ смыслѣ личность индивида, Дюги отвергаетъ самое понятіе государства и находитъ возможнымъ говорить только о правящихъ индивидахъ (*les gouvernants*). Правящими Дюги признаетъ наиболѣе сильныхъ индивидовъ, однако не всѣхъ, а только тѣхъ, которые употребляютъ силу для служенія общественной цѣли, какою онъ считаетъ укрѣпленіе и развитіе солидарности между людьми. Противъ высказываемыхъ Дюги соціологическихъ положеній возражать не приходится. Мало того, нельзя не отмѣтить, что конструкція юридической личности государства выражаетъ въ юридическихъ категоріяхъ ту-же мысль, ибо единство общественной цѣли является рѣшающимъ моментомъ въ образованіи юридического лица,

и конструкция послѣдняго какъ разъ и подчеркиваетъ это самое единство и создаетъ возможность необходимаго для него единства дѣйствія. При признаніи юридической личности государства правящіе индивиды разсматриваются какъ органы юридическаго лица, что вполне соответствуетъ основной мысли Дюги о томъ, что дѣйствія правящихъ имѣютъ обязательную силу лишь постольку, поскольку они совершаются ради общественной цѣли и въ согласіи съ нею.

Какъ юридическая личность государства признается у Дюги переживаніемъ эпохи патримоніальнаго права государей на власть, такимъ же точно переживаніемъ оказывается въ его глазахъ и суверенитетъ. Поэтому ученіе о суверенитетѣ вмѣстѣ съ конструкціей юридической личности государства подлежитъ изытію изъ научнаго оборота въ государствовѣдѣніи. Таково общее положеніе. Къ суверенитету въ частности Дюги относится нѣсколько снисходительнѣе, чѣмъ къ юридической личности государства, именно, — онъ допускаетъ сохраненіе ученія о суверенитетѣ въ международномъ правѣ и считаетъ его въ этой области даже вполне опредѣленнымъ и точнымъ¹⁾. Зато во внутреннемъ государственномъ правѣ суверенитетъ представляется Дюги абсолютнымъ „ничто“. Съ такимъ утвержденіемъ никакъ нельзя согласиться. Въ современномъ общежитіи имѣются различныя организаціи и находятся онѣ въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что одной изъ нихъ, — государственной, принадлежитъ верховенство надъ ними²⁾. Этотъ фактическій распорядокъ и находитъ себѣ отраженіе въ ученіи о суверенитетѣ. Покуда факты не измѣнятся, ученіе сохранится въ силѣ.

1) Léon Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 349: En droit international la souveraineté est une notion très précise et très exacte.

2) Дюги самъ признаетъ такое верховенство какъ фактъ. См. *L'état, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 364—365: (Les gouvernants primaires) possèdent la plus grande force et quand ils veulent une chose ils peuvent toujours l'imposer par la force, sans qu'il y ait aucune voie de recours possible contre eux, sans que leur responsabilité puisse être mise en oeuvre. On les qualifie de souverains. Nous acceptons l'expression si l'on veut dire par là qu'étant les plus forts dans la société, il est en fait impossible de leur résister; il n'y a pas, au sens général du mot, d'appel possible contre eux. Непонятно, почему Дюги отказываетъ этому реальному факту въ соотвѣтственной юридической конструкціи.

§ 35. Населеніе.

I. P. Roth, Feudalität und Unterthanenverband, 1863; В. М. Гессенъ. Подданство, его установленіе и прекращеніе, томъ I, 1909 г.

II. Lorenz von Stein, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Band I, 1850; Robert von Mohl, Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaften, I Band, 1855; E. Grünfeld, Lorenz von Stein und die Gesellschaftslehre, 1910; L. Gumplowicz, Die sociologische Staatsidee, 1892; Durkheim, La division du travail social, 1894, 2-me édit, 1905; G. Simmel, Ueber sociale Differenzierung, 1895; Г. Зиммель, Соціальная дифференціація, перев. Н. Н. Вокачъ и И. А. Ильина со вступительной статьей Б. А. Кистяковскаго, 1909 г.; Th. Kistiakowski, Gesellschaft und Einzelwesen, 1899; Léon Bourgeois, Solidarité, 6-me édit, 1907; C. Bouglé, Le solidarisme, 1907; G. Duprat, La solidarité sociale, ses causes, son évolution, ses conséquences, préface par M. Richard, 1907; Н. И. Карѣевъ, Введеніе въ социологію, 2-ое изд., 1907 г.; М. М. Ковалевскій, Современные социологи, 1905 г.; Б. Н. Чичеринъ, Курсъ государственной науки, томъ II; М. А. Рейснеръ, Государство, часть II, главы I—II.

I. Соотвѣтственно тремъ основнымъ видамъ власти, которые дѣйствовали въ средніе вѣка, — сеньерату, сюзеренитету и муниципальной власти городскихъ общинъ, — различались въ ту эпоху и три вида подчиненія населенія власти, именно, — домэніальное подданство, вассальная зависимость и муниципальное гражданство. Юридическую основу домэніальнаго подданства составляло признаніе населенія принадлежностью земли, какъ объекта обладанія. Въ виду этого домэніальное подданство выражалось или въ полномъ порабощеніи лица, ставившемъ его въ положеніе юридического объекта, или въ такомъ умаленіи личной свободы, при которомъ личныя силы и имущество подданнаго предоставлялись въ хозяйственное распоряженіе сеньера. Вассальная зависимость основывалась на двустороннемъ договорѣ и была частичнымъ подчиненіемъ вассала сюзерену въ предѣлахъ, точно установленныхъ вассальнымъ договоромъ. Иерархическая лѣстничная организація феодальныхъ отношеній отражалась на вассальной зависимости въ томъ, что всякій вассаль состоялъ въ прямомъ подчиненіи только своему непосредственному сюзерену и лишь чрезъ него и послѣдовательный рядъ промежуточныхъ ступеней подчинялся косвенно и верховному въ странѣ сюзерену. Муниципальное гражданство сочетало

въ себѣ, съ одной стороны, прямое подчиненіе индивида власти, основанной не на договорѣ и не на землевладѣніи, а на статутѣ, съ другой стороны, участіе населенія въ городскомъ самоуправленіи, слѣдовательно, въ той же муниципальной власти.

Новое суверенное государство создало и новую форму подчиненія власти, — государственное подданство въ смыслѣ прямого (не по ступенямъ феодальной лѣстницы) и безусловнаго (не договорнаго) подчиненія всего населенія единой государственной власти. Изъ только что данной характеристики видно, что государственное подданство принципиально отличается отъ вассальной зависимости и составляетъ, можно сказать, прямую его противоположность. Съ муниципальнымъ гражданствомъ сближаетъ государственное подданство наличность прямого подчиненія единой производной власти. Общее съ доменіальнымъ подданствомъ имѣется у государственнаго подданства то, что въ абсолютныхъ монархіяхъ государственное властвованіе разсматривалось какъ властвованіе надъ территоріей и уже черезъ территорію — надъ населеніемъ, такъ что въ государственномъ подданствѣ сохранялись элементы зависимости по землѣ. Не смотря на это, государственное подданство не было ни рабствомъ, ни такимъ умаленіемъ личной свободы, которое предоставляло бы личныя силы и имущество подданныхъ въ хозяйственное распоряженіе власти. Государственное подданство всегда сочеталось, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, со свободой личности и неприкосновенностью частнаго хозяйства подданныхъ.

Паденіе монархическаго абсолютизма и установленіе народнаго представительства выдвинуло новую сторону въ отношеніи населенія къ государственной власти, именно, — участіе населенія во власти. Эта сторона не укладывалась въ прежнія тѣсныя рамки государственнаго подданства и была облечена въ новую конструкцію государственнаго гражданства на подобіе муниципальнаго гражданства (гражданинъ, вѣдь, это въ прямомъ смыслѣ обозначаетъ горожанина, тоже нѣм. Bürger и франц. citoyen). Гражданство не исключаетъ однако подданства, но совмѣщается съ нимъ. Всякій участникъ современнаго государственнаго общежитія, съ одной стороны, подчиняется безусловнымъ велѣніямъ государственной власти, съ другой стороны, участвуетъ во власти. Недаромъ еще Аристотель говорилъ, что гражданинъ это тотъ, кто частью повинуется, частью самъ повѣлываетъ. Государственноправовая терминологія новѣйшей Европы

называетъ подчиненіе власти государственнымъ подданствомъ (*obtemperantia subjectum facit*) и участіе во власти государственнымъ гражданствомъ. Въ каждомъ участникѣ современнаго государственнаго общежитія имѣется и подданный, и гражданинъ. Обиходная рѣчь для обозначенія отношенія индивида къ государственной власти выдвигаетъ то то, то другое названіе, причѣмъ обычно говорятъ о подданствѣ въ монархическихъ государствахъ и о гражданствѣ въ республикахъ. Принято говорить: русскій, германскій, англійскій подданный; французскій, швейцарскій, сѣверо-американскій гражданинъ. Въ основѣ такого словоупотребленія лежитъ очевидно та мысль, что подданство ведетъ свое начало отъ подданства монарху, въ которомъ сохранялись черты доманіальнаго подданства, и потому неудобно примѣнять этотъ терминъ къ республикѣ, въ которой нѣтъ монархической власти. По существу однако обычное словоупотребленіе не правильно, такъ какъ, съ одной стороны, въ монархіи, поскольку въ ней установлено участіе населенія во власти, имѣется не только подданство, но и гражданство; съ другой стороны, населеніе республики не только участвуетъ во власти, но и подчиняется ей, слѣдовательно, является и подданнымъ государству. Государственное подданство и государственное гражданство только въ своей совокупности выражаютъ отношеніе населенія къ власти въ современномъ государствѣ. Научный и оффиціальныи языкъ Германіи выработалъ поэтому новый терминъ, — принадлежность къ государству (*Staatsangehörigkeit*), для обозначенія отношенія населенія къ власти. Общее понятіе государственной принадлежности распадается уже затѣмъ на спеціальныя понятія подданства (*Untertanschaft*) и гражданства (*Bürgerschaft*), изъ которыхъ каждое имѣетъ, какъ мы это выяснили только что выше, свое особое значеніе.

II. Населеніе государства принято называть въ государствѣдѣніи народомъ. Слово народъ имѣетъ два значенія: этнографическое и политическое. Въ этнографическомъ смыслѣ народъ есть совокупность людей, связанныхъ общностью кровнаго происхожденія и духовнымъ единствомъ. Наиболѣе яркимъ внѣшнимъ выраженіемъ этого единства является языкъ. Народъ, какъ этнографически обособленное цѣлое, можетъ образовать одно государство или входить въ составъ разныхъ государствъ. Этнографическое понятіе народа независимо отъ понятія государства. Въ политическомъ смыслѣ народъ обозначаетъ населеніе, принадлежащее къ данному государству.

Въ теоретическомъ ученіи о населеніи государства новаго времени различаются двѣ послѣдовательныя концепціи (концепція — пониманіе) населенія, — индивидуалистическая и коллективистическая (собирательная), или социальная.

Индивидуалистическую концепцію развила и проводила школа естественнаго права. Она видѣла въ государствѣ установленіе общественнаго договора самоопредѣляющихся индивидовъ и въ населеніи — механическую сумму равныхъ другъ другу индивидовъ. Индивидъ и государственная власть находились, по воззрѣніямъ естественноправоваго школы, въ непосредственномъ отношеніи другъ къ другу. Не предполагали и даже не подозрѣвали существованія между индивидами какихъ либо связей, которыя слагались бы помимо установленія государственной властью и оказывали бы воздѣйствіе на организацію послѣдней.

Сомнѣнія въ правильности индивидуалистической концепціи и зародыши иного, коллективистическаго пониманія общезитія проявились еще во второй половинѣ XVIII столѣтія, т. е. въ эпоху формальнаго господства надъ умами школы естественнаго права и подготовленія ею принциповъ предстоявшей великой революціи. Новый складъ мысли слагался подъ вліяніемъ начинавшагося тогда изученія хозяйственной жизни народовъ. Экономисты обратили вниманіе на то, что хозяйственный укладъ жизни слагается независимо отъ политической организаціи, и что народъ не есть механическая сумма равныхъ другъ другу индивидовъ, такъ какъ между индивидами существуютъ извѣстныя отношенія помимо правовыхъ и политическихъ. Поворотъ отъ индивидуалистической концепціи замѣчается также у извѣстнаго историка и государствовѣда второй половины XVIII вѣка, — Августа Шлецера. Личность, по мнѣнію Шлецера, не живетъ въ государствѣ въ индивидуальномъ обособленіи, но входитъ въ общеніе съ другими личностями независимо отъ воздѣйствія государственной власти. Шлецеръ считалъ необходимымъ подвергнуть эти общенія, лежація внѣ досягаемости со стороны государственной власти, особому изученію и предложилъ назвать спеціально для этого предназначенную науку метаполитикою, т. е. ученіемъ о явленіяхъ за предѣлами государственной организаціи. Онъ составилъ даже краткій очеркъ новой науки, который предпосылалъ государственному праву и ученію о формахъ правленія.

Крушеніе индивидуалистической концепціи народа и смѣна ея концепціей коллективистической явились результатомъ того

практическаго и теоретическаго кризиса, который претерпѣла школа естественнаго права послѣ великой французской революціи, и смыслъ и значеніе котораго выяснены нами выше (см. стрн. 214—215 и § 29.)

Историческая школа, выводившая право и государство изъ единаго народнаго духа, а не изъ самоопредѣленія личности въ общественномъ договорѣ, отвергала индивидуалистическую концепцію народа и выходила на путь коллективистической концепціи, хотя и дѣлала это въ выраженіяхъ неопредѣленныхъ и нерѣдко туманныхъ.

Окончательное паденіе индивидуалистической концепціи связано съ появленіемъ соціологическаго ученія О. Конта, которое убѣдительно показало, что общество отнюдь не является установленіемъ индивидовъ, а напротивъ того человѣческая личность оказывается продуктомъ коллективнаго, соціальнаго развитія. Извѣстное намъ ученіе О. Конта о *consensus'ѣ* общественныхъ явленій обратило вниманіе на многообразіе и разносторонность общественныхъ отношеній и указало на невозможность обособленнаго изученія одной какой либо стороны этихъ отношеній, нпр. правопорядка или политической организаціи, внѣ связи со всѣми остальными.

Всѣ эти соціологическія положенія убѣждали государство-вѣдовъ въ несостоятельности непосредственнаго сопоставленія индивида и государственной власти и наводили на мысль о существованіи между индивидуальной жизнью и государственной организаціей нѣкоторыхъ особыхъ, промежуточныхъ отношеній и единеній между индивидами, на которыя, очевидно, опирается и самая организація государства. Мысль объ этомъ перешла къ дѣятельному изученію вопроса подъ вліяніемъ новаго толчка извнѣ, который данъ ей былъ второй французской революціей, — революціей 1848 года.

Теоретически установленное школою естественнаго права равенство индивидовъ превратилось путемъ законодательства великой революціи въ норму положительнаго права. Слѣдствіемъ этого, казалось, должно было быть фактическое уравниеніе всѣхъ въ пользованіи земными благами и въ участіи во власти. Однако на самомъ дѣлѣ такого уравниенія не послѣдовало. Съ отмѣною привилегій духовенства и дворянства экономическое и политическое господство перешло къ третьему сословію, но оказалось, что третье сословіе это далеко не всѣ, вопреки увѣреніямъ аббата

Сійаса, который говорилъ во время революціи: *le tiers état c'est tous*. Равенствомъ воспользовались фактически сильныя, а слабыя такъ и не удалось приступить къ жизненному пиру. Обойденнымъ оказался тотъ *menu peuple* (маленькій народъ, „мизинные люди“, какъ говаривалъ нашъ экономистъ-самоучка Посошковъ при Петрѣ Великомъ), существованіе котораго въ широкихъ юридическихъ рамкахъ третьяго сословія прозорливо отмѣчалъ еще историкъ и государствовѣдъ XVI вѣка Этьенъ Паскье. Изъза третьяго сословія всплыло на поверхность четвертое сословіе, классъ немущихъ и рабочихъ, которые не могли довольствоваться ни формальнымъ юридическимъ равенствомъ, ни формальной свободой. Выступленіе четвертаго сословія и вызвало революцію 1848 года. Четвертое сословіе стало домогаться фактической свободы путемъ обезпеченія ему труда и достаточныхъ средствъ существованія. Былъ поставленъ на очередь т. н. социальный вопросъ, и до нынѣ составляющій коренной вопросъ организованнаго общежитія.

Практическая постановка социальнаго вопроса оказала существенное вліяніе на научную мысль. Стали задумываться надъ тѣмъ, почему ранѣе проглядѣли этотъ вопросъ, и въ силу какихъ причинъ онъ всплылъ наружу въ столь острой формѣ. Тогда то окончательно убѣдились въ несостоятельности индивидуалистической концепціи общежитія и рѣшительно перешли къ концепціи коллективистической. Ошибка заключалась въ томъ, что населеніе разсматривали какъ механическую сумму равныхъ индивидовъ и вѣрили въ непосредственное соприкосновеніе индивида и государственной власти, вслѣдствіе чего и были убѣждены въ томъ, что формальныя предписанія послѣдней въ состояніи обезпечить фактическое равенство всѣхъ. На дѣлѣ однако оказалось иное. Между индивидами устанавливаются связи и отношенія независимо отъ государственной власти. Этими связями и отношеніями опредѣляется фактическое положеніе индивидовъ, ихъ, такъ сказать, удѣльный вѣсъ въ общежитіи, сообразно которому использованіе формальнаго юридическаго равенства и формальной свободы оказывается для нихъ доступнымъ въ различномъ видѣ и въ далеко неодинаковой степени.

Подъ вліяніемъ новыхъ фактовъ и вызванныхъ ими новыхъ воззрѣній стали различать въ общежитіи (въ обществѣ въ широкомъ смыслѣ) двѣ стороны: общество и государство. Подъ обществомъ разумѣютъ тѣ связи, отношенія и организаціи,

которыя устанавливаются между индивидами помимо воздѣйствія власти. Подъ государствомъ разумѣютъ специально организацію властвованія. Государственная власть создается не на почвѣ разрозненнаго существованія индивидовъ, а на почвѣ общественныхъ (соціальныхъ) отношеній, которыя и оказываютъ опредѣляющее дѣйствіе на государственную организацію.

Основное значеніе въ дѣлѣ соціальной дифференціаціи, т. е. дѣленія суммы индивидовъ на различныя части, и интеграціи, т. е. сведенія этихъ частей въ извѣстныя единенія, принадлежитъ хозяйственнымъ потребностямъ въ обеспеченіи матеріальнаго существованія индивидовъ. Сообразно этому ученіе объ обществѣ разрабатывалось въ первую голову трудами экономистовъ; въ этомъ дѣлѣ первое мѣсто принадлежало въ половинѣ XIX столѣтія Карлу Марксу.

Въ области государствовѣдѣнія ученіе объ обществѣ было развито въ пятидесятихъ годахъ XIX ст. Лоренцомъ фонъ-Штейномъ, который также полагалъ въ основу соціальной организаціи экономическіе интересы. Примыкая къ Лоренцу Штейну, другой нѣмецкій государствовѣдъ Робертъ фонъ Молъ расширилъ объемъ организующихъ соціальныхъ интересовъ, введя въ ихъ число также и духовныя интересы индивидовъ.

Такимъ путемъ на мѣсто индивидуалистической концепціи населенія водворилась въ государствовѣдѣніи концепція коллективистическая, или соціальная. Съ точки зрѣнія послѣдней населеніе представляется уже не суммой разрозненныхъ индивидовъ, а обществомъ, распадающимся на извѣстныя группы. Единство того или другого интереса объединяетъ индивидовъ въ опредѣленную группу. Различіе интересовъ противопоставляетъ группы другъ другу.

Для лучшаго выясненія соціальнаго строенія населенія въ государствѣ, мы постараемся начертать нѣкоторую схему соціальныхъ интересовъ, которую отнюдь не считаемъ ни исчерпывающей, ни единственно правильной, но которую все же признаемъ полезною для перваго ознакомленія съ вопросомъ.

Можно указать три основныхъ начала, объединяющихъ индивидовъ въ общественныя группы. Это — слѣдующія начала: фізіологическое начало кровнаго родства, экономическое начало производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ и духовное начало нравственнаго и умственнаго развитія.

Физиологическое начало кровного родства можетъ быть признано первоначальнымъ источникомъ объективнаго распорядка въ человѣческомъ общежитіи. Однимъ изъ наиболѣ раннихъ общежительныхъ союзовъ является родъ, въ которомъ власть принадлежитъ старѣйшимъ. Съ теченіемъ времени начало кровнаго родства смѣняется территоріальною связью. Въ общинѣ и въ государствѣ связь по крови лишена уже значенія политическаго организаціоннаго начала. Зато выступаетъ другая сторона этой связи — культурная. На началѣ кровнаго родства слагается народъ въ этнографическомъ смыслѣ, или національность, образующая особенную общественную группу. Физиологическая связь кровнаго родства составляетъ только первоначальное основаніе, на которомъ созидается затѣмъ высшее духовное единство, обусловленное наслѣдственной передачей отъ поколѣнія къ поколѣнію нравовъ, быта и культуры. Сознаніе этого наслѣдія и образуемаго имъ духовнаго единства превращаетъ первобытные роды и племена въ народъ, или національность. Кровный интересъ отступаетъ на задній планъ, и народность образуетъ особую общественную группу, основанную на общности культурныхъ интересовъ. Въ проявленіи своихъ духовныхъ силъ и въ достиженіи этимъ путемъ культурной самостоятельности народности видятъ свое призваніе и назначеніе. По пути ихъ осуществленія народность создаетъ національное государство или входитъ въ составъ государства вмѣстѣ съ другими народностями на началахъ большаго или меньшаго господства надъ ними, подчиненія имъ или равноправія.

Экономическое начало производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ оказываетъ существеннѣйшее воздѣйствіе на образованіе общественныхъ группъ. Само оно вытекаетъ изъ сотрудничества индивидовъ, необходимаго для господства чловѣка надъ внѣшней природой, которое дѣлаетъ возможнымъ самое существованіе людей. Несложность сотрудничества въ первобытномъ производствѣ имѣетъ своимъ слѣдствіемъ общую бѣдность первобытныхъ обществъ и не проводитъ между отдѣльными ихъ частями рѣзкихъ экономическихъ различій. При большемъ развитіи осложненнаго сотрудничества производство усиливается и нарастаетъ сумма добываемыхъ благъ. Накопленіе имущественныхъ благъ ведетъ къ расчлененію общества на отдѣльные общественные классы. Выдѣляются два основныхъ общественныхъ класса: обладающихъ имуществомъ, и м у щ и х ъ и не обладающихъ имъ.

дающихъ имуществомъ, неимущихъ. Неимущіе располагаютъ только собственной рабочей силой и въ личномъ трудѣ находятъ единственный источникъ для своего существованія. Имущіе стремятся жить съ дохода, который можетъ дать наличное ихъ имущество. Полученіе дохода возможно лишь при приложеніи къ имуществу человеческого труда. Трудя ищутъ какъ разъ неимущіе. Такимъ образомъ возникаетъ взаимная обусловленность имущества и труда и зависимость неимущихъ отъ имущихъ. Характеръ этой зависимости опредѣляется способами привлеченія труда неимущихъ. Неимущіе привлекаются къ труду принудительно или по свободному соглашенію. Принудительное привлеченіе труда неимущихъ выражается въ формѣ рабства и крѣпостничества. При увеличившихся требованіяхъ интенсивности и продуктивности труда, а также вслѣдствіе наростанія сознательности въ поработанныхъ массахъ принудительный трудъ оказывается съ теченіемъ времени неудовлетворительнымъ и уступаетъ мѣсто основанному на соглашеніи вольнонаемному труду. Вольность, т. е. свобода наемнаго труда крайне относительна. Она обозначаетъ только отсутствіе юридической обязанности нести трудовую повинность въ пользу господина, не болѣе. Какъ выборъ „вольнаго“ труда, такъ тѣмъ болѣе условія найма опредѣляются взаимоотношеніемъ спроса и предложенія труда, которое удерживаетъ неимущихъ въ неизмѣнной фактической зависимости отъ имущихъ. Въ средѣ имущихъ происходитъ дальнѣйшее расчлененіе, вызываемое различными размѣрами находящагося въ ихъ обладаніи имущества. Выдѣляются общественные классы крупныхъ, среднихъ и мелкихъ собственниковъ. Интересы ихъ въ значительной мѣрѣ различны и приходятъ во взаимное столкновеніе, что отражается и на положеніи неимущаго класса рабочихъ. Дальше расчлененіе общественныхъ классовъ происходитъ подъ вліяніемъ качественныхъ различій имущества, — земельного, торгово-промышленнаго и денежнаго. Возникаютъ особые общественные классы землевладѣльцевъ, торговцевъ и промышленниковъ и денежныхъ капиталистовъ, съ подраздѣленіемъ ихъ на крупныхъ, среднихъ и мелкихъ. Общая зависимость неимущаго класса рабочихъ отъ имущихъ классовъ ведетъ къ тому, что въ соотвѣтствіи съ расчлененіемъ имущихъ классовъ расчленяется и масса рабочихъ. Возникаетъ различіе въ положеніи сельскихъ, заводскихъ, фабричныхъ рабочихъ, а также рабочихъ въ мел-

кихъ, среднихъ и крупныхъ предпріятіяхъ. Наряду съ физическимъ трудомъ открывается широкая область умственного труда, технического и теоретическаго, объединяемаго въ общемъ понятіи т. н. свободныхъ профессій. Представители послѣднихъ, смотря по характеру своего труда и достигаемаго имъ достатка, занимають то или другое мѣсто въ средѣ неимущихъ или имущихъ классовъ.

Общественные классы распредѣляются іерархически въ порядкѣ послѣдовательной зависимости менѣе матеріально обеспеченныхъ отъ болѣе обеспеченныхъ, или, выражаясь иначе, низшихъ отъ высшихъ. Строеіе общественныхъ классовъ можно представить себѣ въ видѣ лежащихъ другъ на другѣ слоевъ, раздѣленныхъ горизонтальными плоскостями.

Кромѣ выдѣленія общественныхъ классовъ экономическое начало проявляетъ свое дѣйствіе еще въ другомъ направленіи. Занимаемая населеніемъ государства территория дѣлится на отдѣльныя части, каковы: сельскія общины, города и отдѣльныя провинціи. Расчлененіе государственной территории на отдѣльныя части слагается исторически. Осѣдлая жизнь начинается съ мелкихъ территоріальныхъ союзовъ, — съ сельской, затѣмъ и городской общины. Мелкіе территоріальные союзы слагаются въ болѣе крупныя, — земли, изъ которыхъ затѣмъ въ процессѣ государственнаго объединенія (собрания земли и власти) образуется единая государственная территория. Первоначальное экономическое сотрудничество осѣдлаго населенія проявляется въ мелкихъ территоріальныхъ союзахъ, вслѣдствіе чего послѣдніе вступали въ составъ обширной государственной территории въ качествѣ самостоятельныхъ до извѣстной степени въ экономическомъ отношеніи частей. Эту черту нѣкоторой экономической самостоятельности, или, быть можетъ, точнѣе обособленности они не утрачиваютъ и въ дальнѣйшей государственной жизни. На этомъ основаніи отдѣльныя мѣстности, какъ то — сельскія и городскія общины, а также болѣе обширныя области (провинціи) образуютъ особыя общественныя группы, имѣющія особыя экономическіе интересы, свои хозяйственныя нужды и потребности, и стремящіяся къ удовлетворенію этихъ нуждъ и потребностей. Экономическія потребности побуждаютъ нѣкоторыя части населенія покидать первоначальную государственную территорию и заводить за ея предѣлами новыя поселенія. Такимъ образомъ возникаютъ окраины (украины) и колоніи.

Между ними и основной государственной территорией, или метрополіей, устанавливаются своеобразныя экономическія отношенія, создающія для окраинъ и колоній особыя интересы и выдѣляющія ихъ изъ общей массы населенія государства въ особую общественную группу. Экономическое начало выдѣленія отдѣльныхъ мѣстностей въ особыя общественныя группы осложняется нерѣдко элементами національными и вѣроисповѣдными. Это происходитъ тогда, когда отдѣльныя мѣстности въ государствѣ, обнимающемъ собою нѣсколько національностей, населены исключительно или преимущественно одной народностью, или же когда колонизація совершается членами угнетенной народности или гонимаго вѣроисповѣданія. Тогда къ экономическимъ интересамъ присоединяется стремленіе къ національному обособленію и вѣроисповѣдной свободѣ, что вмѣстѣ взятое создаетъ изъ мѣстныхъ союзовъ общественныя группы особенной сложности.

Если общественные классы мы сравнивали съ лежащими другъ на другѣ слоями, раздѣленными горизонтальными плоскостями, то мѣстныя общественныя группы мы можемъ уподобить сверху до низу идущимъ камерамъ, отдѣленнымъ другъ отъ друга вертикальными плоскостями.

Духовное начало соціальной дифференціаціи и интеграціи проявляется прежде всего въ религіи, какъ наиболѣе древней и до сихъ поръ наиболѣе распространенной и могущественной формѣ духовной жизни. Религія проявляется въ общежитіи въ видѣ отдѣльныхъ вѣроисповѣданій. Организованная совокупность лицъ одного и того же вѣроисповѣданія составляетъ церковь или религіозную общину. Отдѣльныя церкви и религіозныя общины образуютъ особыя общественныя группы, которыя стремятся то къ исключительному господству, то къ одинаковому съ другими положенію въ государствѣ.

Населеніе государства представляетъ собою совокупность разнаго рода общественныхъ группъ, объединенныхъ внутри единствомъ групповыхъ интересовъ, и противостоящихъ другъ другу со своими различными интересами. Фактическимъ соотношеніемъ силъ общественныхъ группъ опредѣляется достижимое равновѣсіе ихъ интересовъ и основанная на этомъ равновѣсіи государственная организація, воплощающая въ себѣ возможное единство общихъ всѣмъ интересамъ, интересовъ государственныхъ.

Основное значеніе въ социальномъ строеніи населенія принадлежитъ дѣленію его на общественные классы. Различія, существующія между отдѣльными общественными классами, либо закрѣпляются государственно-правовымъ порядкомъ, либо нивелируются (выравниваются) послѣднимъ. Въ первомъ случаѣ получается сословный строй населенія, во второмъ — т. н. государственно-гражданскій. При сословномъ строѣ классовыя различія превращаются въ права и привилегіи личнаго и корпоративнаго характера, переходящія по наслѣдству. При государственно-гражданскомъ строѣ классовыя различія какъ бы игнорируются правомъ, и признается равенство всѣхъ передъ закономъ. Это равенство является однако формальнымъ и по существу оно нисколько не отмѣняетъ классовыхъ различій. Въ порядкѣ историческаго развитія сословный строй предшествуетъ государственно-гражданскому и смѣняется послѣднимъ. Значеніе формальнаго равенства всѣхъ передъ закономъ заключается въ томъ, что оно не закрѣпляетъ сложившихся классовыхъ различій и этимъ облегчаетъ ихъ дальнѣйшую эволюцію. Примѣнительно же къ отдѣльной личности отсутствіе сословныхъ привилегій и запретовъ имѣетъ то значеніе, что предоставляетъ индивиду возможность передвиженія изъ одного общественнаго класса въ другой и возвышенія по ступенямъ общественной лѣстницы. Само собою разумѣется, что такая возможность оказывается практически весьма ограниченной. Нельзя однако отрицать того, что при государственно-гражданскомъ порядкѣ она все же существуетъ, между тѣмъ какъ сословный строй ее совершенно отрицаетъ или же въ высшей степени стѣсняетъ. Государственно-гражданскій порядокъ является выраженіемъ демократизаціи общества.

Глава XI. Функціи и органы государства.

§ 36. Основныя отрасли проявленія государственной власти.

G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, VIII u. XVIII Kapitel; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, III Band, III Kapitel; O. Hintze, Staatsverfassung und Heeresverfassung, 1906; Э. Дженксъ, Происхождение верховной власти, переводъ съ англійск. Н. Серебрякова, 1907 г.; Henri Rolin, Prolégomènes à la science du droit, 1911, p. 98—103 sq.; Marchet, Studien über die Entwicklung der

Verwaltungslehre in Deutschland, 1885; М. А. Рейснеръ, Общественное благо и абсолютное государство, Вѣстникъ Права, 1902 г., № 9 и 10; Вильгельмъ Гумбольдтъ, Опытъ установленія предѣловъ государственной дѣятельности, русск. перев. Паевской, 1908 г.; Джонъ Стюартъ Милль, Утилитаріанизмъ. О свободѣ, перев. съ англійск. А. Н. Невѣдомскаго, 1882 г.; Henry Michel, L'idée de l'état, 1896; Анри Мишель, Идея государства, русск. перев., 1909 г.; А. Н. Фатѣевъ, Развитие индивидуализма въ исторіи политическихъ ученій, 1904 г.; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, 1909 г., глава II; Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre, II Theil, Einleitung: Die Lehre vom Begriff, Inhalt, System und Recht der Verwaltung, 1866 (Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., II Theil, 1887); O. von Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884; A. V. Dicey (Дайси), Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, 1905 г.; французское издание: Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX siècle, 1906; изложеніе Дайси по-русски: В. Θ. Дерюжницкій, Общественное мнѣніе и законодательство въ Англии, Вѣстникъ Европы, 1906 г., окт. и ноябрь; E. Bernatzik, Polizei und Kulturpflege въ Systematische Rechtswissenschaft (Hinneberg's Kultur der Gegenwart, II, 8), 1. Aufl. 1906, 2. Aufl. 1913.

Различаютъ три основныя отрасли проявленія государственной власти: законодательство, судъ и управленіе. Законодательство есть дѣятельность государственной власти, направленная на установленіе юридическихъ нормъ. Судъ есть дѣятельность государственной власти, направленная на защиту и восстановленіе права въ случаяхъ спора о правѣ или нарушенія права. Третья отрасль проявленія государственной власти, — управленіе, далеко не представляется столь опредѣленной, какъ первыя двѣ. Недаромъ нѣкоторые государствовѣды (нпр., нѣмецкій ученый Sarwey) отказываются дать положительное ея опредѣленіе и описываютъ ее отрицательно, указывая, что управленіе обнимаетъ собою всю ту дѣятельность государства, которая остается за вычетомъ законодательства и суда.

Содержаніе управленія весьма сложно по многообразію и разносторонности входящей въ его составъ государственной дѣятельности. Еще Аристотель говорилъ, что содержаніемъ той отрасли проявленія государственной власти (или, какъ онъ выражался, той части государственнаго строя), которую мы теперь называемъ управленіемъ (и которую онъ называлъ начальственной, *τὸ περὶ τὰς ἀρχάς*), является вообще государственная забота (*ἐπιμέλεια πολιτικῆ*). По мѣрѣ того какъ расширяется кругъ дѣлъ, заботу о которыхъ принимаетъ на себя государство, раз-

ростаетъ содержаніе управленія. Если мы обратимся къ современному государству, то содержаніе его дѣятельности по управленію представится намъ въ слѣдующихъ чертахъ. Все управленіе можетъ быть раздѣлено на внѣшнее и внутреннее. Подъ внѣшнимъ управленіемъ разумѣютъ веденіе т. н. иностранныхъ дѣлъ, т. е. сношеній съ другими государствами. Внутреннее управленіе обнимаетъ всю совокупность разностороннихъ заботъ государственной власти о населеніи во внутренней жизни государства. Въ прежнее время вплоть до середины XIX столѣтія называли управленіе государственнымъ устройствомъ, или полиціей (отъ греческаго *πολιτεία* = государственное устройство). Въ первую половину XIX вѣка различали при этомъ полицію безопасности (*Sicherheitspolizei*) и полицію благосостоянія (*Wohlfahrtspolizei*). Подъ первой разумѣли управительную дѣятельность государства, направленную на обезпеченіе личной и имущественной безопасности населенія, подъ второй — дѣятельность, направленную на споснѣшествованіе благосостоянію населенія, какъ матеріальному, такъ и духовному. Къ полиціи безопасности относили прежде всего организацію внѣшней оборонительной силы государства, — войска, и слѣдовательно, все военное управленіе, а затѣмъ организацію, предназначенную для обезпеченія безопасности внутри страны въ обычныхъ условіяхъ жизни, т. е. полицію въ тѣсномъ смыслѣ, то, что теперь принято называть полиціей исключительно; сверхъ организаціи сюда же относятся предписанія и дѣйствія, издаваемые и совершаемыя въ видахъ обезпеченія безопасности. Къ полиціи благосостоянія относили заботы государства о народномъ здоровіи, продовольствіи, о добывающей и обрабатывающей промышленности, о народномъ просвѣщеніи, религіозныхъ потребностяхъ населенія и т. д. Дѣленіе внутренняго управленія на полицію безопасности и полицію благосостоянія вывелось изъ научнаго обихода вмѣстѣ съ исчезновеніемъ термина „полиція“ для обозначенія управленія. Нельзя однако отрицать того, что въ старомъ, нынѣ оставленномъ дѣленіи давалась довольно удачная формулировка двойственнаго характера общаго содержанія внутренняго управленія. Въ самомъ дѣлѣ, эта отрасль проявленія государственной власти выражается, съ одной стороны, въ предупрежденіи и пресѣченіи всякаго рода нарушеній безопасности населенія, съ другой стороны, въ споснѣшествованіи удовлетворенію культурныхъ интересовъ населенія.

Сложное проявление государственной власти въ законодательствѣ, судѣ и особенно въ разносторонней области управленія явилось результатомъ долгаго историческаго процесса. Первоначальныя функціи политической организаціи были несравненно проще и элементарнѣе.

Если мы обратимся къ народному государству ранней эпохи осѣдлой культуры, то увидимъ, что въ немъ функціи власти сводились къ обезпеченію внѣшняго и внутренняго мира и въ соотвѣтствіи съ этимъ обнимали собою воеводство и судъ. Такимъ образомъ вначалѣ мы можемъ констатировать въ проявленіяхъ политической власти отсутствіе законодательства, наличность суда и одно лишь военное управленіе.

Воеводство составляло издревле первую и основную функцію власти. Надо считать наиболѣе вѣроятнымъ и, быть можетъ, даже достовѣрнымъ, что военная организація положила начало организаціи политической. Связь обѣихъ организацій настолько тѣсна, что государствовѣды-историки подмѣчаютъ зависимость измѣненій формъ властвованія отъ измѣненій въ строѣ военной силы. Въ самомъ дѣлѣ, народному войску и дружинѣ соотвѣтствуетъ народоправство вѣча съ княземъ, профессиональному войску богатыхъ всадниковъ (рыцарей, Ritter = всадникъ) — феодальный строй съ господствомъ военно-землевладѣльческой аристократіи, регулярной арміи изъ рекрутовъ — монархическій абсолютизмъ, всеобщей воинской повинности, — новое участіе народа во власти въ видѣ народнаго представительства. Такія параллели не могутъ не наводить на размышленіе. Какъ бы то ни было, военный характеръ политической организаціи чувствуется и въ современномъ государствѣ, — и въ воинскомъ званіи монарховъ, и въ принципиально важномъ значеніи отбыванія воинской повинности для пользованія государственно-гражданскими правами и, наконецъ, въ томъ что вооруженная военная сила является рѣшительнымъ средствомъ принужденія и крайнимъ основаніемъ (*ultima ratio*) властвованія.

Наряду съ воеводствомъ въ составъ начальныхъ функцій власти входилъ и судъ, однако не въ столь полной мѣрѣ, какъ первое. Военное управленіе принадлежало древней власти полностью, какъ и современной. Иначе обстояло дѣло съ судомъ. Въ судѣ можно различать слѣдующіе моменты: возбужденіе дѣла, распознаніе права и неправды, снабженіе приговора внѣшнимъ авторитетомъ и его исполненіе. Всѣ эти моменты находятся въ

настоящее время подъ воздѣйствіемъ государственной власти. Уголовныя дѣла возбуждаются по инициативѣ государственной власти; стороны участвуютъ въ судовомъ рѣшеніи путемъ состязанія, но судья вмѣшивается въ дѣло активно и, что самое главное, имѣетъ исключительныя полномочія въ дѣлѣ присканія и истолкованія нормы права, по которой дѣло будетъ рѣшено. Въ древности всѣ дѣла, въ томъ числѣ и уголовныя, возбуждались исключительно по частной инициативѣ; процессъ былъ безусловно состязательный, стороны являлись на него съ пособниками („съ помощью“), судья былъ безмолвнымъ свидѣтелемъ состязанія сторонъ; нахожденіе соотвѣтственной случаю (казусу) нормы обычнаго права было дѣломъ представителей общины, знатоковъ, вѣщателей права; судья только снабжалъ ихъ приговоръ вѣщаніемъ авторитетомъ и содѣйствовалъ приведенію его въ исполненіе. Примѣнительно къ мифологическому образу Феиды, изображаемой съ вѣсами въ одной рукѣ и съ мечомъ въ другой, можно сказать, что государственная власть первоначально не брала въ свои руки вѣсовъ и ограничивалась однимъ лишь мечомъ правосудія.

Для военныхъ нуждъ, составлявшихъ главную заботу власти, поскольку военная сила сама себя не кормила добычей, нужны были средства, и эти средства доставлялись взиманіемъ дани (налога несомнѣнно военнаго происхожденія) и пошлинъ отъ суда. Такимъ образомъ къ воеводству и суду присоединялось несложное финансовое управленіе.

Правотвореніе принципиально не признавалось функціей власти, ибо царило обычное право, старина и пошлина отцовъ и дѣдовъ, предъ которой преклонялись и властвующие, и подвластные. Древніе законы и сборники законовъ были ничѣмъ инымъ, какъ записью обычнаго права, и немногочисленные законодательные акты власти (уставы князей) скорѣе авторитетно констатировали наличность юридическаго обычая, чѣмъ создавали новыя нормы права. Древняя власть вступала на путь законодательства только подъ давленіемъ необходимости, когда установленіе новой нормы настоятельно требовалось жизнью. Древность выдвигала два вопроса, требовавшихъ законодательнаго, такъ сказать, рѣшенія, именно, — необходимость прекращенія самоуправства, бывшаго до воспріятія властью меча правосудія судебною самопомощью, и необходимость разрѣшенія остраго соціальнаго конфликта, вызывающагося рѣдкостью капитала и крайней дороговизной кредита. Сообразно этому древнѣйшіе законы содержать въ себѣ главнымъ

образомъ отмѣну самоуправства (такова, нпр., окончательная отмѣна мести на съѣздѣ сыновей Ярослава) и регламентацію кредитныхъ сдѣлокъ (таковъ, нпр., уставъ Владимира Мономаха о рѣзѣ, т. е. о процентахъ). Но, повторяемъ, древняя власть вступала на путь законодательства только спорадически (разрозненно), подъ давленіемъ необходимости, не возводила этого въ систему и въ принципѣ не считала правотворенія въ числѣ своихъ функцій.

Ограниченіе функцій власти воеводствомъ и судомъ съ добавленіемъ несложнаго финансоваго управленія сохранилось и при феодальномъ строѣ. Оно характеризовало и домѣніальную власть, и власть сюзеренную. Недаромъ средневѣковые юристы, сосредоточивавшіе свое вниманіе на мирной дѣятельности, опредѣляли политическую власть какъ юрисдикцію (*iurisdictio*), т. е. отправленіе суда, и уже изъ юрисдикціи выводили воеводство и финансовое управленіе. У муниципальной власти функціи были нѣсколько сложнѣе, онѣ простирались на управленіе торговлей и промыслами, ибо гильдіи и цехи, хотя и были самостоятельными корпораціями, все же находились подъ надзоромъ городского начальства. Культурныя потребности не составляли предмета заботъ политической организаціи. Если для удовлетворенія такихъ потребностей, какъ народное здравіе, продовольствіе въ голодные годы и, главнымъ образомъ, народное образованіе, и слагались нѣкоторыя мѣры организованнаго попеченія, то такія мѣропріятія исходили въ средніе вѣка не отъ политической организаціи, а отъ церкви. Убѣжищами и разсадниками культуры являлись монастыри, которые подавали населенію медицинскую помощь и организовали народное продовольствіе въ години бѣдствій, дѣлали это не безмездно и не безкорыстно, но все же дѣлали и организовали. Особенно знаменательна была организаторская роль церкви по народному образованію. Школьное дѣло зародилось и развивалось въ вѣдѣніи церкви. Церковными учрежденіями были въ средніе вѣка и университеты, т. е. корпораціи ученыхъ и учениковъ (*universitates doctorum et scholarium*), учреждавшіяся папой и получавшія отъ него привилегіи на занятіе наукой и обученіемъ.

Воздвигшееся къ XVI вѣку на развалинахъ феодализма единое централизованное государство новаго времени существенно расширило и усилило функціи своей производной власти въ непосредственномъ воздѣйствіи ея на все населеніе. Собираніе

земли и власти, путемъ котораго образовалось новое государство, было вызвано тѣмъ, что экономическая жизнь страны переросла тѣсныя формы замкнутаго домѣніальнаго и городского хозяйства и стремилась къ установленію болѣе широкаго народнаго хозяйства, охватывающаго и объединяющаго все населеніе страны. Дробленіе власти, приводившее къ обилію юрисдикцій и взаимно не упорядоченныхъ финансовыхъ инстанцій, являлось существеннымъ препятствіемъ на пути къ экономическому объединенію страны. Интересы послѣдняго требовали сосредоточенія власти въ одномъ центрѣ и исходящей изъ него упорядоченной системы суда и обложенія. Къ тому же давленіе власти, простирающейся на большую территорію, было менѣе чувствительно и тягостно для каждаго индивидуальнаго хозяйства въ отдѣльности, чѣмъ такое же давленіе въ узкихъ предѣлахъ небольшихъ сеньерій, ибо, чѣмъ больше площадь давленія, тѣмъ меньше давленіе, испытываемое каждой квадратной единицей въ отдѣльности. Это отлично понимали, и къ концу средневѣковья сложилась въ городскихъ кругахъ соотвѣтственная поговорка, которая гласила: *sub rege vivere ipsa est libertas*, — жить подъ властью царя (а не сеньера) это уже само по себѣ есть свобода.

Въ процессѣ экономическаго объединенія страны разрослись и осложнились функціи государственной власти.

Сначала путемъ отдѣльныхъ изыятій изъ сеньеріальной юрисдикціи (т. н. королевскихъ случаевъ, *cas royaux*), а потомъ въ видѣ общаго правила судъ превратился въ исключительное дѣло королевское, государево и въ этомъ смыслѣ государственное, такъ что оставшаяся впредь до окончательной отмѣны домѣніальныхъ правъ сеньеріальная юрисдикція разсматривалась какъ делегация единаго государственнаго суда. Огосударствленіе суда выразилось далѣе въ полной отмѣнѣ древней судебной самопомощи населенія, въ устраненіи общественнаго элемента свѣдущихъ людей (вѣщателей права) и передачѣ судейскихъ должностей исключительно профессиональнымъ государевымъ людямъ. Эти государственные судьи стали судить не на основаніи многообразныхъ мѣстныхъ юридическихъ обычаевъ, а по единому для всѣхъ праву, признанному за таковое или вновь установленному государевой властью. Огосударствленіе суда, однажды ставъ фактомъ, превратилось затѣмъ въ основной принципъ государственной организаціи и продолжаетъ признаваться таковымъ вплоть до нашихъ дней.

Управленіе въ новомъ государствѣ не могло ограничиться

централизаціей военнаго и финансоваго дѣла и поневолѣ распро-
 странилось на многообразные запросы хозяйственной жизни страны,
 такъ какъ стремленіе послѣдней къ экономическому объединенію
 и было главной причиной собиранія земли и власти. Отрицаніе
 политической супрематіи церкви, опасеніе клерикальнаго господ-
 ства надъ умами, сознаніе всей важности направленія умствен-
 наго развитія въ ту или другую сторону, наконецъ, потребность
 въ образованныхъ агентахъ власти, — все это побудило госу-
 дарство взять въ свои руки дѣло народнаго образованія (въ
 частности университеты), а также извѣстное руководство рели-
 гіозной жизнью населенія. Эти заботы государства о духовномъ,
 въ особенности религіозномъ развитіи населенія принимали раз-
 личныя формы въ зависимости отъ отношеній между государ-
 ствомъ и церковью, которыя въ свою очередь слагались различно
 въ странахъ католическихъ и некаатолическихъ, особенно протес-
 тантскихъ. Какъ бы то ни было, въ сферу государственнаго
 воздѣйствія вошли постепенно заботы объ удовлетвореніи всѣхъ
 культурныхъ нуждъ населенія, какъ матеріальныхъ, такъ и духов-
 ныхъ. Если въ средніе вѣка политическая власть выступала
 какъ юрисдикція, то въ новомъ государствѣ она оказалась пре-
 имущественно управленіемъ, или, какъ тогда говорили, полиціей,
 отчего и весь характеръ новаго государства получилъ названіе
 полицейскаго государства.

Первоначально задача государственнаго управленія заключа-
 лась въ освобожденіи общественныхъ организацій и личности отъ
 гнета феодальныхъ порядковъ, въ отстаиваніи ихъ самостоятель-
 ности, въ своего рода опеку надъ ними. Но по мѣрѣ ослабленія
 феодальныхъ порядковъ и даже послѣ ихъ распадѣнія государ-
 ственная опека не прекратилась и получила самодовлѣющее зна-
 ченіе въ смыслѣ властнаго направленія населенія къ достиженію
 матеріальнаго благосостоянія и духовнаго благоденствія. Въ
 чемъ заключается это благосостояніе и благоденствіе, каковы
 цѣли культуры, каковы средства ихъ достиженія, всѣ эти вопросы
 разрѣшались государственною властью и проводились въ жизнь
 при помощи специальныхъ слугъ государства, — профессиональ-
 ныхъ чиновниковъ. Населеніе разсматривалось какъ безформен-
 ная масса, которую государство обрабатываетъ въ культурномъ
 отношеніи по намѣченному властью плану. Населенія ни о чемъ
 не спрашивали, съ нимъ не считались, ему лишь предписывали,
 приказывали, властно вели его къ культурному преуспѣянію.

Управленіе въ полицейскомъ государствѣ въ принципѣ отрицало какое бы то ни было самоопредѣленіе индивида и общественныхъ группъ и всецѣло покоилось на началѣ всеобъемлющей и всепоглощающей опеки государства надъ личностью и обществомъ.

Полное огосударствленіе суда и широкое, можно сказать, безпредѣльное развитіе государственнаго управленія привели государство къ необходимости самостоятельнаго правотворенія, и, слѣдовательно, къ установленію и упроченію законодательной функціи власти. Законодательство устанавливало единообразную и прочную юридическую норму для судебныхъ рѣшеній. Оно же опредѣляло цѣли культурнаго развитія населенія и точно регламентировало пути и средства ихъ достиженія. Всѣ стороны жизни были подчинены законодательному воздѣйствію и въ согласіи съ принципомъ единства власти, всюду проникающей и все направляющей, правотвореніе было признано не только подобающей, но и исключительной функціей государства.

