

7098

КУРСЪ

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

Профессора Казанскаго Университета

Г. Ф. Шершеневича.

Томъ I.

ВВЕДЕНІЕ

Выпускъ первый.

139/40

КАЗАНЬ.

Типо-литографія Императорскаго Казанскаго Университета.

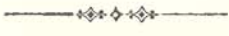
1901.

7003

✓
проб. 1948 г.
1908

КУРСЪ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

лн
лн
44551
1344



Профессора Казанскаго Университета

Г. Ф. Шершеневича.

Томъ I.

ВВЕДЕНИЕ

Выпускъ первый.



Типо-литографія Императорскаго Казанскаго Университета.
1901

Дозволено цензурою. Казань, 26 февраля 1901 года.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Стр.

Гл. I. Понятіе о правѣ.

§ 1. Постановка вопроса	1.
§ 2. Понятіе о нормѣ	6.
§ 3. Что не можетъ составить содержанія юридическихъ нормъ	9.
§ 4. Соціальныя нормы	15.
§ 5. Юридическія нормы	17.
§ 6. Понятіе о принужденіи, какъ видовомъ признакѣ	27.
§ 7. Результаты и выводы	38.
§ 8. Соціальное значеніе права	46.

Гл. II. Понятіе о гражданскомъ правѣ.

§ 9. Постановка вопроса	50.
§ 10. Различіе съ матеріальной точки зрѣнія	53.
§ 11. Критика матеріальной теоріи	55.
§ 12. Различіе съ формальной точки зрѣнія	56.
§ 13. Критика формальной теоріи	58.
§ 14. Установленіе различія	62.
§ 15. Государство, какъ субъектъ частно-правовыхъ отношеній	65.
§ 16. Вопросъ объ имущественномъ характерѣ гражданского права	68.
§ 17. Развитіе различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ	70.

Гл. III. Задачи и методы гражданского правовѣдѣнія.

Стр.

§ 18. Задачи гражданского правовѣдѣнія	79.
§ 19. Догматическій методъ	84.
§ 20. Теорія гражданского права	95.
§ 21. Научный характеръ догматики	99.
§ 22. Историческій методъ	101.
§ 23. Соціологическій методъ	106.
§ 24. Политика права	112.

Гл. IV. Отношеніе гражданского правовѣдѣнія къ смежнымъ наукамъ.

§ 25. Отношеніе къ торговому праву	119.
§ 26. Отношеніе къ гражданскому судопроизводству	122.
§ 27. Отношеніе къ частному международному праву	126.
§ 28. Отношеніе къ каноническому праву	131.
§ 29. Отношеніе къ политической экономіи	135.

Гл. V. Источники гражданского права.

§ 30. Понятіе объ источникахъ права	144.
§ 31. Соотношеніе между различными источниками права	148.
§ 32. Понятіе о законѣ	157.
§ 33. Виды законовъ	162.
§ 34. Дѣйствіе законовъ во времени	166.
§ 35. Дѣйствіе законовъ по мѣсту	176.
§ 36. Правовые обычаи	185.
§ 37. Административные указы	201.
§ 38. Автономія	203.
§ 39. Каноны	205.



ГЛАВА I.

Понятіе о правѣ.

§ 1. Постановка вопроса. При всей теоретической и практической важности твердаго понятія о правѣ, слѣдуетъ признать, что въ наукѣ нѣтъ соглашенія въ пониманіи этого явленія. Первое и немаловажное затрудненіе на пути къ опредѣленію его ставитъ языкъ. Въ противоположность нѣкоторымъ инымъ наукамъ, которыя самостоятельно устанавливають понятіе произвольно очерченной группы явленій, придавая ему условное названіе, вслѣдствіе чего получается точное соотвѣтствіе понятія съ названіемъ, — правовѣдѣніе имѣетъ дѣло съ готовыми уже понятіями и выраженіями, установившимися въ жизни помимо науки.

Обычное словоупотребленіе соединяетъ съ названіемъ „право“ рядъ представленій довольно различнаго характера, придавая ему то болѣе узкое, то болѣе широкое значеніе. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда слово „право“ употребляется не въ первоначальномъ, а въ переносномъ значеніи, слишкомъ рѣзко обнаруживается несоотвѣтствіе словоупотребленія съ дѣйствительнымъ значеніемъ примѣннаго названія. Таково напр. выраженіе „право родителей на любовь дѣтей“. Всякій, кто позволилъ себѣ такое вольное приложеніе названія „право“, легко согласится самъ съ неточностью употребленныхъ имъ словъ. Но встрѣчаются такіе случаи неточнаго употребленія слова „право“, когда обнаруженіе несоотвѣтствія между названіемъ и понятіемъ становится значительно труднѣе, напр. „право наказанія“. Трудность создается тѣмъ обстоятельствомъ, что въ этихъ случаяхъ не легко для обыкновеннаго наблюдателя сопоставить неправильное словоупотребленіе съ примѣрами, въ которыхъ выраженіе примѣняется въ истинномъ его значеніи.

Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ неточнаго употребленія слова „право“ нельзя обойтись безъ научной критики.

Вслѣдствіе тѣсной связи правовѣдѣнія съ жизнью, вслѣдствіе практическаго характера этой науки, нельзя пренебрегать общепринятымъ словоупотребленіемъ и приходится по необходимости считаться съ установившимися названіями. Правовѣдѣніе не можетъ замѣнять общепринятые названія искусственно составленными словами, потому что это лишило бы его практической цѣльности. Однако и зависимость науки отъ практики не можетъ быть безусловной. Наука не можетъ примириться съ такимъ положеніемъ дѣла, когда известное слово употребляется для обозначенія самыхъ различныхъ вещей, когда вслѣдствіе такого неумѣреннаго расширенія названія въ самой жизни возбуждается спутанность понятій. „Если названіе достигло такого состоянія, говорить Милль, когда, придавая его какому либо предмету, мы не утверждаемъ о послѣднемъ буквально ничего, оно стало непригодно для цѣлей какъ мышленія, такъ и сообщенія мыслей. Его можно сдѣлать пригоднымъ, только отнявъ у него часть его многоразличныхъ значеній и ограничивая его примѣненіе предметами, обладающими нѣкоторыми общими свойствами, означеніе которыхъ можно ему придать“. Такое несоотвѣтствіе обнаруживается между понятіемъ о правѣ и общепринятымъ словоупотребленіемъ, которое своимъ широкимъ примѣненіемъ совершенно лишаетъ возможности уловить дѣйствительное значеніе этого названія.

Если бы мы стали на точку зрѣнія распространительнаго словоупотребленія, то должны были бы дать опредѣленіе, охватывающее всѣ случаи, къ которымъ примѣняется выраженіе „правовой“. Таково могло бы быть напр. опредѣленіе права, какъ совокупности правилъ общежитія. Оно, конечно, вѣрно съ той стороны, что подъ это опредѣленіе подойдетъ каждый случай употребленія слова „право“. Но, охватывая всѣ случаи, оно по чрезмѣрной общности значенія, не достигаетъ цѣли и тотчасъ обнаруживаетъ свою недостаточность, такъ какъ по тому же общепринятому словоупотребленію не каждое правило общежитія можетъ быть названо правомъ, такъ какъ оно постоянно противопологается и отличается отъ нравственности, приличія, обрядовъ. Другими словами, пришлось бы видовое понятіе о правѣ слить съ родовымъ понятіемъ о той группѣ отношеній, въ составъ которой входитъ право только какъ видъ, а это было бы противно всякимъ правиламъ логики.

Возникшее несоотвѣтствіе между понятіемъ о правѣ и обозначающимъ его выраженіемъ, которое примѣняется одновременно

къ другимъ отношеніямъ, только сходнымъ болѣе или менѣе съ юридическимъ, можетъ быть объяснено двоякимъ образомъ.

Названіе, означавшее группу явленій, связанныхъ признакомъ, который представлялся сначала существеннымъ, впоследствии, по закону схода, было перенесено на явленія, которыя сходствовали съ явленіями первой группы маловажными признаками, по чему либо въ то или иное время особенно бросающимися въ глаза. Произошло слѣдовательно расширеніе первоначальнаго значенія слова „право“. Названіе, присвоенное видовому понятію, мало по малу примѣнялось къ другимъ видамъ, принадлежащимъ къ тому же роду и наконецъ стало названіемъ родового понятія. Примѣровъ такого распространенія встрѣчается не мало. Такъ, замѣчая, что наложеніе эпитеміи соединено съ причиненіемъ страданія, стали прилагать къ данному случаю названіе „наказаніе“, которое также причиняетъ страданіе, хотя при этомъ упущены были изъ виду существенные моменты,—кто причиняетъ страданіе и какимъ способомъ. Подмѣтивъ сходство экономическихъ цѣлей права собственности и авторскаго права, распространили первое выраженіе на второй случай, упустивъ изъ виду существенныя съ юридической стороны отличія.

Возможно однако иное объясненіе. Выраженіе, обозначавшее классъ явленій, объединенныхъ общимъ признакомъ, который въ свое время представлялся существеннымъ, впоследствии оказалось недостаточнымъ для обозначенія тѣхъ подраздѣленій класса, которыя выступили позднѣе съ особенною яркостью влѣдствіе усложненія жизненныхъ условій и, по существенности своихъ различительныхъ признаковъ, потребовали обозначенія ихъ разными названіями. Родовое понятіе о правѣ, какъ о правилахъ общежитія, разчленилось на видовыя понятія о правѣ, нравственности, приличіи. Произошло слѣдовательно ограниченіе первоначальнаго значенія слова „право“. Однако, по установившейся привычкѣ, родовое названіе продолжаетъ примѣняться и къ видовому значенію.

Второе объясненіе представляется болѣе правдоподобнымъ. Оно болѣе согласно съ теоріей эволюціи и дифференціаціи, оно болѣе соотвѣтствуетъ исторіи права. Но, признавая основное значеніе за второй причиной, мы не можемъ отрицать за первой причиною значенія второстепеннаго, сопутствующаго фактора.

Каково бы ни было происхожденіе указаннаго несоотвѣтствія, наука не можетъ съ нимъ примириться и принуждена изъ всѣхъ случаевъ, въ которыхъ примѣняется слово „право“, выдѣлить толь-

ко часть ихъ, связанныхъ присущимъ всеѣмъ и существенно важнымъ признакомъ, закрѣпить названіе „право“ только за этою группою, остальную же часть оставить безъ вниманія, исключить изъ научнаго понятія о правѣ. Главная задача состоитъ въ томъ, чтобы найти тотъ существенный признакъ, который всегда и необходимо присущъ праву.

Можно ли найти искомый отличительный признакъ въ самомъ содержаніи права?

Такія попытки неоднократно предпринимались въ философіи. Стремилась установить неизблемое содержаніе права, опредѣлити, какимъ оно должно всегда быть, и съ этой точки зрѣнія отрицали все, стоящее въ противорѣчій съ такимъ идеаломъ. Искали идею права то въ разумной волѣ, то въ свободѣ, то въ человѣческомъ достоинствѣ, то въ нравственномъ усовершенствованіи и т. п. За отношеніями, не отвѣчающими идеальному содержанію, отвергали значеніе правовыхъ. Но такой приемъ равносильенъ отрицанію дѣйствительности, а потому не наученъ.

Невозможность найти отличительный признакъ права въ его содержаніи обуславливается тѣмъ, что историческія и этнографическія данныя рисуютъ намъ такіе разнообразныя правовыя порядки, которые не поддаются вовсе обобщенію или допускаютъ его въ незначительномъ объемѣ. Учрежденія, съ которыми мы срослись, свыклись, которыя кажутся намъ вслѣдствіе того совершенно естественными и неразрывно связанными съ человѣческою природою, оказываются чужды сознанію нѣкоторыхъ обществъ. Семья, собственность, наследованіе, наказаніе, налоги представляются до того различными въ разныхъ обществахъ, что перѣдко съ трудомъ можно признать наличность сходства. Мысленно мы можемъ представить себѣ правовыя порядки, построенные на прямо противоположныхъ началахъ и тѣмъ не менѣе каждый изъ нихъ будетъ основываться на правѣ. Очевидно, что при такихъ условіяхъ не представляется никакой надежды отыскать желаемый признакъ, который могъ бы быть примѣненъ ко всякому праву и служить бы для него отличіемъ отъ другихъ явленій общественной жизни.

Поэтому отъ содержанія нужно обратиться къ формальной сторонѣ права.

Не смотря на крайнюю измѣняемость содержанія права, все, сколько нибудь развитыя общества находятся подъ дѣйствіемъ того, что носитъ названіе „права“ и что имѣетъ соотвѣтствующее обозначеніе на всеѣхъ языкахъ. Значитъ, сущность этого понятія за-

ключается не въ томъ, что предписывается тѣмъ или инымъ законодательствомъ, а въ томъ, какимъ образомъ устанавливаются и поддерживаются нѣкоторыя правила общежитія. Необходимо выяснить природу этой постоянной формы, въ которую отливаются самыя разнообразныя и перѣдко прямо противоположныя требованія положительныхъ законодательствъ. Мы должны установить такое понятіе о правѣ, которое было бы примѣнимо не только къ современнымъ государствамъ, но и ко всѣмъ ранѣе существовавшимъ обществамъ, которое бы осталось неизмѣннымъ для всякаго времени и мѣста, не смотря на разнообразіе его содержанія. Такому же формальному опредѣленію поддаются и другія понятія, какъ нравственность, красота.

Терминологія. Выраженія, употребляемая современными европейскими народами для обозначенія понятія «право», имѣютъ въ основѣ латинское происхожденіе—*rectum* (санскритскій корень *rgu*), правильно. Таковы выраженія: *Recht* у нѣмцевъ, *regt* у голландцевъ, *Right* у англичанъ, у романскихъ народовъ съ приставкою *de*: итальянское *diritto*, испанское *derecho*, французское *droit* (см. этимологию слова у *Puglia, Saggi di filosofia giuridica*, 1892, стр. 21—22). Общеславянское первоначальное выраженіе «права» (Русская Правда), сохранившееся до сихъ поръ у словаковъ «*prawa*», свидѣтельствуетъ, что право означало нѣкогда всякія нормы общежитія, изъ которыхъ позднѣе выдѣлились нормы правовыя.

Литература. По словамъ Канта (*Werke*, изд. Hartenstein, т. VII, стр. 25) «вопросъ, что такое право, представляетъ такія же затрудненія для юриста, какъ для изслѣдователя логики вопросъ о томъ, что такое истина». Поэтому, не смотря на огромную литературу, созданную трудами какъ юристовъ, такъ и философовъ, вопросъ о сущности права остается нынѣ не менѣе спорнымъ, чѣмъ сотни лѣтъ ранѣе. Между тѣмъ для юриста выясненіе этого вопроса чрезвычайно важно не только съ научной стороны, но и съ практической: невѣрное представленіе о правѣ можетъ привести къ неправильному приложенію юридическихъ средствъ тамъ, гдѣ имъ вовсе не мѣсто. Хотя наша задача заключается въ изложеніи спеціальной юридической науки, но мы начинаемъ съ понятія о правѣ, потому что принятая точка зрѣнія на право является опредѣляющею рѣшеніе многихъ другихъ вопросовъ. Все дѣло въ томъ, чтобы послѣдовательно провести принятый взглядъ на право. — На неправильное примѣненіе слова «право» указалъ Милль, *Система логики*, изд. 1878 г., т. II, стр. 364, какъ примѣръ заблужденій отъ сбичивости. — Отношеніе науки къ обычному словоупотребленію, принятое мною, предлагаютъ Bain, *Logique déductive et inductive*, франц. пер., изд. 1894, т. II, стр. 236, Sigwart, *Logik*, т. I, изд. 1889, стр. 378, Милль, *Система логики*, т. I, стр. 173. — Стремленіе опредѣлить право по его содержанію свойственно было старымъ нѣмецкимъ писателямъ: Friedländer, *Juristische Encyclopädie*, 1847, стр. 62, Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, стр. 76, Walter, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 1. Французскіе юристы и до сихъ поръ стоятъ на этой точкѣ зрѣнія: Belime, *Philosophie du droit*, т. I, стр. 173—284, Beaussire, *Les principes de droit*, 1883, стр. 33—49, Varennes-Somieres, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889, стр. 3—17, Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, стр. 199—211, Franc, *Philosophie du droit civil*, 1886, стр. 1—7, Rothe, *Traité de droit naturel*, 1885, т. I, стр. 28—47, Baets, (бельгіецъ), *Les*

bases de la morale et du droit, 1892. Особенно ярко выразилось это направление въ сочиненіяхъ Fouillé, *L'idée moderne du droit en France, en Angleterre et en Allemagne*, 1879 и Aguiléra, *L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours*, 1893: оба автора, благодаря своей точкѣ зрѣнія, не сумѣли отнестись объективно къ разбираемымъ ученіямъ.—На необходимости изслѣдовать право съ формальной стороны особенно настаиваютъ Bierling, *Juristische Principienlehre*, 1894, т. I, стр. 5; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, 1892, стр. 73—74; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, стр. 6, Муромцевъ, *Опредѣленіе и раздѣленіе права*, 1879, стр. 130, Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 1897, стр. 58—59, Salmond, *The first principles of jurisprudence*, 1893, стр. 2—3. Нѣсколько своеобразно понимаетъ формальную точку зрѣнія Holland, *Elements of Jurisprudence*, 1896, стр. 5—8.

§ 2. Понятіе о нормѣ. Разсматривая съ наиболѣе общей точки зрѣнія право въ его разнообразномъ содержаніи, мы легко обнаруживаемъ, что право является всегда въ видѣ нормъ. Всякій законъ, какъ бы ни былъ онъ грамматически выраженъ, всякій правовой обычай представляютъ собою норму. Подъ пменемъ нормы или правила мы понимаемъ указаніе, какъ должно поступать, чтобы достигнуть той или иной цѣли. Норма представляетъ собою сообразованіе дѣятельности съ намѣченной цѣлью. Даже такія законныя опредѣленія, какъ напр. „завѣщаніе есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти,“ являются ничѣмъ инымъ, какъ нормами. Самы по себѣ, безъ связи съ другими положеніями закона, такія опредѣленія не имѣли бы смысла. Такъ, приведенное опредѣленіе обращается въ слѣдующую норму: всякій разъ, какъ будетъ на лицо соответствующее закону объявленіе владѣльца о его имуществѣ на случай смерти, должны имѣть примѣненіе такія то и такія законныя послѣдствія.

Всякое правило непременно предполагаетъ извѣстную цѣль. Безъ цѣли правило немыслимо. Другой вопросъ, насколько данное правило сообразовано съ поставленною цѣлью, насколько оно обезпечиваетъ достиженіе намѣченной цѣли, другими словами, насколько оно цѣлесообразно. Съ этой точки зрѣнія всѣ правила безъ исключенія подлежатъ оцѣнкѣ. Мы называемъ хорошимъ правило, которое ведетъ къ достиженію поставленной цѣли, мы называемъ правило дурнымъ, если сообразованіе съ нимъ дѣйствій не обезпечиваетъ достиженія данной цѣли. Значеніе и превосходство одной нормы передъ другою обуславливается тѣмъ обстоятельствомъ, насколько соблюденіе одной изъ нихъ болѣе и полнѣе обезпечиваетъ достиженіе цѣли, чѣмъ соблюденіе другой.

Правило, указывая, какъ должно поступать для достиженія цѣли, очевидно рассчитано на неопредѣленное число случаевъ, а

не на одинъ или нѣсколько, заранее опредѣленныхъ, случаевъ. Указаніе, каковъ долженъ быть фундаментъ, чтобы выдержать опредѣленную тяжесть дома въ соотвѣтствіи съ устойчивостью почвы, составляетъ правило, но совѣтъ сосѣда углубить фундаментъ въ виду того, что домъ строится на овражномъ мѣстѣ, не можетъ считаться правиломъ. Указаніе гигиены, что организмъ челоуѣка требуетъ извѣстнаго количества тепла, и что потому необходимо въ холодномъ климатѣ одѣваться теплѣе, представляется правиломъ. Но никто не называетъ правиломъ требованіе матери, чтобы ея дочь одѣлась потеплѣе.

Правила являются прежде всего продуктомъ болѣе или менѣе продолжительнаго опыта. Чѣмъ менѣе развиты науки, тѣмъ болѣе эмпиричны правила. Правила построенія жилищъ, добыванія пищи, леченія, изготовленія оружія, обработки земли и т. п. составляли первоначально результатъ многочисленныхъ наблюденій. И въ настоящее время многія правила устанавливаются такимъ именно путемъ. Художникъ ридомъ опытовъ добывается способа составленія извѣстной краски, отличающейся особенною яркостью или прочностью. Врачъ, наблюдая многочисленные случаи дѣйствія даннаго лекарства на опредѣленную болѣзнь, постепенно добывается установленія дозы, въ которой оно лучше всего дѣйствуетъ. Развитие наукъ, познаніе силъ природы, сравненіе и систематизація этихъ выработанныхъ самою жизнью правилъ, отодвигаютъ этотъ медленный способъ установленія нормъ и на первый планъ выступаютъ правила, выводимыя теоретически на основаніи научныхъ данныхъ и только провѣряемая эмпирически. Такова раціональная медицина, такова механика, архитектура, таковою становится агрономія, педагогика. Превосходство второго способа установленія правилъ передъ первымъ едва ли нуждается въ доказательствѣ. Оно блестяще подтверждается всею культурою новаго времени. Слѣдуетъ только замѣтить, что нормы, выработанныя самою жизнью въ продолженіе долгаго времени, пускаютъ такіе глубокіе корни въ общественное сознаніе, на какіе не могутъ претендовать нормы, установленныя внѣ непосредственнаго опыта.

Такъ какъ норма указываетъ цѣлесообразный порядокъ дѣйствій, то она всегда обращена къ волѣ разумнаго существа, способнаго ставить себѣ цѣли и стремиться къ достиженію ихъ. Правила существуютъ только для существъ, обладающихъ волею, и только ими примѣняются. Отсюда слѣдуетъ, что соблюденіе правилъ обезпечивается желаніемъ достигъ цѣли, къ которой оно ве-

дѣть. Если живописецъ желаетъ возбудить въ зрителяхъ полную иллюзію, онъ долженъ соблюсти правила перспективы; если архитекторъ желаетъ упрочить за собой имя хорошаго строителя, онъ долженъ придерживаться правилъ механики, симметріи стіля; если страдающій хроническимъ катарромъ желудка желаетъ избавиться отъ своей болѣзни, онъ долженъ держаться установленнаго врачомъ режима; если правительство желаетъ аккуратно получать налоги съ подданныхъ, оно должно соблюдать правила взиманія налоговъ, при которыхъ уплата послѣднихъ была бы наименѣе ощутительна для плательщиковъ. При нежеланіи достигъ цѣли, къ которой ведетъ норма, норма не будетъ соблюдаться. Вопросъ нисколько не измѣняется отъ того, будутъ ли нормы созданы самимъ поступающимъ, или замѣтнованы имъ у другихъ, или наложены на него авторитетомъ, выше его стоящимъ. Слѣдовательно, нормы могутъ быть всегда нарушаемы. Нѣтъ никакой возможности заставить человѣка поступать по правиламъ, какъ только возбуждая его волю представленіемъ преимуществъ одного образа дѣйствія передъ другимъ и тѣмъ вызывая въ немъ стремленіе къ цѣли, связанной съ нормою.

Приведенная характеристика родового понятія о нормѣ, къ которому право относится, какъ видъ, сама собою приводитъ къ отличію нормъ отъ такъ называемыхъ естественныхъ законовъ или законовъ въ научномъ смыслѣ. Подъ этимъ именемъ понимается постоянство въ соотношеніи явленій: одно явленіе всегда существуетъ одновременно съ другимъ опредѣленнымъ явленіемъ или за однимъ явленіемъ слѣдуетъ всегда другое опредѣленное явленіе. Сходство между такими законами и нормами ограничивается однообразною повторяемостью явленій, порядкомъ. Но, порядокъ, установленный законами въ научномъ смыслѣ, составляетъ необходимость, не допускающую никакихъ уклоненій. Напротивъ, порядокъ, установленный нормами, допускаетъ возможность уклоненій всякій разъ, какъ воля поступающаго не имѣетъ достаточно мотивовъ, чтобы сообразоваться съ нормами. Тогда какъ примѣненіе нормъ стоитъ въ зависимости отъ воли тѣхъ, къ кому онѣ обращены, сила закона не зависитъ отъ воли подчиненныхъ его дѣйствію. Поэтому законъ выражаетъ существующее, тогда какъ норма только долженствующее, не то, что всегда бываетъ, а то, что хотя обыкновенно и есть, но въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ и не быть, т. е. то, что должно бы всегда быть. Законамъ подчинены не только явленія внѣшняго міра, но и душевнаго, а также явленія общественной жизни. Соціальныя законы охватываютъ и явленія правового быта.

Существованіе и развитіе правовыхъ нормъ, какъ явленій, не произвольны, а стоятъ подъ безусловнымъ дѣйствіемъ законовъ. Подчищенные дѣйствию законовъ, нормы, понятно, не должны быть смѣшиваемы съ ними.

Литература. Взглядъ на право, какъ на норму, иногда отрицается, напр. Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, 1892, стр. 29 и 61, Affolter, *Untersuchungen über das Wesen des Rechts*, стр. 12. Поэтому Бирлингу пришлось отстаивать этотъ взглядъ, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, стр. 7—22. Ср. Бентамъ, *Сочиненія*, стр. 167.—Значеніе правовой нормы выяснено у Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 2 изд. 1890, т. I, стр. 3—131 (напрасно однако Пусторослевъ, *Анализъ понятія о преступленіи*, 1892, стр. 34, прим. 2, полагаетъ, что названіе «нормы» впервые введено Биндингомъ). Терминъ «естественный законъ» представляется заимствованнымъ отъ гражданскаго закона, — т. е. норма какъ бы установленная для міра Высшимъ Существомъ, ср. Vaip, *Logique déductive et inductive*, т. II, стр. 14; Шопенгауеръ, *Основы морали*, 1887, стр. 132, Dumont de Geneve (Бентамъ), *Traité de législation*, I, стр. 143, Holland, *Elements of Jurisprudence*, стр. 15, прим. 2 (мнѣніе Макса Мюллера). Можно однако сказать, что понятіе о нормѣ перенесено съ явленій внѣшняго міра, такъ напр. поднятіе тѣла вверхъ, вмѣсто паденія внизъ, было бы ненормально, ср. Simmel, *Führung in die Morawissenschaft*.

§ 3. ЧТО НЕ МОЖЕТЪ СОСТАВИТЬ СОДЕРЖАНІЯ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ. Опредѣливъ общее понятіе о нормѣ, мы должны обратиться къ понятію о правовой нормѣ. Правовыя нормы имѣютъ своею задачею опредѣлить поведеніе человѣка относительно другихъ людей, другими словами право является видомъ социальныхъ нормъ. Чтобы признать вѣрность этого положенія, необходимо предварительно доказать, что цѣлью правовыхъ нормъ не можетъ быть опредѣленіе отношенія человѣка къ чему либо другому. Кромѣ отношенія человѣка къ человѣку, мыслимы: а) отношеніе человѣка къ самому себѣ, б) отношеніе человѣка къ Богу и в) отношеніе человѣка къ внѣшнему міру. Ни одно изъ этихъ отношеній не опредѣляется и не можетъ опредѣляться правовыми нормами.

а) Человѣкъ можетъ относиться съ большимъ или меньшимъ вниманіемъ къ состоянію своего здоровья, можетъ уважать себя или глубоко презирать, можетъ высоко ставить свои способности и нравственныя качества или же цѣнить ихъ очень низко,—все это отношенія, которыя не могутъ быть опредѣляемы правовыми нормами. Устанавливаемая самимъ человѣкомъ, правила отношенія къ самому себѣ обязательны для него лишь настолько, насколько это ему угодно, насколько его воля обуславливается всеѣмъ его психическимъ складомъ. Онъ можетъ не соблюдать, измѣнять, уничтожать эти правила, когда ему вздумается. Посторонняя сила также

не можетъ установить подобныхъ нормъ, такъ какъ опять таки соблюденіе ихъ стоитъ въ полной и безконтрольной зависимости отъ усмотрѣнія лица, подчиненнаго такимъ правиламъ. Эта полная свобода противорѣчитъ общему представленію о правѣ, съ которымъ всегда соединяется идея подчиненности, обязательности. Съ точки зрѣнія распространеннаго представленія о правѣ немыслимъ законъ, который предписывалъ бы напр. каждому гражданину развивать свой умъ чтеніемъ и размысленіемъ.

Если встрѣчаются иногда правовыя нормы, которыя кажутся съ перваго взгляда опредѣляющими отношенія человѣка къ самому себѣ, то при ближайшемъ разсмотрѣніи тотчасъ обнаружится ошибочность такого впечатлѣнія и за отношеніемъ человѣка къ самому себѣ откроется отношеніе человѣка къ другимъ людямъ. Законъ не можетъ опредѣлять отношеніе человѣка къ состоянію своего здоровья, но онъ можетъ вмѣшаться въ эту область, когда отношеніе къ здоровью соединяется съ отношеніемъ къ другимъ лицамъ, напр. въ случаѣ членовредительства съ цѣлью уклоненія отъ воинской повинности. Законъ, запрещающій самоубійство подъ страхомъ отказа въ церковномъ погребеніи, собственно не правовая норма, а религіозная, такой законъ возможенъ только въ обществѣ вѣрующихъ и для невѣрующаго въ загробную жизнь не имѣетъ никакого юридическаго значенія.

б) Также неспособны правовыя нормы опредѣлять отношеніе человѣка къ Богу. Представленіе человѣка о Божествѣ и его атрибутахъ вызываетъ въ немъ сознаніе полной зависимости отъ Высшаго Существа и стремленіе своею вѣрою и своими дѣлами заслужить его расположеніе. Мотивомъ, побуждающимъ къ соблюденію религіозныхъ нормъ, въ которыя всегда выливается религіозное чувство, является опасеніе возмездія со стороны Всемогущаго Существа, ожиданіе благовѣстій въ земной и особенно въ загробной жизни. Религіозное представленіе, возникая субъективно, никогда не остается на этой ступени, а всегда передается большей или меньшей группѣ лицъ, среди которой и вырабатываются религіозныя нормы. Воспитаніе, постоянное общеніе, наследственность создаютъ то субъективное стремленіе къ исполненію религіозныхъ нормъ, которое называется страхомъ Божьимъ. Уклоненіе отъ этихъ нормъ носитъ названіе грѣха.

