



1917.

Годъ 25.

УЧЕБНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

АСТА

ET

COMMENTATIONES

IMP. UNIVERSITATIS JURIEVENSIS

(OLIM DORPATENSIS).



ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1917.



Отъ редакціи.

Редакція „Ученыхъ Записокъ ИМПЕРАТОРСКАГО Юрьевскаго Университета“ взаменъ особыхъ извѣщеній симъ имѣетъ честь предложить всѣмъ учрежденіямъ, редакціямъ и лицамъ, съ коими она состояла въ обменѣ изданіями въ прошломъ 1916 году, продолжать этотъ обменъ и въ текущемъ 1917 году.

Редакторъ Е. ПѢтуховъ.



1917.

Годъ 25.

УЧЕБНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

№ 1.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1917.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Юрьевскаго
Университета.

Юрьевъ, 27 января 1917 г.

№ 144.

Ректоръ Пусторослевъ.

СОДЕРЖАНИЕ.

Официальный отдѣлъ.

Стр.

Обозрѣніе лекцій въ Императорскомъ Юрьевскомъ Университетѣ. 1917 г. I семестръ 1— 16

Научный отдѣлъ.

Проф. И. Л. Кондаковъ. Стереизомеры ментола 1— 8

Приложенія.

Проф. Ѳ. В. Тарановскій. Учебникъ энциклопедіи права.
I—IV и 1—256

ОБОЗРѢНІЕ
ЛЕКЦІЙ

ВЪ

ИМПЕРАТОРСКОМЪ
ЮРЬЕВСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТЪ.

1917 г. I семестръ.

Профессоръ православнаго богословія.

Маг. **А. С. Царевскій**, митрофорный протоіерей: православное богословіе, 6 ч. въ нед., по понед., отъ 1—2 ч., по вторн. отъ 11—12 ч. и по сред. отъ 9—10 ч., остальные часы будутъ назначены впоследствии по соглашенію со слушателями.

I. Богословскій Факультетъ.

Докт. **И. И. Квачала**, орд. проф. историческаго богословія, и. об. Декана: 1) церковная исторія, ч. II, 4 ч. въ нед., по понед., вторн., сред. и четв. отъ 4—5 ч.; — 2) исторія догматовъ, ч. II, 3 ч. въ нед., по понед., вторн. и сред. отъ 5—6 ч.

Маг. **Т. Т. Ганъ**, экстраорд. проф. практическаго богословія, пасторъ университетскаго прихода: 1) гомилетика, 3 ч. въ нед., по понед., вторн. и сред. отъ 9—10 ч.; — 2) ученіе о миссиі, ч. I, 2 ч. въ нед., по сред. отъ 10—11 ч. и по четв. отъ 9—10 ч.; — 3) гомилетическій и катехитическій семинарій, 3 ч. въ нед., по четв. отъ 10—11 ч. и по пятн. отъ 9—11 ч.

Канд. богословія **І. О. Сандерсъ**, экстраорд. проф. практическаго богословія на латышскомъ языкѣ: 1) гомилетика, 3 ч. въ нед., по четв. отъ 10—12 ч. и по пятн. отъ 11—12 ч.; — 2) ученіе о миссиі, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 12—1 ч. и по субб. отъ 10—11 ч.; — 3) гомилетическій и катехитическій семинарій, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 11—1 ч.

Канд. богословія **І. Э. Кепль**, экстраорд. проф. практическаго богословія на эстонскомъ языкѣ: 1) гомилетика, 3 ч. въ нед., по понед. отъ 11—1 ч. и по вторн. отъ 12—1 ч.; — 2) гомилетическій и катехитическій семинарій, 3 ч. въ нед., по вторн. отъ 11—12 ч. и по сред. отъ 11—1 ч.

Лекціи по другимъ обязательнымъ предметамъ будутъ объявлены впоследствии.

II. Юридическій Факультетъ.

Докт. **М. Е. Красноженъ**, орд. проф. церковнаго права, Деканъ: 1) церковное право (внутреннее право перкви), 4 ч. въ нед., по пятн. и субб. отъ 4—6 ч.; — 2) исторія русскаго права, 4 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 4—6 ч.; — 3) практическія занятія по церковному праву, 2 ч. въ нед., по сред. отъ 4—6 ч.

- Докт. П. П. Пусторослевъ**, заслуж. орд. проф. уголовного права, Ректоръ: 1) уголовное судопроизводство, 4 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 9—11 ч.; — 2) практическія занятія по уголовному судопроизводству (необязательно), 2 ч. въ нед., по сред. отъ 9—11 ч. (Ауд. № 2).
- Маг. В. Э. Грабарь**, испр. должн. орд. проф. международного права, 1) международное право (органы и международные споры), 4 ч. въ нед., по пятн. и субб. отъ 12—2 ч.; — 2) практическія занятія по международному праву, часы будутъ установлены по соглашенію со студентами (Ауд. № 2).
- Докт. Л. А. Шалландъ**, орд. проф. государственнаго права, Проректоръ: 1) государственное право, 6 ч. въ нед., по понед., вторн. и сред. отъ 10—12 ч.; — 2) практическія занятія по государственному праву, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 10—12 ч. (Ауд. № 6).
- Докт. О. В. Тарановскій**, орд. проф. исторіи русскаго права, находится въ командировкѣ.
- Маг. Б. В. Никольскій**, испр. должн. орд. проф. римскаго права: догма римскаго права, 6 ч. въ нед., по пятн. отъ 11—1 ч. (Ауд. № 1) и отъ 4—6 ч. (Ауд. № 2) и по субб. отъ 11—1 ч. (Ауд. № 1).
- Докт. М. И. Догель**, орд. проф. полицейскаго права: полицейское право, 4 ч. въ нед., по пятн. и субб. отъ 12—2 ч.
- Докт. М. П. Чубинскій**, орд. проф. уголовного права: 1) уголовное право (общая часть), 6 ч. въ нед., по четв. отъ 1—3 ч. и отъ 5—7 ч. и по пятн. отъ 11—1 ч.; — 2) практическія занятія по уголовному праву, 1 ч. въ нед., по субб. отъ 2—3 ч.
- Докт. А. Л. баронъ Фрейтагъ-Лоринговенъ**, орд. проф. римскаго права: 1) исторія римскаго права, 6 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 11—12 ч., по сред. и четв. отъ 10—12; — 2) гражданское право, 6 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 9—11 ч., по сред. и четв. отъ 9—10 ч.
- Канд. юрид. наукъ А. С. Невзоровъ**, заслуж. испр. должн. экстраорд. проф. торговаго права: 1) торговое право, 4 ч. въ нед., по понед. и сред. отъ 12—2 ч. (Ауд. № 2); — 2) практическія занятія по торговому праву (необязательно), 2 ч. въ нед., по четв. отъ 1—3 ч. (Ауд. № 2); — 3) гражданскій процессъ, 3 ч. въ нед., по сред. отъ 11—12 ч. и по четв. отъ 11—1 ч. (Ауд. № 2); — 4) мѣстное право Прибалтійскихъ губерній, 4 ч. въ нед., по понед. отъ 6—8 ч. и по вторн. отъ 12—2 ч. (Ауд. № 2).
- Маг. М. А. Сириновъ**, экстраорд. проф. политической экономіи и статистики, объявитъ свои лекціи впоследствии.
- Маг. М. А. Курчинскій**, экстраорд. проф. финансоваго права: 1) финансовое право, 4 ч. въ нед., по пятн. отъ 12—2 ч. и по субб. отъ 10—12 ч.; — 2) практическія занятія по финансовому праву, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 6—8 ч.

Имѣющ. дипл. I-й степ. **Н. И. Щукинъ**, приватъ-доцентъ государственнаго права: 1) исторія философіи права, 4 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 9—11 ч.; — 2) практическія занятія по исторіи философіи права (необязательно), 2 ч. въ нед., во пятн. отъ 12—2 ч.

III. Медицинскій Факультетъ.

Докт. **В. А. Афанасьевъ**, заслуж. орд. проф. общей патологій и патологической анатоміи, Деканъ: 1) общая патологія, ч. I, 4 ч. въ нед., по вторн., сред., четв. и пятн. отъ 9—10 ч.; — 2) частная патологическая анатомія, ч. II, 4 ч. въ нед., въ тѣ-же дни отъ 10—11 ч.; — 3) практическій курсъ патологической гистологій, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 10—12 ч.; — 4) практическія упражненія, ежедневно отъ 9—4 ч. (Лекціи и практическія упражненія въ патологическомъ институтѣ.)

Докт. **К. К. Дегио**, заслуж. орд. проф. специальной патологій и клиники: терапевтическая факультетская клиника (для студентовъ IV курса), 6 ч. въ нед., по понед., вторн., четв. и пятн. отъ 9½—11 ч. (Въ медицинской клиникѣ).

Докт. **В. Ф. Чижъ**, орд. проф. психіатрии, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.

Докт. **А. С. Игнатовскій**, заслуж. орд. проф. государственнаго врачевѣдѣнія: 1) теоретическій курсъ по судебной медицинѣ (для студентовъ IV курса), 4 ч. въ нед., по вторн. и сред. отъ 11—12 ч. и по субб. отъ 12—2 ч.; — 2) практическія упражненія по судебной медицинѣ и по вскрытію труповъ, 3 ч. въ нед., изъ нихъ 1 ч теор. лекціи, по вторн. отъ 11—12 ч., а практическія упражненія по четв. отъ 5—7 ч. или въ другіе дни, въ случаѣ необходимости произвести судебно-медицинскія вскрытія неотложно; — 3) первая помощь въ несчастныхъ случаяхъ, для фармацевтовъ и студентовъ, 1 ч. въ нед., по сред. отъ 5—6. (Въ судебно-медиц. институтѣ).

Докт. **В. П. Курчинскій**, заслуж. орд. проф. физиологій: 1) физиологія, 6 ч. въ нед.; — 2) физиологическая химія, съ практическими занятіями въ лабораторіи, 4 ч. въ нед. (по группамъ). Лекціи и практическія занятія будутъ происходить въ физиологическомъ институтѣ по вторн., сред., четв. и пятн. отъ 11—1 ч. и отъ 5—9 ч.

Маг. **И. Л. Кондановъ**, заслуж. испр. должн. орд. проф. фармаціи: 1) фармація (для медиковъ), 4 ч. въ нед., по понед. отъ 10—12 ч. и по субб. отъ 9—11 ч.; — 2) фармацевтическая химія (для фармацевтовъ 4-го семестра), 5 ч. въ нед., по вторн. отъ 10—11 ч., по сред. и по пятн. отъ 10—12 ч.; — 3) практическія занятія по качественному анализу: а) для медиковъ, 3 ч. въ нед., по пятн. отъ 2—5 ч.;

б) для фармацевтовъ 2-го семестра, 5 ч. въ нед., по вторн. отъ 2—4 ч. и по пятн. отъ 2—5 ч.; — 4) практическія занятія по судебной химіи (для фармацевтовъ 4-го семестра), 5 ч. въ нед., по вторн. отъ 2—4 ч. и по пятн. отъ 2—5 ч.; — 5) объемный анализъ (для фармацевтовъ 4-го семестра), 3 ч. въ нед., по понед. отъ 2—5 ч. (Въ фармацевтическомъ институтѣ).

Докт. В. Г. Цеге фонъ Мантейфель, орд. проф. хирургіи: 1) факультетская хирургическая клиника, ежедневно отъ 12—2 ч. (въ хирургической клиникѣ); — 2) военнополовая хирургія (въ зданіи лазарета сѣвернаго района, Садовая ул.), 6 ч. въ нед., по вторн., четв. и субб. отъ 6—8 ч.

Докт. С. Д. Михновъ, орд. проф. акушерства, женскихъ и дѣтскихъ болѣзней: 1) теоретическія лекціи по гинекологіи (для студентовъ III курса), 3 ч. въ нед., по вторн. и субб. отъ 6—7 $\frac{1}{2}$ ч. веч.; — 2) клиническія лекціи (для студентовъ IV курса), 6 ч. въ нед., по понед., четв., пятн. и субб. отъ 11—12 ч. и по пятн. отъ 6—8 ч. (Въ аудиторіи акушерской клиники).

Докт. Д. М. Лавровъ, орд. проф. фармакологіи, діететики и исторіи медицины, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.

Докт. М. И. Ростовцевъ, орд. проф. хирургіи: 1) курсъ общей хирургіи (для студентовъ III курса), 3 ч. въ нед., по понед. и пятн. отъ 6—7 $\frac{1}{2}$ ч. веч.; — 2) хирургическая госпитальная клиника (для студентовъ V курса), 6 ч. въ нед., по вторн. отъ 1—2 $\frac{1}{2}$ ч., по сред., пятн. и субб. отъ 12—2 ч. (Въ аудиторіи госпитальн. хирург. клиники).

Докт. Е. А. Шепилевскій, ордин. проф. государственнаго врачебно-вѣдѣнія: 1) гигиена, теоретическій курсъ, 4 ч. въ нед., по понед. и субб. отъ 5—7 ч.; — 2) эпизоотологія съ ветеринарной полиціей, 2 ч. въ нед., по сред. отъ 5—7 ч.; — 3) методика гигиеническихъ изслѣдованій, по группамъ, 6 ч. въ нед. (изъ нихъ 3 дополнительныхъ), часы будутъ назначены впоследствии. (Въ аудиторіи новоанатомическаго зданія).

Докт. А. И. Яроцкій, орд. проф. специальной патологіи и клиники: терапевтическая госпитальная клиника, 6 ч. въ нед., по понед., сред., и субб. отъ 11—12 $\frac{1}{2}$ ч. (Въ госпитальной терапевтической клиникѣ).

Докт. Н. Н. Вестерникъ, орд. проф. специальной патологіи и клиники, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.

Докт. Н. Н. Бурденко, орд. проф. оперативной хирургіи: 1) введеніе практическихъ упражненій по оперативной хирургіи, 4 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии; — 2) оперативная хирургія и топографическая анатомія съ десмургіей, 3 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии. (Въ старо-анатомич. институтѣ).

- Докт. **А. Г. Люткевичъ**, орд. проф. офтальмологии и офтальмологической клиники: клиническія лекціи по офтальмологии, 6 ч. въ нед., ежедневно отъ 9³/₄—10³/₄ ч. (Въ аудиторіи глазной клиники).
- Докт. **В. Я. Рубашкинъ**, орд. проф. сравнительной анатоміи, эмбриологии и гистологии: 1) гистология и эмбриология съ практическими занятіями, 9 ч. въ нед., по понед., сред. и четв. отъ 12—2 ч., по вторн. отъ 12—2 ч. и по пятн. отъ 1—2 ч.; — 2) сравнительная анатомія, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 10—12 ч. (Въ аудиторіи анатомическаго зданія).
- Докт. **В. П. Жуковскій**, сверхшт. экстраорд. проф. дѣтскихъ болѣзней: курсъ дѣтскихъ болѣзней, 4 ч. въ нед., по понед. и вторн. отъ 3—5 ч.
- Докт. **Г. А. Адольфи**, экстраорд. проф. анатоміи: 1) анатомія человѣка, ч. II, 6 ч. въ нед., ежедневно отъ 8—9 ч.; — 2) практическія занятія по анатоміи, ежедневно отъ 9—1 ч. и отъ 3—6 ч. (Въ анатомическомъ институтѣ).
- Докт. **И. И. Широкогоровъ**, сверхшт. экстраорд. проф. общей патологии и патологической анатоміи и исп. об. прозектора патологической анатоміи при патологическомъ институтѣ, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.
- Докт. **А. И. Ющенко**, сверхштатный экстраорд. проф. психіатріи: 1) клиника нервныхъ и душевныхъ болѣзней, 4 ч. въ нед.; — 2) общая патология нервной системы, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 3—5 ч. (въ женской клиникѣ) и по воскресеньямъ отъ 10—2 ч. (Въ клиникѣ нервныхъ и душевныхъ болѣзней).
- Докт. **А. Н. Пальдрокъ**, доцентъ кожныхъ и венерическихъ болѣзней: 1) курсъ по венерическимъ болѣзнямъ, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 12—2 ч. (для студентовъ V курса); — 2) курсъ по кожнымъ болѣзнямъ, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 12—2 ч. (для студентовъ IV курса). (Въ поликлиникѣ),
- Докт. **И. Ю. Мейеръ**, приватъ-доцентъ акушерства и гинекологіи: акушерская казуистика (Colloquium) съ практическими упражненіями на фантомѣ, 1 ч. въ нед., по понед. отъ 7—8 ч. (Въ женской клиникѣ).
- Докт. **И. В. Георгіевскій**, приватъ-доцентъ оперативной хирургіи и топографической анатоміи и прозекторъ при кабинетѣ оперативной хирургіи: малая хирургія, ч. II, 3 ч. въ нед., по пятн. отъ 4—6 ч. и по субб. отъ 5—6 ч. (Въ аудиторіи кабинета оперативной хирургіи).
- Докт. **Г. И. Коппель**, приватъ-доцентъ ушныхъ, носовыхъ и горловыхъ болѣзней и ассистентъ поликлиники: 1) курсъ оторино- и ларингологии, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 6—8 ч.; — 2) врачебная діагностика, ч. II, 4 ч. въ нед., по понед. и субб. отъ 3—5 ч.; — 3) поликлиника, 3 ч. въ нед., по вторн., сред. и четв. отъ 3—4 ч. (Въ аудиторіи поликлиники).

Докт. Э. Э. Мазингъ, приватъ-доцентъ специальной патологии и клиники и ассистентъ терапевтической клиники: 1) клиническія лекціи, 3 ч. въ нед., по сред. и субб. отъ 9 $\frac{1}{2}$ —11 ч.; — 2) химико-микроскопическій практическій курсъ, 3 ч. въ нед., по вторн., четв. и пятн. отъ 8—9.

Докт. М. В. Брезовскій, приватъ-доцентъ нервныхъ и душевныхъ болѣзней и ассистентъ психіатрической клиники, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.

Докт. О. Г. Ротбергъ, приватъ-доцентъ по дѣтскимъ болѣзнямъ: 1) о разстройствахъ питанія грудныхъ дѣтей, 1 ч. въ нед.; — 2) демонстрація больныхъ дѣтей, 1 ч. въ нед., по сред. отъ 3—5 ч. (Въ медицинской клиникѣ).

Докт. В. Н. Воронцовъ, приватъ-доцентъ фармакологіи, токсикологіи и бальнеологіи и прозекторъ при фармакологическомъ институтѣ: 1) о мѣстно-анестезирующихъ веществахъ, 1 ч. въ нед., по пятн. отъ 1—2 ч. (необязательно); — 2) фармакологія съ рецептурой и ученіемъ о минеральныхъ водахъ, 6 ч. въ нед.; — 3) фармакологія (для слушателей фармаціи), 1 ч. въ нед. Дни и часы будутъ назначены впоследствии. (Въ аудиторіи фармакологическаго института).

Докт. Н. И. Лепорскій, приватъ-доцентъ специальной патологии и клиники и ассистентъ терапевтической госпитальной клиники: 1) общая терапія, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 6—8 ч.; — 2) частная патологія и терапія, 4 ч. въ нед. Дни и часы будутъ назначены впоследствии. (Въ аудиторіи женской клиники).

Докт. О. М. Хольбеяъ, приватъ-доцентъ хирургіи, находится на театрѣ военныхъ дѣйствій.

Докт. Э. Г. Террепсонъ, приватъ-доцентъ кожныхъ и венерическихъ болѣзней: курсъ накожныхъ и венерическихъ болѣзней съ демонстраціями больныхъ (специально по сифилису и Васермановской реакціи), 2 ч. въ нед., по понед. и сред. отъ 7—8 ч. (по Александровской ул. № 80^а въ мужскомъ отдѣленіи городской больницы).

Докт. П. Х. Калачевъ, приватъ-доцентъ по внутреннимъ болѣзнямъ: болѣзни легкихъ и плевры, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 4—6 ч. (Въ медицинской клиникѣ).

Маг. И. В. Шиндельмейзеръ, приватъ-доцентъ фармаціи и старшій ассистентъ фармацевтическаго института: 1) отдѣльныя главы изъ судебной химіи, 1 ч. въ нед., по вторн. отъ 12—1 ч.; — 2) фармацевтическая бухгалтерія, 1 ч. въ нед., по четв. отъ 12—1 ч. (Въ фармацевтическомъ институтѣ).

Докт. П. М. Смиеръ, приватъ-доцентъ по кожнымъ и венерическимъ болѣзнямъ, объявить свои лекціи впоследствии.

Г. О. Вельцъ, учитель массажа, врачебной гимнастики и механотерапіи: 1) полный курсъ массажа, врачебной гимнастики и механотерапіи, 6 ч. въ нед., по понед., четв. и пятн. отъ 7—9 ч. (въ помѣщ. хирургич. поликлиники); — 2) практическія упражненія въ хирургической поликлиникѣ и клиникахъ, 6 ч. въ нед.

IV. Историко-филологическій Факультетъ.

Докт. Е. В. Пѣтуховъ, орд. проф. русскаго языка въ особенности и славянскаго языковѣдѣнія вообще, Деканъ: 1) общій курсъ исторіи русской литературы (переходная эпоха), 3 ч. въ нед., по понед. отъ 10—12 ч. и по сред. отъ 10—11 ч.; — 2) специальный курсъ по исторіи русской литературы (литературная критика, ч. 2), 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 12—2 ч.; — 3) практическія занятія по исторіи русской литературы, 1 ч. въ нед., по сред. отъ 11—12 ч. (въ Студ. Общеж. № 16).

Докт. Я. Ф. Озе, заслуженный орд. проф. философіи и педагогики: 1) исторія древней философіи, ч. II, 3 ч. въ нед., по четв., пятн. и субб. отъ 11—12 ч.; — 2) гносеологія (продолженіе), 3 ч. въ нед., по четв., пятн. и субб. отъ 12—1 ч. (Ауд. № 17 въ зданіи Общежитія).

Докт. М. Н. Крашенинниковъ, орд. проф. древне-классической филологии и исторіи литературы: 1) Тацитъ, *Ab excessu divi Augusti*, кн. IV, 2 ч. въ нед., по сред. отъ 5—7 ч.; — 2) Плавтъ, *Miles Gloriosus*, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 4—6 ч.; — 3) латинскій синтаксисъ и стилистика съ практическими упражненіями, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 3—5 ч.; — 4) Ксенофонтъ *Ἑλληνικά*, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 5—7 ч.; — 5) римская исторія (общій курсъ), 2 ч. въ нед., по сред. отъ 3—5 ч.; — 6) элементарный курсъ греческаго языка, 3 ч. въ нед., по сред. отъ 7—8 ч. и по пятн. отъ 6—8 ч.

Докт. Л. Н. Мазингъ, заслуженный орд. проф. сравнительной грамматики славянскихъ нарѣчій: 1) сравнительная грамматика славянскихъ языковъ, ч. I (ученіе о звукахъ), 3 ч. въ нед., по вторн., четв. и пятн. отъ 10—11 ч.; — 2) славянскіе тексты, 2 ч. въ нед., по вторн. и пятн. отъ 11—12 ч.; — 3) практическія занятія, 1 ч. въ нед., по четв. отъ 11—12 ч. (Аудиторія: музей изящныхъ искусствъ).

Маг. Д. Н. Нудряевскій, испр. должн. орд. проф. нѣмецкаго и сравнительнаго языковѣдѣнія: 1) начальный курсъ санскритскаго языка, 4 ч. въ нед., по понед. и четв. отъ 4—6 ч. (Ауд. № 5); — 2) практическія занятія по сравнительной грамматикѣ, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 4—6 ч. (Ауд. № 5).

Докт. И. И. Лаппо, орд. проф. русской исторіи: 1) общій курсъ русской исторіи, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 10—12 ч.

(Ауд. № 5); — 2) специальный курсъ русской исторіи (внутренній строй Литовско-Русскаго государства), 2 ч. въ нед., по понед. отъ 10—12 ч. (Ауд. № 5); — 3) практическія занятія по русской исторіи (продолженіе занятій предшествующаго семестра), 2 ч. въ нед., по сред. отъ 11—1 ч. (Ауд. Общежитія № 17).

Маг. В. Э. Регель, испр. должн. орд. проф. всеобщей исторіи: 1) исторія среднихъ вѣковъ, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 12—1 ч. и по сред. отъ 1—2 ч.; — 2) исторія Византіи, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 6—8 ч.; — 3) практическія занятія, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 6—8 ч. (Студ. Общез. Ауд. № 16 и 17).

Докт. Г. А. Ильинскій, орд. проф. русскаго языка въ особенности и славянскаго языковѣднія вообще: 1) русскій языкъ (общій курсъ), 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 12—2 ч.; — 2) древне-церковно-славянскій языкъ (спеціальный курсъ), 2 ч. въ нед., по сред. отъ 12—2 ч.; — 3) исторія славянскихъ литературъ, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 12—2 ч.

Докт. Е. В. Тарле, орд. проф. всеобщей исторіи: 1) новая исторія (общій курсъ), 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 4—6 ч.; — 2) Европа въ эпоху французской революціи (спеціальный курсъ), 2 ч. въ нед., по субб. отъ 1—3 ч.; — 3) практическія занятія (разборъ документовъ и литературы по исторіи дипломатическихъ отношеній европейскихъ державъ въ эпоху конгрессовъ), 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 6—8 ч.

Маг. Э. Р. Фельсбергъ, экстраорд. проф. древне-классической филологіи и археологіи: 1) художественная миеологія, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 12—2 ч.; — 2) практическія занятія по исторіи античнаго искусства, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 12—2 ч.; — 3) Плутархъ, біографіяThemistocle, 2 ч. въ нед., по сред. отъ 12—2 ч.; — 4) Софокль, Электра, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 9—11 ч.

Маг. Б. В. Никольскій, испр. должн. орд. проф. римскаго права (см. юрид. фак.): Катулль и его произведенія, 1 ч. въ нед., по субб. отъ 10—11 ч. (Ауд. № 1).

Маг. Я. И. Лаутенбахъ, приватъ-доцентъ сравнительнаго языковѣднія и лекторъ латышскаго языка: 1) исторія всеобщей литературы: а) французская литература XVIII ст. (Руссо и энциклопедисты), 2 ч. въ нед., по понед. и сред. отъ 9—10 ч.; — б) итальянская литература XV и начала XVI ст., 1 ч. въ нед., по пятн. отъ 9—10 ч.; — 2) элементарный курсъ литовскаго языка (dainos), 1 ч. въ нед., по четв. отъ 9—10 ч.; — 3) лекторскій курсъ нѣмецкаго языка, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 3—5 ч. (Ауд. № 6).

Канд. исторіи П. А. Яковенко, приватъ-доцентъ всеобщей исторіи и старшій ассистентъ при кафедрахъ историко-филологическаго факультета: 1) исторія южныхъ славянъ въ новое

время, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 4—6 ч.; — 2) практическія занятія по исторіи славянъ, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 4—6 ч. (Ауд. № 17).

Имѣющ. дипл. 1-й степ. **Г. А. Замятинъ**, привать-доцентъ всеобщей исторіи и старшій помощникъ бібліотекаря: исторія церкви, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 5—7 ч. (Студ. Общеж. Ауд. № 17).

Имѣющ. дипл. 1-й степ. **В. С. Шилкарскій**, привать-доцентъ философіи и младшій помощникъ бібліотекаря: Платонъ, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 6—8 ч.

Маг. **И. П. Четвериковъ**, привать-доцентъ философіи: 1) эстетика, 3 ч. въ нед.; — 2) практическія занятія по психологіи, 2 ч. въ нед. Дни и часы будутъ назначены впоследствии.

Имѣющ. дипл. 1-й степ. **В. В. Богачевъ**, привать-доцентъ геологій (см. физ.-мат. фак.): 1) методика географіи, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 4—6 ч.; — 2) историческая географія Россіи, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 9—11 ч.

В. Физико-математическій Факультетъ.

Докт. **В. Е. Тарасенко**, орд. проф. минералогіи, Деканъ: 1) кристаллографія, 4 ч. въ нед., по понед., сред., четв. и пятн. отъ 1—2 ч.; — 2) коллоквиумъ по кристаллографіи (необязательно), 2 ч. въ нед., по сред. отъ 6—8 ч. (Ауд. № 4); — 3) петрографія, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 1—2 ч. и по субб. отъ 11—12 ч. (Ауд. № 4); — 4) практическія занятія по минералогіи и кристаллографіи, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 12—2 ч. (Минералогическій кабинетъ).

Докт. **Б. И. Срезневскій**, орд. проф. физической географіи и метеорологіи: 1) метеорологія, 3 ч. въ нед., по четв. отъ 12—2 ч. и по субб. отъ 1—2 ч.; — 2) физическая географія, 1 ч. въ нед., по субб. отъ 12—1 ч.; — 3) практическія занятія по метеорологіи, 2 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии.

Маг. **А. И. Садовскій**, испр. долж. орд. проф. физики: 1) общій курсъ физики, ч. II, 5 ч. въ нед., отъ 11—12 ч., первые пять дней недѣли; — 2) термодинамика (окончаніе), 3 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии; — 3) практическія занятія, 6 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии.

Докт. **В. Г. Алексѣевъ**, орд. проф. чистой математики: 1) интегральное исчисленіе, ч. II, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 9—11 ч.; — 2) начертательная геометрія, 3 ч. въ нед., по четв. отъ 9—11 ч. и по субб. отъ 9—10 ч.; — 3) практическія упражненія по интегральному исчисленію, 1 ч. въ нед., по пятн. отъ 11—12 ч.; — 4) практическія упражненія по приложенію дифференціального исчисленія къ геометріи, 1 ч. въ нед., по четв. отъ 11—12 ч.; — 5) высшая геометрія, 3 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии; — 6) основы

высшаго анализа (для студентовъ химиковъ), 4 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии.

Докт. **П. П. Граве**, орд. проф. чистой математики: 1) аналитическая геометрія пространства вмѣстѣ съ практическими занятіями, 5 ч. въ нед., въ первые пять дней недѣли отъ 11—12 ч. (3 часа теоріи и 2 часа практическихъ занятій); — 2) дифференціальное исчисленіе (аналитическія приложенія) вмѣстѣ съ практическими занятіями, 5 ч. въ нед., въ первые пять дней недѣли отъ 12—1 ч. (3 часа теоріи и 2 часа практическихъ занятій); — 3) теорія функціи комплекснаго переменнаго, 4 часа въ нед., которые будутъ назначены впоследствии.

Докт. **К. К. Сентъ-Илеръ**, орд. проф. зоологіи: 1) сравнительная анатомія и эмбриологія позвоночныхъ животныхъ, 5 ч. въ нед.; — 2) практическія занятія къ курсу сравнительной анатоміи и эмбриологіи позвоночныхъ животныхъ, 2 ч. въ нед.; — 3) практическія занятія по гистологіи животныхъ, 2 ч. въ нед.: — 4) практическая ихтиологія, 2 ч. въ нед.; — 5) спеціальныя практическія занятія по зоологіи въ лабораторіи. Дни и часы будутъ назначены по соглашенію со слушателями.

Маг. **А. И. Томсонъ**, испр. должн. орд. проф. сельскаго хозяйства и технологіи: 1) агрономическая химія, ч. II, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 10—11 ч. и по сред. отъ 11—12 ч.; — 2) крахмальное производство, 1 ч. въ нед., по четв. отъ 10—11 ч.; — 3) растеніеводство, 2 ч. въ нед., по пятн. и субб. отъ 10—11 ч. (для студ. VI сем.); — 4) растеніеводство (продолженіе), 1 ч. въ нед., по пятн. отъ 11—12 ч. (для студ. VIII сем.); — 5) практическія занятія въ лабораторіи, 6 ч. въ нед., по понед., вторн., четв. и субб. отъ 11—12 ч. и по сред. и пятн. отъ 12—1 ч.

Докт. **К. Д. Покровскій**, орд. проф. астрономіи, командированъ въ Пермское отдѣленіе Императорскаго Петроградскаго Университета.

Канд. естеств. наукъ **С. К. Богушевскій**, испр. должн. экстраорд. проф. сельскаго хозяйства и технологіи: 1) почвовѣдѣніе, 3 ч. въ нед., по понед. отъ 4—6 ч. и по сред. отъ 4—5 ч.; — 2) сельско-хозяйственное счетоводство, 1 ч. въ нед., по сред. отъ 5—6 ч.; — 3) частное скотоводство (крупный рогатый скотъ), 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 4—6 ч.; — 4) практическія занятія по химическимъ изслѣдованіямъ почвы, 2 ч. въ нед., по соглашенію со слушателями.

Маг. **А. Д. Богоявленскій**, экстраорд. проф. химіи: 1) органическая химія, 5 ч. въ нед., ежедневно, кромѣ субботы, отъ 10—11 ч.; — 2) практическія занятія въ химической лабораторіи (совмѣстно съ проф. Г. А. Ландезеномъ), 6 ч. въ нед., ежедневно отъ 11—12 ч.

Маг. Г. А. Ландезень, экстраорд. проф. химіи: 1) аналитическая химія, 4 ч. въ нед., въ первые четыре дня недѣли отъ 9—10 ч.; — 2) спеціальный курсъ неорганической химіи (введеніе въ физическую химію), 3 ч. въ нед., по понед. отъ 12—1 ч. и по пятн. и субб. отъ 9—10 ч.; — 3) практическія занятія въ химической лабораторіи (совмѣстно съ проф. А. Д. Богоявленскимъ), 6 ч. въ нед., ежедневно отъ 11—12 ч.

Маг. Н. Н. Боголюбовъ, экстраорд. проф. минералогіи: 1) динамическая геологія, 5 ч. въ нед., по сред. и пятн. отъ 11—1 ч. и по четв. отъ 11—12 ч.; — 2) введеніе въ историческую геологію (необязательно), 1 ч. въ нед., по четв. отъ 12—1 ч.

Маг. Л. С. Лейбензонъ, экстраорд. проф. прикладной математики: 1) аналитическая механика, 4 ч. въ нед., по вторн. и сред. отъ 12—2 ч.; — 2) динамика твердаго тѣла, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 4—6 ч.; — 3) практическія занятія по механикѣ, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 12—2 ч.; — 4) распространеніе электромагнитныхъ волнь, 2 ч. въ нед., дни и часы по соглашенію со слушателями; — 5) начала аналитической механики (для студентовъ химиковъ), 4 ч. въ нед., дни и часы по соглашенію со слушателями; — 6) практическія занятія по механикѣ (для студентовъ химиковъ), 1 ч. въ нед.; день и часъ по соглашенію со слушателями.

Канд. физ.-мат. наукъ Э. Г. Шенбергъ, (Докторъ философіи Кильскаго Университета), астрономъ-наблюдатель: 1) небесная механика, 2 ч. въ нед., часы по условію со слушателями; — 2) звѣздная статистика (необязательно), 1 ч. въ нед., который будетъ назначенъ впоследствии.

Маг. Н. В. Кулатшевъ, приватъ-доцентъ химіи и старшій ассистентъ химическаго кабинета, командированъ въ Пермское Отдѣленіе Императорскаго Петроградскаго Университета.

Имѣющ. дипл. I-й степ. В. В. Богачевъ, приватъ-доцентъ геологіи: исторія понто-каспійскаго бассейна, 2 ч. въ нед., по пятн. отъ 9—11 ч.

Имѣющ. дипл. I-й степ. С. И. Малышевъ, приватъ-доцентъ зоологіи: энтомологія, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 12—2 ч.

Канд. естеств. наукъ Н. П. Поповъ, приватъ-доцентъ ботаники и старшій ассистентъ ботаническаго сада: 1) общій курсъ ботаники, 6 ч. въ нед., дни и часы по соглашенію со слушателями; — 2) практическія занятія по систематикѣ растений, 2 ч. въ нед., по субб. отъ 10—12 ч.

Канд. мат. наукъ Т. А. Банахевичъ, приватъ-доцентъ астрономіи и младшій ассистентъ астрономической обсерваторіи: 1) общій курсъ астрономіи, 2 ч. въ нед., по вторн. и сред. отъ 10—11 ч.; — 2) теоретическая астрономія, 2 ч. въ нед., по понед. отъ 10—12 ч.

Канд. химіи І. И. Нарбутъ, приватъ-доцентъ химіи и младшій ассистентъ химическаго кабинета: техническая химія, 3 ч. въ нед., которые будутъ назначены впоследствии.

П. Ф. Никитинъ, инженеръ-технологъ, архитекторъ и преподаватель началъ архитектуры: 1) сельско-хозяйственное межеваніе, 2 ч. въ нед., по вторн. отъ 4—6 ч.; — 2) начала сельско-хозяйственной архитектуры, 2 ч. въ нед., по четв. отъ 4—6 ч.

VI. Уроки по языкамъ и искусствамъ.

Маг. Я. И. Лаутенбахъ, лекторъ латышскаго языка и приватъ-доцентъ сравнительнаго языковѣдѣнія: 1) латышская грамматика ч. III (синтаксисъ), 1 ч. въ нед., по сред. отъ 3—4 ч.; — 2) исторія латышской литературы середины XIX ст. (продолженіе) 1 ч. въ нед., по вторн. отъ 3—4 ч.; — 3) практическія занятія (чтеніе и разборъ избранныхъ частей изъ *Latwju dainas*), 2 ч. въ нед., по сред. и четв. отъ 4—5 ч. (Ауд. № 6).

Канд. И. А. Егеверь, лекторъ эстонскаго языка: 1) эстонская грамматика, ч. II (фонетика), 2 ч. въ нед., по понед. отъ 6—8 ч.; — 2) исторія эстонской литературы, II полов. 19 в. (продолженіе), 1 ч. въ нед., по вторн. отъ 6—7 ч.; — 3) практическія упражненія, 1 ч. въ нед., по вторн. отъ 7—8 ч. (Ауд. № 3).

Э. А. Андерсенъ, и. о. лектора англійскаго языка: 1) элементарный курсъ англійскаго языка (краткое повтореніе, продолженіе и окончаніе курса прошлаго семестра), 2 ч. въ нед., по вторн. и пятн. отъ 5—6 ч. Чтеніе статей изъ „*Practikal Englisch Class-book, Part II by Scott and Bray*“; — 2) чтеніе избранныхъ статей въ связи съ необходимымъ грамматическимъ и лексическимъ разборомъ изъ *Pract. Englisch Class-book, Part II by Scott and Bray* и изъ *The Royal Readers, VI (London, T Nelson and sons 1912)*; — 3) элементарный курсъ французскаго языка (для младшей группы), 2 ч. въ нед., по сред. и субб. отъ 5—6 ч.; — 4) практическое ознакомленіе съ французскою литературою путемъ чтенія избранныхъ произведеній типичныхъ писателей въ родъ *Molière, Voltaire, V. Hugo* (для старшей группы), 2 ч. въ нед., по сред. и субб. отъ 6—7 ч.

VII. Принадлежація къ составу университета учебныя заведенія и музеи.

Въ клиникахъ будутъ обучать директоры оныхъ, а именно: въ медицинской — проф. Дегіо, въ хирургической — проф. Цеге фонъ Мантейфель, въ акушерской и гинекологической — проф. Михновъ, въ офталмологической — проф. Люткевичъ, въ клиникѣ нервныхъ и душевныхъ болѣзней — проф. Чижъ, въ поликлиникѣ — проф. Вестенрихъ, въ университетскомъ отдѣленіи городской больницы: въ хирургическомъ — проф. Ростовцевъ и въ терапев-

тическомъ — проф. Яроцкій и въ клиникѣ по дѣтскимъ болѣзнямъ — проф. Жуковскій, въ амбулаторіи по кожнымъ и венерическимъ болѣзнямъ — доц. Пальдрокъ.

Университетская бібліотечка, которою завѣдываетъ въ качествѣ директора проф. Богоявленскій, открыта въ теченіе семестра ежедневно, кромѣ воскресныхъ и праздничныхъ дней, отъ 10—3 ч., а во время вакацій, за исключеніемъ воскресныхъ и праздничныхъ дней, ежедневно отъ 12—2 ч.

Директоромъ музея изящныхъ искусствъ состоитъ проф. Фельсбергъ, **музея отечественныхъ древностей** — астрономической обсерваторіи — проф. Покровскій, **фармацевтическаго института** — проф. Кондаковъ, **химическаго кабинета** — проф. Богоявленскій, **физическаго кабинета** — проф. Садовскій, **механическаго кабинета** — проф. Лейбензонъ, **математическаго кабинета** — проф. Алексѣевъ, **экономическаго кабинета и лабораторіи для сельско-хозяйственной химіи** — проф. Богушевскій, **минералогическаго кабинета** — проф. Тарасенко, **геологическаго кабинета** — проф. Боголюбовъ, **зоологическаго музея** — проф. Сентъ-Илеръ, **зоотомическаго кабинета** — проф. Сентъ-Илеръ, **ботаническаго сада** — прив.-доц. Поповъ **метеорологической обсерваторіи** — проф. Срезневскій, **анатомическаго института** — проф. Адольфи, **института сравнительной анатоміи** — проф. Рубашкинъ, **физиологическаго института** — проф. Курчинскій, **патологическаго института** — проф. Афанасьевъ, **гигіеническаго кабинета** — проф. Шепилевскій, **фармакологическаго института** — проф. Лавровъ, **судебно-медицинскаго института** — проф. Игнатовскій, **коллекціи предметовъ по библейской и церковной археологіи** — проф. Квачала, **кабинета оперативной хирургіи** — проф. Бурденко, **экскурсіоннаго кабинета** — проф. Сентъ-Илеръ, **завѣдующимъ антропологическаго музея** — проф. Адольфи, **завѣдующимъ опытными полями и садами въ мѣстѣ Маріенгофъ** — проф. Томсонъ.

Задачи для соисканія наградъ на 1917 годъ.

I. Отъ богословскаго факультета :

1. „Ученіе объ евхаристіи у Виклифа, у Гуса и у Гуситовъ“ (вторично).
2. „Понятіе о вѣрѣ въ Новомъ Завѣтѣ“.
3. „Проповѣдь на текстъ Псалма 8 съ подробно обоснованною въ экзегетическомъ и гомилетическомъ отношеніяхъ диспозиціею“.

II. Отъ юридическаго факультета :

1. По уголовному праву: „Неоклассическая школа уголовного права“.
2. По полицейскому праву: „О борьбѣ съ алкоголизмомъ въ Россіи“.
3. По финансовому праву: „О подоходномъ налогѣ“.

III. Отъ медицинскаго факультета.

1. „Оцѣнка признаковъ прижизненнаго утопленія“ (вторично).
2. „Культуры возбудителя проказы“ (литературная и экспериментальная обработка вопроса) (вторично).
3. „Къ вопросу объ агглютинаціи холерныхъ вибрионовъ“.
4. „Исслѣдованіе бактерициднаго аппарата природныхъ водъ разныхъ источниковъ“ (вторично).
5. Для соисканія медали Креславскаго: „Подвергнуть подробному химическому изслѣдованію глицирретинъ (глицирретиновая кислота) — продуктъ распада глицирризина“.
6. Для соисканія медали князя Суворова: „Собрать литературу о рыбномъ ядѣ и подвергнуть экспериментальному изслѣдованію мускариноподобный рыбій ядъ“.

На 1918 годъ:

1. Для соисканія медали Креславскаго: „Подвергнуть химическому изслѣдованію ромашку дисковидную (*Matricaria discodea*)“.
2. Для соисканія медали князя Суворова: „Исслѣдовать составныя части дикой лѣкарственной валеріаны (*Valeriana officinalis*), произрастающей въ Россіи“.

IV. Отъ историко-филологическаго факультета.

1. Для соисканія медали сенатора фонъ Брадке: По древней исторіи — „Фемистоклъ“ (вторично).
2. По средней исторіи: „Походы русскихъ на Византію въ IX—XI вв.“.
3. По новой исторіи: „Политическая дѣятельность Джорджа Каннинга“ (вторично).
6. По русскому языку: „Финскіе элементы въ русскомъ языкѣ“

V. Отъ физико-математическаго факультета.

1. По зоологіи: „Собрать и изучить біологію вредныхъ насѣкомыхъ какой либо мѣстности“ (вторично).
2. По химіи: „Исслѣдованіе взаимной растворимости нитросоединеній“.
3. По агрономіи: „Значеніе азота мочи для питанія культурныхъ растений“.
4. По прикладной математикѣ: „Нахожденіе скрытыхъ періодовъ въ эмпирически заданныхъ функціяхъ“.
5. По метеорологіи: „Измѣненіе температуры и вѣтра съ высотой въ свободной атмосферѣ“ (Соискателю предлагается произвести разработку результатовъ ряда наблюдений одного изъ метеорологическихъ элементовъ).
6. Для соисканія медали сенатора фонъ Брадке; По химіи: „физико-химическое изслѣдованіе взрывчатыхъ веществъ“.

Стереоизомеры ментола.

И. Л. Кондакова.

Для вторичнаго гидроароматическаго спирта-ментола предвидится теоретически 8 стереоизомеровъ, изъ которыхъ въ настоящее время извѣстно пока пять. Одинъ изъ нихъ это такъ называемый природный стойкій л-ментоль, извѣстный въ видѣ многочисленныхъ хорошо обслѣдованныхъ его производныхъ. При введеніи въ этотъ ментоль вмѣсто гидроксильнаго водорода или гидроксила какихъ-либо атомовъ простыхъ тѣлъ или атомныхъ группъ получаютъ, какъ извѣстно, производныя съ лѣвымъ вращеніемъ въ томъ случаѣ, если вращеніе самой замѣняющей группы не погашаетъ вовсе или не измѣняетъ въ обратную сторону вращенія самого ментола. Затѣмъ, если не происходитъ при этомъ превращенія въ другіе стереоизомѣры и если, наконецъ, не наблюдается какихъ-либо глубокихъ химическихъ измѣненій. Многочисленные въ настоящее время извѣстные факты показываютъ, что при приготовленіи различныхъ производныхъ л-ментола наблюдается какъ стереохимическая такъ и химическая изомеризація, дающія начало образованію новыхъ производныхъ, уже отвѣчающихъ не вторичному, а третичному ментолу.

По предположеніямъ, давно уже высказаннымъ нѣкоторыми изслѣдователями, промежуточной стадіей такого превращенія является образованіе антипода лѣваго ментола — праваго нестойкаго ментола, въ которомъ гидроксиль или замѣняющія его группы X находятся въ синъ-положеніи къ водороду при изопропилѣ, т. е. въ положеніи, удобномъ для

образования ментола, но уже отвѣчающаго правому метолу. Это объясненіе нельзя признать удовлетворительнымъ, такъ какъ оно противорѣчитъ цѣлому ряду фактовъ

Такъ, получающійся изъ лѣваго стойкаго ментола и отвѣчающій ему ментенъ имѣетъ строеніе Δ_3 , а не Δ_2 , какъ надо было-бы ожидать, если бы въ л-ментолѣ гидроксилъ и водородъ при изопропилѣ дѣйствительно были въ анти-положеніи другъ къ другу.

Съ другой стороны и антиподъ л-ментола — п-ментолъ, уже извѣстный въ настоящее время, совсѣмъ не имѣетъ приписываемой ему нестойкости. Этотъ ментолъ, какъ извѣстно, былъ полученъ нами возстановленіемъ кетона, содержащагося въ маслѣ благовонника [*Varosma betulina*]. По новѣйшимъ изслѣдованіямъ, произведеннымъ въ нашей лабораторіи г. Десслеромъ это масло состоитъ изъ смѣси а) дипентена съ лимоненомъ, б) кетона съ громаднымъ вращеніемъ $[\alpha]_D = -51^\circ$ для фракціи съ т. к. 86° при 10 мм. с) свободного и связаннаго съ твердой кислотой т. п. 94° діосфенола. Кетонъ изъ этого сорта масла выдѣлить въ чистомъ видѣ чрезвычайно трудно, во-первыхъ потому, что онъ столь неустойчивъ, что при различныхъ операціяхъ измѣняетъ свои оптическія свойства, а во-вторыхъ отдѣленіе его отъ содержащихся въ маслѣ другихъ составныхъ частей, сопряжено съ великимъ трудомъ и мѣшкотно. Значительно легче выдѣлить тотъ-же кетонъ изъ масла другого сорта *Varosma serratifolia*, бѣднаго діосфеноломъ и не содержащаго его эфира.

Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о строеніи этого кетона, я укажу лишь, что онъ даетъ оксимъ жидкій, не застывающій даже при охлажденіи, затѣмъ образуетъ кристаллизующійся шелковистыми иглами гидразидъ т. п. 80° и два твердыхъ семикарбазона, одинъ съ т. п. около 180° , трудно растворимый въ спиртѣ, а другой съ т. п. 123° , легче растворимый. Изъ перваго семикарбазона выдѣленный обработкой сѣрной кислотой кетонъ, сильно инвертированный, имѣетъ слѣдующія свойства т. к. при 10 мм. $85,5^\circ-86^\circ$ $d_{19,5} = 0,897$; $[\alpha]_D = -22,3^\circ$; $nd = 1,45169$; $M.R = 46,28$. При возстановленіи этого кетона въ метиловомъ спиртѣ натріемъ получается правый ментолъ, уже ранѣе описанный ¹⁾ представляющій, по видимому, истинный антиподъ лѣваго ментола, хотя намъ еще

1) Journ. f. prak. Chem. [2] 54. 433. 1896.

не удалось получить его съ вращеніемъ вполне соответствующимъ этому послѣднему.

Въ настоящее время у насъ этого рѣдкаго препарата имѣется около 200 грм. Галоидангидриды этого ментола всѣ имѣютъ правое вращеніе; при приготовленіи ихъ какъ при лѣвомъ ментолѣ, такъ и здѣсь наблюдаются стереохимическая и химическая изомеризаціи, вслѣдствіе чего и изъ праваго ментола образуются непрочные и прочные галоидангидриды. Между первыми находятся главнымъ образомъ производныя третичнаго ментола, а вторые состоятъ изъ истинныхъ прочныхъ правовращающихъ производныхъ п-ментола.

Ментенъ, получающійся изъ этого ментола и его производныхъ, имѣетъ лѣвое вращеніе. Такимъ образомъ оказывается, что правый ментолъ дѣйствительно не имѣетъ приписываемыхъ ему свойствъ и тѣ предположенія, которыя высказывались различными изслѣдователями о положеніи въ немъ гидроксила и водорода при изопропилѣ не находятъ достаточнаго фактическаго оправданія. Кромѣ вышеописаннаго праваго ментола, извѣстенъ еще другой съ правымъ же вращеніемъ, полученный впервые Бекманомъ¹⁾ и названный имъ изоментоломъ.

Этотъ п-изоментолъ образуется въ незначительныхъ количествахъ при возстановленіи какъ лѣваго такъ и праваго ментоновъ вмѣстѣ съ л-ментоломъ, и получается съ лучшимъ выходомъ изъ праваго ментиламина [Германъ, Иссенъ, Бекманъ], приготовленнаго въ свой чередъ или изъ ментоноксимовъ, или изъ л-ментона по Лейкарту. По опытамъ, произведеннымъ Скворцовымъ въ нашей лабораторіи и правый ментонъ съ вращеніемъ $[\alpha]_D = +26,91^\circ$ возстановляется по Лейкарту въ правый формилметиламинъ съ т. п. 117—118 и $[\alpha]_D = +54,67^\circ$ съ незначительной примѣсью лѣваго амина. Этотъ п-изоментолъ, отличающійся отъ нашего ментола, какъ видно, болѣе высокой темп. плавл. $83,5^\circ$ — 84° и меньшимъ удѣльнымъ вращеніемъ $[\alpha]_D = +25,64^\circ + 27,07^\circ$ окисляется въ правый ментонъ, дающій правый оксимъ. За отсутствіемъ удобныхъ методовъ полученія этого ментола въ значительныхъ количествахъ производныя его остаются пока неизслѣдованными.

Несмотря на этотъ пробѣлъ, можно думать, что это будетъ одинъ изъ тѣхъ предвидимыхъ теоріей стереоизомеровъ

1) Journ. prk. Chem. [2], 55, 14. 1897

ментола, который по оптическимъ свойствамъ занимаетъ промежуточное положеніе между двумя вышеупомянутыми антиподами ментола, но который стоитъ ближе къ правому стереоизомеру.

Другой такой же изоментоль предвидится съ лѣвымъ вращеніемъ, также промежуточный, но стоящій ближе къ лѣвому антиподу. Такой, быть можетъ, ментоль получится возстановленіемъ изо-л-ментона.

Производныя этихъ двухъ изоментоловъ [галоидангидриды, амины] вѣроятно и окажутся сходны или тождественны съ тѣми вторичными непрочными производными, образованіе которыхъ въ извѣстныхъ количествахъ приходится предвидѣть какъ изъ лѣваго, такъ и изъ праваго ментоловъ, при переведеніи ихъ особенно въ галоидангидриды. Эти производныя будутъ имѣть по сравненію съ л- и п-ментоловыми производными промежуточное вращеніе и при отщепленіи элементовъ НХ будутъ давать ментены также съ промежуточнымъ вращеніемъ. Что касается стереостроенія этихъ двухъ изоментоловъ, то отсутствіе положительныхъ фактовъ не позволяетъ пока высказать безусловно законченныхъ предположеній. Во всякомъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію то, что въ этихъ двухъ ментолахъ относительное расположеніе ассиметрическихъ углеродныхъ атомовъ какое-то иное, чѣмъ въ л- и п-ментолахъ.

Остальные четыре ментола будутъ либо рацемическіе, или нерацемическіе ментолы. Изъ этихъ ментоловъ въ настоящее время извѣстно пока два.

Неактивный ментоль впервые былъ полученъ Кремерсомъ¹⁾ изъ невращающаго ментена съ т. п. 29° — 31° , съ которымъ, вѣроятно, тождественъ полученный недавно Брюнелемъ²⁾ возстановленіемъ методомъ Сабатье Сендерена тимола, такъ наз. β -тимолментоль съ т. п. 28° и т. к. 217° , если только этотъ послѣдній не имѣетъ вращенія.

Другой неактивный ментоль былъ полученъ Бекманомъ³⁾. Третій неактивный ментоль, жидкій, былъ полученъ въ лабораторіи Вислиценуса Беромъ⁴⁾ и признанъ былъ

1) Am. chem Journ 18, 762 1896.

2) CR, 140, 252. 1905; 137, 1268. 1903; Bull Soc. chim. [3] 33, 269 1905. 34, 500; 35, 569 1905

3) Journal prk. Chem. [2] 55, 30. 1897.

4) Über die Synthese eines inaktiven Menthens. Leipzig. 1898.

имъ за новый стереоизомеръ л-ментола. Однако и физическія и химическія свойства этого ментола скорѣе подходятъ къ свойствамъ третичнаго, уже теперь синтезированнаго¹⁾, нежели вторичнаго ментола. Особенно рѣзко бросается въ глаза неспособность ментола Бера подобно вообще третичнымъ спиртамъ образовывать уретанъ и та легкость, съ которой онъ отщепляетъ воду, переходя при томъ въ невращающій и не дающій твердаго нитрозохлорида ментенъ.

Въ нашей лабораторіи г. Шиндельмейзеръ при своихъ изслѣдованіяхъ третичнаго ментола, приготовленнаго нашимъ способомъ²⁾ и способомъ Рейхлера констатировалъ, что онъ не образуетъ, какъ и спиртъ Бера, уретана, и при стояніи съ карбаниломъ теряетъ воду и даетъ ментенъ съ т. к. 170° — 175° $d_{20}^{20}/_4$ 0,812; $n_D = 1,45627$, не имѣющій вращения и совершенно не дающій твердаго нитрозохлорида, а исключительно жидкій. Этотъ послѣдній, совершенно пока не изслѣдованный, по нашимъ наблюденіямъ отличается многими особенностями отъ твердаго нитрозохлорида. Такъ, онъ перегоняется съ водяными парами безъ видимаго измѣненія, не способенъ легко отщеплять хлористый водородъ при нагрѣваніи съ алкоголемъ натрія, съ укусными солями, со спиртовымъ ѣдкимъ кали, а, слѣдовательно, онъ не превращается гладко, какъ твердый въ нитрозоментенъ, частью потому, что остается при этомъ не измѣненнымъ или подвергается не выясненнымъ глубокимъ превращеніямъ. Этотъ жидкій нитрозохлоридъ перегоняется подъ давленіемъ 11 мм. 128° — 152° , а послѣ обработки хлористымъ водородомъ въ эфирномъ растворѣ перегоняется 128° — 140° . Ни самъ нитрозохлоридъ, ни продукты его обработки щелочными веществами не имѣютъ вращения. Вышеописанными свойствами жидкій нитрозохлоридъ, какъ видно, рѣзко отличается отъ твердаго, изслѣдованнаго, главнымъ образомъ, Кремерсомъ и его учениками. По нашимъ наблюденіямъ оказывается, что твердый нитрозохлоридъ не перегоняется съ водяными парами и при этомъ отщепляетъ хлористый водородъ столь замѣтно, что точка плавленія его падаетъ ниже 110° . Отмѣченная различ-

1) CR, 140, 350. 1905.

2) При приготовленіи третичнаго ментола изъ іодистоводороднаго ментена съ Ag_2O иногда наблюдается, что ментенъ, образующійся вмѣстѣ съ ментоломъ, имѣетъ правое вращеніе. Это зависитъ отъ неполнаго превращенія исходнаго ментена въ іодуръ.

ными изслѣдователями неодинаковость точки плавленія твердаго нитрозохлорида зависитъ, повидимому, отъ того, что онъ представляетъ смѣсь моно- и динитрозохлорида съ продуктами ихъ распада. Указанное различіе твердаго и жидкаго нитрозохлоридовъ оказалось удобнымъ для раздѣленія тѣхъ смѣсей ихъ, которыя образуются изъ столь разнообразныхъ по вращенію извѣстныхъ ментеновъ. Во всѣхъ такихъ случаяхъ оказывается, что образующійся совмѣстно съ твердымъ жидкій нитрозохлоридъ очень сходенъ съ вышеописаннымъ жидкимъ нитрозохлоридомъ изъ ментена третичнаго ментола¹⁾. Найдя этотъ довольно простой способъ раздѣленія нитрозохлоридовъ, мы пока не могли еще установить натуру жидкаго нитрозохлорида въ виду трудной превращаемости его въ другія характерныя производныя. Ни подъ вліяніемъ спиртового ѣдкаго кали, ни уксуснокислыхъ солей, ни анилина не отщепляетъ онъ сполна хлористаго водорода.

Возвращаясь къ ментолу Бера, нельзя не подчеркнуть того, что, если онъ, судя по вышеприведеннымъ фактамъ, дѣйствительно сходенъ съ третичнымъ ментоломъ, то съ другой стороны, съ такимъ допущеніемъ на первый взглядъ не гармонируетъ цѣлый рядъ другихъ фактовъ.

Прежде всего кетонная натура, изомернаго съ ментеномъ Кремерса, непредѣльнаго кетона з метиль — б изопропиль — Δ_2 кето-*R*-гексена, полученнаго синтетически Калленбахомъ²⁾ изъ кислотъ Гагемана³⁾, повидимому, не подлежитъ сомнѣнію, судя по способности его образовать твердый оксимъ, съ неизвѣстной, правда, т. плавленія.

Нельзя, однако, не отмѣтить здѣсь того, что Беръ, провѣрившій изслѣдованія Гагемана и Калленбаха, и имѣвшій въ рукахъ значительныя количества этого кетона, не изучилъ его производныхъ. Поэтому остается невыясненнымъ, былъ ли полученный Калленбахомъ такъ наз. оксимъ производнымъ дѣйствительно непредѣльнаго кетона и не образовался ли отъ примѣси, содержащейся въ непредѣльномъ ке-

1) Былъ у насъ случай, когда жидкій нитрозохлоридъ послѣ обработки спирт. КНО имѣлъ правое вращеніе въ 45° , что происходило вѣроятно или отъ примѣси твердаго недостаточно отдѣленнаго нитрозохлорида или отъ другихъ неизвѣстныхъ примѣсей.

2) Berl. Ber. 1897. 30, 639.

3) lbd., 1893. 26, 876

тонъ, и не былъ ли продуктомъ присоединенія гидросиламина къ иному соединенію, напр. къ непредѣльному спирту.

Если кислота Гагемана не есть смѣсь β - и δ -кетонкислотъ, какъ предполагалъ самъ этотъ изслѣдователь, и не есть β -кетонкислота, съ энольной и кетонной функціей, какъ полагали Калленбахъ и Кновенагель, а есть δ -кетонкислота, энолизирующаяся въ щелочной средѣ, какъ въ самое послѣднее время доказано Рабе-Рамъ¹⁾ и Мерлингомъ²⁾, то ментолъ Бера³⁾ можетъ быть новымъ вторичнымъ спиртомъ, отвѣчающимъ арто-цимолу, хотя врядъ-ли свойства этого спирта такъ походили бы на свойства третичнаго ментола.

Если спиртъ Бера при провѣркѣ окажется дѣйствительно третичнымъ, то изъ кислоты Гагемана при введеніи въ нее изопропилъной группы при помощи іодистаго изопропила и натрія происходитъ не замѣщеніе въ кислотной группѣ, какъ признается, а присоединеніе $(\text{CH}_3)_2\text{CHNaI}$ къ карбонильной группѣ совершенно аналогично тому, какъ металлоорганическія соединенія [магніевыя, цинковыя] присоединяются къ кетонамъ циклическимъ и ациклическимъ. Пока не будутъ разъяснены всѣ отмѣченныя непонятныя противорѣчія дальнѣйшими изслѣдованіями Рабе-Рамъ и Мерлинга, умѣстно только отмѣтить, что спиртъ Бера во всякомъ случаѣ не походитъ ни на одинъ изъ извѣстныхъ спиртовъ пара- или метаментана.

Если ментолъ Бера отличается отъ всѣхъ вышеперечисленныхъ ментоловъ за исключеніемъ третичнаго, то онъ также не походитъ на невращающій жидкій ментолъ, полученный нами при возстановленіи діосфенола.

Этотъ ментолъ имѣетъ т. к. $214,5-216^{\circ}$ (759 мм.) и $98^{\circ}-100,5^{\circ}$ [12 м.м.], $d_{20} = 0,9052$; $n_D = 1,464456$; $M.R. = 47,5956$, при охлажденіи застываетъ въ стекловидную массу, даетъ черезъ невращающій іодюръ неоптический ментенъ т. к. $= 168-169^{\circ}$; $d_{19,8}^{19,8} = 0,8264$; $M.R. = 45,73$. Съ этимъ ментоломъ, столь несхожимъ съ ментоломъ Бера, сходенъ такъ наз. α -тимоментолъ Брюнеля, для котораго этотъ авторъ даетъ точку кип. $215,5^{\circ}$; $d_0^0 = 0,913$ и отмѣчаетъ его способность при охлажденіи кри-

1) Berl. Ber. 38, 939. 1915.

2) Ibid. 38, 979. 1905.

3) Беръ не изслѣдовалъ продуктовъ окисленія своего спирта.

сталлизоваться и плавиться при -5° . При отнятіи воды изъ этого ментола нераціональнымъ способомъ, именно фосфорнымъ ангидридомъ или пиросѣрнокалиевой солью Брюнеля получилъ ментенъ $167^{\circ}-168^{\circ}$; $d_0^{\circ} = 0,823$, вращеніе котораго впрочемъ не указано.

При всемъ, какъ видно, сходствѣ этихъ двухъ ментоловъ, все же нѣтъ достаточныхъ данныхъ для утвержденія однородности такъ наз. α -тимоментола Брюнеля. Мнѣ представляется особенно послѣ послѣдней статьи этого автора ¹⁾, что α видоизмѣненіе тимо-ментола есть ни что иное, какъ β -тимолментоль, недостаточно очищенный отъ ментона, мѣшающаго кристаллизаціи его.

Пока этотъ вопросъ не будетъ окончательно рѣшенъ, до тѣхъ поръ придется считаться съ двумя вышеуказанными неоптическими ментолами — твердымъ и жидкимъ.

Выясненіе отношенія этихъ двухъ ментоловъ къ извѣстнымъ вращающимъ ментоламъ и превращеніе первыхъ въ эти послѣдніе, если только они представляютъ рацемическія видоизмѣненія, составляетъ одну изъ существенныхъ теоретическихкихъ вопросовъ стереохиміи вообще и стереоизомеріи металловъ въ частности.

1) Bull. Soc. Ch. (3), 33, 569. 1905.

Декабрь 1916 г.

Проф. О. В. Тарановскій.

Учебникъ
энциклопедіи права.

Предисловіе.

Преподавательская дѣятельность моя въ университетѣ и другихъ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ много лѣтъ уже связана съ двумя кафедами, — исторіи русскаго права и энциклопедіи права.

Чтеніе лекцій по энциклопедіи права на Петроградскихъ Высшихъ Женскихъ Курсахъ послужило непосредственнымъ поводомъ къ составленію настоящаго учебника. Выпуская его въ свѣтъ, считаю нелишнимъ сказать нѣсколько словъ въ оправданіе появленія его въ печати.

Такъ какъ не только „Энциклопедія законовѣдѣнія“ К. А. Неволина, но и „Философія права“ Б. Н. Чичерина принадлежить уже прошлому, а „Очерки по теоріи права“ П. Г. Виноградова составлены въ специфическомъ стилѣ англійской юриспруденціи, то можно сказать, что всѣ современные русскіе курсы и руководства по энциклопедіи и общей теоріи права вышли изъ подъ пера лицъ, которыя въ области эмпирическаго правовѣдѣнія являются специалистами по догматической юриспруденціи и по политикѣ права. При этихъ условіяхъ, быть можетъ, найдетъ себѣ нѣкоторое оправданіе появленіе общаго ученія о правѣ и государствѣ въ освѣщеніи историка права.

Ө. Тарановскій.

12 января 1917 г.
Юрьевъ.

Введеніе.

§ 1. Задача и предметъ энциклопедіи права.

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, введеніе; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, гл. I; I. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, введеніе; Е. В. Спекторскій, Задачи энциклопедіи права, Киевъ, 1915; Emil Lask, Rechtsphilosophie въ сборникъ: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrhunderts, Festschrift für Kuno Fischer, hrsgg. v. W. Windelband, II. Bd., 1905, S. 1—50.

Спеціалізація въ дѣлѣ научнаго изслѣдованія является въ наше время и общепризнаннымъ требованіемъ, и общераспространеннымъ фактомъ. Запасъ накопленныхъ знаній столь великъ, и способы добыванія новыхъ познаній, благодаря росту научной критики, столь сложны и трудны, что у одного человѣка нѣтъ болѣе возможности работать самостоятельно и продуктивно въ болѣе широкихъ и нѣсколькихъ заразъ областяхъ знанія, а поневолѣ приходится сосредоточиваться на изученіи болѣе узкихъ, во всякомъ случаѣ отдѣльныхъ группъ явленій. Чѣмъ болѣе разрастается наука, тѣмъ болѣе дробною становится спеціалізація. Въ этомъ проявляется дѣйствіе начала раздѣленія труда, одинаково неизбѣжнаго и одинаково продуктивнаго въ производствѣ какъ матеріальныхъ, такъ и духовныхъ цѣнностей.

Спеціалізація научнаго изслѣдованія вызывается различіемъ свойствъ объектовъ изученія. Различныя явленія требуютъ различныхъ способовъ изслѣдованія. Одни поддаются количественнымъ измѣреніямъ и могутъ быть выражены числомъ, другія — нѣтъ; для объясненія однихъ достаточно наблюденіе, къ другимъ необходимо примѣнять экспериментальный опытъ; однимъ словомъ, въ соотвѣтствіи съ особенностями изслѣдуемаго объекта устанавливаются особенные методы и видоизмѣняются приемы изслѣдованія. Вслѣдствіе этого научныя спеціальности разнятся другъ отъ друга

не только объектомъ, но и методомъ изслѣдованія. Различіе въ послѣднемъ отношеніи особенно затрудняетъ переходъ отъ одной области изученія къ другой и прикрѣпляетъ, такъ сказать, ученыхъ къ ихъ спеціальнымъ дисциплинамъ.

На научную спеціализацію воздѣйствуютъ не одни лишь теоретическіе запросы, но и потребности практической жизни. Общество по тѣмъ или другимъ причинамъ пракческаго характера испытываетъ потребность въ подробномъ разъясненіи тѣхъ или другихъ явленій весьма частнаго характера. Явленія эти съ теоретической точки зрѣнія могутъ не заслуживать столь подробнаго изученія и въ методологическомъ отношеніи могутъ не нуждаться въ обособленіи. Не смотря на это, практическія потребности въ данномъ случаѣ получаютъ преимущественное значеніе и способствуютъ выдѣленію соответственной спеціальности и усиленной ея разработкѣ.

Какъ ни важна научная спеціализація и въ познавательнотеоретическомъ, и въ общественно-практическомъ отношеніи, тѣмъ не менѣе у нея есть свои темныя стороны. Главный ея недостатокъ заключается въ односторонности спеціалиста. Всецѣло отдаваясь детальнымъ изысканіямъ, спеціалистъ постепенно утрачиваетъ сознаніе связи изучаемыхъ имъ подробностей съ цѣлымъ. Отъ ослабленія, а тѣмъ болѣе отъ утраты сознанія этой связи страдаютъ спеціальныя изысканія: придается чрезмѣрное значеніе мелочамъ, и дѣлаются обобщенія, которыя при болѣе широкомъ масштабѣ наблюденія могутъ оказаться несостоятельными; вмѣстѣ съ тѣмъ упускаются нерѣдко изъ виду такія стороны явленій, которыя оказываются существенными при сравненіи ихъ съ другими явленіями родственными.

Въ виду этихъ недостатковъ спеціализація должна быть восполняема приобрѣтеніемъ болѣе широкихъ и болѣе общихъ идей, проникающихъ всю область человѣческаго знанія или, по крайней мѣрѣ, ближайшую группу наукъ, въ которой работаетъ спеціалистъ. Стремленіе къ общему идейному знанію извѣстно подъ именемъ энциклопедизма, и особья дисциплины, предназначенныя удовлетворять потребности въ обобщенномъ знаніи, носятъ названіе энциклопедій.

Слово энциклопедія — греческаго происхожденія (*ἐγκύκλιος παιδεία*) и обозначаетъ круговое, т. е. округленное, сомкнутое въ кругъ, законченное образованіе. Въ мірѣ греческой культуры понимали подъ энциклопедіей тотъ кругъ познаній, которымъ дол-

женъ былъ обладать всякій образованный эллинь, и который онъ прибрѣталъ путемъ школьнаго обученія. Въ новое время въ унаслѣдованный отъ античнаго міра терминъ вложили новый смыслъ. Подъ нимъ разумѣютъ не принятый объемъ законченнаго школьнаго образованія, а нѣчто другое, именно, — либо совокупность всѣхъ человѣческихъ знаній, независимо отъ того, входятъ или не входятъ они въ программу общеобразовательнаго школьнаго изученія, либо особую научную дисциплину, дающую обобщенное знаніе въ предѣлахъ извѣстной группы наукъ. Первый изъ указанныхъ смысловъ прилагается къ механическимъ сборникамъ справокъ и разъясненій по всѣмъ отраслямъ наличнаго человѣческаго знанія; сборники эти составляютъ обычно въ алфавитномъ порядкѣ и извѣстны подъ названіемъ энциклопедическихъ словарей. Во второмъ смыслѣ говорятъ объ энциклопедіяхъ отдѣльныхъ группъ наукъ, каковы: энциклопедія богословія, энциклопедія медицины, энциклопедія права.

Наличность въ правовѣдѣніи особой энциклопедической дисциплины объясняется проникновеніемъ въ эту область знанія спеціализации и ея размноженіемъ. Въ основу дѣленія правовѣдѣнія на спеціальности легли два начала: 1) разнообразіе тѣхъ жизненныхъ отношеній, которыя регулируются правомъ, и 2) различіе тѣхъ точекъ зрѣнія, которыя примѣняются къ научной разработкѣ права.

Въ разнообразіи отношеній, регулируемыхъ правомъ, легко различаются три основныхъ группы: отношенія между частными лицами, отношенія между частными лицами и государственной властью, наконецъ, отношенія между государствами. Отсюда вытекаетъ различіе гражданскаго, государственнаго и международнаго права. Съ ростомъ культуры подлежащія жизненные отношенія усложняются; указанные группы ихъ даютъ дальнѣйшія подраздѣленія, подъ вліяніемъ чего выдѣляются новыя отрасли права. Развитіе торговли налагаетъ особый отпечатокъ на имущественный оборотъ по торговымъ сдѣлкамъ; вслѣдствіе этого на ряду съ правомъ гражданскимъ, опредѣляющимъ семейственныя и имущественныя отношенія частныхъ лицъ, образуется право торговое, которое регулируетъ имущественныя отношенія въ торговомъ оборотѣ. Развитіе государственной жизни ведетъ къ тому, что приходится регулировать правомъ не только устройство государственной власти, но и различныя отрасли государственной дѣятельности: судъ, общее управленіе, финансы. На ряду съ правомъ государ-

ственнымъ въ тѣсномъ смыслѣ слагаются право судебное, административное, финансовое. Развитие международнаго общенія приводитъ къ тому, что приходится регулировать особыми нормами права не только отношенія между государствами, но и положеніе подданныхъ одного государства на территории другого, а также силу и значеніе сдѣлокъ, заключенныхъ въ одномъ государствѣ и подлежащихъ исполненію въ другомъ. Подъ вліяніемъ этого международное право распадается на публичное и частное. Церковь, какъ организованный союзъ вѣрующихъ съ самостоятельной въ своей области духовной властью, создаетъ свои особыя нормы церковнаго, или каноническаго права. Посягательства со стороны отдѣльныхъ лицъ на установившійся правовой порядокъ, направленные на его нарушеніе и разрушеніе, вызываютъ реакцію со стороны государственной власти, которая борется съ ними мѣрами карательными. Издревле выдѣляются особыя юридическія нормы, которыя опредѣляютъ преступность извѣстныхъ дѣяній и налагаютъ наказаніе на виновниковъ этихъ дѣяній; нормы эти составляютъ уголовное право. Такимъ образомъ мы видимъ, что право распадается на нѣсколько отдѣльныхъ отраслей. Для разработки каждой изъ нихъ слагается особая научная дисциплина со своимъ особымъ объектомъ.

Къ разнообразію отраслей права, какъ особыхъ объектовъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, присоединяется еще различіе точекъ зрѣнія, подъ угломъ которыхъ происходитъ разработка и изученіе права. Прежде всего разрабатываютъ право для цѣлей примѣненія его къ конкретнымъ случаямъ какъ въ мирномъ оборотѣ, такъ и при столкновеніяхъ, подлежащихъ рѣшенію суда. При этой разработкѣ не подвергаютъ дѣйствующаго права критикѣ, но принимаютъ его положенія какъ нѣчто непреложное; вся задача разработки сводится къ возможно лучшему истолкованію дѣйствующихъ правоположеній, которое облегчило бы приложеніе ихъ къ конкретнымъ случаямъ практики. Такая разработка права называется догматической. Подъ догматизмомъ разумѣютъ такое направленіе мысли, которое само не отыскиваетъ исходныхъ общихъ положеній, но беретъ ихъ готовыми извнѣ и обращаетъ всѣ свои усилія на разъясненіе ихъ внутренняго содержанія и извлеченіе изъ нихъ отвѣтовъ на всѣ возможные частные случаи, выдвигаемые жизнью. Въ такомъ именно смыслѣ говорятъ о догматической юриспруденціи по аналогіи съ догматическимъ богословіемъ. Но наука о правѣ не ограничи-

вается догматизаціей. Въ интересахъ послѣдней необходимо поставить вопросъ о томъ, какъ создались нормы дѣйствующаго права, подъ вліяніемъ какихъ условій онѣ сложились, какая цѣль преслѣдовалась при ихъ установленіи. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ способствуетъ лучшему выясненію содержанія и смысла дѣйствующаго права. Такимъ образомъ догматическая точка зрѣнія на право осложняется исторической. Историческое изученіе постепенно выходитъ за предѣлы служенія практическимъ цѣлямъ догматической юриспруденціи и полагаетъ своей цѣлью теоретическое выясненіе процесса развитія права въ связи съ цѣлокупной исторіей человѣческаго общества. Отъ прошлаго и настоящаго взоръ юриста обращается наконецъ къ будущему. Жизнь неустанно движется впередъ, создаетъ новыя условія существованія и выдвигаетъ новыя цѣли для дѣятельности людей. Право должно поспѣвать за этимъ движеніемъ жизни. Ощущается непрерывная потребность въ измѣненіи дѣйствующаго права, въ установленіи все новыхъ и новыхъ юридическихъ нормъ. Научное правовѣдѣніе должно взять на себя удовлетвореніе этой потребности и выработать руководящія начала для критическаго сужденія о дѣйствующемъ правѣ и для установленія надлежащихъ цѣлей и средствъ дальнѣйшаго правового творчества. Эту задачу принимаетъ на себя политика права. Политическая точка зрѣнія дѣйствуетъ въ правовѣдѣніи наряду съ догматической и исторической.

Какъ видимъ, специализація правовѣдѣнія идетъ въ двухъ направленіяхъ: примѣнительно къ спецификаціи юридическихъ нормъ и примѣнительно къ разработкѣ ихъ съ догматической, исторической и политической точекъ зрѣнія. Оба эти направленія пересѣкаются и увеличиваютъ такимъ образомъ число специальныхъ юридическихъ дисциплинъ, причемъ въ каждой изъ нихъ имѣется особый объектъ изученія и сообразно его особенностямъ видоизмѣняются приемы изслѣдованія. Въ этихъ условіяхъ вполне понятно появленіе и существованіе энциклопедіи права, какъ особой дисциплины, предназначенной для поддержанія связи между специальностями и для обобщенія ихъ частныхъ выводовъ.

Какъ ни понятно стремленіе правовѣдѣнія къ выдѣленію въ своихъ предѣлахъ особой дисциплины обобщеннаго знанія, осуществленіе этого стремленія все-же встрѣчается съ нѣкоторымъ возраженіемъ принципіальнаго характера. Возраженіе это идетъ со стороны науки объ обществахъ, или соціологіи.

Творецъ и родоначальникъ социологіи, какъ науки, Огюсть Контъ показалъ, что существеннымъ признакомъ явленій общественной жизни оказывается ихъ взаимная обусловленность, ихъ согласіе (*consensus*) въ смыслѣ взаимной зависимости. Ни одна сторона общественной жизни не довлѣтъ себѣ, но обусловлена всѣми остальными и на нихъ въ свою очередь воздѣйствуетъ. Хозяйство, право, религія, наука, искусство находятся въ неразрывной связи другъ съ другомъ. Всякое измѣненіе въ одной изъ этихъ областей общественной жизни вызываетъ соотвѣтственные измѣненія во всѣхъ другихъ. Основываясь на такомъ *consensus*'ѣ общественныхъ явленій, О. Контъ отрицалъ возможность обособленнаго изученія отдѣльныхъ сторонъ общественной жизни и въ силу этого отвергалъ самостоятельность отдѣльныхъ общественныхъ наукъ и специально политической экономіи, несмотря на то, что усѣхи послѣдней во многомъ подготовили почву для зарожденія социологіи. Общественныя явленія, по мнѣнію О. Конта, подлежатъ изученію въ единой и недѣлимой наукѣ, — социологіи. При такой точкѣ зрѣнія правовѣдѣніе низводится на степень прикладного умѣнія и не можетъ возвыситься до научнаго знанія. Само собою разумѣется, что при такихъ условіяхъ не можетъ образоваться въ предѣлахъ правовѣдѣнія никакой дисциплины обобщеннаго знанія. Если невозможно обособленное изученіе права, то совершенно немислимы какія бы то ни было обобщенія о правѣ въ предѣлахъ правовѣдѣнія, за которымъ не признается научная самостоятельность.

Приведенное возраженіе содержитъ въ себѣ весьма цѣнную мысль, которая однако при правильномъ ея примѣненіи отнюдь не уничтожаетъ правовѣдѣнія, какъ науки, но напротивъ того оказывается въ высшей степени для него плодотворной. Безспорно цѣннымъ и важнымъ является установленная О. Контомъ идея *consensus*'а общественныхъ явленій. Но сдѣланный изъ этой идеи выводъ относительно недѣлимости единой науки объ обществѣ не представляется логически необходимымъ. Изъ *consensus*'а общественныхъ явленій отнюдь не слѣдуетъ, чтобы нельзя было обособлять отдѣльныя стороны общественной жизни для специальнаго изученія. Въ интересахъ раздѣленія научнаго труда такое обособленіе неизбѣжно. Требуется лишь, чтобы обособленные объекты разсматривались не изолированно, а въ связи съ другими сторонами общественной жизни. Ислѣдователь-спеціалистъ долженъ помнить объ этой связи и опираться на нее, когда дѣлаетъ

какіе либо выводы относительно своего спеціального объекта. Обособленіе объекта не тождественно съ его изолированіемъ: послѣднее неправильно и вредно, первое неизбежно, вполне допустимо и плодотворно для успѣховъ знанія.

Практическія потребности общественной жизни являются причиною выдѣленія права въ качествѣ объекта самостоятельнаго изслѣдованія. И судья, и законодатель, и гражданинъ нуждаются въ томъ, чтобы право разрабатывалось какъ таковое съ возможной тщательностью и подробностью. Правовѣдніе культивировалось вѣками и накопило массу научнаго опыта, раньше чѣмъ появилась соціологія, какъ наука. Нѣтъ ни возможности, ни надобности лишать правовѣдніе его самостоятельнаго научнаго существованія.

Удовлетворяя неизмѣнныя потребности общества и слѣдуя вѣковой традиціи своей научной самостоятельности, правовѣдніе не остается однако глухимъ къ цѣнной идеѣ consensus'a общественныхъ явленій. Оно воспринимаетъ ее и обращаетъ себѣ на пользу. Подъ ея вліяніемъ юриспруденція выходитъ за предѣлы раскрытія формальнаго логическаго содержанія дѣйствующаго права и устанавливаетъ связь его со всѣми остальными сторонами общественной жизни. На этой почвѣ стоятъ и догматика, и исторія, и политика права. На этой же почвѣ должна стоять и энциклопедія права. Выработываемое ею обобщенное въ предѣлахъ правовѣднія знаніе рассматриваетъ право, какъ явленіе соціальное, въ связи съ другими сторонами общественной жизни.

Предметомъ энциклопедіи права является общее ученіе о правѣ, т. е. раскрытіе тѣхъ основныхъ идей правовѣднія, которыя проникаютъ всѣ спеціальныя юридическія дисциплины и получаютъ въ нихъ подробное развитіе примѣнительно къ особенностямъ ихъ частнаго объекта и той точки зрѣнія, съ которой онъ рассматривается. Въ составъ общаго ученія о правѣ входятъ: установленіе понятія о правѣ, выясненіе взаимоотношенія между правомъ и нравственностью, дѣленіе права на отдѣльные виды, формы образованія права, выясненіе процесса осуществленія вѣдній права въ поступкахъ людей и способовъ изученія историческаго развитія права. Послѣдовательное рассмотрѣніе перечисленныхъ вопросовъ знакомитъ насъ съ правомъ, какъ общимъ объектомъ всѣхъ юридическихъ наукъ, указываетъ тѣ основанія, на которыхъ покоится спеціализація юридическихъ дисциплинъ, и, наконецъ, раскрываетъ своеобразие различныхъ приѣмовъ разработки и изслѣдованія права.

Право неразрывно связано съ государствомъ: государство составляетъ непосредственную среду для развитія права, и государственная организація въ свою очередь облекается въ правовыя формы. Вслѣдствіе указанной неразрывной связи за общимъ ученіемъ о правѣ слѣдуетъ въ энциклопедіи права общее ученіе о государствѣ. Въ составъ общаго ученія о государствѣ входятъ: опредѣленіе конститутивныхъ элементовъ государственной жизни, выясненіе функцій и опредѣленіе органовъ государственной власти, классификація государствъ и вопросъ о взаимоотношеніи между государствомъ и правомъ.

Построенная по такому плану энциклопедія права преподается приступающимъ къ изученію правовѣдѣнія въ качествѣ необходимаго введенія къ послѣдующимъ специальнымъ занятіямъ по отдѣльнымъ юридическимъ дисциплинамъ. Усвоенныя изъ энциклопедіи общія понятія и идеи даютъ возможность ориентироваться въ той массѣ фактическаго и теоретическаго матеріала, которую содержатъ спеціальныя юридическія науки.

Не всегда предметомъ энциклопедіи признавалось общее ученіе о правѣ и о государствѣ. Задача объединенія специальностей и пріобрѣтенія обобщеннаго знанія о правѣ разрѣшалась въ прежнее время преимущественно чисто механически, путемъ конспективнаго изложенія въ энциклопедіи содержанія всѣхъ спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ. Такой пріемъ нѣльзя признать ни надлежащимъ, ни цѣлесообразнымъ. Простое сопоставленіе специальностей въ одномъ курсѣ или въ одной книгѣ не есть еще объединеніе ихъ или обобщеніе ихъ частныхъ выводовъ. Конспективное изложеніе специальностей не можетъ служить подходящимъ введеніемъ для начинающихъ; оно даетъ имъ тотъ же разрозненный матеріалъ только въ сокращенномъ видѣ, отчего матеріалъ этотъ не становится доступнѣе пониманію. Въ виду этого энциклопедія права порвала съ прежней традиціей и стала на путь общаго ученія о правѣ и о государствѣ.

Измѣненіе предмета и содержанія энциклопедіи права въ новѣйшее время представляется нѣкоторымъ ученымъ столь кореннымъ, что высказано было мнѣніе о необходимости присвоить обобщающей дисциплинѣ въ правовѣдѣніи новое названіе, — общей теоріи права. На этомъ особенно настаивалъ извѣстный русскій юристъ послѣдней четверти минувшаго столѣтія Н. М. Коркуновъ. Мы полагаемъ, что для измѣненія привычнаго названія науки нѣтъ достаточнаго основанія, потому что и старыя энциклопедіи

не ограничивались однимъ лишь краткимъ обзоромъ спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ, но обычно предпосылали ему элементы общаго ученія о правѣ. Между старымъ и новымъ пониманіемъ предмета энциклопедіи права нѣтъ полного отсутствія преемства, и потому нѣтъ особенной надобности упразднить старое названіе, установленное еще въ XVII столѣтіи и освященное вѣковой традиціей университетскаго преподаванія и научной литературы.

Н. М. Коркуновъ пытался отыскать для названія общей теоріи права историко-литературный прецедентъ и ссылался съ этой цѣлью на нѣмецкаго юриста первой половины XIX столѣтія Фалька, въ юридической энциклопедіи котораго (Falck, Juristische Encyclopädie, 1-ое изд. 1821 г.) нашелъ мысль о необходимости создать общее ученіе о правѣ (allgemeine Rechtslehre). Эту попытку Н. М. Коркунова слѣдуетъ признать неудачной, такъ какъ Фалькъ подъ именемъ общаго ученія о правѣ понималъ не общую теорію права, а нѣчто совсѣмъ иное. По мысли Фалька общее ученіе о правѣ заключалось въ извлеченіи изъ дѣйствующаго законодательства такихъ правоположеній, которыя, хотя прямо въ немъ и не выражены, тѣмъ не менѣе вытекаютъ съ логическою необходимостью изъ правоположеній, выраженныхъ въ положительныхъ законахъ непосредственно. Понимаемое такимъ образомъ общее ученіе о правѣ должно служить руководствомъ для судьи въ случаяхъ видимой неполноты закона (Falck Juristische Encyclopädie, 5-te Ausgabe von Ihering, Kiel, 1851, §§ 54—57). Историко-литературная справка не говоритъ такимъ образомъ въ пользу новаго названія.

Названіе общей теоріи права, или просто теоріи права, или теоріи правовѣдѣнія принято въ настоящее время и въ русской литературѣ (Л. І. Петражицкимъ, Г. Ф. Шершеневичемъ), и въ нѣмецкой (Штаммлеромъ). На ряду съ этимъ сохраняется въ нашемъ университетскомъ уставѣ и въ русской литературѣ (нпр., кн. Е. Н. Трубецкимъ, Е. В. Спекторскимъ) старое названіе энциклопедіи права.

Практика университетскаго преподаванія въ Германіи выдвинула за послѣднее время новое названіе „введенія въ правовѣдѣніе“ (Einführung in die Rechtswissenschaft). Подъ этимъ названіемъ появилось уже нѣсколько учебниковъ энциклопедіи права (Колера, Штернберга). Названіе это подчеркиваетъ пропедевтический характеръ энциклопедіи права и въ этомъ находитъ свое оправданіе.