Практика полицейскаго государства нашла себѣ теоретическое оправданіе, а затѣмъ и руководство въ политическихъ ученіяхъ XVII и XVIII вѣковъ. Теоретическая мысль строила систему государственной опеки въ управленіи сначала на теократическомъ, потомъ на рациональномъ основаніи.

Теократическое обоснованіе государственной опеки проводилось путемъ слѣдующаго разсужденія. Государство, освободившись отъ супрематіи церкви и священной римской имперіи и ставъ сувереннымъ, властвуетъ непосредственно Божьей милостью. Властвованіе Божьей милостью есть властвованіе ради опредѣленной объективной цѣли, предначертанной Божественнымъ Провидѣніемъ и возложенной на правителей. Цѣль эта заключается въ лучшемъ земномъ устроеніи подвластныхъ и подготовленіи ихъ къ будущей жизни. Такимъ образомъ на государственную власть возлагается попеченіе о тѣлесномъ благосостояніи и духовномъ благосостояніи населенія. Попеченіе это составляетъ обязанность власти по отношенію къ Богу; по отношенію же къ подданнымъ оно выступаетъ какъ безусловное право государства, какъ его властная функція, въ исполненіи которой правители не обязаны никакимъ отчетомъ передъ подданными, ибо дадутъ въ этомъ отвѣтъ Богу. Соответственно предначертаніямъ Божественнаго Провидѣнія и, быть можетъ, даже по образу Его и подобію государственная власть печется о населеніи всецѣло, исключительно, независимо и абсолютно. Такую теорію

развивалъ въ XVII вѣкѣ нѣмецкій государствовѣдъ В. Л. Зекендорфъ (Veit Ludvig von Seckendorf, Teutscher Fürstentaat, 1655 г.).

Рациональное обоснованіе государственной опеки исходило отъ школы естественнаго права и представляло собою двѣ разновидности, — строго логическое выведеніе государственнаго всемогущества изъ общественнаго договора, и оппортунистическое (примѣняющееся къ обстоятельствамъ) сочетаніе нѣкоторыхъ рациональныхъ принциповъ съ эмпирически данной государственной властью.

Первый видъ рациональнаго обоснованія государственной опеки находимъ у Томы Гоббса, извѣстнаго уже намъ въ качествѣ наиболѣе строгаго и послѣдовательнаго представителя рационалистической мысли въ правовѣдѣніи и обществовѣдѣніи. Гоббсъ училъ, что возникшее изъ общественнаго договора государство есть единое лицо, котораго воля, вслѣдствіе договора многихъ людей, считается волею всѣхъ, такъ что оно можетъ употреблять силы и способности каждаго для общаго мира и защиты (см. выше стрн. 349). Цѣлью внутренней дѣятельности государства ставится общій миръ, ибо догосударственное, естественное состояніе людей представляется состояніемъ войны всѣхъ противъ всѣхъ, такъ какъ человѣкъ по отношенію къ человѣку является волкомъ. Замиреніе людей достижимо путемъ подавленія въ человѣкѣ волка, т. е. звѣря, и очеловѣченія человѣка. Это то очеловѣченіе людей и составляетъ задачу государства, и подъ эту задачу можетъ быть подведена вся культурная работа надъ человѣкомъ, какъ надъ его матеріальной, такъ и надъ его духовной стороною. Въ этой культурной работѣ государство употребляетъ силы и способности каждаго и направляетъ ихъ къ цѣли, намѣчаемой властью. Государство всемогуще, и воздѣйствію его нѣтъ границъ. Оно всецѣло распоряжается и тѣломъ, и душой индивидовъ, оно устанавливаетъ для нихъ различіе добра и зла, оно даетъ имъ религію.

Другой видъ рациональнаго обоснованія государственной опеки путемъ оппортунистическаго сочетанія рациональныхъ принциповъ съ эмпирически данной государственной властью находимъ въ тѣхъ совѣтахъ и наставленіяхъ, которые давали государямъ Лейбницъ (на поворотѣ между XVII и XVIII вѣкомъ), затѣмъ Вольтеръ, Дидро и разные философы и экономисты „въ ка просвѣщенія“ (во второй половинѣ XVIII столѣтія). Система-

тическую, весьма тяжеловѣсную, но зато подробнѣйшую, разработку ученія этого рода далъ нѣмецкій юристъ и государствовѣдъ второй половины XVIII столѣтія Христіанъ Вольфъ. Государственная опека оправдывается и рекомендуется при этомъ помощью несложнаго разсужденія. Разумъ устанавливаетъ естественные законы общежитія, примѣненіе которыхъ въ состояніи обезпечить всеобщее благосостояніе и счастье. Для того чтобы благоденствіе и счастье водворились на самомъ дѣлѣ, необходимо соединеніе знанія и власти. Такое соединеніе будетъ дано, если философы будутъ царствовать или цари философствовать. Первое едва ли достижимо, второго легко достигнуть, стоитъ только наличнымъ государямъ проникнуться идеями вѣка просвѣщенія и проводить ихъ въ жизнь путемъ законодательства и „полиціи“ (управленія). Знанія естественныхъ законовъ нельзя ожидать отъ народа, — въ темныхъ массахъ его нѣтъ. Просвѣщенный государь можетъ и долженъ насаждать естественное право всей полнотою своей власти, ибо за нимъ стоитъ раціональная истина, а истина абсолютна, и Эвклидъ былъ деспотомъ въ геометріи. Этого рода раціональное обоснованіе государственной опеки было общераспространеннымъ, лежало въ основѣ реальной политики такихъ государей, какъ Петръ Великій, Екатерина II, Фридрихъ II, Иосифъ II, и получило названіе просвѣщеннаго абсолютизма, или легальнаго деспотизма.

Система государственной опеки была въ свое время вызвана историческою необходимостью и несомнѣнно была въ извѣстную эпоху полезной и плодотворной. Но такъ какъ, подобно всякаго рода правительственнымъ системамъ, она дѣйствовала по инерціи и при поддержкѣ заинтересованныхъ въ ней общественныхъ группъ дольше, чѣмъ это требовалось жизнью, и проводилась черезчуръ прямолинейно вплоть до крайностей, не вызывавшихся необходимостью, то она съ теченіемъ времени стала вредной, тягостной, такъ что самое названіе полицейскаго государства, полицеизма стало синонимомъ угнетенія личности и общества.

Государственная опека содѣйствовала преодолѣнію замкнутого хозяйства и установленію хозяйства народнаго. Съ образованіемъ капиталистическаго строя послѣдній потребовалъ для своего развитія свободы предпріятія и свободы конкуренціи (соревнованія). Наростаніе сознательности въ обществѣ сопровождалось также требованіемъ свободы духовнаго самоопредѣленія и развитія личности въ религіозномъ и интеллектуальномъ отношеніяхъ.

Жизнь выдвинула такимъ образомъ требованіе индивидуальной свободы, свободы отъ государственной опеки и государственнаго воздѣйствія, или требованіе либерализма. Носителемъ либеральныхъ требованій явилось т. н. третье (послѣ духовонства и дворянства) сословіе, или классъ зажиточныхъ горожанъ, буржуазія, въ рукахъ которой сосредоточился денежный капиталъ и въ средѣ которой процвѣтала самостоятельная (независимая отъ церкви и государства) духовная культура. Подъ давленіемъ указанныхъ требованій жизни полицеизмъ палъ, и водворилась въ государственномъ управленіи либеральная система (система свободы).

Либеральная система явилась обезпеченіемъ свободы конкуренціи въ экономическихъ отношеніяхъ и самоопредѣленія личности въ области духовной культуры. Она обозначала собою невмѣшательство государственной власти въ экономическую и духовную жизнь индивидовъ, чего требовали физиократы и Адамъ Смитъ по извѣстной формулѣ *laisser faire laisser passer* (предоставлять дѣло его собственному теченію)¹⁾. Въ Англіи либеральная система невмѣшательства установилась еще въ XVIII вѣкѣ, на европейскомъ материкѣ — только послѣ великой французской революціи и наполеоновскихъ войнъ. На континентѣ она никогда не проявлялась въ столь полной мѣрѣ, какъ въ Англіи, и практически выражалась не въ безусловномъ невмѣшательствѣ, а въ значительномъ устраниніи мѣръ государственнаго воздѣйствія на экономическую и духовную жизнь страны.

Либеральная доктрина на континентѣ пошла несравненно дальше либеральной практики государственнаго управленія. Она провозгласила абсолютное невмѣшательство государственной власти въ экономическую и духовную жизнь индивидовъ, доходившее до полнаго отрицанія какого бы то ни было матеріальнаго управленія страной (Кантъ въ XVIII ст.; въ XIX ст. — В. Гумбольдтъ, Бенжамень Констанъ). Задачу государства либеральная теорія полагала не въ управленіи, а исключительно въ культурѣ права, въ смыслѣ правотворенія въ законодательствѣ и защиты права на судѣ. Цѣлью права полагалось обезпеченіе личной свободы; къ фактическому устранинію посягательствъ на

1) Предшественники физиократовъ въ экономической наукѣ — меркантилисты (XVII в.) стояли за государственное вмѣшательство и государственную опеку и оправдывали полицеизмъ съ экономической точки зрѣнія.

эту свободу, къ роли городского, къ „полиціи безопасности“ сводились задачи государственнаго управленія. Въ этомъ именно смыслѣ либеральная доктрина поставила на мѣсто полицейскаго государства (Polizeistaat) государство правовое (Rechtsstaat)¹⁾.

Теоретической основой либеральной доктрины служило естественноправовое ученіе, именно, то направленіе школы естественнаго права, для котораго самоопредѣленіе индивида не исчерпывалось участіемъ въ общественномъ договорѣ, но выражалось еще въ тѣхъ условіяхъ, на которыхъ общественный договоръ устанавливалъ государственную организацію. Подъ такими условіями разумѣли логически предшествующее государству признаніе неприкосновенности извѣстной сферы личной жизни индивида, сохраненіе въ его безусловномъ вѣдѣніи извѣстной совокупности его силъ и способностей, въ распоряженіе которыми государство не можетъ вмѣшиваться, и употреблять которыя для общей цѣли оно не должно. Такой частичной неприкосновенности жизни и интересовъ индивида не признавалъ Гоббсъ, который училъ, что государство можетъ употреблять для общей цѣли мира и защиты всѣ силы и способности каждаго. Наиболѣе распространеннымъ въ XVII вѣкѣ среди представителей школы естественнаго права было мнѣніе, что по принципу общественнаго договора допустима двоякая организація государства, — и по тому типу, который у Гоббса признавался логически единственно возможнымъ, и по типу выдѣленія опредѣленной сферы индивидуальной свободы, понимаемой въ смыслѣ свободы отъ воздѣйствія и вмѣшательства государственной власти. Но въ томъ же XVII столѣтіи (въ серединѣ его) англійскій философъ и политическій мыслитель Джонъ Локкъ выставилъ въ качествѣ ненарушаемаго условія организаціи государства по общественному договору неприкосновенность свободы и собственности индивидовъ. Это ученіе Локка явилось теоретическимъ оправданіемъ англійской революціи 1648—9 гг., когда народъ возсталъ противъ произвольнаго лишенія гражданъ свободы, произвольной конфискаціи ихъ имущества и произвольнаго обложенія ихъ налогами. Въ понятіи свободы къ тѣлесной неприкосновенности индивида прибавили его духовную свободу, главнымъ образомъ свободу религиозную,

1) Понятіе правового государства имѣетъ еще и другой смыслъ, о которомъ намъ придется говорить въ XIV-ой главѣ.

которую проповѣдывалъ въ Англіи Милътонъ, и которую отстаивали и нѣмецкіе представители школы естественнаго права (особенно Христіанъ Томазій), мало заботившіеся о тѣлесной свободѣ индивида и неприкосновенности его хозяйственной жизни. Такимъ образомъ упрочилось представленіе о томъ, что невмѣшательство государства въ опредѣленную сферу матеріальной и духовной жизни человѣка составляетъ принципъ, предшествующій государству логически и морально, и потому безусловно для него обязательный. Выраженное въ терминахъ естественнаго права представленіе это вылилось въ признаніе субъективныхъ естественныхъ правъ индивида, прирожденныхъ и неотчуждаемыхъ по общественному договору. На неотчуждаемости прирожденныхъ правъ индивида особенно настаивалъ Жанъ Жакъ Руссо (во второй половинѣ XVIII ст.), но слѣдуетъ замѣтить, что при этомъ онъ имѣлъ въ виду права индивида на актуальное осуществленіе народнаго суверенитета (см. выше стрн. 350), на участіе въ актахъ всеобщей воли, актахъ властвованія, а о правахъ на свободу индивида отъ воздѣйствія власти онъ не заботился. Поэтому ученіе о неотчуждаемости прирожденныхъ правъ индивида на извѣстную свободу отъ воздѣйствія власти слѣдуетъ выводить генетически отъ Локка. Принципиальное признаніе невмѣшательства государства въ извѣстныя стороны индивидуальной жизни нашло себѣ философское выраженіе у Канта, который полагалъ цѣль права исключительно въ разграниченіи внѣшней свободы при полномъ безразличіи правового и государственнаго порядка къ матеріальнымъ цѣлямъ дѣятельности въ предѣлахъ индивидуальной свободы (см. выше § 9). Декретированная учредительнымъ собраніемъ Декларация правъ человѣка и гражданина отнесла къ числу прирожденныхъ неотчуждаемыхъ правъ индивида не только права на участіе во власти, но и права на свободу отъ воздѣйствія власти. На эту точку зрѣнія встала либеральная доктрина, признававшая свободу конкуренціи въ экономическихъ отношеніяхъ и духовную свободу естественными правами личности и выводившая отсюда принципъ невмѣшательства государственной власти въ экономическую и духовную жизнь населенія.

Какъ мы уже отмѣтили выше, либеральная доктрина, съ провозглашенной ею замѣной полицейскаго государства государствомъ правовымъ въ специфическомъ для нея пониманіи послѣдняго, никогда не соотвѣтствовала полностью дѣйствительному

положенію дѣла. Несостоятельность ея обнаружилась ко времени окончательнаго кризиса индивидуалистической концепціи государства, который, какъ мы уже знаемъ, послѣдовалъ къ половинѣ XIX столѣтія, когда выдвинулся соціальный вопросъ, и сложилось ученіе объ обществѣ.

Индивидуальная свобода отъ воздѣйствія власти привела къ разочарованію какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніи. Въ теоріи сознали, что матеріальная и духовная культура является плодомъ не индивидуальной, а коллективной, общественной дѣятельности. На практикѣ обнаружилось, что индивиды не равны, соціально слабыя группы индивидовъ не въ силахъ пользоваться дарами свободы и требуютъ для своего развитія не невмѣшательства, а опредѣленнаго содѣйствія власти. Государственная организація, отражающая въ себѣ соотношеніе общественныхъ группъ и устанавливающая достижимое при данномъ соотношеніи равновѣсіе между ними, не можетъ не принимать участія въ матеріальной и духовной дѣятельности общества. Только участіе это въ различныхъ эпохи принимаетъ различныя формы. При однихъ условіяхъ устанавливается полная государственная опека и т. н. полицеизмъ. При другихъ условіяхъ система управленія видоизмѣняется, и попечительное воздѣйствіе власти на индивидовъ смѣняется содѣйствіемъ культурной дѣятельности индивидовъ и общественныхъ группъ.

Съ половины XIX столѣтія проблема государственнаго управленія вновь привлекла къ себѣ напряженный практической и теоретической интересъ. Задачу управленія стали усматривать въ содѣйствіи государства культурной работѣ индивидовъ и общественныхъ группъ. Государство признаетъ и охраняетъ свободу тѣхъ и другихъ и предоставляетъ имъ возможность свободной дѣятельности, какъ матеріальной, такъ и духовной. Но когда оказывается, что извѣстныя культурныя цѣли не достижимы ни индивидуальными усиліями, ни усиліями разнаго рода общественныхъ соединеній, тогда государство принимаетъ дѣятельность, направленную на достиженіе этихъ цѣлей, въ свое вѣдѣніе и этимъ оказываетъ содѣйствіе культурнымъ интересамъ общества,

Съ нарастаніемъ сознательности въ соціально слабыхъ, т. е. неимущихъ классахъ, невмѣшательство государства въ экономическія отношенія угрожаетъ постояннымъ нарушеніемъ того равновѣсія между общественными классами, на которомъ зиждется

государственная организація. Въ виду этого государственная власть оказывается вынужденною вмѣшиваться въ эти отношенія, ослаблять проявленія свободной конкуренціи и оказывать содѣйствіе элементамъ соціально слабымъ. Сознательно возникшій соціальный вопросъ неминуемо возлагаетъ на государственную власть задачи соціальной политики, болѣе или менѣе широкое проведеніе которой зависитъ отъ сознательности немущихъ, дальновидности имущихъ и, главное, отъ участія во власти все болѣе и болѣе широкихъ общественныхъ круговъ.

Новое ученіе о вмѣшательствѣ государства въ экономическую и духовную жизнь общества, какъ видимъ, существенно отличается отъ старой теоріи полицейскаго государства. Сообразно этому въ новомъ ученіи, съ половины XIX столѣтія, отказались отъ стараго термина полиціи (государственнаго устройства, police, Polizei) и заговорили объ управленіи (administration, Verwaltung). Въ связи съ новымъ ученіемъ о задачахъ управленія отказались отъ понятія правового государства (Rechtsstaat) въ его специфическомъ пониманіи либеральной доктриной и характеризуютъ современное государство по цѣлямъ его дѣятельности какъ государство культурное (Kulturstaat). Правовымъ же признаютъ современное государство съ точки зрѣнія не цѣлей, а приемовъ и формъ его дѣятельности, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже въ главѣ XIV-ой.

Управленіе, судъ и законодательство, являясь тремя отличными другъ отъ друга проявленіями государственной власти, въ тоже время связаны между собою весьма тѣсно. Въ законодательствѣ устанавливаются цѣли и организація управленія, устройство суда, и даются юридическія нормы, въ предѣлахъ которыхъ ведется управленіе и по которымъ творится судъ. Въ судѣ и въ управленіи законодательныя нормы находятъ себѣ осуществленіе; въ судѣ же и въ управленіи обнаруживается потребность въ новомъ законодательномъ творествѣ, и накапливается матеріалъ для послѣдняго. Вслѣдствіе этого вполне понятно, что надъ законодательствомъ, судомъ и управленіемъ возвышается нѣкоторая высшая сфера проявленія государственной власти, намѣчающая и опредѣляющая основныя задачи и принципы государственной дѣятельности, которые объединяютъ и законодательство, и судъ, и управленіе и проводятся въ каждомъ изъ нихъ сообразно ихъ особенностямъ. Это высшее, объединяющее и направляющее, проявленіе государственной власти можно назвать правленіемъ.

(gouvernement, Regierung). Къ нему относятся и такія дѣйствія государственной власти, которыя специально не укладываются ни въ законодательство, ни въ судъ, ни въ управленіе. Таковы, нпр., восшествіе на престоль, избраніе главы государства, политическіе выборы, конституированіе законодательныхъ палатъ, объявленіе войны, заключеніе мира, заключеніе политическихъ союзовъ. Ихъ такъ и называютъ правительственными актами (actes de gouvernement, Regierungsakte).

§ 37. Государственные органы.

O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887 (Schmollers Jahrbuch, VII); G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892, 2-ое изд. 1905 г.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XVI и XVII Kapitel; Э. Э. Кокоскинъ, Къ вопросу о юридической природѣ государства и органовъ государственной власти, 1896 г. (Ученыя Записки Имп. Моск. Univ., Отд. Юрид., вып. XIII); Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, §§ 45 и 48; Léon Duguit, L'état, les gouvernants et les agents, 1903; Монтескье, О духъ законовъ (русскій переводъ подъ ред. А. Г. Горнфельда, со вступит. статьей М. М. Ковалевскаго, 1900 г.), книга XI, глава VI; Н. Ворошиловъ, Критическій обзоръ ученія о раздѣленіи властей, 1871 г.; A. Saint-Girons, Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire, 1881; Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, tome I, 1911, §§ 63, 64, 76.

Проявленія государственной власти, или акты властвованія, не могутъ совершаться иначе, какъ только путемъ волеизъявленій и соотвѣтственныхъ имъ дѣйствій индивидуальныхъ лицъ. Тѣ лица, которымъ право предоставляетъ изъяслять государственную волю и совершать акты властвованія, и въ волеизъявленіяхъ и дѣйствіяхъ которыхъ осуществляется воля государства, называются государственными органами. Органы имѣются у государства такъ же, какъ имѣются у всякаго юридическаго лица (см. выше стрн. 163—164).

Государственными органами являются какъ отдѣльныя лица, такъ и совокупности лицъ, ихъ собранія, или коллегіи. Въ первомъ случаѣ актъ государственной власти представляетъ собою результатъ единоличнаго волеизъявленія, во второмъ — волеизъявленія собирательнаго, или коллегіальнаго. Коллегіальное волеизъявленіе образуется путемъ голосованія и достигается

либо однообразнымъ согласіемъ всѣхъ (таково, нпр., единомысліе, или одиначество на древнихъ вѣчахъ), либо по большинству голосовъ. Современная государственная организація признаетъ рѣшеніе по большинству голосовъ, какъ практически наиболѣе цѣлесообразное и наиболѣе справедливое. Большинство различается простое или квалифицированное. Простое большинство голосовъ получается при наличности хотя-бы одного голоса сверхъ половины голосующихъ ($\frac{n}{2} + 1$). Квалифицированнымъ называется особенно усиленное большинство, напримѣръ, — двѣ трети или три четверти голосовъ. Квалифицированное большинство требуется при рѣшеніи дѣлъ особенной важности.

Всякому государственному органу предоставляется совершеніе актовъ государственнаго властвованія по опредѣленному роду дѣлъ и въ опредѣленной степени принудительнаго воздѣйствія на населеніе. Устанавливаемый такимъ образомъ кругъ дѣятельности государственнаго органа называется его компетенціей (см. выше стр. 164). Компетенція государственныхъ органовъ устанавливается нормой, опредѣляющей государственную организацію, т. е. нормой государственнаго права. Юридическую силу имѣютъ только дѣйствія, совершаемыя государственнымъ органомъ въ предѣлахъ его компетенціи.

Предоставленная государственному органу въ предѣлахъ его компетенціи возможность совершать акты властвованія называется его функцией. Въ понятіи функции государственнаго органа соединяется и обязанность, и право, — обязанность по отношенію къ государству и право по отношенію къ подвластнымъ, а также къ другимъ государственнымъ органамъ (см. выше стр. 230 и 265—266).

Основнымъ дѣленіемъ государственныхъ органовъ является дѣленіе ихъ на прямыя, непосредственныя, или высшія и непрямые (косвенныя), посредствующіе, или подчиненныя.

Прямыми, или непосредственными государственными органами называютъ тѣ органы, которые составляютъ самую основу государственнаго устройства, и съ установленіемъ которыхъ получаетъ бытіе самое государство. Эти органы не производны, непосредственно выражаютъ государственную волю, никому не подчинены и признаются органами верховными. Прямыми государственными органами являются монархъ, народное собраніе (вѣче), собраніе избирателей для политическихъ выборовъ, парламентъ (или т. н. народное представительство).

Не-прямыми, или посредствующими государственными органами называются органы, производные отъ прямыхъ. Они выражаютъ государственную волю не непосредственно, а лишь по полномочию, получаемому отъ прямыхъ органовъ, подчинены послѣднимъ и посему оказываются органами подчиненнымъ. Не-прямыми государственными органами являются всѣ должностныя лица и учрежденія въ государствѣ кромѣ прямыхъ.

Понятіе государственнаго органа есть понятіе не соціологическое, а юридическое; оно неразрывно связано къ конструкціей государства, какъ юридическаго лица. При отверженіи этой послѣдней конструкціи сама собою отпадаетъ и конструкція государственныхъ органовъ и должна быть замѣнена какимъ либо инымъ построениемъ. Совершенно непонятно, какимъ образомъ Коркуновъ, конструирующий государство какъ юридическое отношеніе, сохраняетъ конструкцію государственныхъ органовъ. Государственные органы оказываются у него органами юридическаго отношенія, что врядъ ли имѣетъ какой либо опредѣленный смыслъ. Послѣдовательно поступаетъ Дюги. Отвергнувъ конструкцію государства, какъ юридическаго лица, онъ не признаетъ никакихъ государственныхъ органовъ и говоритъ о правящихъ людяхъ (*les gouvernants*) и ихъ агентахъ (*les agents*), изъ которыхъ первые соотвѣтствуютъ прямымъ и производнымъ государственнымъ органамъ, вторые — производнымъ и подчиненнымъ. Какъ мы уже указывали выше, Дюги подходитъ къ вопросу съ соціологической точки зрѣнія и опредѣляетъ правящихъ, какъ индивидовъ болѣе сильныхъ, проявляющихъ свою силу ради общественной цѣли, подъ каковою разумѣетъ укрѣпленіе и развитіе общественной солидарности. Конструкція правящихъ и ихъ агентовъ, какъ органовъ государства, предоставляетъ собою ничто иное, какъ выраженіе въ юридическихъ терминахъ той же мысли, что правящіе проявляютъ свою силу ради общественной цѣли, воплощеніемъ которой является юридическая личность государства. Какъ акціонеръ есть особая сторона въ общемъ хозяйственномъ и моральномъ обликѣ того или другого Ивана Ивановича, обладающаго акціями, такъ и качество государственнаго органа есть также особая сторона въ обликѣ того же Ивана Ивановича, занимающаго постъ министра, губернатора или кресло члена Государственной Думы.

Существенно важнымъ является личный составъ государственныхъ органовъ, отъ характера и измѣненія кото-

раго зависит характеръ и измѣненіе всего государственнаго строя.

Новое государство установилось въ большинствѣ европейскихъ странъ въ видѣ монархіи, т. е. такого устройства, при которомъ единственнымъ прямымъ и производнымъ органомъ государства было одно лицо — государь, такъ что въ этомъ лицѣ воплощалась юридическая личность государства. Съ приходомъ народа къ участию во власти, съ учрежденіемъ народнаго представительства, сверхъ монарха появились другіе прямые органы государства, — совокупность политическихъ избирателей и народное представительство. Юридическая личность государства отдѣлилась отъ личности государя. Изъ личнаго дѣла монарха власть стала общимъ дѣломъ, или, какъ иногда выражаются, власть обобществилась.

Обобществленіе власти сказывается и въ устройствѣ подчиненныхъ государственныхъ органовъ.

Въ абсолютной монархіи всѣ государственные органы кромѣ самого государя являются органами производными и подчиненными. Личный составъ этихъ производныхъ подчиненныхъ органовъ пополняется, съ одной стороны, изъ лицъ высшаго (дворянскаго) сословія, для которыхъ служба государева является сословной привилегіей или повинностью, съ другой стороны, изъ лицъ, для которыхъ служба государева является ихъ единственной профессіей, и которые образуютъ особый приказный, или чиновничій классъ. Въ началѣ развитія новыхъ монархій преобладала сословная система пополненія личнаго состава подчиненныхъ государственныхъ органовъ; потомъ возобладала система приказная, или чиновная. Сообразно этому различаютъ въ исторіи абсолютной монархіи двѣ стадіи: монархію сословную (*der monarchische Ständestaat*) и монархію чиновничью (*der monarchische Beamtenstaat*), или бюрократическую (канцелярскую).

Личный составъ подчиненныхъ органовъ носить не только профессионально-бюрократическій, но и общественный характеръ. Последнее имѣется тогда, когда составъ единоличныхъ и коллегіальныхъ, подчиненныхъ органовъ пополняется лицами, поставляемыми или избираемыми населеніемъ. Этимъ достигается обобществленіе власти въ подчиненныхъ государственныхъ органахъ. Оно исторически даже предшествуетъ обобществленію власти въ прямыхъ и производныхъ государственныхъ органахъ. Такъ, у насъ

земское и городское самоуправление и судъ присяжныхъ предшествовали установленію народнаго представительства.

Соотвѣтственно тремъ основнымъ отраслямъ проявленія государственной власти, — законодательству, суду и управленію, — можно различать государственные органы по характеру ихъ функцій и дѣлать на органы законодательные, судебные и административные. Слѣдуетъ однако замѣтить, что законодательство, судъ и управленіе распределены между государственными органами различнаго состава не по началу полнаго раздѣленія, а по принципу преобладанія тѣхъ или другихъ функцій. Въ виду важности законодательства, каковымъ опредѣляется вся организація общегитія, законодательство составляетъ преобладающую функцію прямыхъ и непроизводныхъ органовъ. Такъ, монархъ и народное представительство являются законодательными органами преимущественно. Наряду съ этимъ монархъ является источникомъ судебной власти и главой всего управленія; народное представительство также принимаетъ участіе въ управленіи, хотя бы въ видѣ контроля надъ дѣятельностью подчиненныхъ органовъ. Установленіе юридическихъ нормъ, т. е. законодательство въ широкомъ смыслѣ этого слова, предоставляется въ извѣстной степени и подчиненнымъ органамъ управленія, правотворящіе акты которыхъ имѣютъ особую подчиненную силу и носятъ особое названіе указовъ, о чемъ будемъ подробно говорить ниже въ главѣ XIII-ой. Судъ и управленіе предоставляются подчиненнымъ органамъ, которые и дѣлятся въ соотвѣтствіи съ этимъ на судебные и административные. Отдѣленіе судебныхъ органовъ отъ административныхъ проводится наиболѣе послѣдовательно въ виду особыхъ свойствъ судебной и административной дѣятельности, изъ которыхъ первая покоится исключительно на началѣ правомѣрности, вторая — и на началѣ цѣлесообразности.

Соединеніе разнообразныхъ функцій въ однѣхъ рукахъ устраняетъ возможность контроля, что ведетъ къ произволу, противъ котораго при соединеніи функцій не оказывается никакой сдержки. Раздѣленіе органовъ по функціямъ на законодательные, судебные и административные имѣетъ въ виду предотвратить возможность произвола путемъ сдержки, оказываемой однимъ органомъ по отношенію къ другому. Ученіе о взаимномъ сдерживаніи органовъ съ обособленными функціями было развито въ первой половинѣ XVIII вѣка извѣстнымъ уже намъ политическимъ мысли-

телемъ Монтескье въ его сочиненіи „О духъ законовъ“ (1748 г.). Монтескье признавалъ три основныя отрасли проявленія государственной власти особыми властями въ государствѣ и говорилъ о власти законодательной, судебной и исполнительной (административной по современной намъ терминологіи). Такимъ образомъ ученіе о раздѣленіи органовъ власти вылилось у него въ ученіе о раздѣленіи властей.

Во всякомъ государствѣ, говоритъ Монтескье, есть три рода власти: 1) законодательная власть, 2) власть исполнительная относительно дѣлъ, зависящихъ отъ „права народовъ“, т. е. международнаго права, и 3) власть исполнительная относительно дѣлъ, зависящихъ отъ права гражданскаго (въ широкомъ смыслѣ этого слова, т. е. права, дѣйствующаго внутри государства). Функціи первой власти намъ понятны. Требуется разъясненія только вопросъ о содержаніи второй и третьей изъ различаемыхъ у Монтескье властей. Къ функціямъ второй власти Монтескье относитъ заключеніе мира, веденіе войны, отправленіе и пріемъ посольствъ, установленіе безопасности, отраженіе нападенія. Третья власть караетъ преступленія и разрѣшаетъ жалобы частныхъ лицъ. Поэтому третью власть Монтескье называетъ судебной, а названіе исполнительной удерживаетъ только для второй власти. Технической терминъ „судебная власть“ дѣлаетъ понятнымъ для насъ ея содержаніе такъ же, какъ сразу было понятно содержаніе законодательной власти. Затруднительнымъ для пониманія остается все же понятіе исполнительной власти у Монтескье, и мы вынуждены остановиться на его разъясненіи.

Вглядѣвшись въ перечень дѣлъ, приведенныхъ у Монтескье въ качествѣ предметовъ вѣдѣнія исполнительной власти, мы видимъ, что послѣдняя обнимаетъ собою внѣшнее государственное управленіе, военное управленіе и т. н. полицію безопасности, т. е. она обнимаетъ собою все то, что относилась къ области государственнаго управленія либеральная доктрина (см. стрн. 385—386). Наблюдая реальныя явленія политической жизни, Монтескье уразумѣлъ эмпирическую необходимость освобожденія личности отъ гнета властнаго воздѣйствія государства на индивидуальную жизнь (см. выше стрн. 208) и въ этомъ смыслѣ выступилъ въ качествѣ убѣжденнаго сторонника и поборника либерализма. Онъ никогда не доходилъ до крайностей либеральной доктрины и не провозглашалъ принципа невмѣшательства государственной власти въ духовную и экономическую жизнь насе-

ленія. Напротивъ того, онъ признавалъ такое вмѣшательство и видѣлъ въ немъ высокую культурную миссію государства. Но при этомъ онъ требовалъ, чтобы акты такого вмѣшательства совмѣщались съ обезпеченіемъ личности отъ произвола правителей, которымъ столь изобиловала практика полицейскаго государства. Вслѣдствіе этого ту область проявленія государственной власти, которая остается за вычетомъ законодательства и суда, Монтескье назвалъ исполнительной властью (*pouvoir exécutif*), подчеркивая этимъ названіемъ, что власть эта въ его пониманіи не предоставлена произвольному усмотрѣнію ея носителей, но должна исполнять законы. Въ формальномъ опредѣленіи исполнительной власти Монтескье ограничилъ ея компетенцію во внутреннихъ дѣлахъ предѣлами т. н. полиціи безопасности, но во всемъ изложеніи его трактата повсюду признается дѣятельность государственной власти и въ области т. н. полиціи благосостоянія. Въ виду этого насъ не должно смущать данное Монтескье формальное опредѣленіе исполнительной власти, и мы можемъ сказать, что по существу Монтескье понималъ подъ исполнительной властью всю область государственнаго управленія, но управленія не произвольнаго, а законмѣрнаго, не угнетающаго индивидуальной свободы, а считающагося съ нею.

Раздѣленіе трехъ властей проводится въ теоріи Монтескье въ качествѣ средства обезпеченія личной свободы отъ произвольныхъ дѣйствій правителей. Свое основное теоретическое положеніе Монтескье обосновываетъ и развиваетъ слѣдующимъ образомъ.

Соединеніе всѣхъ трехъ властей въ одномъ лицѣ или въ одномъ учрежденіи уничтожаетъ личную свободу. Если власть законодательная соединена съ исполнительною, то нѣтъ у личности свободы потому, что всегда имѣется опасеніе, какъ бы держащій обѣ власти монархъ или сенатъ не сталъ издавать тираническихъ законовъ въ видахъ тираническаго же ихъ исполненія. Точно также вовсе нѣтъ свободы, если судебная власть не отдѣлена отъ власти законодательной и исполнительной. Когда власть судебная соединена съ законодательною, власть надъ жизнью и имуществомъ гражданъ превращается въ произволь, потому что судья не рѣшаетъ дѣла на основаніи общей нормы закона, а имѣетъ возможность создавать норму *ad hoc* для даннаго случая по личному своему усмотрѣнію. Если судебная власть соединена съ исполнительною, то судья легко можетъ стать притѣсни-

телемъ, такъ какъ имѣеть возможность въ порядкѣ управленія принудить лицо къ тому, чего не могъ навязать ему въ судебномъ приговорѣ. Все было бы потеряно, говорить Монтескье, т. е. личная свобода окончательно бы исчезла, если бы одно лицо или одно учрежденіе, каковъ бы ни былъ составъ послѣдняго, осуществляло всѣ три власти: власть составлять законы, власть приводить въ исполненіе публичныя рѣшенія и власть судить преступленія и тяжбы частныхъ лицъ.

Такова абстрактная сущность теоріи раздѣленія властей. Съ конкретнымъ ея примѣненіемъ въ конструкціи опредѣленнаго типа государственной организаціи намъ придется еще познакомиться въ главѣ, посвященной классификаціи государствъ (см. § 39). Въ отвлеченномъ ученіи о государственныхъ органахъ достаточно и сказаннаго.

Такъ какъ отличительною особенностью государства новаго времени, сложившейся исторически и закрѣпленной общественнымъ правосознаніемъ, является принципиальное единство властвованія, то построеніе государства, какъ сочетанія трехъ властей, не допустимо. Нельзя говорить о трехъ властяхъ въ государствѣ, ибо государственная власть едина. Рѣчь можетъ быть не о раздѣленіи трехъ властей, а о раздѣленіи государственныхъ органовъ по началу обособленія трехъ основныхъ функцій государственной власти. Основные доводы Монтескье въ пользу такого раздѣленія до сихъ поръ сохраняютъ свою силу, какъ сохраняетъ ее и цѣль такого раздѣленія, заключающаяся въ обезпеченіи личности отъ произвола правителей. Практическое осуществленіе этого раздѣленія уклоняется однако отъ той прямолинейности, съ какою проводилъ его въ своей теоріи Монтескье.

Глава XII. Классификація государствъ.

Passy, Des formes de gouvernement et des lois qui les régissent, 2-me édition, 1876; Н. З в ѣ р е в ѣ, Основанія классификаціи государствъ въ связи съ общимъ ученіемъ о классификаціи, 1883 г.; Б. Н. Ч и ч е р и н ѣ, Курсъ государственной науки, томъ I, 1896 г.

Для того, чтобы разобратъся въ конкретномъ многообразіи эмпирически данныхъ государствъ, политическіе мыслители издревле старались найти между отдѣльными государствами, быв-

шими предметомъ ихъ наблюденія и ихъ изслѣдованія, нѣкоторыя общія черты. По этимъ общимъ чертамъ они объединяли сходныя государства въ отдѣльные виды. Такой приѣмъ сведенія разрозненныхъ явленій на основаніи общихъ признаковъ ихъ въ видовыя группы извѣстенъ подъ названіемъ классификаціи. Классификація ведетъ къ распредѣленію явленій по видамъ. Явленія одного вида одъединены единствомъ видового признака. Видовые признаки отличны другъ отъ друга, и на взаимномъ ихъ противоположеніи основывается обособленіе видовыхъ группъ. Но при всей своей противоположности видовые признаки представляютъ собою только различныя проявленія одного какого либо начала, общаго всей совокупности классифицируемыхъ явленій и существенно для нихъ важнаго. Такимъ существеннѣйшимъ элементомъ въ государствѣ является власть. Организациія властвованія опредѣляетъ собою государственное устройство, или т. н. образъ, или форму правленія. Классификація государствъ сводится къ распредѣленію ихъ по отдѣльнымъ образамъ, или формамъ правленія.

Классификаціонныя схемы мѣнялись въ государствовѣдѣніи, съ одной стороны, вслѣдствіе измѣненія и осложненія эмпирическаго матеріала, который доставляла наблюдателямъ непрерывная эволюція государства въ разныя эпохи и у разныхъ народовъ, съ другой стороны, подъ вліяніемъ измѣнявшагося пониманія явленій государственной жизни.

Мы не имѣемъ возможности исчерпать всѣ наличныя классификаціонныя схемы и не можемъ даже задаваться цѣлью изложить послѣдовательно, хотя бы и въ общихъ чертахъ, весь ходъ историческаго развитія классифицирующей мысли въ государствовѣдѣніи. Намъ приходится ограничиться ознакомленіемъ съ наиболѣе типическими классификаціонными схемами на разныхъ ступеняхъ эволюціи и при разныхъ системахъ концепціи государства. Имѣя въ виду такую задачу, мы послѣдовательно разсмотримъ выработанную эллинскою мыслью классическую схему распредѣленія государствъ по количеству правящихъ лицъ и степени обезпеченія общаго блага. Эта классическая схема была усвоена западно-европейскими юристами и государствоведами, превратилась въ школьную традицію и въ основѣ своей продержалась безъ измѣненій вплоть до водворенія въ наукѣ индивидуалистической концепціи государства (см. выше стрн. 366). Послѣдняя выдвинула новую схему распредѣленія государствъ по степени обезпе-

ченія личной свободы. Эта новая классификація установлена была многократно упоминавшимся нами политическимъ писателемъ XVIII вѣка Монтескье. Какъ мы уже знаемъ, Монтескье выступилъ противъ рационализма въ наукѣ о правѣ и государствѣ, пролагалъ путь къ историческому ихъ изученію и въ этомъ (методологическомъ) отношеніи расходился съ школой естественнаго права (см. выше стрн. 299—302). Но именно какъ эмпирикъ, Монтескье уразумѣлъ эмпирическую необходимость свободы личности въ государствѣ и потому явился сторонникомъ индивидуалистической концепціи государства, которая обосновывалась въ школѣ естественнаго права рационалистически (см. выше стрн. 208). Индивидуалистическая концепція государства смѣнилась въ половинѣ XIX столѣтія концепціей соціальной, что отразилось и на вопросѣ о классификаціи государствъ. Поэтому отъ классификаціи Монтескье мы перейдемъ къ разсмотрѣнію новой попытки распредѣленія государствъ по различію культурнаго развитія и строенія общественныхъ элементовъ, и закончимъ главу обзоромъ образовъ устройства и управленія современныхъ культурныхъ государствъ.

§ 38. Распредѣленіе государствъ по количеству правящихъ лицъ и по степени обезпеченія общаго блага.

Б. Н. Чичеринъ, *Исторія политическихъ ученій*, часть I, изд. 2-ое, 1893 г.; Аристотель, *Политика*, перев. съ греч. съ предисл. и примѣч. С. А. Жебелева, 1911 г.; Полибій, *Всеобщая исторія* въ сорока книгахъ, книга VI, русскій переводъ съ предисловіемъ и примѣчаніями Ѳ. Г. Мищенка, томъ II, 1895 г.

Классическая схема распредѣленія образовъ правленія восходитъ къ Платону. Отправною точкою Платонова ученія въ этомъ отношеніи служитъ представленіе объ идеальномъ государствѣ, въ которомъ власть принадлежитъ тому, кто обладаетъ подлиннымъ знаніемъ справедливаго. Такое лицо располагаетъ полной свободой въ правленіи государствомъ. Какъ врачъ, слѣдуя своему искусству, часто долженъ рѣзать, прижигать и вообще причинять больному въ видахъ его излѣченія ужаснѣйшую боль, такъ истинно-справедливый правитель долженъ имѣть возможность свободно обращаться съ государствомъ согласно своему знанію и предпринимать для спасенія государства любую болѣзненную опе-

рацію. Такой правитель не ограниченъ никакими законами. Необходимыя въ государствѣ общія постановленія являются лишь обобщенными приказаніями такого правителя. Существованіе такого правителя Платонъ не считалъ абсолютно невозможнымъ. Въ высшей степени затруднительно однако установленіе такого правленія, потому что нѣтъ нагляднаго признака, по которому можно было бы отличить лицъ, одаренныхъ безусловной способностью къ правленію. Истинный правитель долженъ былъ бы выдѣляться изъ среды людей подобно маткѣ въ пчелиномъ роѣ.

Идеальное государство, управляемое истиннымъ политикомъ согласно собственному его знанію справедливости, одиноко возвышается надъ реальной государственной жизнью. Послѣдняя представляетъ собою всегда устройство несовершенное, различныя проявленія котораго разнятся однако другъ отъ друга по степени удаленія отъ идеальнаго государства. Ближе къ нему стоятъ государства подзаконныя (*νόμιμα* v. *κατὰ νόμου πολιτεία*), т. е. такія, въ которыхъ носители власти подчинены нѣкоторымъ объективнымъ правиламъ неподвижнаго этоса. Рѣшительно уклоняются отъ идеала справедливости государства произвольныя (*παρὰ νόμου* v. *ἄνευ νόμου*), т. е. такія, въ которыхъ носители власти не подчиняются объективному этосу. Какъ въ подзаконномъ, такъ и въ произвольномъ государствѣ власть можетъ принадлежать либо одному лицу, либо немногимъ, либо многимъ (*ἐνί, ὀλίγοις, πολλοῖς*). Сообразно этому каждый изъ основныхъ типовъ реальныхъ государствъ даетъ три разновидности по количеству правящихъ. Подзаконное государство можетъ существовать какъ монархія (царство, *βασιλεία*), какъ аристократія или какъ подзаконная демократія. Произвольное государство проявляется также либо во власти одного, какъ тиранія, либо во власти немногихъ, какъ олигархія, либо во власти многихъ, какъ произвольная демократія. Подчиненіе законамъ объективнаго этоса есть добро; произвольное правленіе, не взирающее на эти законы, есть зло. Добро и зло проявляются съ тѣмъ большимъ напряженіемъ, чѣмъ болѣе у государства силы. Сила же государства, по ученію Платона, обратно пропорціональна количеству правящихъ. Принимая во вниманіе это послѣднее обстоятельство, Платонъ располагаетъ различаемые имъ образы государственнаго устройства въ слѣдующемъ порядкѣ по степени ихъ убывающаго совершенства: монархія, аристократія,

подзаконная демократія, произвольная демократія, олигархія, тиранія.

Основные положенія Платоновой классификаціи государствъ получили дальнѣйшее развитіе въ ученіи Аристотеля.

Прочно стоя на эмпирической почвѣ, Аристотель оставляетъ въ сторонѣ идеальное государство съ истиннымъ правителемъ и отправляется непосредственно отъ различія государства подзаконнаго и произвольнаго. Подзаконность заключается, какъ сказано было выше, въ подчиненіи властвующихъ правиламъ объективнаго этоса, произволь — въ пренебреженіи этими правилами. Этические правила это нормы поведенія людей, направляемаго къ достиженію общаго блага, т. е. блага всѣхъ; пренебреженіе этосомъ, или произволь заключается въ преслѣдованіи людьми своихъ частныхъ благъ за счетъ общаго блага. Въ связи съ такимъ матеріальнымъ опредѣленіемъ формальныхъ категорій подзаконности и произвола Аристотель различаетъ государства, преслѣдующія общее благо и благо однихъ правящихъ. Первые онъ признаетъ правильными, вторыя — неправильными, или извращенными. Эти два основныхъ типа государствъ подвергаются дальнѣйшему подраздѣленію у Аристотеля, какъ и у Платона, по количеству правящихъ лицъ. Такимъ образомъ получаются три правильныхъ образа правленія, — монархія, аристократія, политія, — и три неправильныхъ, — тиранія, олигархія и демократія.

Количественный составъ правящихъ выставляется Аристотелемъ какъ наглядный внѣшній признакъ различія образцовъ правленія. Но съ этой внѣшностью Аристотель соединяетъ опредѣленное внутреннее содержаніе соціальнаго, выражаясь современнымъ намъ языкомъ, характера. Такъ, сопоставляя демократію и олигархію, Аристотель говоритъ: указанное выше различіе между большинствомъ и меньшинствомъ само по себѣ не служить основаніемъ для различія между демократіей и олигархіей; различіе между ними заключается, собственно говоря, въ бѣдности и богатствѣ. Гдѣ граждане пользуются властью въ силу своего богатства, тамъ, не смотря на то, будетъ ли таковыхъ меньшинство или большинство, государственный строй представляетъ собою олигархію; гдѣ властвуютъ люди бѣдные, тамъ демократія; а что тѣхъ меньше, а этихъ больше, это не существенно; говорятъ о меньшинствѣ и большинствѣ потому,

что богатством обладает обыкновенно только меньшинство, свобода же нужна всѣмъ безъ различія, — и богатымъ, и бѣднымъ. Кромѣ того правленіе одного, меньшинства или большинства опредѣляется еще у Аристотеля различіемъ въ строеніи трехъ частей государственнаго устройства, — рѣшающей, начальственной и судебной, т. е., выражаясь современными намъ терминами, въ строеніи органовъ законодательныхъ, административныхъ и судебныхъ. На послѣднемъ вопросѣ Аристотель останавливается подробно и этимъ путемъ выдѣляетъ подчиненные виды установленныхъ имъ основныхъ образцовъ правленія.

Глубокая и проникновенная мысль Аристотеля объ опредѣляющемъ образѣ правленія значеніи соціально-экономическаго положенія правящихъ осталась непонятою и потому неиспользованною въ послѣдующемъ примѣненіи его классификаціи государствъ. Точно также оставленъ былъ безъ вниманія и тонкій анализъ состава и строенія законодательныхъ, судебныхъ и административныхъ органовъ. Традиція довольствовалась нагляднымъ признакомъ различія по количеству правящихъ лицъ.

Дальнѣйшее развитіе классификаціи государствъ принадлежитъ историку II вѣка до Р. X. романизованному въ своихъ политическихъ воззрѣніяхъ греку Полибію. Полибій отправляется отъ схемы Аристотеля и принимаетъ различаемые имъ правильные и извращенные образы правленія и ихъ виды, выдѣляемые по количеству правящихъ лицъ. При этомъ Полибій дѣлаетъ частичное измѣненіе въ терминологіи, именно, — называетъ политію демократіей и Аристотелеву демократію охлократіей. Такимъ образомъ у Полибія получаются три правильныхъ образа правленія, — монархія, аристократія, демократія, и три извращенныхъ, — тиранія, олигархія, охлократія. Къ этимъ основнымъ видамъ Полибій прибавляетъ еще одинъ типъ государства, — смѣшанное государственное устройство, и въ этомъ заключается нововведеніе, внесенное Полибіемъ въ классификаціонную схему.

Ходъ мысли, приведшій къ выдѣленію смѣшаннаго государственнаго устройства въ особый образъ правленія, былъ у Полибія слѣдующій. По его мнѣнію, всѣ правильныя формы правленія имѣютъ естественную склонность къ извращенію, причиною чего является прирожденное людямъ и поощряемое наслѣдственностью господствующаго положенія въ извѣстномъ кругу стремленіе къ

использованію власти для личныхъ цѣлей. Извращенные образы правленія становятся невыносимыми для подвластныхъ и ниспровергаются. Ихъ смѣняютъ правильные образы правленія, которые затѣмъ неминуемо извращаются, опять смѣняются правильными, и такъ далѣе безъ конца. Такимъ образомъ въ исторіи замѣчается непрерывное вращеніе формъ правленія въ нѣкоторомъ, какъ бы заколдованномъ, кругу. Первобытная монархія, являющая собою естественное „господство отваги и силы“, съ ростомъ сознательности и нравственныхъ представленій переходитъ въ „царство разсудка“ и становится правильной монархіей. Послѣдняя, превратившись въ наследственную, открываетъ просторъ своекорыстію и пагубнымъ страстямъ властителей, и извращается въ тиранію. На крушеніи тираніи, влекущемъ за собою паденіе единовластія вообще, создается аристократія. Аристократія путемъ естественнаго вырожденія превращается въ олигархію. Низверженіе олигархіи угнетеннымъ большинствомъ приводитъ къ установленію демократіи. Демократія неизбежно извращается въ охлократію. Разнуданность черни губитъ охлократію и неудержимо толкаетъ государство къ тираніи, открывающей собою круговоротъ послѣдовательныхъ смѣнъ образовъ правленія въ указанномъ выше порядкѣ. Чтобы выйти изъ этого круговорота и установить прочный, обезпеченный отъ извращенія образъ правленія, необходимо искусственно и искусно парализовать естественное стремленіе людей къ злоупотребленію властью. Достигнуть этого можно путемъ такого сочетанія единовластія, правленія меньшинства и правленія большинства, при которомъ личные интересы взаимно обуздывали бы другъ друга, и такимъ образомъ обезпечивалось бы общее благо, и, слѣдовательно, форма правленія предохранялась бы отъ извращенія. Рѣшеніемъ поставленной задачи является смѣшанное государственное устройство, составленное изъ соединенія трехъ основныхъ и простыхъ элементовъ властвованія, — монархическаго, аристократическаго и демократическаго. Смѣшанное государственное устройство Полибій видѣлъ въ Спартѣ и главнымъ образомъ у римлянъ, которые достигли безупречной формы правленія не путемъ разсужденій, но многочисленными войнами и трудами, причѣмъ познавали полезное и усваивали себѣ его каждый разъ въ самыхъ превратностяхъ судьбы.