Отношеніе человѣка къ Богу со стороны чисто внутренней, со стороны религіознаго чувства, не можетъ быть опредѣляемо правовыми нормами. Право имѣетъ дѣло только съ дѣйствіями, но

не съ чувствами. Если бы право взяло на себя опредѣлить уваженіе, любовь, страхъ передъ Божествомъ, то такія нормы опредѣляли бы въ дѣйствительности не отношеніе человѣка къ Божеству, а отношеніе одного человѣка къ другимъ. Ясно, что соблюденіе религіозныхъ нормъ, опредѣляющихъ отношеніе человѣка къ Высшему Существо, со стороны лицъ вѣрующихъ гарантируется средствами, несравненно болѣе сильными, чѣмъ тѣ, какими располагаетъ свѣтская власть. Поддержаніе же религіознаго чувства въ человѣкѣ невѣрующемъ недостижимо для права, потому что эти высшія средства не въ состояніи проникнуть въ глубину души и оказать тамъ свое дѣйствіе. Его безсиліе обнаруживается болѣе всего въ невозможности контроля, для него всегда останется неизвѣстнымъ, соблюдаются ли нормы или нѣтъ.

Право можетъ выступить съ своими велѣніями только тогда, когда религіозное чувство проявляется во внѣ, въ дѣйствіяхъ. Въ религіозную сферу право можетъ вторгнуться только для опредѣленія въ ней взаимныхъ отношеній членовъ общества, но не отношеній каждаго изъ нихъ къ Божеству. Не затрогивая чувствъ человѣка, право вынуждаетъ видимое соотвѣтствіе дѣйствій религіознымъ нормамъ и притомъ не ради самого Божества, а ради другихъ людей, религіозное чувство которыхъ могло бы быть оскорблено соблазнительными поступками. Самая мысль о возможности для свѣтской власти нормировать отношенія человѣка къ Высшему Существо, обезпечивать послѣднее отъ оскорбленій со стороны смертныхъ, охранять его интересы—самая эта мысль не очень далека отъ кощунства.

Такимъ образомъ всѣ дѣйствія, представляющія собою уклоненіе отъ религіозныхъ нормъ, какъ напр. употребленіе относительно Божества такихъ выраженій, которыя считались бы личнымъ оскорбленіемъ, если бы относились къ людямъ, высказанное сомнѣніе въ его могуществѣ и силѣ, а тѣмъ болѣе въ его существованіи, пренебреженіе къ тѣмъ формамъ, въ которыхъ выражается совмѣстное религіозное чувство,—запрещаются не изъ за Божества, а изъ за людей. Возьмемъ напр. богохуленіе, какъ дѣйствіе, признаваемое правомъ за преступленіе. Съ точки зрѣнія отношеній человѣка къ Божеству, послѣднее будетъ одинаково оскорблено, произойдетъ ли оскорбленіе мысленно или словесно, будетъ ли оно услышано другими или нѣтъ. Но для права такое оскорбленіе имѣетъ значеніе только тогда, когда другіе люди какимъ бы то ни было

способомъ узнали о немъ. Итакъ религіозно-правовыми нормами опредѣляется только отношеніе человѣка къ человѣку.

е) Наконецъ, не подлежитъ опредѣленію со стороны правовыхъ нормъ и отношеніе человѣка къ вѣшнему міру. Отношеніе человѣка къ природѣ вызывается необходимостью приспособленія ея силъ къ его потребностямъ. Сущность этого отношенія заключается въ возможности и умѣніи пользоваться вѣшними условіями примѣнительно къ интересамъ человѣка. Слѣдовательно, это отношеніе можетъ опредѣляться правилами цѣлесообразности съ одной стороны и естественными законами съ другой. Необходимость вызываетъ и создаетъ искусство, которое укладывается въ вырабатываемыя вѣками нормы, основанныя на законахъ природы. Эти нормы могутъ быть названы техническими.

Правовыя нормы здѣсь совершенно безсильны и неприложимы. Величина урожая, напр. находится въ зависимости, при равенствѣ вѣшнихъ условій, отъ количества труда, затраченнаго на обработку земли, отъ примѣненія орудій, соответствующихъ составу почвы, отъ наблюденія за всѣми обстоятельствами, способными парализовать дѣйствіе труда, и отъ возможности ихъ устраненія. Но что значила бы правовая норма, постановляющая, что степень урожая должна соответствовать количеству затраченнаго труда? А это и была бы именно норма, опредѣляющая отношеніе человѣка къ природѣ. Напротивъ, мы можемъ себѣ представить правовую норму, обязывающую земледѣльцевъ прилагать къ обработкѣ земли известное количество труда, примѣнять известные орудья, устранять тѣ или иные опасности, угрожающія урожаю. Но такая норма, очевидно, имѣетъ въ виду опредѣлить не отношеніе человѣка къ природѣ, а отношеніе человѣка къ другимъ людямъ. Въ этомъ случаѣ искусство однихъ людей, знаніе сельско-хозяйственной культуры навязывается другимъ въ интересѣ общества, потому что большій урожай можетъ поднять матеріальное, а вмѣстѣ съ тѣмъ и духовное благосостояніе земледѣльческаго класса, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всего общества. Представимъ себѣ законъ, опредѣляющій, что вода съ участковъ, выше расположенныхъ, должна стекать на участки, ниже лежащіе. Въ такой формѣ никто не признаетъ въ этомъ положеніи юридической нормы. Но, если къ этому присоединить, что собственникъ участка, выше лежащаго, не долженъ оказывать препятствія свободному стоку воды съ участка, выше расположеннаго, посредствомъ стѣнъ, запрудъ и т. п., то мы тотчасъ узнаемъ правовую норму. Измѣненіе состояло въ томъ, что предметомъ опре-

дѣленія сдѣлалось не отношеніе человѣка къ природѣ, а отношеніе человѣка къ человѣку.

Между тѣмъ, не смотря на очевидность указаннаго положенія, нерѣдко высказывается мысль, будто правовыя нормы могутъ имѣть своею цѣлью опредѣлить отношеніе человѣка къ вѣншему міру. Такъ напр. право собственности признають опредѣленіемъ отношенія человѣка къ матеріальнымъ вѣщамъ, составляющимъ предметъ этого права. Человѣкъ ставится какъ бы въ непосредственное отношеніе къ вещи, независимо отъ всѣхъ другихъ людей и это отношеніе называется правовымъ. Но при этомъ упускается изъ виду, что сущность права собственности заключается не въ отношеніи собственника къ вещи, такъ какъ онъ можетъ, по своему усмотрѣнію, независимо отъ закона, устранить такое отношеніе, оставить вещь безъ всякаго пользованія, не переставая въ то же время быть собственникомъ,—а заключается въ отношеніи всѣхъ другихъ лицъ къ собственнику.

Если соглашаются, что право не можетъ вообще опредѣлять отношеніе человѣка къ природѣ, то все же нѣкоторые выдѣляютъ изъ послѣдней одушевленные предметы, животныхъ, и утверждаютъ, что отношенія между ними и человѣкомъ могутъ опредѣляться правовыми нормами. За животными признають права. Запрещеніе петязать животныхъ разсматривается, какъ охраненіе ихъ физической неприкосновенности. Въ завѣщательныхъ отказахъ въ пользу любимыхъ домашнихъ животныхъ, для обезпеченія ихъ содержанія по смерти хозяина, видятъ охраненіе ихъ матеріальныхъ интересовъ.

Но взглядъ этотъ представляется совершенно неправильнымъ. Животныя—не члены человѣческаго общества, вырабатывающаго для себя правила общежитія, а потому и не могутъ подлежать дѣйствію правовыхъ нормъ. Правовыя нормы, какъ обращаемыя къ волѣ, не могутъ быть постигаемы животными, потому что послѣднимъ остается чуждо содержаніе нормъ, выраженныхъ способами, доступными только человѣческому пониманію. А при такихъ обстоятельствахъ нельзя говорить о подчиненіи животныхъ правовымъ нормамъ, потому что они не могутъ сознавать послѣдствій нарушенія установленныхъ правилъ. Также невозможно говорить объ осуществленіи животными признанныхъ за ними правъ. Отношеніе человѣка къ животнымъ представляетъ собою только отношеніе къ вѣншему міру и подлежитъ дѣйствію техническихъ нормъ.

Если современныя законодательства содержатъ въ себѣ постановленія, запрещающія безцѣльныя истязанія животныхъ, то при

этомъ имѣются въ виду не животныя интересы, а человѣческіе, интересы общества. Нравственное чувство человѣка возмущается бесполезными терзаніями животнаго, которыя производятся надъ существомъ способнымъ къ страданію, не ради какихъ либо настоятельныхъ интересовъ человѣка, а ради одного удовольствія мучить. Возмущеніе нравственнаго чувства объясняется тѣмъ, что въ такомъ безцѣльномъ истязаніи выражается жестокость человѣка, опасная не только для животныхъ, но и для другихъ людей. Начиная съ животнаго, человѣкъ легко можетъ перенести свое удовольствіе мучить и на своихъ ближнихъ. Возможность терзать животныхъ вызываетъ въ человѣкѣ вновь заглушіе было подѣ влияніемъ общественности дикіе инстинкты и угрожаетъ обществу тѣми опасностями, отъ которыхъ оно въ теченіе долгаго времени обезпечивалось. Вотъ почему разумное правило педагогическія запрещаетъ ребенку обрывать мухамъ крылья, душиить птицъ и комекъ, давить мышей, попавшихъ въ клѣтку и т. д., къ чему дѣти бывають отъ природы весьма склонны. Наблюденіе надъ ожесточающимъ вліяніемъ грубаго обращенія съ животными, хотя бы и вызваннаго общепользуною цѣлью, придаетъ то своеобразное значеніе, которое соединяется со словомъ „мясникъ“.

Если правовыя нормы признають силу завѣщательнаго распоряженія, которымъ въ пользу кошки или собаки оставляется сумма, необходимая для обезпеченія ихъ содержанія, то и въ этомъ случаѣ охраняется не интересъ животныхъ, а интересъ завѣщателя. Уваженіе къ волѣ послѣдняго доходитъ до признанія силы за всѣми его распоряженіями, какъ бы ни казались они далекими отъ интересовъ общества, изъ за которыхъ вообще обезпечивается исполненіе завѣщаній. Сами животныя не могутъ осуществлять правъ, вытекающихъ изъ составленнаго въ ихъ пользу завѣщанія.

Такимъ образомъ, за животнымъ, которое съ перваго взгляда на правовую норму могло бы казаться обладателемъ правъ, всегда скрывается человѣкъ. Если поддаваться первому впечатлѣнію, то съ одинаковымъ успѣхомъ можно бы признать права за тѣми заповѣдными дубами, физическую неприкосновенность которыхъ Петръ Великій охранялъ страхомъ смертной казни.

Литература. Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 21, принимаетъ тѣ же группы мыслимыхъ отношеній человѣка, съ тою только разницею, что отношеніе къ внѣшнему міру онъ ограничиваетъ отношеніемъ къ нисшимъ существамъ, а Voistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, 1899 совсѣмъ отбрасываетъ отношеніе къ внѣшнему міру. — О религіозномъ чувствѣ, какъ страхѣ

см. Геффдингъ, *Очерки психологіи, основанной на опытѣ*, 1892, стр. 301.— Противоположеніе нормъ этическихъ и техническихъ развито у Коркунова, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 4, стр. 30—35.— Бенгамъ, желая распространить область нравственныхъ отношеній за предѣлы человеческого общества, говоритъ, что вопросъ не въ томъ, обладаютъ ли животныя разумомъ и могутъ ли они говорить, а въ томъ, могутъ ли они страдать (*Déontologie*, I, 22). Но Бенгамъ упустилъ изъ виду, что вопросъ заключается именно въ томъ, могутъ ли животныя усвоивать нормы поведенія, устанавливаемыя въ интересахъ общезжитія. По мнѣнію Sidgwick, всѣ, придерживающіеся въ этикѣ утилитарнаго направленія, должны принять взглядъ Бенгама (*The Methods of Ethics*, 1893, стр. 441), но остается невыясненнымъ, на чемъ основывается его увѣренность. Великій моралистъ Кантъ признаетъ, что человекъ не можетъ имѣть нравственныхъ обязанностей относительно низшихъ существъ (*Metaph. Anfangsgründe d. Tugendlehre*, §§ 16 и 17) и напрасно Шопенгауеръ возмущается этимъ взглядомъ, свособнымъ, будто бы, поощрить жестокое обращеніе съ животными (*Основы морали*, стр. 192). О томъ, можетъ ли быть отношеніе человека къ животнымъ юридическимъ см. W. Lange, *Die Tierschutzbewegung* (Gerichtssaal за 1889, т. XLII), Wetzlich, *Das Recht der Thiere oder Beleuchtung des richtigen Verhältnisses zwischen Thier und Mensch in sittlicher und rechtlicher Beziehung*, 1890, Loziński, *Prawo zwierząt*, 1895.—Regelsberger отстаиваетъ возможность говорить о юридическомъ отношеніи человека къ внѣшнему міру (Pandekten, т. I, 1893, стр. 72); противоположнаго взгляда придерживаются Гриммъ, *Основы ученія о юридической сдѣлкѣ*, 1900, стр. 53 и 61—62, Гредескулъ, *Къ ученію объ осуществленіи права*, 1900, стр. 50.

§ 4. Соціальныя нормы. Предшествующее изслѣдованіе привело насъ къ заключенію, что задачей правовыхъ нормъ не можетъ быть ни опредѣленіе отношенія человека къ самому себѣ, ни опредѣленіе его къ Богу, ни опредѣленіе его отношенія къ внѣшнему міру. Слѣдовательно, изъ мыслимыхъ отношеній только отношеніе человека къ человеку можетъ быть предметомъ юридическихъ опредѣленій. Но правовыя нормы не единственныя, которыя преслѣдуютъ ту же цѣль,—отношеніе человека къ человеку опредѣляется также нормами нравственности, приличія, чести, и нѣкоторыми другими. Всѣ такія нормы носятъ названіе соціальныхъ и всѣ онѣ сходятся въ своей цѣли—обеспечить условія общежитія. Сходныя по цѣли, соціальныя нормы различаются по средствамъ достиженія этой общей имъ вѣсь цѣли.

Характеристическая черта, свойственная вѣсь соціальнымъ нормамъ, заключается въ томъ, что онѣ исходятъ отъ воли однихъ людей и обращаются къ волѣ другихъ. Лица, отъ воли которыхъ исходятъ нормы, выполняютъ свою задачу благодаря авторитету, власти, силѣ, значенію, какими пользуются среди другихъ лицъ. Такія нормы могутъ исходить отъ отца къ дѣтямъ, отъ хозяина дома къ прислугѣ, отъ фабриканта къ рабочимъ, отъ начальника

къ подчиненнымъ, отъ учителя къ ученикамъ, отъ корпораціи къ ея членамъ, отъ общественнаго кружка къ отдѣльнымъ лицамъ, его составляющимъ, отъ государственной власти къ подчиненнымъ ей, отъ всего общества къ отдѣльнымъ его единицамъ. Благодаря фактическому положенію, въ которомъ находятся установители нормъ относительно тѣхъ, къ волѣ которыхъ они обращаются, создаваемые ими правила выражаютъ всегда повелѣнія: „люби ближняго, какъ самого себя“, „не убивай“, „не кради“, и т. д.

Повелѣніе, требующее выполненія извѣстныхъ дѣйствій или воздержанія отъ извѣстныхъ дѣйствій, всегда сопровождается явно или молчаливо угрозою невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ уклоненія, виновникомъ которыхъ будетъ авторитетъ, установившій норму. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельстве заключается отличительная черта повелѣнія въ сравненіи со всякимъ другимъ выраженіемъ воли. Безъ этого условія повелительная форма не будетъ отвѣчать существу дѣла, повелѣніе будетъ только просьбою. Напротивъ, просительная форма, сопровождаемая вѣроятностью зла, какое можетъ причинить просящій, по существу превращаетъ просьбу въ повелѣніе. Соціальная норма не есть только сужденіе о поведеніи или оцѣнка его. Сужденіе съ точки зрѣнія цѣлесообразности и оцѣнка поведенія вообще, въ конкретныхъ случаяхъ, предшествуетъ установленію соціальнахъ нормъ и уже на основаніи послѣднихъ составляется сужденіе о конкретномъ поведеніи. Въ утвержденіи, что извѣстное поведеніе должно бы имѣть мѣсто въ интересахъ общегитія, высказывается предположеніе необходимости или полезности установленія той или другой нормы. Въ признаніи поведенія извѣстнаго человѣка безнравственнымъ или противозаконнымъ выражается мнѣніе о несоотвѣтствіи даннаго поведенія съ установленными нормами морали или права. Соціальная норма и не совѣтъ, даваемый однимъ лицами другимъ, хотя бы между ними и существовала связь авторитета. Напр. правительство, заботясь объ усиленіи отечественной торговли, открываетъ для нея новый рынокъ и предлагаетъ отечественнымъ купцамъ направить въ ту сторону свой вывозъ. Въ силу той же фактической зависимости, въ которой находятся лица, къ которымъ обращаются нормы, они „обязываются“ къ выполненію ихъ. Всякому повелѣнію, если оно таково по существу, а не по формѣ только, всегда соответствуетъ обязанность и, наоборотъ, пѣтъ обязанности безъ соответствующаго повелѣнія, сопровождаемаго возможностью зла.

Какъ правило поведенія, норма рассчитана не на единичный случай, а на неопредѣленное число случаевъ. Устанавливая норму поведенія, имѣютъ въ виду ея значеніе въ типическомъ ея проявленіи. Признается, что извѣтнаго рода поведеніе желательно со стороны всѣхъ, къ кому обращена норма. Сохраняя свою полезность въ типическомъ своемъ проявленіи, норма въ единичномъ случаѣ ея проявленія можетъ оказаться нежелательною, даже противорѣчающею той цѣли, для которой была установлена. Тѣмъ не менѣе обязательность ея и въ этихъ послѣднихъ случаяхъ не отпадаетъ. Поведеніе, соответствующее установленнымъ нормамъ, будетъ вообще нормальнымъ или въ частности—правственнымъ, законнымъ, приличнымъ. Поведеніе, не соответствующее установленнымъ нормамъ, будетъ вообще ненормальнымъ или въ частности—безнравственнымъ, противозаконнымъ, неприличнымъ.

Такимъ образомъ социальныя нормы, опредѣляющія поведеніе человѣка въ отношеніи другихъ лицъ, имѣютъ настолько общихъ чертъ, что могутъ образовать родовое понятіе. Въ составъ этого родового понятія, какъ видъ, входятъ правовыя нормы, которыя составляютъ предметъ нашего изслѣдованія. Задача наша сводится, слѣдовательно, къ отысканію видоваго признака правовыхъ нормъ.

Литература. Wundt раздѣляетъ социальныя нормы на три группы: нравы (Sitte), нравственность (Sittlichkeit) и право (Logik, т. II, ч. 2, изд. 1896, т. II, с. 629), причемъ въ первую группу включаетъ правила чести, моды, приличія и т. п. Въ послѣднее время нормы послѣдняго рода обратили на себя особенное вниманіе германскихъ ученыхъ, см. Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 65—68, Regelsberger, *Pandekten* т. I, стр. 60—63. Была сдѣлана попытка отличить нравы отъ нравственности на томъ же основаніи, на какомъ держится отлчіе полицейскаго проступка отъ уголовного преступленія: Ihering, *Zweck im Recht*, изд. 1893, т. II, стр. 263, отличаетъ unsittliche отъ unmoralische, какъ bloss gefährliche отъ schädliche. Можетъ быть, приводимые имъ примѣры дѣйствительно подтверждаютъ его мысль, но есть не мало случаевъ, не укладывающихся въ эти рамки.—Анализъ понятія о повелѣннн (command) лучше всего выполненъ Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, изд. 1883, стр. 89 и слѣд. Отрицаетъ за юридическими нормами характеръ повелѣннн и признаетъ ихъ сужденіями только Zitelmann, *Thrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, стр. 222—223, противъ такого взгляда Elzbacher, *Über Rechtsbegriffe*, 1900, стр. 19, 21.

§ 5. Юридическія нормы. Юридическія нормы, какъ и нормы нравственности, имѣютъ своимъ предметомъ опредѣленіе поведенія человѣка въ отношеніи къ другимъ людямъ. Здѣсь нѣтъ почвы для отлчія права отъ нравственности. Между тѣмъ существуетъ мнѣніе, будто нормы нравственности имѣютъ особую область примѣненія: онѣ опредѣляютъ внутреннія отношенія, т. е.

отношенія человѣка къ самому себѣ и въ этомъ обстоятельствѣ нѣкоторые желали бы видѣть отлічіе этическихъ нормъ отъ нормъ правовыхъ, которыя опредѣляютъ лишь внѣшнія отношенія. Но достаточно обратить вниманіе на основныя нормы нравственности, не убивай, не кради, не лги, чтобы убѣдиться, что эти нормы опредѣляютъ именно отношеніе человѣка къ человѣку съ общественной точки зрѣнія. Съ другой стороны неѣрно и то, будто право сосредоточиваетъ свой интересъ исключительно на внѣшнихъ отношеніяхъ: стоитъ вспомнить тѣ тонкія различія въ умствѣ, которыя дѣлаютъ уголовное право, чтобы признать всю важность внутренней стороны поведенія для оцѣнки съ юридической точки зрѣнія.

Юридическія нормы, устанавливая извѣстнаго рода поведеніе, оставляютъ безъ вниманія тѣ мотивы, которые побуждаютъ къ соблюденію ихъ, но не остаются равнодушны къ мотивамъ, склоняющимъ къ нарушенію ихъ. Платитъ ли покущикъ деньги за купленную вещь потому, что рассчитываетъ тѣмъ побудить продавца передать ему вещь, или потому, что опасается за свой кредитъ, если распространятся слухи о его неисполнительности, или потому, что находитъ неприличнымъ не заплатить купцу, или потому что боится гнѣва Божія за обиду труженнику, или потому, что знаетъ, что продавецъ заставитъ его заплатить при посредствѣ суда—все эти мотивы не имѣютъ значенія для юридической оцѣнки поведенія покупателя. Также мало значенія имѣетъ мотивъ, которымъ руководствуется плательщикъ налоговъ: сознаетъ ли онъ необходимость для каждаго гражданина удѣлять часть своихъ доходовъ на нужды государства, или ожидаетъ преимуществъ, верѣдко соединяемыхъ съ уплатою высокихъ налоговъ, или опасается штрафа за промедленіе въ платежѣ. Безразлично для права, воздерживается ли человѣкъ отъ убійства своего врага уваженіемъ къ жизни ближняго или опасеніемъ совершить грѣхъ или же страхомъ передъ угрожающимъ ему наказаніемъ.

Но дѣло тотчасъ измѣняется, когда возникаетъ вопросъ объ юридической оцѣнкѣ нарушенія нормы. Для государства далеко не безразлично, представляетъ ли собою убійца человѣка, признающаго вообще неприкосновенность жизни другихъ лицъ и нарушившаго норму подъ влияніемъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, аффекта, запальчивости, ревности, самозащиты, или же убійца человѣка, который способенъ лишитъ другого жизни всякій разъ, какъ его побуждаетъ къ тому непосредственная выгода и представляется вѣроятность остаться безнаказаннымъ. Право относится неодинаково

къ должнику, который оказывается не въ состояніи платить долги вслѣдствіе степенія непредвидѣнныхъ обстоятельствъ, къ должнику, который своею неосторожностью и невниманіемъ къ интересамъ своихъ кредиторовъ лишилъ ихъ возможности получить полное удовлетвореніе, наконецъ къ должнику, который умышленно скрываетъ часть своего имущества, чтобы обогатиться на счетъ обманутыхъ кредиторовъ. Съ точки зрѣнія юридической различно оцѣнивается отвѣтственность добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ.

Такимъ образомъ, если право довольствуется внѣшнею стороною при соотвѣтствіи поведенія съ юридическими нормами, то въ случаѣ нарушенія ихъ обращаетъ вниманіе и на внутреннюю сторону, на мотивъ, побуждающій къ уклоненію отъ требуемаго поведенія. Здѣсь выступаетъ уже оцѣнка дѣйствій съ точки зрѣнія опасности для общественнаго порядка, которая кроется въ личности нарушителя, хотя бы дѣйствія его и не причиняли вреда другимъ, напр. при нѣкоторыхъ покушеніяхъ и особенно при приготовленіяхъ къ преступленію. Юридическая репрессія будетъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ болѣе настроенъ правонарушитель поступать вообще несогласно съ требованіями закона и, наоборотъ, она тѣмъ слабѣе, чѣмъ менѣе правонарушеніе обнаруживаетъ наклонность нарушителя поступать вопреки юридическимъ повелѣніямъ.

Повидимому, мы подошли къ основному отличію юридическихъ нормъ отъ нравственныхъ: первыя оцѣниваютъ мотивы поведенія только въ случаѣ нарушенія нормъ, тогда какъ вторыя подвергаютъ оцѣнкѣ мотивы, какъ побуждающіе соблюдать, такъ и побуждающія нарушать нормы нравственности. Но различіе это не относится къ существу тѣхъ и другихъ нормъ. Оно объясняется прежде всего тѣмъ, что нравственность располагаетъ двумя средствами, обеспечивающими соблюденіе ея нормъ: одобреніемъ и порицаніемъ. Напротивъ, право пользуется только однимъ изъ этихъ средствъ, а именно порицаніемъ. Къ соблюдающимъ юридическія нормы внутренняя оцѣнка не приложима за отсутствіемъ приспособленныхъ къ тому средствъ, хотя, конечно, общество всегда ставитъ выше человѣка, соблюдающаго законы по чувству законности, чѣмъ изъ страха послѣдствій ихъ нарушенія. Однако, не слѣдуетъ думать, что право не можетъ пользоваться первымъ средствомъ, принуждено ограничиться порицаніемъ, что эта особенность относится къ природѣ юридическихъ нормъ и отличаетъ ихъ отъ нравственныхъ. Изъ того, что право не пользуется одобреніемъ, какъ средствомъ

обезпеченія юридическихъ нормъ, не вытекаетъ, что право и не можетъ имъ пользоваться. Въ рѣдкихъ случаяхъ оно прибѣгаетъ въ этому средству. Напр. оказаніе помощи погибающему, если оно не соединено съ явною опасностью, составляетъ не только нравственную, но и юридическую обязанность гражданина (удоженіе о наказаніяхъ ст. 1521 и 1522), а спасеніе жизни погибающаго съ опасностью для собственной жизни юридически оцѣняется правомъ на награду. Предоставляя предъявившему находку треть стоимости, законъ вознаграждаетъ добросовѣстность нашедшаго, который легко могъ утаить и присвоить себѣ вещь: его поступокъ подвергается юридическому одобренію. Одобреніе слѣдуетъ видѣть въ признаніи за добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ права собственности, котораго не имѣло лицо, отчуждавшее вещь. Если государство не прибѣгаетъ чаще къ этому средству, то только потому, что оно мало достигаетъ цѣли и неспособно конкурировать съ силою общественнаго мнѣнія.

Юридическія нормы выражаются, какъ и нравственныя, въ повелѣніяхъ, исходящихъ отъ однихъ лицъ и обращаемыхъ къ другимъ. Повелѣнія могутъ выражаться какъ въ положительной, такъ и въ отрицательной формѣ. Они или требуютъ отъ лицъ, къ которымъ обращены, чтобы тѣ совершили дѣйствія, имѣющія извѣстный интересъ для другихъ опредѣленныхъ лицъ или для всего общества, или же требуютъ отъ лицъ, къ которымъ обращены, чтобы тѣ воздерживались отъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій, хотя бы и полезныхъ имъ, но вредныхъ для другихъ или для всего общества. Повелѣнія въ тѣсномъ смыслѣ и запрещенія имѣютъ въ виду подѣйствовать на волю тѣхъ лицъ, къ которымъ обращены, и побудить ихъ сообразовать свое поведеніе съ интересами общества по указанію, даваемому нормамъ, а не по собственному усмотрѣнію. Являясь по сущности своей всегда повелѣніями, юридическія нормы могутъ быть выражены и чаще всего выражаются въ изъявительномъ, а не въ повелительномъ наклоненіи.

Подобныя повелѣнія могутъ исходить отъ лицъ, которыя способны поддержать свои требованія угрозою причинить зло, которыя располагаютъ достаточною силою для приведенія этой угрозы въ исполненіе, и которыя, наконецъ, не имѣютъ надъ собою авторитета, могущаго отмѣнить предъявленные требованія или не допустить приведенія ихъ въ исполненіе. Другими словами, юридическія нормы всегда исходятъ отъ верховной власти, все равно, какъ бы ни была она организована, находится ли она всецѣло въ рукахъ абсо-

лютаго монарха или осуществляется совмѣстно конституціоннымъ монархомъ и парламентомъ. Повелѣнія всѣхъ другихъ лицъ, подчиненныхъ верховной власти, не имѣютъ сами по себѣ юридическаго характера, но могутъ приобрести его и приобретаютъ тогда и настолько, когда и насколько верховная власть признаетъ за ихъ велѣніями такую же обязательность, какъ бы они исходили непосредственно отъ нея самой. Такъ какъ верховная власть составляетъ отличительный признакъ понятія о государствѣ, то отсюда видно, что 1) вѣдъ государства нѣтъ права и что 2) юридическія нормы имѣютъ значеніе нормъ права только въ предѣлахъ государства, т. е. въ предѣлахъ, которыми ограничивается сила верховной власти.