По указаннымъ выше соображеніямъ мы сохраняемъ старое традиціонное названіе, но въ концѣ концовъ не придаемъ этому обстоятельству никакого существеннаго значенія. Дѣло не въ названіи, а въ пониманіи задачи и предмета обобщающей дисциплины въ правовѣдѣніи. Въ послѣднемъ отношеніи у насъ нѣтъ разномыслія ни съ тѣми, кто придерживается названія теории права, или правовѣдѣнія, ни съ тѣми, кто предпочитаетъ „введеніе въ правовѣдѣніе“.

Энциклопедію права противопоставляютъ нерѣдко философіи права. Какъ ни разнообразно пониманіе послѣдней у различныхъ авторовъ, все же въ немъ можно подмѣтить два основныхъ направленія. Одно направленіе полагаетъ задачу и особенность философіи права въ построеніи метафизическаго (сверхопытнаго) ученія о правѣ; другое направленіе сводитъ философскій элементъ къ т. н. гносеологіи, т. е. теории познанія, и полагаетъ особую задачу философіи права въ изслѣдованіи особенностей теории познанія правовыхъ явленій.

Думается намъ, что нѣтъ достаточнаго основанія противопоставлять философію права энциклопедіи, понимаемой въ смыслѣ общаго ученія о правѣ. Станемъ ли мы строить эмпирическое или метафизическое общее ученіе о правѣ, заданіе у насъ будетъ одно и то же, разица же проявится только въ различіи методовъ. Единствомъ заданія достаточно обеспечивается единство научной дисциплины и устраняется надобность раздвоенія. Существовали ранѣе метафизическія энциклопедіи права (нпр. въ 40-хъ годахъ XIX в.), могутъ существовать и теперь. Дѣло однако въ томъ, что по современному состоянію науки чисто метафизическое общее ученіе о правѣ оказывается невозможнымъ; оно должно сочетаться съ ученіемъ эмпирическимъ. А разъ это такъ, то нѣтъ достаточнаго основанія выдѣлять философію права какъ самостоятельную дисциплину по признаку сочетанія въ ней эмпирическаго ученія съ метафизическимъ, тѣмъ болѣе, что и эмпирическое ученіе о правѣ не обходится безъ нѣкоторыхъ предпосылокъ внѣопытнаго, умозрительнаго характера.

Если свести философію права къ одной лишь теории познанія правовыхъ явленій, то въ такомъ случаѣ мы получимъ не юридическую, хотя бы и обобщающую, дисциплину, а часть гносеологіи, т. е. общей философіи. Это вспомогательная для правовѣдѣнія дисциплина, но не часть правовѣдѣнія. Такой философіи права въ дѣйствительности и нѣтъ въ литературѣ. Замѣчается на самомъ

дѣлѣ нѣчто другое, — внесеніе въ общее ученіе о правѣ гносеологическихъ вопросовъ въ болѣе значительной мѣрѣ, чѣмъ это обычно принято дѣлать. Такое расширеніе гносеологической стороны общаго ученія о правѣ отнюдь не мѣшаетъ, какъ это недавно отмѣчено въ русской литературѣ (Е. В. Спекторскимъ), сохраненію единства и названія энциклопедіи права, освященнаго многолѣтнею научной традиціей.

§ 2. Очеркъ историческаго развитія научнаго правовѣдѣнія и энциклопедіи права.

Friedländer, Juristische Encyclopädie, 1847, S. 4—42; П. Рѣдкинъ, Обзорѣніе юридической литературы (по юридич. энциклопедіи), Юрид. Записки, 1860, т. IV; R. Stintzing — Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abth., 1880, II. Abth., 1884, III. Abth. I. Halbband, 1898, II. Halbband, 1910.

I. Научное правовѣдѣніе нашей европейской культуры ведетъ свое начало отъ римской юриспруденціи. Римскіе юристы, оставившіе намъ блестящіе, во многомъ не превзойденные образцы юридическаго мышленія, разрабатывали не всѣ области права, а преимущественно лишь одну изъ нихъ, — право гражданское, которое нормируетъ семейственныя и имущественныя отношенія частныхъ лицъ. Хотя гражданское право представляетъ собою только одинъ спеціальныи отдѣлъ правовѣдѣнія, тѣмъ не менѣе оно весьма обширно по содержанію и требуетъ усвоенія значительнаго количества подробностей. Чтобы овладѣть обильнымъ матеріаломъ гражданскаго права, требовалось для изучающаго нѣкоторое общее введеніе, въ которомъ выяснялись основныя гражданскоправовыя понятія. Такимъ введеніемъ являлись т. н. институціи, служившія пропедевтическимъ учебникомъ въ школахъ правовѣдѣнія римской имперіи. До насъ дошли Институціи Гая, извѣстнаго римскаго юриста II в. по Р. Х. Въ составѣ *Corporis iuris civilis* тоже имѣются Институціи въ качествѣ общаго теоретическаго введенія къ Юстиніанову своду. Институціи были своего рода энциклопедіей гражданскаго права. Въ болѣе широкой энциклопедіи права надобности не ощущалось, такъ какъ научный интересъ сосредоточивался преимущественно на области гражданскаго права.

Съ XI в. обращаются въ западной Европѣ къ изученію римскаго права. Читаютъ *Corpus iuris civilis* и стараются усвоить его содержаніе съ цѣлью практическаго примѣненія его постановленій на судѣ. Въ соотвѣтствіи съ практически-судебными цѣлями изученіе не идетъ далѣе толкованія текста Юстиніанова свода. Толкованія отдѣльныхъ мѣстъ текста записывались между строкъ или на поляхъ рукописи и извѣстны были подъ названіемъ глоссъ. Послѣднія дали имя всей школѣ юристовъ, занятыхъ усвоеніемъ и толкованіемъ римскаго права. Они были прозваны глоссаторами. Школа глоссаторовъ господствовала до половины XIII вѣка. Приемы ея фрагментарнаго (отрывочнаго) и казуистическаго (примѣнявшагося къ частнымъ случаямъ) толкованія продолжались еще въ теченіе двухъ съ половиною столѣтій, но съ середины XIII вѣка претерпѣли нѣкоторое измѣненіе. За два столѣтія накопилось громадное количество глоссъ, дававшихъ разнообразныя и противорѣчивыя толкованія положеній Юстиніанова свода. Необходимо было разобраться въ различныхъ сужденіяхъ и установить общее мнѣніе ученыхъ (*communis opinio doctorum*). Затѣмъ по мѣрѣ роста практическаго примѣненія римскаго права въ судахъ нужно было приспособить римскія правоположенія къ особенностямъ средневѣковой жизни. Обѣ эти задачи достигались путемъ спеціальныхъ разъясненій глоссъ, или комментаріевъ къ нимъ. Новый видъ литературно-юридическихъ произведеній далъ новое имя ихъ авторамъ: глоссаторовъ смѣнили постглоссаторы, или комментаторы, продолжавшіе старые экзегетическіе (экзегеза = толкованіе) приемы изученія вплоть до XVI вѣка.

И у глоссаторовъ, и у комментаторовъ научное правовѣдѣніе ограничивалось римскимъ правомъ. Вращаясь въ предѣлахъ, начертанныхъ классической римской юриспруденціей, обѣ средневѣковыя школы признавали основнымъ предметомъ своего изученія гражданское право. Выдвигались отдѣльные вопросы изъ области права государственнаго, преимущественно о правахъ монарха; распространялись гражданскоправовыя нормы на международныя отношенія; приходилось при толкованіи *libri terribiles* Дигестовъ касаться отдѣльныхъ вопросовъ о преступленіи и наказаніи, т. е. уголовнаго права; но все это были лишь отдѣльные экскурсы въ другія области, изъ которыхъ не создавались спеціальныя юридическія дисциплины. Научное правовѣдѣніе въ общемъ текло по руслу цивилистики (науки гражданскаго права). При такомъ положеніи дѣла не ощущалось надобности въ энциклопедіи права.

Основные общія понятія для цивилистики доставляли Институціи римскаго права.

Потребность въ обобщающей дисциплинѣ вызывается только значительной спеціализаціей науки. Спеціализація начала создаваться еще въ теченіе средних вѣковъ и проявилась въ двоякомъ направленіи; въ разнородности правового матеріала по происхожденію юридическихъ нормъ и по характеру опредѣляемыхъ ими жизненныхъ отношеній. Остановимся на важнѣйшихъ моментахъ этого процесса спеціализаціи, происходившаго еще въ средніе вѣка. Такими моментами являются образованіе каноническаго права, развитіе права феодальнаго, или леннаго, и обособленіе разработки уголовнаго права.

Въ католической церкви слагалось свое самостоятельное право, основанное на церковныхъ постановленіяхъ, или канонахъ, и воспринявшее многое изъ права римскаго. Право церкви, или каноническое право, не входило въ кругъ занятій юристовъ и разрабатывалось первоначально богословами. Въ половинѣ XII вѣка Граціанъ изъ Болоньи собралъ всѣ церковныя постановленія, извѣстныя также подъ названіемъ декретовъ, и составилъ изъ нихъ сборникъ: *Decretum*, или *Concordia discordantium canonum*. Сборникъ этотъ послужилъ первоначальнымъ сводомъ каноническаго права. Тогда изученіемъ его занялись юристы. Декретъ Граціана стали глоссировать на подобіе Юстиніанова свода. Въ научномъ правовѣдѣніи образовались такимъ образомъ двѣ спеціальности: римскаго, или гражданскаго права и церковнаго, или каноническаго. Представители первой спеціальности получили названіе легистовъ и цивилистовъ, т. е. знатоковъ свѣтскихъ законовъ и гражданскаго права. Представителей второй спеціальности называли декретистами, или канонистами, т. е. знатоками церковныхъ постановленій, которыя обозначались то латинскимъ терминомъ декретовъ, то греческимъ терминомъ каноновъ. Законченное юридическое образованіе должно было совмѣщать въ себѣ обѣ спеціальности, которыя и вошли въ кругъ преподаванія права въ итальянскихъ университетахъ. Сообразно этому и высшая ученая степень давала юристамъ званіе доктора обоихъ правъ, — гражданскаго и каноническаго (*doctor utriusque iuris, sc. civilis et canonici*).

Отношенія по землевладѣнію сложились въ средніе вѣка въ своеобразный, чуждый римскому праву, строй, въ основѣ котораго лежало стеченіе на одной и той же землѣ нѣсколькихъ правъ

обладания, что создавало положеніе, не поддающееся учету съ точки зрѣнія строгаго права исключительной собственности. Строй этотъ извѣстенъ подъ названіемъ феодальнаго, или леннаго. Для регулированія новыхъ отношеній по землевладѣнію выработалась постепенно путемъ обычая самостоятельная система леннаго права. Это обычное ленное право достигло наибольшаго развитія раньше всего въ Ломбардіи, гдѣ оно и записано было впервые въ XII вѣкѣ въ особомъ сборникѣ, извѣстномъ подъ названіемъ *Lex Lombarda*. Сборникъ этотъ стали изучать и глоссировать. Такимъ образомъ ленное право стало предметомъ научнаго правовѣдѣнія и образовало изъ себя специальную юридическую дисциплину (*ius feudale*).

Къ XIII вѣку относятся первые начатки специальной разработки уголовного права. Дисциплина эта достигла болѣе значительнаго развитія и получила особое мѣсто въ университетскомъ преподаваніи только въ XVI столѣтіи.

Съ умноженіемъ и дробленіемъ правового матеріала почувствовалась потребность въ произведеніяхъ, которыя давали бы возможность одновременнаго обозрѣнія и сопоставленія всего правового матеріала, учитываемаго научной юриспруденціей, по крайней мѣрѣ въ его основныхъ положеніяхъ. Удовлетвореніемъ такой потребности явилось въ XIII столѣтіи составленное Вильгельмомъ Дурантисомъ *Speculum iudiciale seu iuris*. Сочиненіе это излагало въ пособіе практическимъ юристамъ систему всего дѣйствовавшаго тогда права, свѣтскаго и церковнаго. Оно дѣлилось на четыре части: 1) о лицахъ, дѣйствующихъ въ судопроизводствѣ, 2) о дѣйствіяхъ въ гражданскомъ судопроизводствѣ, 3) о дѣйствіяхъ въ уголовномъ судопроизводствѣ и 4) практическое право въ примѣненіи къ отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ а именно: отдѣльные иски и рядъ вопросовъ изъ гражданскаго права. Мысль издать такое сочиненіе специально по правовѣдѣнію и самое названіе для своего труда Дурантисъ заимствовалъ у своего современника Викентія де Бовэ, составившаго *Speculum majus vel quadruplex*, сборникъ всего наличнаго знанія того времени, отражавшій въ себѣ, какъ въ зеркалѣ, все, добытое усиліями человѣческой мысли.

Юридическое зеркало Дурантиса представляло собою механическое сведеніе всего научно разработаннаго правового матеріала для цѣлей судебной и школьной практики. Оно должно было служить справочной книгой для судей и общимъ руковод-

ствомъ для изучающихъ право. Легко однако понять, что оно не могло достигать намѣченныхъ цѣлей съ особымъ успѣхомъ. Для судьи недостаточны были сопоставленныя въ зеркалѣ общія начала разныхъ правовыхъ системъ; рѣшеніе частнаго случая, являющееся задачей судьи, требовало детального знанія отдѣльныхъ положеній той специальной системы права, къ которой относился данный судебный казусъ (случай). Зерцало не могло замѣнить глоссъ и комментаріевъ по соотвѣтственной специальности. Изучающій право съ трудомъ одолѣвалъ многопредметное Зерцало. Механическое сопоставленіе разныхъ системъ и областей права не давало ничего новаго сравнительно съ послѣдовательнымъ усвоеніемъ отдѣльныхъ специальностей и даже не облегчало труда изученія, такъ какъ не сводило разнороднаго и разнообразнаго матеріала къ внутреннему единству лежащихъ въ его основѣ общихъ идей. Не оказавшись пригоднымъ для намѣченныхъ цѣлей, Зерцало Дурантиса осталось въ юридической литературѣ одинокимъ явленіемъ, не вызвавшимъ подражателей и послѣдователей.

Если недѣлсообразно было сжатое изложеніе всего правовѣдѣнія въ одной книгѣ, то приходилось искать иныхъ средствъ, которыя облегчали бы начинающимъ изученіе права. Этого требовало накопленіе допущеннаго въ научный оборотъ правового матеріала и разростаніе специальныхъ юридическихъ дисциплинъ. Необходимо было указать начинающему, какія системы права дѣйствовали, какіе имѣются тексты и сборники лежащихъ въ ихъ основѣ правоположеній, какими снабжены они глоссами и комментаріями, какъ слѣдуетъ разбираться въ многообразіи наличныхъ толкованій текстовъ, на какія специальныя дисциплины дѣлится научное правовѣдѣніе, и какія имѣются систематическія подраздѣленія этихъ дисциплинъ. Въ теченіе XV-го и до половины XVI ст. появляется цѣлый рядъ юридическихъ произведеній, которыя стремятся удовлетворить указанной выше потребности. Особенность ихъ задачи находить себѣ выраженіе въ самыхъ заглавіяхъ. Заглавія эти были преимущественно въ такомъ родѣ: *methodus*, *ratio docendi discendique*; *iuris ars et scientia*; *prolegomena iuris*; *epitome tyrocini iuris*; *exercitatio iuris*; *paraenesis de studio legali* и. т. п. Все это были произведенія пропедевтическія и методологическія въ одно и то же время: они вводили начинающаго въ изученіе права путемъ указанія надлежащаго метода. Лежащая въ основѣ ихъ мысль была сама по себѣ плодотворна. Въ самомъ дѣлѣ, если матеріалъ, подлежащій изученію,

сложенъ и труденъ, то цѣлесообразнѣ всего предпослать его изученію указанія правильнаго метода. Въ дѣйствительности ни замысль, ни осуществленіе его въ методологическихъ процедурикахъ XV—XVI вв. не были столь глубоки и плодотворны, какъ это кажется съ перваго взгляда. Причину этого явленія слѣдуетъ искать въ общихъ особенностяхъ средневѣковаго склада мысли, отражавшихся и въ правовѣдѣніи.

Основной особенностью средневѣковаго мышленія является догматизмъ. Догматизмъ принимаетъ истину, данную извнѣ, и сводитъ всю дѣятельность разума къ усвоенію этой истины, выведенію изъ нея частныхъ положеній и подведенію подъ нее новыхъ явленій, на которыя наталкиваетъ человѣка неустанно движущаяся и развивающаяся жизнь. Нѣтъ при этомъ самостоятельнаго изслѣдованія явленій; не возникаетъ вопроса и о томъ, какимъ путемъ добыты тѣ положенія, которыя принимаются за истину, исповѣдуются какъ догматъ. Средніе вѣка обладали тремя источниками истины, которыми питались различныя стороны міровоззрѣнія эпохи, — религія, философія и право. Источниками этими были: Священное Писаніе, Аристотель и римское право въ Юстиніановомъ Сводѣ. Высшимъ производнымъ авторитетомъ пользовался первый изъ указанныхъ источниковъ въ силу своей непосредственной богоустановленности и боговдохновенности; два другихъ получали признаніе и освященіе отъ перваго. Основное ученіе Аристотеля о внутренней цѣлестремительности всѣхъ вещей совпадало въ умѣ средневѣковаго мыслителя съ телеологической концепціей (цѣлевымъ пониманіемъ) міра въ Священномъ Писаніи, согласно которой міровая жизнь есть постепенное стремленіе къ цѣли, поставленной Божественнымъ Провидѣніемъ. Этого совпаденія было вполне достаточно для признанія всей философіи Аристотеля и приспособленія ея къ божественной истинѣ Священнаго Писанія. Въ предначертанномъ Божественнымъ Провидѣніемъ процессѣ подготовленія человѣчества къ воспріятію „града Божія“ отведено было соответственное мѣсто земнымъ царствамъ. Задача послѣднихъ сводилась къ объединенію людей, дисциплинированію ихъ и насажденію среди нихъ справедливости съ цѣлью подготовленія ихъ къ воспріятію высшей божественной правды. Среди земныхъ царствъ особенно выдѣлялась римская имперія, которая дала міру единство, способствовало быстрому распространенію евангельской проповѣди, и создала совершеннѣйшую систему права, которую могла воспринять церковь. Какъ отраженіе закона, начертаннаго самимъ Богомъ

въ сердцахъ людей, римское право приобрѣло значеніе непреложнаго источника земной справедливости.

Въ духѣ общаго догматизма развивалось и средневѣковое правовѣдѣніе. На *Corpus iuris civilis* смотрѣли какъ на скрижаль истиннаго закона. Не задавались вопросомъ о томъ, какъ были выработаны содержащіяся въ немъ правоположенія. Ихъ принимали безъ провѣрки и направляли всѣ умственныя усилія на то, чтобы усвоить ихъ содержаніе и истолковать послѣднее. Такъ поступали глоссаторы, постепенно овладѣвшіе ключомъ разумніяго закона. Но на этомъ догматизмъ мысли не остановился, такъ какъ ему присуще прогрессированіе въ дѣлѣ преклоненія предъ внѣшнимъ авторитетомъ. Мы уже видѣли, какъ отъ признанія первоначальнаго божественнаго авторитета Священнаго Писанія перешли къ признанію производнаго авторитета Аристотеля и Юстиніанова Свода. Умноженіе внѣшнихъ авторитетовъ продолжалось въ области правовѣдѣнія. Авторитетъ закона былъ перенесенъ на законниковъ, каковыми были глоссаторы. Послѣдующая школа комментаторовъ признала за догматъ не только положенія Юстиніанова Свода, но и глоссы къ нему.

Догматизмъ мышленія своеобразно отразился и на пониманіи научнаго метода. Догматикъ обладалъ готовой истиной. Не было надобности отыскивать ее путемъ самостоятельнаго изслѣдованія явленій. Не могло быть при такомъ положеніи дѣла и метода изслѣдованія, или, какъ выражались впоследствии, метода нахождения (*methodus inveniendi*). Задача познанія сводилась къ усвоенію готовой истины и истолкованію ея. Существовалъ лишь методъ разсужденія (*methodus disserendi*) въ предѣлахъ догматической истины.

Этого рода методъ разсужденія и составлялъ содержаніе юридическихъ пропедевтикъ XV—XVI ст., о которыхъ говорили мы выше. Подъ методомъ онѣ разумѣли способы и средства усвоенія обильнаго и разнообразнаго правового матеріала, распредѣленіе мнѣній толкователей закона по группамъ и категоріямъ, правила установленія общаго мнѣнія ученыхъ, приемы выработки юридическихъ формулъ, всевозможныя внѣшнія дѣленія и подраздѣленія права, схемы систематическаго изложенія юридическихъ разсужденій.

Нѣтъ надобности останавливаться на перечисленіи методическихъ пропедевтикъ правовѣдѣнія XV—XVI ст. Достаточно указать, что важнѣйшія изъ нихъ были собраны въ изданіи

Рейснера (Reusner): *Χειραγωγία* s. *cynosura iuris*, quae est farrago selectissimorum libellorum isagogicorum de iuris arte omnique ratione docendae discendaeque iurisprudentiae (Spirae, 1588).

II. Шестнадцатое столѣтіе вносить существенныя измѣненія въ разработку научнаго правовѣдѣнія. Измѣненія эти вызваны тѣмъ общимъ культурнымъ движеніемъ эпохи, которое извѣстно подъ названіемъ возрожденія. Это было возрожденіе античной культуры въ смыслѣ критическаго изученія ея по первоисточникамъ, обращеніе къ древности съ цѣлью усвоенія приемовъ ея творчества и приложенія послѣднихъ къ дальнѣйшему созиданію культуры. И въ средніе вѣка пользовались плодами античной культуры, но пользовались ими какъ варвары и рабы, въ руки которыхъ попало богатое наслѣдіе просвѣщенныхъ господъ. Вещественныя и духовныя произведенія, уцѣлѣвшія отъ классической древности, приспособляли къ удовлетворенію потребностей своей жизни, не задумываясь надъ тѣмъ, какъ создавались эти произведенія, и не задаваясь мыслью о томъ, чтобы чрезъ ихъ изученія стать на путь самостоятельнаго творчества. Дѣлали изъ языческихъ храмовъ христіанскія церкви, превращали изваянія Венеры въ статуи Мадонны, въ разговорной рѣчи и на письмѣ пользовались вульгаризованной латынью, приспособляли *Corpus iuris civilis* къ потребностямъ своего гражданскаго оборота и суда. Шла грубая техническая эксплуатація богатаго наслѣдія прошлаго, но творческій духъ древней культуры оставался неразгаданнымъ и неизвѣстнымъ. Возрожденіе было духовнымъ освобожденіемъ средневѣковой Европы, переходомъ отъ варварскаго потребленія продуктовъ античной культуры къ свободному преклоненію предъ ея творческимъ гениемъ; преклоненіе сопровождалось стремленіемъ уяснить себѣ сущность этого гения и путемъ изученія классической древности вывѣдать у нея тайну культурнаго созиданія. Общій переворотъ въ настроеніи умовъ эпохи возрожденія проявился и въ правовѣдѣніи.

Рабской приверженностью къ буквѣ римскаго права одержимы были и глоссаторы, и комментаторы. Кропотливое толкованіе словъ и фрагментовъ (отрывковъ) поглощало всю ихъ дѣятельность. За подробностями и частностями они не видѣли общей системы права, не находили руководящихъ ея принциповъ. Имъ и въ голову не приходило ставить вопросъ о томъ, какъ сложились и выработались тѣ стройныя и законченныя правила, которыя были извлечены римскими юристами изъ бытоваго матеріала юридиче-

скихъ отношеній. Конечно для первоначальнаго усвоенія римскаго права было необходимо и въ теченіе извѣстнаго довольно продолжительнаго времени достаточно то фрагментарное толкованіе *Corporis iuris civilis*, которымъ занимались глоссаторы и комментаторы. Долженъ былъ однако наступить моментъ, когда подобная разработка оказалась недостаточной. Пережевываніе глоссъ завело юриспруденцію въ тупикъ. Запросы новой жизни съ ея осложнившимся гражданскимъ оборотомъ требовали самостоятельнаго правового творчества. Недостаточно уже было владѣть готовыми формулами римскаго права; необходимо было по нимъ возстановить тѣ приемы юридической конструкціи (построенія), помощью которыхъ римскіе правовѣды создавали свои формулы и находили для нихъ столь совершенное выраженіе. Специальная задача, открывавшаяся предъ юриспруденціей, совпадала съ общей культурной задачей эпохи возрожденія.

Родиной и главнымъ полемъ дѣйствія глоссаторовъ и комментаторовъ была Италія, откуда вліяніе школы проникало и въ другія страны европейскаго материка. Въ Италіи же зародилось, развилось и изъ нея распространилось по всей Европѣ возрожденіе наукъ и искусствъ. Но приложеніе идей возрожденія къ правовѣднью выпало на долю Франціи. Два французскихъ юриста XVI вѣка, — Куяцій и Донелль, — обновили науку права и стали во главѣ новой школы правовѣднія, извѣстной подъ названіемъ французской по мѣсту своего происхожденія и элегантною по изяществу приемовъ разработки.

Французскіе юристы XVI вѣка свергли съ себя путы средневѣковыхъ глоссъ и, слѣдуя общему движенію возрожденія, обратились непосредственно къ памятникамъ римскаго права. Первая ихъ задача заключалась въ томъ, чтобы черпать изъ чистаго источника классической культуры. Поэтому они прежде всего занялись установленіемъ и критическимъ изданіемъ подлиннаго текста Юстиніанова Свода, искаженнаго средневѣковыми переписчиками. Измѣнилось и самое отношеніе къ тексту. На него перестали смотрѣть какъ на нѣкую отъ вѣка положенную неподвижную скрижаль закона и нашли въ немъ твореніе рукъ чловѣческихъ, въ которомъ сохранились даже слѣды постепеннаго его образованія. Сообразно этой новой точкѣ зрѣнія вполне естественно было заняться историческимъ изученіемъ ряда послѣдовательныхъ наслоеній законовъ, постановленій сената, рѣшеній народныхъ собраній, судебной практики, отвѣтовъ юристовъ, импе-

раторскихъ установленій, изъ которыхъ составился Сводъ Юстиніана. Попутно стали знакомиться съ государственнымъ, семейнымъ и хозяйственнымъ укладомъ римской жизни, въ условіяхъ которой вырабатывалось и на особенности которой было рассчитано римское право. При свѣтѣ такого историческаго изученія углубилась и задача толкованія текста. Оно болѣе не ограничивалось разъясненіемъ формальнаго смысла правоположеній, но стремилось раскрыть ихъ внутренній жизненный смыслъ. На толкованіи научная разработка не останавливалась. Она шла далѣе и направилась на приведеніе всѣхъ отдѣльныхъ правоположеній въ опредѣленную систему, расположенную по нѣсколькимъ руководящимъ принципамъ и стройную во всѣхъ своихъ частяхъ. Критика текста, историческое его толкованіе и систематика составили новые приемы изученія права, получившіе названіе французскаго метода (*mos docendi gallicus*), противопоставившагося прежнему итальянскому методу (*mos docendi italicus*), т. е. приемамъ словеснаго и фрагментарнаго толкованія глоссаторовъ и комментаторовъ. Этотъ *mos docendi gallicus* не только способствовалъ болѣе совершенному уразумѣнію римскаго права, но и открывалъ перспективу для самостоятельнаго правового творчества, такъ какъ давалъ возможность проникновенія во внутреннюю, такъ сказать, лабораторію правового творчества римлянъ, которое могло служить достойнымъ подражаніемъ образцомъ.

Усовершенствованіе приемовъ научной разработки сопровождалось въ XVI вѣкѣ усложненіемъ матеріала, подлежавшаго научной юриспруденціи, и выдѣленіемъ въ составѣ послѣдней новыхъ спеціальностей.

Къ XVI вѣку окончательно рушился феодальный строй, и на развалинахъ его создались новыя государства съ единою централизованною верховною властью. Организанія и управленіе этихъ государствъ опредѣлялись особыми юридическими нормами, совокупность которыхъ получила названіе государственнаго права. Послѣднее развивалось въ практикѣ судебныхъ и прочихъ государственныхъ учрежденій, а также путемъ изданія спеціальныхъ законовъ, устанавливавшихъ различныя прерогативы (преимущества) государственной власти и обязанности подданныхъ. Объединеніе въ особыя болѣе крупныя политическія единицы имѣло существенно важное значеніе для обезпеченія независимости и самостоятельности народовъ, и слѣдовательно, ихъ хозяйственнаго и общаго культурнаго развитія. Вслѣдствіе этого государственное

право привлекло къ себѣ усиленное вниманіе ученыхъ юристовъ, и разработка его стала особой спеціальной вѣтвью научнаго правовѣдѣнія.

Къ XVI-ому же вѣку слѣдуетъ отнести начало болѣе тщательной научной разработки національныхъ системъ гражданскаго права европейскихъ народовъ. Правовой матеріаль этихъ системъ сложился въ теченіе ряда предшествовавшихъ вѣковъ. Оставляя въ сторонѣ раннія записи въ видѣ т. н. варварскихъ законовъ (*leges barbarorum*) ранняго средневѣковья, можно сказать, что процессъ образованія національныхъ системъ гражданскаго права выпалъ на долю XIII—XV столѣтій. Въ XIII вѣкѣ сдѣланы записи нѣмецкаго права въ Саксонскомъ и Швабскомъ Зерцалахъ (*Sachsen- und Schwabenspiegel*). Съ XIV столѣтія возникаетъ рядъ сборниковъ французскаго обычнаго права по отдѣльнымъ не только крупнымъ, но и мелкимъ частямъ территоріи, на которой образовалась затѣмъ единая французская монархія. Матеріаль этотъ долгое время разрабатывался только практиками, дѣятелями мѣстныхъ судовъ. Они снабжали его глоссами, слѣдуя примѣру ученыхъ юристовъ, занимавшихся римскимъ правомъ. Образованіе національныхъ государствъ вызвало усиленный интересъ и къ національному гражданскому праву. Сохраненіе и развитіе его въ противовѣсъ римскому праву стали разсматривать какъ одно изъ средствъ обезпеченія національно-политической самостоятельности въ борьбѣ съ универсализмомъ Священной Римской Имперіи. Вотъ почему въ XVI вѣкѣ національное гражданское право было включено въ кругъ научнаго правовѣдѣнія въ видѣ особой его спеціальности.

Къ числу новыхъ юридическихъ дисциплинъ, сложившихся въ XVI столѣтіи, слѣдуетъ, наконецъ, присоединить исторію права, созданную, благодаря особенностямъ приемовъ научной разработки извѣстной намъ французской школы юристовъ. Выдвинутый этой школой историческій приемъ толкованія примѣнялся ею первоначально къ римскому праву, но затѣмъ распространенъ былъ и на изученіе національнаго права, какъ гражданскаго, такъ и государственнаго. Особенности послѣдняго открыли особенно широкій просторъ для историческаго элемента въ правовѣдѣніи.

Такова въ общихъ чертахъ картина научнаго состоянія юриспруденціи въ XVI вѣкѣ. Обновленіе метода и разрастаніе спеціализаціи усиливало потребность въ развитіи обобщающей все правовѣдѣніе дисциплины. Вопреки ожиданію мы не находимъ

однако въ XVI столѣтіи ничего новаго, что было бы создано для энциклопедическаго объединенія правовѣдѣнія. Цѣлямъ обобщеннаго знанія служатъ тѣже методологическія пропедевтики, начало которымъ было положено еще въ XV столѣтіи. Правда, онѣ отступаютъ отъ врежняго догматизма комментаторовъ и видоизмѣняютъ самое понятіе научно-юридическаго метода въ духѣ французской школы. Тѣмъ не менѣе въ нихъ все еще продолжается старая схоластическая традиція со всевозможными формальными схемами, дѣленіями и подраздѣленіями. Образцомъ такой именно обновленной, но по существу не новой методологической пропедевтики можетъ служить произведеніе тулузскаго магистрата Коразія (Corasius): *De iuris arte* (1563). На ряду съ методической пропедевтикой дѣлается въ XVI ст. еще другая попытка обобщенія знанія въ юриспруденціи, — путемъ сопоставительнаго изложенія по основнымъ вопросамъ всѣхъ учитываемыхъ наукой системъ права: римскаго, каноническаго и національнаго. Въ такомъ именно духѣ составлено было своего рода энциклопедическое сочиненіе однимъ изъ извѣстныхъ французскихъ юристовъ и государствовѣдовъ Григоріемъ Тулузскимъ подъ заглавіемъ: *Syntagma iuris universi atque legum pene omnium gentium et rerum publicarum praecipuarum, in qua divini et humani iuris totius naturalis ac nova methodo per gradus ordinesque materia universalium et singularium simulque iudicia explicantur* (1-ое изд. 1582 г., 5-ое и послѣдн. 1611 г.). Синтагма Григорія Тулузскаго повторяла собою предпріятіе, нѣкогда затѣянное Вильгельмомъ Дурантисомъ въ его *Зерцалѣ*, и оказалась столь же мало плодотворной для науки, какъ и послѣднее.

III. Семнадцатое столѣтіе открываетъ новую эпоху въ историческомъ развитіи науки права, ставитъ послѣднюю на совершенно новый путь, который рѣзко противопоставляется всему предшествовавшему состоянію юриспруденціи. Въ послѣдней мы различали три послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга школы, — глоссаторовъ, комментаторовъ и французскую, — и выше отмѣтили различія между ними. Не смотря на указанные различія и несомнѣнное усовершенствованіе приемовъ научной разработки права во французской школѣ, есть у всѣхъ трехъ школъ нѣчто общее, благодаря чему всѣ онѣ сливаются въ одно теченіе. Это общее составляетъ служеніе всѣхъ трехъ школъ единой задачѣ судебного и вообще практическаго примѣненія права. Эту задачу преслѣдовали одинаково какъ глоссаторы и комментаторы съ ихъ фраг-

ментарнымъ толкованіемъ, такъ и элегантные юристы XVI вѣка съ ихъ историческими разъясненіями и систематикой правового матеріала. XVII столѣтіе приноситъ съ собою протестъ противъ такого односторонняго служенія юриспруденціи задачъ практическаго примѣненія права. Съ этого времени наука права перестаетъ быть только служанкой суда (*ancilla fori*), какъ философія перестаетъ быть служанкой богословія (*ancilla theologiae*). Новое теченіе въ наукѣ права развилось подъ вліяніемъ новаго направленія философской мысли, извѣстнаго подъ названіемъ рационализма, и вылилось въ особую школу естественнаго права.

Рационализмъ (отъ *ratio* = разумъ) есть такое направленіе философской и научной мысли, для котораго единственнымъ орудіемъ и источникомъ познанія является человѣческій разумъ. Рационализмъ выступилъ на смѣну средневѣковаго догматизма и содержалъ въ себѣ прежде всего принципиальное отрицаніе послѣдняго. Разъ дошли до сознанія, что единственнымъ орудіемъ познанія является человѣческій разумъ, то отсюда неизбѣжно слѣдовало, что нѣтъ и не можетъ быть никакого иного знанія кромѣ добываемаго методической познавательной работой человѣческаго разума. Этимъ въ свою очередь отвергался авторитетъ истинъ, данныхъ извнѣ, и подрывались основы средневѣковаго догматизма мысли. Догматы отодвигались въ область религіозной вѣры; въ области знанія для нихъ не оказывалось болѣе мѣста.

Характернымъ для рационализма является то, что онъ признаетъ разумъ не только единственнымъ орудіемъ, но и источникомъ познанія. Въ основѣ этой второй предпосылки рационализма лежитъ представленіе его о свойствахъ разума. Индивидуальный человѣческій разумъ представляетъ собою отраженіе объективнаго разума, лежащаго въ основѣ мірозданія. Такое свойство должно быть присуще нашему разуму, потому что безъ такого подобія между познающимъ и познаваемымъ мы не въ состояніи были бы пріобрѣтать какія бы то ни было познанія о внѣшнемъ мірѣ. Въ индивидуальномъ человѣческомъ разумѣ заложено пониманіе міровыхъ законовъ. Его необходимо лишь вскрыть и довести до яснаго и отчетливаго сознанія. Для достиженія этого необходимо итти по правильному пути разсужденія. Отправной точкой служатъ самоочевидныя истины, или аксіомы. Это такія простѣйшія сужденія, правильность которыхъ несомнѣнна для разума. Сужденія эти не требуютъ доказательствъ и даже не могутъ быть доказаны. Достаточнымъ основаніемъ для признанія ихъ истин-

ными является то, что не может быть доказано противное имъ. По содержанію своему аксіомы состоятъ изъ опредѣленій нѣкоторыхъ элементарныхъ понятій. Изъ этихъ понятій дѣлается затѣмъ послѣдовательный рядъ выводовъ (дедукцій), причемъ каждое изъ выводимыхъ положеній подлежитъ спеціальному доказательству (демонстраціи). Областью наиболѣе совершеннаго примѣненія рациональнаго, т. е. дедуктивно-демонстративнаго, метода познанія является математика, въ особенности геометрія. Послѣдняя отправляется отъ простѣйшихъ аксіомъ, въ родѣ положенія о томъ, что прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками, и путемъ послѣдовательнаго ряда дедукцій и демонстрацій выводитъ изъ нихъ цѣлую вереницу положеній, образующихъ стройную систему научныхъ истинъ безупречной точности. Рационалистическій методъ создалъ математическое естествознаніе новаго времени. Ему обязаны своимъ появленіемъ научныя системы Коперника, Кеплера, Галилея, въ послѣдствіи Ньютона.

Рационализмъ переродилъ и юриспруденцію. До сихъ поръ она органичивалась толкованіемъ извнѣ данныхъ правоположеній, установленныхъ законодателемъ, незапамятными обычаями народа и судебной практикой. Правда, она неизмѣнно пыталась установить разумный смыслъ изучаемыхъ правоположеній, но тотъ разумъ закона (*ratio legis*), котораго доискивались, представляетъ собою не что иное, какъ практическое соображеніе наиболѣе пригодныхъ средствъ для достиженія преходящихъ и произвольныхъ цѣлей. Что цѣли эти преходящи и дѣйствительно произвольны, объ этомъ достаточно свидѣтельствуютъ разнообразіе законовъ и постоянная смѣна ихъ. Разнообразіе и смѣна дѣйствующихъ правоположеній показываютъ, что всѣ существовавшія и существующія системы права — не болѣе, какъ попытки юридическаго урегулированія человѣческаго общества, попытки несовершенныя, которыя представляютъ собою инстинктивно-безсознательное, полусознательное или даже сознательное, но не методически продуманное приспособленіе къ жизни. Всѣ эти попытки должны быть разъ на всегда замѣнены истинными законами общежитія, которые можетъ и долженъ установить разумъ помощью правильнаго разсужденія. Истинные законы для общежитія могутъ быть установлены только тѣмъ же путемъ, какимъ устанавливаются совершенныя математическія истины, т. е. путемъ дедуктивно-демонстративнаго метода. Послѣдній требуетъ для себя въ качествѣ отправной точки аксіомъ. Спрашивается, что должно служить аксіомой для системы права?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ получался на основаніи нижеслѣдующаго предварительнаго разсужденія. Аксиома — это опредѣленіе простаго неразложимаго понятія. Нужно, слѣдовательно, найти простѣйшій, неразложимый элементъ въ правѣ и опредѣлить его. Право регулируетъ сожитіе людей въ обществѣ: Оно есть понятіе сложное, какъ сложно самое общество, являющееся союзомъ множества людей, приспособляющимся для совмѣстнаго осуществленія многими людьми цѣлей каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Простѣйшимъ элементомъ въ понятіи общества, а чрезъ него и въ понятіи права является отдѣльный человѣкъ, или индивидъ (дословно: недѣлимый). Необходимо поэтому выяснитъ сущность индивида, опредѣлитъ природу отдѣльнаго человѣка. Изъ такого опредѣленія, изъ основнаго свойства индивидуальной природы человѣка можно будетъ путемъ спокойнаго разсужденія (*ratiocinatione animi tranquilli*) вывести по непрерывной нити дедукціи (*uno deductionis filo*) всю систему истиннаго права. Право это по источнику логическаго своего происхожденія будетъ именоваться естественнымъ правомъ (*ius naturale*) и противопоставляться произвольному праву (*ius voluntarium*) всякаго внѣшняго установленія. Подъ вліяніемъ раціонализма наука права сдѣлала своимъ предметомъ разработку естественнаго права. Это новое направленіе создало особую школу естественнаго права, которая господствовала въ юриспруденціи въ теченіе XVII и XVIII столѣтій. Родоначальникомъ ея былъ голландскій юристъ Гуго Гроцій (основное сочиненіе его: *De iure belli ac pacis*, 1625 г.), наиболѣе видными представителями — Томазіи, Дома, Пуфендорфъ, Гоббсъ, Вольфъ, Руссо. Господство школы естественнаго права не устранило разработки дѣйствующаго, или положительнаго права. Оно лишь отодвинуло его, какъ право произвольное, за предѣлы науки. На толкованіе и систематику положительнаго права стали смотрѣть какъ на прикладное знаніе, технику, можно сказать, ремесло, отъ котораго отличалась подлинная наука права, занятая выработкой естественноправоваго системы. Послѣдняя содержала въ себѣ разумное право, практическое значеніе котораго заключалось въ критикѣ положительнаго права и указаніи путей для преобразованія послѣдняго.

Со школой естественнаго права неразрывно связано появленіе новой отрасли юриспруденціи, — науки международнаго права. Взаимныя отношенія между самостоятельными и независимыми государствами издавна опредѣлялись правомъ, которое устанавли-

валось обычаемъ и договорами. Слагавшіяся такимъ образомъ нормы международнаго права носили болѣе или менѣе случайный и отрывочный характеръ. Въ сознаніи общества не выработалось достаточно убѣдительнаго воззрѣнія на обязательность этого права. Право, дѣйствующее внутри государства, почиталось обязательнымъ въ силу авторитета государственной власти, которая его создавала или признавала. Надъ государствами нѣтъ высшей власти, которая могла бы своимъ повелѣніемъ установить положенія, регулируюція ихъ взаимныя отношенія. Международное право не находило себѣ такимъ образомъ обоснованія въ сознаніи общества и даже юристовъ. Ужасы тридцатилѣтней войны выдвинули вопросъ объ обоснованіи международнаго права въ качествѣ настоящаго и насущнаго. Рационализмъ, водворившійся къ тому времени въ области юридическаго мышленія, далъ возможность обосновать обязательность международнаго права на авторитетъ разума и устанавливаемаго послѣднимъ естественнаго права. Родоначальникъ школы естественнаго права Гуго Гроцій былъ въ то же время отцомъ науки международнаго права. Въ естественномъ правѣ нашло международное право и обоснованіе своей обязательности и руководящіе принципы, которые легли въ основу систематической его разработки.

Къ XVII столѣтію, этой эпохѣ кореннаго обновленія науки права, относится и первое появленіе энциклопедіи права подъ собственнымъ ея именемъ. Въ 1638 году издана была Гуніусомъ (Hunius) *Encyclopaedia iuris universi*. Энциклопедія Гуніуса преслѣдовала пропедевтическія цѣли и старалась ввести начинающаго въ изученіе правовѣдѣнія главнымъ образомъ помощью краткаго догматическаго изложенія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, при этомъ отводилось нѣкоторое мѣсто и историческому очерку измѣненій права. Вліяніе школы естественнаго права сказалось на Энциклопедіи Гуніуса еще въ незначительной степени. Расцвѣтъ этого вліянія на энциклопедическую литературу относится ко второй половинѣ XVII-го вѣка и къ XVIII столѣтію. Проявился онъ въ изданіи длиннаго ряда пропедевтическихъ сочиненій, которыя въ качествѣ введенія въ изученіе права давали краткіе очерки естественнаго права доктрины. Очерки эти должны были служить ключомъ къ уразумѣнію цѣлой системы естественнаго права, и въ то же время давать руководящую нить для критической оцѣнки права положительнаго. Среди нихъ заслуживаетъ быть особенно отмѣченнымъ пропедевтическое руководство Христіана

Томазія (Chr. Thomasius) подъ заглавіемъ: *Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einem Studiosus iuris zu wissen und auf den Universitäten zu lernen nöthig* (Halle, 1699). Съ теченіемъ времени стали проявляться въ школъ естественнаго права признаки вырожденія. Живая струя прогрессивнаго правового творчества начала изсыхать. Критическіе и созидательные элементы отступали на второй планъ и стушевывались. Раціонализмъ пересталъ служить мощнымъ орудіемъ познанія истиннаго права и превратился въ средство для построенія вѣшнихъ схемъ, по рубрикамъ которыхъ распредѣлялся разнородный правовой матеріалъ, въ которомъ смѣшивалось положительное право съ обрывками естественноравовыхъ положеній. Вводящая въ изученіе права энциклопедическая литература занялась всецѣло построеніемъ формальныхъ раціоналистическихъ схемъ, которыя давали начинающему какъ бы планъ его дальнѣйшаго изученія по разнымъ отдѣламъ и под-отдѣламъ права. Потеря критическаго смысла, составляющаго наиболѣе сильную сторону раціонализма, приводила къ тому, что на разнаго рода формальныя схемы смотрѣли не только какъ на пріемъ систематизаціи, но и какъ на методъ познанія. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ это былъ уже только *methodus disserendi*, который распредѣлялъ готовый догматическій матеріалъ *ordine geometrico*, т. е. въ порядкѣ формальной дедукціи. *Mutatis mutandis* получилось своеобразное возрожденіе старой, извѣстной уже намъ, методической пропедевтики XV—XVI вѣковъ. И новыя псевдо-раціоналистическіе методисты и систематики были столь же безцвѣтны и бесплодны, какъ и ихъ предшественники, откровенные приверженцы догматическаго мышленія. Методическія и систематизирующія энциклопедіи XVIII в. носили различныя сенсаціонныя названія, въ родѣ: *Pyxis nautica navigaturientis per immensum iuris pelagum*, *Laterna magica*, *Chartae lusoriae iurisprudentiae*, или даже, — *Wie man cavalièremment studieren soll*. Подъ бьющими на эффектъ названіями преподносилось самое убогое содержаніе. Рамки замысловатыхъ, но въ сущности бесполезныхъ схемъ наполнялись отрывочными свѣдѣніями изъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, а въ особыя рубрики вспомогательныхъ для юриспруденціи знаній (*adminicula iuris*, *Hülfskenntnisse der Rechtswissenschaft*) вносились безъ разбора обрывки случайной эрудиціи авторовъ. Это систематизирующее и методизирующее направленіе энциклопедіи права доведено было до крайности и почти до абсурда Неттельбляттомъ, который во второй поло-

внѣ XVIII вѣка одинъ составилъ около дюжины всевозможныхъ систематическихъ и методологическихъ руководствъ и учебниковъ. Вопросы внѣшней системы были для него вполне самоувѣющими независимо отъ смысла схематическихъ рубрикъ. Такъ, ради системы Неттельблаттъ въ одномъ изъ своихъ произведеній посвящаетъ особый отдѣлъ допотопному праву (*ius antedeluvianum*).

Школа естественнаго права поставила разработку права положительнаго внѣ научнаго правовѣдѣнія. Сообразно этому и энциклопедіи, написанныя въ духѣ чистаго рачіонализма, не давали общаго ученія, которое охватывало бы положительную юриспруденцію. Этотъ пробѣлъ могли бы восполнить только что охарактеризованныя нами методологическія и систематическія руководства, учитывавшія на ряду съ естественнымъ и положительное право. Но руководства эти, какъ указано было, лишены были критическаго духа и знаменовали собою вырожденіе школы естественнаго права въ своеобразный рачіоналистическій догматизмъ. Къ тому же они не давали ничего кромѣ голыхъ схемъ, которыя, само собою разумѣется, не могли служить общимъ ученіемъ для положительнаго юриста.

Положительной юриспруденціи приходилось самой создавать для себя энциклопедію права. Источникомъ для построенія обобщеннаго знанія могъ служить въ данномъ случаѣ историческій элементъ правовѣдѣнія, введенный въ послѣднее, какъ намъ уже извѣстно, французскими юристами XVI вѣка. Сначала онъ явился лишь въ качествѣ болѣе совершеннаго приема толкованія, но съ теченіемъ времени выросъ въ особую дисциплину, — исторію права. Хотя послѣдняя и продолжала сохранять служебную функцію по отношенію къ догматическимъ построеніямъ, тѣмъ не менѣе значеніе ея поневолѣ выходило за эти предѣлы. Занятіе исторіей, хотя бы въ видѣ добавочной профессіи, своего рода отхожаго промысла, неизбежно отразилось на общемъ складѣ мышленія юристовъ. Оно излѣчивало ихъ отъ того презрительнаго отношенія къ фактамъ, которое царило въ школѣ естественнаго права, и заставляло мыслить эмпирически (опытно) и индуктивно (путемъ наведенія). Если рачіонализмъ отправлялся отъ апріорной (доопытной и даже внѣопытной) предпосылки и изъ нея дедуцировалъ цѣлую систему права, то эмпирическое и индуктивное мышленіе, напротивъ того, отправлялось отъ наблюденія фактовъ и путемъ наведенія отвлекало отъ нихъ общія положенія, въ которыхъ выяснялся смыслъ фактическаго матеріала. Такимъ

путемъ положительная юриспруденція при помощи исторіи устанавливала свои основныя понятія, которыя и дѣлала предметомъ энциклопедіи права. Пониманіе исторіи было въ то время у юристовъ элементарное, — лѣтописное, въ лучшемъ случаѣ прагматическое. Сообразно этому и эмпирическія обобщенія въ энциклопедіи не шли далѣе перечисленія основного содержанія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Не смотря на это, въ нихъ проявлялись зачатки поворота научной мысли на новые пути.

Лучшимъ образцомъ эмпирической, или положительной энциклопедіи права во второй половинѣ XVIII вѣка было произведение Іоанна Стефана Пюттера (Johann Stephan Pütter), названное въ первомъ изданіи Эскизомъ, во второмъ — Опытомъ юридической энциклопедіи (Entwurf einer juristischen Encyclopädie, Göttingen, 1757; Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie, Göttingen, 1767). Въ немъ даны обзорѣніе и краткіе очерки отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ съ указаніемъ пособій къ ихъ изученію; затѣмъ слѣдуютъ исторія источниковъ и обзоръ юридической литературы; завершается все произведение особымъ отдѣломъ, посвященнымъ методологіи научнаго правовѣдѣнія. Со времени появленія произведенія І. Ст. Пюттера окончательно укрѣпилось за нашей наукой введенное, какъ мы знаемъ, еще Гуніусомъ названіе энциклопедіи права.

Эмпирическое направленіе, которое проводилось І. Ст. Пюттеромъ и его сподвижниками, было реакціей противъ вырожденія школы естественнаго права, выразившагося въ появленіи своеобразнаго раціоналистическаго догматизма. Бесплодіе послѣдняго обеспечивало успѣхъ эмпирическаго направленія и вело къ полному устраненію раціонализма изъ области научнаго правовѣдѣнія. Въ это критическое для школы естественнаго права время произошло ея обновленіе. Философская критика Канта не только безповоротно осудила раціоналистическій догматизмъ, но и вскрыла первоначальный источникъ его происхожденія. Корень зла заключался въ томъ, что школа естественнаго права принимала за отправную точку для своихъ построеній не подлинныя аксіомы, а эмпирическія сужденія о природѣ человѣка, одностороннія и критически не проверенныя. Кантъ не только указалъ ошибку, но и исправилъ ее: изгналъ изъ раціоналистическаго ученія о правѣ всѣ эмпирическія сужденія о природѣ человѣка и поставилъ на ихъ мѣсто метафизическое (сверхопытное) представленіе о законѣ долженствованія (т. е. о нравственномъ законѣ) и способности

человѣка опредѣлять свои дѣйствія примѣнительно къ его требованіямъ. Отправляясь отъ этихъ понятій, Кантъ дедуцировалъ систему права. Раціонализмъ былъ возвращенъ такимъ образомъ къ своей методологической чистотѣ, и школа естественнаго права спасалась отъ вырожденія. Въ этомъ обновленномъ духѣ школы составлялись и юридическія энциклопедіи. Среди нихъ можемъ отмѣтить энциклопедію Густава Гуго (*Gustav Hugo, Lehrbuch der juristischen Encyclopaedie, Berlin, 1792; 8-ое и послѣдн. изд. 1835 г.*), который, не смотря на стремленіе къ историческому изученію права, все же строилъ юридическую энциклопедію на чисто раціоналистическихъ началахъ.

IV. Къ концу XVIII столѣтія существовали такимъ образомъ въ энциклопедической литературѣ права два направленія: 1) философское, раціоналистическое, и 2) историческое, эмпирическое. Первое исходило изъ апріорныхъ идей и дедуцировало изъ нихъ основы системы естественнаго, или разумнаго права (*Naturrecht* или *Vernunftrecht*); второе отправлялось отъ положительнаго права и историческаго его разъясненія и пыталось извлечь изъ этого матеріала индуктивнымъ путемъ нѣкоторые руководящія юридическія принципы. Оба направленія шли параллельно, каждое своимъ путемъ, не встрѣчаясь другъ съ другомъ и не имѣя точекъ соприкосновенія. Такое разобщеніе раціональныхъ и эмпирическихъ элементовъ науки отражалось на ея состояніи отрицательно и вредно. Съ одной стороны, апріорныя построенія совершенно игнорировали факты и потому были оторваны отъ дѣйствительности и оставляли ее безъ объясненія. Съ другой стороны, положительное правовѣдѣніе при элементарной исторической концепціи шло по пути индуктивныхъ обобщеній ошупью и ограничивалось простымъ перечисленіемъ фактическаго матеріала, не будучи въ состояніи надлежаще осмыслить его безъ помощи раціональнаго элемента. Таково было общее затруднительное состояніе правовѣдѣнія. Энциклопедія права испытывала сверхъ того еще и спеціальныя затрудненія, пріостекавшія изъ неопредѣленности ея задачи. Раціоналисты излагали въ ней краткіе начатки естественнаго права, представители положительнаго правовѣдѣнія давали конспективное обзорѣніе спеціальныхъ юридическихъ дисциплинъ.

Подъ вліяніемъ новыхъ теченій философской мысли, которыми ознаменовалась первая треть XIX столѣтій, устраняются причины раздвоенія въ пониманіи задачъ энциклопедіи и водворяется нѣкоторое единство въ этомъ отношеніи.

Въ 1802 году философъ Шеллингъ прочелъ рядъ лекцій „О методѣ академическаго изученія“ (Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums 3. Aufl., Stuttgart u. Tübingen, 1830), которыя вызвали переворотъ въ постановкѣ энциклопедической научной литературы.

Міровой порядокъ, училъ Шеллингъ, представляетъ собою органическое цѣлое, т. е. такое цѣлое; всѣ части котораго связаны и взаимно обусловлены, такъ что измѣненіе въ любой части вызываетъ соотвѣтственное измѣненіе въ цѣломъ. Органической характеръ мірового порядка покоится на единствѣ лежащаго въ его основѣ объективнаго разума. Органическому единству мірозданія должно соотвѣтствовать такое же единство міропониманія. Знанія наши въ отдѣльныхъ областяхъ не должны и не могутъ быть случайными, разрозненными и независимыми другъ отъ друга. Всѣ они вмѣстѣ составляютъ единый организмъ науки, соотвѣтствующій разумному единству познаваемого объекта и единству разума познающаго субъекта. Знанія могутъ быть добываемы только по частямъ, но для того, чтобы они стали прочнымъ приобрѣтеніемъ нашего интеллекта, необходимо устанавливать между ними связь и раскрывать путемъ этой связи единый организмъ науки. Раскрытіе организма единой науки въ живомъ единствѣ человѣческаго знанія составляетъ задачу энциклопедіи, какъ своего рода науки наукъ. Она завершаетъ цѣлокупное человѣческое знаніе. Изъ нея же черпаютъ плодотворныя указанія представители отдѣльныхъ специальностей. Кто предается какой-либо специальной наукѣ, долженъ, училъ Шеллингъ, напередъ знать мѣсто, занимаемое ею въ цѣломъ, знать особенный духъ ея, знать то, какимъ образомъ она должна развиваться, чтобы проникнуть въ гармоническое зданіе цѣлаго, знать, слѣдовательно, и то, какимъ образомъ самъ онъ долженъ смотрѣть на науку, чтобы мыслить о ней не какъ рабъ, прикованный къ частностямъ, а какъ свободный въ духѣ цѣлаго. Всѣ эти необходимыя предварительныя знанія и указанія получаютъ специалистомъ изъ энциклопедіи.

Въ духѣ ученія Шеллинга измѣнила свои задачи и энциклопедія права. Она не могла болѣе довольствоваться ни сопоставительнымъ обзорѣнемъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, ни изложеніемъ начатковъ естественнаго права. Поставлена была на очередь болѣе сложная задача. Юридическая энциклопедія призвалась къ установленію органическаго единства правовѣднія, такого единства, которое обнимало бы и связывало, съ одной сто-

роны, всѣ отдѣльныя юридическія дисциплины, съ другой, — области естественнаго и положительнаго права. Осуществленіе послѣдней задачи оказалось возможнымъ при посредствѣ идеалистической философіи Шеллинга и особенно Гегеля.

Подъ идеализмомъ разумѣется такое направленіе философской мысли, которое исходитъ изъ признанія метафизическаго (лежащаго за предѣлами доступныхъ наблюденію естественныхъ явленій) объективнаго бытія идей и видитъ въ міровомъ процессѣ осуществленіе этихъ идей. Идеализмъ сочетаетъ въ себѣ рационализмъ съ извѣстной долей эмпиризма. Рационалистическій элементъ идеалистической философіи заключается въ апіорномъ установленіи идей, за которыми признается объективное бытіе; эмпирический элементъ идеалистической философіи заключается въ раскрытіи въ доступныхъ наблюденію явленіяхъ проявленія метафизическихъ идей.

Опредѣливъ основной смыслъ идеалистической философіи, мы легко поймемъ, какое значеніе она имѣла для правовѣдѣнія. Рационализмъ принципиально разобщалъ естественное право и положительное: разрабатывалъ первое и игнорировалъ второе, такъ какъ не находилъ рациональнаго смысла въ многообразіи и измѣнчивости послѣдняго. Идеалистическая философія сводила обѣ отрасли къ нѣкоторому высшему единству: на естественное право смотрѣла какъ на прообразъ права положительнаго и въ разнообразіи и измѣнчивости послѣдняго видѣла постепенныя попытки къ осуществленію рациональной идеи права, извѣстные этапы на пути достиженія идеала. Естественноправовая идея представлялась цѣлью для положительнаго права. Моментъ цѣли и мысль объ ея достиженіи вносили въ идеалистическое міропониманіе элементъ движенія (динамическій). Благодаря этому, идеалистическая философія не только учитывала положительное правовѣдѣніе, но и особенно выдвигала въ немъ историческій элементъ.

Во второмъ десятилѣтіи XIX вѣка произошелъ переворотъ въ историческомъ пониманіи права. Отъ прагматическаго объясненія измѣненій въ положительномъ правѣ замыслами и волей законодателя перешли къ признанію объективной планомѣрности въ процессѣ измѣненія положительнаго права, пришли къ идеѣ произвольнаго его развитія, или его эволюціи (хотя послѣдній терминъ и не былъ еще произнесенъ). Новое пониманіе исторіи права породило въ правовѣдѣніи и новую, т. н. историческую школу юристовъ, во главѣ которой встали Савиньи и Пухта.

Историческая школа выступила съ рѣшительнымъ отрицаніемъ школы естественнаго права и стремилась къ безраздѣльному господству въ правовѣдѣніи. Идеалистическая философія примиряла обѣ школы путемъ указаннаго выше сочетанія рациональныхъ, элементовъ права съ положительными.

Новое пониманіе задачъ энциклопедическаго знанія и синтезирующее (слагающее противоположности въ единство) дѣйствіе идеалистической философіи сказались въ правовѣдѣніи въ эпоху сороковыхъ и пятидесятихъ годовъ XIX вѣка. Можно сказать, что эти годы были временемъ наиболѣе пышнаго расцвѣта энциклопедіи права. Лучшія произведенія нѣмецкой литературы по юридической энциклопедіи принадлежатъ именно этому времени. Мы укажемъ важнѣйшія изъ нихъ, каковы: *Karl Theodor Pütter*, *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Berlin, 1846; *Friedländer*, *Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1847; *L. A. Warnkönig*, *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland, zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium*, Erlangen, 1853; *Ahrens*, *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie*, Wien, 1855 (въ 1863 г. переведена на русскій языкъ); *Ferdinand Walter*, *Juristische Encyclopädie*, Bonn, 1856.

Всѣ названныя произведенія въ общемъ сходятся въ пониманіи задачъ энциклопедіи права и опредѣленіи круга вопросовъ, подлежащихъ ея вѣдѣнію.

Задача юридической энциклопедіи понимается ими въ духѣ органическаго возрѣнія на науку, выставленнаго Шеллингомъ. Энциклопедія должна раскрыть „всеобщее внутреннее понятіе права“ (Карль Пюттеръ), представить „переведенный въ понятіе организмъ“ науки (Фридлендеръ), дать органически расчлененное изображеніе науки права и ея частей (Варнкенигъ), установить верховныя начала права и, исходя изъ нихъ, выяснить какъ связь различныхъ отраслей правовѣдѣнія, такъ и существенныя основныя начала всѣхъ главныхъ матерій, или предметовъ науки права. (Аренсъ), привести право и науку о немъ къ единству общихъ понятій и уразумѣть ихъ какъ систему, или организмъ (Вальтеръ).

Поставленная задача осуществляется въ духѣ идеалистической философіи путемъ сочетанія рациональнаго элемента съ эмпи-

рическимъ. А priori дается метафизическая идея права и затѣмъ демонстрируется осуществленіе ея въ правѣ положительномъ. Какъ мы уже знаемъ, эмпирическое осуществленіе идеи понималось идеалистами не въ состояніи покоя (статически), но въ состояніи движенія (динамически), въ смыслѣ постепеннаго къ ней приближенія и послѣдовательнаго стремленія къ ней, какъ къ конечной цѣли. Вслѣдствіе этого эмпирическое оправданіе идеи права облекалось въ форму историческаго построенія. Дѣйствительно, мы видимъ, что въ органическихъ энциклопедіяхъ неизмѣнно соблюдается одна и таже послѣдовательность въ расположеніи матеріала. Сначала дается апіорное опредѣленіе понятія права, т. е. устанавливается его метафизическая идея, а затѣмъ приводится очеркъ исторіи права, въ которомъ показывается, какъ идея права постепенно раскрывается въ положительномъ правѣ по пути къ полному ея осуществленію, какъ къ конечной цѣли. Такъ какъ метафизическая идея права имѣетъ абсолютное, т. е. безусловное и всеобщее, значеніе, то носителемъ ея является все челоувѣчество. Отсюда слѣдуетъ, что эмпирическое проявленіе содержанія этой идеи раскрывается исчерпывающимъ образомъ только во всемірной исторіи права. Ею, значитъ, и должны заниматься органическія энциклопедіи права. Дѣйствительно, мы находимъ очерки всемірной исторіи права въ юридическихъ энциклопедіяхъ К. Т. Пюттера и Барнкенига. Другіе авторы принципиально признаютъ необходимость очерковъ всемірной исторіи права, но по соображеніямъ удобства преподаванія ограничиваются историческимъ обзоромъ права важнѣйшихъ народовъ (Аренсъ), или даже одного лишь отечественнаго (герм. нѣмецкаго) права (Фридендеръ и Вальтеръ), разсматриваемаго все же съ точки зрѣнія его міровой роли (такъ сказать, *sub specie iuris universi*).

Выяснивъ сущность права путемъ раціональнаго и историческаго его освѣщенія, органическія энциклопедіи переходятъ затѣмъ къ органическому расчлененію права на части и правовѣдѣнія на спеціальности. При этомъ почти во всѣхъ органическихъ энциклопедіяхъ, кромѣ энциклопедіи К. Т. Пюттера, дается и обзорѣніе содержанія отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Этимъ продолжается традиція старой энциклопедической литературы эмпирическаго направленія.

Органическія энциклопедіи права были позднимъ по времени отраженіемъ идеалистической философіи въ сферѣ правовѣдѣнія. Расцвѣтъ ихъ относится, какъ указано, къ сороковымъ и пяти-

десятымъ годамъ XIX-го вѣка, т. е. какъ разъ къ тому времени, когда идеализмъ въ философіи доживалъ свои послѣдніе дни, и философская мысль находилась въ преддверіи реалистическаго міропониманія и новаго направленія, — позитивнаго.

V. Новое позитивное направленіе было порождено крушеніемъ идеализма. Крушеніе же это было вызвано ростомъ естественныхъ, преимущественно біологическихъ наукъ и тѣмъ кореннымъ измѣненіемъ въ практической постановкѣ государственно-правовыхъ задачъ, которое пришлось испытать западной Европѣ къ исходу сороковыхъ годовъ XIX столѣтія.

.Идеалистическая философія отправлялась отъ апріорныхъ идей. Это она унаслѣдовала отъ раціонализма, но въ дальнѣйшемъ построении знанія отошла отъ прямого пути предшествовавшаго ей направленія. Раціонализмъ шелъ по строгому пути дедукціи изъ первоначальныхъ апріорныхъ аксіомъ. Поскольку дедуктивно-демонстративный методъ познанія примѣнялся въ той области знанія, которая его породила, именно, — къ математикѣ, правильность и плодотворность его стояла внѣ всякихъ сомнѣній. Но примѣненіе его къ познанію біологическихъ и соціальныхъ (общественныхъ) явленій обнаруживало несостоятельность его въ этихъ областяхъ. Несостоятельность эта вызывалась отсутствіемъ въ этихъ областяхъ у нашего разума истинъ самоочевидныхъ, или аксіомъ, изъ которыхъ можно было бы дедуцировать. Въмѣсто подлинныхъ аксіомъ пришлось принимать за отправную точку зрѣнія критически не провѣренныя положенія, которыя получались въ результатѣ случайнаго наблюденія или черпались изъ подсознательнаго знанія и даже изъ религіознаго откровенія. Отсутствие должной критики въ началѣ разсужденія приводило неизбѣжно къ произвольности конечнаго вывода. Идеалистическая философія пришла на помощь этому недостатку раціонализма. Отказавшись отъ исходныхъ аксіомъ, она устанавливала метафизическія идеи, какъ конечную цѣль міроваго процесса, и сводила познавательную дѣятельность къ наблюденію явленій въ видахъ раскрытія въ нихъ постепеннаго осуществленія метафизическихъ идей. Въ теченіе извѣстнаго времени идеалистическая философія содѣйствовала упорядоченію, обобщенію и въ извѣстномъ смыслѣ объясненію тѣхъ конкретныхъ знаній, которыя приобрѣтались путемъ наблюденія. Но подъ влияніемъ количественнаго накопленія конкретныхъ знаній и нарастанія логическаго опыта наблюденія стала обнаруживаться логическая произвольность идеалисти-

ческой философии и непригодность ея для критическаго познания. Ударъ идеалистической философии былъ нанесенъ со стороны того самаго наблюденія, которое она допустила въ составъ своихъ методологическихъ приѣмовъ.

Наблюденіе играло въ идеалистической философии подчиненную роль. Функція его сводилась къ раскрытію въ явленіяхъ отраженія тѣхъ идей, которыя заранѣе устанавливались а priori. Примѣненіе наблюденія, допущеннаго для оправданія апіорныхъ положеній, привело однако къ послѣдствіямъ, выходящимъ за предѣлы поставленной ему задачи. Устанавливаемые факты не укладывались въ рамки апіорныхъ идей. Естественно возникалъ вопросъ о томъ, чему слѣдуетъ отдать логическое предпочтеніе, показаніямъ ли фактовъ или утвержденіямъ апіорныхъ идей. Воспитанное наблюденіемъ реалистическое мышленіе неминуемо должно было отдать предпочтеніе факту предъ апіорной идеей. Во всякомъ случаѣ возникало критическое отношеніе къ метафизической идеѣ, не покрывающей фактовъ и нерѣдко имъ противорѣчащей. Стали искать достаточнаго основанія, въ силу котораго за метафизической идеей признавалось объективное бытіе. Оказалось, что никакихъ доказательствъ здѣсь не имѣется; все основывается не на знаніи, а на вѣрѣ. Отсюда слѣдовалъ тотъ несомнѣнный выводъ, что метафизическія идеи подлежатъ исключенію изъ области знанія, и что для объясненія фактовъ надлежитъ искать иныхъ путей. Естественныя науки постепенно отказывались отъ выясненія метафизической сущности явленій и порывали связь съ телеологическимъ міровоззрѣніемъ, т. е. съ объясненіемъ міроваго процесса съ точки зрѣнія конечной его цѣли.

Кризисъ идеалистической философии въ правовѣдѣніи вызывался еще особыми причинами, вытекавшими изъ реальныхъ условій государственно-правовой жизни эпохи. Къ концу сороковыхъ годовъ XIX столѣтія назрѣлъ въ западной Европѣ т. н. социальный вопросъ, т. е. вопросъ о матеріальномъ обеспеченіи немущихъ, рабочихъ классовъ. Вопросъ этотъ оказался для господствовавшей тогда идеалистической теоріи права полной неожиданностью; она его не предусмотрѣла и, встрѣтившись съ нимъ лицомъ къ лицу, оказалась не въ состояніи объяснить его. Идеалистическая теорія права признавала конечной цѣлью правового развитія осуществленіе естественноправовой идеи равенства всѣхъ индивидовъ передъ закономъ и обеспеченіе свободы личности. Указанное воззрѣніе объясняло многое въ истекшемъ процессѣ

правого развитія и въ частности вполне соответствовало начавшемуся съ великой французской революціи движенію къ отмѣнѣ разнаго рода сословныхъ привилегій и къ предоставленію отдѣльной личности права на самостоятельное развитіе въ экономическомъ и духовномъ отношеніи. Но не успѣло еще это движеніе дойти до своего логическаго конца, какъ обнаружилась его недостаточность. Юридическое равенство оказалось далеко не тождественнымъ съ фактическимъ: оно не устранило экономическаго и иного различія между индивидами и ихъ группами. Равенство и свобода юридическія открывали только возможность дѣйствительныхъ равенства и свободы; осуществленіе этой возможности зависѣло отъ другихъ причинъ. Это обнаружилось въ фактахъ общественной жизни. Изъ фактовъ этихъ слѣдовалъ тотъ несомнѣнный выводъ, что метафизическая идея права не можетъ быть признана конечной цѣлью правового развитія, и что объясненія этого развитія слѣдуетъ искать за предѣлами идеалистической философіи.

Новые пути для научнаго мышленія указаны были позитивной, или положительной философіей, творцомъ которой явился въ первой половинѣ XIX столѣтія Огюсть Контъ (Auguste Comte, Cours de philosophie positive, первое изданіе 1830—1842 гг.).

Для уясненія сущности новаго философскаго направленія остановимся прежде всего на самомъ его названіи,

Слово „позитивный“, или „положительный“ выражаетъ прежде всего извѣстное утвержденіе, нпр., — положительный отвѣтъ, и свидѣтельствуетъ о наличности чего-либо, нпр. положительное содержаніе; въ этомъ смыслѣ оно представляетъ прямое противоположеніе слову и понятію „отрицательный“, подъ которымъ мы разумѣемъ отсутствіе наличности. Слово „положительный“ имѣетъ далѣе еще и другое значеніе. Оно обозначаетъ нѣчто осязаемое; конкретное, реальное, прочное, производительное и въ этомъ смыслѣ противопоставляется всему нессязаемому, отвлеченному, нереальному, необоснованному, непродуцируемому. Въ соответствіи съ приведеннымъ значеніемъ слова „позитивный, положительный“, позитивизмъ въ философіи и въ наукѣ указываетъ прежде всего на такое направленіе мысли, которое не довольствуется самымъ процессомъ мышленія, не отдается теченію мысли безцѣльно, но настойчиво и неуклонно стремится къ достиженію опредѣленныхъ результатовъ и удовлетворяется только такими

результатами, которые прочно обоснованы и потому могут быть признаны вполне достоверными. Само собою разумеется, что приведенная предварительная характеристика позитивизма далеко не исчерпывает сущности дѣла.

Конечно, позитивизмъ не внесъ бы рѣшительно ничего новаго въ область философской и научной мысли, еслибы онъ ограничивался только громкимъ заявленіемъ о своей цѣли и своихъ задачахъ. И до него ни одно философское направленіе, вполне естественно и понятно, не могло ставить своей задачей одно безцѣльное теченіе мысли или добываніе результатовъ отрицательныхъ, необоснованныхъ, призрачныхъ, эфемерныхъ, непроизводительныхъ. Предположеніе противнаго было бы совершенной нелѣпостью, и родоначальникъ и послѣдователи современнаго позитивизма являли бы собой примѣръ крайняго и достойнаго сожалѣнія самомнѣнія, еслибы признали стремленіе къ положительной цѣли исключительнымъ достояніемъ свой школы. Значеніе позитивизма заключается въ томъ, что онъ точно опредѣлилъ объектъ познанія, указалъ, какая положительная цѣль доступна человѣку въ области мысли, и установилъ тѣ приемы, помощью которыхъ эта цѣль можетъ быть достигнута.

Опредѣленіе объекта и цѣли познанія дано было на основаніи того отрицательнаго опыта, который доставила идеалистическая философія. Послѣдняя стремилась къ познанію конечной цѣли бытія и разрѣшала задачу познанія путемъ апіорнаго установленія метафизическихъ идей, которымъ затѣмъ приписывала значеніе объективной цѣли и движущаго начала мірового процесса. Объективность метафизическихъ идей должна была найти себѣ подтвержденіе въ наблюденіи фактовъ, въ которыхъ онѣ должны были проявляться и постепенно раскрывать свое содержаніе по пути къ полному осуществленію. Но факты не давали соотвѣтственнаго подтвержденія, и наблюденіе наводило на мысль объ особой связи между ними, независимой отъ предполагавшейся конечной цѣли. Оказывалось такимъ образомъ, что метафизическія идеи не содѣйствуютъ познанію мірового процесса, но служатъ препятствіемъ на пути къ выясненію смысла происходящихъ явленій. Учтя это положеніе дѣла, позитивизмъ сдѣлалъ изъ него соотвѣтственный выводъ. Такъ какъ объективность метафизическихъ идей не подтверждается фактами, значитъ она не можетъ быть доказана и, слѣдовательно, должна быть отвергнута въ предѣлахъ точнаго знанія. Разъ метафизическія идеи не имѣ-

ють об'єктивного бытія, то, значить, онѣ являються ничѣмъ инымъ, какъ нашимъ суб'єктивнимъ созданіємъ и, слѣдовательно, представляють собою попытку разума объяснить явленія до ихъ наблюденія. Такъ какъ метафизическія идеи не имѣють об'єктивного бытія, то онѣ и не могутъ быть предметомъ познанія. Предметомъ познанія можетъ быть только то, что об'єктивно и реально существуетъ. Об'єктивно и реально существуютъ не идеи, но отдѣльныя явленія. Явленія и признаются въ позитивной философіи единственнымъ об'єктомъ познанія, отправляющагося отъ ихъ наблюденія. Наблюдая явленія разумъ подмѣчаетъ, что явленія эти, съ одной стороны, сосуществуютъ, находясь во взаимной зависимости, съ другой стороны, слѣдуютъ одно за другимъ, взаимно обуславливая другъ друга. Между явленіями наблюдаются такимъ образомъ извѣстныя отношенія. Отношенія эти представляютъ однообразіе, повторяющееся съ об'єктивной необходимостью. Необходимое однообразіе въ отношеніяхъ между явленіями мы называемъ законами этихъ явленій. Сообразно двоякаго рода отношеніямъ между явленіями: отношеніямъ сосуществованія и послѣдовательности, различаются двоякаго рода законы явленій, — законы сосуществованія, или статическіе, и законы послѣдовательности, или законы динамическіе. Раскрытіе законовъ явленій составляетъ единственную положительную цѣль челоуѣческаго знанія. Знаніе законовъ даетъ намъ возможность предвидѣть явленія и, слѣдовательно, приспособлять ихъ для нашихъ практическихъ цѣлей.

Для достиженія положительной цѣли познанія необходима правильная постановка метода. Свой методъ позитивная философія слагаєть изъ двухъ и до нея извѣстныхъ приємовъ: наблюденія и разсужденія. То новое, что дается позитивизмомъ въ методологіи, заключається въ удачномъ соединеніи двухъ основныхъ приємовъ изслѣдованія (*l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation*). Разсужденіе, или дедукція признається специфическимъ методомъ для математики, которая изучаетъ количественныя отношенія между явленіями, и въ которой, благодаря простотѣ об'єкта, нашъ разумъ обладаетъ необходимыми для дедукцій аксіомами. Съ осложненіємъ об'єкта дедукція оказывається недостаточной, и изученіе должно отправляться отъ наблюденія и итти индуктивнымъ путемъ. Разсужденіе выступаєть въ нихъ въ качествѣ вторичнаго методологическаго приєма, служащаго для провѣрки индуктивныхъ обобщеній съ точки зрѣнія ихъ необходимости и безусловности.

Наиболѣе сложный объектъ изученія представляютъ собою явленія человѣческаго общежитія, или общественныя. Непосредственной основой ихъ служатъ явленія біологическія, отличительнымъ признакомъ которыхъ является приспособленіе индивидуальнаго организма къ внѣшней средѣ, — процессъ самъ по себѣ сложный и опирающійся на рядъ предшествующихъ въ порядкѣ познанія физическихъ и химическихъ законовъ. Слѣдуя въ томъ же порядкѣ за явленіями біологическими, явленія общественныя осложняются еще двумя элементами: взаимодействіемъ внутренней, такъ сказать, среды общежитія, т. е. приспособленіемъ индивидовъ къ совмѣстной жизни, сосуществованію, и влияніемъ предшествующихъ поколѣній на послѣдующія. Это влияние составляетъ специфическій признакъ общественныхъ явленій. Культурная преемственность, накопленіе и передача культурныхъ благъ и въ зависимости отъ этого процессъ неизбежнаго измѣненія формъ сосуществованія индивидовъ отличаетъ человѣческое общежитіе отъ сосуществованія животныхъ организмовъ. Въ виду такого специфическаго признака общественныхъ явленій примѣняемое къ нимъ наблюденіе становится историческимъ, т. е. мы наблюдаемъ общественныя явленія въ ихъ послѣдовательности, въ движеніи, динамически и путемъ динамическаго наблюденія выясняемъ взаимную связь ихъ въ порядкѣ сосуществованія, ихъ устойчивое равновѣсіе, или общественную статику. Движеніе общественныхъ явленій представляетъ собою произвольное развитіе, или эволюцію. Путемъ историческаго изученія различныхъ союзовъ человѣческаго общежитія мы подмѣчаемъ извѣстное однообразіе въ послѣдовательномъ развитіи, или въ причинной связи общественныхъ явленій и устанавливаемъ законы общественной, или соціальной эволюціи. Извлеченные этимъ путемъ законы имѣютъ силу по отношенію къ тому ряду явленій, которые подверглись нашему наблюденію. Одно лишь наблюденіе не даетъ еще намъ достаточнаго основанія заключать, что подмѣченное нами однообразіе повторится при всякомъ сочетаніи явленій; нѣтъ, слѣдовательно, увѣренности въ томъ, что нами установлено необходимое однообразіе, или законъ. Установленное въ предѣлахъ наблюденія однообразіе отношеній между явленіями носитъ названіе эмпирическаго закона и противопоставляется закону въ научномъ смыслѣ, или математическому, т. е. необходимому отношенію между явленіями. Превращеніе эмпирическаго закона въ математическій достигается путемъ сочетанія наблюденія съ разсужденіемъ. Полу-

ченныя индуктивнымъ путемъ выводы подлежатъ провѣркѣ посредствомъ дедукціи. Если положеніе, добытое путемъ индукціи, будетъ затѣмъ демонстрировано путемъ дедукціи, то такое положеніе получить несомнѣнное значеніе научной истины.

Индуктивное изученіе общественныхъ явленій представляется намъ вполне яснымъ. Нельзя сказать того же про дедуктивную провѣрку эмпирическихъ законовъ. Здѣсь возникаетъ вопросъ о томъ, откуда взять исходное положеніе для дедукціи. Какъ учить насъ математика, въ которой безраздѣльно царитъ дедуктивный методъ, исходнымъ положеніемъ для дедукціи могутъ служить аксіомы. Примѣнительно къ явленіямъ, болѣе сложнымъ, чѣмъ математическія, разумъ нашъ не обладаетъ аксіомами. Слѣдовательно, при изученіи болѣе сложныхъ явленій приходится дедуцировать не изъ первоначальныхъ аксіомъ, а изъ истинъ, методически добытыхъ и доказанныхъ въ области изученія предшествовавшихъ менѣе сложныхъ явленій. О. Контъ такъ и поступилъ. За исходное положеніе для дедуктивной провѣрки эмпирическихъ законовъ общественныхъ явленій онъ принялъ данныя біологіи относительно основныхъ свойствъ человѣческаго индивида. Такимъ образомъ методологическая полнота изученія общественныхъ явленій оказывалась у него обезпеченной.

Дальнѣйшая критика показала, что тѣ данныя біологіи, которыя О. Контъ принималъ за научныя истины, отнюдь не имѣли этого характера, такъ какъ не могли быть достаточно обоснованы и принимались, въ сущности говоря, на вѣру. Мало того, оказалось, что и изученіе біологическихъ явленій во многомъ не идетъ далѣе установленія эмпирическихъ законовъ, такъ какъ для тѣхъ явленій жизни, которыхъ нельзя свести къ физическимъ и химическимъ процессамъ, біологія не располагаетъ исходными положеніями для дедукціи. Такимъ образомъ исходныя положенія, принятыя О. Контомъ для дедуктивной провѣрки эмпирическихъ законовъ, отвергнуты научной критикой. Къ сожалѣнію, они до сихъ поръ не замѣнены другими, достаточно обоснованными. Въ виду этого позитивное изученіе общественныхъ явленій не идетъ далѣе установленія эмпирическихъ законовъ. Но и въ этомъ видѣ, далеко отъ методической полноты точныхъ наукъ, позитивное изученіе общественныхъ явленій оказывается существенно важнымъ шагомъ впередъ въ процессѣ развитія человѣческаго знанія: оно даетъ намъ цѣнныя данныя для эмпирическаго приблизительнаго предвидѣнія общественныхъ явленій, что удо-

влетворяетъ потребностямъ практической общественной дѣятельности, и накопляетъ цѣнный эмпирический матеріалъ, изъ котораго съ теченіемъ времени, съ усовершенствованіемъ методологическихъ приѣмовъ удастся, надо надѣяться, извлечь вполне точные научные выводы.

Позитивное изученіе общественныхъ явленій нашло ключъ къ объясненію соціального вопроса, который не укладывался въ рамки идеалистической философіи права. Оно увидѣло въ немъ новую фазу въ эволюціи общественныхъ явленій и постепенно выяснило причины, ее породившія. Обнаружилось, что причины эти лежатъ въ измѣненіи условій хозяйственной, или экономической жизни. Тѣ метафизическія идеи права, за которыми идеалистическая философія признавала непреложное объективное бытіе, оказались при этомъ не болѣе, какъ дедуктивными выводами изъ переходящихъ условій общежитія, неправильно принятыхъ за вѣчные его устои. Позитивная наука видитъ въ нихъ не конечную цѣль развитія права, но лишь явленіе общественной жизни, подлежащее изученію въ составѣ послѣдней.

Съ позитивной точки зрѣнія правовѣдѣніе составляетъ часть науки объ общественныхъ явленіяхъ, или соціологіи. Сосредоточивая свое изслѣдованіе на одной сторонѣ общественной жизни, наука о правѣ изслѣдуетъ свой спеціальный объектъ въ связи со всѣми другими ея сторонами: политической, экономической, моральной, религіозной. Объектомъ изученія наука о правѣ считаетъ какъ то положительное право, которое фактически регулируетъ отношенія между людьми, такъ и тѣ раціональныя идеи права, которыя противопоставлялись и противопоставляются праву положительному.

Слѣдуетъ замѣтить, что юристы не сразу дошли до отчетливаго пониманія задачи своей науки въ духѣ позитивизма. Въ этомъ отношеніи замѣчалась, отчасти и теперь замѣчается нѣкоторая сбивчивость. Вызывается она наличностью въ области юриспруденціи двоякаго смысла термина „положительный“. Гносеологической и методологической смыслъ этого слова, установленный О. Контомъ, является, какъ мы знаемъ, нововведеніемъ. Но у юристовъ издавна существовало свое профессиональное понятіе положительности. Издавна говорили о положительномъ правѣ и разумѣли подъ нимъ то право, которое дѣйствуетъ официально въ предѣлахъ даннаго государства, причемъ нерѣдко отождествляли его съ правомъ, установленнымъ непосредственно государственной

властью. Во всякомъ случаѣ противопоставляли положительное право праву естественному, какъ не дѣйствующему, не установленному и не признанному государственной властью, постулируемому (выставляемому въ качествѣ требованія) разумомъ. Такое пониманіе термина „положительный“ обще у правовѣдѣнія съ богословіемъ, которое также различаетъ установленный Богомъ положительный законъ и законъ естественный, положительные (богооткровенныя) религіи и естественныя. Благодаря указанному профессионально-юридическому пониманію положительности, еще въ XVII вѣкѣ противопологалась школѣ естественнаго права школа положительная, которая занималась разработкой дѣйствующаго права для цѣлей его практическаго примѣненія на судѣ. Благодаря вѣковой традиціи послѣдней школы, позитивная наука о правѣ смѣшивается съ позитивной юриспруденціей. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ это далеко не одно и то же. Положительная юриспруденція не изслѣдуетъ правовыхъ явленій въ научномъ смыслѣ; она только приспособляетъ наличный матеріалъ дѣйствующаго права путемъ толкованія и систематизаціи для практическаго его примѣненія. Позитивная наука о правѣ дѣлаетъ положительное право предметомъ своего изслѣдованія, выясняетъ его происхожденіе и связь его со всѣми остальными сторонами общественной жизни. Положительная догматическая юриспруденція служитъ для науки о правѣ только матеріаломъ, но не тождественна съ нею. Смѣшеніе обѣихъ дисциплинъ и отождествленіе догматической разработки положительнаго права съ наукой о правѣ извращаетъ гносеологическую задачу послѣдней. Къ сожалѣнію, такое смѣшеніе неоднократно имѣло мѣсто въ прошломъ и оставило многочисленные слѣды въ цѣломъ рядѣ современныхъ ученій о правѣ.

Вліяніе позитивной доктрины сказалось въ энциклопедической литературѣ не ранѣе восьмидесятыхъ годовъ XIX столѣтія. Только съ этого времени появляются энциклопедіи права, задуманныя и исполненныя въ духѣ возрѣвнѣй позитивной науки. Отмѣтимъ важнѣйшія изъ нихъ, каковы:

A. Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1885; 4-ое изд. 1909 г.; русск. переводъ, 1902 г.

C. Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1887; 3-ье изд. 1905 г.

M. Ratkowsky, *Encyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*, Wien, 1890.

Всѣ онѣ полагають первой своей задачей дать общее ученіе о правѣ, полученное индуктивнымъ путемъ, т. е. путемъ наблюденія правовыхъ явленій и отвлеченія отъ нихъ ихъ специфическихъ общихъ признаковъ. Въ этомъ общемъ ученіи устанавливается основное понятіе права и раздѣленіе его на отдѣльныя отрасли. Отъ органическихъ энциклопедій это общее ученіе о правѣ отличается отсутствіемъ метафизической идеи права; отъ старыхъ эмпирическихъ энциклопедій отличается тѣмъ, что не ограничивается догматической точкой зрѣнія дѣйствующаго права, но изслѣдуетъ правовыя явленія въ связи со всѣми прочими сторонами общественной жизни, рассматривая право не въ его внутренней логической замкнутости, но во внѣшнемъ его проявленіи въ общественной средѣ. Къ общему ученію о правѣ относятся также приводимыя въ названныхъ энциклопедіяхъ методологическія указанія относительно изученія права.

Сверхъ общаго ученія о правѣ дается въ названныхъ энциклопедіяхъ еще и обзорѣніе отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ съ краткимъ изложеніемъ ихъ содержанія. И замыселъ такого отдѣла и его исполненіе представляютъ собою продолженіе традиціи старыхъ энциклопедій эмпирическаго направленія.