Римскіе консулы представляютъ собою монархическое начало,

сенать — аристократическое, и комици — демократическое. Все государственное управление Рима разумно распределено между этими тремя властями, которые могут при желаніи или мѣшать одна другой, или оказывать взаимную поддержку и содѣйствіе. Хотя каждая власть имѣетъ полную возможность и вредить другой, и помогать, однако во всѣхъ положеніяхъ онѣ обнаруживаютъ подобающее единодушіе, и потому, говоритъ Полибій, нельзя было бы указать лучшее государственное устройство. Во время общей опасности необходимое единодушіе вызывается внѣшней угрозой. Во время мира и спокойствія, когда обычно развиваются необузданныя страсти и высокомеріе, смѣшанное государственное устройство находитъ исцѣленіе въ самомъ себѣ. Ибо, говоритъ Полибій, еслибы какая либо власть возомнила о себѣ и присвоила бы себѣ неподобающее значеніе, между тѣмъ какъ согласно только что сказанному ни одна изъ властей не довлѣетъ себѣ и каждая изъ нихъ имѣетъ возможность мѣшать и противодействовать замысламъ другихъ, то чрезмѣрное усиленіе одной изъ властей и превознесеніе надъ прочими оказались бы совершенно невозможными. Дѣйствительно, заключаетъ Полибій, все остается на своемъ мѣстѣ, такъ какъ порывы къ неремѣнамъ сдерживаются частью внѣшними мѣрами, частью исконнымъ опасеніемъ взаимнаго противодействія среди трехъ властей.

Ученіе Полибія о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ принялъ Цицеронъ и положилъ его въ основу объясненія римской государственности.

Схема Аристотеля въ обработкѣ Полибія съ сдѣланнымъ имъ добавленіемъ смѣшаннаго государственнаго устройства стала классической схемой распределенія образовъ правленія, превратилась въ школьную традицію и въ основныхъ своихъ положеніяхъ удержалась въ научномъ обиходѣ вплоть до половины XVIII вѣка.

Противъ классической схемы дѣлались лишь частичныя возраженія. Нѣкоторые писатели отвергали извращенныя формы правленія, усматривая въ нихъ не особый видъ государственнаго устройства, а лишь особое моральное, точнѣе безнравственное, проявленіе одной и той же государственной власти. Болѣе существеннымъ было возраженіе противъ возможности существованія смѣшаннаго государственнаго устройства. Последнее находили несомѣстимымъ съ принципомъ суверенитета. Такъ высказался Боденъ, творецъ ученія о суверенитетѣ; за нимъ послѣдовали многіе. Особенно рѣшительно настаивалъ на теоретическомъ

отверженіи и извращенныхъ формъ правленія, и смѣшаннаго государственнаго устройства Гоббсъ. Смѣшанное государственное устройство противорѣчило, по его мнѣнію, провозглашенной имъ идеѣ государства, какъ единой личности, а по вопросу объ извращенныхъ формахъ правленія онъ иронически замѣчалъ, что всякій недовольный считаетъ существующее правленіе извращеннымъ.

Необходимо подчеркнуть, что въ классической схемѣ распредѣленіе образовъ правленія производилось по строенію власти и по степени обезпеченія блага дѣлаго общезитія, какъ такового, но не придавалось при этомъ существеннаго значенія личности и степени обезпеченія ея индивидуальныхъ благъ.

§ 39. Распредѣленіе государствъ по степени обезпеченія личной свободы.

Монтескье, О духѣ законовъ, русск. переводъ подъ ред. А. Г. Горнфельда съ вступит. статьей М. М. Ковалевскаго, 1900 г.; Ф. В. Тарановскій, Замѣтки о Монтескье, 1913 г. (Юридическія Записки, изд. Демид. Юрид. Лицеумъ, 1913 г., кн. I).

Въ разныхъ частяхъ знаменитаго трактата Монтескье „О духѣ законовъ“ данъ обильный и разносторонній теоретическій матеріалъ по вопросу о классификаціи государствъ. Матеріалъ этотъ сложенъ и представляетъ собою, съ одной стороны, воспріятіе съ нѣкоторыми видоизмѣненіями и углубленіе классической схемы распредѣленія государствъ, съ другой стороны, — созданіе самостоятельной схемы по новому классификаціонному признаку. Мы и познакоимся съ ученіемъ Монтескье въ этой именно послѣдовательности.

Въ начальныхъ (II и III) книгахъ трактата, спеціально посвященныхъ ученію о формахъ правленія, Монтескье различаетъ и распредѣляетъ послѣднія по двумъ классификаціоннымъ признакамъ, — по природѣ и по принципу.

Подъ природой правленія Монтескье разумѣетъ то, что именно дѣлаетъ правленіе таковымъ, т. е. самое строеніе власти. По природѣ различаются три формы правленія: республиканская, монархическая и деспотическая. Республиканское, это то правленіе, въ которомъ народъ въ полномъ составѣ или же часть народа обладаетъ властью.

Монархическое — то правленіе, въ которомъ править одно лицо, но на основаніи прочно установленныхъ законовъ. Деспотическое — то правленіе, въ которомъ одно лицо безъ всякихъ законовъ и какихъ либо общихъ правилъ опредѣляетъ все своимъ произволомъ и усмотрѣніемъ. Такъ какъ въ республиканскомъ правленіи власть можетъ принадлежать либо всему народу, либо нѣкоторой его части, то республиканское правленіе подраздѣляется на демократію и аристократію, которыя затѣмъ разсматриваются наряду съ монархіей и деспотіей, какъ особыя формы правленія.

Подъ принципомъ правленія Монтескье разумѣть то, что приводитъ правленіе въ дѣйствіе и движетъ имъ. Принципы находятся въ строгомъ соотвѣтствіи съ природой. Всякой формѣ правленія свойственъ особый принципъ. Монтескье разсматриваетъ принципы правленія различныхъ государственныхъ устройствъ, начиная съ демократіи. Принципомъ демократіи Монтескье считаетъ добродѣтель, причемъ имѣеть въ виду не моральную, а политическую добродѣтель, опредѣляемую имъ какъ любовь къ отечеству и къ равенству. Въ демократіи власть является общимъ достояніемъ всѣхъ, поэтому властвованіе въ ней легко можетъ выродиться въ преслѣдованіе личныхъ выгодъ и въ средство уклоненія отъ несенія какихъ бы то ни было обязанностей въ пользу государства. Такое извращеніе демократіи въ анархію (безначаліе) предотвращается воспитаніемъ въ гражданахъ политической добродѣтели, каковою затѣмъ и опредѣляется осуществленіе актовъ властвованія. Принципъ аристократіи Монтескье полагаетъ въ умѣренности, основанной на добродѣтели и отличаемой отъ той умѣренности, которая вытекаетъ изъ трусости и лѣнности души. Аристократія это правленіе меньшинства; правящее меньшинство оказывается привилегированнымъ; всякаго рода привилегіи и преимущества раздражаютъ народную массу и могутъ вызвать въ ней возмущеніе; поэтому для устойчивости аристократическаго правленія необходима умѣренность властвующаго меньшинства въ пользованіи своими привилегіями и преимуществами. Движущимъ принципомъ монархіи является честь. Честь Монтескье понимаетъ въ двоякомъ смыслѣ, — въ смыслѣ честолюбія и въ прямомъ смыслѣ чести, т. е. сознанія достоинства личности. Монархія создана на развалинахъ феодализма. Сеньеры, изъ которыхъ каждый при феодальномъ

строѣ былъ самостоятельнымъ владыкой въ своемъ домѣнѣ, слились въ монархіи въ одно привилегированное дворянское сословіе, которое стало въ монархіи всего лишь посредствующею властью, своего рода промежуточнымъ протокомъ, чрезъ который власть государева изливается на всю массу населенія. Традиціи прежняго дробленія власти сохранились, и дворянство по старой памяти склонно тянуть въ сторону отъ единодержавной власти, проявлять центробѣжное стремленіе. Необходимо привить ему стремленіе къ центру, побудить его служить государеву и государственному дѣлу. Это достигается путемъ установленія различныхъ почестей за государеву службу и привлеченія этими почестями дворянъ къ политическому центру. Вотъ почему честолюбіе является необходимымъ движущимъ принципомъ монархическаго правленія. Умѣлое использование честолюбія придаетъ монархіи стройность и правильность на подобіе солнечной системы, которая зиждется на сочетаніи центростремительныхъ и центробѣжныхъ силъ. Наряду съ честолюбіемъ движущимъ принципомъ монархіи является и честь въ прямомъ смыслѣ этого слова, не общечеловѣческая честь, а честь сословная, дворянская. Сословная честь по существу есть тоже сознаніе достоинства человѣческой личности, но сознаніе, пока развившееся только въ предѣлахъ одного сословія, на верхахъ общества. Честь регулируетъ службу дворянъ и не позволяетъ имъ совершать даже по прямому приказу государя дѣйствія, явно противорѣчащія законамъ и нравственнымъ правиламъ, на которыхъ покоится монархическое правленіе. Такимъ образомъ, благодаря чести, посредствующая власть дворянства оказывается сдержкой, предохраняющей единоличную верховную власть монарха отъ извращенія въ произволь. Въ деспотическомъ правленіи, всецѣло основанномъ на усмотрѣніи и произволѣ единоличнаго властителя, движущимъ принципомъ правленія является страхъ, такъ какъ только страхъ можетъ удержать населеніе въ повиновеніи произвольной власти и заставить проводить въ жизнь ея распоряженія.

Вглядѣвшись въ только что приведенное ученіе Монтескье о различіи формъ правленія по природѣ и принципу послѣдняго, мы замѣчаемъ въ этомъ ученіи прежде всего воспроизведеніе классической схемы тройственнаго дѣленія государствъ по количеству правящихъ лицъ. Такимъ воспроизведеніемъ оказываются различаемыя Монтескье монархія, аристократія и демо-

кратія. Воспроизводя классическое дѣленіе Монтескье углубляетъ его установленіемъ соответственнаго различія движущихъ принциповъ правленія. Далѣе мы замѣчаемъ въ ученіи Монтескье неполноту комплекта неправильныхъ формъ правленія: вмѣсто трехъ неправильныхъ формъ Монтескье знаетъ только одну, — деспотію, и не говоритъ ни объ олигархіи, ни объ охлократіи. Къ этому слѣдуетъ добавить, что деспотическое правленіе выставляется у Монтескье не какъ возможное извращеніе правленія монархическаго, а какъ совершенно особое государственное устройство, слагающееся подѣ дѣйствіемъ совершенно особыхъ географическихъ и историческихъ условій. Подѣ образомъ монархическаго правленія Монтескье разумѣетъ европейскую монархію, развившуюся изъ феодальнаго уклада и покоящуюся на сословномъ строѣ подчиненныхъ государственныхъ органовъ (см. выше стрн. 393). Съ образомъ деспотическаго правленія Монтескье соединяетъ представленіе объ автократіи востока, преимущественно Турціи, съ султаномъ въ качествѣ формальнаго носителя произвольной власти и съ великимъ визиремъ въ качествѣ фактическаго распорядителя произвольнаго правленія. Наконецъ, мы должны отмѣтить, что въ приведенномъ ученіи Монтескье обойдено молчаніемъ смѣшанное государственное устройство.

Неправильныя формы правленія и смѣшанное государственное устройство, для которыхъ не нашлось мѣста въ начальныхъ книгахъ Духа законовъ, специально посвященныхъ вопросу о формахъ правленія, появляются однако въ дальнѣйшихъ частяхъ (IX—XIII книгахъ) трактата, въ которыхъ Монтескье развиваетъ самостоятельное и новое ученіе о классификаціи государствъ. Къ изложенію этого ученія мы и переходимъ.

Сверхъ природы и принципа правленія существенно важнымъ для опредѣленія образа правленія моментомъ оказывается объектъ государства, или объектъ государственнаго устройства. Подѣ объектомъ Монтескье разумѣетъ цѣль государства. У государствъ бывали и бываютъ различныя цѣли. Кромѣ конкретныхъ и преходящихъ цѣлей отдѣльныхъ государствъ, у государства, какъ такового, имѣются цѣли абстрактныя и непреходящія, присущія, такъ сказать, внутреннему смыслу всякой государственной организаціи. Въ качествѣ такихъ цѣлей Монтескье признаетъ стремленіе государства къ самосохраненію и стремленіе къ обезпеченію личной свободы. Можно сказать, что стремленіе къ самосохраненію

является какъ бы подсознательнымъ инстинктомъ и потому свойственно всѣмъ государствамъ въ равной мѣрѣ и одинаковой степени. Напротивъ, того, стремленіе къ свободѣ личности представляетъ собою цѣль, которую люди ставятъ предъ собою сознательно. Поэтому отношеніе государствъ къ свободѣ личности бываетъ различное въ зависимости отъ роста индивидуальнаго сознания и воплощенія его въ учрежденіяхъ.

Хотя въ порядкѣ разсужденія Монтескье самосохраненіе государства стоитъ на первомъ мѣстѣ, а свобода личности на второмъ, тѣмъ не менѣе мы начнемъ изложеніе съ отношенія государствъ къ свободѣ личности, потому что именно этому отношенію принадлежитъ центральное мѣсто и главное значеніе въ самостоятельной классификаціонной схемѣ Монтескье, такъ что даже организація въ видахъ наиболѣе дѣйствительнаго самосохраненія оцѣнивается въ концѣ концовъ съ точки зрѣнія обезпеченія свободы личности.

Подобно тому, какъ Платонъ въ своемъ дѣленіи государствъ на подзаконныя и произвольныя отправлялся отъ идеальнаго государства, царства подлинной справедливости, такъ и Монтескье въ своемъ распредѣленіи образовъ правленія по степени обезпеченія свободы личности отправляется, если не отъ идеальнаго царства свободы, то во всякомъ случаѣ отъ наиболѣе совершеннаго на землѣ обезпеченія свободы индивида въ политической организаціи. „Есть“, говоритъ Монтескье, „въ мірѣ народъ, прямымъ объектомъ, т. е. непосредственною цѣлью государственнаго устройства котораго является политическая свобода¹⁾. Обратимся къ разсмотрѣнію общихъ началъ, на которыхъ онъ утверждаетъ ее. Если они хороши, то свобода отразится въ нихъ какъ въ зеркалѣ“. Этимъ единственнымъ въ мірѣ народомъ оказываются англичане; ихъ государственное устройство выдерживаетъ теоретическое испытаніе, которому подвергаетъ его Монтескье, и основныя начала англійскаго государственнаго строя признаются совершеннѣйшимъ реальнымъ обезпеченіемъ свободы личности.

Основу англійскаго государственнаго строя Монтескье усматриваетъ въ раздѣленіи властей, полное проведеніе кото-

1) Подъ политической свободой Монтескье разумѣлъ свободу индивида отъ административнаго и судебного произвола. Въ настоящее время государственная наука относитъ эту свободу къ личной свободѣ гражданъ, или т. н. гражданской свободѣ, а подъ политической свободой разумѣетъ участіе гражданъ во власти.

раго и даетъ совершеннѣйшее обезпеченіе личной свободы, о чемъ намъ уже приходилось говорить въ предшествующей главѣ (стрн. 395—397). Полное раздѣленіе, или точнѣе разлученіе (*séparation*) властей достигается въ англійскомъ государственномъ строѣ, по мнѣнію Монтескье, слѣдующимъ образомъ. Судебная власть не предоставлена постоянному учрежденію, но осуществляется лицами, привлекаемыми въ опредѣленное время изъ народа для образованія суда, который длится лишь столько времени, пока въ немъ есть надобность. Подъ этимъ опредѣленіемъ имѣется въ виду судъ присяжныхъ (*jury*), который признается такимъ образомъ у Монтескье совершеннѣйшей формой выдѣленія и обособленія судебной власти. Законодательная власть принадлежитъ законодательному корпусу, состоящему изъ двухъ частей, — выборнаго собранія народныхъ представителей (палаты общинъ) и наслѣдственнаго собранія вельможъ (палаты лордовъ). Наконецъ, исполнительная (административная) власть находится въ рукахъ наслѣдственнаго монарха.

При раздѣленіи властей свобода вполне обезпечивается, благодаря тому, что обособленные власти сдерживаютъ другъ друга. Судебная власть удерживается отъ произвола властью законодательною: судебные приговоры должны быть ничѣмъ инымъ, какъ только точнымъ отраженіемъ смысла закона; если бы приговоры были лишь частнымъ мнѣніемъ судьи, то ни у кого не было бы увѣренности въ прочности своихъ правъ и обязанностей, и не было бы свободы. Произволь исполнительнѣйшей власти надъ личностью предотвращается принципиальнымъ устраненіемъ ея отъ отправления суда. Самостоятельность монарха, какъ главы исполнительнѣйшей власти, гарантируетъ отъ произвола, который водворился бы, если бы исполнительная власть была вручена нѣсколькимъ лицамъ, избраннымъ законодательнымъ корпусомъ изъ собственной среды. Законодательная власть наблюдаетъ за исполненіемъ законовъ, и этимъ устраняется произволь исполнительнѣйшей (административной) власти въ сферѣ ея дѣятельности. Право созывать и закрывать законодательное собраніе, а также право утверждать составленные имъ законы принадлежитъ исполнительнѣйшей власти, которая такимъ образомъ сдерживаетъ законодательную власть. Если бы у исполнительнѣйшей власти не было права сдерживать предпріятія власти законодательной, то послѣдняя стала бы произвольною, деспотическою: она могла бы захватить всю власть и уничтожить двѣ другія власти. Законодательная

власть не должна однако сдерживать аналогичнымъ образомъ власть исполнительную, потому что исполнительная власть по природѣ своей ограничена закономъ и проявляется лишь въ переходящихъ дѣйствіяхъ. Законодательная власть должна имѣть только право наблюденія за тѣмъ, какъ исполняются законы. Надзирая въ этомъ смыслѣ за дѣйствіями исполнительной власти, законодательная власть отнюдь не можетъ судить личность монарха.

Сосредоточившись на мысли о взаимномъ сдерживаніи властей и увлеченный ею, Монтескье приходитъ въ концѣ концовъ къ такой конструкціи англійскаго государственнаго строя, которая уклоняется отъ исходной теоріи раздѣленія властей въ сторону иного соотношенія властвующихъ элементовъ.

Судебную власть, предоставленную лицамъ, извлекаемымъ изъ народа и обратно въ него возвращающимся, Монтескье признаетъ почти ничтожной (*presque nulle*). Констатировавъ въ самомъ началѣ обособленіе суда и подчиненіе его рѣшеній закону, Монтескье затѣмъ уже о немъ болѣе не вспоминаетъ, и весь вопросъ о сдерживаніи властей сводитъ къ взаимному сдерживанію только законодательной и исполнительной власти: Предусматриваются столкновенія между этими властями. Столкновенія необходимо предотвращать помощью нѣкотораго умѣряющаго дѣйствія. Подобная умѣряющая функція весьма свойственна, думаетъ Монтескье, той части законодательнаго корпуса, которая составлена изъ вельможъ. Изъ только что приведеннаго положенія явствуетъ, что двойственному составу законодательнаго корпуса придается существенное для государственнаго устройства значеніе, и что каждая изъ этихъ частей, — народное представительство и палата вельможъ, — выступаетъ въ качествѣ особой власти. Въ отношеніяхъ между народнымъ представительствомъ и исполнительной властью, т. е. монархомъ, умѣряющая и слѣдовательно сдерживающая функція принадлежитъ палатѣ вельможъ. Соотношеніе трехъ властей, — народнаго представительства, палаты вельможъ и монарха, — даетъ еще и другія сочетанія. Народное представительство и палата вельможъ взаимно сдерживаютъ другъ друга. Обѣ эти власти въ совокупности законодательнаго корпуса сдерживаются исполнительной властью. Послѣдняя въ свою очередь сдерживается законодательнымъ корпусомъ. Въ виду такой сложной системы сдержекъ, всѣ три власти, — народное представительство, палата вельможъ и монархъ, — должны бы явить образъ покоя или бездѣйствія. Но такъ какъ въ силу неизбеж-

наго хода вещей онѣ вынуждены дѣйствовать, то онѣ по необходимости будутъ дѣйствовать согласно.

Такимъ образомъ вся конструкція англійскаго государственнаго строя сводится въ концѣ концовъ къ системѣ взаимнаго уравновѣшиванія и согласнаго дѣйствія трехъ властвующихъ силъ, — народнаго представительства, собранія вельможъ и монарха. Не трудно замѣтить, что такая конструкція совмѣщаетъ въ одномъ государственномъ строѣ „природу“ трехъ формъ правленія, — демократіи, аристократіи и монархіи, — и слѣдовательно оказывается ничѣмъ инымъ, какъ смѣшаннымъ государственнымъ устройствомъ, о которомъ нѣкогда говорилъ Полибій. Этотъ типъ государственности Полибій открылъ въ Римѣ, Монтескье вторично обрѣлъ его въ Англии. Полибій видѣлъ въ смѣшанномъ государственномъ устройствѣ единственное средство, предохраняющее правленіе отъ извращенія; Монтескье усмотрѣлъ въ немъ наиболѣе совершенное обезпеченіе свободы личности отъ произвола власти.

Что существенное значеніе въ дѣлѣ обезпеченія личной свободы принадлежитъ не формальному разлученію законодательной, судебной и исполнительной властей, а распредѣленію властвованія между различными социальными-политическими элементами, это вполне очевидно изъ отзыва, который даетъ Монтескье о Венеціанской республикѣ. „Въ Венеціи,“ говоритъ онъ, „большой совѣтъ обладаетъ законодательною властью, прегадія — исполнительною, а квантія — судебною властью. Но зло заключается въ томъ, что всѣ эти трибуналы составлены изъ должностныхъ лицъ одного и того же сословія, вслѣдствіе чего всѣ они образуютъ одну и ту же власть“, и въ результатѣ въ Венеціи нѣтъ свободы, и царитъ произволь.

Само собою разумѣется, что признаніе того государственнаго строя, непосредственной цѣлью котораго служить свобода, смѣшаннымъ образомъ правленія, составленнымъ изъ соединенія монархическаго, аристократическаго и демократическаго элементовъ, является существенно важнымъ для всего ученія Монтескье о классификаціи государствъ, такъ какъ къ четыремъ первоначально установленнымъ формамъ правленія, — монархіи, аристократіи, демократіи, деспотіи, — прибавляется такимъ образомъ еще пятая, — смѣшанное государственное устройство. Однако въ спеціальномъ ученіи о классификаціи государствъ по степени обезпеченія свободы личности, соот-

ношеніе соціально-политическихъ элементовъ властвованія не принимается въ соображеніе, и руководящимъ началомъ этой спеціальной классификаціи остается одинъ лишь формальный признакъ раздѣленія властей.

Въ англійскомъ государственномъ строѣ, основанномъ на полномъ раздѣленіи трехъ властей, — законодательной, судебной и исполнительной — свобода отражается, какъ въ зеркалѣ. Такимъ образомъ устанавливается видъ правленія, который можно назвать свободнымъ.

Отдѣленіе судебной власти при сосредоточеніи двухъ другихъ властей въ рукахъ государя дѣлаетъ, говоритъ Монтескье, правленіе большинства европейскихъ монархій умѣреннымъ. Получается такимъ образомъ второй видъ правленія, которому самъ Монтескье даетъ имя умѣреннаго.

Наконецъ, Монтескье выдѣляетъ еще третій видъ правленія, въ которомъ всѣ три власти соединены нераздѣльно, и называетъ его деспотическимъ. Онъ относитъ къ этому виду турецкую деспотію и итальянскія республики, особенно венеціанскую. При такомъ уравненіи Турціи и Венеціи ясно, что въ данномъ случаѣ вопросъ идетъ о деспотическомъ правленіи не съ точки зрѣнія природы и принципа правленія, а съ точки зрѣнія отношенія правленія къ свободѣ, какъ объекту государственнаго устройства. Нераздѣльное соединеніе трехъ властей ведетъ къ полному уничтоженію, точнѣе къ полной необезпеченности личной свободы и въ этомъ смыслѣ къ деспотическому правленію.

Три образа правленія, различаемые по степени обезпеченія свободы, личности не выступаютъ въ ученіи Монтескье въ качествѣ видовъ неподвижныхъ и, такъ сказать, предустановленныхъ. Они подлежатъ дальнѣйшимъ видоизмѣненіямъ въ силу возможности различнаго конкретнаго проявленія начала раздѣленія властей. Относительно европейскихъ монархій Монтескье прямо говоритъ, что три власти не раздѣлены въ нихъ по образу англійскаго государственнаго строя и не слиты; каждая изъ нихъ имѣетъ свое особое распредѣленіе властей, сообразно которому онѣ болѣе или менѣе приближаются къ свободѣ; если бы онѣ къ ней не приближались, то выродились бы въ деспотизмъ. Подобное же своеобразіе въ распредѣленіи властей и различное приближеніе къ свободѣ устанавливается у Монтескье и для республикъ. Вслѣдствіе этого классификація по объекту свободы даетъ возмож-

ность расположить государства по іерархической лѣстницѣ, построенной по степени убывающей свободы, — отъ Англїи до Турціи.

Классификація по степени обезпеченія свободы личности не параллельна классификаціи по природѣ и принципу правленія, но пересѣкается и сочетается съ нею, въ результатѣ чего получается увеличеніе общаго числа классификаціонныхъ видовъ. Аристократіи и демократіи различаются свободныя и деспотическія, о чемъ прямо говорится у Монтескье. Такъ какъ однако въ республикахъ бываетъ и иное, кромѣ раздѣленія и нераздѣльности, распредѣленіе властей, то слѣдуетъ признать, что Монтескье допускаетъ существованіе и умѣренныхъ республикъ. Такимъ образомъ оказывается, что общіе классификаціонные виды аристократіи и демократіи, благодаря новому классификаціонному признаку по различному отношенію къ объекту свободы, утраиваются. Что же касается монархіи, то она удваивается, такъ какъ можетъ быть либо умѣренной, либо вырождающеюся въ деспотизмъ. Монархія съ полнымъ раздѣленіемъ властей и слѣдовательно свободная перестаетъ быть простымъ монархическимъ правленіемъ и выступаетъ въ Англїи въ видѣ смѣшаннаго государственнаго устройства, въ которомъ монархической власти приходится сочетаться съ элементами аристократіи и демократіи. Правленіе деспотическое по природѣ и принципу является деспотическимъ и съ точки зрѣнія объекта. Такова Турція, приводимая у Монтескье въ качествѣ образца деспотическаго правленія и въ первой, и во второй классификаціонной схемѣ. Это — деспотія въ квадратѣ, если такъ можно выразиться, азіатская деспотія. Она стоитъ одиноко въ качествѣ самостоятельнаго классификаціоннаго вида. Упомянутая выше деспотическая монархія, или европейская деспотія отличается отъ деспотіи азіатской. Азіатская деспотія есть деспотія и по природѣ, и по принципу, и по объекту, и въ силу свойствъ природы своей и принципа не можетъ быть умѣреннымъ правленіемъ. Европейская деспотія является деспотіей только по объекту вслѣдствіе извращенія цѣли; природа же ея и принципъ остаются монархическими, такъ что въ ней сохраняется возможность (потенція) возврата на путь умѣреннаго правленія.

То обстоятельство, что европейскій деспотизмъ выставляется у Монтескье какъ извращеніе умѣренной монархіи, наводитъ на мысль о томъ, что вообще Монтескье склоненъ былъ

разсматривать деспотическое съ точки зрѣнія объекта государственнаго устройства правленіе какъ правленіе извращенное. Слѣдовательно, теперь мы въ правѣ сказать (см. выше стрн. 408), что классическая мысль о выдѣленіи особаго вида неправильныхъ образовъ правленія имѣется и у Монтескье въ полномъ объемѣ, только правильность и неправильность опредѣляются у него не по отношенію къ общему благу, а по отношенію къ свободѣ личности.

Подробно изложивъ, какъ отражается на классификаціи государствъ отношеніе ихъ къ свободѣ личности, перейдемъ къ другому общему объекту государственнаго устройства, именно, — къ стремленію государства къ самосохраненію, и посмотримъ, какія новыя развѣтвленія классификаціонной схемы получаются подъ вліяніемъ этого объекта.

Стремленіе государства къ самосохраненію призываетъ къ жизни военную силу. Тотъ или другой способъ организаціи послѣдней и различное ея отношеніе къ тремъ властямъ (законодательной, исполнительной и судебной) отражается на всемъ государственномъ устройствѣ и производитъ въ немъ существенныя видоизмѣненія.

При полномъ раздѣленіи властей, т. е. въ правленіи свободномъ законодательная власть рискуетъ потерять свою свободу, говоритъ Монтескье, если она будетъ устанавливать сухопутныя и морскія силы не изъ года въ годъ, но безсрочно, навсегда. Самое существованіе военной силы въ свободномъ правленіи поставлено въ зависимость отъ ежегоднаго вотированія законодательнымъ корпусомъ такъ же, какъ и существованіе финансовыхъ средствъ государства, образуемыхъ путемъ взиманія налоговъ. Этимъ однако исчерпывается прямое отношеніе законодательной власти къ военной силѣ. Разъ армія установлена, то въ дальнѣйшемъ она зависитъ непосредственно не отъ законодательной власти, а отъ исполнительной, которой она ввѣряется законодательнымъ корпусомъ. Какъ только армія будетъ зависѣть отъ законодательнаго собранія, правленіе станетъ военнымъ. Если въ случаѣ прямого управленія арміей со стороны законодательнаго корпуса какія нибудь особенныя обстоятельства и воспрепятствуютъ водворенію военнаго правленія, то все же скажутся другія неудобства такого положенія вещей, и неминуемо произойдетъ одно изъ двухъ: либо армія разрушитъ правительство, либо правительство ослабитъ армію.

Въ азіатской деспотіи, являющейся по отношенію къ свободному правленію смѣшаннаго государственнаго устройства противоположнымъ полюсомъ, военное правленіе представляеть собою порядокъ вещей почти неизбѣжный. Вызывается это тѣмъ, что въ громадныхъ по пространству деспотіяхъ армія, расположенная въ провинціяхъ, оказывается недостаточной для охраны существующаго строя, и потому возлѣ деспотическаго государя долженъ находиться постоянный военный корпусъ, особому ему преданный, всегда готовый къ подавленію возможнаго возстанія и предназначенный къ тому, чтобы сдерживать остальныя части арміи.

Въ умѣренныхъ монархіяхъ непосредственное командованіе арміей принадлежитъ государю, слѣдовательно, находится въ тѣхъ же рукахъ, что и власти законодательная и исполнительная. Однако такое соединеніе вѣданія военной силой съ законодательствомъ и управленіемъ не превращаетъ умѣренныхъ монархій въ правленіе военное въ специфическомъ смыслѣ этого слова. Несомѣнно, что и по вопросу о положеніи военной силы въ государствѣ слѣдуетъ предполагать для умѣренныхъ монархій то своеобразное распредѣленіе (distribution) властей, которое, хотя и не совпадаетъ съ ихъ раздѣленіемъ, точнѣе разлученіемъ (séparation), все же къ нему приближается и предупреждаетъ извращеніе умѣреннаго правленія въ деспотизмъ. Каково это распредѣленіе, Монтескье не говоритъ, предоставляя читателю восполнить недомолвки собственнымъ размысленіемъ и даже требуя отъ него такой самодѣятельности. Слѣдуя указанію и требованію автора, скажемъ, что умѣренность правленія обезпечивалась въ извѣстныхъ Монтескье европейскихъ монархіяхъ отдѣленіемъ военной власти отъ гражданской въ устройствѣ и въ дѣятельности подчиненныхъ государственныхъ органовъ.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что военное правленіе выдѣляется у Монтескье какъ особый видъ государственнаго устройства, несомѣстимый ни съ раздѣленіемъ властей, ни съ приближающимся къ нему ихъ распредѣленіемъ, и потому противопоставляемый какъ свободному правленію, такъ и умѣренному. Военное правленіе оказывается совмѣстимымъ, повидимому, только съ деспотическимъ правленіемъ.

До сихъ поръ мы не сказали ни слова о значеніи военной организаціи для республиканскаго правленія. Сдѣлали мы это потому, что указанный вопросъ обсуждается у Монтескье въ связи

съ другимъ вопросомъ, именно, съ вопросомъ о вліяніи стремленія государства къ самосохраненію на образованіе соединеній государствъ, или сложныхъ государствъ, выражаясь въ терминахъ современной намъ государственной науки.

Сложныя государственныя образованія создаются, по ученію Монтескье, подъ вліяніемъ стремленія къ увеличенію оборонительной силы и къ обезпеченію помощью ея политическаго самосохраненія. Подъ дѣйствіемъ одной и той же движущей причины образованіе сложныхъ политическихъ организацій идетъ однако двумя путями: путемъ соединенія мелкихъ государствъ и разъединенія крупныхъ. Первый путь свойственъ республикамъ, второй — деспотическимъ государствамъ, такъ какъ въ силу необходимаго отношенія между образомъ правленія и величиной территории республики устанавливаются на небольшихъ территорияхъ, а деспотіи на крупныхъ (см. выше стрн. 337). Каждый изъ указанныхъ путей порождаетъ особую форму сложнаго государства: первый — федерацію, второй — феодальное государство.

Если республика мала, говоритъ Монтескье, ее разрушаетъ внѣшняя сила; если она велика, она сама разрушается въ силу внутренняго порока. Этимъ двойнымъ неудобствомъ заражены одинаково и демократіи, и аристократіи независимо отъ того, хороши ли онѣ или плохи. Зло лежитъ въ самомъ существѣ вещи, и нѣтъ никакого способа помочь ему. Весьма поэтому вѣроятно, что люди въ концѣ концовъ были бы вынуждены жить всегда подъ единовластіемъ, еслибы они не изобрѣли особаго государственнаго строя, который обладаетъ всѣми внутренними преимуществами республиканскаго правленія и внѣшней силой правленія монархическаго. Такимъ строемъ оказывается федеративная республика. Эта форма правленія представляетъ собою соглашеніе, помощью котораго нѣсколько государствъ становятся гражданами одного болѣе крупнаго государства. Послѣднее путемъ привожденія новыхъ участниковъ можетъ расширяться до тѣхъ поръ, пока могущества его будетъ хватать для обезпеченія безопасности соединившихся членовъ.

Деспотическое государство, на большомъ пространствѣ котораго трудно удержать могучую военную силу въ прямомъ подчиненіи единой правящей волѣ, сохраняетъ себя помощью особаго вида разъединенія, которое производится путемъ раздачи отдаленныхъ провинцій особымъ государямъ на ленномъ правѣ.

Монархіи, какъ государства средней величины (см. выше стрн. 337), наиболѣе могущественны въ военномъ отношеніи и потому наиболѣе обезпечены въ смыслѣ самосохраненія. Очевидно, вслѣдствіе этого Монтескье и не устанавливаетъ для монархій особой формы сложнаго государственнаго образованія. Ссылаясь на примѣръ хананейнъ, онъ высказываетъ даже общую мысль, что конфедерація не лежитъ въ природѣ даже маленькихъ монархій. Правда, замѣчаетъ Монтескье, федеративная республика Германіи (т. е. Священная Римская имперія нѣмецкой націи) составлена изъ свободныхъ городовъ и маленькихъ монархій, но именно вслѣдствіе такого разнороднаго состава она является, по мнѣнію Монтескье, несовершенной формой государственнаго соединенія; если она въ общемъ держится, то развѣ лишь потому, что у нея есть глава, который является въ одно и то же время и въ нѣкоторомъ родѣ должностнымъ лицомъ союза, и въ нѣкоторомъ родѣ монархомъ. Такая характеристика Священной Римской имперіи нѣмецкой націи содержитъ въ себѣ намекъ на возможность федеративной монархіи, какъ особаго образа правленія.

Сводя во едино все изложенное о значеніи объекта (цѣли) государственнаго устройства въ качествѣ особаго критерія для классификаціи государствъ у Монтескье, мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы. Оба общихъ объекта, — и свобода личности, и самосохраненіе государства, — положены у Монтескье въ основу различія образовъ правленія. По степени обезпеченія личной свободы различаются правленія: свободныя, умѣренныя и деспотическія, между которыми допускается рядъ переходныхъ ступеней. Въ отношеніи къ оборонительной силѣ государства выдѣляется особый видъ военнаго правленія, противопоставляемый нормальному правленію гражданскому, и устанавливается на ряду съ простыми государствами особая категория государствъ сложныхъ; въ предѣлахъ послѣдней Монтескье различаетъ государства федеративныя и феодальныя. Указаніе на совместиость чисто военнаго правленія только съ деспотіей, а также выдвигаемое на первый планъ признаніе федераціи средствомъ совмѣстить республиканское правленіе съ крупной территоріей, которой по общему правилу свойственно правленіе деспотическое, — оба эти факта свидѣтельствуютъ о томъ, что и образы правленія, выдѣляемые по отношенію къ оборонительной силѣ госу-

дарства, опѣиваются и характеризуются въ концѣ концовъ съ точки зрѣнія обезпеченія свободы личности. Классификація по объекту государственнаго устройства пересѣкается и сочетается съ классификаціей по природѣ и по принципу правленія. Такимъ образомъ общая классификаціонная система усложняется, и создаются комбинированные классификаціонные ряды образовъ правленія.

Выдѣленіе особой классификаціонной группы сложныхъ государственныхъ образованій прошло почти незамѣченнымъ и для современниковъ Монтескье, и для ближайшихъ къ нему послѣдующихъ поколѣній ученыхъ, которые не интересовались вопросомъ о соединеніяхъ государствъ. Монтескье проявилъ однако большую прозорливость, выдвинувъ вопросъ, которому суждено было пріобрѣсти съ половины XIX вѣка животрепещущій интересъ практическаго и теоретическаго характера (см. выше стрн. 353—354). Распрѣдѣленіе образовъ правленія по степени обезпеченія личной свободы несравненно болѣе соотвѣтствовало духу времени, когда господствовала надъ умами индивидуалистическая концепція государства. Ученіе Монтескье получило упрощенную формулировку въ классификаціонной схемѣ Канта и въ такомъ упрощенномъ видѣ стало популярнымъ въ государствовѣдѣніи.

Кантъ (въ сочиненіи *Zum ewigen Frieden*, 1795 г.) различаетъ форму властвованія (*forma imperii*) и форму правленія (*forma regiminis*). Первая опредѣляется по различію лицъ, которымъ принадлежитъ власть; вторая по характеру управленія въ отношеніи его къ индивидуальной свободѣ. Различіе по формѣ властвованія приводитъ къ традиціонному тройственному дѣленію государствъ на демократію, аристократію и монархію, которую Кантъ называетъ автократіей. Формы правленія Кантъ различаетъ двѣ: республиканскую и деспотическую. Республиканская форма существуетъ, по мнѣнію Канта, тамъ, гдѣ законодательная власть отдѣлена отъ исполнительной и ввѣрена народному представительству. Только такое устройство обезпечиваетъ индивидуальную свободу и равенство всѣхъ гражданъ передъ закономъ. Деспотизмъ существуетъ, по мнѣнію Канта, повсюду, гдѣ законодательство и исполнительная власть соединены въ рукахъ одного лица или учрежденія, и гдѣ нѣтъ правильно организованнаго народнаго представительства.

§ 40. Распределение государств по различію культурнаго развитія и строенія общественныхъ элементовъ.

Robert von Mohl, Encyclopädie der Staatswissenschaften, 1859, 2 Aufl. 1872; русский переводъ 1868; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, X Kapitel (русский переводъ 2-го изд. 1908 г.); Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 82—158.

Переходя къ той системѣ классификаціи государствъ, которая соотвѣтствуетъ соціальной концепціи государства (см. выше стрн. 399), необходимо отмѣтить, что измѣненіе прежнихъ классификаціонныхъ ученій и образованіе новой системы сложилось подъ вліяніемъ двухъ новыхъ явленій научнаго сознанія, окончательно обнаружившихся къ серединѣ XIX столѣтія. Мы разумѣемъ здѣсь, съ одной стороны, проникновеніе науки о правѣ и государствѣ эволюціонной точкой зрѣнія (см. § 29), съ другой стороны, — развитіе ученія объ обществѣ (см. выше § 35), какъ элементъ общежитія, противопологаемомъ политической организаціи и представляющемъ ея основу (см. выше стрн. 369).

Теорія эволюціи и соціальная концепція государства неразрывно связаны въ ходѣ развитія научной мысли и должны были въ своей совокупности внести существенныя измѣненія, можно даже сказать, вызвать переворотъ въ классификаціи государствъ. Чтобы понять, въ чемъ заключался этотъ переворотъ, разберемъ для примѣра значеніе одного изъ классификаціонныхъ видовъ, — демократіи. Слѣдую традиціи классической схемы и учитывая одну лишь политическую сторону общежитія, говорили одинаково и о демократіи Афинъ, и о демократіи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, и о демократіи французской республики въ революціонную эпоху. Если обратить вниманіе на строеніе общества въ этихъ государствахъ, то окажется, что первое изъ нихъ основывалось на рабствѣ, а два другихъ не знаютъ уже рабства. Слѣдовательно, при одинаковости формальнаго образа правленія мы имѣемъ по существу совершенно различныя виды государственности, стоящіе на разныхъ ступеняхъ соціальной эволюціи и вслѣдствіе этого, строго говоря, даже едва ли соизмѣримые другъ съ другомъ.

Въ зависимости отъ экономическаго и духовнаго развитія общества измѣняются, эволюціонируютъ тѣ задачи, которыя возлагаются на государство, измѣняются и проявленія государствен-

ной власти (см. § 36). Поэтому монархія какого либо народнаго государства, какихъ либо древнегерманскихъ или древнеславянскихъ княжествъ, и монархія эпохи просвѣщеннаго абсолютизма далеко не одно и то же; это различные виды государственной организаціи.

Наконецъ, различные образы правленія не пребываютъ въ состояніи покоя, переходятъ одинъ въ другой, оказываются, слѣдовательно, не неизмѣнными, неподвижными, а измѣняющимися, эволюціонными видами государственной организаціи.

Мысль объ измѣнчивости образовъ правленія существовала давно, даже въ классической схемѣ, но понималась тамъ не какъ соціально-политическая эволюція, а какъ извращеніе первоначальнаго образа правленія, которое приводило у Полибія къ заколдованному круговороту. Смѣшанное государственное устройство разсматривалось при этомъ и высоко цѣнилось какъ установленіе неподвижнаго образа правленія.

У Монтескье измѣненіе природы и главнымъ образомъ принципа правленія разсматривается тоже съ точки зрѣнія извращенія. Въ качествѣ безусловно неподвижнаго образа правленія характеризуется у него азіатская деспотія. Черты неподвижности свойственны у него несомнѣнно и англійскому государственному строю, въ которомъ осуществляется равновѣсіе трехъ властей, и этимъ путемъ достигается совершеннѣйшее обезпеченіе личной свободы. Наряду съ этимъ впрочемъ мы замѣчаемъ у Монтескье и зарожденіе мысли объ исторической преемственности образовъ правленія, въ духѣ которой онъ выводилъ англійскій государственный строй изъ „лѣсовъ Германіи“, изъ древняго германскаго народоправства (см. выше стрн. 301—302). Само собою разумѣется однако, что это только зародышъ идеи развитія, и что упроченіе взгляда на различные образы правленія какъ на эволюціонные виды государственнаго устройства стало возможнымъ только во второй половинѣ XIX столѣтія.

Первую попытку классификаціи государствъ на началахъ эволюціонной и соціальной теоріи государства мы находимъ у Роберта Моля въ его „Энциклопедіи государственныхъ наукъ“. На ней мы и остановимся въ видахъ ознакомленія съ общимъ духомъ новой постановки вопроса.

Моль согласенъ, что различіе государствъ опредѣляется строеніемъ въ нихъ власти, но при этомъ утверждаетъ, что болѣе важнымъ представляется различіе тѣхъ задачъ, которыя возлагаются на государственную власть, такъ какъ задачи эти опре-

дѣляются міросозерцаіемъ народовъ, обусловленнымъ ихъ социальнымъ строеніемъ и культурнымъ состояніемъ. Вслѣдствіе этого выдѣленіе основныхъ видовъ государствъ должно производиться, по мнѣнію Моля, на основаніи различія задачъ государственной власти, а различное строеніе власти можетъ служить основаніемъ лишь для установленія дальнѣйшихъ подраздѣленій главныхъ классификаціонныхъ группъ. Исходя изъ такихъ основныхъ положеній, Моль различаетъ шесть культурно-историческихъ группъ государствъ: 1) патріархальныя государства, 2) теократіи, 3) патримоніальныя государства, 4) классическія государства (государства классической древности), 5) правовыя государства, и 6) деспотіи.

Патріархальное устройство существуетъ, по мнѣнію Моля, совершенно естественно тамъ, гдѣ народъ еще не вышелъ изъ первобытной племенной жизни, гдѣ нѣтъ еще сложнаго расчлененія (дифференціаціи) общества и развитыхъ экономическихъ отношеній, гдѣ, наконецъ, слабо еще развито и религиозное сознаніе. Въ основѣ патріархальнаго правленія лежитъ кровная связь и подчиненіе власти старшихъ въ родѣ. Верховная власть принадлежитъ главѣ государства, наслѣдственному или даже выборному въ старѣйшемъ родѣ. При немъ могутъ состоять совѣты старѣйшинъ, и иногда могутъ быть даже созываемы народныя собранія. Правительственныя функціи главы государства исчерпываются двумя основными задачами: предводительствомъ на войнѣ и отправленіемъ несложнаго суда по началамъ родового обычая.

Теократія существуетъ тамъ, гдѣ вся жизнь народа опредѣляется вѣрою въ то, что божество непосредственно руководитъ жизнью людей и чрезъ избранниковъ своихъ устраиваетъ и направляетъ государственный норядокъ. Теократіи различаются чистыя, или нераздѣльныя, и смѣшанныя, или дуалистическія. Въ чистой теократіи власть и непосредственное управленіе находятся въ рукахъ духовенства, являющагося прямымъ провозвѣстникомъ божественной воли; во главѣ ея стоитъ одно лицо, которое почитается либо воплощеніемъ божества на землѣ, либо его намѣстникомъ. Въ дуалистической теократіи наряду съ духовнымъ главой имѣется и свѣтскій глава государства, который въ той или другой степени, но все же подчиненъ главѣ духовному.

Патримоніальное государство зиждется на круп-

ной поземельной собственности. Оно поддерживается такимъ воззрѣніемъ на жизнь, которое ставитъ на первый планъ собственность, стяжаніе и ихъ юридическое обезпеченіе, не порождая болѣе высокихъ культурныхъ потребностей. Подъ защитой патримоніальнаго порядка, представляющаго собою сравнительно съ порядкомъ патріархальнымъ высшую ступень развитія, развиваются земледѣліе и ремесла, но не удовлетворяются высшіе духовные запросы, а также не находятъ себѣ покровительства и такіе матеріальные интересы, для обезпеченія которыхъ необходимы сложныя и дорого стоящія учрежденія. Правленіе въ патримоніальныхъ государствахъ сводится, строго говоря, къ попеченію о собственныхъ дѣлахъ властителя, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ и расходы по управленію покрываются изъ его собственныхъ средствъ. Попеченіе объ общихъ дѣлахъ устанавливается здѣсь лишь путемъ заключенія особыхъ договоровъ. Возникающія такимъ образомъ частноправовыя обязательства главы патримоніальнаго государства необходимо должны восполняться сознаніемъ нравственнаго и религіознаго долга его по отношенію къ людямъ, отдавшимъ подъ его защиту и покровительство. Ограниченность защиты, получаемой отъ патримоніальнаго правительства, призываетъ къ жизни различныя общественныя организаціи, которыя собственными усиліями стремятся къ достиженію болѣе широкихъ жизненныхъ цѣлей. Такъ какъ всѣ публичныя отношенія опредѣляются въ патримоніальномъ государствѣ частнымъ правомъ, то участіе подданныхъ во власти не имѣетъ здѣсь значенія общегосударственнаго народнаго представительства, но лишь значеніе спеціального представительства мѣстныхъ, сословныхъ и даже личныхъ нуждъ и интересовъ. Различаются три формы патримоніальнаго государства: вѣтчинное государство, средоточіемъ котораго является большая княжеская земельная собственность; военная ленная (феодалная) монархія, въ которой завоеватель дѣлитъ землю между своими дружинниками подъ условіемъ взаимной вооруженной защиты; и, наконецъ, владѣтельная городская община, дающая защиту подчинившимся ей мѣстностямъ и повелѣвающая ими. Правленіе городской общины можетъ облекаться въ любую форму демократіи или аристократіи, но патримоніальная сущность ея остается при этомъ неизмѣнной.

Въ основѣ классическаго государства (государствъ классической древности) лежитъ возможно полное общеніе жизни,

въ которомъ и отдѣльная личность находитъ себѣ удовлетвореніе, но которымъ она вполнѣ поглощается. Цѣль этого общенія и опредѣляемое ею направленіе государственной жизни бывали различныя, смотря по культурѣ и внѣшнему положенію народа; такою цѣлью бывали война и господство, наука и искусство, промышленность и торговля. Въ классическомъ государствѣ различались три формы правленія: демократія, аристократія и монархія. Первая изъ нихъ представляетъ наиболѣе свойственную классическому государству, третья — менѣе всего ему соотвѣтствующую форму правленія. Аристократія совмѣстима съ руководящей идеей классическаго государства лишь при помощи искусственнаго пониманія „лучшихъ людей“ (*ἀριστοι*) и сложнаго строго обдуманнаго правительственнаго аппарата.