Воля верховной власти обращается ко всѣмъ тѣмъ лицамъ, отъ которыхъ она можетъ требовать извѣстнаго поведенія. Эти лица въ совокупности своей составляютъ населеніе государства, котораго верховной власти они подчинены, т. е. являются подданными или гражданами извѣстнаго государства. Для лицъ, не подчиненныхъ вообще данной верховной власти, велѣнія последней не имѣютъ юридическаго значенія, если они находятся внѣ дѣйствія ея силы,—для иностранцевъ. Для лицъ, не подчиненныхъ вообще данной верховной власти, но находящихся фактически подъ дѣйствіемъ ея силы, велѣнія имѣютъ обязательное значеніе,—для иностранцевъ, пребывающихъ въ предѣлахъ данной территоріи. Для лицъ, подчиненныхъ вообще данной верховной власти, но не находящихся подъ дѣйствіемъ ея силы, велѣнія не имѣютъ обязательнаго значенія,—для подданныхъ, уѣхавшихъ за границу и не подлежащихъ выдачѣ. Такимъ образомъ юридическія нормы обращены къ тѣмъ и только къ тѣмъ, которые фактически находятся подъ дѣйствіемъ силы, дающей возможность верховной власти настаивать на исполненіи ея требованій, совершенно такъ же, какъ и нравственныя нормы имѣютъ силу только для тѣхъ, кто фактически чувствуетъ на себѣ давленіе общественнаго мнѣнія той среды, гдѣ онъ находится.

Можно было бы попытаться построить различіе нормъ на томъ обстоятельстве, что нормы нравственности вырабатываются всѣмъ обществомъ или частями, а юридическія нормы исходятъ отъ особъ, для этой цѣли учрежденныхъ органовъ. Однако, если въ государствахъ, достигшихъ извѣстной степени сложности въ общественныхъ отношеніяхъ, созданіе юридическихъ нормъ вручается особымъ законодательнымъ органамъ, то юридическія нормы мыслимы и безъ наличности такого органа, а слѣдовательно въ этомъ

обстоятельствѣ нельзя найти искомый признакъ. Въ самомъ дѣлѣ, юридическія нормы существуютъ не только въ формѣ закона, но и въ формѣ обычнаго права, содержаніе котораго вырабатывается всеѣмъ обществомъ или группами его. Первоначально все юридическія нормы вырабатываются самимъ обществомъ, потомъ законодатель вноситъ въ кодексы выработанныя уже обществомъ нормы, и только въ весьма позднее время законодательная власть рѣшается самостоятельно творить право. Но даже на самыхъ позднихъ ступеняхъ развитія рядомъ съ законами существуютъ юридическія нормы, вырабатываемыя въ средѣ самого общества такъ же, какъ и нормы нравственности.

Воля представителей верховной власти, передаваемая подчиненнымъ ей посредствомъ вѣнскихъ знаменъ, предполагаетъ способность къ воспріятію велѣній. Неспособные усвоить эту волю не обязываются юридическими нормами къ определенному поведенію. Повелѣніе сообразовать свои дѣйствія съ интересами всего общества обращается къ лицамъ, на которыхъ возлагается надзоръ за ними и которыя выполняютъ эту задачу иными, не юридическими, средствами. Какъ съ нравственной стороны поведеніе лицъ, неспособныхъ усвоить содержаніе нормъ, не подлежитъ нравственному одобренію или осужденію, такъ и съ юридической стороны поведеніе такихъ лицъ не вызываетъ тѣхъ послѣдствій, какия соединяются для другихъ лицъ съ нарушеніемъ юридическихъ нормъ.

Юридическія нормы познаются тѣми же способами, какъ и нравственныя. Это объясняется тѣмъ, что значительное число юридическихъ нормъ, по своему содержанію, совпадаетъ съ нравственными. Поэтому часть юридическихъ нормъ воспринимается независимо отъ юридического характера, въ качествѣ этическихъ. Затѣмъ, цѣлый рядъ предковъ, подчиненныхъ правовому порядку, создаетъ въ потомкахъ наследственнымъ путемъ ту подготовленность къ воспріятію извѣстныхъ юридическихъ нормъ, которая совершенно чужда человѣку, предки котораго жили внѣ государственнаго быта. У разныхъ народовъ складывается временемъ предрасположеніе къ тому или иному политическому строю. У однихъ укоренилось большее признаніе индивидуальной собственности, у другихъ сильны общинныя тенденціи. Современные европейскіе народы представляютъ намъ образцы обществъ (Черногорія), среди которыхъ глубоко укоренилось сознаніе права кровной мести, и обществъ, членамъ которыхъ это чувство чуждо. Особенно важнымъ факторомъ, распространяющимъ познаніе нормъ права, является воспитаніе. Съ

основными нормами права каждый знакомится съ малыхъ лѣтъ, благодаря только тому, что живетъ и растетъ въ правовой атмосферѣ. Случаи, затрогивающіе съ юридической стороны семью, въ которой воспитывается человекъ, а также близкихъ родственниковъ и знакомыхъ, гласность суда, печатаніе въ газетахъ судебныхъ отчетовъ, участіе въ судебной дѣятельности въ качествѣ присяжныхъ заседателей, свидѣтелей, экспертовъ,—все эти обстоятельства имѣютъ не малое воспитательное значеніе въ юридическомъ смѣлѣ. Государство, сознавшее, насколько для его цѣлей важно, чтобы граждане обладали знаніемъ нормъ права, подъ дѣйствіемъ которыхъ имъ приходится жить, старается распространить юридическое образованіе школьнымъ путемъ. Примѣры и жизненный опытъ, побуждающій каждаго знакомиться съ содержаніемъ нормъ, которыя блеще всего касаются его интересовъ, также способствуютъ ознакомленію съ дѣйствующими нормами.

Однако государство не можетъ довольствоваться такими способами познанія юридическихъ нормъ. Если назначеніе послѣднихъ обезпечить условія общежитія, то цѣль эта можетъ быть достигнута только при томъ условіи, если нормы будутъ извѣстны каждому гражданину. Чтобы дать возможность ознакомиться съ нормами, государство обнародываетъ ихъ, оглашаетъ въ людныхъ мѣстахъ, печатаетъ, собираетъ въ сборники, систематизируетъ въ кодексы. Этимъ путемъ достигается большая точность содержанія нормъ и большая легкость ознакомленія съ ними.

Но въ кодификаціи не содержится отличительный признакъ юридическихъ нормъ, потому что во первыхъ юридическія нормы вначалѣ жизни народовъ не кодифицированы, какъ и нравственныя, а на позднѣйшихъ ступеняхъ не все юридическія нормы кодифицируются (обычное право); во вторыхъ нѣтъ ничего невозможнаго въ кодификаціи основныхъ нравственныхъ нормъ, чему доказательствомъ служитъ перѣдко встрѣчающаяся кодификація нравственныхъ правилъ въ религіозныхъ памятникахъ.

Если достигнуто познаніе юридическихъ нормъ, то спрашивается, что побуждаетъ человека согласовать свое поведеніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ съ требованіями объективнаго права?

Какъ и въ области нравственности, первыми побудителями къ выполненію юридическихъ повелѣній являются унаслѣдованныя и усвоенныя воспитаніемъ наклонности. Народъ, приученный къ уваженію законовъ, не легко отступаетъ отъ законности и усваиваетъ себѣ необыкновенную консервативность, являющуюся важнѣйшимъ

обезпеченіемъ правового порядка. Напротивъ, народъ, привыкшій въ теченіе долгаго времени къ постоянному нарушенію законовъ, равнодушно относится къ законности управленія, не отличается устойчивостью въ юридическихъ понятіяхъ и легко переходитъ отъ одного правового порядка къ другому. Члены одного общества усвоили себѣ привычку отстаивать всеми средствами свои права, возставать противъ малѣйшаго нарушенія ихъ законныхъ интересовъ, относиться недоброжелательно къ нарушителямъ правового порядка, какъ къ общимъ врагамъ, а соотвѣтственно тому и сами стараются не выходить изъ предѣловъ своего права. Напротивъ, члены иныхъ обществъ не усвоили себѣ привычки отстаивать свои права, равнодушно смотрятъ на не слишкомъ значительныя нарушенія ихъ законныхъ интересовъ, готовы всегда идти на примиреніе, смотрятъ на правонарушителей лишь какъ на враговъ правительства, а не общества, а потому перѣдко болѣе сочувствуютъ ихъ несчастной судьбѣ, чѣмъ возмущаются ихъ поступкомъ, сами опасаются вполне осуществлять свои права, но, при увѣренности въ безнаказанности, также охотно переступаютъ предѣлы своихъ правъ въ ущербъ другимъ. То, что дѣлаетъ исторія въ отношеніи всего народа, дѣлаетъ воспитаніе въ отношеніи отдѣльнаго лица. Человѣкъ, съ малыхъ лѣтъ привыкшій уважать авторитетъ закона, привыкшій видѣть вокругъ себя безусловное и строгое соблюденіе законовъ, приобретаетъ привычку слѣдовать предписаніямъ объективнаго права, какъ бы ни расходилось требуемое отъ него поведеніе съ непосредственнымъ его интересамъ.

Отступленіе или только мысль отступить отъ привычнаго соблюденія юридическихъ нормъ производитъ непріятное душевное состояніе, вполне аналогичное угрызенію совѣсти. Чувству совѣсти въ области нравственности соотвѣтствуетъ чувство законности въ области права. Какъ чувство совѣсти представляетъ лучшее обезпеченіе нравственнаго порядка, такъ чувство законности является лучшей гарантіею правового порядка. Можно было бы опасаться за судьбу того государства, гдѣ условія общежитія вовсе не обезпечивались бы чувствами совѣсти и законности.

Чувство законности однородно съ чувствомъ совѣсти, но не тождественно съ нимъ. Угрызенія совѣсти вызываются отступленіемъ отъ нормъ нравственныхъ, чувство законности приводится въ раздраженіе отступленіемъ отъ нормъ права. Во многихъ случаяхъ эти чувства совпадаютъ, напр. въ случаѣ обыкновеннаго убійства. Но иногда между ними возможна борьба, способная привести къ тра-

гическому исходу и это обстоятельство съ очевидностью доказывать, что чувства эти не тождественны. Напр. чувство совѣсти не позволяетъ человѣку судить другихъ, а между тѣмъ чувство законности побуждаетъ его къ выполнению возложенной на него обязанности присяжнаго засѣдателя. По чувству совѣсти человѣкъ не рѣшается поднять руки на другого человѣка, хотя бы то былъ врагъ его отечества, а по чувству законности онъ сознаетъ необходимость становиться въ ряды защитниковъ своего государства.

Мотивомъ, побуждающимъ каждого члена общества сообразовать свое поведеніе съ нормами права, помимо унаслѣдованной и усвоенной воспитаніемъ привычки и независимо отъ всякаго внѣшняго давленія,—является сознаніе собственнаго интереса. Этотъ интересъ двоякаго рода. Члену общества представляется выгоднымъ соблюдать норму въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, напр. интересъ продавца при исполненіи имъ своей обязанности заключается въ возможности, на этомъ основаніи, требовать отъ покупателя исполненія имъ своей обязанности. Во вторыхъ члену общества выгодно приобрести увѣренность, что всѣ его сограждане будутъ сообразовать свое поведеніе съ установленными юридическими нормами. Поэтому онъ долженъ въ собственномъ интересѣ преграждать другимъ возможность нарушать права и самъ не выходить изъ предѣловъ своего права. Онъ долженъ сознавать, что его собственный примѣръ способенъ вызвать подражаніе въ томъ же направленіи со стороны другихъ и это прежде всего можетъ отразиться на немъ самомъ. Купецъ, объявляющій себя несостоятельнымъ съ цѣлью уклониться отъ платежа своихъ обязательствъ полнымъ рублемъ, долженъ ожидать, что и постоянные его контрагенты поступать раньше или позже съ нимъ точно также. Чѣмъ выше развитіе лица, тѣмъ яснѣе представляется ему значеніе правового порядка и его вліяніе на благополучіе каждого члена общества въ отдѣльности, тѣмъ сильнѣе укрѣпляется въ немъ сознаніе необходимости слѣдовать предписаніямъ закона.

Однако всѣ эти мотивы могутъ оказаться недостаточными. Человѣкъ не получилъ по наслѣдству склонности слѣдовать установленнымъ нормамъ, воспитаніе не восполнило этого природнаго недостатка, а личное развитіе не подсказываетъ ему правильнаго пути къ обезпеченію своихъ интересовъ. Чѣмъ же въ такомъ случаѣ поддерживается требованіе, выраженное въ юридической формѣ? Тогда на сцену выступаетъ принужденіе, выраженное въ такой формѣ, въ какой мы не встрѣчаемъ его въ нормахъ нравственности,

шедшихъ до сихъ поръ въ нашемъ изслѣдованіи параллельно съ нормами права. Правовой нормѣ свойственна принудительность, которая и составляетъ признакъ, отличающій нормы юридическія отъ иныхъ соціальныхъ нормъ.

Литература. Стремленіе овести праву сферу внѣшняго поведения, а нравственности внутренній міръ весьма распространено: Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1900, стр. 21, Wagnkōnig, *Juristische Encyclopädie*, 1853, стр. 17, Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, 1888, стр. 112, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, т. I, стр. 114—115, Dahm, *Vernunft im Recht*, 1879, стр. 35, Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 56, Чичеринъ, *Философія права*, 1900, стр. 89, Ренненкампфъ, *Очерки энциклопедіи права*, 1880, стр. 36, Гамбаровъ, *Право въ его основныхъ моментахъ* (Сб. общихъ юрид. знаний, в. 1, 1899, стр. 47). Крайнее мнѣніе высказываетъ Кавелинъ, будто нравственнымъ или безнравственнымъ можетъ быть названъ поступокъ лишь по отношенію къ лицу, которое его совершило (*Задачи этики*, 1887, стр. 13). Къ этому взгляду примыкаетъ Коркуновъ, по мнѣнію котораго человѣкъ, взятый отдѣльно, изолированно, внѣ его отношеній къ другимъ людямъ, можетъ руководиться одними нравственными правилами (*Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 39). Справедливо замѣчаетъ Jellinek, что при такомъ взглядѣ нѣтъ возможности установить связь между правомъ и моралью (*Socialethische Bedeutung des Rechts, Unrecht und Strafe*, 1878, стр. 50). См. также по этому поводу Heffting, *Ethik*, 1888, стр. 406. Sidgwick, *The Methods of Ethics* 1893, стр. 17. Параллель между нормами нравственности и права проведена въ моей работѣ «Опредѣленіе понятія о правѣ», 1896.—Взгляда, что право можетъ возникнуть только въ государствѣ и что потому государство предшествуетъ праву въ исторической преемственности, придерживаются Windt, *Ethik*, 1893, стр. 215; Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 316—318; Gareis, *Rechts-Encyclopädie und Methodologie*, 1900, стр. 35; Holland, стр. 41, Пусторослевъ, *Анализъ понятія о преступленіи*. Сюда же относится японскій ученый Като, *Der Kampf ums Recht des Stärkeren und seine Entwicklung* 1894, который замѣчаетъ, что жизнь дана человѣку ранѣе, конечно, чѣмъ образовалось государство, но право на жизнь возникло только въ государствѣ (стр. 10). Напротивъ Савиньи считаетъ само государство die höchste Stufe der Rechtserzeugung (*System d. heutigen römischen Rechts*, т. I, стр. 22), Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, стр. 142—143, Thon, *Der Rechtsbegriff* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, 1880, т. VII, стр. 243), Haenel, *Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne*, 1888, стр. 214—234 и особенно 217. Eltzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900, стр. 30—31, Гамбаровъ, *Право въ его основныхъ моментахъ* (Сборникъ, стр. 39), Пестражицкій, *Очерки философіи права*, в. I, 1900, стр. 58—59. Вѣрно указываетъ Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, т. I, 1900, стр. 329, что превратность такого воззрѣнія объясняется представленіемъ о государствѣ въ его высшей, современной формѣ; мнѣніе, будто право предшествуетъ государству, было бы невозможно, если бы держались динамическаго представленія о государствѣ. Возможность кодификаціи нравственныхъ нормъ совершенно отрицаетъ Ames, *The Science of Law*, стр. 38.—Преувеличенное значеніе одобренію въ правѣ находимъ у Гредекюла, *Къ вопросу объ осуществленіи права*, 1900, стр. 33, по мнѣнію котораго общаніемъ благъ право достигаетъ своихъ положительныхъ задачъ, а угрозою—отрицательныхъ. А такъ какъ положительныя задачи значительно шире отрицательныхъ, то громадное значеніе одобренія должно бы быть очевиднымъ—но этого въ дѣйствительности и не замѣчается.

§ 6. Понятіе о принужденіи, какъ видовомъ признакъ. Юридическія нормы представляютъ собою, какъ мы видѣли, требованія, обращаемыя ко всеѣмъ лицамъ, фактически подчиненнымъ государственной власти. Онѣ не предлагаютъ только, не убѣждаютъ, не совѣтуютъ, не просятъ, не учатъ поступать такимъ именно образомъ, по повелѣваютъ, требуютъ.

Однако выраженное въ самой рѣшительной формѣ, повелѣніе не можетъ исключать свободы усмотрѣнія и дѣйствія со стороны тѣхъ лицъ, къ которымъ оно обращено. Поведеніе, какъ система дѣйствій, непремѣнно предполагаетъ волю самого дѣйствующаго. Никакая власть въ мірѣ не располагаетъ силою заставить человека поступать такъ, какъ она хочетъ, а не такъ, какъ онъ самъ хочетъ. Если человекъ рѣшилъ окончательно убить другого, то уголовный законъ не можетъ помѣшать ему привести въ исполненіе свой замыселъ. Когда должникъ не хочетъ платить своей долгу, то нѣтъ никакой физической возможности заставить его совершить это дѣйствіе и взыскаііе съ его имущества, конечно, не тождественно съ исполненіемъ съ его стороны того, къ чему онъ обязался. Уклоняющагося по убѣжденію отъ воинской повинности никакія мѣры не могутъ поставить въ строй. О насильственномъ согласованіи поведенія съ нормою можно было бы говорить въ тѣхъ случаяхъ, когда своевременнымъ арестомъ предупреждается возможность совершения противозаконнаго поступка. Но и въ этомъ случаѣ не лицо, угрожающее нарушеніемъ нормы, выполняетъ предписаніе нормы, такъ какъ оно не совершаетъ требуемаго дѣйствія, а то лицо, напр. полиція, которому предписывается принятіе такихъ предупредительныхъ мѣръ. Слѣдовательно, такъ какъ государственная власть не въ состояніи принудить гражданъ къ исполненію тѣхъ именно дѣйствій, которыя составляютъ содержаніе нормъ,—не представляется никакой возможности понимать принужденіе въ смыслѣ физическаго насилія.

Государственная власть и не задается мыслью заставить силою подчиненныхъ ей гражданъ совершать тѣ дѣйствія, которыя она считаетъ необходимыми въ интересѣ обезпеченія условій обществя. Если она не можетъ принудить гражданъ дѣйствовать не такъ, какъ они хотятъ сами, а какъ она хочетъ, то ей остается склонить ихъ къ тому, чтобы они сами захотѣли дѣйствовать такъ, какъ она хочетъ. Она довольствуется описаніемъ желательнаго поведенія и угрозою невыгодныхъ послѣдствій для лицъ, уклоняющихся отъ требуемаго образа дѣйствій. Поэтому принужденіе, соединяемое съ пра-

вовою нормою, всегда имѣеть только психическій характеръ. Если у лица, подчиненнаго нормѣ, сохраняется свобода дѣйствій, выборъ между которыми опредѣляется сильнѣйшимъ мотивомъ, то задача юридическихъ нормъ состоитъ именно въ томъ, чтобы оказать воздѣйствіе на волю этого лица, вызвать сильнѣйшій мотивъ въ пользу соблюденія нормы. Вызвать такой мотивъ можно лишь угрозою причинить страданіе въ случаѣ совершенія дѣйствій, несогласныхъ съ требуемыми закономъ. Придется гражданину дѣлать выборъ между тѣмъ страданіемъ, которое онъ испытаетъ, отказываясь отъ удовольствія, соединеннаго съ уклоненіемъ отъ нормальнаго поведенія, и тѣмъ страданіемъ, которое угрожаетъ ему за нарушение предписанія нормы. Кассиръ имѣеть сильное побужденіе присвоить взвѣренныя ему деньги, которое побуждаетъ всѣ соображенія нравственности, отклонившія его отъ этого намѣренія. Въ эту борьбу мотивовъ вмѣшивается право и ставитъ на сторону побуждаемыхъ мысль объ уголовномъ наказаніи,—и побѣда переходитъ на сторону законнаго поведенія: искушеніе устранено, нормальное поведеніе поддержано. Должникъ охотно не заплатитъ бы долга, но онъ знаетъ, что все равно эту цѣнность взыщутъ на его имущество въ распродажею обстановки, дома или имѣнія и даже отнятая такимъ путемъ цѣнность можетъ превысить ту, которую онъ могъ бы добровольно уплатить. Ростовщикъ имѣеть большое желаніе взять проценты гораздо выше дозволенныхъ, но оно парализуется нервѣдко опасеніемъ, что въ случаѣ обнаруженія этого обстоятельства передъ судомъ онъ не получитъ никакихъ процентовъ и еще посидитъ въ тюрьмѣ. Помѣщикъ не прочь былъ бы скосить траву на сосѣднихъ дугахъ, но онъ знаетъ, что ему придется заплатить за сѣно, да еще, сверхъ того, возмѣстить судебныя издержки.

Могутъ возразить, что понимаемое такимъ образомъ принужденіе не составляетъ особенности юридическихъ нормъ. Нравственнымъ нормамъ также свойственно давленіе, оказываемое на волю человѣка со стороны общественнаго мнѣнія. Точно также человѣкъ воздерживается отъ нѣкоторыхъ, соблазнительныхъ для него, дѣйствій и побуждается къ другимъ, не доставляющимъ ему удовольствія, страхомъ передъ гнѣвомъ Божіимъ. Что нравственное и религиозное давленіе однородно съ юридическимъ принужденіемъ, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія. Но между ними замѣчается и существенное различіе.

Прежде всего бросается въ глаза опредѣленность страданія, которымъ угрожаютъ юридическія нормы, совершенно чуждая нор-

мамъ нравственности. Зло, которое причинить общество нарушителю нравственной нормы, можетъ значительно превзойти зло, соединяемое по закону съ нарушеніемъ однородной юридической нормы. напр. въ случаѣ кооператива. Но лицо, собирающееся нарушить юридическую норму, можетъ знать заранее объемъ и качество ожидаемаго страданія, нарушитель же нравственнаго порядка можетъ только предполагать реакцію общественнаго мнѣнія, а какого рода будетъ она, этого онъ предвидѣть не въ состояніи, такъ какъ это вопросъ, тѣсно связанный съ общественной психологіей, такъ какъ форма реакціи зависитъ отъ всей совокупности разнообразныхъ причинъ, способныхъ оказать дѣйствіе на настроеніе общественной группы.

Вторымъ, и несравненно болѣе важнымъ, отличіемъ юридическаго принужденія отъ нравственнаго давленія, является опредѣленность органовъ, причиняющихъ страданіе нарушителю нормы. При отступленіи отъ нравственныхъ нормъ воздѣйствіе со стороны общества не проявляется какими либо опредѣленными, заранее для этой цѣли предназначенными лицами, а самимъ обществомъ, большею или меньшею его частью. Общественная поверхность, оказывающая давленіе, зависитъ отъ общественнаго положенія человѣка, нарушающаго нормы. Отсутствие прочихъ связей съ какою либо общественною группою, совершенно немислимое въ первоначальный періодъ общественнаго развитія, и вполне возможное въ современномъ общественномъ быту,—можетъ привести силу этого давленія почти къ нулю. Напротивъ, нарушеніе юридической нормы влечетъ за собою мѣры воздѣйствія со стороны заранее для этой цѣли установленныхъ органовъ верховной власти. Въ нравственной реакціи общество само расправляется при помощи лицъ, которыхъ случай выбралъ для выполненія этой задачи, тогда какъ въ правовой реакціи задача эта выполняется заранее, именно для этой цѣли, выбранными лицами, которыя снабжены и соотвѣствующими средствами. Отсюда мы видимъ, что охраненіе нравственныхъ нормъ не имѣетъ организаціи, тогда какъ юридическія нормы обладаютъ организованной защитой, при чемъ безразлично, вырабатываются ли нормы самимъ обществомъ или создаются опять таки предназначенными къ тому органами верховной власти.

Такимъ образомъ верховная власть, признавая выработанныя уже обществомъ нормы или сама создавая ихъ, угрожаетъ за нарушеніе ихъ причиненіемъ виновнику страданія при помощи особо предназначенныхъ къ тому органовъ. Угроза составляетъ средство

воздѣйствія на волю членовъ государства, страхъ передъ невыгодными послѣдствіями долженъ служить мотивомъ, склоняющимъ человека къ нормальному поведенію. Если же другіе мотивы оказались сильнѣе и произошло нарушеніе охраняемой нормы, то наступаютъ обѣщанныя невыгодныя послѣдствія. Здѣсь обнаруживается потребность въ силѣ, способной привести угрозу въ исполненіе. Наблюденіе показываетъ, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ угроза является вполне отвѣчающею своей цѣли и сдерживаетъ поведеніе гражданъ въ предѣлахъ нормального. Только въ исключительныхъ случаяхъ приходится верховной власти прибѣгать къ силѣ. Но возможность приложенія силы сопутствуетъ каждому отношенію, опредѣляемому юридическою нормою.

Невыгодныя послѣдствія, которыми угрожаютъ юридическія нормы, могутъ имѣть уголовный или гражданскій характеръ. Гражданская санкція состоитъ въ угрозѣ насильственно изъять изъ состава имущества правонарушителя ту цѣнность, которою онъ незаконно воспользовался. Покупщикъ, не платящій продавцу за переданную вещь, имѣетъ удовольствіе отъ того, что пользуется и этою вещью и тою цѣнностью, которую онъ долженъ былъ бы отдать въ видѣ цѣны. Но, отказываясь добровольно исполнить свою обязанность, онъ долженъ предвидѣть, что ему предстантъ нѣкоторое страданіе—органы власти возьмутъ изъ его имущества эквивалентъ неуплаченной цѣны. Здѣсь страданіе отъ лишенія цѣнности уравнивается удовольствіемъ отъ противозаконнаго удержанія цѣны купленной вещи. Уголовная санкція заключается въ угрозѣ лишить виновника какого либо изъ тѣхъ благъ, которыми все граждане пользуются подъ защитою закона, т. е. неприкосновенности личной или имущественной. Здѣсь уже нѣтъ того соответствія между полученнымъ отъ правонарушенія удовольствіемъ и угрожаемымъ за то страданіемъ, какъ это замѣчается при гражданской санкціи. Вору, получившему удовольствіе отъ пользованія цѣнностью украденной вещи вовсе не грозитъ лишеніе такой же цѣнности. Таковы невыгодныя послѣдствія, которыми угрожаютъ юридическія нормы въ случаѣ ихъ нарушенія, такова ихъ санкція.

Въ очерченномъ сейчасъ видѣ принужденіе является необходимымъ отличительнымъ признакомъ юридическихъ нормъ. При его только помощи мы можемъ провести границу между правомъ и нравственностью. Отказаться отъ этого признака, значитъ слить юридическія нормы съ нравственными. Въ общемъ представленіи, когда отличаютъ вопросы права и морали, всегда имѣютъ въ виду,

хотя и не вполне сознательно, именно этотъ признакъ и научный анализъ подтверждаетъ правильность этого представленія.

Такъ какъ принудительное дѣйствіе права оказывается только психическимъ, возбуждающимъ въ гражданахъ сильнѣйшій рѣшающій мотивъ, то правовой порядокъ, выраженный въ системѣ нормъ, является такимъ же идеальнымъ, какъ и нравственный порядокъ. Юридическія нормы выражаютъ желаніе, чтобы подчиненныя имъ лица совершали такія то дѣйствія и воздерживались отъ такихъ то. Но дѣйствительность на каждомъ шагѣ обманываетъ эти ожиданія и поведеніе лицъ, подчиненныхъ нормамъ, нерѣдко уклоняется отъ нормального. Между идеальнымъ правовымъ порядкомъ, какъ онъ обрисовывается въ законодательствѣ, и дѣйствительностью, какъ она представляется по уголовной и гражданской статистикѣ, разница довольно значительная. Такимъ образомъ положительное право, какъ и положительная мораль, выражаетъ не то, что есть, а то, что должно бы быть.

Не слѣдуетъ однако представлять себѣ это несоотвѣтствіе чрезмернымъ. На самомъ дѣлѣ граждане гораздо чаще поступаютъ согласно съ установленными нормами, нежели вопреки имъ. Это объясняется всеми тѣми обстоятельствами, воздѣйствующими на волю, которыя были указаны. Замѣтимъ еще, что возможно большее соотвѣтствіе между правомъ и дѣйствительнымъ бытомъ достигается не только усиленіемъ угрозъ, побуждающимъ къ соблюденію нормъ, но и ослабленіемъ мотивовъ, побуждающихъ къ нарушенію нормъ. Борьба съ воровствомъ зависитъ не столько отъ усиленія наказанія за кражу, сколько отъ устраненія причинъ, склоняющихъ къ нарушенію чужихъ правъ собственности. Для человѣка, пользующагося всеми благами культурной жизни, угроза самымъ слабымъ наказаніемъ создаетъ рѣшающій мотивъ, который удержитъ его въ предѣлахъ нормального поведенія, тогда какъ въ человѣкѣ, ничего не имѣющемъ, не пользующемся благами культуры, не связанномъ личными отношеніями, угрозы цивилизованнаго законодателя мало способны пересилить мотивы, побуждающіе его уклоняться отъ установленныхъ нормъ.