VI. Юридическая энциклопедія, историческій очеркъ развитія которой мы только что прослѣдили, не ограничивалась одной лишь областью правовѣдѣнія, и поневолѣ вынуждена была включать въ кругъ своего разсмотрѣнія и отдѣльные общіе вопросы государствовѣдѣнія. Привлеченіе послѣднихъ было неизбѣжно въ виду обоюдной связи, существующей между правомъ и государствомъ и выражающейся въ томъ, что, съ одной стороны, государство является ближайшей непосредственной средой развитія права, съ другой стороны, въ томъ, что правовыя нормы полагаются въ основу государственной организаціи. Вслѣдствіе этого ни одна энциклопедія права не могла обойтись безъ освѣщенія хотя бы общаго понятія государства, необходимаго для уясненія особенностей государственнаго права.

Въ концѣ XVIII столѣтія появляются особыя энциклопедіи государствовѣдѣнія по аналогіи съ юридическими энциклопедіями. Таковы произведенія Шлещера (Schlözer): *Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungsrecht. Einleitung in alle Staatswissenschaften*. *Encyclopädie und Metapolitik*, Leipzig, 1797, и Рессига (Rössig): *Entwurf einer Encyclopädie und Methodologie der Staatswissenschaften*, Leipzig, 1797, составленныя въ духѣ эмпирическаго направленія своего времени.

Въ XIX столѣтїи заслуживаютъ быть отмѣченными энциклопедїи государственныхъ наукъ Бюлау (Friedrich Bülau, Encyclopädie der Staatswissenschaften, Leipzig, 1832; второе переработанное изданіе — 1856 г.) и Моля (Robert von Mohl, Encyclopädie der Staatswissenschaften Tübingen, 1859; 2-ое переп. изд. 1872 г.; русск. перев. 1868 г.). Обѣ онѣ — эмпирическаго направленія, причемъ послѣдняя (энциклопедїя Моля) въ отдѣльных частяхъ своихъ отражаетъ вліяніе позитивнаго научнаго мышленія.

Проникновеніе позитивизма въ государствовѣдніе вызвало въ области послѣдняго появленіе общаго ученія о государствѣ, представляющаго аналогію извѣстному намъ типу общаго ученія о правѣ.

Неоднократно отмѣчались нами основанія, по которымъ вполне цѣлесообразно соединять общее ученіе о правѣ съ общимъ ученіемъ о государствѣ въ одномъ курсѣ. Цѣлесообразность эта сознавалась издавна представителями различныхъ направленій юридической энциклопедїи, которые не ограничивались неизбѣжными небольшими экскурсами въ область такъ или иначе понимавшагося ими общаго ученія о государствѣ, но излагали послѣднее болѣе или менѣе полно наряду съ ученіемъ о правѣ. Такъ поступали представители органическаго направленія юридической энциклопедїи, — Фридендеръ и Аренсъ; на той же точкѣ зрѣнія стоялъ представитель позитивнаго направленія — Ратковскій.

VII. Историческій очеркъ развитія энциклопедїи права мы закончили на позитивномъ направленїи. Въ послѣднее время среди юристовъ раздается протестъ противъ позитивнаго метода и проповѣдуется возвратъ къ рационализму. Мы познакомимся съ этимъ новымъ теченіемъ при характеристикѣ современной литературы нашей науки.

Начиная съ XVII вѣка, намъ приходилось говорить исключительно о нѣмецкой литературѣ права. Вызвано это тѣмъ, что въ дѣйствительности самостоятельное развитіе энциклопедїи права выпало исключительно на долю Германїи. Такая гегемонія нѣмецкой мысли въ созиданїи энциклопедїи права объясняется широкой постановкой преподаванія права въ германскихъ университетахъ. Благодаря реформаціи, нѣмецкіе университеты приобрѣли значительную свободу въ дѣлѣ научнаго изслѣдованія и обученія. Порвавъ съ клерикальными традиціями, они получили возможность расширить преподаваніе до предѣловъ, намѣчавшихся

требованиями свободной науки. Юридические факультеты сорвали съ себя средневѣковыя оковы *iuris utriusque* и съ XVII вѣка выработали рациональный систематическій планъ преподаванія, въ которомъ отведено было подобающее мѣсто теоретическимъ дисциплинамъ. Среди послѣднихъ выдвинулась и развивалась энциклопедія права, какъ дисциплина вводная. Въ другихъ странахъ, особенно во Франціи, юридическіе факультеты почти вплоть до XIX вѣка сводили все преподаваніе къ римскому и каноническому праву, вслѣдствіе чего въ нихъ не разрабатывалась теоретическая пропедевтика, и не составилось самостоятельной литературы энциклопедіи права. Послѣдняя вошла въ кругъ университетскаго преподаванія, и получила литературную разработку въ болѣе позднее время. Поэтому мы относимъ вопросъ о развитіи и постановкѣ энциклопедіи права во Франціи, въ Англіи, а затѣмъ и въ Россіи къ слѣдующему параграфу, посвященному обзору современной литературы нашего предмета. Въ немъ сообщимъ и то немногое, что приходится сказать объ историческомъ развитіи юридической, энциклопедіи въ этихъ странахъ.

§ 3. Новѣйшая учебная литература по энциклопедіи права.

Fr. B e r o l z h e i m e r, Die deutsche Rechtsphilosophie im zwanzigsten Jahrhundert, Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, I Band (1907—8 гг.); G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914; сборникъ *La science française*, изд. франц. мин. нар. проsv. въ 1915 г., т. II, стр. 317 слѣд.; Проф. М. Поповилевъ, Энциклопедія и обща теорія на правото, София, 1905 г. (см. Ж. М. Ю., 1907 г., янв.); Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, введение; В. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Очерки по методології соціальныхъ наукъ и общей теоріи права, 1916 г., очерки IV, VIII, XV.

I. На развитіе нѣмецкой учебной литературы по энциклопедіи права въ новѣйшее время оказываютъ вліяніе два обстоятельства: 1) измѣнившееся положеніе энциклопедіи права въ системѣ преподаванія на юридическихъ факультетахъ Германіи, и 2) проявившійся въ нѣмецкомъ правовѣдѣніи поворотъ отъ позитивизма къ идеализму въ теоріи познанія и въ этикѣ.

Измѣненіе плановъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ Германіи произошло еще во второй половинѣ 90-хъ годовъ минувшаго столѣтія. Вызвано оно было главнымъ образомъ ожидавшимся введеніемъ въ дѣйствіе новаго общегерманскаго Граждан-

скаго Уложения, послѣдовавшимъ 1 янв. 1900 г. Въ виду предстоявшей громадной работы по догматической разработкѣ новаго Уложения рѣшено было значительно расширить специальное преподаваніе цивилистики (гражданскаго права) за счетъ общихъ теоретическихъ дисциплинъ. Новые планы преподаванія въ этомъ духѣ были выработаны Эйзенахской конференціей юристовъ 1896 года и проведены затѣмъ въ жизнь правительственными указами различныхъ нѣмецкихъ государствъ. Пространный курсъ энциклопедіи права былъ замѣненъ при этомъ краткимъ „введеніемъ въ правовѣдѣніе“ (Einführung in die Rechtswissenschaft). Такое „введеніе“ состоитъ изъ сжатаго общаго ученія о правѣ и конспективныхъ, точнѣе проспективныхъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Общее ученіе о правѣ свелось къ ряду элементарныхъ опредѣленій и раздѣленій права, къ своего рода юридическому катехизису,

Примѣнительно къ новымъ планамъ преподаванія созданъ былъ въ учебной литературѣ новый типъ вводнаго энциклопедическаго курса. Изъ произведеній этого рода заслуживаютъ быть отмѣченными слѣдующія: E. Grueber, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1901 г., 3-ье изд., 1912 г.; J. Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1902 г., 4-ое изд. 1912 г.; Th. Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1904 г., 2-ое изд. 1912 г. (вторымъ изданіемъ вышла первая часть, посвященная общему ученію о правѣ, въ частности ученію о методѣ правовѣдѣнія и объ источникахъ права); G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1-ое изд. 1910 г., 2-ое изд. 1913 г. (имѣется русскій переводъ, изд. въ 1915 г. подъ редакціей и съ предисловіемъ Б. А. Кистяковскаго).

Учебники Грюбера и Штернберга составлены въ духѣ позитивнаго направленія, причемъ надлежитъ отмѣтить, что Штернбергъ вполне сознательно и планомерно освободилъ общее ученіе о правѣ отъ смѣшенія научнаго позитивизма съ позитивизмомъ догматико-юридическимъ (см. выше стрн. 42—43), что дѣлаетъ его произведеніе особенно цѣннымъ. Учебникъ Штернберга чуждъ обычной для „введеній“ элементарности и суммарности; въ первой его части дано глубоко продуманное и оригинальное изложеніе общаго ученія о правѣ.

„Введенія“ Колера и Радбруха отражаютъ въ себѣ тотъ поворотъ отъ позитивизма къ идеализму, о которомъ намъ сейчасъ придется говорить.

Невозможность установить научные законы общественных явлений помощью наличных средств позитивнаго метода и вынужденная необходимость довольствоваться въ наукѣ обществѣ законами эмпирическими (см. выше стрн. 41), вызываютъ критическое отношеніе къ позитивизму и поворотъ въ сторону идеалистическаго познанія общественныхъ явленій и среди нихъ права. Эмпирическіе законы дѣйствительны лишь по отношенію къ ряду явленій, подвергнутыхъ наблюденію, и имѣютъ, слѣдовательно, относительное, а не необходимое, всеобщезначительное значеніе. Такими выводами описательнаго характера не можетъ довольствоваться теоретическое познаніе общественныхъ явленій, въ частности теорія права. Если необходимыхъ всеобщезначительныхъ положеній не даетъ позитивизмъ, то ихъ приходится искать путемъ идеалистическихъ построеній, нѣкогда отвергнутыхъ позитивизмомъ безъ достаточнаго основанія. Совершающійся такимъ образомъ въ теоретическомъ правовѣдѣніи поворотъ въ сторону идеализма принимаетъ различныя формы и выражается въ различныхъ направленіяхъ. Среди нихъ наиболѣе законченное выраженіе въ учебной литературѣ энциклопедіи права получили неокантіанство и неогегельянство: первое представлено въ произведеніи Рудольфа Штамлера (Rudolf Stammler): *Theorie der Rechtswissenschaft* 1911 г., второе — въ произведеніи Иосифа Колера (Josef Kohler): *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909 г.

Неокантіанство представляетъ собою возрожденіе раціонализма въ томъ очищенномъ отъ эмпирической примѣси и обусловленнаго послѣдней догматизма видѣ, который данъ былъ раціонализму критикою Канта (см. выше стрн. 29—30). Исходя изъ апріорнаго (предшествующаго опыту и его опредѣляющаго) положенія о самостоятельности и самодовлѣющемъ значеніи нравственнаго начала въ человѣкѣ, Кантъ выводитъ право изъ непреложныхъ требованій нравственнаго закона и строитъ теорію права съ точки зрѣнія его идеальной цѣли, а не механической причинности. Слѣдуя завѣтамъ великаго философа, неокантіанцы устанавливаютъ раціональнымъ путемъ всеобщезначительную, необходимую идею права и абсолютный критерій для оцѣнки права положительнаго. Такимъ образомъ они восполняютъ неустранимые эмпирическимъ путемъ пробѣлы эмпирическаго правовѣдѣнія.

Неогегельянство является возрожденіемъ абсолютнаго идеализма, который признавалъ объективное бытіе идей и постепен-

ную реализацію ихъ въ условіяхъ эмпирической дѣйствительности (см. выше стрн. 32—33). Отвергнувъ обязательность философско-исторической схемы Гегеля, неогегельянцы самостоятельно изучаютъ эмпирической процессъ всемірноисторическаго развитія права и слѣдуютъ Гегелю въ томъ, что въ каждой стадіи этого развитія видятъ извѣстный моментъ реализаціи имманентной разумной идеи права, отъ которой и отправляются въ своихъ теоретическихкихъ сужденіяхъ.

На ряду съ указанными проявляется еще третье, выходящее изъ новокантовской философіи, направленіе, которое также признаетъ недостаточность позитивной методологіи для построенія теоріи права и стремится восполнить и осмыслить эмпирическое изученіе правовыхъ явленій философией культуры. Послѣдняя провозглашаетъ гносеологическую и методологическую самостоятельность наукъ о человѣческой культурѣ, или о человѣческомъ духѣ. Въ то время какъ естественныя науки изслѣдуютъ явленія съ точки зрѣнія механической причинности, наука о культурѣ занимается не только причиннымъ объясненіемъ явленій духовной жизни человѣка, но и оцѣнкой ихъ съ точки зрѣнія вырабатываемыхъ культурою нравственныхъ (этическихъ) требованій. Сообразно этому теорія права должна стремиться къ установленію телеологической (опредѣляемой цѣлью) идеи права и къ выработкѣ критерія для оцѣночныхъ сужденій о правѣ. Представителемъ философско-культурнаго направленія въ правовѣдѣніи является Г у с т а в ъ Р а д б р у х ъ (Gustav Radbruch) со своимъ новѣйшимъ произведеніемъ: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914 года.

II. Французское правовѣдѣніе весьма скудно учебной литературой по энциклопедіи права. При томъ громадномъ значеніи, которое принадлежитъ французскому уму въ научноидейномъ творествѣ и при общемъ богатствѣ французской юридической литературы, отмѣченное явленіе объясняется исключительно тѣмъ, что энциклопедія права не входила и не входитъ во Франціи въ число предметовъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ. Только въ 1840 году установлено было во Франціи преподаваніе юридической энциклопедіи подъ названіемъ „общаго введенія въ изученіе права“ (*l'introduction générale à l'étude du droit*). Нововведеніе это не привилось, и съ теченіемъ времени энциклопедія права исчезла изъ учебныхъ плановъ юридическихъ факультетовъ во Франціи. Для удовлетворенія учебной потребности, вызванной существованіемъ въ свое время кафедры

энциклопедіи права, появились во Франціи нѣсколько соотвѣтственныхъ руководствъ, среди которыхъ наиболѣе популярнымъ было руководство Эшбаха (Eschbach): *L'introduction générale à l'étude du droit*, 3-е изд., 1856 г. Это сочиненіе Эшбаха и подобныя ему пропедевтическія руководства, время отъ времени появлявшіяся во французской литературѣ вплоть до второй половины 80-хъ годовъ минувшаго столѣтія, отличаются элементарнымъ характеромъ. Направленіе ихъ — эклектическое: съ одной стороны, они даютъ эмпирическія обобщенія позитивной юридической догматики, опираясь главнымъ образомъ на наиболѣе разработанную догму гражданского права; съ другой стороны, они слѣдуютъ руководящимъ для государственной жизни Франціи „великимъ принципамъ 1789 года“ и подъ этимъ флагомъ проводятъ и теоретическія положенія школы естественнаго права.

Отсутствіе преемственнаго развитія энциклопедіи права во Франціи приводитъ къ тому, что появляющіеся за послѣднее время общіе труды энциклопедическаго характера не состоятъ другъ съ другомъ ни въ какой связи: каждый изъ нихъ стоитъ особнякомъ и характеризуется своимъ особымъ направленіемъ. Заслуживаютъ быть отмѣченными слѣдующія произведенія: A. Voistel, *Cours de la philosophie du droit*, 1899 г. въ 2 томахъ; Louis Bridel, *Encyclopédie juridique*, 1907 г.; Henri Rolin, *Prolégomènes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique*, 1911.

Курсъ философіи права Буастеля представляетъ собою возрожденіе рационалистической теоріи права XVIII вѣка. Въ юридической энциклопедіи Бриделя сочетаются эмпирическія обобщенія позитивнаго правовѣдѣнія съ принципами нравственнаго идеализма, неуклонно проводимыми французскими юристами въ противовѣсъ реализму нѣмецкой науки. Пролегомены Ролена даютъ строго позитивное ученіе о правѣ съ точки зрѣнія соціальной психологіи.

Къ французской, по языку, литературѣ относится сочиненіе бельгійскаго сенатора Пикара (E. Picard): *Le droit pur. Encyclopédie du droit*, выдержавшее нѣсколько изданій и послѣдній разъ вышедшее въ свѣтъ въ 1908 году. Авторъ излагаетъ общее ученіе о правѣ, которое разумѣетъ какъ совокупность основныхъ и неизмѣнныхъ юридическихъ принциповъ, отвлекаемыхъ отъ конкретнаго содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Кромѣ такихъ эмпирическихъ обобщеній преимущественно формальнаго

характера встрѣчается въ „чистомъ правѣ“ Пикара и обсужденіе содержанія права по существу съ точки зрѣнія рационалистическихъ постулатовъ въ духѣ естественнаго права.

III. Англійская юриспруденція развивалась и развивается настолько своеобразно, что во многомъ оказывается почти несоизмѣримой съ правовѣдѣніемъ континентальныхъ европейскихъ странъ. Отличительной особенностью англійскаго правовѣдѣнія является то, что состояніе его опредѣлялось и опредѣляется не общими гносеологическими и методологическими направленіями науки, а специальными потребностями судебной и государственной практики. Вслѣдствіе этого англійское правовѣдѣніе слѣдуетъ въ общемъ догматическому направленію. Своеобразіе государственнаго уклада и правообразованія въ Англии придаетъ однако догматизму англійскихъ юристовъ особенный характеръ, существенно отличающій его отъ юридическаго догматизма ихъ континентальныхъ собратій. Отсутствіе писаной конституціи и законченныхъ кодексовъ гражданскаго и уголовнаго права заставляеть англійскихъ юристовъ искать нужныхъ правоположеній въ многовѣковой практикѣ парламента и судовъ и требуетъ отъ нихъ specialнаго умѣнія разбираться въ грудѣ разновременныхъ законодательныхъ актовъ. Вслѣдствіе этого въ догматическую юриспруденцію вводится исторія права въ качествѣ необходимаго и существеннаго ея элемента. Въ дѣлѣ правообразованія отведена въ Англии видная роль судей, который рѣшаетъ дѣла и по законамъ, и по юридическимъ обычаямъ, и по примѣру прежнихъ судебныхъ рѣшеній (по прецедентамъ), и примѣнительно къ требованіямъ справедливости (*equity* = лат. *aequitas*), и въ необходимыхъ случаяхъ самъ творить право. Все это открываетъ передъ англійской юриспруденціей просторы, значительно болѣе широкіе, чѣмъ тотъ кругъ возрѣній, въ которомъ вращается юридическая догматика континентальныхъ странъ Европы. Вмѣсто самодержавнаго господства закона, которымъ скована континентальная юриспруденція, англійская юриспруденція имѣетъ дѣло съ многообразіемъ равнозначущихъ источниковъ права. Самые приемы догматизаціи у англійскихъ юристовъ иные, чѣмъ у континентальныхъ. Въ то время какъ континентальные юристы имѣютъ дѣло почти исключительно съ готовыми общими положеніями закона и изъ нихъ дедуцируютъ рѣшенія частныхъ случаевъ, англійскимъ юристамъ приходится предварительно устанавливать самыя правоположенія индуктивнымъ

путемъ, путемъ наведенія отъ болѣе или менѣе казуистическихъ прецедентовъ и обычаевъ къ юридической нормѣ болѣе или менѣе общаго характера, открывающаго возможность послѣдующей дедукціи для новаго казуса.

Разносторонность и сложность англійской догматической юриспруденціи вызвали въ ней необходимость образованія нѣкоторой обобщающей, энциклопедической дисциплины, извѣстной у англійскихъ юристовъ подъ различными названіями, — общей юриспруденціи, чистой юриспруденціи, теоріи права и даже философіи положительнаго права. Англійская общая теорія права, въ отличіе отъ континентальной, не изучаетъ права на болѣе широкомъ фонѣ гносеологіи, психологіи, социологіи, моральной философіи, не выходитъ за предѣлы юриспруденціи, не разсматриваетъ ея со стороны, а пребываетъ въ ея собственныхъ нѣдрахъ. Задача англійской общей теоріи права сводится къ анализу специальныхъ и специфическихъ процессовъ мышленія, свойственныхъ догматической юриспруденціи страны, и къ установленію путемъ обобщенія тѣхъ руководящихъ принциповъ, которыми опредѣляется примѣненіе и созиданіе положительнаго права.

Среди произведеній англійской учебной литературы по общей теоріи права можемъ отмѣтить въ качествѣ наиболѣе распространенныхъ слѣдующія руководства: Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10-е изд. 1906 г.; W. Markby, *Elements of Law considered with Reference to Principles of General Jurisprudence*, 6-ое изд. 1906 г.; John W. Salmond, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, 2-ое изд. 1907 г.

IV. Первый опытъ систематической разработки энциклопедіи права въ русской литературѣ представляетъ собою сочиненіе доктора правъ П а в л а Д е г а я : „Пособія и правила изученія російскихъ законовъ или Матеріалы къ энциклопедіи, методологіи и исторіи литературы російскаго права“, вышедшее въ Москвѣ въ 1831 году.

Энциклопедія права достигла, по мнѣнію Дегаля, достоинства науки въ трудѣ I. Ст. Пюттера, воплотившемъ въ себѣ, какъ намъ уже извѣстно (см. выше стрн. 28—29), эмпирическое направленіе юридической энциклопедіи второй половины XVIII вѣка. Поставивъ трудъ I. Ст. Пюттера во главу угла, Дегай тѣмъ не менѣе не довольствуется эмпирическимъ направленіемъ и требуетъ восполненія его изученіемъ „философическимъ“, достойнѣйшій образецъ какового усматриваетъ въ естественноправовой

системѣ Хр. Вольфа. Въ своемъ собственномъ произведеніи Дегай преподаетъ руководящія указанія къ эмпирическому познанію „россійскаго права“ въ законодательствѣ и литературѣ, философскаго же ученія о правѣ не разрабатываетъ, ограничиваясь лишь указаніемъ на необходимость „философическаго познанія“. Въ цѣляхъ послѣдняго онъ рекомендуетъ „россійскимъ законовѣдцамъ“ знакомиться съ ученіемъ Тибо, извѣстнаго въ то время противника исторической школы юристовъ и сторонника естественно-правовыхъ воззрѣній.

По общему уставу россійскихъ университетовъ 1835 г. учреждена была кафедра энциклопедіи законовѣднія. Съ тѣхъ поръ кафедра эта входитъ неизмѣнно въ составъ всѣхъ нашихъ юридическихъ факультетовъ, причемъ съ 1863 года она получила болѣе широкое и болѣе соотвѣтствующее ей названіе энциклопедіи права. Долголѣтнее прочное положеніе энциклопедіи права въ системѣ университетскаго преподаванія воздѣйствовало въ высшей степени благотворно на развитіе соотвѣтственной учебной литературы.

Въ 1839—40 гг. вышла въ свѣтъ двухтомная „Энциклопедія законовѣднія“ извѣстнаго цивилиста и историка права К. А. Неволлина. Составлена она въ духъ абсолютнаго идеализма нѣмецкой философіи первой четверти XIX столѣтія (см. выше стр. 31 сл.) и представляетъ собою первую по времени органическую энциклопедію въ европейской наукѣ. Наиболѣе ранняя изъ нѣмецкихъ энциклопедій этого типа, принадлежащая К. Т. Пюттеру (см. выше стр. 33), появилась семью годами позже Энциклопедіи Неволлина. Само собою разумѣется, что ни К. Т. Пюттеръ, ни другіе нѣмецкіе юристы того времени вслѣдствіе незнанія русскаго языка не знали произведенія Неволлина. Тѣмъ не менѣе, нельзя не отмѣтить, что Энциклопедія Неволлина открываетъ собою то органическое и идеалистическое направленіе юридической энциклопедіи, которое дало пышный расцвѣтъ въ нѣмецкомъ правовѣдніи 40-хъ и 50-хъ годовъ прошлаго столѣтія. Неволлинъ сумѣлъ поставить разработанную имъ дисциплину на высоту научнаго и философскаго развитія своего времени. „Энциклопедія законовѣднія“ была издана вторично въ 1857 г. уже послѣ смерти автора въ полномъ собраніи его сочиненій.

Подражаніемъ произведенію Неволлина, но далеко уступающимъ ему во всѣхъ отношеніяхъ, была „Энциклопедія законовѣднія“ Н. Рождественскаго 1863 г.

Съ конца 60-хъ годовъ замѣчается въ русской учебной литературѣ энциклопедіи права поворотъ въ сторону эмпирическаго направленія. Въ 1868 году вышли въ свѣтъ два труда въ духѣ этого направленія: 1) „Теорія права, (или) Юридическая догматика“ М. Н. Капустина, и 2) „Очерки юридической энциклопедіи“ Н. К. Ренненкампфа. Оба эти труда извлекаютъ общее ученіе о правѣ изъ догматической юриспруденціи, преимущественно изъ догмы гражданскаго права, и восполняютъ данныя догматическаго матеріала идеей развитія права согласно ученію исторической школы юристовъ (см. выше стрн. 32—33). Разработка общаго ученія о правѣ у Капустина, сравнительно съ Ренненкампфомъ, отличается извѣстной глубиной и оригинальностью мысли. Положительную сторону поверхностныхъ и элементарныхъ „Очерковъ“ Ренненкампфа составляетъ общедоступность и легкость ихъ изложенія. Эти внѣшнія качества сдѣлали произведеніе Ренненкампфа весьма распространеннымъ въ свое время учебникомъ, выдержавшимъ нѣсколько изданій. Съ 1889 года „Очерки“ Ренненкампфа въ нѣсколько измѣненномъ видѣ стали издаваться подъ названіемъ „Юридической энциклопедіи“.

Эпоху въ развитіи энциклопедіи права въ Россіи составили „Лекціи по общей теоріи права“ Н. М. Коркунова, впервые вышедшія въ свѣтъ въ 1888 году и съ тѣхъ поръ выдержавшія нѣсколько изданій (въ 1909 г. — 9-ое изданіе).

Коркуновъ далъ единственную въ своемъ родѣ законченную систему общаго ученія о правѣ и о государствѣ, разработанную въ строгомъ духѣ позитивной философіи и методологіи. По мѣстамъ и у Коркунова проскальзываетъ то смѣшеніе научнаго позитивизма съ догматико-юридическимъ (см. выше стрн. 42—43), избѣжать котораго столь трудно профессиональному юристу. Тѣмъ не менѣе по выдержанности направленія, строгости и стройности мысли „Лекціи“ Коркунова были во время своего появленія и во многомъ, пожалуй, и теперь остаются лучшимъ въ европейской литературѣ учебнымъ руководствомъ по позитивной теоріи права. Онѣ далеко оставляютъ за собою нѣмецкія руководства Меркеля, Гарейса, Ратковскаго (см. выше стрн. 43). Въ 1903 году онѣ были переведены полностью на французскій языкъ подъ заглавіемъ: *Cours de théorie générale du droit*, и до сихъ поръ цитируются французскими юристами позитивнаго направленія съ самой лестной оцѣнкой. Коркуновъ учитываетъ значеніе права, какъ явленія социальнаго, и въ ученіи о государственной власти прово-

дитъ соціально-психологическую точку зрѣнія. По цѣлому ряду отдѣльныхъ вопросовъ даетъ самостоятельные и оригинальные отвѣты. Въ теченіе многихъ лѣтъ „Лекціи“ Коркунова были самымъ распространеннымъ учебнымъ пособіемъ въ нашихъ университетахъ.

Крупное научное явленіе не только въ русской, но и въ европейской литературѣ представляетъ собою „Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности“ Л. І. Петражицкаго (2-ое изданіе, т. I, 1909 г.; т. II, 1910 г.). Въ гносеологическомъ и методологическомъ отношеніи Л. І. Петражицкій слѣдуетъ началамъ позитивной философіи, но при этомъ проявляетъ полную самостоятельность и оригинальность въ уставновленіи точки зрѣнія, съ которой освѣщаются имъ правовыя явленія. Общепринятымъ въ позитивной теоріи права является разсматриваніе правовыхъ явленій, какъ явленій соціальныхъ. Л. І. Петражицкій замѣняетъ соціологическую точку зрѣнія точкой зрѣнія психологической. Право опредѣляется и изслѣдуется Л. І. Петражицкимъ въ качествѣ явленія нашей индивидуальной психики. Соціального момента въ правѣ Л. І. Петражицкій не игнорируетъ, но изслѣдуетъ его, не выходя за предѣлы психологическаго наблюденія, постольку, поскольку онъ отражается въ психическихъ переживаніяхъ индивида. Психологическая теорія права представляетъ собою новое слово, которое вноситъ Л. І. Петражицкій въ научное правовѣдѣніе. Несомнѣнной ея заслугой является рѣшительное и безусловное освобожденіе общаго ученія о правѣ отъ узъ юридическаго догматизма, чего не удалось окончательно достигнуть, какъ это мы отмѣтили выше, Коркунову. Введенное и проведенное Л. І. Петражицкимъ изслѣдованіе правовыхъ переживаній въ индивидуальной психикѣ существенно обогащаетъ наше познаніе права и даетъ цѣнныя руководящія указанія для правового творчества (для политики права). Теорія права не можетъ быть однако построена на одномъ лишь наблюденіи индивидуальной психики, какъ на томъ настаиваетъ Л. І. Петражицкій, и несомнѣнно нуждается въ разностороннемъ матеріалѣ и психологическаго, и соціологическаго изученія права.

Названный выше трудъ Л. І. Петражицкаго даетъ замкнутое въ себѣ изложеніе теоріи автора и представляетъ собою трактатъ, весьма цѣнный для искушенныхъ въ наукѣ специалистовъ, но не учебное пособіе, пригодное для начинающихъ.

Въ 1910—1912 г. г. вышла въ свѣтъ въ четырехъ выпускахъ

„Общая теорія права“ Г. Ф. Шершеневича. Это интересное и во многом поучительное произведеніе примыкаетъ къ тому типу позитивной теоріи права, который установленъ у насъ Коркуновымъ.

Когда мы говорили выше, что „Лекціи“ Коркунова составили эпоху въ развитіи энциклопедіи права въ Россіи, то этимъ мы хотѣли подчеркнуть то обстоятельство, что появленіе произведенія Коркунова ознаменовало собою переходъ отъ идеалистической теоріи права къ позитивной. Такое дѣленіе исторіи русской литературы энциклопедіи права на два періода, характеризуемое смѣной двухъ указанныхъ направленій, въ общемъ соотвѣтствуетъ дѣйствительности и потому является правильнымъ. Однако приведенное общее утвержденіе требуетъ оговорокъ, и общая схема развитія нуждается въ нѣкоторомъ восполненіи. Оговорки и восполненіе относятся въ данномъ случаѣ къ направленію идеалистическому. Идеалистическое направленіе, въ духѣ котораго Невольинъ далъ первую въ Россіи законченную научную систему юридической энциклопедіи, хотя и утратило въ извѣстное время исключительное господство въ нашемъ правовѣдѣніи, но никогда не прерывалось. Довелъ его почти до нашихъ дней скончавшійся въ 1904 году и работавшій до конца жизни извѣстный нашъ юристъ и государствовѣдъ Б. Н. Чичеринъ убѣжденный, стойкій и оригинальный послѣдователь идеалистической философіи Гегеля. Въ 1900 году Б. Н. Чичеринъ издалъ „Философію права“, въ которой резюмировалъ свои воззрѣнія, проводившіяся имъ въ рядѣ общихъ и специальныхъ трудовъ въ теченіе полувѣка.

Поворотъ отъ позитивизма къ идеализму, отмѣченный нами выше въ нѣмецкомъ прововѣдѣніи (см. стрн. 47—48), проявился и въ русской наукѣ. Цѣлый рядъ ея представителей, среди которыхъ назовемъ П. И. Новгородцева съ его школой, кн. Е. Н. Трубецкого, Б. А. Кистякновскаго, Е. В. Спекторскаго, выступили съ критикой прямолинейнаго и односторонняго позитивизма и ищутъ новыхъ путей въ духѣ гносеологическаго и нравственнаго идеализма. Въ учебной литературѣ этотъ нео-идеализмъ выразился пока въ „Лекціяхъ по энциклопедіи права“ кн. Е. Н. Трубецкого (5-ое изд., 1915 г.) и въ „Очеркахъ философіи права“ І. В. Михайловскаго (томъ I, 1914 г.).

„Лекціи по энциклопедіи права“ кн. Е. Н. Трубецкого представляетъ собою элементарный учебникъ, въ которомъ какъ общее состояніе науки, такъ и собственные взгляды почтеннаго ученаго отразились въ весьма неполномъ и, такъ сказать, уменьшенномъ видѣ.

І. В. Михайловскій признаетъ себя ученикомъ Б. Н. Чичерина и высказываетъ свое сочувствіе нео-гегельянству, но не слѣдуетъ прямолинейно ни тому, ни другому и строитъ теорію права въ духѣ нравственнаго идеализма, обосновываемаго на религіи, въ чемъ сказывается вліяніе на него философскаго ученія Владимира Соловьева. Религіозно-метафизическія основы защищаемаго міровоззрѣнія І. В. Михайловскій сочетаетъ съ данными позитивной науки и пытается объединить ихъ въ синтезѣ, каковой ему не удается. Наличие неточностей, ошибокъ и общая недостаточность объективности въ научныхъ сужденіяхъ умаляютъ значеніе „Очерковъ“ въ качествѣ учебнаго пособія.

Послѣднее по времени появленія произведеніе нашей литературы по юридической энциклопедіи, — „Очерки по теоріи права“ П. Г. Виноградова (1915 г.), — стоитъ совершенно особнякомъ и внѣ связи съ развитіемъ и состояніемъ научной разработки энциклопедіи права въ Россіи.

Извѣстный историкъ, специалистъ по соціальной исторіи Англіи, П. Г. Виноградовъ чрезъ исторію учреждений перешелъ въ область юриспруденціи и по приглашенію Оксфордскаго университета занялъ въ немъ кафедру сравнительнаго правовѣдѣнія, приведшую его въ свою очередь къ общей теоріи права, очеркъ которой приходится читать оксфордскимъ студентамъ въ качествѣ введенія къ курсу сравнительнаго правовѣдѣнія. Имѣя въ виду потребности своихъ слушателей и соблюдая традиціи оксфордской кафедры, П. Г. Виноградовъ развиваетъ въ своихъ „Очеркахъ“ теорію права въ томъ видѣ и въ томъ духѣ, какъ она сложилась въ англійской юриспруденціи (см. выше стрн. 51—52). Изданіемъ своихъ англійскихъ лекцій на русскомъ языкѣ П. Г. Виноградовъ оказалъ соотечественникамъ большую услугу, — далъ возможность широкимъ кругамъ начинающихъ русскихъ юристовъ на родномъ языкѣ познакомиться съ теоріей права въ стилѣ англійской юридической мысли.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Общее учение о правѣ.

Глава I. Установленіе понятія о правѣ.

§ 4. Предварительныя замѣчанія.

Опредѣленіе права можетъ быть дано двоякое: рационалистическое и позитивное. Первое выводится дедуктивно изъ извѣстныхъ предпосылокъ, которыя по тѣмъ или инымъ основаніямъ принимаются разумомъ за непреложныя истины, указываетъ, какимъ право должно быть съ точки зрѣнія требованій нашего разума и потому служитъ практическимъ цѣлямъ преобразованія права. Второе получается индуктивнымъ путемъ чрезъ наблюденіе, отвѣчаетъ на вопросъ, что такое право, какъ оно есть въ дѣйствительности, и потому служитъ теоретической цѣли познанія права. Такъ какъ непосредственную задачу науки составляетъ познаніе явленій, которое отправляется отъ ихъ наблюденія, то не подлежитъ сомнѣнію, что научной задачѣ соотвѣтствуетъ установленіе позитивнаго понятія права.

Установленіе понятія, или его опредѣленіе заключается въ указаніи родового признака (*genus proximum*) и видового отличія (*differentia specifica*) опредѣляемаго явленія. Установленіе понятія о правѣ будетъ заключаться въ послѣдовательномъ отысканіи указанныхъ признаковъ правовыхъ явленій.

На первую очередь ставится вопросъ, каковъ родовой признакъ права, или говоря иначе, къ какому ближайшему роду явленій относятся явленія правовыя?

Отправляясь отъ различія явленій естественныхъ и общественныхъ, мы не усомнимся отнести право ко второму роду. Общественныя явленія настолько многообразны и сложны, что

принадлежностью къ нимъ устанавливается для права все же отдаленный, а не ближайшій родъ явленій. Для отысканія послѣдняго требуется нѣкоторый дальнѣйшій анализъ.

Въ процессѣ общественной жизни легко различаются двѣ стороны: дѣятельность индивидовъ и ея упорядоченіе, или координація дѣйствій индивидовъ. Дѣятельность составляетъ необходимый признакъ жизни всѣхъ животныхъ организмовъ, въ томъ числѣ и людей. Координація дѣйствій индивидовъ составляетъ необходимый признакъ общественной жизни, и безъ нея послѣдняя была бы невозможна. Координація дѣйствій индивидовъ достигается, благодаря наличности опредѣленныхъ правилъ, или нормъ, которыя регулируютъ дѣятельность индивидовъ, вводятъ въ нее извѣстную согласованность, устанавливаютъ опредѣленный порядокъ, безъ котораго общестіе было бы невысказано. Эти правила мы назовемъ нормами общественными, или социальными. Присваивая имъ такое названіе, мы этимъ указываемъ, что нормы эти слагаются въ общественной средѣ, опредѣляютъ жизнь людей въ обществѣ и имѣютъ цѣлю поддержаніе и развитіе общественной жизни. Соціальныя нормы составляютъ формальный моментъ общественной жизни. Содержаніе общественной дѣятельности опредѣляется тѣми цѣлями, которыя вообще преслѣдуетъ человѣческая жизнь; такими цѣлями являются матеріальное и духовное преуспѣяніе, котораго добиваются люди.

Имѣя въ виду указанное различіе содержанія и формы общественной жизни, мы безъ колебаній отнесемъ право къ формѣ. Въ самомъ дѣлѣ, подъ правомъ мы разумѣемъ не самое созиданіе матеріальныхъ и духовныхъ цѣнностей и ихъ потребленіе, а лишь опредѣленную форму дѣятельности людей, созидающей эти цѣнности, и опредѣленную форму, обеспечивающую распредѣленіе послѣднихъ. Такимъ образомъ оказывается, что ближайшимъ для права родомъ будетъ понятіе социальной нормы.

Установивъ ближайшій для права родъ явленій, мы должны перейти ко второй части той задачи, которую представляетъ собою опредѣленіе права, — къ установленію видового его признака.

Право есть ничто иное, какъ одинъ, изъ видовъ социальной нормы. Ближайшее опредѣленіе права заключается, слѣдовательно, въ установленіи того признака, по которому право отличается отъ прочихъ социальныхъ нормъ.

Въ составѣ социальныхъ нормъ мы различаемъ два основныхъ вида: нравственность и право. Такое двухчленное дѣленіе социаль-

ной нормы легко может вызвать возраженіе въ видѣ указанія на бѣльшую сложность понятія спеціальнѣй нормы и, слѣдовательно, на наличность еще и другихъ ея видовъ кромѣ нравственности и права. Намъ необходимо [остановиться на разсмотрѣннн возможныхъ возраженнн и оправданнн принятаго нами двухчленнаго дѣленнн.

Прежде всего можетъ быть сдѣлано указаніе на религію какъ на регулятивъ общественной жизни и особый видъ соціальнѣй нормы. Не подлежитъ никакому сомнѣнн, что религія имѣетъ существеннѣйшее значеніе для личной и общественной жизни людей и потому глубоко вліяетъ на предписаннн соціальнѣй нормъ. Вполнѣ признавая это положеніе, мы тѣмъ не менѣе не можемъ признавать ея особой разновидностью соціальнѣй нормы. Дѣло въ томъ, что религія опредѣляетъ собою не только форму, но и матерію общественной жизни. Въ соответствнн съ исповѣдуемымъ представленннмъ о Творцѣ — Промыслителѣ и конечнѣй цѣли видимаго міра, религія устанавливаетъ цѣль земнѣй жизни и примѣнительно къ ней опредѣляетъ самое содержаніе человѣческой дѣятельности. Поскольку же она устанавливаетъ соціальнѣй нормы, мы получаемъ религіозную нравственность и божественное право. Слѣдовательно, религія не образуетъ особой разновидности соціальнѣй нормы, но сообщаетъ двумъ основнѣй ея разновидностямъ особую квалификацію.

Другое возраженіе противъ двухчленнаго дѣленнн соціальнѣй нормы будетъ заключаться въ приведеннн такихъ ея разновидностей, какъ т. н. нравы, правила приличнн, правила чести, мода. Ближайшнн анализъ покажетъ, что нѣтъ основаннн признавать эти правила самостоятельными разновидностями соціальнѣй нормы, такъ какъ всѣ они объемлются главнѣй образомъ нравственностью. Нравы — это ничто иное какъ обиходная мораль, прочно укоренившаяся, вошедшая въ плоть и въ кровь данной группы людей и противопологаемая тѣмъ обычно болѣе возвышеннѣй нравственнѣй требованнмъ, которыя въ принципѣ признаются, но на практикѣ болѣею частью не осуществляются. Правила приличнн составляютъ часть нравовъ и регулируютъ внѣшнее оказательство того уваженнн къ чужой личности, которое требуется нравственностью. Честь есть опредѣляемая общественнѣй положеннмъ лица спеціальная воспрнмчивость къ тѣмъ или другимъ моральнѣй и юридическимъ обязанностямъ и притязаннмъ; вслѣдствнн этого правила чести распредѣляются между нравственностью и правомъ.

Мода, поскольку она выходит за предѣлы эстетики, всецѣло относится къ нравамъ.

Такимъ образомъ мы не видимъ достаточнаго основанія къ умноженію разновидностей соціальной нормы и остаемся при двухчленномъ ея дѣленіи на нравственность и право. Въ соотвѣтствіи съ этимъ мы понимаемъ задачу отысканія видоваго признака права въ смыслѣ установленія различія его отъ нравственности.

Вопросъ о видовомъ признакѣ права вызываетъ въ наукѣ разногласіе: высказываются различныя мнѣнія, создаются разнообразныя теоріи. Чтобы разобраться въ этомъ разногласіи критически и составить себѣ обоснованное мнѣніе о своеобразіи права мы должны прослѣдить его особенности со всѣхъ тѣхъ сторонъ, съ которыхъ вообще можетъ быть разсматриваема соціальная норма.

Въ построеніи соціальной нормы можно различать слѣдующіе четыре основныхъ момента: 1) мотивационное дѣйствіе нормы на волю индивида, 2) основаніе обязательности нормы, 3) способъ осуществленія ея велѣній, 4) ея цѣль. Четыре указанныхъ момента являются существенными для понятія соціальной нормы и вполне соотвѣтствуютъ основнымъ моментамъ психологическаго построенія человѣческихъ поступковъ. Соціальная норма регулируетъ поступки людей, слѣдовательно, она является однимъ изъ мотивовъ, побуждающихъ индивидуальную волю къ дѣятельности. Норма пріемлется индивидуальной волей въ качествѣ мотива потому, что индивидъ признаетъ эту норму для себя обязательной по тѣмъ или инымъ основаніямъ. Авторитетное велѣніе соціальной нормы осуществляется въ поступкахъ, которые человѣкъ совершаетъ по добровольному влеченію къ соблюденію нормы или по другимъ привходящимъ соображеніямъ; этимъ обуславливаются способы осуществленія нормы. Наконецъ, разъ соціальная норма регулируетъ и направляетъ дѣятельность людей, то функція ея опредѣляется извѣстной цѣлью, осуществленію которой служатъ предписанія нормы.

Мы и разсмотримъ юридическую норму со стороны четырехъ указанныхъ моментовъ и такимъ образомъ выяснимъ съ достаточной полнотой видовые признаки права.

До этого разсмотрѣнія намъ придется остановиться предварительно на нормативномъ характерѣ права въ виду того, что высказывается въ литературѣ мнѣніе, будто право не имѣетъ значенія нормы соціальнаго поведенія, обязательной для всѣхъ.

§ 5. Нормативный характер права.

Е. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I Bd., 1894; L. Gumpłowicz, *System socjologii*, 1887; J. Schein, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine kritische Studie*, 1889; R. Stämmeler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, Buch I, 3, Abschn. V; Heinrich Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, V Abschnitt, VI Kapitel, S. 688—712; J. Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1911; Ignatz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, 1911, Kap. I—III.

Ближайшим родовым понятием для права является понятие социальной нормы. Понятие права входит в объем понятия социальной нормы. Значит, право есть социальная норма, т. е. правило должного поведения людей в общественной среде. Мы можем выразить эту мысль еще иначе и сказать, что право имеет нормативный характер, исполняет нормативную функцию в обществе.

Право предъявляет определенные требования ко всем участникам общезития и этим путем непосредственно руководит их деятельностью, направляя ее к единой цели, признаваемой в данном общественном союзе. Оно устанавливает форму брака, определяет взаимные отношения между членами семьи, обеспечивает обладание имуществом, регулирует соглашения и договоры, указывает порядок перехода имущества по наследству. Обязанности отдельных лиц по отношению к власти, участие их в самом властвовании, а также притязания на содействие власти точно также подлежат юридической регламентации. Словом, нормативная функция права не вызывает, казалось бы, сомнения. Тем не менее в науке высказывается мнение, которое не только подвергает сомнению нормативный характер права, но и прямо отрицает его. Нам необходимо остановиться на этом мнении и разобраться в нем критически.

На первый взгляд нам представляется совершенно непонятным, каким образом можно отрицать вещь столь очевидную, как нормативная функция права. Нужно поэтому предварительно выяснить тот путь мышления, который приводит иных представителей науки к такому отрицанию, столь противоречащему нашему повседневному опыту.

Отрицатели исходят из условий образования права и в них находят данные, которые, по их мнению, лишают все

право, или по крайней мѣрѣ, извѣстную его часть характера нормы обязательнаго поведенія. Право, указываютъ они, является такимъ продуктомъ общественной жизни, который вырабатывается въ условіяхъ организованнаго властвованія. Общественный союзъ, въ которомъ властвованіе организовано, мы называемъ государствомъ. Въ государствѣ мы различаемъ властвующихъ и подвластныхъ. Властвуетъ повсюду болѣе сильное меньшинство надъ болѣе слабымъ большинствомъ. Основываясь на превосходствѣ силы, какъ физической, такъ и интеллектуальной въ особенности, властвующие подчиняютъ себѣ подвластныхъ, заставляя послѣднихъ работать на себя и вообще извлекая изъ подвластныхъ всевозможныя выгоды. Выгоды властвующихъ составляютъ прямую цѣль общественной организаціи. Въ виду этого властвующие не знаютъ никакихъ нормъ обязательнаго поведенія и руководятся въ своей дѣятельности исключительно соображеніями фактической цѣлесообразности. Между тѣмъ обычно говорятъ о публичномъ правѣ, какъ о совокупности нормъ, регулирующихъ организацію власти и ея отношеніе къ подвластнымъ. Такое утвержденіе не соответствуетъ дѣйствительности. Государственная власть основывается на силѣ, и дѣятельность ея представляетъ собою ничѣмъ не стѣняемое исканіе выгоды властвующихъ. Никакихъ нормъ для нея не существуетъ. • Юридическая регламентація существуетъ лишь для взаимныхъ отношеній между подвластными. Ихъ семейныя и имущественныя отношенія регулируются нормами т. н. частнаго права. Устанавливаются эти нормы государственной властью, которая создаетъ ихъ въ собственномъ интересѣ, сознавая, что упорядоченіе взаимоотношеній между подвластными облегчитъ ей эксплоатацію послѣднихъ въ пользу властвующихъ. Частное право обладаетъ нормативнымъ характеромъ, такъ какъ оно проистекаетъ изъ авторитета власти, обязательнаго для подвластныхъ. Такимъ образомъ, оказывается, что нормативная функція свойственна только одной области, — праву частному, а въ публичномъ правѣ ея совершенно не имѣется.

Приведенное воззрѣніе было высказано извѣстнымъ соціологомъ Гумпловичемъ, который приписывалъ властвованію болѣе сильного меньшинства надъ болѣе слабымъ большинствомъ значеніе незыблемаго закона общественной жизни. Будучи не только соціологомъ, но и юристомъ, Гумпловичъ понималъ, что нормативный характеръ составляетъ неизбѣжный признакъ всякой соціальной нормы, слѣдовательно, и права. Въ виду этого отрицаніе норма-

тивного характера въ публичномъ правѣ приводило его къ непризнанію этой области права правомъ. Если „частное право“ мы называемъ правомъ, говоритъ Гумпловичъ, то „публичное право“ мы должны назвать какъ нибудь иначе, нпр., — государственной нормою (Staatsnorm), или государственнымъ установленіемъ (Staats-satzung). Задача частнаго права заключается въ нормированіи той области, въ которой государственная власть не заинтересована, говоря иначе, въ нормированіи предоставленной государствомъ отдѣльнымъ лицамъ свободы и въ устраненіи могущихъ возникнуть изъ нея столкновеній; поэтому частное право есть извнѣ наложенная, безотносительно обязательная норма, царящая надъ интересами партій, принуждающая волю всѣхъ и въ случаѣ столкновенія сдерживающая свободу лица. Напротивъ того, публичное право не есть норма, стоящая надъ властью, и не имѣетъ цѣлью ограничивать ея проявленіе; оно лишь констатируетъ обычный порядокъ ея проявленія. Публичное право — это просто производный, примѣняющійся къ даннымъ отношеніямъ образъ дѣйствій государственной власти, имѣющій въ виду ея собственный интересъ и направленный на удержаніе власти за ея наличными обладателями. Частное право есть слѣдствіе сознательной творческой дѣятельности государственной власти, устанавливающей норму поведенія для подвластныхъ. Публичное право, напротивъ того, творится государственной властью безсознательно; на степень публичнаго права возводится вызванная тѣми или иными обстоятельствами чисто фактическая дѣятельность властвующихъ.

Въ дѣйствительности и частное, и публичное право объемлются всѣми и повсюду въ одномъ общемъ понятіи права. Если настаивать на утвержденіи Гумпловича, что публичное право лишено нормативнаго характера, то для удержанія за нимъ значенія права, придется утверждать, что право вообще лишено нормативной функціи. Такъ и сдѣлалъ одинъ изъ прямолинейныхъ послѣдователей Гумпловича, юристъ Шейнъ.

Основаніе для построенія своей болѣе прямолинейной теоріи Шейнъ могъ найти у самого Гумпловича. Дѣло въ томъ, что, хотя Гумпловичъ и противопоставлялъ частное право публичному, тѣмъ не менѣе онъ же указывалъ, что частное право развилось изъ публичнаго путемъ постепеннаго выдѣленія и обособленія. Ухватившись, очевидно, за эту мысль, Шейнъ пришелъ къ выводу, что частное право есть ничто иное, какъ образъ дѣйствій государственной власти въ случаяхъ соприкосновенія ея съ семейными

и имущественными отношеніями подвластныхъ. Указанное соприкосновеніе возникаетъ въ случаѣ споровъ между подвластными по поводу ихъ семейныхъ и имущественныхъ отношеній. Государственная власть беретъ на себя разрѣшеніе такихъ споровъ въ судебномъ порядкѣ. Образъ дѣйствій государственной власти при отправленіи этой судебной функціи и создаетъ частное, или т. н. гражданское право. Оно отнюдь не регулируетъ семейной и имущественной жизни подвластныхъ, которые преслѣдуютъ въ этихъ областяхъ свои самостоятельныя цѣли и дѣйствуютъ по мотивамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ гражданскимъ правомъ. Подвластные принимаютъ въ соображеніе постановленія гражданского права и учитываютъ ихъ какъ возможное фактическое осложненіе своей дѣятельности, но отъ этого гражданское право не становится нормой должнаго поведенія для подвластныхъ.

Разъяснивъ такимъ образомъ частное право и принимая мнѣніе Гумиловича относительно права публичнаго, Шейнъ объявляетъ все право лишеннымъ нормативнаго характера. Онъ опредѣляетъ право какъ совокупность правилъ дѣятельности государства и поясняетъ свое опредѣленіе такимъ истолкованіемъ понятій „правила“ и „государства“, при которомъ не можетъ быть рѣчи о какой бы то ни было нормативной функціи права.

Слово „правило“ употребляется въ двойномъ смыслѣ: съ одной стороны, оно обозначаетъ велѣніе, долженствующее служить мѣриломъ для дѣйствующаго; съ другой стороны, оно обозначаетъ способъ, образъ, какимъ обыкновенно дѣйствуютъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, съ устраненіемъ момента долженствованія. Поясняя свое опредѣленіе права, Шейнъ указываетъ, что въ немъ слово „правило“ понимается именно въ послѣднемъ смыслѣ, и въ правилахъ государственной дѣятельности не предполагается никакихъ велѣній, обращенныхъ къ государству или къ кому бы то ни было. Право это фактическій образъ дѣятельности государства, дѣловой распорядокъ государственной жизни, вполне аналогичный порядку фабричному или строевому; право не опредѣляетъ, что должно дѣлать, но указываетъ лишь, когда, что, и какъ дѣлается. Право содержитъ лишь тѣ правила, которыя государство установило или которыя оно произвольно выразило въ своихъ дѣйствіяхъ. Подъ государствомъ, поясняетъ далѣе Шейнъ, слѣдуетъ понимать не весь общественный союзъ опредѣленной организаціи, но лишь властвующую его часть: правительство, парламентъ, чиновниковъ административныхъ и судебныхъ, войско.

Поведеніе этихъ формальныхъ и матеріальныхъ обладателей государственной власти и составляетъ дѣятельность государства. Фактическій распорядокъ этой дѣятельности и есть право.

Изложенное воззрѣніе на право содержитъ въ себѣ два основныхъ положенія: 1) право не нормируетъ дѣятельности подвластныхъ, 2) право не можетъ быть нормой поведенія государственной власти. Оба эти положенія не выдерживаютъ критики съ точки зрѣнія тѣхъ самыхъ предпосылокъ, изъ которыхъ они исходятъ.

Если дѣятельность государственной власти направлена на извлеченіе выгодъ изъ подвластныхъ въ пользу властвующихъ, то правила этой дѣятельности, понимаемыя даже въ смыслѣ дѣлового, служебнаго распорядка, неизбежно станутъ нормой, регулирующей дѣятельность подвластныхъ. Вѣдь властвующіе могутъ извлекать выгоды изъ подвластныхъ не иначе, какъ путемъ требованія съ послѣднихъ опредѣленныхъ услугъ въ свою пользу, и дѣятельность государственной власти сводится при этомъ къ установленію рода и размѣра этихъ услугъ и наблюденія за ихъ исполненіемъ. Образъ дѣятельности государственной власти и будетъ той нормой, которая будетъ опредѣлять требуемое, или должное поведеніе подвластныхъ по отношенію къ властвующимъ.

Государственная власть организуется неизбежно на началахъ іерархическаго подчиненія. Высшіе ея представители, или обладатели т. н. верховной власти, устанавливаютъ правила государственной дѣятельности, которыя осуществляются цѣлымъ рядомъ подчиненныхъ органовъ власти. Для послѣднихъ правила государственной дѣятельности, т. е. право, будутъ нормами должнаго ихъ поведенія. При отсутствіи такихъ нормъ дѣятельность властвующихъ была бы лишена всякой координаціи, взаимно бы себя парализовала и подорвала бы положеніе власти. Слѣдовательно, внутри государственной организаціи нормативная функція права оказывается несомнѣнной и неизбежной. Остается такимъ образомъ открытымъ только вопросъ о томъ, является ли право нормой поведенія для носителей верховной власти. Если даже рѣшить этотъ вопросъ отрицательно въ духѣ Гумпловича и Шейна, то все же этимъ не устраняется нормативная функція права въ предѣлахъ подчиненной организаціи властвованія и среди подвластныхъ.

Такимъ образомъ категорическое отрицаніе нормативнаго характера права оказывается несостоятельнымъ съ точки зрѣнія

тѣхъ самыхъ предпосылокъ, изъ которыхъ оно исходитъ. Если же мы обратимъ критику и на исходныя предпосылки, то несостоятельность ученія обнаружится еще съ большею силою.

Исходной предпосылкой служитъ въ разбираемомъ нами ученіи рѣзкое противоположеніе властвующихъ и подвластныхъ и ограниченіе цѣли государственной организаціи обезпеченіемъ выгодъ однихъ лишь властвующихъ. На самомъ дѣлѣ ни первое, ни второе изъ предпосланныхъ положеній не имѣетъ безусловнаго значенія. И въ начальныхъ стадіяхъ государственной жизни, облеченной въ форму древняго народовѣдства, и на высокихъ ступеняхъ ея развитія, въ видѣ современнаго обобществленія власти съ допущеніемъ къ участию въ ней представителей широкихъ народныхъ массъ, властвованіе и подчиненіе власти не прикрѣплены къ неподвижнымъ группамъ меньшинства и большинства, но представляютъ собою состоянія чередующіяся, отражая въ себѣ не исключительное преобладаніе одной силы, но равновѣсіе различныхъ общественныхъ силъ. При этихъ условіяхъ государственная власть не можетъ ограничивать своей дѣятельности обезпеченіемъ выгодъ властвующихъ. Она поневолѣ вынуждена учитывать и интересы подвластныхъ, по крайней мѣрѣ, настолько, чтобы путемъ предоставленія подвластнымъ сколько нибудь сноснаго существованія удерживать ихъ въ повиновеніи. Въ основѣ государственной жизни лежитъ такимъ образомъ нѣкоторый неизбежный компромиссъ. Изъ неизбежности компромисса вытекаетъ неизбежность того или иного вида самоограниченія государственной власти и, слѣдовательно, возможность нормативнаго дѣйствія права и по отношенію къ государственной власти.

Нормативная функція права стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія: право всегда и повсюду устанавливаетъ должное поведеніе людей въ общественной средѣ. Необходимо при этомъ помнить, что элементъ должнаго понимается здѣсь не въ абсолютномъ смыслѣ, а въ относительномъ, т. е. не какъ требованіе соответствія неподвижному идеалу, составляющему непроходящую цѣль общежитія, а какъ требованіе соответствія преходящимъ цѣлямъ различныхъ общественныхъ союзовъ, которые и создаютъ право для обезпеченія вырабатываемыхъ ими условій общежитія.

Метафизическое воззрѣніе на право видѣло въ немъ постепенное раскрытіе въ исторіи прирожденной человѣку и неизмѣнной по содержанію идеи справедливости. Позитивное воззрѣніе не можетъ принять такого утвержденія, такъ какъ оно апіорно,

т. е. выставлено и принято до опыта и не имѣть за собою никакого другого основанія кромѣ субъективной вѣры въ него. Историческое изученіе свидѣтельствуетъ, что содержаніе идеи справедливости измѣнчиво. Поэтому когда мы говоримъ о нормативномъ характерѣ права, то разумѣемъ подъ этимъ формальный его признакъ и не соединяемъ нормативной функціи права съ опредѣленнымъ содержаніемъ нормы, но признаемъ историческую его измѣнчивость въ зависимости отъ условій общественной среды.

Если мы глубже вникнемъ въ смыслъ ученій Гумпловича и Шейна, то увидимъ, что ученія эти были направлены противъ метафизическаго представленія о нормативномъ характерѣ права. Чуждые метафизики, указанные авторы путемъ историческаго наблюденія выясняли процессъ эмпирическаго происхожденія и развитія права подъ влияніемъ условій общественной среды и организациі властвованія. Если въ конечныхъ ихъ выводахъ имѣется нѣкоторая односторонность, то все же основное ихъ положеніе является несомнѣнно правильнымъ съ научной точки зрѣнія. Но въ своей реакціи противъ метафизики указанные авторы зашли черезчуръ далеко. Они не удовлетворились исключеніемъ изъ понятія права элементовъ метафизической нормы и устранили изъ него за одно и ту положительную нормативную функцію, которую отправляетъ право въ человѣческомъ общежитіи. Въ этомъ проявилась слабая сторона и односторонность названныхъ ученій, которыя поэтому и должны быть отвергнуты научной критикой.

Чуждые метафизическаго представленія объ юридической нормѣ, мы различаемъ въ составѣ понятія права два элемента: 1) отраженіе въ его содержаніи исторически измѣнчиваго соотношенія общественныхъ силъ и опредѣляемыхъ имъ общественныхъ цѣлей и путей ихъ достиженія, 2) неизмѣнное съ формальной стороны нормативное дѣйствіе права на индивидовъ, участниковъ объединеннаго даннымъ правомъ общежитія. Нормативный характеръ права въ этомъ смыслѣ не можетъ подлежать никакому сомнѣнію.

Тѣмъ не менѣе въ новѣйшей литературѣ вопроса вновь раздаются голоса, отрицающіе нормативный характеръ права. Ученіе Шейна воспроизводитъ въ наши дни Биндеръ, увѣряющій, что единственнымъ адресатомъ правоположеній являются государственныя учрежденія, для которыхъ правоположенія имѣютъ значеніе инструкцій при рѣшеніи споровъ между гражданами. Что же

касается самихъ гражданъ, то право ни къ чему ихъ не обязываетъ, по мнѣнію Биндера (*Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts*). Такой выводъ настолько противорѣчитъ дѣйствительности, что Биндеръ вынужденъ искать примиренія своей теоріи съ послѣдней и находитъ его въ указаніи на то, что подчиняться существующему правопорядку побуждаетъ насъ нравственное сознание. Нормы, опредѣляющія наше отношеніе къ правопорядку, относятся не къ праву, говоритъ Биндеръ, а къ области нравственности.

Если развить послѣдовательно мысль Биндера, то придется признать, что имѣются двоякаго рода нравственные нормы: 1) однѣ, которыя побуждаютъ насъ къ исполненію моральныхъ требованій, и 2) другія, которыя побуждаютъ насъ къ исполненію требованій правопорядка. Наличность нравственныхъ нормъ второго рода возстановливаетъ нормативный характеръ права, ранѣе отрицавшійся, но только дѣлается это окольнымъ путемъ, на которомъ безъ надобности нагромождаются во имя мнимаго реализма никому не нужныя *distinctiones*.

§ 6. Двусторонній характеръ юридической нормы.

Л. И. Петражицкій, Теорія права, томъ I; М. Рейснеръ, Теорія Л. И. Петражицкаго, марксизмъ и социальная идеомія, 1908 г.; Б. А. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, очеркъ V: Реальность объективнаго права; Е. В. Спекторскій, Философія и юриспруденція, Юридич. Вѣстникъ, 1913, кн. II; М. П. Чубинскій, Мотивъ преступной дѣятельности и его значеніе въ уголовномъ правѣ, 1900 г.; E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I Bd.; G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2.-te Aufl. S. 9—34.

Соціальныя нормы регулируютъ поведеніе людей въ обществѣ. Осуществляютъ онѣ эту свою функцію благодаря тому, что требованія или велѣнія нормы связываютъ человѣческую волю и такимъ образомъ опредѣляютъ ее къ извѣстному образу дѣйствія. Такъ какъ въ составѣ соціальныхъ нормъ различаются два ихъ основныхъ вида, — нравственность и право, то естественно возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ связываемъ мы нашу волю нравственностью и какимъ образомъ правомъ, каковъ, слѣдовательно, специфическій признакъ права въ порядкѣ нормативнаго воздѣйствія его на волю индивида.

На этотъ вопросъ имѣются въ наукѣ два основныхъ отвѣта: одинъ формулированъ былъ еще въ XVIII вѣкѣ знаменитымъ

философомъ Кантомъ, другой данъ въ наши дни однимъ изъ наиболѣе выдающихся теоретиковъ права Л. I. Петражицкимъ.

Своеобразное нормативное воздѣйствіе права на волю индивида выясняется Кантомъ путемъ анализа внутренняго процесса волевого дѣйствія и степени проникновенія его требованіемъ соотвѣтствія нормѣ.

Во внутреннемъ процессѣ волевого дѣйствія, опредѣляемаго закономъ, различаются три основныхъ момента: побужденіе къ дѣйствію, или мотивъ, правило, наконецъ, поступокъ. Вообще нормативное дѣйствіе этического закона на нашъ волевой процессъ выражается въ томъ, что наши поступки соотвѣтствуютъ требованіямъ этического закона и исполняютъ его велѣнія. Такимъ образомъ во всѣхъ случаяхъ нормированія нашей воли этическимъ закономъ послѣдній опредѣляетъ собою два момента волевого дѣйствія: правило и поступокъ. Что же касается побужденія, или мотива, то онъ не всегда опредѣляется этическимъ закономъ. Здѣсь имѣется двоякая возможность: къ поступку, требуемому закономъ, насъ можетъ побуждать либо чистое стремленіе къ соблюденію закона, либо какой либо другой мотивъ, нпр. тщеславіе, чувствительность, соображенія пользы и выгоды. Этой двоякой возможности нормированія волевого дѣйствія соотвѣтствуютъ два порядка этическихъ нормъ: однѣ изъ нихъ требуютъ проникновенія ихъ велѣніями всѣхъ трехъ моментовъ волевого процесса, другія довольствуются соотвѣтствіемъ ихъ велѣнію только правила и поступка, относясь безразлично къ побужденію, или мотиву. Нормы перваго рода составляютъ нравственность, нормы втораго рода — право.

Нравственной, или доброй будетъ только та воля, для поступковъ которой нравственный законъ составляетъ не только правило, но и побужденіе. Нравственная, или добрая воля не только исполняетъ нравственный законъ, но и стремится исключительно къ его соблюденію. Если воля принимаетъ нравственный законъ за правило своей дѣятельности и исполняетъ его въ поступкѣ, но исходитъ при этомъ изъ иныхъ побужденій, а не изъ чистаго стремленія къ соблюденію закона, то она совершаетъ дѣяніе только закономѣрное, а не моральное; воля въ этомъ случаѣ не нравственна, не добра, а только легальна.

Нравственность требуетъ воли моральной, доброй и налагаетъ руку на самое побужденіе къ дѣйствію. Право довольствуется волей легальной и потому относится къ побужденію, или мотиву

безразлично. Нравственная обязанность заключается не только въ томъ, чтобы совершить дѣяніе, требуемое закономъ, но и въ томъ, чтобы совершить его ради самаго закона. Юридическая обязанность, напротивъ того, исчерпывается совершеніемъ дѣянія, требуемаго закономъ и не простирается на внутреннее душевное настроеніе, побудившее насъ къ совершенію дѣянія. Говоря иначе, нравственность нормируетъ и внѣшніе поступки, и внутреннее настроеніе человѣка, право только внѣшніе поступки.

Выдвинутое Кантомъ своеобразное нормативное дѣйствіе права соотвѣтствуетъ весьма многимъ фактамъ правовой жизни и потому легко можетъ быть принято за специфическій признакъ права. Въ самомъ дѣлѣ въ области регламентаціи имущественныхъ отношеній, которой отведено въ правѣ столь видное и обширное мѣсто, побужденіе къ дѣйствію совершенно не учитывается правомъ. Уплачиваю ли я занятую сумму изъ чистаго стремленія къ соблюденію справедливаго требованія закона, или изъ опасенія потерять кредитъ, или же только чтобы избѣжать принудительной продажи моего имущества, — во всѣхъ этихъ и имъ подобныхъ случаяхъ юридическая обязанность признается одинаково исполненной. Само собою разумѣется, что съ нравственной точки зрѣнія исполненіе обязанности изъ опасенія какихъ либо невыгодныхъ послѣдствій или въ расчетѣ на извлеченіе какой либо выгоды не будетъ имѣть никакой цѣны. Соотвѣтственные примѣры могутъ быть приведены въ значительномъ количествѣ. Можно сказать, что въ весьма многихъ, даже, пожалуй, въ большинствѣ случаевъ право стоитъ на точкѣ зрѣнія безразличія мотива. Тѣмъ не менѣе есть случаи, когда право входитъ въ оцѣнку мотива, и потому безразличіе мотива не можетъ быть признано для нормативнаго дѣйствія права безусловнымъ.

При установленіи цѣлаго ряда обязанностей, главнымъ образомъ личнаго, а не имущественнаго характера, право регламентируетъ не только внѣшніе поступки, но до извѣстной степени и внутреннее настроеніе лица. Такъ, нпр., возлагая на опекуна обязанность управлять имуществомъ опекаемаго, законъ требуетъ, чтобы опекунъ проявлялъ при этомъ рачительность хорошаго домохозяина (*diligentia boni patrisfamilias*); при исполненіи договоровъ право требуетъ добросовѣстности (*bona fides*); служебный долгъ чиновниковъ и обязанности подданныхъ по отношенію къ государству не исчерпываются одной лишь внѣшней легальностью, но содержатъ въ себѣ требованіе безпристрастія, вѣрности, добро-

совѣстности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ право требуетъ для исполненія налагаемыхъ имъ обязанностей не только внѣшнихъ дѣйствій, но и опредѣленнаго внутренняго настроенія лица.

Если отъ исполненія юридической обязанности мы перейдемъ къ случаямъ ея неисполненія, то увидимъ, что здѣсь мотивъ учитывается правомъ въ весьма значительной степени. Достаточно заглянуть въ любой уголовный кодексъ, чтобы убѣдиться въ томъ, что при опредѣленіи преступнаго дѣянія и назначеніи за него наказанія принимаются въ соображеніе не только его внѣшнія вредоносныя послѣдствія, но и мотивы, руководившіе преступнымъ дѣятелемъ. Уголовное право, принимая въ соображеніе мотивъ, учитываетъ этимъ путемъ напряженіе злостной воли преступника и степень противообщественности (антисоціальности) его общаго душевнаго настроенія. Настаивая на безусловномъ безразличіи мотива въ правѣ, Кантъ не могъ объять въ своей теоріи указанныхъ особенностей уголовного права. Онъ пожертвовалъ дѣйствительностью ради логической стройности своей доктрины и создалъ въ духѣ послѣдней механическую схему примѣненія наказанія, подъ которую не можетъ быть подведена ни одна система уголовного права, такъ какъ нигдѣ и никогда наказаніе не слѣдуетъ механически за преступнымъ дѣяніемъ, учитываемымъ съ одной лишь внѣшней стороны.

Изъ сказаннаго видно, что безразличіе мотива въ правѣ имѣетъ не безусловное, но относительное значеніе. Въ однихъ случаяхъ право не принимаетъ въ соображеніе мотива, въ другихъ, напротивъ того, учитываетъ его. Сравнительно съ нравственностью, придающей мотиву безусловное значеніе, право занимаетъ по данному вопросу положеніе, такъ сказать, половинчатое. Получается впечатлѣніе какъ бы нѣкоторой непослѣдовательности права съ принципіальной точки зрѣнія. Несомнѣнно непослѣдовательность здѣсь имѣется, но вызывается она не логическими или моральными недостатками права, а его спеціальнымъ назначеніемъ служить практическимъ потребностямъ текущей общественной жизни, не терпящей застоя. При исключительномъ господствѣ одной лишь моральной точки зрѣнія въ обществѣ пришлось бы отвергать всѣ тѣ услуги, которыя являются слѣдствіемъ одного лишь внѣшняго исполненія обязанностей, не сопровождаемаго соответственнымъ внутреннимъ моральнымъ настроеніемъ. Общество могло бы очутиться въ состояніи „недѣланія“, понятномъ съ точки зрѣнія нравственнаго совершенствованія отдѣльныхъ лицъ,

но совершенно недопустимомъ въ жизни общества, какъ цѣлаго. Интересы послѣдняго требуютъ созданія наряду съ моралью еще другого порядка регламентаціи человѣческихъ поступковъ, при которомъ поддерживалась бы всѣми мѣрами необходимая для общества дѣятельность индивидовъ. Такой именно порядокъ устанавливается правомъ, которое по практическимъ соображеніямъ допускаетъ безразличіе мотива, но не безусловно, а относительно, въ соотвѣтствіи съ характеромъ и практической важностью различныхъ отношеній между людьми.

Эта узко-практическая, обыденно-житейская, если такъ можно выразиться, функція права наводитъ на мысль, что своеобразія нормативнаго дѣйствія права слѣдуетъ искать въ организаціи нѣкотораго вѣдншняго стимула, побуждающаго волю къ исполненію обязанности. Такая специфическая особенность права раскрывается въ ученіи Л. І. Петражицкаго о двустороннемъ характерѣ юридической нормы.

Воздѣйствіе соціальной нормы на волю индивида относится къ разряду явленій психическихъ. Поэтому изученіе свойствъ этого въздѣйствія должно вестись путемъ психическаго анализа сознанія лица, опредѣляющаго себя къ дѣйствію въ соотвѣтствіи съ требованіемъ нормы. На этотъ именно путь сталъ Л. І. Петражицкій съ цѣлью выяснить специфическую особенность нормативнаго дѣйствія права.

Предметомъ психологическаго анализа въ ученіи Петражицкаго является этическое сознаніе индивида, т. е. индивидуальное сознаніе связанности нашей воли нормою должнаго. Анализируя именно это наше сознаніе, мы замѣчаемъ, что оно проявляется у насъ въ двойной формѣ: въ видѣ односторонней связанности нашей воли сознаніемъ извѣстной обязанности и въ видѣ двусторонней связанности нашей воли не только сознаніемъ собственной обязанности, но и нашимъ же признаніемъ за другимъ лицомъ притязанія на ея исполненіе. Для того, чтобы указанные два вида въздѣйствія нормы на волю индивида предстали предъ нами съ полной отчетливостью, пояснимъ сказанное выше примѣромъ.

Представимъ себѣ два слѣдующихъ случая: 1) мы видимъ, что извѣстное лицо находится въ бѣдственномъ положеніи и крайне нуждается въ деньгахъ; мы признаемъ нравственный долгъ помогать ближнему и потому считаемъ себя обязанными дать этому лицу, положимъ, 25 рублей; 2) мы договорились съ книгопродавцемъ, что онъ доставитъ намъ извѣстныя книги, и за

это получить 25 рублей; книги намъ доставлены, и мы считаемъ себя обязанными уплатить книгопродавцу 25 рублей.

Въ первомъ случаѣ мы сознаемъ, что помогать бѣднымъ это наша обязанность, но въ тоже время у насъ есть сознание, что данное конкретное лицо, находящееся въ бѣдственномъ положеніи, не можетъ притязать на нашу помощь. Ему мы ничего не „должны“, ему съ насъ ничего не „слѣдуетъ“, не „причитается“; если оно получить отъ насъ 25 рублей, то это дѣло нашей доброй воли. Мы чувствуемъ себя вообще связанными обязанностью благотворить, но по отношенію къ данному бѣдняку мы признаемъ себя свободными, не связанными и ожидаемъ отъ него признанія нашей свободы дать или не дать ему 25 рублей. Если онъ заявитъ намъ свое притязаніе на выдачу ему этой суммы, мы сочтемъ его поведеніе неумѣстнымъ и можемъ не дать ему ничего. Мы можемъ встрѣтить человѣка болѣе нуждающагося и ему отдать деньги, предназначавшіяся для оказанія помощи первому. Изъ двухъ бѣдняковъ ни одинъ не имѣетъ ни притязанія вообще, ни преимущественнаго предъ другимъ притязанія на нашу помощь. Это сознание имѣется и у человѣка, нуждающагося въ денежной помощи отъ другого: онъ не требуетъ вспомоствованія, но проситъ о немъ. Въ исполненіи нашей обязанности помогать бѣднымъ деньгами мы можемъ различать двѣ стороны: 1) отрицательную, — изъятіе изъ нашего имущества нѣкоторой денежной суммы, нпр., 25 рублей, и 2) положительную — прибавленіе къ средствамъ нуждающагося этихъ же 25 рублей. Мы не сознаемъ, чтобы положительная сторона нашей обязанности была какимъ нибудь образомъ закрѣплена за бѣднякомъ до добровольной передачи ему нами 25 рублей.

Совершенно иного рода психическое переживаніе испытываемъ во второмъ изъ приведенныхъ выше для примѣра случаевъ. Книгопродавецъ доставилъ намъ книги, и мы должны уплатить ему 25 рублей, — эти 25 рублей ему съ насъ слѣдуютъ, причитаются. Поэтому мы считаемъ вполне правильнымъ, когда онъ требуетъ съ насъ эти 25 рублей. И еслибы на его требованіе, мы отвѣтили, что уплатить или не платить ему этихъ 25 рублей — дѣло нашей доброй воли, то мы сами не могли бы не признать такого заявленія неумѣстнымъ. Уплачивая книгопродавцу 25 рублей, мы не станемъ думать, что по нашей доброй волѣ мы увеличиваемъ его средства, но сознаемъ, что мы предоставляемъ ему только то, что уже раньше, какъ только онъ намъ доставилъ

книги, составляло какъ бы часть его имущества. Уплачивая причитающуюся за доставку книгъ денежную сумму, мы не вспомоществуемъ книгопродавца, но только не наносимъ ущерба его имуществу и воздаемъ ему слѣдующее по договору. Если въ данномъ случаѣ мы станемъ различать отрицательную и положительную стороны, минусъ и плюсъ въ исполненіи нашей обязанности, то замѣтимъ, что положительная сторона закрѣплена за книгопродавцемъ въ нашемъ и его сознаниіи. Съ момента доставленія намъ книгъ за имуществомъ книгопродавца закрѣпленъ уже извѣстный плюсъ. Поэтому онъ не проситъ насъ о подачкѣ, но требуетъ уплаты ему причитающагося.

Въ первомъ изъ приведенныхъ случаевъ имѣется обязанность, которая односторонне связываетъ волю, но не сопровождается признаніемъ за адресатомъ исполняемой обязанности притязанія на ея исполненіе. Во второмъ случаѣ имѣется не только односторонняя обязанность, но и двусторонняя связь, въ которой обязанности одной стороны соответствуетъ признаваемое за другой стороной притязаніе.

Приведенные нами случаи представляютъ собою не единичные, но типичные примѣры. Всѣ обязанности, которыя мы осуществляемъ въ нашихъ поступкахъ, исчерпываются двумя приведенными категоріями. Обязанности перваго рода суть нравственные обязанности, обязанности второго рода — юридическія, или правовыя.

Въ двоякаго рода связанности индивидуальной воли проявляется различное воздѣйствіе на волю двухъ видовъ соціальной нормы: нравственности и права. Нравственность устанавливаетъ лишь одностороннюю обязанность дѣйствующаго лица. Право сверхъ установленія обязанности дѣйствующаго лица воздастъ еще другому, приписываетъ ему какъ должное то, чего требуетъ отъ перваго лица какъ исполненія обязанности.

Сущность нормъ нравственности заключается въ одномъ велѣніи (*imperare*); нормы нравственности — это исключительно повелительныя, или императивныя нормы. Сущность юридическихъ нормъ не исчерпывается велѣніемъ; къ велѣнію присоединяется еще воздаяніе (*attribuere*). Право представляетъ собою совокупность нормъ императивно-аттрибутивныхъ. Еще древне-римское изреченіе гласило, что право предписываетъ намъ: жить честно, никому не причинять ущерба и воздавать каждому свое (*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique*

tribuere, — слова Ульпіана). Въ послѣднемъ предписаніи права выражена его функція воздаянія и подчеркнутъ императивно-атрибутивный характеръ юридической нормы.

Выясненіе двусторонняго, императивно-атрибутивнаго, характера нормативнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю составляетъ, какъ мы уже отмѣтили, крупную научную заслугу Л. І. Петражицкаго. Добыто это цѣнное положеніе путемъ психологическаго анализа тѣхъ переживаній, которое испытываетъ наше сознаніе при опредѣленіи нашей воли къ дѣйствию согласно требованіямъ юридической нормы. Примѣненіе психологическаго анализа было въ данномъ случаѣ не только вполне умѣстнымъ, но и единственно возможнымъ приѣмомъ изслѣдованія. Воздѣйствіе юридической нормы на волю представляетъ собою психическое переживаніе, слѣдовательно, подлежитъ изученію въ области психологическаго наблюденія. Анализу подвергнуты были психическія переживанія индивида, такъ какъ индивидъ является исполнителемъ велѣній юридической нормы. Такимъ образомъ психологическій анализъ индивидуальнаго этического сознанія оказался пригоднымъ и плодотворнымъ для выясненія своеобразнаго характера нормативнаго воздѣйствія права на волю индивида. Вопросъ объ этомъ воздѣйствіи не исчерпываетъ однако всѣхъ сторонъ изученія права. Право воздѣйствуетъ на индивидуальную волю, отражается въ индивидуальномъ сознаніи, но не порождается имъ. Въ качествѣ социальной нормы право порождается общественной средой, опредѣляетъ жизнь людей въ обществѣ и имѣетъ цѣлью поддержаніе и развитіе общественной жизни. Отсюда слѣдуетъ, что анализъ индивидуальнаго правосознанія не можетъ быть достаточнымъ приѣмомъ изслѣдованія для всесторонняго изученія права. Иначе думаетъ однако Л. І. Петражицкій: онъ полагаетъ, что психологическій анализъ индивидуальнаго правосознанія является единственно возможнымъ приѣмомъ изслѣдованія въ общей теоріи права, такъ какъ право, по его мнѣнію, есть явленіе исключительно психологическое. Съ такой постановкой вопроса объ изученіи права нельзя согласиться. Пригодность и плодотворность приѣма изслѣдованія для изученія одной стороны вопроса отнюдь не доказываетъ пригодности его для всесторонняго изученія того же явленія. Монизмъ точки зрѣнія и приѣмовъ изслѣдованія ведетъ къ односторонности въ общемъ пониманіи изслѣдуемаго явленія. Такого рода односторонности не избѣгло и ученіе Л. І. Петражицкаго.

Л. I. Петражицкій считаетъ право исключительно психологическимъ явленіемъ. Кругъ психологическихъ явленій онъ ограничиваетъ исключительно психическими переживаніями обособленнаго индивида. Поэтому право онъ признаетъ не психологическимъ явленіемъ вообще, подъ которое могли бы быть подведены и продукты коллективнаго психическаго творчества, но исключительно явленіемъ индивидуальной психики. Такая односторонняя точка зрѣнія приводитъ ученіе Л. I. Петражицкаго къ отрицанію объективной реальности права и къ игнорированію соціального элемента въ правѣ. Наличие такихъ выводовъ, явно непріемлемыхъ для научнаго правовѣдѣнія, свидѣтельствуетъ о необходимости критическаго пересмотра предпосылокъ, изъ которыхъ они получены. Займемся такимъ пересмотромъ- (пользуясь цѣннымъ этюдомъ Б. А. Кистяковского о реальности объективнаго права) и постараемся восполнить ученіе объ императивно-атрибутивномъ характерѣ юридической нормы въ тѣхъ частяхъ, гдѣ оно впадаетъ въ односторонность.

Реальнымъ является для Л. I. Петражицкаго только индивидуальное правосознаніе, т. е. субъективное переживаніе индивидомъ сознанія двусторонней, императивно-атрибутивной, связанности воли. Все остальное въ жизни права реально не существуетъ и является лишь проекціей вовнѣ нашихъ субъективныхъ психическихъ переживаній, оказывается нашимъ фантазмомъ, какъ выражается Л. I. Петражицкій. Проекціей и фантазмомъ оказываются не только юридическія нормы, но и другое лицо, въ отношеніи котораго мы чувствуемъ себя обязанными и за которымъ признаемъ притязаніе на исполненіе нашей обязанности. Право существуетъ только какъ наше субъективное психическое переживаніе; внѣ насъ, объективно право не существуетъ. Съ этимъ выводомъ нѣтъ возможности согласиться. Юридическія нормы существуютъ объективно независимо отъ субъективнаго переживанія. Показателемъ объективной реальности юридическихъ нормъ являются поступки людей, въ которыхъ осуществляются велѣнія нормы, и координація этихъ поступковъ, на которой зиждется человѣческое общество. Не проекціей, не фантазмомъ, а объективной реальностью является то лицо, за которымъ обязанный юридическою нормою признаетъ притязаніе на исполненіе своей обязанности. И самое притязаніе не только сознается обязаннымъ и адресатомъ его обязанности, но и проявляется реально въ дѣйствіяхъ. Отрицаніе объективной реальности права представляетъ

собою лишь новое примѣнительно къ юриспруденціи проявленіе стараго и давно извѣстнаго психологическаго субъективизма, отвергаемаго философіей въ силу его бесплодности для теоріи познанія. Точку зрѣнія психологическаго субъективизма можно примѣнять съ одинаковымъ успѣхомъ ко всѣмъ областямъ нашей духовной дѣятельности и даже къ внѣшнему міру. Можно сказать, что реально не существуетъ ни права, ни нравственности, ни науки, ни искусства, ни религіи, ни внѣшняго міра, и смотрѣть на всѣ эти объекты какъ на проекціи и фантазмы нашихъ субъективныхъ переживаній. Но тогда придется спросить, откуда берутся всѣ наши субъективныя переживанія. Иного отвѣта тутъ не можетъ быть кромѣ того, что наши субъективныя психическія переживанія вызываются явленіями, существующими внѣ насъ, имѣющими объективную реальность.

Отрицаніе объективной реальности права послѣдовательно влечетъ за собою игнорированіе соціальнаго элемента въ правѣ. Если реально только субъективное правосознаніе, то для личности правового явленія оказывается достаточнымъ переживаніе двусторонней, императивно-атрибутивной, связанности воли индивидомъ одинокимъ и изолированнымъ. Другой индивидъ, за которымъ нашъ индивидъ признаетъ притязаніе на исполненіе своей обязанности, есть лишь проекція его психическаго переживанія, фантазмъ. Онъ, слѣдовательно, можетъ быть на лицо, можетъ и не быть; все равно, правовое явленіе уже имѣется. Такой выводъ является абсолютно непріемлемымъ. Двусторонняя связанность воли обязаннаго потому только и возможна, что объективно существуютъ двѣ стороны извѣстнаго отношенія. Внѣ общенія съ другими людьми у человѣка не могло бы сложиться сознаніе двусторонней связанности воли. Правосознаніе и право возможны только въ соціальной средѣ. Переставивъ части извѣстнаго римскаго изреченія, мы можемъ сказать: *ibi ius, ubi societas*, — право существуетъ только тамъ, гдѣ есть общество. Опредѣленіе двусторонняго характера нормативнаго дѣйствія права извлечено изъ психическаго переживанія не изолированнаго индивида, но индивида, участвующаго въ общежитіи. Адресатъ обязанности — это не проекція психическаго переживанія правообязаннаго, а реальное явленіе соціальной среды, составляющей необходимую фактическую предпосылку индивидуальнаго правосознанія.

Право не только переживается въ сознаніи индивида, но и объективно дѣйствуетъ въ соціальной средѣ. Объективное дѣй-

ствіе права отражается одновременно въ психикѣ обоихъ участниковъ отношенія, регулируемаго юридической нормой. На одной сторонѣ переживается сознание своей обязанности и чужого притязанія, на другой — сознание своего притязанія и чужой обязанности. Исполненіе велѣнія юридической нормы наступаетъ только при полномъ соотвѣтствіи указанныхъ психическихъ переживаній на обѣихъ сторонахъ и при установленіи единства нормативнаго критерія. Такъ какъ въ положеніи такихъ взаимно связанныхъ субъектовъ юридическаго отношенія можетъ очутиться любая пара участниковъ общезитія, то значить, соотвѣтствіе психическихъ переживаній должно существовать во всемъ обществѣ. Отсюда слѣдуетъ, что правовыя явленія содержатъ въ себѣ не только индивидуально-психологическій, но коллективно-психологическій элементъ. Если для выясненія своеобразнаго нормативнаго воздѣйствія права на волю индивида достаточно индивидуальной психологіи, то для объясненія объективнаго дѣйствія права необходимо обращаться къ соціальной психологіи.

Психологическій моментъ, понимаемый какъ индивидуалистически, такъ и коллективистически, еще не исчерпываетъ всего состава права. Психологическое изученіе можетъ дать отвѣтъ только на вопросъ о томъ, какъ право дѣйствуетъ. Остаются еще существенно важные вопросы о цѣли юридической регламентаціи и объ опредѣляемомъ цѣлью содержаніи правовыхъ нормъ. Для рѣшенія этихъ вопросовъ требуется изученіе права въ связи со всей совокупностью общественной жизни, т. е. изученіе соціологическое.

Психологическое и соціологическое изученіе права не исключаютъ другъ друга, но, напротивъ того, взаимно восполняютъ. Добытое путемъ психологическаго анализа выясненіе своеобразнаго нормативнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю получить для насъ полный и болѣе глубокой смыслъ, если мы установимъ связь его съ фактами общественной жизни. Въ самомъ дѣлѣ, если оставаться въ предѣлахъ психологіи, то придется лишь констатировать, что императивно-атрибутивный характеръ права является отраженіемъ присущей нашей психикѣ какой то особенной способности къ переживанію двусторонней связанности нашей воли. Какой смыслъ имѣетъ эта способность и каково значеніе ея въ жизни людей, все это не понятно и не поддается психологическому объясненію. Стоитъ однако обратиться къ объективнымъ условіямъ общественной жизни, и требуемое объясненіе получится весьма легко.