Правовое государство (*Rechtsstaat*) слагается, по мнѣнію Моля, на почвѣ трезваго раціонализма, или, выражаясь точнѣе, на почвѣ яснаго и расчетливаго разсудочнаго взгляда на жизнь. Въ основѣ его лежитъ свобода личности, стремящейся къ возможно всесторонней жизни, къ жизни всѣмъ своимъ существомъ. Задача государства здѣсь двоякая: во-первыхъ, охрана правового порядка, какъ необходимаго обезпеченія личной свободы, во-вторыхъ, покровительство разумнымъ человѣческимъ цѣлямъ и содѣйствіе имъ постольку, поскольку для достиженія ихъ оказываются недостаточными силы и средства индивидовъ и меньшихъ, чѣмъ государство, союзовъ. Въ виду указанной двойственности государственной задачи названіе „правовое государство“, въ сущности говоря, не полно (сравн. выше стрн. 386 и 389), но Моль удерживаетъ его въ виду широкой его распространенности и во избѣжаніе недоразумѣній по вопросу о правовомъ обезпеченіи индивидуальной свободы. Правовое государство представляетъ, по мнѣнію Моля, великій успѣхъ въ развитіи человѣчества и именно потому, что въ немъ соединяется свободное самоопредѣленіе личности съ мощнымъ содѣйствіемъ со стороны государства развитію всѣхъ способностей и силъ, которыми надѣленъ человѣкъ. Государственная власть въ правовомъ государствѣ обладаетъ слѣдующими правами: 1) она требуетъ повиновенія себѣ, сообразнаго съ государственнымъ устройствомъ и одинаковаго отъ всѣхъ гражданъ, разсматриваемыхъ какъ въ качествѣ отдѣльныхъ лицъ, такъ и въ качествѣ членовъ корпорацій и общественныхъ союзовъ; 2) она имѣетъ полномочіе принимать всѣ мѣры, необходимыя для достиженія государственной

цѣли; 3) когда къ ней обращаются за содѣйствіемъ, она сама рѣшаетъ вопросъ о томъ, представляется ли въ заявленныхъ требованіяхъ интересъ настолько важный и общій, что можетъ быть оправдано приложеніе къ данному случаю общей государственной силы. Не только носители власти, но и граждане надѣляются въ правовомъ государствѣ публичными правами. Права гражданъ сводятся къ обезпеченію ихъ притязаній на личную свободу и равенство всѣхъ передъ закономъ, причемъ равенство простирается какъ на положеніе личности въ частноправовомъ оборотѣ, такъ и на участіе ея во власти. Правовое государство допускаетъ три главныхъ вида устройства: демократію, аристократію и монархію. Каждый изъ этихъ видовъ подлежитъ еще дальнѣйшему подраздѣленію. Демократія можетъ быть чистая (или непосредственная, съ непосредственнымъ собраніемъ всего народа, — вѣчемъ, сходкою) и представительная (съ собраніемъ выборныхъ представителей народа). Аристократія можетъ основываться либо на происхожденіи правящаго класса, либо на обладаніи имуществомъ извѣстнаго рода и опредѣленнаго размѣра, т. е. либо на сословномъ, либо на имущественномъ цензѣ. Монархія различается неограниченная, когда вся полнота власти сосредоточена въ рукахъ государя, сословная, когда къ участію во власти привлечены сословія, и представительная, когда къ участію во власти привлечены представители народа, какъ цѣлаго.

Деспотія представляетъ собою, по опредѣленію Моля, такой видъ государства, въ которомъ вся полнота власти находится въ рукахъ одного лица, и власть не преслѣдуетъ никакой иной задачи кромѣ той, которая намѣчается произволомъ властителя.

Приводя классификацію Моля, мы отнюдь не имѣемъ въ виду выставить ее въ качествѣ единственно правильной и исчерпывающей. Многое въ ней вызываетъ большія сомнѣнія, нпр., ученіе Моля о классическомъ государствѣ, въ которое плохо укладывается государственное устройство Рима въ разныя эпохи его исторіи, выведеніе Модемъ феодальной монархіи изъ завоеванія и раздѣла земли между дружинниками-завоевателями, чтó опровергнуто документальными историческими изслѣдованіями, стереотипное опредѣленіе деспотіи, и еще мнѣгое другое. Для насъ важно ученіе Моля какъ первая попытка новой классификаціи

примѣнительно къ эволюціонной и соціальной точкѣ зрѣнія на государство. Новая точка зрѣнія обнаруживается въ ней съ достаточной наглядностью, и классификаціонные виды выступаютъ вполне отчетливо, какъ виды эволюціонные. Неполнота и ошибки въ подробностяхъ указывались и восполнялись въ цѣломъ рядѣ послѣдующихъ классификаціонныхъ попытокъ. Изъ нихъ заслуживала бы особаго вниманія попытка Йеллинека, который полагалъ въ основу классификаціи эволюціонное различіе культурныхъ типовъ государственности и затѣмъ уже въ предѣлахъ отдѣльныхъ типовъ устанавливалъ различіе образовъ правленія. Мы не будемъ однако излагать классификаціонной схемы Йеллинека, такъ какъ и ее нельзя признать безусловно правильной и общепринятой.

Подобно тому, какъ соціологія не выработала до сихъ поръ законченной и устойчивой схемы эволюціонныхъ видовъ союзовъ человѣческаго общежитія (см. выше стрн. 334), такъ и въ государствовѣдѣніи не сложилось соотвѣтственной схемы классификаціи государствъ. Въ виду этого мы вынуждены отказаться отъ классификаціи государствъ, извѣстныхъ наукѣ на всемъ протяженіи политической эволюціи человѣчества, и ограничиться разсмотрѣніемъ вопроса объ образахъ устройства и правленія современныхъ культурныхъ государствъ.

§ 41. Образы устройства и правленія современныхъ культурныхъ государствъ.

E. Bernatzik, *Republik und Monarchie*, 1892; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, XX u. XXI Kapitel (русскій переводъ 2-го изд. 1908 г.); J. Hatschek, *Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*: I Teil. Das Recht der modernen Monarchie, II Teil. Das Recht der modernen Demokratie, III Teil. Das Recht der modernen Staatenverbindung, издание Sammlung Göschen, 1909; Ю. Гачекъ, *Общее государственное право на основѣ сравнительнаго правовѣдѣнія*, русск. переводъ подъ ред. и съ предислов. М. А. Рейснера, части I—III, 1913 г.; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 1911, §§ 69, 70, 71, 72; С. А. Котляревскій, *Конституціонное государство. Опытъ политико-морфологическаго обзора*, 1907 г.; К. Н. Соколовъ, *Парламентаризмъ. Опытъ правовой теоріи парламенскаго строя*, 1912 г.; В. М. Гессенъ, *Основы конституціоннаго права*, 1917 г.

I. Наиболѣе общепринятымъ классификаціоннымъ дѣленіемъ современныхъ государствъ по образу устройства и правленія является дѣленіе ихъ на монархіи и республики.

Монархія это такой образъ правленія, въ которомъ одно лицо, большею частью по праву наслѣдованія, въ иныхъ случаяхъ и по избранію, является либо единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ, либо высшимъ при наличности другого прямого государственнаго органа (см. выше стрн. 391), каковымъ является народъ въ коллегіи политическихъ избирателей и народнаго представительства. Въ первомъ случаѣ, когда монархъ является единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ, въ его рукахъ сосредоточивается вся государственная власть, и монархія оказывается неограниченной, или абсолютной. Во второмъ случаѣ, когда прямыми государственными органами являются и монархъ, и народъ, государственная власть проявляется путемъ соучастія монарха и народнаго представительства, и получается монархія ограниченная. Неограниченная и ограниченная монархіи представляютъ собою эволюціонные виды монархическаго правленія: всѣ современныя ограниченныя монархіи развились изъ монархіи неограниченной. Допущеніе народа къ участию во власти сопровождалось обыкновенно формальнымъ закрѣпленіемъ правъ народнаго представительства въ особомъ основномъ, или конституціонномъ законѣ, въ особой хартіи, или грамотѣ, опредѣляющей государственное устройство, или конституцію¹⁾. По этому формальному признаку принято называть ограниченную монархію конституціонной. Само собою разумѣется, что названіе это имѣетъ только условный смыслъ, ибо по существу конституція, писаная, законная или неписаная, обычноправовая имѣется и у неограниченной монархіи. Слѣдуетъ къ тому же добавить, что старѣйшая въ Европѣ ограниченная монархія съ народнымъ представительствомъ, — Англія основываетъ свой государственный строй преимущественно на публичноправовомъ обычаѣ и во всякомъ случаѣ не знаетъ единой конституціонной хартіи, такъ что въ этомъ послѣднемъ смыслѣ говорятъ даже, что въ Англіи нѣтъ конституціи.

Въ противоположность монархіи республикой признается такое государственное устройство, въ которомъ единственнымъ прямымъ государственнымъ органомъ является народъ въ непосредствен-

1) Конституція обозначаетъ дословно составъ, или строеніе, и слово это употребляется не въ одномъ лишь государствѣдѣніи. Такъ, нпр., медики говорятъ о соматической конституціи, т. е. о строеніи и состояніи тѣла своихъ пациентовъ.

номъ народномъ собраніи, либо въ лицѣ коллегіи политическихъ избирателей и народного представительства. Въ первомъ случаѣ, когда дѣйствуетъ непосредственное народное собраніе, имѣется непосредственное народоправство (непосредственная демократія); во второмъ случаѣ, когда проявленіе непосредственного народоправства ограничивается избраніемъ народныхъ представителей, и фактическое властвованіе осуществляется народнымъ представительствомъ, имѣется представительная республика. Непосредственное народоправство существуетъ въ настоящее время только въ трехъ кантонахъ Швейцаріи. Въ видѣ общаго правила современные республики являются республиками представительными, ибо непосредственныя народныя собранія не осуществимы въ современныхъ условіяхъ, хотя бы въ силу большихъ размѣровъ государственной территории и многочисленности населенія. Элементы непосредственного народоправства проникаютъ однако въ строй представительныхъ республикъ въ новомъ видѣ, въ видѣ т. н. референдума, т. е. голосованія всѣми гражданами важнѣйшихъ вопросовъ государственной жизни путемъ письменнаго отвѣта на предложенный каждому поименно вопросъ.

Въ республикахъ, которыя развились непосредственно изъ монархій (какъ Франція) или слагались по образцу ограниченной монархіи (какъ С. А. С. Штаты, подражавшіе своей прежней метрополіи), имѣется единоличный глава государства, обычно называемый президентомъ республики. Такой глава государства нерѣдко сохраняетъ различныя права и даже внѣшніе атрибуты монарха; тѣмъ не менѣе онъ отличается отъ послѣдняго по существу. Монархъ, исторически выросшій изъ доманіальнаго владѣльца, вотчинника, является прямымъ, непосредственнымъ и производнымъ государственнымъ органомъ. Президентъ республики это непрямой, посредствующій и производный органъ государственной власти, не смотря на то, что въ его положеніи сохраняются различныя переживанія монархизма. Монархъ признается безусловно неотвѣтственнымъ; президентъ республики является принципиально отвѣтственнымъ, въ какихъ бы минимальныхъ предѣлахъ ни проявлялась его отвѣтственность по опредѣленію закона и на практикѣ.

II. У ограниченной монархіи и представительной республики есть нѣчто общее, именно, — народное представительство. Недостаточно однако характеризовать государственный строй наличностью въ немъ въ качествѣ прямого государственнаго органа народнаго представительства. Необходимо указать, яково это

народное представительство, т. е. въ какихъ размѣрахъ, въ составѣ какихъ общественныхъ классовъ народъ допущенъ къ участию во власти въ ограниченной монархii и обладаетъ властью въ представительной республикѣ. Требуемая указанія получаются путемъ тщательнаго изслѣдованiя вопроса о томъ, кто избираетъ народныхъ представителей, и какъ ихъ избираютъ.

Избирательное право гражданъ можетъ быть обусловлено извѣстнымъ цензомъ, главнымъ образомъ имущественнымъ. При наличности имущественнаго ценза, особенно высокаго, получается то властвованiе имущихъ надъ неимущими, на которое обратилъ вниманiе еще Аристотель (см. выше стрн. 401—402), и образъ правленiя оказывается аристократическимъ. Полное отсутствiе цензовыхъ требованiй и установленiе всеобщаго избирательнаго права распространяетъ участiе во власти на всѣхъ и создаетъ слѣдовательно демократическiй образъ правленiя. Дѣйствительное осуществленiе всеобщаго избирательнаго права зависитъ не только отъ формальнаго провозглашенiя его въ законѣ, но и отъ цѣлаго ряда условiй его примѣненiя, — отъ распредѣленiя избирательныхъ округовъ, требованiя большей или меньшей продолжительности проживанiя въ избирательномъ округѣ (при большой продолжительности болѣе подвижные элементы населенiя, а таковыми оказываются неимущiе, передвигающiеся въ поискахъ заработка, фактически лишены возможности осуществлять свои избирательныя права), степени обезпеченiя тайны и, слѣдовательно, независимости голосованiя и т. д. Изслѣдованiе всѣхъ этихъ сторонъ необходимо для опредѣленiя размѣровъ дѣйствительной демократизацiи того или другою государственнаго строя.

Кромѣ палаты народныхъ представителей въ ограниченныхъ монархiяхъ и въ представительныхъ республикахъ бываетъ еще другая палата, обычно именуемая верхней палатой въ противоположность палатѣ народныхъ представителей, которую называютъ нижней. Верхняя палата составляется изъ лицъ, либо засѣдающихъ въ нихъ по наследственному сословному праву, либо назначаемыхъ монархомъ, либо избираемыхъ осложненнымъ порядкомъ и по особому цензу для лицъ подлежащихъ избранiю (т. н. пассивному цензу въ отличiе отъ активнаго ценза для избирателей). Указанныя условiя пополненiя состава верхней палаты иногда дѣйствуютъ одновременно; имѣются еще и разныя другiя условiя, на которыхъ мы останавливаться не будемъ. Для нашей цѣли достаточно сказаннаго, такъ какъ изъ него видно, что верхняя

палата такъ или иначе, но всегда представляетъ собою аристократическій элементъ властвованія.

Такимъ образомъ оказывается, что аристократическій и демократическій образы правленія являются въ наше время видовыми подраздѣленіями ограниченной монархіи и представительной республики, и опредѣляются эти подраздѣленія въ зависимости отъ того, въ предѣлахъ какихъ общественныхъ круговъ осуществляется участіе народа во власти или обладаніе народа властью. Ограниченная монархія съ народнымъ представительствомъ болѣе или менѣе аристократическаго или демократическаго характера представляетъ собою всегда смѣшанное государственное устройство, такъ какъ въ ней сочетаются въ участіи во власти два элемента, — монархическій и народный (аристократическій или демократическій). Наличие двухъ палатъ придаетъ смѣшанный характеръ и представительной республикѣ, потому что верхняя палата всегда сохраняетъ аристократическій характеръ или хотя отгѣнокъ его. Въ ограниченной монархіи съ двумя палатами смѣшанный образъ правленія слагается изъ трехъ элементовъ: монархическаго, аристократическаго и демократическаго. Въ зависимости отъ взаимоотношенія фактической мощи общественныхъ классовъ преобладаніе принадлежитъ то верхней, то нижней палатѣ, и сообразно этому преобладаетъ то аристократическій элементъ, то демократическій,

Примѣнительно къ характеризующему современную государственную жизнь паденію или во всякомъ случаѣ умаленію сословности мы говоримъ объ аристократіи не въ тѣсномъ смыслѣ правленія родовитой знати, а въ болѣе широкомъ смыслѣ правленія болѣе сильныхъ общественныхъ классовъ, и противоположеніе аристократіи и демократіи понимаемъ въ духѣ того противоположенія богатства и бѣдности, о которомъ говорилъ еще Аристотель.

III. Степень дѣйствительнаго участія народа во власти опредѣляется въ зависимости отъ болѣе или менѣе широкой компетенціи народнаго представительства. Разсмотримъ, какъ слагается эта компетенція въ ограниченной монархіи и въ представительной республикѣ.

Въ ограниченной монархіи, какъ она конституируется въ первой стадіи своего развитія изъ монархіи неограниченной, народному представительству принадлежитъ рѣшающее участіе въ законодательствѣ и болѣе или менѣе широкое право контроля

надъ закономѣрностью управленія; самое же управленіе и правленіе ведется подъ верховной властью монарха имъ же назначаемыми центральными подчиненными государственными органами, — министрами. Министры, изъ которыхъ каждый завѣдываетъ специальной отраслью управленія, образуютъ объединенное министерство, или правительство. Существенно важнымъ является взаимоотношеніе между правительствомъ и народнымъ представительствомъ. При строгомъ ограниченіи народного представительства законодательной и надзирающей за закономѣрностью управленія функціей, правительство остается независимымъ съ народного представительства. Правительство не отвѣтственно передъ народнымъ представительствомъ политически, т. е. при расхожденіи взглядовъ и направленія правительства въ дѣлахъ управленія и правленія съ народнымъ представительствомъ министры не уходятъ въ отставку и остаются у власти. Они отвѣтственны исключительно передъ монархомъ. Назначаются они монархомъ независимо отъ того или другого направленія народного представительства. Личный составъ правительства пополняется при этомъ обычно изъ профессиональнаго чиновничьяго, или бюрократическаго класса (см. выше стрн. 393), который исторически сложился еще въ періодъ неограниченной монархіи. При такомъ положеніи дѣла правительство, въ качествѣ бюрократическаго элемента правленія, противопоставляется народному представительству, какъ выразителю общественнаго участія во власти. Такой образъ правленія въ ограниченной, или конституціонной монархіи извѣстенъ подъ названіемъ дуалистическаго конституціонализма, т. е. построеннаго на дуализмѣ (двойственности) правительства и народного представительства. Система дуалистическаго конституціонализма дѣйствуетъ въ нѣмецкихъ монархіяхъ, въ Японіи и у насъ въ Россіи.

Дальнѣйшая эволюція народного представительства ведетъ къ расширенію его компетенціи въ сторону установленія дѣйствительнаго вліянія его на правленіе и управленіе. Достигается такое вліяніе путемъ установленія политической отвѣтственности правительства предъ народнымъ представительствомъ и непосредственной связи съ послѣднимъ личнаго состава объединеннаго министерства. Монархъ назначаетъ министровъ изъ среды большинства народного представительства; министры политически отвѣтственны предъ послѣднимъ и въ случаѣ кореннаго и систематическаго расхожденія съ нимъ уходятъ въ отставку. Такая

система существуетъ въ Англии, Бельгii, Италии. Она извѣстна подъ названiемъ парламентарнаго правленiя, или парламентаризма. Терминъ этотъ производится отъ одного изъ нарицательныхъ именъ народнаго представительства, каковымъ является слово „парламентъ“.

Представительныя республики также знаютъ два порядка назначенiя министровъ главой государства, т. е. президентомъ: внѣ состава парламентскаго большинства и изъ парламентскаго большинства. Первый порядокъ дѣйствуетъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, второй — во Францiи. Во второмъ случаѣ имѣется парламентарное правленiе, въ первомъ — непарламентарное.

Слѣдуетъ однако замѣтить, что непарламентарное правленiе въ республикѣ не тождественно съ дуалистическимъ конституціонализмомъ въ ограниченной монархiи. Назначающей министровъ глава государства, президентъ самъ является производнымъ государственнымъ органомъ, получившимъ свои полномочiя отъ единственнаго въ республикѣ прямого государственнаго органа, — народа. Поэтому президентъ въ выборѣ министровъ вынужденъ сообразоваться съ политическимъ направлениемъ если не парламентарскаго большинства, то большинства своихъ избирателей. Вслѣдствiе этого въ республикѣ и при формально непарламентарномъ правленiи по существу нѣтъ принципиальнаго противоположенiя правительства и народнаго представительства.

IV. Образъ правленiя опредѣляется не только устройствомъ верховной власти и положенiемъ центральныхъ органовъ правленiя и управленiя, но также и положенiемъ мѣстныхъ подчиненныхъ государственныхъ органовъ, или органовъ мѣстнаго управленiя.

Мѣстное управленiе строится по двумъ типамъ: административной централизацiи и децентрализацiи. Подъ административной централизацiей разумѣется такой порядокъ, при которомъ рѣшающая власть по дѣламъ мѣстнаго управленiя принадлежитъ органамъ центральнаго управленiя, а мѣстные органы являются только исполнителями идущихъ изъ центра рѣшенiй и предписанiй. Подъ административной децентрализацiей разумѣется передача опредѣленныхъ категорiй мѣстныхъ дѣлъ на окончательное рѣшенiе мѣстныхъ органовъ, по отношенiю къ которымъ центральные органы проявляютъ только надзоръ и отчасти нѣкоторое общее, объединяющее руководство.

Административная децентрализація исторически связывается съ установленіемъ наряду съ правительственными общественныхъ органовъ мѣстнаго управленія, избираемыхъ мѣстнымъ населеніемъ, что ведетъ къ системѣ мѣстнаго самоуправленія. Мѣстное самоуправленіе даетъ удовлетвореніе интересамъ тѣхъ мѣстныхъ общественныхъ группъ, о которыхъ мы говорили выше въ ученіи о населеніи (см. стрн. 372—373).

Мѣстное самоуправленіе завершаетъ собою обобществленіе власти, проводя его на мѣстахъ и на низахъ іерархической государственной организаціи. Для того, чтобы уяснить себѣ дѣйствительные размѣры и степень этого обобществленія необходимо подвергнуть систему самоуправленія такому же разностороннему обслѣдованію, о которомъ мы говорили выше примѣнительно къ народному представительству. Обслѣдованіе условій и порядка избранія органовъ мѣстнаго самоуправленія выяснитъ соціальныи составъ мѣстнаго самоуправленія и опредѣлитъ его болѣе или менѣе аристократическій или демократическій характеръ. Отъ взаимоотношенія правительственныхъ и общественныхъ органовъ мѣстнаго управленія зависитъ дѣйствительная степень обобществленія власти на мѣстахъ.

Устанавливая признаки различія образовъ правленія, мы шли отъ верховъ государственной организаціи къ ея низамъ и характеризовали мѣстное самоуправленіе какъ заключительное обобществленіе власти. Таковъ былъ логическій ходъ нашего разсужденія. Слѣдуетъ однако замѣтить, что историческій ходъ политическаго развитія бывалъ прямо противоположнымъ и шелъ снизу вверхъ. Достаточно указать на то, что въ Германіи и въ Россіи установленіе мѣстнаго самоуправления предшествовало учрежденію народнаго представительства (см. выше стрн. 393—394).

V. Важнымъ показателемъ образа правленія является, наконецъ, отношеніе государственной власти къ свободѣ личности въ смыслѣ предохраненія ея отъ произвола власти и отъ вмѣшательства государства въ опредѣленную область экономической и духовной жизни индивида. Обеспеченіе свободы личности достигается путемъ раздѣленія государственныхъ органовъ по ихъ функціямъ, обоснованіе чему далъ Монтескье въ своей теоріи раздѣленія властей (см. выше стрн. 394—397, 409—411, 413—414). Этой же цѣли служатъ и другіе способы установленія правовыхъ формъ воздѣйствія государственной власти на общество, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже въ послѣдней главѣ.

Отношеніе государственной власти къ индивиду не исчерпывается охраною его свободы, но простирается и на обезпеченіе индивиду содѣйствія государственной власти, что имѣетъ особенное значеніе для индивидовъ, принадлежащихъ къ классамъ населенія общественно слабымъ. Содѣйствіе обезпеченію положенія этого рода индивидовъ входитъ въ задачи соціальной политики государства (см. выше стрн. 388—389). Та или другая степень развитія соціальной политики является весьма характерной для опредѣленія образа правленія. При этомъ имѣетъ значеніе не только матеріальное содержаніе этой политики, но и та правовая форма, въ которую облекается содѣйствіе государства элементамъ соціально слабымъ.

VI. Последнюю въ нашемъ изложеніи и самостоятельную классификаціонную группу составляетъ дѣленіе государствъ на простыя и сложныя. Это дѣленіе выдвигалъ еще, какъ мы уже знаемъ, Монтескье (см. выше стрн. 417—419), но особенное вниманіе теоретиковъ было привлечено къ нему во второй половинѣ XIX столѣтія, о чемъ намъ пришлось уже говорить выше въ ученіи о суверенитетѣ (см. стрн. 353—354).

Современная теорія различаетъ два основныхъ вида соединенія государствъ, — союзъ государствъ (Staatenbund) и союзное государство (Bundesstaat). Различіе между ними она усматриваетъ: 1) въ юридической природѣ союзной власти и власти составныхъ частей соединенія, 2) въ компетенціи союзной власти, и 3) въ отношеніи ея къ подданнымъ.

Въ союзѣ государствъ союзная власть является производной и представляетъ собою установленіе международнаго соглашенія вполнѣ самостоятельныхъ государствъ, изъ которыхъ каждое остается сувереннымъ. Компетенція власти союза опредѣляется цѣлью, ради которой заключено междугосударственное союзное соглашеніе, обнимаетъ собою дѣла, точно указанныя и перечисленныя въ соглашеніи, и представляетъ собою только специальную часть государственной компетенціи, не простирающуюся на всѣ функціи государственной власти. Властью союза связана непосредственно только государственная власть входящихъ въ союзъ государствъ. Поэтому власть союза не простирается на населеніе входящихъ въ союзъ государствъ и не становится къ населенію въ непосредственное, прямое отношеніе. Подданство существуетъ въ союзѣ государствъ только одно, — подданство власти входящихъ въ союзъ государствъ, и нѣтъ подданства союзной власти.

Въ союзномъ государствѣ союзногосударственная власть есть власть производная, такъ какъ она устанавливается не соглашеніемъ составныхъ частей, а основнымъ актомъ государственнаго устройства, — союзногосударственной конституціей. Союзногосударственная власть есть власть государственная и суверенная. Составныя части союзаго государства представляютъ собою тоже государства и потому обладаютъ государственной властью, но несuverенной. Компетенція союзногосударственной власти есть компетенція государственная, обнимающая собою всё три отрасли проявленія государственной власти, — управление, судъ и законодательство. Размѣры компетенціи союзногосударственной власти устанавливаются путемъ размежеванія съ компетенціей государственной власти составныхъ частей союзаго государства, размежеванія, произведеннаго въ союзногосударственной конституціи. Союзногосударственная власть простирается непосредственно на всю территорію и на все населеніе союзаго государства. Вслѣдствіе этого въ союзномъ государствѣ существуетъ двойное подданство: подданство государственной власти составныхъ частей и подданство союзногосударственной власти.

Вполнѣ принимая приведенное болѣе всего принятое опредѣленіе союза государствъ, считаемъ необходимымъ возразить противъ приведенной конструкции союзаго государства. Мы отказываемся считать составныя части союзаго государства государствами, потому что признаніе несuverеннаго государства не совмѣстимо съ исторически сложившимся понятіемъ суверенитета, какъ существеннаго признака государства (см. выше стрн. 355).

Союзное государство не есть соединеніе государствъ, каковымъ является союзъ государствъ, а есть сложное государство, отличающееся отъ простаго государства особой системой политической децентрализаціи.

Политическая децентрализація, сравнительно съ извѣстной уже намъ административной децентрализаціей, заключается въ предоставленіи отдѣльнымъ частямъ государства самостоятельнаго устройства и функционированія не только мѣстныхъ, но и центральныхъ для данной части подчиненныхъ государственныхъ органовъ, какъ правительственныхъ, такъ и представительныхъ. При политической децентрализаціи отдѣльныя части государства надѣляются не только самоуправленіемъ, но и самоуправленіемъ. Самоуправленіе обнимаетъ всё отрасли проявленія государственной власти: управление, судъ и администрацію. Противоположеніе

самоуправленія и самоуправленія закрѣплено въ англійскомъ языкѣ особыми терминами: selfgovernment (самоуправленіе) и home rule (домашнее, т. е. свое особое правленіе, или самоуправленіе); возможны аналогичные термины и на нѣмецкомъ языкѣ, — Selbstverwaltung (самоуправленіе) и Selbstregierung (самоуправленіе). Такъ какъ въ самоуправленіи весьма существенна самостоятельная законодательная дѣятельность, и наличностью ея самоуправленіе отличается отъ самоуправления, то самоуправленіе нерѣдко называютъ автономіей (автономія = самозаконность).

Политическая децентрализація можетъ устанавливаться законодательнымъ актомъ или же быть предустановленной по конституціи. Въ первомъ случаѣ сохраненіе ея обязательно впредь до отмѣны ея въ законодательномъ порядкѣ, во второмъ случаѣ соблюденіе обязательно для верховной государственной власти впредь до измѣненія конституціи, т. е. безусловно, ибо съ измѣненіемъ конституціи измѣнится и самая верховная власть, станетъ иной по своей юридической природѣ. Первая система политической децентрализаціи возможна въ простомъ государствѣ; вторая система превращаетъ государство въ сложное, или федеральное.

Въ основѣ политической децентрализаціи и федеральнаго устройства лежитъ то обособленіе мѣстныхъ и національныхъ общественныхъ группъ, о которыхъ мы говорили въ ученіи о населеніи. По мѣрѣ сознательнаго самоопредѣленія и наростанія фактической мощи этихъ группъ развивается самоуправленіе, заводится самоуправленіе, устанавливается, наконецъ, при извѣстномъ взаимоотношеніи общественныхъ силъ федеральный строй.

Глава XIII. Право въ системѣ государственной организаціи.

§ 42. Историческое взаимоотношеніе между правомъ и государствомъ.

G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XI Kapitel, II, 1, 1—2; L. Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901, chap. IV—VI; О. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, 1904 г., главы I—II; Догматика положительнаго

государственного права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911 г.; G. Jellinek, *Der Kampf des alten mit dem neuen Rechte*, 1907; С. А. Котляревскій, *Власть и право. Проблема правового государства*, 1915 г., главы I и III.

Въ ученіи объ основныхъ отрасляхъ проявленія государственной власти (§ 36) мы привели историческій очеркъ постепеннаго развитія функцій политической организаціи (стрн. 377—382). Въ этомъ очеркѣ намѣчены уже основныя данныя для характеристики историческаго взаимоотношенія между правомъ и государствомъ. Наиболѣе существеннымъ для этой характеристики представляется установленное выше положеніе о томъ, что правотвореніе не составляетъ первоначальной задачи и функціи государственной власти, и что вступленіе послѣдней на путь сознательнаго, охватывающаго всѣ стороны жизни и планомѣрнаго законодательства оказывается плодомъ весьма длительного развитія государственной организаціи.

На первыхъ порахъ и въ теченіе довольно долгаго времени государственная власть ограничивается въ дѣлѣ правовой культуры обезпеченіемъ осуществленія права путемъ организаціи суда и приведенія въ исполненіе судебныхъ приговоровъ.

Матеріальное содержаніе права остается независимымъ отъ государственной власти и опредѣляется обычаемъ, сложившимся и слагающимся въ болѣе мелкихъ общественныхъ союзахъ (территоріальныхъ общинахъ), исторически предшествующихъ государственной организаціи. Государственная власть сообщаетъ юридическимъ обычаямъ высшую степень положительности путемъ точнаго формулированія ихъ въ судебныхъ приговорахъ, закрѣпленія ихъ въ актахъ уставной¹⁾ дѣятельности, судебной авторизаціи (признанія *auctoritatis fori*, т. е. обязательности для суда) частныхъ записей обычнаго права и, наконецъ, оффиціальной записи юридическихъ обычаевъ. Оффиціальныя записи обычнаго права появляются сравнительно поздно, — въ эпоху установленія сильной централизованной государственной власти, которая борется съ партикуляризмомъ обычнаго права и собираетъ и записываетъ его съ цѣлью унификаціи (объединенія), причеиъ унификація

1) Уставами называются въ исторіи русскаго права акты законодательства древнихъ князей; въ большинствѣ случаевъ они сводились къ авторитетному констатированію юридическихъ обычаевъ.

обычнаго права подготавливаетъ послѣдующую законодательную регламентацію. Особенной извѣстностью пользуются собраніе и записываніе юридическихъ обычаевъ, осуществленное въ весьма широкихъ размѣрахъ въ XVI вѣкѣ во Франціи подъ названіемъ редакціи кутюмовъ (*rédaction des coutumes*).

На путь самостоятельнаго законодательнаго правотворенія государственная власть вступаетъ неувѣренно, робко и по частямъ. На первыхъ порахъ и довольно долго самостоятельное правотвореніе государственной власти сводится къ законодательному запрету переживаній судебной самопомощи, или самоуправства, къ законодательному устраненію наиболѣе острыхъ социальныхъ конфликтовъ и къ законодательному опредѣленію финансоваго уклада. Только послѣ установленія единой централизованной государственной власти сосредоточилась въ рукахъ ея принципиально вся функція правотворенія, и по мѣрѣ разростанія области управленія законодательная регламентація распространялась на всѣ почти стороны общественной жизни. Тѣмъ не менѣе государственная власть все еще проявляла нѣкоторую робость и неувѣренность въ осуществленіи своей правотворящей функціи. Эта робость и неувѣренность сказались въ юридической терминологіи XVI и XVII вѣковъ, сохранившейся въ силу привычки и въ XVIII столѣтіи. Наименованіе закона (*lex, loi*) прилагали преимущественно къ юридическимъ нормамъ высшаго, такъ сказать, порядка, — къ закону Божественному (*lex divina, loi divine*), къ закону естественному (*lex naturalis, loi naturelle*), къ вселенскому римскому праву (*leges civiles, lois civiles*), и къ тому общеправовому, традиціонному укладу политической организаціи страны, который называли „законами королевства“ (*les lois du royaume*). Правда, философы давно уже (еще въ XIII в. Фома Аквінскій) говорили о законѣ человѣческомъ (*lex humana*), и государствовѣды съ XVI вѣка противопоставляли законамъ королевства „законы короля“ (*les lois du roi*). Тѣмъ не менѣе наименованіе закона официально не прилагалось къ правотворящимъ актамъ государственной власти, и законодательные акты французскихъ королей назывались всего лишь указами (*ordonnances* отъ *ordonner* = повелѣть, указать). Аналогичное явленіе замѣчаемъ и въ исторіи русскаго права. Первоначально законъ обозначалъ юридическую норму вообще, въ томъ числѣ и норму обычнаго права, и въ этомъ именно смыслѣ начальная лѣтопись говоритъ о законахъ, по которымъ жили славяно-русскія племена.

Князья земской эпохи издавали не законы, а уставы. Съ теченіемъ времени законъ сталъ обозначать юридическую норму высшаго, сравнительно съ государствомъ, порядка. Такъ, въ Московскомъ государствѣ говорили о законахъ градскихъ (*νόμοι πολιτικοί* = *leges civiles*) благочестивыхъ царей греческихъ, а законодательные акты своихъ царей называли указами. Только съ Петра Великаго терминъ законъ вводится для обозначенія правотворящихъ актовъ русской государственной власти, причемъ сохраняется и старое названіе государева указа.

Въ XVIII столѣтіи окончательно и вполне сознательно укрѣпляется и признается правотворящая функція государственной власти. Законъ приобретаетъ значеніе, если не единственной и исключительной, то во всякомъ случаѣ преобладающей и, такъ сказать, верховной формы положительнаго права. Правотвореніе становится монополіей, если такъ можно выразиться, государственной власти въ видѣ законодательства:

Верховенство закона надъ остальными формами положительнаго права находило себѣ въ XVIII столѣтіи рациональное оправданіе какъ со стороны теоріи просвѣщеннаго абсолютизма (см. выше стрн. 383—384), такъ и со стороны либеральной доктрины (см. выше стрн. 385), особенно того направленія послѣдней, которое развивалъ Монтескье (см. выше стрн. 395—396), полагавшій сущность индивидуальной свободы въ обезпеченіи личности отъ произвола исполнительной и судебной власти.

Съ точки зрѣнія теоріи просвѣщеннаго абсолютизма законодательство было ничѣмъ инымъ, какъ переводомъ на языкъ положительнаго права вѣчныхъ истинъ права естественнаго. Послѣднія могли найти себѣ выраженіе только въ правотворящихъ актахъ просвѣщенныхъ государей, дружныхъ съ философами и философіей, и ужъ никакъ не въ коллективномъ правовомъ творествѣ народа, ибо это творчество совершается безсознательно, да къ тому же идеи вѣка просвѣщенія, доступныя верхамъ общества, не могли проникнуть въ толщу народныхъ массъ. Вслѣдствіе этого вполне понятно, что теорія просвѣщеннаго абсолютизма провозглашала безусловное верховенство закона надъ юридическимъ обычаемъ и ставила дѣйствіе послѣдняго въ зависимость отъ допущенія его законодателемъ. Законодательныя нормы, какъ отраженіе естественныхъ законовъ, требовали гео-

метрически прямолинейнаго примѣненія, въ противномъ случаѣ имъ угрожало искаженіе. Поэтому во имя торжества рациональной истины отвергалась возможность правотворенія въ процессѣ судебной и всякаго рода иной государственной практики. Безраздѣльно и повсюду долженъ былъ царить законъ.

Произволь водворяется, по мнѣнію Монтескье, тогда, когда власть дѣйствуетъ, не встрѣчая на своемъ пути никакихъ сдержекъ. Абсолютное отсутствіе сдержекъ и потому полный просторъ для безудержнаго произвола представлялъ и предоставлялъ бы такой порядокъ, при которомъ одна и таже власть устанавливала бы общую норму поведенія и примѣняла бы ее къ конкретнымъ случаямъ. Во избѣжаніе этого установленіе общихъ нормъ выдѣляется въ специальное вѣдѣніе особой законодательной власти и не можетъ быть предоставлено ни власти исполнительной, ни власти судебной. Монтескье безусловно отрицалъ правотвореніе какъ въ порядкѣ управленія, такъ и въ порядкѣ отправленія суда. Въ процессѣ дѣйствія государственной власти единодержавіе закона устанавливалось имъ неизбежно. Оставался открытымъ вопросъ объ отношеніи закона къ обычному праву. Объ этомъ вопросѣ Монтескье умалчиваетъ. Правда, въ одномъ мѣстѣ своего знаменитаго трактата („О духѣ законовъ“) онъ замѣчаетъ, что то, что введено нравами, надлежитъ измѣнять нравами, а не законами. Этого замѣчанія никакъ нельзя однако толковать въ смыслѣ признанія самостоятельности обычнаго права, такъ какъ въ немъ идетъ дѣло о нравахъ въ смыслѣ положительной нравственности, и имѣется въ виду разграничить не области дѣйствія юридическаго обычая и закона, а области моральнаго воздѣйствія и юридической регламентаціи. Умолчаніе Монтескье объ юридическомъ обычаѣ можетъ быть истолковано единственно въ томъ смыслѣ, что для этой формы положительнаго права просто не нашлось мѣста въ той системѣ государственной организаціи, которую во имя обезпеченія свободы личности Монтескье строилъ на исключительномъ и безраздѣльномъ господствѣ закона.

На установленіи верховенства закона надъ остальными формами положительнаго права мы должны временно прервать историческое разсмотрѣніе вопроса о воздѣйствіи государственной организаціи на правотвореніе. Перерывъ необходимъ потому, что дальнѣйшая эволюція не была бы намъ понятна безъ предварительнаго обстоятельнаго ученія о законѣ. Къ тому же эта

дальнѣйшая эволюція создаетъ систему, дѣйствующую въ наше время, и потому ее удобнѣе всего изложить статически (въ состояніи покоя) въ связи съ ученіемъ о законѣ.

Историческое взаимоотношеніе между правомъ и государствомъ не исчерпывается воздѣйствіемъ государственной организаціи на правотвореніе и представляетъ собою еще и другую, въ высшей степени важную сторону, именно, — вліяніе права на государственную организацію, или, выражаясь точнѣе, дѣйствіе права, какъ нормы организаціи и функціонированія государственной власти. Къ этому вопросу мы и переходимъ.

Первоначальное установленіе власти не вытекаетъ изъ требованій какой либо юридической нормы и не является слѣдствіемъ какой либо юридической сдѣлки, но представляетъ собою просто фактъ, голый фактъ, если позволено такъ выразиться для того, чтобы рѣзче подчеркнуть первоначальное отсутствіе за нимъ какого либо юридическаго титула (основанія). Властвованіе и подчиненіе власти, въ смыслѣ отношеній между властвующими и подвластными, правящими и управляемыми, носятъ долгое время исключительно фактической характеръ, вытекающей изъ реального соотношенія общественныхъ силъ. Юридическую квалификацію получаютъ только отношенія между участниками властвованія. Таковы въ земскій періодъ русской исторіи междукняжескія отношенія и отношенія между княземъ и дружинниками, облекавшіяся въ договорную форму; таковы же отношенія между княземъ, боярской думой и вѣчемъ, слагавшіяся въ нѣкоторый обычноеправовой укладъ и переходившія въ отдѣльных мѣстахъ (въ Новгородѣ) въ формальный договоръ. Правленіе велось по образцу домашнего хозяйственнаго, или вотчиннаго правленія и заключалось въ извлеченіи изъ населенія доходовъ въ качествѣ экономическаго эквивалента за обезпечиваемые населенію миръ внѣшній и внутренній (безопасность отъ внѣшняго врага и отъ внутренняго самоуправства). Въ правленіи все опредѣлялось цѣлесообразностью, а не правомѣрностью, — и организація правленія и функціонированіе правителей. Такими чертами можетъ быть характеризовано первоначальное т. н. народное государство (Volkstaat).

При феодальномъ строѣ непосредственное властвованіе надъ массой населенія осуществлялось въ видѣ доманіальной

власти. Домѣніальное правленіе было вотчиннымъ, хозяйственнымъ, такъ сказать, правленіемъ, которое не облакалось въ юридическія формы. Собственность есть юридическое отграниченіе индивидуальнаго обладанія вещью отъ другихъ индивидовъ; самое отношеніе индивида къ вещи, являющейся объектомъ его собственности, не носитъ юридическаго характера. Точно также не носило юридическаго характера вотчинное правленіе поземельнаго собственника; оно опредѣлялось только началомъ цѣлесообразности и ограничивалось предѣлами выносливости населенія. Юридическій характеръ носили только отношенія между домѣніальными владѣльцами, облеченныя въ форму вассальнаго договора.

Новое централизованное государство установилось первоначально тоже какъ фактъ. Оно возникло на развалинахъ феодализма и образовалось путемъ нарушенія, ломки вассально-договорныхъ отношеній. Отъ договорнаго уклада политической организаціи къ системѣ, основанной на безусловномъ властвованіи съ одной стороны и такомъ же подчиненіи съ другой, не могло быть и не было другого перехода кромѣ ломки прежнихъ юридическихъ отношеній. Новый государственный порядокъ сложился какъ порядокъ фактической и только потомъ легитимироваль (узаконилъ) себя и превратился въ порядокъ правомѣрный. Это отлично понимали юристы-государствовѣды XVI вѣка, особенно Луазо (Loiseau), который училъ, что новое государство основано на узурпаціи (захватѣ власти) и стало правомѣрнымъ въ силу давности; при этомъ отмѣчалось, что въ публичныхъ отношеніяхъ, въ противоположность частнымъ, давность сообщает правомѣрность и такимъ состояніямъ, которыя возникли изъ насилія. Власть, фактически установившуюся, стали конструировать какъ право государства, въ частности государя. Это право государя основывали во Франціи на салическомъ законѣ (*loi salique*) наслѣдованія, каковой недаромъ разсматривали какъ основной, конституціонный законъ (*loi fondamentale*), законъ королевства (*loi du royaume*). Праву государя на власть соответствовала юридическая обязанность населенія подчиняться власти. Обычноправовое основаніе признавалось и за тѣмъ совѣщательнымъ и, смотря по обстоятельствамъ, болѣе или менѣе авторитетнымъ участіемъ во власти, которое принадлежало сословному представительству (генеральнымъ штатамъ, земскимъ соборамъ), исчезнувшему изъ обихода послѣ окончательной бюрократизаціи правленія.

Дальше конструкціи правъ власти и общей обязанности подчиненія ей со стороны населенія проникновеніе государства правомъ не шло.

Дальнѣйшая организація властвованія и самое функціонированіе власти носило чисто фактической характеръ. Подчиненные органы власти устанавливались путемъ фактическихъ порученій, не имѣли значенія постоянныхъ основанныхъ на законѣ учреждений и носили характеръ временныхъ комиссій (*commissarii, commissions*), или по русски приказовъ¹⁾. Правленіе было вотчиннымъ, хозяйственнымъ; оно преслѣдовало главнымъ образомъ фискальную цѣль, т. е. цѣль пополненія государственной казны, и опредѣлялось въ своемъ отношеніи къ населенію исключительно началомъ цѣлесообразности.

Несомнѣнно, дѣятельность государственной власти служила удовлетворенію общественныхъ потребностей, прежде всего потребности въ мирѣ и безопасности, а также насаждала культуру (полицейское государство, см. выше стрн. 379—384). Но эта дѣятельность государства ради социальной цѣли (*dans un but social*, какъ выражается Дюги) протекала внѣ юридическихъ категорій и опредѣлялась началами религіи и морали. Служеніе общему благу разсматривалось какъ религіозный или нравственный долгъ носителей власти. Не было рѣчи объ юридическихъ обязанностяхъ власти и тѣмъ болѣе о правахъ населенія на участіе въ рѣшеніи вопроса о томъ, чего именно требуетъ общее благо, на содѣйствіе власти или же на свободу отъ ея всеобъемлющей опеки. Въ XVIII вѣкѣ заговорили о правѣ государственной власти на преобразование, объ особомъ *ius reformandi politicum*, которое строилось очевидно по аналогіи съ *ius reformandi ecclesiasticum* (правомъ на церковную реформу), которое признавала протестантская доктрина за государями еще съ XVI вѣка въ силу принципа *cuius regio, eius religio*. Но это *ius reformandi politicum* обозначало лишь безграничное право власти вводить преобразование, не считаясь съ мнѣніемъ, интересами и даже историческими правами отдѣльныхъ корпорацій и сословій. Осуществленіе этого права всецѣло предоставлялось усмотрѣнію власти,

1) Въ старое (Московское) время приказать значило поручить (откуда и теперь приказчикъ), а повелѣть обозначалось словомъ указать. Отсюда, приказы — порученія и указы — повелѣнія (законы).

не встрѣчавшему никакихъ ограниченій со стороны какихъ либо правъ подданныхъ.

Накопившаяся практика приказовъ постепенно привела къ нѣкоторому однообразію и прочности организациі подчиненнаго управленія, подъ которую была подведена обычноправовая основа. Прочность, неподвижность и опредѣленность, вытекающія изъ организаціонной юридической нормы, приобрѣли прежде всего суды, а затѣмъ и административныя учрежденія, особенно органы мѣстнаго самоуправленія, создававшіеся посредствомъ откупа мѣстныхъ обществъ отъ управленія приказнаго. Съ теченіемъ времени, по мѣрѣ нарастанія сознательности и плановѣрности въ государственной организациі, перешли къ системѣ законодательной регламентаціи устройства и компетенціи правительственныхъ учрежденій. Установилась правильная іерархическая система государственныхъ учрежденій, и отношенія между ними приняли юридическій характеръ. Послѣдній выразился въ распредѣленіи правъ и обязанностей между высшими и низшими органами: высшіе управомочивались къ опредѣленному распоряженію дѣятельностью низшихъ, низшіе юридически обязывались къ подчиненію и управомочивались къ дѣятельности въ предѣлахъ своей подчиненной компетенціи. Всѣ эти права и обязанности замыкались внутри правительственной организациі, и юридическая регламентаціа не простиралась на отношенія правительственныхъ органовъ къ населенію. Послѣднія по прежнему опредѣлялись не началомъ правомѣрности, а началомъ цѣлесообразности.

Юридическія отношенія устанавливаются только тогда, когда одно лицо, встрѣчая на своемъ пути другое и вступая съ нимъ въ отношеніе, признаетъ равноцѣнность чужой личности и своей или во всякомъ случаѣ такую самоцѣльность и самоцѣнность чужой личности, которая считаетъ необходимымъ уважать. Соотвѣтственно этому и отношенія правительственныхъ органовъ къ населенію стали подчиняться началу правомѣрности только съ тѣхъ поръ, какъ государственная власть перестала смотрѣть на населеніе какъ на объектъ воздѣйствія и признала въ человѣческой личности нѣчто самоцѣльное и самоцѣнное. Такое положеніе создалось подъ вліяніемъ нарастанія общественнаго самосознанія и общественной самодѣятельности и выразилось въ признаніи за населеніемъ не только всегда несомнѣнной обязанности подчиненія, но и цѣлага ряда правъ по отношенію къ государственной власти.

Этотъ новый порядокъ, съ подробностями котораго намъ предстоитъ познакомиться ниже, представляетъ собою высшую исторически достигнутую степень проникновенія права въ систему государственной организаціи.

§ 43. Сосредоточеніе правотворенія въ рукахъ государственной власти.

G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887; A. Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum deutschen Staatsrecht, II Bd., 2. Hft), 1888; Н. М. Коркуновъ, Указъ и законъ, 1894 г.; J. Lukas, Ueber die Gesetzespublikation in Oesterreich und dem deutschen Reiche, 1903; E. Bonnet, De la promulgation, étude de droit public, 1909; А. Д. Градовскій, О дѣйствиіи законовъ во времени, Журн. Гражд. и Уголовн. Права, 1873 г., кн. 4-ая; Varennes Sommières, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, 1893; М. П. Чубинскій, Обратное дѣйствиіе уголовного закона, 1896 г (перепечатано въ сборникъ: „Статьи и рѣчи по вопросамъ уголовного права и процесса“, 1906 г.); Ю. С. Гамбаровъ, Курсъ гражданского права, томъ I, Общая часть, 1911 г., стрн. 267—329; бар. В. Э. Нольде, Очеркъ международного частнаго права, приложение къ русскому переводу Фр. Листа, Международное право въ систематическомъ изложеніи, подъ ред. В. Э. Грабаря, 3-ье русское изданіе, 1912 г.; Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Gnaeus Flavius (Hermann U. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Rumpf, Gesetz und Richter, Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, 1906; Ernst Stampe, Die Freirechtsbewegung, 1911; Fr. Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung, Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, IV Band, 1910—1911; Ernst Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912; Carl Schmidt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912; I. А. Покровскій, Гражданскій судъ и законъ, Вѣстникъ Права, 1905 г., январь; Ф. Ельяшевичъ, Школа свободнаго права, Журн. Мин. Юст., 1910 г., № 9; И. С. Штейнбергъ, Движеніе въ пользу свободнаго права, Юридическія Записки, 1913 г., вып. XV—XVI, и отд. изд. 1914 г.; I. А. Покровскій, Основные проблемы гражданского права, 1916 г., глава V; I. А. Покровскій, „Прагматизмъ“ и „релятивизмъ“ въ правосудіи, Вѣстникъ Гражданск. Права, 1916 г., № 5; Б. А. Кнстяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очерки XIII и XIV.

I. Въ ученіи объ основныхъ источникахъ и видахъ положительнаго права (§ 17) мы разсматривали широкое понятіе закона въ матеріальномъ смыслѣ, какъ юридической нормы, уста-

навливаемой государственной властью. Въ этомъ широкомъ понятіи закона объединены всѣ акты прямого правотворенія государственной власти въ противоположность обычному праву, праву договорному, а также юридическимъ нормамъ, слагающимся въ судебной и всякой вообще государственной практикѣ. Уже тогда мы указали, что такое широкое понятіе закона подлежитъ расчлененію и дальнѣйшему спеціальному опредѣленію въ соотвѣтствіи съ осложненіемъ государственной организаціи и спецификаціей государственныхъ органовъ (см. выше стрн. 178—179), и что поэтому обстоятельное ученіе о законѣ мы можемъ дать только послѣ общаго ученія о государствѣ. Теперь этотъ моментъ наступилъ, и мы обращаемся къ ученію о законѣ.

Многообразіе жизненныхъ отношеній, на которыя постепенно распространилась юридическая регламентація со стороны государства, и постепенное осложненіе самой государственной организаціи привели къ тому, что правотворящіе акты государственной власти и соотвѣтствующіе имъ виды положительнаго права дифференцировались по силѣ ихъ дѣйствія и степени ихъ обязательности. Наиболѣе общимъ выраженіемъ этой дифференціаціи является дѣленіе всѣхъ правотворящихъ актовъ государственной власти на законы и указы.