Различіе санкцій, которыми располагаютъ право и мораль, приводитъ, уже какъ послѣдствіе, къ нѣкоторымъ отличіямъ въ самомъ возникновеніи тѣхъ и другихъ нормъ. Такъ какъ нравственная санкція содержится въ общественномъ мнѣніи, то этические нормы могутъ вырабатываться только самимъ обществомъ. Никакой общественный органъ, состоящій изъ лицъ, пользующихся наибольшимъ

нимъ довѣріемъ всѣхъ членовъ общества, не въ состояніи создать ни одной нормы морали. Напротивъ, юридическія нормы, охраняемыя опредѣленными органами государственной власти, могутъ быть созданы особыми лицами, располагающими еяною этихъ органовъ. Въ общественныхъ соединеніяхъ, достигшихъ извѣстной степени сложности отношеній и культурнаго развитія, юридическія нормы вырабатываются особо предназначенными къ тому органами. Эта возможность выработки юридическихъ нормъ помимо сознанія всего общества, не составляя сущности права, является тѣмъ не менѣе его особенностью, которая обуславливается юридическою санкцію, составляющею отличительный признакъ права.

Этимъ обстоятельствомъ въ свою очередь объясняется то, что юридическія нормы допускаютъ несравненно болѣе произволь въ установленіи ихъ и болѣеую измѣняемость, нежели нормы нравственности. Общественныя воззрѣнія измѣняются гораздо медленнѣе, чѣмъ взгляды небольшого числа лицъ, въ рукахъ которыхъ сосредоточивается верховная власть. Общественное мнѣніе по вопросамъ общегитія отличается необыкновенною устойчивостью, почему и требованія нравственности отмѣчены болѣеимъ постоянствомъ. Напротивъ юридическая санкція находится всецѣло въ рукахъ законодателя. Сегодня онъ можетъ приложить ее къ одному требованію, а завтра къ другому, прямо противоположному. Если въ дѣйствительности рѣзкія колебанія довольно рѣдки, то это объясняется тѣмъ, что представители верховной власти сами продуктъ общественной среды и не могутъ отрѣшиться отъ воззрѣній своего времени. Но мысленно мы можемъ представить себѣ такую рѣзкую пережѣну въ содержаніи юридическихъ нормъ, какая совершенно немыслима въ содержаніи нравственныхъ нормъ. Исторія законодательства даетъ не мало матеріала для подтвержденія этого положенія.

При указанномъ соотношеніи соціальныхъ нормъ, различаемыхъ по санкціи, измѣненіе санкціи должно измѣнить и самый характеръ нормъ. Если нравственной нормѣ, охраняемой общественнымъ мнѣніемъ, придается юридическая санкція, то норма, не переставая быть этической, становится въ то же время и юридической, напр. въ случаѣ присоединенія юридической санкціи къ осужденію родителей за развращеніе дѣтей. Наоборотъ, когда у правовой нормы, охраняемой организованнымъ принужденіемъ, отнимается послѣднее условіе, то она превращается въ нравственную, если встрѣтитъ поддержку въ общественномъ мнѣніи, и потеряетъ всякое значеніе, если не пайдетъ въ немъ защиты. Напр. отмѣняется наказаніе за

ростовничество: при современномъ взглядѣ на этотъ вопросъ можно ожидать, что ростовничество встрѣтитъ порицаніе со стороны общественнаго мнѣнія. Но представимъ себѣ, что отжѣнены взысканія за нарушение постановленій паспортнаго устава: болѣе, чѣмъ сомнительно, чтобы общество взяло подъ свою охрану паспортныя правила и отнеслось неодобрительно къ ихъ нарушителямъ.

Въ виду общей цѣли, которую преслѣдуютъ нормы нравственности и нормы права, т. е. обезпеченія условій общежитія, нѣтъ ничего удивительнаго, что основныя нормы той и другой категоріи по содержанию своему совпадаютъ. Правила нравственности запрещаютъ убійство, причиненіе увѣчий, присвоеніе чужого имущества. То же самое буквально повторяютъ юридическія нормы. Въ результатѣ одно и то же дѣйствіе, нарушая одновременно и норму нравственности и норму права, приводитъ въ движеніе обѣ санкціи. Воръ, убійца возбуждаютъ негодованіе общественной среды и въ то же время подвергаются уголовному наказанію. Но затѣмъ, нормы нравственности и нормы права расходятся, дѣйствуя каждая при помощи своей санкціи. Вступленіе въ бракъ безъ согласія начальства вызываетъ дѣйствіе юридической санкціи и не затрагиваетъ общественнаго мнѣнія. Вступленіе богатаго старика въ бракъ съ молоденькой бѣдной дѣвушкой вызываетъ дѣйствіе нравственной санкціи, но не затрагиваетъ юридической.

Даже нормы, различныя по своей цѣли, могутъ оказывать другъ другу поддержку своими санкціями. Нормы нравственныя и юридическія могутъ получить религіозную санкцію и, наоборотъ, религіозныя нормы могутъ получить нравственную или юридическую санкцію.

Почти каждая религія беретъ подъ свое покровительство основныя правила нравственности, угрожая нарушителю ихъ гнѣвомъ Божиимъ. Таковы болѣею частью правила десяти заповѣдей. Религіозная санкція нерѣдко придается и правовымъ нормамъ, насколько они совпадаютъ съ религіознымъ представленіемъ. На раннихъ ступеняхъ развитія весьма распространена идея о божественномъ происхожденіи и охраненіи всего права. Если юридическая санкція имѣетъ передъ религіозной то преимущество, что вызываетъ представленіе о близости угрожающаго страданія и о полной его опредѣленности, за то съ другой стороны религіозная санкція дѣйствуетъ сильнѣе на воображеніе вѣрующихъ своею таинственностью и потому является нерѣдко гораздо болѣе могущественною, чѣмъ нравственная или юридическая. Лица, которыя настолько мало свя-

заны съ обществомъ, что могутъ не чувствовать давленія его мнѣнія, настолько мало дорожатъ благами общественной жизни, что не боятся тѣхъ лишеній, которыми угрожаетъ имъ законъ,—такія лица могутъ быть верѣдко удержаны отъ вреднаго для общества поведенія только страхомъ передъ божественнымъ возмездіемъ. Только религіозною санкціею могъ быть поддержанъ установленный въ средніе вѣка мнръ Божій (*treuga Dei*): по содержанію это нормы социальныя, обезпечивающія условія общежитія, по санкціи это нормы религіозныя, не не юридическія и не нравственныя, если принять во вниманіе отсутствіе сильной верховной власти и господствованія въ обществѣ того времени представленія.

Въ свою очередь нравственность и право могутъ оказать свою поддержку религіознымъ нормамъ. Таково напр. значеніе общественнаго порицанія атеистамъ, отрицающимъ всякое религіозное чувство и представленіе о Богѣ. Еще чаще религіознымъ нормамъ оказываетъ содѣйствіе право, напр., преслѣдуя насмѣшки надъ религіею, законъ охраняетъ религіозное чувство однихъ отъ отрицательнаго вліянія другихъ. Когда религія создаетъ правила, опредѣляющія не отношеніе человѣка къ Богу, а отношеніе человѣку къ человѣку, стоящее въ связи съ религіознымъ представленіемъ, верховная власть верѣдко придаетъ имъ юридическую санкцію. Такого рода явленіе наблюдаемъ напр. въ приложеніи юридической санкціи къ каноническимъ правиламъ о формѣ брака, объ условіяхъ вступленія въ брачный союзъ.

Возможны однако случаи прямого противорѣчія между требованіями нормъ, которыя имѣютъ различное происхожденіе и различную санкцію. Такъ напр. право запрещаетъ подавать милостыню просящимъ на улицѣ, тогда какъ нравственная норма говоритъ: помогай ближнимъ. Нормы нравственности требуютъ запрета чести съ оружіемъ въ рукахъ, тогда какъ право запрещаетъ дуэль. Юридическая норма требуетъ напр. отъ всѣхъ гражданъ признанія одного вѣронсповѣданія, тогда какъ религіозная норма запрещаетъ отступать отъ религіи, въ которой человѣкъ былъ рожденъ и воспитанъ. Законъ повелѣваетъ облечь бракъ въ форму гражданскаго акта, а религіозное чувство этому противится. Исполняя въ такихъ случаяхъ предписанія одной нормы, человѣкъ непременно нарушаетъ другую норму, избѣгая примѣненія одной санкціи, онъ неминуемо подпадаетъ дѣйствию другой. Тогда наступаетъ борьба санкцій и вызываемыхъ ими мотивовъ. Человѣкъ будетъ сообразовать свое поведеніе съ тѣми нормами, которыхъ санкція оказываетъ на его

волю наибольшее давленіе. Самыя страшныя казанія оказывались безсильными заставить человека отступить отъ вѣры предковъ. Человѣкъ, опасаящійся вообще судебного выговора, спокойно подвергается продолжительному тюремному заключенію за дуэль, если увѣрять, что общественное мнѣніе одобряетъ его поведеніе.

Литература. Признають принудительность отличительнымъ признакомъ правовыхъ нормъ: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, изд. 1885, т. I, стр. 91; Markby, *Elements of Law*, 1889, стр. 7; Holland, *Elements of Jurisprudence*, изд. 1893, стр. 36, 77; Hearn, *The Theory of legal duties and rights*, 1883, стр. 72; Clarke, *The science of law and lawmaking*, 1898, стр. 4; Lasso, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 22; Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 236, 253, 292; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1900, § 54 (не вполне твердо); Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, 1892; Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1900, стр. 20, 23; Falck, *Juristische Encyclopädie*, 1851, стр. 4; Warnkönig, *Juristische Encyclopädie*, 1853, стр. 12 и 13; Schultze, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, 1883, стр. 50; Hölder, *Pandekten*, т. I, 1891, стр. 18; Hölder, *Ueber objektives und subjektives Recht* 1893; Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, стр. 83; Heffding, *Ethik*, стр. 42, 406; Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 65 и 101; Boistel, *Cours de philosophie du droit*, т. I, 1899, стр. 56; Richard, *L'origine de l'idée de droit*, 1892, стр. 40; Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, 1888, стр. 112; Schiattarella, *I presupposti del diritto scientifico*, 1884, стр. 13. Puglia, *Saggi di filosofia giuridica*, 1892, стр. 20, 53—54; Муромцевъ, *Определение и раздѣленіе права*, 1879, стр. 86, 122; Чичеринъ, *Философія права*, 1900, стр. 88; Нечаевъ въ Словарѣ Брокгауза, т. 48, «право»; Ренненкампфъ, *Очерки юридической энциклопедіи*, 1880, стр. 27. Число противниковъ этого взгляда едва ли не превышаетъ, особенно въ последнее время, число его сторонниковъ: Salmond, *The first principles of Jurisprudence*, 1893, стр. 97; Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, т. I, 1877, стр. 139—153; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, т. I, 1894, стр. 48—53; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1879, стр. 7; Thon, *Der Rechtsbegriff* (Z. f. Pr. u. Off. Recht, 1880, т. VII, стр. 244—252); Dahn, *Die Vernunft im Recht*, 1879, стр. 35; Affolter, *Untersuchungen über das Wesen des Rechts*, 1889, стр. 11, 22; Iellinck, *Die socialethische Bedeutung des Rechts, Unrechts, Strafe*, 1878 стр. 51; Windscheid, *Pandekten*, 6 изд. т. I, стр. 99, 100; Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 63; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 114; Гриммъ, *Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ* (Ж. М. Ю. 1896, № 6, стр. 135—136), Rothc, *Traité de droit naturel*, т. I, 1885, стр. 42—43. Признакъ принудительности вовсе не отождествляетъ права съ силою, но и не противопоставляетъ ихъ,—le droit n'est pas l'opposé de la force, il n'est que l'opposé de la violence (Richard, *L'origine de l'idée du droit*, стр. 40). Большинство возраженій противъ принудительности, какъ отличительнаго признака юридическихъ нормъ, строится на отрицаніи возможности физическаго принужденія. Это вполне вѣрно, что силою охранить порядокъ отъ нарушенія нельзя и слѣдуетъ удивляться, что такой выдающійся юристъ, какъ Муромцевъ, повидимому, склоненъ понимать принудительность въ физическомъ смыслѣ (стр. 130). Напротивъ принужденіе въ смыслѣ психическаго воздѣйствія понимаютъ: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, лекціи XXII и XXIII, стр. 443 и слѣд.; Holland, *Elements of Jurisprudence*, стр. 21; Hearn, *The theory of duties and rights*, стр. 4; Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 235; Mer-

kel, *Juristische Encyclopädie*, стр. 33; Trendelenburg, *Naturrecht*, 1860, стр. 101; Brodmann, *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*, 1897, стр. 17. Въ такомъ пониманіи принужденія Бирлингъ видитъ логическую ошибку: такъ какъ во всѣхъ случаяхъ психическаго принужденія рѣшеніе создается волею, то заранѣе нельзя опредѣлять, что именно вынуждается психически (*Zur Kritik*, т. I, стр. 142). Возраженіе это очевидно построено на представленіи о волѣ, не подчиненной закону причинности. Iellinek основываетъ свои возраженія на томъ, что къ принужденію прибѣгаютъ только въ патологическихъ случаяхъ правовой жизни, а строеніе организма определяется его нормальнымъ состояніемъ (*Social-ethische Bedeutung des Rechts, Unrechts und Strafe*, стр. 50). Однако это возраженіе основано на смѣшеніи угрозы причинить страданіе, которое постоянно сопровождаетъ юридическія нормы, съ приведеніемъ угрозы въ исполненіе, что дѣйствительно наступаетъ только въ исключительныхъ случаяхъ. Ср. еще возраженія Милля Кузену, *Система логики*, т. I, стр. 323.

Весь процессъ психическаго воздѣйствія основанъ на двухъ психологическихъ законахъ: въ силу перваго человѣкъ всегда стремится къ удовольствію и уклоняется отъ страданія (Бэиъ, *Психологія*, 1887, стр. 2, Спенсеръ, *Основанія психологіи*, т. I, изд. 1876, гл. IX); въ силу втораго воля человѣка подлежитъ такой же причинности, какъ и внѣшній міръ (Guzyński, *Moralphilosophie*, 1888, стр. 235, 244 — 247). — Понятіе объ организованной защитѣ правовыхъ нормъ даютъ: Пеганъ, *The theory of legal duties and rights*, стр. 6; Holland, *Elements of Jurisprudence*, стр. 77 (law is, in fact, formulated and armed public opinion), Амосъ, *The science of Law*, 1874, стр. 32; Ihering, *Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 309; Муромцевъ, *Определение и раздѣленіе права*, стр. 67. — Roguin считаетъ примѣненіе силы чуждыми нормамъ нравственности (*La règle de droit*, стр. 65), но онъ упускаетъ изъ виду тѣ случаи, когда нравственное осужденіе поступка можетъ привести къ побоямъ и даже убійству. Отрицая принудительность, Bierling (*Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, т. I, стр. 3, 138, *Juristische Principienlehre*, стр. 40) видитъ отличительный признакъ юридическихъ нормъ въ признаніи (Anerkennung) ихъ правилами общежитія со стороны опредѣленнаго круга лицъ. Но такое опредѣленіе вполнѣ приложимо и къ нравственнымъ нормамъ. Спасеніе для своего видового признака Бирлингъ думаетъ найти въ божественномъ происхожденіи нравственныхъ нормъ (стр. 58—65). Не совсѣмъ понятно также, какимъ образомъ признаніе можетъ быть «auch die unbewusste, unwillkürliche». Какъ быть, если нѣкоторые изъ принадлежащихъ къ данному кругу отказываются признавать извѣстныя нормы юридическими? Такое же смѣшеніе родового понятія о нормѣ съ видовымъ понятіемъ о юридической нормѣ допускаетъ Thon, который утверждаетъ, что всякая норма, регулирующая общежитіе, должна быть признана юридическою (*Der Rechtsbegriff*, Z. f. d. Pr. und off. Recht, 1880, т. VII, стр. 243). Къ Бирлингу близко подходитъ Петражицкій, *Что такое право* (Вѣстн. Права, 1899, № 1), хотя онъ и отрицаетъ это родство (*Очерки философіи права*, в. I, 1900, стр. 94, см. критику этого сочиненія со стороны Чичерина, *Вопросы фил. и псих.* 1900, ноябрь-декабрь). По мнѣнію Тренделенбурга, «право всегда останется правомъ. Если мы представимъ себѣ общество справедливыхъ людей, то принужденіе не найдетъ себѣ здѣсь примѣненія, потому что всѣ будутъ сознательно уважать границы чужихъ правъ; но нормы, опредѣляющія границы дѣйствій каждаго, сохранятся и такимъ образомъ понятіе права останется то же самое» (*Naturrecht*, изд. 1868, стр. 89). Однако въ такомъ совершенномъ обществѣ опытъ скоро обнаружилъ бы бесполезность особыхъ органовъ верховной власти, занятыхъ приведеніемъ угрозъ въ исполненіе, нормы стали бы охраняться самимъ обществомъ и тогда они превратились бы въ нравственныя и потеряли бы характеръ нормъ

права. Коркуновъ предполагаетъ найти искомый признакъ въ томъ, что «нравственность даетъ оцѣнку интересовъ, а право ихъ разграниченіе» (*Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 39). Съ этимъ положеніемъ согласиться нельзя. Во первыхъ этическія нормы не довольствуются оцѣнкою интересовъ, но, какъ и всѣ соціальныя нормы, предписывая извѣстное поведеніе, разграничиваютъ интересы, напр. норма, повелѣвающая уважать чужое имущество, нажитое трудомъ. Во вторыхъ оцѣнка интересовъ предшествуетъ установленію всѣхъ соціальныхъ нормъ, въ томъ числѣ и юридическихъ. Итакъ прежде установленія нормъ происходитъ оцѣнка интересовъ; на основаніи сдѣланной оцѣнки производится разграниченіе интересовъ и наконецъ, съ точки зрѣнія установленныхъ нормъ, дѣлается оцѣнка (нравственная или юридическая) индивидуальнаго поведенія.

Признавая юридическій и нравственный порядки идеальными, мы не сливаемъ понятіе о правѣ и нравственности съ понятіемъ о справедливости. Последняя является представленіемъ о нравственныхъ и юридическихъ нормахъ, которыя должны бы были опредѣлять взаимныя отношенія людей. Слѣдовательно, положительное право и положительная мораль допускаютъ несоотвѣтствіе между нормированнымъ и дѣйствительнымъ поведеніемъ, тогда какъ справедливость допускаетъ несоотвѣтствіе между установленными нормами и тѣми нормами, которыя, по сознанию ссылающагося на справедливость, должны бы быть установлены. См. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 1893, стр. 20—22.

На сближеніи содержанія нравственныхъ и юридическихъ нормъ основано довольно распространенное представленіе о правѣ, какъ этическомъ минимумѣ: право это та часть нравственныхъ нормъ, которая составляетъ необходимымъ условіемъ существованія общества — Existenzminimum, Jellinek, *Die sozioethische Bedeutung des Rechts, Unrechts und Strafe*, стр. 42; Heffding, *Ethik*, стр. 407; Sidgwick, *The Methods of Ethics*, стр. 19 («законодательство представляетъ остовъ соціальнаго организма, которому мясо и кровь доставляетъ нравственность»); Cougseille-Seneuil, *Préparation à l'étude de droit*, стр. 203, Вл. Соловьевъ. *Право и нравственность* (Вѣстн. Евр. 1895, № II). Неправильность этого воззрѣнія обнаруживается лучше всего на случаяхъ несоотвѣтствія юридическихъ нормъ съ требованіями морали: если право только часть морали, то оно не можетъ ей противорѣчить. Между тѣмъ дѣйствительность даетъ возможность наблюдать подобныя противорѣчія. Тогда сторонникамъ разсматриваемаго воззрѣнія не остается ничего болѣе, какъ отрицать юридическій характеръ за такими юридическими нормами. «Подобное право только по формѣ право, а по глубокому основанію своему оно безправіе» (Jellinek, указ. соч., стр. 55). Но, къ сожалѣнію, право по формѣ все же право и, какъ мы видѣли, кромѣ формы, ничто другое не можетъ сдѣлать норму юридической.

Правильный взглядъ на соотношеніе права и морали даетъ Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 101—107. См. у Тайлора (*Антропология*, гл. XIV, стр. 366—368) о возможности разведенія нормъ религіозныхъ и нравственныхъ и о причинахъ ранняго ихъ совпаденія. Леббокъ (*Начало цивилизаціи*, гл. VIII, стр. 292 и слѣд.) приводитъ рядъ указаній на то, что многимъ племенамъ чужда идея божественнаго возмездія за противонравственныя дѣянія.

Существуетъ мнѣніе, что и въ гражданскомъ правѣ санкція имѣетъ всегда уголовный характеръ (Solim Z. f. Pr. u. Off. R., т. VII, стр. 471). Возраженія ему дѣлаетъ Schultze, *Privatrecht und Process*, 1883, стр. 77.

§ 7. Результаты и выводы. Попробуемъ теперь подвести итоги нашему изслѣдованію.

Право есть норма. Нормы могутъ имѣть своимъ предметомъ опредѣленіе 1) отношеній человѣка къ Богу, 2) отношеній человѣка къ самому себѣ, 3) отношеній человѣка къ внѣшнему міру и 4) отношеній человѣка къ человѣку. Юридическія нормы не имѣютъ и по природѣ своей не могутъ имѣть своимъ предметомъ опредѣленіе отношеній человѣка къ Богу, къ самому себѣ и къ внѣшнему міру. Слѣдовательно, онѣ могутъ имѣть своимъ предметомъ только опредѣленіе отношеній человѣка къ человѣку. Но эта задача выполняется не одними юридическими, но и иными нормами, ближе всего нормами нравственности. Однородныя по цѣли, а нерѣдко и по содержанію, нормы нравственности и нормы права могутъ быть различены только по сопровождающей ихъ санкціи. Санкціей этическихъ нормъ является оцѣнка поведенія со стороны общественнаго мнѣнія. Санкціей юридическихъ нормъ служитъ принужденіе со стороны государственной власти. Самое принужденіе, сопровождающее юридическую норму, имѣетъ психическій характеръ и заключается въ возбужденіи мотива, который долженъ склонить къ поведенію, согласному съ нормами, и преодолѣть мотивы, отклоняющіе отъ нормальнаго поведенія. Силою, воздѣйствующею въ этомъ направленіи на волю, является угроза со стороны государственной власти невыгодными послѣдствіями въ случаѣ уклоненія отъ нормы. Для приведенія этой угрозы въ исполненіе государственныя власти создаютъ особые органы. Итакъ, право есть α) норма, β) опредѣляющая отношеніе человѣка къ человѣку, γ) угрозою на случай ея нарушенія извѣстнымъ страданіемъ, δ) которое будетъ причинено установленными для этой цѣли органами государственной власти.

Съ точки зрѣнія полученнаго нами понятія о юридической нормѣ, намъ приходится неизбѣжно исключить изъ области права нѣкоторыя нормы, обыкновенно признаваемыя юридическими. Необходимо сократить слишкомъ широко распространенную область юридическихъ понятій, потому что въ дѣйствительности область права уже, нежели обыкновенно думаютъ. Право часто принимаетъ себѣ то, что на самомъ дѣлѣ создается моралью, не такъ замѣтно для глаза, но за то гораздо прочнѣе. Въ виду этого слѣдуетъ вывести нравственность изъ тѣни и признать за нею то мѣсто, которое принадлежитъ ей въ средѣ социальныхъ отношеній. Предварительно замѣтимъ, что необходимо отрѣшиться отъ взгляда, буд-

памяти предковъ, къ фамилнымъ традиціямъ, изъ политическаго разчета, но не вслѣдствіе юридической обязанности.

2: Не имѣетъ значенія юридическіхъ нормъ и та группа правилъ, которая опредѣляетъ взаимныя отношенія государствъ другъ къ другу и которая носитъ названіе международнаго права. Въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ различныя государства, крупныя и мелкія, выступаютъ какъ независимые субъекты. Правила взаимнаго поведенія не устанавливаются авторитетомъ, стоящимъ надъ государствами, а вырабатываются ими самими, на основаніи опыта исторической жизни. Надъ ними нѣтъ власти, которая могла бы предъявлять къ нимъ свои требованія. Нѣтъ и силы, которая бы наблюдала и охраняла примѣненіе принятыхъ для поведенія нормъ, которая способна была бы настоять на исполненіи требованій. Подчиненіе правиламъ международнаго общенія зависитъ отъ воли и усмотрѣнія каждаго государства, которыя побуждаются къ соблюденію нормъ соображеніями собственной выгоды и давленіемъ общественнаго мнѣнія. Если государству, уклоняющемуся отъ принятыхъ нормъ международнаго общенія можетъ угрожать репрессія со стороны другихъ государствъ, то слѣдуетъ имѣть въ виду, что она также мало организована и опредѣлена, какъ и нравственная санкція. Государства, вошедшія въ международное общеніе, могутъ признать для себя неудобнымъ и нежелательнымъ допущенное однимъ изъ нихъ отступленіе: если между ними существуетъ согласіе, то они могутъ склонить нарушителя порядка къ соблюденію нормальнаго поведенія, но если между ними согласія нѣтъ, то возможность отступленія ничѣмъ не предупреждается. Чѣмъ тѣснѣе становятся связи между государствами, тѣмъ болѣе интересъ для всѣхъ настаивать, чтобы строго соблюдалось правила международнаго общенія, которыя представляются по указанію опыта наиболѣе цѣлесообразными для наилучшаго обезпеченія общаго интереса. Если бы возникъ международный третейскій судъ и исполненіе его рѣшенія обезпечивалось организовающею силою, тогда правила междуна-

роднаго общенія стали бы дѣйствительнымъ правомъ. Но одновременно съ тѣмъ отдѣльныя государства теряютъ свой суверенитетъ. До тѣхъ же поръ правила международнаго общенія, лишенные юридической санкции, представляютъ совокупность правилъ нравственности.

Называя правила международнаго общенія правомъ, мы ожидаемъ отъ нихъ того, чего они не могутъ дать, а отсюда частое разочарованіе и неосознательное сомнѣніе въ ихъ дѣйствительности. Очевидно отстаиваемый взглядъ не равносильнъ отрицанію международнаго права. Напротивъ, мы признаемъ реальное существованіе правилъ международнаго общенія, какъ и нормъ положительной нравственности. Мы отрицаемъ только за ними юридическій характеръ.

3. Въ виду того же отсутствія юридической санкции, должно отвергнуть юридическій характеръ за каноническими правилами. Они имѣютъ свою особую религіозную санкцію, которая, какъ мы видѣли, обладаетъ весьма значительною силою, способна, можетъ быть, болѣе, чѣмъ иныя санкции, вызвать соотвѣтствующій мотивъ, по все же ее не слѣдуетъ смѣшивать съ юридическою санкціею, которая предполагаетъ организацію органовъ принужденія со стороны государственной власти. Каноническія нормы становятся тогда и настолько правомъ, когда и насколько верховная власть придастъ имъ юридическую защиту. Но сами по себѣ, внѣ поддержки со стороны государственной власти, каноническія правила юридическаго значенія не имѣютъ.

Конечно, дѣло идетъ не о содержанія каноническихъ нормъ, которыя, подобно обычному праву, вырабатываются независимо отъ государственной власти, а только о санкціи, которую даетъ свѣтская власть выработаннымъ церковью нормамъ и тѣмъ превращаетъ ихъ въ юридическія. Безъ юридической санкции каноническія нормы представляютъ собою только увѣщанія, совѣты, и только присоединеніе санкции государственной власти придаетъ имъ характеръ повелѣній.

Правда, нарушеніе каноническихъ правилъ нерѣдко соединяется съ угрозою страданіемъ, какъ послѣдствіемъ, каковы напр. запрещеніе входить въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ въ церковь или даже стоять на паперти; возложеніе обязанности въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени лежать расprostертымъ ницъ во время богослуженія, носить власяницу или посылать голову непломъ, не стричь бороды и волосъ, поститься на хлѣбѣ и на водѣ;

не выходить изъ дому и воздерживаться отъ всякихъ сношеній съ людьми“. Но нѣтъ установленнаго органа, который могъ бы приводить въ исполненіе угрозы, а потому осуществленіе каноническихъ наказаній лежитъ на совѣсти кающагося. Въ самомъ дѣлѣ большая разниця между угрозою со стороны государственной власти тюрьмою за кражу и угрозою со стороны церкви наложить эпитимію за религіозный проступокъ. Провинившійся въ кражѣ знаетъ, что по установленіи судомъ его виновности органы государственной власти силою заключатъ его въ тюрьму и тамъ будутъ держать въ теченіе всего назначеннаго времени. Но согрѣшившій самъ долженъ привести угрозу въ исполненіе. Очевидно, во второмъ случаѣ мы имѣемъ дѣло не съ угрозою, а съ совѣтомъ согрѣшившему для примиренія своей совѣсти, для душевнаго успокоенія, испытать извѣстное страданіе: если согрѣшившій желаетъ достигъ этого состоянія, онъ добровольно перепсетъ страданіе, не желаетъ—угроза теряетъ всякое значеніе.

Въ виду сказаннаго необходимо признать, что когда верховная власть затрудняется установить желательныя юридическія нормы, какъ несогласныя съ каноническимъ правомъ, то затрудненіе это не юридическаго, а нравственно-религіознаго характера. Не потому верховная власть удерживается отъ реформаторской дѣятельности, что ей препятствуетъ каноническое право, такъ какъ надъ нею нѣтъ права, а потому, что опасается стать въ противорѣчіе съ религіозными представленіями, напр. по вопросу о гражданской формѣ брака, о сожиганіи труповъ.

4. Когда верховная власть еще не организовалась и каждая семья живетъ совершенно независимо одна отъ другой, подобно современнымъ государствамъ, то о правовыхъ нормахъ въ то время не можетъ быть и рѣчи внѣ узкаго круга семьи. Взаимныя отношенія поддерживаются исключительно нормами нравственности. Даже съ установленіемъ верховной власти, пока она обращаетъ исключительное свое вниманіе и всѣ свои силы на обезпеченіе внѣшней безопасности, вся внутренняя жизнь общества охраняется нравственными и религіозными правилами, но не юридическими.