Какъ бы ни опредѣлять общественную жизнь, нельзя не признать, что существеннымъ признакомъ ея является сотрудничество, понимаемое въ самомъ широкомъ смыслѣ, и выражающееся въ солидарности дѣйствій индивидовъ и взаимномъ обмѣнѣ услугъ между ними. Оказываніе этихъ услугъ можетъ быть предоставлено доброй волѣ каждаго изъ участниковъ общенія, или же можетъ быть требуемо въ качествѣ должнаго воздаянія однихъ другимъ. Этимъ двумя возможнымъ путямъ установленія солидарности дѣйствій соотвѣтствуютъ два извѣстныхъ намъ вида социальныхъ нормъ, — императивныхъ и императивно-атрибутивныхъ. Такимъ образомъ два вида связанности воли вызываются въ нашей психикѣ двумя возможными формами общественной дѣятельности личности.

Въ приведенномъ выше психологическомъ выясненіи своеобразнаго воздѣйствія права на индивидуальную волю все вниманіе было сосредоточено на психическомъ переживаніи лица обязаннаго. Въ виду двусторонняго характера юридической нормы, устанавливающей не только обязанности, но и притязанія, необходимо обратить вниманіе и на психическое переживаніе лица, надѣляемаго притязаніемъ.

Притязаніе составляетъ исключительную принадлежность права; его нѣтъ въ нравственности; для права же оно настолько характерно, что по справедливости выдвигается въ ученіи о правѣ на первый планъ и въ большинствѣ существующихъ языковъ обозначается тѣмъ же словомъ, что и норма его устанавливающая. Притязаніе лица на исполненіе другимъ обязанности мы называемъ также правомъ этого лица на извѣстное дѣйствіе со стороны обязаннаго.

Спрашивается, какое значеніе имѣетъ притязаніе, или право лица съ точки зрѣнія социальной нормировки дѣятельности индивидовъ. Значеніе это двоякое: съ одной стороны, установленіе притязаній или правъ даетъ лицу дозволеніе на предъявленіе извѣстныхъ требованій къ другимъ лицамъ, какъ бы расширяетъ предѣлы его волеизъявленія; съ другой стороны, оно же связываетъ волю, такъ какъ ставитъ требованіе въ извѣстные предѣлы и такимъ образомъ устраняетъ всѣ тѣ притязанія къ другимъ, которыя могла бы предъявить воля, слѣдуя эгоистическимъ инстинктамъ, и не будучи дисциплинированной.

§ 7. Внѣшній авторитетъ въ правѣ.

Л. И. Петражицкій, Теорія права, т. I, § 10; т. II, §§ 35—36; Н. И. Палиенко, Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, 1908 г., § 23; A. Nicol-Spreyer, Systematische Theorie des heutigen Rechts, 1. Abteilung. Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911, S. 75—123; Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, 1908, V Abschnitt, VI Kapitel.

Основаніемъ обязательности этической нормы можетъ быть или собственное сознаніе дѣйствующаго согласно ея предписанію, или внѣшнее установленіе. Въ первомъ случаѣ норма поведения выступаетъ какъ велѣніе собственной воли лица, какъ законъ, имъ же самимъ для себя установленный; во второмъ случаѣ норма поведения выступаетъ какъ чужое велѣніе, какъ законъ, установленный для насъ другимъ лицомъ, за которымъ мы признаемъ соотвѣственный внѣшній авторитетъ. Норму первого рода называютъ автономной (своезаконной), норму второго рода — гетерономной (инозаконной). Для установленія понятія права необходимо выяснитъ, каковъ его характеръ относительно основанія обязательности, — является ли право нормой автономной, или гетерономной.

Право, какъ мы уже знаемъ, устанавливаетъ не только обязанности, но и притязанія, и этимъ путемъ упорядочиваетъ дѣятельность индивидовъ во имя общей цѣли. Для того, чтобы право имѣло возможность исполнять эту свою социальную функцію, необходимо, чтобы его предписанія признавались одинаково обязательными какъ лицомъ обязаннымъ, такъ и лицомъ управомоченнымъ. Для исполненія предписанія права необходимо полное тождество въ сознаніи обязанности и притязанія. Обязанный долженъ сознавать себя обязаннымъ именно къ тому, на что притязаетъ управомоченный, и управомоченный долженъ сознавать притязаніе именно на то, къ чему сознаетъ себя обязаннымъ обязанный. Такое совпаденіе возможно только при единствѣ нормы, связывающей волю какъ обязаннаго, такъ и управомоченнаго. Такъ какъ въ положеніи двусторонней правовой связанности можетъ очутиться любая пара участниковъ даннаго общественнаго союза, то отсюда слѣдуетъ, что обязательное единство правовой нормы должно охватывать всѣхъ членовъ даннаго общественнаго союза. Такое единство можетъ быть достигнуто двоякимъ путемъ: либо путемъ внутренняго уравненія автономнаго правосознанія всѣхъ

участниковъ общежитія, либо путемъ внѣшняго установленія юридической нормы. Первый путь предполагаетъ одинаковый уровень интеллектуальнаго и моральнаго развитія всѣхъ участниковъ общежитія. Такого одинаковаго уровня на самомъ дѣлѣ нѣтъ въ обществѣ. Слѣдовательно по этому пути не можетъ итти право, предназначенное для удовлетворенія потребностей практической жизни. Говоря иначе, право не можетъ быть нормой автономной, оно неизбѣжно выступаетъ въ качествѣ нормы гетерономной. Водвореніе автономнаго соціальнаго поведенія и, слѣдовательно, достиженіе обществомъ состоянія гармоніи взаимныхъ обязанностей и притязаній является лишь конечной цѣлью правового развитія. Пока этого нѣтъ, право неизбѣжно является нормой гетерономной. Но и при достиженіи указанной конечной цѣли право не переродится въ автономную норму, такъ какъ при водвореніи автономнаго соціальнаго поведенія индивидовъ, право перестанетъ существовать, какъ нѣчто совершенно излишнее. По справедливому замѣчанію Л. І. Петражицкаго (Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. II, с. 48), задача права состоитъ въ томъ чтобы сдѣлать себя лишнимъ и быть упраздненнымъ. Пока право существуетъ, оно существуетъ какъ норма гетерономная, — основывается на внѣшнемъ установленіи, исходитъ отъ внѣшняго авторитета.

Значеніе внѣшняго установленія въ правѣ издавна сознается догматической юриспруденціей съ ея своеобразной точки зрѣнія. Догматическая юриспруденція смотритъ на право со стороны его судебного примѣненія. Съ этой точки зрѣнія получаютъ преимущественное значеніе тѣ юридическія нормы, которые устанавливаются государственной властью, т. е. законы, потому что судъ, какъ учрежденіе государственное, руководится при рѣшеніи споровъ о правѣ прежде всего закономъ. Отсюда легко выводится заключеніе, что основаніемъ обязательности юридической нормы является установленіе ея государственной властью. Судебная практика свидѣтельствуетъ однако о томъ, что кромѣ нормъ, установленныхъ государственной властью, есть еще и инныя нормы права. Суду приходится основывать свои рѣшенія и на такихъ юридическихъ нормахъ, которыя не установлены государственной властью, но созданы самой жизнью общества помимо властнаго велѣнія государства. Таковы юридическіе обычаи, или обычное право. Въ теченіе столѣтій обычное право регулировало обширнѣйшія области отношеній, такъ какъ государственная власть

была поглощена внѣшнимъ укрѣпленіемъ государства и не имѣла возможности взять въ свои руки регламентацію внутренней его жизни, вслѣдствіе чего законодательство ограничивалось юридической регламентаціей только нѣкоторыхъ отношеній, наиболѣе важныхъ для государственной власти. Съ ростомъ государственной жизни власть расширила предѣлы своей дѣятельности, и въ новѣйшее время законодательство стремится охватить всѣ по возможности жизненные отношенія, оставляя для обычая только нѣкоторыя изъ нихъ, указываемыя къ тому же въ законахъ, опредѣляющихъ дѣятельность суда. Примѣнительно къ этимъ двумъ главнымъ періодамъ въ жизни обычнаго права объясняла обязательность его догматическая юриспруденція. Въ первомъ періодѣ законъ не давалъ никакихъ указаній по этому вопросу, но юристы-догматики, тяготѣвшіе къ закону, все же въ своемъ объясненіи отправлялись отъ закона. Законъ молчитъ объ обычаяхъ; отсюда дѣлали выводъ, что законъ не запрещаетъ его примѣненія, а такъ какъ примѣнять обычай приходилось въ силу неизбежности, то отсутствіе запрета истолковывали въ смыслѣ молчаливаго признанія. Во второмъ періодѣ законъ даетъ уже явно выраженное признаніе обычая въ извѣстныхъ предѣлахъ. Такимъ образомъ догматическая юриспруденція объясняетъ дѣйствіе обычая признаніемъ со стороны государственной власти. Принимая это положеніе, она дополняетъ свой первоначальный выводъ, сдѣланный примѣнительно къ одному лишь закону, и на вопросъ объ основаніи обязательности права даетъ окончательный свой отвѣтъ въ слѣдующемъ видѣ: основаніемъ обязательности права является установленіе или признаніе его государственной властью.

Приведенный отвѣтъ догматической юриспруденціи имѣетъ значеніе для общаго ученія о правѣ постольку, поскольку въ немъ сказывается общая мысль о гетерономности юридической нормы. Но введеніе момента внѣшняго установленія въ правѣ къ установленію или признанію нормы государственной властью представляетъ собою односторонность догматической точки зрѣнія. Односторонность эта вытекаетъ изъ исключительнаго почти служенія догматической юриспруденціи дѣлу суда. Между тѣмъ дѣйствіе права не ограничивается областью судебного его примѣненія и выходитъ за его предѣлы. Внѣ суда дѣйствіе обычнаго права основывается не на признаніи его государственной властью, а на внѣшнемъ авторитетѣ однообразнаго массоваго поведенія людей. Да и самое признаніе государственной властью предпо-

лагаеть наличность юридическаго обычая и, слѣдовательно, наличность особаго основанія его обязательности, какъ нормы поведенія.

Сейчасъ мы не будемъ останавливаться на различныхъ видахъ внѣшняго установленія права, такъ какъ въ дальнѣйшемъ этому вопросу будетъ отведена особая (IV-ая) глава общаго ученія о правѣ. Въ данномъ мѣстѣ мы ограничиваемся приведеннымъ выше обоснованіемъ общей мысли о томъ, что право есть норма гетерономная, основывающаяся на внѣшнемъ установленіи и исходящая отъ внѣшняго авторитета.

Гетерономный характеръ права неизбежно вытекаетъ изъ атрибутивной функціи права въ обществѣ. Слѣдуетъ замѣтить, что Л. І. Петражицкій, указавшій на двустороннюю императивно-атрибутивную природу юридической нормы, не считаетъ однако внѣшняго установленія необходимымъ признакомъ права. Правда, онъ признаеть, что для торжества атрибутивной функціи права въ высшей степени важно, чтобы представленіе объ юридической нормѣ было у всѣхъ одинаково, и на этомъ основаніи выдвигаетъ внѣшнее установленіе въ качествѣ вторичнаго признака права, не имѣющаго однако безусловнаго значенія. Право можетъ существовать, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, и помимо внѣшняго установленія, — въ одномъ лишь сознаніи лица, переживающаго двустороннюю связанность воли. Такое право Л. І. Петражицкій называетъ интуитивнымъ и противопоставляетъ его праву, исходящему отъ внѣшняго авторитета, или положительному праву. Интуитивное право неудержимо стремится превратиться въ право, признаваемое всѣми, т. е. положительное, но все же оно можетъ существовать и самостоятельно помимо внѣшняго установленія. Такимъ образомъ изъ ученія Л. І. Петражицкаго какъ бы слѣдуетъ, что право, стремясь неудержимо стать гетерономной нормой, можетъ быть однако и автономнымъ. Съ такимъ выводомъ нельзя согласиться по слѣдующимъ причинамъ.

Допущеніе возможности автономнаго существованія юридической нормы является слѣдствіемъ нѣкоторой односторонности психологической теоріи, которую мы отмѣтили въ предыдущемъ параграфѣ. Эта односторонность заключается въ преобладаніи индивидуалистическаго пониманія права и въ недостаточномъ учитываніи его соціальной природы. Переживаніе индивидуальнаго правосознанія представляетъ собою условіе и слѣдствіе существованія права, какъ соціальной нормы, но не тождественно съ послѣднимъ. Пока право существуетъ только въ индиви-

дуальномъ сознаниі, нѣтъ еще права, какъ соціальной нормы. Имѣется лишь его возможность, проектъ права, но не право. Чтобы стать соціальной нормой, право должно опереться на вѣдншій авторитетъ и сочетаться съ вѣдншимъ установленіемъ. Въ послѣднемъ заключается не только неудержимое стремленіе права, но существенный признакъ его, какъ нормы соціальной. Интуитивное право есть лишь субъективное представленіе о правѣ, какъ соціальной нормѣ. Въ составъ этого представленія входитъ и моментъ его вѣдшняго установленія. И интуитивное право мыслится не какъ автономная норма для мыслящаго субъекта, но какъ норма гетерономная для него самого и для всѣхъ другихъ участниковъ общежитія.

Установивъ неизбѣжность вѣдшняго установленія въ правѣ, мы должны послѣдовательно поставить вопросъ о томъ, является ли гетерономный характеръ юридическихъ нормъ специфическимъ признакомъ права, отличающимъ его отъ нравственности, или же это признакъ общій и праву, и нравственности. Въ наукѣ высказываются мнѣнія, разрѣшающія указанный вопросъ и въ томъ, и въ другомъ смыслѣ. Необходимо разобраться въ нихъ.

Этические ученія рационалистическаго характера настаиваютъ на томъ, что нравственному закону въ идеѣ присущъ исключительно автономный характеръ. Неизбѣжность автономнаго характера нравственности выводится при этомъ изъ своеобразнаго воздѣйствія нравственнаго закона на волю индивида. Нравственный законъ опредѣляетъ не только дѣйствіе, но и мотивъ нашего дѣйствія. Для того, чтобы поступки людей имѣли нравственный характеръ, необходимо, чтобы единственнымъ побужденіемъ къ ихъ совершенію являлось стремленіе къ соблюденію нравственнаго закона. Требуемое единство дѣйствія и побужденія къ нему можетъ осуществиться полностью только въ томъ случаѣ, если основаніе обязательности нормы не связывается ни съ какимъ вѣдншимъ авторитетомъ, а полагается исключительно въ самомъ ея содержаніи и въ добровольномъ подчиненіи индивида ея велѣнію. Слѣдовательно, нравственный законъ долженъ быть автономнымъ. Существующая гетерономная нравственность представляетъ лишь переходную ступень къ водворенію автономной нравственности.

Въ противоположность рационалистамъ позитивисты указываютъ, что нравственность носить въ дѣйствительности гетерономный характеръ. Разсуждаютъ при этомъ слѣдующимъ образомъ. Нравственныя нормы представляютъ собою велѣніе. Велѣніе

не может исходить от отвлеченной идеи долга и закона. Как всякое отвлечение, идея закона и долга является лишь обобщением реальных эмпирических фактов. Реально веление исходит от одних лиц и обращается к другим. Таково и происхождение нравственности. Нормы ее должны иметь внешнее установление, каковым является авторитет известных лиц, которые словом или примером создают известный нравственный порядок поведения, из которого затем лица, признающие этот авторитет, делают обязательные для себя выводы.

Оба приведенных мнения страдают односторонностью. Признание нравственного закона исключительно автономным противоречит фактам действительности. Важнейший по своему значению вид нравственности, нравственность религиозная носит явно гетерономный характер. Таким образом нет никакой возможности отрицать гетерономные нормы в области нравственности. Но признавая этот факт, неправильно было бы возводить его на степень общего признака нравственности. Односторонние обязанности и их исполнение несомненно могут быть следствием исключительно индивидуального сознания закона и долга, и такая автономная нравственность может быть нормой поведения данного лица в обществе. Когда обязанность не сопровождается притязанием, нет взаимной связанности двух лиц, и может не быть поэтому внешнего установления нормы. Автономная мораль столь же способна к осуществлению социальной функции, как и гетерономная.

Подводя итог всему сказанному, мы получим следующую вывод: внешнее установление имеет безусловное значение в праве и только относительное в нравственности; право всегда гетерономно, нравственность может быть и бывает как гетерономная, так и автономная.

Необходимость внешнего установления в праве вытекает из общественной функции юридических норм. Право призвано не только водворять полное соответствие между обязанностями и притязаниями, на совпадении которых основывается характеризующее общественную жизнь сотрудничество индивидов, но и устранять возможные по этому поводу споры. Устранить спор может лишь решение не заинтересованного третьего лица, — судьи. В состав правосознания входит не только сознание обязанности и притязания, но и сознание необходимости в случае спора подчиниться решению третьего лица, — судьи. В этом

послѣднемъ сознаниі выражается моментъ внѣшняго установленія въ нравѣ на случай спора между обязаннымъ и управомоченнымъ. Для того, чтобы рѣшеніе судьи могло быть дѣйствительно обязательнымъ и авторитетнымъ для спорящихъ сторонъ, необходимо, чтобы существовала единая норма оцѣнки, равно раздѣляемая какъ обязаннымъ и управомоченнымъ, такъ и судьей. Подобное совпаденіе сознания трехъ индивидовъ не можетъ быть достигнуто иначе, какъ только путемъ внѣшняго установленія юридической нормы.

§ 8. Принудительное осуществленіе права.

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 12; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. I, глава VI; Н. А. Гредескулъ, Къ ученію объ осуществленіи права, 1900 г.; Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht, 3-е изд., 1893 г. („Цѣль въ правѣ“, русск. перев. 1-го нѣм. изданія, 1881 г.); Henri Rolin, Prolegomènes à la science du droit, Esquisse d'une sociologie juridique, 1911; Fr. Klein, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, 1912; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, IV: Gesellschaftlicher und staatlicher Normenzwang.

Двусторонній, императивно-аттрибутивный, характеръ юридической нормы налагаетъ особый отпечатокъ на осуществленіе ея велѣній. Въ процессѣ этого осуществленія также различаются двѣ стороны: съ одной стороны, исполненіе обязанности, съ другой, воздаяніе лицу, надѣляемому притязаніемъ. При такомъ положеніи дѣла неисполненіе юридической обязанности представляетъ собою не только уклоненіе обязаннаго отъ соблюденія долга, но и нанесеніе ущерба управомоченному, который не получаетъ того, что ему слѣдуетъ и причитается. Въ виду этого право не предоставляетъ исполненія своихъ велѣній исключительно доброй волѣ обязаннаго, но, охраняя управомоченнаго отъ обиды и ущерба, принимаетъ спеціальныя мѣры къ тому, чтобы обезпечить исполненіе юридической обязанности какъ помимо воли обязаннаго лица, такъ и путемъ особаго побужденія этой воли къ исполненію лежащей на ней обязанности. Сюда относятся: съ одной стороны, исполнительное производство по приговору суда, съ другой стороны, — наказаніе.

Въ случаѣ неполученія слѣдуемаго воздаянія управомоченное лицо обращается въ судъ, который не только подтверждаетъ правильность его притязанія, но и предписываетъ особымъ исполни-

тельными органамъ удовлетворить притязаніе за счетъ непокорнаго праву обязаннаго лица помимо и даже противъ воли послѣдняго. Такъ, нпр., если должникъ добровольно не уплачиваетъ долга кредитору, то по приговору суда судебный приставъ описываетъ имущество должника, продаетъ его съ публичнаго торга и изъ вырученной суммы удовлетворяетъ законное притязаніе кредитора. Въ приведенномъ, какъ и въ другихъ подобныхъ ему случаяхъ, велѣніе права осуществляется помимо и даже противъ воли обязаннаго лица, т. е. принудительно.

Наряду съ этимъ неисполненіе опредѣленной категоріи юридическихъ обязанностей влечетъ за собою наказаніе лица, непокорнаго велѣніямъ права. Наказаніе заключается въ принудительномъ причиненіи виновному лицу извѣстнаго стѣсненія и зла. Будучи мѣрою принудительнаго воздѣйствія на личность правонарушителя, наказаніе, само собою разумѣется, отнюдь не является принудительнымъ осуществленіемъ той обязанности, которая не было исполнена правонарушителемъ. Наказаніе не есть восполненіе неисполненной обязанности, но совершенно особое послѣдствіе правонарушения. Такъ какъ наступленіе этого послѣдствія устанавливается въ видѣ общаго правила, то оно заранее извѣстно лицу обязанному и дѣйствуетъ на его волю какъ угроза опредѣленнымъ зломъ. Исполненіе обязанностей, нарушеніе которыхъ обложено наказаніемъ, совершается такимъ образомъ не только изъ сознанія долга, но и подъ дѣйствіемъ угрозы наказаніемъ, т. е. подъ дѣйствіемъ извѣстнаго принужденія воли. Это принужденіе по своему характеру отличается отъ исполнительнаго производства по судебному приговору. При исполнительномъ производствѣ имѣется принудительное физическое воздѣйствіе на имущество лица и на самое лицо въ случаѣ его физическаго сопротивленія. Угроза наказаніемъ воздѣйствуетъ на волю лица и предолѣваетъ внутреннее сопротивленіе этой воли. Угроза наказаніемъ относится такимъ образомъ къ области не физическаго, а психическаго принужденія.

Моментъ психическаго принужденія соединяется и съ исполнительнымъ производствомъ. Исполнительное производство установлено, какъ и наказаніе, заранее въ видѣ общаго правила. Лицо обязанное можетъ его предвидѣть и будетъ желать его избѣгнуть, такъ какъ исполнительное производство связано съ извѣстной имущественной потерей въ видѣ необходимости уплаты его издержекъ. Такимъ образомъ въ установленіи исполнитель-

наго производства имѣется извѣстная угроза правонарушителю — извѣстными невыгодными для него послѣдствіями. Дѣйствіе этой угрозы и будетъ психическимъ принужденіемъ воли обязаннаго лица. Замѣтимъ, что присоединеніе къ нормѣ угрозы невыгодными послѣдствіями для ея нарушителя извѣстно подъ именемъ санкціи этой нормы.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что принудительное осуществленіе права проявляется въ двухъ формахъ: 1) въ видѣ физическаго исполненія обязанности и удовлетворенія притязанія помимо воли обязаннаго въ т. н. исполнительномъ производствѣ, 2) въ видѣ психическаго принужденія воли обязаннаго, благодаря наличности санкціи юридическихъ нормъ.

Оба указаныхъ вида принужденія въ правѣ издавна учитываются догматическою юриспруденціей, которая, какъ намъ извѣстно, служитъ интересамъ суда и потому придаетъ особенное значеніе устанавливаемымъ по суду послѣдствіямъ неисполненія велѣній права. Съ точки зрѣнія догматической юриспруденціи право представляется нормой всегда и неизмѣнно принудительной.

Этому выросшему въ предѣлахъ догматической юриспруденціи воззрѣнію на право, какъ на норму принудительную, придано было затѣмъ болѣе широкое соціологическое объясненіе и обоснованіе въ ученіи извѣстнаго юриста второй половины XIX столѣтія — Рудольфа фонъ Геринга.

Въ то время какъ юристы-догматики только констатировали фактъ осуществленія права посредствомъ принужденія, Герингъ далъ этому факту извѣстную оцѣнку съ точки зрѣнія значенія его для общественной жизни. Въ принудительномъ дѣйствіи права Герингъ усмотрѣлъ особый видъ приспособленія индивидуальнаго эгоизма, этого основнаго двигателя человѣческой жизни, къ достиженію общественныхъ цѣлей. Человѣкъ, учить Герингъ, по природѣ настроенъ эгоистически. Эгоизмъ является вполне достаточнымъ двигателемъ для дѣятельности, направленной на достиженіе личныхъ, индивидуальныхъ цѣлей. Для общественной дѣятельности индивидуальный эгоизмъ оказывается недостаточнымъ и требуетъ особаго приспособленія. Эгоистически настроенный отъ природы индивидъ побуждается къ общественной дѣятельности соображеніемъ тѣхъ выгодъ, которыя онъ извлекаетъ изъ общежитія въ видѣ обмѣна услугъ и сотрудничества, облегчающихъ ему собственную жизнь и удовлетвореніе личныхъ потребностей. Связь между услугами, оказываемыми индивидомъ обществу, и выгодами,

извлекаемыми индивидомъ изъ общежитія, существуетъ несомнѣнно и неизмѣнно. Однако связь эта не столь непосредственна, чтобы быть всегда очевидной въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ для близорукаго эгоизма. Одни люди не постигаютъ этой связи вслѣдствіе недостаточнаго разумія. Другіе не въ состояніи обуздывать своего эгоизма въ ожиданіи полученія личныхъ выгодъ отъ общежитія, такъ какъ выгоды эти наступаютъ не непосредственно за услугой, но находятся съ нею въ болѣе или менѣе отдаленной послѣдовательности. Вслѣдствіе этого общественная дѣятельность наталкивается на препятствія со стороны неразумной и слабой воли индивидовъ. Эти препятствія необходимо преодолѣть. Средствомъ такого преодолѣнія и является право, какъ принудительная норма социальнаго поведенія индивидовъ.

Выдвигаемые догматической юриспруденціей факты принудительнаго осуществленія права вполнѣ достовѣрны и не могутъ подлежать ни отрицанію, ни сомнѣнію. Данное имъ въ ученіи Іеринга социологическое объясненіе также заслуживаетъ вниманія и признанія. Но когда изъ сочетанія этихъ фактовъ дѣлается выводъ, какъ это мы находимъ и у самого Іеринга, что юридическія нормы всегда и неизмѣнно подлежатъ принудительному осуществленію, то съ такимъ прямолинейнымъ выводомъ нельзя согласиться, такъ какъ онъ даетъ обобщенія скороспѣлое и недостаточно глубоко продуманное. Ни принудительное исполненіе по судебному приговору, ни принудительное воздѣйствіе санкціи на волю обязаннаго не составляютъ общаго признака, безусловно присущаго юридическимъ нормамъ.

Не всѣ юридическія нормы обеспечены въ осуществленіи ихъ вѣлній принудительнымъ исполненіемъ по приговору суда. Этимъ обеспеченіемъ снабжены главнымъ образомъ нормы частнаго права. Въ цѣломъ рядъ отдѣловъ публичнаго права такого обеспеченія нѣтъ. Обязанности, возлагаемыя на монарха, на народное представительство, на должностныхъ лицъ, на отдѣльныя государства въ международныхъ отношеніяхъ, не допускаютъ принудительнаго исполненія по судебному приговору. Да и въ частномъ правѣ подлежатъ принудительному осуществленію въ прямомъ смыслѣ этого слова только такія нормы, которыя устанавливаютъ обязанность, заключающуюся въ уплатѣ опредѣленной денежной суммы. Уплата денежнаго долга можетъ быть сдѣлана изъ имущества должника принудительно. Если же юридическая обязанность заключается въ совершеніи обязаннымъ лицомъ извѣстныхъ

дѣйствій, нпр., въ изготовленіи указанной вещи или въ личномъ услуженіи по договору найма, то такая обязанность не можетъ быть осуществлена помимо воли обязаннаго. Въ случаѣ неисполненія такой обязанности принудительное исполненіе по судебному приговору можетъ состоять лишь въ предоставленіи управомоченному изъ имущества обязаннаго извѣстной денежной суммы въ качествѣ вознагражденія за вредъ и убытки, понесенные управомоченнымъ вслѣдствіе неудовлетворенія его первоначальнаго притязанія. Если у обязаннаго лица нѣтъ соответственнаго имущества, то вопросъ такъ и остается открытымъ.

Психическое воздѣйствіе санкціи на волю обязаннаго лица точно также не подлежитъ распространенію на всѣ области права. Цѣлый рядъ нормъ государственнаго и международнаго права совершенно лишены санкціи. Юридическія нормы, устанавливающія обязанности монарха, народнаго представительства, отдѣльныхъ государствъ въ международныхъ отношеніяхъ совершенно лишены какой бы то ни было санкціи. Сторонники мнѣнія о безусловномъ значеніи принужденія въ правѣ не признаютъ такихъ нормъ юридическими. Такой образъ дѣйствій нельзя признать пріемлемымъ. Если какіе либо факты не укладываются въ рамки теоріи, то неправильно отнестъ факты въ угоду теоріи; слѣдуетъ поступать наоборотъ, — измѣнить теорію такъ, чтобы она покрывала факты и объясняла ихъ.

Если мы теперь сосредоточимъ наше вниманіе исключительно на тѣхъ юридическихъ нормахъ, которыя допускаютъ принудительное осуществленіе, и тщательно прослѣдимъ порядокъ послѣдняго, то увидимъ, что возможность отдѣльныхъ случаевъ принужденія обусловлена наличностью добровольнаго исполненія права. Возьмемъ простѣйшій случай неуплаты должникомъ долга. Кредиторъ предъявляетъ искъ, судъ присуждаетъ съ должника уплату долга, процентовъ и судебныхъ издержекъ. Кредитору выдается исполнительный листъ, который онъ передаетъ для исполненія особо предназначенному для того органу, — судебному приставу. Судебный приставъ является къ должнику и предлагаетъ ему произвести уплату. Въ случаѣ отказа онъ описываетъ имущество должника, продаетъ его съ публичнаго и изъ вырученной суммы удовлетворяетъ кредитора. Въ этого рода удовлетвореніи кредитора видятъ уже принудительное осуществленіе нормы объ уплатѣ долга должникомъ. Замѣтимъ однако, что все это исполнительное производство судебного пристава оказа-

лось возможнымъ благодаря тому, что должникъ добровольно исполнилъ ту юридическую норму, которая повелѣваетъ подчиняться законнымъ требованіямъ должностныхъ лицъ. Чтобы выяснитъ до конца дѣйствіе принужденія въ правѣ, нельзя удовлетвориться этимъ случаемъ хотя бы запоздалого, но все же добровольнаго повиновенія обязаннаго лицу праву, и необходимо прослѣдить весь возможный порядокъ исполнительнаго производства при условіи упорнаго неповиновенія праву со стороны обязаннаго лица. Предположимъ, что должникъ не подчиняется требованіямъ судебного пристава, не впускаетъ его въ домъ, оказываетъ ему сопротивленіе. Тогда государственная власть приметъ рядъ мѣръ для преодоленія этого сопротивленія: крайней мѣрой будетъ исполненіе судебного приговора при помощи вооруженной военной силы. Непокорнаго должника схватятъ, свяжутъ, имущество его опишутъ, продадутъ, и долгъ будетъ уплаченъ кредитору. Принципъ принудительнаго исполненія проявится во всей полнотѣ. Несомнѣнно, что по отношенію къ должнику будетъ имѣть мѣсто принужденіе въ самой грубой формѣ примѣненія превосходящей физической силы. Принужденіе въ данномъ случаѣ будетъ направлено на устраненіе сопротивленія, препятствовавшаго удовлетворенію кредитора согласно юридической нормѣ. Самое же велѣніе юридической нормы будетъ исполнено за счетъ должника другими лицами, которыя подчинятся предписаніямъ права и сдѣлаютъ то, чего право отъ нихъ въ данномъ случаѣ потребуетъ. Такимъ образомъ анализъ порядка исполнительнаго производства показываетъ, что въ немъ мы имѣемъ дѣло не съ принудительнымъ осуществленіемъ нормы, а съ особымъ видомъ восполненія неповиновенія однихъ лицъ повиновеніемъ другихъ. Только подъ условіемъ повиновенія праву цѣлаго ряда участниковъ общежитія возможно примѣненіе принужденія къ отдѣльнымъ непокорнымъ праву лицамъ.

Аналогичный выводъ получится нами и тогда, если мы вникнемъ въ принудительное дѣйствіе санкціи на волю индивида. Угроза санкціи дѣйствуетъ потому, что у лица, не склоннаго къ добровольному исполненію обязанности, существуетъ увѣренность въ томъ, что имѣются на лицо цѣлые кадры лицъ, которыя повинуются праву и примѣняютъ къ правонарушителю всѣ слѣдующія за нарушеніе нормы невыгодныя послѣдствія. Если бы не было такой увѣренности и вызывающаго ее факта повиновенія праву со стороны большинства участниковъ общежитія, принудительное дѣйствіе санкціи на волю обязаннаго было бы немислимо.

Изъ всего сказаннаго мы можемъ сдѣлать слѣдующій окончательный выводъ: осуществленіе права опирается въ концѣ концовъ на добровольное повиновеніе его велѣніямъ; нормальный способъ осуществленія права это добровольное исполненіе устанавливаемыхъ имъ обязанностей; но въ отдѣльныхъ случаяхъ неповиновенія праву и его нарушенія право допускаетъ и примѣняетъ принужденіе, возможность котораго обуславливается повиновеніемъ праву со стороны болѣе авторитетной и сильной въ общественномъ отношеніи части участниковъ даннаго общественнаго союза. Примѣняемое въ указанныхъ предѣлахъ принужденіе въ правѣ имѣетъ общественно-воспитательное значеніе. Оно дисциплинируетъ волю индивидовъ, благодаря чему постепенно расширяется кругъ лицъ, подчиняющихся велѣніямъ права добровольно. По мѣрѣ выполненія общественно-воспитательной функціи принужденіе принимаетъ все болѣе и болѣе мягкія формы и въ рядѣ отдѣловъ права исчезаетъ.

Выяснивъ значеніе принужденія въ осуществленіи права, мы должны остановиться на вопросѣ о томъ, поскольку примѣненіе принужденія отличаетъ право отъ нравственности.

Необходимо прежде всего отмѣтить, что въ осуществленіи велѣній нравственности нѣтъ ни суда, ни исполнительнаго производства по судебному приговору. И то, и другое составляетъ специфическую особенность права, вытекающую изъ непосредственнаго служенія права практическимъ потребностямъ жизни, о чемъ мы говорили уже выше по поводу допускаемаго правомъ безразличія мотива.

Что касается психическаго принужденія, оказываемаго на волю санкціей нормы, то въ этомъ отношеніи между правомъ и нравственностью не обнаруживается безусловной противоположности. Нравственность такъ же, какъ и право, знаетъ санкцію своихъ нормъ. Различіе между нравственностью и правомъ въ данномъ случаѣ проявляется только въ характерѣ санкціи и способѣ ея осуществленія. Нравственныя нормы обладаютъ тройкой санкціей: религіозной, санкціей общественнаго мнѣнія и внутренней санкціей индивидуальной совѣсти. Кара Божья, разнаго рода неодобреніе со стороны общественнаго мнѣнія и угрызения совѣсти представляютъ собою тѣ тягостныя послѣдствія, которыя навлекаетъ на себя нарушитель нравственной нормы и подъ угрозой которыхъ онъ опредѣляетъ себя къ моральному дѣйствію. Всѣ эти санкціи могутъ одинаково распространять свое дѣйствіе и на обезпеченіе осуществленія права. Особенность права состоятъ

въ томъ, что независимо отъ общихъ моральныхъ санкцій оно устанавливаетъ еще свои специфическія санкціи въ видѣ угрозы исполнительнымъ производствомъ по судебному приговору и наказаніемъ. Отличительными признаками юридической санкціи являются, какъ справедливо замѣтилъ Г. Ф. Шершеневичъ, точная опредѣленность страданія, причиняемаго нарушителю нормы, а также опредѣленность органовъ, предназначенныхъ для приведенія санкціи въ исполненіе. Ни одного изъ этихъ признаковъ нѣтъ въ моральной санкціи. Создаваемое религіозной вѣрой представленіе о карѣ Божьей по самому существу своему чуждо внѣшней опредѣленности. Реакція совѣсти безконечно видоизмѣняется примѣнительно къ особенностямъ индивидуальнаго характера и не вызывается никакимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ. Реакція общественнаго мнѣнія, хотя и проявляется въ извѣстномъ внѣшнемъ давленіи на нарушителя нравственной нормы, но не отличается опредѣленностью. Нарушающій нравственную норму не знаетъ напередъ, въ чемъ выразится реакція общественнаго мнѣнія, — она разнообразна: начинаясь съ простаго словеснаго выраженія порицанія, она можетъ доходить до кровавой расправы. Общественное мнѣніе не обладаетъ опредѣленными, заранѣе установленными органами для выраженія общественнаго порицанія. Въ юридической санкціи опредѣляются заранѣе характеръ и размѣры страданія; для приведенія санкціи въ исполненіе устанавливаются разъ на всегда опредѣленные органы суда и расправы.

§ 9. Цѣль въ правѣ.

Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Kirchmann-Ausgabe, 1870; Rudolf von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III Theil, 1. Abth., 4-te Aufl., 1888; Б. Н. Ч и ч е р и н ъ, *Философія права*, 1900; кн. Е. Н. Т р у б е ц к о й, *Лекціи по энциклопедіи права*, 1915 г.; О. В. Т а р а н о в с к і й, *Интересъ и нравственный долгъ въ правѣ*, 1899; С. А. М у р о м ц е в ъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879; Н. М. К о р к у н о в ъ, *Лекціи по общей теоріи права*, кн. I, глав. I; П. Г. В и н о г р а д о в ъ, *Очерки по теоріи права*, глава II.

Въ предыдущихъ параграфахъ мы послѣдовательно выясняли мотиваціонное дѣйствіе права на волю индивида, основаніе обязательности права и способъ осуществленія его велѣній. Теперь намъ остается разсмотрѣть примѣнительно къ праву послѣдній

изъ моментовъ, опредѣляющихъ построение социальной нормы, именно, — пѣль, осуществленію которой служить юридическая нормировка поведенія людей въ общежитіи. По вопросу о цѣли въ правѣ имѣются въ наукѣ двѣ основныя теоріи: теорія индивидуальной свободы и теорія интереса. Въ настоящемъ параграфѣ мы и займемся разсмотрѣніемъ этихъ теорій и путемъ критическаго сужденія о нихъ постараемся установить надлежащую точку зрѣнія на вопросъ о цѣли въ правѣ.

Теорія индивидуальной свободы была впервые развита еще во второй половинѣ XVIII столѣтія Кантомъ. Кантъ различалъ внутреннюю и внѣшнюю свободу индивида. Подъ внутренней свободой онъ понималъ способность воли опредѣлять себя къ дѣйствию по представленію закона. Подъ внѣшней свободой онъ разумѣлъ способность человѣка поступать по собственному благоусмотрѣнію, считаясь лишь съ располагаемой имъ для дѣствія личной силой. Внутренняя свобода необходима человѣку для нравственнаго совершенствованія; она строго индивидуальна, не выходитъ за предѣлы психики отдѣльнаго лица и потому не только не требуетъ, но и не допускаетъ никакихъ ограниченій. Иное дѣло съ внѣшней свободой. Она проявляется въ дѣствіяхъ, которыя непосредственно задѣваютъ другихъ людей. Если-бы всякій человѣкъ дѣлалъ все, чего онъ хочетъ и что въ состояніи сдѣлать, то неизбежны были бы непрестанныя столкновенія между всѣми, всѣ бы другъ другу мѣшали и въ результатѣ всѣ оказались бы не свободными. Вслѣдствіе этого оказывается необходимой такая регламентація поведенія людей, при которой свобода каждаго совмѣщалась бы со свободой всѣхъ. Такую регламентацію создаетъ право. Оно вводитъ индивидуальную свободу въ извѣстные предѣлы, но за то уже въ этихъ предѣлахъ, намѣчаемыхъ требованіемъ свободы для другихъ, свобода каждаго въ отдѣльности остается неприкосновенной. Такимъ образомъ право представляетъ собою норму, которая, съ одной стороны, ограничиваетъ внѣшнюю свободу индивидовъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, съ другой стороны, предоставляетъ имъ свободу. Цѣлью права является возможное въ общежитіи обезпеченіе индивидуальной свободы.

Теорія индивидуальной свободы подверглась во второй половинѣ XIX столѣтія рѣшительной критикѣ со стороны Геринга и была замѣнена имъ теоріей интереса.

Теорія индивидуальной свободы представлялась Герингу неудовлетворительной потому, что она не давала объясненія

нѣкоторымъ признаннымъ въ правѣ притязаніямъ. Если цѣлью права является обезпеченіе индивидуальной свободы, то всякое признаваемое правомъ притязаніе должно содержать въ себѣ обезпеченную возможность свободнаго внѣшняго волеизъявленія. Если я имѣю какое-либо право, то это должно обозначать, что въ указанныхъ этимъ правомъ предѣлахъ воля моя можетъ двигаться свободно, по своему усмотрѣнію. Съ точки зрѣнія теоріи индивидуальной свободы такое положеніе должно быть безспорнымъ. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ оно отнюдь не безспорно и опровергается фактами. Законодательства всего міра, говоритъ Іерингъ, признають права за дѣтьми и за сумасшедшими, притомъ не только право на жизнь и неприкосновенность, но и всѣ имущественныя права, признаваемыя за людьми взрослыми и нормальными. Спрашивается, неужели признаніе правъ за дѣтьми и душевнобольными имѣетъ цѣлью обезпеченіе свободнаго внѣшняго выраженія ихъ волеизъявленій? Относительно дѣтей можно еще допустить, что право уважаетъ въ нихъ зародышъ будущей воли, но для правъ душевнобольныхъ и кретиновъ нельзя подыскать никакого объясненія съ точки зрѣнія внѣшней ихъ свободы. Необъяснимое для теоріи индивидуальной свободы явленіе разъясняется однако вполне, если обратить вниманіе на то, что права дѣтей и душевнобольныхъ проявляются не въ актахъ ихъ воли, а въ пользованіи извѣстными благами. Такъ, нпр., смыслъ права собственности душевнобольного или ребенка заключается не въ томъ, что эти собственники свободно распоряжаются извѣстными вещами, а въ томъ, что за ними обезпечивается пользованіе благомъ, которое представляетъ данная вещь. Управомоченнымъ, говоритъ Іерингъ, является не тотъ, кто можетъ притязать на хотѣніе, а тотъ, кто можетъ притязать на пользованіе. Право вообще существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею отвлеченной правовой воли, а для того, чтобы служить интересамъ, потребностямъ, цѣлямъ общественнаго оборота.

Критика теоріи индивидуальной свободы, данная Іерингомъ, не можетъ быть признана убѣдительною, такъ какъ она, какъ это мы сейчасъ увидимъ, сосредоточивается исключительно на поверхности разбираемаго вопроса и не проникаетъ въ глубь его.

Іерингъ не отрицаетъ того, что по отношенію къ людямъ взрослымъ и психически здоровымъ право обезпечиваетъ въ устанавливаемыхъ имъ предѣлахъ проявленіе индивидуальной свободы. Непонятнымъ и необъяснимымъ съ точки зрѣнія теоріи индиви-

дуальной свободы представляется. Иерингу только надѣленіе правами дѣтей и душевнобольныхъ. Какимъ образомъ можно обезпечивать свободное волеизъявленіе тѣхъ, у кого нѣтъ вообще свободнаго волеизъявленія? Такъ ставитъ вопросъ Иерингъ, и путемъ одного ужь этого вопроса, который носить, въ сущности говоря, риторическій характеръ и не допускаетъ иного отвѣта, кромѣ отрицательнаго, уличаетъ теорію индивидуальной свободы въ формально-логическомъ противорѣчій.

Если приложить тотъ-же приѣмъ критики къ выдвинутой Иерингомъ теоріи интереса, то и результатъ получится тотъ же. Теорія интереса, которая, по мнѣнію Иеринга, открываетъ выходъ изъ затрудненія, созданнаго теоріей индивидуальной свободы, окажется въ томъ же положеніи формально-логическаго противорѣчія, что и отвергнутая изъ за него теорія индивидуальной свободы. Чтобы убѣдиться въ этомъ, требуется лишь прослѣдить приложеніе теоріи интереса къ той же категоріи случаевъ, въ области которой Иерингъ критиковалъ теорію индивидуальной свободы, т. е. къ правамъ дѣтей и душевнобольныхъ. Это мы и сдѣлаемъ.

Въ основѣ всякаго права, учитъ Иерингъ, лежитъ польза. Въ правѣ имѣется въ виду не одна лишь экономическая, матеріальная польза, но и польза моральная, духовная, къ проявленіямъ которой относятся: личность, свобода, честь, семейная связь. Вещь, которая приноситъ намъ пользу, мы называемъ благомъ. Къ понятію блага присоединяется понятіе цѣны и понятіе интереса. Понятіе цѣны содержитъ въ себѣ масштабъ для опредѣленія годности блага къ обмѣну. Понятіе интереса объемлетъ цѣнность блага въ его особенномъ примѣненіи къ цѣлямъ и отношеніямъ лица, обладающаго благомъ. Билетъ въ концертъ, поясняетъ Иерингъ, имѣетъ цѣну, но не имѣетъ интереса для глухого. Интересы бываютъ различные, и право есть выраженіе того, какіе интересы въ данное время законодатель признаетъ заслуживающими защиты и нуждающимися въ ней. Права, говоритъ Иерингъ, суть юридически защищенные интересы. Слѣдовательно, права дѣтей и душевнобольныхъ суть юридически защищенные интересы этихъ лицъ. Подставимъ въ приведенную формулу данное выше опредѣленіе интереса. Интересъ, по опредѣленію Иеринга, есть цѣнность блага въ его особенномъ примѣненіи къ цѣлямъ и отношеніямъ лица. Само собою разумѣется, что никакой вещи и никакому благу не можетъ быть присуща никакая особая примѣнимость къ цѣлямъ и отношеніямъ лица;

такое качество блага есть лишь отраженіе субъективнаго стремленія лица извлечь изъ блага желательную для себя пользу. Поэтому интересъ есть, очевидно, не что иное, какъ субъективное эгоистическое вождельніе извѣстной выгоды или пользы. Такимъ образомъ оказывается, что признавая права за душевнобольными и дѣтьми, право этимъ охраняетъ ихъ эгоистическія вождельнія, пользованіе благомъ для ихъ цѣлей. Такой выводъ явно противорѣчитъ дѣйствительному положенію дѣла. Право охраняетъ не то пользованіе благами, которое представляетъ интересъ для душевнобольныхъ и дѣтей, но разумные интересы индивида, интересы нормальныхъ людей. Спрашивается, какимъ образомъ могутъ быть признаваемы права за тѣми, у кого нѣтъ должнаго пониманія разумныхъ интересовъ, и кто является человекомъ ненормальнымъ?

Распространяя критическіе приемы Іеринга на его собственную теорію, мы хотѣли показать, что у Іеринга не было основанія безусловно отвергать теорію индивидуальной свободы, потому что подмѣченнаго имъ недостатка ея не восполняла его собственная теорія. Такъ какъ камнемъ преткновенія для обѣихъ теорій является одинъ и тотъ же вопросъ о правахъ дѣтей и душевнобольныхъ, то изъ этого положенія можно сдѣлать двоякій выводъ: либо отвергнуть обѣ теоріи, либо предположить, что объясненіе затруднительнаго для обѣихъ теорій вопроса слѣдуетъ искать путемъ болѣе глубокаго анализа. Мы изберемъ этотъ послѣдній путь, такъ какъ, только пройдя его, можно прійти къ безусловному убѣжденію въ правильности или неправильности перваго вывода.

Право обезпечиваетъ интересы не конкретнаго, но типическаго, абстрактнаго индивида. Признавая права за дѣтьми и душевнобольными, право и за ними обезпечиваетъ тѣ же интересы, независимо отъ ихъ сознанія и разумнія. Такъ какъ дѣти и душевнобольные не могутъ разумно пользоваться благами, то право учреждаетъ надъ ними опеку.

Интересъ есть стремленіе лица къ полученію извѣстныхъ выгодъ и осуществленію своихъ цѣлей. Обезпеченіе интереса неизбѣжно предполагаетъ извѣстную внѣшнюю свободу. Внѣшняя свобода индивида имѣетъ двоякій смыслъ: отрицательный и положительный. Въ отрицательномъ смыслѣ свобода обозначаетъ отсутствіе стѣсненія, обезпеченіе неприкосновенности лица и его имущества. Въ положительномъ смыслѣ свобода обозначаетъ возможность распоряженія своимъ лицомъ и имуществомъ, или какъ это признаетъ самъ Іерингъ, выборъ формы пользованія

благомъ. Обеспеченіе интереса неразрывно связано съ обеспеченіемъ свободы, — послѣднее не только не противорѣчитъ первому, но и требуется имъ. Признавая права за дѣтьми и душевнобольными, право надѣляетъ ихъ свободой въ отрицательномъ смыслѣ совершенно такъ-же, какъ и людей взрослыхъ и нормальныхъ. Что же касается свободы въ положительномъ смыслѣ, то въ виду невозможности осуществленія ея дѣтьми и сумасшедшими, право предоставляетъ это осуществленіе ихъ опекунамъ. Этимъ путемъ право восполняетъ отсутствіе нормальной воли точно такъ же, какъ восполняетъ оно и отсутствіе нормальнаго пониманія интереса.

Такимъ образомъ мы приходимъ къ заключенію, что обѣ разбираемая теоріи одинаково объясняютъ спорные факты, что вообще онѣ не исключаютъ другъ друга, но, напротивъ того, взаимно пополняютъ. Мы можемъ сказать, что цѣлью права является обеспеченіе индивидуальной свободы для осуществленія признанныхъ правомъ интересовъ. Какіе интересы признаются правомъ и какіе нѣтъ, это зависитъ отъ состоянія общества въ ту или другую эпоху. Но разъ извѣстный интересъ признанъ правомъ, обеспеченіе его неразрывно связано съ обеспеченіемъ опредѣленной сферы свободы для его осуществленія.

Право, какъ мы знаемъ, устанавливаетъ обязанность и притязаніе. Надѣленіе притязаніемъ создаетъ обеспеченіе интересамъ индивида и предоставляетъ ему необходимую для удовлетворенія интересовъ свободу. Наложеніе обязанности вводитъ необходимое въ обществѣ подчиненіе эгоистическаго интереса интересу общественному и налагаетъ узду на произвольныя проявленія внѣшней свободы индивида.

Теорія индивидуальной свободы страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что считаетъ свободу индивида чѣмъ то самодовлѣющимъ, между тѣмъ какъ свобода и въ отрицательномъ, и въ положительномъ смыслѣ имѣетъ значеніе постольку, поскольку даетъ возможность удовлетворенія интересовъ индивида. Герингъ былъ правъ, когда говорилъ, что право вообще существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею отвлеченной правовой воли, но затѣмъ, чтобы служить интересамъ. Поэтому право безъ связанной съ нимъ возможности пользоваться какимъ либо благомъ есть нѣчто невозможное, по справедливому замѣчанію того же Геринга. Исправляя недостатокъ теоріи индивидуальной свободы, Герингъ впадалъ въ другую крайность, — совершенно исключалъ свободу изъ понятія цѣли права. Впрочемъ Герингу не удалось провести это отри-

цаніе вполнѣ послѣдовательно, и въ его теоріи интереса отнесены къ содержанію права не только пользованіе благомъ, но и свобода выбора формъ этого пользованія.

Производство имущественныхъ и прочихъ культурныхъ благъ и распредѣленіе ихъ между индивидами наполняетъ собою общественную жизнь. На этой почвѣ происходитъ объединеніе индивидовъ, преслѣдующихъ одинаковые интересы, въ отдѣльныя общественныя группы, или общественныя классы, и противоположеніе послѣднихъ по различію интересовъ. То или другое сочетаніе интересовъ различныхъ общественныхъ классовъ опредѣляетъ какъ общіе интересы всего общественного союза, такъ и предѣлы признанія индивидуальныхъ интересовъ и допускаемой для ихъ удовлетворенія индивидуальной свободы.

Герингъ вѣрно замѣтилъ, что въ основѣ права лежитъ польза и что право обезпечиваетъ порядокъ удовлетворенія общихъ и индивидуальныхъ интересовъ. Этимъ путемъ онъ далъ надлежащее опредѣленіе цѣли права, какъ нормы соціальной. Теорія индивидуальной свободы совершенно упускала изъ виду моментъ интереса, и вслѣдствіе этого, самая свобода индивида являлась въ ея изображеніи безсодержательной. Она выставялась въ качествѣ какой то самоцѣли, не связанной съ производствомъ и распредѣленіемъ имущественныхъ и другихъ культурныхъ благъ въ обществѣ. Теорія интереса восполнила этотъ недостатокъ теоріи индивидуальной свободы и открыла возможность уразумѣнія права въ связи съ внутреннимъ строеніемъ общества и его жизнеспособностью. При свѣтѣ теоріи интереса получила надлежащее объясненіе и индивидуальная свобода. Принципиальное отверженіе ея Герингомъ вызвано было одностороннимъ увлеченіемъ новатора. Спокойное отношеніе къ дѣлу показываетъ, что свобода является необходимымъ средствомъ для осуществленія интереса и въ этомъ смыслѣ обезпечивается въ правѣ наряду съ интересомъ.

Начало цѣли является существеннымъ для всякой нормы должнаго. Вслѣдствіе этого опредѣленіе цѣли принято считать главнымъ и нерѣдко единственнымъ моментомъ въ установленіи понятія права. Такая точка зрѣнія приводитъ къ игнорированію другихъ моментовъ въ понятіи соціальной нормы и потому даетъ неполное разрѣшеніе задачи. Тѣмъ не менѣе эта точка зрѣнія является достаточно распространенной, и теоріи интереса особенно посчастливилось въ этомъ отношеніи. Наиболѣе распространенныя формулы опредѣленія права отправляются отъ теоріи интереса,

и потому намъ необходимо остановиться на обзорѣ важнѣйшихъ изъ нихъ и на выясненіи ихъ значенія для науки.

Герингъ опредѣлялъ право, въ смыслѣ притязанія, какъ юридически защищенный интересъ. Отсюда слѣдуетъ, что право, въ смыслѣ правила поведенія, опредѣляется у Геринга, какъ норма, устанавливающая защиту интересовъ. Подъ защитой онъ понималъ судебный искъ и вытекающее изъ него исполнительное производство по судебному приговору, а также наказаніе, т. е. всѣ виды принудительнаго осуществленія права. Сочетая моментъ цѣли съ моментомъ осуществленія нормы Герингъ опредѣлялъ право, какъ обезпеченіе жизненныхъ условій общества въ формѣ принужденія. Вопросъ о принужденіи въ правѣ уже разсмотрѣнъ нами, и мы знаемъ, что вѣлнія права не всегда исполняются посредствомъ принужденія, и что въ конечномъ итогѣ осуществленіе права покоится на повиновеніи праву со стороны участниковъ обществѣ. Жизненные условія общества, обезпеченіе которыхъ составляетъ цѣль права, это не что иное какъ интересы, общіе и индивидуальныя. Обезпеченіе ихъ достигается путемъ распредѣленія обязанностей и притязаній, въ чемъ заключается основная функція права. Принужденіе выступаетъ въ правѣ на второмъ планѣ въ предѣлахъ надобности и возможности.

Теорія интереса, въ смыслѣ опредѣленія, исчерпывающаго понятіе права, нашла себѣ широкое распространеніе въ русской юридической литературѣ и дала своеобразныя видоизмѣненія въ ученіяхъ двухъ извѣстныхъ русскихъ юристовъ, — С. А. Муромцева и Н. М. Коркунова.

Муромцевъ сосредоточилъ вниманіе на понятіи защиты, которое право оказываетъ интересамъ, и въ особенностяхъ этой защиты усматривалъ своеобразную цѣль дѣйствія права въ чело-вѣческомъ обществѣ.

Жизнь людей, говорилъ Муромцевъ, представляетъ собою рядъ активныхъ и пассивныхъ отношеній ихъ къ окружающей средѣ. Вліяніе окружающей среды на чело-вѣка бываетъ благо-приятное и неблаго-приятное, — окружающая среда то содѣйствуетъ, то препятствуетъ осуществленію чело-вѣческихъ цѣлей. При благо-приятномъ вліяніи окружающей среды и при наличности создаваемыхъ ею препятствій, чело-вѣкъ вступаетъ съ ней въ наиболѣе характерныя активныя отношенія: онъ преодо-лѣваетъ сопротивленіе среды. Для этихъ именно активныхъ отношеній чело-вѣкъ пользуется содѣйствіемъ другихъ людей, такъ какъ его

личные силы оказываются въ этомъ случаѣ недостаточными. Такимъ образомъ происходитъ осложненіе окружающей человѣка среды: наряду съ представляемыми средою препятствіями въ ней же возникаетъ и содѣйствіе къ преодолѣнію этихъ препятствій. Содѣйствіе, сначала случайное, обнаруживаетъ неуклонное стремленіе превратиться въ постоянное. Постепенно слагаются особыя группы, или союзы людей, которые проявляютъ особенное стремленіе оказывать содѣйствіе своимъ членамъ. Такіе союзы многообразны, постепенно развиваются и крѣпнютъ: начинаясь со стадной группы бродячихъ звѣролововъ, они доходятъ послѣдовательно до современнаго государства. Общее у всѣхъ этихъ союзовъ то, что они неизмѣнно проявляютъ склонность къ оказанію содѣйствія своимъ членамъ и дѣйствительно оказываютъ содѣйствіе, — защищаютъ своихъ членовъ. Такъ какъ союзы эти полагаютъ своею цѣлью взаимную защиту своихъ членовъ, то очевидно, что оказываемая ими защита направляется противъ тѣхъ препятствій, которыя возникаютъ для индивида внѣ самихъ союзовъ, являющихся элементомъ благопріятствующимъ. Эту защиту Муромцевъ называетъ защитою перваго рода и охраняемая ею отношенія къ внѣсоюзной средѣ защищенными отношеніями перваго рода. Въ окружающей человѣка широкой внѣшней средѣ общественный союзъ, къ которому принадлежитъ данный человѣкъ, становится для него въ нѣкоторомъ родѣ особенною, болѣе тѣсною средою дѣятельности. Взаимныя отношенія индивидовъ въ этой болѣе тѣсной средѣ постепенно осложняются и приводятъ къ нѣкоторому измѣненію взаимодѣйствія между индивидомъ и общественной средою. Въ общемъ сохраняется первоначальная тенденція и основной характеръ общественной среды, какъ элемента благопріятствующаго индивиду, но вмѣстѣ съ тѣмъ наряду съ помощью и содѣйствіемъ возникаютъ препятствія, оказываемыя отдѣльными членами союза другъ другу и самому союзу въ его цѣломъ. Эти новыя препятствія преодолеваются помощью наличныхъ средствъ союза: союзъ самъ защищаетъ себя и своихъ членовъ отъ препятствій, оказываемыхъ его же членами. Эту защиту Муромцевъ называетъ защитою втораго рода, охраняемая ею отношенія — защищенными отношеніями втораго рода. Эта защита можетъ быть оказываема въ формѣ, опредѣляемой въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ, или же она можетъ осуществляться заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и обыкновенно при содѣйствіи особыхъ, установленныхъ для этого органовъ. Въ первомъ случаѣ защита

будетъ неорганизованной, во второмъ — организованной. Организованная защита второго рода и есть право. Такимъ образомъ, по учению Муромцева, право есть организованная защита общественнымъ союзомъ отношеній между индивидами отъ препятствій, возможныхъ со стороны членовъ того же союза.

У Муромцева, какъ и у Геринга, защита сводится къ принужденію. Выше мы уже привели необходимыя возраженія противъ безусловнаго признанія принужденія въ правѣ, и повторяютъ ихъ нѣтъ надобности. Въ ученіи Муромцева обращаетъ на себя вниманіе другое обстоятельство, именно, — утверженіе, что цѣль права сводится исключительно къ преодоленію препятствій, оказываемыхъ членами общественнаго союза другъ другу и союзу въ цѣломъ. Согласиться съ этимъ утверженіемъ нѣтъ никакой возможности, такъ какъ оно противорѣчитъ очевидности. Для всякаго ясно, что право не только устраняетъ препятствія, которыя чинятъ другъ другу индивиды, но и устанавливаетъ формы содѣйствія ихъ другъ другу, организуетъ сотрудничество въ широкомъ смыслѣ, на которомъ зиждется вся общественная жизнь. Право налагаетъ на отдѣльныхъ лицъ извѣстныя публичныя обязанности и такимъ образомъ устанавливаетъ характеръ и размѣръ тѣхъ услугъ, которыя индивидъ долженъ оказывать общественному союзу, какъ цѣлому. Далѣе право надѣляетъ отдѣльныхъ лицъ притязаніями публичнаго характера и такимъ образомъ опредѣляетъ характеръ и размѣръ содѣйствія со стороны общественнаго союза, на которое можетъ притязать отдѣльное лицо. Право регламентируетъ семейственныя и имущественныя отношенія между отдѣльными лицами и устанавливаетъ этимъ путемъ формы общенія, взаимнаго содѣйствія и сотрудничества индивидовъ. Постановленія права, нпр., относительно купли-продажи отнюдь не направлены на защиту индивида отъ какихъ-то препятствій, но имѣютъ въ виду установить однообразный и прочный порядокъ обмѣна, т. е. въ широкомъ смыслѣ сотрудничества индивидовъ. Защита отъ препятствій, нарушеній — это въ жизни права явленіе второго, такъ сказать, порядка, которое получаетъ смыслъ только въ связи съ правовой организаціей содѣйствія, сотрудничества. И самъ Муромцевъ видитъ основную тенденцію и основной характеръ общественнаго союза въ содѣйствіи, которое общественный союзъ оказываетъ своимъ членамъ въ преодоленіи сопротивленія внѣшней среды, т. е. въ дѣлѣ приспособленія индивида къ послѣдней. Въ приспособленіи къ внѣшней средѣ заключается

вся дѣятельность человѣка, направленная на производство культурныхъ благъ и удовлетвореніе личныхъ интересовъ. Слѣдовательно, изъ приведеннаго заявленія Муромцева слѣдуетъ, что общественный союзъ оказываетъ индивиду содѣйствіе въ удовлетвореніи его интересовъ, т. е. что въ общественномъ союзѣ устанавливается сотрудничество индивидовъ. Сотрудничество это, какъ мы знаемъ, получаетъ опредѣленную организацію путемъ соотвѣтственнаго распредѣленія обязанностей и притязаній. Почему Муромцевъ умалчиваетъ объ этой организаціи и не относитъ ее къ цѣли, осуществляемой правомъ, остается для насъ совершенно непонятнымъ.

Коркуновъ сознаетъ, что принужденіе не сопутствуетъ всякому осуществленію юридической нормы, и потому въ свое опредѣленіе права не вноситъ понятія защиты въ томъ смыслѣ, какой придавали ей Герингъ и Муромцевъ. Примикая къ основной мысли Геринга о томъ, что право обезпечиваетъ индивидуальныя интересы, Коркуновъ ставитъ себѣ задачу выяснитъ ту форму, въ которой право даетъ обезпеченіе индивидуальнымъ интересамъ. Для разрѣшенія этой задачи онъ идетъ по тому же пути разсужденія, по которому идетъ и теорія индивидуальной свободы, но за отправную точку принимаетъ не индивидуальную свободу, а индивидуальный интересъ.

Практическая дѣятельность человѣка, говоритъ Коркуновъ, происходитъ не въ обособленіи, а въ общегитіи съ другими людьми. Каждый изъ этихъ людей преслѣдуетъ свои цѣли, свои интересы. При практическомъ осуществленіи интересы отдѣльныхъ людей сталкиваются и мѣшаютъ другъ другу. Для спокойнаго удовлетворенія индивидуальныхъ интересовъ необходимо найти выходъ изъ указаннаго столкновенія и устранить помѣху, которую создаютъ другъ другу отдѣльныя лица, изъ которыхъ каждый стремится къ своей особой цѣли. Взаимныя отношенія людей, интересы которыхъ сталкиваются, могутъ представлять собою, говоритъ Коркуновъ, два существенно различныхъ типа. Интересы одного человѣка могутъ быть всецѣло подчинены интересамъ другого, такъ что одинъ человѣкъ оказывается въ положеніи средства для удовлетворенія интересовъ другого. Это — отношенія рабскія. Въ нихъ интересы раба всецѣло подчинены интересамъ господина; столкновеніе устранено путемъ непривзанія и, такъ сказать, уничтоженія интересовъ раба. Наряду съ этимъ слагается и другой типъ отношеній, при которомъ субъекты сталкивающихся интересовъ противопоставляются другъ другу не какъ

средство и цѣль, а какъ двѣ самоцѣльныя личности, изъ коихъ ни одна не признается только средствомъ для другой. Въ такомъ случаѣ не можетъ быть безусловнаго подчиненія интересовъ одного интересамъ другого, ни одинъ изъ сталкивающихся интересовъ не можетъ остаться непризнаннымъ, не можетъ быть уничтоженнымъ, не можетъ исчезнуть. Осуществленію интереса каждаго должны быть отмежеваны извѣстные предѣлы, или другими словами, интересы эти въ видахъ возможности совмѣстнаго ихъ осуществленія должны быть такъ или иначе разграничены. Указанное разграниченіе интересовъ и составляетъ цѣль права. Право, по опредѣленію Коркунова, есть совокупность нормъ, разграничивающихъ человѣческіе интересы.

Въ ученіи Коркунова имѣется существенный пробѣлъ, — въ немъ упущены изъ виду общественные интересы, и вслѣдствіе этого цѣль права сужена до разграниченія однихъ лишь индивидуальныхъ интересовъ. Между тѣмъ на самомъ дѣлѣ задача права шире. Право устанавливаетъ опредѣленные общественные интересы и обезпечиваетъ ихъ осуществленіе; затѣмъ право устанавливаетъ опредѣленное соотношеніе между интересами общественными и индивидуальными и тогда только разграничиваетъ послѣдніе. Разграниченіе индивидуальныхъ интересовъ направлено на обезпеченіе возможности совмѣстнаго ихъ осуществленія. Совмѣстное осуществленіе индивидуальныхъ интересовъ на началахъ права представляется Коркунову въ такомъ видѣ, будто при юридическомъ разграниченіи ни одинъ изъ индивидуальныхъ интересовъ не устраняется, но лишь ограничивается извѣстными предѣлами дозволенной осуществимости. Такое представленіе не вѣрно. Интересы воровъ, грабителей, мошенниковъ, насильниковъ, убійцъ не ограничиваются, но совершенно устраняются и, такъ сказать, изъемяются изъ общественнаго оборота. Приходится поэтому указать, что право не только разграничиваетъ индивидуальные интересы, но предварительно еще устанавливаетъ, какіе вообще индивидуальные интересы могутъ быть допущены въ обществѣ, и только затѣмъ уже проводитъ разграниченіе между интересами допустимыми.

Сводя вмѣстѣ все сказанное о цѣли въ правѣ, мы можемъ формулировать слѣдующіе общіе выводы. Путемъ соответственнаго распредѣленія обязанностей и притязаній право имѣетъ цѣлью обезпечить общіе и индивидуальные интересы. Налагаемая обязанности ограничиваютъ внѣшнюю свободу лицъ, предоставляемая правомъ

притязанія обезпечиваютъ опредѣленную сферу внѣшней свободы, необходимую для удовлетворенія индивидуальныхъ интересовъ.

Принимая указанные выводы, мы ограничиваемся исключительно формальнымъ установленіемъ цѣли въ правѣ и не наполняемъ ея никакимъ заранѣе опредѣленнымъ содержаніемъ. Дѣлаемъ это потому, что содержаніе это видоизмѣняется въ зависимости отъ общаго культурнаго развитія общества. Общіе интересы опредѣляются въ своемъ содержаніи различнымъ сочетаніемъ интересовъ всѣхъ наличныхъ общественныхъ классовъ. Сочетаніе это принимаетъ различныя формы въ зависимости отъ измѣняющагося значенія отдѣльныхъ классовъ, степени ихъ сознанія и умѣнія провести свои требованія въ составъ общаго интереса. Въ зависимости отъ общаго интереса опредѣляются и интересы индивидуальные и, слѣдовательно, подлежатъ измѣненіямъ въ своемъ содержаніи. Къ понятію интереса въ широкомъ смыслѣ мы относимъ стремленіе не только къ матеріальному преуспѣянію, но и къ нравственному совершенствованію. Относя къ цѣли права обезпеченіе интересовъ, мы открываемъ широкую возможность наполнять формальное понятіе интереса самымъ разнообразнымъ содержаніемъ, подлежащимъ вообще измѣненію въ условіяхъ общаго культурнаго развитія людей.

Сбщее ученіе о правѣ должно довольствоваться формальнымъ опредѣленіемъ цѣли юридической регламентаціи, такъ какъ задача общаго ученія установить понятіе права, равно примѣнимое и къ историческому, и къ догматическому изученію права, и къ политической его разработкѣ. Каждая изъ этихъ трехъ юридическихъ дисциплинъ наполняетъ формальное опредѣленіе цѣли права положительнымъ содержаніемъ. Исторія права выясняетъ, интересы какихъ общественныхъ классовъ принимались въ соображеніе въ прошломъ при опредѣленіи общаго интереса, и какъ въ зависимости отъ этого обезпечивались личные интересы болѣе или менѣе широкаго круга индивидовъ. Догматическая юриспруденція выясняетъ тѣ же вопросы относительно дѣйствующаго права. Наконецъ, политика права, имѣя въ виду задачу дальнѣйшаго правового творчества, опредѣляетъ, что должно почитаться имѣющимъ общій интересъ, какіе индивидуальные интересы и какіе запросы свободы должны быть приняты въ расчетъ при предстоящемъ преобразованіи дѣйствующаго права.

Въ заключеніе намъ остается поставить вопросъ объ отношеніи, какое существуетъ съ точки зрѣнія цѣли между правомъ и

нравственностью: имѣетъ ли право свою особую цѣль, отличную отъ нравственности, или нѣтъ? Думаемъ, что вопросъ этотъ не требуетъ особаго разсмотрѣнія, такъ какъ отвѣтъ на него напрашивается самъ собою. Обеспеченіе общихъ и личныхъ интересовъ и установленіе предѣловъ индивидуальной свободы несомнѣнно входитъ въ задачу нравственности такъ же, какъ и въ задачу права. Разница заключается лишь въ средствахъ и путяхъ разрѣшенія этой задачи. Эта разница выяснялась въ предшествовавшихъ параграфахъ и подлежитъ дальнѣйшему разсмотрѣнію въ слѣдующей главѣ.

Глава II. Право и нравственность въ ихъ взаимоотношеніи.

§ 10. Противоположеніе права и нравственности.

В. Г. Щегловъ, *Нравственность и право въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ*, 1888 г.; R. v. Ihering, *Geist des röm. Rechts; Der Zweck im Recht* (т. I, 3-ье изд., 1893, т. II, 2-ое изд. 1886).

Приступая къ выясненію взаимоотношенія между правомъ и нравственностью, мы должны остановиться прежде всего на тѣхъ теоріяхъ, которыя противоплагаютъ право и нравственность другъ другу, какъ двѣ области совершенно самостоятельныя, дѣйствующія, такъ сказать, параллельно, другъ съ другомъ не связанные и не оказывающія другъ на друга никакого воздѣйствія. Теоріи эти могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ: 1) къ ученію о разнородности права и нравственности, 2) къ признанію разобщенія между правомъ и нравственностью.

Ученіе о разнородности права и нравственности является слѣдствіемъ принципиальнаго отрицанія нормативнаго характера права. Кто смотритъ на право исключительно какъ на фактической распорядокъ дѣятельности государства и его органовъ, для того конечно право и нравственность будутъ явленіями совершенно разнородными, которыхъ нельзя объединить ни въ какомъ общемъ родовомъ понятіи. Нравственность есть норма поведения, которая предъявляетъ опредѣленные требованія и индивидуамъ, и государству. Право это фактической образъ дѣйствій государства,

который учитывается подвластными въ качествѣ своего рода препятствія, стоящаго на пути ихъ дѣятельности, но не создаетъ никакихъ нормъ для дѣятельности индивидовъ. На этомъ основаніи извѣстный уже намъ Шейнъ безусловно отрицаетъ нормативный характеръ права, вполне послѣдовательно не видитъ между правомъ и нравственностью никакой связи и не допускаетъ даже сравненія ихъ, какъ явленій совершенно разнородныхъ. Мы подвергли уже ученіе Шейна специальной критикѣ и показали (см. § 5), что право содержитъ въ себѣ норму должнаго поведения людей и объединяется съ нравственностью въ одномъ родовомъ понятіи социальной нормы. Ученіе о разнородности права и нравственности оказывается не болѣе, какъ парадоксомъ.

На почвѣ признанія нормативнаго характера права мы тоже встрѣчаемся съ противоположеніемъ права и нравственности, но противоположеніе это не является уже столь рѣзкимъ и выражается лишь въ извѣстномъ разобщеніи права и нравственности. Здѣсь мы встрѣчаемся опять съ двоякаго рода теоріями. Однѣ теоріи полагаютъ, что право и нравственность разобщены и не соприкасаются другъ съ другомъ вслѣдствіе того, что каждая изъ этихъ областей устанавливаетъ разнородныя обязанности. Другія теоріи видятъ начало разобщенія въ различіи тѣхъ мотивовъ поведения, на которые рассчитана, съ одной стороны, юридическая нормировка человѣческихъ поступковъ, съ другой, — нравственная.

Мысль о томъ, что право и нравственность устанавливаютъ обязанности совершенно различнаго характера и другъ отъ друга независимыя, высказана была еще во второй половинѣ XVII столѣтія извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Томазіемъ. Правило человѣческаго поведения (*rectum*) выводится, по ученію Томазія, изъ троякаго рода требованій: честнаго (*honestum*), достойнаго (*decorum*) и справедливаго (*iustum*). Правило честнаго гласитъ: „что ты хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, то ты самъ себѣ дѣлай.“ Правило достойнаго повелѣваетъ: „что ты хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, то ты самъ имъ дѣлай.“ Правило справедливаго требуетъ; „чего ты не хочешь, чтобы другіе тебѣ дѣлали, того ты имъ не дѣлай“. Первые два правила устанавливаютъ обязанности положительнаго характера по отношенію къ самому себѣ и другимъ людямъ; они требуютъ отъ насъ совершенія опредѣленныхъ поступковъ, которые приносили бы опредѣленное благо намъ самимъ и другимъ людямъ. Третье изъ указанныхъ правилъ устанавливаетъ обязанности отрицательнаго характера по

отношенію къ другимъ людямъ, т. е. оно требуетъ отъ насъ не какого-либо положительнаго дѣйствія, но лишь воздержанія отъ дѣйствій, которыя наносятъ вредъ другимъ. Такимъ образомъ нормировка человѣческаго поведенія сводится къ установленію двоякаго рода обязанностей, — положительныхъ и отрицательныхъ. Путемъ исполненія первыхъ человекъ творитъ добро; исполняя вторыя, онъ избѣгаетъ лишь прямого зла, не наноситъ вреда другимъ. Твореніе добра другимъ предполагаетъ отказъ отъ личныхъ выгодъ и желаній, вообще — господство духа, внутренняго міра надъ влеченіями физической природы человекъ. Воздержаніе отъ причиненія вреда другимъ ограничивается дисциплинровкой внѣшней дѣятельности человекъ и не отражается на складѣ его внутренняго міра. Положительныя обязанности, захватывающія внутренній міръ человекъ, устанавливаются нравственностью. Отрицательныя обязанности чисто внѣшняго характера устанавливаются правомъ. Обузданіе внѣшней дѣятельности человекъ въ смыслѣ удержанія его отъ вредоносныхъ для другихъ людей поступковъ производится принудительно и совершенно независимо отъ склада внутренняго міра дисциплинуемаго лица. Вслѣдствіе этого право и нравственность остаются разобщенными, между ними не оказывается никакого взаимодействія.

Приведенное ученіе о принципиальной разнохарактерности моральныхъ и юридическихъ обязанностей и о вызванномъ этимъ полномъ разобщеніи нравственности и права не можетъ быть принято, такъ какъ оно, съ одной стороны, противорѣчитъ фактамъ, съ другой стороны, исходитъ изъ такихъ психологическихъ представленій, которыя отвергнуты современной наукой. Несомнѣнно противорѣчитъ фактамъ утвержденіе, будто юридическія обязанности носятъ исключительно отрицательный характеръ, и функція права сводится къ предотвращенію вредоносныхъ дѣйствій. Юридическія обязанности отца семейства, опекуна, должностнаго лица, подданнаго, участника товарищескаго предпріятія отнюдь не ограничиваются воздержаніемъ отъ дѣйствій вредоносныхъ, но требуютъ поступковъ, которые приносили бы положительную пользу, предоставляли бы другимъ опредѣленные блага. Даже юридическая регламентація договоровъ, въ которыхъ каждая сторона получаетъ равноцѣнное, имѣетъ значеніе мѣры, не только предотвращающей взаимное причиненіе вреда, но и обеспечивающей возможность взаимнаго извлеченія такой пользы, которая была бы недостижима для каждой изъ сторонъ въ отдѣльности.

Такъ, нпр., смыслъ договора купли-продажи заключается не въ томъ, что онъ обезпечиваетъ покупателя и продавца отъ убытковъ, а въ томъ, что онъ создаетъ возможность обмѣна, и удовлетворяетъ такимъ образомъ потребность двухъ людей, которой каждый изъ нихъ въ отдѣльности не въ состояніи былъ удовлетворить собственными силами. Нравственныя и юридическія обязанности различались у Томазія не только какъ обязанности положительныя и отрицательныя, но еще и какъ внутреннія и внѣшнія. Самое разобщеніе нравственности и права выводилось изъ разобщенія внутренней и внѣшней природы человѣка и признанія полной независимости этихъ двухъ областей. Въ основѣ такого ученія лежитъ общее дуалистическое міровоззрѣніе, которое господствовало въ XVII вѣкѣ и оказало вліяніе на построеніе моральной и юридической теоріи Томазія. Сущность дуалистическаго міровоззрѣнія заключается въ противоположеніи двухъ началъ міроздаія: духа и матеріи. Каждое изъ этихъ началъ дѣйствуетъ по своимъ особымъ законамъ и самостоятельно. Связь ихъ является непостижимой и потому представляется случайной. Человѣкъ, какъ существо, сочетающее въ себѣ оба начала, духъ и матерію, подчиненъ двойкаго рода законамъ: одни законы регулируютъ его внутренній міръ, другіе — его внѣшнія матеріальныя дѣйствія. Нравственность находится подъ дѣйствіемъ перваго рода законовъ, право подъ дѣйствіемъ законовъ втораго рода. Возможно дисциплинировать внѣшнія дѣйствія человѣка, не касаясь его внутренняго міра. Такое утвержденіе рѣшительно отвергается современной психологіей. Позитивное наблюденіе показываетъ, что т. н. внутренній нашъ міръ и наша внѣшняя дѣятельность находятся въ неизбѣжномъ взаимодействіи. Невозможно поэтому регламентировать наши внѣшнія поступки, не воздѣйствуя на нашъ внутренній міръ. Слѣдовательно, раздѣленіе обязанностей на внѣшнія и внутреннія совершенно недопустимо. Должно быть, значитъ, отвергнуто и противоположеніе права и нравственности по разнохарактерности устанавливаемыхъ ими обязанностей.

Основаніе для принципиальнаго разобщенія права и нравственности находятъ далѣе, какъ это уже отмѣчено нами, въ разнородности тѣхъ мотивовъ, на дѣйствіе которыхъ рассчитано исполненіе моральныхъ и юридическихъ обязанностей. На такой точкѣ зрѣнія стоитъ Герингъ въ своемъ ученіи о дѣйствіи въ правѣ мотивовъ эгоистическихъ, а въ нравственности альтруистическихъ.

Основнымъ двигателемъ практической дѣятельности человѣка

Герингъ признаетъ эгоизмъ. Вполнѣ достаточный для осуществленія индивидуальныхъ цѣлей, эгоизмъ оказывается недостаточнымъ для осуществленія цѣлей общественныхъ, или социальныхъ. Какъ коренное свойство человѣка и наиболѣе дѣйствительный возбудитель въ немъ практической энергіи, эгоизмъ не можетъ быть игнорируемъ социальною механикою. Эгоизма нельзя устранить, остается поэтому приспособить его къ особенной задачѣ социальной механики, — къ направленію дѣятельности на общую пользу. Такое приспособленіе эгоизма къ социальнымъ цѣлямъ совершается путемъ особаго на него воздѣйствія. Воздѣйствіе это сводится къ созданію стимуловъ, достаточно сильныхъ для направленія эгоизма въ желательную сторону. Общественная жизнь выдвигаетъ два такихъ стимула: вознагражденіе и принужденіе. Вознагражденіе находитъ осуществленіе и соотвѣтственную организацію въ экономическомъ оборотѣ, принужденіе — въ правѣ.

Право представляетъ собою организацію принужденія; дѣйствуя во имя общественныхъ цѣлей, оно приспособляетъ эгоизмъ для ихъ осуществленія. Тотъ же эгоизмъ, который побуждаетъ человѣка, во что бы то ни стало, стремиться къ осуществленію своихъ личныхъ цѣлей, дѣйствуетъ въ правѣ на пользу цѣлей социальныхъ. Эгоизмъ не отмѣняется въ правѣ, но только видоизмѣняется. Видоизмѣненіе заключается здѣсь въ поднятіи эгоизма до высшей степени сознательности, до уразумѣнія индивидомъ его дѣйствительныхъ интересовъ въ сложныхъ отношеніяхъ человѣческаго общежитія.

Мелочный близорукій эгоизмъ, говоритъ Герингъ, имѣетъ предъ глазами только отдѣльную выгоду и преслѣдуетъ ее въ случаѣ надобности насчетъ права, чести, отечества, короче — такими способами, которые, если-бы стали всеобщими, были бы самыми нецѣлесообразными въ мірѣ. Съ повышеніемъ сознательности индивидъ убѣждается, что его благо обусловлено благомъ общественнымъ; подъ вліяніемъ этого сознанія эгоизмъ обнимаетъ не только себя, но и общество, и становится дальнорукимъ. Дальнорукость не остается лишь въ области сознанія эгоистически настроеннаго дѣятеля; она переходитъ въ область его воли и воздѣйствуетъ на его практическую дѣятельность. Благодаря этому, индивидъ опредѣляетъ себя къ дѣйствию не эгоистическимъ влеченіемъ, но, если такъ можно выразиться, эгоистическимъ разсужденіемъ. Основной принципъ этого разсужденія сводится къ требованію, чтобы низшее было подчинено высшему, индивидъ госу-

дарству, отдѣльный случай общему правилу, моментъ продолжительному состоянію. Подъ дѣйствіемъ такого принципа дальноркой эгоизмъ становится эгоизмомъ дисциплинированнымъ. Дисциплинированный эгоизмъ создаетъ право, какъ систему обузданія непосредственныхъ эгоистическихъ влеченій и приспособленія ихъ для цѣлей социальныхъ.

Если бы всѣ люди обладали достаточнымъ разумніемъ и достаточной силой воли, то дисциплинировка эгоизма осуществлялась бы свободно въ силу всеобщаго убѣжденія въ цѣлесообразности требованій права. Но такъ какъ у цѣлаго ряда людей нѣтъ ни должнаго разумнія, ни достаточной силы воли, то требованія права приводятся въ исполненіе посредствомъ принужденія.

Обращаясь со своими велѣніями къ индивиду, правѣ обращается къ его эгоизму и строить всѣ свои расчеты на дѣйствіи дальноркаго эгоизма индивида. Тягости, съ которыми сопряжено исполненіе обязанностей, право вознаграждаетъ обезпеченіемъ достиженія эгоистическихъ интересовъ. Право, говорить Герингъ, есть религія эгоизма.

Хотя приспособленіе эгоизма для общественныхъ цѣлей называется успѣшнымъ и плодотворнымъ, тѣмъ не менѣ общественная жизнь не можетъ строиться на одномъ лишь эгоизмѣ. Тѣ стимулы, которые призваны приспособлять эгоизмъ для общественной дѣятельности, именно, — вознагражденіе и принужденіе, — не всегда способны производить должное дѣйствіе. Есть случаи, въ которыхъ указанные стимулы оказываются безсильными. Для того, чтобы вознагражденіе оказывало необходимое побудительное воздѣйствіе на эгоизмъ требуются двоякаго рода условія: во-первыхъ, чтобы тотъ, кто рассчитываетъ удовлетворить свою потребность при помощи услуги со стороны другого, былъ въ состояніи предоставить соотвѣтственное вознагражденіе; во-вторыхъ, чтобы оказывающей услугу былъ расположенъ принять вознагражденіе. Если одного изъ этихъ условій нѣтъ на лицо, то вознагражденіе не можетъ служить двигателемъ общественной дѣятельности. Если-бы вознагражденіе было единственнымъ такимъ двигателемъ, то бѣднымъ пришлось бы помирать съ голоду за отсутствіемъ безкорыстной помощи, а богатые не принимали бы никакого участія въ общественной дѣятельности при отсутствіи стремленія къ полученію вознагражденія. Но опытъ, говорить Герингъ, показываетъ противное. Кромѣ того, даже въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ основнымъ двигателемъ является вознагражденіе, для интенсивности и высшей

доброкачественности работы необходимы еще другіе мотивы, какъ-то: совѣстливость, честность, чувство чести, чувство долга. Точно также недостаточно и принужденіе. Принужденіе рассчитано на эгоистическое чувство страха. На этомъ расчетѣ не можетъ строиться вся общественная дѣятельность. Эгоистическое чувство страха дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока глазамъ виденъ кнутъ, но стоитъ убрать кнутъ, и страхъ исчезнетъ. Еслибы принужденіе было единственнымъ двигателемъ, то цѣлыя области общественной дѣятельности остались бы безъ работниковъ. Итакъ, оба эгоистическихкія двигателя нуждаются въ восполненіи. Восполняются они двумя мотивами иного порядка, — чувствомъ долга и любовью. На дѣйствіе этихъ мотивовъ рассчитаны правила нравственности. Отношеніе нравственности къ эгоизму — отрицательное. Эгоизмъ есть обращеніе воли на собственное „я“, какъ на цѣль. Нравственность требуетъ неэгоистическаго настроенія, — направленія воли на цѣли другія, а не на собственное я.

Ограниченіе права предѣлами дальнозоркаго, т. е. расчетливаго эгоизма и противоположеніе его на этомъ основаніи нравственности нельзя признать соответствующимъ дѣйствительному положенію дѣла. Прежде всего необходимо обратить вниманіе на то обстоятельство, что право устанавливаетъ цѣлый рядъ обязанностей, исполненіе которыхъ требуетъ въ случаѣ надобности полного самопожертвованія со стороны обязаннаго лица. Таковы, нпр., обязанности солдата, врача, капитана корабля. Далѣе, въ цѣломъ рядѣ другихъ обязанностей право, если и не требуетъ полного самопожертвованія со стороны обязаннаго, то во всякомъ случаѣ рѣшительно отвергаетъ его личныя выгоды. Такъ, нпр., обязанности опекуна всецѣло направлены на соблюденіе интересовъ опекаемаго, и отказаться отъ этой обязанности дозволяется только въ случаяхъ особо уважительныхъ. Наряду съ этимъ можно, правда, указать на институтъ крайней необходимости, въ которомъ замѣчается повидимому торжество эгоистическаго начала въ правѣ. Подъ крайней необходимостью понимаютъ такое положеніе, въ которомъ человѣкъ можетъ спасти собственное благо не иначе, какъ только жертвуя благомъ другого. И вотъ, когда при такомъ положеніи дѣло идетъ о спасеніи жизни, и одно лицо приноситъ жизнь другого въ жертву своей собственной (нпр. сбрасывая спутника въ воду изъ тонущей лодки и спасая этимъ себя), то право признаетъ такое посягательство на чужую жизнь ненаказуемымъ и освобождаетъ убійцу отъ отвѣтственности. Такъ какъ институтъ

крайней необходимости существует наряду съ обязанностями не-сомнѣнно альтруистическаго характера, то слѣдуетъ прежде всего отмѣтить, что онъ не исчерпываетъ всѣхъ возможныхъ мотивовъ дѣятельности, на которыя рассчитываетъ право. Далѣе необходимо указать, что убійство при крайней необходимости не предписывается правомъ и вообще не признается явленіемъ правомѣрнымъ. Право только снисходитъ къ слабости человѣческой и только не наказываетъ человѣка за то, что онъ не возвысился до самопожертвованія. Наконецъ, вполнѣ понятно, что обязанность самопожертвованія не можетъ стать юридическою, такъ какъ въ такомъ случаѣ ей должно бы соответствовать притязаніе другого лица на то, чтобы обязанный жертвовалъ для него своей жизнью. Признаніе подобнаго притязанія противорѣчило бы альтруизму въ большей степени, чѣмъ ненаказуемость убійства при крайней необходимости.