Тѣсный, видовой, формальный смыслъ закона, въ противоположность указу, какъ другому виду государственнаго правотворенія, имѣетъ въ современномъ правовѣдѣннн терминологическое значеніе. Поэтому въ дальнѣйшемъ изложеніи мы и будемъ употреблять терминъ законъ въ его техническомъ, видовомъ, тѣсномъ, формальномъ смыслѣ.

Законъ представляетъ собою юридическую норму, надѣленную въ государствѣ верховной силой дѣйствія и высшей степенью обязательности. Отличительнымъ признакомъ закона является то, что онъ издается прямыми государственными органами и въ особомъ порядкѣ. Выдѣленіе этого особаго порядка находится въ связи съ дѣленіемъ функцій государственной власти на три основныя отрасли, — законодательство, судъ и управленіе, — и съ соотвѣтствующимъ этому дѣленію обособленіемъ, или раздѣленіемъ государственныхъ органовъ. Поэтому можно сказать, что законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственною властью въ законодательномъ порядкѣ. Получается

idem per idem, но тавтологія является въ данномъ случаѣ неизбежной, потому что единственнымъ поддающимся точному учету отличительнымъ признакомъ закона оказывается формальный признакъ, — особый порядокъ изданія. Обратимся къ изученію этого порядка.

Въ процессѣ изданія закона можно различать четыре главныхъ момента: инициативу (починъ), обсужденіе и одобреніе, санкцію и обнародованіе,

1. Законодательная инициатива это право тѣхъ или другихъ государственныхъ органовъ вносить проектъ закона, который затѣмъ законодательные органы обязаны рассмотреть и обсудить. Законодательная инициатива, какъ право компетентныхъ органовъ, отличается поэтому отъ фактическаго предложенія проекта закона частными и юридически некомпетентными лицами, — публицистами, учеными и т. п.

Наиболѣе распространеннымъ въ современныхъ государствахъ является порядокъ, согласно которому законодательная инициатива принадлежитъ какъ правительству, такъ и законодательнымъ палатамъ. Этотъ порядокъ принятъ и у насъ въ Россіи.

Законодательная инициатива правительства осуществляется у насъ министрами, которые вносятъ законопроекты въ Государственную Думу. Законодательная инициатива законодательныхъ палатъ проявляется у насъ въ болѣе сложной процедурѣ. Объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующаго или изданія новаго закона члены Государственной Думы или Государственного Совѣта подаютъ письменное заявленіе председателю Государственной Думы или Государственного Совѣта по принадлежности. Къ заявленію объ измѣненіи дѣйствующаго или изданія новаго закона долженъ быть приложенъ проектъ основныхъ положеній предлагаемаго измѣненія въ законъ или новаго закона съ объяснительною къ проекту запиской. Если заявленіе это подписано не менѣе, чѣмъ тридцатью членами, то председатель вноситъ его на разсмотрѣніе Государственной Думы или Государственного Совѣта по принадлежности. О днѣ слушанія въ Государственной Думѣ или въ Государственномъ Совѣтѣ заявленія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующаго закона или изданія новаго закона извѣщаются министры, къ предметамъ вѣдомства которыхъ заявленіе относится, съ сообщеніемъ имъ коніи съ заявленія и относящихся къ нему приложений, не позднѣе, какъ

за мѣсяць до дня слушанія. Если Государственная Дума или Государственный Совѣтъ раздѣляетъ изложенныя въ заявленіи соображенія о желательности отмѣны или измѣненія дѣйствующаго или изданія новаго закона, то соотвѣтственный законопроектъ выработывается и вносится подлежащимъ министромъ въ Думу или въ Совѣтъ. Въ случаѣ отказа министра отъ составленія такого законопроекта Государственная Дума или Государственный Совѣтъ образуютъ для его выработки комиссію изъ своей среды. Такая комиссія Государственной Думы или Государственнаго Совѣта и является непосредственнымъ субъектомъ права законодательной инициативы, предоставляемаго у насъ законодательнымъ палатамъ. Выработавъ законопроектъ, думская или совѣтская комиссія вносить его въ свою палату, т. е. думская комиссія — въ Государственную Думу, совѣтская — въ Государственный Совѣтъ.

Соучастіе въ законодательной инициативѣ правительства и народнаго представительства обезпечиваетъ наиболѣе правильный ходъ законодательства. Благодаря инициативѣ правительства имѣется всегда возможность удовлетворить тѣ потребности въ законодательной регламентаціи, которыя обнаруживаются въ текущемъ управленіи. Путемъ инициативы законодательныхъ палатъ можетъ быть восполнено все то, чего не доглядитъ правительство, и можетъ быть дано то обновленіе законовъ, потребность котораго сознается обществомъ, но по тѣмъ или другимъ причинамъ не признается правительствомъ.

На первыхъ порахъ развитія конституціонной монархіи правительство, въ своемъ стремленіи удержать возможно больше власти въ своихъ рукахъ и предоставить возможно меньше участія во власти народу, сохраняло законодательную инициативу исключительно за собой и не предоставляло ея законодательнымъ палатамъ. Въ видѣ переживанія отъ первой четверти XIX столѣтія такой порядокъ сохранился, нпр., въ Баденскомъ герцогствѣ. Въ качествѣ прямой ему противоположности можетъ быть приведенъ порядокъ, принятый въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, согласно которому законодательная инициатива принадлежитъ исключительно народному представительству (конгрессу) и не предоставлена правительству (исполнительной власти). Ограниченіе законодательной инициативы законодательными палатами явилось слѣдствіемъ прямолинейнаго примѣненія теоріи раздѣленія властей. Возникающія отсюда неудобства устраняются на

практикѣ тѣмъ, что министры принимаютъ участіе въ комиссіяхъ законодательныхъ палатъ, и такимъ образомъ правительство получаетъ возможность проявленія фактической инициативы въ законодательствѣ.

2. Обсужденіе и одобреніе законопроекта составляетъ прямую и исключительную функцію законодательныхъ палатъ, отчего онѣ и получаютъ названіе законодательныхъ учреждений, или законодательнаго корпуса, какъ выражался Монтескье.

Различаются двѣ системы законодательнаго корпуса: однапалатная и двухпалатная. О значеніи одной и двухъ палатъ съ точки зрѣнія формы государственнаго устройства мы уже говорили выше (см. стрн. 429—430). Теперь намъ остается разсмотрѣть лишь движеніе законопроекта при той или другой системѣ. При однапалатной системѣ движеніе это идетъ просто, — одна палата обсуждаетъ законопроектъ и одобряетъ его или не одобряетъ, т. е. принимаетъ или отвергаетъ, что рѣшается голосованіемъ (votum). При двухпалатной системѣ возникаютъ два вопроса: 1) въ какой послѣдовательности по отношенію другъ къ другу палаты занимаются обсужденіемъ законопроекта, 2) какова участь законопроекта при разногласіи палатъ.

Что касается послѣдовательности, то въ видѣ общаго правила признается безразличнымъ, обсуждается и одобряется ли законопроектъ раньше въ нижней или верхней палатѣ, или наоборотъ. Исключеніе дѣлается только для бюджета (росписи государственныхъ доходовъ и расходовъ) и вообще для финансовыхъ законовъ, которые, по примѣру Англій, обсуждаются сначала въ нижней палатѣ. Смыслъ этого исключенія заключается въ томъ, чтобы въ дѣлѣ налогового обложенія предоставить преимущество народному представительству или болѣе демократической палатѣ. Въ сочетаніи съ принятымъ въ Англій обычаемъ, согласно которому верхняя палата не увеличиваетъ налогового обложенія, указанное преимущество обеспечиваетъ народному представительству рѣшающее значеніе въ дѣлѣ обремененія народа налогами.

У насъ въ Россіи послѣдовательность между двумя палатами въ дѣлѣ обсуждения и одобренія законопроектовъ установлена на слѣдующихъ началахъ. Законопроекты, возникшіе въ порядкѣ инициативы законодательныхъ

палатъ, обсуждаются раньше въ той изъ палатъ, изъ среды которой исходила законодательная инициатива. Что же касается законопроектовъ, возникающихъ по инициативѣ правительства, то они вносятся министрами обязательно въ нашу нижнюю палату, — Государственную Думу, и только оттуда поступаютъ на обсужденіе верхней палаты, — Государственного Совѣта. Такимъ образомъ у насъ установлено нѣкоторое формальное преимущество Государственной Думы, съ которымъ впрочемъ не связывается никакихъ преимуществъ по существу ни на основаніи закона, ни въ силу обычая. Формальное преимущество это важно лишь въ томъ отношеніи, что правительственный законопроектъ, отвергнутый Государственной Думой, отпадаетъ и не можетъ быть внесенъ въ Государственный Совѣтъ.

Для дальнѣйшаго движенія законопроекта требуется непременно одобреніе его обѣими палатами. Поэтому законопроектъ, отвергнутый одной палатой, въ другую палату уже не вносится. Осложненіе создается тогда, когда законопроектъ, принятый одной палатой, отвергается другой полностью или подвергается въ ней существеннымъ измѣненіямъ. Въ первомъ случаѣ законопроектъ, само собой разумѣется, отпадаетъ. Въ второмъ случаѣ возможенъ двоякій исходъ конфликта: законопроектъ считается отвергнутымъ или же дѣлается еще особая попытка привести палаты къ соглашенію. Не перечисляя всѣхъ практикуемыхъ способовъ устраненія конфликтовъ между двумя палатами, упомянемъ лишь объ институтѣ согласительныхъ комиссій, принятомъ въ Саксоніи, Даніи, Испаніи, Португаліи и у насъ въ Россіи.

Въ случаѣ измѣненій, внесенныхъ одной изъ палатъ, въ законопроектъ, раньше принятый другой палатой, образуется изъ членовъ обѣихъ палатъ по избранію согласительная комиссія. Если этой комиссіи удается прийти къ соглашенію, законопроектъ вторично разсматривается обѣими палатами и обыкновенно принимается ими въ томъ видѣ, какъ его предложила согласительная комиссія.

3. Послѣ одобренія законопроекта законодательными палатами слѣдуетъ санкція (sanctio)¹), т. е. властное велѣніе, пре-

1) Терминъ с а н к ц і я употребляется также для обозначенія соединенія съ нарушеніемъ юридической нормы невыгодныхъ послѣдствій для ея нарушителя (см. выше стрн. 89 и 287—288) и въ видѣ технического

вращающее законопроектъ въ законъ, надѣленіе закона обязательной силой юридическаго дѣйствія, утвержденіе закона.

Въ качествѣ самостоятельнаго момента въ процессѣ изданія закона, момента, отдѣляемаго отъ одобренія закона законодательными палатами, санкція выступаетъ въ ограниченной монархіи. Въ ней имѣются два прямыхъ государственныхъ органа: монархъ и народъ, участвующій во власти чрезъ посредство одной или двухъ палатъ. Соучастіе этихъ прямыхъ государственныхъ органовъ въ важнѣйшей области проявленія государственной власти, — въ законодательствѣ, — распределяется такимъ образомъ, что законодательнымъ палатамъ предоставляется обсужденіе и одобреніе, а монарху — утвержденіе закона.

Санкція представляетъ собою самый существенный моментъ въ изданіи закона. До ея наступленія нѣтъ еще закона. Одобренный законодательными палатами текстъ юридической нормы это только текстъ будущаго закона, который становится закономъ лишь въ силу и послѣ санкціонирования. Такъ какъ санкционируетъ (утверждаетъ) законы монархъ, то отсюда слѣдуетъ, что монарху принадлежитъ рѣшающій голосъ, верховное значеніе въ законодательствѣ. Въ этомъ именно смыслѣ старая конституціонная доктрина учила, что волеизъявленія государственной власти получаютъ окончательное выраженіе чрезъ волеизъявленіе монарха, который завершаетъ процессъ образованія воли государства, какъ юридическаго лица, и ставитъ точку надъ *i*.

То, что монархъ своимъ утвержденіемъ завершаетъ процессъ образованія волеизъявленія государства въ законодательствѣ, не значитъ, что заключительное волеизъявленіе монарха само по себѣ и одно составляетъ волеизъявленіе государства. Для послѣдняго безусловно требуется предварительное волеизъявленіе законодательныхъ палатъ. Одобреніе законодательными палатами еще не создаетъ закона, но является необходимымъ условіемъ, только при наличности котораго возможна санкція. Не можетъ быть закона не только безъ санкціонирования его

названія второй составной части нормъ уголовного права (см. стрн. 142). Основнымъ слѣдуетъ признать значеніе санкции, какъ установленія невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя (санкція можетъ обозначать и установленіе награды для исполнившаго норму; такую санкцію знаютъ нормы религіозно-нравственныя, но право не прибѣгаетъ къ ней). Такъ какъ въ такомъ установленіи видятъ существенный признакъ юридической нормы, то и самое утвержденіе закона называютъ санкціей.

монархомъ, но и безъ предварительнаго одобренія его законодательными палатами. Это положеніе вполне опредѣленно выражено въ нашихъ Основныхъ Законахъ, статья 86-ая которыхъ гласитъ: „Никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора.“

Въ иномъ видѣ изображается взаимоотношеніе между одобреніемъ законодательными палатами и утвержденіемъ закона монархомъ въ ученіи нѣмецкаго государствовѣда Лабанда (Laband). Соотношеніе двухъ указанныхъ моментовъ въ порядкѣ изданія закона Лабандъ сводитъ къ противоположенію содержанія закона (Gesetzesinhalt) и законодательнаго велѣнія (Gesetzesbefehl). Все значеніе одобренія закона законодательными палатами, по мнѣнію Лабанда, исчерпывается установленіемъ содержанія закона, составленіемъ закона, какъ опредѣленнаго логическаго сужденія, и не имѣетъ никакого касательства къ тому велѣнію, въ силу котораго сужденіе превращается въ обязательную норму права. Законодательное велѣніе принадлежитъ монарху безусловно, и изданіе закона опредѣляется исключительно санкціей.

Неправильность ученія Лабанда обнаружена была Теллинекомъ, который вполне основательно указалъ, что одобреніе законодательными палатами не исчерпывается установленіемъ содержанія закона, но составляетъ необходимое условіе возможности его утвержденія. Если стать на точку зрѣнія Лабанда, то исчезнетъ различіе между совѣщательными при государѣ органами, которые устанавливали содержаніе закона въ неограниченной монархіи, и законодательными палатами, вотирующими законы въ монархіи конституціонной.

Санкціонированіе законовъ составляетъ функцію монарха, какъ прямого государственнаго органа, и въ этомъ смыслѣ является его правомъ. Съ точки зрѣнія интересовъ участія народа во власти особенное вниманіе привлекаютъ къ себѣ тѣ случаи, когда монархъ не утверждаетъ одобреннаго законодательными палатами законопроекта, когда монархъ, такъ сказать, запрещаетъ превратить этотъ законопроектъ въ законъ. Поэтому обычно говорятъ о принадлежности монарху не только права санкціи, т. е. законодательнаго утвержденія, но и права законодательнаго запрета, или, въ общепринятой латинской терминологіи, права *veto* (*veto* значитъ: запрещаю). При этомъ различаютъ безусловное и относительное *veto* монарха.

Безусловное (абсолютное) veto заключается въ томъ, что не утвержденное монархомъ постановленіе законодательныхъ палатъ отвергается окончательно для данной сессіи законодательныхъ палатъ и не можетъ быть въ теченіе той же сессіи вторично представлено на утвержденіе монарха. Относительное veto не отвергаетъ постановленія законодательныхъ палатъ сразу и окончательно, а только отлагаетъ ихъ превращеніе въ законъ, отчего относительное veto называется отлагательнымъ, или суспенсивнымъ (veto suspensif). При отлагательномъ veto не утвержденное монархомъ постановленіе законодательныхъ палатъ возвращается на повторное ихъ обсужденіе и, если послѣ повторнаго обсужденія оно принимается ими, то въ такомъ случаѣ оно необходимо получаетъ санкцію.

Общераспространенной является система безусловнаго veto; она дѣйствуетъ и у насъ въ Россіи. Изъ конституціонныхъ монархій нашего времени только одна Норвегія знаетъ относительное veto. Неутвержденіе норвежскимъ королемъ одобреннаго стортингомъ законопроекта отлагаетъ превращеніе его въ законъ дважды, но зато законопроектъ, принятый тремя очередными стортингами послѣ трехъ послѣдовательныхъ выборовъ, становится закономъ, если даже санкція короля не получится ранѣе конца сессіи.

При формальномъ признаніи принципа безусловнаго veto въ Англіи на самомъ дѣлѣ право veto совсѣмъ не осуществляется королемъ въ теченіе уже болѣе двухсотъ лѣтъ. Такимъ образомъ въ Англіи установился публичноправовой обычай, согласно которому король никогда не отказывается въ санкціи принятымъ палатами законамъ.

Въ республикахъ, гдѣ прямымъ государственнымъ органомъ являются только законодательныя палаты (и народъ при референдумѣ), санкція принадлежитъ законодательнымъ палатамъ, и утвержденіе закона совпадаетъ съ одобреніемъ. Послѣ вота законодательныхъ палатъ, содержащаго въ себѣ и одобреніе, и утвержденіе закона, не требуется никакого утвержденія со стороны президента, являющагося подчиненнымъ государственнымъ органомъ. Президентъ только констатируетъ правомѣрное изданіе закона и обращаетъ его къ обнародованію. Такъ какъ однако въ положеніи президентовъ современныхъ республикъ сохранились нѣкоторыя черты прерогативы (преимущественныхъ правъ) монарха, то съ функціей обнародованія сочетается право

нѣкоторыхъ президентовъ на отлагательное veto. Такое право принадлежитъ президенту французской республики и президенту Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Во Франціи въ теченіе мѣсячнаго срока, назначеннаго для обнародованія законовъ, президентъ республики можетъ въ мотивированномъ посланіи требовать отъ обѣихъ палатъ новаго обсужденія, въ которомъ не можетъ быть отказано. Законъ, принятый послѣ вторичнаго обсужденія, подлежитъ обнародованію уже безусловно. Суспенсивное veto президента С.-А. С. Штатовъ опредѣлено въ ихъ конституціи съ большей подробностью и точностью, чѣмъ во Франціи. Въ С.-А. С. Штатахъ всякій законопроектъ, прошедшій черезъ палату представителей и сенатъ, прежде чѣмъ превратится въ законъ, долженъ быть представленъ президенту; если послѣдній одобритъ законопроектъ, онъ его подпишетъ, если же нѣтъ, то возвратитъ съ своими возраженіями въ палату, откуда законопроектъ исходитъ, каковая палата заноситъ эти возраженія полностью въ протоколъ и подвергаетъ законопроектъ пересмотру. Если послѣ пересмотра двѣ трети членовъ этой палаты будутъ согласны утвердить законопроектъ, то послѣдній, вмѣстѣ съ возраженіями президента, будетъ пересланъ въ другую палату, которою онъ снова будетъ рассмотрѣнъ, и если двѣ трети этой палаты его одобрятъ, то законопроектъ становится закономъ.

4. Послѣднимъ моментомъ въ порядкѣ изданія закона является его обнародованіе. Законы обнародуются по повелѣнію монарха или президента республики соответственными учрежденіями, на которыя возложена эта функція. У насъ обнародованіе законовъ производится Правительствующимъ Сенатомъ.

Законъ вступаетъ въ дѣйствіе только послѣ обнародованія, что вполне понятно, такъ какъ нельзя требовать отъ населенія подчиненія законамъ, которые не доведены до его свѣдѣнія, и содержаніе которыхъ, значить, ему неизвѣстно. Эта несомнѣнная и простая истина не всегда находила полное признаніе въ государственной организаціи. Въ эпоху полицейскаго государства и исключительно бюрократическаго правленія на населеніе смотрѣли только какъ на объектъ правительственнаго воздѣйствія и потому находили возможнымъ не доводить до свѣдѣнія населенія нѣкоторыхъ законовъ, опредѣляющихъ цѣли и приемы правительственнаго воздѣйствія. Тогда то и имѣло мѣсто примѣненіе законовъ необнародованныхъ, причѣмъ таковыми оказывались главнымъ образомъ законы, опредѣляющіе функціи и компетенцію

административныхъ органовъ. У насъ въ Россіи при старомъ порядкѣ допускалось дѣйствіе не обнародованныхъ законовъ, „тайнѣ подлежащихъ“. Наши новые Основные Законы устанавливаютъ вполнѣ опредѣленное правило, согласно которому законы не приводятся въ дѣйствіе прежде обнародованія.

Обнародованіе совершается въ современныхъ государствахъ путемъ печатнаго объявленія закона во всеобщее свѣдѣніе въ специально для того предназначенномъ официальномъ изданіи. У насъ въ Россіи такимъ изданіемъ является Собраніе узаконеній и распоряженій правительства.

Мы разсмотрѣли обнародованіе какъ единый моментъ въ процессѣ изданія закона. Необходимо отмѣтить, что принято расчленять этотъ моментъ на два: промульгацію (*promulgation, Erklärung*) и публикацію (*publication, Bekanntmachung v. Verkündigung*).

Подъ промульгаціей разумѣютъ признаніе компетентнымъ государственнымъ органомъ, что законъ изданъ правильно, изготовленіе подлиннаго текста закона и обращеніе его къ исполненію государственными органами, а также къ обнародованію для всеобщаго исполненія. Подъ публикаціей понимаютъ самый процессъ обнародованія закона. При этомъ нѣкоторые ученые (Дюги) полагаютъ, что промульгація представляетъ собою юридическій актъ, устанавливающий обязанность повиновенія новому закону, а публикація есть не болѣе, какъ фактъ доведенія новаго закона до всеобщаго свѣдѣнія.

5. Законы издаются по отдѣльнымъ вопросамъ, выдвигаемымъ потребностями жизни, и регламентируютъ общественную жизнь, такъ сказать, по частямъ. Сверхъ такого правотворенія по частямъ государственная власть задается также цѣлью систематическаго объединенія накопившихся законовъ и систематическаго созиданія законовъ новыхъ. Такія систематическія и синтезирующія задачи государственной власти въ области правотворенія осуществляются въ двойномъ видѣ, — въ видѣ инкорпорации и въ видѣ кодификаціи.

Инкорпорация представляетъ собою систематическое сведеніе наличныхъ законовъ и даетъ въ результатѣ *Corpus*, или сводъ. Таковъ знаменитый *Corpus iuris civilis*, составленный Трибоньяномъ и изданный императоромъ Юстиніаномъ; таковъ и Сводъ законовъ Россійской Имперіи, составленный Сперанскимъ и изданный императоромъ Николаемъ I.

Кодификація это систематическое составленіе новыхъ законовъ по всей системѣ права или по отдѣльнымъ ея самостоятельнымъ частямъ; въ результатѣ его получается кодекс, или уложеніе. Въ прежнее время въ одномъ кодексѣ соединяли нѣсколько областей права, — право государственное, уголовное, гражданское. Таковы, напримѣръ, въ XVII вѣкѣ Уложеніе царя Алексѣя Михайловича и въ XVIII вѣкѣ Прусскій Ландрехтъ. Кодексы XIX столѣтія и новѣйшіе обнимаютъ собою обычно только одну какую либо область права. Таковы: французскій Гражданскій Кодексъ (Кодексъ Наполеона) 1804 г. (Code civil, Code Napoléon), Судебные Уставы императора Александра II 1864 г., Германское Гражданское Уложеніе (Bürgerliches Gesetzbuch, сокращенно B. G. B.) 1900 г., наше Уголовное Уложеніе 1903 года, утвержденное въ законодательномъ порядкѣ, но введенное въ дѣйствіе пока только въ отдѣльныхъ частяхъ своихъ.

Хотя инкорпорация состоитъ лишь въ собраніи и систематизаціи дѣйствующихъ законовъ и, слѣдовательно, не вводитъ въ законодательный матеріалъ, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, ничего новаго, ничего, что раньше не имѣло силы закона, тѣмъ не менѣе своды утверждаются въ законодательномъ порядкѣ, по крайней мѣрѣ, при первоначальномъ ихъ составленіи. Такъ обстояло дѣло съ изданнымъ въ 1832 году Сводомъ законовъ Россійской Имперіи, который былъ утвержденъ императоромъ Николаемъ I, „какъ положительный законъ“. Законодательное утвержденіе Свода являлось необходимымъ для того, чтобы узаконить внѣшнюю редакцію статей, текстъ которыхъ извлекался составителями изъ дѣйствующихъ законовъ.

Сводъ Законовъ представляетъ собою не законченную въ извѣстный моментъ, но обновляемую и систематически дополняемую инкорпорацию нашихъ законовъ. Обновленіемъ Свода являются два его полныхъ изданія, — 1842-го и 1857-го годовъ, а также большое число новыхъ изданій отдѣльныхъ его томовъ. Дополняется Сводъ вновь выходящими узаконеніями посредствомъ Продолженій.

Полныя изданія Свода 1842-го и 1857-го годовъ не получили явно выраженаго законодательнаго утвержденія, каковымъ было снабжено первое изданіе 1832 года, и потому текстъ этихъ изданій Свода не замѣнилъ собою текста законодательныхъ актовъ, вошедшихъ въ составъ Свода второго и третьяго изданій. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно позднѣйшихъ изданій отдѣль-

ныхъ частей, или томовъ Свода, а также относительно дополняющихъ Сводъ Продолженій.

Изданія Свода Законовъ и Продолженій къ нему изготовляются не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія (Государственной Канцеляріей). Отсюда слѣдуетъ, что обязательнымъ для примѣненія является, въ сущности говоря, не текстъ статей Свода и его Продолженій, а подлинный текстъ законовъ, изъ которыхъ извлечены статьи Свода. Въ случаѣ какихъ либо сомнѣній, возникающихъ при обычномъ на практикѣ пользованіи Сводомъ и его Продолженіями, необходимо обращаться къ первоисточнику, — подлинному тексту соответственнаго законодательнаго акта.

II. Кромѣ законовъ имѣется еще другой видъ прямыхъ актовъ правотворенія со стороны государственной власти. Это акты правотворенія не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управления. Въ отличіе отъ законовъ они называются административными распоряженіями, или указами (по нѣм. *Verordnung* въ отличіе отъ *Gesetz*, по франц. *règlement administratif* въ отличіе отъ *loi*).

Терминомъ распоряженіе мы пользуемся для обозначенія юридическаго дѣйствія государственнаго органа (см. выше стрн. 163). Поэтому намъ неудобно называть правотворящіе акты государственныхъ органовъ въ порядкѣ управления административными распоряженіями, такъ какъ такое словоупотребленіе легко могло бы повести къ смѣшенію нормативнаго факта съ юридическимъ, что не допустимо (см. выше стрн. 169—170). Во избѣжаніе отмѣченнаго неудобства мы предпочитаемъ терминъ указъ для обозначенія правотворящихъ актовъ государственной власти въ порядкѣ управления.

Какъ намъ уже извѣстно, въ XVI и XVII вѣкахъ указъ служилъ общимъ и единственнымъ названіемъ для обозначенія правотворящихъ актовъ московскихъ государей. Въ XVIII столѣтіи установился терминъ: законъ, но сохранился и указъ, причемъ они употреблялись безразлично. Только въ XIX столѣтіи стало обнаруживаться въ нашей государственной практикѣ нѣкоторое стремленіе различать законъ и указъ въ качествѣ двухъ видовъ государственнаго правотворенія, — въ порядкѣ законодательномъ и въ порядкѣ управления. Стремленіе это проявлялось на дѣлѣ слабо, непослѣдовательно и неустойчиво. Тѣмъ не менѣе оно было подмѣчено Н. М. Коркуновымъ, который на

этомъ основаніи сталъ противопологать указъ закону и предложилъ названіе указа въ качествѣ спеціального термина для обозначенія правотворящихъ актовъ государственной власти въ порядкѣ управленія. Такая терминологія понемногу прививается въ русскомъ правовѣдѣніи, и мы будемъ ея придерживаться.

Указы, т. е. акты правотворенія государственной власти въ порядкѣ управленія, издаются въ ограниченной монархіи какъ прямыми государственными органами, такъ и посредствующими, въ республикѣ — только посредствующими. Въ ограниченной монархіи указы издаются монархомъ, прямымъ государственнымъ органомъ, и затѣмъ посредствующими органами, — министрами, вѣдающими центральное управленіе, затѣмъ правительственными органами мѣстнаго управленія (губернаторами) и органами мѣстнаго самоуправленія (городскими думами и земскими собраніями). Въ республикѣ указы издаются президентомъ, который, и въ качествѣ главы государства, является все же посредствующимъ государственнымъ органомъ, хотя и высшимъ, и затѣмъ министрами, а также органами мѣстнаго правительственнаго управленія и самоуправления. Издаваемые всѣми перечисленными государственными органами указы регламентируютъ различныя юридическія отношенія населенія и, слѣдовательно, устанавливають нормы общаго поведенія, подобно законамъ.

Указы отличаются отъ законовъ не только порядкомъ изданія, но и по силѣ своего дѣйствія. Законы устанавливають юридическія нормы высшаго порядка, указы — нормы порядка подчиненнаго. Подчиненіе указовъ законамъ выражается въ томъ, что указы издаются только въ предѣлахъ, установленныхъ законами, и по содержанію своихъ предписаній не могутъ противорѣчить законамъ. Предѣлы дѣйствія указовъ устанавливаются путемъ законодательнаго опредѣленія компетентнаго органа для изданія указовъ, тѣхъ вопросовъ, котрые подлежатъ указной регламентаціи, и той виѣшней формы, въ которую указы должны быть облечены. Такъ какъ указы издаются различными органами, то законъ точно опредѣляетъ особую компетенцію каждаго изъ нихъ для указной дѣятельности. Указъ, изданный по вопросу, не подлежащему указной регламентаціи и требующему для своего рѣшенія законодательнаго порядка, равно изданный не компетентнымъ органомъ или же не въ предписанной закономъ формѣ, является юридически не дѣйствительнымъ и потому не обязательнымъ для исполненія. Точно также юридически не дѣйствитель-

лень и потому не обязательенъ для исполненія всякій указъ, который по содержанию своему нарушаетъ законъ или ему противорѣчить. Такимъ образомъ отношеніе указа къ закону опредѣляется какъ подчиненіе закону, или подзаконность. Изъ этого общаго отношенія возможно изъятіе, о которомъ рѣчь будетъ ниже.

Среди указовъ особенное значеніе принадлежитъ указамъ, издаваемымъ монархомъ и извѣстнымъ подъ названіемъ указовъ, издаваемыхъ въ порядкѣ верховнаго управленія, или Высочайшихъ указовъ. Въ видѣ общаго правила и эти указы признаются подзаконными, но они то именно и допускаютъ изъятіе изъ общаго отношенія указа къ закону. Изъятіемъ въ данномъ случаѣ являются т. н. чрезвычайные указы (Nothverordnungen — указы въ случаѣ крайней необходимости). Чрезвычайными называются указы, издаваемые монархомъ по вопросамъ, требующимъ законодательной регламентаціи, но при исключительныхъ условіяхъ, при которыхъ нормальный законодательный порядокъ оказывается непримѣнимымъ. Такими исключительными условіями признаются: съ одной стороны, отсутствіе собранія законодательныхъ палатъ вслѣдствіе перерыва ихъ занятій или истеченія ихъ полномочій; съ другой стороны, наступленіе какихъ либо чрезвычайныхъ обстоятельствъ государственной жизни, каковы, нпр., война, народныя бѣдствія, эпидеміи, бунты, возстаніе и т. п., которыя требуютъ немедленнаго установленія подобающихъ имъ юридическихъ нормъ. При наличности обоихъ указанныхъ исключительныхъ условій издаются чрезвычайные указы съ изъятіемъ ихъ изъ общаго правила о подзаконности указовъ. Чрезвычайные указы замѣняютъ законы и становятся на ихъ мѣсто. Однако сила закона принадлежитъ чрезвычайнымъ указамъ только временно. Чрезвычайные указы подлежатъ въ теченіе опредѣленнаго срока внесенію въ законодательныя палаты и сохраняютъ свое дѣйствіе впредь до отклоненія или утвержденія ихъ въ законодательномъ порядкѣ: въ первомъ случаѣ дѣйствіе ихъ прекращается, во второмъ смѣняется дѣйствіемъ выросшаго изъ нихъ закона. Дѣйствіе чрезвычайныхъ указовъ прекращается также вслѣдствіе невнесенія ихъ правительствомъ въ теченіе указаннаго въ законѣ срока на обсужденіе законодательныхъ палатъ.

У насъ въ Россіи условія и порядокъ изданія, а также сила дѣйствія чрезвычайныхъ указовъ опредѣлены въ статьѣ 87-ой Основныхъ Законовъ слѣдующимъ образомъ: „Во время прекра-

щений занятій Государственной Думы, если чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсуждения въ порядкѣ законодательномъ, Совѣтъ Министровъ представляетъ о ней Государю Императору непосредственно. Мѣра эта не можетъ, однако, вносить измѣненій ни въ Основные Государственные Законы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или въ Думу. Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если подлежащимъ Министромъ или Главноуправляющимъ отдѣльною частью не будетъ внесенъ въ Государственную Думу въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ, или его не примутъ Государственная Дума или Государственный Совѣтъ“.

Примѣнительно къ указамъ посредствующихъ государственныхъ органовъ, или т. н. указамъ подчиненнаго управленія, начало подзаконности указовъ не допускаетъ никакихъ изъятій. Мало того, дѣйствіе указовъ подчиненнаго управленія опредѣляется не только началомъ подзаконности, но и началомъ іерархическаго подчиненія, дѣйствующимъ въ строеѣ административныхъ органовъ. Указы подчиненнаго управленія не должны противорѣчить не только законамъ, но и указамъ верховнаго управленія; далѣе, указы различныхъ административныхъ органовъ должны сообразоваться съ указами высшихъ надъ ними учреждений. Указы органовъ мѣстнаго правительственнаго управленія не могутъ противорѣчить указамъ органовъ центрального управленія.

Возвращаясь къ основному и общему различію между законами и указами, мы видимъ, что различіе это — формальное, и выражается оно въ различныхъ порядкахъ правотворенія. Одинъ порядокъ создаетъ законы, другой указы. Различные порядки правотворенія государственной власти являются однако не порядками дѣлопроизводства, но особыми порядками дѣйствія различныхъ элементовъ государственной власти. Законодательный порядокъ знаменуетъ собою порядокъ правотворенія при участіи народнаго представительства; указной порядокъ это правотвореніе властью монарха, правительства и мѣстнаго самоуправления. Соотношеніемъ сферъ законодательства и указной дѣятельности въ порядкѣ верховнаго управленія опредѣляется степень дѣйствительнаго обобществленія власти въ ограниченной монархіи.

Формальному различію между закономъ и указомъ соотвѣтствуетъ, само собою разумѣется, и матеріальное различіе между

ними по содержанию. Несомненно, что законы регулируют более важные отношения, указы — менее важные. Однако точно определить это различие по содержанию в высшей степени трудно, так как на него влияет целый ряд обстоятельств политической жизни. Трудность такого определения сказывается с особенной силой применительно к законам и указам верховного управления. Компетенция указной деятельности монарха зависит от размера исключительных его прав на власть, или т. н. монархической прерогативы, проявляющейся в ограниченных монархиях то в большей, то в меньшей степени. Указы верховного управления регламентируют нередко весьма важные отношения, на которые не простирается участие народа во власти в силу особых исторических условий развития данного государственного строя.

По содержанию указы являются нередко только более подробным развитием положений закона, рассчитанным на применение его в известных переходящих и особенных условиях времени и места. Необходимость обособления такого рода исполнительных указов верховного управления от законов сказывается и в неограниченной монархии. Сообразно этому и в ней устанавливаются особые порядки издания законов и указов верховного управления. Так как и те, и другие издаются в неограниченной монархии единоличной властью монарха, то различие между законодательным и указным порядком сводится в ней к различию форм дѣлопроизводства, которые непрерывно нарушаются. Дѣйствительное разграничение закона и указа верховного управления достигается только при установлении народного представительства.

Указы подчиненного управления по содержанию своему сводятся преимущественно к типу исполнительных указов, облегчающих применение законов. Указы органов мѣстного самоуправления по содержанию ограничиваются регламентацией мѣстных, преимущественно хозяйственных интересов.

III. Законодательство представляет собою высшую степень установления положительности юридических норм. В самом дѣлѣ, позитивация права заключается ни в чем ином, как в точном и, так сказать, наглядном установлении внѣшних легко распознаваемых признаков обязательности юридической нормы. Закон более всего и лучше всего удовлетворяет этому требованию. Когда мы имѣем дѣло с юридическим обычаем,

то не всегда бываетъ ясно, дѣйствуетъ ли данная общеправовая норма или потеряла свою обязательную силу; если окажется вѣрнымъ послѣднее, то возникаетъ новый вопросъ, съ какого момента стала дѣйствовать смѣнившая ее новая общеправовая норма, и отвѣтить на этотъ вопросъ весьма не легко; наконецъ, въ виду партикуляризма обычнаго права немалое затрудненіе вызываетъ установленіе территоріальныхъ предѣловъ дѣйствія юридическихъ обычаевъ, гдѣ кончаются обычаи одной мѣстности, и начинаются обычаи другой мѣстности. Всѣ указаннныя и подобныя имъ затрудненія возникаютъ и при примѣненіи нормъ, установленныхъ судебной и всякаго рода иной государственной практикой. Напротивъ того, при примѣненіи закона, подобныя затрудненія отпадаютъ, потому что въ законѣ всѣ моменты позитиваціи отмѣчаются точно, наглядно и, такъ сказать, осязательно. Благодаря этому, создаются точныя правила о дѣйствіи закона во времени и въ пространствѣ.

1. Въ прежнее старое время (даже въ XVI вѣкѣ), когда государственная власть не дошла еще до полного сознанія и утвержденія своей правотворящей функціи, дѣйствіе закона во времени не признавалось непосредственнымъ и ставилось въ зависимость отъ укрѣпленія его практикой (т. н. *usurboratio legis*). За закономъ признавали безусловную обязательную силу лишь послѣ того, какъ онъ привился, такъ сказать, на практикѣ.

Съ окончательнымъ сознаніемъ и утвержденіемъ государственной властью своей правотворящей функціи дѣйствіе закона стало непосредственнымъ. По общему правилу дѣйствіе закона начинается съ момента его обнародованія. Технические условія обнародованія требуютъ однако дальнѣйшаго еще болѣе точнаго опредѣленія начальнаго момента дѣйствія закона.

Законы публикуются въ официальныхъ изданіяхъ. Для дѣйствительнаго обнародованія, т. е. для дѣйствительнаго обезпеченія возможности вѣмъ подчиненнымъ государственнымъ органамъ и всему населенію узнать объ изданномъ законѣ, не достаточно, само собою разумѣется, пропечатаніе закона въ официальномъ изданіи, выходящемъ въ свѣтъ въ столицѣ. Необходимо, чтобы экземпляры изданія получены были на мѣстахъ по всей территоріи. Въ соотвѣтствіи съ этимъ возможны двѣ системы опредѣленія начальнаго момента дѣйствія закона: 1) законъ вступаетъ въ дѣйствіе съ момента полученія на мѣстѣ

официальнаго изданія, въ которомъ обнародуются законы, или 2) законъ вступаетъ въ дѣйствіе по истеченіи заранѣе разъ на всегда установленнаго въ законодательномъ порядкѣ срока, причемъ срокъ принять такой, чтобы въ теченіе его экземпляры официальнаго изданія всегда могли прійти на мѣста. Вторая система представляется болѣе совершенной. Она принята въ цѣломъ рядѣ европейскихъ государствъ, причемъ срокъ между обнародованіемъ и вступленіемъ закона въ силу (т. н. *vacatio legis*) положенъ въ разныхъ государствахъ различный: въ Германіи въ 14 дней, въ Австріи въ 45 дней, въ Норвегіи въ 28 дней, въ Голландіи въ 20 дней, въ Италіи въ 15 дней, въ Бельгіи въ 10 дней, въ Даніи въ 8 дней.

У насъ въ Россіи, не смотря на громадность территоріи, недостаточную развѣтвленность и крайнюю медленность почтовыхъ сообщений, не установленъ срокъ для одновременнаго повсемѣстнаго вступленія закона въ дѣйствіе. Начальнымъ моментомъ дѣйствія закона у насъ признается день полученія на мѣстѣ Собранія узаконеній и распоряженій правительства.

Изъ общаго правила о дѣйствіи закона только съ момента обнародованія нашъ государственный порядокъ допускаетъ изъятіе. Такъ, у насъ въ самомъ издаваемомъ законѣ можетъ быть указано на обращеніе его, до обнародованія, къ исполненію по телеграфу или посредствомъ нарочныхъ. Подъ обнародованіемъ разумѣется при этомъ опубликованіе закона по указу Правительствующаго Сената въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Этотъ общій порядокъ обнародованія въ указанномъ случаѣ замѣняется спеціальнымъ телеграфнымъ или чрезъ нарочныхъ оповѣщеніемъ государственныхъ органовъ о новомъ законѣ и немедленномъ обращеніи его въ дѣйствіе.

Въ особенно важныхъ случаяхъ, при большихъ преобразованіяхъ или при введеніи новыхъ кодексовъ, устанавливается особый и болѣе продолжительный срокъ, съ котораго полагается введеніе закона въ дѣйствіе. Такого рода срокъ былъ, напри- мѣръ, указанъ при законодательномъ утвержденіи у насъ Судебныхъ Уставовъ императора Александра II или въ Германіи при изданіи новаго Гражданскаго Уложенія. Наши Основные Законы (ст. 93) спеціально оговариваютъ, что законъ получаетъ обязательную силу со времени назначеннаго для того въ самомъ законѣ срока.

Бываютъ случаи, когда законъ издается, но введеніе его въ дѣйствіе при самомъ его утвержденіи отлагается на неопредѣлен-

ное время впредь до воспослѣдованія особаго законодательнаго постановленія по этому вопросу. Такъ было дѣло съ нашимъ новымъ Уголовнымъ Уложеніемъ 1903 года, которое введено въ дѣйствіе только въ незначительной своей части, а во всемъ остальномъ содержаніи введеніе его въ дѣйствіе пока отложено.

Новый законъ отмѣняетъ и смѣняетъ старый съ начальнаго момента своего дѣйствія. При законодательныхъ преобразованіяхъ, крупныхъ по размѣрамъ и рѣшительныхъ по принципамъ, такая непосредственная смѣна оказывается нерѣдко затруднительной и нежелательной. Въ такихъ случаяхъ издаются особые временные законы переходнаго времени. Такой порядокъ имѣлъ, на примѣръ, мѣсто у насъ при освобожденіи крестьянъ и изданіи Положенія о крестьянахъ 19 февраля 1861 года.

Съ начальнаго момента своего дѣйствія законъ дѣйствуетъ на будущее время и не распространяется на прошлое. Общимъ правиломъ признается то, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія. Это значитъ, что юридическія отношенія, возникшія согласно старому закону, сохраняютъ свою обязательную силу и при новомъ законѣ и подлежатъ исполненію согласно закону старому. Примѣръ: умираетъ безъ завѣщанія отецъ при дѣйствіи закона о наслѣдованіи, согласно которому наслѣдуютъ по закону сыновья, а дочерямъ выдѣляются указныя части; на другой день послѣ смерти наслѣдодателя вступаетъ въ силу новый законъ, допускающій къ наслѣдованію сыновей и дочерей въ равныхъ доляхъ; черезъ мѣсяць послѣ смерти наслѣдодателя сынъ и дочь его обращаются въ судъ съ просьбой объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства; судъ утвердить ихъ не по новому закону, а по старому, подъ дѣйствіемъ котораго въ моментъ смерти наслѣдодателя возникли ихъ наслѣдственные права.

Отсутствіе у закона обратнаго дѣйствія (*la non-rétroactivité de la loi*, какъ говорятъ французы) вполне понятно съ формально-логической точки зрѣнія. Для всякаго очевидно, что нельзя примѣнять къ юридическимъ отношеніямъ того закона, который не дѣйствовалъ въ моментъ ихъ возникновенія. Кромѣ формально-логическаго основанія правило, согласно которому законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, опирается на глубокое социальное основаніе, именно, на необходимость сохраненія пріобрѣтенныхъ субъективныхъ правъ. Въ силу сдѣлки, заключенной согласно дѣйствующимъ законамъ, или на основаніи законотворныхъ фактовъ, я пріобрѣтаю опредѣленные субъективныя права:

право собственности, право на обратное получение данной суммы денежной и процентов, право наследования и т. п. Если бы всякий новый законъ, измѣняющій данную сдѣлку, устанавливающій новый порядокъ наследования, имѣлъ обратное дѣйствіе, онъ нарушалъ бы мои приобретенныя права и этимъ подрывалъ бы устойчивость правового и экономического оборота. Отсутствие у закона обратнаго дѣйствія представляетъ собою ничто иное, какъ обезпеченіе приобретенныхъ субъективныхъ правъ. Слѣдуетъ при этомъ имѣть въ виду, что обезпечиваются только приобретенныя права, а не возможность ихъ приобретения. Новый законъ о порядкѣ наследования практически наноситъ ущербъ тѣмъ лицамъ, которыя признавались наследниками по старому закону и въ виду ожидаемой со дня на день смерти наследодателя чувствовали себя уже обладателями его имущества; смерть наследодателя послѣдовала на другой день послѣ вступленія въ силу новаго закона, и лица, отъ рожденія считавшіяся будущими наследниками, отпадаютъ; фактически они потеряли, быть можетъ, цѣлое состояніе, но юридически никакого вреда имъ не причинено, ибо право на наследство приобретается лишь въ моментъ смерти наследодателя.

Приобретенныя права признаются и охраняются только въ частномъ правѣ. Въ публичномъ правѣ подобнаго вопроса не возникаетъ, такъ какъ всѣ субъективныя публичныя права предоставлены отдѣльнымъ лицамъ въ интересахъ общегосударственныхъ и съ измѣненіемъ закона отпадаютъ сами собой. Словныя привилегіи съ отмѣной соответственныхъ законовъ отпадаютъ, и ихъ лишаются всѣ, ранѣе законно ихъ приобрѣтшіе. При измѣненіи избирательнаго закона прежніе избиратели не сохраняютъ своихъ правъ и т. д.

Въ уголовномъ правѣ правило о томъ, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, примѣняется безусловно по вопросу о преступленіи и съ нѣкоторымъ отступленіемъ по вопросу о наказаніи. Преступнымъ признается дѣяніе, признаваемое таковымъ по закону, дѣйствующему въ моментъ его учиненія. Поэтому по вопросу о составѣ и характерѣ преступнаго дѣянія уголовный законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія. Но въ дѣлѣ наложенія наказанія уголовный законъ получаетъ обратное дѣйствіе въ томъ случаѣ, если по новому закону наказаніе установлено менѣе строгое, чѣмъ по старому. Такое отступленіе объясняется тѣмъ, что не цѣлесообразно и даже не справедливо было бы налагать

болѣе суровую кару, разъ государственная власть пришла къ убѣжденію въ достаточности болѣе мягкой репрессіи. При обратномъ отношеніи соблюдается общее правило, т. е., если новый законъ устанавливаетъ болѣе суровую кару, къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ при дѣйствіи стараго закона, примѣняется мѣра наказанія, установленная послѣднимъ.

Русское законодательство признаетъ общее правило, согласно которому законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, но допускаетъ изъ него изъятіе. Законъ имѣетъ у насъ обратное дѣйствіе въ двухъ случаяхъ: 1) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, и 2) когда въ законѣ сказано, что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго. Второй случай имѣетъ въ виду т. н. легальное толкованіе. Такъ какъ легальное толкованіе представляетъ собою ничто иное, какъ новый законъ (см. выше стрн. 253—254), то второй изъ приведенныхъ случаевъ по существу совпадаетъ съ первымъ, и названіе новаго закона разъясненіемъ дѣйствующаго представляетъ собою только своеобразную форму выраженія постановленія объ обратномъ дѣйствіи.

Конецъ дѣйствія закона наступаетъ при формальной отмѣнѣ его въ законодательномъ порядкѣ, обычно соединяемой съ изданіемъ новаго закона.

Въ тѣ времена, когда законодательная функція государственной власти еще не упрочилась окончательно, и для признанія дѣйствія закона требовалось укрѣпленіе его практикой (*usus roboratio legis*), дѣйствіе закона могло прекратиться въ силу непримѣненія его на практикѣ (*desuetudine*). Въ старину говорили объ отмѣнѣ закона *desuetudine*, и въ наше время тоже ставять вопросъ объ этомъ (см. выше стрн. 192). При современномъ безусловномъ господствѣ закона объ отмѣнѣ закона *desuetudine* съ точки зрѣнія дѣйствующаго права не можетъ быть рѣчи. Несомнѣнно встрѣчаются законы, которые вслѣдствіе долгаго и, такъ сказать, упорнаго непримѣненія фактически не дѣйствуютъ. Однако законы эти формально сохраняютъ силу дѣйствія, пока они не отмѣнены въ законодательномъ порядкѣ. Законы эти давно уже, быть можетъ, вычеркнуты изъ общественнаго правосознанія и изгладились изъ памяти, но достаточно одного требованія заинтересованнаго лица или органа государственной власти, чтобы законъ былъ извлеченъ изъ пыли забвенія и приведенъ въ дѣйствіе судомъ или другимъ компетентнымъ

учрежденіемъ. Практика знаетъ не мало курьезныхъ случаевъ въ этомъ отношеніи. Нерѣдко примѣненіе давно вышедшаго изъ употребленія какого либо архаическаго закона оказывается поводомъ къ формальной отмѣнѣ его въ законодательномъ порядкѣ.

2. Дѣйствіе закона въ пространствѣ устанавливается на тѣхъ же началахъ, что и дѣйствіе государственной власти, т. е. въ предѣлахъ государственной территоріи, являющейся вообще предѣломъ державной власти государства (см. выше стрн. 340).

Въ противоположность дробности, или партикуляризму обычнаго права законодательству присущи стремленія объединительныя и централизационныя, такъ что законы въ видѣ общаго правила простираютъ свое дѣйствіе на всю государственную территорію. Это общее правило допускаетъ однако изъятіе, которое вызывается особенностями общественнаго уклада и государственно-правового устройства отдѣльных мѣстностей, требующими особой юридической регламентаціи мѣстной жизни. Такимъ образомъ возникаетъ различіе общихъ и мѣстныхъ законовъ.

Въ единомъ политически централизованномъ (хотя бы административно децентрализованномъ) государствѣ мѣстные законы издаются тѣмъ же законодательнымъ порядкомъ, что и законы общіе. При системѣ политической децентрализаціи и при федеральномъ строѣ (см. выше стрн. 435—436) общіе законы издаются общегосударственнымъ законодательнымъ порядкомъ и федеральною властью, а мѣстные законы издаются мѣстными автономными учрежденіями.

Общіе законы дѣйствуютъ по всей государственной территоріи или въ значительной ея части, живущей по общимъ законамъ, мѣстные законы только въ отдѣльных ея частяхъ, въ опредѣленныхъ мѣстностяхъ. Это общее правило не создаетъ никакихъ осложненій и потому дѣйствуетъ безусловно въ области публичнаго права.