Первоначальный судъ, который признаетъ въ случаѣ спора правду на одной сторонѣ, а другую сторону объявляетъ неправою, и предоставляетъ первой самой привести рѣшеніе въ исполненіе, является выразителемъ общественнаго мнѣнія, а не органомъ государственной власти. Имѣя за собою авторитетъ общественнаго мнѣнія, признанный правымъ всегда найдетъ сторонниковъ, готовыхъ помочь

ему привести фактическое положеніе вещей въ соотвѣтствіе съ тѣмъ, которое было признано долженствующимъ быть. Мы имѣемъ передъ собою судъ нравственный, сходный съ современными судами чести, литературными судами. Судъ и рѣшенія его измѣняютъ свой характеръ, когда они исходятъ отъ князя, царя или иначе называемаго вождя, въ рукахъ котораго мечъ и который всегда угрожаетъ виновующимся его волѣ. Личное исполненіе этой задачи позднѣе замѣняется исполненіемъ черезъ довѣренныхъ лицъ.

Съ этого только времени нормы пріобрѣтаютъ юридическій характеръ, право обособляется отъ нравственности и религіи, съ которыми первоначально сливалось. Первые юридическія нормы не вырабатываются тѣми авторитетами, которые повелѣваютъ повиноваться имъ подъ страхомъ невыгодныхъ послѣдствій: содержаніе ихъ заимствуется въ готовомъ видѣ изъ сферы нравственности. Самостоятельное юридическое творчество—явленіе весьма позднее въ исторіи права.

Таимъ образомъ нравственныя нормы незамѣтно переходятъ въ юридическія. Возьмемъ напр. частную мечь, встрѣчающуюся во всѣхъ возникающихъ обществахъ. Обязанность мстить за родственниковъ вовсе не юридическая, а нравственная. Это требованіе общества, охраняемое общественнымъ мнѣніемъ, которое одобряетъ мстителя и презираетъ отказавшагося отъ мщенія. О правѣ и обязанности мщенія въ юридическомъ смыслѣ можно говорить только тогда, когда верховная власть беретъ на себя задачу опредѣлить порядокъ мести, обыкновенно съ цѣлью ограничить ея примѣненіе, которое не вполне согласуется съ новыми понятіями объ обществѣ. Оставляя безнаказанными случаи мести со стороны ближайшихъ родственниковъ и угрожая наказаніемъ за мечь, дозволенную себѣ болѣе отдаленнымъ родственникомъ, верховная власть впервые придаетъ институту мести юридическій характеръ.

Слѣдовательно, изъ однородной первоначально области социальныхъ нормъ, обеспечивающихъ условія обществѣ, выдѣляются постепенно, различаясь по санкціямъ, право, нравственность и частью религія. Зачатки важнейшихъ институтовъ права, извѣстныхъ современнымъ обществамъ, лежатъ въ области нравственности. Многія нормы, прежде чѣмъ стать юридическими, долгое время существовали въ качествѣ нравственныхъ. Превращеніе нормъ нравственности въ нормы права состоитъ въ измѣненіи не содержанія ихъ, а только санкціи.

Литература: За конституціонными законами отрицають юридическій характеръ: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, стр. 264—290; Markby, *Elements of Law*, стр. 18—23, 92; Holland, *The Elements of Jurisprudence*, стр. 315; Gumplovich, *Rechtsstat und Socialismus*, стр. 13. Дайси, *Основы государственнаго права Англии* 1891, стр. 17—18. Странно, что ученые, признающіе въ санкции характерную черту юридическихъ нормъ, останавливаются передъ выводомъ и идутъ на компромиссы съ общераспространенными понятіями. Такъ Jhering признаетъ, что «монархъ, который нарушаетъ конституцію, присяжный засѣдатель, который осуждаетъ или оправдываетъ преступника вопреки сложившемуся у него представлению, нарушаютъ право, а не нравственность, только что право не можетъ ихъ накрыть» (*Der Zweck im Recht*, т. I, стр. 329). Merkel, признавая, что важнѣйшимъ положеніямъ германской конституціи недостаетъ санкціи, не лишаетъ ихъ юридическаго характера, потому что никто (?) не сомнѣвается въ послѣднемъ (*Juristische Encyclopädie*, стр. 36). Также Wundt, *Ethik*, стр. 215, что не вполне согласуется съ его представленіемъ о правѣ, какъ явленіи государственномъ. Защищая юридическій характеръ основныхъ законовъ, Tellinеск допускаетъ, что государство можетъ односторонне связать себя подобно pollicitatio въ гражданскомъ правѣ (*Das Recht des modernen Staates*, 1900, стр. 33). Неудачность такого сравненія слишкомъ очевидна, чтобы требовалось опроверженіе.

Взгляды на международное право, развиты въ текстѣ, соотвѣтствуетъ направлению, преобладающему въ англійской литературѣ: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, т. I, стр. 87, 173, 182—184 (онъ даже предложилъ замѣнить господствующій терминъ другимъ—positive international morality); Holland, *Elements of Jurisprudence*, стр. 114; Hearn, *The theory of legal duties and rights*, стр. 7; Lightwood, *The nature of positive Law*, 1883, стр. 22; Hall, *International Law*, 1880, introductory chapter, особенно стр. 4; Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, 1883, т. II, стр. 189; Woolsey, *Introduction to the study of international law*, 1875, §§ 2 и 3, стр. 2; Wheaton, *Elements of international law*, ch. I, § 10. Противоположнаго воззрѣнія Amos, *The science of Law*, стр. 322—329, что не вполне согласуется съ его опредѣленіемъ права, даннымъ на стр. 48. Въ виду того, что отрицаніе юридическаго характера за международнымъ правомъ наиболее распространено въ Англии, гдѣ римское право имѣло самый незначительный авторитетъ и гдѣ цивилистика вообще не процвѣтаетъ, представляется неправильнымъ утвержденіе проф. Мартенса будто это воззрѣніе объясняется преобладавшимъ до послѣдняго времени характеромъ юридическаго образованія въ Европѣ, основаннаго главнымъ образомъ на изученіи римскаго права. (*Современное международное право цивилизованныхъ народовъ*, изд. первое, т. I, стр. 2). Во французской литературѣ преобладаетъ наклонность считать международное право за дѣйствительное право: Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1890, стр. IV—XI, Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public*, т. I, изд. 1885, стр. 26—78, §§ 7—23. Этотъ авторъ, наиболее подробно рассматривающій настоящій вопросъ, самъ различаетъ droit international type, которымъ должны бы руководствоваться народы—(справедливость?) и droit international réel, которымъ дѣйствительно руководствуются народы въ своихъ отношеніяхъ; Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, т. I, изд. 1870, стр. 106. Впрочемъ см. Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, 1879, стр. 6, Accolas, *De l'idée du droit*, стр. 26—27. Въ германской литературѣ преобладаетъ признаніе юридическаго характера за международнымъ правомъ. Jhering и въ этомъ вопросѣ не обнаружилъ послѣдовательности, признавъ, будто юридическій характеръ международнаго права не подлежитъ никакому сомнѣнію (*Zweck im Recht*, т. I, стр. 324—325). Доказательствъ этому положенію онъ не даетъ, если не считать ссылки на общепринятое словопотребленіе и на сравненіе съ самообороною, господствовавшей нѣкогда въ гра-

жданскомъ правѣ, хотя остается открытымъ, имѣла ли сама эта оборона юридическій характеръ. Только явную непослѣдовательность Геринга можно объяснить ту странность, что проф. Мартенсъ всѣ свои возраженія обращаетъ къ лицу этого автора, считая его главнымъ представителемъ направления, исключающаго международное право изъ области права (ошибка, которая была ему указана Гольцendorffомъ, I, стр. 18). Holzendorf, *Handbuch des Völkerrechts* т. I, 1835. §§ 6 и 7 стр. 18,—26; Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1876, стр. 8—40; Vulmerincq, *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts*, 1874, стр. 158—164; Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, 1847, стр. 306—316. Отрицають юридическій характеръ международного права: Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, стр. 142, (Völker oder Staatenmoral); Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 394—407. Изъ итальянскихъ защитниковъ международного права можно указать Pierantoni, *Trattato di diritto internazionale*, т. I, 1884, § 30; contra—Piola, *Elementi di logica giuridica*, 1894, стр. 136; Puglia, *Saggi di filosofia giuridica*, 1892, стр. 242. Въ русской литературѣ тотъ же взглядъ отстаиваютъ Мартенсъ, *Современное международное право цивилизованныхъ народовъ* т. I, § 2; Даневскій, *Пособіе къ изученію истории и системы международного права*, вып. I, 1892, стр. 114—119; Коркуновъ, *Международное право и его система* (Юрид. Лѣт. 1891, стр. 225—255); Казанскій, Введеніе въ курсъ международного права, 1901, стр. 159—204. Муромцевъ, не совсѣмъ согласно его опредѣленію понятія о правѣ, признаетъ за частью международного права юридическій характеръ, за частью же отрицаетъ (*Опредѣленіе и раздѣленіе права*, стр. 134—139). Рѣзкую и невѣрную характеристику этого взгляда дѣлетъ Шпеннгауеръ: «устребительный въ этихъ отношеніяхъ юридическій жаргонъ есть не болѣе, какъ канцелярскій стилъ дипломатіи: рѣшаетъ же грубая сила» (Основы морали, стр. 187).

Meier, *Ist das Recht einer freien Vereinskirche Recht im juristischen Sinne* (Zeitschrift für Kirchenrecht, т. XI). Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, стр. 166 и Warknkönig, *Juristische Encyclopädie*, стр. 545 соглашаются признать за каноническими нормами юридическій характеръ при условии авторитета государственной власти. Напротивъ Bierling употребляетъ всѣ свои научныя силы на опроверженіе этого положенія; *Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht* (Z. f. Kirchenrht. т. XIII); той же цѣли посвящены его *Zur Kritik* и *Juristische Principienlehre*. Для Merkel'я не подлежитъ сомнѣнію юридическій характеръ каноническихъ нормъ, ни со стороны содержанія, ни силы. Ставить юридическую силу каноническихъ правилъ въ зависимость отъ авторитета верховной власти, по его мнѣнію, все равно, что утверждать, будто государство дало жизнь и благосостояніе чловѣку (*Juristische Encyclopädie* стр. 298). Что жизнь даетъ государство, этого никто не утверждаетъ, но что оно ее обезпечиваетъ отъ посягательства со стороны другихъ лицъ,—это вѣрно и только это обстоятельство имѣетъ юридическій характеръ. Sohn заканчиваетъ первый томъ своего *Kirchenrecht*, 1892, словами: «сущность церкви духовная, а сущность права чисто свѣтская; по существу каноническое право стоитъ въ противорѣчій съ природою церкви». Ср. Stobbe, *Rechtsquellen*, 1864, т. I, стр. 302. Напротивъ KahI *Lehrsystem des Kirchenrechts und Kirchenpolitik*, 1894, признавая принудительность характернымъ признакомъ права, утверждаетъ, что церковь такъ же можетъ принуждать, какъ и государство (стр. 53). Вопросъ идетъ только о природѣ каноническаго права въ тѣсномъ значеніи слова, а не церковнаго права, которое опредѣляетъ положеніе церкви въ государствѣ. Относительно законовъ, опредѣляющихъ напр. организацию Святѣйшаго Синода, или устанавливающихъ наказанія за нарушеніе благочинія во время богослуженія, не можетъ быть сомнѣній, что юридическую силу свою они заимствуютъ отъ авторитета государственной власти (Falc, *Juristische Encyclopädie*, стр. 171).

Постепенное обособление юридических норм изъ социальных, благодаря возникновению организованной защиты, лучше всего изображено у Руглиа, *Saggi di filosofia giuridica*, 1892, гл. I. Та же мысль у Новгородцева, *Право и нравственность* (Сборникъ Гамбарова в. 1, стр. 115—120). См. еще Heffding, *Ethik*, стр. 404, Paulsen, *System der Ethik*, изд. 2, стр. 339, изд. 3, т. II, стр. 141; Leslie Stephen, *The science of ethics*, 1882, стр. 137—147; Вундтъ, *Этика*, стр. 110; Post, *Grundlagen*, стр. 30. «Священный долгъ кровомщенія—самая древняя изъ признававшихся людьми нравственныхъ обязанностей» (Спенсеръ, *Основанія социологии*, т. I, стр. 73, т. II, стр. 810).

§ 8. Соціальное значеніе права. Выдѣленіе изъ социальныхъ нормъ группы правовыхъ, организація ихъ защиты при помощи силы, является дѣломъ не случайнымъ, а результатомъ необходимости. Въ исторіи обществъ наступилъ моментъ, когда охрана нормъ общежитія общественнымъ мнѣніемъ оказалась недостаточной вследствие перемѣны условій общежитія. Небольшія группы лицъ, связанныхъ тѣсно общностью происхожденія и совместнымъ существованіемъ, постепенно стали смѣняться все большими общественными союзами, пока не дошли до современныхъ государствъ.

Сила общественного мнѣнія обратно пропорціональна величинѣ союза и сложности отношеній. Въ малой группѣ вредъ анти-соціального поведенія отдѣльнаго члена настолько очевиденъ и давленіе мнѣнія прочихъ членовъ настолько оцутительно, что нравственныя нормы достаточны для обезпеченія условій общежитія. Но чѣмъ больше группа, тѣмъ менѣе понятно для отдѣльныхъ лицъ вредное значеніе поступка, тѣмъ слабѣе нравственная реакція со стороны членовъ, тѣмъ менѣе оцутительно нравственное негодованіе. Правда, въ большихъ культурныхъ группахъ возникаютъ новыя условія, благоприятныя для проявленія общественного мнѣнія, а именно печать, выборное начало, но и они бесплны противъ чловѣка, который свободно можетъ перемѣнить и мѣсто жительства и общественную среду. Усложненіе общественныхъ отношеній, быстрый ходъ жизни, при которомъ старое нерѣдко уживается съ новымъ, затрудняютъ дѣйствіе общественного мнѣнія въ томъ отношеніи, что нравственныя нормы не успеваютъ вырабатываться соотвѣтственно суюро. При современной сложности весьма часто возникаетъ недоразумѣніе въ нравственной оцѣнѣ поступка: это значитъ, что или поступокъ не подходитъ подъ существующія нормы, или что оцѣнивающіе не могутъ согласиться, какия именно норма должна быть приложена къ настоящему случаю. Между тѣмъ такое колебаніе устраняетъ силу общественного мнѣнія и оставляетъ нормы беззащитными противъ ихъ нарушенія.

Необходимо слѣдовательно выдѣлать формы особенно важныя для общежитія и снабдить ихъ санкціею, поддерживающею ихъ дѣйствіе независимо отъ перемѣнчиваго и неустойчиваго общественнаго мнѣнія. Такова потребность, вызвавшая существованіе права и въ этомъ его соціальное значеніе. Оно поддерживаетъ всю ту сложность общественныхъ отношеній, которая составляетъ современную культуру. Только паличность права сдѣлала возможнымъ существованіе тѣхъ громадныхъ общественныхъ союзовъ, которые безъ этого цемента были бы немыслимы. Право, какъ орудіе, гораздо болѣе поддающееся техническому усовершенствованію, чѣмъ нравственность, скорѣе приспособляется къ новымъ требованіямъ жизни, чѣмъ послѣдняя. Поэтому оно является условіемъ, способствующимъ быстрому темпу общественной жизни. Подъ дѣйствіемъ тяжелыхъ консервативныхъ нормъ нравственности общественный прогрессъ встрѣчалъ бы большія затрудненія на своемъ пути.

При томъ значеніи, какое имѣетъ право для пастоящаго времени, представляется совершенно несостоятельнымъ мнѣніе о возможности немедленно устранить его и оставить общество подъ дѣйствіемъ однѣхъ этическихъ нормъ. Таковъ именно взглядъ, выдвигаемый анархизмомъ.

Анархизмъ не отрицаетъ ни общества, ни нормъ, онъ отрицаетъ лишь принудительную нормировку общественной жизни при помощи права. Право, говорить, вовсе не составляетъ необходимаго условія обществснности: въ природѣ существуютъ довольно сложныя формы общежитія, лишеныя правовой нормировки, примѣры которыхъ представляютъ муравьи, пчелы, бобры и др. И человѣческія общества не всегда жили подъ дѣйствіемъ права, чѣмъ доказывается возможность сожитія безъ правового воздѣйствія. До и въ современныхъ обществахъ люди въ своихъ отношеніяхъ руководствуются не исключительно и даже не преимущественно юридическими нормами. Можетъ быть, если бы не существовало послѣднихъ, то прочія нормы были бы сильнѣе. Если успѣхъ законодательства зависитъ отъ того, насколько оно соотвѣтствуетъ духу народа, его воззрѣніямъ и правамъ, то значить сила права кроется не въ немъ самомъ, а въ условіяхъ общежитія, а отсюда одинъ шагъ къ заключенію, что и безъ права общежитіе могло бы поддерживаться само собою. Пока нормы выражались въ формѣ обычнаго права, съ ними можно было примириться, но въ рукахъ законодателей право является орудіемъ произвола, при помощи котораго они, все равно монархъ или республиканское большинство, направляютъ общественную жизнь по своему усмотрѣнію.

И чѣмъ сложнѣе общественныя отношенія, тѣмъ вѣроятнѣе возможность ошибочной нормировки со стороны законодателей. Вообще нормы права всегда несправедливы, потому что они выпуждаютъ известное поведеніе, между тѣмъ какъ общественныя отношенія должны опредѣляться только свободнымъ соглашеніемъ и общою выгодною.

Таково юридическое зерно того ученія, которое стремится въ корнѣ подрвать правовой порядокъ, не только отрицая соціальное значеніе права, но прямо утверждая его вредность.

Ссылка анархистовъ на природу не говоритъ въ пользу ихъ взгляда. Правда, муравьи, пчелы и безъ права живутъ въ общекитіи, но группы эти не велики, а главное—отношенія крайнѣ образны. Устойчивость жизни этихъ общественныхъ группъ совершенно не похожа на возрастающее усложненіе отношений въ обществахъ людей. И человѣческія общества, пока были невелики и отношенія несложны, обходились безъ права. Если изъ соціальныхъ нормъ выдѣлились правовыя, то произошло усложненіе, чуждое муравьямъ и пчеламъ. Потребность, которая заставила людей перейти къ правовой нормировкѣ, не исчезла, а слѣдовательно ссылка на характеръ общекитія, существовавшій нѣкогда, для настоящаго времени не убѣдительна. Современныя взаимныя отношенія людей, конечно, опредѣляются не одними правовыми нормами. Но право и вмѣшивается тамъ, гдѣ не надѣется на то, что требуемое поведеніе гражданъ будетъ обезпечено нормами нравственности, приличія. Опытъ показываетъ, что законодатель вмѣшивается тогда, когда обнаружилось уже, рядомъ случаевъ, что вредное поведеніе отдѣльныхъ лицъ не можетъ быть устранено безъ воздѣйствія права. Законодатель не разъ пробовалъ предоставить обществу бороться съ ростовщичествомъ и убѣждался, что давленіе общественнаго мнѣнія слишкомъ незначительно, чтобы остановить вредную дѣятельность ростовщиковъ. Вѣрно и то, что подвижность правовыхъ нормъ дѣлаетъ ихъ средствомъ, при помощи котораго лица, имѣющія въ своихъ рукахъ власть, могутъ создавать припудительныя нормы, обезпечивающія преимущественно ихъ интересы (буржуазная республика). Но нельзя отрицать, что право, какъ динамитъ,—средство, при помощи котораго можно сдѣлать и добро и зло. Нельзя отрицать пользы динамита потому только, что онъ служитъ нерѣдко средствомъ для покушеній, нельзя отрицать и пользы права потому только, что въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ можетъ установить вредныя для общества нормы. Въ общемъ же право, создавая наиболѣе твер-

дую обезпеченность для жизни каждаго, несомнѣнно благодѣтельно. Если съ усложненіемъ общественныхъ отношеній законодательныя ошибки возможны все болѣе и болѣе, то, какъ мы уже указали, при томъ же условіи становится все болѣе и болѣе трудною правствен-ная оцѣнка, а слѣдовательно тѣмъ менѣе возможно оставить общество подъ дѣйствіемъ однѣхъ правственныхъ нормъ. Свободный договоръ, не имѣющій надъ собою права, едва ли можетъ служить тѣмъ камнемъ, на которомъ долженъ быть построенъ новый порядокъ. Разрѣшать вѣроятныя и исполнѣ добросовѣстныя недоразумѣнія при сложности общественныхъ отношеній было бы очень затруднительно безъ опредѣленныхъ правовыхъ нормъ. Предполагать же отсутствіе подобныхъ недоразумѣній совершенно невозможно, особенно если принять въ соображеніе сложную психику современнаго чловѣка.

Литература: Въ обществѣ и литературѣ весьма распространено смѣненіе анархизма съ социализмомъ, хотя общаго между ними только недовольство существующимъ порядкомъ. На самомъ дѣлѣ противоположность между ними гораздо значительнѣе, чѣмъ между каждымъ изъ нихъ и существующимъ строемъ. Соціализмъ строится на правѣ, анархизмъ отрицаетъ право. Соціализмъ направленъ противъ современнаго правового порядка, анархизмъ—противъ всякаго вообще порядка. Соціалисты хотять завладѣть государственной властью, чтобы при ея помощи пересоздать право, анархисты не признаютъ государственной власти. Соціалисты современный порядокъ считаютъ слишкомъ анархическимъ, анархисты смотрятъ на соціализмъ, какъ «на послѣднюю ступень чловѣческой глупости, съ высоты которой откроется наконецъ видъ на естественный порядокъ вещей». Отрицаніе Бога, семьи, собственности не составляетъ отличительнаго признака анархизма, а только отрицаніе права. Анархизмъ не одно и тоже, что анархія, т. е. состояніе полнаго безпорядка, анархизмъ признаетъ общественный порядокъ, но только не на основаніи права. Наиболѣе видные анархисты Прудонъ, Каспаръ Шмидтъ (Максъ Штирнеръ), Бакунинъ, Крапоткинъ, извѣстный географъ Элизе Реклю. Свѣдѣнія объ ученіи анархистовъ: Asler, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 2 изд. 1898, т. I, стр. 296 и слѣд., Stammer, *Die Theorie des Anarchismus*, 1894 (лучшая работа), Garin, *L'anarchie et les anarchistes*, 1885 (вѣм. пер. 1887), Lombroso, *Gli anarchisti*, 1894, Thorel, *Les pères de l'anarchisme, Bakounine, Stirner, Nietzsche* (Rev. pol. et lit. 1893, № 15, апрѣль); Seuffert, *Anarchismus und Strafrecht*, 1899; Garraud, *L'anarchie et la repression*, 1895 (двѣ послѣднія книги посвящены юридическому толкованію законовъ противъ анархистовъ); Макау, *Die Anarchisten* (белстрис. произв.), 1891; Malato, *Philosophie de l'anarchie*, 1897; Reclus, *L'évolution, la révolution et l'idéal anarchique*, 3 изд. 1898.



ГЛАВА II.

Понятіе о гражданскомъ правѣ.

§ 9. Постановка вопроса. Наибольше характерною чертою современнаго юридическаго порядка является рѣзкое распаденіе нормъ права на двѣ группы: на право публичное и право гражданское или иначе частное. Не смотря на то, что это раздѣленіе бросается въ глаза съ перваго взгляда, что оно ложится въ основаніе законодательныхъ работъ, судебной практики и юридической научной литературы, до сихъ поръ остается невыясненнымъ, гдѣ находится межевая черта между гражданскимъ и публичнымъ правомъ, каковы отличительные признаки той области, которая носитъ названіе гражданского права и составляетъ предметъ особой науки. Это исторически сложившееся различіе скорѣе сознается инстинктивно, чѣмъ основывается на точно установленныхъ признакахъ. Нельзя, конечно, сказать, чтобы былъ недостатокъ въ попыткахъ опредѣлить демаркаціонную линію, но, къ сожалѣнію, до сихъ поръ въ наукѣ не достигнуто соглашеніе по этому вопросу.

Несогласіе вызывается нерѣдко разною постановкою вопроса: въ то время, какъ одни имѣютъ въ виду выяснить существующее явленіе, другіе стараются оправдать его съ точки зрѣнія цѣлесообразности, а иные ставятъ себѣ задачею установить теоретически желательное направленіе границы. Правильная постановка вопроса заключается въ выясненіи замѣчаемаго реальнаго факта, въ точномъ указаніи разграничительной линіи въ современномъ правѣ, въ выдѣленіи изъ всей массы дѣйствующихъ нормъ, по признакамъ, даннымъ въ самомъ правѣ, группы, носящей названіе нормъ гражданскихъ. Такова вообще первая задача каждой науки—съ возможною точностью опредѣлить кругъ явленій, подлежащихъ ея изученію, оправданіе и оцѣнка—дѣло дальнѣйшее.

Такая постановка вопроса соответствует и тому практическому значению, какое она имѣетъ въ виду ст. 1 устава гражданскаго судопроизводства. Всякій споръ о правѣ гражданскомъ, гласитъ эта статья, подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій, слѣдовательно, чтобы опредѣлить подсудность гражданскаго суда и отграничить его компетенцію отъ вѣдомства уголовного суда и администраціи, необходимо знать, что считаетъ нынѣ дѣйствующее законодательство правомъ гражданскимъ и чѣмъ отличаетъ его отъ публичнаго. Согласно § 55 закона о введеніи германскаго уложенія въ дѣйствіе гражданскія положенія мѣстныхъ законодательствъ теряютъ силу, насколько въ уложеніи или въ законѣ о введеніи не постановлено иначе, а слѣдовательно, чтобы знать, что сохраняется, а что теряетъ силу, нужно знать, что такое гражданскія положенія.

При всемъ разнообразіи точекъ зрѣнія, обнаруженныхъ на этотъ предметъ, многочисленныя теоріи могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ взглядамъ. Основаніе для различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ стремятся найти или въ самомъ содержаніи юридическихъ отношеній или въ порядкѣ ихъ охраненія, другими словами отличительный признакъ видятъ или въ материальномъ или въ формальномъ моментѣ.

Терминологія. Выраженіе «гражданское право» представляетъ собою, очевидно, переводъ римскаго *ius civile*, которое регулировало поведеніе римскихъ гражданъ. Но соответствующія этимъ выраженіямъ понятія не совпадаютъ: съ одной стороны *ius civile* шире современнаго гражданскаго права, такъ какъ оно обнимало и публичное право, *ius suffragii*, *ius honorum*, съ другой стороны оно уже, такъ какъ въ него не входитъ весь частноправовой матеріалъ, который содержался въ *ius gentium*. «Гражданское право» (*droit civil*, *diritto civile*, *bürgerliches Recht*) не отвѣчаетъ требованіямъ строгой терминологіи, такъ какъ вообще всякое право является правомъ гражданъ. Отсюда стремленіе замѣнить это выраженіе другимъ, болѣе отвѣчающимъ его содержанію—«частное право» (*droit privé*, *diritto privato*, *Privatrecht*). Однако въ теченіе долгаго своего примѣненія терминъ «гражданское право» успѣлъ приобрести то специфическое значеніе, которое болѣе соответствуетъ его содержанію, чѣмъ словопроисхожденію, и которое въ общепіятіи вызываетъ всегда надлежащее представленіе. Противъ термина «гражданское право» высказался наиболѣе обстоятельно Krzyszowa, *O błędnej użyciu wyrażen kodexu cywilnego, prawo cywilne, powszechnie w nauce i w praktyce przyjętych* (Biblioteka Warszawska, 1861, т. II, стр. 360—387). Хуже то, что «гражданское право» имѣетъ еще нѣсколько значеній, чисто стрипательныхъ, по противоположенію другимъ понятіямъ, праву военному, каноническому, торговому (см. по этому вопросу Милль, *Система логики*, 1875, т. I, стр. 49, Bain, *Logique déductive et inductive*, т. I, 1894, стр. 86). Въ русскомъ законодательствѣ принято выраженіе «гражданское право», «гражданскіе законы».