Въ основу права Герингъ кладетъ дальнозоркій, или расчетливый эгоизмъ. Согласно этому взгляду Геринга, мотивомъ для исполненія юридической обязанности служить эгоистическое сужденіе, т. е. обстоятельный и точный расчетъ тѣхъ выгодъ, которыя въ концѣ концовъ получить лицо обязанное отъ исполненія вѣрнѣй права. Такая мотивация юридической обязанности не представляется достаточно реальной. Она предполагаетъ въ человѣкѣ такое предвидѣніе длиннаго ряда цѣлей и ихъ послѣдствій, какимъ въ дѣйствительности люди не обладаютъ. Наконецъ, одно сознаніе выгоды, по собственному признанію Геринга, не достаточно для повышенія интенсивности дѣятельности и ея доброкачественности. Для этого требуется непосредственное чувство долга. Чувство долга сопутствуетъ исполненію юридической обязанности въ той же мѣрѣ, что и нравственной. Безъ этого чувства и юридическія обязанности либо совсѣмъ бы не исполнялись, либо отбывались бы столь формально, что не достигали бы цѣли.

§ 11. Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ.

G. Jellinek, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2-ое изд., 1908 г.; русск. переводъ: Г. Елл инекъ, Соціально-этическое значеніе права, неправды и наказанія, съ предисловіемъ П. И. Новгородцева, 1910; Вл. Соловьевъ, Оправданіе добра (Собр. Соч. т. VII), гл. XVII: Нравственность и право.

Если противоположеніе права и нравственности не подтверждается фактами, и разобщеніе, этихъ двухъ областей не можетъ

быть критически обосновано, то приходится признать, что обѣ области находятся во взаимной связи. Надлежитъ лишь ближайшимъ образомъ выяснить эту связь и указать, насколько обѣ области содѣйствуютъ другъ другу въ дѣлѣ установленія правильного поведенія людей въ обществѣ. Оригинальное рѣшеніе указанной задачи даетъ теорія этического минимума въ правѣ, выдвинутая въ концѣ семидесятихъ годовъ прошлаго столѣтія извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ и государствовѣдомъ Йеллинекомъ.

Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ отправляется отъ понятія соціальной этики. Подъ послѣдней Йеллинекъ разумѣетъ совокупность нормъ, вытекающихъ изъ условій существованія и развитія общества и обращенныхъ къ волѣ человѣка въ качествѣ велѣній, требующихъ осуществленія. Въ приведенной предпосылкѣ теоріи этического минимума въ правѣ существенно важны два обстоятельства: во-первыхъ, рѣшительное признаніе общественнаго происхожденія и назначенія нравственности, и, во-вторыхъ, проводимое различіе между условіями существованія и развитія общества. Остановимся на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Признаніе соціальнаго происхожденія и назначенія этики является необходимой поправкой къ тому индивидуалистическому пониманію нравственности, которое приводило къ полному разобщенію нравственности и права. Томазій, ученіе котораго по данному вопросу сохранялось въ наукѣ почти полтора столѣтія, исходилъ, въ сущности говоря, изъ того предположенія, что всѣ общественныя связи между людьми опираются исключительно на нормы юридическія, такъ какъ только эти нормы порождены общежитіемъ, или точнѣе, необходимымъ для общежитія предварительнымъ соглашеніемъ индивидовъ. Нравственность представлялась Томазію продуктомъ исключительно индивидуальнаго развитія и совершенствованія. Она являлась какъ бы независимой отъ условій общественной среды. Осуществленіе нравственныхъ правилъ не требовалось со стороны общественнаго союза и являло собою какъ бы высшее, надъ-общественное развитіе личности. Идеалистическая философія первой половины XIX столѣтія осудила это разобщеніе между нравственностью и правомъ; она видѣла уже въ общественномъ союзѣ не только внѣшнюю форму существованія моральной личности, но и орудіе для объективнаго осуществленія моральнаго добра въ человѣчествѣ. Нравственность

съ этой точки зрѣнія переставала казаться удѣломъ независимаго индивида и становилась достояніемъ общества. Начавшееся съ середины XIX столѣтія позитивное изученіе общественной жизни кореннымъ образомъ измѣнило постановку вопроса о моральной личности. Послѣднюю перестали считать какимъ то даннымъ отъ вѣка протеемъ, который изъ себя создалъ общежитіе и неизмѣнно стремился обезпечить въ немъ для себя извѣстную самостоятельность и даже непроницаемость. Изучая различные общественные союзы людей на разныхъ ступеняхъ культурнаго развитія, убѣдились, что исторія человѣчества идетъ отъ первоначальной стадности къ такому состоянію, въ которомъ индивидуальная личность постепенно выдѣляется и достигаетъ все большаго и большаго самоопредѣленія. Такимъ образомъ и моральныя представленія личности вырастаютъ въ тѣхъ же условіяхъ общественной среды, въ которыхъ слагается самая личность человѣка. Кромѣ того моральныя представленія, возникшія подъ вліяніемъ общественной среды, служатъ не одной лишь цѣли совершенствованія личности, противопологаемой обществу, но являются также средствомъ для сплоченія индивидовъ въ одно общественное цѣлое.

Среди условій, порождающихъ установленіе соціальной этики, Теллинекъ различаетъ условія существованія и условія развитія общества. Это значить, что этическія нормы необходимы съ одной стороны для того, чтобы общество могло существовать, т. е. чтобы оно было достаточно сплочено и не распалось, съ другой стороны, для того, чтобы общество развивалось. Двойкой потребности, призывающей къ жизни этическую регламентацію, соотвѣтствуетъ и двойкая цѣль ея. Этика, съ одной стороны, служитъ удержанію общества отъ распаденія, съ другой, — развитію общества. Эту двустороннюю цѣль соціальной этики Теллинекъ разсматриваетъ какъ двѣ самостоятельныя цѣли и устанавливаетъ между ними іерархическую, даже количественную градацію. Сохраненіе существованія является для общества первой и болѣе элементарной цѣлью, развитіе — второй и высшей цѣлью. Вторая цѣль обнимаетъ и первую и потому представляетъ собою нѣчто болѣе; первая цѣль входитъ во вторую, какъ ея составная часть, и потому представляетъ собою нѣчто меньшее.

Если мы возьмемъ, говорить Теллинекъ, какое либо исторически опредѣленное общество и спросимъ, каковы тѣ нормы, соблюденіе которыхъ дѣлаетъ возможнымъ дліащееся существованіе даннаго общества, то въ отвѣтъ на это мы получимъ право этого

общества. Право составляет часть нравственности, задача которой не только обеспечивать существование общества, но и способствовать его развитию. Понятно, что это будет часть меньшая притом наименьшая, ибо без нея общество не могло бы существовать. На языкѣ экономистовъ то наименьшее количество материальныхъ средствъ, которое является необходимымъ для поддержанія жизни и при отсутствіи котораго грозитъ голодная смерть, извѣстно подъ названіемъ Existenzminimum'a. Телликъ заимствуетъ экономическій терминъ и характеризуетъ право какъ Existenzminimum этическихъ нормъ. Будучи минимальными по своей цѣли и опредѣляемому ими содержанию, юридическія нормы требуютъ очевидно для своего соблюденія минимальной нравственной дѣятельности и наименѣ напряженнаго нравственнаго настроенія со стороны членовъ общества. Такимъ образомъ и со стороны своего объективнаго содержанія, и со стороны субъективнаго напряженія воли право есть ничто иное, какъ этической минимумъ.

Чѣмъ сложнѣе и обширнѣе формы социальныхъ отношеній между индивидами, чѣмъ разнообразнѣе тѣ цѣли, которыхъ индивиды желаютъ достигнуть чрезъ посредство общества, тѣмъ больше становится количество тѣхъ этическихъ нормъ, соблюденіе которыхъ необходимо требуется для нерушимаго удержанія болѣе сложнаго общественнаго союза. Сообразно съ этимъ размѣръ этическаго минимума мѣняется. Поэтому всякое отдѣльное общество имѣетъ свое собственное право, и право по необходимости представляетъ историческія и національныя различія. Общимъ для всякаго права является его охранительный характеръ и та пропорція, которая существуетъ между правомъ и нравственностью. Право относится къ нравственности какъ часть къ цѣлому, какъ фундаментъ къ зданію.

Что праву присуща цѣль поддерживать извѣстное состояніе общества, это не требуетъ даже спеціального доказательства. Стоитъ взять любое правоположеніе, и всегда окажется, что оно въ концѣ концовъ имѣетъ цѣлью сохраненіе какого-либо блага, существеннаго для поддержанія общества. Средства могутъ быть при этомъ избираемы самыя неподходящія, и даже самое благо въ дѣйствительности можетъ имѣть только индивидуальное, а не социальное значеніе; тѣмъ не менѣе въ основѣ всякаго права всегда будетъ лежать, хотябы и ложное, представленіе о существенномъ социальномъ значеніи охраняемаго блага и необходи-

мости его для удержанія общества въ данномъ его состояніи. Издастъ ли деспотъ суровыя повелѣнія, исходящія изъ его жестокой природы и наводящія ужасъ на подвластныхъ, грозитъ ли суетвѣрный и нетерпимый народъ смертью за волшебство и ересь, устанавливаетъ ли современное культурное государство подробныя законодательныя опредѣленія относительно организаціи школъ, желѣзныхъ дорогъ, банковъ и т. д., во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ, по крайней мѣрѣ по мысли законодателя, о сохраненіи существенно важнаго или принимаемаго за таковой объекта, будетъ ли то неограниченный произволъ власти, единство вѣры, жизнь, собственность, обеспеченность экономического оборота. Съ точки зрѣнія социальной этики право, какъ элементъ охранительный, составляетъ минимумъ этическихъ нормъ даннаго общества, обезпечивающій неизмѣнное существованіе послѣдняго.

Нравственный характеръ права и значеніе его, какъ этического минимума, проявляются нагляднѣе всего, по мнѣнію Геллинека, въ древнихъ законахъ ранней нравственности, каковы — десять заповѣдей ветхаго заветъа. Эти основныя заповѣди вводятъ безграничное по природѣ эгоистическое влеченіе въ такіе предѣлы, при которыхъ оно не представляетъ болѣе опасности для всеобще необходимыхъ социальныхъ учреждений и благъ. Чѣмъ дальше подвигается культурное развитіе народа, тѣмъ больше становится число нормъ, необходимыхъ для сохраненія цѣлаго и частей; вмѣстѣ съ тѣмъ расширяется и нравственный базисъ права.

Право и нравственность противопологали, какъ двѣ независимыя другъ отъ друга области, только потому, что неправильно относили нравственность исключительно къ внутреннему міру человѣка. На самомъ дѣлѣ нравственность такъ же, какъ и право, развилась не изъ абсолютной идеи долга, а изъ нравовъ, т. е. изъ этического обычая. Поэтому первоначально нравственность является только внѣшнимъ соблюденіемъ этического обычая, и только впоследствии къ этому присоединилось представленіе объ извѣстномъ внутреннемъ настроеніи лица, соответствующемъ внѣшнему его поведенію. Вслѣдствіе этого нельзя сводить нравственность исключительно къ внутреннему міру человѣка и противопологать ее на этомъ основаніи праву, тѣмъ болѣе, что и современная социальная этика ограничивается преимущественно внѣшнимъ соблюденіемъ нормъ или, по крайней мѣрѣ, считаетъ это наиболѣе важнымъ. Подобно тому, какъ нравственность отъ

внѣшняго соблюденія этическаго обычая возвышается постепенно до требованія соотвѣтственнаго внутренняго душевнаго настроенія, такъ и право, требуя, правда, соблюденія только этическаго минимума, все же возвышается постепенно до требованія соотвѣтственнаго внутренняго душевнаго настроенія. Послѣднее требованіе право предъявляетъ не каждому отдѣльному индивиду при осуществленіи имъ той или другой юридической нормы, но всему обществу въ его цѣломъ и по отношенію ко всей системѣ юридическихъ нормъ. Чѣмъ болѣе проникается общество духомъ права и чувствомъ законности, тѣмъ тверже юридическій порядокъ, тѣмъ прочнѣе и устои общества.

Противъ связи, устанавливаемой между правомъ и нравственностью, выставляютъ, указываетъ Іеллинекъ, то обстоятельство, что при осуществленіи конкретныхъ правовыхъ притязаній послѣднія нерѣдко противорѣчатъ требованіямъ нравственнаго долга. Такъ, напр., кредиторъ отнимаетъ у должника по исполнительному листу его послѣднія средства и повергаетъ его этимъ въ крайнюю нищету. Кредиторъ въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ на точномъ основаніи права, и тѣмъ не менѣе поведеніе его будетъ противонравственнымъ. Чтобы устранить кажущееся противорѣчіе необходимо, разъясняетъ Іеллинекъ, всегда помнить, что право есть лишь этической минимумъ, лишь низшая ступень нравственности. Въ данномъ случаѣ кредиторъ требуетъ долгаго и поступаетъ нравственно въ томъ смыслѣ, что взыскиваетъ только причитающееся ему и не посягаетъ на то, что ему не слѣдуетъ. Но конечно кредиторъ поступилъ бы болѣе нравственно, если-бы вошелъ въ положеніе должника и отпустилъ бы ему долгъ.

Возможно, замѣчаетъ Іеллинекъ, еще другого рода возраженіе противъ принципиальнаго объединенія права съ нравственностью. То или другое дѣйствующее право можетъ быть вреднымъ для общества, и тогда, скажутъ противники, въ немъ нельзя признавать этическаго минимума. Такое вредное для общества право, говоритъ Іеллинекъ въ опроверженіе возможнаго возраженія, является правомъ только по формѣ, а по матеріальному своему содержанію оно есть отрицаніе права или нѣчто безразличное съ точки зрѣнія права. Осуществленіе этическаго минимума представляетъ собою нормальное отношеніе права къ нравственности. Тотъ или другой законодатель можетъ его нарушать, но отъ этого оно не перестаетъ быть нормальнымъ. Мало того, нарушеніе нормальнаго отношенія права къ нравственности

въ концѣ концовъ не проходитъ безнаказаннымъ для общества, — жизнь неумолимо мститъ за такое нарушеніе.

Обращаясь къ критическому разсмотрѣнію ученія Теллинека, мы прежде всего отмѣтимъ, что полного признанія заслуживаетъ лежащая въ основѣ его мысль о связи, существующей между правомъ и нравственностью на почвѣ одинаковаго социальнаго ихъ происхожденія и совмѣстнаго служенія ихъ обществу. Что же касается опредѣленія ближайшаго взаимоотношенія социальныхъ задачъ права и нравственности, то по этому вопросу возникаютъ весьма основательныя сомнѣнія въ правильности проводимой Теллинекомъ точки зрѣнія. Основнымъ положеніемъ теоріи Теллинека является утвержденіе, что право служить исключительно обезпеченію длящагося существованія общества, удержанію его отъ распада и гибели. Этому положенія никакъ нельзя признать правильнымъ. Задача права на самомъ дѣлѣ отнюдь не ограничивается охраною существованія общества. Наряду съ охранительными правами и охранительными обязанностями правовой порядокъ объемлетъ, по справедливому замѣчанію Вундта, многочисленныя установленія, которыя можно бы назвать правами и обязанностями споспѣшествованія развитію общества. Охранѣ лица и собственности, доставляемой законодательствомъ, можно противопоставить столь важныя установленія права, какъ надзоръ за обученіемъ, положительныя мѣры къ поднятію матеріальнаго благосостоянія и другихъ культурныхъ потребностей, — установленія, направленные на улучшеніе жизненныхъ условій общества. Право не только содѣйствуетъ развитію общества, но и не можетъ не преслѣдовать этой цѣли. Въдь всякая жизнь, слѣдовательно, и жизнь общества не можетъ оставаться неподвижной и всегда есть измѣненіе, развитіе. Право упустило бы одну изъ важнѣйшихъ задачъ своихъ, еслибы не отвѣчало тѣмъ требованіямъ, который ставитъ это неустанное развитіе жизни. Удерживая общество *statu quo*, право являлась бы тормозомъ развитія и осуждало бы само себя на гибель. Въ дѣйствительности право удовлетворяетъ этой потребности непрестаннаго движенія и въ государствѣ возвышается до вполне сознательнаго служенія цѣлямъ нравственнаго развитія. Принимая въ соображеніе это обстоятельство, мы уже не можемъ признать, что право есть не болѣе, какъ *Existenzminimum* этическихъ нормъ.

Право, какъ и нравственность, служитъ не только охранѣ существованія общества, но и его развитію. Развитіе общества выражается въ моральномъ совершенствованіи людей. Нельзя не

согласиться съ тѣмъ, что въ лѣствицѣ моральнаго совершенствованія человѣка право составляетъ первыя, низшія ступени. Поэтому нельзя не признать, что изложенное ученіе Іеллинека содержитъ въ себѣ нѣкоторую вѣрную мысль, именно, мысль о подчиненіи права нравственности. Этой подчиненной моральной функціи права нельзя однако свести къ одной лишь охранѣ общества и невозможно измѣрить ее количественно, какъ это пытается сдѣлать теорія этического минимума. Экономическое понятіе Existenzminimum'a не примѣнимо къ моральной области, не поддающейся такому количественному учету.

Ученіе объ этическомъ минимумѣ въ правѣ нашло себѣ принципиальное признаніе и необходимое восполненіе со стороны извѣстнаго русскаго философа-моралиста Вл. Соловьева.

Признавая общественную организацію средствомъ для постепеннаго осуществленія моральныхъ цѣлей человѣчества, Вл. Соловьевъ связывалъ въ этомъ отношеніи право и нравственность и характеризовалъ право какъ низшій предѣлъ или опредѣленный минимумъ нравственности. Въ отличіе отъ Іеллинека Вл. Соловьевъ не говорилъ, что право есть Existenzminimum этическихъ нормъ, и такимъ образомъ не исключалъ изъ функцій права служенія развитію общества. Признаніемъ права за низшій предѣлъ нравственности не исчерпывается у Вл. Соловьева характеристика социальнo-этической функціи юридическихъ нормъ. Къ этому прибавляется Вл. Соловьевымъ еще весьма важное указаніе на то обстоятельство, что право представляетъ собою требованіе реализаціи, т. е. осуществленія опредѣленнаго минимальнаго добра и, слѣдовательно, требованіе дѣйствительнаго устраненія извѣстной доли зла. Право стремится къ тому, чтобы извѣстныя вещи фактически были, и чтобы извѣстныхъ вещей фактически не было. Юридическая регламентація направлена на то, чтобы была защита отъ дикарей, чтобы они не жгли и не разоряли сель и городовъ, чтобы лихіе люди не убивали и не грабили прохожихъ, чтобы населеніе не вымирало отъ болѣзней, чтобы были для всѣхъ доступны условія умственнаго образованія и просвѣщенія и т. д. Однимъ словомъ, въ правѣ выдвигается на первый планъ прямая объективность моральной задачи, осуществленіе которой не ставится въ безусловную зависимость отъ внутренняго проникновенія идей добра въ сердце каждаго отдѣльнаго человѣка, на котораго право налагаетъ ту или другую конкретную обязанность.

Поправки Вл. Соловьева являются весьма важными и суще-

ственными: въ нихъ устраняется не соответствующее дѣйствительности раздѣленіе условій существованія и развитія общества, и подчеркивается непосредственная объективная и практическая задача права. Благодаря этому, облегчается дѣло положительнаго выясненія того взаимоотношенія, которое существуетъ между правомъ и нравственностью.

§ 12. Связь права съ нравственностью.

A. Sutherland, *The origin and growth of the moral instinct*, 2 тома. 1898 г.; А. Сутерландъ, Происхождение и развитіе нравственнаго инстинкта, русск. перев. Н. Кончевской въ одномъ томѣ, 1900; E. Coutoux, *Morale sociale*, 1899; Соціальная мораль. Статьи профессоровъ свободной школы социальныхъ наукъ въ Парижѣ, русск. перев., 1902; Dupan, *Principes moraux du droit*, *Revue de métaphysique*, 1901; П. И. Новгородцевъ, Право и нравственность, въ Сборникъ общ. юрид. знаній подъ ред. Ю. С. Гамбаровъ, вып. I, 1899 г.; Л. И. Петражицкій, Теорія права и нравственности, т. I.

Связь права и нравственности заключается прежде всего въ единствѣ ихъ происхожденія и дѣли. И право, и нравственность порождаются условіями человѣческаго общежитія и развиваются подъ вліяніемъ измѣненій, происходящихъ въ общественной средѣ. Если мы окинемъ взглядомъ долгій процессъ общественнаго развитія, идущій отъ стадной группы звѣролововъ до современнаго намъ промышленнаго и государственнаго быта, то увидимъ, что на длинномъ ея протяженіи измѣнялись и перерождались всѣ нормы соціальнаго поведенія, какъ юридическія, такъ и моральныя. И право, и нравственность стремятся къ одной и той же дѣли, — къ охранѣ существованія и къ содѣйствію развитію общества на началахъ справедливости. Вслѣдствіе этого между правомъ и нравственностью устанавливается общность содержанія. Неприкосновенность чужой личности, семейная связь, распредѣленіе имущественныхъ благъ, задача власти, отношеніе къ ней со стороны подвластныхъ, — всѣ эти основные вопросы общежитія подлежатъ одинаково и юридической, и моральной регламентаціи.

Единая соціальная задача достигается однако въ правѣ и въ нравственности различными путями. Нравственность дѣйствуетъ путемъ наложенія односторонней обязанности, право устанавливаетъ не только обязанность, но и притязаніе. Наличие притязанія создаетъ добавочный стимулъ для исполненія обязанности

и обеспечиваетъ такимъ образомъ непрѣмное осуществленіе тѣхъ моральныхъ велѣній и того социальнаго добра, которыя составляютъ содержаніе права.

Аттрибутивный характеръ права налагаетъ особый отпечатокъ на устанавливаемыя имъ обязанности. Наличие притязанія ставитъ исполненіе юридической обязанности внѣ безусловной зависимости отъ моральнаго настроенія обязаннаго лица. Такъ какъ исполненіе юридической обязанности является не только соблюденіемъ нравственнаго долга обязаннымъ, но и удовлетвореніемъ притязанія управомоченнаго, то вполне понятно, что при установленіи обязанности право не можетъ принимать въ соображеніе всѣхъ субъективныхъ особенностей обязаннаго. Поэтому всѣ юридическія обязанности устанавливаются въ общихъ типическихъ чертахъ. Исполненіе ихъ рассчитано на средняго, такъ сказать, человѣка даннаго общества, и при осуществленіи ихъ не принимаются въ соображеніе субъективныя особенности обязаннаго. По той же причинѣ юридическія обязанности носятъ всегда характеръ строго опредѣленный. Опредѣленности требуетъ именно притязаніе. Установленіе неопредѣленныхъ притязаній не возможно, потому что оно привело бы къ злоупотребленію, къ эксплуатированію обязаннаго управомоченнымъ. Право стремится установить равновѣсіе въ сожитіи и сотрудничествѣ людей. Оно должно поэтому указывать каждому точныя предѣлы его обязанностей и притязаній. Нравственность не знаетъ притязаній; она предписываетъ однѣ лишь обязанности и потому не ставитъ имъ никакихъ объективныхъ предѣловъ, предоставляя осуществленіе ихъ исключительно моральнымъ усиліямъ обязаннаго. Пояснимъ сказанное примѣромъ. И нравственность, и право устанавливаютъ, положимъ, обязанность благотворенія. Нравственность не облакаетъ ея въ типическія формы и не полагаетъ осуществленію ея никакихъ предѣловъ. Право, разъ онѣ признаетъ обязанность благотворенія, немедленно облакаетъ ее въ извѣстныя типическія формы и заключаетъ въ извѣстные типичныя предѣлы. Такъ, правовою обязанностью признается благотвореніе въ пользу опредѣленной категоріи лицъ, которыя по извѣстнымъ основаніямъ признаются бѣдняками; осуществленіе этой обязанности находитъ себѣ строго опредѣленное выраженіе въ уплатѣ общиннаго или государственнаго налога въ пользу бѣдныхъ. Соотвѣтственно этому за строго опредѣленной категоріей лицъ признается при извѣстныхъ точно опредѣленныхъ условіяхъ притязаніе на вспомошествованіе извѣстнаго

размѣра отъ общины или государства. Съ типичностью и точною опредѣленностью неразрывно связана третья особенность юридическихъ обязанностей, — ихъ формализмъ.

Указанныя особенности вытекаютъ изъ атрибутивнаго характера права и потому являются неизбѣжными свойствами всякой юридической обязанности. Содержаніе послѣдней совпадаетъ съ соотвѣтственной моральною обязанностью, но надѣляется при этомъ указанными выше особенностями. Тѣ моральныя обязанности, которыя не могутъ стать типическими для средняго человѣка и не поддаются точному опредѣленію и внѣшней формулировкѣ, не подлежатъ въ силу этого превращенію въ обязанности юридическія. Не поддаются поэтому юридической регламентаціи такія нравственныя велѣнія, какъ заповѣдь любви, жалости, милосердія, самопожертвованія и т. п. Изъ нихъ нельзя вывести типической обязанности, невозможно придать имъ опредѣленный размѣръ и облечь ее въ извѣстныя внѣшнія формулы. Наконецъ, что всего важнѣе, невозможно надѣлять людей притязаніями на любовь, жалость, милосердіе со стороны другихъ, потому что подобныя неограниченныя и неопредѣленныя притязанія чрезмѣрно подавляли бы обязанную личность и развращали бы личность управомоченныхъ. Нечего и говорить уже о тѣхъ практическихъ затрудненіяхъ, которыя вызывались бы осуществленіемъ подобныхъ притязаній, и о тѣхъ злоупотребленіяхъ, для которыхъ открывался бы при этомъ самый широкій просторъ.

Есть случаи, когда право повидимому устанавливаетъ обязанности, такъ сказать, безпредѣльныя. Таковы, нпр., обязанности солдата и капитана корабля жертвовать своею жизнью на войнѣ и при крушеніи судна. Необходимо однако замѣтить, что и эти обязанности въ правѣ вводятся въ извѣстныя опредѣленныя рамки: законъ точно говоритъ, чего именно онъ требуетъ. Солдатъ обязанъ идти на войну и выполнять извѣстныя дѣйствія, сопряженныя съ рискомъ жизни, но не существуетъ для него юридической обязанности героическаго самопожертвованія. Если онъ принимаетъ своею грудью штыковый ударъ врага, направленный въ его товарища, онъ дѣйствуетъ въ силу нравственнаго долга самопожертвованія; юридической обязанности здѣсь нѣтъ, нѣтъ и соотвѣтственнаго притязанія.

Когда мы говоримъ, что не всѣ моральныя обязанности поддаются типическому формальному опредѣленію и потому не могутъ превратиться въ юридическія, мы этимъ не хотимъ сказать, что

такія нравственныя обязанности остаются совершенно чуждыми праву. Мы указываемъ только, что онѣ не поддаются непосредственной юридической регламентаціи во всемъ ихъ объемѣ. Не переходя въ право цѣликомъ и непосредственно, эти моральныя обязанности служатъ тѣмъ не менѣе источникомъ установленія производныхъ юридическихъ обязанностей соответственнаго характера. Такъ, нпр., изъ нравственной обязанности любви и милосердія выводятся юридическія обязанности защиты дѣтей, малолѣтнихъ, оказанія помощи больнымъ, нищимъ и т. д.

Какъ мы уже говорили, право ведетъ къ той же цѣли, что и нравственность, только своимъ особымъ путемъ. Своеобразіе этого пути, вызываемое практическими условіями общезитія, не нарушаетъ связи права съ нравственностью и не ставитъ его въ принципиальное противорѣчіе съ послѣдней. Юридическія обязанности являются своеобразнымъ отраженіемъ нравственныхъ обязанностей и потому не могутъ противорѣчить послѣднимъ ни въ типическомъ своемъ содержаніи, ни въ конкретномъ осуществленіи. Иначе обстоитъ дѣло съ правовыми притязаніями. Въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ осуществленіе ихъ можетъ расходиться съ требованіемъ нравственности. Приведемъ для примѣра упоминавшееся уже въ предыдущемъ параграфѣ притязаніе сытаго кредитора къ голодному должнику. Подобныя противорѣчія въ отдѣльныхъ случаяхъ являются слѣдствіемъ формализма права. Они не дѣлаютъ однако противорѣчія между правомъ и нравственностью ни принципиальнымъ, ни безвыходнымъ. Дѣло въ томъ, что притязаніе только предоставляется лицу управомоченному, но осуществленіе его не вмѣняется ему въ обязанность. Право не настаиваетъ на исполненіи всѣхъ притязаній и поэтому не становится въ принципиальное противорѣчіе съ нравственностью. Управомоченный можетъ отказаться отъ своего притязанія, и такимъ образомъ открывается выходъ изъ конкретнаго противорѣчія между установленіемъ права и велѣніемъ морали.

Не смотря на указанную связь права съ нравственностью, жизнь даетъ намъ постоянно примѣры противорѣчія между ними, и именно кореннаго противорѣчія между юридическою обязанностью и нравственнымъ долгомъ. Противорѣчія эти переживаются отдѣльными людьми и ставятъ ихъ въ глубоко трагическія положенія, встрѣчаемыя въ повседневной жизни и нашедшія себѣ отраженіе въ драматической литературѣ (припомнимъ Антигону). Мы должны

остановиться на этихъ противорѣчяхъ и выяснить ихъ значеніе съ теоретической точки зрѣнія.

Противорѣчія, о которыхъ идетъ рѣчь, бываютъ троякаго рода: 1) предписанія права противорѣчатъ субъективной морали даннаго лица, 2) они противорѣчатъ морали того общественнаго класса, къ которому принадлежитъ лицо, призываемое къ исполненію опредѣленной юридической обязанности, и 3) предписанія права противорѣчатъ той морали, которую признаетъ самъ законодатель.

Первый случай отнюдь не опровергаетъ выставленнаго положенія о связи права съ нравственностью. Какъ результатъ коллективнаго творчества, право отражаетъ въ себѣ коллективную, общепринятую нравственность. Оно можетъ противорѣчить той или другой индивидуальной морали, но причина противорѣчія въ данномъ случаѣ коренится не въ принципиальной неморальности права, а въ расхожденіи данной индивидуальной морали съ общественной нравственностью, на которую опирается право.

Второй случай представляетъ полную аналогію съ первымъ, только столкновеніе индивида съ обществомъ замѣняется здѣсь столкновеніемъ различныхъ общественныхъ классовъ. Единство интересовъ объединяетъ индивидовъ въ болѣе или менѣе сплоченныя группы, или общественные классы. Между отдѣльными общественными классами существуетъ противоположность, во всякомъ случаѣ значительное различіе интересовъ. Противоположность и различіе классовыхъ интересовъ находятъ исходъ въ сознательномъ и даже безсознательномъ компромиссѣ или соглашеніи, путемъ котораго вырабатываются нѣкоторые общіе интересы для всего даннаго общественнаго союза, которые мы и назовемъ интересами общественными въ отличіе отъ классовыхъ. Въ выработкѣ общественныхъ въ этомъ смыслѣ интересовъ неизмѣнно сказывается преобладаніе однихъ общественныхъ классовъ надъ другими. Право служить обезпеченію общественныхъ интересовъ, и поэтому въ немъ сказывается то же преобладаніе. Та нравственность, изъ которой право черпаетъ свои принципы, будетъ нравственностью преобладающихъ въ данное время общественныхъ классовъ. Вполнѣ понятно, что при такихъ условіяхъ дѣйствующее право можетъ противорѣчить нравственнымъ представленіямъ тѣхъ общественныхъ классовъ, которые не играютъ въ данное время руководящей роли, и моральное воззрѣніе которыхъ не отражается поэтому въ дѣйствующемъ правѣ. Но въ основѣ этого противорѣчія лежитъ не безусловная противонарав-

ственность права, а столкновение двух различных моральных системъ, изъ которыхъ одна служитъ дѣйствительнымъ источникомъ даннаго права, а другая извнѣ взятымъ критеріемъ для сужденія о немъ.

Обратимся теперь къ послѣднему случаю, когда предписанія дѣйствующаго права противорѣчатъ той морали, которую официально признаетъ самъ законодатель. Данный случай обнимаетъ собою нѣсколько разновидностей, и мы остановимся на каждой изъ нихъ въ отдѣльности.

Прежде и легче всего констатировать противорѣчіе между дѣйствующимъ правомъ и тѣмъ нравственнымъ ученіемъ, которое исповѣдуется законодателемъ и общественными классами, имѣющими преобладающее значеніе въ процессѣ правового творчества. Никто не станетъ отрицать, что положительное право христіанскихъ государствъ въ значительной мѣрѣ противорѣчитъ официально исповѣдуемой ими христіанской морали. Необходимо однако имѣть въ виду, что христіанская мораль, какъ и всякая другая альтруистическая мораль нерелигіознаго характера, представляетъ собою высокій нравственный идеалъ, къ которому люди стремятся, но который имъ не удается осуществить въ жизни. Въ каждое данное время наряду съ исповѣдуемымъ нравственнымъ идеаломъ въ обществѣ дѣйствуетъ извѣстная система положительной нравственности, являющаяся возможнымъ по условіямъ времени и мѣста осуществленіемъ идеала. Непосредственнымъ источникомъ для права служитъ именно позитивная мораль. Поэтому противорѣчіе права нравственному идеалу есть не болѣе, какъ слѣдствіе расхожденія позитивной морали съ нравственнымъ идеаломъ.

Возможны однако отдѣльные случаи противорѣчія между вновь устанавливаемымъ правоположеніемъ и той позитивной моралью, которая дѣйствуетъ въ данномъ обществѣ. Это будутъ случаи отдѣльныхъ ошибокъ или нравственнаго паденія законодателя; они всегда возможны, но неминуемо влекутъ за собой отрицательныя послѣдствія для общественной жизни, которыя подтверждаютъ лишь необходимость связи права съ нравственностью.

Наконецъ, гораздо болѣе часты случаи противорѣчія нравственности со стороны старыхъ, давно дѣйствующихъ положеній права. Жизнь неустанно идетъ впередъ, измѣняются общественныя условія, и вмѣстѣ съ ними измѣняются нравственныя воззрѣнія общества. Правовое творчество не всегда поспѣваетъ

за этимъ поступательнымъ движеніемъ жизни, нерѣдко отстаеътъ отъ него, и такимъ образомъ возникаютъ коллизіи между повышеннымъ нравственнымъ уровнемъ общества и его отсталымъ правомъ. Эти коллизіи даютъ толчокъ измѣненіямъ въ области права и содѣйствуютъ возведенію его на уровень нравственныхъ воззрѣній общества.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что во всѣхъ случаяхъ существуетъ неразрывная связь между правомъ и тѣми нравственными нормами, которыми руководится данное общество. Связь эта проявляется въ заимствованіи правомъ изъ нравственности критерія для установленія обязанностей и притязаній. Опираясь такимъ образомъ на нравственность, право въ тоже время содѣйствуетъ нравственному воспитанію общества. Обеспечивая объективное осуществленіе извѣстнаго добра и допуская даже принудительное осуществленіе обязанности, право дисциплинируетъ общество и пріучаетъ неустойчивую волю къ исполненію долга. Связь между правомъ и нравственностью проявляется такимъ образомъ не только въ одностороннемъ воздѣйствіи нравственности на право, но и въ ихъ обоюдномъ взаимодействіи.

Глава III. Право въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ.

§ 13. Объективная и субъективная сторона въ правѣ.

E. Hölder, Ueber objektives und subjektives Recht, 1893; E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd., 1894, S. 145 flg.; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, III. Bd., 1906, II. Buch, VII Kap.; A. Nicol-Spreyer, Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil, 1911. R. Loening, Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, 1907; Н. М. Коркуновъ, Лекціи, § 22; Л. I. Петражицкій, Теорія права и государства, т. II, изд. 2-ое, § 22.

Обыденная рѣчь знаетъ два существенно различныхъ значенія слова и понятія „права“. Съ одной стороны, правомъ мы называемъ правило, норму, регулирующую наши поступки, или совокупность этихъ нормъ; съ другой стороны, подъ правомъ мы понимаемъ предоставленную намъ нормою возможность совершить то или другое дѣйствіе или притязать на совершеніе дѣйств-

вія другими или на воздержаніе ихъ отъ дѣйствія. Въ первомъ смыслѣ мы говоримъ, что право устанавливаетъ собственность, опредѣляетъ заключеніе и исполненіе договоровъ, регулируетъ семейныя отношенія, опредѣляетъ порядокъ наслѣдованія, даетъ уставъ службы гражданской, опредѣляетъ составъ Государственной Думы и т. п. Во второмъ смыслѣ мы говоримъ, что собственникъ имѣетъ право владѣть, пользоваться и распоряжаться принадлежащей ему вещью, кредиторъ имѣетъ право на полученіе съ должника капитальной суммы долга и процентовъ, мужъ имѣетъ право требовать, чтобы жена жила вмѣстѣ съ нимъ, единственный сынъ имѣетъ право наслѣдовать все имущество своего отца, умершаго безъ завѣщанія, чиновникъ имѣетъ право на положенное по штату содержаніе, самостоятельный квартиронаниматель, уплачивающій квартирный налогъ, имѣетъ право участвовать въ выборахъ въ Государственную Думу и т. п.

Двоякому употребленію и пониманію слова „право“ въ разговорной рѣчи соотвѣтствуютъ двѣ различаемыя наукою стороны права: объективная и субъективная. Подъ правомъ въ объективномъ смыслѣ понимается юридическая норма или совокупность юридическихъ нормъ. Послѣднія, какъ намъ уже извѣстно, устанавливаютъ обязанности и вмѣстѣ съ тѣмъ надѣляютъ лицо, на котораго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должна быть направлена обязанность, притязаніемъ на ея исполненіе. Притязаніе, которымъ надѣляетъ насъ норма права, представляетъ собою право въ субъективномъ смыслѣ.

И юридическая норма, и юридическое притязаніе обозначаются почти во всѣхъ европейскихъ языкахъ однимъ и тѣмъ же словомъ; таковы: русское и вообще славянское „право“, лат. *ius*, нѣм. *Recht*, франц. *droit*. Въ виду наличности одного термина съ двоякимъ значеніемъ необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ его употребленія отдавать себѣ отчетъ въ томъ, какой смыслъ мы ему придаемъ, — объективный, т. е. предметный, внѣ лица стоящій смыслъ нормы, или же субъективный, т. е. личный, приуроченный къ опредѣленному лицу смыслъ притязанія. Англійскій языкъ располагаетъ двумя различными словами для обозначенія объективнаго и субъективнаго права: первое выражается терминомъ *law*, второе — *right*.

Дѣйствіе юридической нормы на лицо не исчерпывается присвоеніемъ притязанія, но неизбѣжно объемлетъ собою и устано-

вление обязанности, наличие которой на одной сторонѣ необходимо для возникновенія притязанія на другой сторонѣ. Поэтому, хотя право въ субъективномъ смыслѣ, или субъективное право, въ тѣсномъ значеніи этого слова обозначаетъ притязаніе, необходимо однако помнить, что вообще субъективная сторона права выражается не въ одномъ лишь притязаніи, но въ сочетаніи обязанности и притязанія, что вполнѣ соотвѣтствуетъ извѣстному намъ двустороннему характеру юридической нормы. Изъ сочетанія обязанности и притязанія образуется юридическое отношеніе между двумя лицами.

Съ объективной стороны право представляется намъ какъ норма, съ субъективной стороны — какъ юридическое отношеніе.

Объективная и субъективныя стороны права составляютъ два неизбежно сопутствующихъ другъ другу момента какъ въ процессѣ мышления о правѣ, такъ и въ процессѣ правомѣрнаго поведения. Разъ право есть норма, регулирующая поведение людей въ обществѣ путемъ распредѣленія обязанностей и притязаній, то мы не можемъ мыслить его иначе какъ въ сочетаніи двухъ представленій о немъ, — какъ о нормѣ (объективная сторона права) и какъ о вытекающихъ изъ нея обязанностяхъ и притязаніяхъ (субъективная сторона права). Точно также, когда мы осуществляемъ какую либо юридическую обязанность или юридическое притязаніе (субъективная сторона права), мы опредѣляемъ себя къ дѣйствию по представленію нормы юридически должнаго (объективная сторона права).

Объективная и субъективная стороны права обособленно другъ отъ друга не существуютъ и находятся другъ къ другу не въ причинномъ, но въ коррелятивномъ взаимодействіи. Мы говоримъ, что изъ юридической нормы неизбежно вытекаютъ обязанности и притязанія, и что обязанность и притязаніе неизбежно наводитъ насъ на существованіе юридической нормы. Этимъ мы отнюдь не желаемъ сказать, что объективное право есть причина, порождающая право субъективное, или же, напротивъ того, субъективное право есть причина установленія нормы. Мы только констатируемъ неизбежность сочетанія обѣихъ сторонъ права какъ въ томъ случаѣ, когда мы въ нашемъ разсужденіи отправляемся отъ объективной нормы права, такъ и въ томъ случаѣ, когда исходной точкой для насъ служатъ субъективныя обязанности и притязанія.

Въ виду такой неразрывности объективной и субъективной сторонъ права нельзя смотрѣть на объективное право, какъ на отвлеченіе отъ двустороннихъ юридическихъ отношеній, которыя будто бы одни конкретно существуютъ въ видѣ психическихъ переживаній обязанности и притязанія (Бирлингъ). Такое возрѣніе неправильно потому, что въ каждомъ правовомъ переживаніи и дѣйствиіи индивида имѣется и субъективный моментъ своеобразнаго опредѣленія воли къ дѣйствию, и объективный моментъ наличности нормы, какъ внѣшняго критерія для оцѣнки дѣйствиія. Тѣмъ менѣе можно считать объективную сторону права проекціей и фантазмомъ, какъ это дѣлаетъ Л. І. Петражицкій, точку зрѣнія котораго на данный вопросъ мы изложили и подвергли критикѣ выше въ § 6.

Въ виду неразрывности объективной и субъективной сторонъ права невозможно, казалось бы, ставить вопросъ о томъ, какая изъ нихъ предшествуетъ другой въ процессѣ историческаго развитія. Между тѣмъ такой вопросъ ставится, къ тому же крупными учеными (каковы: Ерингъ, Коркуновъ, Ленингъ и др.), и разрѣшается въ томъ смыслѣ, что субъективное понятіе права признается исторически болѣе древнимъ, чѣмъ право объективное. Въ качествѣ основанія для такого рѣшенія вопроса приводятъ то обстоятельство, что развитіе права начинается съ судебныхъ рѣшеній, въ которыхъ формулируются и защищаются субъективныя права. Древній судъ не примѣняетъ къ частному случаю существующей уже общей нормы, но для cadaго частнаго случая творитъ новое право, и только путемъ постепеннаго и медленнаго процесса обобщенія частныхъ рѣшеній, устанавливающихъ субъективныя права, слагаются со временемъ и общія объективныя нормы права, которыя къ тому же на первыхъ порахъ представляютъ весьма невысокую степень обобщенія. Такой порядокъ развитія вполнѣ соответствуетъ, замѣчаютъ сторонники указаннаго мнѣнія, общему психологическому закону, въ силу котораго единичное представленіе о правѣ должно предшествовать общему представленію о немъ. Не трудно замѣтить слабую сторону этого мнѣнія, дѣлающую его непріемлемымъ. Она заключается въ смѣшеніи объективнаго съ общимъ и отвлеченнымъ и субъективнаго съ единичнымъ и конкретнымъ. Несомнѣнно, что развитіе права идетъ отъ единичнаго и конкретнаго къ общему и отвлеченному, но столь же несомнѣнно, что и въ первоначальной казуистической формулировкѣ права неизбѣжно сочетаются и представленіе о

нормъ, и представленіе объ обязанности и притязаніи, т. е. и объективная, и субъективная стороны права.

Подтверженіемъ того, что ученіе объ историческомъ приоритетѣ субъективнаго права основано на смѣшеніи объективнаго съ общимъ и субъективнаго съ единичнымъ, служитъ и то обстоятельство, что приверженцы этого ученія предлагаютъ замѣнить общепринятые термины „объективное право“ и „субъективное право“ новыми названіями: „абстрактное право“ и „конкретное право“ (Ленингъ, также Беккеръ, раньше Пухта). Подобную замѣну нельзя признать допустимой, такъ какъ понятіе объективнаго не тождественно съ понятіемъ абстрактнаго, и понятіе субъективнаго не тождественно съ понятіемъ конкретнаго. Конкретная, казуистическая норма права все же является объективнымъ представленіемъ права, а абстрактное юридическое отношеніе все же составляетъ субъективную сторону права, но никакъ не наоборотъ.

Изъ сказаннаго ясно, что ученія о генетическомъ приоритетѣ субъективнаго права нельзя опровергать утвержденіемъ, что этотъ приоритетъ принадлежитъ объективному праву (какъ это дѣлаетъ Шершеневичъ). Объективное право въ качествѣ нормы, не подлежащей субъективизаціи, т. е. приложенію къ лицу, является логически невозможнымъ.

§ 14. Юридическія нормы.

E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I. Bd., 1894, S. 71—141; Heinrich Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, S. 677—684, 712—719; A. Nicol-Speyer, *Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil*, 1911, Buch A., II Abschnitt; Н. М. Коркуновъ, *Лекціи*, §§ 23—24; Л. И. Петражицкій, *Теорія права и государства*, т. II, 2-ое изд., §§ 23—24; I. В. Михайловскій, *Очерки философіи права*, т. I, 1914, с. 250—265.

I. Юридическія нормы представляютъ собою правила поведения индивидовъ въ обществѣ. Возникаетъ вопросъ о томъ, каковъ внутренній характеръ этихъ правилъ, и въ зависимости отъ этого какова функція юридическихъ нормъ въ дѣлѣ регулированія соціального поведения индивидовъ. Вопросъ этотъ разсматривался еще римскими юристами, и рѣшеніе его послѣдними воздѣйствовало на соотвѣтственное ученіе западно-европейской теоріи права чуть ли не до нашихъ дней.

Цицеронъ (въ *De legibus*) характеризовалъ юридическія нормы, какъ велѣнія и запреты (*iussa ac vetita populorum*). Риторъ Квинтиліанъ (I в. по Р. X.) упускалъ велѣніе, но зато относилъ къ функціямъ права кромѣ запрета еще воздаяніе, ограниченіе (собств. отнятіе), наказаніе и дозволеніе (*lex omnis aut tribuit aut adimit aut punit aut vetat aut permittit*, — *Quintil. inst. orat. VII, 5*). Юристъ III в. по Р. X. Модестинъ объединилъ приведенныя мнѣнія и отнесъ къ функціямъ юридической нормы: велѣніе, запретъ, дозволеніе и наказаніе (*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*, — *Modest. in l. 7 D. de leg. 1,3*). Формула Модестина стала школьной традиціей и сохранилась въ неприкосновенности вплоть до XIX вѣка. Только Савиньи подвергъ ее критикѣ и этимъ положили начало самостоятельному многократно поднимавшемуся разсмотрѣнію вопроса о характерѣ и функціяхъ юридическихъ нормъ.

Новое разсмотрѣніе вопроса выразилось прежде всего въ устраненіи плеоназмовъ изъ формулы Модестина. Въ первую очередь признано было излишнимъ выдѣленіе карательной функціи юридическихъ нормъ въ качествѣ якобы самостоятельной. Убѣдились что карательная функція не имѣетъ самостоятельнаго значенія, но является лишь придаткомъ къ предварительному велѣнію или запрету; къ тому же карательныя нормы содержатъ въ себѣ въ концѣ концовъ велѣніе, обращенное къ судьямъ и предписывающее имъ примѣнить въ опредѣленномъ случаѣ опредѣленное наказаніе. Далѣе обращено было вниманіе на то обстоятельство, что запретъ есть не иное что, какъ велѣніе чего либо не дѣлать; слѣдовательно, нѣтъ основанія на ряду съ повелительной функціей ставить еще и запретительную. Послѣ очистки отъ плеоназмовъ въ традиціонной формулѣ остались лишь двѣ функціи юридическихъ нормъ: велѣніе и дозволеніе, или какъ стали говорить юристы новаго времени, — предоставленіе.

По поводу оставшихся двухъ функцій мнѣнія теоретиковъ права раздѣлились: одни признаютъ наличность обѣихъ функцій, другіе исключаютъ дозволеніе и сводятъ дѣйствіе юридическихъ нормъ къ одной лишь функціи, — къ велѣнію.

Признающіе наличность обѣихъ функцій полагаютъ при этомъ, что обѣ функціи проявляются раздѣльно, такъ что въ объективномъ правѣ имѣются, по ихъ мнѣнію, два порядка нормъ, повелительныя и дозволительныя, или предоставительныя, каковыя, нпр., — должникъ обязанъ возвратить кредитору занятую сумму, и

собственникъ имѣетъ право свободно распоряжаться принадлежащей ему вещью. Признаніе двухъ параллельныхъ видовъ юридическихъ нормъ вызвало въ свою очередь вопросъ о томъ, какой изъ нихъ является болѣе важнымъ и, такъ сказать, основнымъ по своему значенію для правовой регламентаціи соціального поведения индивидовъ. И по данному вопросу мнѣнія раздѣлились: одни признаютъ основное значеніе за повелительными нормами, другіе — за дозволительными. По мнѣнію первыхъ, основная задача права заключается въ повелительномъ установленіи обязанностей, и только, благодаря наличности обязанностей для однихъ индивидовъ, могутъ возникать дозволенія, или предоставленія, или полномочія для другихъ. По мнѣнію вторыхъ, напротивъ того, первичная задача права заключается въ надѣленіи индивидовъ особыми полномочіями для свободного проявленія ихъ дѣятельности въ обществѣ; необходимость признанія и уваженія этихъ полномочій другими и ведетъ къ установленію для послѣднихъ обязанностей непрепятствованія и даже содѣйствія.

Въ полную противоположность только что приведенному разногласію высказывается мнѣніе (Н. М. Коркуновымъ), что дозволеніе отнюдь не является существенной функціей объективнаго права, и что встрѣчающіяся въ законодательныхъ постановленіяхъ дозволенія являются ничѣмъ инымъ, какъ своеобразной формой выраженія велѣнія. Въ этомъ смыслѣ дозволеніе законодателя можетъ выступать въ четырехъ видахъ: 1) какъ отмѣна прежняго запрета, 2) какъ редакціонное вступленіе къ изложенію отдѣльныхъ запретовъ („всякому дозволяется то-то и то-то“, затѣмъ рядъ статей, перечисляющихъ случаи, которые „изъ сего изъемяются“), 3) какъ возложеніе на обязаннаго еще особой обязанности опредѣлить конкретную надобность исполненія опредѣленнаго велѣнія (нпр., полиція можетъ при извѣстныхъ условіяхъ требовать содѣйствія войскъ), и 4) какъ установленіе альтернативной обязанности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствительное содержаніе юридической нормы составляетъ велѣніе, и именно: 1) велѣніе объ отмѣнѣ прежней нормы, 2) велѣніе о подчиненіи частнымъ запрещеніямъ, къ установленію которыхъ и сводится весь смыслъ юридической нормы даннаго вида, 3) велѣніе объ исполненіи особой обязанности при наличности условій, наступленіе которыхъ должно быть констатировано самимъ обязаннымъ, и 4) велѣніе выполнить одно изъ предписанныхъ на выборъ дѣйствій.

Для того, чтобы разобраться въ вопросѣ о функціяхъ юридической нормы, вызывающемъ столько разногласія, необходимо поглубже вникнуть въ самую сущность этого вопроса. Функціей юридической нормы является ея воздѣйствіе на поведеніе людей въ обществѣ. Достигается это воздѣйствіе не иначе какъ путемъ мотиваціоннаго дѣйствія на психику индивида, — путемъ связыванія его воли. Слѣдовательно, при рѣшеніи вопроса о характерѣ функціи юридической нормы надлежитъ принимать въ соображеніе не ту или другую редакціонную форму правоположеній въ законодательныхъ актахъ, а своеобразную природу воздѣйствія юридической нормы на психику индивида. Съ этой точки зрѣнія совершенно правъ былъ Коркуновъ, когда наличности статей дозволительнаго характера въ законодательныхъ постановленіяхъ не призналъ достаточнымъ основаніемъ для выдѣленія особой категоріи дозволительныхъ нормъ. Не правъ былъ однако Коркуновъ въ томъ отношеніи, что ограничивалъ дѣйствіе юридической нормы установленіемъ одной лишь обязанности. Мы знаемъ, что юридическая норма носитъ двусторонній характеръ (см. § 6), выражающійся какъ въ установленіи обязанности, такъ и въ надѣленіи притязаніемъ. Сообразно этому двустороннему характеру и долженъ быть рѣшенъ вопросъ о функціи юридической нормы.

Установленіе обязанности есть не что иное, какъ велѣніе исполнить нѣчто, но надѣленіе притязаніемъ не имѣетъ такого повелительнаго значенія. Притязаніе не вмѣняется лицу повелительно въ обязанность, а лишь предоставляется ему въ видѣ дозволенія использовать исполненіе обязанности другого лица. Правда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ публичномъ правѣ (о чемъ будетъ рѣчь ниже въ § 26) осуществленіе притязанія вмѣняется лицу въ обязанность, но и въ этихъ случаяхъ надѣленіе притязаніемъ отличается отъ установленія обязанности. Установленіе обязанности есть простое велѣніе дѣйствовать опредѣленнымъ образомъ при помощи наличныхъ у индивида силъ и средствъ. Надѣленіе притязаніемъ всегда есть предоставленіе индивиду совершенно особой независимой отъ его личныхъ силъ и средствъ возможности дѣйствовать, пользуясь закрѣпленнымъ за нимъ долгомъ другого лица. Такъ какъ установленіе обязанности и надѣленіе притязаніемъ неизмѣнно сопутствуютъ другъ друга въ области права, то, слѣдовательно, и функція юридической нормы представляется двойственной, — повелительно-предоставительной. Нельзя

противопоставлять нормы повелительныя и дозвольтельныя другъ другу какъ двѣ будто бы обособленныя категоріи, потому что всякая юридическая норма имѣетъ двойственный, повелительно-предоставительный характеръ. Какъ бы ни формулировалось правоположеніе въ законодательствѣ, существенная функція его, какъ нормы, остается неизмѣнно все та же.

Если отправляться не отъ мотиваціоннаго дѣйствія юридической нормы на психику индивида, а отъ редакціонныхъ выраженій законодателя, то можно прийти не только къ противопоставленію повелительныхъ и дозвольтельныхъ нормъ, но и къ установленію цѣлаго ряда иныхъ мнимыхъ разновидностей юридическихъ нормъ, что и замѣчаемъ въ дѣйствительности у различныхъ теоретиковъ права. Считаая безцѣльнымъ разсматривать подобныя классификаціи исчерпывающимъ образомъ, мы остановимся только на двухъ весьма часто приводимыхъ видахъ нормъ, именно, — на нормахъ описательныхъ и опредѣлительныхъ. Говорятъ, будто описаніе и опредѣленіе можетъ тоже служить самостоятельнымъ содержаніемъ юридической нормы, потому что описанія и опредѣленія встрѣчаются въ статьяхъ закона. Нпр., ст. 106 Основныхъ Законовъ говорить: „Государственный Совѣтъ и Государственная Дума пользуются равными въ дѣлахъ законодательства правами“, или Улож. о Нак. ст. 10 гласить: „Преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или же иное отъ его дѣйствій зло“. Обѣ эти нормы, представляющія по формѣ выраженія одна описаніе, другая — опредѣленіе, на самомъ дѣлѣ ничѣмъ не отличаются отъ всѣхъ другихъ юридическихъ нормъ, какъ бы онѣ ни были выражены, и имѣютъ общій съ ними повелительно-предоставительный характеръ. Опредѣленіе совершенія преступления въ законѣ не есть логическое сужденіе, но установленіе должнаго взгляда на этотъ вопросъ, согласно которому повелѣвается считать преступленіе совершившимся только при наличности указанныхъ въ законѣ признаковъ, и предоставляется подсудимому притязаніе на то, чтобы отвѣчать за совершеніе преступления только при тѣхъ же условіяхъ. Точно также описательная статья Основныхъ Законовъ о правахъ Государственного Совѣта и Государственной Думы въ дѣлѣ законодательства представляетъ собою не констатированіе факта какимъ либо наблюдателемъ нашихъ государственныхъ порядковъ, а установленіе нормы должнаго взаимоотношенія правъ

законодательныхъ палатъ ; норма эта содержитъ въ себѣ опредѣленное велѣніе.

Въ завершеніе разсматриваемаго вопроса отмѣтимъ еще своеобразную попытку нѣкоторыхъ ученыхъ выдѣлять особую отрицающую функцію юридическихъ нормъ. Нѣкоторыя положенія права, говоритъ Регельсбергъ (имѣя за собою Теля, Виндинга и нѣк. др.), опредѣляютъ только то, что извѣстныя фактическія отношенія или вовсе не производятъ юридическаго дѣйствія, или не производятъ опредѣленнаго юридическаго дѣйствія. Потребность въ такихъ отрицающихъ нормахъ появляется тогда, когда извѣстное событіе заключаетъ въ себѣ всѣ элементы отношенія, снабженнаго юридическими послѣдствіями, и потому, еслибы право не отрицало этихъ послѣдствій, то они непременно наступили бы. Сюда относятся нпр., изъ римскаго права запрещеніе даренія между супругами, безнаказанность кражи, совершенной родственниками въ низходящей линіи у родственниковъ въ линіи восходящей. Ближайшее разсмотрѣніе этихъ „отрицающихъ нормъ“ (*verneinende Normen*) показываетъ однако, что онѣ содержатъ запреты, дѣйствительность которыхъ поддерживается непризнаніемъ юридическихъ послѣдствій за дѣйствіями, совершенными вопреки запрету. Дальнѣйшій анализъ легко покажетъ, что и отрицающія нормы обладаютъ общимъ повелительно-дозвоительнымъ характеромъ.

II. Юридическія нормы устанавливають обязанности и притязанія. Право не дѣлитъ однако людей на двѣ противоположныя категоріи такъ, чтобы на однихъ только налагались обязанности, а другимъ присваивались бы одни притязанія. Всякій человѣкъ призывается къ исполненію обязанности и надѣляется притязаніемъ, смотря по особенностямъ тѣхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя онъ становится въ разное время и при различныхъ обстоятельствахъ къ другимъ людямъ. Соответственно этому въ логическомъ строеніи юридической нормы различаются двѣ части. Одна часть опредѣляетъ тѣ условія, при наличности которыхъ возникаютъ взаимныя обязанности и притязанія между двумя лицами, вторая часть устанавливаетъ самую обязанность и притязаніе. Первая часть юридической нормы называется гипотезой (предположеніемъ), вторая — диспозиціей (распоряженіемъ).

Наличность гипотезы въ составѣ юридической нормы приводитъ нѣкоторыхъ теоретиковъ права къ мысли, что юридическія нормы представляютъ собою вообще и въ диспозитивной своей части условныя сужденія. Безусловныхъ юридическихъ

нормъ нѣтъ съ этой точки зрѣнія. Даже такая безусловная съ нравственной точки зрѣнія норма, говоритъ Коркуновъ, какъ запретъ посягать на неприкосновенность человѣческой жизни, въ качествѣ юридической нормы не безусловна. Большинство интересовъ должны, правда, уступать интересу сохраненія жизни, но не всѣ. Въ случаяхъ необходимой обороны, на войнѣ, при осуществленіи карательной власти государства лишеніе жизни допускается правомъ.

Въ противоположность этому другіе теоретики права (Бирлингъ, Петражицкій) придерживаются того мнѣнія, что не всѣ юридическія нормы представляютъ собою условныя (гипотетическія) распоряженія, и что въ составѣ объективнаго права имѣются какъ условныя нормы, такъ и безусловныя (категорическія). Имѣя въ виду приведенный Коркуновымъ примѣръ юридической условности нормы „не убій“, Петражицкій опровергаетъ этотъ примѣръ слѣдующимъ образомъ. Фактически, говоритъ онъ, въ психикѣ нормально воспитанныхъ людей, не занимающихся ремесломъ палачей или т. п., норма объ убійствѣ имѣетъ категорическій характеръ. Что же касается допущенія со стороны положительнаго права смертной казни, убійства на войнѣ и т. п. (пока таковое допущеніе существуетъ), то дѣло идетъ не о гипотетическомъ характерѣ нормы, запрещающей убійство, а о существованіи особыхъ исключеній изъ соотвѣтственнаго общаго принципа. Далѣе въ качествѣ примѣровъ категорическихъ нормъ цивилизованнаго права Петражицкій приводитъ нормы, не допускающія пытокъ, истязаній, т. н. квалифицированной смертной казни (напр., распятія на крестѣ, залитія горла расплавленнымъ металломъ, четвертованія, колесованія и пр.), изнасилованія, подлоговъ, порабощенія людей и торговли ими. Двойственный составъ изъ гипотезы и диспозиціи свойственъ только условнымъ (гипотетическимъ) нормамъ. Что же касается нормъ безусловныхъ (категорическихъ), то онѣ состоятъ изъ одной лишь диспозиціи.

Оба приведенныя мнѣнія основаны на неправильномъ пониманіи гипотезы юридической нормы и гипотетичности, т. е. предположительности, самой этой нормы. Гипотеза юридической нормы отнюдь не имѣетъ въ виду обусловить или ограничить дѣйствіе нравственныхъ принциповъ въ правѣ, о чемъ спорить съ Коркуновымъ Петражицкій. Задача гипотезы совсѣмъ иная — указать тѣ условія, при которыхъ возникаетъ отношеніе между двумя лицами, между которыми диспозиція распредѣляетъ

обязанности и права. Гипотеза намѣчаетъ условія выдѣленія изъ общей массы людей той пары индивидовъ, между которыми диспозиція устанавливаетъ юридическое отношеніе. Въ этомъ именно смыслѣ всѣ юридическія нормы гипотетичны, т. е. всѣ онѣ отпращиваются отъ предположенія о возможномъ въ будущемъ положеніи пары лицъ, которое должно служить основаніемъ для объединенія ихъ юридическою связью обязанности и притязанія.

Гипотеза можетъ быть выражена или въ общей, абстрактной формѣ, или въ частной, конкретной, казуистической. Въ ранніе періоды исторіи права вслѣдствіе неразвитости обобщающей силы мышленія господствуетъ казуистическая форма гипотезы. Съ ростомъ обобщающаго мышленія казуистическая гипотеза замѣняется постепенно абстрактной, пока въ концѣ концовъ совсѣмъ почти не вытѣсняется ею. Сопоставляя юридическіе памятники разныхъ эпохъ, можно легко прослѣдить, какъ одна и таже правовая мысль постепенно переходитъ отъ предположенія частнаго случая къ предположенію случая отвлеченнаго, типическаго. Такъ, напр., въ Русской Правдѣ мы читаемъ: „А кто конь купить князь бояринъ или купецъ или сирота (зс. зависимый земледѣлецъ), а будетъ въ конѣ червь или проѣсть, а то пойдетъ къ осподарю, у кого будетъ купилъ; а тому свое серебро взять опять.“ Въ приведенной статьѣ содержится мысль о поворотѣ сдѣлки купли-продажи въ случаѣ обнаруженія скрытаго недостатка вещи. Древній юристъ выразилъ ее въ конкретной формѣ частнаго случая, причемъ избралъ несомнѣнно весьма частый и въ современномъ быту случай скрытыхъ недостатковъ продаваемаго скота. Законодательный памятникъ новаго времени выражаетъ ту же мысль въ абстрактной формѣ слѣдующимъ образомъ: „Продавецъ отвѣтствуетъ за скрытые недостатки проданной вещи, дѣлающіе ее негодною къ тому употребленію, для котораго она предназначена, или уменьшающіе годность ея до такой степени, что покупатель не приобрѣлъ бы ея или далъ бы за нее меньшую цѣну, если бы зналъ объ этихъ недостаткахъ. . . . (Въ такомъ случаѣ) покупатель имѣетъ право, по своему выбору, или возвратитъ вещь и потребовать возвращенія цѣны ея, или оставить вещь за собою и требовать возвращенія части цѣны по опредѣленію свѣдущихъ людей“ (ст. 1641 и 1644 франц. Гражд. Код.).

Гипотезы юридическихъ нормъ различаются еще по степени опредѣленности ихъ выраженія. Въ этомъ отношеніи онѣ

дѣлятся на безусловно-опредѣленныя, неопредѣленныя и относительно-опредѣленныя.

Безусловно-опредѣленная гипотеза строго и точно устанавливаетъ тѣ фактическія условія, при наличности которыхъ выдѣляется пара лицъ, которыхъ диспозиція связываетъ соответственными обязанностями и притязаніемъ. Примѣръ: Если продавецъ потерпѣлъ убытокъ болѣе чѣмъ на $\frac{7}{12}$ частей въ цѣнѣ недвижимаго имущества, то онъ имѣетъ право требовать уничтоженія продажи. . .“ (франц. Гражд. Код., ст. 1674).

Неопредѣленная гипотеза имѣется тогда, когда опредѣленіе факческаго состава предположенія предоставляется рѣшенію опредѣленнаго государственнаго органа. Предоставляемая въ данномъ случаѣ послѣднему власть опредѣлять наступленіе факческаго предположенія нормы называется дискреціонною, или порусски усмотрѣніемъ. Примѣръ: „отъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ зависитъ какъ по жалобѣ, такъ и по непосредственному усмотрѣнію, сдѣлать распоряженіе о дополненіи, измѣненіи или отмѣнѣ какихъ либо изъ изданныхъ (губернаторами) постановленій“ (Св. Зак., т. II, Общ. Учр. Губ., ст. 428).

Относительно-опредѣленная гипотеза подобно неопредѣленной предоставляетъ опредѣленіе факческаго состава предположенія дискреціонной власти государственнаго органа, но при этомъ ограничиваетъ это усмотрѣніе какимъ либо предварительнымъ условіемъ. Примѣръ: „Несовершеннолѣтнимъ и лицамъ женскаго пола доступъ въ засѣданіе суда можетъ быть воспрещенъ по распоряженію Предсѣдателя, когда этого требуетъ свойство разсматриваемаго дѣла или отдѣльныхъ судебныхъ дѣйствій.“ (Уст. Уголовн. Судопр., ст. 620¹).

При казуистической гипотезѣ и диспозиція получаетъ казуистическую форму; точно также абстрактной гипотезѣ неизбѣжно соответствуетъ абстрактная диспозиція. Въ этомъ можетъ убѣдить насъ приведенный выше примѣръ постановленій Русской Правды и франц. Гражд. Кодекса по вопросу о поворотѣ сдѣлки изъ за скрытыхъ недостатковъ проданной вещи.

Опредѣленность диспозиціи не зависитъ отъ формы гипотезы. По степени опредѣленности формулировки различаются диспозиціи безусловно-опредѣленныя, неопредѣленныя и относительно-опредѣленныя.

Безусловно-опредѣленная диспозиція точно опредѣляетъ обязанность и притязаніе, т. е. поведеніе сторонъ. Примѣръ: „Если

заемщикъ не отдаетъ ни занятыхъ вещей, ни ихъ стоимости въ назначенный срокъ, то на долговое обязательство нарастаютъ проценты со дня предъявленія иска.“ (франц. Гражд. Код. ст. 1904).

Неопредѣленная диспозиція предоставляетъ опредѣленіе обязанности и притязанія органу государственной власти или частнымъ лицамъ, участникамъ юридическаго отношенія. Примѣры: 1) Полицейскіе чины должны „принимать всѣ зависящія отъ нихъ мѣры, дабы законы и особыя повелѣнія правительства были достаточно и въ надлежащее время извѣстны тѣмъ, кои обязаны исполненіемъ оныхъ“ (Св. Зак. т. II, Обш. Учр. губ., ст. 724). 2) „Продавецъ обязанъ передать предметъ въ томъ объемѣ, какой обозначенъ въ договорѣ“ (франц. Гражд. Код. ст. 1616). — При предоставленіи опредѣленія обязанности и притязанія частнымъ лицамъ, участникамъ юридическаго отношенія, не можетъ быть увѣренности въ томъ, что эти лица не преминутъ сдѣлать соотвѣтственное опредѣленіе. Въ виду этого неопредѣленная диспозиція сопровождается еще и опредѣленной диспозиціей, подлежащей исполненію въ случаѣ, если стороны сами не установили взаимныхъ обязанности и притязанія. Примѣръ: Передача проданной вещи должна быть произведена въ томъ мѣстѣ, въ которомъ находился продаваемый предметъ во время продажи, если не было постановлено иначе. Нормы этого рода называются диспозитивными. Отношеніе неопредѣленной диспозиціи къ опредѣленной въ нормахъ этого рода хорошо выражено въ извѣстной древне-германской юридической поговоркѣ: Willkür bricht Recht (свободное усмотрѣніе ломаетъ право). Нормы, которыя снабжены безусловно опредѣленной диспозиціей и не допускаютъ возможности замѣны ея произвольнымъ установленіемъ сторонъ, называются прецептивными. Ярко выраженный примѣръ прецептивной нормы: „Супруги обязаны жить вмѣстѣ. Посему строго воспрещаются всякіе акты, клоняющіеся къ самовольному разлученію супруговъ“ (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 103).

Относительно-опредѣленная диспозиція предоставляетъ точное установленіе объема обязанности и притязанія свободному усмотрѣнію органа государственной власти или сторонъ, но ограничиваетъ эту свободу либо извѣстнымъ минимумомъ обязанности и притязанія, который непременно долженъ быть соблюденъ, либо максимумомъ, дальше котораго итти запрещается, либо выборомъ въ предѣлахъ предустановленной альтернативы. Примѣры: 1) По

закону продавецъ обязанъ очисткою за отсужденіе у покупателя всего или части проданнаго предмета, а равно и за всѣ претензіи, предъявленныя къ этому предмету и не заявленныя продавцомъ во время продажи. Стороны могутъ особыми условіями усилить вышеозначенное обязательство, вытекающее изъ самаго закона, или ограничить его дѣйствіе: онѣ могутъ даже условиться, что продавецъ вовсе не обязанъ къ очисткамъ. Хотя бы и было выражено, что продавецъ не обязанъ вовсе къ очисткамъ, тѣмъ не менѣе онъ обязанъ къ тѣмъ изъ нихъ, которыя возникаютъ изъ его собственнаго дѣйствія; всякое противное сему условіе не дѣйствительно (франц. Гражд. Код. ст. 1620, 1627 и 1628). 2) „Срокъ личнаго найма опредѣляется условіемъ между договаривающимися сторонами, но не можетъ простираться долѣе пяти лѣтъ (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 2214). 3) Въ случаѣ обнаруженія въ проданной вещи скрытаго недостатка покупательъ имѣетъ право по своему выбору или возвратитъ вещь и потребовать возвращенія цѣны ея, или оставить вещь за собою и требовать возвращенія части цѣны по опредѣленію свѣдущихъ людей (франц. Гражд. Код., ст. 1644).

Гипотеза и диспозиція составляютъ, какъ мы уже говорили, необходимыя части построенія всякой юридической нормы. Въ нормахъ уголовного права онѣ носятъ другія названія. Гипотеза уголовной нормы называется диспозиціей, а диспозиція — санкціей. Особенность этой терминологіи объясняется слѣдующимъ образомъ. Въ гипотезѣ уголовной нормы опредѣляется составъ преступнаго дѣянія, а въ диспозиціи устанавливается слѣдующее за него наказаніе. Въ описаніи состава преступнаго дѣянія содержится въ скрытомъ видѣ распоряженіе, повелѣвающее всѣмъ и каждому воздерживаться отъ совершенія такого дѣянія. Вслѣдствіе этого первая часть уголовной нормы, опредѣляющая составъ преступнаго дѣянія, и называется распоряженіемъ, или диспозиціей. Наказаніе представляетъ собою одинъ изъ видовъ тѣхъ невыгодныхъ послѣдствій, которыя влечетъ за собою нарушеніе права. Соединеніе съ правонарушеніемъ невыгодныхъ послѣдствій для правонарушителя извѣстно на техническомъ языкѣ юристовъ подъ именемъ санкціи (см. выше стрн. 89). Вслѣдствіе этого вторая часть уголовной нормы, устанавливающая наказаніе, называется санкціей.

§ 15. Юридическія отношенія.

E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, II. Bd., 1898, S. 1—290; Регельсбергеръ, *Общее учение о правѣ*, 1897 г., §§ 5—8, 41—45; Fr. Berolzheimer, *System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, III. Bd., 1906, §§ 35—37; E. Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905; J. Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Lpzg., 1907; B. Costes, *De la distinction des faits juridiques et des faits matériels*, 1887; E. J. Bekker, *Juristische Grundbegriffe*, 1910, V; Ign. Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911, Kap. VI—VII; A. Nicol-Speyer, *Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil*, 1911, Buch B; Léon Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 180; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, 1908, p. 12 sq.; R. Bruignilles, *Le droit et l'obligation ou le Rapport juridique*, 1909; Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910; René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 320 suiv.; Коркуновъ, *Лекціи*, §§ 27—31; Петражицкій, *Теорія права*, II, §§ 25—34; Михайловскій, *Очерки философіи права*, т. I, 1914, с. 433 слѣд.

Юридическое отношеніе есть связь, возникающая между двумя лицами, между которыми устанавливаются взаимныя обязанность и притязаніе. Въ построеніи юридическаго отношенія различаются четыре элемента: 1) субъектъ (права, съ одной стороны, и обязанности, съ другой), 2) право, 3) обязанность, и 4) объектъ, т. е. то, что составляетъ предметъ, или содержаніе права, съ одной стороны, и обязанности, съ другой.

I. Современное правосознаніе признаетъ двоякаго рода субъектовъ юридическихъ отношеній: лица физическія и лица юридическія. Подъ физическимъ лицомъ разумѣется отдѣльный человекъ, индивидъ. Юридическимъ лицомъ называютъ союзъ физическихъ лицъ или т. н. учрежденіе, за которыми признается качество единого субъекта права. Къ первому классу юридическихъ лицъ, представляющихъ корпораціи (*universitates personarum*), относятся политическіе союзы, союзы для достиженія религіозныхъ, научныхъ, промышленныхъ, торговыхъ цѣлей, союзы взаимопомощи, каковы, нпр., — государство, община, религіозныя общества, университеты, цехи, акціонерныя компаніи, общества взаимнаго кредита, потребительныя общества и т. п. Ко второму классу, обнимающему соединенія имуществъ (*universitates bonorum*), или т. н. учрежденія, относятся больницы, пріюты, богадѣльни, архіерейскіе дома, государственныя имущества, удѣлы и т. п. Отличительной чертой юридическихъ лицъ второго рода, или

учреждений, является то, что въ нихъ основное значеніе принадлежитъ имуществу, предназначенному для известной цѣли.

Способность быть субъектомъ юридическихъ отношеній называется правоспособностью. Такъ какъ юридическое отношеніе слагается изъ права и обязанности, изъ которыхъ первое представляетъ его активную сторону, а второе — пассивную, то и правоспособность надлежитъ различать активную и пассивную. Активная правоспособность есть способность быть субъектомъ права (притязанія), пассивная правоспособность есть способность быть субъектомъ юридической обязанности. Правоспособность не есть какое либо прирожденное свойство человѣка, а особое качество, которымъ объективное право надѣляетъ какъ физическихъ лицъ, такъ и лица юридическія.

Современное правосознаніе и дѣйствующее право исходятъ изъ основнаго принципа, согласно которому всѣ люди признаются правоспособными какъ въ пассивномъ, такъ и въ активномъ смыслѣ. Такой принципъ установился путемъ долгаго историческаго процесса. На болѣе раннихъ ступеняхъ развитія правоспособность являлась не общимъ правиломъ, а особой привилегіей, опредѣляемой общественнымъ положеніемъ лица. Прежде всего не имѣли правоспособности рабы. Рабы не признавались людьми и субъектами юридическихъ отношеній. Рабъ не надѣлялся никакими притязаніями. Онъ не несъ юридическихъ обязанностей въ тѣсномъ смыслѣ слова. Трудъ коня запряженнаго въ соху и идущаго за сохой раба съ точки зрѣнія права представлялъ одинаково проявленіе пользованія вещью со стороны господина. Изъ этого общаго правила допускались нѣкоторыя изъятія, и рабамъ предоставлялась нѣкоторая пассивная и даже активная правоспособность, но эти изъятія не отмѣняли основнаго принципа, въ силу котораго рабъ почитался не субъектомъ юридическаго отношенія, а вещью. Правоспособность свободныхъ людей въ прежнее время при существованіи строгаго сословнаго строя опредѣлялась не однообразно для всѣхъ лицъ, но примѣнительно къ ихъ сословной принадлежности. Съ паденіемъ стараго сословнаго строя установился современный принципъ, возведшій правоспособность индивида въ общее правило. Изъ этого общаго принципа современное право знаетъ однако изъятія въ видѣ ограниченій правоспособности.

Разнообразныя ограниченія правоспособности удачно классифицируетъ Коркуновъ, дѣля ихъ на естественныя, обще-

ственные, вытекающія изъ несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній, и карательныя.

Естественными называются тѣ ограниченія правоспособности, которыя устанавливаются на основаніи физическихъ свойствъ и особенностей лица, каковы: полъ, возрастъ, физическое уродство. Такъ, женщины лишены способности имѣть политическія права, не достигшіе 25-лѣтняго возраста не имѣютъ избирательныхъ правъ, глухонѣмые не допускаются въ присяжные засѣдатели.

Подъ общественными разумѣются ограниченія правоспособности лица по его общественному положенію, т. е. до національности, вѣроисповѣданію, сословію, промысламъ. Таковы существующіе у насъ нѣкоторыя ограниченія правоспособности лицъ польскаго происхожденія (по приобрѣтенію земель въ западномъ краѣ), весьма обширныя ограниченія правоспособности евреевъ и т. п.

Примѣромъ ограниченія правоспособности изъ-за несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній можетъ служить невозможность для членовъ Государственной Думы занимать платную должность на службѣ по назначенію отъ правительства или отсутствіе политическихъ избирательныхъ правъ у лицъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ.

Подъ категорію карательныхъ ограниченій правоспособности подходятъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія, лишеніе всѣхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, а также разнаго рода ограниченія въ правахъ, входящія въ составъ наказанія за извѣстныя преступления.

Общественныя ограниченія правоспособности и нѣкоторыя изъ естественныхъ (по различію пола) составляютъ наслѣдіе историческаго прошлаго, обреченное на вымираніе. Ограниченія же изъ-за несовмѣстимости извѣстныхъ юридическихъ отношеній и карательныя въ основѣ своей подлежатъ удержанію, такъ какъ первыя обезпечиваютъ лучшее исполненіе извѣстныхъ обязанностей, а вторыя представляютъ собою одно изъ рациональныхъ средствъ наказанія (особенно въ видѣ временнаго пораженія той или другой спеціальной правоспособности).

Признаніе правоспособности физическихъ лицъ не вызываетъ никакихъ сомнѣній. Право регулируетъ поведеніе людей въ обществѣ, и вполне понятно, что отдѣльные люди являются субъектами юридическихъ отношеній. Далекое не столь понят-

нымъ представляется на первый взглядъ признаніе въ правѣ юридическихъ лицъ. Спрашивается, какая потребность вызвала установленіе этой категории субъектовъ юридическихъ отношеній.

Чтобы понять смыслъ и значеніе юридическаго лица, необходимо принять во вниманіе процессъ историческаго развитія положенія индивидуальной личности въ обществѣ. На болѣе раннихъ ступеняхъ развитія отдѣльная личность не выступаетъ самостоятельнымъ общественнымъ дѣятелемъ, но поглощается стоящими надъ ней родовыми, семейными и общинными группами. Не отдѣльныя лица, а именно эти группы являются носителями наиболѣе важныхъ правъ и обязанностей. Онѣ обладаютъ земельными правами, вступаютъ другъ съ другомъ въ разнаго рода сдѣлки, платятъ налоги, несутъ натуральныя повинности и т. п. Только по истеченіи весьма длительного процесса развитія отдѣльная личность освобождается отъ тяготѣвшихъ надъ ней родовыхъ, общинныхъ, семейныхъ и иныхъ тому подобныхъ квалификацій и вступаетъ въ общественный оборотъ въ качествѣ самостоятельнаго его участника. Но и въ этой стадіи индивидуализма общественная жизнь не можетъ исчерпываться обособленной дѣятельностью отдѣльныхъ личностей. Послѣднія вступаютъ въ разнаго рода союзы и единенія другъ съ другомъ, и эти союзы и единенія своей коллективной дѣятельностью стремятся къ достиженію опредѣленной цѣли, которая ихъ и объединяетъ. Точно также въ составѣ индивидуальныхъ хозяйствъ выдѣляются опредѣленныя имущества, которыя предназначаются служить удовлетворенію опредѣленныхъ коллективныхъ потребностей. Наряду съ этимъ отъ историческаго прошлаго остаются тѣ общественныя группы (община, церковь, государство), которыя нѣкогда поглощали всю индивидуальную личность цѣликомъ, а теперь дѣйствуютъ наряду съ нею, привлекая къ себѣ личность не всецѣло, но лишь одной какой либо стороною ея жизни. Такимъ образомъ мы различаемъ въ общественномъ оборотѣ дѣятельность индивидовъ и группъ ихъ. И та, и другая дѣятельность облекается въ юридическія отношенія, субъектомъ которыхъ являются въ первомъ случаѣ — физическія, во второмъ — юридическія лица.

Теорія права сложилась въ эпоху самоопредѣленія личности и господства индивидуальнаго хозяйства. Въ виду этого она обнаруживаетъ склонность къ отождествленію субъекта юридическихъ отношеній съ индивидуальной человѣческой личностью. Несомнѣнное существованіе коллективовъ, или группъ индивидовъ

въ качествѣ участниковъ общественнаго оборота, равнозначущихъ индивиду, привело къ признанію параллельной лицу физическому категоріи юридическаго лица. Однако невольное отождествленіе субъекта юридическаго отношенія съ индивидуальной личностью заставляетъ нѣкоторыхъ юристовъ видѣть въ юридическомъ лицѣ нѣчто вымышленное (фигкцію) и искать скрывающихся за этой фикціей реальныхъ подлинныхъ субъектовъ юридическихъ отношеній. Такими подлинными субъектами признаются, нпр. Терингомъ, отдѣльные члены корпораціи или люди, пользующіеся благами даннаго учрежденія, вообще тѣ, для кого предназначается обезпеченное правомъ пользованіе благомъ, или т. н. дестинатаріи. Такъ какъ однако очевидно, что права и обязанности, которыми надѣляется, нпр., больница, отнюдь не могутъ быть приписаны пользуемому въ ней больнымъ, то приходится отказаться отъ исканія какого бы то ни было реального субстрата юридическаго лица въ видѣ тѣхъ или иныхъ физическихъ лицъ. Въ такомъ случаѣ останутся два возможныхъ выхода: 1) отрицаніе юридическаго лица, 2) признаніе его какъ коллективнаго субъекта юридическаго отношенія, равнозначущаго съ индивидуальнымъ субъектомъ права, или т. н. физическимъ лицомъ. Отрицаніе юридическаго лица привело къ замѣнѣ этого понятія понятіемъ цѣлевого имущества (*Zweckvermögen*), никому не принадлежащаго, предназначеннаго для служенія опредѣленной цѣли (теорія Бринца), во имя которой вступаютъ съ этимъ имуществомъ въ юридическія отношенія. Нѣкоторые отрицатели пошли еще дальше и объявили (Виндшейдъ), что права, приписываемыя юридическому лицу, въ сущности говоря, являются безсубъектными. Ученіе о цѣлевомъ имуществѣ только замѣняетъ одно слово другимъ, но не рѣшаетъ вопроса. Признаніе безсубъектныхъ правъ и обязанностей есть *non-sens*, ибо если никто не надѣляется притязаніемъ и никто не обязанъ, то нѣтъ юридическаго отношенія. Остается такимъ образомъ приемлемымъ только одинъ выходъ, именно — признать коллективный субъектъ юридическаго отношенія, или юридическое лицо, столь же реальнымъ, какъ и лицо физическое. Соціологическое обоснованіе такого признанія даетъ теорія социальныхъ организмовъ, выдвигаемая историками германскаго права (германистами, въ противоположность романистамъ, — изслѣдователямъ римскаго права), [каковы: Безелеръ, Гирке и др. Теорія эта учитъ, что юридическія лица, признаваемые реальными субъектами права, представляютъ собою не

вымыселъ и не искусственное построение, а продуктъ органическаго развитія, особыя образованія наиндивидуальнаго порядка. Оставляя въ сторонѣ метафорическое ученіе о социальномъ организмѣ, мы должны лишь подчеркнуть, что органическая теорія подмѣчаетъ исторически вѣрный фактъ существованія наряду съ индивидами особыхъ коллективныхъ субъектовъ права, призываемыхъ къ жизни потребностями общественнаго оборота, о которыхъ мы говорили выше.

Разъ субъектами юридическихъ отношеній признаются не только физическія лица, т. е. живые люди, но и лица юридическія, т. е. союзы и учрежденія, надѣляемые качествомъ единаго лица, то отсюда можно сдѣлать выводъ, что субъектами юридическихъ отношеній слѣдуетъ признать всевозможныя представленія личнаго характера, поскольку съ ними ассоціируются правовыя переживанія и поскольку имъ приписываются права и обязанности. Такой именно выводъ дѣлаетъ Л. І. Петражицкій и относитъ къ категоріи субъектовъ юридическихъ отношеній не только физическія лица и юридическія, но и различныя божества, безплотныхъ духовъ, чистыхъ и нечистыхъ, покойниковъ, животныхъ, а также предметы неодушевленной природы, какъ-то: камни, растенія и т. п. Въ доказательство правильности такого вывода Петражицкій ссылается на нѣкоторыя данныя положительнаго права въ прошедшемъ и настоящемъ и затѣмъ подкрѣпляетъ высказанное положеніе общими соображеніями своей психологической теоріи. Исторія знаетъ договоры съ божествами, съ дьяволомъ, а также юридическія отношенія къ разнаго рода фетишамъ. Современное положительное право допускаетъ юридическія отношенія къ человѣческому зародышу и даже къ покойнику; такъ, охраняются наслѣдственные права утробнаго младенца и для защиты ихъ назначается даже особый попечитель; статья же 215 нашего Устава гражданскаго судопроизводства гласитъ: „Сему же суду (т. е. суду, которому подсудно дѣло объ открывшемся наслѣдствѣ) предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ“. Безусловное признаніе субъектами юридическихъ отношеній всевозможныхъ представленій личнаго характера вытекаетъ изъ того извѣстнаго уже намъ (см. § 6) теоретическаго положенія Л. І. Петражицкаго, согласно которому реальнымъ правовымъ явленіемъ почитается исключительно индивидуальное субъективное психическое переживаніе двусторонней связанности воли.

Выше (§ 6) мы уже указали, что право представляет собою не субъективное явление индивидуальной психики, но объективное явление социальной среды. Кроме того мы выяснили, что право служит обеспечению общественных и индивидуальных интересов. Примѣняя установленныя положенія къ занимающему насъ въ данное время спеціальному вопросу, мы должны сказать, что субъектами юридическихъ отношеній являются не всевозможныя представленія личнаго характера, а только такія, за которыми общественное сознаніе признаетъ объективную реальность и социальную цѣнность. Слѣдовательно, безплотные духи, животныя и разнаго рода фетиши признавались субъектами юридическихъ отношеній только на той ступени развитія, которую О. Контъ назвалъ миеологическимъ состояніемъ человѣческаго разума, т. е. такимъ состояніемъ, когда всѣ явленія внѣшняго міра олицетворялись по образу и подобию человѣческому. Съ выходомъ изъ этого наивнаго состоянія отпали въ области права представленія личнаго характера о безплотныхъ духахъ, животныхъ и фетишахъ. Если отдѣльные индивиды и даже цѣлыя группы ихъ и теперь еще пребываютъ въ этомъ первичномъ состояніи разума, то ихъ представленія не имѣютъ болѣе объективнаго общественнаго значенія. Объективную реальность и социальную цѣнность современное общественное сознаніе придаетъ сверхъ физическихъ лицъ еще только лицамъ юридическимъ указаннымъ выше типовъ. Никакихъ иныхъ субъектовъ юридическихъ отношеній общественное правосознаніе не знаетъ. Что же касается допущенія утробнаго младенца и „умершаго собственника“ въ качествѣ субъектовъ юридическаго отношенія, то эти особые случаи предваренія и продленія бытія физическаго лица вызываются общественной необходимостью упорядоченія имущественныхъ отношеній между живыми людьми.

Распространеніе понятія субъекта юридическихъ отношеній за предѣлы индивидуальной человѣческой личности, или физическаго лица, вызывается не психологическою возможностью олицетворенія всевозможныхъ предметовъ внѣшняго міра, реальнаго и воображаемаго, а общественною потребностью оборота. Въ этомъ смыслѣ правъ Демогъ, когда говоритъ, что качество субъекта можетъ быть сообщено всякому центру интересовъ, съ которымъ связываются опредѣленныя права и обязанности.