Что касается частнаго права, то въ этой области общее правило о территоріальномъ дѣйствіи закона наталкивается на существенныя осложненія, которыя приводятъ къ столкновенію разномѣстныхъ законовъ и требуютъ особыхъ правилъ для устраненія такого столкновенія. Причина подобнаго явленія, какъ и самый смыслъ его, станутъ для насъ понятными, если мы остано́вима на особенностяхъ частноправовыхъ отношеній, въ которыхъ это явленіе коренится.

Частнопровольныя отношенія преслѣдуютъ удовлетвореніе не государственныхъ, но частныхъ, индивидуальныхъ интересовъ. Въ силу этого движеніе частнопровольныхъ отношеній съ момента возникновенія до прекращенія весьма часто не совпадаетъ пространственно съ тѣми территоріальными предѣлами, которые намѣчены государственной властью для дѣйствія общихъ и различнаго рода мѣстныхъ законовъ. Игнорированіе этихъ предѣловъ вызывается не только признанной въ частномъ правѣ свободой субъективнаго усмотрѣнія лица, но и объективными условіями экономическаго оборота, который объединяетъ территорію въ хозяйственномъ отношеніи, не взирая на перегородки, разставленныя на ней вслѣдствіе дѣйствія различныхъ по отдѣльнымъ мѣстностямъ гражданскихъ законовъ. При такомъ положеніи дѣла легко можетъ случиться, что частнопровольное отношеніе возникнетъ въ одномъ мѣстѣ, будетъ подлежать исполненію въ другомъ и окажется предметомъ судебнаго разбирательства въ третьемъ мѣстѣ. Примѣръ: рижанинъ, встрѣтившись въ Москвѣ съ уроженцемъ Кишинева, даетъ ему займы пять тысячъ рублей; уплата долга должна произойти черезъ годъ въ Ригѣ; кишиневецъ не платитъ, и рижанинъ подаетъ на него искъ въ Кишиневскій окружный судъ (на основаніи общаго правила, по которому подсудность опредѣляется мѣстомъ жительства отвѣтчика). Если бы примѣнить къ указанному случаю принципъ территоріальнаго дѣйствія закона во всей его строгости, то въ результатѣ создалось бы положеніе, совершенно недопустимое ни съ точки зрѣнія права, ни съ точки зрѣнія экономическихъ интересовъ участниковъ сдѣлки. Въ самомъ дѣлѣ, при строгомъ соблюденіи территоріальнаго принципа оказалось бы, что сдѣлка должна быть заключена по дѣйствующимъ въ Москвѣ общимъ гражданскимъ законамъ, т. е. 1 ч. X т. Св. Зак.; при уплатѣ долга въ Ригѣ кредиторъ сталъ бы заявлять различныя притязанія на основаніи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ Прибалтійскаго края, а Кишиневскому суду пришлось бы рѣшать тяжбу по мѣстному Бессарабскому гражданскому праву. Несомнѣнно, что экономическій оборотъ не выдержалъ бы такой троекратной правовой переоцѣнки одного и того же хозяйственнаго акта; интересы участниковъ дѣла пострадали бы при этомъ, и потому подобное положеніе было бы явно несправедливымъ.

Такъ какъ экономическій оборотъ и вообще частное общеніе людей (брачное, родственное) не только движутся свободно по

всей государственной территории, но и столь же свободно переступают государственныя границы, то создается почва для столкновения гражданских законовъ разныхъ государствъ. Возьмемъ для примѣра слѣдующіе два вполне возможныхъ случая: 1) англичанинъ и французъ заключаютъ сдѣлку въ Москвѣ, по которой англичанинъ обязуется доставить машины на фабрику, которую французъ строить у насъ въ Екатеринославской губерніи; по дѣлу затѣмъ возникаетъ тяжба въ Лондонскомъ судѣ; по какимъ гражданскимъ законамъ судъ будетъ рѣшать дѣло? 2) русскій въ Парижѣ вступаетъ въ бракъ съ швейцаркой и собирается ѣхать съ ней на постоянное жительство въ свое отечество; по какимъ законамъ надлежитъ заключить бракъ, чтобы онъ считался законнымъ въ Россіи? и т. д.

Столкновение гражданскихъ законовъ представляетъ собою наиболѣе важный видъ столкновения разномѣстныхъ законовъ, такъ какъ въ порядкѣ его устранения приходится государству допускать на своей территории дѣйствіе гражданскихъ законовъ другого государства, что можетъ быть терпимо государствомъ и вообще допустимо въ принципѣ только въ силу необходимости поддержанія свободного международнаго экономическаго оборота и обезпеченія интересовъ частныхъ лицъ въ международномъ общеніи. Въ виду указаннаго важнаго значенія вопросъ о столкновении гражданскихъ законовъ различныхъ государствъ разрабатывается съ крайней тщательностью и составляетъ предметъ особой юридической дисциплины, — т. н. частнаго международнаго права.

Столкновение общихъ и мѣстныхъ законовъ вызывается тѣми же причинами и устраняется на тѣхъ же началахъ, какъ и столкновение гражданскихъ законовъ различныхъ государствъ. Вслѣдствіе этого правила для устранения столкновения общихъ и мѣстныхъ гражданскихъ законовъ тѣ же по существу, что и нормы частнаго международнаго права. Можно поэтому говорить о нѣкоторомъ общемъ ученіи о столкновении разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ. Нормы для устранения столкновения разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ устанавливаются международными соглашениями и внутреннимъ законодательствомъ, также и юридическимъ обычаемъ. Нормы эти истолковываются доктриной и обобщаются теоретически въ общемъ ученіи. Ученіе получается весьма сложное и можетъ быть усвоено лишь послѣ предварительнаго изученія цѣлаго ряда специальныхъ юридическихъ

дисциплинѣ. Въ курсѣ энциклопедіи права мы ограничиваемся только ознакомленіемъ съ общей постановкой вопроса и основными элементарными принципами его рѣшенія.

Въ качествѣ наиболѣе общихъ и элементарныхъ принциповъ ученія о столкновеніи разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ приведемъ систему, основанную на различіи троякаго характера частноправовыхъ нормъ, — статутовъ личныхъ (*statuta personalia*), вещныхъ (*statuta realia*) и смѣшанныхъ (*statuta mixta*). Система эта представляетъ собою старинную теорію, которая сложилась еще въ средніе вѣка для устранения коллизіи разномѣстныхъ законовъ (статутовъ) сѣверо-итальянскихъ городскихъ общинъ и послужила источникомъ всего дальнѣйшаго развитія частнаго международнаго права.

Къ личнымъ статутамъ относится опредѣленіе правоспособности и дѣеспособности субъекта, а также всѣхъ его личныхъ отношеній, въ томъ числѣ и семейственныхъ. Личный статутъ опредѣляется при столкновеніи закономъ происхожденія лица (*lege originis*). Поэтому русскій нотаріусъ при заключеніи сдѣлки или русскій судья при рѣшеніи тяжбы, участникомъ которой выступаетъ французъ, опредѣляетъ правоспособность, дѣеспособность и семейственное положеніе послѣдняго по французскимъ гражданскимъ законамъ.

Признаніе дѣйствія *legis originis* въ предѣлахъ личнаго статута вызывается необходимостью сохранить единство юридической личности челоука въ гражданскомъ оборотѣ. Историческіе корни этого порядка восходятъ еще къ среднимъ вѣкамъ, когда въ качествѣ общаго правила признавалось дѣйствіе юридическихъ нормъ не по территоріи, а по лицамъ, и всякій свободный челоукъ, куда бы ни являлся, переносилъ съ собою свою родную правовую атмосферу, возможность жить по своимъ *leges originis*.

Вещные статуты обнимаютъ собою все, относящееся къ вещамъ, особенно недвижимымъ. Вещные статуты опредѣляются закономъ мѣста расположенія вещи (*lex rei sitae*). Нпр., сдѣлки по отчужденію собственности должны основываться на законахъ, дѣйствующихъ въ той мѣстности, гдѣ расположенъ предметъ собственности.

Подъ смѣшанными статутами разумѣютъ постановленія весьма разнообразнаго содержанія, въ частности все относящееся къ формѣ сдѣлки. Къ опредѣленію формы сдѣлки примѣняется законъ мѣста ея совершенія въ силу принципа *locus regit actum*. Сдѣлка,

совершенная по формѣ, узаконенной въ мѣстѣ ея заключенія, признается дѣйствительною во всякомъ другомъ мѣстѣ и въ другомъ государствѣ. Исключеніе составляетъ лишь тотъ случай, когда форма совершенія имѣетъ не только формальное значеніе (составляетъ *formale negotii*), но и разсматривается какъ самая сущность сдѣлки (*essentiale negotii*). Такъ, нпр., по русскому законодательству церковное вѣнчаніе составляетъ не только форму, но и самую сущность заключенія брака. Поэтому бракъ, заключенный русскимъ во Франціи въ гражданской формѣ безъ церковнаго вѣнчанія, оказывается въ Россіи недѣйствительнымъ. Но всякій договоръ, заключенный у французскаго нотаріуса по предписанной французскими законами формѣ, признается дѣйствительнымъ и въ Россіи.

Таковы наиболѣе общіе и элементарные принципы, которыми руководятся въ дѣлѣ устраненія столкновенія разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ.

IV. Съ окончательнымъ упроченіемъ законодательной функціи государственная власть постепенно сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ все правотвореніе. Законъ объявляется если не единственнымъ, то главнымъ источникомъ права. Всѣ остальные источники права подчиняются закону, и дѣйствіе ихъ допускается государственной властью только въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Выше (см. стрн. 439—440) нами указано, что такое верховенство закона установилось окончательно въ XVIII столѣтіи, и что оно продолжаетъ быть дѣйствительнымъ и въ современной намъ государственной организаціи. Ознакомившись съ ученіемъ о законѣ, мы и переходимъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, какъ отражается верховенство закона на дѣйствіи остальныхъ источниковъ права (см. § 17).

Съ водвореніемъ верховенства закона государственная власть признаетъ свой авторитетъ исключительно обязательнымъ единоличнымъ авторитетомъ въ дѣлѣ правотворенія (см. стрн. 171).

Съ точки зрѣнія верховенства закона государственнаго утрачиваетъ самостоятельное значеніе даже законъ Божій, поскольку подъ нимъ разумѣются не религіозныя и не религіозно-нравственныя нормы, а нормы юридическія, которымъ приписывается божественное установленіе. Система религіознаго законодательства рѣшительно уступаетъ системѣ законодательства свѣтскаго. Недаромъ многіе юристы (Перингъ и различные его послѣдователи) не признаютъ канон-

ническаго права даже правомъ, а лишь нравственнымъ предписаніемъ, и юридическое его дѣйствіе основываютъ исключительно на признаніи и допущеніи его закономъ. Формальнымъ оправданіемъ подобнаго ученія является фактъ авторизаціи государственнымъ законодательствомъ различныхъ системъ религіознаго права.

Ученый авторитетъ профессиональныхъ правовѣдovъ и основанное на немъ т. н. право юристовъ подъ вліяніемъ державнаго возобладанія закона либо подвергаются законодательной регламентаціи, какъ это было при римскихъ императорахъ, либо совершенно отпадаютъ, какъ это мы видимъ въ наше время.

Государственная власть утверждаетъ только свой собственный авторитетъ въ области правотворенія и не признаетъ въ принципѣ дѣйствія на своей территоріи другой государственной власти. Поэтому при верховенствѣ закона рецепція иноземнаго права допустима въ принципѣ только въ видѣ законодательной рецепціи (см. выше стрн. 172) въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т. е. допустимо усвоеніе иноземнаго права въ силу прямого предписанія закона и въ размѣрахъ и въ предѣлахъ, имъуказанныхъ.

Дѣйствіе обычнаго права ставится въ непосредственную и прямую зависимость отъ допущенія его закономъ. Такой порядокъ съ XVIII вѣка является общепризнаннымъ въ континентальныхъ государствахъ западной Европы. Законодательная регламентація признается въ нихъ общимъ правиломъ, и примѣненіе обычнаго права допускается закономъ въ размѣрахъ крайне ограниченныхъ, — по вопросамъ второстепеннаго характера въ сферѣ гражданско-правового и торговаго оборота, или же въ случаяхъ пробѣла въ законодательствѣ (при отсутствіи закона).

Въ противоположность континентальнымъ государствамъ Англія признаетъ за обычнымъ правомъ вполнѣ самостоятельное значеніе наряду съ закономъ. Совокупность дѣйствующаго права дѣлится въ Англіи на право исключительно законное, статутарное (statute law) и право общее (common law), въ составъ котораго входятъ какъ древніе законы, такъ и юридическіе обычаи и прецеденты. Обычное право составляетъ въ Англіи существеннѣйшую часть не только частнаго, но и публичнаго права.

У насъ въ Россіи проводится принципъ верховенства закона, и дѣйствіе обычнаго права основывается на признаніи и допущеніи закона. Но у насъ законъ открываетъ дѣйствію обычнаго права широкіе предѣлы, сохраняя господство обычая въ жизни

крестьянъ. Частноправовой бытъ послѣднихъ всецѣло опредѣляется обычнымъ правомъ. Особые крестьянскіе (волостные) суды примѣняютъ, согласно общему постановленію закона, исключительно обычное право по гражданскимъ, и даже по уголовнымъ дѣламъ, входящимъ въ ихъ компетенцію. На такихъ же началахъ допускается широкое примѣненіе обычнаго права разнаго рода инородцевъ, стоящихъ на низшихъ ступеняхъ культурнаго развитія, для которыхъ установлены и особые инородческіе суды на подобіе особыхъ судовъ крестьянскихъ. Жизнь остального населенія подлежитъ въ принципѣ исключительно законодательной регламентаціи, и дѣйствіе обычнаго права допускается у насъ закономъ въ ограниченныхъ размѣрахъ въ области частнаго права. Юридическіе обычаи могутъ примѣнять у насъ по ссылкѣ сторонъ мировые судьи, земскіе начальники и городскіе судьи по гражданскимъ дѣламъ, а также коммерческіе суды по дѣламъ торговымъ. Намѣчаемое у насъ въ послѣднее время стремленіе къ отмѣнѣ сословной замкнутости крестьянъ и уравниенію ихъ въ правахъ съ остальнымъ населеніемъ несомнѣнно приведетъ къ сокращенію области примѣненія обычнаго права.

Верховенство закона оказываетъ вліяніе и на дѣйствіе договора, какъ источника права. Международные договоры, въ которыхъ устанавливаются права и обязанности для гражданъ, утверждаются въ законодательномъ порядкѣ. Правотворящее дѣйствіе частныхъ договоровъ въ предѣлахъ, намѣчаемыхъ диспозитивными нормами частнаго права (см. выше стрн. 187), явно опирается на общее признаніе со стороны закона.

Распространеніе законодательной регламентаціи на всѣ стороны жизни и верховенство закона низвели судебную практику на подчиненное положеніе, ограничивъ проявленіе ея, въ качествѣ источника права, толкованіемъ законовъ (см. выше стрн. 189—190). Самый характеръ толкованія закона былъ при этомъ поставленъ въ зависимость отъ опредѣленія его государственной властью, причемъ отношеніе послѣдней къ судебному толкованію закона мѣнялось въ историческомъ процессѣ развитія новаго государства.

Въ исторіи законодательной регламентаціи судебной практики можно различать три дѣйствовавшія въ различные періоды системы: 1) систему буквального толкованія закона судомъ, выполняемую законодательнымъ разрѣшеніемъ сомнительныхъ для суда случаевъ, 2) систему свободнаго судебного толкованія закона

безъ обращенія суда къ законодателю за разрѣшеніемъ сомнительныхъ случаевъ, 3) систему свободнаго толкованія закона, восполняемую законодательнымъ признаніемъ свободнаго право-творенія судьи въ извѣстныхъ случаяхъ.

Первая система водворяется при наличности принципиальнаго признанія верховенства закона, казуистичности законодательства и при отсутствіи какой либо прочной системы права, изъ которой можно бы черпать отвѣты на вопросы, обойденные казуистическимъ законодательствомъ. Указанныя условія были на лицо у насъ въ Россіи съ половины XVI вѣка. Законодательство носило казуистическій характеръ; много было въ немъ пробѣловъ; законодатель сознавалъ это и предписывалъ въ случаѣ обнаруженія пробѣла не рѣшать дѣла, а испрашивать законодательное разрѣшеніе сомнительнаго казуса. Такъ какъ не было никакой общепризнанной системы права, съ которой судьи могли бы справляться при молчаніи закона, то обращеніе суда къ законодателю бывало весьма частымъ.

Въ западной Европѣ сложились другіе порядки, благодаря воспринятому ею культурному наслѣдію римскаго права. Это право лежало въ основѣ юридическаго образованія, и судьи пользовались имъ для восполненія казуистическаго законодательства. Вслѣдствіе такой узальной рецепціи римскаго права западно-европейскія государства почти не знали системы буквальнаго толкованія закона судомъ, восполняемой обращеніемъ суда въ сомнительныхъ случаяхъ къ законодателю.

И у насъ въ Россіи имѣла мѣсто рецепція греко-римскаго и литовско-русскаго (Литовскаго Статута) права, и помощью ея суды восполняли пробѣлы казуистическаго московскаго законодательства. Но размѣры рецепціи были у насъ не велики; при общей культурной скудости не было у насъ научнаго юридическаго образованія; наконецъ, своеобразныя политическія условія не допускали у насъ самостоятельности судебныхъ учреждений. Поэтому у насъ система порабощенія судьи казуистическимъ законодательствомъ привилась особенно сильно и держалась упорно и долго въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій. И московскіе приказы, и позднѣйшія судебныя учрежденія XVIII и первой половины XIX столѣтія были скованы буквой казуистическаго законодательства и въ случаяхъ пробѣловъ въ немъ или вызываемыхъ имъ недоумѣній должны были испрашивать для рѣшенія дѣла новыя законодательныя опредѣленія.

Система свободного судебного толкования закона характеризуется свободой суда от необходимости обращаться къ законодателью за восполненіемъ пробѣловъ въ законѣ и за разрѣшеніемъ возникающихъ при примѣненіи закона недоумѣній. Эта система, благодаря отмѣченнымъ выше благопріятнымъ условіямъ, господствуетъ на западѣ съ XVI вѣка. Основной принципъ этой системы заключается въ томъ, что судья рѣшаетъ всякое дѣло на основаніи существующихъ законовъ, не взирая на то, предусмотрѣно ли оно прямо въ законѣ, или нѣтъ. Пробѣлы въ законодательствѣ восполняются при этомъ самимъ судомъ. Выше мы указали, что для восполненія пробѣловъ въ законодательствѣ западноевропейскіе судьи пользовались римскимъ правомъ и выросшей на его почвѣ наукою права. По мѣрѣ разростанія законодательной функціи государства и распространенія законодательной регламентаціи на всё по возможности стороны жизни пробѣлы въ законодательствѣ становились все рѣже. Это обстоятельство въ связи съ окончательнымъ преобладаніемъ закона привели въ XVIII вѣкѣ къ провозглашенію принципа логической законченности законодательства (см. выше стр. 257—258). Въ соотвѣтствіи съ этимъ принципомъ отмѣнялось пользованіе какими бы то ни было вспомогательными (субсидіарными) источниками права (каковыми были римское право и право юристовъ), разъ они прямо не указаны въ законѣ, и устанавливалось обязательное восполненіе пробѣловъ въ законодательствѣ путемъ дедуцированія изъ содержащихся въ немъ общихъ принциповъ права (см. выше стр. 258).

У насъ въ Россіи система свободного судебного толкованія закона введена была только судебными уставами императора Александра II, установившими впервые у насъ правило, согласно которому судъ не можетъ отказать въ разборѣ дѣла подъ предлогомъ неясности, неполноты или отсутствія закона и обязанъ рѣшить всякое дѣло на основаніи существующихъ законовъ, не испрашивая, само собою разумѣется, новыхъ законодательныхъ опредѣленій.

Третья система законодательной регламентаціи судебной практики представляетъ собою продолженіе системы свободного судебного толкованія закона, которую она восполняетъ законодательнымъ же признаніемъ свободного правотворенія судьи въ извѣстныхъ случаяхъ. Свободное правотвореніе судьи допускается въ случаяхъ пробѣла въ законодательствѣ.

Пробѣлы на самомъ дѣлѣ восполняются не путемъ дедуци-

рованія изъ общихъ принциповъ законодательства, ибо принципы эти не могутъ дать больше того, что содержитсяъ въ законахъ, а самостоятельнымъ правотвореніемъ судьи. Правотвореніе судьи всегда совершалось свободно, не смотря на официальное признаніе логической законченности законодательства и официальное же ограниченіе судебной практики служебной ролью толкованія закона, но только этого не замѣчали и не хотѣли признавать. Юристы-догматики твердили о судебной практикѣ то, что постановлялъ по этому вопросу законъ. Только свободное отъ догматическихъ оковъ историческое и социологическое ученіе о правѣ убѣдительно показало, что судья не есть машина для подведенія частныхъ казусовъ подъ общія правила закона (Subsumptionsmaschine), и выяснило творческое значеніе суда въ процессѣ примѣненія права. Теоретическіе выводы науки нашли себѣ въ наши дни практическое признаніе въ швейцарскомъ законодательствѣ, которое и восполнило систему свободнаго толкованія закона допущеніемъ свободнаго судейскаго правотворенія.

Швейцарское Гражданское Уложеніе 1907 года гласитъ: „Ко всѣмъ правовымъ вопросамъ примѣняется законъ, разъ они предусмотрѣны его буквой или духомъ. Если изъ закона нельзя получить никакого предписанія, то судья долженъ рѣшить по обычному праву, а если и его нѣтъ, то по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя. Онъ слѣдуетъ при этомъ доброй научной теоріи и практикѣ“.

Приведенное правило нельзя не признать прогрессомъ въ дѣлѣ законодательной регламентаціи судебной практики. Положительнымъ достоинствомъ этого правила является прежде всего то, что законодатель открыто допускаетъ свободное правотвореніе судьи въ случаѣ пробѣла закона и уподобляетъ судейское правотвореніе законодательному. Это освобождаетъ судью отъ необходимости искусственно подводить акты своего правотворенія подъ букву и общіе принципы дѣйствующаго законодательства. Допущенное закономъ свободное правотвореніе судьи не можетъ прикрываться ссылкой на дѣйствующій законъ въ его искусственномъ истолкованіи и всецѣло ложится на нравственную отвѣтственность судьи, что неминуемо повыситъ качество актовъ свободнаго судейскаго правотворенія. Съ другой стороны, законодательное ограниченіе свободнаго судейскаго правотворенія случаями пробѣловъ въ законѣ укрѣпляетъ принципъ легальности

въ дѣлѣ примѣненія существующихъ законовъ, и открыто и авторитетно изгоняетъ изъ этой области разнаго рода попытки ниспровергнуть принципъ легальности и замѣнить его самостоятельнымъ взвѣшиваніемъ интересовъ (см. выше стрн. 252) и свободной оцѣнкой ихъ судомъ помимо закона (*praeter legem*) и даже прямо противъ закона (*contra legem*).

Свободное правотвореніе судьи, допущеніе котораго швейцарскимъ законодательствомъ является весьма важнымъ новшествомъ въ правовой жизни континентальныхъ европейскихъ странъ, пользуется исконнымъ признаніемъ въ Англіи. Общее право (*common law*), которому въ Англіи принадлежатъ по сравненію съ законнымъ правомъ (*statute law*) несомнѣнно преобладающее мѣсто, основано въ значительной части на свободномъ правотвореніи судей. Входящіе въ составъ общаго права юридическіе обычаи проникали туда только послѣ предварительныхъ „судебныхъ испытаній“ и, слѣдовательно, послѣ авторизаціи ихъ судомъ. Можно сказать, что въ Англіи первенствующимъ и своего рода верховнымъ источникомъ права является судебная практика; это находитъ себѣ надлежащее отраженіе въ англійскомъ догматическомъ правовѣдѣніи. По этому поводу одинъ изъ новѣйшихъ весьма вдумчивыхъ теоретиковъ права въ Германіи Э. Штернбергъ справедливо замѣчаетъ, что право въ конечномъ итогѣ представляется континентальному юристу въ видѣ закона, англійскому же юристу — въ видѣ судебного рѣшенія (*Rechtsspruch* = вѣщаніе права) и стоящаго за нимъ судьи.

Подъ влияніемъ изученія англійской судебной практики и подъ дѣйствіемъ тѣхъ общихъ причинъ, которыми вызвано указанное нами новшество швейцарскаго законодательства, образовалось за послѣднія десять лѣтъ среди нѣмецкихъ юристовъ специальное движеніе въ пользу „свободнаго права“ (*Freirechtbewegung*), т. е. въ пользу открытаго признанія свободнаго правотворенія суда.

Основное теченіе школы свободнаго права направлено, повидимому, на то, чтобы добиться законодательнаго признанія свободнаго судейскаго правотворенія на началахъ, принятыхъ въ Швейцарскомъ Гражданскомъ Уложеніи. Но наряду съ этимъ проявляется въ школѣ свободнаго права стремленіе къ ниспроверженію принципа легальности въ дѣлѣ примѣненія существующихъ законовъ и къ провозглашенію свободы

суда рѣшать дѣла во имя справедливости *praeter legem* и даже *contra legem*. Поскольку можно привѣтствовать первое теченіе, постольку нельзя отнестись ко второму иначе, какъ отрицательно, и именно въ интересахъ справедливости, во имя которой ратуютъ сторонники свободного права. Неизмѣнное дѣйствіе закона, хотя бы и несовершеннаго и потому могущаго оказаться въ отдѣльныхъ случаяхъ примѣненія и несправедливымъ, въ конечномъ итогѣ все же обезпечиваетъ интересы справедливости въ несравненно большей степени, чѣмъ усмотрѣніе судьи, принципиально изъятое изъ подчиненія закону.

Русскіе юристы относятся къ школѣ свободного права весьма сдержанно: безусловно осуждаютъ проповѣдь суда *contra legem* и *praeter legem*, и сомнѣваются даже въ пользѣ формальнаго законодательнаго признанія свободы судейскаго правотворенія при пробѣлахъ въ законодательствѣ. Сомнѣнія эти находятъ себѣ оправданіе въ условіяхъ русской дѣйствительности. Мы имѣемъ въ виду непрочность начала законности во всемъ-нашемъ государственномъ строѣ и недостаточное развитіе чувства права въ нашемъ обществѣ. При такихъ условіяхъ дѣйствительно задумается, можно ли нашему судѣ формально предоставить право въ случаѣ отсутствія закона рѣшать дѣло по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя. Можно при этомъ опасаться еще и того, что при отсутствіи прочной культурно-правовой традиціи и подлинной независимости судей не будетъ строго соблюдаться грань, отдѣляющая пробѣлъ въ законодательствѣ отъ случаевъ примѣненія существующаго закона, и приемы свободного правотворенія распространятся на все отправленіе суда. Тогда принципъ законности, и безъ того у насъ непрочный, былъ бы окончательно распатанъ.

§ 44. Оффиціальное и неоффиціальное право.

Л. И. Петражицкій, Теорія права и государства, изд. 2-ое, томъ II, § 44; Hugo Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909; L. Spiegel, Jurisprudenz und Socialwissenschaft, Grünhut's Zeitschrift, Bd. 36, 1909; Eugen Ehrlich, Die Erforschung des lebenden Rechts, Schmoller's Jahrbuch, 1911; R. Bartsch, Die Zukunft der Rechtswissenschaft, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI Band, 1912—1913; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des

Rechts, 1913, главы V, VI, XVI, XVII, XXI; Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1914; В. А. Кистяковский, *Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права*, 1916 г., очерк VI.

Въ предшествующемъ параграфѣ мы изложили учение о верховенствѣ закона, какъ основномъ принципѣ, на которомъ покоится положеніе права въ системѣ современной государственной организаци. Принципъ этотъ состоитъ въ томъ, что законъ не только является главнымъ источникомъ права, но и опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права въ государствѣ. Ознакомившись съ принципомъ верховенства закона, мы должны задать себѣ слѣдующій вопросъ: то, что законъ опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права, значитъ ли, что другіе, кромѣ закона, источники и виды положительнаго права на самомъ дѣлѣ дѣйствуютъ только въ предѣлахъ, предоставленныхъ имъ закономъ, или же указанное правило имѣетъ какой либо другой смыслъ?

Догматическая юриспруденція, выросшая и расцвѣтавшая на службѣ у суда и закона, разрѣшаетъ поставленную нами альтернативу чрезъ утверженіе перваго ея положенія. Отуманенная формальнымъ всемогуществомъ закона, догматическая юриспруденція видитъ въ его опредѣленіяхъ не только предписаніе должнаго, но и утверженіе истины въ смыслѣ адекватнаго соответствія мысли законодателя дѣйствительности. Поэтому въ догматической юриспруденціи считается несомнѣннымъ, что сверхъ закона дѣйствуютъ лишь тѣ источники и виды положительнаго права, которые признаны закономъ, и только въ предѣлахъ, точно закономъ установленныхъ. Догматическая точка зрѣнія проникаетъ и въ общую теорію права и опредѣляетъ учение ея объ источникахъ и видахъ положительнаго права (см. выше стрн. 195). Поэтому общераспространеннымъ является теоретическое утверженіе о томъ, что обычное право дѣйствуетъ лишь постольку, поскольку оно признается и допускается закономъ. Тоже говорятъ и о судебной практикѣ, а о другихъ источникахъ права даже не упоминаютъ, такъ какъ ихъ не указываетъ законъ.

Такое рѣшеніе вопроса не можетъ быть признано правильнымъ. Обычное право и право судебной практики представляютъ собою тѣ виды положительнаго права, отличительнымъ признакомъ которыхъ является образованіе ихъ помимо прямыхъ правотворящихъ актовъ государственной власти. Образуются эти виды положительнаго права подъ влияніемъ извѣстныхъ потребностей обще-

ственной жизни и для ихъ удовлетворенія. Поскольку эти потребности существуютъ и находятъ себѣ удовлетвореніе внѣ и помимо закона, постольку существуютъ и дѣйствуютъ сверхъ закона и другіе источники и виды положительнаго права. То, что законъ устанавливаетъ для дѣйствія другихъ видовъ положительнаго права извѣстные предѣлы, не значитъ, что самое дѣйствіе этихъ источниковъ права зависитъ отъ закона. Законъ только монополюбно устраняетъ конкуренцію другихъ видовъ положительнаго права съ собою, причѣмъ какъ конкуренція эта, такъ и монополюбное устраненіе ея въ пользу закона выступаютъ только тогда, когда юридическія отношенія приходятъ въ прямое соприкосновеніе съ государственной властью, т. е. главнымъ образомъ на судѣ. Потому то теоретики права, всецѣло проникнутые догматической точкой зрѣнія, ссылаются на дѣйствительность юридической нормы на судѣ какъ на крайній доводъ (*ultima ratio*) въ пользу своего ученія. Такъ, на примѣръ, утвержденіе, что обычное право дѣйствуетъ только въ предѣлахъ признанія и допущенія закономъ, аргументируется слѣдующимъ образомъ: какой бы юридическій обычай ни былъ принятъ въ обществѣ по данному вопросу, но разъ этотъ вопросъ регламентируется закономъ, ни одинъ судъ не примѣнитъ юридическаго обычая, а только норму закона; слѣдовательно, говорятъ намъ, юридическій обычай, не признаваемый и не допускаемый закономъ, не дѣйствуетъ. Въ приведенномъ разсужденіи послышка вѣрна, но не правиленъ выводъ, такъ какъ онъ утверждаетъ нѣчто большее, чѣмъ содержится въ послылкѣ. Правильнымъ былъ бы выводъ: юридическій обычай внѣ предѣловъ, въ которыхъ обычное право допускается закономъ, не имѣетъ судебного дѣйствія. Но, поскольку дѣло не доходитъ до суда и вообще до соприкосновенія съ государственной властью, въ предѣлахъ безспорнаго, мирнаго, частнаго, внѣ воздѣйствія государственной власти, правового оборота безпрепятственно дѣйствуютъ и обычное право, и всѣ другіе виды положительнаго права сверхъ закона. Дѣйствіе ихъ основывается не на формальномъ допущеніи закономъ, а на извѣстныхъ требованіяхъ общественной жизни помимо закона.

Послѣ сказаннаго возвратимся къ поставленному нами вопросу и постараемся дать на него теоретической отвѣтъ независимо отъ точки зрѣнія догматической юриспруденціи.

Вопросъ гласилъ: то, что законъ опредѣляетъ дѣйствіе другихъ источниковъ права, значитъ ли, что другіе, кромѣ закона, источники и виды положительнаго права на самомъ дѣлѣ дѣйству-

ютъ только въ предѣлахъ, предоставленныхъ имъ закономъ, или же указанное правило имѣетъ какой либо другой смыслъ? Отвѣтъ мы дадимъ такой: указанное правило имѣетъ тотъ смыслъ, что въ предѣлахъ, призванныхъ закономъ, другіе кромѣ закона источники, и виды положительнаго права дѣйствуютъ на судѣ и вообще при соприкосновеніи съ органами государственной власти; въ безспорномъ же правовомъ оборотѣ и внѣ прямого соприкосновенія съ государственной властью всѣ виды положительнаго права дѣйствуютъ помимо закона.

Опираясь на приведенный отвѣтъ, мы можемъ сказать, что верховенство закона отнюдь не отмѣняетъ самостоятельнаго правообразованія внѣ и помимо закона. Оно приводитъ лишь къ распаденію всего положительнаго права на двѣ области: право, формально признанное государственной властью, и право, ею формально не признаваемое. Л. І. Петражицкій называетъ первую область официальнымъ правомъ, вторую правомъ неофициальнымъ. Намъ представляется вполне цѣлесообразнымъ примкнуть къ этой терминологіи.

Къ официальному праву относятся законы, а также всѣ другіе виды положительнаго права, признанные закономъ и дѣйствующие въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Неофициальнымъ правомъ являются всѣ кромѣ закона виды положительнаго права (§ 17) въ дѣйствіи своемъ внѣ предѣловъ, указанныхъ для нихъ закономъ. Областью примѣненія неофициальнаго права является безспорный (внѣсудебный) и частный (внѣ государственнаго воздѣйствія) правовой оборотъ.

Теоретическое обоснованіе и опредѣленіе состава неофициальнаго права дается Л. І. Петражицкимъ примѣнительно къ его психологическому ученію о правѣ. Къ неофициальному праву Л. І. Петражицкій относитъ всю совокупность субъективныхъ правовыхъ переживаній въ психикѣ индивида. Не признавая индивидуалистической концепціи Л. І. Петражицкаго (см. выше § 6), мы относимъ къ неофициальному праву не факты субъективнаго правосознанія и ихъ проекціи (см. выше стр. 131), а юридическія нормы объективнаго значенія.

Для правильнаго научнаго познанія правовыхъ явленій необходимо изученіе какъ официальнаго, такъ и неофициальнаго права. Только

совокупное изучение обеих областей может привести к реальному познанию правовой действительности. Для строгого реального познания необходимо иметь в виду, что официальное право, не смотря на весь престиж формального господства закона, действует фактически не безусловно и не полностью. Поэтому недостаточно знать официальное право; необходимо еще исследовать, поскольку оно на самом деле применяется в жизни¹⁾. Такого рода отношение к официальному праву давно уже известно историкам права и стало для них прописной истиной.

Историки права давно уже изучают не одно лишь официальное, но и неофициальное право, различают в официальном правѣ нормы, действительно применявшиеся в жизни, от неприменявшихся и, лишь опираясь на совокупность действительно применявшихся норм как официального, так и неофициального права, восстанавливают подлинное состояние права в прошлом и намѣчают ход его развития.

Современное право разрабатывается догматиками в предѣлах и съ точки зрѣнія, если не исключительно, то главнымъ образомъ официального права. Такая разработка можетъ быть признана до известной степени достаточной для судебной практики, но для научнаго познания современной правовой жизни она безусловно не достаточна. И вотъ въ наши дни замѣчается стремленіе къ новой постановкѣ разработки современнаго права. Постановка эта требуетъ изученія не только официального, но и неофициальнаго права, — изслѣдованія „живаго права“ (*Erforschung des lebenden Rechts*), какъ выражаются нѣкоторые представители новаго теченія (Е. Эрлихъ). Это новое теченіе само именуется себя социологическимъ (сравн. выше стрн. 328). Устами французскаго юриста Крюэ (*Jean Cruet*) оно громко заявляетъ „о жизни права и немощи законовъ“ и во имя этого лозунга настоятельно требуетъ выхода догматической юриспруденціи за предѣлы официального права. Кромѣ чисто теоретическаго значенія въ дѣлѣ научнаго уразумѣнія современнаго состоянія права, новое направленіе имѣетъ весьма важное значе-

1) Это понимали юристы эмпирическаго направленія въ XVIII столѣтіи, напримѣръ, — I. I. Мозеръ. См. J. J. Moser, *Præcognita iuris publici Germanici generalissima*, Frct. u. Lpzg., 1732, pag. 13 (цитируетъ Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи, Варшава, 1904, стрн. 154).

ніе и для догматической юриспруденціи, поскольку послѣдняя призвана служить руководствомъ для судьи въ дѣлѣ справедливаго толкованія закона и еще болѣе въ дѣлѣ восполненія пробѣловъ въ официальномъ правѣ. Само собою разумѣется, сколь важно знаніе „живого права“ для политики права.

Новѣйшее социологическое направленіе въ догматической юриспруденціи корнями своими восходитъ къ ученію Геринга (см. §§ 9 и 29). Слѣдуетъ напомнить, что вліяніе Геринга въ этомъ отношеніи сказалось болѣе тридцати лѣтъ тому назадъ въ русской литературѣ. Необходимость вывести догматическую юриспруденцію изъ замкнутой и абстрактной области законодательства и оплодотворить ее изученіемъ конкретнаго правового оборота проповѣдывалъ у насъ С. А. Муромцевъ, котораго можно по справедливости признать предтечею новѣйшаго социологическаго направленія юриспруденціи.

Глава XIV. Воздѣйствіе права на государственную организацію.

§ 45. Правовыя формы и правовыя предѣлы проявленія государственной власти.

С. А. Котляревскій, Власть и право. Проблема правового государства, 1915 г.; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl. 1892, 2. Aufl. 1905; M. Wohlgemuth, Des droits individuels et de leur garantie judiciaire spécialement contre le pouvoir législatif, 1906; I. Choumenkovitch, Les droits subjectifs publics des particuliers, 1912; П. И. Новгородцевъ и І. А. Покровскій, О правѣ на существованіе. Соціально-философскіе этюды (1905—1906 гг.), въ серіи „Свободное Знаніе“, изд. М. О. Вольфа; А. А. Рождественскій, Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ. Критико-систематическое изслѣдованіе. I. Основные вопросы теоріи субъективныхъ публичныхъ правъ, 1913 г.; А. И. Елистратовъ, I. Понятіе о публичномъ субъективномъ правѣ. II. „Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ“ А. А. Рождественскаго, 1913 г. (Учен. Записки Имп. Лицея въ память Цесаревича Николая, вып. VIII); Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи социальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916, очерки X—XI; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XV Kapitel; Gajac, De la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles, 1905; A. Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, 1907; Ф. В. Тарановскій, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ по-

рядкѣ, 1911 г., главы VI—VII; С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки русскихъ Основныхъ Законовъ, 1912 г.; Вгусе, Flexible and rigide constitution, въ сборникѣ его статей: *Studies in History and Jurisprudence*, 1901, vol. I; Дайси, Основы государственнаго права Англии, переводъ съ 6-го англ. изданія, русск. изд. 2-ое, 1907 г.; Charles Borgeaud, Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe, 1893; Arnoult, De la révision des constitutions, 1896; G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906; Г. Еллинекъ, Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, русск. переводъ подъ ред. и съ вступит. статьей Б. А. Кистяковскаго, 1907 г.; Signorel, Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif, *Revue polit. et parlem.*, 1904, juin; Angleys, Des garanties judiciaires contre l'arbitraire du pouvoir législatif, 1910; В. Дурденевскій, Судебная провѣрка конституционности закона, *Вопросы Права*, кн. XI, 1912 г.; Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899; бар. К. Ломейеръ, Административная юстиція, перев. съ нѣм. бар. А. Э. Нольде, 1905 г.; бар. С. А. Корфъ, Административная юстиція въ Россіи, 2 тома, 1910 г.; А. М. Кулишеръ, Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска, *Юридическій Вѣстникъ*, 1913 г., кн. IV.

Въ предшествующей главѣ мы говорили о воздѣйствіи государственной организаціи на образованіе права и на различные виды его позитиваціи. Теперь переходимъ къ разсмотрѣнію другой стороны взаимоотношенія между правомъ и государствомъ, именно, — къ вопросу о воздѣйствіи права на государственную организацію, или, выражаясь точнѣе, къ вопросу о дѣйствіи права въ качествѣ нормы организаціи и функціонированія государственной власти.

Въ историческомъ очеркѣ взаимоотношенія между правомъ и государствомъ (§ 42) мы уже указали, что высшую степень проникновенія государственной организаціи началами права представляетъ собою такой государственный порядокъ, при которомъ въ правовую форму облакаются не только организація властвованія, но и проявленія государственной власти въ ихъ отношеніи къ населенію. При этомъ было отмѣчено, что такой порядокъ устанавливается окончательно лишь тогда, когда государственная власть признаетъ за подданными не только обязанности, но и извѣстныя права, притязанія по отношенію къ государству. Эти признанныя права являются правовыми предѣлами для проявленій государственной власти.

I. Государство, въ которомъ для проявленій власти установлены правовыя формы и правовые предѣлы, принято называть

въ государствѣдѣніи и въ правовѣдѣніи правовымъ государствомъ (Rechtsstaat).

Мы уже знаемъ, что о правовомъ государствѣ говорили первоначально въ противоположность полицейскому (см. выше стрн. 386) и понимали подъ правовымъ государствомъ ограниченіе задачъ государственной власти культурою права въ смыслѣ правотворенія въ законодательствѣ и защиты права на судѣ; задачу управленія сводили при этомъ къ обезпеченію внѣшней безопасности личности. Съ теченіемъ времени убѣдились, что государственное управленіе не только можетъ, но и должно простираться на содѣйствіе культурѣ общества, и подъ влияніемъ этого по вопросу о задачахъ и компетенціи государственной власти правовое государство было замѣнено понятіемъ государства культурнаго (Kulturstaat, см. выше стр. 389). Понятіе и терминъ правового государства были такимъ образомъ исключены изъ ученія о задачахъ и компетенціи государственной власти. Но отъ этого правовое государство не исчезло изъ числа понятій научнаго правовѣдѣнія и государствѣдѣнія; измѣнилось лишь его пониманіе. Правовымъ стали называть (см. выше стрн. 424) и теперь называютъ государство не по его задачѣ и компетенціи, а по приемамъ его дѣятельности. Специфическимъ признакомъ правового государства въ современномъ его пониманіи является безусловное признаніе правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ для всѣхъ проявленій государственной власти. Существенное для правового государства значеніе имѣетъ вопросъ не о томъ, на что направляется дѣятельность государства, а о томъ, какъ она осуществляется, или говоря иначе, вопросъ о томъ, какъ государство править.

Въ развитіи правового государства можно различать двѣ стадіи, изъ которыхъ первая характеризуется установленіемъ законности правленія, вторая же сверхъ законности правленія еще и признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ подданныхъ, становящихся въ силу этого гражданами (см. выше стр. 364—365).

Законность правленія обозначаетъ такой государственный порядокъ, при которомъ законъ признается высшей нормой для дѣятельности государства, и отправление всѣхъ функцій

государственной власти въ принципѣ совершается на точномъ основаніи существующихъ законовъ. Законъ опредѣляетъ порядокъ и содержаніе дѣятельности судебныхъ учреждений и устанавливаетъ компетенцію, порядокъ и образъ дѣятельности административныхъ органовъ. Судъ и управленіе становятся такимъ образомъ подзаконными и по формѣ, и по содержанію своей дѣятельности. Такъ какъ законодательство заключается въ правотвореніи, въ замѣнѣ старыхъ законовъ новыми, то само собою разумѣется, что по содержанію своему оно не можетъ быть подзаконнымъ въ смыслѣ исполненія и соблюденія существующихъ законовъ. Начало законности примѣнительно къ законодательству выражается лишь въ соблюденіи порядка изданія закона, установленнаго существующими законами.

Законность правленія неразрывно связана съ верховенствомъ закона надъ всѣми остальными источниками и видами положительнаго права. Поэтому законность правленія водворяется вмѣстѣ съ упроченіемъ указаннаго верховенства закона. Законность правленія провозглашалась въ XVIII столѣтіи, въ эпоху полицейскаго государства и существовала въ принципѣ при старомъ порядкѣ, въ неограниченной монархіи.

Законность правленія упорядочиваетъ дѣятельность подчиненныхъ государственныхъ органовъ: устанавливаетъ правильную іерархію властвованія въ видѣ стройной системы административныхъ и судебныхъ инстанцій, опредѣляетъ компетенцію каждаго изъ подчиненныхъ органовъ и предписываетъ опредѣленные формы для отправленія его функцій. Такимъ путемъ обеспечивается прочное господство прямыхъ государственныхъ органовъ, или верховной власти, и планомѣрное осуществленіе тѣхъ цѣлей, которыя положены правленію въ законахъ.

Изъ объективныхъ правоположеній закона, регламентирующаго систему правленія, вытекаетъ рядъ юридическихъ отношеній между іерархически расположенными органами государственной власти. Отправленіе функцій всѣми подчиненными органами представляетъ собою исполненіе обязанности ихъ по отношенію къ носителю верховной власти, который обладаетъ правовымъ притязаніемъ на закономѣрное исполненіе ими ихъ служебныхъ функцій. Высшіе органы надѣлены известными правами руководства и надзора по отношенію къ низшимъ; на низшихъ возложена обязанность опредѣленнаго служебнаго подчиненія высшимъ. Можно,

наконецъ, говорить и о правѣ низшихъ органовъ на отправленіе ими своихъ функцій въ предѣлахъ установленной компетенціи, каковую высшіе органы обязаны не нарушать.

Порождая многообразныя юридическія отношенія между государственными органами, законность правленія, взятая сама по себѣ, не устанавливаетъ юридическихъ отношеній между государствомъ и населеніемъ. Между ними существуетъ лишь одно простое юридическое отношеніе, слагающееся изъ права носителя верховной власти на безусловное подчиненіе населенія и обязанности послѣдняго безусловно же повиноваться. Этимъ все исчерпывается, и въ порядкѣ функціонированія органовъ государственной власти не возникаетъ никакихъ юридическихъ отношеній между властью и населеніемъ, которое разсматривается лишь какъ объектъ государственнаго воздѣйствія.

Несомнѣнно, что государственная власть въ эпоху монархическаго абсолютизма служила и общему благу, интересамъ подвластнаго общества, и даже признавала такого рода служеніе своей обязанностью, но обязанностью религиозной или нравственной, которою носители верховной власти почитали себя связанными передъ Богомъ или передъ своею совѣстью. Юридической обязанности по отношенію къ подвластнымъ, которой соответствовали бы субъективныя права послѣднихъ, носители власти не признавали.

Система правленія, основанная на началѣ законности, если не устраняла, то во всякомъ случаѣ ограничивала произволь подчиненныхъ государственныхъ органовъ и такимъ образомъ доставляла извѣстное обезпеченіе личнымъ и общественнымъ интересамъ подданныхъ. Такъ какъ подзаконная дѣятельность подчиненныхъ государственныхъ органовъ составляла ихъ обязанность по отношенію къ верховной власти, а верховная власть не признавала за собою въ порядкѣ управленія никакихъ юридическихъ обязанностей по отношенію къ подданнымъ, обезпеченіе интересовъ подданныхъ, вытекающее изъ законности правленія, было лишь рефлексивнымъ дѣйствіемъ права (см. выше стр. 152) государства на закономѣрное функціонированіе его органовъ, а не удовлетвореніемъ субъективныхъ правъ подданныхъ на опредѣленное поведеніе органовъ власти.

Если подчиненные органы дѣйствовали не закономѣрно и

этимъ наносили вредъ населенію, то тѣ или другія пострадавшія лица не могли искать своихъ нарушенныхъ правъ по той простой причинѣ, что вообще у нихъ не было никакихъ правъ по отношенію къ государству. Они могли только жаловаться по инстанціямъ на нарушеніе объективной нормы закона. Жалоба есть ничто иное, какъ доведеніе до свѣдѣнія начальства и самого носителя верховной власти о томъ, что нарушены права послѣдняго, и что отъ этого страдаетъ подвластное населеніе.

Высшую степень проникновенія государственной организаціи правомъ представляетъ собою принципиальное признаніе юридическихъ отношеній между государствомъ и подданными въ порядкѣ правленія и вытекающее отсюда установленіе субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ.

Различаются троякаго рода субъективныя публичныя права гражданъ: 1) права на участіе во власти, 2) права на свободу отъ власти, 3) права на содѣйствіе власти.

Подъ правами на участіе во власти разумѣются какъ избирательныя права гражданъ, такъ и права выборныхъ отъ населенія государственныхъ органовъ. Участіе населенія во власти простирается какъ на прямыя государственныя органы, такъ и на подчиненныя, и проявляется сообразно этому въ народномъ представительствѣ и въ разнаго рода мѣстномъ самоуправленіи.

Народному представительству принадлежитъ существеннѣйшее значеніе въ дѣлѣ упроченія и фактическаго обезпеченія правомѣрности въ дѣятельности государственной власти. При правленіи исключительно бюрократическомъ законность осуществлялась съ большимъ трудомъ и никогда не могла быть прочной. Причиной тому было отсутствіе въ организаціи власти самостоятельнаго общественнаго элемента, который могъ бы быть противопоставленъ правящей бюрократіи и служилъ бы по отношенію къ ней сдержкой, которая удерживала бы ее въ строгихъ предѣлахъ закона. Эту необходимую функцію исполняетъ народное представительство, надѣленное правами надзора за законномѣрностью правленія.

Законность правленія представляетъ собою чисто формальный принципъ. Если законы по содержанію своему не отвѣчаютъ потребностямъ населенія, то самое строгое соблюденіе законности

правления не обезпечиваетъ интересовъ общества, или т. н. общаго блага. Во имя послѣдняго приходится отступать отъ требованій закона самимъ органамъ власти. Такого рода отступленія встрѣчаются обществомъ сочувственно и пріемлются съ благодарностью какъ моральной, такъ и матеріальной. Само собою разумѣется, что отступленія эти вообще подрываютъ чувство и дѣйствіе законности и открываютъ широкій просторъ для всякаго рода произвольныхъ уклоненій отъ закона какъ со стороны власти, такъ и со стороны населенія. Участіе народнаго представительства въ законодательствѣ содѣйствуетъ установленію соотвѣтствія между содержаніемъ законовъ и потребностями общества и такимъ образомъ служитъ надежнѣйшимъ средствомъ для укрѣпленія законности правленія.