Литература. Нѣкоторые ученые предлагаютъ вмѣсто двухчленнаго дѣленія права (на гражданское и публичное) трехчленное. Имено, къ указаннымъ

двумъ присоединяють, въ качествѣ равноправнаго члена, международное право (W a r n k ö n i g, *Juristische Encyclopädie*, 1853, стр. 66, Holland, *The Elements of Jurisprudence*, изд. 5, 1890, стр. 114). Но правила международного обществя, въ виду отсутствія принудительной власти, вообще не право, а потому и не могутъ составить члена въ раздѣленіи права. Другіе ставятъ рядомъ съ публичнымъ и гражданскимъ правомъ право церковное: W a l t e r, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 62, P u c h t a, *Course des Institutionen*, изд. 10, 1893, т. I, стр. 43, М а р е п о л ь, *Учебникъ римскаго гражданскаго права*, 1867, стр. 5. Однако и съ такимъ дѣленіемъ согласиться нельзя. Собственно церковное право составляетъ несомнѣнно часть государственнаго, а слѣдовательно публичнаго, права. Каноническія же правила или вовсе не входятъ въ область права, если не охраняются государственною властью или же, если пользуются юридическою санкціею, распределяются между публичнымъ и гражданскимъ правомъ (а не цѣликомъ входятъ въ послѣднее, какъ это думаетъ F a l s c k, *Juristische Encyclopädie*, 1851, стр. 33). Существуютъ рѣшительные противники раздѣленія права на публичное и гражданское. Представителемъ ихъ въ англійской литературѣ является Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5 изд. 1885, т. II, стр. 744—760, въ нѣмецкой—З о м ь, *Институціи римскаго права*, 1888, § 7, въ русской—К а в е л и н ь, *Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы*, 1864, (изъ С.-Пет. Вѣд. 1864, №№ 14, 15, 18, 24, 31 и 37, а теперь въ *Собраніи Сочиненій*, изд. 1900, т. IV, стр. 760—861), *Какое мѣсто занимаетъ гражданское право въ системѣ права вообще* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880, № 1). По мнѣнію Остена, раздѣленіе права на публичное и частное не выдерживаетъ никакой критики, потому что оно основано ирон по intelligible basis, потому что для пониманія публичнаго права необходимо знаніе гражданскаго, напр. по вопросу о престолонаслѣдіи предполагается знаніе права наслѣдованія, и, наоборотъ, для гражданскаго права требуется знаніе публичнаго, какъ напр. для пониманія дѣеспособности нужно знаніе правъ гражданина. Въмѣсто того Остенъ выдвигаетъ (II, стр. 689) дѣленіе, вообще довольно распространенное въ англійской литературѣ, на право лицъ (Law of Persons) и на право по имуществамъ (Law of Things), которое совершенно не соответствуетъ континентальному дѣленію на публичное и частное. По мнѣнію Зомы, существуетъ два рода правовой власти: власть надъ вещами и власть надъ лицами. Распределеніемъ власти надъ имущественнымъ міромъ занимается частное (!) право: оно трактуется о господствѣ лица надъ вещью, а общественное право трактуется о господствѣ лица надъ лицомъ. Здѣсь цѣлѣнна исходная точка зрѣнія: право есть всегда отношеніе лица къ лицу, и никогда—лица къ вещи. Впрочемъ Зомъ, хотя и не говоритъ о томъ, но какъ будто признаетъ, что его дѣленіе совпадаетъ съ общепринятымъ дѣленіемъ на гражданское и публичное право. Наибольше полно и основательно развито указанное положеніе у Кавелина. Признавая, что гражданское право въ его современномъ видѣ представляетъ «ветхую храмину», Кавелинъ предлагалъ перестроить все зданіе по новому плану. Обособленіе и содержаніе гражданскаго права Кавелинъ считаетъ случайнымъ историческимъ фактомъ, такъ какъ современное гражданское право обнимаетъ ту часть римскаго права, которая была рецепирована въ средніе вѣка. Рекомендуемая имъ реформа будетъ состоять въ томъ, что «мѣсто такъ называемаго гражданскаго права долженъ занять, въ системѣ права, разрядъ или отдѣлъ юридическихъ отношеній съ характеристическими признаками, ему одному свойственными, и связанный единствомъ общаго начала. Таковы юридическія отношенія между лицами объ имуществахъ и вообще о цѣнностяхъ, определяемыхъ на деньги». Согласно тому, изъ гражданскаго права нужно исключить всѣ личныя отношенія, а въ него внести всѣ имущественныя, все равно частнаго или публичнаго характера, какъ подати, налоги, пошлины, акцизы, пенсіи, эмеритуры, штрафы, конфискаціи. Въ своемъ сочиненіи «*Права и обязанности по имуществамъ и обязатель-*

ствамъ», 1879, Кавелинъ сдѣлалъ попытку осуществить на дѣлѣ свою мысль. Этотъ крайній и наиболѣе послѣдовательный взглядъ встрѣтилъ основательныя возраженія со стороны Муромцева (Крит. Обзор. 1879, №№ 18 и 19), который указалъ, что имущественность не составляетъ существеннаго съ юридической точки зрѣнія признака, чтобы на немъ можно было строить дѣленіе права. Современное содержаніе гражданскаго права не случайно, потому что многіе изъ его отдѣловъ не были рецензированы, какъ напр. ипотечная система, авторское право, вексель, бумаги на предъавителя. Наконецъ мѣра, предлагаемая Кавелинымъ, должна изуродовать и политическія науки, какъ напр. финансовое право.—Уклоняющееся отъ общепринятаго дѣленія даетъ Otto Gierke (*Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 26—33, хотя этотъ взглядъ былъ ранѣе развитъ авторомъ въ его обширномъ сочиненіи *Deutsches Genossenschaftsrecht*). Гирке предлагаетъ дѣлить право на Individualrecht и Socialrecht. По его мнѣнію это дѣленіе совпадаетъ съ римскимъ дѣленіемъ на jus privatum и jus publicum, но не соответствуетъ современному дѣленію на гражданское и публичное право. Individualrecht—это право, опредѣляющее отношенія единичныхъ физическихъ лицъ, а Socialrecht—это право соединеній, начиная съ семьи и кончая государствомъ. Очевидно Individualrecht уже гражданскаго права. Значенія приведенное дѣленіе не имѣетъ во первыхъ потому, что оно построено не на юридическомъ началѣ, а во вторыхъ потому, что оно не отвѣчаетъ сложившемуся въ дѣйствительности противоположенію, такъ какъ семья составляетъ всегда обособленный міръ, поглощающій индивида. Примѣру Гирке послѣдовалъ Meuser, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1895, стр. 26. Нѣкоторые совершенно сомнѣваются въ возможности найти искомый признакъ, напр. см. Петражицкій, *Die Lehre vom Einkommen*, т. II, 1895, стр. 473, прим.. Последній авторъ замѣчаетъ понятіе гражданскаго права системою децентрализации народнаго хозяйства. (Учен. Зап. Кіевскаго Унив. 1896, № 8, стр. LIV, *Акціонерная компанія*, 1898, стр. 28 прим.). Въ этомъ взглядѣ кроется ошибка, въ силу которой смѣшивается децентрализация и самоуправленіе. Для гражданскаго права децентрализация мало характерна. При томъ, все же не устраняется необходимость провести разграничительную черту между системами централизации и децентрализации народнаго хозяйства.

§ 10. Различіе съ матеріальной точки зрѣнія.

Устанавливая предѣлы гражданскаго права съ точки зрѣнія матеріальнаго момента, принимаютъ во вниманіе или различіе охраняемыхъ правомъ интересовъ или различіе въ положеніи управомоченныхъ субъектовъ или же различіе цѣли правовой защиты. Наиболѣе старымъ и распространеннымъ является противоположеніе частныхъ и общественныхъ интересовъ и основанное на томъ различіе охраняющихъ ихъ нормъ и отношеній, содержаніе которыхъ составляютъ эти интересы. Со стороны содержанія различаютъ права по ихъ субъекту, смотря по тому, присвоены ли они лицу, какъ отдѣльному человѣку или же какъ члену общественнаго союза, другими словами сообразно тому, выступаетъ ли лицо въ юридическомъ отношеніи какъ частный человѣкъ или же какъ представитель власти. Наконецъ, все съ той же точки зрѣнія матеріальнаго момента можно различать права, смотря по тому, имѣютъ ли они своею

цѣлью отдѣльное лицо, удовлетвореніе его физическихъ и нравственныхъ потребностей, или же цѣлью ихъ является охраненіе цѣлаго общества, какъ необходимаго условія благосостоянія отдѣльныхъ лицъ. Все это видоизмѣненія одной и той же основной мысли, затрагивающія содержаніе нормъ съ разныхъ сторонъ и потому взаимно другъ друга дополняющія. Всѣ они построены на противоположеніи частнаго и общественнаго, какъ различнаго содержанія юридическихъ отношеній и нормъ.

Литература. Мысль о различіи права по его содержанію была известна древнему міру. Аристотель (*Rhetorica*, кн. I, гл. XIII, 3) дѣлитъ право на двѣ группы, смотря по тому, кто терпитъ отъ его нарушенія, цѣлое ли (*τὸ κοινόν*) или отдѣльный членъ цѣлаго (*εἰς τῶν κοινωνοῦντων*). Еще ярче выставлено это различіе у Демосфена (*Timocrot.* гл. 192) и представляетъ ту особенно важность, что ораторъ предполагаетъ его известнымъ своимъ слушателямъ. Наибольшее значеніе имѣла формулировка, которую придавалъ матеріальной точкѣ зрѣнія Ульпіанъ: *publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (l. 1 § 2, *Dig. de just. et jure*, т. 1). Въ настоящее время сторонниками различія гражданскаго и публичнаго права на основаніи различія интересовъ являются: Bruns (*Encyclopädie* Гольцендорфа, § 4), который признаетъ, что римское опредѣленіе является единственно вѣрнымъ и вполне достигающимъ своей цѣли; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1900, стр. 41, § 86; Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, стр. 1, 9, 130; Warnkönig, *Juristische Encyclopädie*, 1853, стр. 66 и 68; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, стр. 541. Сторонниками различія на основаніи разнаго положенія субъектовъ являются Puchta, *Cursus der Institutionen*, 1893, т. I, стр. 29—44; Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 3—4. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, стр. 1, Beudant, *Cours de droit civil français, seconde édition* 1896, стр. 26. На основаніи различія цѣли нормъ строятъ различіе гражданскаго и публичнаго права: Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, стр. 23; Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, изд. 3, 1857, т. II, ч. 1, стр. 301; Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, т. I, 1885, стр. 28; Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1900, стр. 53; Orban, *Cours d'Encyclopédie du droit*, 1893, стр. 128; Sangiorgi, *Studi elementari di enciclopedia giuridica*, 1870, стр. 110 и 236. Нѣсколько отличо воззрѣніе Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, в. II, 1883, стр. 159 и Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 115. Изъ русскихъ юристовъ матеріальной точки зрѣнія придерживаются Мейеръ, *Русское гражданское право*, § 1; Малышевъ, *Курсъ общаго гражданского права Россіи*, т. I, 1878, стр. 1; Пахманъ, *О современномъ движеніи въ науку права*, 1882, стр. 53, *Къ вопросу о предметѣ и системѣ русскаго гражд. уложенія* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889, № 8, стр. 198, прим.); Чичеринъ, *Философія права*, 1900, стр. 104—105; Васъковскій, *Учебникъ гражданского права*, в. I, 1894, стр. 2. Изъ сторонниковъ разсматриваемаго взгляда заслуживаютъ особаго вниманія Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, т. I, 1892, стр. 153—168, и Lehmann, *Stobbe's Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. II, ч. 1, 1896, стр. 17—31. Генель, опредѣляя публичное право, какъ совокупность нормъ, которая имѣютъ своимъ предметомъ общественныя отношенія, обусловленныя устройствомъ и дѣятельностью государства, опредѣляетъ гражданское право, какъ совокупность нормъ, не подходящихъ подъ эту характеристику, Генель полагаетъ, что гражданское право толь-

ко и можетъ быть опредѣлено отрицательнымъ путемъ, такъ какъ оно обнимаетъ тѣ отношенія, въ которыхъ индивидъ относится отрицательно къ обществу (das Individuum sich negativ gegen die Gesellschaft verhält). Взглядъ мало основательный, потому что въ юридическихъ отношеніяхъ человекъ не можетъ отрицательно относиться къ обществу, отъ котораго ждетъ защиты. Леманъ опредѣляетъ гражданское право, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ поведение человека, какъ частнаго лица, въ отношеніи первоначальныхъ высшихъ благъ, теорія, которая не выдерживаетъ критики ни съ экономической, ни съ юридической точки зрѣнія.

§ 11. Критика матеріальной теоріи. Указанный взглядъ подвергся сильной критикѣ. Прежде всего отрицается самая возможность противоположенія общаго блага и частнаго интереса. Съ одной стороны общее благо разлагается на сумму частныхъ интересовъ и это даетъ основаніе утверждать, что общественные интересы охраняются правомъ настолько, насколько они въ состояніи обезпечить благоденствіе частныхъ лицъ. Съ другой стороны, частные интересы находятъ поддержку въ правѣ и защиту лишь тогда и настолько, когда и насколько преслѣдованіе ихъ соотвѣтствуетъ общему благу. Частный интересъ, не отвѣчающій видамъ общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны. Итакъ, можно утверждать, что право имѣетъ всегда въ виду только общее благо или, наоборотъ, только частные интересы.

Помимо принципиальной трудности разграниченія частнаго и общественнаго интереса, ихъ противоположеніе не совпадаетъ съ установленнымъ дѣленіемъ права. Въ самомъ дѣлѣ, тогда нормы, которыя имѣютъ въ виду обезпеченіе жизни, здоровья, свободы, защиту чести вообще и женской въ особенности, слѣдовало бы исключить изъ публичнаго права и включить въ гражданское, какъ это сдѣлано относительно нормъ, охраняющихъ собственность или договоры. Было бы совершенно произвольно утверждать, что отдѣльное лицо больше заинтересовано въ защитѣ своихъ имущественныхъ интересовъ, чѣмъ жизни, свободы, здоровья. Съ этой точки зрѣнія запрещеніе ввоза извѣстныхъ товаровъ или установленіе покровительственныхъ пошлинъ должны бы найти мѣсто въ гражданскомъ правѣ, потому что въ этомъ случаѣ законъ приходитъ на защиту отдѣльныхъ лицъ, представителей извѣстнаго рода промышленности. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатъ неудачу всей кампаніи или по крайней мѣрѣ задержку операціи, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ, нежели выборы гласнаго въ думу. Тѣмъ не менѣе подрядъ есть отношеніе гражданское, а отношеніе по выборамъ—публичное. Всеобщая социальная организація семьи,

собственности, договоръ ведетъ къ гражданскому праву, тогда какъ интересъ чисто индивидуальный, достиженіе извѣстнаго титула, чина или званія, даетъ мѣсто отношенію публично-правовому.

Литература. Первое изъ приведенныхъ возраженій наиболее обстоятельно развилъ Austin, *Lectures on Jurisprudence*, II, стр. 750, и Кавелинъ, 'Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы, 1864; см. также Grueber, въ *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 1901, ред. Birkmeuser, стр. 29. Доводъ о необходимости перенести въ гражданское право нормы, охраняющія личную неприкосновенность и примѣръ таможенныхъ пошлинъ принадлежатъ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*. 1878, стр. 112. Сравненіе подрядчика съ гласнымъ сдѣлано Коркуновымъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 166. Послѣдній аргументъ выставилъ Roguin, *La règle de droit*, 1889, стр. 175. Слѣдуетъ замѣтить, что противники матеріальной теоріи иногда формулируютъ ее не совсѣмъ вѣрно, чѣмъ значительно облегчается задача критики; такъ Муромцевъ (стр. 183) и Тонъ (стр. 109) даютъ такую формулу: публичное право—это то, которое установлено на пользу общества, гражданское право—это то, которое служитъ отдѣльному лицу—какъ таковому, его личнымъ цѣлямъ. Всякое право установлено на пользу общества и немыслимо установленіе обществомъ нормъ, которыя бы ему не служили.

§ 12. Различіе съ формальной точки зрѣнія.

Теорія, придерживающаяся формальнаго момента, различаетъ публичное и гражданское право на основаніи того, какъ распредѣляется инициатива защиты права отъ нарушеній, другими словами, обращаетъ вниманіе не на то, что защищается, а на то, какъ защищается, не на содержаніе охраняемыхъ интересовъ, а на порядокъ ихъ охраненія. Если эта защита возбуждается только по требованію лица, чье право было нарушено, то мы имѣемъ дѣло съ частнымъ правомъ. Если же нарушеніе нормы вызываетъ инициативу со стороны самого государства (въ лицѣ его органовъ), перрѣдко помимо и даже противъ воли потерпѣвшаго лица, то передъ нами область публичнаго права.

Эта теорія, построенная на различіи не тѣхъ интересовъ, которыя охраняются правомъ, а тѣхъ средствъ, которыми эти интересы защищаются, имѣетъ за собою уже то достоинство, что она основана на чисто юридическомъ началѣ. Если право составляетъ вообще средство къ достиженію извѣстной соціальной цѣли, то способъ пользованія такимъ средствомъ есть вопросъ первостепенной важности. Въ пользу формальной точки зрѣнія говоритъ, далѣе, ея полное соответствіе съ понятіемъ о правѣ вообще, которое можетъ быть опредѣлено и отличено отъ иныхъ соціальныхъ нормъ только съ формальной стороны. Если различіе между юридическими и нравственными нормами основывается на различіи санкціи, то въ высшей степени соблазнительно построить различіе между гра-

жданскимъ и публичнымъ правомъ на различномъ пользованіи этимъ охранительнымъ средствомъ. Затѣмъ, если признать вѣрность формальной точки зрѣнія, то мы имѣли бы въ рукахъ способъ отличія нормъ гражданскихъ отъ публичныхъ выдающійся по своей точности. Такъ какъ характеръ нормъ, по этой теоріи, зависятъ отъ того, кому предоставлена законодателемъ инициатива защиты, то мы могли бы съ абсолютною точностью всегда сказать, имѣемъ ли мы дѣло съ гражданскимъ или съ публичнымъ правомъ.

Противъ разсматриваемой теоріи не можетъ служить возраженіемъ то, что она все свое вниманіе обращаетъ на исключительный случай нарушенія права, такъ сказать, на патологическую сторону юридическаго порядка. Юридическій характеръ нормъ дѣйствительно раскрывается во всей своей силѣ и съ полною очевидностью именно въ моментъ ихъ нарушенія. Если прибѣгать къ юридическимъ средствамъ защиты приходится сравнительно рѣдко, то слѣдуетъ помнить, что причина тому кроется въ той угрозѣ, которая неразрывно связывается съ каждою юридическою нормою и виситъ, какъ дамокловъ мечъ, надъ всякимъ юридическимъ отношеніемъ.

Мало убѣдительно и то возраженіе, которое видитъ недостатокъ разсматриваемой теоріи въ перенесеніи вопроса изъ области положительнаго права въ сферу законодательной политики. Это возраженіе ставитъ вопросъ, почему же инициатива защиты распредѣлилась такъ, а не иначе, какими основаніями руководствовался законодатель, давая въ одномъ случаѣ инициативу защиты частнымъ лицамъ, а въ другомъ сохраняя ее за собою, и чѣмъ онъ долженъ руководствоваться въ будущихъ своихъ законодательныхъ работахъ? Это возраженіе потому не достигаетъ своей цѣли, что не вытекаетъ изъ правильной постановки вопроса. Вопросъ заключается именно въ томъ, чтобы различить въ положительномъ правѣ область гражданскаго и публичнаго, изъ массы дѣйствующихъ нормъ выдѣлить нормы гражданскія, найти признакъ, по которому можно было бы опредѣлить характеръ каждой существующей нормы. Вопросъ, слѣдовательно, ставится исключительно съ догматической точки зрѣнія, независимо отъ законодательной политики. Указанное возраженіе тѣмъ менѣе умѣстно, что и въ отличіи нормъ юридическихъ отъ нравственныхъ вопросъ ставится о признакѣ дѣйствующихъ нормъ, а не о томъ, почему законодатель напелъ возможнымъ и нужнымъ придать юридическую санкцію той или иной соціальной нормѣ.

Литература. Формальная точка зрѣнія была выражена уже Ihering'омъ въ *Geist des römischen Rechts*, т. III, 1877, стр. 339—340, но особенно ясно была развита въ сочиненіи Августа Тона, *Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, и съ того времени получила распространѣніе. Того же взгляда Roguin, *La règle de droit*, стр. 181, (не смотря на его возраженія Тону), Pfersche, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, 1881, стр. 9. Сюда же, повидимому, слѣдуетъ отнести Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, стр. 50—61. Эта теорія пользуется особеннымъ успѣхомъ у русскихъ цивилистовъ: Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 197, 198; Дювернуа, *Ученіе по гражданскому праву*, изд. 3, в. I, 1898, стр. 49, причемъ авторъ страннымъ образомъ приписываетъ эту точку зрѣнія Ульпіану, изъ словъ котораго до сихъ поръ выводилась противоположная теорія; Гамбаровъ, *Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ*, 1879, стр. 77. Къ формальной точкѣ зрѣнія причисляетъ свою теорію Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 177—183. Различіе гражданскаго и публичнаго права надо искать, по его словамъ, только въ юридической формѣ отношеній, а не въ содержаніи. Право есть возможность вообще пользоваться чѣмъ либо; эта возможность обеспечивается лицу въ двойной формѣ. Самая простая форма—эта подѣленіе объекта пользования въ частное обладаніе по частямъ, другими словами установленіе моего и твоего. Рядомъ съ этою формою существуетъ еще другая форма—приспособленіе объекта къ совмѣстному осуществленію разграничиваемыхъ интересовъ. По мнѣнію Коркунова, группировка эта совпадаетъ съ исторически установившимся различіемъ частнаго и публичнаго права. Признавая за теорію Коркунова несомнѣнную оригинальность, мы должны однако отвергнуть ея научное значеніе. Центръ теоріи Коркунова заключается въ понятіи объ объектѣ, но этотъ вопросъ авторъ совершенно обходитъ, чѣмъ крайне затрудняется уясненіе и критика его теоріи. Слѣдуетъ ли подъ объектомъ понимать все народное богатство или отдѣльныя вещи, въ чемъ состоитъ подѣленіе и приспособленіе личнымъ отношеній? Вопреки словамъ самого автора, его теорія скорѣе примыкаетъ къ матеріальной, чѣмъ къ формальной точкѣ зрѣнія.

§ 13. Критика формальной теоріи. Отличаясь указанными достоинствами, разсматриваемая теорія страдаетъ въ то же время такими существенными недостатками, которые въ концѣ подрываютъ ея значеніе.

Формальная теорія, основывая различіе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ на распредѣленіи инициативы защиты, предполагаетъ, очевидно, что въ положительномъ правѣ имѣются точныя на то указанія, что къ каждой нормѣ или къ группѣ нормъ присоединяется опредѣленіе, кому принадлежитъ инициатива защиты на случай нарушенія. Но подобное предположеніе не оправдывается: въ многочисленныхъ случаяхъ никакихъ указаній на это обстоятельство не имѣется. Не можетъ быть вовсе такихъ указаній въ обычномъ правѣ и, какъ ни стѣсненъ этотъ источникъ права въ настоящее время всюду, кромѣ Англій, все же мы встрѣчаемся съ нимъ и въ сферѣ публичныхъ и въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Не было такихъ указаній и въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствовали

римские источники. Даже наличие новейших кодексов не устраняет настоящего вопроса. Такъ во Франціи объемъ гражданскаго права вовсе не пестрится содержаніемъ Code Civil, такъ въ Германіи появленіе Bürgerliches Gesetzbuch выдвинуло вопросъ о соотношеніи между этимъ кодексомъ и мѣстными законодательствами на почвѣ частно-правоваго содержанія.

И русское законодательство, нормы котораго разбросаны въ значительномъ беспорядкѣ по всему Своду Законовъ, не даетъ твердой опоры для формальной теоріи. Правда, иногда указаніе на инициативу можетъ быть выведено косвеннымъ путемъ. Такъ нормы, содержащіяся въ уложеніи о наказаніяхъ, если примѣненіе ихъ должно происходить въ порядкѣ устава уголовнаго судопроизводства, очевидно, принадлежать къ публичному праву, а нормы, содержащіяся въ гражданскихъ законахъ, если примѣненіе ихъ должно происходить въ порядкѣ устава гражданскаго судопроизводства, принадлежать къ гражданскому праву. Но даже такое указаніе не вполне надежно. Ст. 994 уложенія о наказаніяхъ устанавливаетъ за противозаконное прижитіе ребенка а) церковное покаяніе и б) обязанность обезпечить мать съ младенцемъ. Первое изъ этихъ послѣдствій мы относимъ къ публичному, второе же къ гражданскому праву, хотя самъ законъ никакого различія въ этихъ правилахъ не дѣлаетъ и съ указанной выше точки зрѣнія уголовный судъ могъ бы, по собственной инициативѣ, возложить на виновнаго платежъ определенной суммы, въ видѣ одного изъ тѣхъ специфическихъ наказаній, которыя извѣстны нашему уложенію. Точно также ст. 180⁴ устава о наказаніяхъ угрожаетъ скупщику крестьянскаго хлѣба арестомъ и тюрьмой, а вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаетъ и обязанность доплатить продавцу разницу въ цѣнѣ, причѣмъ первая часть закона сама собою относится къ уголовному праву, а вторая къ гражданскому. Съ другой стороны, ст. 1188 т. X, ч. 1, опредѣляющая отобраніе иконы у пловѣрцевъ, къ которымъ таковая дошла по наслѣдству, въ сомнѣніи публичнаго характера, хотя и помѣщена среди гражданскихъ нормъ.

Относительно всей остальной массы нормъ, разбросанныхъ по разнымъ томамъ Свода Законовъ, мы затруднились бы опредѣлить ихъ характеръ, если бы держались только формальной точки зрѣнія. Откуда, въ самомъ дѣлѣ, обнаруживается возможность вмѣшательства полиціи, по собственному усмотрѣнію ея, когда собственникъ застраиваетъ дорогу, и необходимость обращенія пострадавшаго къ суду, когда собственникъ застраиваетъ часть сосѣдней земли? Ст.

54 п. 5 устава о промышленности возлагаетъ на фабричнаго инспектора возбужденіе преслѣдованія, а въ подлежащихъ случаяхъ и обвиненіе виновныхъ въ нарушеніи правилъ, изложенныхъ въ ст. 86—125 и 125—152. На какомъ основаніи мы различаемъ случаи, когда фабричный инспекторъ обязывается къ обвиненію, и случаи, когда рабочій долженъ самъ обращаться къ суду? При нарушеніи ст. 90, т. е. при наймѣ на фабричныя работы жень безъ отдѣльнаго вида, очевидно, только мужъ можетъ протестовать противъ договора личнаго найма, заключеннаго безъ этого условія.

Если законъ появляется отдѣльно, безъ связи съ другими, и законодатель не указываетъ, кому принадлежитъ инициатива, чѣмъ слѣдуетъ руководствоваться съ точки зрѣнія формальной теоріи? Аналогія въ настоящемъ случаѣ недопустима, потому что аналогія предполагаетъ сходство содержанія, а это было бы переходомъ къ матеріальной теоріи.

Второе возраженіе противъ формальной теоріи можетъ быть выставлено то, что встречающаеся въ законодательствѣ распредѣленіе инициативы не соответствуетъ сложившемуся въ дѣйствительности различію между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Такъ напр. договоръ аренды относится къ гражданскому праву, а между тѣмъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ губернатору вмѣняется въ обязанность предъявлять въ обрѣзаномъ судѣ искъ объ уничтоженіи этой сдѣлки (т. X, ч. 1, ст. 698, прил. 2, прим. ст. 11). Личныя отношенія, возникающія на почвѣ брака, относятся къ гражданскому праву, а между тѣмъ епархіальное начальство, по сношенію съ гражданскимъ, разлучаетъ отъ сожительства лицъ, вступившихъ въ незаконный бракъ (т. X, ч. 1, ст. 38).

Если основываться на томъ, кому предоставлена защита нормы, то придется признать, что законы, опредѣляющіе порядокъ избранія въ гласныя думы, въ виду ст. 36 и 37 городского положенія, относятся къ гражданскому праву точно такъ же, какъ и законы, опредѣляющіе отводъ относительно неспособныхъ судей, какъ и законы, устанавливающіе наказаніе за изнасилованіе, потому что во веѣхъ этихъ случаяхъ охраненіе нормы отъ нарушенія предоставлено инициативѣ частнаго лица. Если бы законъ предоставилъ отдѣльнымъ лицамъ право обвинять должностныхъ лицъ за превышеніе или бездѣйствіе власти, слѣдовало ли бы отнести эти нормы къ гражданскому праву?

Противъ подобныхъ выводовъ сторонники формальной теоріи выставляютъ то соображеніе, что инициативу частнаго лица нужно

понимать въ смыслѣ права не только возбужденія иска, но и распоряженія имъ. Но тогда устраняется единство въ признакѣ классификаціи: для публичнаго права мы будемъ имѣть въ виду только право возбужденія иска, но не распоряженія имъ, потому что на публичной сторонѣ право является одновременно и обязанностью. Для гражданскаго же права мы должны понимать инициативу въ смыслѣ права возбужденія иска и свободнаго имъ распоряженія. При такой постановкѣ вопроса не достигается противоположеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Значитъ, недостаточно, съ формальной точки зрѣнія, опредѣлить, кому принадлежитъ инициатива защиты, а нужно обратить вниманіе, въ чемъ заключается таковая, другими словами приходится сойти съ формальной точки зрѣнія на матеріальную.

Но, если бы даже можно было согласиться съ указаннымъ двоякимъ пониманіемъ инициативы, все же соотвѣтствіе съ исторически сложившимся дѣленіемъ права не было бы достигнуто. Именно, въ гражданское право должны были бы перейти преступленія, преслѣдуемыя въ порядкѣ частнаго обвиненія, гдѣ въ рукахъ инициатора не только возбужденіе дѣла, но и распоряженіе дальнѣйшими послѣдствіями, т. е. гдѣ ему дана возможность прекратить дѣло, освободить обвиняемаго отъ наказанія, иногда сократить срокъ наказанія. Мы имѣемъ въ виду такія преступленія, какъ диффамачія, клевета, контрафакція, кража между супругами и между родителями и дѣтьми, личныя обиды и оскорбленія, неосторожное банкротство. Послѣдствіемъ такого перемѣщенія было бы и перенесеніе въ гражданское право ученія о преступленіи и наказаніи.

Такимъ образомъ слабая сторона формальной теоріи заключается въ томъ, что она не удовлетворяетъ требованіямъ догматики, хотя и претендуетъ на исключительно догматическое значеніе. Въ виду этого обстоятельства приходится возвратиться къ матеріальной точкѣ зрѣнія.

Литература. Указанное выше пониманіе формальной точки зрѣнія встрѣчается у Тома и у Муромцева. «Къ гражданскому праву относится такая защита нормы, охраняющей интересы частнаго лица противъ частныхъ, которая дана ему юридическимъ порядкомъ, какъ средство къ устраненію возможнаго нарушенія нормы и предоставлена въ полное его распоряженіе» (Thom, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, стр. 33). Муромцевъ указываетъ на то, что, въ однихъ случаяхъ органы власти выступаютъ на защиту по своей собственной инициативѣ, въ другихъ же случаяхъ не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ: случаи первого рода мы соединяемъ въ отдѣлъ публичнаго права, случаи второго рода—въ отдѣлъ

гражданскаго права (*Отредѣленіе и раздѣленіе права*, стр. 196). До сихъ поръ мы имѣемъ полное единство въ признакъ классификаціи. «Какъ мы сказали, гражданскія права защищаются не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ—ихъ субъектовъ. Это значитъ, что возбужденіе, продолженіе и завершеніе защиты зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія субъекта. Призванные имъ органы власти дѣйствуютъ ровно настолько, насколько того требуетъ пострадавшее лицо. Напротивъ, въ публичномъ правѣ все движеніе зависитъ отъ воли органовъ власти». Последнее положеніе неврѣно, такъ какъ дѣло не въ волѣ органовъ власти, а только въ ихъ компетенціи; тѣмъ самымъ утрачивается единство признака. Взгляды Тона и Муромцева на согласуемость ихъ точки зрѣнія съ преступленіями, преслѣдуемыми въ порядкѣ частнаго обвиненія, не отличаются ясностью (у перваго стр. 136—138, у втораго—стр. 201—203). Тонъ указываетъ только на то обстоятельство, что въ этихъ случаяхъ мѣра наказанія опредѣляется судомъ независимо отъ воли потерпѣвшаго. Но примиреніе иногда можетъ устранить вовсе примѣненіе наказанія, а во вторыхъ и гражданскій судъ нерѣдко опредѣляетъ размѣръ убытковъ независимо отъ указаній пострадавшаго, не говоря уже о случаяхъ, въ которыхъ имѣетъ мѣсто несія (Busse). Правильно замѣчаніе, которое дѣлается по поводу формальной теоріи Dernburg, *Pandekten*, т. I, изд. 6, 1900, стр. 46, прим. 5: она принимается главный симптомъ за сущность.