Для возникновенія юридическаго лица требуется спеціальное признаніе его государственною властью, т. е. чтобы государствен-

ная власть надѣлила то или другое учрежденіе или корпорацію лицъ качествами обособленнаго субъекта права, что и дѣлается государственной властью въ особомъ актѣ объ учрежденіи юридическаго лица. Подобные акты издаются или для каждаго юридическаго лица въ отдѣльности, или для цѣлыхъ категорій юридическихъ лицъ.

II. Существеннѣйшими частями юридическаго отношенія являются право и обязанность, такъ какъ самое юридическое отношеніе есть не что иное, какъ сочетаніе этихъ двухъ элементовъ.

Это, казалось бы, безспорное положеніе тѣмъ не менѣе вызываетъ сомнѣнія и даже прямо противоположное утвержденіе (Регельсбергера), будто существуютъ юридическія отношенія, изъ которыхъ непосредственно не вытекаетъ ни правъ, ни обязанностей. Въ видѣ примѣра подобнаго юридическаго отношенія приводятъ родство, заявляя, что оно само по себѣ не создаетъ ни права, ни обязанности. Тѣмъ не менѣе, говоритъ Регельсбергеръ, это правоотношеніе — не вполнѣ бесплодно, такъ какъ едва лишь къ нему привступаетъ новое фактическое обстоятельство, какъ оно получаетъ значеніе плодоноснаго зародыша, вызывающаго права и обязанности; таковы, нпр., беспомощность или смерть родственника въ отношеніяхъ родства. Противъ изложеннаго мнѣнія необходимо прежде всего замѣтить, что юридическое отношеніе вообще не создаетъ ни права, ни обязанности, а само представляетъ совокупность права и обязанности. Отношеніе родства не составляетъ въ данномъ случаѣ исключенія. Оно представляетъ собою сочетаніе права на признаніе качества родственника и обязанности такого признанія. Вопросъ о плодотворности или бесплодности такого юридическаго отношенія ставится Регельсбергеромъ черезчуръ узко, такъ какъ плоды онъ понимаетъ здѣсь только въ смыслѣ имущественной выгоды (полученія алиментовъ, т. е. средствъ къ существованію, и наслѣдства). Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что одно лишь признаніе родственной связи имѣетъ важное значеніе само по себѣ, является извѣстнымъ нематеріальнымъ благомъ, и потому не можетъ быть названо бесплоднымъ.

Субъективное право есть притязаніе на исполненіе обязанности обязаннымъ. Слѣдуя Бирлингу и Петражицкому, мы употребляемъ здѣсь, какъ и на всемъ протяженіи нашего изложенія, слово „притязаніе“ въ только что приведенномъ широкомъ смыслѣ, какъ оно издавна употреблялось юристами. Съ половины про-

шлаго столѣтія введено Виндшейдомъ употребленіе слова „притязаніе“ въ иномъ, болѣе тѣсномъ смыслѣ, — для обозначенія предоставленнаго лицу полномочія требовать исполненія обязанности обязаннымъ по отношенію къ нему лицомъ судебнымъ, или исковымъ порядкомъ. Нѣтъ основанія ограничивать правовое притязаніе лишь исковымъ требованіемъ, такъ какъ послѣднее есть лишь одно изъ проявленій притязанія и можетъ быть въ случаѣ надобности выдѣлено подъ именемъ искового притязанія.

Въ послѣднее время Берольцгеймеръ вновь отдѣляетъ притязаніе отъ субъективнаго права, но на иномъ основаніи, чѣмъ Виндшейдъ. Субъективнымъ правомъ Берольцгеймеръ признаетъ только то, что непосредственно создаетъ или повышаетъ фактическую мощь лица, — имущественное положеніе частнаго лица или властную мощь государства. Что же касается притязанія на дѣйствіе или воздержаніе другого лица отъ дѣйствія, то оно не имѣетъ непосредственнаго значенія для образованія или повышения фактической мощи надѣленнаго имъ лица и потому не составляетъ субъективнаго права. Проводимое различіе Берольцгеймеръ поясняетъ на примѣрѣ юридическихъ отношеній между государствомъ и подданными. Государство требуетъ отъ подданныхъ, съ одной стороны, отбыванія воинской повинности и уплаты податей, съ другой — исполненія служебнаго долга и обязанности быть свидѣтелемъ на судѣ. Исполненіе подданными обязанностей первой категоріи повышаетъ фактическую мощь государства непосредственно и прямо; исполненіе обязанностей второй категоріи касается лишь культурнаго положенія государства. Поэтому мы должны говорить о правѣ государства на воинскій наборъ и на взиманіе податей, и только о притязаніи его на служебный долгъ и свидѣтельскія показанія. Проводимое Берольцгеймеромъ разграниченіе субъективнаго права и притязанія совершенно не приемлемо, такъ какъ оно основывается на произвольномъ, а главное совершенно излишнемъ для пониманія права противоположеніи фактической мощи и культурнаго положенія, или же прямого и косвеннаго воздѣйствія на фактическую мощь. Берольцгеймеръ не только разграничиваетъ субъективное право и притязаніе, но и раздѣляетъ ихъ, допуская обособленное существованіе каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Такъ, онъ увѣряетъ, что есть субъективныя права безъ притязаній, каковыми считаетъ права на вещи, слѣдовательно, право собственности. Въ основѣ такого увѣренія лежитъ представленіе, будто собственность не

есть юридическое отношеніе между лицами по поводу вещи, а юридическое отношеніе между лицомъ и вещью. О неправильности такого представленія будетъ рѣчь ниже въ ученіи объ объектахъ юридическихъ отношеній.

Субъективное право называютъ также правомочіемъ. Въ этомъ названіи подчеркивается то обстоятельство, что субъективное право надѣляетъ индивида особою мощью для осуществленія признанныхъ объективнымъ правомъ интересовъ, мощью, вытекающей изъ возможности обратить въ свою пользу закрѣпленный долгъ другого (обязаннаго) лица.

Гдѣ нѣтъ притязанія, тамъ нѣтъ субъективнаго права. Притязать можетъ только тотъ, на кого направлено нормою исполненіе обязанности, т. е. адресатъ юридической обязанности. Фактически пользоваться выгодой, вытекающей изъ исполненія обязанности, можетъ не только адресатъ послѣдней, но и третье лицо, находящееся въ благопріятныхъ для этого условіяхъ. Это третье лицо, извлекающее выгоды изъ актива юридическаго отношенія, въ которомъ само оно не участвуетъ, не обладаетъ субъективнымъ правомъ. Оно пользуется лишь отраженіемъ, или рефлексомъ чужого права. Образчикомъ рефлексивнаго дѣйствія права можетъ служить слѣдующій школьный примѣръ. Жилецъ верхняго этажа заключилъ съ домовладѣльцемъ договоръ, согласно которому послѣдній обязался устилать ковромъ и освѣщать лѣстницу. Изъ исполненія этой обязанности получается выгода не только для управомоченнаго жильца верхняго этажа, но и для жильцовъ нижнихъ этажей, не вошедшихъ въ указанное выше юридическое отношеніе. Жильцы нижнихъ этажей не имѣютъ однако субъективнаго права на пользованіе освѣщеніемъ и ковромъ. Стоитъ жильцу верхняго этажа прекратить договоръ или съѣхать съ квартиры, и вмѣстѣ съ прекращеніемъ принадлежащаго ему субъективнаго права прекратится и рефлексивное дѣйствіе его на третьихъ лицъ. Другой примѣръ: по договору какого либо магазина съ оптовымъ торговцемъ, послѣдній обязанъ поставлать товары извѣстной фирмы. Покупатели, забирающіе товаръ въ магазинъ, получаютъ отъ этого опредѣленную выгоду (если, нпр., фирма особенно хороша), но при этомъ они пользуются только рефлексомъ субъективнаго права магазина и сами не имѣютъ никакихъ правъ на дѣйствія его поставщика.

Субъективное право и обязанность составляютъ собою коррелятивные элементы юридическаго отношенія. Это значитъ, что

наличность одного изъ нихъ необходимо предполагаетъ наличность другого, и раздѣльное существованіе ихъ не мыслимо. Какъ ни безспорнымъ представляется намъ это положеніе, тѣмъ не менѣе оно оспаривается нѣкоторыми теоретиками права, увѣряющими, будто бываютъ случаи наличности обязанностей при отсутствіи соотвѣтственныхъ субъективныхъ правъ. Такое мнѣніе было высказано Іерингомъ, который, принимая въ соображеніе, что обязанность составляетъ пассивную сторону юридическаго отношенія, назвалъ подобные случаи пассивнымъ дѣйствіемъ права. Въ качествѣ примѣра такого пассивнаго дѣйствія права приводятся: обязанность не вредить жизни утробнаго младенца, обязанность кредитора по кредитной бумагѣ на предъявителя, которая утеряна и временно не находится ни въ чьемъ обладаніи и т. п. Въ обоихъ случаяхъ нѣтъ субъективнаго права, такъ какъ нѣтъ лица, которому оно могло бы быть приписано. Своеобразное отрицаніе наличности субъективныхъ правъ, соотвѣтствующихъ указаннымъ обязанностямъ, вызывается тѣмъ, что субъектъ права неправильно отождествляется съ физическимъ лицомъ, родившимся (въ первомъ случаѣ) и конкретнымъ (во второмъ). Мы уже указывали на то, что частичной правоспособностью надѣляется и зародышъ, каковой, слѣдовательно, и является носителемъ соотвѣтственнаго субъективнаго права въ первомъ случаѣ. Что же касается второго случая, то въ немъ субъектомъ права является всякій, кто найдетъ бумагу. Пока бумага не найдена, то нѣтъ и юридическаго отношенія, нѣтъ и обязанности, а есть лишь возможность того и другого.

Особое мѣсто въ теоріи права занимаетъ ученіе о томъ, что субъективныя права имѣются только въ области частнаго права, а въ правѣ публичномъ строеніе юридическаго отношенія исчерпывается тремя элементами: субъектомъ, обязанностью, объектомъ. Опроверженіе этого мнѣнія мы откладываемъ до шестой главы, въ которой будетъ рѣчь о дѣленіи права на публичное и частное (см. § 22).

Среди нѣкоторыхъ теоретиковъ возникаетъ вопросъ о томъ, какому изъ элементовъ юридическаго отношенія, праву ли, или обязанности, принадлежитъ первоначальное значеніе и какому производное. Тѣ, кто ставятъ этотъ вопросъ, рѣшаютъ его различно. Одни (въ послѣднее время Николь-Шпейеръ) признаютъ основнымъ элементомъ юридическаго отношенія обязанность и склонны смотрѣть на субъективное право только какъ на эле-

ментъ производный, какъ на обезпеченіе исполненія обязанности. Другіе (въ послѣднее время Ленингъ, Михайловскій), напротивъ того, приписываютъ основное значеніе субъективному праву, а обязанность считаютъ лишь его слѣдствіемъ. Намъ представляется излишнимъ самое возбужденіе вопроса. Разъ юридическое отношеніе обозначаетъ связь двухъ лицъ, между которыми распредѣлены обязанность и право, то въ предѣлахъ построенія юридическаго отношенія не можетъ быть рѣчи о приоритетѣ двухъ его коррелятивныхъ составныхъ частей. Подобный вопросъ можетъ быть возбужденъ развѣ лишь тогда, когда мы выйдемъ за предѣлы юридическаго отношенія и посмотримъ на него со стороны, — съ точки зрѣнія социальной и моральной. Можно спросить, что является основнымъ двигателемъ общественной жизни, — обязанности или притязанія, а также, что предпочтительнѣе съ моральной точки зрѣнія обязанность или притязаніе. Въ отвѣтъ на первый изъ поставленныхъ вопросовъ слѣдуетъ сказать, что, такъ какъ общественная жизнь представляетъ собою взаимодействіе индивидовъ, то очевидно обязанностямъ и притязаніямъ принадлежитъ въ ней одинаковое значеніе. Что же касается моральной оцѣнки, то предпочтеніе обязанности или притязанія зависитъ отъ исходной точки зрѣнія. Для альтруиста предпочтительнѣе обязанность, для крайняго индивидуалиста — притязаніе.

Въ завершеніе ученія о правѣ и обязанности, какъ составныхъ элементахъ юридическаго отношенія, мы должны отмѣтить, что въ новѣйшее время извѣстный французскій юристъ и государствовѣдъ Дюги совершенно исключаетъ субъективное право изъ числа юридическихъ категорій. Съ точки зрѣнія Дюги реально существуетъ только объективное право, какъ правило поведенія, въ основѣ котораго лежитъ фактъ общественной солидарности, т. е. фактъ взаимной зависимости людей, порождаемой общностью потребностей и раздѣленіемъ труда. Благодаря существованію объективнаго права, всякій индивидъ имѣетъ возможность желать опредѣленной вещи; если его желаніе соразмѣрно съ нормою права, то онъ приобретаетъ возможность получить эту вещь. Если же внѣшнее волеизъявленіе индивида опредѣляется цѣлью, противорѣчащей нормѣ права, то для другого опредѣленнаго лица рождается отсюда возможность добиваться опредѣленной реакціи противъ акта, противорѣчащаго нормѣ права, т. е. акта антисолидарнаго, антисоциальнаго. Такимъ образомъ создается, по словамъ Дюги, субъективное юриди-

ческое положеніе, въ которомъ имѣется юридическая власть и юридическая обязанность, но нѣтъ, по увѣренію Дюги, отношенія между субъектомъ, который нѣчто долженъ, и субъектомъ, который нѣчто можетъ. Въ разсужденіи Дюги мы не видимъ рѣшительно ничего оригинальнаго, кромѣ упornaго отрицанія очевидности. Въдѣ возможность для какого либо лица получить нѣчто желаемое соразмѣрно съ нормою права осуществляется не иначе, какъ благодаря тому, что есть опредѣленное другое лицо, которое соразмѣрно той же нормѣ обязано нѣчто сдѣлать. Между этими двумя лицами существуетъ, слѣдовательно, соразмѣрное съ нормою права отношеніе, или юридическое отношеніе, слагающееся изъ соразмѣрной нормѣ права возможности желанія, т. е. изъ притязанія, или субъективнаго права, и изъ юридической обязанности. Почему юридическая норма признается реальной, а юридическое отношеніе, въ частности субъективное право не признается реальнымъ у Дюги, для насъ совершенно не понятно.

III. Четвертымъ элементомъ юридическаго отношенія является его объектъ. Въ ученіи объ объектѣ юридическаго отношенія необходимо различать, какъ это правильно указалъ Бирлингъ, двѣ стороны: понятіе объекта въ смыслѣ устанавливаемого нормою содержанія обязанности и права, и понятіе объекта въ смыслѣ предмета, къ которому относится соотвѣтственное нормѣ поведеніе обязаннаго и управомоченнаго.

Юридическое отношеніе выражается въ сужденіи: А имѣеть право по отношенію къ В, В обязанъ по отношенію къ А. Сказуемая въ двухъ приведенныхъ предложеніяхъ неизбѣжно требуютъ себѣ дополненія: „на что имѣеть право“, и „къ чему обязанъ“. Соотвѣтственное необходимое дополненіе къ сказуемымъ „имѣеть право“ и „обязанъ“ мы называемъ объектъ (предметъ, логическимъ дополненіемъ) юридическаго отношенія. Въ соотвѣтствіи съ двойственнымъ характеромъ юридическаго отношенія имѣются въ немъ два объекта: объектъ обязанности и объектъ притязанія. Такъ какъ юридическая норма регулируетъ поведеніе людей, и юридическое отношеніе вслѣдствіе этого есть отношеніе взаимопорядоченнаго поведенія двухъ лицъ, то, слѣдовательно, объектъ юридическаго отношенія вообще является неизмѣнно поведеніе людей. Въ зависимости отъ различнаго характера устанавливаемого юридическою нормою поведенія, различаются отдѣльные виды, или категоріи объектовъ.

Еще римскіе юристы подмѣтили, что юридическія нормы требуютъ отъ насъ троякаго рода поведенія: 1) что-либо сдѣлать (*facere*), 2) чего либо не дѣлать (*non facere*), 3) что либо терпѣть (*pati*), напр., — 1) передать вещь купившему, работать у нанимателя, уплатить квартирный налогъ; 2) не запахивать чужой земли, не оскорблять чужой чести, не нарушать общественной тишины и спокойствія; 3) терпѣть проѣздъ черезъ мой земельный участокъ лица, которому я предоставилъ это право по договору, терпѣть обыскъ, производимый въ моей квартирѣ компетентной властью на законномъ основаніи, терпѣть наложенное по суду наказаніе. Бирлингъ полагаетъ, что обязанность терпѣть, въ сущности говоря, сводится къ обязанности не дѣлать ничего, что противилось бы соотвѣтственнымъ дѣйствіямъ управомоченнаго. Поэтому возможные объекты юридическихъ отношеній онъ сводитъ къ двумъ видамъ поведенія: положительнаго (*facere*) и отрицательнаго (*non facere*). Однако съ отождествленіемъ терпѣнія съ недѣланіемъ врядъ ли можно согласиться. Терпѣніе есть поведеніе *sui generis*, — оно не только исключаетъ мысль о сопротивленіи, но и предполагаетъ подчиненіе чужому воздѣйствію неуряднаго, невыгоднаго и вообще отягощающаго характера. Въ этомъ легко убѣдиться путемъ сопоставленія приведенныхъ нами примѣровъ второй и третьей категоріи. Вслѣдствіе этого надо признать болѣе правильнымъ сохраненіе (какъ это дѣлаетъ Петражицкій) тройственнаго дѣленія объектовъ, выдвинутаго еще римскими юристами.

Субъективное право есть притязаніе на исполненіе обязанности обязаннымъ. Объектомъ субъективныхъ правъ будутъ виды поведенія, которые соотвѣтствуютъ закрѣпленію за управомоченнымъ соотвѣтственнаго поведенія обязаннаго. Обязанности что либо сдѣлать соотвѣтствуетъ право что либо получить (*accipere*), обязанности чего либо не дѣлать соотвѣтствуетъ право не терпѣть этого, обязанности что либо терпѣть соотвѣтствуетъ право дѣлать что либо. Примѣры: 1) право на полученіе купленной вещи, на трудъ наемнаго работника, право взиманія налоговъ; 2) право не терпѣть чужой запашки на своей землѣ, оскорбленія чести, право прекращать всякое нарушеніе общественной тишины и спокойствія; 3) право проѣзжать черезъ чужой участокъ земли по договору, производить обыскъ на законномъ основаніи, наказывать преступниковъ.

Въ каждомъ юридическомъ отношеніи имѣется и объектъ

обязанности, и объектъ права. Поэтому объекту юридическаго отношенія въ цѣломъ необходимо приписывать двойственный составъ. Петражицкій, ставя на первое мѣсто обязанность, изображаетъ объектъ юридическаго отношенія въ видѣ слѣдующей схемы парныхъ сочетаній: 1) *facere* — *accipere*, 2) *non facere* — *non pati*. 3) *pati* — *facere*. Эту схему слѣдуетъ дополнить еще тѣмъ соображеніемъ, что обязанности терпѣть соотвѣтствуетъ не только право дѣлать что либо, но и право чего либо не дѣлать. Такъ, нпр., на основаніи закона, освобождающаго отъ отбыванія воинской повинности единственныхъ сыновей въ семьѣ, государство обязано терпѣть такое положеніе, а пользующійся указанной льготой имѣетъ право не дѣлать, — не отбывать повинности.

Принимая въ соображеніе все до сихъ поръ сказанное, мы можемъ представить юридическое отношеніе въ видѣ слѣдующихъ двухъ предложеній: „А. имѣетъ право получить, либо не терпѣть, либо дѣлать или не дѣлать; В. обязанъ сдѣлать, либо не дѣлать, либо терпѣть“. Сказуемая „имѣетъ право“ и „обязанъ“ получили свое дополненіе, — объектъ ихъ установленъ, но этимъ еще вопросъ не исчерпанъ. Такъ какъ установленный объектъ обозначаетъ разные виды поведенія, то онъ выраженъ глаголами: „дѣлать“, „не дѣлать“, „терпѣть“, которые въ свою очередь требуютъ дополненія, или говоря иначе, опредѣленія предмета, къ которому относится дѣланіе, не дѣланіе или терпѣніе. Это уже будетъ юридическій объектъ второго порядка, или объектъ юридическаго объекта, по выраженію Бирлингга. Для лучшаго выясненія вопроса обратимся къ примѣрамъ, приведеннымъ выше по поводу юридическихъ объектовъ перваго порядка. Разобравъ ихъ мы увидимъ, что въ нихъ въ качествѣ юридическаго объекта второго порядка выступаютъ: 1) купленная вещь, трудъ наемнаго рабочаго, денежная сумма квартирнаго налога; 2) земля, личная честь, общественная тишина и спокойствіе; 3) ѣзда, обыскныя дѣйствія, дѣйствія, изъ которыхъ слагается примѣненіе наказанія (заключеніе и т. п.). Въ то время какъ юридическій объектъ перваго порядка слагается, какъ мы видѣли, изъ сочетанія объекта обязанности и объекта права, юридическій объектъ второго порядка одинъ и тотъ же и для обязанности, и для права. Это вполне понятно и иначе быть не можетъ. То самое, что А. обязанъ сдѣлать, В. въ правѣ получить; далѣе А. въ правѣ не терпѣть именно того, чего В. обязанъ не дѣлать; наконецъ, В. обязанъ терпѣть именно то, что А. въ правѣ дѣлать или не дѣлать.

Если бы не было совпаденія въ юридическомъ объектѣ второго рода, не было бы юридическаго отношенія.¹⁾

Юридическими объектами второго рода являются: 1) вещи, 2) нематеріальныя блага, 3) дѣйствія людей.

Вещи — это прежде всего матеріальные предметы какъ создаваемые природой, такъ и обрабатываемые и создаваемые человѣческимъ трудомъ. Таковы, нпр., земля, деревья, хлѣбъ на корню, зерно, выпеченный хлѣбъ, сапоги, шкапъ, рояль, деньги и т. п. Затѣмъ къ вещамъ относятся также животныя. На одномъ положеніи съ животными находились рабы. Если въ видѣ исключенія въ нихъ признавали до извѣстной степени лицо, т. е. надѣляли ихъ нѣкоторой правоспособностью, то это были изыятія, которыя дѣлались въ видахъ лучшаго использованія духовныхъ способностей раба, нпр., когда рабы по порученію господина вели торговлю. Наконецъ, вещами признаются и продукты духовнаго творчества человѣка, — научныя и художественныя произведенія, изобрѣтенія, такъ какъ они могутъ быть переводимы на деньги.

Вещь есть объектъ юридическихъ отношеній, въ которыхъ состоятъ другъ къ другу люди. Отношеніе лица къ вещи имѣетъ хозяйственное, техническое значеніе. Высказывается однако нѣкоторыми учеными мнѣніе, будто и къ вещамъ мы состоимъ въ юридическомъ отношеніи. Такъ, нпр., Регельсбергеръ полагаетъ, что опредѣленіе юридическаго отношенія, какъ отношенія между людьми, не подходитъ къ тѣмъ отношеніямъ, которыя содержатъ въ себѣ отношеніе отдѣльнаго лица къ вещи. Юридическое регулированіе этихъ отношеній не исчерпывается указаніемъ того, чего не должны дѣлать другіе; оно опредѣляетъ и отношеніе управомоченнаго къ предмету, объемъ его юридической власти надъ предметомъ. Въ такихъ случаяхъ есть поэтому достаточное основаніе, полагаетъ Регельсбергеръ, говорить объ юридическомъ отношеніи лица къ безличному предмету. Съ такимъ пони-

1) Для наличности юридическаго отношенія между двумя лицами (А. и В.) необходимо: 1) совпаденіе субъекта права съ адресатомъ обязанности (В. обязанъ по отношенію къ А., А. имѣетъ право по отношенію къ В.; если отъ исполненія обязанности В. случайно выгадываетъ С., то это рефлексъ субъективнаго права А., а не юридическое отношеніе между В. и С.); 2) противоположеніе юридическаго объекта обязанности объекту права (*facere* — *accipere*, *non facere* — *non pati*, *pati* — *facere aut non facere*); 3) единство юридич. объекта второго порядка (В. обязанъ передать проданную вещь, А. имѣетъ право получить именно эту вещь, а не иную).

манієм нельзя согласится, какъ въ этомъ легко убѣдиться путемъ анализа самаго прочнаго изъ „юридическихъ“ отношеній лица къ предмету, какимъ является собственность. Право собственности есть право владѣть, пользоваться и распоряжаться вещами безъ всякаго ограниченія съ тѣмъ однако, чтобы не дѣлать изъ нихъ употребленія, воспрещеннаго законами или особыми правилами. Указанному праву собственника не можетъ соответствовать обязанность вещи — предоставлять себя въ его владѣніе, пользованіе и распоряженіе. Этому праву соответствуетъ обязанность всѣхъ другихъ лицъ (всякаго участника общежитія) терпѣть такое исключительное владѣніе, пользованіе и распоряженіе вещью и ни въ чемъ ему не препятствовать. Юридическое отношеніе существуетъ, слѣдовательно, только между лицами по поводу вещей, а не между лицами и вещами.

Животныя, какъ сказано, относятся къ категоріи вещей. У нѣкоторыхъ юристовъ (нпр. у Беккера) возникаетъ однако мысль о томъ, будто животныя могутъ быть субъектами правъ. Въ видѣ примѣра приводятъ случай отказа по завѣщанію извѣстной суммы на содержаніе любимой собаки. Можно бы привести и еще примѣръ, — помѣщеніе собаки въ платную ветеринарную клинику. Изъ этихъ примѣровъ дѣлаютъ выводъ, что въ обоихъ случаяхъ собакѣ принадлежатъ права: право собственности на отказанную денежную сумму и право на содержаніе и лѣченіе въ клиникѣ. Само собою понятно, что у собаки нѣтъ никакого права. Въ первомъ случаѣ есть лишь обязанность главнаго наследника содержать собаку на отказанную сумму, во второмъ — право помѣстившаго собаку на ея содержаніе и лѣченіе.

Л. I. Петражицкій не считаетъ раба въ положеніи объекта юридическаго отношенія и видитъ въ немъ субъекта, обладающаго одной лишь пассивной правоспособностью. Съ такимъ возрѣніемъ нельзя согласится. Юридическія отношенія существовали у рабовладѣльца только со свободными людьми по поводу раба, отношенія же его къ рабу были отношеніями къ вещи, которой онъ неограниченно владѣлъ, пользовался и распоряжался.

Къ нематеріальнымъ благамъ относятся такія блага, какъ честь, неприкосновенность личности, неприкосновенность жизни и т. д. Мы знаемъ, что право допускаетъ передачу другимъ лицамъ тѣхъ притязаній, которыми мы обладаемъ по отношенію къ обязаннымъ намъ лицамъ. Такъ, напр., я могу подарить или продать свое долговое требованіе. Съ лицомъ, которому я

продамъ или подарю долговое требованіе, у меня возникнетъ юридическое отношеніе. Объектомъ этого отношенія будетъ мое долговое требованіе, или мое субъективное право кредитора. Точно также я могу путемъ особаго соглашения перевести на другое лицо лежащую на мнѣ юридическую обязанность. Такъ, напр., я нанимаю за особую плату лицо, которое обязывается за меня исполнить какой либо заказъ. Въ обоихъ случаяхъ объектомъ будутъ то право, то обязанность, т. е. элементы юридическаго отношенія. Ихъ тоже слѣдуетъ отнести къ категоріи нематеріальныхъ благъ, которыя римскіе юристы называли безтѣлесными вещами (*res incorporales*).

Третью категорію юридическихъ объектовъ второго рода составляютъ дѣйствія людей. Здѣсь разумѣются какъ дѣйствія обязаннаго, такъ и управомоченнаго. Такъ напр., въ юридическомъ отношеніи личнаго найма объектомъ являются дѣйствія (услуги) обязаннаго; въ юридическомъ отношеніи, вытекающемъ изъ установленной нормою свободы передвиженія, объектомъ являются дѣйствія управомоченнаго лица.

По поводу дѣйствій можно сказать, что здѣсь объектомъ являются отдѣльныя проявленія личности человѣка. Личность въ цѣломъ была объектомъ права при существованіи рабства. Съ паденіемъ послѣдняго человѣкъ, какъ таковой, пересталъ быть объектомъ права. Тѣмъ не менѣе однако довольно распространеннымъ является среди юристовъ мнѣніе, будто и при отсутствіи рабства люди являются объектомъ права. Указываютъ, что въ отношеніяхъ семейственныхъ и отношеніяхъ между государствомъ и подданными объектами являются люди: жена, дѣти, подданные. Мнѣніе это не правильно. И въ отношеніи къ семьѣ, и въ отношеніи къ государству люди остаются субъектами, а объектомъ являются лишь извѣстныя проявленія ихъ личности, ихъ дѣйствія. Объектомъ являются не жена, не дѣти, не подданные, а тѣ дѣйствія, которыя они совершаютъ для осуществленія супружескаго сожитія, обязанностей къ родителямъ и къ государству.

Ознакомившись съ ученіемъ объ объектѣ юридическаго отношенія, мы можемъ отдать себѣ болѣе сознательный отчетъ въ томъ различіи, которое проводится между объектомъ первого рода и объектомъ второго рода. Различіе это должно быть поставлено въ связь съ ученіемъ о цѣли въ правѣ (§ 9). Мы различали двоякую цѣль въ правѣ: обезпеченіе свободы и обезпеченіе инте-

реса. Двойкой цѣли соотвѣтствуетъ и двойкій характеръ объекта: объектъ перваго рода это объектъ свободы, объектъ втораго рода это объектъ интереса. Въ самомъ дѣлѣ, различныя сочетанія дѣланія, недѣланія и терпѣнія устанавливаютъ предѣлы индивидуальной свободы, а вещи, нематеріальныя блага и дѣйствія служатъ удовлетворенію нашихъ интересовъ. Общая теорія права должна различать указанные два рода объектовъ. Догматическая юриспруденція, служащая дѣлу практическаго примѣненія права и потому имѣющая въ виду прежде всего прикладную цѣль обезпеченія интересовъ, упускаетъ изъ виду объекты перваго рода и говоритъ только объ объектахъ втораго рода. Къ сожалѣнію, узкое догматическое ученіе является распространеннымъ и среди теоретиковъ права.

IV. Выше при изученіи составныхъ частей въ построеніи юридической нормы (см. стрн. 137) мы говорили, что право не дѣлитъ людей на двѣ категоріи такъ, чтобы на однихъ налагались только обязанности, а другимъ присваивались бы одни притязанія, но что, напротивъ того, всякій человекъ, призывается къ исполненію обязанности и надѣляется притязаніемъ, смотря по особенностямъ тѣхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя онъ становится въ разное время и при различныхъ обстоятельствахъ къ другимъ людямъ. Особенности этихъ жизненныхъ отношеній, являющіяся условіями возникновенія взаимныхъ обязанностей и правъ между двумя лицами, опредѣляются въ гипотезѣ юридической нормы. При изученіи послѣдней мы не останавливались на вопросѣ объ основныхъ видахъ этихъ условій возникновенія между лицами взаимныхъ обязанностей и правъ, т. е. юридическихъ отношеній, потому что разсмотрѣніе этого вопроса было бы не вполне ясно безъ предварительнаго ученія объ юридическихъ отношеніяхъ. Ознакомившись съ послѣднимъ, мы теперь восполнимъ получившійся пробѣлъ.

Жизненные факты, признаваемые гипотезою юридической нормы за условія возникновенія юридическихъ отношеній, принято называть на техническомъ языкѣ правовѣдѣнія юридическими фактами. Юридическій фактъ это всякое обстоятельство, предусматриваемое гипотезою юридической нормы и влекущее за собою, какъ слѣдствіе, возникновеніе, равно измѣненіе и прекращеніе юридическаго отношенія.

До сихъ поръ наука не выработала схемы раціональной класси-

фікаціи юридических фактовъ. Не вдаваясь въ обсужденіе многочисленныхъ и многообразныхъ контроверзъ по этому вопросу, остановимся на той классификаціи, которую можно считать наиболѣе принятой.

Въ основу наиболѣе принятой классификаціи юридическихъ фактовъ положены два начала: 1) отношеніе ихъ къ волѣ лица, и 2) отношеніе ихъ къ нормѣ объективнаго права. По первому признаку различаются: 1) такіе юридическіе факты, которые совершаются безъ участія воли лица, 2) такіе, которые совершаются при участіи воли лица. Первые называются юридическими событиями; вторые — юридическими дѣйствіями. Второй классификаціонный признакъ приводитъ къ дѣленію всѣхъ юридическихъ фактовъ на: 1) согласные съ объективнымъ правомъ, или правомѣрные, и 2) на противорѣчащіе объективному праву, или неправомѣрные. Указанное различіе равно примѣнимо какъ къ юридическимъ событіямъ, такъ и къ юридическимъ дѣйствіямъ, и потому выступаетъ въ качествѣ подраздѣленія тѣхъ и другихъ. Оба классификаціонныхъ признака такимъ образомъ взаимно перекрещиваются и даютъ въ результатѣ четырехчленный составъ классификаціонной схемы.

Юридическіе факты дѣлятся согласно этой схемы на: 1) правомѣрные юридическія событія, или юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ этого слова; 2) правомѣрные юридическія дѣйствія, или просто юридическія дѣйствія; 3) неправомѣрные юридическія событія; 4) неправомѣрные юридическія дѣйствія, или правонарушенія.

Юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ это такія внѣшнія событія, которыя не содержатъ въ себѣ ничего не правомѣрнаго и влекутъ за собою, независимо отъ воли людей, установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній. Таковы, нпр.: рожденіе, достиженіе опредѣленнаго возраста, особенно совершеннолѣтія, смерть, истеченіе опредѣленнаго времени, измѣненіе русла рѣки, образованіе новаго острова, произрастаніе плодовъ и т. п. Событія эти обусловливаютъ собою возникновеніе правоспособности и цѣлаго ряда правъ для новорожденнаго (правъ гражданства, наслѣдственныхъ и т. д.), приобрѣтеніе права распоряжаться своимъ имуществомъ для совершеннолѣтняго, открытіе наслѣдства, возникновеніе права собственности на намывъ, новый островъ, плоды и т. п.

Юридическое дѣйствіе, или юридическій актъ, есть дозволенное правомъ дѣйствіе лица, направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическаго отношенія. Юридическія дѣйствія, совершаемыя частными лицами, называются юридическими сдѣлками. Юридическія дѣйствія, совершаемыя органами государственной власти, называютъ распоряженіями.

Юридическія сдѣлки различаются одностороннія и двустороннія, въ зависимости отъ того, требуется ли для ихъ совершенія участіе воли одного лица или соучастіе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ. Односторонней сдѣлкой являются: завѣщаніе, дареніе, отказъ отъ наслѣдства, захватъ (occupatio) безхозяйной вещи и т. п. Двусторонній характеръ имѣютъ всѣ договоры, нпр., — купля-продажа (emptio-venditio), наемъ (conductio-locatio) и т. п. Понятіе двусторонности примѣнимо и къ распоряженіямъ, когда послѣднія дѣлаются по предварительному обращенію (просьбѣ) частныхъ лицъ, нпр. выдача разрѣшенія на открытіе торговаго заведенія, приѣмъ учащагося въ правительственное учебное заведеніе и т. п.

Для совершенія юридическаго дѣйствія лицо должно обладать дѣеспособностью, т. е. установленною объективнымъ правомъ способностью къ совершенію юридическихъ дѣйствій. Законодательства ставятъ различныя условія для признанія, отрицанія и ограниченія дѣеспособности. Наиболѣе общимъ требованіемъ для признанія дѣеспособности лица является требованіе совершеннолѣтія и нормальнаго психическаго состоянія¹⁾. Въ основу этихъ требованій положена та правильная мысль, что устанавливать, измѣнять и прекращать юридическія отношенія можетъ лишь тотъ, кто въ состояніи здраво и зрѣло понимать и предвидѣть послѣдствія своихъ дѣйствій. Недѣеспособные замѣняются въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ представителями (о чемъ см. ниже § 26).

Юридическія лица могутъ совершать юридическія дѣйствія не иначе, само собою понятно, какъ при посредствѣ физическихъ

1) Само собою разумѣется, что для дѣеспособности необходима наличность правоспособности. Не можетъ своими дѣйствіями устанавливать юридическія отношенія тотъ, кто не способенъ быть субъектомъ послѣднихъ. Понятіе дѣеспособности по содержанію шире понятія правоспособности; слѣдовательно, по объему понятіе дѣеспособности уже понятія правоспособности.

лицъ. Отдѣльные физическія лица или коллегіи физическихъ лицъ, выражающія волю юридическаго лица и осуществляющія ее во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, называются органами юридическаго лица. Въ томъ же актѣ государственной власти, на основаніи котораго возникаетъ юридическое лицо (см. выше стрн. 149—150), устанавливается и порядокъ образованія и функціонированія его органовъ. Дѣеспособность органа юридическаго лица называется его компетенціей, или вѣдѣніемъ. Компетенція опредѣляетъ тѣ дѣла, по которымъ органъ правомѣрно отправляетъ функцію выраженія и проявленія въ дѣйствіи воли юридическаго лица. Дѣйствія органа внѣ предѣловъ компетенціи представляютъ собою поступки физическихъ лицъ, а не юридическія дѣйствія юридическаго лица.

Неправомѣрные событія это внѣшнія событія, противныя требованію юридическихъ нормъ и влекущія за собою установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній помимо воли людей. Таковы, нпр., обвалъ стѣны, сносъ крыши вѣтромъ, крушеніе поѣзда, несчастный случай на фабриктѣ (разрывъ парового котла и т. п.), наводненіе и т. п. Возникаютъ юридическія отношенія между собственникомъ стѣны, крыши и лицами, которые потерпѣли отъ обвала стѣны, заноса крыши на ихъ землю, между желѣзной дорогой и пострадавшими пассажирами, между фабрикантомъ и пострадавшими рабочими; въ случаѣ наводненія свидѣтель освобождается отъ обязанности явиться въ судъ и т. п. Къ неправомѣрнымъ событіямъ приравниваются неправомѣрные по своимъ послѣдствіямъ дѣйствія домашнихъ животныхъ. Если моя собака утащитъ у кого либо съѣстное, это обязываетъ меня къ вознагражденію потерпѣвшаго.

Правонарушенія суть запрещенныя юридическою нормою дѣйствія людей. Дѣйствія разумѣются здѣсь какъ положительныя, такъ и отрицательныя, т. е. какъ содѣяніе запрещеннаго, такъ и несодѣяніе требуемаго, нпр., кража, неуплата долга и т. п. Правонарушеніе вызываетъ установленіе юридическаго отношенія между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ, а въ случаяхъ, когда правонарушеніе влечетъ за собою наказаніе, также и отношенія между нарушителемъ права и государствомъ. О значеніи и разныхъ видахъ правонарушенія будетъ еще рѣчь впереди въ главѣ объ осуществленіи права (§ 27).

Глава IV. Положительное право и формы его проявления.

§ 16. Понятіе источниковъ права и нормативныхъ фактовъ

Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 51; Л. I. Петражицкій, Теорія права, т. II, § 39; E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III Bd.

Совокупность юридическихъ нормъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ организованнаго общественнаго союза (въ новое время преимущественно государства), а также въ отношеніяхъ между организованными общественными союзами (въ т. н. международномъ, или междугосударственномъ общеніи) называется положительнымъ правомъ. Терминъ „положительный“ обозначаетъ въ данномъ случаѣ два характерныхъ для права момента: 1) то, что право производитъ положительный эффектъ, т. е. дѣйствительно регулируетъ поведение людей, и 2) то, что это право положенное, или установленное извѣстнымъ внѣшнимъ авторитетомъ (см. § 7).

Положительное право противопоставалось и въ силу исконной исторической традиціи противопоставается праву естественному, которое основывали на внутреннемъ авторитетѣ разума, выводящаго нормы изъ сущности, или природы вещей, и которое одни признавали безусловно дѣйствующимъ, другіе же только относительно дѣйствующимъ (подробнѣе въ слѣд. главѣ).

Въ новѣйшее время Л. I. Петражицкій противопоставляетъ положительному праву не естественное, а интуитивное право, подъ которымъ разумѣетъ автономное, не ссылающееся на какое либо внѣшнее установленіе, правовое переживаніе, которое по содержанию своему является принципиально индивидуальнымъ (II₂, 480) и потому вполне справедливо характеризуется Л. I. Петражицкимъ, какъ мнѣніе (I₂, 171).

Выше намъ уже приходилось говорить объ интуитивномъ правѣ (§ 7), и мы показали, что право по существу своему не можетъ быть автономнымъ, и что „интуитивное право“ Л. I. Петражицкаго есть лишь субъективное индивидуальное представленіе о правѣ, какъ объективной социальной нормѣ гетерономнаго характера. Такое индивидуальное субъективное представленіе, или мнѣніе (какъ выражается самъ Л. I. Петражицкій) о правѣ давно извѣстно наукѣ подъ именемъ положительнаго правосознанія, или,

какъ въ новѣйшее время предпочитаютъ говорить, положительнаго чувства права, либо точнѣ субъективнаго чувства и сознанія положительнаго права. Субъективное правовое чувство и правосознаніе не есть еще право, какъ опредѣленная объективная норма социальнаго поведенія. Оно представляетъ собою лишь тотъ психологическій и логическій матеріалъ, изъ котораго образуется положительное право, и на которомъ по существу основывается его дѣйствіе. Если бы не было субъективнаго чувства и и сознанія права, то не могло бы существовать и положительное право, но само по себѣ правовое чувство и правосознаніе не есть еще, повторяемъ, дѣйствующее право.

Не смотря на то, что Л. І. Петражицкій характеризуетъ интуитивное право, какъ мнѣніе, онъ не ограничиваетъ значенія интуитивнаго права предѣлами мнѣнія и приписываетъ ему качество дѣйствующаго права. Дѣйствіе права въ общественной жизни дѣлится Л. І. Петражицкимъ на три области: 1) область исключительнаго существованія и дѣйствія позитивнаго (положительнаго) права, т. е. права, установленнаго внѣшнимъ авторитетомъ, 2) область исключительнаго существованія и дѣйствія интуитивнаго права, и 3) область параллельнаго существованія и дѣйствія обоихъ видовъ права. Оставляя въ сторонѣ распредѣленіе этихъ областей* по содержанію регулируемаго ими поведенія, мы должны поставить вопросъ о томъ, какимъ образомъ можетъ дѣйствовать интуитивное право. Такъ какъ „интуитивныхъ правъ столько, сколько индивидовъ“ (Петражицкій, II₂, 480), то интуитивное право можетъ дѣйствовать только въ тѣхъ случаяхъ, когда интуитивно-правовыя мнѣнія сторонъ относительно ихъ взаимныхъ обязанностей и правъ совпадаютъ по содержанію (см. II, 495). Эти случаи не рѣдки, потому что общность объективныхъ условій и факторовъ развитія приводитъ къ общности интуитивно-правовыхъ представленій по группамъ, кружкамъ и классамъ индивидовъ (II₂, 480) и еще болѣе потому, что вырабатываются, очевидно подъ вліяніемъ тѣхъ же объективныхъ условій, несомнѣнные для всѣхъ „аксіомы интуитивнаго права“ (II₂, 615). При этихъ условіяхъ дѣйствія интуитивное право представляется намъ надѣленнымъ двумя слѣдующими чертами: 1) болѣе или менѣе широкимъ массовымъ признаніемъ его обязательности, или, говоря иначе, массовымъ сознаніемъ его необходимости, и 2) однообразнымъ соблюденіемъ его въ болѣе или менѣе широкихъ общественныхъ группахъ. Но этими же чертами, какъ увидимъ ниже (§ 17),

характеризуется одинъ изъ видовъ положительнаго права, — право обычное. На этомъ основаніи мы можемъ сказать, что интуитивное право въ своемъ объективномъ дѣйствии есть ничто иное, какъ обычное право. Разсматриваемое же въ стадіи субъективнаго мнѣнія, не приобрѣтшаго еще объективнаго дѣйствиа, оно есть субъективное чувство и сознаніе права, служащее матеріаломъ для положительнаго права и внутренней основой его дѣйствительности.

Можно вообразить себѣ и даже наблюдать моментъ непосредственнаго перехода извѣстнаго юридическаго сужденія изъ области субъективнаго правосознанія въ область положительнаго права. Такой именно моментъ имѣетъ въ виду Н. М. Коркуновъ, когда говоритъ: „Дѣйствовать можетъ и норма, не выразившаяся еще ни въ законѣ, ни въ обычаѣ, ни въ судебной практикѣ, и такое дѣйствіе нормы есть необходимое предположеніе образованія обычая и судебной практики“ (изд. 3-ье, с. 285—286). Мы должны сказать, что здѣсь имѣется на лицо не условіе образованія того или другаго вида положительнаго права, а самое его образование, законченное для опредѣленнаго конкретнаго случая; слѣдовательно, здѣсь дѣйствуетъ уже та или другая норма положительнаго права. Нѣтъ поэтому и для указаннаго момента никакой надобности говорить о дѣйствии особаго интуитивнаго права, или же устанавливать специальный видъ положительнаго права, вытекающаго изъ правового чувства (какъ это дѣлаетъ, нпр., Игн. Корнфельдъ), такъ какъ въ матеріальномъ смыслѣ все положительное право вытекаетъ изъ сочетанія наличныхъ въ данномъ обществѣ субъективныхъ правовыхъ представленій.

Преображеніе субъективнаго чувства и сознанія права въ право положительное можно назвать позитиваціей права. Позитивація права совершается подъ воздѣйствіемъ разнаго рода внѣшнихъ для обязаннаго или управомоченнаго индивида фактовъ, которые принято называть традиціонно источниками права, и для которыхъ Л. І. Петражицкій предложилъ новое названіе, — нормативныхъ фактовъ.

Традиціонное названіе „источниковъ права“ (*fontes iuris*, *Rechtsquellen*, *sources du droit*), ведетъ свое начало, по указанію нѣкоторыхъ изслѣдователей, отъ Тита Ливія, который въ своей исторіи называетъ законъ XII таблицъ „источникомъ всего публичнаго и частнаго права“ (*fons omnis publici privatique iuris*). Терминъ этотъ имѣетъ нѣсколько значеній, которыя необходимо раз-

личать въ видахъ правильнаго установленія того смысла, въ которомъ онъ употребленъ нами выше. Различаютъ обыкновенно: 1) источники познанія права, 2) источники права въ матеріальномъ смыслѣ, или правопроизводящіе факторы, и 3) источники права въ формальномъ смыслѣ, или факты, вызывающіе позитивацію права.

Источники познанія права понимаются въ томъ смыслѣ, въ какомъ говоритъ объ источникахъ историческая наука. Подъ источниками познанія права разумѣтся все то, что содержитъ въ себѣ данныя для познанія права опредѣленнаго общества въ ту или другую эпоху. Сюда относятся тексты законовъ, записи обычаевъ, судебныя дѣла, лѣтописи, записки современниковъ, памятники народной словесности, литературныя произведенія и т. д.

Источникомъ права въ матеріальномъ смыслѣ является прежде всего субъективное правосознаніе. Послѣднее однако не есть ничто самодовлѣющее, не представляетъ собою мистическаго содержанія общечеловѣческаго, или народнаго духа. Оно слагается подъ вліяніемъ различныхъ общественныхъ интересовъ, нравственныхъ идей и религіозныхъ вѣрованій. Всѣ эти факторы опредѣляютъ содержаніе субъективнаго правосознанія, а также то своеобразное и измѣняющееся во времени и по мѣстамъ сочетаніе наличныхъ въ обществѣ субъективныхъ правовыхъ представленій, выраженіемъ котораго оказывается положительное право. Такимъ образомъ всѣ факторы общественнаго развитія оказываются правопроизводящими факторами, или источниками права въ матеріальномъ смыслѣ.

Наконецъ, подъ источникомъ права въ формальномъ смыслѣ разумѣтся спеціальнй юридическій терминъ для обозначенія тѣхъ внѣшнихъ фактовъ, съ которыми связывается позитивація права, т. е. установленіе объективно обязательныхъ юридическихъ нормъ.

Указанное многообразіе значенія „источниковъ права“ и необходимость оговаривать спеціальнй смыслъ формальнаго источника права свидѣтельствуютъ о томъ, что этотъ старинный терминъ не особенно удаченъ. Поэтому заслуживаетъ вниманія и признанія вводимый Л. І. Петражицкимъ терминъ „нормативный фактъ“, такъ какъ онъ не даетъ повода для недоразумѣнія и болѣе соотвѣтствуетъ существу обозначаемаго понятія. Въ самомъ дѣлѣ, процессъ позитиваціи права представляетъ собою превра-

щеніе извѣстнаго представленія, мнѣнія, сужденія о правахъ и обязанностяхъ въ обязательную норму поведенія. Фактъ, съ которымъ соединяется такое превращеніе, вполне правильно и умѣстно назвать нормативнымъ фактомъ.

Нормативные факты слѣдуетъ отличать отъ юридическихъ фактовъ, или, какъ ихъ называютъ нѣкоторые ученые (Бирлингъ, Петражицкій) релевантныхъ (для права) фактовъ. Юридическіе факты это, какъ мы уже знаемъ (см. стрн. 161), факты, съ которыми соединяется возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Нормативные же факты это тѣ факты, съ которыми связана позитивація права, т. е. установленіе самой нормы права. Юридическіе факты предусматриваются въ гипотезѣ юридической нормы и только отъ этого получаютъ самое качество фактовъ юридическихъ. Слѣдовательно, юридическіе факты не мыслимы безъ представленія юридической нормы и, очевидно, не могутъ быть смѣшиваемы съ нормативными фактами, устанавливающими дѣйствіе юридической нормы. Между тѣмъ у нѣкоторыхъ теоретиковъ права замѣчается смѣшеніе нормативныхъ фактовъ съ юридическими фактами. Особенно страдаетъ этимъ Бирлингъ, согласно которому нормальными формами образованія права, т. е. источниками права, являются, съ одной стороны, юридическія сдѣлки, съ другой, — юридическій обычай. Юридическая сдѣлка, являющаяся, какъ знаемъ, юридическимъ фактомъ, возводится Бирлингомъ на степень нормативнаго факта, и такой нормативный фактъ первостепенной важности, какъ законъ, признается у него лишь однимъ изъ видовъ юридической сдѣлки. Возведеніе всякой юридической сдѣлки на степень источника права вызывается неправильнымъ пониманіемъ взаимоотношенія между субъективною и объективною стороною права. Бирлингъ, очевидно, предполагаетъ, что субъективная сторона права можетъ быть отдѣлена отъ объективной и явиться фактомъ, съ которымъ связана позитивація права. На самомъ дѣлѣ этого не можетъ быть. Юридическая сдѣлка, устанавливающая юридическое отношеніе, предполагаетъ наличность юридической нормы, хотя бы даже позитивація послѣдней проявилась впервые при установленіи даннаго юридическаго отношенія. При наблюденіи такого первоначальнаго момента позитиваціи права мы должны различать проявленіе позитиваціи объективной юридической нормы и самую юридическую сдѣлку, какъ юридическій фактъ, предусматриваемый гипотезой нормы. Само собою разумѣется, что такіе

первоначальные моменты наблюдаются чрезвычайно рѣдко. Поэтому тѣмъ менѣе имѣется основанія для признанія всякой юридической сдѣлки источникомъ права. Сведеніе всего значенія закона къ признанію его однимъ изъ видовъ юридической сдѣлки представляетъ собою сужденіе въ высшей степени одностороннее. Законъ, какъ установленіе юридической нормы государственною властью, есть прежде всего нормативный фактъ, именно — сообщеніе нормѣ обязательнаго характера въ силу велѣнія государственной власти. Самое изданіе закона есть дѣйствіе опредѣленнаго органа государственной власти, дѣйствіе правомѣрное, которое устанавливаетъ юридическое отношеніе между государственною властью и подданными, отношеніе, слагающееся изъ взаимныхъ обязанностей и притязаній обѣихъ сторонъ на подчиненіе вновь созданной юридической нормѣ. Въ этомъ смыслѣ конечно законъ представляетъ собою видъ юридической сдѣлки. Нельзя однако ограничиваться этой одной стороной закона и не выдѣлять въ немъ значенія нормативнаго факта. Какъ видимъ, смѣшеніе нормативныхъ фактовъ съ юридическими фактами не допустимо¹⁾.

§ 17. Основные источники и виды положительнаго права.

Th. Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, I Bd., 2 Aufl., 1912, см. Quellenlehre; I. В. Михайловскій, Очерки философіи права, т. I, часть II; П. Г. Виноградовъ, Очерки по теоріи права, главы V—VIII; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890; Paul Oertmann (Эртманнъ), Обычай и законъ, р. перев., 1899; Н. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1890, §§ 3 и 4; G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892, XII: Die rechtbegründenden staatlichen Akte; В. И. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права, въ журн. „Наблюдатель“, 1882 г., №№ 1 и 2; Ф. И. Леонтовичъ, Старый земскій обычай, 1889; Л. I. Петражицкій, статьи объ обычномъ правѣ въ газетѣ „Право“, 1899 г., №№ 2, 5, 7—9, 12, 16, 18; Г. В. Демченко, Судебный прецедентъ, 1903.

Источники права, или нормативные факты, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ четыремъ категоріямъ, каковы: 1) уста-

1) Въ одномъ мѣстѣ Теоріи права и государства Л. I. Петражицкаго читаемъ слѣдующее: „противопоставленіе (договоровъ и вообще юридическихъ сдѣлокъ источникамъ права) слѣдуетъ устранить изъ теоріи права, причисливъ договоры и другія сдѣлки къ нормативнымъ фактамъ положительнаго права“ (II, 598). Это мѣсто можетъ

новленіе единоличнаго авторитета (лица фізическаго или юридическаго), 2) установленіе коллективнаго (массоваго) авторитета, 3) договоръ, или соглашеніе двухъ или многихъ лицъ (фізическихъ или юридическихъ), 4) практика государственныхъ учреждений, въ особенности судебная практика.

I. Въ процессъ историческаго развитія положительнаго права различаются слѣдующіе правотворящіе авторитеты единоличнаго характера: 1) авторитетъ Божества, 2) авторитетъ государственной власти, и 3) авторитетъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, приобрѣтенный ими благодаря особымъ нравственнымъ достоинствамъ или же благодаря особымъ профессиональнымъ познаніямъ.

Ссылкою на авторитетъ Божества устанавливается — законъ Божій (*lex Dei*), или нормы религіознаго права. Это древнѣйшій видъ закона, нѣкогда опредѣлявшій всѣ стороны общественной жизни и нынѣ сохраняющій свое дѣйствіе въ предѣлахъ европейской культуры въ области церковнаго права (см. о послѣднемъ § 23). Мы здѣсь говоримъ объ юридическомъ законѣ Божьемъ, а не о нравственномъ, и не о специально религіозномъ.

Юридическія нормы, устанавливаемыя авторитетомъ государственной власти, называются законами. Въ отличіе отъ закона Божьяго ихъ можно бы назвать государственными, если-бы съ терминомъ „государственные законы“ не соединялся болѣе тѣсный смыслъ юридическихъ нормъ, содержаніемъ которыхъ является опредѣленіе устройства и компетенціи органовъ государственной власти. Поэтому ограничимся простымъ терминомъ: „законы“, и, согласно общепринятому словоупотребленію, будемъ всегда понимать подъ ними юридическія нормы, устанавливаемыя государственной властью.

Въ настоящее время признается несомнѣннымъ, что источникомъ права законнаго можетъ быть только авторитетъ своей, такъ сказать, государственной власти, т. е. авторитетъ государственной власти въ предѣлахъ подлежащей ей территоріи и по

дать поводъ къ предположенію, будто Л. I. Петражицкій смѣшиваетъ нормативные факты съ юридическими фактами. Такой выводъ противорѣчилъ бы какъ всему ученію Л. I. Петражицкаго о нормативныхъ фактахъ, такъ и той специальной оговоркѣ, которая сдѣлана на той же страницѣ въ подстрочномъ примѣчаніи къ приведенному нами мѣсту текста. Впрочемъ ниже мы отмѣчаемъ два случая смѣшенія Л. I. Петражицкимъ юридическихъ фактовъ съ нормативными (см. § 18).

отношенію къ подданному ей населенію. Такое положеніе установилось въ процесѣ историческаго развитія права сравнительно недавно, — не раньше XVI вѣка. До этого времени достаточнымъ для правотворенія авторитетомъ могла пользоваться и чужая государственная власть, особенно если по какимъ либо основаніямъ ей приписывалось выдающееся значеніе. Такимъ значеніемъ пользовалась въ средніе вѣка римская государственная власть какъ западная, такъ и восточная, въ силу соотвѣтствія ея освященной христіанствомъ вселенской (каеолической) идеѣ. Этимъ объясняется дѣйствіе въ средніе вѣка римскаго права (*Cognus iuris civilis*) въ цѣломъ рядѣ западно-европейскихъ государствъ и греко-римскаго, или византійскаго права (Эклоги, Прохирона и др. законодательныхъ сборниковъ) въ Россіи.

Признаніе обязательности иноземнаго права извѣстно подъ названіемъ рецепціи (воспріятія) права. Относительно рецепціи сложилось спеціальное ученіе. Различаютъ два вида рецепціи: совершающуюся по повелѣнію государственной власти реципирующей страны или же безъ такого повелѣнія путемъ обычая и судебной практики; первый видъ называютъ законодательной рецепціей, второй — узуальной (обычной). Образцомъ перваго вида считаютъ, напр., введеніе французскаго гражданскаго кодекса въ странахъ, которыя завоевалъ Наполеонъ, введеніе нѣмецкаго городского права въ Чехіи, Польшѣ, Литвѣ и Руси по привилегіямъ, которыя жаловались городамъ королями, великими князьями и иными владѣтельными особами, или заимствованіе парламентскаго строя Англии, проведенное въ конституціонныхъ законахъ государствъ европейскаго материка. Образцомъ узуальной рецепціи считаютъ рецепцію римскаго права на западѣ Европы и рецепцію греко-римскаго права въ Россіи. Подраздѣляемую на эти два вида рецепцію права въ прежнее время признавали даже особымъ самостоятельнымъ источникомъ права. Съ послѣдней точкой зрѣнія никакъ нельзя согласиться. Для позитиваціи права имѣетъ значеніе не самое содержаніе юридическихъ нормъ и не ихъ географическое и этнографическое происхожденіе, а наличность опредѣленнаго нормативнаго факта. Такимъ нормативнымъ фактомъ при рецепціи является законъ или обычай, которые вводятъ дѣйствіе иноземнаго права, а не самая рецепція. Вслѣдствіе этого нельзя ни выдѣлять рецепцію въ качествѣ самостоятельнаго источника права, какъ это дѣлали прежде, ни подводить ее въ качествѣ особой разновидности подъ категорію одного

лишь законнаго права, какъ это дѣлають нѣкоторые изслѣдователи въ новѣйшее время (нпр. Игн. Корнфельдъ).

Признавая вполне правильность различія законодательной и узувальной рецепціи, мы полагаемъ однако, что сведеніе всего историческаго процесса рецепціи римскаго права къ рецепціи узувальной не правильно. Первоначально римское право примѣнялось какъ законъ чужой государственной власти, которую признавали достаточно авторитетной для того, чтобы видѣть въ ея установленіи обязательную юридическую норму. Это было возможно, благодаря тому, что собственная государственная власть не доросла до того состоянія, при которомъ законодательство становится монополіей туземной государственной власти. Когда государственная власть настолько окрѣпла, что стала тяготиться авторитетомъ вселенской римской императорской власти, то послѣдовали даже формальныя запрещенія примѣнять римское право въ государственныхъ судахъ. Но римское право настолько вошло въ жизнь и настолько ощущалась потребность въ дальнѣйшемъ его примѣненіи, что запреты оставались мертвой буквой. Чтобы спасти престижъ государственной власти и примирить его съ дѣйствіемъ иноземнаго права легисты стали объяснять это дѣйствіе, съ одной стороны, авторитетомъ разума (*non ratione imperii, sed imperio rationis*), выраженного въ римскомъ правѣ, съ другой стороны, авторитетомъ судебной практики (*usus fori*)¹). Такое объясненіе ихъ не было голословнымъ измышленіемъ. Оно соотвѣтствовало новымъ фактамъ: съ одной стороны, разумъ признавался источникомъ естественнаго права, которое считали дѣйствующимъ и выраженіе котораго видѣли въ постановленіяхъ *Corporis iuris civilis*; съ другой стороны, въ судахъ дѣйствительно накопилась долговременная и обильная практика примѣненія римскаго права. Это новое объясненіе, соотвѣтствовавшее новому положенію дѣла, отнюдь не можетъ служить опроверженіемъ первоначальной стадіи рецепціи, которая основывалась на признаніи правотворящаго авторитета чужой государственной власти. Теорія права послѣдующаго времени настолько ушла отъ этого древняго воззрѣнія на авторитетъ чужой государственной власти, что не могла учесть подобнаго явленія.

Третьимъ видомъ правотворящаго авторитета единоличнаго характера является въ процессѣ историческаго развитія права

1) Теорію узувальной рецепціи выдвинулъ впервые извѣстный нѣмецкій юристъ XVII в. Германъ Коврингъ (*De origine iuris germanici*, 1643).

авторитетъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, пріобрѣтенный ими благодаря особымъ нравственнымъ достоинствамъ или же благодаря особымъ профессиональнымъ познаніямъ. Сюда относится правотворящій авторитетъ пророковъ, проповѣдниковъ, отцовъ церкви и иныхъ религіозныхъ дѣятелей, съ одной стороны, и авторитетъ ученыхъ юристовъ, съ другой стороны. Первый сохраняется и донинѣ въ системахъ религіознаго права восточныхъ культуръ и въ области церковнаго права европейской культуры. Второй исчезъ въ качествѣ формальнаго правотворящаго фактора. Дѣйствіе и процвѣтаніе его относится къ исторіи развитія римскаго права и рецепціи его въ средніе вѣка и въ начальную эпоху новаго времени, когда оно создавало особый видъ положительнаго права, — т. н. право юристовъ (*Juristenrecht*), или научное право.

Въ развитіи римскаго права сыграли существенную роль ученые юристы (*iurisprudentes, iurisperiti*), которые путемъ толкованія и восполненія пробѣловъ основнаго правового матеріала XII таблицъ и позднѣйшаго законодательства выработали сложную и стройную систему гражданскаго права. Дѣятельность римскихъ юристовъ была свободной, самостоятельной и творческой, такъ что ихъ мнѣнія (*responsa prudentum*) пользовались такимъ же авторитетомъ, какъ и самые законы. Недаромъ Цицеронъ могъ отнести авторитетъ юристовъ къ нормативнымъ фактамъ, равносильнымъ съ законодательными велѣніями государственной власти и съ судебной практикой (. . . *ius civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, [iuris] peritorum auctoritate consistat*). Въ императорскій періодъ *ius respondendi* ученыхъ юристовъ подверглось законодательной регламентаціи. Было издано нѣсколько законовъ, установившихъ, какія сочиненія юристовъ прежняго времени и въ какихъ предѣлахъ должны имѣть обязательное значеніе для судовъ. Наиболѣе важнымъ въ этомъ направленіи былъ законъ императора Валентиніана III (426 г.), который придалъ рѣшающее значеніе авторитету пяти великихъ юристовъ прежняго времени, — Папиніана, Павла, Ульпіана, Модестина и Гая. Императоръ Юстиніанъ, провозгласившій олицетворенную въ императорской особѣ государственную власть единственнымъ творцомъ и толкователемъ законовъ, все же призналъ, что этимъ его законодательнымъ повелѣніемъ не отмѣняется ни въ чемъ авторитетъ древнихъ юристовъ, названныхъ имъ творцами древняго

права.¹⁾ Правда, это послѣднее положеніе Юстиніанъ мотивировалъ тѣмъ, что правотворящая функція была дозволена юристамъ императорскою властью. Такая мотивировка представляетъ собою лишь отраженіе отмѣченнаго выше императорскаго законодательства въ дѣлѣ упорядоченія *iuris respondendi*, но отнюдь не можетъ опровергнуть прежняго самостоятельнаго правотворящаго авторитета профессиональныхъ юристовъ.

Аналогичное явленіе наблюдается въ исторіи рецепціи римскаго права. Толкованія ученыхъ юристовъ отодвинули на задній планъ непосредственный правовой матеріалъ *Corporis iuris civilis*, такъ что на ряду съ авторитетомъ иноземной государственной власти сталъ авторитетъ ученыхъ юристовъ какъ туземныхъ, такъ и иноземныхъ. Это положеніе дѣла нашло себѣ выраженіе въ извѣстной поговоркѣ: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. Такъ какъ глоссъ, или толкованій было много, и къ тому же они разнились во взглядахъ, то выработанъ былъ принципъ, согласно которому почиталось обязательнымъ общее мнѣніе ученыхъ (*communis opinio doctorum*), которое устанавливалось по расчету удѣльнаго вѣса разныхъ авторитетовъ и даже путемъ механическаго подсчета мнѣній и подчиненія мнѣнію численнаго большинства. Въ эпоху господства школы естественнаго права (XVII—XVIII вв.) наука права вновь приобрѣла формальный правотворящій авторитетъ въ качествѣ глашатая права природы, или права разума, за которымъ признавали внѣшнюю обязательность особенно въ примѣненіи къ государственному устройству, управленію и международнымъ отношеніямъ. По мѣрѣ роста государственной власти и сосредоточенія въ ея рукахъ монополіи законодательства отпали правотворящія функціи ученыхъ юристовъ.

Такъ какъ старая теорія права выросла преимущественно на почвѣ разработки права римскаго, то вполне понятно, что въ ней принято было ученіе о мнѣніяхъ ученыхъ юристовъ, или о наукѣ права, какъ объ источникѣ права. Это ученіе по традиціи повторялось и въ новое время, послѣ того какъ государственная власть лишила ученыхъ юристовъ формальной правотворящей функціи. Даже въ настоящее время слышатся отдѣльные отклики традиціоннаго ученія. Во всякомъ случаѣ считается до сихъ поръ

1) *Tam conditor, quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur, nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.*

необходимымъ ставить вопросъ о томъ, является ли и въ наше время наука права формальнымъ источникомъ права, и имѣется ли право юристовъ въ качествѣ особаго вида положительнаго права.

Для эпохи, когда ученые юристы дѣйствительно пользовались правотворящимъ авторитетомъ, нельзя не признавать въ ихъ мнѣніяхъ формальнаго источника права. Мы бы только сказали, что этотъ источникъ находится въ непосредственномъ родствѣ съ законодательствомъ и можетъ быть подведенъ вмѣстѣ съ нимъ и съ религіознымъ законодательствомъ подъ широкое родовое понятіе закона, какъ установленія единоличнаго авторитета, въ качествѣ законодательства науки. При современномъ состояніи государственной власти, ставшей монополистомъ въ области законодательства, не можетъ быть рѣчи объ авторитетѣ профессиональныхъ ученыхъ юристовъ, какъ формальномъ источникѣ права. Мнѣнія ученыхъ юристовъ и положенія науки права могутъ быть восприимчивы и несомнѣнно воспринимаются и законодателемъ, и массою населенія, и судебными органами. Такимъ путемъ они становятся матеріальнымъ источникомъ законодательнаго, обычнаго права и права судебной практики. Само по себѣ „право юристовъ“ не составляетъ вида положительнаго права, такъ какъ утраченъ учеными юристами формальный правотворщій авторитетъ. Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что процессъ установленія монополіи государственнаго законодательства и паденія законодательства науки совершался медленно. Еще въ XVIII столѣтіи у насъ въ Россіи дѣйствовали въ практикѣ торгового оборота въ качествѣ законной книги учебникъ торговаго права моск. проф. Дильтея, во многомъ представлявшій собою русскій переводъ соотвѣтственнаго руководства Гейнекція.

У одного изъ теоретиковъ права нашихъ дней — Э. Штернберга встрѣчаемъ мысль о томъ, что въ будущемъ „праву юристовъ“, или какъ говоритъ самъ авторъ, „научному праву“ вновь предстоитъ стать однимъ изъ видовъ положительнаго права. Такой прогнозъ Штернбергъ строитъ на слѣдующихъ основаніяхъ. Общественная жизнь настолько усложнилась, что государственное законодательство не въ состояніи уже теперь, а тѣмъ болѣе не въ состояніи будетъ въ будущемъ охватить своей регламентаціей общественныя отношенія со всѣхъ сторонъ и въ многообразныхъ подробностяхъ. Государство не можетъ, да и не должно по своему высокому положенію обслуживать всѣ мельчайшія потреб-

ности общества въ правовой нормировкѣ и быть для него, какъ выражается Штернбергъ, одной прислужкой ко всему (Mädchen für alles). Ограничившись установленіемъ основныхъ принциповъ и важнѣйшихъ положеній, государство должно предоставить юридическую регламентацію подробностей и отношеній второстепенной важности болѣе приспособленной къ тому наукѣ права. Общественная жизнь не только усложняется, но и измѣняется въ своемъ укладѣ, движется съ прогрессивно возрастающей скоростью. Государственное законодательство, будучи сложнымъ и медленно дѣйствующимъ механизмомъ, не въ состояніи поспѣвать за быстрымъ движеніемъ, и чѣмъ дальше впередъ, тѣмъ будетъ отставать отъ него все больше и больше. Поневолѣ придется предоставить поле дѣйствія „научному праву“, болѣе гибкому, болѣе подвижному, идущему не только въ уровень съ жизнью, но и предвидящему направленіе и характеръ ея дальнѣйшаго развитія. По всѣмъ этимъ основаніямъ Штернбергъ предполагаетъ, что юристы не будутъ болѣе прикованы къ тачкѣ государственнаго законодательства и въ качествѣ свободныхъ общественныхъ мыслителей будутъ лишь по нѣкоторымъ вопросамъ подчинены государственному законодательству, а въ остальномъ приобрѣтутъ авторитетъ самостоятельныхъ создателей права. Такимъ то образомъ водворится „научное право будущаго“ (das Wissenschaftsrecht der Zukunft). Это будущее наступитъ, по мнѣнію Штернберга, въ качествѣ необходимой стадіи развитія права, движущагося по тремъ историческимъ ступенямъ, — обычнаго права, законодательства и научнаго права, — соответствующимъ тремъ послѣдовательнымъ формамъ всякаго производства: навыку, ремеслу и наукѣ.

Мы не станемъ возражать противъ предусматриваемой Штернбергомъ возможности возрожденія формальнаго правотворящаго авторитета ученыхъ юристовъ. Нѣкогда они пользовались этимъ авторитетомъ, потому что государственная власть тогда еще не досрела до всесторонней правовой регламентаціи общественной жизни и допускала въ этомъ отношеніи частную конкуренцію. Въ настоящее время при всемъ напряженіи могущественныхъ силъ государственная власть дѣйствительно начинаетъ не поспѣвать обслуживать своимъ монопольнымъ производствомъ всѣ потребности общества въ правовой регламентаціи. Весьма возможно, что придется допустить частную конкуренцію въ производствѣ права. Въ данномъ случаѣ можно сослаться на пере-

ходъ въ область частной и общественной дѣятельности многихъ функций управления, которыя въ XVIII вѣкѣ и въ первой половинѣ XIX вѣка находились всецѣло и безраздѣльно въ рукахъ государства. Возможность водворенія „научнаго права будущаго“ требуетъ однако одной весьма существенной оговорки. Въ высшей степени цѣнной стороной монополіи государственнаго законодательства является то, что послѣднее устраняетъ частный и общественной произволъ и водворяетъ начало законности. Возможныя въ наукѣ права разногласія могутъ открыть доступъ произволу, особенно если субъективизмъ научныхъ мнѣній окажется не только произвольнымъ явленіемъ, но и умысленнымъ прикрытіемъ эгоистическихъ выгодъ и постороннихъ праву соображеній. Поэтому возрожденіе „научнаго права“ окажется возможнымъ только въ тѣхъ странахъ, гдѣ прочно установилось начало законности, гдѣ чувство права съ присущимъ ему стремленіемъ къ объективной оцѣнкѣ отношеній вошло въ плоть и въ кровь населенія подобно категорическому императиву Канта.

Что касается различаемыхъ Штернбергомъ трехъ ступеней въ развитіи права, — обычнаго права, закона, научнаго права, — и уподобленія ихъ тремъ стадіямъ въ развитіи всякаго производства, — навыку, ремеслу и наукѣ, — то противъ этого положенія необходимо возражать. Эволюціонная схема Штернберга должна быть отвергнута, такъ какъ она рушится отъ одного лишь указанія на тотъ общеизвѣстный фактъ, что научное право уже въ прошломъ было однимъ изъ видовъ положительнаго права.

Дѣятельность государственной власти проявляется въ дѣятельности ея органовъ. Поэтому недостаточно сказать, что законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственной властью; необходимо еще указать, какіе органы государственной власти занимаются установленіемъ юридическихъ нормъ. Оказывается, что различные органы государственной власти исполняютъ эту функцию. Такъ какъ органы государственной власти организованы на іерархическомъ началѣ, то возникаетъ вопросъ о различной степени обязательности устанавливаемыхъ ими юридическихъ нормъ въ зависимости отъ различной степени власти, которою обладаютъ расположенные іерархически органы. Устанавливаемая государственною властью юридическія нормы съ высшей степенью обязательности опредѣляютъ наиболѣе важныя и существенныя отношенія общественной жизни. Въ видахъ обезпеченія обдуманности при ихъ установленіи и наибольшаго соответствія

ихъ содержанія потребностямъ общества слагается особый сложный порядокъ ихъ изданія. Мы видимъ такимъ образомъ, что ученіе о государственномъ законѣ требуетъ обстоятельнаго изложенія по цѣлому ряду связанныхъ съ нимъ спеціальныхъ вопросовъ. Ученіе это можетъ быть усвоено основательно только послѣ предварительнаго усвоенія ученія о государственной власти, ея функціяхъ и ея органахъ. Поэтому мы относимъ спеціальное ученіе о государственномъ законѣ къ XIII-ой главѣ, посвященной праву въ системѣ государственной организаціи.

II. Въ качествѣ второго источника права мы указали установленіе коллективнаго, или массоваго авторитета. Этому источнику соотвѣтствуетъ обычное право, какъ особый видъ положительнаго права.

Установленіе единоличнаго авторитета проявляется въ выраженномъ словами велѣніи, исходящемъ отъ имени соотвѣтственнаго авторитетнаго лица и обращенномъ къ тѣмъ, кто подчиненъ этому авторитету. Установленіе коллективнаго авторитета проявляется въ однообразномъ массовомъ поведеніи опредѣленной группы общезитія какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ; это однообразное массовое поведеніе и является для индивида нормативнымъ фактомъ, превращающимъ соотвѣтственный образъ дѣйствій въ обязательную норму права. Слѣдуетъ замѣтить, что такимъ значеніемъ обладаетъ не всякое однообразное массовое поведеніе, а только такое поведеніе, которое сопровождается сознаніемъ его общественной необходимости (*opinio necessitatis*). Разнаго рода личныя привычки, равно общественно-вредныя дѣйствія, какъ бы они ни были распространены въ извѣстной общественной средѣ, не порождаютъ однако обычнаго права, такъ какъ они не сопровождаются сознаніемъ ихъ общественной необходимости. Поэтому мы можемъ сказать, что нормативнымъ фактомъ для обычнаго права является однообразное массовое поведеніе, сопровождаемое сознаніемъ его общественной необходимости. Положительная обязательность нормы обычнаго права выражается слѣдующимъ образомъ: я обязанъ поступить такъ, потому что такъ поступали предки, и такъ поступаютъ теперь всѣ (или просто: потому что такъ поступаютъ всѣ) и считали и считаютъ (или же просто — считаютъ) такое поведеніе необходимымъ для совместной жизни въ обществѣ.

Исторія свидѣтельствуетъ, что обычное право является древнѣйшимъ и первоначальнымъ видомъ положительнаго права.

Казалось бы поэтому, что учение объ обычномъ правѣ должно было бы быть разработано въ наукѣ раньше, чѣмъ о всѣхъ другихъ видахъ положительнаго права. На самомъ дѣлѣ однако это было не такъ. Научное правовѣдѣніе европейской культуры ведетъ свое происхожденіе отъ римской юриспруденціи. Послѣдняя стала ставить такіе теоретическіе вопросы, какъ вопросъ объ источникахъ права, въ ту эпоху, когда положительное римское право устанавливалось почти исключительно авторитетомъ государственной власти и ученыхъ юристовъ. Ученые юристы посвящали себя исключительно догматической разработкѣ права, были совершенно чужды духа историческаго изслѣдованія, и потому, вполне понятно, не только придавали обычному праву второстепенное значеніе, но и объясняли его по аналогіи съ законами. Эта римская традиція держалась въ наукѣ весьма долго, и только новый дух изслѣдованія, внесенный исторической школой юристовъ въ началѣ XIX в., поставилъ учение объ обычномъ правѣ на самостоятельную почву.

Дѣйствіе обычнаго права объяснялось въ римской юриспруденціи по аналогіи съ законами. Согласно римскимъ республиканскимъ порядкамъ, а затѣмъ римской республиканской идеѣ, сохранившей значеніе теоретическаго конструктивнаго принципа и въ періодъ имперіи, основой обязательности закона признавали выразившееся въ голосованіи соглашеніе народа. По аналогіи и въ основу обычнаго права полагали то же соглашеніе народа, только выразившееся безъ голосованія, молчаливо (*tacitus consensus, tacita conventio*)¹⁾. Это римское ученіе воспроизводилось въ западноевропейской юриспруденціи вплоть до XVI вѣка включительно безъ какихъ бы то ни было существенныхъ измѣненій, почти буквально²⁾. Появившаяся въ XVII вѣкѣ школа естествен-

1) Julian in l. 32 D. de leg. (1, 3): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, qua sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*— *Hermogenian.* in l. 35 D. eod.: *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos, observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam scripta sunt jura, servantur.*

2) См. нпр., *Conradus Lagus, Juris utriusque traditio methodica, Basileae, 1553, p. 18—19: Gignit et publica consuetudo ius, quod*

наго права дала новую по существу постановку цѣлому ряду вопросовъ теоріи права, но въ ученіе объ обычномъ правѣ она не внесла ничего новаго, такъ какъ могла охотно примкнуть къ старой римской традиціи. Ученіе о молчаливомъ соглашеніи народа, какъ источникѣ обычнаго права, какъ нельзя болѣе соответствовало воззрѣніямъ школы естественнаго права, которая вообще признавала договоръ источникомъ всякаго положительнаго права. Представители догматическаго правовѣдѣнія XVII—XVIII вѣковъ сумѣли приспособить ученіе римскихъ юристовъ объ обычномъ правѣ къ государственноправовымъ порядкамъ своего времени. Къ послѣднимъ нельзя было прямо примѣнить теорію молчаливаго соглашенія народа, потому что въ абсолютныхъ монархіяхъ XVII—XVIII вѣковъ народъ не былъ явнымъ законодателемъ, и, слѣдовательно, не было данныхъ для построенія по аналогіи созиданія имъ обычнаго права путемъ молчаливаго соглашенія. Изъ затрудненія нашли однако выходъ. Законодательствовавшій народъ являлся носителемъ государственной власти, и соглашеніе народа было ничѣмъ инымъ, какъ изъявленіемъ воли государственной власти. Частное опредѣленіе, данное римскими юристами примѣнительно къ республиканской идеѣ власти, можно было обобщить и формулировать слѣдующимъ образомъ: явно выраженное волеизъявленіе государственной власти сообщаетъ обязательную силу закону, а молчаливое ея волеизъявленіе сообщаетъ обязательную силу обычному праву. Такъ какъ содержаніе обычнаго права дается непосредственнымъ соблюденіемъ его народомъ, то молчаливое волеизъявленіе государственной власти примѣнительно къ обычному праву можетъ заключаться лишь въ признаніи существующаго обычнаго права, т. е. въ надѣленіи какъ бы фактически бытовыхъ отношеній юридическою силою обязательности. Когда былъ выдвинутъ моментъ признанія государственною властью, то это признаніе стали противопоставлять не явному волеизъявленію, а прямому установленію со стороны государственной власти. Послѣдняя сообщаетъ обязательную силу всякому праву: закону путемъ непосредственнаго установленія, обычному праву путемъ признанія. Это признаніе могло предоставляться общимъ

moribus utentium approbatur, ac deficiente lege pro lege suscipitur. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod populi iudicio receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt. Sicut igitur lex manifesto, ita consuetudo tacito consensu populi existit.

образомъ или спеціально для отдѣльныхъ обычаевъ, могло быть также выражено явно или дано молчаливо. Все это ученіе догматиковъ XVII—XVIII ст. не лишено было значенія и имѣло смыслъ съ догматической точки зрѣнія, такъ какъ оно формулировало отношеніе къ обычному праву со стороны государственной власти того времени. Но авторы этого ученія шли дальше и выдавали его за теоретическое объясненіе дѣйствія обычнаго права вообще. Съ такой общей точки зрѣнія оно несомнѣнно было несостоятельнымъ, такъ какъ не объясняло явленій жизни тѣхъ историческихъ эпохъ, когда исключительно господствовало обычное право, не подвергаясь регламентаціи со стороны государственной власти.

Объясненіе самостоятельнаго дѣйствія обычнаго права дано было впервые только исторической школой юристовъ. Непосредственный сподвижникъ основателя школы Савиньи, — Пухта посвятилъ обычному праву спеціальную монографію. Опираясь на историческіе факты образованія и дѣйствія обычнаго права помимо признанія со стороны государственной власти, Пухта указалъ, что источникъ обычнаго права — въ народномъ правосознаніи. Правосознаніе Пухта считалъ проявленіемъ народнаго духа, въ которомъ мистически заложена идея права. Наличие определеннаго конкретнаго правосознанія представлялась Пухтѣ вполне достаточной для признанія объективнаго существованія той или другой нормы обычнаго права. Однообразное поведеніе, въ которомъ эта норма проявляется, не составляетъ, по мнѣнію Пухты, источника обычнаго права; оно является лишь слѣдствіемъ существованія нормы въ сознаніи народа, а также средствомъ познанія ея существованія. Единство народнаго духа приводило къ единству правосознанія и къ теоретическому предположенію единаго для цѣлаго народа обычнаго права. Такое предположеніе несомнѣнно противорѣчило фактамъ исторіи, свидѣтельствующей, что обычное право возникаетъ не въ цѣломъ народѣ, какъ нѣчто единое, а слагается въ болѣе мелкихъ общественныхъ союзахъ и группахъ одного и того же народа. Теорія Пухты давала легко обнаруживаемую брешь, съ которой и начался критическій ея пересмотръ. Мы не станемъ слѣдить за всѣми перипетіями этого пересмотра, укажемъ лишь его окончательные выводы.

Представленіе о народномъ духѣ, какъ о мистическомъ носителѣ идеи права, какъ совершенно апріорное, было оставлено. Путемъ эмпирическаго наблюденія пришли къ убѣжденію, что

матеріальнымъ источникомъ права являются внѣшнія условія соціальной среды и реакція на нихъ со стороны общественнаго сознанія. Сообразно этому, формальнымъ источникомъ обычнаго права нельзя было признавать одну лишь наличность извѣстныхъ правовыхъ убѣжденій, но неизбѣжно приходилось считать такимъ источникомъ и самую дѣйствія, т. е. опредѣленное однообразное поведеніе массы. Такимъ образомъ отъ ученія Пухты осталось основное его положеніе, что источникъ обычнаго права не въ признаніи со стороны государственной власти, а въ общественномъ правосознаніи; но пришлось добавить, что послѣднее создаетъ нормы обычнаго права лишь постольку, поскольку переходитъ въ дѣйствіе и проявляется въ однообразномъ массовомъ поведеніи людей.

Признаніе нормативнымъ фактомъ обычнаго права однообразнаго массоваго поведенія, сопровождаемаго сознаніемъ его общественной необходимости, выдвинуло дальнѣйшій вопросъ о томъ, какъ образуется это однообразное массовое поведеніе и сопровождающее его сознаніе необходимости, иначе говоря, поставленъ былъ вопросъ о происхожденіи юридическаго обычая.

По этому вопросу имѣются въ наукѣ двѣ теоріи, одну изъ которыхъ можно назвать теоріей стихійнаго образованія обычая, другую — теоріей первоначальнаго индивидуальнаго творчества.

Согласно первой теоріи, ведущей свое начало отъ Пухты съ его ученіемъ о народномъ правосознаніи, лежащее въ основѣ обычнаго права однообразное массовое поведеніе людей складывается стихійно и инстинктивно, такъ что отдѣльный индивидъ не выступаетъ въ этомъ процессѣ въ качествѣ самостоятельнаго творца.

Вторая теорія сложилась подъ вліяніемъ соціологическаго ученія Тарда, согласно которому общественная жизнь является результатомъ творческой дѣятельности болѣе сильныхъ индивидовъ и подражанія имъ остальной массы. Однообразное массовое поведеніе людей, являющееся источникомъ обычнаго права, складывается, согласно этой теоріи, не стихійно, но путемъ первоначальной творческой дѣятельности отдѣльныхъ болѣе сильныхъ индивидовъ, за которыми слѣдовала затѣмъ уже масса въ силу свойственнаго ей стихійнаго стремленія къ подражанію. Такъ объяснялъ происхожденіе юридическихъ обычаевъ извѣстный историкъ русскаго права В. И. Сергѣевичъ.

Намъ думается, что между двумя приведенными теоріями нѣтъ непримиримаго противорѣчія, и что ихъ можно сочетать. Вообще допустимо, что въ однихъ случаяхъ однообразное массовое

поведеніе слагалось стихійно, въ другихъ піонерахъ выступали отдѣльные индивиды, за которыми слѣдовала масса въ силу стихійнаго инстинкта подражанія. Первый путь образованія могъ имѣть мѣсто въ болѣе простыхъ и элементарныхъ случаяхъ, второй въ болѣе сложныхъ и затруднительныхъ.

Однообразное массовое поведеніе слагается путемъ накопленія большого числа единичныхъ случаевъ извѣстнаго поведенія. Если поэтому мы начнемъ восходить къ первоначальному образованію юридическаго обычая, то найдемъ въ началѣ единичный случай поведенія, который не опирается ни на какую юридическую норму, но самъ служитъ основаніемъ для образованія общеправовой нормы. Такой первый случай опредѣленнаго поведенія, который затѣмъ превращается въ норму, называется въ наукѣ прецедентомъ и специально изучается въ ученіи о судебной практикѣ. Несомнѣнно однако, что прецедентъ кладетъ начало и юридическому обычаю. Правъ поэтому кн. Е. Н. Трубецкой, когда говоритъ, что обычай есть не что иное, какъ множественный прецедентъ.

Тотъ фактъ, что юридическій обычай слагается изъ множества единичныхъ случаевъ, нашелъ себѣ отраженіе въ ученіи юристовъ о длительности и непрерывности соблюденія (*longaeva, inveterata consuetudo, consuetudo tenaciter servata*), какъ условіяхъ образованія обычнаго права.

Нормы обычнаго права хранятся непосредственно въ народной памяти и на первоначальныхъ стадіяхъ развитія получаютъ внѣшнее выраженіе исключительно въ тѣхъ самыхъ дѣйствіяхъ, въ которыхъ онѣ осуществляются. Дѣйствія, совершаемыя во исполненіе нормы обычнаго права, сопровождаются особыми обрядами, цѣль которыхъ подчеркнуть ихъ правомѣрность, и становятся такимъ образомъ юридическими символами. Таковы, нпр., рукобитье при заключеніи договора, передача дерна при продажѣ земли, посаженіе на столъ при врученіи княжеской власти и т. п. Всѣ эти обрядовыя дѣйствія являются не только формою совершенія юридическихъ сдѣлокъ, но и символическимъ выраженіемъ нормы обычнаго права, регулирующей соответственныя юридическія отношенія. По мѣрѣ развитія способности отвлеченнаго мышленія общеправовая норма отдѣляется отъ юридическаго дѣйствія и выражается въ видѣ сужденія, облакаемаго въ удобную для памяти форму юридическихъ пословицъ и поговорокъ, нпр., „не роженъ — не сынъ, не купленъ — не холопъ“, „молодой на битву — а старый на думу“, „како ся рядиль —

на томъ и стоитъ“ и т. п. Наконецъ, съ установленіемъ письменности нормы обычнаго права записываются, и составляютъ особые сборники ихъ. Такой характеръ записи обычнаго права имѣютъ всѣ почти древніе юридическіе памятники, какъ, нпр., Русская Правда, т. н. варварскіе законы, Саксонское и Швабское Зерцала и др. т. п.