Права на свободу отъ власти обезпечиваютъ за индивидомъ опредѣленную закономъ сферу духовныхъ и матеріальныхъ интересовъ и изъемятъ ихъ изъ подъ воздѣйствія и вмѣшательства со стороны государственной власти. Сюда относятся: свобода вѣроисповѣданія, личная свобода (свобода передвиженія и огражденіе отъ незаконнаго ареста), неприкосновенность жилища, свобода и неприкосновенность частной собственности, свобода и тайна частной переписки, свобода занятій и промысловъ, свобода слова, свобода печати, свобода науки, свобода собраній и союзовъ. Права индивидуальной свободы во всѣхъ указанныхъ ея проявленіяхъ извѣстны подъ названіемъ правъ свободы (Freiheitsrechte), или гражданскихъ правъ (Bürgerrechte), или правъ гражданской свободы, въ отличіе отъ свободы политической, подъ каковой разумѣется участіе гражданъ во власти.

Права на содѣйствіе власти опредѣляются различно въ своемъ объемѣ и по содержанію въ зависимости отъ опредѣленія задачъ государственной дѣятельности. Когда правовое государство опредѣляли по содержанію его дѣятельности и сводили послѣднюю къ правотворенію, судебной защитѣ права и обезпеченію личной безопасности, права индивида на содѣйствіе власти ограничивали правами на судебную защиту и обезпеченіе безопасности личности и имущества гражданъ. Когда убѣдились въ неизбѣжности государственной дѣятельности въ сферѣ экономической и культурной жизни общества, и по мѣрѣ развитія государственнаго управленія въ духѣ т. н. соціальной политики (см.

выше стрн. 388—389), объемъ и содержаніе правъ гражданъ на содѣйствіе власти сталъ расширяться. Такъ, при системѣ организованнаго государствомъ призрѣнія бѣдныхъ возникаетъ право на призрѣніе, при обязательномъ всеобщемъ обученіи — право на обученіе, при государственной регламентаціи труда—право на защиту труда отъ эксплуатаціи работодателемъ и т. д. Новѣйшая дѣятельность государства, направленная на устраненіе острыхъ соціальныхъ конфликтовъ и на поддержаніе элементовъ соціально слабыхъ при свободѣ конкуренціи, можетъ послѣдовательно привести къ установленію общаго права гражданина на содѣйствіе власти въ дѣлѣ обезпеченія его существованія (см. выше стрн. 433—434).

Законность правленія и система субъективныхъ публичныхъ правъ взаимно восполняютъ другъ друга и въ своей совокупности обезпечиваютъ полное осуществленіе идеи правового государства. Законность правленія создаетъ правовыя формы для проявленій государственной власти, система субъективныхъ публичныхъ правъ устанавливаетъ правовыя предѣлы для проявленій государственной власти. Необходимо отмѣтить, что обличеніе дѣятельности государственныхъ органовъ въ правовыя формы подзаконности само по себѣ является уже нѣкоторой правовой сдержкой проявленій государственной власти. Но устанавливаемый такимъ образомъ предѣлъ не можетъ быть ни достаточно точнымъ, ни въ должной мѣрѣ прочнымъ, такъ какъ онъ вытекаетъ только изъ объективныхъ требованій закона и не опирается на субъективныя права подданныхъ. Съ признаніемъ же послѣднихъ вводятся въ организацію властвованія новые элементы, и прежде всемогущее (абсолютное) государство встрѣчаетъ на своемъ пути самоцѣльную и самоцѣнную личность, какъ реальный предѣлъ для воздѣйствія власти.

Послѣ того какъ мы выяснили, что исторически наиболѣе совершенное осуществленіе идеи правового государства достигается путемъ сочетанія законности правленія съ системой субъективныхъ публичныхъ правъ, перейдемъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, какъ проводится это сложное начало правомѣрности (назовемъ его такъ въ отличіе отъ простаго начала законности правленія) во всѣхъ трехъ отрасляхъ проявленія государственной власти, — въ законодательствѣ, въ судѣ и въ управленіи.

II. Начало правомѣрности проявленія государственной власти выставляетъ по отношенію къ законодательству два существенныхъ требованія, — одно формальнаго характера и одно характера матеріальнаго. Требованіе формальнаго характера заключается въ томъ, чтобы законы издавались компетентными къ тому государственными органами и въ установленномъ законодательномъ порядкѣ. Требованіе матеріальнаго характера состоитъ въ томъ, чтобы законы по содержанію своему не выходили изъ правовыхъ предѣловъ, поставленныхъ вмѣшательству государственной власти въ личную и общественную жизнь. Указанные требованія удовлетворяются чрезъ установленіе особой категоріи основныхъ законовъ и надѣленіе ихъ наибольшей въ государствѣ силою обязательнаго дѣйствія.

Основные законы опредѣляютъ, съ одной стороны, устройство прямыхъ государственныхъ органовъ, къ компетенціи которыхъ относится законодательная дѣятельность, и порядокъ изданія законовъ, съ другой стороны, — субъективныя публичныя права гражданъ. Такимъ образомъ въ основныхъ законахъ устанавливаются и правовыя формы, и правовыя предѣлы законодательства.

Основные законы надѣляются наибольшей въ государствѣ силою обязательнаго дѣйствія и стоятъ въ этомъ отношеніи выше всѣхъ остальныхъ законовъ, которые въ отличіе отъ основныхъ называются обыкновенными. Обыкновенные законы не могутъ нарушать законовъ основныхъ, и въ принципѣ обыкновенные законы дѣйствительны подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ основнымъ. Въ такое же подчиненіе основнымъ законамъ поставлены и чрезвычайные указы въ порядкѣ верховнаго управленія, надѣляемые, какъ извѣстно (см. выше стрн. 459—460), временной силою законовъ¹⁾. Чрезвычайные указы

1) Если мы сопоставимъ дѣленіе законовъ на основные и обыкновенные съ дѣленіемъ правотворящихъ актовъ государственной власти на законы и указы (см. § 43, II), то окажется возможнымъ расположить всѣ акты правотворенія государственной власти по силѣ ихъ обязательнаго дѣйствія въ слѣдующемъ нисходящемъ порядкѣ: основные законы, обыкновенные законы, чрезвычайные указы, указы верховнаго управленія, указы центральныхъ органовъ подчиненнаго управленія, указы мѣстныхъ органовъ подчиненнаго управленія какъ правительственнаго, такъ и общественнаго.

могутъ лишь временно приостанавливать дѣйствіе отдѣльныхъ основныхъ законовъ, касающихся субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, но такія приостановки должны производиться при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ на точномъ основаніи основныхъ законовъ, опредѣляющихъ компетенцію чрезвычайнаго указаго права въ порядкѣ верховнаго управленія.

Организація прямыхъ государственныхъ органовъ и установленіе субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, составляющіе предметъ содержанія основныхъ законовъ, представляютъ собою главные моменты, по которымъ опредѣляется строй государства, или его конституція (см. выше стрн. 427). Поэтому основные законы (*leges fundamentales, lois fondamentales, Grundgesetze*) называются также конституціонными законами (*lois constitutionnelles, Verfassungsgesetze*). Единый законодательный актъ, въ которомъ изданы всѣ основные законы, или совокупность нѣсколькихъ законодательныхъ актовъ, содержащихъ въ себѣ основные законы, называется конституціей (*constitution, Verfassung*), или точнѣе конституціоннымъ актомъ (*acte constitutionnel, Verfassungsurkunde*).

Всякое государство имѣетъ опредѣленный строй, свою конституцію. Поэтому во всякомъ государствѣ могутъ быть и бывають свои основные законы. Были основные законы и въ эпоху господства въ Европѣ неограниченной монархіи. Такъ, во Франціи при старомъ порядкѣ и наука государственнаго права, и практика высшихъ судовъ, — парламентовъ, признавали существованіе законовъ королевства (*leges regni, lois du royaume*) и основныхъ законовъ страны (см. выше стрн. 438). Послѣдніе обнимали собою не столько законы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, сколько обычно-правовой укладъ властвованія, основанный на преданіи, или традиціи, отчего и самая конституція неограниченной французской монархіи именовалась традиціонной конституціей (*constitution traditionnelle*). „Основные законы“ существовали у насъ до учрежденія народнаго представительства, и съ нихъ начинался I томъ Свода Законовъ Россійской Имперіи, впервые изданный при императорѣ Николаѣ I. Послѣ манифеста 17 октября 1905 г. и учрежденія Государственной Думы были изданы императоромъ Николаемъ II 23 апрѣля 1906 года новые Основные Законы.

При неограниченной монархіи и сопутствующемъ ей бюрократическомъ правленіи не имѣется въ составѣ государственнаго строя свободнаго общественнаго элемента, который могъ бы удер-

живать склонную къ произволу бюрократію отъ нарушеній законности вообще и основныхъ законовъ въ частности. Вслѣдствіе этого основные законы остаются необезпеченными въ своей превосходящей силѣ дѣйствія по отношенію къ законамъ обыкновеннымъ и даже по отношенію къ указамъ¹⁾. Въ виду засвидѣтельствованнаго исторіей практическаго безсилія основныхъ законовъ при старомъ порядкѣ, термину „основные“ и особенно „конституціонные законы“, а также термину „конституція“ придаютъ обычно болѣе тѣсный смыслъ для обозначенія основныхъ законовъ государствъ, въ которыхъ народъ участвуетъ во власти. Сообразно этому конституціоннымъ государствомъ или конституціонализмомъ называютъ такое государство или такой образъ правленія, которые основаны на участіи народа во власти²⁾.

Учрежденіе народнаго представительства исторически сопровождалось установленіемъ или по крайней мѣрѣ принципиальнымъ признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ. Наличие послѣдняго установленія или признанія существенно отличаетъ конституціонные законы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова отъ основныхъ законовъ стараго порядка, который не зналъ юридическихъ отношеній между государственною властью и подданными въ сферѣ конкретныхъ проявленій властвованія. Въ соотвѣтствіи съ этимъ подъ конституціонализмомъ понимаютъ образъ правленія, характеризуемый не только участіемъ народа во власти, но и признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ въ качествѣ правового предѣла для проявленій государственной власти³⁾. Конституціонализму въ этомъ смыслѣ противопоставляютъ государственный абсолютизмъ, т. е. такой образъ правленія, при которомъ государственная власть, хотя и допускаетъ для своихъ проявленій сдержки религіознаго и моральнаго характера, но не знаетъ для нихъ правовыхъ предѣловъ, вытекающихъ изъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ,

1) Сравни съ шаткостью различія законовъ и указовъ при отсутствіи народнаго представительства (см. выше стрн. 461).

2) Сравни сказанное выше (стрн. 427) о конституціонной монархіи.

3) Формальное начало такого пониманія конституціонализма должно быть возведено къ „Декларации правъ челоуѣка и гражданина“, статья 16-ая которой гласила: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution.*

въ особенности изъ правъ гражданской свободы (сравни просвѣщенный абсолютизмъ, см. выше стрн. 383—384). Къ сказанному необходимо добавить, что наличность правовыхъ предѣловъ властвованія при конституціонномъ образѣ правленія не исключаетъ религіозныхъ и моральныхъ сдержекъ власти. Послѣднія остаются и необходимы, ибо всякое осуществленіе права, какъ намъ уже приходилось говорить объ этомъ (см. выше стрн. 277—278), въ конечномъ итогѣ должно опредѣляться сознаниемъ нравственнаго долга, а это сознание пріобрѣтаетъ наибольшую устойчивость, когда укрѣпляется религіознымъ настроеніемъ.

Послѣ экскурса по вопросу объ общемъ значеніи основныхъ законовъ для образа правленія возвратимся къ занимающему насъ спеціальному вопросу о значеніи основныхъ законовъ для установленія правомѣрности законодательства.

Для того, чтобы начало подчиненія обыкновенныхъ законовъ законамъ основнымъ проводилось на практикѣ безъ особыхъ затрудненій и съ достаточной опредѣленностью, основные законы надѣляются нѣкоторыми формальными признаками отличія отъ законовъ обыкновенныхъ. Формальное отличіе направлено на то, чтобы сообщить основнымъ законамъ легкую распознаваемость, а также болъшую, сравнительно съ обыкновенными законами, устойчивость.

Рѣзкимъ отличительнымъ формальнымъ признакомъ основныхъ законовъ является особый порядокъ ихъ изданія. Для проведенія грани, отдѣляющей основные законы отъ обыкновенныхъ, примѣняется такимъ образомъ подобный же принципъ, что и для разграниченія законовъ и указовъ.

Слѣдуетъ оговориться, что когда рѣчь идетъ объ особомъ порядкѣ изданія основныхъ законовъ, то при этомъ имѣется въ виду не первоначальное ихъ изданіе, а только возможное ихъ послѣдующее измѣненіе.

Первоначальное установленіе того или другого образа правленія, слѣдовательно, и опредѣляющихъ его основныхъ законовъ является дѣломъ факта такъ же, какъ и всякое первоначальное установленіе государственной власти (см. выше стрн. 441). Основные законы слагаются путемъ прецедентовъ и обычая, какъ это имѣло мѣсто въ историческомъ образованіи неограниченныхъ монархій, а также англійскаго конституціонализма и парламен-

таризма, или издаются монархомъ въ видѣ необычнаго и чрезвычайнаго акта, какъ это было при переходѣ отъ неограниченной монархіи къ монархіи ограниченной въ большинствѣ европейскихъ странъ (т. н. октроированныя конституціи), или же устанавливаются актомъ чрезвычайнаго проявленія народовластія въ видѣ особаго учредительнаго собранія, какъ это случилось, напримѣръ, во время великой французской революціи (*assemblée constituante*). Исторіи извѣстны даже случаи установленія основныхъ законовъ посторонней властью; таково, напримѣръ, установленіе конституціи Герцогства Варшавскаго Наполеономъ I. Не останавливаясь на другихъ историческихъ случаяхъ, напримѣръ, на участіи международныхъ договоровъ въ дѣлѣ конституирования отдѣльныхъ государствъ, скажемъ только, что первоначальное изданіе основныхъ законовъ не поддается формально-юридическому учету и въ этомъ смыслѣ представляетъ собою явленіе, лежащее за предѣлами права, нѣчто метаюридическое, выражаясь терминомъ, который введенъ Теллинекомъ и принятъ въ наукѣ государственнаго права.

Только тогда, когда основные законы уже установлены и облечены въ форму писанаго, по нынѣшнимъ временамъ печатнаго акта, въ послѣднемъ опредѣляется и особый порядокъ возможнаго въ дальнѣйшемъ ихъ измѣненія.

Во время великой французской революціи проявлялось стремленіе къ выдѣленію особаго порядка измѣненія основныхъ законовъ путемъ передачи этого дѣла въ вѣдѣніе особыхъ учредительныхъ органовъ, или, какъ тогда говорили, особой учредительной власти (*pouvoir constituant*, см. выше стрн. 350). Послѣдняя отличалась отъ власти законодательной (*pouvoir législatif*) и вѣрялась не законодательному корпусу (*corps législatif*), а особому учредительному собранію (*assemblée constituante*). И теперъ еще иногда говорятъ объ учредительныхъ функціяхъ и даже объ учредительной власти, но это не болѣе какъ способъ выраженія. На самомъ дѣлѣ въ XIX вѣкѣ теорія учредительной власти исчезла, и государственная практика не знаетъ особой категоріи учредительныхъ органовъ.

Особый порядокъ для измѣненія основныхъ законовъ представляетъ собою только осложненный законодательный порядокъ. Осложненіе при этомъ бываетъ различное. Оно заключается либо въ томъ, что одному изъ элементовъ верховной власти дается особое преимущество предъ

другимъ, нпр., монарху предъ народнымъ представительствомъ или народу предъ законодательными палатами, либо въ томъ, что процессъ обсужденія и одобренія законодательными палатами нѣсколько задерживается и затрудняется въ своемъ теченіи. Всѣ эти осложненія преслѣдуютъ одну цѣль, — стремятся придать основнымъ законамъ нѣкоторую неподвижность и возможно большую устойчивость. Для того, чтобы лучше понять, въ чемъ тутъ дѣло, рассмотримъ порядокъ измѣненія основныхъ законовъ, принятый въ нѣсколькихъ государствахъ нашего времени.

Во Франціи инициатива измѣненія основныхъ законовъ принадлежитъ и палатамъ, и правительству, но для признанія надобности такого измѣненія требуется рѣшеніе, принятое большинствомъ голосовъ въ каждой изъ палатъ отдѣльно. Когда обѣ палаты придутъ къ рѣшенію, что ощущается надобность въ пересмотрѣ конституціонныхъ законовъ, онѣ соединяются въ національное собраніе (*assemblée nationale*), чтобы приступить къ пересмотру (*la revision*). Постановленія относительно полнаго или частичнаго пересмотра конституціонныхъ законовъ должны быть приняты абсолютнымъ большинствомъ голосовъ національнаго собранія, т. е. соединеннаго собранія палаты депутатовъ и сената.

Въ Австріи измѣненія въ основныхъ законахъ производятся обычнымъ законодательнымъ путемъ, но признаются принятыми только тогда, когда за нихъ выскажется большинство по крайней мѣрѣ двухъ третей присутствующихъ членовъ обѣихъ палатъ рейхсрата, причѣмъ въ палатѣ депутатовъ должна присутствовать по крайней мѣрѣ половина ея членовъ.

Въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ для измѣненія федеральной конституціи установленъ особый и весьма сложный порядокъ. Инициатива въ этомъ дѣлѣ предоставлена какъ конгрессу, такъ и законодательнымъ собраніямъ двухъ третей отдѣльныхъ штатовъ. Для рѣшенія вопроса объ измѣненіи конституціонныхъ законовъ требуется постановленіе, принятое большинствомъ двухъ третей голосовъ обѣихъ палатъ конгресса, или же въ случаѣ, когда инициатива пересмотра конституціи исходила отъ законодательныхъ собраній отдѣльныхъ штатовъ, постановленіе специально созваннаго для пересмотра конституціи конвента. Сверхъ того въ обоихъ случаяхъ постановленное измѣненіе конституціи должно быть еще утверждено законодательными собраніями трехъ четвертей отдѣль-

ныхъ штатовъ или конвентами въ трехъ четвертяхъ изъ нихъ, сообразно тому, какой изъ этихъ двухъ способовъ утверждения будетъ предложенъ конгрессомъ.

Въ Швейцаріи для вступленія въ силу произведенныхъ законодательнымъ путемъ измѣненій союзной (федеральной) конституціи устанавливается еще всенародное голосованіе (референдумъ, см. выше стрн. 428) и требуется, чтобы произведенныя измѣненія были приняты большинствомъ швейцарскихъ гражданъ, участвовавшихъ въ голосованіи, и большинствомъ кантоновъ (результатъ народнаго голосованія въ каждомъ кантонѣ считается за голосъ этого кантона).

Въ Бельгіи, Швеціи, Норвегіи, Румыніи измѣненія основныхъ законовъ совершаются обычнымъ законодательнымъ порядкомъ, но для пересмотра конституціи требуется роспускъ палатъ и созывъ новыхъ, причемъ въ Норвегіи для пріятія измѣненій требуется постановленіе двухъ третей присутствующихъ членовъ новыхъ палатъ, а въ Бельгіи и Румыніи кворумъ (законный составъ) новыхъ палатъ опредѣляется въ двѣ трети членовъ.

У насъ въ Россіи особенность въ порядкѣ измѣненія основныхъ законовъ состоитъ въ томъ, что право инициативы (почина) въ дѣлѣ пересмотра основныхъ законовъ принадлежитъ единственно Государю Императору и не предоставлено ни Государственной Думѣ, ни Государственному Совѣту. Но внесенный по Высочайшему повелѣнію проектъ измѣненія основныхъ законовъ получаетъ дальнѣйшее направленіе и движеніе въ общемъ законодательномъ порядкѣ. Нерушимость послѣдняго въ данномъ случаѣ подтверждается тѣмъ, что наши Основные Законы (ст. 87) специально запрещаютъ вносить въ основные законы какія либо измѣненія путемъ чрезвычайныхъ указовъ (см. выше стр. 459—460).

Въ нѣкоторыхъ государствахъ (въ Италіи, въ Испаніи и нѣк. другихъ) измѣненіе основныхъ законовъ происходитъ въ общемъ законодательномъ порядкѣ безъ какихъ бы то ни было отступленій и осложненій. При такомъ положеніи дѣла формальный признакъ отличія основныхъ законовъ отъ обыкновенныхъ выражается единственно въ томъ, что основные законы выдѣлены въ особый актъ („конституцію“ въ Испаніи, „основной статутъ“ въ Италіи), противопологаемый законамъ обыкновеннымъ.

Для дѣйствительнаго водворенія въ законодательствѣ начала правомѣрности не достаточно опредѣлить формальный признакъ отличія основныхъ законовъ отъ обыкновенныхъ. Необходимо еще установить особыя гарантіи, т. е. спеціальныя мѣры обезпеченія основныхъ законовъ отъ неправомѣрнаго измѣненія и нарушенія ихъ законами обыкновенными. Соотвѣтственныя мѣры могутъ приниматься или въ процессѣ изданія законовъ, — при ихъ обнародованіи, или же въ порядкѣ примѣненія законовъ.

Соединеніе испытанія (*vérification*) правомѣрности законовъ, или точнѣе непротиворѣчія обыкновенныхъ законовъ законамъ основнымъ, съ ихъ обнародованіемъ широко практиковалось еще при старомъ порядкѣ во Франціи. Обнародованіе законовъ входило тогда въ компетенцію высшихъ судовъ, или парламентовъ, въ особенности же Парижскаго парламента, куда короли непосредственно отправляли свои ордонансы (*ordonnances*) и всѣ свои правотворящіе акты подъ разными другими названіями (*décrets, lettres patentes*) для записи (регистраванія, *enregistrement*), опубликованія и храненія. Если изданный королемъ актъ противорѣчилъ основнымъ законамъ страны, парламентъ его не заносилъ въ свои регистры и дѣлалъ объ этомъ соотвѣтственное представленіе (*remontrances*) королю. Король или соглашался съ представленіемъ парламента, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ онъ бралъ свой указъ назадъ, какъ недѣйствительный, во второмъ случаѣ посылалъ парламенту послушной указъ (*lettres de jussion*) о регистраціи и публикаціи ордонанса, который по началу парламента признавалъ неправомѣрнымъ. Въ случаѣ упорства парламента король повторялъ послушной указъ два и три раза и, наконецъ, въ чрезвычайныхъ случаяхъ лично являлся въ парламента. Въ торжественномъ засѣданіи въ присутствіи короля (на т. н. *lit de justice*) спорный законъ заносился въ регистры, и властью короля постановлялось рѣшеніе парламента объ его обнародованіи. На почвѣ предоставленнаго парламенту права испытанія правомѣрности законовъ (*droit de vérification des lois*) нерѣдко завязывалась борьба между Парижскимъ парламентомъ и королемъ. Исходъ столкновеній бывалъ различенъ въ зависимости отъ большаго или меньшаго политическаго значенія, которое выпадало на долю парламента. Въ видѣ общаго правила парламентское испытаніе правомѣрности законовъ являлось слабой и ненадежной гарантіей начала правомѣрности въ законодательствѣ.

Императрица Екатерина II въ своемъ Наказѣ 1767 г. про-

ектировала перенесеніе въ Россію французской системы контроля надъ правомѣрностью законовъ. Она объявила Сенатъ „хранилищемъ законовъ“ и признала за нимъ право представлять Государю о противорѣчій законовъ Уложенію, которое должна была сочинить созванная для этого комиссія депутатовъ; подчиненнымъ правительственнымъ учрежденіямъ Наказъ предоставлялъ право представлять о томъ же Сенату и Государю. Но все это не вышло изъ области теоретическихъ построеній Наказа и не перешло въ дѣйствующее законодательство. Только при императорѣ Александрѣ I Сенатъ по Учрежденію 1802 г. получилъ право представленій о неправомѣрности законовъ. Послѣдовавшимъ вскорѣ легальнымъ толкованіемъ соотвѣтственной статьи Учрежденія право это было сведено на нѣтъ и затѣмъ исчезло.

Въ настоящее время система обезпеченія правомѣрности законодательства путемъ соотвѣтственной провѣрки законовъ предъ ихъ обнародованіемъ принята только у насъ въ Россіи. Право испытанія правомѣрности законовъ предоставлено у насъ Правительствующему Сенату, на который возлагается и обнародованіе законовъ. При этомъ Сенатъ долженъ руководиться ст. 92-ой Основныхъ Законовъ, которая гласитъ: „законодательныя постановленія не подлежатъ обнародованію, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ положеніямъ сихъ Основныхъ Законовъ“. Хотя здѣсь говорится только о наблюденіи за надлежащимъ порядкомъ изданія законовъ, но, само собою разумѣется, что такое наблюденіе простирается и на самое содержаніе обыкновенныхъ законовъ. Въ самомъ дѣлѣ, если обыкновенный законъ по содержанію противорѣчитъ какому либо основному закону, то, значитъ, онъ измѣняетъ послѣдній, а такъ какъ для измѣненія основныхъ законовъ установленъ особый порядокъ, то законъ, изданный не въ этомъ особомъ порядкѣ, не соотвѣтствуетъ положеніямъ Основныхъ Законовъ и не подлежитъ обнародованію. Приведенная статья Основныхъ Законовъ разумѣетъ подъ законодательными постановленіями какъ законы, такъ и чрезвычайные указы, потому что послѣдніе могутъ замѣнять законы.

Вторая система обезпеченія правомѣрности въ законодательствѣ выражается въ установленіи гарантій въ порядкѣ примѣненія законовъ и облекается въ форму судебной гарантіи. Судебная гарантія дѣйствуетъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, гдѣ высшій, или верховный федеральный судъ имѣетъ право и

обязанность въ случаѣ противорѣчія обыкновеннаго закона федеральной конституціи признать его недействительнымъ и отказать въ его примѣненіи. Аналогичныя полномочія предоставлены судамъ и въ нѣкоторыхъ другихъ американскихъ государствахъ (въ Аргентинѣ, Бразиліи), а изъ европейскихъ государствъ, — въ Норвегіи и въ Греціи. Въ прочихъ государствахъ, судамъ не предоставлено право испытанія и провѣрки правомѣрности, точнѣе конституціонности законовъ. Въ послѣднее время замѣчается среди государствовѣдov стремленіе къ признанію права суда провѣрять въ конкретныхъ случаяхъ примѣненія законовъ ихъ конституціонность общимъ правиломъ, которое вытекаетъ изъ самаго понятія закона, какъ юридической нормы, изданной въ предписанномъ конституціей порядкѣ, и потому не требуетъ спеціальнаго установленія въ основныхъ законахъ. Указанное право суда само собою разумѣется и всегда предполагается, если конституція не постановляетъ противнаго и *expressim* не лишаетъ суды этого права (прямой запретъ имѣется, напримѣръ, въ Прусской конституціи). Практика государственной жизни не оправдываетъ однако подобнаго теоретическаго построенія, и въ громадномъ большинствѣ государствъ суды не пользуются правомъ провѣрки конституціонности обнаруженныхъ и подлежащихъ примѣненію законовъ, хотя конституціи этихъ государствъ и не содержатъ прямого запрета подобной судебной провѣрки.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что, не считая отдѣльныхъ исключеній, современный намъ государственный строй въ видѣ общаго правила не выработалъ юридическихъ гарантій для обезпеченія правомѣрности въ законодательствѣ. вмѣсто юридическихъ гарантій дѣйствуютъ въ данномъ случаѣ гарантіи политическія, которыя создаются, благодаря соучастію въ законодательствѣ различныхъ элементовъ, — правительства и народнаго представительства, а также двухъ законодательныхъ палатъ. Всѣ эти элементы взаимно сдерживаютъ другъ друга и такимъ образомъ предохраняютъ законодательство отъ нарушенія основныхъ законовъ. Конечно въ случаѣ согласнаго дѣйствія всѣхъ этихъ элементовъ, направленнаго на нарушеніе основныхъ законовъ, указанные гарантіи отпадаютъ. Остается одна лишь гарантія, — опасеніе революціоннаго переворота снизу. Сверхъ того не слѣдуетъ забывать о внутренней моральной сдержкѣ у лицъ, участвующихъ въ отправленіи функций верховной власти (см. выше стрн. 493—494). Безъ внутренней моральной сдержки

дѣятельность прямыхъ государственныхъ органовъ всегда можетъ выродиться въ нѣкоторый произволъ.

До сихъ поръ мы говорили о формальномъ выдѣленіи основныхъ законовъ и развивали ученіе объ обезпеченіи правомѣрности въ законодательствѣ примѣнительно къ принципу формальнаго различія между законами основными и обыкновенными. Теперь надлежитъ указать на государство, которому совершенно чуждо формальное различіе между законами основными, или конституціонными, и обыкновенными. Такимъ государствомъ является Англія, и это не мѣшаетъ ей быть классической страной господства права и политической свободы.

Въ Англіи нѣтъ единаго конституціоннаго акта, въ которомъ изложены были бы ея основные законы. Въ основѣ англійскаго государственнаго устройства лежатъ отдѣльные законодательные акты, — Habeas corpus act 1679 г., Билль о правахъ 1688 г., и др. Однако столь прочный въ Англіи конституціонализмъ и парламентаризмъ опираются главнымъ образомъ не на законы, а на общее право (common law), — на публичноправовые прецеденты и публичноправовые обычаи. Измѣненіе конституціи совершается въ Англіи тѣмъ же путемъ, т. е. путемъ установленія новыхъ прецедентовъ, образованія новыхъ публичноправовыхъ обычаевъ и, наконецъ, въ порядкѣ обыкновеннаго законодательства. Правомѣрность законодательства находятъ себѣ въ Англіи вполнѣ прочное и незыблемое обезпеченіе въ политическихъ гарантіяхъ, надежность которыхъ покоится на исторически укоренившемся чувствѣ права, присущемъ какъ государственнымъ дѣятелямъ, такъ и народнымъ массамъ.

Въ виду того, что Англія не знаетъ единаго конституціоннаго акта, иногда говорятъ, даже сами англичане, что въ Англіи нѣтъ конституціи (сравни выше стрн. 427). Такое утвержденіе надо, само собою разумѣется, понимать исключительно въ формальномъ смыслѣ. Въ Англіи нѣтъ единаго конституціоннаго акта, и англичанинъ не можетъ, подобно бельгійцу, французу, американцу, представить печатный экземпляръ конституціи своей страны. Англійская конституція слагается изъ ряда прецедентовъ, обычаевъ и нѣсколькихъ законовъ. Формально неуловимая, она въ своемъ дѣйствиіи оказывается прочнѣе и осозательнѣе писаныхъ и печатныхъ конституцій другихъ странъ. Такая особенность вызвана своеобразными историческими условіями политическаго

развитія, которыя выдѣляютъ Англію среди другихъ странъ и дѣлаютъ ее во многомъ несоизмѣримой съ ними.

Сопоставляя Англію съ другими странами, легко понять теоретическую необходимость проведенія различія между конституціей въ матеріальномъ смыслѣ и конституціей въ формальномъ смыслѣ. Различіе это было подмѣчено и выдвинуто въ наукѣ еще въ первой половинѣ XIX столѣтія нѣмецкимъ государствовѣдомъ Фр. Юл. Шта-лемъ (Fr. Jul. Stahl). Конституціей въ формальномъ смыслѣ являются основные законы, изложенные въ одномъ или нѣсколькихъ конституціонныхъ актахъ и подлежащіе измѣненію въ особомъ порядкѣ. Подъ конституціей въ матеріальномъ смыслѣ разумѣются всѣ законы, какъ формально конституціонные, такъ и обыкновенные, равно публичноправовые обычаи и прецеденты, однимъ словомъ всѣ юридическія нормы, которыми устанавливаются и опредѣляются устройство верховной власти и субъективныя публичныя права гражданъ.

Про Англію можно сказать, что она обладаетъ конституціей исключительно въ матеріальномъ смыслѣ. Но про страны, въ которыхъ имѣются основные законы въ формальномъ смыслѣ, нельзя сказать, что ихъ государственное устройство опредѣляется исключительно конституціей въ формальномъ смыслѣ. Послѣдняя повсюду восполняется нѣкоторыми формально обыкновенными законами, имѣющими однако по существу конституціонное значеніе, и, что самое главное, восполняется публичноправовымъ обычаемъ. Такимъ образомъ въ противоположность Англіи, обладающей исключительно конституціей въ матеріальномъ смыслѣ, другія конституціонныя государства располагаютъ какъ конституціей въ формальномъ смыслѣ, такъ и конституціей въ матеріальномъ смыслѣ. Особеннаго вниманія заслуживаетъ та часть ихъ конституціи въ матеріальномъ смыслѣ, которая покоится на публичноправовомъ обычаѣ. Конституціонные обычаи не только восполняютъ основные законы, но и видоизмѣняютъ ихъ. Видоизмѣненія послѣдняго рода происходятъ независимо отъ особаго порядка измѣненія основныхъ законовъ, помимо него и, строго говоря, вопреки ему. Не смотря на это, они происходятъ въ большей или меньшей степени повсюду и становятся дѣйствующимъ правомъ. Отмѣченный фактъ привлекъ къ себѣ спеціальное вниманіе извѣстнаго нѣмец-

каго государствѣда Георга Геллинека, который, опираясь на него, развилъ свое ученіе объ измѣненіи и перемѣнѣ конституціи (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*). Подъ измѣненіемъ конституціи онъ разумѣетъ формальное измѣненіе ея въ особо установленномъ для основныхъ законовъ порядкѣ, подъ перемѣной конституціи — видоизмѣненіе ея путемъ обычнаго права. Два эти порядка несомнѣнно дѣйствуютъ во всѣхъ государствахъ. Взаимоотношеніе между ними устанавливается различное въ зависимости отъ своеобразія условій политической жизни той или другой страны. Правомѣрность въ дѣлѣ обычноправовыхъ измѣненій основныхъ законовъ обеспечивается тѣми же политическими гарантіями, которыя въ конечномъ итогѣ обеспечиваютъ общее дѣйствіе начала правомѣрности въ законодательствѣ (см. выше стр. 500).

III. Въ судѣ начало правомѣрности проводилось раньше и всегда съ большею послѣдовательностью, чѣмъ въ другихъ отрасляхъ проявленія государственной власти. Объясняется это самою сущностью судебной дѣятельности, направленной на распознаваніе права въ отдѣльныхъ случаяхъ спора о правѣ или его нарушеніи.

Съ водвореніемъ верховенства закона надъ другими источниками и видами положительнаго права устанавливается подзаконность суда. Проведеніе принципа подзаконности суда въ жизнь достигается путемъ законодательной регламентаціи судебной практики, о которой мы говорили уже выше (см. § 43, IV). Допущеніе закономъ свободнаго судейскаго правотворенія при несомнѣнномъ пробѣлѣ въ законодательствѣ не отмѣняетъ общаго принципа подзаконности суда. Дѣйствіе этого принципа проявляется здѣсь въ томъ, что случай дозволеннаго свободнаго правотворенія указанъ закономъ. Сверхъ того законъ предписываетъ судѣ въ такомъ случаѣ судить по правилу, которое выставилъ бы самъ судья въ качествѣ законодателя (см. выше стр. 476). Слѣдовательно, свободному правотворенію судьи полагаются закономъ тѣже правовые предѣлы, которые положены и законодательству.

Подзаконное отправленіе суда обеспечивается цѣлымъ рядомъ гарантій, устанавливаемыхъ какъ въ судоустройствѣ, такъ и въ судопроизводствѣ, или процессѣ.

Основными гарантіями въ области судоустройства являются: отдѣленіе суда отъ законодательства и упра-

вленія (см. выше стрн. 394—397) и созданіе для судей положенія независимаго и самостоятельнаго, чтобы судья былъ обезпеченъ отъ давленія какъ со стороны правительства, такъ и со стороны общества, и имѣлъ реальную возможность служить исключительно объективному распознаванію права.

Въ судопроизводствѣ, или процессѣ, наиболѣе существенное значеніе имѣютъ слѣдующія гарантіи: участіе сторонъ въ судоговореніи и ихъ состязаніе (состязательное начало процесса); гласность и публичность отправленія суда и судебныхъ приговоровъ; право сторонъ на обжалованіе судебныхъ приговоровъ въ порядкѣ инстанцій какъ по существу рѣшенія дѣла (апелляція), такъ и со стороны нарушенія установленныхъ закономъ формъ судопроизводства и неправильнаго примѣненія закона (кассационная жалоба, или искъ объ отмѣнѣ, кассации незаконнаго судебного рѣшенія).

Въ видахъ обезпеченія законности судебныхъ рѣшеній законъ надѣляетъ особенной силой обязательности толкованіе закона, исходящее отъ высшей кассационной инстанціи, каковою у насъ являются Гражданскій и Уголовный Кассационные Департаменты Правительствующаго Сената. Толкованіе высшей кассационной инстанціи безусловно обязательно по дѣлу, по которому оно состоялось, и для суда, которому дѣло передано для вторичнаго разсмотрѣнія и новаго рѣшенія. Такъ опредѣляетъ силу кассационныхъ рѣшеній законъ, но судебная практика придаетъ имъ большее значеніе. Авторитетъ высшихъ кассационныхъ судовъ столь великъ, что рѣшеніями ихъ, какъ прецедентомъ, руководятся всѣ суды по другимъ аналогичнымъ дѣламъ. Такая практика содѣйствуетъ установленію однообразія въ толкованіи закона, что несомнѣнно укрѣпляетъ законность въ отправленіи суда.

IV. Проникновеніе начала правомѣрности въ область управленія, сравнительно съ водвореніемъ того же начала въ отправленіи суда, представляетъ собою явленіе гораздо болѣе позднее и несравненно болѣе сложное. Объясняется это какъ субъективными, такъ и объективными условіями государственнаго управленія.

Въ области управленія государство выступаетъ въ лицѣ своихъ органовъ не въ роли посредника, каковымъ оно является въ судѣ, особенно гражданскомъ, а въ качествѣ активнаго дѣятеля. Непосредственно и исключительно активная дѣятельность

власть имущихъ поддается юридической регламентаціи и нормировкѣ въ высшей степени туго. Такого рода дѣятельность весьма легко проникается правиломъ: „цѣль оправдываетъ средства“, причемъ безразлично, будетъ ли этою цѣлью наполненіе государственной казны (фискальная цѣль) или насажденіе культуры въ обществѣ и установленіе народнаго благоденствія. Особенное значеніе получаютъ для этой дѣятельности соображенія государственнаго интереса (*ratio status, raison d'état*). Подъ послѣднимъ понимаютъ не только обезпеченіе государственной безопасности и государственнаго могущества, каковая цѣль должна быть признана несомнѣнной и бесспорной, но и сохраненіе наружнаго авторитета, т. н. престижа, власти, пониманіе котораго оказывается крайне растяжимымъ. Охрана престижа государственной власти на практикѣ вырождается нерѣдко въ отстаиваніе авторитета конкретныхъ лицъ и покрываетъ ихъ беззаконіе и произволь въ качествѣ органовъ государственной власти. Нужны вѣка правовой культуры для того, чтобы активная дѣятельность государственныхъ органовъ въ области управленія подверглась дисциплинировкѣ и превратилась въ строго подзаконную. Напомнимъ, что законность управленія направлена на обезпеченіе интересовъ верховной власти отъ своевольнаго и своекорыстнаго извращенія ихъ подчиненными государственными органами. И подзаконное управленіе обращается съ населеніемъ, какъ съ пассивнымъ объектомъ. Требуется долгое развитіе общественнаго самосознанія для того, чтобы государствомъ была признана абсолютность и дѣйность личности въ сферѣ ея индивидуальнаго и общественнаго самоопредѣленія. Только съ признаніемъ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ возникаютъ конкретные правовые предѣлы для дѣятельности органовъ государственнаго управленія. Но и тогда, когда принципъ законности и правомѣрности управленія провозглашенъ официально, проведеніе его въ жизнь оказывается весьма сложнымъ. Дѣло въ томъ, что управленіе по существу своему движется началомъ цѣлесообразности. Совмѣщеніе начала цѣлесообразности съ началомъ правомѣрности представляетъ собою задачу трудную, которая требуетъ разносторонне обдуманнаго и искуснаго рѣшенія.

Государственное управленіе слагается изъ отдѣльныхъ актовъ управленія, непосредственно совершаемыхъ государственными органами. Эти акты по социальному ихъ значенію являются госу-

дарственнымъ вмѣшательствомъ въ личную и общественную жизнь гражданъ въ видѣ разнаго рода требованій, разрѣшеній, запрещеній, надзора, наконецъ, прямого участія государственныхъ органовъ въ культурной работѣ.

Съ точки зрѣнія права актъ управленія, или административный актъ (*acte administratif*) государственнаго органа представляетъ собою юридическое дѣйствіе, которое по признаку совершенія его государственнымъ органомъ называется распоряженіемъ (см. выше стрн. 163). Подобно юридическимъ дѣйствіямъ частныхъ лицъ, т. е. юридическимъ сдѣлкамъ, распоряженія различаются одностороннія и двустороннія. Одностороннимъ является такое распоряженіе, которое исчерпывается волеизъявленіемъ государственнаго органа, двустороннимъ — распоряженіе, получаемое въ результатѣ взаимодѣйствія волеизъявленій частнаго лица и органа государственной власти. Типичной формой двусторонней сдѣлки является договоръ. Въ прошломъ договоръ государственныхъ органовъ съ населеніемъ составлялъ довольно распространенный видъ административной дѣятельности. Путемъ такого договора совершалось, напримѣръ, въ Московскомъ государствѣ обложеніе населенія государственными налогами. Въ настоящее время такого рода договоръ исчезъ изъ административнаго обихода, и двусторонній административный актъ слагается изъ обращенія частнаго лица къ государственному органу за разрѣшеніемъ или содѣйствіемъ и изъ соответственнаго рѣшенія органа власти.

Матеріальное содержаніе управленія опредѣляется въ законѣ. Отсюда дѣлается выводъ, что административный актъ сводится къ исполненію закона. На этомъ основаніи въ XVIII вѣкѣ установилось названіе государственнаго управленія исполнительною властью (см. выше стрн. 395—396) и органовъ управленія исполнительными органами. Такая квалификація административнаго акта не можетъ быть признана правильной.

Управленіе имѣетъ дѣло съ крайне сложными явленіями жизни и направляетъ ихъ съ точки зрѣнія цѣлесообразности. Поэтому въ дѣлѣ управленія государственному органу должна быть неминусемо предоставляема значительная свобода выбора образа дѣйствія, наиболѣе цѣлесообразнаго примѣнительно къ каждому данному конкретному случаю. Вслѣдствіе этого административные законы представляютъ собою нормы преимущественно не абсолютно опредѣленныя, а относительно опредѣленныя, и даже

по временамъ неопредѣленныя, какъ въ своей гипотезѣ, такъ и въ диспозиціи, и надѣляютъ государственные органы болѣе или менѣе широкой дискреціонной властью (сравни выше стрн. 140). Въ предѣлахъ предоставленной закономъ дискреціонной власти, или по русски власти усмотрѣнія, административный органъ движется свободно и свободно избираетъ наиболѣе цѣлесообразный образъ дѣйствія. Само собою разумѣется, что свобода административной дѣятельности не должна вырождаться въ чистый произволъ (*mera voluntas*), но должна сообразоваться съ тѣми цѣлями, которыя поставлены управленію законодателемъ (сравни выше стрн. 282).

Такимъ образомъ мы видимъ, что административный актъ не есть простое исполненіе законовъ, а актъ свободной цѣлесообразной дѣятельности въ предѣлахъ закона и примѣнительно къ установленной закономъ цѣли управленія. Новое пониманіе природы административной дѣятельности проявилось и въ измѣненіи терминологіи. Съ половины XIX столѣтія говорятъ не объ исполнительной власти, а объ управленіи, или администраціи, не объ исполнительныхъ органахъ, а объ органахъ административныхъ, и не объ исполнительномъ актѣ, а объ актѣ административномъ.

Управленіе признается подзаконнымъ. Подзаконность административнаго акта понимается однако не какъ простое исполненіе закона, т. е. не какъ примѣненіе закона къ частному случаю, совершаемое судьей, но представляетъ собою нѣчто болѣе сложное. Подзаконность административнаго акта обозначаетъ соблюденіе административнымъ органомъ положенныхъ въ законѣ для его свободной дѣятельности предѣловъ и сообразованіе этой дѣятельности съ установленной въ законѣ цѣлью управленія.

Кромѣ актовъ управленія административные органы совершаютъ и акты правотворенія, издавая указы (см. § 43, II). Указанная дѣятельность административныхъ органовъ признается строго подзаконной. Подзаконность указовъ обозначаетъ, какъ мы уже знаемъ, требованіе непротиворѣчія указовъ законамъ.

Какъ акты управленія, такъ и акты правотворенія административныхъ органовъ, т. е. какъ распоряженія, такъ и указы подлежатъ дѣйствію не только начала законности и управле-

нія въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но и начала правомѣрности. Подъ послѣднимъ мы понимаемъ требованіе, согласно которому и указы, и распоряженія административныхъ органовъ не должны нарушать установленныхъ въ законѣ субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, которыя вообще являются правовымъ предѣломъ для проявленій государственной власти.

Что касается гарантій, обеспечивающихъ правомѣрность въ управленіи, то ихъ можно раздѣлить на административныя, политическія и судебныя, точнѣ административно-судебныя.

Къ административнымъ гарантіямъ относятся: надзоръ высшихъ административныхъ органовъ надъ низшими, право представленій низшихъ административныхъ органовъ высшимъ и жалоба частныхъ лицъ на дѣйствія административныхъ органовъ по инстанціямъ (по начальству).

Въ порядкѣ надзора высшіе административные органы провѣряютъ указы и распоряженія низшихъ административныхъ органовъ и въ случаѣ обнаруженія незаконности отмѣняютъ ихъ. Отмѣна указовъ и распоряженій органовъ самоуправленія въ порядкѣ правительственнаго надзора за ними со стороны высшихъ правительственныхъ административныхъ органовъ обставлена большою сложностью сравнительно съ отмѣною дѣйствій органовъ правительственнаго управленія. Осложненіе процедуры вызывается необходимостью сочетать обезпеченіе законности самоуправленія съ обезпеченіемъ послѣдняго отъ незаконнаго воздѣйствія со стороны правительственныхъ органовъ управленія.

Низшіе административные органы надѣляются правомъ представлять высшимъ о незаконности указовъ и распоряженій послѣднихъ, когда эти указы и распоряженія передаются низшимъ органамъ для исполненія. Исходъ этихъ представленій опредѣляется въ законѣ весьма сложными правилами, въ которыхъ принимается въ соображеніе, съ одной стороны, начало законности управленія, съ другой стороны, начало іерархическаго подчиненія въ строѣ администраціи. Въ виду строгости начала іерархическаго подчиненія практическое значеніе представленій низшихъ административныхъ органовъ о незаконности направленныхъ къ нимъ предписаній высшихъ оказывается весьма незначительнымъ, чуть ли не ничтожнымъ.

Частное лицо, къ которому обращено незаконное распоряженіе административнаго органа, имѣетъ возможность жало-

ваться на него въ порядкѣ іерархическихъ административныхъ инстанцій, или, какъ принято говорить въ нашемъ административномъ обиходѣ, по начальству. Цѣль административной жалобы состоитъ въ томъ, чтобы добиться отмѣны незаконнаго распоряженія. Отмѣна эта совершается распоряженіемъ высшаго административнаго органа, направленнымъ къ низшему, дѣйствіе котораго обжаловано. Административная жалоба отличается отъ судебного иска весьма существенно, такъ какъ она не вчинаетъ самостоятельнаго спора о правѣ двухъ сторонъ юридическаго отношенія (см. выше стрн. 487—488). Административная жалоба есть лишь доведеніе до свѣдѣнія высшей инстанціи о несоблюденіи закона инстанціей низшей. Административная жалоба — не болѣе, какъ средство возбужденія административнаго надзора. Можно сказать, что надзоръ высшихъ административныхъ органовъ за законностью дѣйствій низшихъ осуществляется двоякимъ образомъ: по собственной инициативѣ высшихъ административныхъ органовъ, каковая инициатива составляетъ ихъ право и обязанность, и въ силу принесенія жалобы частными лицами, разсмотрѣніе которой составляетъ обязанность административнаго органа, но обязанность по отношенію къ государству, а не къ частному лицу. Въ силу послѣдняго обстоятельства отказъ въ принятіи жалобы не равенъ отказу въ правосудіи и не даетъ пострадавшему права иска, а можетъ лишь служить предметомъ новой административной жалобы.

Политическую гарантію законности управленія составляетъ право народнаго представительства и вообще законодательныхъ палатъ слѣдить за законностью дѣйствій администраціи. Осуществляется это право путемъ запросовъ, которые дѣлаются законодательными органами правительству по поводу незаконныхъ дѣйствій тѣхъ или другихъ подчиненныхъ органовъ, отъ низшихъ до высшихъ, каковыми являются министры. На запросы законодательныхъ палатъ министры обязаны имъ отвѣчать. По поводу этихъ отвѣтовъ палаты имѣютъ сужденіе и дѣлаютъ соотвѣтственное постановленіе, въ которомъ признаютъ отвѣтъ удовлетворительнымъ или неудовлетворительнымъ. Исходъ дѣла въ послѣднемъ случаѣ опредѣляется различно въ зависимости отъ особенностей государственнаго строя и установленнаго въ немъ взаимоотношенія между правительствомъ и народнымъ представительствомъ. Чѣмъ больше вліянія принадлежитъ послѣднему (особенно

сильно это вліяніе при системѣ парламентаризма, см. выше стрн. 431—432), тѣмъ политическая гарантія законности управленія оказывается болѣе дѣйствительной. Извѣстное значеніе имѣеть уже самая возможность парламентскаго запроса: она дисциплинируетъ администрацію и побуждаетъ высшіе ея органы къ бдительному и болѣе дѣятельному осуществленію надзора.

Судебная гарантія правомѣрности управленія выражается въ томъ, что въ случаѣ нарушенія незаконномѣрнымъ распоряженіемъ административнаго органа субъективныхъ публичныхъ правъ частнаго лица послѣднему предоставляется право судебного иска для защиты нарушеннаго права. Искъ этотъ въ отличіе отъ гражданскаго и уголовнаго исковъ можетъ быть названъ искомъ публичнаго права, какъ предлагалъ Коркуновъ, но обычно называется административнымъ искомъ. Въ общепринятомъ названіи отмѣчается то, что искъ для защиты субъективныхъ публичныхъ правъ направляется противъ административнаго органа по поводу совершеннаго имъ административнаго акта. Содержаніемъ административнаго иска является требованіе объ отмѣнѣ неправомѣрнаго распоряженія административнаго органа. Право административнаго иска предоставляется какъ физическимъ лицамъ, такъ и юридическимъ; среди послѣднихъ необходимо отмѣтить въ данномъ случаѣ разнаго рода общественные союзы и единицы общественнаго самоуправленія.