§ 14. Установленіе различія. Право въ объективномъ смыслѣ всегда имѣетъ въ виду общественное благо и съ этой точки зрѣнія правы тѣ, которые отвергаютъ возможность различія между гражданскимъ и публичнымъ правомъ, основаннаго на различіи охраняемыхъ пормами интересовъ. Устанавливаетъ ли законодатель порядокъ перехода собственности на землю или порядокъ вексельнаго регресса или организацию министерства или способъ взиманія акциза или мѣры, предупреждающія бѣгство преступника—вездѣ оны руководствуется общественнымъ интересомъ. Иначе представляется дѣло, если мы посмотримъ на него со стороны конкретныхъ правоотношеній. Глубоко заинтересованное въ томъ, чтобы каждый изъ контрагентовъ, заключившихъ договоръ, былъ увѣренъ въ осуществимости своихъ правъ, государство относится безразлично къ тому, будетъ ли осуществлено право требованія даннымъ кредиторомъ въ отношеніи даннаго должника. Заинтересованное въ неприкосновенности права собственности, государство смотритъ совершенно индифферентно на нарушенія правъ даннаго собственника, пока тотъ не обращается за помощью. Напротивъ, государство равно заинтересовано какъ въ установленіи вообще порядка ареста обвиняемаго, такъ и въ точномъ соблюденіи этого порядка въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Такимъ образомъ различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ можетъ быть построено, съ точки зрѣнія матеріальнаго момента, только на различіи отношеній, но не пормъ.

Характеръ регулируемыхъ отношеній опредѣляетъ характеръ регулирующихъ нормъ.

Съ этой стороны противоположеніе личности и общества, частной жизни и общественной дѣятельности, частныхъ и общественныхъ интересовъ, положенія частнаго лица и представителя власти, создается болѣе или менѣе ясно всѣми и каждымъ. Существуетъ, несомнѣнно, такой кругъ личныхъ и имущественныхъ отношеній, которыя самымъ тѣснымъ образомъ окружаютъ отдѣльное лицо въ его ежедневной жизни, которыя ему наиболѣе близки, которыя онъ готовъ защищать съ отчаяннымъ мужествомъ. Это его отношенія къ женѣ, дѣтямъ, дому, участку земли, обстановкѣ, однимъ словомъ, ко всему тому, что онъ опредѣляетъ словомъ „мое“. Существуютъ иныя отношенія, которыя возникаютъ за порогомъ и стѣнами домашней обстановки, въ которыя онъ, человекъ средняго типа, вступаетъ съ несравненно меньшимъ интересомъ, чѣмъ въ отношенія перваго рода, иногда даже прямо по принужденію (воинская повинность, уплата налоговъ). Если есть такія лица, для которыхъ общественные интересы не менѣе близки, чѣмъ домашніе, а можетъ быть даже выше послѣднихъ, то въ глазахъ современнаго общества они представляются исключеніями. Съ точки зрѣнія цѣлаго, государства, эти круги отношеній, очерченные вокругъ отдѣльныхъ лицъ и замкнутые для постороннихъ, не представляютъ общественнаго интереса, который возбуждается не тѣмъ, что происходитъ въ каждомъ изъ этихъ круговъ, а возможностью установленія наилучшихъ условій совместнаго ихъ существованія и дѣятельности.

Противоположеніе частнаго и общественнаго лежитъ въ основаніи всей современной экономической организаціи, построенной главнымъ образомъ на частномъ началѣ. Это противоположеніе создаетъ въ экономической области цѣлый рядъ явленій, вызывающихъ особые законы отношеній, которые имѣютъ примѣненіе только при частно-хозяйственной организаціи, какъ противоположности возможной, а отчасти осуществленной, общественной организаціи.

Такое противоположеніе частнаго и общественнаго не могло быть игнорируемо правомъ и этому чрезвычайно важному бытовому явленію соответствуетъ основное раздѣленіе права на гражданское и публичное. Оно основано на наблюденіи выдающагося явленія и потому само полно теоретическаго и практическаго значенія. Съ этимъ противоположеніемъ частнаго и публичнаго праву приходится имѣть дѣло и въ другихъ, менѣе важныхъ случаяхъ, напр. при установленіи различнаго наказуемости за оскорбленіе человека,

какъ частнаго лица или какъ должностнаго, при различіи частныхъ писемъ отъ предназначенныхъ для публички (т. X, ч. 1, ст. 420, прим. ст. 9).

Съ точки зрѣнія указаннаго противоположенія частнаго и публичнаго, по матеріальному моменту, гражданское право можетъ быть опредѣлено, какъ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ частныя отношенія отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ. Слѣдовательно область гражданскаго права обусловливается тремя данными: *α*) юридическія отношенія, *β*) частныя лица, какъ субъекты ихъ, *γ*) частный интересъ, какъ содержаніе отношеній.

Слѣдуетъ однако признать, что граница между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, основанная на различіи интересовъ, не можетъ быть безусловно точной. На рубежѣ всегда останется полоса отношеній, которая будетъ возбуждать сомнѣніе, куда ихъ помѣстить. Таковы напр. претензіи чиновника о слѣдующемъ ему, но не уплаченномъ содержаніи, институты экспроприаціи и опеки и нѣк. др. Здѣсь особенно умѣстно вмѣшательство законодателя, который долженъ ставить знаки во всѣхъ сомнительныхъ мѣстахъ.

Уже какъ послѣдствіе этого дѣленія слѣдуетъ разсматривать то распредѣленіе инициативы, въ которой нѣкоторые хотѣли бы видѣть самый отличительный признакъ. Какъ послѣдствіе, объясняется и состязательное начало въ гражданскомъ процессѣ, въ силу котораго судъ защищаетъ законные интересы лишь настолько, насколько того желаютъ сами субъекты правъ. Не гражданское право занимаетъ свой характеръ отъ гражданскаго процесса, а, напротивъ, гражданскій процессъ строится примѣнительно къ характеру охраняемыхъ отношеній.

Попробуемъ теперь, съ точки зрѣнія установленнаго сейчасъ понятія о гражданскомъ правѣ, опровергнуть тѣ возраженія, которыя дѣлаются матеріальной теоріи.

Всякое право устанавливается изъ за интересовъ отдѣльныхъ живыхъ лицъ, составляющихъ въ соединеніи организованное общество или государство. Обеспеченіе интересовъ отдѣльныхъ людей при помощи права достигается двоякимъ путемъ. Съ одной стороны государство очерчиваетъ кругъ свободнаго проявленія личности и осуществленія интересовъ, охраняя его отъ постороннихъ вторженій. Съ другой стороны государство устанавливаетъ устройство и порядокъ дѣятельности власти, имѣющей своею задачею охраненіе блага отдѣльныхъ лицъ. Въ первомъ случаѣ нормы права обеспечиваютъ непосредственно частныя интересы, во второмъ косвенно,

обеспечивая общественную организацію, которая обуславливаетъ спокойное осуществленіе частныхъ интересовъ. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть рѣчи о сравнительной важности института частной собственности и учрежденія канцеляріи министерства. При организаціи государственной власти каждый малѣйшій винтикъ равно важенъ и интересу правильной общественной организаціи слѣдуетъ противопоставлять не институтъ права собственности, а субъективные права собственниковъ, т. е. рядъ частныхъ отношеній.

Несомнѣнно, что жизнь и здоровье составляютъ болѣе близкіе каждому интересы, чѣмъ имущественные и потому должны бы составить по преимуществу область гражданскихъ отношеній. Но дѣло въ томъ, что личная непрямосновенность и безопасность гражданъ составляетъ ближайшій интересъ общестія, а потому государство не можетъ относиться къ нему такъ, какъ оно относится къ имущественнымъ интересамъ. Оно спокойно смотритъ, какъ одно лицо засѣваетъ съ вѣдома другого, хотя и безъ его согласія, участокъ земли, но оно не можетъ довольствоваться молчаніемъ потерпѣвшаго, которому среди улицы нанесена рана пожаромъ. Современное государство безучастно относится къ экономической борьбѣ двухъ частныхъ хозяйствъ на почвѣ свободной конкуренціи, но собственный интересъ не позволяетъ ему молчать, когда борьба принимаетъ характеръ, угрожающій личной безопасности.

Титуль или чинъ, съ современной точки зрѣнія, представляются малосущественными интересами, но не слѣдуетъ забывать, что въ нихъ выражается оцѣнка общественной дѣятельности, а потому правила, опредѣляющія условія ихъ полученія, не могутъ быть лишены публичнаго характера.

Что касается, наконецъ, частно-правового характера договора казны съ подрядчикомъ не смотря на его общественный интересъ, то этотъ вопросъ заслуживаетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

§ 15. Государство, какъ субъектъ частно-правовыхъ отношеній. Противъ матеріальной точки зрѣнія, которая владетъ въ основаніе различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ различіе общаго и частнаго интереса, выставляютъ то возраженіе, что само государство, это олицетвореніе общественнаго интереса, выступаетъ перѣдко, какъ частно-правовой субъектъ въ гражданскихъ сдѣлкахъ. Это возраженіе несомнѣнно сильное, если признать, что возникающія на почвѣ сдѣлокъ отношенія между государствомъ и его отдѣльными гражданами могутъ

быть гражданско-правовыми. Замѣтимъ только, что указанное обстоятельство создаетъ такое же затрудненіе и для формальной теоріи. Если различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ основывается на томъ, кому присвоивается защита отношенія, отдѣльному ли лицу или самому государству, а въ заключаемыхъ государствомъ сдѣлкахъ инициатива защиты принадлежитъ государству, какъ одному изъ контрагентовъ, то слѣдовательно такіа правоотношенія должны считаться публичными, а не частными.

Государство—это общество со стороны его принудительной организациі; казна—это имущественная сторона государства. Съ какой бы стороны мы не подходили къ государству, мы всюду можемъ встрѣтить только общественный интересъ. Государство и частное лицо могутъ быть только противопоставляемы, но не сопоставляемы другъ съ другомъ. Поэтому надо признать, что отношенія, въ которыхъ состоитъ государство, всегда публичны и что государство никогда не можетъ быть частно-правовымъ субъектомъ.

Государству приписывается, какъ и отдѣльнымъ гражданамъ, право частной собственности на движимость и недвижимость, за государствомъ признаются права требованія на частныхъ лицъ и, обратно, его считаютъ должникомъ своихъ гражданъ. Но съ этимъ нельзя согласиться. Государство не можетъ имѣть частной собственности, потому что государственная частная собственность представляетъ собою *contradictio in adjecto*. Если мы гипотетически представимъ себѣ, что государство скупить всю недвижимость или что водворится коммунистическій порядокъ, должны ли мы сказать, что государство станетъ тогда единственнымъ частнымъ собственникомъ? Между тѣмъ сущность разсматриваемаго института заключается въ его частномъ характерѣ, что и выражается въ названіи „право частной собственности“.

Въ случаѣ договоровъ, заключаемыхъ казною съ отдѣльными гражданами, можно ли признать устанавливающіяся такимъ путемъ отношенія частно-правовыми, какъ и тѣ, которыя возникаютъ между частными лицами? Въ послѣднихъ юридическій характеръ требованію кредитора придаетъ возможность настаивать на исполненіи при помощи государственной власти или на возмѣщеніи неосуществленнаго интереса изъ имущества должника. Но кредиторъ казны можетъ рассчитывать только на добровольное исполненіе со стороны государства. Такое исполненіе своихъ обязательствъ для послѣдняго составляетъ дѣло чести и политики, но не права. Ни одна изъ тѣхъ мѣръ, которыми располагаютъ органы исполненія су-

дебныхъ рѣшеній, непримѣнимы къ должнику-государству. И въ качествѣ кредитора государство отличается отъ частнаго лица: въ то время какъ послѣднее по собственному усмотрѣнію и желанію распоряжается принадлежащимъ ему правомъ, права государства должны быть осуществлены и это лежитъ на обязанности представителей казны.

Между имущественными отношеніями, въ которыя вступаетъ государство со своими гражданами по подрядамъ, поставкамъ, арендѣ и др. сдѣлкамъ, и имущественными отношеніями, которыя устанавливаются по взиманію налоговъ, пошлинъ, по уплатѣ жалованія или пенсій,—нѣтъ той существенной разницы, какая обыкновенно выставляется. Гдѣ и какое, въ самомъ дѣлѣ, различіе между судебными пошлинами и платою за провозъ по казенной желѣзной дорогѣ? Съ точки зрѣнія публично-правовой можно сказать, что плата за перевозку та же пошлина, уплачиваемая государству за особую услугу, оказываемую частному лицу перемѣщеніемъ принадлежащихъ ему вещей. Съ точки зрѣнія частно-правовой можно было бы сказать, что уплатою судебныхъ пошлинъ гражданинъ-истецъ заключаетъ договоръ съ государствомъ, которое обязывается за полученное вознагражденіе разрѣшить спорный вопросъ и оказать физическое содѣйствіе своему контрагенту, если онъ окажется правымъ. Въ томъ и другомъ случаѣ замѣшаны общественные интересы, а потому то и другое отношеніе должно быть признано въ равной мѣрѣ публично-правовымъ.

Однако недоразумѣнія, возникающія на почвѣ однихъ отношеній, составляютъ предметъ вѣдѣнія администраціи, а недоразумѣнія, возбуждаемые иными отношеніями, вѣдаются судами. Спрашивается, гдѣ основаніе къ тому? Здѣсь обнаруживается вліяніе историческое: постепенно сложившееся довѣріе къ суду и недовѣріе къ администраціи. Въ сущности и судъ и администрація—органы одной и той же государственной власти, но организація суда внушаетъ гражданамъ большее довѣріе къ безпристрастію и независимости. Этотъ психологическій фактъ побуждаетъ государство пользоваться гражданскою юрисдикціею, когда ему нужно побудить гражданъ къ соглашенію, не прибѣгая къ принужденію. Если бы граждане имѣли такое же довѣріе къ администраціи, какое они питаютъ къ суду, то имущественныя претензіи гражданъ къ государству могли бы разсматриваться и удовлетворяться въ административномъ порядкѣ. По русскому законодательству контрагенту казны до окончательнаго расчета открыть только административ-

ный путь обжалованія, а послѣ этого дается на собственный выборъ, жаловаться ли по начальству или предъявить къ казнѣ судебнымъ порядкомъ искъ (ст. 1302 уст. гражд. суд.). Очевидно характеръ отношенія не можетъ зависеть отъ момента выбора и изъ указаннаго не подлежитъ сомнѣнью, что сдѣлки съ казною создаютъ только публичныя правоотношенія, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по соображеніямъ цѣлесообразности, они подлежатъ вѣдѣнью гражданского суда. Если въ нѣкоторыхъ случаяхъ уголовному суду приходится разсматривать гражданскіе иски, то это обстоятельство еще не превращаетъ гражданское отношеніе въ публичное.

Литература. Къ сожалѣнью, вопросъ этотъ мало затрагивается въ литературѣ. Слегка его касаются какъ публицисты, такъ и цивилисты. Признаютъ государство, какъ частно-правового субъекта, публицисты: Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, т. I, 1881, стр. 577; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. II, 1895, стр. 840; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, стр. 56—63; Коркуновъ, *Сравнительный очеркъ государственнаго права иностранныхъ державъ*, в. I, 1890, стр. 20, хотя отъ и признаетъ, что государство не знаетъ надъ собою суда (стр. 5), Суворовъ, *О юридическомъ лицѣ*, изд. 2, 1900, стр. 12—13. Напротивъ, Haepel, *Deutsches Staatsrecht*, т. I, 1892, стр. 161, утверждаетъ, что «совершенно неправильно представлять себѣ государство въ его фискальныхъ правоотношеніяхъ не какъ государство, а какъ частное лицо», что «юридическая оцѣнка всякаго фискальнаго правоотношенія на сторонѣ государства должна производиться необходимо и исключительно съ точки зрѣнія публичнаго права». Нѣсколько нерѣшительная точка зрѣнія у Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, стр. 139—140.

§ 16. Вопросъ объ имущественномъ характерѣ гражданского права. Частные интересы отдѣльнаго лица, побуждающіе его вступать въ отношенія къ другимъ, направлены, при современной экономической организаціи, главнымъ образомъ на обезпеченіе физическаго существованія и наибольшихъ матеріальныхъ благъ. Поэтому частно-правовыя отношенія носятъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ имущественный характеръ. Но это обстоятельство не даетъ еще основанія понимать гражданскія правоотношенія, какъ исключительно имущественныя, и устранять изъ гражданского права чисто личныя отношенія, хотя бы ихъ частный характеръ и не подлежалъ сомнѣнью.

Между тѣмъ такой именно взглядъ, ограничивающій гражданское право кругомъ имущественныхъ отношеній, можетъ считаться довольно распространеннымъ. Его не слѣдуетъ смѣшивать съ раздѣленіемъ всего права на имущественное и личное вмѣсто установленнаго раздѣленія на публичное и гражданское. Напротивъ, этотъ

взглядъ признаетъ общепринятое дѣленіе, только исключаетъ изъ числа частныхъ отношеній отношенія чисто личныя.

Въ пользу такого взгляда высказывается то соображеніе, что семейственныя отношенія, которыя главнымъ образомъ и составляютъ спорное мѣсто, опредѣляются не столько правомъ, сколько моралью. Однако, если съ точки зрѣнія правовой политики можно было бы признать цѣлесообразнымъ предоставить большую часть этихъ отношеній нравственности и не допускать вмѣшательства права въ эту сферу, то съ точки зрѣнія положительнаго права современныхъ цивилизованныхъ народовъ необходимо признать, что эти отношенія опредѣляются въ значительной степени правомъ и касающіяся ихъ нормы должны получить мѣсто въ системѣ.

Указываютъ далѣе на юридическія особенности этого рода отношеній въ противоположность прочимъ частно-привовымъ отношеніямъ. Они лишены той свободы распоряженія со стороны ихъ субъектовъ, какая допускается въ области имущественныхъ отношеній. Это возраженіе указываетъ только на нѣкоторыя особенности частно-правовыхъ отношеній личнаго характера сравнительно съ частно-правовыми отношеніями имущественнаго характера, но не оправдываетъ ихъ полного исключенія изъ гражданскаго права. Да и въ имущественныхъ отношеніяхъ встрѣчаются такія особенности, напр. невозможность свободнаго распоряженія родовыми имѣніями или маіоратами.

Согласно съ разсматриваемой точкою зрѣнія личныя отношенія, за исключеніемъ ихъ изъ гражданскаго права, должны бы перейти въ область публичнаго права. Но такое распредѣленіе матеріала не согласуется съ господствующимъ въ общественномъ сознаніи представленіемъ о различіи между публичнымъ и частнымъ. Во вторыхъ, если семейственныя личныя отношенія представляютъ нѣкоторыя особенности по сравненію съ прочими гражданскими правоотношеніями, то они еще болѣе отличаются отъ публичныхъ правоотношеній, хотя бы прежде всего по способу ихъ охраненія, по неприкосновенности для органовъ власти того интимнаго круга, который носитъ названіе семейной жизни.

Такое устраненіе семейственныхъ отношеній изъ области гражданскаго права имѣло бы съ научной стороны то неудобство, что создало бы раздѣденіе матеріала, неразрывно связаннаго въ одно цѣлое. Приспилось бы имущественную часть отношеній между супругами, родителями и дѣтьми, опекунами и опекаемыми, оставить въ гражданскомъ правѣ, а личныя отношенія между указан-

ными лицами перенести въ публичное право. Но обѣ стороны этихъ отношеній другъ друга дополняютъ и выясняютъ, а потому повтореніе стало бы дѣломъ неизбѣжнымъ.

Съ установленной выше точки зрѣнія на гражданское право нѣтъ никакого основанія исключать изъ него личныя семейственныя отношенія. Если область его опредѣляется отношеніями частнаго характера, то уже имущественное или личное содержаніе ихъ не можетъ имѣть значенія. Тѣ и другія могутъ быть частнаго характера и съ этой стороны противопоставляются личнымъ и имущественнымъ отношеніямъ публичнаго характера.

Литература. Стремленіе ограничить гражданское право кругомъ имущественныхъ отношеній обнаруживается особенно въ старой литературѣ. Сюда относятся главные представители исторической школы: Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, 1840, § 54, стр. 350, прим. e; Puchta, *Oursus der Institutionen*, изд. 10, 1893, стр. 34—35. Того же взгляда Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, изд. 1892, стр. 510. Подъ вліяніемъ этихъ авторитетовъ и въ русской литературѣ проявилось то же направленіе. Мейеръ, *Русское гражданское право*, изд. 1894, стр. 3—6, предлагаетъ ученіе о бракѣ перенести въ каноническое право, нормы, опредѣляющія личныя отношенія между супругами, родителями и дѣтьми, опекунами и опекаемыми, перенести въ государственное право. Остается однако непонятнымъ, какимъ образомъ можно перенести въ каноническое право ученіе о гражданскомъ бракѣ. Самый вопросъ ставится Мейеромъ *de lege lata, a de lege ferenda*, такъ какъ онъ самъ признаетъ, что въ изложеніи предмета необходимо допустить непоследовательность и отступленіе въ сторону распредѣленія матеріала, какое дѣлаетъ Сводъ Законовъ. Того же воззрѣнія Умовъ, *Понятіе и методы изслѣдованія гражданского права* (Моск. Унив. Изв. 1872, т. II, кн. 4, стр. 404); Думашевскій, *Наше правоустройство, что оно есть и чѣмъ должно быть* (Журн. Мин. Юст. 1867, т. 32, стр. 21). Цитовичъ, подъ вліяніемъ Данкварта, называетъ гражданское право правомъ распредѣленія (Verkehrsrecht), хотя послѣднее названіе означаетъ право обращенія (*Курсъ русскаго гражданского права*, т. I. 1878, стр. 5). Непоследовательнымъ является стремленіе автора удержать въ составѣ гражданскаго права семейственныя отношенія (стр. 6). Въ новѣйшее время имущественное направленіе встрѣчается рѣже. Противникомъ его выступилъ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 144—146, а у насъ Муромцевъ, *Определеніе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 222—240. Вопросъ объ имущественномъ характерѣ обязательствъ, возбуждаемый на иной почвѣ, будетъ разсмотрѣнъ въ обязательственномъ правѣ.

§ 17. Развитие различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Существующее въ современномъ юридическомъ порядкѣ различіе гражданскаго и публичнаго права не вытекаетъ изъ самаго существа права, а представляетъ лишь историческое явленіе. Какъ историческая категория, такой юридическій порядокъ, построенный на противоположеніи частныхъ и общественныхъ интересовъ, предполагаетъ наличность извѣстныхъ психическихъ, этическихъ, политическихъ и экономическихъ усло-

вій, отсутствіе или слабое развитіе которыхъ устраняетъ самую возможность подобнаго раздвоенія права.

Обращаясь къ тѣмъ ступенямъ, по которымъ шло развитіе современнаго гражданскаго строя, мы дѣйствительно вначалѣ не находимъ указаннаго раздвоенія. Гражданское право становится рядомъ съ публичнымъ или противъ него только тогда, когда условія общежитія даютъ возможность противопоставить частную и общественную жизнь. При наличности нѣкоторыхъ условий всѣ отношенія носятъ исключительно публичный характеръ, не открывая простора индивидуализму; при наличности иныхъ условій, исключяющихъ или сильно ограничивающихъ понятіе объ общественныхъ интересахъ, всѣ отношенія принимаютъ частный характеръ. Мысленно мы можемъ перенестись въ далекое будущее и представить себѣ такой правовой порядокъ, который, имѣя въ своемъ основаніи совершенно пныя начала, чѣмъ современный, не будетъ содержать въ себѣ той противоположности между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, съ которой мы сжились и которую считаемъ вполне естественной и необходимой.

Если мы обратимъ вниманіе на психику первобытнаго человѣка и на складъ первобытнаго общества, то ни въ томъ, ни въ другомъ мы не найдемъ необходимыхъ условій для рѣзкаго раздвоенія интересовъ, которое способно было бы повести къ различію характера юридическихъ отношеній.

Въ противоположность современнымъ французамъ, нѣмцамъ, англичанамъ, отличающимся крайнимъ разнообразіемъ въ характерѣ, складѣ ума, нравственныхъ понятіяхъ, вкусѣ, образованіи, на раннихъ ступеняхъ исторіи человѣчества царитъ полное психическое однообразіе и каждый индивидъ является точной копіей другого. Это обстоятельство не даетъ мѣста развитію личной индивидуальности. Отличительныя черты характера первобытнаго человѣка — это импульсивность и непредусмотрительность. Первая черта мѣшаетъ прочности общественныхъ соединеній, вторая устраняетъ потребность въ собственности. Первобытный человѣкъ цѣнитъ блага только по ихъ способности удовлетворить его наличнымъ желаніямъ. Женщина для него только предметъ удовлетворенія его физиологической потребности. Ему чужды поэтому семейныя привязанности, а также притягательная сила своего жилища и имущества, т. е. всего того, что въ глазахъ современнаго человѣка придаетъ наибольшій смыслъ жизни.

Съ другой стороны и общественныя условія мало благоприятствуютъ развитію индивидуализма и установленію различія между отношеніями частнаго и публичнаго характера. Возьмемъ ту первоначальную общественную группу, которая, повидимому, предшествуетъ другимъ формамъ соединенія. Сравнительно небольшая группа людей, со слабо развитою властью, живетъ на началахъ совместнаго удовлетворенія основныхъ потребностей. Въ группѣ господствуетъ полное равенство. Всѣ женщины, принадлежащія по рожденію къ данной группѣ, составляютъ достояніе всѣхъ мужчинъ послѣдней. Складъ половыхъ отношеній не возбуждаетъ чувства ревности и желанія исключительно обладать женщиною. Поэтому здѣсь нѣтъ супружеской власти, нѣтъ семейнаго жилища: мужчины и женщины живутъ обыкновенно отдѣльно, въ особыхъ для каждаго пола помѣщеніяхъ. Здѣсь нѣтъ могучей отцовской власти, потому что ни одинъ мужчина не въ состояніи указать ребенка, который бы ему именно былъ обязанъ жизнью. Между отцомъ и дѣтьми не можетъ существовать никакихъ отношеній, дѣти признаются принадлежащими всему племени, находятся подъ его попеченіемъ, а по достиженіи возмужалости становятся совершенно самостоятельными. Не встрѣчаемъ мы въ такихъ соединеніяхъ и власти господина надъ рабами, потому что нѣтъ частнаго хозяйства, а оставляемые въ живыхъ военнопленные составляютъ достояніе всей общины. Несложныя и однообразныя потребности всѣхъ, входящихъ въ составъ группы, даютъ почву только для простой кооперации. Главныя средства добыванія необходимыхъ благъ—это совместная охота и военный грабежь. Никакого раздѣленія труда, никакого обмѣна еще нѣтъ, потому что потребности одинаковы. Верховная власть, почти незамѣтная въ мирное время, обнаруживается только въ военныхъ дѣйствіяхъ. Даже мечь составляетъ обязанность не ближайшаго родственника, какъ это становится позднѣе, а всей общины. Однимъ словомъ, на какую бы сторону общезжитія мы не взглянули, мы всюду встрѣчаемъ только публичные отношенія и нигдѣ не находимъ отношеній частнаго характера. Поэтому то оказываются тщетными всѣ попытки европейцевъ воздѣйствовать на подобныя группы при помощи принципа *divide et impera*, такъ какъ этотъ принципъ обязанъ своимъ происхожденіемъ совершенно инымъ общественнымъ условіямъ.

Также мало основаній для противоположенія частныхъ и публичныхъ отношеній встрѣчаемъ на той степени общественного развитія, типомъ которой является патриархальная семья. Жена или

жены, сыновья и дочери, жены сыновей, а иногда и мужа дочерей, внуки и правнуки—всѣ эти лица находятся подъ властью родоначальника, которая составляетъ наиболѣе характерный признакъ патріархальной семьи, какъ она представляется намъ особенно по библейскимъ и римскимъ образцамъ. Такая группа лицъ, иногда весьма значительная по числу вслѣдствіе долговѣчности главы, многоженства и раннихъ браковъ, представляется общественною единицею. Все племя, если это выраженіе примѣнимо къ лицамъ, имѣющимъ общее лишь происхожденіе и языкъ, распадается на такія самостоятельныя семейныя группы, взаимное отношеніе которыхъ почти такое же, какъ и отдѣльныхъ государствъ въ современномъ международномъ общеніи. Индивидуализму и въ патріархальной семьѣ мѣста нѣтъ, потому что каждый имѣетъ значеніе не самъ по себѣ, а какъ членъ группы. Интересы всей семьи—это и интересы каждаго отдѣльнаго чловѣка, индивидуальность котораго совершенно поглощается семьею. Внутренній распорядокъ, необходимый въ большихъ соединеніяхъ, основывается на абсолютной власти патріарха, въ которой сливаются власти родительская, супружеская, хозяйская съ политическою. Патріархъ законодатель, администраторъ и судья, а въ то же время хозяйствъ, распоряжающійся всѣмъ имуществомъ, принадлежащимъ семьѣ, независимо отъ того, къмъ въ частности приобрѣтены тѣ или другія его части. Въ такомъ видѣ семья представляетъ государство въ миньютюрѣ, положеніе члена семьи сливается съ политическимъ состояніемъ, интересы семьи и общества тождественны.