Характерными свойствами обычнаго права, вытекающими изъ условій его образованія, слѣдуетъ признать: дробность, или партикуляризмъ, и консерватизмъ. Однообразное массовое поведение, сопровождаемое сознаниемъ его необходимости, можетъ слагаться, помимо внѣшней регламентаціи, только въ небольшихъ и сплоченныхъ общественныхъ группахъ, вслѣдствіе чего обычное право не охватываетъ большой территоріи и различается по мѣстамъ, — „что городъ, то норовъ; что деревня, то обычай“. Однообразіе массоваго поведения устанавливается медленно и потому трудно поддаются измѣненію. Нормы обычнаго права обнаруживаютъ устойчивость и упорство въ ихъ сохраненіи. Юридическіе обычаи держатся столь упорно, что сохраняются и повторяются долгое время послѣ того, какъ утрачивается ихъ юридическій характеръ, и живутъ въ обществѣ, особенно въ отсталыхъ его слояхъ, въ качествѣ обрядовъ жизненнаго обихода. Они представляютъ собою въ такомъ случаѣ переживанія въ правѣ, по которымъ можно возстановить нѣкогда дѣйствовавшія нормы обычнаго права. Такое значеніе имѣютъ, нпр., въ настоящее время многіе свадебные обряды, символизирующіе древнее похищеніе невѣсты, ихъ покупку и т. д.

Какъ видно изъ всего сказаннаго, существеннымъ для характеристики обычнаго права является образованіе его помимо установленія государственною властью. Таковъ именно характеръ первоначальнаго образованія обычнаго права. Съ ростомъ государственной власти и водвореніемъ монополіи ея законодательства измѣняется и положеніе обычнаго права. Государственная власть начинаетъ вліять на его развитіе и опредѣлять тѣ предѣлы, въ которыхъ она допускаетъ дѣйствіе нормъ обычнаго права. Это воздѣйствіе государственной власти на обычное право можетъ быть надлежаще понято только послѣ предварительнаго ознакомленія съ общимъ ученіемъ о государствѣ. Поэтому мы относимъ разсмотрѣніе входящихъ сюда вопросовъ къ XIII-ой главѣ, посвященной изученію права въ системѣ государственной организаціи.

III. На третьемъ мѣстѣ среди источниковъ права мы поставили договоръ. О немъ послѣднее время иногда забываютъ и не помѣщаютъ его въ число источниковъ права. Нѣкогда, напротивъ того, приписывали договору всеобъемлющее правообразующее дѣйствіе. Римскіе юристы сводили къ соглашенію, т. е. къ договору, и законы, и обычное право. Школа естественнаго права считала договоръ единственнымъ источникомъ всякаго положительнаго права. Обѣ крайности, — и игнорированіе договора, и исключительное его признаніе, — именно какъ крайности, ошибочны. Прежде чѣмъ указать, въ чемъ заключаются ихъ ошибки и чѣмъ онѣ вызывались, мы установимъ сначала дѣйствительное значеніе договора въ процессѣ образованія положительнаго права.

Въ наукѣ международнаго права признается несомнѣннымъ, что договоръ является однимъ изъ важнѣйшихъ источниковъ изучаемой ею области права. Такое положеніе доказывается ссылкой на многочисленные и безспорные факты нормативнаго дѣйствія международныхъ договоровъ. Необходимость договора, въ качествѣ источника международнаго права, выводится изъ особаго характера международнаго права. Право это регулируетъ отношенія между государствами; государства не признаютъ надъ собою никакой внѣшней власти, которая могла бы устанавливать обязательныя для нихъ законодательныя нормы; слѣдовательно, поскольку отношенія между государствами не опредѣляются обычнымъ правомъ, они могутъ регулироваться только взаимнымъ соглашеніемъ государствъ, или ихъ договоромъ.

Областью международнаго права нормативная функція договоровъ не исчерпывается. Договору принадлежало весьма важное правообразующее значеніе въ ту эпоху развитія права, когда еще не сложились государства съ единою централизованною властью. Въ тѣ времена дѣйствовали замкнутыя системы права въ предѣлахъ болѣе мелкихъ общественныхъ союзовъ, родовыхъ и общинныхъ. Для отношеній междуродовыхъ и междубщинныхъ право устанавливалось путемъ договора. Нерѣдко эти договоры были направлены на распространеніе дѣйствія обычнаго права рода или общины за ихъ тѣсныя предѣлы, — на отношенія между членами различныхъ родовыхъ и общинныхъ группъ. Точно также въ періодъ политической самостоятельности сословій источникомъ многихъ постановленій государственнаго права были договоры между отдѣльными сословіями, а также договоры между сословіями („чинами“) и королемъ.

Наконецъ, и при сильно развитой государственной власти и упрочившейся монополіи государственнаго законодательства договоры могутъ быть источникомъ конкретныхъ нормъ права. Сюда относятся случаи, предусматриваемые диспозитивными нормами (см. о нихъ стрн. 141). Послѣднія предоставляютъ сторонамъ опредѣлить ихъ права и обязанности по отношенію другъ къ другу взаимнымъ соглашеніемъ. Если стороны пользуются этой предоставленной имъ возможностью, источникомъ конкретной юридической нормы, регулирующей отношенія между ними, является ихъ договоръ.

Таковы случаи дѣйствія договора, какъ источника права. Подведеніе римскими юристами подъ договоръ и закона, и юридическаго обычая не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ опредѣленіе закона, какъ договора, основывается на смѣшеніи голосованія, какъ способа выраженія коллективной, но единой воли, съ договоромъ, какъ соглашеніемъ двухъ или нѣсколькихъ субъектовъ права. Что же касается римскаго опредѣленія обычая, какъ молчаливаго соглашенія, то оно, какъ мы знаемъ, строилось по аналогіи съ опредѣленіемъ закона и потому отпадаетъ вмѣстѣ со своимъ прототипомъ. Тѣ же аргументы дѣйствительны и противъ школы естественнаго права, поскольку послѣдняя воспроизводила традиціонное римское ученіе. Но кромѣ этого въ школѣ естественнаго права имѣлось еще особое воззрѣніе на договоръ, какъ на источникъ права, на чемъ намъ слѣдуетъ специально остановиться.

Школа естественнаго права отпавлялась отъ понятія индивида и его свободы и стремилась вывести изъ него путемъ дедуктивнаго умозаключенія необходимость права, стоящаго надъ индивидуомъ и неизбѣжно ограничивающаго его свободу. Для рѣшенія этой проблемы не было иного пути, кромѣ признанія, что индивиды сами себя ограничиваютъ помощью договора, по которому каждый изъ индивидовъ отрывается отъ части своей свободы и за это приобретаетъ обезпеченіе опредѣленной доли свободы, совмѣстимой со свободой всѣхъ остальныхъ индивидовъ. Въ такомъ пониманіи договоръ выступалъ не въ качествѣ нормативнаго факта, а въ качествѣ логическаго, такъ сказать, источника права. При этомъ рѣчь шла не объ источникахъ позитиваціи, а о рациональномъ оправданіи права съ точки зрѣнія индивидуальной свободы. Договоръ выставлялся не какъ фактъ, когда либо бывшій или вообще бывающій, а какъ рациональная формула совмѣщенія

начала индивидуальной свободы и начала общественного порядка, устанавливаемого правомъ. Такое пониманіе договора, какъ раціональной основы права, имѣетъ исполнѣ самостоятельное философское значеніе и не должно быть смѣшиваемо съ понятіемъ нормативныхъ фактовъ, или формальныхъ источниковъ положительнаго права.

Выяснивъ значеніе договора, какъ нормативнаго факта, или источника права, намъ необходимо вспомнить, что въ ученіи о правѣ въ субъективномъ смыслѣ мы уже говорили о договорѣ, какъ особомъ видѣ юридической сдѣлки, и смотрѣли тамъ на договоръ какъ на юридическій фактъ, порождающій юридическое отношеніе. Такъ какъ мы выше указывали, что надлежитъ отличать нормативные факты отъ юридическихъ и отнюдь нельзя ихъ смѣшивать (см. стрн. 169—170), то естественно поставить вопросъ не впадаемъ ли мы сами въ ошибку подобнаго смѣшенія, упоминая договоръ и среди юридическихъ, и среди нормативныхъ фактовъ. На самомъ дѣлѣ никакого смѣшенія понятій тутъ нѣтъ, потому что въ обоихъ случаяхъ договоръ понимается нами различно, и такое различное пониманіе не произвольно, но строго соотвѣтствуетъ двойственной природѣ договора.

Въ правовомъ оборотѣ встрѣчаются два типа договоровъ: договоры-сдѣлки и договоры нормативные. Договоръ сдѣлочнаго типа характеризуется слѣдующими чертами: 1) въ немъ каждая изъ договаривающихся сторонъ желаетъ своего, особеннаго, нпр. покупатель и продавецъ; 2) мотивы каждой изъ договаривающихся сторонъ также различны; 3) договоръ сдѣлочнаго типа создаетъ только юридическое отношеніе. Договоръ нормативнаго типа существенно отличенъ по всѣмъ тремъ приведеннымъ пунктамъ: 1) договаривающіяся стороны стремятся къ одному и тому же, — къ установленію общей нормы; 2) мотивъ у нихъ одинъ и тотъ же, — сознаніе потребности такой нормы; 3) договоръ нормативнаго типа создаетъ объективную юридическую норму. Въ нѣмецкой наукѣ принято называть два указанныхъ типа договоровъ различными терминами: договоръ сдѣлочнаго типа — договоромъ (Vertrag), договоръ нормативнаго типа — соглашеніемъ (Vereinbarung). Французскіе ученые предлагаютъ термины: contrat (договоръ, Vertrag) и вмѣсто соглашенія — сотрудничество (collaboration). Въ русской наукѣ указанное различіе проводятъ международники (В. Э. Грабарь) и говорятъ о договорахъ и соглашеніяхъ.

IV. Въ качествѣ четвертаго и послѣдняго источника права нами была указана практика государственныхъ учреждений, и въ

особенности судебная практика. Особенно подчеркнута нами судебная практика, такъ какъ на нее обращено было преимущественное, можно даже сказать, исключительное вниманіе общей теоріи права. Съ судебной практики мы и начнемъ ближайшее ознакомленіе съ послѣднимъ изъ указанныхъ нами источниковъ права.

Предметомъ судебного разбирательства являются споры между сторонами относительно правъ и обязанностей, вытекающіе изъ различнаго пониманія юридическихъ нормъ или же изъ ихъ нарушенія. Не только рѣшеніе, но, казалось бы, и самое возникновеніе споровъ относительно права (*quid iuris?* что постановляетъ право примѣнительно къ данному конкретному случаю?) предполагаетъ предварительное существованіе юридическихъ нормъ. Задача суда заключается, казалось бы, только въ примѣненіи, или истолкованіи существующей нормы права, — юридического обычая или закона. Слѣдовательно, долженъ былъ бы ставиться относительно судебной практики только одинъ вопросъ о томъ, насколько совершаемый ею процессъ примѣненія общеправовыхъ и законодательныхъ нормъ можетъ почитаться новымъ и самостоятельнымъ источникомъ права. Такая постановка вопроса была бы однако на самомъ дѣлѣ чрезчуръ узкой.

Конкретныя юридическія отношенія столь многообразны и столь сложны, что различныя ихъ сочетанія и подробности въ дѣйствительности не могутъ быть предусмотрѣны обычнымъ правомъ и закономъ. Возникаютъ поэтому юридическіе столкновенія и споры, для разрѣшенія которыхъ нѣтъ соотвѣтственныхъ общеправовыхъ и законодательныхъ нормъ. Такіе случаи имѣютъ мѣсто не только на раннихъ ступеняхъ развитія, когда система положительнаго права вообще еще не выработана достаточно полно, но и въ той стадіи, когда законодательная регламентація стремится схватить всѣ стороны общественной жизни. Во всѣхъ такихъ случаяхъ судамъ приходится не примѣнять наличныя нормы права, но создавать эти нормы по поводу даннаго конкретнаго случая.

Въ виду такого положенія дѣла необходимо различать двоякое дѣйствіе судебной практики: 1) при наличности общеправовыхъ или законодательныхъ нормъ, и 2) при ихъ отсутствіи. Въ первомъ случаѣ дѣятельность суда сводится къ толкованію наличной юридической нормы. Хотя толкованіе и содержитъ въ себѣ элементы самостоятельности и творчества, какъ и всякій логическій процессъ (см. ниже § 25), тѣмъ не менѣе оно все же имѣетъ

служебное значеніе по отношенію къ той нормѣ, которой посвящено. Оно только помогаетъ юридической нормѣ войти въ жизнь, но не создаетъ самой нормы. Поэтому по отношенію къ наличнымъ обычноправовымъ и законодательнымъ нормамъ судебная практика имѣетъ значеніе вспомогательнаго, или субсидіарнаго источника права. При отсутствіи же обычноправовой и законодательной нормы дѣйствіе суда носитъ вполне творческій характеръ, и судебная практика получаетъ значеніе самостоятельнаго источника права, равносильнаго обычаю и закону.

Первое рѣшеніе суда по вопросу, не предусмотрѣнному ни юридическимъ обычаемъ, ни закономъ, получаетъ значеніе судебного прецедента, т. е. такого предшествующаго случая, который имѣетъ значеніе нормативнаго факта при послѣдующихъ судебныхъ рѣшеніяхъ. Право судебной практики и есть прецедентное право. Прецедентъ дѣйствуетъ и при толкованіи обычноправовыхъ и законодательныхъ нормъ, такъ что о немъ можно говорить и какъ о самостоятельномъ, и какъ о субсидіарномъ источникѣ права.

На судебной практикѣ такъ же, какъ и на юридическомъ обычаѣ, отражается господство закона въ той стадіи историческаго развитія, когда водворяется монополія государственнаго законодательства. Законъ опредѣляетъ тогда предѣлы и размѣръ нормативнаго дѣйствія судебной практики, а также устанавливаетъ въ этомъ направленіи іерархическое взаимоотношеніе между различными судебными инстанціями. Эта регламентація судебной практики закономъ можетъ быть надлежащимъ образомъ понята только послѣ предварительнаго ознакомленія съ общимъ ученіемъ о государствѣ, вслѣдствіе чего мы отлагаемъ всѣ относящіяся сюда вопросы до XIII-ой главы, посвященной праву въ системѣ государственной организаціи.

Все сказанное относительно судебной практики должно быть распространено на практику всѣхъ остальныхъ государственныхъ учреждений, какъ административныхъ, такъ и законодательныхъ. Всѣ эти учрежденія создаютъ прецеденты, имѣющіе значеніе то субсидіарнаго, то самостоятельнаго источника права. Объ этомъ обыкновенно забываютъ, потому что вопросы теоріи права разрабатываются преимущественно по даннымъ гражданскаго и уголовнаго права, примѣненіемъ которыхъ занимаются суды. Несомнѣнно однако, что для административнаго и государственнаго права имѣетъ значеніе практика другихъ, кромѣ суда, государственныхъ

учреждений. Изъ области этой обычно игнорируемой практики все же обращаютъ вниманіе на практику законодательныхъ учреждений, или т. н. парламентскую практику. Последней принадлежитъ существенное значеніе въ дѣлѣ установленія юридическихъ нормъ, регулирующихъ, нпр., взаимныя отношенія между народнымъ представительствомъ и правительствомъ, а также разныя стороны законодательной работы.

V. Разсмотрѣвъ всѣ четыре категоріи источниковъ права, остановимся въ заключеніе на вопросѣ о взаимоотношеніи между ними. При разсмотрѣніи этого вопроса обращаютъ вниманіе преимущественно на юридическій обычай и законъ и только лишь отчасти на судебную практику. Въ этихъ предѣлахъ и мы остановимся на данномъ вопросѣ. Въ видахъ большей систематичности разсмотримъ взаимоотношеніе между различными источниками права со слѣдующихъ точекъ зрѣнія: 1) со стороны исторической послѣдовательности ихъ развитія, 2) со стороны ихъ сосуществованія, 3) со стороны относительной силы ихъ дѣйствія, и 4) со стороны сравнительной цѣнности ихъ для культурнаго развитія.

Правильное представленіе о послѣдовательномъ развитіи различныхъ источниковъ права выработалось лишь со времени исторической школы, поставившей на надлежащій путь историческое изученіе права. Древнѣйшими источниками права являются юридическій обычай и судебная практика. Законъ выступаетъ позднѣе и постепенно пріобрѣтаетъ все большее и большее значеніе, доходя до исключительнаго преобладанія, какъ это мы замѣчаемъ въ настоящее время.

Въ порядкѣ сосуществованія законъ, юридическій обычай и судебная практика воздѣйствуютъ другъ на друга и оказываютъ другъ другу взаимную поддержку. Всякое дѣйствіе закона обусловливается, по справедливому замѣчанію одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей (Игн. Корнфельда), предварительнымъ дѣйствіемъ обычнаго права, требующей подчиненія государственной власти со стороны всѣхъ членовъ общечитія. Далѣе, дѣйствіе закона обусловливается тѣмъ толкованіемъ, которое онъ получаетъ отъ обычнаго его примѣненія въ массовомъ поведеніи (т. н. узальная интерпретація, на которую обратилъ вниманіе Бирлингъ) и въ судебной практикѣ. Юридическій обычай, правда, ограничивается въ своемъ дѣйствіи закономъ, но зато въ предѣлахъ признанія закономъ получаетъ отъ послѣдняго подкрѣпленіе силы своего дѣйствія. Примѣненіе нормъ обычнаго права судами явля-

ется наиболее надежнымъ средствомъ ихъ позитиваціи. Съ другой стороны, нормы, установленныя судебной практикой, нерѣдко настолько усваиваются массовымъ поведеніемъ и общественнымъ сознаниемъ, что судебное ихъ происхожденіе съ теченіемъ времени забывается, и онѣ продолжаютъ дѣйствовать какъ нормы обычнаго права.

Относительно сравнительной силы дѣйствія сопоставляютъ юридическій обычай и законъ. Дѣйствіе закона характеризуется болѣшимъ однообразіемъ и опредѣленностью, дѣйствіе обычая — дробностью (партикуляризмомъ) и нѣкоторой расплывчатостью. Но соотношеніе силы дѣйствія юридическаго обычая и закона представляется еще и въ другомъ видѣ. Юридическій обычай основывается на самомъ фактѣ однообразнаго массоваго поведенія, сопровождаемаго сознаниемъ его необходимости, и потому мотивационное дѣйствіе его непосредственнѣе и, слѣдовательно, сильнѣе, чѣмъ дѣйствіе закона, которое основывается на велѣніи государственной власти, рассчитанномъ на подчиненіе ея авторитету. Разъ законъ проникъ въ жизнь общества, соблюденіе его становится такимъ же фактомъ массоваго поведенія и соответственнаго массоваго сознания, какъ и соблюденіе юридическаго обычая. Въ этомъ именно смыслѣ Анри Роленъ (Henri Rolin) заявляетъ, что въ конечномъ итогѣ всякое право есть право обычное. На этомъ же основаніи I. В. Михайловскому представляется идеальнымъ такой порядокъ, при которомъ удачно сформулированный законъ превращается въ норму обычнаго права. Въ связи съ этимъ ставится вопросъ о томъ, можетъ ли юридическій обычай отмѣнить законъ. Дѣло въ данномъ случаѣ идетъ объ отмѣнѣ закона въ силу обычнаго его непримѣненія (*desuetudine*). При рѣшеніи этого вопроса необходимо различать двѣ точки зрѣнія: догматическую и социологическую. Такъ какъ ни одно положительное законодательство не признаетъ отмѣны закона юридическимъ обычаемъ, то съ точки зрѣнія догматической данный вопросъ разрѣшается отрицательно. Однако и въ прошломъ, и въ настоящемъ замѣчаются случаи, когда тѣ или другіе законы въ силу несоответствія требованіямъ жизни упорно не примѣнялись и такимъ образомъ теряли силу. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія социологической можно говорить объ отмѣнѣ закона юридическимъ обычаемъ.

Вопросъ о сравнительной цѣнности юридическаго обычая и закона для культурнаго развитія общества рѣшался до историче-

ской школы, т. е. въ эпоху непониманія природы обычнаго права, въ смыслѣ полнаго обезцѣненія юридическаго обычая и возвеличенія закона. Историческая школа, впервые выдвинувшая самостоятельное значеніе юридическаго обычая, стала проповѣдывать его чрезвычайную культурную цѣнность и преимущество предъ закономъ. Обычное право, согласно ученію исторической школы, представляетъ собою непосредственное проявленіе народнаго правосознанія и потому въ дѣлѣ удовлетворенія потребностей жизни оказывается болѣе совершеннымъ, чѣмъ законъ: оно всегда находится на уровнѣ вѣчно движущейся жизни, приравливается къ ней, охватываетъ всѣ ея стороны и потому исправляетъ отстающій отъ жизни законъ и восполняетъ его неизбѣжные пробѣлы. Въ исключительномъ возвеличеніи юридическаго обычая и полномъ обезцѣненіи закона сказалось романтическое преклоненіе исторической школы предъ стихійными силами народнаго духа и романтическое же отращеніе къ сознательному личному творчеству. Факты противорѣчили доктринѣ, свидѣтельствуя, что цѣлый рядъ культурныхъ преобразованій былъ совершенъ путемъ законодательнаго воздѣйствія, причемъ закону приходилось нерѣдко бороться съ отсталыми и косными обычаями.

Противъ ученія исторической школы о культурномъ превосходствѣ обычнаго права выступилъ Герингъ. Подмѣтивъ въ развитіи права принципъ цѣлесообразнаго приспособленія къ условіямъ общественной среды, Герингъ призналъ законъ, какъ продуктъ сознательнаго творчества, болѣе совершеннымъ средствомъ такого приспособленія. Въ противоположность закону юридическій обычай представлялся Герингу чѣмъ то элементарнымъ, не выдѣлившимся еще изъ области чувствъ, нравовъ и нравственности, неопредѣленнымъ и мало пригоднымъ; юридическій обычай Герингъ характеризовалъ какъ состояніе текучести права; кристаллизованнымъ и вполне оформленнымъ являлся въ его глазахъ только законъ. Поскольку проведенная Герингомъ реабилитация закона должна быть признана положительнымъ приобрѣтеніемъ науки, постольку же нельзя согласиться съ обезцѣненіемъ у него юридическаго обычая. Ошибка Геринга заключается въ томъ, что онъ признавалъ сознательное творчество единственной формой развитія права и проглядѣлъ тотъ долгій процессъ бессознательнаго приспособленія къ соціальной средѣ, продуктомъ котораго является обычное право съ развитой системой нормъ, отнюдь не смѣшиваемыхъ съ нравами и чувствами, какъ полагалъ Герингъ.

Въ послѣднее время вопросъ о сравнительной культурной цѣнности юридическаго обычая и закона былъ подвергнутъ пересмотру Л. І. Петражицкимъ. Въ полномъ согласіи съ данными исторіи права Л. І. Петражицкій указываетъ, что на низшихъ ступеняхъ культуры господство юридическаго обычая способствуетъ накопленію и наслѣдственной передачѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе подсознательной, но цѣнной добычи коллективнаго опыта. Съ нарастаніемъ культуры и интенсивности культурнаго труда косное по своей природѣ обычное право тормазитъ развитіе; поэтому самое образованіе обычнаго права все болѣе и болѣе затрудняется, и юридическій обычай поневолѣ уступаетъ свое первенствующее мѣсто закону.

VI. Въ заключеніе ученія объ основныхъ источникахъ и видахъ положительнаго права необходимо сказать нѣсколько словъ о принятой по данному вопросу терминологіи. Принятое въ правовѣдѣннн словоупотребленіе пользуется терминами: „законъ“, „юридическій обычай“ и „судебная практика“, для обозначенія не только источника права, или нормативнаго факта, но и вытекающаго изъ него вида положительнаго права. Можно сказать, что юридическій обычай и обычное право еще, пожалуй, различаются какъ особые термины, изъ которыхъ первый обозначаетъ источникъ, второй — видъ права; но и это различіе далеко не всегда выдерживается, и подъ юридическимъ обычаемъ понимаютъ сплошь да рядомъ норму обычнаго права. Что же касается „закона“ и „судебной практики“, то эти термины употребляются безразлично и въ смыслѣ источника, и въ смыслѣ вида положительнаго права. Говорятъ: „законъ устанавливаетъ юридическую норму“ и „законъ есть юридическая норма, устанавливаемая государственной властью“. Имѣя въ виду общепринятое словоупотребленіе, Л. І. Петражицкій упрекаетъ современное правовѣдѣніе въ томъ, что оно смѣшиваетъ самыя понятія нормативнаго факта и вида права. Такой упрекъ представляется намъ черезчуръ тяжкимъ. Смѣшенія указанныхъ понятій на самомъ дѣлѣ нѣтъ, и имѣется лишь невыработанность терминологіи. Но эта недостаточно дифференцировавшаяся терминологія освящена столь долгой, многовѣковой традиціей, что ее невозможно устранить, и потому намъ остается только слѣдовать ей, памятуя, что подъ однимъ и тѣмъ же терминомъ можетъ подразумѣваться, смотря по контексту, то источникъ, то видъ положительнаго права.

§ 18. Ученіе Л. І. Петражицкаго о многообразіи нормативныхъ фактовъ и видовъ положительнаго права.

Л. І. Петражицкій, Теорія права, томъ II, §§ 39—43.

Въ ученіи объ источникахъ права, какъ и въ другихъ ученіяхъ теоріи права, теоретическая точка зрѣнія нерѣдко подчиняется догматической. Вслѣдствіе этого вмѣсто общаго ученія объ источникахъ права, которое покрывало бы всѣ извѣстные намъ факты исторіи права и современнаго его состоянія, дается нерѣдко опредѣленіе источниковъ права согласно регламентаціи ихъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Противъ такого смѣшенія догматической и теоретической точекъ зрѣнія выступилъ въ послѣднее время самымъ рѣшительнымъ образомъ Л. І. Петражицкій и развилъ свое ученіе о нормативныхъ фактахъ и связанныхъ съ ними видахъ положительнаго права.

Освободившись отъ узъ догматики и учитывая обильные факты исторіи права, Л. І. Петражицкій насчиталъ цѣлыхъ пятнадцать видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ, по его словамъ, современной наукѣ или непризнаваемыхъ ею. Намъ необходимо познакомиться съ ними и выяснитъ ихъ значеніе въ теоріи права. Прежде всего перечислимъ и разяснимъ ихъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ они приведены у Л. І. Петражицкаго.

1. Книжное право, для котораго нормативнымъ фактомъ служить авторитетъ книги, преимущественно юридическаго содержанія. Къ такимъ книгамъ Л. І. Петражицкій относитъ: священныя книги, сборники обычнаго права, научные трактаты и *Corpus iuris civilis*, который примѣнялся, начиная со среднихъ вѣковъ, не какъ законъ, а какъ авторитетная книга. Сообразно этому рецепція римскаго права отнесена Л. І. Петражицкимъ къ дѣйствию книжнаго права.

2. Право принятыхъ въ наукѣ мнѣній (*communis doctorum opinio*).

3. Право ученій отдѣльныхъ юристовъ или группъ ихъ.

4. Право юридической экспертизы, подъ которымъ разумѣются нормы права, устанавливаемыя специальными разясненіями, которыя давали ученые юристы для отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ по просьбѣ частныхъ лицъ или обществъ, правительствъ или отдѣльныхъ административныхъ учрежденій, подчасъ также судовъ. Сюда принадлежатъ *responsa* римскихъ юристовъ, рес-

крипты римскихъ императоровъ, заключенія юридическихъ факультетовъ, а также рѣшенія кассационныхъ судовъ, которыя предназначены не для разбора дѣлъ по существу, а лишь для выясненія возникшихъ въ дѣлѣ юридическихъ вопросовъ.

5. Презекспертное право, каковымъ является тоже экспертное право, поскольку на него ссылаются при рѣшеніи не того дѣла, по которому затребована была юридическая экспертиза, а по другимъ послѣдующимъ дѣламъ, рѣшаемымъ по экспертному прецеденту.

6. Право изреченій религіозно-этическихъ авторитетовъ: основателей религій, пророковъ, апостоловъ, святыхъ, отцовъ церкви и т. д.

7. Право религіозно-авторитетныхъ примѣровъ, образцовъ поведенія.

8. Договорное право.

9. Право одностороннихъ обѣщаній, для котораго нормативными фактами являются одностороннія обѣщанія органовъ государственной власти и частныхъ лицъ, на которыхъ заинтересованныя лица обосновываютъ свои притязанія.

10. Программное право, для котораго нормативнымъ фактомъ служитъ заявленіе органовъ государственной власти о порядкѣ ихъ дѣятельности или принимаемомъ ими образѣ дѣйствій. Сюда отнесены Л. I. Петражицкимъ сообщенія государствъ объ ихъ отношеніи къ тому или другому международному вопросу, эдикты преторовъ, а также партійныя программы, равно и программы государственныхъ и частныхъ церемоній, собраній, зрѣлищъ.

11. Признанное право, — нормативнымъ фактомъ для него является признаніе извѣстныхъ правъ и обязанностей одной изъ сторонъ юридическаго отношенія. Сюда отнесены: признаніе частными лицами разныхъ правъ и обязанностей при расчетѣ по обязательствамъ, признаніе разныхъ правъ и совершившихся фактовъ въ государственной жизни и международномъ оборотѣ, нпр., признаніе правъ претендента на престолъ другимъ претендентомъ, признаніе новаго государства или новаго государственнаго строя другими государствами.

12. Прецедентное право, нормативнымъ фактомъ для котораго является прецедентъ, т. е. предшествующее дѣйствіе, получившее нормативное значеніе. Сюда отнесены прецеденты въ дѣятельности государственныхъ учреждений и въ международномъ оборотѣ.

13. Право юридическихъ поговорокъ и пословиць.

14. Общенародное, вездѣ существующее право, нормативнымъ фактомъ для котораго служатъ ссылки на то, что „такъ принято во всемъ мірѣ“, „у всѣхъ народовъ“.

15. Неопредѣленное положительное право, нормативнымъ фактомъ для котораго являются неопредѣленные ссылки на то, что такъ „полагается“, такъ „положено“, *hoc iure utimur*, какъ говорили римскіе юристы.

Обращаясь къ критическому разсмотрѣнію только что перечисленныхъ пятнадцати видовъ положительнаго права, неизвѣстныхъ современной наукѣ или ею не признаваемыхъ, мы должны прежде всего замѣтить, что въ приведенномъ перечнѣ имѣется два случая смѣшенія нормативныхъ фактовъ съ юридическими (см. выше стр. 170 подстр. прим.). Мы имѣемъ въ виду одностороннія обѣщанія и признаніе (см. п. 9 и 11). То и другое представляетъ собою юридическіе факты, — одностороннія юридическія сдѣлки, изъ которыхъ проистекають не нормы, а юридическія отношенія, покоящіяся на обычноправовыхъ или законныхъ нормахъ, регулирующихъ значеніе такихъ обѣщаній или признаній. Такъ несомнѣнно обстоитъ дѣло съ публичнымъ обѣщаніемъ награды со стороны органовъ власти или частныхъ лицъ, а также съ признаніемъ различныхъ притязаній при ликвидаціи обязательствъ, каковыя примѣры приводятся Л. І. Петражицкимъ. Другіе же приводимые имъ примѣры имѣють совсѣмъ иное значеніе, но все же не служатъ нормативными фактами. Такъ, „обѣщанія монарховъ сохранить или предоставить извѣстныя права народу или извѣстной части его, сохранять и свято соблюдать прежнее право, конституцію или т. п. въ присоединяемой области, дать народу конституцію и проч.“ могутъ имѣть двоякое значеніе: либо закона, облеченнаго въ форму обѣщанія, либо договора, либо нравственнаго, моральнаго обѣщанія. Тотъ или другой характеръ такихъ обѣщаній монарховъ зависитъ отъ совокупности объективныхъ социальныхъ условій, а не исключительно отъ психическихъ переживаній тѣхъ, кому даются такія обѣщанія. Никакого особаго вида положительнаго права, — права одностороннихъ обѣщаній, при этомъ не возникаетъ. Признаніе въ международномъ оборотѣ это лишь специальная юридическая сдѣлка, имѣющая цѣлью констатировать соответствіе опредѣленнаго фактическаго состоянія существующимъ нормамъ международнаго права. Совершается оно путемъ отдѣльныхъ актовъ сторонъ, такъ какъ международный оборотъ не знаетъ никакой организаціи,

соответствующей нотаріальному или иному порядку укрѣпленія правъ.

Остающіеся тринадцать устанавливаемыхъ Л. І. Петражицкимъ видовъ положительнаго права подлежатъ значительному сокращенію, такъ какъ многообразіе ихъ является результатомъ классификаціоннаго плеоназма.

Совершенно излишней представляется намъ категория книжнаго права. Книга, въ качествѣ нормативнаго факта, обнимаетъ въ изображеніи Л. І. Петражицкаго и священную книгу, въ которой изложенъ законъ Божій, и запись обычнаго права, и научный юридическій трактатъ, и реципируемый *Corpus iuris civilis*. Это случайный агломератъ, а не единое понятіе. Не священная книга, не сборникъ юридическихъ обычаевъ, не научный трактатъ, а содержащіеся въ нихъ Божественные законы, юридическіе обычаи, научно-юридическія положенія являются нормативными фактами. Видѣть въ письменномъ или печатномъ закрѣпленіи нормативнаго факта новый нормативный фактъ нѣтъ никакой возможности. Если бы итти послѣдовательно по этому пути, то пришлось бы считать особыми источниками международнаго права и договоры, и собраніе трактатовъ, нпр., Мартенса. Отнесеніе рецепціи римскаго права къ книжному праву свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что Л. І. Петражицкій склоненъ признать въ рецепціи дѣйствіе научнаго авторитета *Corporis iuris civilis*.

При всемъ желаніи нельзя найти достаточнаго основанія для того, чтобы признавать самостоятельными видами, съ одной стороны, право принятыхъ въ науки мнѣній (п. 2), и съ другой, — право ученій отдѣльныхъ юристовъ или группъ ихъ (п. 3). И то, и другое объемлется однимъ понятіемъ права науки, или права юристовъ, какъ принято говорить. Если же придавать самостоятельное значеніе отдѣльнымъ конкретнымъ проявленіямъ научнаго права, то тогда слѣдуетъ говорить о правѣ Павла, Модестина, Папиняна, Гуго Гроція и т. д., какъ особыхъ видахъ положительнаго права. Къ праву юристовъ относится несомнѣнно и экспертное, и преэкспертное право (п. 4 и 5), такъ какъ для существа дѣла вѣдь безразлично, справляются ли съ наличнымъ мнѣніемъ ученыхъ, или спеціально его испрашиваютъ по данному дѣлу. Что же касается преэкспертнаго права кассационныхъ инстанцій то оно относится къ праву судебной практики. Дѣятельность суда распадается на двѣ функціи: распознанію права и рѣшенію на основаніи распознанной нормы даннаго дѣла. Эти

функции могутъ быть соединены или разъединены, но отъ этого судъ не перестаетъ быть судомъ и не превращается въ эксперта.

Право изреченій религиозно-этическихъ авторитетовъ (п. 6) и право религиозно-авторитетныхъ образцовъ поведенія (п. 7) тоже не составляютъ самостоятельныхъ видовъ. И изреченія, и поступки религиозно-этическихъ авторитетовъ могутъ имѣть двойное значеніе: либо проявленія Божественнаго закона въ словахъ и дѣлахъ вдохновенныхъ свыше его провозвѣстниковъ, либо толкованія Божественнаго закона. Соотвѣтственно тому или другому значенію они должны быть отнесены либо къ категоріи Божественнаго закона, либо къ категоріи права религиозныхъ юристовъ.

Программное право (п. 10), поскольку рѣчь идетъ о правѣ, устанавливаемомъ „программными“ заявленіями органовъ государственной власти, всецѣло укладывается въ рамки практики государственныхъ учреждений, а въ иныхъ проявленіяхъ обнимаетъ собою одинъ изъ видовъ государственныхъ законовъ (т. н. указы, о которыхъ см. ниже въ § 43-емъ).

Право юридическихъ поговорокъ и пословицъ (п. 13) — ничто иное, какъ обычное право, закрѣпленное въ опредѣленной словесной формѣ. Право юридическихъ поговорокъ и пословицъ такъ же, какъ и записи обычнаго права, нельзя отдѣлять отъ обычнаго права, иначе пришлось бы считать общеправовыми только тѣ нормы, которыя соблюдающее ихъ лицо узнало путемъ собственнаго наблюденія и формулировало своими словами. Но это было бы неправильно. Вѣдь отъ того, что мы узнали о нормѣ обычнаго права изъ устнаго преданія, или изъ писанаго, либо печатнаго сборника, общеправовая норма не перестаетъ быть таковой.

Къ обычному праву относятся также и общенародное вездѣ существующее право (п. 14), и неопредѣленное положительное право (п. 15). Выдѣленіе ихъ въ особые виды не имѣетъ за собой никакого основанія.

Послѣ устраненія всѣхъ плеоназмовъ остаются три вида положительнаго права, о которыхъ забываетъ догматически настроенная теорія права, и о которыхъ напоминаетъ Л. И. Петражицкій: научное, договорное право и прецедентное право.

Догматизмъ теоріи права доходитъ нерѣдко до того, что она отказывается признавать правомъ международное право, а потому совершенно игнорируетъ договоръ, являющійся главнымъ источникомъ этого права. Практику догматизмъ ограничиваетъ исклю-

чительно судебной практикой. Существенно важно, что Л. И. Петражицкий подчеркнул значение договорного права и в своемъ прецедентномъ правѣ указалъ на правотворящее значение практики всѣхъ государственныхъ учреждений, не однихъ лишь судебныхъ.

Глава V. Естественное право.

§ 19. Историческій очеркъ естественноправовой доктрины.

Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. I, 1892; V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2-te Aufl., 1909; В. В. Чекаевскій, *Методы изученія права*, Ж. М. Нар. Просв., 1908 г., авг.; I. А. Покровскій, *Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права*, 1909; Е. В. Спекторскій, *Проблема социальной физики въ XVII столѣтіи*, том. I, 1910, глав. VIII, XI; Н. Н. Алексѣевъ, *Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ*, часть I, 1912 г., отдѣлъ I; Franz Hauthmann, *Naturrecht und positives Recht*, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, I. Bd. 1913—1914.

Положительному, реальному праву, покоящемуся на внѣшнемъ установленіи, человѣческая мысль неизмѣнно противопоставляла право идеальное, авторитетъ котораго основывается исключительно на присущей ему внутренней справедливости, опредѣляемой требованіями совѣсти и разума. Противоположеніе реальному праву права идеальнаго вытекаетъ изъ врожденныхъ человѣческому духу свойствъ, — критическаго отношенія къ существующему правопорядку и стремленія къ совершенному идеалу справедливости. Въ виду этого можно предполагать, что мысль объ идеальномъ правѣ проявлялась на всѣхъ ступеняхъ правовой культуры. Ограничиваясь предѣлами европейской цивилизаціи, мы можемъ отмѣтить, что мысль эта проявлялась уже въ древней Греціи. У греческихъ поэтовъ, въ особенности трагиковъ, мы встрѣчаемъ понятіе идеальнаго, неизмѣнно справедливаго права подъ именемъ неписанаго закона (*ἄγραφο νόμος*), съ которымъ реальное положительное право (законъ писанный) могло находиться въ противорѣчьи, что порождало тяжелые конфликты въ жизни героевъ греческой трагедіи (Антигона), нарушавшихъ во имя голоса совѣсти писанный законъ ради закона неписанаго. Со времени софистовъ греческіе философы различали

справедливое по закону (*νόμος δίκαιον*) и справедливое по природѣ (*φύσει δίκαιον*), разумѣя подъ первымъ право положительное и подъ вторымъ право идеальное. Признаніе природы источникомъ идеальнаго права получило особенное значеніе подъ влияніемъ стоической философіи, считавшей этической порядокъ не только порядкомъ человѣческихъ отношеній, но и порядкомъ всего мірозданія. Вліяніе стоической философіи отразилось на римской юриспруденціи, которая развила стройное и законченное ученіе объ идеальномъ правѣ и закрѣпила за нимъ названіе права естественнаго (вытекающаго изъ природы, естества).

Ученіе римской юриспруденціи объ естественномъ правѣ содержитъ въ себѣ нѣсколько разновидностей, которыя могутъ быть представлены въ качествѣ послѣдовательныхъ ступеней развитія идеи естественнаго права въ зависимости отъ историческихъ условій развитія римскаго положительнаго права.

Положительное право древняго Рима сложилось первоначально въ видѣ права замкнутой городской общины, рассчитаннаго на гражданъ послѣдней и потому получившаго названіе гражданскаго права (*ius civile*). Вращаясь въ тѣсныхъ предѣлахъ гражданъ, право это устанавливало тѣсныя, и, такъ сказать, стѣснительныя (не даромъ его называли *ius strictum*) опредѣленія субъектовъ, объектовъ, а также формъ и условій образованія юридическихъ отношеній. Подъ эти тѣсныя опредѣленія и формулы не могли быть подведены отношенія между римскими гражданами и иностранцами (*peregrini*) съ ихъ разнообразіемъ субъектовъ, объектовъ, формъ и видовъ сдѣлокъ. Для регламентации этого болѣе широкаго оборота практика спеціальнаго преторскаго суда (*praetoris peregrini*) выработала наряду съ нормами строгаго гражданскаго права особую систему права общенароднаго (*ius gentium*). При построеніи общенароднаго права приходилось отступать отъ тѣхъ началъ, на которыхъ покоился внутренній смыслъ отношеній замкнутаго гражданскаго оборота, и переходить къ болѣе широкимъ началамъ, которыя давали бы смыслъ и признаніе юридическимъ отношеніямъ, какъ таковымъ, независимо отъ того, являлись ли субъектами ихъ граждане, или перегрины. Соображенія объ особенностяхъ гражданской общины замѣнялись соображеніями о существенныхъ, природныхъ, или естественныхъ свойствахъ самыхъ сдѣлокъ и отношеній, выходившихъ за тѣсныя предѣлы гражданской общины. Гражданскій разумъ (*ratio civilis*) старыхъ законовъ уступалъ мѣсто естественному разуму (*ratio*

naturalis) новаго общенароднаго права. Указанный процесс запечатлѣнъ въ извѣстномъ опредѣленіи Гаю по вопросу о дѣленіи права на гражданское и общенародное. *Omnes populi, qui moribus et legibus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

Конкретный фактъ параллельнаго развитія въ Римѣ системъ гражданскаго и общенароднаго права былъ Гаемъ обобщенъ. Такимъ образомъ получилось у Гаю общее ученіе о томъ, что у всякаго народа дѣйствуютъ юридическія нормы двоякаго рода: однѣ, имъ самимъ установленныя и рассчитанныя на особенности его быта, — и другія, одинаково признаваемыя всѣми народами и покоящіяся на естественномъ разумѣ, т. е. на соображеніи естественныхъ свойствъ субъектовъ, объектовъ, обязанностей и притязаній независимо отъ особенностей конкретной національной среды.

Дальнѣйшій анализъ юридическихъ нормъ, покоящихся на естественномъ разумѣ, обнаружилъ дѣленіе этихъ нормъ на два вида. Первый видъ составляютъ нормы, соразмѣряемыя съ физической природой людей, т. е. съ ихъ инстинктами и склонностями фізіологическаго характера, свойственными не только людямъ, но и животнымъ. Второй видъ образуютъ тѣ нормы, которыя соразмѣряются съ интеллектуальной природою людей, отличающею ихъ отъ животныхъ въ качествѣ особыхъ существъ. Такое подраздѣленіе проведено въ извѣстномъ классическомъ опредѣленіи Ульпіана, въ которомъ естественное право выдѣлено изъ общенароднаго, и сообразно этому вся область права раздѣлена на три системы: гражданскаго, естественнаго и общенароднаго. *Privatum ius, говоритъ Ульпіанъ, tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praecipis, aut gentium, aut civilibus. Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur; hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus enim caetera quoque animalia*

istius iuris peritia censer. Ius gentium est quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est... Ius civile est quod neque in totum a naturali recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium id est civile efficimus.

Право, руководимое разумомъ природы, какъ общеживотной, такъ и общечеловѣческой, устанавливаетъ тѣ предѣлы, въ которыхъ неизбежно вращается социальная нормировка людей, но не даетъ еще критерія моральной оцѣнки, съ которой эта нормировка должна сообразоваться. Такъ, оно устанавливаетъ неизбежность браковъ и родительскаго попеченія о дѣтяхъ, констатируетъ природное равенство людей, указываетъ на ничтожность обязательствъ, направленныхъ на невозможное и недостижимое для людей, отказывается отъ индивидуальнаго обладанія воздухомъ и моремъ и т. п. Оцѣнки во всемъ этомъ нѣтъ, потому что въ этомъ пониманіи естественное право, учитывая данныя внѣшней природы, а также животныя и интеллектуальныя свойства человѣческой породы, упускаетъ изъ виду моральную природу людей. Этотъ пробѣлъ восполняется въ третьемъ изъ принадлежащихъ классической римской юриспруденціи опредѣленіи естественнаго права, — въ опредѣленіи юриста Павла. *Ius pluribus modis dicitur*, говоритъ Павелъ, — *Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus ac pluribus in quaqua civitate utile est, ut est ius civile.*

Въ приведенномъ изреченіи юриста Павла естественное право противопоставляется гражданскому, или положительному, въ силу противоположенія начала справедливости началу цѣлесообразности. Положительное право характеризуется какъ обезпеченіе пользы, т. е. выгоды, интересовъ всѣхъ или большинства въ томъ или другомъ государствѣ; право естественное — какъ приложеніе началъ уравнивающей справедливости и добра. Природа, на которую опирается естественное право въ этомъ его пониманіи, разумѣется, внѣ всякаго сомнѣнія, какъ моральная природа человѣка съ присущей ей идеей справедливости и добра. Естественное право представляется такимъ образомъ какъ справедливое, нравственно доброкачественное право. Критерій этой справедливости и нравственной доброкачественности черпается изъ моральнаго закона, дѣйствующаго, согласно ученію стоиковъ, во всей природѣ и отражающагося въ моральномъ естествѣ людей.

Естественное, т. е. неизмѣнно справедливое и доброе, право находится къ праву положительному въ двоякомъ отношеніи. Съ одной стороны, оно входитъ въ его составъ въ качествѣ основного организующаго начала, ибо при полномъ уклоненіи отъ началъ справедливости и добра не возможна никакая цѣлесообразная регламентація отношеній въ человѣческомъ общежитіи. Съ другой стороны, естественное право противоплагается положительному, ибо послѣднее, руководясь стремленіемъ къ наиболѣе цѣлесообразному приспособленію къ условіямъ данной конкретной среды и обезпеченію интересовъ всѣхъ или большинства, не въ состояніи осуществить началъ справедливости и добра во всей ихъ полнотѣ и послѣдовательности. Въ этомъ смыслѣ естественное право стоитъ надъ положительнымъ въ качествѣ критерія для оцѣнки и дальнѣйшаго совершенствованія послѣдняго. Такимъ образомъ римскіе юристы, съ одной стороны, оправдывали дѣйствующее положительное право, указывая, что оно прямо не противорѣчитъ праву естественному и въ конечномъ итогѣ основывается на его требованіяхъ; съ другой стороны, подвергали положительное право критикѣ съ точки зрѣнія естественной справедливости и обрѣтали въ послѣдней источникъ для обновленія, смягченія и совершенствованія положительнаго права.

Римское ученіе объ естественноправовыхъ нормахъ было воспринято ап. Павломъ и примѣнено къ закону нравственно-религіозному. На ряду съ закономъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. закономъ откровеннымъ, даннымъ отъ Бога, ап. Павелъ (Римлян., II, 14—15) признаетъ существованіе закона, начертаннаго въ сердцахъ людей, т. е. закона естественнаго. Благодаря существованію естественнаго закона, прирожденнаго людямъ, могутъ жить и живутъ закономѣрно язычники, не озаренные свѣтомъ Божественнаго откровенія, но черпающіе изъ своей совѣсти при помощи разума свидѣтельство о правдѣ и неправдѣ. Приведенное ученіе ап. Павла тѣмъ болѣе было примѣнимо къ законамъ гражданскаго общества и такимъ образомъ освящало для христіанъ идею естественнаго права.

Христіанское освященіе идеи естественнаго права. неминуемо отразилось и на представленіи о сущности этой идеи. На мѣсто моральнаго закона, разлитаго во всей вселенной, какъ учила пантеистически настроенная философія стоиковъ, опредѣлявшая міровоззрѣніе римскихъ юристовъ, христіанство поставило премудрость и волю Божью въ качествѣ источника нравственнаго

закона. Въ соотвѣтствіи съ этимъ должно было измѣниться и представленіе объ естественномъ правѣ. Последнее перестало казаться проявленіемъ безличной природы и стало разсматриваться какъ отраженіе Божественной справедливости согласно предначертаніямъ Творца. Новая точка зрѣнія на естественное право сказалась въ *Corpus iuris civilis*, составленномъ въ эпоху укоренившагося господства христіанства, какъ религіи государственной. Въ Институціяхъ Юстиняна проводится уже мысль о томъ, что всегда устойчивыя и неизмѣнныя нормы естественнаго права установлены нѣкимъ Божественнымъ Провидѣніемъ (*Naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent*).

Римское ученіе объ естественномъ правѣ, сочетавшее въ своемъ конечномъ развитіи морально-философскую идею съ религіозной, было воспринято западно-европейской мыслью въ средніе вѣка и оставалось прочнымъ достояніемъ научной юриспруденціи вплоть до начала XVII вѣка.

Догматизмъ и библиократизмъ (власть Библии надъ умами) средневѣковаго міровоззрѣнія наложили на римскую идею естественнаго права своеобразный отпечатокъ. Средневѣковый умъ не довѣрялъ собственнымъ силамъ и повсюду искалъ надежныхъ авторитетовъ, на которые можно бы было опереться. Для ученія объ естественномъ правѣ такими авторитетами оказались римское право и Священное Писаніе. Римское право почиталось за писанный разумъ (*ratio scripta*) и освобождало средневѣковыхъ схоластиковъ отъ поисковъ философскаго критерія естественной справедливости. Священное Писаніе давало исчерпывающій и непрекаемый отвѣтъ на всѣ религіозные вопросы и въ своей законодательной части доставляло религіозныя основы естественнаго права. Изъ сочетанія римскаго права и правоположеній, содержащихся въ Священномъ Писаніи, образовалась система естественнаго права среднихъ вѣковъ. Если возникали при этомъ какія либо сомнѣнія, то они разрѣшались авторитетнымъ толкованіемъ церкви. Правда, въ принципѣ даже канонисты ставили внутренній авторитетъ разума выше внѣшняго авторитета властей, въ томъ числѣ и церковныхъ, но на самомъ дѣлѣ какъ въ практической, такъ и въ теоретической юриспруденціи толкованіе церкви почиталось за неоспоримый критерій естественной справедливости. Такимъ образомъ идея естественнаго права носила въ средніе вѣка

теократическій характеръ. Не утратила она его и въ ученіяхъ протестантскихъ писателей XVI вѣка, особенность которыхъ выразилась лишь въ томъ, что они ставили авторитетъ Библии, особенно книгъ Ветхаго Завѣта, Моисеева законодательства, выше авторитета римскаго права, отвергавшагося ими вмѣстѣ съ римскою куріей.

Существенно новое направленіе дано было ученію объ естественномъ правѣ съ первой четверти XVII столѣтія при коренномъ обновленіи научной юриспруденціи подъ знаменемъ рационализма.

Рационализмъ обозначалъ прежде всего освобожденіе теоретическаго разума отъ рабскаго подчиненія авторитетамъ. Въ области юриспруденціи научная мысль освободилась какъ отъ римской юридической догмы, такъ и отъ средневѣковой теократической идеи, и поставила себѣ цѣлью самостоятельное, критическое построеніе системы естественнаго права. Сплошной рядъ систематическихъ усилій научной мысли юристовъ въ этомъ направленіи создалъ цѣлую школу естественнаго права, господствомъ которой отмѣчены въ исторіи науки права XVII и XVIII столѣтія. Родоначальникомъ школы естественнаго права считаютъ Гуго Гроція (его сочиненіе *De iure belli ac pacis*, 1625 г.) и наиболѣе совершеннымъ выразителемъ ея теоретическихъ замысловъ — Тому Гоббса. Въ ряду другихъ болѣе крупныхъ представителей школы слѣдуетъ назвать имена Христіана Томазія, Домъ, Самуила Пуфендорфа, Христіана Вольфа, Жанъ-Жака Руссо, Иммануила Канта.

Школа естественнаго права ставила ученію о правѣ необычное для него новое заданіе, выдвинувшееся подъ вліяніемъ крупнѣйшихъ успѣховъ, которыхъ достигло математическое естествознаніе (математика, теоретическая и небесная механика, математическая физика), благодаря открытіямъ и трудамъ Коперника, Галилея, Декарта, затѣмъ Ньютона. Подобно тому какъ математическое естествознаніе устанавливало механическіе законы вселенной, и научное правовѣдѣніе должно, учили представители школы естественнаго права, установить механическіе законы челоувѣческаго общежитія.

Для осуществленія этого заданія наука права должна пользоваться тѣмъ же методомъ, что и математика, въ частности геометрія, гдѣ методъ этотъ выступаетъ съ особенной наглядностью (особенно для насъ юристовъ, вынесшихъ изъ средней-

школы знаніе одной лишь элементарной математики). Этотъ математическій, или геометрическийъ методъ (*ordo geometricus*) характеризуется прежде всего какъ методъ, свойственный раціонализму. Подъ раціонализмомъ мы разумѣемъ такое направление теоретической мысли, которое считаетъ разумъ не только орудіемъ, но и источникомъ нашего познанія. Раціонализмъ черпаетъ первоначальныя исходныя положенія знанія изъ разума и по правиламъ формальной логики выводитъ изъ нихъ всю систему нашего знанія. Въ качествѣ исходныхъ положеній могутъ служить только такія положенія, которыя представляются разуму несомнѣнными истинами, не требующими никакихъ доказательствъ и, главное, исключаящими возможность доказательства противнаго. Это будутъ истины самоочевидныя, или аксіомы (нпр., прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками — исходная аксіома всей Эвклидовой геометріи). Изъ аксіомъ выводятся, дедуцируются всѣ послѣдующія положенія, взаимно связанныя и образующія совокупность нашего раціональнаго знанія въ извѣстной области. По мѣрѣ логическаго удаленія отъ простѣйшей аксіомы положенія эти становятся все болѣе и болѣе сложными и потому требуютъ убѣдительныхъ для разума доказательствъ, сущность которыхъ сводится къ наглядному показанію, или демонстраціи непрерывной дедуктивной нити (*uni deductionis fili*), соединяющей болѣе сложныя воззрѣнія (теоремы) съ первоначальной аксіомой. На основаніи сказаннаго мы легко поймемъ, почему и въ какомъ смыслѣ математическій, или геометрическийъ методъ называется аксіоматическимъ, а также дедуктивно-демонстративнымъ.

Чтобы пользоваться дедуктивно-демонстративнымъ методомъ, юристамъ новой раціоналистической школы пришлось прежде всего установить аксіому, которая могла бы послужить исходной точкой для новыхъ научныхъ построеній. Въ качествѣ аксіомы можетъ быть пригодно сужденіе крайне простое по своему содержанію, которое касается простѣйшаго элемента въ составѣ подлежащихъ изученію явленій и само сводится къ его опредѣленію. Такова исходная геометрическая аксіома: прямая линія есть кратчайшее разстояніе между двумя точками. У юристовъ новой школы неминуемо возникалъ вопросъ: что именно въ человѣческомъ обществѣ должно быть признано за простѣйшій неразложимый элементъ, относительно котораго нашъ разумъ могъ бы найти въ себѣ и для себя аксіоматическое опредѣленіе? Отвѣтъ на этотъ вопросъ данъ былъ слѣдующій: простѣйшимъ неразложимымъ

элементом общежитія людей является отдѣльный, обособленный человѣкъ, который съ точки зрѣнія общественнаго процесса не поддается дѣленію на болѣе простые элементы и потому называется недѣлимымъ, или индивидомъ (*individuum*). Человѣческій индивидъ въ общественной наукѣ вполне соответствовалъ матеріальному атому (греч. *ἄτομον* = лат. *individuum*) въ физикѣ и въ механикѣ. Такимъ образомъ индивидъ былъ неизбежно принятъ за простѣйшій неразложимый элементъ общежитія и за исходную точку науки объ обществѣ.

Такая квалификація индивида вызывалась, какъ мы только что видѣли, причинами теоретическаго характера. Необходимо при этомъ замѣтить, что данная теоретическая постановка находилась въ полномъ соответствіи съ практическими потребностями эпохи образованія и господства школы естественнаго права. Какъ разъ въ это время встало на очередь и проявлялось практическое стремленіе къ свободѣ личности въ церковномъ, религіозномъ, интеллектуальномъ, а также экономическомъ и, наконецъ, политическомъ отношеніи. Стремленіе это исходило изъ городовъ, изъ среды третьяго сословія, которое являлось носителемъ прогрессивныхъ началъ въ тогдашнемъ европейскомъ обществѣ. Отъ церковнаго и феодальнаго гнета личность непривилегированнаго и, такъ сказать, абстрактнаго индивида освобождалась первоначально при содѣйствіи единодержавной государственной власти, сложившейся и окрѣпшей въ борьбѣ съ притязавшей на политическое верховенство церковью и съ феодалами, дробившими власть по своимъ привилегированнымъ вотчинамъ (домэнамъ, или сеньеріямъ). Но, освобождая личность въ одномъ направлеиіи, государство поработало ее въ другомъ, — подчиняло ее своему собственному безпредѣльному авторитету и своей неограниченной опекаѣ. Тогда практическая потребность въ личной свободѣ превратилась въ протестъ противъ государственнаго абсолютизма и государственной опеки и вылилась въ стремленіе къ такому переустройству общественной жизни, для котораго исходнымъ и опредѣляющимъ моментомъ являлась бы не власть, а человѣческая личность. Теоретическіе и практические интересы такимъ образомъ совпадали и сходились на индивидуалистической концепціи общества.

Для цѣлей теоретическихъ недостаточно было признать индивида простѣйшимъ неразложимымъ элементомъ общежитія. Необходимо было далѣе рѣшить вопросъ о томъ, къ чему ближайшимъ

образомъ слѣдовало отнести то опредѣленіе индивида, которое должно служить аксіомой, исходной для науки объ обществѣ. Такъ какъ общественный процессъ относится не къ физической, а къ моральной природѣ человѣка, то и требуемое для теоріи опредѣленіе индивида было приурочено къ его моральной сущности. Дѣйствительно мы видимъ, что представители школы естественнаго права выставляли въ качествѣ исходной аксіомы простѣйшія опредѣленія моральной природы индивида, нпр., указывали, что человѣку прирождено влеченіе къ общежитію (*appetitus societatis* у Гуго Гроція), или же, напротивъ того, признавали, что люди по природѣ враждебны другъ другу (*homo homini lupus* у Томы Гоббса).

Разъ первоначальная аксіома была установлена, все дальнѣйшее шло въ полномъ согласіи съ предписаніями дедуктивно-демонстративнаго метода, какъ они сложились въ математическомъ естествознаніи. Путемъ ряда послѣдовательныхъ, все болѣе и болѣе сложныхъ выводовъ раскрывалась цѣлая система естественныхъ законовъ человѣческаго общежитія.

Устанавливаемые такимъ путемъ естественные законы общежитія представляютъ подобно законамъ природы двойкій интересъ, — теоретическій и практический. Теоретическій ихъ интересъ заключается въ томъ, что они являются продуктомъ чистаго знанія, благодаря чему правовѣдѣніе въ постановкѣ, данной ему школою естественнаго права, перестаетъ быть прикладной догматической дисциплиной и становится на ту научную высоту, на которой находится математическое естествознаніе. Практическое значеніе естественныхъ законовъ общежитія состоитъ въ томъ, что ими можно пользоваться для управленія человѣческимъ обществомъ, подобно тому какъ техникъ пользуется выводами теоретической механики для управленія машиной. Устанавливаемые теоріей права законы могутъ такимъ образомъ стать дѣйствующими юридическими нормами. Поэтому они могутъ быть названы естественнымъ правомъ согласно идущей отъ римскихъ юристовъ традиціи.

Отношеніе естественнаго права къ праву положительному понималось двояко: съ одной стороны, естественное право лежитъ въ основѣ положительнаго; съ другой стороны, естественное право служитъ критеріемъ для оцѣнки положительнаго права и предъказаніемъ для его совершенствованія.

Естественное право лежитъ въ основѣ права положительнаго. Это не значить, что положительное право во всемъ совпадаетъ

съ естественнымъ. Напротивъ того, положительное право во многомъ и многомъ уклоняется отъ прямолинейныхъ нормъ естественнаго права. Однако при всѣхъ наличныхъ и мыслимыхъ уклоненіяхъ положительное право не можетъ въ корнѣ противорѣчить естественному и быть, такъ сказать, съ нимъ несоизмѣримымъ. Полную аналогію въ данномъ случаѣ представляетъ соотношеніе между теоретической механикой и практической техникой. Какому нибудь рудиментарному техническому приспособленію, сооруженному помощью непосредственнаго умѣнія и практической сметки, весьма далеко до осуществленія всѣхъ выводовъ теоретической механики; однако законы послѣдней лежатъ въ основѣ и этого весьма несовершеннаго сооружения, которое не можетъ имъ противорѣчить и итти въ разрѣзъ съ ними, иначе оно совсѣмъ бы не дѣйствовало.

Подобно тому какъ знаніе законовъ теоретической механики даетъ критерій для браковки несовершенныхъ техническихъ приспособленій и ихъ совершенствованія, точно такъ же и естественное право является мѣриломъ для критики права положительнаго и его дальнѣйшаго совершенствованія. При этомъ конечно не исключена возможность признанія дѣйствующаго общественнаго механизма абсолютно негоднымъ и провозглашенія необходимости немедленной радикальной замѣны его системою нормъ естественнаго права.

Не смотря на использование совершеннѣйшаго математическаго метода, естественноправовой школѣ не удалось въ теченіе двухъ столѣтій установить единую систему естественнаго права, которая въ отношеніи точности и незыблемости ея выводовъ походила бы хоть сколько нибудь на законы Коперника, Галилея, Паскаля, Ньютона или Гарвея. Всякій представитель школы отправлялся отъ своихъ „аксіомъ“ и строилъ свою систему. Были, конечно, системы сходныя, даже почти тождественныя въ основныхъ своихъ положеніяхъ, но не было того единства и неизмѣнности системы, которыя свидѣтельствовали бы объ открытіи научной истины.

Причина неудачи заключалась въ непригодности дедуктивно-демонстративнаго метода къ изученію въ высшей степени сложныхъ общественныхъ явленій.

Прежде всего въ наукѣ права не было общепризнанной аксіомы относительно моральной природы индивида. Всякій представитель школы устанавливалъ эту аксіому по своему. Да иначе

и быть не могло. Индивидъ отнюдь не представляетъ собою простѣйшаго элемента въ области общежитія на подобіе прямой линіи въ геометріи. Моральная природа индивида не есть нѣчто изначала данное и неизмѣнное, разъ на всегда предопредѣляющее закономѣрный укладъ общежитія. Она сама испытываетъ на себѣ непрестанное воздѣйствіе общественнаго процесса и является продуктомъ его не менѣе, чѣмъ источникомъ. Отсюда — невозможность аксіоматическаго опредѣленія моральной природы индивида и неизбежное разногласіе представителей школы естественнаго права по этому основному вопросу.

Такъ какъ въ дѣйствительности исходной аксіомы не было, то представители школы выдавали за аксіоматическія такія опредѣленія моральной природы человѣка, которыя черпали не изъ абстрактнаго содержанія теоретическаго разума, а изъ конкретнаго содержанія общественной идеологіи, слагавшейся подъ влияніемъ условій времени, мѣста и соціальной среды. Сторонники раскрѣпощенія личности отъ гнета государственной власти и правительственной опеки настаивали на общежительномъ характерѣ человѣческой природы и склонности ея къ упорядоченной свободѣ. Защитники государственнаго абсолютизма и правительственной опеки выдвигали эгоистичность и взаимную враждебность отдѣльныхъ человѣческихъ особей, неспособность ихъ къ общежитію безъ крѣпкой узды, наложенной властною рукою. Иные представители школы, сознавъ безсиліе человѣческаго разума въ дѣлѣ установленія исходной аксіомы, или первоначальнаго закона общежитія, находили для себя исходъ въ указаніяхъ Божественнаго Откровенія, заимствовали первоначальный законъ изъ Священнаго Писанія и такимъ образомъ возстановляли средневѣковую традицію. По такому методу развивалъ естественный порядокъ гражданскихъ законовъ извѣстный французскій юристъ второй половины XVII вѣка — Дома (Domat).

Съ неменьшими затрудненіями для школы естественнаго права соединенъ былъ и процессъ дедукціи, этотъ главный нервъ математическаго метода раціонализма.

Невозможно въ разрѣзъ съ многовѣковымъ опытомъ людей распространять на общественную жизнь тѣ свойства, которыми надѣляется внѣшнюю природу выработанное математическимъ естествознаніемъ механическое міровоззрѣніе. Общественная жизнь воспринималась и воспринимается нами не какъ статическое (пребывающее въ состояніи неизмѣннаго равновѣсія) соотношеніе неиз-

мѣнныхъ и безсознательныхъ силъ, а какъ динамическое (пробывающее въ состояніи подвижнаго равновѣсія) накопленіе изъ поколѣнія въ поколѣніе сознанія и познанія и соответствующее этому измѣненіе отношенія людей къ внѣшней средѣ и внутреннимъ междулическимъ, общественнымъ отношеніямъ. Въ виду этого сущность общественной жизни заключается не въ ея неизмѣнномъ состояніи, которое было бы подобно неизмѣнному соотношенію механическихъ силъ природы, а въ ея непрестанномъ развитіи. Отдѣльныя ступени этого развитія представляютъ собою неповторяющіяся сочетанія явленій, характерныя по своей особенности. Поэтому невозможно вывести законы общежитія изъ какого либо статическаго свойства моральной природы индивида путемъ одной лишь формальной дедукціи, не учитывая преемственнаго воздѣйствія однихъ человѣческихъ поколѣній на другія и измѣнчивыхъ условій времени и мѣста. Моральная природа индивида допускаетъ рядъ соціальныхъ возможностей. Мыслимы и логически допустимы различныя формы и законы общежитія. Вопросъ о томъ, какая изъ этихъ логическихъ возможностей неизбѣжно становится реальной необходимостью, не поддается рационалистическому рѣшенію помимо и внѣ эмпириі (наблюденія и опыта).

Въ силу указанной причины представители школы естественнаго права, оффиціально провозглашавшіе дедукцію единственнымъ приѣмомъ научнаго метода, на самомъ дѣлѣ развивали свои положенія не однимъ лишь дедуктивнымъ путемъ, который не обезпечивалъ необходимой при изученіи общественной жизни конкретизаціи. Они обращались и къ эмпирическому матеріалу, — и римскаго права, и Священнаго Писанія, и англійскаго государственнаго строя, и вообще національныхъ правовыхъ системъ. Заимствовали изъ него тѣ положенія, которыя соответствовали „аксіоматическому“ опредѣленію моральной природы человѣка и основанному на послѣднемъ критерію естественной справедливости. Эти положенія, въ сущности говоря, подводились подъ исходныя опредѣленія и затѣмъ уже излагались такъ, какъ будто бы они были выведены изъ этихъ исходныхъ опредѣленій съ формально-логическою необходимостью, каковой на самомъ дѣлѣ не было, ибо, повторяемъ, логически мыслимы различныя возможности конкретизаціи одного и того же моральнаго принципа въ общежитіи.

Изъ сказаннаго мы видимъ, что непригодность дедуктивно-демонстративнаго метода для познанія общественной жизни выну-

ждала школу естественнаго права къ неизбѣжному его искаженію. Послѣдствіемъ этого искаженія было отсутствіе единой системы естественнаго права и образованіе различныхъ естественноравныхъ системъ отдѣльныхъ представителей школы. Недостижимость научной точности и единства открывала доступъ вліяніямъ общественной идеологіи, подъ воздѣйствіемъ которыхъ слагались отдѣльныя системы естественнаго права. Сообразно наиболѣе общему дѣленію общественной идеологіи на прогрессивную и консервативную можно соотвѣтственнымъ образомъ подѣлить и системы естественнаго права. Одни представители школы стремились къ болѣе или менѣе радикальной общественной и политической реформѣ во имя свободы личности и развивали прогрессивныя, либеральныя системы естественнаго права, превращая въ естественноравныя нормы пожеланія и требованія тѣхъ общественныхъ круговъ, отъ имени которыхъ выступали, хотя бы и подсознательно. Другіе представители школы подобнымъ же образомъ отстаивали существующій правопорядокъ и помощью дедуктивно-демонстративнаго метода рационализировали нормы положительнаго права, возводя ихъ на степень естественныхъ законовъ общежитія. Различіе и антагонизмъ двухъ указанныхъ направленій сказывались съ особенною силою по вопросамъ государственнаго права, въ области котораго царило разнообразіе интересовъ и обостренное ихъ противоположеніе. Что касается права гражданскаго, то необходимость преобразования его на началахъ свободы личности подъ давленіемъ все разрастававшагося экономическаго оборота сознавалась почти всѣми общественными классами и группами. Вслѣдствіе этого приведеніе гражданскаго права въ естественный порядокъ почти не вызывало принципиальныхъ разногласій и слагалось въ форму болѣе или менѣе единой теоретической системы. Подобный же процессъ можетъ быть отмѣченъ и въ области международнаго права, въ которой естественныя законы находили болѣе или менѣе однообразное по содержанію своему признаніе, по крайней мѣрѣ, со стороны теоретиковъ.

Какъ видимъ, школа естественнаго права не была въ состояніи послѣдовательно выдержать свои теоретико-познавательныя и методологическія принципы, но зато создала наукообразную форму для выраженія различныхъ теченій общественной идеологіи съ преимущественнымъ уклономъ въ сторону теченія либеральнаго и прогрессивнаго, какъ болѣе соотвѣтствовавшего индиви-

дуалистической концепции общества. В этой своей последней функции школа естественного права приобрела весьма важное значение в качестве крупнейшего интеллектуального фактора культурного развития западно-европейской общественности и государственности. Практическое значение и практический успех обеспечивали жизнеспособность школы естественного права и заставляли забывать об ее теоретических противоречиях и недостатках. Некоторые умы, более критически настроенные в области теории познания и методологии (например, Паскаль в половине XVII в.), видели противоречия и недостатки школы и, не обинуясь, указывали на непригодность геометрического метода для познания общественных явлений. Но так как критика эта не сопровождалась указанием надлежащего научного пути и приводила к научному скепсису и к замѣнѣ научнаго познания общественной жизни опѣнкой ея съ точки зрѣнія религиозныхъ вѣрованій (у Паскаля), то она не въ состояннн была подорвать научный кредитъ школы естественнаго права, тѣмъ болѣе что школѣ удалось, повторяемъ, приобрести важное практическое значеніе и добиться практическаго успѣха.

Научная критика выступила с разрушительной силой против школы естественного права лишь послѣ того, какъ обнаружилась практическая несостоятельность школы. Роль гибельнаго практическаго испытанія сыграла въ данномъ случаѣ великая французская революція. Революція шла подъ теоретическимъ знаменемъ школы естественнаго права, и великіе принципы 1789 года сводились къ законодательному признанію естественныхъ законовъ общежитія. Въ этомъ смыслѣ революція принесла школѣ естественнаго права побѣду и торжество. Пораженіе и кризисъ школы начались тогда, когда отъ провозглашенія великихъ принциповъ перешли къ ихъ осуществленію. Процессъ этого осуществления, съ одной стороны, явилъ собою образъ неустойчивости и даже безправія новыхъ общественныхъ формъ, созданныхъ по рационалистическому рецепту. Съ другой стороны, тотъ же процессъ показалъ, что формально безусловное провозглашеніе принципа личной свободы все же не принесло ей дѣйствительнаго обезпеченія, и личности пришлось и при новомъ строѣ испытывать на себѣ гнетущее вліяніе не только не устраненныхъ по недосмотру, но и неустранимыхъ, повидимому, по существу пережитковъ стараго порядка. Первая сторона дѣла привлекла къ себѣ вниманіе приверженцевъ консервативнаго направленія, пре-

вратившихся въ сторонниковъ реакціи. Вторая сторона дѣла была подмѣчена либералами и прогрессистами и вызвала въ нихъ нѣкоторое разочарованіе сначала въ практическомъ дѣйствіи, а затѣмъ и въ теоретическихъ основахъ раціоналистической школы въ наукѣ права. Реакціонеры во имя порядка совершенно отвергли раціонализмъ, которому до революціи слѣдовали, какъ мы знаемъ, и консерваторы. Они провозгласили полное въ дѣлѣ познанія законовъ общежитія безсиліе теоретическаго разума, какъ разума субъективнаго, и въ своемъ стремленіи къ возврату прошлаго, къ т. н. исторической законности, указали на исторію, какъ на единственный путь къ познанію существа и объективной законмѣрности общественной жизни. Разочарованные либералы и прогрессисты усматривали причину практической неудачи естественноправовыхъ принциповъ въ такомъ господствѣ прошлаго надъ настоящимъ, котораго не удалось преодолѣть помощью раціоналистическихъ формулъ, не смотря на приобрѣтенную ими законодательную санкцію. Такимъ образомъ оба направленія общественной идеологіи стали испытывать непреодолимое влеченіе къ исторіи, — реакціонеры раньше, либералы и прогрессисты нѣсколько позже. На мѣсто раціоналистической революціи была выставлена историческая эволюція, причѣмъ каждое направленіе понимало новый принципъ по своему. Реакціонеры толковали эволюцію въ смыслѣ отрицанія коренныхъ перемѣнъ и неизмѣннаго сохраненія т. н. историческихъ устоевъ, т. е. основъ стараго порядка. Въ глазахъ либераловъ и прогрессистовъ эволюціонная точка зрѣнія указывала на необходимость приспособленія раціональныхъ реформъ къ условіямъ объективнаго, стихійнаго процесса развитія общества, которыя познаются путемъ историческаго изученія.

Такимъ образомъ историзмъ былъ провозглашенъ въ качествѣ практическаго и теоретическаго принципа общественной мысли. Построеніе системы естественнаго права перестало считаться теоретическимъ заданіемъ правовѣдѣнія. Наука права всецѣло сосредоточилась на положительномъ правѣ и поставила своею цѣлью установленіе не раціональныхъ, но историческихъ законовъ общежитія. Какъ это всегда бываетъ при смѣнѣ научныхъ направленій, новое направленіе цѣликомъ поглотило научную мысль; въ естественномъ правѣ извѣрились совершенно и выкинули его за бортъ науки, не выяснивъ исчерпывающе вопроса о томъ, не было ли въ старой теоріи элементовъ научно цѣнныхъ

и жизнеспособныхъ. Само собою разумѣется однако, что въ дѣйствительности старая теорія не исчезла безслѣдно, и что исконная идея естественнаго права давала о себѣ знать и въ новомъ историческомъ возрѣннн на право. Всецѣло поглоченная историческимъ принципомъ научная мысль не замѣчала живучести естественноправовой идеи и въ невольныхъ откликахъ ея видѣла лишь архаическія переживанія, осужденныя на окончательное вымираніе. Исторія науки не оправдала такого приговора и послѣ длительного періода абсолютнаго отрицанія естественнаго права привела къ его возрожденію въ послѣднее десятилѣтіе минувшаго столѣтія.

§ 20. Проблема естественнаго права съ точки зрѣннн позитивной науки.

R. Stämmler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888; *Wirtschaft und Recht*, 1896 (2-ое изд. 1906 г.); *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 1902; *Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft* въ изданіи Hinneberg'a: *Kultur der Gegenwart*, II Teil, Bd. VIII 1906; Р. Штаммлеръ, *Задачи права и правовѣдѣнн въ будущемъ*, р. перев. В. А. Краснокутскаго, 1908 (изд. Библиотеки самообразованія); R. Saleilles, *École historique et le droit naturel*, *Revue trim. de droit civil*, 1902; J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910; V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2-te Aufl., 1909; E. Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912; J. Stern, *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, 1904; Вл. Соловьевъ, *Оправданіе добра*, гл. XVII (Собр. сочин., т. VІІ); В. М. Гессенъ, *Возрожденіе естественнаго права*, 1902 г.; П. И. Новгородцевъ, *Нравственный идеализмъ въ философіи права*, въ сборникѣ: „Проблемы идеализма“, 1902 г. Современное положеніе проблемы естественнаго права, *Юридич. Вѣстникъ*, 1913 г., кн. I; Психологическая теорія права и философія естественнаго права, *Юридич. Вѣстникъ*, 1913, кн. III; I. В. Михайловскій, *Очерки философіи права*, т. I, часть I, глава V; П. Г. Виноградовъ, *Очерки по теоріи права*, главы VIII—IX.

Съ паденіемъ школы естественнаго права (въ первой четверти XIX столѣтія) восторжествовали въ юридической наукѣ историческое изслѣдованіе и догматическая разработка положительнаго права. Исторія и догматика были признаны основнымъ заданіемъ научной юриспруденціи, а положительное право — ея единственнымъ объектомъ. Особое, казалось бы, направленіе, идущее въ сторону отъ положительнаго права, выпадаетъ на долю

политики права, обсуждающей юридическія отношенія съ точки зрѣнія не дѣйствующихъ, но подлежащихъ установленію нормъ (не de lege lata, но de lege ferenda). Однако и политикъ права привито было стремленіе къ обоснованію ея построеній исключительно на матеріалѣ положительнаго права. Устанавливаемыя историческимъ изслѣдованіемъ тенденціи развитія положительнаго права были признаны въ качествѣ единственнаго критерія для опѣнки дѣйствующихъ юридическихъ нормъ и для предугаданія путей и формъ дальнѣйшаго правового творчества. Провозглашенъ былъ такимъ образомъ единый лозунгъ, согласно которому правовѣдніе объявлено наукой исключительно положительнаго права. Естественное право изгонялось изъ нея безусловно и безпощадно. Такъ какъ въ прежнее время философія права занималась проблемой права естественнаго, то новое направленіе въ XIX столѣтіи поставило своей задачей создать особую философію положительнаго права.

Какъ ни сильно было гоненіе на естественное право, все же не удавалось ни безусловно отдѣлаться отъ послѣдняго, ни окончательно изгнать его изъ научнаго оборота.

Исторія свидѣтельствуетъ, что, хотя концепція естественнаго права существенно мѣнялась, и попытки построенія естественноправовой системы расходились другъ съ другомъ весьма значительно, иногда по діаметрально противоположнымъ направленіямъ, тѣмъ не менѣе естественноправовыя построенія отражались на развитіи положительнаго права, и самая идея естественнаго права неизмѣнно входила въ составъ правосознанія всѣхъ временъ и народовъ. Въ разгаръ односторонняго пониманія позитивныхъ задачъ правовѣднія, доходившаго до отождествленія научнаго позитивизма съ юридическимъ (см. объ этомъ выше стрн. 42—43), только что приведенные факты игнорировались. Естественное право вычеркивалось и изъ настоящаго, и изъ прошлаго, какъ научное заблужденіе. Такого рода игнорированіе идеи естественнаго права, даже какъ факта правосознанія, представляло собою недостатокъ изученія съ точки зрѣнія широко понятой положительной науки. Должно было прійти время, когда недостатокъ этотъ долженъ былъ обнаружиться съ полной очевидностью и наглядностью.

Не могла обойтись безъ естественноправовой идеи политика права. Для рѣшенія политико-правовыхъ задачъ недостаточно было знаніе тенденціи историческаго развитія права. Въ про-

шломъ и въ настоящемъ коренятся зародыши будущаго самые разнообразныя. Поскольку политика права задается цѣлью служить лучшему будущему, она не можетъ ограничиваться однимъ лишь констатированіемъ наличныхъ зародышей, но должна производить имъ оцѣнку, чтобы затѣмъ содѣйствовать полезнымъ всходамъ и устранять разнаго рода плевелы. Для оцѣнки нуженъ критерій. Для политики права такимъ критеріемъ можетъ служить только идея справедливости, т. е. естественноправовая идея. Безъ нея, въ сущности говоря, никогда не обходилась политика права. Только въ эпоху формальнаго абсолютнаго господства науки и философіи положительнаго права естественное право вводилось въ политико-правовыя построенія подсознательно и проникало туда въ видѣ научной контрабанды.

Догматика положительнаго права является, казалось бы, наиболѣе бронированной противъ поползновеній на нее со стороны естественнаго права. Тѣмъ не менѣе и догматика не была на самомъ дѣлѣ свободной отъ элементовъ естественнаго права. Дѣйствующее право, какъ бы оно ни было разработано въ подробностяхъ, не въ состояніи предусмотрѣть всего многообразія жизненныхъ отношеній. Поэтому всегда возможны и на практикѣ дѣйствительно возникаютъ вопросы, на которые не оказывается отвѣта въ положительномъ правовомъ матеріалѣ. Догматика вынуждена восполнять подобныя пробѣлы права. Съ этою цѣлью она прибѣгаетъ прежде всего къ аналогіи, т. е. къ распространенію на данный непредусмотрѣнный дѣйствующимъ правомъ случай нормы, разрѣшающей случай подобный. Если не оказывается аналогичной нормы, то догматикъ рѣшаетъ данный случай на основаніи общихъ юридическихъ принциповъ, извлекаемыхъ изъ системы дѣйствующаго права въ ея цѣломъ. Однако въ дѣйствующемъ правѣ можетъ обнаружиться пробѣлъ такого характера и значенія, что и этотъ послѣдній пріемъ окажется недостаточнымъ. Тогда догматику не остается ничего иного, какъ обратиться къ абстрактной идеѣ справедливости, т. е. къ естественному праву, и изъ него вывести рѣшеніе для даннаго случая. Въ эпоху крайняго теоретическаго господства позитивнаго направленія въ юриспруденціи не допускали ни необходимости, ни возможности обращенія къ естественному праву. Еще въ 20-ыхъ годахъ XIX столѣтія авторъ популярной юридической энциклопедіи Фалькъ указывалъ, что слѣдуетъ создать изъ извлекаемыхъ изъ положительнаго законодательства принциповъ особое общее ученіе о правѣ (*allgemeine*

Rechtslehre), и, очевидно, полагалъ, что оно будетъ вполне надежнымъ и крайнимъ прибѣжищемъ для догматической юриспруденціи. Опытъ не оправдалъ однако этой надежды, и къ концу XIX столѣтія пришлось открыто сознаться (ученіе Жени, Юнга), что догматическая юриспруденція бываетъ вынуждена обращаться путемъ интуиціи къ даннымъ разума и совѣсти, т. е. воспринимать элементы естественнаго права. Замѣтимъ, кстати, что въ Англіи догматическая юриспруденція всегда открыто признавала значеніе справедливости (equity), то есть идеи естественнаго права, въ дѣлѣ примѣненія и восполненія положительнаго права.

Мы видимъ, что идея естественнаго права продолжала жить и проявлять свое дѣйствіе и въ эпоху официальнаго, такъ сказать, изгнанія ея изъ научнаго обихода и признанія положительнаго права единственнымъ объектомъ юридической науки. Живучесть идеи вызвала, наконецъ, пересмотръ теоретическаго вопроса объ естественномъ правѣ, приведшій къ возрожденію послѣдняго.

Въ то время когда прямолинейный и односторонній юристъ-позитивистъ Бергбомъ съ горечью указывалъ на переживанія естественнаго права во всѣхъ областяхъ правовѣднія и собирался отрубить у гибельной, по его мнѣнію, для науки гидры ея отроставшія головы, цѣлый рядъ другихъ ученыхъ, болѣе широко понимавшихъ задачи науки, заговорили о необходимости восполненія положительной юриспруденціи идеей естественнаго права.

Опытъ исторической и позитивной школы отразился на новомъ пониманіи естественнаго права весьма существенно.

Теоретическій кризисъ школы естественнаго права для всѣхъ понятенъ и ясенъ. Никто больше не думаетъ о томъ, чтобы устанавливать механическіе законы общежитія помощью математическаго, дедуктивно-демонстративнаго метода. Не менѣе очевидно для всѣхъ, что подробныя системы, чуть ли не кодексы естественнаго права, которые разрабатывались въ XVII и XVIII столѣтіяхъ, имѣютъ не рационально-абсолютное, а эмпирически-относительное значеніе, обусловленное временемъ и мѣстомъ ихъ происхожденія. Системы естественнаго права колебались и рушились. Устойчивой и нерушимой оказалась и таковой должна быть призвана только самая идея естественнаго права. Въ такомъ именно смыслѣ выдающійся поборникъ естественноправоваго идеи Рудольфъ Штаммлеръ въ первомъ изъ своихъ крупныхъ произ-

веденій, посвященныхъ ея возрожденію, говорить объ естественномъ правѣ съ мѣняющимся содержаніемъ (ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt).

Если содержаніе естественнаго права и измѣнчиво, то все же неизмѣнной остается самая идея естественной справедливости. Спрашивается, на чемъ же основывается объективное признаніе этой идеи. Такъ какъ въ пользу ея объективнаго признанія мы можемъ сослаться только на неизмѣнную ея наличность въ правосознаніи людей, т. е. на доказательство онтологическое, а такое доказательство не достаточно съ точки зрѣнія позитивной науки, то отсюда слѣдуетъ, что обоснованіе идеи естественной справедливости лежитъ за предѣлами науки. Дѣйствительно мы видимъ, что сторонники естественнаго права обосновываютъ его идею либо на вѣрѣ въ объективность идеи справедливости, либо на метафизическихъ (внѣ- и сверхъопытныхъ) предпосылкахъ.

Вѣра въ данномъ случаѣ черпается либо изъ религіознаго источника, либо изъ моральной интуиціи, отдѣляемой отъ религіозныхъ вѣрованій. На религіозной вѣрѣ основываютъ въ новѣйшее время идею естественнаго права, нпр., Катрейнъ, Вл. Соловьевъ, кн. Е. Н. Трубецкой, І. В. Михайловскій. Моральную вѣру, свободную отъ религіозной догмы, полагаютъ въ основу объективнаго признанія идеи справедливости Планиоль, Демогъ (Demogues), Жени и цѣлый рядъ другихъ сторонниковъ возрожденія естественнаго права, преимущественно, во французской литературѣ.

Обоснованіе естественнаго права на метафизическихъ предпосылкахъ представлено въ наибольшей и наилучшей степени въ нѣмецкой литературѣ. Не смотря на различіе относящихся сюда ученій, всѣ они такъ или иначе восходятъ къ критической философіи Канта и развились подъ вліяніемъ возрожденія послѣдней, или т. н. неокантіанства (см. выше стрн. 48).

Дѣло, совершенное для ученія объ естественномъ правѣ во второй половинѣ XVIII вѣка Кантомъ, заключалось въ слѣдующемъ. Помощью теоретико-познавательной критики Кантъ вскрылъ всю эмпирическую условность какъ современныхъ ему системъ естественнаго права, такъ и ихъ исходныхъ аксіомъ. Такъ какъ идея добра и справедливости не можетъ быть рационально обоснована въ предѣлахъ эмпирической условности, то Кантъ выдвинулъ для ея обоснованія такіа метафизическія предпосылки, которыя вытекаютъ изъ формальнаго понятія о нравственности и правѣ, свободны отъ какого бы то ни было эмпирическаго содер-

жанія и потому могут служить безусловнымъ основаніемъ для объективнаго признанія идеи добра и справедливости. Основными метафизическими предпосылками въ этомъ смыслѣ являются у Канта понятія о категорическомъ характерѣ нравственнаго закона и о моральной свободѣ личности съ подраздѣленіемъ послѣдней на внутреннюю свободу, подъ которой разумѣется способность человѣка опредѣлять себя къ дѣйствию по чистому представленію закона (свобода воли) въ соотвѣтствіи съ категорическимъ императивомъ нравственности, и свободу внѣшнюю, подъ которой разумѣется возможность самаго дѣйствія индивида. Въ гармоническомъ обезпеченіи внѣшней свободы въ соотвѣтствіи съ требованіями свободы внутренней заключается, по Канту, идея справедливости, т. е. идея естественнаго права, являющаяся регулятивной, или нормативной (упорядочивающей, или правилополагающей) идеей для положительнаго права, какъ въ его дѣйстви, такъ и въ его развитіи.