Судъ по дѣламъ о нарушеніи субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ незаконномѣрными распоряженіями административныхъ органовъ возлагается либо на общія судебныя установленія, либо на спеціальныя суды, учрежденные для разсмотрѣнія административныхъ исковъ. Первая система дѣйствуетъ въ Англіи, вторая — въ континентальныхъ европейскихъ государствахъ. При второй системѣ спеціальныя суды имѣютъ большею частью смѣшанный составъ изъ лицъ административной службы и судейскаго званія, а также смѣшанное производство, — частью судебного, частью административнаго характера. Суды эти извѣстны подъ названіемъ органовъ административной юстиціи. Обособленіе органовъ административной юстиціи отъ общихъ судовъ вызвано историческимъ стремленіемъ администраціи къ самостоятельности и опасеніемъ, какъ бы послѣдняя не пострадала отъ направленія административныхъ исковъ въ порядкѣ общей подсудности.

§ 46. Теоретическая конструкція взаимоотношенія между государствомъ и правомъ.

G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1. Aufl. 1895, 2. Aufl. 1904, русск. переводъ подъ ред. А. Э. Вормса, 3-е изд., 1907 г.; Boucaud, Les droits de l'État et les garanties civiques du droit naturel, 1900; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, 1909 г., глава II, разд. I; Léon Duguit, Traité du droit constitutionnel, 1911, tome II, § 93; Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht, I Band, 1. Aufl. 1878, 4. Aufl. 1904; Р. Герингъ, Цѣль въ правѣ, русск. перев. I нѣм. изд., томъ I, 1881 г.; Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 47; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, XI Kapitel; Г. Йеллинекъ, Общее ученіе о государствѣ, 2-ое русск. изд. 1908 г., глава XI; Н. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre, 1906; Léon Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901; Н. Ortloff, Recht und Staat. Ein Organismus. Zur Einführung in das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft, 1903; A. Grabowsky, Recht und Staat, Ein Versuch zur allgemeinen Rechts- und Staatslehre, 1908; M. Gavrilovitch, L'État et le Droit, 1911; Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 405 flg.; Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 83 flg.; П. И. Новгородцевъ, Государство и право, Вопросы философіи и психологіи, кн. 74 и слѣд., 1904 г.; Н. И. Палиенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г.; А. С. Алексѣевъ, Начало верховенства права въ современномъ государствѣ, Вопросы Права, 1910 г., кн. II; В. В. Ивановскій, О государствѣ, власти и правѣ съ социолого-психологической точки зрѣнія, Журн. Мин. Юст., 1916 г., №№ 3 и 4; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи социальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очеркъ XII; С. М. Роговинъ, Суверенитетъ государства и суверенитетъ права. Къ теоріи познанія права, Юрид. Вѣстникъ, кн. XV, 1916 г.

Высшей стадіей и степенью проникновенія государственной организациі правомъ является, какъ мы видѣли, установленіе строгихъ правовыхъ формъ и прочныхъ правовыхъ предѣловъ для проявленій государственной власти. Наличие обязательныхъ для государственной власти правовыхъ формъ и предѣловъ ея проявленія приводитъ къ ограниченію государства правомъ. Такъ какъ отличительнымъ признакомъ государства является суверенитетъ (см. § 34) и послѣдній толкуется въ смыслѣ абсолютной свободы государственной власти

отъ какихъ бы то ни было внѣшнихъ ея ограниченій, то предъ государствовѣдами и юристами встаетъ вопросъ о томъ, какъ объяснить ограниченіе государства правомъ. Вопросъ этотъ рѣшался и рѣшается различно въ зависимости отъ различія теоретико-познавательныхъ (гносеологическихъ) основъ и методологическихъ приѣмовъ изученія права и государства. Существенно разные отвѣты даны были на занимающій насъ вопросъ въ эпоху господства рационализма и послѣ водворенія позитивизма въ области правовѣдѣнія и государствовѣдѣнія.

Школа естественнаго права выводила государство изъ общественнаго договора, основаннаго на общемъ соглашеніи свободно самоопредѣляющихся индивидовъ (см. выше стрн. 348). Общественный договоръ конструировался различно въ двухъ главныхъ направленіяхъ школы естественнаго права, — консервативномъ и прогрессивномъ (см. выше стрн. 213). Въ консервативномъ истолкованіи общественный договоръ содержалъ въ себѣ полное отреченіе индивида отъ принадлежавшаго ему въ естественномъ состояніи права на все (*ius in omnia* у Гоббса) и устанавливалъ государственный суверенитетъ въ смыслѣ полного абсолютизма власти, т. е. принципиальнаго неограниченія ея какими бы то ни было субъективными правами подданныхъ (см. выше стрн. 383). Прогрессивное направленіе школы естественнаго права, напротивъ того, учило, что у индивида имѣются прирожденные ему права личной свободы, отъ которыхъ онъ не можетъ отречься, и которыя, слѣдовательно, должны быть признаны неотчуждаемыми и по общественному договору (см. выше стрн. 386). Эти то прирожденные и неотчуждаемыя права индивида образуютъ правовой предѣлъ для проявленій государственной власти. Такимъ образомъ оказывается; что, поскольку школа естественнаго права признавала ограниченіе государства правомъ, она выводила это ограниченіе изъ нерушимости естественнаго закона и неотчуждаемости основанныхъ на немъ субъективныхъ публичныхъ правъ индивида. Праву присущъ рациональный, а по мнѣнію иныхъ и историческій приоритетъ (первенство) предъ государствомъ, и потому государство по самой природѣ своей ограничивается правомъ. Эта точка зрѣнія нашла себѣ выраженіе въ положительномъ законодательствѣ великой французской революціи. Декларация правъ челоуѣка и гражданина исходитъ изъ утрежденія естественныхъ правъ личности, предше-

ствующихъ государству и потому неизбежно имъ признаваемыхъ¹⁾.

Съ водвореніемъ позитивизма въ правовѣдѣніи и государствовѣдѣніи отпало представление объ объективной реальности естественнаго права, и для объясненія ограниченія государства правомъ потребовалось новое ученіе. Приоритетъ права предъ государствомъ былъ рѣшительно отвергнутъ, какъ идея метафизическая. Съ эмпирической точки зрѣнія право было признано продуктомъ соціальной среды, причемъ послѣдняя въ духѣ позитивизма юридико-догматическаго (см. выше стрн. 42—43) отождествлялась съ государствомъ. Казалось несомнѣннымъ, что право творится исключительно государственной властью. Государственная власть устанавливаетъ право для подданныхъ и въ качествѣ творца юридическихъ нормъ сама по существу не связана ими. Для того однако, чтобы внушить подданнымъ непрекословное повиновеніе праву не за страхъ, а за совѣсть, и чтобы сообщить юридическимъ нормамъ устойчивость, государственная власть изъ разумнаго расчета сама подчиняется дѣйствию ея же устанавливаемаго права. Благодаря этому, право приобретаетъ обязательность двустороннюю, — и для подвластныхъ, и для самой власти. Указанная двусторонняя обязательность юридическихъ нормъ вытекаетъ не изъ приоритета права предъ государствомъ и вообще не изъ метафизической сущности права, а изъ эмпирическаго самоограниченія государства, руководимаго разумнымъ расчетомъ. Приведенное ученіе было развито Герингомъ, извѣстнымъ намъ реформаторомъ правовѣдѣнія въ духѣ позитивизма. Герингъ резюмировалъ свое ученіе въ краткомъ и весьма выразительномъ афоризмѣ: „право есть политика власти“ (das Recht ist die Politik der Gewalt).

Теорія самоограниченія государства правомъ была воспринята специалистами государствовѣдами и особенно отстаивалась Герингомъ Геллинекомъ въ видѣ ученія о самообязываніи государства правомъ. Успѣхъ теоріи объясняется тѣмъ, что она дѣйствительно представляетъ собою единственно возможный синтетическій выходъ изъ столкновенія такихъ двухъ проти-

1) „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits... Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme“, — Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 1 et 2.

воположностей (антитезисовъ), какъ признаніе государственнаго суверенитета въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти, съ одной стороны, и установленіе правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ проявленія государственной власти, съ другой стороны.

Теорія самоограниченія и самообязыванія государства правомъ все же оставляетъ дѣйствіе права въ зависимости отъ односторонняго самоопредѣленія государственной власти и не въ состояніи объяснить самостоятельнаго дѣйствія начала правомѣрности въ дѣлѣ организаци и функціонированія современнаго государства. Указанными недочетами теории самоограниченія и самообязыванія объясняется недовольство ею среди новѣйшихъ юристовъ и государствовѣдovъ и стремленіе ихъ къ построенію новой конструкціи взаимоотношенія между государствомъ и правомъ.

Препятствіемъ на пути къ теоретическому обоснованію самостоятельнаго дѣйствія начала правомѣрности въ организаци и функціонированіи современнаго государства является государственный суверенитетъ, толкуемый въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти. Поэтому новыя конструкціи направляются въ первую голову на то, чтобы преодолѣть указанное препятствіе. Преодолѣваютъ его онѣ двоякимъ образомъ: либо понижая значеніе государственнаго суверенитета, либо совершенно отрицая самое понятіе государственнаго суверенитета. Первый способъ приводитъ къ ученію о суверенитетѣ права, второй способъ примѣняется при обоснованіи дѣйствія права на началахъ общественной солидарности.

Теорію суверенитета права (*Rechtssouveränität*) развиваетъ нѣмецкій юристъ Краббе. Онъ отказывается видѣть въ государственномъ суверенитетѣ полный абсолютизмъ власти въ смыслѣ принципиальной несвязанности ея правомъ. Напротивъ того, онъ полагаетъ, что всякая власть, притязающая на дѣйственность (*Geltung*) въ обществѣ, является неизбѣжно правовой властью (*Rechtsgewalt*), т. е. почерпаетъ силу своего дѣйствія изъ права. Отъ этого общаго правила не изъята и власть государственная, что отражается и на природѣ государства. Государство не представляетъ собою производной и самостоятельной организаци, которая могла бы опредѣлять свое отношеніе къ праву автономно путемъ самоограниченія. Самая организаци государства покоится на правѣ, и отсюда вытекаетъ объективное подчиненіе государственныхъ функцій началу правомѣрности. Подобно всякому другому физическому или юридическому лицу и

государство, говоритъ Краббе, обладаетъ правами, полномочіями и авторитетомъ лишь постольку, поскольку эти права, полномочія и авторитетъ исходятъ отъ положительнаго правопорядка. Такимъ образомъ абсолютизмъ власти устраняется въ принципѣ, и надъ суверенитетомъ государства надстраивается суверенитетъ права.

Выведеніе обязательной правомѣрности въ проявленіяхъ государственнаго властвованія изъ теоріи солидарности находимъ у упоминавшагося уже нами французскаго государствовѣда Дюги. Какъ мы уже знаемъ, Дюги отрицаетъ понятіе суверенитета и совершенно изгоняетъ его изъ научнаго обихода вмѣстѣ съ понятіемъ юридической личности государства (см. выше стрн. 360—362). Отвергая самое понятіе государства, какъ устарѣвшую и ни къ чему непригодную фикцію, Дюги говоритъ не о государствѣ, а о правящихъ индивидахъ (*les gouvernants*) и управляемыхъ (*les gouvernés*). Правящіе отличаются отъ управляемыхъ только наличностью превосходства силы, но не назначеніемъ и способомъ употребленія силы. Силы правящихъ, какъ и силы управляемыхъ, и создаются общественной средой, и предназначаются для ея охраненія и развитія. Поэтому употребленіе силъ какъ правящихъ, такъ и управляемыхъ совершается не иначе, какъ съ общественной цѣлью (*dans un but social*). Общественная цѣль состоитъ ни въ чемъ иномъ, какъ въ укрѣпленіи общественной среды, т. е. въ укрѣпленіи солидарности между индивидами, на каковой зиждется общежитіе. Поведеніе, соразмѣрное съ общественной цѣлью, или съ началомъ общественной солидарности, опредѣляется нормою права (*la règle de droit*). Слѣдовательно, нормою права опредѣляется всякое употребленіе человѣческой силы, какъ силы управляемыхъ, такъ и силы правящихъ. И управляемые, и правящіе подчиняются праву на одномъ и томъ же основаніи и совершенно одинаково. Дѣйствія правящихъ внѣ предѣловъ юридической нормы являются не актомъ государственнымъ (*acte étatique*), но простымъ фактомъ, болѣею частью актомъ тираническаго насилія, по отношенію къ каковому управляемые отнюдь не обязаны повиновеніемъ. Управляемые имѣютъ возможность и обязанность отказывать въ повиновеніи неправомѣрнымъ актамъ правящихъ и даже низвергать тираническихъ правителей силою. Указанная возможность является крайней гарантіей, обеспечивающей правомѣрность властвованія.

Ни одна изъ приведенныхъ теорій не представляется намъ безусловно убѣдительною и исчерпывающею вопросъ въ полной мѣрѣ.

Само собою разумѣется, что мы не можемъ принять рационалистической конструкціи взаимоотношенія между государствомъ и правомъ, исходившей изъ логическаго приоритета права и обязательнаго дѣйствія естественно-правовыхъ нормъ, такъ какъ для насъ естественное право представляетъ собою не дѣйствующую норму права, а критерій для оцѣнки положительнаго права, восполненія его пробѣловъ и дальнѣйшаго правотворенія. Съ точки зрѣнія этого критерія заслуживаетъ безусловнаго одобренія и ограниченіе государства правомъ. Но не слѣдуетъ забывать, что одобрительная оцѣнка явленія отнюдь не есть его объясненіе.

Ученіе Іеринга о самоограниченіи государства правомъ страдаетъ большою односторонностію. Односторонность проявляется прежде всего въ томъ, что Іерингъ исходитъ въ своемъ ученіи изъ представленія о правѣ, какъ о продуктѣ государства, и объ юридической нормѣ, какъ о результатѣ исключительно государственнаго правотворенія. Не менѣе одностороннимъ является то, что Іерингъ разсматриваетъ процессъ проникновенія государственной организаціи правомъ исключительно какъ слѣдствіе дѣятельности, или политики власти и совершенно умалчиваетъ о томъ взаимодѣйствіи между властью и обществомъ, которое въ конечномъ итогѣ является главной причиною введенія фактическаго властвованія въ извѣстные правовые предѣлы.

Совершенно неправильно истолкованіе государственнаго суверенитета въ смыслѣ полнаго абсолютизма власти, т. е. принципиальной несвязанности ея правомъ. Суверенитетъ обозначаетъ непроеизводность, независимость и верховенство государственной власти по отношенію ко всякимъ другимъ организованнымъ властямъ въ обществѣ и устанавливаемымъ ими юридическимъ нормамъ, а отнюдь не принципиальную несвязанность государства правомъ. Такъ понималъ дѣло творецъ теоріи суверенитета Боденъ, такъ обстоитъ оно и исторически. Боденъ прямо признаетъ обязательность для сувереннаго государства и закона Божья, и естественнаго права, и того общеправоваго уклада государственной жизни, который былъ извѣстенъ во Франціи подъ именемъ законовъ королевства, или основныхъ зако-

новъ. И исторически ни одно государство не усматривало противорѣчя своему суверенитету въ признаніи обязательныхъ для государственной власти правовыхъ формъ и правовыхъ предѣловъ ея проявленія. Только въ теоріяхъ, оторванныхъ отъ эмпирическаго изученія, историческая категорія государственнаго суверенитета подверглась односторонней раціонализаціи и превратилась въ какой то принципиальный антитезисъ права.

Возвращая понятіе государственнаго суверенитета къ его реальному историческому значенію, мы считаемъ совершенно ненужнымъ и потому излишнимъ надстраивать надъ нимъ еще особый суверенитетъ права, тѣмъ болѣе что послѣдній не даетъ удовлетворительнаго объясненія взаимоотношенія между государствомъ и правомъ. Такъ, дѣйствіе суверенитета права въ области государственнаго правотворенія выражается, по ученію Краббе, въ томъ, что возникающая чрезъ правотвореніе связанность государства правомъ можетъ быть устранена только тѣмъ же путемъ. Дается такимъ образомъ объясненіе только обязательности соблюденія установленнаго порядка изданія законовъ, а вопросъ о правовыхъ предѣлахъ для законодательства примѣнительно къ самому содержанію законовъ остается открытымъ.

Мы считаемъ совершенно неправильнымъ и потому неприемлемымъ проповѣдуемое Дюги отрицаніе суверенитета, юридической личности и самаго понятія государства (см. § 34). Тѣмъ не менѣе не можемъ не признать, что, переводя вопросъ о взаимоотношеніи между государствомъ и правомъ на общую для нихъ соціальную почву, Дюги становится на единственно правильный путь разрѣшенія проблемы.

Такъ какъ право есть норма соціального поведенія, и государственная организація является однимъ изъ элементовъ общежитія, то подчиненіе государственной власти праву не вызываетъ рѣшительно никакихъ затрудненій съ логической точки зрѣнія. Затрудненія въ данномъ случаѣ создались искусственно вслѣдствіе исторически неправильнаго истолкованія государственнаго суверенитета и неправильнаго же ограниченія права правомъ официальнымъ (см. § 44).

Государственная организація устанавливается первоначально какъ фактъ, но постепенно все болѣе и болѣе проникается началами права не вслѣдствіе свободного самоограниченія или само-

обязыванія власти, а въ силу внѣшняго ея ограниченія, устанавливаемаго, благодаря взаимодействию между властью и обществомъ. Ограниченія эти возникаютъ, множатся и крѣпнютъ по мѣрѣ роста общественнаго самосознанія. Культурное развитіе общества выдвигаетъ принципъ абсолютной цѣнности человѣческой личности, признаніе котораго совмѣстимо только съ закономѣрнымъ повиновеніемъ индивида государственной власти и съ обязательной правомѣрностью въ проявленіяхъ послѣдней.

Содержаніе.

Введеніе.

Стр.

- § 1. Задача и предметъ энциклопедіи права 1—11

Спеціализація научныхъ знаній, ея причины, достоинства и недостатки — 1. Потребность въ обобщенномъ знаніи и энциклопедія — 2. Дѣленіе правовѣдѣнія на спеціальности — 3. Дисциплина обобщающаго знанія въ правовѣдѣніи и возраженія противъ нея — 5. Научная самостоятельность правовѣдѣнія, и предметъ энциклопедіи права — 7. Названія энциклопедіи права обшей теоріей права и введеніемъ въ правовѣдѣніе — 8. Философія права — 10.

- § 2. Очеркъ историческаго развитія научнаго правовѣдѣнія и энциклопедіи права 11—46

I. Классическая римская юриспруденція — 11. Средневѣковыя школы глоссаторовъ и комментаторовъ — 12. *Speculum iudiciale seu iuris* Вильгельма Дурантиса — 14. Пропедевтическія и методологическія руководства XV вѣка — 15. Догматизмъ средневѣковаго мышленія — 16, и средневѣковаго правовѣдѣнія — 17.

II. Характеръ и культурныя задачи возрожденія — 18. Вліяніе возрожденія на правовѣдѣніе, и элегантная школа французскихъ юристовъ въ XVI вѣкѣ — 19. Методологическія пропедевтеки и синтагмы XVI вѣка — 22.

III. Проникновеніе въ правовѣдѣніе въ XVII столѣтіи рационализма, и школа естественнаго права — 22. *Encyclopaedia iuris universi* Гуніуса — 26. Пропедевтики рационалистическаго направленія и ихъ вырожденіе въ XVIII столѣтіи — 27. Эмпирическое направленіе въ энциклопедіи права — 28, и „Опытъ юридической энциклопедіи“ I. Ст. Пюттера — 29. Значеніе философской критики Канта для рационализма въ правовѣдѣніи — 29.

IV. Рационалистическое и эмпирическое направленія въ энциклопедической литературѣ права къ концу XVIII вѣка — 30. Ученіе Шеллинга объ энциклопедіи, какъ

органической системѣ науки — 31. Философія объективнаго, или абсолютнаго идеализма (Гегель) — 32. Историческая школа юристовъ — 32. Философское и органическое направленіе энциклопедіи права въ сороковыхъ и пятидесятихъ годахъ XIX столѣтія — 33.

V. Крушеніе идеалистической философіи и его причины — 35. Особыя причины кризиса идеалистической философіи въ правовѣдѣніи — 36. Позитивная, или положительная философія Огюста Конта — 37. Позитивный методъ — 39. Приложение его къ изученію общественныхъ явленій въ социологіи — 40. Вліяніе позитивизма и социологіи на научную постановку правовѣдѣнія — 42. Смѣшеніе въ правовѣдѣніи научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ — 42. Энциклопедіи права позитивнаго направленія — 43.

VI. Энциклопедіи государственныхъ наукъ — 44. Соединеніе въ юридическихъ энциклопедіяхъ общаго ученія о правѣ съ общимъ ученіемъ о государствѣ — 45.

VII. Преимущественное, начиная съ XVII вѣка, развитіе научной разработки энциклопедіи права въ Германіи — 45.

§ 3. Новѣйшая учебная литература по энциклопедіи права . . . 46—57

I. „Введенія въ правовѣдѣніе“ въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ — 46. Критическое отношеніе къ позитивизму и поворотъ въ сторону идеалистическаго направленія въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи новѣйшаго времени: неокантианство (Штаммлеръ) — 48, неогегельянство (Колеръ) — 48, обоснованіе философіи права на философіи культуры (Радбрухъ) — 49.

II. „Общее введеніе въ изученіе права“ во Франціи съ сороковыхъ годовъ XIX столѣтія — 49. Новѣйшіе общіе труды по энциклопедіи права на французскомъ языкѣ — 50.

III. Особенности англійской юриспруденціи и „теоріи права“ англійскихъ юристовъ — 51.

IV. Русская литература энциклопедіи права. Сочиненіе Павла Дегаля — 52. „Энциклопедія законовѣдѣнія“ К. А. Неволіна въ духѣ идеалистической философіи и органическаго направленія — 53. Поворотъ въ сторону эмпирическаго направленія: М. Н. Капустинъ и Н. К. Ренненкампфъ — 54. „Лекціи по общей теоріи права“ Н. М. Коркунова на началахъ позитивной философіи и методологіи — 54. Психологическая „Теорія права и государства“ Л. І. Петражицкаго — 55. „Общая теорія права“ Г. Ф. Шершеневича — 55. Традиція идеалистической философіи въ русскомъ правовѣдѣніи и „Философія права“ Б. Н. Чичерина — 56. Поворотъ отъ позитивизма къ научно-фило-

софскому идеализму среди теоретиковъ права въ Россіи въ новѣйшее время — 56. „Лекціи по энциклопедіи права“ кн. Е. Н. Трубецкого — 56. „Очерки философіи права“ І. В. Михайловскаго — 57. „Очерки по теоріи права“ П. Г. Виноградова — 57.

Часть Первая.

Общее ученіе о правѣ.

58

Глава I. Установленіе понятія о правѣ 58

§ 4. Предварительныя замѣчанія 58—61

Задача позитивнаго опредѣленія права — 58. Понятіе соціальной нормы — 59. Четыре основныхъ момента въ построеніи соціальной нормы — 61.

§ 5. Нормативный характеръ права 62—69

Отрицаніе нормативнаго характера права — 62. Ученіе Гумпловича — 63. Ученіе Шейна — 64. Основные положенія названныхъ ученій и ихъ опроверженіе — 66. Нормативная функція права — 67. Отрицаніе нормативнаго дѣйствія права Биндеромъ и критика этого ученія — 68.

§ 6. Двусторонній характеръ юридической нормы 69—80

Вопросъ о специфическомъ характерѣ нормативнаго дѣйствія права сравнительно съ нормативнымъ дѣйствіемъ нравственности — 69. Ученіе Канта о безразличіи мотива въ правѣ — 70. Критика этого ученія — 71. Ученіе Л. І. Петражицкаго о двустороннемъ характерѣ юридической нормы, полученное путемъ психологическаго анализа индивидуальнаго этическаго сознанія — 73. Императивно-атрибутивное дѣйствіе юридической нормы, какъ специфическій признакъ права — 76. Крайности психологизма и субъективизма въ теоріи Л. І. Петражицкаго — 77. Необходимость признанія реальности объективнаго права — 78. Необходимое восполненіе психологическаго изученія права соціологическимъ — 79.

§ 7. Вѣншіи авторитетъ въ правѣ 81—87

Нормы автономныя (самозаконныя) и гетерономныя (инозаконныя) — 81. Логическая необходимость обоснованія обязательности права на вѣншнемъ установленіи — 81. Ученіе догматической юриспруденціи о вѣншнемъ авторитетѣ въ правѣ и значеніе этого ученія — 82. Невозможность автономнаго дѣйствія права въ обществѣ и дѣйствительное значеніе выдвигаемаго Л. І. Петражицкимъ интуи-

тивного права — 84. Вопросъ объ автономномъ и гетерономномъ характерѣ нравственности — 85. Необходимость вѣшняго установленія въ правѣ въ связи съ судомъ, какъ необходимымъ обезпеченіемъ объективнаго дѣйствія права — 86.

§ 8. Принудительное осуществленіе права 87—94

Данныя догматической юриспруденціи о принудительномъ осуществленіи права — 87. Соціологическое ученіе Геринга о принужденіи въ правѣ — 89. Предѣлы и значеніе принудительнаго осуществленія права — 90. Психическое принужденіе въ области нравственности, и различіе моральной и юридической санкціи — 93.

§ 9. Цѣль въ правѣ 94—107

Теорія индивидуальной свободы въ правѣ по ученію Канта — 95. Критика теоріи индивидуальной свободы Герингомъ и выдвинутая имъ взаменъ теорія интереса въ правѣ — 95. Неубѣдительность Геринговой критики и недостаточность обѣихъ теорій, взятыхъ по разнъ — 96. Необходимость взаимнаго восполненія и сочетанія обѣихъ теорій — 99. Своеобразныя видоизмѣненія теоріи интереса въ правѣ въ ученіяхъ русскихъ ученыхъ: С. А. Муромцева — 101, и Н. М. Коркунова — 104. Общіе выводы по вопросу о цѣли въ правѣ — 105.

Глава II. Право и нравственность въ ихъ взаимоотношеніи 107

§ 10. Противоположеніе права и нравственности 107—114

Ученіе о разнородности права и нравственности — 107. Разобщеніе права и нравственности въ ученіи Хр. Томазія — 108. Ученіе Геринга объ исключительномъ дѣйствіи эгоизма въ правѣ — 110.

§ 11. Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ 114—122

Ученіе Йеллинека — 115. Признаніе и необходимое восполненіе теоріи этического минимума въ правѣ у Вл. Соловьева — 121.

§ 12. Связь права съ нравственностью 122—128

Единство происхожденія и цѣли права и нравственности — 122. Различіе путей осуществленія единой соціальной задачи въ правѣ и въ нравственности — 122. Типичность, точная опредѣленность и формализмъ юридической обязанности — 123. Предѣлы допустимаго превращенія моральныхъ обязанностей въ обязанности юридическія — 124. Возможные конфликты правового притязанія съ нравственнымъ долгомъ и ихъ значеніе — 125.

Случаи коренного противорѣчія между юридическою обязанностью и нравственнымъ долгомъ, и объясненіе ихъ — 126. Взаимодѣйствіе нравственности и права — 128.

Глава III. Право въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ 128

§ 18. Объективная и субъективная сторона въ правѣ 128—132

Объективная и субъективная сторона права въ обыденной рѣчи и въ спеціальному пониманіи юриспруденціи — 128. Коррелятивное взаимодѣйствіе объективной и субъективной сторонъ права — 130. Вопросъ о генетическомъ приоритетѣ субъективныхъ правъ и объясненіе его — 131.

§ 14. Юридическія нормы 132—142

I. Функція юридическихъ нормъ: классическое ученіе и позднѣйшія поправки къ нему — 133. Отрицаніе Н. М. Коркуновымъ дозвоительныхъ нормъ въ правѣ — 134. Выясненная Л. I. Петражицкимъ двойственность функціи юридическихъ нормъ и ея повелительно-предоставительный характеръ — 135. Вопросъ о существованіи въ правѣ описательныхъ, опредѣлительныхъ и т. н. отрицающихъ нормъ — 136.

II. Составъ юридической нормы: гипотеза и диспозиція — 137. Виды гипотезы по способу ея выраженія — 139. Различіе диспозиціи по степени опредѣленности ея выраженія — 141. Составныя части нормъ уголовного права — 142.

§ 15. Юридическія отношенія 143—164

I. Два вида субъектовъ права — 143. Правоспособность — 144. Историческое образованіе и теоретическая конструкция юридического лица — 146. Ученіе Л. I. Петражицкаго о субъектѣ юридическихъ отношеній — 148. Порядокъ возникновенія юридическихъ лицъ — 149.

II. Право и обязанность, какъ необходимые элементы юридического отношенія — 150. Понятіе правового притязанія — 151. Рефлективное дѣйствіе права — 152. Коррелятивность субъективнаго права и юридической обязанности — 153. Принципіальное отрицаніе субъективныхъ правъ у Дюги и несостоятельность этого ученія — 154.

III. Объектъ юридического отношенія. Объектъ перваго порядка и различные виды поведенія, требуемаго и дозволяемаго правомъ — 155. Юридическій объектъ втораго порядка — 157. Вещи — 158. Нематері-

альные блага — 159. Отдѣльныя дѣйствія людей — 160. Значеніе проводимаго различія между юридическими объектами перваго и втораго порядка — 160.

IV. Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній — 161. Юридическіе факты — 162. Юридическія дѣйствія — 163. Дѣеспособность — 163. Неправомѣрныя событія и правонарушенія — 164.

Глава IV. Положительное право и формы его проявленія.

165

§ 16. Понятіе источниковъ права и нормативныхъ фактовъ . 165—170

Опредѣленіе положительнаго права — 165. Ученіе Л. I. Петражицкаго о дѣйствіи интуитивнаго права и разборъ этого ученія — 166. Терминъ „источники права“ и его формальный техническій смыслъ — 167. Введенный Л. I. Петражицкимъ терминъ: „нормативные факты“ — 168. Необходимость отличать нормативные факты отъ фактовъ юридическихъ — 169.

§ 17. Основные источники и виды положительнаго права . 170—194

Четыре категоріи источниковъ, или нормативныхъ фактовъ положительнаго права — 170.

I. Правотворящіе авторитеты единоличнаго характера — 171. Законъ Божій — 171. Законы государственные, или законы въ спеціальному смыслѣ этого слова — 171. Рецепція иноземнаго права и разные ея виды — 172. Право юристовъ, или научное право — 174.

II. Коллективный, или массовый авторитетъ въ правотвореніи — 179. Теорія обычнаго права въ классической римской юриспруденціи и традиція ея до XVII вѣка — 180. Объясненіе дѣйствія обычнаго права въ школѣ естественнаго права — 181. Ученіе исторической школы объ обычномъ правѣ — 182. Нормативный фактъ обычнаго права — 183. Теорія по вопросу о первоначальномъ происхожденіи обычнаго права — 183. Роль прецедента въ обычномъ правѣ — 184. Способы выраженія и хранения обычнаго права — 184. Партикуляризмъ и консерватизмъ обычнаго права — 185.

III. Договоръ, какъ источникъ права международнаго и внутригосударственнаго — 186. Ученіе о договорѣ, какъ источникѣ права, въ классической римской юриспруденціи — 187. Нормативное значеніе договора въ школѣ естественнаго права — 187. Договоры — сдѣлки и договоры нормативные, или соглашенія — 188.

IV. Самостоятельное и субсидіарное (вспомогательное) значеніе судебной практики, какъ источника права

— 189. Прецедентъ — 190. Практика другихъ, кромѣ суда, государственныхъ учреждений — 190.

V. Взаимоотношеніе между различными источниками права со стороны исторической послѣдовательности ихъ развитія — 191, и въ порядкѣ ихъ сосуществованія — 191. Сравнительная цѣнность юридическаго обычая и закона для культурнаго развитія общества — 193.

VI. Къ вопросу о терминахъ для обозначенія источниковъ и видовъ положительнаго права — 194.

§ 18. Ученіе Л. I. Петражицкаго о многообразіи нормативныхъ фактовъ и видовъ положительнаго права . . . 195—200

Пятнадцать видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ, по мнѣнію Л. I. Петражицкаго, современной наукѣ или не признаваемыхъ ею — 195. Критическій разборъ схемы Л. I. Петражицкаго и устраненіе изъ нея плеоназмовъ — 197.

Глава V. Естественное право 200

§ 19. Историческій очеркъ естественноправоваго доктрины . 200—216

Исключеніе противоположеніе положительному праву права идеальнаго — 200. Неписанный законъ и справедливое по природѣ въ греческой литературѣ и философіи — 200. Постѣдовательное развитіе идеи естественнаго права въ римской юриспруденціи — 201. Воспріятіе римской идеи естественнаго права христіанствомъ — 204. Христіанское освященіе идеи естественнаго права въ Институціяхъ Юстиньяна — 204. Идея естественнаго права въ средніе вѣка и у протестантскихъ писателей XVI вѣка — 205. Школа естественнаго права и ея научное заданіе — 206. Дедуктивно-демонстративный методъ — 207. Исходная аксіома для рациональнаго построенія естественныхъ законовъ общежитія — 208. Связь теоретическаго индивидуализма школы съ практическими потребностями эпохи въ индивидуальной свободѣ — 208. Естественные законы общежитія и естественное право — 209. Двойное отношеніе естественнаго права къ положительному — 209. Неудача теоретическаго заданія школы естественнаго права и ея причины — 210. Вліяніе общественной идеологіи эпохи на построеніе различныхъ системъ естественнаго права — 213. Обнаруженіе практической несостоятельности школы естественнаго права и ея теоретическій кризисъ — 214. Смѣна рационализма школы естественнаго права историческимъ эмпиризмомъ въ правовѣдѣніи — 215.

§ 20. Проблема естественного права съ точки зрѣнія позитивной науки 216—223

Водвореніе съ первой четверти XIX вѣка позитивизма въ исторіи, догматикѣ, политикѣ и теоріи права — 216. Отождествленіе научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ — 217. Необходимость естественно-правовой идеи въ политикѣ права — 217, и въ догматической юриспруденціи — 218. Возрожденіе естественнаго права — 219. Раціональный характеръ естественнаго права и невозможность отождествленія естественнаго права съ интуитивнымъ — 222. Совмѣстимость идеи естественнаго права съ широко понятой положительной наукой — 222.

Глава VI. Право публичное и частное 223

§ 21. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ объективной юридической нормы 224—229

I. Взглядъ на публичное право какъ на средство позитиваціи и обособленія правопорядка — 224.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по различію общихъ и частныхъ интересовъ, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи — 225.

III. Дѣленіе по различію способовъ правовой санкціи — 226.

IV. Дѣленіе по различію двухъ видовъ мотиваціи, и соотвѣствующихъ имъ двухъ системъ „правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ“ — 227.

§ 22. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ элементовъ юридическаго отношенія 229—234

I. Отрицаніе субъективныхъ правъ въ публичномъ правѣ — 229.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по различію характера притязаній въ томъ и въ другомъ — 231.

III. Дѣленіе по различію способовъ использованія объекта для удовлетворенія разграничиваемыхъ интересовъ — 232.

IV. Ограниченіе частнаго права имущественными отношеніями — 232.

V. Дѣленіе права на публичное и частное по различію способъ защиты — 233.

VI. Дѣленіе по различію характера субъектовъ въ публичноправовыхъ и частноправовыхъ отношеніяхъ — 234.

§ 23. Ближайшій составъ частнаго и публичнаго права и общая характеристика ихъ взаимоотношенія 235—239

Составъ частнаго права — 235. Отдѣльныя отрасли публичнаго права — 235. Историческая подвижность раздѣльной грани между публичнымъ и частнымъ правомъ — 236. Вопросъ о выдѣленіи общественнаго права — 238.

Глава VII. Примѣненіе права 239

§ 24. Интеллектуальный процессъ осуществленія права и значеніе профессиональныхъ юристовъ 239—244

Интеллектуальный, или логическій, и моральный процессы въ осуществленіи права — 239. Задача примѣненія права — 240. Необходимость профессиональныхъ юристовъ — 241. Отрицательное отношеніе къ профессиональнымъ юристамъ, различныя его причины и неосновательность ихъ — 242.

§ 25. Искусство примѣненія права, или юридическая техника 244—261

I. Критика закона, низшая и высшая — 245.

II. Толкованіе закона: филологическое — 247, логическое — 248, систематическое — 249, историческое — 250. Начало законности въ толкованіи дѣйствующаго права — 252. Вопросъ о толкованіи завѣдомо ясныхъ законовъ — 253.

III. Пробѣлы въ положительномъ правѣ и вопросъ объ ихъ восполненіи — 254. Примѣненіе юридической нормы по аналогіи — 257. Теорія логической замкнутости, или законченности положительнаго права — 257. Свободное правотвореніе въ порядкѣ примѣненія права — 259.

IV. Субъективизація права, юридическій анализъ и юридическая конструкція — 260.

Глава VIII. Осуществленіе права 262

§ 26. Правомѣрные поступки 263—282

I. Представительство въ осуществленіи права — 263.

II. Права и обязанности абсолютныя и относительныя — 264.

III. Особенности субъективныхъ публичныхъ правъ и обязанностей въ порядкѣ осуществленія — 265.

IV. Предѣлы осуществленія юридической обязанности — 269; погасительная давность и исполненіе т. н. естественныхъ обязательствъ — 270.

V. Осуществленіе правового притязанія: общій принципъ, его опредѣляющій — 272; борьба за субъ-

активное право — 273; необходимость регулировать осуществление права нравственнымъ и гражданскимъ долгомъ — 277; принципъ *neminem laedit, qui suo iure utitur* — 279; злоупотребление правомъ — 280.

§ 27. Неправомѣрные поступки 283—291

Сущность неправомѣрнаго поступка — 283. Предупреждение правонарушений — 284, и ихъ пресѣчение — 285. Правоохранительная дѣятельность суда — 286. Реакція правопорядка, направляемая на объективную сторону правонарушения — 287. Реакція правопорядка, направляемая на субъективную сторону правонарушения: санкція юридическихъ нормъ и различные ея виды — 287, особенное значеніе наказанія — 289. Правонарушенія гражданскія и уголовныя (преступленія) — 289. Вмѣняемость — 290. Цѣли наказанія — 290. Соціальныя мѣры предупрежденія преступленій — 291.

Глава IX. Историческое изученіе права 291

§ 28. Историческое изученіе права до исторической школы 291—304

Зарожденіе историческаго изученія права въ XVI вѣкѣ во французской школѣ правовѣдѣнія — 292. Исторія права и древности права въ XVII—XVIII вв. — 294. Принципиально отрицательное отношеніе школы естественнаго права къ историзму — 294, и косвенное вліяніе ея на развитіе научнаго интереса къ исторіи права — 295. Мысли Лейбница о научной постановкѣ исторической юриспруденціи и его ученіе о вѣшной и внутренней исторіи права — 297. Эмпиризмъ Монтескье и его значеніе въ дѣлѣ насажденія историческаго элемента въ правовѣдѣніи — 299. Геттингенская школа историковъ права — 302. Различіе вѣшной и внутренней исторіи права со времени Густава Гуго — 304.

§ 29. Историческая школа юристовъ и дальнѣйшее развитіе историческаго изученія права на началахъ позитивной методологіи 305—318

Историческая обстановка, въ которой возникла историческая школа юристовъ — 305. Ученіе Савиньи о развитіи права и задачахъ историческаго его изученія — 307. Основныя положенія исторической школы — 310. Страженіе романтизма въ ученіи исторической школы — 311. Измѣненія, внесенныя въ теоретическія построенія исторической школы философій исторіи Гегеля — 312. Вліяніе позитивной философіи и социологіи на научную постановку исторіи права — 314. Проведеніе Іерингомъ

въ юриспруденцію реалистическаго и соціологическаго пониманія историческаго процесса развитія права — 315.

§ 30. Сравнительно-историческій методъ и сравнительное правовѣдѣніе 319—327

Сравнительный приѣмъ въ законодательствѣ — 319, и въ судебной практикѣ — 320. Сравнительный приѣмъ въ дѣлѣ теоретическаго изученія государства въ классической древности — 320. Сравнительный приѣмъ въ средневѣковой юриспруденціи — 321, у Бодена — 321, и въ школѣ естественнаго права — 322. Значеніе сравнительнаго изученія права у Лейбница и Монтескье — 323. Сравнительныя конструкціи національнаго права въ исторической школѣ — 323. Сравнительный приѣмъ въ разработкѣ всемірной исторіи права согласно философско-исторической схемѣ Гегеля — 324. Сравнительно-историческое изученіе права на началахъ позитивной методологии — 324. Сравнительное правовѣдѣніе и соціология — 325. Сравнительное правовѣдѣніе въ сферѣ догматической юриспруденціи — 326.

§ 31. Исторія, догма и политика права 327—331

Догматическая юриспруденція — 328. Двойственная задача исторіи права — 329. Политика права — 329. Взаимоотношеніе исторіи, догмы и политики права — 330.

Часть вторая.

Общее ученіе о государствѣ. 332

§ 32. Вступительныя замѣчанія 332—335

Основные элементы человѣческаго общежитія — 333. Классификація союзовъ общежитія и неуставленность ея въ наукѣ — 333. Ограниченіе общаго ученія о государствѣ государствомъ новаго времени — 334. Измѣнчивость государственной организаціи — 335.

Глава X. Конститутивные элементы государства 335

§ 33. Территорія 335—341

I. Соціологическое значеніе территорій для государственнаго строя: классическая теорія климатовъ — 336; ученіе Монтескье — 337; современная точка зрѣнія — 337.

II. Юридическая конструкція территоріи: взглядъ на территорію, какъ на объектъ вещнаго обладанія со

стороны государства — 338; территориальное верховенство — 340; территория, какъ пространственный предѣлъ дѣйствія государственной власти — 340.

§ 34. Государственная власть 341—362

I. Генезисъ государственной власти новаго времени — 341. Сеньерать — 342. Сюзеренитетъ — 343. Муниципальная власть городовъ — 343. Всемирная власть перкви и священной имперіи въ средніе вѣка — 344. Образование независимыхъ централизованныхъ государствъ новаго времени — 344. Конструкція государственнаго суверенитета, данная Боденомъ — 345. Отношение суверенной государственной власти къ средневѣковымъ организациямъ властвованія — 346. Конструкція монархическаго суверенитета — 347. Теорія общественнаго договора и ея значеніе для ученія о суверенитетѣ — 348. Конструкція юридической личности государства у Гоббса — 349. Теорія народнаго суверенитета — 349. Конструкція государства, какъ юридического лица, и ученіе о государственномъ суверенитетѣ — 351. Значеніе соединеній государствъ для ученія о суверенитетѣ — 353. Государства суверенныя и несuverенныя — 354. Неприемлемость ученія о несuverенномъ государствѣ — 355.

II. Опредѣленіе государственной власти какъ воли юридической личности государства — 356. Отверженіе этого опредѣленія Коркуновымъ и Дюги — 358. Разъясненіе методологическаго недоразумѣнія, допущеннаго названными учеными — 359. Опредѣленіе Коркуновымъ государственной власти какъ объекта юридического отношенія, и критика этого ученія — 359. Отрицаніе въ ученіи Дюги юридической личности государства и государственнаго суверенитета, и критика этого ученія — 360.

§ 35. Населеніе 363—374

I. Домѣніальное подданство, вассальная зависимость и муниципальное гражданство — 363. Государственное подданство и государственное гражданство — 364.

II. Народъ въ этнографическомъ и политическомъ смыслѣ — 365. Индивидуалистическая и коллективистическая, или социальная концепція населенія — 366. Теоретическое различіе государства и общества — 368. Схема выдѣленія общественныхъ группъ по физиологическому началу кровнаго родства — 370, экономическому началу производства и распредѣленія матеріальныхъ благъ — 370, и духовному началу нравственнаго и умственнаго развитія — 373. Юридическое закрѣпленіе и юридическая нивелировка общественныхъ различій: со-

словный строй населенія и строй государственно-гражданскій — 374.

Глава XI. Функции и органы государства 374

§ 36. Основные отрасли проявления государственной власти 374—390

Законодательство, судъ и управление — 375. Несложность функций власти въ народномъ государствѣ — 377, и при феодальномъ строе — 379. Историческое образование функций государственной власти въ государствѣ новаго времени — 379. Полное огосударствление суда — 380. Развитие управления и образование полицейскаго государства — 381. Теократическое обоснованіе государственной опеки въ XVII вѣкѣ — 382. Рациональное обоснованіе государственной опеки въ школахъ естественнаго права — 383. Просвѣщенный абсолютизмъ — 384. Либеральная система управления — 385. Либеральная доктрина — 385, и идея правового государства съ точки зрѣнія задачъ государственной дѣятельности — 386. Обоснованіе либеральной доктрины у Джона Локка — 386, и у Канта — 387. Кризисъ либеральной доктрины и новое, съ половины XIX столѣтія, пониманіе задачъ государственнаго управления — 388. Соціальная политика и культурное государство — 389. Понятіе о правленіи и правительственныхъ актахъ — 389.

§ 37. Государственные органы 390—397

Понятіе государственнаго органа — 390. Основное дѣленіе государственныхъ органовъ — 391. Личный составъ государственныхъ органовъ — 393. Обособленіе государственныхъ органовъ по функциямъ — 394. Ученіе Монтескье о раздѣленіи властей — 395.

Глава XII. Классификація государствъ 397

§ 38. Распредѣленіе государствъ по количеству правящихъ лицъ и по степени обезпеченія общаго блага 399—405

Схема распредѣленія образцовъ правленія у Платона — 399, и у Аристотеля — 401. Ученіе Полибія о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ — 402. Традиція классической схемы — 404.

§ 39. Распредѣленіе государствъ по степени обезпеченія личной свободы 405—419

Сложность ученія Монтескье о классификаціи государствъ — 405. Классификація по природѣ правленія и по принципу правленія — 405. Опредѣленіе образа правленія по объекту государственнаго устройства — 408.

Отношеніе государствъ къ свободѣ личности, какъ классификаціонный признакъ — 409. Свободное правленіе въ Англіи — 409: раздѣленіе властей — 410, и вопросъ о смѣшанномъ государственномъ устройствѣ — 412. Правленія умѣренныя и деспотическія — 413. Устройство оборонительной силы государства, какъ классификаціонный признакъ — 415. Военное правленіе — 415. Сложныя государственныя образованія — 417. Общеіе выводы относительно ученія Монтеסקье о классификаціи государствъ — 418. Распредѣленіе государствъ у Канта по формѣ властвованія и формѣ правленія — 419.

§ 40. Распредѣленіе государствъ по различію культурнаго развитія и строенія общественныхъ элементовъ . . . 420—426

Вліяніе соціальной концепціи государства и эволюціонной точки зрѣнія на ученіе о классификаціи государствъ — 420. Классификаціонная схема Роберта Моля — 421. Общее замѣчаніе о схемѣ Моля и о другихъ классификаціонныхъ опытахъ этого рода — 425.

§ 41. Образы устройства и правленія современныхъ культурныхъ государствъ 426—436

I. Монархіи и республики — 426. II. Различіе образцовъ правленія по составу народнаго представительства и законодательныхъ палатъ — 428. III. Дуалистическій конституціонализмъ и парламентаризмъ — 430. IV. Административная централизація и децентрализація — 432. V. Различіе образцовъ правленія по отношенію къ свободѣ личности — 433. VI. Дѣленіе государствъ на простыя и сложныя — 434.

Глава XIII. Право въ системѣ государственной организаціи 436

§ 42. Историческое взаимоотношеніе между правомъ и государствомъ 436—445

Обезпеченіе государствомъ осуществленія права — 437. Постепенное развитіе законодательныхъ функцій государственной власти — 438. Монополизациа правотворенія государственной властью и верховенство закона — 439. Воздѣйствіе права на государственную организацію: въ народномъ государствѣ и при феодальномъ строеѣ — 441, въ государствѣ новаго времени — 442. Образованіе юридическихъ отношеній между государствомъ и населеніемъ — 444.

§ 43. Сосредоточеніе правотворенія въ рукахъ государственной власти 445—478

I. Ученіе о законѣ въ формальномъ смыслѣ — 446.
1. Законодательная инициатива — 447. 2. Обсужденіе и

одобрение законопроекта — 449. 3. Санкция закона — 450.
4. Обнародование закона — 454. 5. Инкорпорация и
кодификация — 455.

II. Указы и их отличие от законов — 457; чрезвычайные указы — 459.

III. Действие законов во времени и в пространстве — 461. 1. Вступление закона в силу — 462. Закон не имеет обратного действия — 464. 2. Территориальное действие закона и столкновение разногласных законов — 467.

IV. Законодательная регламентация действия других, кроме закона, источников и видов положительного права — 471. Вопрос о свободном правотворении судьи в законодательстве — 475, и в науке — 477.

§ 44. Официальное и неофициальное право 478—483

Выводы, делаемые из верховенства закона догматической юриспруденцией — 479. Неправильность этих выводов — 480. Необходимость различия официального и неофициального права — 481. Социологическое направление догматической юриспруденции — 482.

Глава XIV. Воздействие права на государственную организацию 483

§ 45. Правовые формы и правовые пределы проявления государственной власти 483—510

I. Правовое государство в его современном понимании — 484. Две стадии в развитии правового государства — 485. Законность правления и ее значение — 486. Система субъективных публичных прав граждан — 488. Сочетание законности правления с признанием субъективных публичных прав граждан — 490.

II. Деление законов на основные и обыкновенные — 491. Основные законы при старом порядке и при новом конституционном строе — 492. Формальный отличительный признак основных законов — 494. Особый порядок изменения основных законов — 495. Проверка конституционной правомочности обыкновенных законов пред их обнародованием — 498. Судебный контроль над конституционностью обыкновенных законов — 499. Политические гарантии конституционности законодательства — 500. Конституция в материальном смысле и конституция в формальном смысле — 502.

III. Обеспечение начала правомочности в отправлении суда — 503.

IV. Проникновение начала правомѣрности въ область управления — 504. Административный актъ — 506, и его подзаконность — 507. Гарантии, обеспечивающія правомѣрность въ управлении — 508.

§ 46. Теоретическая конструкция взаимоотношенія между государствомъ и правомъ 511—518

Теорія прирожденныхъ и неотчуждаемыхъ естественныхъ правъ индивида — 512. Ученіе о самоограниченіи и самообязываніи государства правомъ — 513. Теорія суверенитета права — 514. Ученіе Дюги о подчиненіи актовъ властвованія праву — 515. Критика приведенныхъ теорій — 516. Логическое и этическое обоснованіе ограниченія государства правомъ — 517.

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

выходять съ 1893 г. въ неопредѣленные сроки, не менѣе 4 разъ въ теченіе года.

Ученыя Записки распадается на два отдѣла: официальный и научный.

Въ официальномъ отдѣлѣ помѣщаются годовой отчетъ Университета, актовыя рѣчи, отзывы о диссертацияхъ, обзорніе лекцій и т. п.

Въ научномъ отдѣлѣ помѣщаются работы преподавателей Университета; изъ студенческихъ же работъ печатаются (по возможности въ извлеченіи) лишь сочиненія, удостоенныя золотой медали.

Научныя статьи **Ученыхъ Записокъ** печатаются какъ на русскомъ языкѣ, такъ и на одномъ изъ болѣе распространенныхъ западно-европейскихъ языковъ, а также на латинскомъ, по выбору автора.

Подписка принимается Правленіемъ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Подписная цѣна 6 руб. въ годъ.

Редакторъ **Е. Пѣтуховъ.**