Школа естественнаго права въ увлеченіи эмпирической задачей практическихъ преобразованій не смогла примѣнить къ себѣ строгой теоретико-познавательной критики, да и самъ Кантъ въ своемъ ученіи о правѣ отдалъ дань эмпирическимъ требованіямъ времени. Теоретическій кризисъ естественнаго права такимъ образомъ предотвращенъ не былъ. Новыя теченія историзма и позитивизма отвергли всякую метафизику, въ томъ числѣ и критически обоснованныя метафизическія предпосылки Канта. Но когда историческія и позитивныя воззрѣнія совершили свой кругъ развитія, и обнаружилась недостаточность ихъ для нормативнаго изученія общественныхъ явленій, невольно возвратились къ метафизическимъ предпосылкамъ Канта, и проявилось неокантіанское движеніе.

Къ этому движенію примыкаетъ наиболѣе видный представитель теченія въ пользу метафизическаго обоснованія объективнаго признанія идеи естественнаго права Рудольфъ Штаммлеръ. Отправляясь отъ метафизическихъ предпосылокъ Канта, Штаммлеръ признаетъ объективное значеніе естественнаго, или по его терминологіи, правильнаго права (*das richtige Recht*), подъ которымъ разумѣть право, соотвѣтствующее общественному идеалу, каковымъ является для него общежитіе свободновольщихъ людей (*Gemeinschaft freiwollender Menschen*), т. е. общежитіе, обезпечивающее возможность свободного самоопредѣленія личности согласно категорическому императиву нравственнаго закона. Пра-

вильное право находится въ такомъ же отношеніи къ положительному, какъ нормальный человѣкъ къ здоровому, правильные часы къ идущимъ часамъ, т. е. правильное право всегда рѣ извѣстной мѣрѣ осуществляется въ положительномъ, но никогда исполнѣ; вмѣстѣ съ тѣмъ правильное право служить теоретическимъ мѣриломъ для критики положительнаго права и дальнѣйшаго его совершенствованія.

Сторонники обоснованія объективнаго признанія идеи естественнаго права на метафизическихъ предпосылкахъ имѣются въ русской наукѣ въ лицѣ П. И. Новгородцева, Б. А. Кистяковского, Е. В. Спекторскаго и нѣкоторыхъ другихъ.

Къ чему бы ни сводилось обоснованіе естественноправовой идеи, къ вѣрѣ ли, или къ метафизическому построению, существеннымъ для естественнаго права признается во всякомъ случаѣ его рациональный характеръ. Естественное право неизмѣнно является разумнымъ правомъ. Вѣра и метафизическія построенія допускаются въ естественномъ правѣ лишь постольку, поскольку они рациональны, т. е. приемлемы для познающаго разума.

Поэтому вопросъ объ естественномъ правѣ не исчерпывается отнесеніемъ его къ числу субъективныхъ правовыхъ переживаній, не обусловленныхъ внѣшнимъ нормативнымъ фактомъ. Необходимо имѣть всегда въ виду рациональный характеръ естественнаго права. Это именно и упускается изъ виду Л. І. Петражицкимъ, который относительно естественнаго права довольствуется указаніемъ ему мѣста въ области права интуитивнаго, противоположаемаго позитивному праву. Психологическое объясненіе оказывается въ данномъ случаѣ недостаточнымъ и должно быть восполнено выясненіемъ логической природы естественнаго права, выдѣляющей его изъ многообразія субъективныхъ переживаній правосознанія.

Идея естественнаго права не противорѣчитъ широко понятой положительной наукѣ и является необходимымъ ея восполненіемъ. Съ одной стороны, естественное право, какъ извѣстное явленіе общественной жизни, подлежитъ причинному изученію и объясненію; съ другой стороны, — оно привноситъ необходимый въ общественныхъ наукахъ моментъ цѣли (телеологическій), примѣнительно къ которому производится оцѣнка явленій.

Въ процессѣ развитія (эволюціи) общественной жизни не только смѣняются конкретныя явленія, обусловленныя причинной связью, но и вырабатываются абстрактныя моральныя цѣнности, которыя становятся прочнымъ и неизмѣннымъ достояніемъ куль-

туры. Значеніе этихъ моральныхъ цѣнностей не исчерпывается причиннымъ ихъ объясненіемъ; оно выходитъ за предѣлы породившихъ ихъ причинъ, сообщаетъ имъ характеръ безусловности и превращаетъ ихъ въ цѣли дальнѣйшаго развитія. Таково, напр., значеніе индивидуальной свободы. Исторически мы объясняемъ ея происхожденіе, но этимъ не исчерпывается ея значеніе. Порожденная извѣстными конкретными условіями и причинами, индивидуальная свобода становится независимо отъ нихъ определенной моральною цѣнностью, съ точки зрѣнія которой мы затѣмъ оцѣниваемъ самый процессъ развитія. Такія культурныя моральныя цѣнности служатъ источникомъ идеи справедливости, опредѣляющей естественное право.

Въ качествѣ образца культурной моральной цѣнности, служащей источникомъ идеи справедливости, мы привели индивидуальную свободу, имѣя въ виду выставить абсолютное значеніе индивидуализма, подъ знаменемъ котораго развивалась школа естественнаго права XVII—XVIII вѣковъ. Послѣ того, какъ индивидуальное начало достаточно окрѣпло въ государственной жизни, съ половины XIX столѣтія выдвинулся новый вопросъ, — о необходимости устраненія вредныхъ послѣдствій крайняго развитія индивидуализма и о замѣнѣ безпрепятственнаго соревнованія свободной конкуренціи эгоистически настроенныхъ индивидовъ системой упорядоченія общественнаго оборота на началахъ солидарности индивидовъ. Подъ знаменемъ общественной солидарности, какъ новой культурно-моральной цѣнности, восполняющей начало индивидуальной свободы, совершается возрожденіе естественнаго права въ наше время.

Глава VI. Право публичное и частное.

Общепринято дѣленіе права на публичное и частное. Къ частному праву относятъ семейственныя и имущественныя отношенія, къ публичному — всѣ остальные отрасли права. Имѣется въ наукѣ цѣлый рядъ попытокъ рационализаціи этого, въ сущности, историческаго дѣленія права. Намъ необходимо познакомиться съ важнѣйшими изъ нихъ, съ тѣмъ чтобы выяснитъ себѣ сущность указаннаго дѣленія.

§ 21. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ объективной юридической нормы.

R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*; Г. Ф. Шершеневичъ, *Общая теорія права*, выпускъ III, глава IX; Леонъ Дюги, *Конституціонное право. Общая теорія государства*, русск. перев., 1908, введение; Л. I. Петражицкій, *Теорія права и государства*, томъ II, изд. 2-ое, §§ 46—50; I. А. Покровскій, *Основные проблемы гражданского права*, 1916, глава I.

Въ первую очередь рассмотримъ теоріи, которыя пытаются вывести раціональное дѣленіе права на публичное и частное изъ различія свойствъ объективной юридической нормы. Сюда относятся: 1) взглядъ на публичное право, какъ на средство позитиваціи и обособленія правопорядка; 2) дѣленіе права на публичное и частное по различію общаго и частнаго интересовъ, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи; 3) дѣленіе права на публичное и частное съ точки зрѣнія способовъ правовой санкціи; 4) дѣленіе права на публичное и частное по различію видовъ мотиваціи личности къ социальному поведенію и двухъ системъ правового психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ. Рассмотримъ указанныя теоріи въ приведенномъ порядкѣ.

I. Взглядъ на публичное право какъ на средство позитиваціи и обособленія правопорядка проводится Штаммлеромъ.

Штаммлеръ исходитъ изъ индивидуалистическаго воззрѣнія на право и потому цѣль права полагаетъ въ обеспеченіи свободного самоопредѣленія личности. Принимая затѣмъ въ соображеніе, что положеніе индивида опредѣляется преимущественно въ частномъ правѣ, а публичное право опредѣляетъ преимущественно государственный строй, Штаммлеръ въ соответствіи съ своимъ основнымъ и исходнымъ воззрѣніемъ признаетъ частное право основнымъ правопорядкомъ, а публичное, такъ сказать, дополнительнымъ. Задача публичнаго права лежитъ не внутри, а во внѣшнемъ положеніи правопорядка. Публичное право призвано обеспечивать позитивацію основнаго правопорядка, т. е. частнаго права, содѣйствовать его внутреннему замкнутому единству и обособлять его отъ другихъ правопорядковъ, существующихъ наряду съ нимъ. Публичное право разсматривается такимъ образомъ только какъ средство обособленія частнаго права въ замкнутую и самостоя-

тельную систему положительнаго права, дѣйствующую въ данномъ общественномъ союзѣ, — въ государствѣ.

Изложенный взглядъ на публичное право не можетъ быть принятъ какъ по причинамъ принципиально-теоретическаго характера, такъ и въ виду прямого противорѣчія его даннымъ положительнаго права. Съ точки зрѣнія принципиальной никакъ нельзя признать правильнымъ ученія объ исключительно служебной функціи государства по отношенію къ личности. Государство и индивидъ представляютъ собою два равносильныхъ начала общезжитія, которыя стремятся къ установленію между собою равновѣсія, и между которыми право проводитъ нѣкоторую равнодѣйствующую линію. Данныя положительнаго права свидѣтельствуютъ, что публичное право опредѣляетъ взаимоотношенія между индивидомъ и властью и, слѣдовательно, служить не внѣшней только сторонѣ правопорядка въ смыслѣ его обособленія, но и внутренней его сторонѣ, каковой Штаммлеръ считаетъ обезпеченіе самоопредѣленія личности. Нельзя вѣдь отрицать, что субъективныя публичныя права, какъ права на свободу отъ воздѣйствія власти и на участіе въ послѣдней, служатъ самоопредѣленію личности не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ права семейственныя и имущественныя.

II. Дѣленіе права на публичное и частное по различію общаго и частнаго интересовъ, составляющихъ цѣль юридической регламентаціи, восходитъ къ римской юриспруденціи и потому можетъ быть названо классическимъ. Оно было впервые установлено въ извѣстномъ опредѣленіи Ульпіана: *Huius studii (sc. studii iuris) duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

Частный и общій интересы настолько переплетены и слиты въ правѣ, что невозможно ихъ въ немъ отдѣлить другъ отъ друга и тѣмъ менѣе возможно по ихъ противоположенію отличать частное право отъ публичнаго. Юридическія нормы, регулирующія собственность и имущественные договоры, относятся къ частному праву; никто однако не скажетъ, что цѣлью ихъ являются не общіе, а только частныя интересы. Съ другой стороны, публичноправовая норма, обезпечивающая неприкосновенность частнаго жилища, имѣетъ отношеніе не только и не столько къ состоянію государства, какъ и сколько къ выгодѣ частныхъ лицъ. Наконецъ, не слѣдуетъ забывать, что имущественныя отношенія казны (фиска), т. е. того же государства, но только разсматриваемаго какъ субъ-

екта имущественныхъ отношеній, входятъ въ составъ частнаго, а не публичнаго права, хотя и преслѣдуютъ не частный интересъ отдѣльнаго лица, а общій всему государству интересъ.

Не смотря на очевидную недостаточность, классическое опредѣленіе Ульпіана до сихъ поръ находитъ многочисленныхъ сторонниковъ и въ самое послѣднее время воспроизводится въ русской литературѣ Шершеневичемъ, который опредѣляетъ частное право какъ сферу „моего“, господство эгоизма, и характеризуетъ публичное право, какъ регламентацію „отношеній за стѣнами дома“, какъ сферу солидарности, альтруизма. Не слѣдуетъ забывать, что общая задача права, какъ частнаго, такъ и публичнаго, заключается въ уравниваніи началъ эгоизма и альтруизма, и что вообще право не можетъ ограничиваться сферой „моего“, такъ какъ исходнымъ пунктомъ всякаго права является признаніе чужого „я“.

III. По различію способовъ правовой санкціи дѣлитъ право на публичное и частное — Дюги.

Нормы частнаго права, учить Дюги, снабжены санкціей; нормы публичнаго права лишены правовой санкціи по отношенію къ государству, которое, напротивъ того, пользуется привилегіей предварительнаго исполненія по отношенію ко всѣмъ лицамъ.

Ученіе Дюги не можетъ быть принято, такъ какъ оно, съ одной стороны, неправильно конструируетъ отношенія публичнаго права, съ другой стороны, — недостаточно различаетъ положеніе государства въ публичноправовыхъ и частноправовыхъ отношеніяхъ. Дѣйствительно, по отношенію къ государству нѣтъ и не можетъ быть правовой санкціи, но въ ней нѣтъ и надобности, такъ какъ государство, какъ таковое, какъ юридическое лицо, не можетъ нарушать юридическихъ нормъ. Послѣднія въ дѣйствительности нарушаются отдѣльными органами государственной власти, по отношенію къ которымъ правовая санкція существуетъ и дѣйствуетъ. Правда, вѣ санкціи находятся верховные органы государственной власти, но въ этомъ отношеніи положеніе ихъ одинаково какъ въ публичномъ, такъ и въ частномъ правѣ. Точно также и привилегіей предварительнаго исполненія государство пользуется одинаково какъ въ публичномъ правѣ (нпр., при взысканіи недоимокъ по уплатѣ податей), такъ и въ частномъ (нпр., при взысканіи неустойки по казенному подряду).

IV. Своеобразное ученіе о дѣленіи права на публичное и частное развиваетъ Л. I. Петражицкій, отправляясь отъ различія двухъ видовъ мотиваціи, къ которымъ прибѣгаютъ юридическія

нормы, и соответствующих имъ двухъ системъ „правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ“.

Цѣли общежитія достигаются, учитъ Л. І. Петражицкій, помощью двоякаго рода системы „правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ“: 1) децентрализованной съ самостоятельной мотиваціей, и 2) централизованной, организованной, или, если угодно, социалистической. Это значить, что при первой системѣ нѣтъ централизованнаго властнаго управленія человѣческимъ поведеніемъ, дѣятельность обусловливается свободной инициативой индивидовъ, и собственная выгода послѣднихъ признается и оказывается достаточнымъ мотивомъ для побужденія ихъ къ дѣятельности и достаточнымъ обезпеченіемъ противъ вреднаго и гибельнаго недѣланія; при второй системѣ дѣятельность подчинена единому централизованному направленію и управленію со стороны власти; побужденіемъ къ этого рода дѣятельности является принудительное требованіе, предъявляемое индивиду властью. Такъ, нпр., имущественный оборотъ организованъ по первой системѣ, а военная оборона страны — по второй.

Двѣ указанныхъ системы „правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ“ лежатъ въ основѣ двухъ правовыхъ системъ: 1) лично-свободнаго права, и 2) права социальнаго служенія, противоположеніемъ которыхъ Л. І. Петражицкій замѣняетъ историческое дѣленіе права на частное и публичное.

Право социальнаго служенія обнимаетъ всѣ социальныя организаци, какъ общую, — государственную, такъ и всякаго рода спеціальныя организаци, къ каковымъ Л. І. Петражицкій относитъ и семью, и домоводство (отношеніе къ домашнимъ слугамъ, гувернанткамъ и т. п.). Лично-свободное право, иначе право свободное отъ социальнаго служенія, или право социальной децентрализации, подраздѣляется на два вида: 1) право между самостоятельными социальными группами, нпр., — современное международное, или точнѣе, междугосударственное право; 2) соответственное право внутри социальныхъ группъ, — внутреннее, или междуиндивидуальное право; оно можетъ быть внутригосударственное, внутривидовое и т. п.

Исходное положеніе Л. І. Петражицкаго о различіи двухъ системъ „правно-психологическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ“ несомнѣнно подмѣчаетъ вѣрный фактъ, къ которому можетъ быть приурочено дѣленіе права на публичное

и частное. Дѣйствительно, публичное право служить цѣлямъ властно организованнаго, централизованнаго, въ извѣстномъ смыслѣ коллективистическаго управленія человѣческимъ поведеніемъ; напротивъ того, частное право рассчитано на свободную дѣятельность индивидовъ по ихъ собственному почину; этимъ объясняется прецедентивный характеръ публичноправовыхъ нормъ и весьма значительное, за немногими изъятіями, преобладаніе въ частномъ правѣ нормъ диспозитивныхъ. Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что при установленіи дѣленія права на частное и публичное свобода самоопредѣленія къ дѣятельности и централизованное управленіе послѣдней мыслятся по отношенію и примѣнительно не ко всякой соціальной организаціи, общей и спеціальной, а только общей, каковою является государство. Это обстоятельство упущено изъ виду Л. І. Петражицкимъ, вслѣдствіе чего у него въ области публичнаго права очутилось и семейственное право, и несуществующее въ качествѣ особаго юридическаго института право домоводства. Государство устанавливаетъ путемъ прецедентивной нормы только форму единобрачной семьи, самое же заключеніе брака и основаніе семьи, а также управленіе ею представляются личной инициативѣ и личному самоопредѣленію по системѣ децентрализаціи, выражаясь терминами Л. І. Петражицкаго. Вотъ почему семейственное право относится къ частному праву, хотя и было время когда оно носило публичный характеръ. Чта касается права домоводства, то такое исчезло съ паденіемъ вотчиннаго права и права крѣпостного съ ихъ переживаніями. Тѣ услуги, которыя требуются для домоводства, не выдѣляются современнымъ правомъ изъ общаго объема услугъ, могущихъ быть объектомъ личнаго найма по договору, въ какой либо особый институтъ и регламентируются частнымъ правомъ.

Вслѣдствіе расширенія понятія публичности, приуроченной въ положительномъ правѣ къ государству, за предѣлы послѣдняго, схема Л. І. Петражицкаго не соотвѣтствуетъ исторически сложившемуся положенію дѣла. Л. І. Петражицкій знаетъ это и даже подчеркиваетъ, какъ особое логическое преимущество своей схемы. Слѣдованіе фактамъ, напротивъ того, вмѣняется Л. І. Петражицкимъ въ вину общепринятому дѣленію права на публичное и частное. „Главные пороки“ общепринятаго дѣленія, по отзыву Л. І. Петражицкаго, „состоятъ въ томъ, что междугосударственное право отнесено къ публичному праву вмѣстѣ съ правомъ государственной организаціи, и что право семейственной

организации (и опеки) отнесено къ частному праву. Этимъ постороннимъ придаткамъ слѣдуетъ помѣняться мѣстами“ (т. II, изд. 2-ое, с. 740). Не отрицая въ схемѣ Л. I. Петражицкаго логической стройности, мы не должны упускать изъ виду, что дѣленіе права на публичное и частное представляетъ собою не рациональное построение, а историческое образование. Отсюда слѣдуетъ, что оно требуетъ истолкованія примѣнительно къ сложившемуся положенію дѣла, а не исправленій во имя логической стройности.

§ 22. Дѣленіе права на публичное и частное по различію свойствъ элементовъ юридическаго отношенія.

Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, выпускъ III, глава IX и X; G. Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 2-ое изд., 1905 г.; Н. М. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, книга II, глава III; К. Д. Кавелинъ, Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы?, 1864 г.; A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd.; Andreas Voigt, Wirtschaft und Recht, 1911.

Неудачныя попытки объяснить дѣленіе права на публичное и частное со стороны различныхъ свойствъ объективной юридической нормы заставляютъ насъ обратиться къ разсмотрѣнію тѣхъ истолкованій названнаго дѣленія, которыя отправляются отъ различія свойствъ элементовъ юридическаго отношенія. Среди нихъ мы найдемъ правильное, думается намъ, рѣшеніе вопроса.

I. Существуетъ мнѣніе, высказанное въ новѣйшее время Г. Ф. Шершеневичемъ, согласно которому публичное и частное право отличаются другъ отъ друга различнымъ составомъ элементовъ юридическаго отношенія.

Составъ частнопрововыхъ отношеній — четырехчленный, — субъектъ, объектъ, обязанность и притязаніе. Что же касается права публичнаго, то обнимаемая имъ юридическія отношенія не знаютъ, по мнѣнію Шершеневича, притязанія и ограничены трехчленнымъ составомъ изъ субъекта, объекта и обязанности. Въ публичномъ правѣ нѣтъ никакихъ субъективныхъ правъ, и все сводится къ обязанностямъ агентовъ власти. Государство вообще не субъектъ права. Выступая въ качествѣ субъекта имущественныхъ отношеній въ частномъ правѣ, какъ казна, государство, по словамъ Шершеневича, притворяется, что оно субъектъ (III 544).

Утвержденіе Шершеневича о трехчленномъ составѣ публично-

правовыхъ отношеній безусловно не правильно и потому должно быть отвергнуто самымъ рѣшительнымъ образомъ. Юридическихъ обязанностей безъ соотвѣтствующихъ имъ притязаній вообще быть не можетъ, нѣтъ таковыхъ и въ публичномъ правѣ. Въ публичномъ правѣ не можетъ быть все сведено къ обязанностямъ агентовъ власти, такъ какъ, во первыхъ, существуютъ еще публичноправовыя обязанности гражданъ (забывать о чемъ болѣе чѣмъ странно), и, во вторыхъ, тѣмъ и другимъ обязанностямъ соотвѣтствуютъ опредѣленные притязанія. Притязанія эти принадлежатъ государству, какъ юридическому лицу, и, благодаря іерархической организациі государственнаго строя, предъявляются и осуществляются высшими органами по отношенію къ низшимъ. Только по отношенію къ верховнымъ органамъ нѣтъ высшаго органа, который могъ бы предъявить имъ требованіе исполнить обязанность по отношенію къ государству, вслѣдствіе чего юридическія обязанности верховныхъ органовъ предъ государствомъ лишены того понужденія къ исполненію, которое создается предъявленіемъ притязанія. Обязанности органовъ власти предъ государствомъ сопровождаются соотвѣтственными притязаніями ихъ къ подвластнымъ и въ свою очередь порождаютъ извѣстныя притязанія на сторонѣ послѣднихъ. Органы власти надѣлены притязаніемъ на закономѣрное повиновеніе подвластныхъ. Подвластные обязаны закономѣрнымъ повиновеніемъ по отношенію къ органамъ власти и въ свою очередь могутъ притязать на то, чтобы съ нихъ не требовали большаго, чѣмъ къ тому уполномочиваетъ агента власти возложенная на него закономъ обязанность.

Пояснимъ сказанное примѣромъ. Наступаетъ срокъ уплаты квартирнаго налога. Какія отношенія публичноправового характера это вызываетъ? По Шершеневичу, все сводится къ обязанности агента власти взыскать налогъ. Этимъ однако дѣло, само собою разумѣется, не исчерпывается. Агентъ власти несетъ указанную обязанность по отношенію къ государству, которое въ лицѣ высшихъ органовъ податнаго управленія предъявляетъ свое притязаніе къ низшимъ его органамъ. Исполнительный агентъ власти надѣленъ соотвѣтственнымъ публичноправовымъ притязаніемъ по отношенію къ гражданамъ, обложеннымъ по закону квартирнымъ налогомъ. Послѣдніе обязаны уплатить налогъ и въ тоже время надѣляются притязаніемъ къ органамъ власти на то, чтобы съ нихъ взыскивали налогъ въ тѣхъ размѣрахъ, въ тотъ срокъ и въ той формѣ, какіе установлены закономъ.

II. Не сомнѣваясь въ томъ, что притязанія точно такъ же входятъ въ составъ публичноправовыхъ отношеній, какъ и частнопровыхъ, Георгъ Йеллинекъ въ специальномъ трудѣ, посвященномъ установленію системы публичныхъ субъективныхъ правъ, усматриваетъ признакъ, по которому право дѣлится на публичное и частное, въ различномъ характерѣ притязаній въ томъ и въ другомъ.

Отправляясь отъ противоположенія понятій, выражаемыхъ глаголами dürfen (смѣть) и können (мочь), изъ которыхъ первое обозначаетъ моральную, а второе фактическую возможность волевого дѣйствія, Йеллинекъ полагаетъ, что къ указанному противоположенію сводится различіе частныхъ и публичныхъ субъективныхъ правъ. Частныя субъективныя права предоставляютъ лишь моральную возможность содѣяннаго, что фактически было возможно сдѣлать и безъ специального установленія юридической нормы, нпр., человекъ имѣетъ фактическую возможность вступить въ бракъ, отправлять за плату домашнія услуги въ пользу другого лица, покупать, продавать; гражданскіе законы о бракѣ и о договорахъ не создаютъ здѣсь фактической возможности, а лишь снабжаютъ ее возможностью моральной. Напротивъ того, субъективныя публичныя права предоставляютъ лицу не только моральную, но и самую фактическую возможность извѣстнаго поведенія; нпр., фактическая возможность обращенія къ суду за защитой или участія въ выборахъ въ парламентъ возникаетъ одновременно съ моральною возможностью только въ силу установленія послѣдней соотвѣтственною нормою публичнаго права.

Приведенное различіе основано на недоразумѣніи. Неразрывность фактической и моральной возможности поведенія такая же въ частномъ правѣ, какъ и въ публичномъ. При отсутствіи гражданского правопорядка опредѣленнаго типа нѣтъ ни моральной, ни фактической возможности совершенія того, что мы теперь понимаемъ подъ частнопровую сдѣлкой со всѣми ея послѣдствіями. При отсутствіи соотвѣтственныхъ юридическихъ нормъ нѣтъ ни брака, ни купли-продажи, ни найма, какъ нѣтъ и парламентскихъ выборовъ. Все дѣло лишь въ томъ, что гражданскій правопорядокъ настолько давно уже установленъ въ своихъ основахъ, что основанное на немъ поведеніе представляется чѣмъ то неотдѣлимимымъ отъ нашей личности, входящимъ въ составъ ея фактической мощи. Между тѣмъ организація публичноправового строя гораздо новѣе, и въ основанномъ на немъ поведеніи людей

легче видѣть какъ бы нѣкоторый моральный придатокъ къ природной мощи индивида. На самомъ дѣлѣ проводить подобное различіе было бы не основательно.

III. Н. М. Коркуновымъ сдѣлана была попытка объяснить дѣленіе права на публичное и частное различіемъ способовъ использованія объекта для удовлетворенія разграничиваемыхъ правомъ интересовъ въ той и другой области. Въ частномъ правѣ использованіе объекта съ указанною цѣлью достигается, учить Коркуновъ, путемъ подѣленія объекта въ частное обладаніе по частямъ (различіе моего и твоего); въ публичномъ правѣ тоже достигается путемъ приспособленія объекта къ общему пользованію. Примѣромъ можетъ служить противоположеніе частной и публичной дороги, частнаго и публичнаго сада.

Какъ правильно замѣтилъ Л. І. Петражицкій, идея заимствована Коркуновымъ изъ римскаго ученія о вещахъ, частныхъ и предназначенныхъ для общественнаго пользованія (*res privatae, res publico usui destinatae*). Указанное дѣленіе вещей распространено Коркуновымъ на всю область права. Правильно ли такое распространеніе? Полагаемъ, что нѣтъ, и именно потому, что указанное дѣленіе, рассчитанное на матеріальныя вещи (*res corporales*), непримѣнимо къ нематеріальнымъ объектамъ. Возьмемъ, нпр., право неприкосновенности жилища, избирательное право, или право на свободу вѣроисповѣданія, и спросимъ, что же, — объектъ этихъ правъ подѣленъ въ частное обладаніе или приспособленъ къ общему пользованію? Врядъ ли на этотъ вопросъ можетъ быть данъ отвѣтъ вразумительный.

IV. Въ видахъ приданія разсматриваемому дѣленію права логической стройности издавна уже проявлялось стремленіе ограничить область частнаго права имущественными отношеніями, для чего приходилось исключить изъ нея семейственное право, по крайней мѣрѣ, ту его часть, которая регулируетъ личныя отношенія между членами семейственнаго союза. Такого рода мысль высказывалась еще въ XVII вѣкѣ германскимъ юристомъ Паурмейстеромъ; онъ включалъ въ область частнаго права только тѣ отношенія, которыя представляютъ частную выгоду, поддающуюся денежной оцѣнкѣ¹⁾. Ту же мысль проводятъ въ половинѣ прошлаго столѣтія Бекингъ, Кавелинъ и въ наше время Зомъ.

1) Paumeister, De iurisdictione, ed. II, 1616, lib. I, cap. XIII, num. 3, p. 161—162: *Civilis iurisdictione, quae ad commodum privatum vel causas pecuniarias pertinet . . .*

Кавелинъ указываетъ, что въ принятомъ составѣ частнаго права нѣтъ внутренняго единства: личныя семейственныя отношенія и отношенія имущественныя не имѣютъ между собою ничего общаго и по существу разнородны. Составъ частнаго права образовался случайно въ процессѣ рецепціи римскаго права. Изъ *Corpus iuris civilis* западно-европейскіе народы заимствовали только то, что было примѣнимо къ условіямъ ихъ жизни. Примѣнмыми оказались только нормы, регулируюція семейственныя и имущественныя отношенія частныхъ лицъ. Ихъ восприняли и въ силу единства источника заимствованія образовали изъ нихъ механически единую систему частнаго права. На самомъ дѣлѣ личныя отношенія членовъ семейственнаго союза опредѣляютъ состояніе лица и поэтому должны быть отнесены къ публичному праву, которое вообще опредѣляетъ состояніе лицъ, т. е. положеніе ихъ въ общественномъ союзѣ, особымъ видомъ котораго является союзъ семейственный. Въ области частнаго права должны быть оставлены только семейственно-имущественныя отношенія. Сверхъ того въ область частнаго права слѣдуетъ перенести тѣ публичноправовыя отношенія, которыя имѣютъ имущественный характеръ. Таковы, по мнѣнію Кавелина, отношенія между государствомъ и подданными по взиманію и уплатѣ податей, а также отношенія между государствомъ и чиновниками по выдачѣ имъ жалованья.

Приведенная схема страдаетъ недостаткомъ, который уже отмѣчался нами выше, именно, — она не даетъ удовлетворительнаго объясненія исторически сложившемуся дѣленію и вмѣсто этого исправляетъ послѣднее, стремясь придать ему большую логическую стройность и выдержанность. Вслѣдствіе измѣненія самой задачи, которую слѣдуетъ ставить себѣ по данному вопросу, указанная теорія должна быть отвергнута. Исторически сложившійся составъ частнаго права объясняется вовсе не объемомъ заимствованій изъ *Corpus iuris civilis*, а тѣмъ взаимоотношеніемъ, которое установилось въ правовой жизни между государственной властью и личностью, о чемъ намъ придется говорить ниже.

V. Въ послѣдней четверти XIX столѣтія Тонъ обратилъ вниманіе на судебную защиту юридическихъ отношеній и въ различіи способовъ этой защиты усмотрѣлъ основаніе для дѣленія права на публичное и частное. Публичныя права подлежатъ защитѣ по инициативѣ органовъ власти, частныя — по инициативѣ заинтересованныхъ частныхъ лицъ. Въ русской литературѣ

проводилъ это ученіе Муромцевъ. Ученіе это не соотвѣтствуетъ фактамъ. Вѣрно въ немъ лишь то, что частныя права защищаются по инициативѣ частныхъ лицъ. Но утвержденіе, будто всѣ публичныя права защищаются по инициативѣ органовъ власти, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Субъективныя публичныя права гражданъ на участіе во власти (нпр. избирательное право) или на свободу отъ воздѣйствія власти (нпр. свобода передвиженія, свобода вѣроисповѣданія) защищаются по инициативѣ частныхъ заинтересованныхъ лицъ и притомъ обычно противъ органовъ власти.

VI. Переходимъ, наконецъ, къ тѣмъ ученіямъ, которыя приурочиваютъ дѣленіе права на публичное и частное къ различію свойствъ субъектовъ юридическихъ отношеній въ той и въ другой области. Мы поставили названныя ученія на послѣднее мѣсто, такъ какъ среди нихъ намъ удастся найти указаніе для правильнаго, думается намъ, рѣшенія занимающаго насъ вопроса.

Наиболѣе точно формулированнымъ выраженіемъ ученій этого типа можетъ служить опредѣленіе Бирлинга, согласно которому публичное право обнимаетъ юридическія отношенія между подданными соотвѣтственному праву и цѣлымъ (государствомъ), мыслимымъ какъ нѣчто единое, а частное право — юридическія отношенія этихъ подданныхъ, отдѣльныхъ членовъ подлежащаго правового союза, между собою.

Это опредѣленіе отмѣчаетъ существенный признакъ всякаго публичнаго правоотношенія, именно, наличность на одной сторонѣ его государства. Но при этомъ опредѣленіе Бирлинга упускаетъ изъ виду то обстоятельство, что существуютъ и частнопрововыя отношенія, однимъ изъ субъектовъ которыхъ выступаетъ государство, какъ казна, т. е. носитель имущественныхъ интересовъ. Этотъ пробѣлъ необходимо восполнить. вмѣстѣ съ тѣмъ надлежитъ точно оговорить, что въ качествѣ субъекта публичноправовыхъ отношеній государство выступаетъ всегда въ качествѣ носителя принудительной власти. Сдѣлавъ необходимыя дополненія, мы можемъ различать публичное и частное право по слѣдующему признаку: публичными признаются всѣ тѣ юридическія отношенія, однимъ изъ субъектовъ которыхъ является государство (черезъ своихъ органовъ) со специфическимъ своимъ характеромъ носителя принудительной власти; частными признаются тѣ отношенія, въ которыхъ государство отсутствуетъ въ качествѣ субъекта, или же выступаетъ на одной сторонѣ отношенія, но лишь какъ носитель имущественныхъ интересовъ (фискъ, казна).

§ 23. Ближайшій составъ частнаго и публичнаго права и общая характеристика ихъ взаимоотношенія.

O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I Bd., 1895; F. Fleiner, Ueber die Umbildung der civilrechtlichen Institute durch das öffentliche Recht, 1906; K. Hirsch, Grenzfragen des öffentlichen und privaten Rechts, 1907; В. Н. Лешковъ, Русскій народъ и государство. Исторія русскаго общественнаго права до XVIII вѣка, 1858; Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, выпускъ III; Fr. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, III. Bd., 1906, § 23; Н. Н. Голубевъ, Значеніе теоріи общественнаго права для науки административнаго права, Юридическія Записки, кн. XXI, 1914.

Въ составъ частнаго права входятъ отношенія семейственныя и имущественныя. Семейственное право опредѣляетъ какъ личныя, такъ и имущественныя отношенія между членами семейственнаго союза (супругами, родителями и дѣтьми). Имущественныя отношенія распадаются на вещныя, обязательственныя и наслѣдственныя. Вещное право опредѣляетъ юридическій порядокъ обладанія вещами, обязательственное право — обязательства, возникающія по закону, договору или вслѣдствіе нарушенія права, наслѣдственное право — судьбу имущества послѣ смерти собственника.

Частное право (*ius privatum*, Privatrecht, *droit privé*) называется также гражданскимъ (*ius civile*, *Civilrecht* v. *Bürgerliches Recht*, *droit civil*). Подъ гражданскимъ правомъ римляне понимали все свое положительное право. Въ процессѣ рецепціи римскаго права терминъ этотъ былъ истолкованъ въ болѣе узкомъ смыслѣ и приуроченъ къ праву частному, въ виду того, что послѣднее составило главный предметъ заимствованія изъ *Corpus iuris civilis*.

Въ области частнаго права выдѣлилось въ особую разновидность торговое право, которое обнимаетъ собою частноправовыя имущественныя отношенія въ ихъ специальномъ приложеніи къ торговлѣ. Основаніемъ для историческаго обособленія торговаго права послужили, съ одной стороны, сословная обособленность торговаго класса въ прежнее время, съ другой стороны, профессиональныя особенности торговаго оборота. Такимъ образомъ частное право подраздѣляется на гражданское и торговое.

Публичное право подраздѣляется на нѣсколько отраслей: 1) государственное право опредѣляетъ организацію государственной власти и отношеніе между властью и гражданами; 2) адми-

нистративное право — предметы, задачи и формы управления; 3) финансовое право — государственные доходы и расходы; 4) уголовное право — преступления и налагаемые за них наказания; 5) судебное право — судоустройство и судопроизводство съ подраздѣленіемъ ихъ на гражданское, торговое и уголовное.

Международное право опредѣляетъ, съ одной стороны, взаимныя отношенія между государствами, съ другой, — положеніе отдѣльныхъ лицъ въ международномъ оборотѣ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ оно дѣлится на публичное и частное.

Церковное право въ современномъ его пониманіи обнимаетъ собою какъ юридическія нормы, установленныя церковью, (каноны, откуда названіе каноническаго права), такъ и юридическія нормы, которыми государственная власть опредѣляетъ положеніе церкви въ государствѣ. Нормы второго рода относятся къ публичному праву. Что же касается права каноническаго, то оно подраздѣляется на публичное и частное, причемъ опредѣляющимъ это дѣленіе признакомъ является наличность въ юридическомъ отношеніи церковной власти въ качествѣ одного изъ субъектовъ. Такого рода параллелизмъ каноническаго права праву, признанному государствомъ, объясняется своеобразными историческими условіями развитія церкви, какъ особой общественной организаціи.

Дѣленіе права на публичное и частное отнюдь не имѣетъ постояннаго характера на всемъ протяженіи исторіи. Напротивъ того, раздѣльная грань между этими двумя областями права подвижна. Она передвигалась и передвигается то въ ту, то въ другую сторону въ зависимости отъ мѣняющагося положенія начала личности и начала власти въ человѣческомъ общежитіи. Въ теченіе долгаго историческаго времени правовое положеніе личности опредѣлялось исключительно служеніемъ ея власти; выдѣленіе известной сферы свободы личности отъ прямого воздѣйствія власти и установленіе системы юридическихъ отношеній, въ которыя власть не вступала бы со своимъ подавляющимъ личность авторитетомъ, явилось результатомъ длительнаго историческаго процесса. Это съ одной стороны. Съ другой стороны, самая власть являлась юридически личнымъ достояніемъ ея обладателей и только путемъ послѣдовательнаго и долгаго историческаго процесса приняла форму обобществленія, соотвѣтствующую объективной задачѣ ея въ общежитіи. Указанный процессъ выясняется полностью при специальномъ изученіи исторіи права и государ-

ства. Въ общемъ ученіи о правѣ мы органичимся частичной его иллюстраціей.

Обращаясь къ современной системѣ частнаго права, слагающейся изъ семейственныхъ и имущественныхъ отношеній, мы должны указать, что далеко не всегда они были свободны отъ прямого участія государственной власти, но, напротивъ того, отмѣчались въ большей или меньшей степени публичнымъ характеромъ. Заключение брака не было представлено свободному самоопредѣленію личности и находилось подъ прямымъ воздѣйствіемъ и контролемъ власти. Объ этомъ краснорѣчиво свидѣтельствуютъ какъ то обстоятельство, что свобода устройства брачной судьбы дѣтей включалась въ число дворянскихъ вольностей (нпр. по шляхетскимъ привилегіямъ въ Польшѣ), такъ и сохранявшіяся долго брачныя пошлины (нпр., въ Московскомъ государствѣ). Требуемое и теперь для вступленія въ бракъ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, разрѣшеніе начальства представляетъ собою пережитокъ публичной квалификаціи частнаго права. Въ теченіе всего времени, покуда землевладѣніе было связано съ ратной службой государству, оно носило публичный характеръ: во всѣ юридическія отношенія, вытекавшія изъ поземельнаго оборота, вступало государство со своей принудительной властью.

Если теперь отъ частнаго права обратимся къ публичному, то увидимъ, что многія его установленія носили раньше съ современной точки зрѣнія частноправовой характеръ. Власть надъ населеніемъ была неразрывно связана съ привилегированнымъ землевладѣніемъ, разсматривалась какъ функція послѣдняго. Такую власть называютъ патримоніальной, или вотчинной. Вотчинный характеръ носила не только власть отдѣльныхъ вотчинниковъ надъ населеніемъ ихъ земель, но и власть государей надъ всѣмъ государствомъ, которое разсматривалось какъ вотчина государева. Управление и судъ являлись тогда не болѣе, какъ проявленіемъ вотчиннаго хозяйства. Съ теченіемъ времени власть прониклась идеей общественнаго служенія и стала приобрѣтать такимъ образомъ общественный, публичный характеръ. Все же различныя вотчинныя переживанія власти сохранялись. Только съ допущеніемъ народа къ участію во власти, съ установленіемъ народнаго представительства, произошло то обобществленіе власти, которое закрѣпило за ней окончательный публичный характеръ.

Въ новѣйшее время замѣчается новое проникновеніе публичныхъ началъ въ частное право. Родительская власть утра-

чиваетъ характеръ частнаго права и начинаетъ разсматриваться какъ делегация извѣстныхъ полномочій со стороны государства: такъ, нпр., при всеобщемъ обязательномъ обученіи родители обязаны предъ государствомъ посылать дѣтей въ школу. Договоръ найма фабричныхъ рабочихъ подчиненъ цѣлому ряду непреложныхъ требованій со стороны государства, что придаетъ этому договору извѣстнаго рода публичную квалификацію.

На основаніи приведенныхъ фактовъ нѣкоторые ученые находятъ возможнымъ говорить о томъ, что граница между публичнымъ и частнымъ правомъ все болѣе и болѣе сглаживается, и, быть можетъ, осуждена на полное уничтоженіе. Съ этимъ врядъ ли можно согласиться. Грань, раздѣляющая публичное и частное право, теперь, какъ и раньше, передвигается сообразно мѣняющемуся взаимоотношенію государства и личности, ищущихъ наиболѣе устойчиваго взаимнаго равновѣсія. Такое передвиженіе не можетъ быть однако характеризуемо какъ стремленіе къ уничтоженію раздѣльной грани: индивидъ и государство, начало личное и начало общее являются неизмѣнными полюсами, къ которымъ тяготѣетъ общежитіе. Они могутъ перемѣщаться, но никогда не покрываютъ другъ друга.

Въ заключеніе настоящей главы мы должны указать, что кромѣ общепринятаго дѣленія права на публичное и частное дѣлались и дѣлаются попытки тройственнаго дѣленія права на публичное, частное и общественное. Подъ общественнымъ правомъ разумѣютъ въ такомъ случаѣ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ положеніе общественныхъ союзовъ внутри государства, какъ-то, — территориальныхъ общинъ (земскихъ и городскихъ), религіозныхъ общинъ и всякаго рода экономическихъ и культурныхъ союзовъ. На необходимости выдѣленія особой отрасли общественнаго права настаивалъ въ половинѣ XIX ст. нѣмецкій ученый Робертъ Моль; въ русской литературѣ проводилъ ту же мысль Лешковъ. Общественные союзы, о которыхъ идетъ рѣчь, имѣли самостоятельное значеніе только въ періодъ историческаго образованія новаго централизованнаго государства, когда послѣднее конкурировало съ ними. Когда періодъ образованія закончился, государство сосредоточило въ своихъ рукахъ всю власть, и всѣ остальные общественные союзы, хотя бы и болѣе древніе по своему происхожденію, чѣмъ самое государство, получили сохраненную за ними власть, какъ делегацию со стороны государства. При такомъ положеніи дѣла нѣтъ достаточнаго

основанія выдѣлять всѣ эти подчиненные союзы изъ области публичнаго права въ самостоятельную область, такъ какъ самостоятельное юридическое основаніе дѣйствія ими утрачено.

Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ О. Гирке, который дѣлитъ все право на частное (индивидуальное) и общественное (соціальное) и рассматриваемъ публичное право какъ часть права соціальнаго. Верховенство государства надъ всѣми общественными союзами не допускаетъ подобнаго подчиненія публичнаго права общественному, но, напротивъ того, требуетъ, чтобы нормы, регламентирующія положеніе общественныхъ союзовъ, были отнесены къ публичному праву.

Глава VII. Примѣненіе права.

§ 24. Интеллектуальный процессъ осуществленія права и значеніе профессиональных юристовъ.

А. Стояновъ, Методы разработки положительнаго права и общественное значеніе юристовъ отъ глоссаторовъ до конца XVIII столѣтія, 1862 г.; Н. А. Гредескулъ, Къ ученію объ осуществленіи права. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права, 1900 г.

Юридическія нормы регулируютъ поведеніе людей и, слѣдовательно, осуществляются въ человѣческихъ поступкахъ. Такая задача права достигается благодаря тому, что юридическая норма становится однимъ изъ мотивовъ, опредѣляющихъ личность къ дѣйствію, и притомъ господствующимъ надъ остальными. Для того чтобы такое мотивационное дѣйствіе проявилось въ надлежащемъ видѣ, необходимо, чтобы юридическая норма была усвоена какъ интеллектуальнымъ, такъ и моральнымъ сознаніемъ подлежащаго лица. Человѣкъ долженъ воспринять разумомъ логическое содержаніе нормы и опредѣлить свою волю къ дѣйствію въ соотвѣтствіи съ той обязанностью, которая на него налагается, или тѣмъ притязаніемъ, которое ему предоставляется. Такимъ образомъ мы видимъ, что процессъ осуществленія права слгаается, съ одной стороны, изъ усилій разума, направленныхъ на усвоеніе логическаго содержанія нормы, съ другой, — изъ усилій воли, направляющихъ поведеніе въ соотвѣтствіи съ этимъ содержаніемъ. Первую сторону можемъ назвать интеллектуальнымъ, или логи-

ческимъ процессомъ осуществленія права, вторую — моральнымъ процессомъ. Право осуществляется въ отдѣльныхъ конкретныхъ актахъ поведенія; поэтому и логическое содержаніе нормы усваивается для ея осуществленія примѣнительно къ данному конкретному случаю; на этомъ основаніи можно назвать логическій процессъ осуществленія права его примѣненіемъ. Завершается процессъ перехода юридической нормы въ жизнь усиленіемъ воли; поэтому волевой, или моральный процессъ этого перехода и будетъ въ собственномъ смыслѣ осуществленіемъ права. Предметъ настоящей главы составитъ примѣненіе права.

Для того, чтобы примѣнять право въ конкретныхъ случаяхъ, необходимо прежде всего знать наличныя юридическія нормы. На раннихъ ступеняхъ развитія при несложности положительнаго правового матеріала, соотвѣтствовавшаго простотѣ жизненныхъ условий, значеніе дѣйствующаго права, по тому времени исключительно или преимущественно обычнаго, было, можно сказать, разлито почти равномѣрно по всему обществу. Оно пріобрѣталось вмѣстѣ съ житейскимъ опытомъ, и извѣстное преимущество въ знаніи права, какъ и въ другихъ областяхъ житейскаго знанія и практическаго умѣнія, давалъ лишь возрастъ. Люди старые были лучшими знатоками, хранителями, а потому и вѣщателями права, которые вѣвѣ суда и на судѣ разрѣшали сомнѣнія относительно логическаго содержанія дѣйствующихъ юридическихъ нормъ.

По мѣрѣ осложняющаго жизнь роста общественныхъ отношеній, а также по мѣрѣ расширенія законодательства и постепеннаго возобладанія закона надъ другими видами положительнаго права, нѣкогда непосредственное и равномѣрное во всѣхъ общественныхъ слояхъ знаніе права ослабѣвало, утрачивалось и наконецъ исчезло.

Тоже произошло и съ умѣніемъ пріискать для каждого даннаго конкретнаго случая соотвѣтственную норму и вывести изъ нея соотвѣтственное рѣшеніе представившагося казуса. Чѣмъ жизнь дѣлалась сложнѣе, тѣмъ это умѣніе становилось все болѣе и болѣе затруднительнымъ.

Не смотря на фактическую утрату обществомъ освѣдомленности въ наличныхъ юридическихъ нормахъ и умѣнія примѣнять ихъ, право по прежнему обращало и обращаетъ свои нормы ко всѣмъ и къ каждому, требуя ихъ исполненія, а слѣдовательно и необходимыхъ для того знанія и умѣнія. Настаиваетъ на этомъ

требованіи современное право, когда, не взирая на обиліе и сложность законовъ, провозглашаетъ въ видѣ общаго правила, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона. У всѣхъ предполагается знаніе положительнаго права и умѣніе прилагать его нормы къ отдѣльнымъ случаямъ. Само собою разумѣется, что на самомъ дѣлѣ нѣтъ ни такого знанія, ни такого умѣнія. Тѣмъ не менѣе право не можетъ отказаться отъ выставленнаго принципа, такъ какъ, еслибы оно стало на противоположную точку зрѣнія, то это повело бы къ злоупотребленіямъ и распатало бы правовой порядокъ, ибо невозможно точно доказать, кто и въ какой мѣрѣ знаетъ предписанія положительнаго права или же дѣйствительно не знаетъ ихъ. Основные правила юридически должнаго и запрещеннаго, дозволеннаго и недозволеннаго внушаются воспитаніемъ. Знаніе болѣе подробныхъ правилъ, опредѣляющихъ обычную профессиональную дѣятельность лица, приобретается вмѣстѣ съ профессиональной выучкой и житейскимъ опытомъ. Во всякой же необычной обстановкѣ всякій обязанъ справиться съ соответственнымъ закономъ и, когда встрѣтится съ затрудненіемъ и недоразумѣніемъ, вынужденъ обратиться за помощью и разъясненіемъ къ лицамъ, обладающимъ специальными познаніями въ правѣ.

Мы незамѣтно подошли къ тому средству, которое призвано устранять дурныя послѣдствія несомнѣннаго фактическаго отчужденія между обществомъ и положительнымъ правомъ. Такимъ средствомъ является образованіе особаго класса профессиональныхъ юристовъ, призваннаго къ жизни сложностью правового матеріала, трудностью его примѣненія и общимъ закономъ раздѣленія труда.

Незнаніе или недостаточное знаніе права, а также неумѣніе или недостаточное умѣніе примѣнять его могутъ быть еще терпимы, покуда стороны все же находятъ какой либо способъ соглашения, путемъ котораго мирно распредѣляютъ взаимныя притязанія и обязанности. Но разъ недоразумѣніе, недоумѣніе и неумѣніе вызываютъ споръ, послѣдній долженъ быть устраненъ помощью исчерпывающаго знанія и совершеннаго умѣнія. Правовые споры разрѣшаются судомъ. Судъ является такимъ учрежденіемъ, которое должно знать право и умѣть примѣнять его. Вотъ почему судъ повсюду былъ той средой, въ которой слагался классъ профессиональныхъ юристовъ. Въ судебной практикѣ накоплялось повсюду знаніе положительнаго права, а также умѣніе примѣ-

нять его, вырабатывались приемы и методы этого умения, слагалось правоведение, служащее целям применения положительного права, или т. н. догматическая юриспруденция.

Какъ ни понятна по своему происхожденію неизбежность выдѣленія профессиональнаго класса юристовъ, тѣмъ не менѣе противъ него раздавались нерѣдко протесты и высказывалось прямое осужденіе. Протесты и осужденія эти бывали двоякаго рода: въ однихъ случаяхъ они направлялись не только и не столько противъ юристовъ, какъ и сколько противъ того положительнаго права, проведенію котораго въ жизнь служили юристы; въ другихъ случаяхъ осужденію подвергалась самая догматическая юриспруденція, какъ дисциплина, служащая приѣненію права. Нападки перваго рода обрушивались на юристовъ въ эпохи крупныхъ общественныхъ переломовъ, когда приверженцы стараго уклада жизни, протестуя противъ новаго права, нападали на лицъ его примѣнявшихъ. Такъ, въ XIV—XVI вѣкахъ въ эпоху борьбы королей съ супрематіей церкви и съ феодализмомъ въ процессѣ постепеннаго образованія новаго централизованнаго государства дѣятельность свѣтскихъ юристовъ (легистовъ) вызывала рѣзкое осужденіе со стороны церкви и феодаловъ. Такого рода нападки, являющіеся отраженіемъ соціальной и политической борьбы, не имѣютъ существеннаго значенія для занимающаго насъ сейчасъ вопроса объ участіи профессиональныхъ юристовъ въ дѣлѣ примѣненія права. За то для насъ важно остановиться на нападкахъ втораго рода, исходившихъ изъ принципиальнаго отрицанія необходимости такого участія вообще.

Принципиальное отрицаніе участія профессиональныхъ юристовъ въ дѣлѣ примѣненія права проявилось въ XVIII столѣтіи въ эпоху господства естественнаго права и просвѣщеннаго абсолютизма. На очередь поставлено было тогда новое законодательство, основанное непосредственно на началахъ разума. Вращаясь въ сферѣ отвлеченнаго прямолинейнаго разсужденія, не учитывая многообразія, сложности и, такъ сказать, извилистости отношеній конкретной общественной жизни, въ то время глубоко были убѣждены въ томъ, что построенные на рациональныхъ началахъ законы доступны пониманію всякаго, и что примѣненіе ихъ не требуетъ никакого особаго умения, являясь формально логическимъ дедуцированіемъ изъ большой посылки, представляемой закономъ, къ малой посылкѣ частнаго случая жизни. Поэтому принципиально отрицали посредничество юристовъ между зако-

номъ и жизнью, считая его ненужнымъ и вреднымъ. Для примѣненія законовъ достаточно одного лишь здраваго смысла. Специальные приемы юриспруденціи совершенно излишни. Такъ рассуждали и теоретики, и практическіе законодатели. Въ роли послѣднихъ выступали представители просвѣщеннаго абсолютизма, которые склонны были видѣть въ посредничествѣ юристовъ не только ослабленіе силы разума, заключеннаго въ законѣ, но и посягательство на абсолютную власть, опирающуюся на просвѣщеніе и разумъ. Конечно и въ этомъ гоненіи на юриспруденцію была извѣстная доля социальна-политическаго антагонизма, — опасеніе встрѣтить въ юристахъ приверженность къ старому праву, которая можетъ исказить новое законодательство въ его примѣненіи. Однако на ряду съ этимъ и даже въ большей степени выступало теоретическое отрицаніе необходимаго участія юристовъ въ примѣненіи права. Отрицаніе этого рода было основано на ошибкѣ, свойственной черезчуръ прямолинейному рационализму. Ошибка состояла въ игнорированіи эмпирическаго многообразія реальной жизни и въ самомнѣніи законодателя, претендовавшаго на математическую точность формулировки юридическихъ нормъ. Жизнь показала, что законодательство вѣка просвѣщенія требовало не менѣе сложнаго процесса примѣненія, чѣмъ старое право. Соображенія о томъ, что для этого процесса не нужно никакой юриспруденціи, а достаточно лишь одного здраваго смысла, повторяются иногда и въ наше время. Но юриспруденція никогда вѣдь и не возставала противъ здраваго мысла, ибо она сама, подобно всякому специальному знанію и умѣнію, представляетъ собою, по справедливому замѣчанію Геринга, ничто иное, какъ приложеніе здраваго смысла къ ея специальной области.

Походъ противъ профессиональныхъ юристовъ объявлялся также подъ влияніемъ опасенія, какъ бы ученые правовѣды не исказили народнаго духа отечественнаго права привнесеніемъ въ него въ процессѣ примѣненія инородныхъ правовыхъ идей. Въ средніе вѣка такое опасеніе испытывали вѣщатели и хранители національнаго нѣмецкаго права. Записи послѣдняго (напримѣръ, Саксонское Зерцало) тщательно оберегались отъ влияния ученыхъ легистовъ, которые путемъ толкованія могли провести въ нѣмецкое право начала права римскаго. Аналогичныя опасенія высказывалъ во второй половинѣ XIX столѣтія авторъ гражданскаго уложенія (Законника) Черногоріи — В. В. Богишичъ. Онъ боялся, что профессиональные юристы исказятъ славянское право чуждыми

ему и вредными для него началами права римскаго и германскаго, на которыхъ выросло научное правовѣдѣніе. Чтобы не подпускать ученыхъ юристовъ къ Законнику, В. В. Богишичъ снабдилъ послѣдній особымъ наставленіемъ касательно его примѣненія, наставленіемъ, понятнымъ, по мнѣнію автора, всѣмъ и каждому и потому исключаящимъ необходимость обращенія къ профессиональнымъ юристамъ.

Само собою разумѣется, что подобныя опасенія тенденціозны и не основательны. Процессъ примѣненія права опредѣляется реальными потребностями жизни, а не мнимыми школьными предразсудками ученыхъ правовѣдцовъ. Рецепція иноземнаго права происходитъ подъ вліяніемъ совокупности объективныхъ причинъ и не можетъ быть дѣломъ произвола или слѣдствіемъ рутины профессиональныхъ юристовъ.

§ 25. Искусство примѣненія права, или юридическая техника.

Л. I. Петражицкій, *Vona fides* въ гражданскомъ правѣ, 1897 г., Приложение I: Модные лозунги въ юриспруденціи; Е. Васьковскій, *Цивилистическая методологія*. Часть I. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901 г.; А. В. Завадскій, *Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ*, Ученыя Записки Казанскаго Университета, 1910 г. кн. 10, 1911 г. кн. 5, 8, 11, 1912 г. кн. 4; Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899; E. Jung, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, 1900; W. U r z e l, *Das juristische Denken*, 1904; L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907; F. Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1909; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV Band, 1911; D. N. Micoșcu, *Essai sur la technique juridique*, 1912; Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Bd. I, 2-oe изд. 1912 г.; G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2-oe изд. 1913 г.; E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, глава XV.

Искусство примѣненія права, или юридическая техника, является достояніемъ догматики права, или догматической юриспруденціи, задача которой, какъ намъ уже неоднократно приходилось говорить, заключается въ приспособленіи положительнаго права для цѣлей его практическаго примѣненія. Какъ методы научнаго изслѣдованія, такъ и приемы прикладнаго и творческаго искусства, постигаются наилучшимъ образомъ и полностью въ непосредственномъ ихъ приложеніи къ дѣлу, въ ихъ дѣйствіи

(en action, по выражению О. Конта). Поэтому и юридическая техника подлежит усвоению на самомъ матеріалѣ ея приложения, — въ различныхъ областяхъ догматической юриспруденціи. Въ общемъ ученіи о правѣ приходится ограничиваться перечисленіемъ основныхъ ея приемовъ и общей ихъ характеристикой.

Теоретическая разработка догматической юриспруденціи возникла и упрочилась только въ той стадіи исторіи права, когда законъ занялъ крупное, а затѣмъ и господствующее мѣсто среди видовъ положительнаго права. Развитие законодательства сопровождалось отчужденіемъ общественныхъ массъ отъ положительнаго права и такимъ образомъ содѣйствовало установленію класса профессиональныхъ юристовъ, ихъ практической и теоретической дѣятельности. Какъ бы то ни было, несомнѣннымъ является тотъ фактъ, что исторически сложившаяся догматическая юриспруденція выработала теорію юридической техники исключительно для примѣненія закона. Къ этому слѣдуетъ добавить, что въ соответствии съ судебнымъ происхожденіемъ догматической юриспруденціи выработанные ею приемы юридической техники рассчитаны въ конечномъ итогѣ на примѣненіе права судомъ. Оба указанныхъ обстоятельства отразились, какъ увидимъ ниже, на постановкѣ всѣхъ основныхъ вопросовъ примѣненія права.

I. Первой стадіей въ процессѣ примѣненія права является установленіе дѣйствующихъ правоположеній. Дѣятельность юристовъ въ этомъ отношеніи, будучи рассчитана на законодательство, направлена на писаное право (*ius scriptum*) и носятъ названіе критики по аналогіи съ т. н. дипломатической критикой историческихъ документовъ.

Критика закона различается низшая и высшая. Низшей критикой называется установленіе правильнаго текста закона. Подлиннымъ текстомъ закона является, очевидно, тотъ текстъ, который утвержденъ компетентнымъ органомъ государственной власти. Этотъ текстъ обычно воспроизводится въ специально предназначенномъ для обнародованія законовъ изданіи. У насъ въ Россіи такимъ официальнымъ изданіемъ является „Собраніе узаконеній и распоряженій правительства“. Всякое другое воспроизведеніе текста закона подлежитъ провѣркѣ его правильности путемъ сличенія съ текстомъ официального изданія. Конечно и въ официальномъ изданіи могутъ оказаться неправильности вслѣдствіе опечатокъ. Въ случаѣ обнаруженія послѣднихъ пришлось бы исправить ихъ путемъ сличенія съ подлиннымъ текстомъ, что

по условіямъ настоящаго времени обнаружено было бы и исправлено соотвѣтственными органами власти.

Законы дѣйствуютъ иногда въ теченіе весьма долгаго времени, такъ что въ иныхъ случаяхъ примѣняются законы весьма отдаленнаго происхожденія, восходящіе къ эпохѣ, когда не было еще установленнаго порядка официальнаго изданія законодательныхъ текстовъ. Тогда приходится устанавливать правильный текстъ старыхъ законовъ по подлинной рукописи, поскольку она сохранилась, или, если подлинной рукописи нѣтъ, по разнаго рода частнымъ ея изданіямъ въ печати, руководясь указаніями дипломатической и исторической критики. Такого рода вопросы возникаютъ въ нашей судебной практикѣ при примѣненіи разнаго рода пожалованій и привилегій, идущихъ отъ сеймового законодательства польско-литовской Рѣчи Посполитой.

Реципированные законы весьма часто не издаются официально въ реципировавшей ихъ странѣ, и тогда обязательнымъ оказывается тотъ ихъ текстъ, который почитается официальнымъ на ихъ родинѣ. Такъ, нпр., въ Царствѣ Польскомъ обязательнымъ является тотъ французскій текстъ II и III книгъ Гражданскаго Кодекса Наполеона, который признавался официальнымъ во Франціи въ моментъ рецепціи Кодекса въ Герцогствѣ Варшавскомъ.

Подъ высшей критикой разумѣется установленіе юридической подлинности закона, т. е. его юридической обязательности.

Законъ — это юридическая норма, установленная государственною властью. Для правотворенія учреждаются спеціальныя органы государственной власти, и опредѣляется особый формальный порядокъ ихъ дѣятельности. Въ видахъ обезпеченія законности въ условіяхъ непрестанно мѣняющихся жизненныхъ отношеній представляется различнымъ органамъ государственной власти устанавливать юридическія нормы съ различной степенью силы ихъ юридическаго дѣйствія. Обязательными въ качествѣ юридическихъ нормъ являются лишь тѣ правила, которыя установлены соотвѣтственнымъ органомъ государственной власти въ предѣлахъ его компетенціи и въ предписанномъ порядкѣ. Проверка всѣхъ указанныхъ моментовъ и составляетъ содержаніе высшей критики, направленной на установленіе юридической подлинности нормы. Задачи этой критики выяснятся для насъ ближайшимъ образомъ послѣ ознакомленія съ ученіемъ о разныхъ видахъ

закона и порядкѣ ихъ изданія. Ученіе это излагается ниже въ § 43-емъ.

Новые законы отмѣняютъ старыя по тому же вопросу, причемъ обыкновенно въ новомъ законѣ точно устанавливается, какія изъ существующихъ законоположеній онъ отмѣняетъ. Въ прежнее время такихъ указаній нерѣдко не дѣлали; возможно нѣчто подобное и въ настоящее время. Тогда приходится уже въ порядкѣ примѣненія выяснять вопросъ о томъ, дѣйствуетъ ли данный законъ или же отмѣненъ. Дѣятельность этого рода также относится къ высшей критикѣ, ибо она устанавливаетъ юридическую обязательность нормы.

Приемы низшей и высшей критики, выработанные примѣнительно къ законамъ, могутъ быть распространяемы и на нормы обычнаго права, судебной и государственной практики, а также права договорнаго. Наличие юридическаго обычая устанавливается путемъ опроса свѣдущихъ людей, изученія актовъ частныхъ сдѣлокъ и судебныхъ рѣшеній, въ которыхъ данный обычай уже примѣнялся, а также путемъ провѣрки тѣми же средствами правильности записи обычая въ существующихъ сборникахъ обычнаго права. Все это будетъ низшая критика. Къ высшей критикѣ нормъ обычнаго права слѣдуетъ отнести выясненіе дѣйствительности и обязательности ихъ въ согласіи съ существующими законами, опредѣляющими кругъ дѣйствія обычнаго права. Тексты судебныхъ рѣшеній, международныхъ договоровъ, а также частныхъ договоровъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они являются источниками права, подлежатъ низшей и высшей критикѣ на тѣхъ же основаніяхъ, что и тексты законовъ.

II. Второй стадіей въ процессѣ примѣненія права является толкованіе закона, т. е. выясненіе его содержанія.

Законъ, какъ и всякое сужденіе, представляетъ собою мысль, выраженную словами. Поэтому къ нему, какъ и ко всякому сужденію, примѣнимы два основныхъ способа толкованія: во-первыхъ, — разъясненіе словъ и установленіе связи между ними; во-вторыхъ, раскрытіе содержанія выраженной словами мысли. Первое есть толкованіе филологическое, второе — логическое.

Филологическое толкованіе распадается на лексическое, т. е. опредѣленіе значенія отдѣльныхъ словъ, и грамматическое, т. е. установленіе синтаксической связи между словами. Конечно здѣсь юристу приходится всецѣло опираться на данныя языковѣднн. Особая компетентность юриста проявляется при этомъ только

въ опредѣленіи значенія юридическихъ терминовъ, т. е. словъ, имѣющихъ въ юриспруденціи техническое значеніе. Если въ законѣ встрѣчаются слова, которыя имѣютъ строго опредѣленный смыслъ въ качествѣ юридическихъ терминовъ, то, хотябы эти слова въ житейскомъ обиходѣ имѣли и другой смыслъ (нпр., владѣніе, трата, грабежъ, представительство), юристъ обязанъ толковать ихъ въ своемъ спеціальному терминологическомъ смыслѣ, пока онъ не убѣдится, что законъ самъ иногда не придерживается терминологическаго смысла (нпр., въ нашихъ законахъ говорится о землевладѣльцахъ, когда рѣчь идетъ о собственникахъ земли). Филологическое толкованіе пріобрѣтаетъ особенно важное значеніе, когда дѣло касается примѣненія стараго закона, составленнаго по правиламъ словоупотребленія и склада рѣчи, уже вышедшимъ изъ обихода.

Логическое толкованіе покоится на общихъ правилахъ логики и здраваго смысла, примѣняемыхъ къ спеціальному содержанію юридическаго сужденія и его особымъ задачамъ. Это толкованіе называютъ поэтому научно-юридическимъ. Смыслъ и задача юридической нормы заключаются не въ объясненіи существующаго, а въ установленіи должнаго, въ направленіи поведенія людей къ извѣстной цѣли; поэтому логическое толкованіе юридической нормы называютъ также телеологическимъ (цѣлевымъ).

Задача толкованія состоитъ въ выясненіи разумной цѣли закона (*ratio legis*), къ которой направлена устанавливаемая имъ регламентация поведенія, и которая является разумнымъ основаніемъ, раскрывающимъ смыслъ опредѣляемыхъ въ законѣ обязанности и притязанія. Эта цѣль, а слѣдовательно и самый смыслъ закона могутъ быть раскрыты прежде всего путемъ тщательнаго анализа содержанія нормы, подлежащей примѣненію. Если однако этотъ простѣйшій путь окажется недостаточнымъ, въ такомъ случаѣ приходится привлекать вспомогательныя данныя и путемъ сочетанія ихъ съ подлежащей нормой выяснять смыслъ послѣдней. Такое толкованіе можно бы назвать синтетическимъ въ противоположность простѣйшему, — аналитическому. Обще-признаны два вида синтетическаго толкованія: систематическое толкованіе и историческое.

Смыслъ той или другой статьи закона, разъяснить которую не удается совсѣмъ или въ достаточной мѣрѣ путемъ анализа собственнаго ея содержанія, рассматриваемаго въ ея обособленіи, можетъ быть выясненъ путемъ обсужденія ея въ систематиче-

ской связи съ другими статьями. Возможно нѣсколько градацій систематическаго толкованія. Статья закона толкуется по мѣрѣ надобности, пока не будетъ установленъ ея ясный и несомнѣнный смыслъ, въ систематической связи съ отдѣломъ, главой, книгой законодательнаго сборника, отдѣльной областью права (гражданскаго, уголовнаго и т. д.), среди которыхъ она помѣщена и къ которымъ относится, наконецъ, въ связи съ основными принципами всего дѣйствующаго права, въ составъ котораго она входитъ. Сопоставленіе съ остальными статьями того же отдѣла, связаннаго единствомъ содержанія, выясняетъ намъ особенности того спеціального случая, который предусматриваетъ подлежащая истолкованію статья, и того особаго распоряженія, которое въ ней содержится. Общія положенія отдѣла, главы, книги и т. п., очевидно, обязательны и для отдѣльной частной статьи и устанавливаютъ предѣлы возможнаго ея смысла. Статьи закона, помѣщенные среди общихъ правилъ и среди изъятій, несомнѣнно, подлежатъ различному толкованію: первыя болѣе широкому, вторыя — болѣе узкому. Словомъ, трудно даже предусмотрѣть всѣ тѣ указанія, которыя даетъ для выясненія смысла нормы систематическое толкованіе. Они обнаруживаются, и умѣніе пользоваться ими усваивается только при непосредственномъ ихъ примѣненіи и при спеціальномъ изученіи догматической юриспруденціи. Оставляя поэтому въ сторонѣ подробности дѣла и даже пояснительные примѣры, обратимъ лишь вниманіе на общую основу и задачу систематическаго толкованія.

Все положительное право объединено единствомъ цѣли, которая заключается въ упорядоченіи и направленіи поведенія людей согласно извѣстному положительному критерию справедливости. Въ виду такого единства цѣли всѣ нормы дѣйствующаго права должны быть взаимно согласованы и не могутъ другъ другу противорѣчить. Указанное требованіе составляетъ общую основу и вмѣстѣ съ тѣмъ задачу систематическаго толкованія. Каждый новый законъ не только отмѣняетъ прежній законъ по тому же предмету, но вмѣстѣ съ тѣмъ долженъ войти въ систему дѣйствующаго права какъ его органическая часть и прійти съ нею въ согласіе. Это требованіе долженъ конечно имѣть въ виду и несомнѣнно имѣетъ его въ виду законодатель при самомъ составленіи закона. Однако столь же несомнѣнно, что законодатель не въ состояніи заранѣе предусмотрѣть всѣхъ случаевъ сопряженія новой нормы со старыми и всѣхъ возможныхъ при

этомъ недоразумѣній и столкновеній. Поэтому устраненіе послѣднихъ поневолѣ является весьма важной задачей примѣненія права. Этимъ непрестаннымъ прилаживаніемъ новыхъ юридическихъ нормъ къ старымъ и старыхъ къ новымъ и сведеніемъ всего дѣйствующаго права къ систематическому единству занимается догматическая юриспруденція.

Новые законы производятъ въ существующемъ правопорядкѣ либо частныя измѣненія, либо принципиальныя. Измѣненія перваго рода являются обычными, измѣненія втораго рода болѣе рѣдкими и знаменуютъ собою повороты въ развитіи права. Примѣромъ такихъ принципиальныхъ измѣненій могутъ служить: отмѣна крѣпостнаго права, введеніе мѣстнаго и корпоративнаго самоуправленія, введеніе независимаго и гласнаго суда, учрежденіе народнаго представительства, объявленіе свободы промысловъ и торговли, установленіе обязательнаго выкупа вѣчно-чиншевого землевладѣнія и т. п. При разнаго рода частныхъ измѣненіяхъ правопорядка новые законы подлежатъ систематическому толкованію въ согласіи съ неизмѣнными принципами стараго права. Иное дѣло при измѣненіяхъ принципиальныхъ. Задача систематическаго толкованія заключается тутъ уже не въ приспособленіи новыхъ законовъ къ старому праву, а, напротивъ того, въ перетолкованіи, такъ сказать, положеній стараго права, соприкасающихся съ новыми законами, въ духѣ провозглашенныхъ послѣдними новыхъ принциповъ. Только такого рода примѣненіе права обезпечиваетъ устойчивость правопорядка и его прогрессъ. Оно же единственно соотвѣтствуетъ логическимъ требованіямъ научной юриспруденціи. Обратное толкованіе, т. е. низведеніе новыхъ законовъ принципиальнаго характера на степень частныхъ измѣненій, подводимыхъ подъ старыя принципы, извращаетъ логическій процессъ примѣненія права и ведетъ правовую жизнь по пути реакціи, т. е. по пути отмѣны, въ порядкѣ примѣненія, того, что провозглашено было въ законѣ.

Историческое толкованіе выясняетъ смыслъ закона путемъ изученія процесса установленія нормы, отношенія ея къ предшествовавшему ей состоянію права, а также сопоставленія ея съ тѣми измѣненіями общественной жизни, которыя происходятъ во время долгаго дѣйствія данной нормы.

Если смыслъ закона не ясенъ изъ собственнаго его содержанія, то воплнѣ цѣлесообразно обратиться къ исторіи его составленія и искать указаній въ оставшихся отъ нея законодатель-

ныхъ матеріалахъ. Въ послѣднихъ можно отыскать тѣ мотивы, которыми руководились при составленіи закона, тѣ источники, откуда его заимствовали, или тѣ образцы, по которымъ его составляли. Все это можетъ пролить свѣтъ на смыслъ закона. Дальнѣйшимъ приѣмомъ историческаго толкованія является сопоставленіе даннаго закона съ закономъ имъ отмѣненнымъ. Такое сопоставленіе можетъ дать весьма цѣнныя указанія для выясненія цѣли толкуемаго закона и его смысла. Иногда одно лишь сопоставленіе даннаго закона съ непосредственно имъ отмѣненнымъ оказывается недостаточнымъ, и приходится прибѣгать къ цѣлому историческому экскурсу въ область прошлаго состоянія права для выясненія развитія юридическихъ нормъ по данному вопросу и опредѣленія такимъ путемъ того положенія, которое занимаетъ въ этомъ вопросѣ данный, подлежащій толкованію законъ.

Законы дѣйствуютъ, т. е. сохраняютъ обязательную силу, весьма долгое время, въ теченіе котораго измѣняются и тѣ фактическія отношенія, которыя должны регулироваться ими, и самое правосознаніе общества. Измѣненія эти невольно отражаются на самомъ пониманіи закона обществомъ. Какъ совершенно справедливо замѣтилъ одинъ юристъ, соединявшій теоретическія познанія съ судейскимъ опытомъ (О. Бэръ, O. Bähr), примѣненіе такихъ долговѣчныхъ законовъ дѣлаетъ всякое поколѣніе для себя. Этотъ неустойчивый ходъ жизни не можетъ не учитываться научной юриспруденціей. Поэтому при толкованіи старыхъ законовъ должна быть принята во вниманіе исторія ихъ собственной жизни, и въ качествѣ особаго вида историческаго толкованія закона должно быть выдѣлено выясненіе смысла закона въ связи съ происшедшими за время его долгаго дѣйствія измѣненіями фактическихъ отношеній и общественнаго правосознанія.

Историческое толкованіе послѣдняго рода, имѣющее цѣлью сдѣлать въ законѣ необходимую поправку на время (по выраженію Н. А. Гредескула), представляется въ высшей степени труднымъ. Трудность заключается въ томъ, чтобы при внесеніи въ пониманіе закона поправки на время, не выйти изъ предѣловъ той задачи, которая ставится всякому толкованію права. Задача толкованія состоитъ въ выясненіи смысла дѣйствующаго закона и отнюдь не должна переходить въ измѣненіе содержащейся въ немъ юридической нормы. Эта послѣдняя опасность легко можетъ угрожать при толкованіи закона сообразно исторически измѣнив-

шимся отношеніямъ и правосознанію. Ея слѣдуетъ тщательно остерегаться и, приспособляя старый, давно изданный законъ къ новымъ условіямъ надлежитъ заботиться только о томъ, чтобы сдѣлать возможнымъ и облегчить примѣненіе содержащейся въ немъ юридической мысли къ условіямъ измѣнившейся исторической обстановки. Самая же мысль закона должна быть сохранена и не подлежитъ ни измѣненію, ни тѣмъ болѣе отмѣнѣ въ порядкѣ примѣненія. Само собою разумѣется, что этого рода историческое толкованіе находится въ неизбѣжномъ соприкосновеніи и взаимодействіи съ толкованіемъ систематическимъ.

Руководящимъ принципомъ толкованія должно быть начало легальности, или законности, т. е. согласіе съ дѣйствующимъ правомъ. Толкованіе задается только устраненіемъ затрудненій въ пониманіи смысла дѣйствующей юридической нормы и не можетъ итти далѣе и задаваться цѣлью устраненія того противорѣчія, въ которомъ можетъ очутиться законъ по отношенію къ дѣйствительнымъ потребностямъ жизни въ справедливой регламентаціи. Если бы стать на послѣднюю точку зрѣнія, толкованіе перестало бы быть однимъ изъ приемовъ логическаго осуществленія права и превратилось бы въ исправленіе дѣйствующаго права, т. е. въ самостоятельное правотвореніе въ отмѣну наличныхъ нормъ положительнаго права. Какъ ни неоспоримо, казалось бы, приведенное положеніе, однако оно раздѣляется не всѣми. Имѣется и противоположное ему теченіе въ догматической юриспруденціи, сторонники котораго полагаютъ, что толкованіе должно руководиться не только принципомъ легальности, но и принципомъ соціальной цѣлесообразности. Во имя этого принципа слѣдуетъ будто бы отступать отъ подлиннаго смысла закона ради требованій справедливости и общественной пользы. Оцѣнку интересовъ съ точки зрѣнія положительнаго права надлежитъ при этомъ замѣнять самостоятельнымъ взвѣшиваніемъ интересовъ. Такого рода ученія никакъ нельзя принять, такъ какъ проведеніе его въ жизнь привело бы къ подрыву правопорядка. Не станемъ отрицать, что въ отдѣльныхъ случаяхъ формальное примѣненіе нормы можетъ противорѣчить требованію матеріальной справедливости, но устраненіе такого противорѣчія путемъ отступленія отъ нормы въ порядкѣ ея конкретнаго примѣненія явилось бы большимъ зломъ, ибо нарушало бы устойчивость права. Тѣмъ менѣе можно руководиться при толкованіи принципомъ общественной пользы, такъ какъ этотъ принципъ можетъ быть понимаемъ

весьма различно и потому несомненно вредяще возможным погрѣшностей при проведеніи все же объективнаго принципа законности. Часто повторяющіеся случаи расхожденія дѣйствующаго права съ требованіемъ справедливаго удовлетворенія общественныхъ интересовъ подлежатъ конечно устраненію, но не въ подчиненномъ порядкѣ примѣненія права, а въ порядкѣ самостоятельнаго правотворенія.

Въ заключеніе ученія о толкованіи остановимея на вопросѣ о томъ, всякій ли законъ нуждается въ толкованіи, или же только законъ завѣдомо неясный. Самый вопросъ возникъ подъ влияніемъ того отрицательнаго отношенія къ профессиональнымъ юристамъ и догматической юриспруденціи, которое сложилось въ XVIII столѣтіи, и о которомъ мы говорили выше. Ограниченіе толкованія только законами завѣдомо неясными, явилось своего рода вынужденной уступкой профессиональнымъ юристамъ и догматической юриспруденціи со стороны рационалистическаго ученія, принципиально отрицавшаго необходимость особаго логическаго процесса, посредствующаго между закономъ и осуществленіемъ его въ жизни. Въ своемъ мѣстѣ мы вскрыли несостоятельность подобнаго отрицанія, и для насъ одинаково не убѣдительно какъ полное изгнаніе толкованія, такъ и ограниченіе его законами, завѣдомо неясными. Законовъ завѣдомо ясныхъ, о которыхъ можно бы сказать, что они не нуждаются вовсе въ толкованіи и никогда въ немъ нуждаться не будутъ, на самомъ дѣлѣ не существуетъ. Въ пользу такого утвержденія можно провести слѣдующія главнѣйшія основанія: 1) законъ рассчитанъ на будущія явленія; уловить ихъ во всемъ ихъ предстоящемъ многообразіи не только трудно, но и невозможно; слѣдовательно, и самый ясный на видъ законъ не можетъ обойтись безъ толкованія; 2) трудно и невозможно напередъ согласовать вновь устанавливаемое право-положеніе со всѣмъ комплексомъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ; это согласованіе можетъ быть произведено только въ порядкѣ примѣненія права; 3) законодатель можетъ выражаться только въ терминахъ прошедшаго и настоящаго; приспособленіе ихъ къ дальнѣйшему движенію жизни неминуемо потребуетъ толкованія.

Въ эпоху недовѣрія къ юристамъ и отрицательнаго отношенія къ догматической юриспруденціи, все же нельзя было устранить потребности въ толкованіи. Законодатель думалъ однако самъ удовлетворить эту потребность и завелъ порядокъ т. н.

легальнаго толкованія законовъ, которое издавалось или непосредственно вмѣстѣ съ закономъ въ его текстѣ, или въ видѣ послѣдующаго истолкованія законодателемъ ранѣе изданнаго закона. Первый видъ легальнаго толкованія исчезъ въ XIX вѣкѣ, второй практикуется вплоть до нашихъ дней. Встрѣчаются такимъ образомъ до сихъ поръ законы, которые официально не устанавливаютъ новыхъ юридическихъ нормъ, а только разъясняютъ ранѣе изданныя. На самомъ дѣлѣ тутъ нѣтъ никакого толкованія въ смыслѣ логическаго процесса осуществленія права, а есть лишь дополненіе одного закона другимъ, причемъ и каждый изъ нихъ въ отдѣльности, и оба они вмѣстѣ по прежнему нуждаются въ толкованіи, какъ нуждается въ немъ всякій законъ, и неясный, и ясный, и разъясняющій. Сохраненіе особой категоріи законовъ, издаваемыхъ въ разъясненіе существующихъ, объясняется только тѣмъ, что такіе законы надѣляются особенностями въ порядкѣ дѣйствія ихъ во времени, о чемъ у насъ будетъ рѣчь ниже въ § 43-емъ.

Ученіе о толкованіи выработано примѣнительно къ закону. Оно подлежитъ однако распространенію и на другіе виды положительнаго права по мѣрѣ надобности и возможности.

III. Примѣненіе права вызывается стеченіемъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, отдѣльными его случаями, или т. н. казусами. Для рѣшенія ихъ подыскиваются въ дѣйствующемъ правѣ соотвѣтственныя нормы, которыя ихъ предусматриваютъ. Отысканная соотвѣтственная норма подвергается толкованію. Возможны однако и бываютъ на самомъ дѣлѣ такіе случаи, которые не предусмотрѣны дѣйствующимъ правомъ, и для рѣшенія которыхъ нельзя поэтому найти соотвѣтственной нормы. Въ такихъ случаяхъ обнаруживаются т. н. пробѣлы въ положительномъ правѣ.

При обнаруженіи пробѣла въ положительномъ правѣ мыслимъ троякій исходъ изъ создавашагося затруднительнаго положенія: 1) оставленіе казуса безъ юридическаго рѣшенія, 2) восполненіе пробѣла спеціальнымъ актомъ правотворенія, — путемъ изданія новаго закона¹⁾, и 3) восполненіе пробѣла путемъ установленія новой юридической нормы въ предѣлахъ примѣненія права, т. е. судомъ, призваннымъ рѣшать споры о правѣ. Первый изъ указанныхъ путей поневолѣ исключается, какъ реально не возможный,

1) Мы указываемъ здѣсь только одинъ путь восполненія пробѣла, — законодательный, такъ какъ само собою разумѣется, что созданіе *ad hoc* новаго юридическаго обычая не возможно.

такъ какъ оставленіе спорныхъ казусовъ и скрывающихся за ними конфликтовъ реальныхъ интересовъ лишало бы общественныя отношенія необходимой юридической регламентаціи и того мирнаго улаженія конфликтовъ, безъ котораго не возможно нормальное теченіе общественнаго оборота. Второй путь реально возможенъ, но практически весьма затруднителенъ. Возбужденіе по поводу всякаго пробѣла въ положительномъ правѣ законодательнаго вопроса прежде всего задерживаетъ разрѣшеніе казуса и конфликта на весьма продолжительное время и порождаетъ такимъ образомъ волокиту, тягостную для заинтересованныхъ сторонъ и вредную для общественнаго оборота. Кромѣ того законодательное постановленіе по поводу частнаго случая, казуса, не можетъ быть признано достаточно пригоднымъ для установленія наиболѣе справедливой нормы. Конкретный характеръ отдѣльнаго случая и спѣшность, требуемая для его разрѣшенія, лишаютъ законодательную работу тѣхъ качествъ, которыя обычно обезпечиваютъ наибольшую справедливость устанавливаемой ею нормы, именно, лишаютъ ея всесторонности и длительности обсужденія вопроса во всей его полнотѣ. Къ этому надо прибавить, что законодатель, устанавливающій юридическую норму по поводу отдѣльнаго случая, неизбѣжно чуждъ того непосредственнаго отношенія къ частному случаю, въ которомъ находится судья; законодатель удаленъ отъ сторонъ и не можетъ непосредственно проникнуть въ ту конкретную жизненную обстановку, которая породила данный спорный случай. Такимъ образомъ законодательные акты судебно-казустическаго происхожденія оказываются весьма несовершенными юридическими нормами какъ для общаго руководства въ будущемъ, такъ и для спеціальнаго разрѣшенія даннаго частнаго случая. Въ виду этого законодательство судебно-казустическаго характера, хотя и примѣнялось въ прошломъ въ теченіе долгаго времени монопольнаго господства закона среди источниковъ права и на широкихъ началахъ, въ новое время было принципиально оставлено. Такимъ образомъ окончательно установился принципъ восполненія пробѣловъ положительнаго права судомъ, т. е. въ порядкѣ примѣненія права.

Какъ видно, изъ только что сказаннаго, вопросъ о восполненіи пробѣловъ въ положительномъ правѣ соприкасается съ двумя другими вопросами, — о значеніи судебной практики, какъ самостоятельнаго источника права, и о взаимоотношеніи между судомъ и закономъ. О первомъ изъ этихъ сопредѣльныхъ вопросовъ мы уже

говорили выше въ отдѣлѣ объ источникахъ права (см. § 17, IV, стрн. 189); второй изъ сопредѣльныхъ вопросовъ намъ предстоитъ еще разсмотрѣть въ XIII главѣ курса: „о правѣ въ системѣ государственной организаціи“ (§ 43). Въ указанной сопредѣльности трехъ названныхъ вопросовъ нельзя не видѣть отраженія и послѣдствій отмѣченнаго въ началѣ настоящаго параграфа историческаго факта развитія логическаго процесса осуществленія права и догматической юриспруденціи изъ судебной практики. Вполнѣ сознавая этотъ историческій фактъ, мы въ данномъ мѣстѣ постараемся все же отвлечь нашу мысль отъ него и разсмотрѣть вопросъ о восполненіи пробѣловъ права какъ вопросъ научно-юридической техники, независимо отъ того, въ какой мѣрѣ положительное законодательство предоставляетъ суду свободу правотворенія. Становясь на такой путь, мы отступаемъ отъ старой точки зрѣнія, согласно которой теорія права разсматриваетъ себя какъ подготовительную ступень къ судебной практикѣ въ томъ смыслѣ, что считаетъ нужнымъ подобно послѣдней связывать свое ученіе постановленіями положительнаго закона, и примыкаемъ къ тому новѣйшему направленію, которое выясняетъ процессъ примѣненія права на почвѣ свободнаго научнаго изслѣдованія и отъ него уже переходитъ къ судебной практикѣ, не отождествляя законодательнаго опредѣленія послѣдней съ дѣйствительнымъ выясненіемъ логическаго процесса примѣненія права. Сторонниками новаго направленія являются Жени, Эрлихъ, Радбрухъ, Брюттъ, Вурцель, Юнгъ, Штернбергъ и др.

Пробѣлъ въ положительномъ правѣ можетъ обнаружиться и помимо суда при научно-догматической разработкѣ права. Вопросъ объ его восполненіи можетъ быть разрѣшенъ поэтому съ точки зрѣнія научныхъ задачъ юридической техники. Да и самъ судья въ процессѣ распознаванія права дѣйствуетъ по тѣмъ же правиламъ и помощью тѣхъ же пріемовъ, какъ и догматикъ-теоретикъ. Возможно поэтому и необходимо чисто-научное, теоретическое обсужденіе юридической техники. Поскольку и въ какой степени оно воспринимается положительнымъ законодательствомъ, это уже другой вопросъ, требующій особаго разсмотрѣнія и объясненія.

Намѣтивъ такимъ образомъ точку зрѣнія на вопросъ о пробѣлахъ въ положительномъ правѣ, перейдемъ къ его разсмотрѣнію.

Первымъ и простѣйшимъ способомъ восполненія пробѣла въ положительномъ правѣ является примѣненіе юридической

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

выходятъ съ 1893 г. въ неопредѣленные сроки, не менѣе 4 разъ въ теченіе года.

Ученыя Записки распадаются на два отдѣла: официальный и научный.

Въ официальномъ отдѣлѣ помѣщаются годовая отчетъ Университета, актовыя рѣчи, отзывы о диссертацияхъ, обзорныя лекціи 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 Юрьевского Университета.

Подписная цѣна 6 руб. въ годъ.

Редакторъ **Е. Пѣтуховъ.**