Естественное размноженіе и увеличеніе подобныхъ группъ, посредствомъ выдѣленія и распада, дѣлаетъ невозможнымъ продолженіе такого изолированнаго состоянія. Отъ охотничьяго или пастушескаго образа жизни приходится перейти къ земледѣлію. Вмѣстѣ съ матеріальными затрудненіями возрастаетъ и вышняя опасность. Эти обстоятельства побуждаютъ обособленныя группы, имѣющія общее происхожденіе, говорящія на томъ же языкѣ и поклоняющіяся тому же божеству, соединиться на федеративныхъ началахъ. Такимъ путемъ образуются большія общественныя группы, называемыя племенемъ. На этой ступени общественнаго развитія застаютъ исторія кельтовъ и германцевъ.

Понятно, что власть, соединяющая группы въ одно цѣлое, представляется вначалѣ весьма слабою. Она проявляется съ военной стороны, какъ это характеризуется въ извѣстномъ разсказѣ о королѣ Хлодвигѣ и франкѣ, не пожелав-

шемъ отдать ему вазу. Она обнаруживается также въ разрѣшеніи споровъ, возникающихъ между родами. Последніе же и по соединеніи продолжаютъ носить тотъ же замкнутый характеръ, каковымъ отличались въ изолированномъ состояніи. Общественною единицею является не отдѣльный человѣкъ, а только глава семьи или рода, какъ представитель съ личной и имущественной стороны.

Но новое соединеніе производитъ крупное измѣненіе. Пржежая группа, составлявшая въ изолированномъ быту все общество, теперь представляетъ собою лишь частный міръ по отношенію къ цѣлой федераціи. При замкнутости и самостоятельности каждой группы, при крайней незначительности общихъ интересовъ, всѣ отношенія принимаютъ частный характеръ. Общественная власть строится по частному началу. Носителемъ ея является одинъ изъ главъ семьи, который продолжаетъ въ своей новой дѣятельности руководствоваться семейными принципами. Общественное управленіе, при своемъ возникновеніи, беретъ образцомъ домашній бытъ, общественное хозяйство представляетъ собою лишь крупное хозяйство. О налогахъ, какъ взносахъ, основанныхъ на сознаніи своихъ гражданскихъ обязанностей, не можетъ быть и рѣчи. Даже капитуляріи Карла Великаго рисуютъ полную картину частнаго взгляда на финансовое хозяйство.

Преступленіе, которое въ общинѣ и патриархальной семьѣ было всегда нарушеніемъ общихъ интересовъ, въ разсматриваемый моментъ составляетъ частное дѣло. Преступное дѣйствіе касалось только той семьи или того рода (той группы), членъ которой явился непосредственно потерпѣвшимъ. Преслѣдовать ли виновника, наказывать ли его собственными средствами или обратиться къ общественной власти съ жалобою—это вопросы, подлежащіе усмотрѣнію рода и составляющіе его частное дѣло. Въ представленіи того времени убійство, увѣчые, кража были вредны только для потерпѣвшихъ, но общественный союзъ, въ виду тѣхъ цѣлей, для которыхъ онъ существовалъ, не считалъ свои интересы затронутыми вслѣдствіе такого образа дѣйствій его членовъ. Только дѣйствія, противныя военнымъ цѣлямъ федераціи, измѣна, трусость, бѣгство, считались преступленіями противъ всего общества и вызывали публичную репрессію. При такомъ характерѣ уголовного права не можетъ быть и рѣчи о различіи между гражданскимъ и уголовнымъ процессомъ. Во Франціи, Англіи, Германіи долгое время не существовало никакого различія между тѣмъ и другимъ.

Однимъ словомъ, на какія бы отношенія мы не обратили вниманія, почти всё они всецѣло проникнуты частнымъ характеромъ и почти все право можетъ быть названо частнымъ.

Полное торжество частнаго права надъ публичнымъ наступаетъ въ феодальную эпоху, когда происходитъ распаденіе общества на мелкія владѣнія, въ которыхъ политическая государственная власть смѣшивается съ властью помѣщика. Политическая связь между такими группами, по выраженію Гизо,—феодальными ячейками, чрезвычайно слаба, отсутствіе внѣшнихъ опасностей уничтожило и ту небольшую организацію, которая существовала во время меровинговъ и карловинговъ. Натуральное хозяйство дѣлало совершенно излишнимъ всякія сношенія съ другими группами, не создавало экономической зависимости, обусловливаемой обменомъ. Феодальный баронъ является полновластнымъ властелиномъ въ предѣлахъ своей сеньеріи и собственно только онъ одинъ можетъ считаться членомъ феодальнаго общества. Для подвластнаго ему населенія онъ былъ законодателемъ и судьей, который разбиралъ имущественныя и семейныя распри, а также преслѣдовалъ и наказывалъ преступныя дѣйствія. Его частное хозяйство совпадало съ финансовымъ, администрація сливалась съ его частнымъ управленіемъ по имѣнію. Личный интересъ барона имѣлъ рѣшающее значеніе для жизни всей феодальной группы.

Если власть барона наводитъ на сходство сеньеріи съ патриархальнойю семьею, то въ другихъ отношеніяхъ между ними обнаруживается значительная разница. Патриархальная семья—это цѣлое общество, феодальная группа—привзается частью цѣлага. Патриархъ связанъ со своею семьею единствомъ крови, феодальный баронъ смотритъ на своихъ подвластныхъ, какъ на чуждыхъ ему совершенно людей. Поэтому въ патриархальной семьѣ интересы ея главы и ея членовъ тождественны, тогда какъ въ феодальной группѣ интересъ барона покрываетъ собою прочіе интересы. Условія феодальнаго быта благопріятствовали выработкѣ такого психическаго склада, который мѣлѣ всего соответствуетъ публичному праву: необузданная свобода, нежеланіе подчиняться, неспособность оцѣнить значеніе общественнаго соединенія, надежда на свои только силы. Сила индивидуализма дѣлала невозможнымъ достиженіе социальныхъ цѣлей.

Такимъ образомъ феодальная эпоха, по своимъ политическимъ, экономическимъ и психическимъ условіямъ, представляетъ время

высшаго расцвѣта частнаго права и полнаго упадка публичныхъ отношеній.

Новое время характеризуется возрастающимъ усиленіемъ государственнаго начала, которое, разрушая феодальныя основы, все болѣе и болѣе выдвигаетъ публичные интересы. Усиленіе государственной власти и расширеніе задачъ ея дѣятельности отражаются на всей общественной жизни. Мѣстные обычаи замѣняются сознательною законодательною дѣятельностью, въ обсужденіи и осуществленіи ея работъ принимаютъ участіе все граждане, какъ заинтересованные въ томъ. Кромѣ поддержанія внѣшняго и внутренняго порядка, кромѣ отправленія правосудія, государственная власть беретъ на себя обширную задачу управленія въ области матеріальныхъ, интеллектуальныхъ, эстетическихъ и др. интересовъ, представленныхъ прежде силами отдѣльныхъ лицъ. Такія задачи требуютъ значительныхъ средствъ, которыя создаютъ неизвѣстное раньше финансовое хозяйство, совершенно отличное отъ частныхъ хозяйствъ какъ управляемыхъ, такъ и управляющихъ.

Натуральное хозяйство постепенно смѣняется денежнымъ и даже кредитнымъ. Если прежде каждое хозяйство удовлетворяло самостоятельно своимъ потребностямъ, то теперь оно вступаетъ въ обмѣнъ съ другими и мѣнновыя отношенія связываютъ все болѣе частныя хозяйства, которыя представляютъ уже собою не простую сумму, а систему. Чѣмъ далѣе идетъ раздѣленіе труда, тѣмъ болѣе широкій кругъ хозяевъ чувствуетъ себя во взаимной зависимости. Такая экономическая связь создаетъ массу интересовъ, общихъ цѣлой совокупности хозяйствъ и отодвигающихъ въ сторону интересы каждаго изъ нихъ.

Съ усиленіемъ государственнаго начала возникаетъ понятіе о лицѣ, какъ субъектѣ правъ. Таковымъ является уже не глава семьи или рода, не феодальный баронъ, но каждый человекъ, какъ таковой. Частное лицо подчиняется одной государственной власти и освобождается отъ подчиненія другимъ лицамъ. Оно становится лицомъ къ лицу съ государствомъ и устраняетъ посредство стѣснявшихъ его союзовъ. Это достигается благодаря именно тому, что при усиленной дѣятельности государства каждое лицо считаетъ себя все въ большей безопасности, личной и имущественной, а это дѣлаетъ излишнимъ тѣ родственные союзы, которые прежде служили защитой личности. Передъ современнымъ государствомъ они должны были обзаваться ничтожны и пасть. Таково политическое условіе индивидуализма, которому по времени предшествуетъ интеллек-

туальное и нравственное освобожденіе личности отъ тяготѣвшихъ надъ нею авторитетовъ. Съ этической стороны развитію индивидуализма благоприятствовало суженіе круга семейныхъ привязанностей, въ которыхъ интензивность взяла верхъ надъ экстензивностью. Наконецъ экономическія условія, привуждающія каждаго самостоятельно заботиться о матеріальныхъ средствахъ для себя и своей семьи, вызывающія на этой почвѣ ожесточенную конкуренцію, въ законныхъ предѣлахъ, особенно способствуютъ рѣзкому противопоставленію экономическихъ интересовъ различныхъ частныхъ хозяйствъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ громадныя соединенія, представляемыя современными государствами, затрудняютъ пониманіе для каждаго гражданина значенія общихъ интересовъ и побуждаютъ его искать болѣе тѣсныхъ связей. Начинаетъ образовываться въ послѣднее время цѣлый рядъ посредствующихъ соединеній, которымъ въ будущемъ суждено можетъ быть, сгладить рѣзкое различіе публичной и частной сферъ.

Таковы условія, благоприятствующія развитію одновременно государственности и индивидуализма, противопоставленіе которыхъ, съ юридической стороны, выражается въ раздѣленіи права на публичное и частное. Стеченіе этихъ условій настолько благоприятно въ настоящее время, что современную эпоху можно признать періодомъ вышшаго расцвѣта этого раздвоенія, которому нѣтъ подобнаго въ прошедшемъ и которое едва ли повторится въ будущемъ.

Л и т е р а т у р а. Сочиненія, въ которыхъ съ наибольшою яркостью выступаетъ параллельное развитіе государственнаго и индивидуальнаго начала: Спенсеръ, *Развитіе политическихъ учрежденій*, рус. пер. 1882; L e t o u r n a u, *L'evolution politique dans les diverses races humaines*, 1890.—Раннее развитіе у римлянъ противоположенія публичнаго и частнаго права указывается у Моммсена, *Римская исторія*, русс. пер. т. I, 1887, стр. 156, Kuntze, *Der Parallelismus des jus publicum und privatum bei den Römern*, 1889, стр. 29; Боголюбовъ, *Учебникъ исторіи русскаго права*, 1885, стр. 54, (не слѣдуетъ впрочемъ забывать публичнаго характера завѣщательныхъ распоряженій *comitii calatis* и *in procinctu*, мандиционныхъ формъ *свѣлокъ*, *рѣпогисъ сарио* и др.). Отсутствіе идеи различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ у древнихъ германцевъ—A guiléra, *L'idée du droit en Allemagne*, 1893, стр. 168; въ эпоху составленія салическаго закона—Viollet, *Histoire du droit français*, 1893, стр. 96; въ феодальной періодъ—Gautier, *Histoire du droit français*, стр. 175, 198. Отсутствіе различія между уголовнымъ и гражданскимъ процессами см. Richard, *L'origine de l'idée de droit*, 1892, стр. 42; Glasseon, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, т. II, 1882, стр. 517; Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, изд. 1898, стр. 82; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, т. II, 1892, стр. 329; Лампрехтъ, *Исторія германскаго народа*, т. II, 1895, рус. пер., стр. 150.—Психологія первобытнаго человѣка очерчена у Спенсера, *Основанія соціологіи*, рус. пер. т. I. 1876, стр. 57—103.—Лучшая характеристика патриархальной семьи встрѣчается у Мэна, *Древнее право*, рус. пер. 1873, и *Древній законъ и обычай*, рус. пер. 1884, гдѣ авторъ отстаиваетъ взглядъ

на семью, какъ первоначальную форму общества (стр. 144).—Съ точки зрѣнія социализма, сохраняющаго частную собственность на предметы потребленія, различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ не уничтожается, такъ какъ остаются въ неприкосновенности договоры, семейное и наслѣдственное право; только что сфера примѣненія частнаго права значительно сокращается. Напротивъ съ точки зрѣнія коммунизма, который уничтожаетъ частную собственность не только на орудья производства, но и на предметы потребленія, и предполагаетъ коренное измѣненіе психики, допускающее возможность устранить индивидуальный бракъ и передать дѣтей государству—исчезаетъ всякій слѣдъ гражданского права. Тѣмъ болѣе послѣдній выводъ вытекаетъ изъ ученія теоретическаго анархизма, который отрицаетъ самое право.



СПбГу

ГЛАВА III.

Задачи и методы гражданского правовѣдѣнія.

§ 18. Задачи гражданского правовѣдѣнія. Какъ вообще всякій путь опредѣляется мѣстомъ назначенія, такъ и научный методъ зависитъ отъ той задачи, какую ставитъ себѣ данная наука. Поэтому прежде всего необходимо установить задачу правовѣдѣнія вообще и гражданского въ частности. Если успѣхъ науки обуславливается правильно выбраннымъ методомъ изслѣдованія, а выборъ метода опредѣляется задачей науки, то важность и настоятельность поставленнаго вопроса не можетъ подлежать сомнѣнью.

Материаломъ, подлежащимъ изученію со стороны правовѣдѣнія служатъ юридическія нормы. Среди другихъ явленій соціальной жизни нормы права отличаются нѣкоторыми пріеуцими имъ и притомъ существенными признаками. Вслѣдствіе этого онѣ заслуживаютъ быть предметомъ отдѣльной отрасли знанія, особенно если принять въ соображеніе выдающееся ихъ жизненное значеніе. Только нормы составляютъ объектъ правовѣдѣнія. Юридическія отношенія, представляя лишь отраженіе нормъ на бытовыхъ отношеніяхъ, сами по себѣ такимъ объектомъ служить не могутъ. Въ полномъ своемъ бытовомъ составѣ общественныя отношенія составляютъ предметъ изученія со стороны различныхъ наукъ, политической экономіи, психологіи, этики. Юридическая же сторона ихъ, создаваемая дѣйствіемъ юридическихъ нормъ, должна изучаться въ своемъ источникѣ, т. е. въ формахъ права.

Соціальныя науки вообще ставятъ себѣ три задачи: познать, объяснить и оцѣнить изучаемыя явленія. Задачи гражданского правовѣдѣнія сводятся къ познанію, объясненію и оцѣнкѣ нормъ дѣйствующаго гражданского права. Первая цѣль достигается по-

средствомъ догмы права, вторая—соціологін и исторін, третья—политикѣ. Двѣ первыя задачи свойственны въ равной мѣрѣ какъ соціальнымъ, такъ и естественнымъ наукамъ, третья задача чужда естествознанію, такъ какъ оцѣнка явленій не имѣетъ смысла, когда дѣло идетъ не о человѣческихъ дѣйствіяхъ, а о вѣшнемъ мірѣ. Ближайшая къ правовѣдѣнію соціальная наука, политическая экономія, преслѣдуетъ тѣ же задачи и соотвѣтственно тому дѣлается на теоретическую экономіку, экономическую исторію и экономическую политикѣ.

Первая задача гражданскаго правовѣдѣнія заключается въ познаніи нормъ гражданскаго права. Знаніе ихъ не врождено человѣку, а пріобрѣтается воспитаніемъ и изученіемъ. По мѣрѣ развитія общественной жизни и усложненія отношеній ростъ нормъ настолько усиливается, что знаніе ихъ становится невозможнымъ безъ помощи науки. Механическое запоминаніе никогда не даетъ такого яснаго, полнаго и точнаго знанія, какъ то, которое пріобрѣтается при помощи научной системы. Правда, наблюденіе изучаемыхъ явленій въ правовѣдѣніи легче, нежели въ другихъ соціальныхъ наукахъ, потому что законодательныя нормы не нуждаются въ открытіи ихъ. Но, при всей важности описанія нормъ, дѣло на этомъ не останавливается. Наука ищетъ взаимной связи среди массы разрозненныхъ нормъ, стремится къ обобщенію ихъ, къ обнаруженію скрытыхъ въ нихъ юридическихъ принциповъ, наконецъ наука классифицируетъ этотъ громадный матеріаль. Только въ такомъ обобщенномъ и систематизированномъ видѣ пріобрѣтается знаніе нормъ права научный характеръ. По этой своей задачѣ правовѣдѣніе приближается къ описательнымъ и классифицирующимъ наукамъ естествознанія, какъ ботаника, зоологія, минералогія.

Эта первая и основная задача правовѣдѣнія вполне самостоятельна и независима отъ двухъ другихъ задачъ. Потребность къ знанію права, подъ дѣйствіемъ котораго живетъ общество, настолько очевидна и настоятельна, что призваніе на помощь науки не нуждается въ оправданіи. Эта задача ставится наукѣ самой жизнью. Вполнѣ достойно научнаго знанія придти на помощь обществу и разобрать тотъ огромный матеріаль, который выражается въ совокупности исторически накопившихся нормъ. Цѣль систематической разработки права практическая, но однако не исключительно судебная, какъ это иногда утверждаютъ. Систематическое изложеніе дѣйствующаго права необходимо не только для судей, но для всѣхъ вообще гражданъ. Эта полезная задача можетъ быть

преслѣдуема совершенно независимо отъ двухъ другихъ, тогда какъ ни одна изъ послѣднихъ не можетъ быть достигнута помимо первой. Объясненіе и оцѣнка нормъ предполагаютъ уже знаніе и притомъ не случайное, разрозненное, а въ ихъ взаимной связи, т. е. систематизированное знаніе.

Но, если научное изученіе права можетъ остановиться на этой стадіи безъ потери научнаго достоинства, это еще не значитъ, что оно должно бросить здѣсь якорь.

Вторая задача правовѣдѣнія заключается въ объясненіи существующаго юридическаго порядка. Если житейская практическая потребность удовлетворяется систематическимъ изложеніемъ дѣйствующаго права, то пытливость научно воспитаннаго ума идетъ дальше и желаетъ знать причины, подъ вліяніемъ которыхъ сложились тѣ, а не иные нормы. Такое объясненіе существующаго можетъ дать только изученіе прошедшаго. Его приходится искать или въ общихъ законахъ общественнаго развитія или же въ тѣхъ ближайшихъ историческихъ условіяхъ, которыя вызвали существованіе дѣйствующихъ нормъ. Въ совокупности этическихъ, политическихъ, экономическихъ, религіозныхъ, психическихъ условій прошлой жизни даннаго общества слѣдуетъ искать причинъ появленія гражданскаго порядка. Съ другой стороны каждое общество подчиняется общимъ законамъ соціальнаго развитія и въ нихъ, независимо отъ конкретной обстановки, надо искать объясненія сложившемуся строю.

Эта вторая задача находится въ тѣсной связи съ первой. Объяснить существующее можно только зная его, а знаніе существующаго, какъ мы видѣли, предполагаетъ научную обработку т. е. обобщеніе и систематизацію матеріала. Такимъ образомъ вторая задача, являясь выраженіемъ вопросовъ, выдвинутыхъ пытливымъ умомъ, который не довольствуется копированіемъ факта, но ищетъ его объясненія,—не отличается тою самостоятельностью, какая свойственна первой задачѣ. Однако связь обѣихъ задачъ сказывается не только въ томъ, что достиженіе второй невозможно помимо первой, но и въ томъ, что выясненіе причинъ существующаго нерѣдко облегчаетъ его познаніе. Здѣсь вторая задача приходитъ на помощь первой. Независимо отъ тѣхъ единичныхъ случаевъ, когда смыслъ дѣйствующихъ нормъ опредѣляется ихъ историческимъ происхожденіемъ, вообще знаніе всего сложившагося порядка много выплываетъ въ ясности, если соединяется съ раскрытіемъ вызвавшихъ его причинъ. Архитектурный рисунокъ выпл-

грываетъ или проигрываетъ, смотря по фону, на которомъ онъ набросанъ и чѣмъ тоньше штрихи, тѣмъ важнѣе отдѣляющій его фонъ.

Но и на этомъ научное правовѣдѣніе не должно останавливаться. Самое отчетливое знаніе гражданскаго порядка и самое глубокое пониманіе причинъ его существованія оставляетъ неудовлетворенною творческую потребность человѣка. Если даже при наблюденіи явленій вѣшняго міра у человѣка обнаруживается склонность оцѣнить ихъ цѣлесообразность, то тѣмъ болѣе понятно такое стремленіе, когда рѣчь идетъ о социальныхъ явленіяхъ, въ которыхъ человѣческая воля играетъ выдающуюся роль. Само собою возникаетъ желаніе оцѣнить существующій порядокъ съ точки зрѣнія выработаннаго идеала и дать просторъ своей творческой способности.

Такая критика можетъ пріобрѣсти дѣйствительно научное значеніе, когда она имѣетъ подъ собою научную почву, т. е. всестороннее знаніе и пониманіе существующаго. А такъ какъ это дается только наукою, то кто же, какъ не ученые, могутъ считаться призванными къ подобной критической дѣятельности? И социальная наука обманула бы возлагаемыя на нее надежды, если бы сознательно и намѣренно устранилась отъ такой задачи и, слѣдуя примѣру естествознанія, ограничилась бы изученіемъ того, что было и есть.

Такимъ образомъ гражданское правовѣдѣніе, вооруженное знаніемъ дѣйствующаго права, а также знаніемъ всѣхъ тѣхъ жизненныхъ условій, среди которыхъ приходится дѣйствовать юридическимъ нормамъ и подъ вліяніемъ которыхъ складывается дальнѣйшее развитіе права, можетъ и должно оцѣнить цѣлесообразность и справедливость какъ отдѣльныхъ нормъ, какъ и всего гражданско-правового порядка, опредѣлить вліяніе нормъ на жизнь, намѣтить дальнѣйшее направленіе общественной жизни подъ дѣйствіемъ сложившагося права, выработать юридическія мѣры для отклоненія этого движенія, если оно обнаружитъ вредное направленіе, и для содѣйствія и ускоренія его, если направленіе будетъ признано благотворнымъ.

Терминологія. Выраженіе «гражданское право» употребляется для обозначенія какъ самой науки, такъ и матеріала, подлежащаго ея изученію, что во многихъ отношеніяхъ представляется неудобнымъ. Поэтому, сохраняя указанное названіе для научнаго матеріала, слѣдуетъ воспользоваться выраженіемъ «гражданское правовѣдѣніе» для обозначенія самой науки. У римлянъ терминъ *Jurisprudentia* обозначалъ лишь большую степень опытности въ правѣ, а не научную его

обработку и выраженіе prudentia прилагалось къ другимъ сферамъ жизненной опытности (напр. habebat enim magnam prudentiam, tum juris civilis, tum rei militaris, Корнелій Непотъ, *Жизнов.*, 2) Въ настоящее время это выраженіе получило всеобщее распространеніе въ европейскихъ языкахъ для обозначенія науки права. Однако неудобство этого выраженія обнаруживается изъ того, что французы и англичане примѣняютъ его въ двойномъ значеніи—науки прак. и судебной практики. Въ Англіи слово Jurisprudence употребляется даже для обозначенія и самихъ нормъ, т. е. научнаго матеріала. Только нѣмецкое слово Rechtswissenschaft свободно отъ двусмысленныхъ значеній.

Литература. Вопросъ о задачахъ и методахъ гражданского правовѣдѣнія представляется совершенно неразработаннымъ въ юридической литературѣ. Еще въ 1873 году Аренсъ указывалъ на характерное для юриспруденціи явленіе, что въ ней нѣтъ яснаго сознанія примѣняемыхъ ею методовъ и даже едва ставится самый вопросъ объ этомъ важномъ предметѣ, *Naturrecht*, I, стр. 303, ср. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, т. II, ч. 2. 1883, стр. 310, 320. И въ настоящее время дѣло мало измѣнилось къ лучшему. Въ этомъ отношеніи правовѣдѣніе значительно отстало отъ близкой ему соціальной науки, политической экономіи, въ которой вопросамъ методологіи посвящена огромная литература. Отсталость правовѣдѣнія съ этой стороны объясняется печальнымъ состояніемъ той науки, на обязанности которой лежитъ разработка вопросовъ, общихъ всѣмъ юридическимъ наукамъ. Нѣкогда (въ 40 и 50 гг.) много общавшая, энциклопедія права низведена теперь у нѣмцевъ до сжатаго обзора или конспекта отдѣльныхъ наукъ, а во Франціи смѣшивается съ такъ называемой философіею права, въ дѣйствительности же съ отрывочными соображеніями о справедливости существующаго порядка. Новѣйшее произведеніе нѣмецкой литературы по энциклопедіи права *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 1901, подъ редакціей Virkmeyer, лучше всего подтверждаетъ мнѣніе объ упадкѣ этой наукѣ въ Германіи. Относительно положенія этой науки во Франціи и Бельгіи см. Ricard, *Le droit pur*, 1899, стр. 458—459. Только въ Англіи общіе вопросы права вызвали богатую повѣющую литературу. Таковы труды Holland, Markby, Amos, Salmond, Pollock, Lightwood, Hearn, Clarke. Но для разработки методологіи права почва въ Англіи мало благоприятна, потому что догматическія работы почти вовсе отсутствуютъ здѣсь. Съ другой стороны правовѣдѣніе находитъ мало помощи въ научной разработкѣ логики. Лучшіе представители этой науки воспитаны на естествознаніи, а изъ соціальныхъ наукъ менѣе всего знакомы съ приемами правовѣдѣнія. Это относится къ Милю и Бэну. Первый, специалистъ по политической экономіи, обходитъ правовѣдѣніе полнымъ молчаніемъ. Замѣчанія второго (*Logique déductive et inductive*, француз. пер. 1894, т. II, стр. 467—507, есть рус. пер.) крайне поверхностны. Одинъ Windt посвящаетъ особое вниманіе правовѣдѣнію (*Logik*, т. II, *Methodenlehre*, ч. 2, 1895, стр. 533—588). Логика Sigwart, *Logik*, 2 изд. т. I, 1889, т. II, 1893, хотя и не содержитъ особаго отдѣла, посвященнаго правовѣдѣнію (если не считать т. II, стр. 737), едва ли не самая подходящая для юристовъ. Примѣненіе общихъ основъ логики къ правовѣдѣнію представляетъ довольно бѣдная по содержанію книга Piola, *Elementi di logica giuridica deduttiva ed induttiva*, 1895. Въ виду указанныхъ обстоятельствъ по методологіи гражданского правовѣдѣнія можно указать только: Jhering, *Geist*, т. II, ч. 2, стр. 171—178; Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, 1878; Pfersche, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, 1881; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1900, стр. 171—178, Asturaro, *La scienza del diritto e i suoi problemi metodologici* (Riv. scien. del diritto, 1897) и мало оправдывающее заглавіе небольшая рѣчь Tedeschi, *Del metodo nello studio del diritto civile*, 1877. Общаны работы по методологіи: Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I. 1892, стр. 105, Bierling,

Juristische Principienlehre, т. I, 1894, стр. 14. Въ Россіи методологія правовѣдѣнія всегда обращала на себя вниманіе и по этому вопросу русская литература довольно богата по сравненію съ западной. Для гражданскаго правовѣдѣнія важны труды Муромцева, *Очерки общей теоріи гражданского права*, 1877, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, *Что такое догма права*, 1885, Взгляды Муромцева вызвали полемику по вопросамъ методологіи: Па х м а н ъ, *О современном движеніи въ науку права*, 1882 (Ж. Гр. и Уг. Пр. кн. 3), Г о л ь м с т е н ъ, *Этюды о современном состояніи права* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1884, №№ 3, 4 и 5) въ *Юридическихъ изслѣдованіяхъ* 1894), К о р к у н о в ъ, *О наукомъ изученіи права* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1879, № 2, а теперь въ *Сборникъ статей* Н. М. Коркунова, 1898), З в ѣ р е в ъ, *Положительное управление въ разработкѣ общаго ученія о правѣ* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1881, № 1). Въ послѣднее время на эту почву выступилъ П е т р а ж и ц к і й, на трудахъ котораго придется дальше остановиться подробнѣе.

Вопросъ о задачахъ правовѣдѣнія не выдѣляется изъ вопроса о методахъ, какъ это принято у экономистовъ, см. особенно W a g n e r, *Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie*, изд. 3. т. I, 1893, стр. 144—166, D i t z e l, *Theoretische Socialökonomik*, 1895, стр. 4—60. По вопросу о задачахъ социальныхъ наукъ заслуживаетъ вниманія D i l t h e y, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, т. I. 1883, стр. 1—150. Три указанныя задачи правовѣдѣнія соотносятся съ тремя задачами социальныхъ наукъ у Дильтея (стр. 33), въ частности относительно правовѣдѣнія см. у R o u s s e l, *Encyclopédie du droit*, 1871, стр. 165, также S a l m o n d, *The first principles of Jurisprudence*, 1893, стр. 1 (не считая философію права, которую авторъ называетъ формальною юриспруденціею), У м о в ъ, *Понятіе и методы изслѣдованія гражданского права* (Моск. Унив. Изв. 1872, кн. 4. стр. 413). Ад. Вагнеръ выставляетъ шесть задачъ (стр. 144—145) для социальныхъ наукъ, но онѣ могутъ быть сведены къ указаннымъ тремъ. M e r k e l не рѣшается отнести къ задачамъ правовѣдѣнія критику права и политику, но признавая ее за eine Disciplin, ставитъ zur Seite der Rechtswissenschaft (*Juristische Encyclopädie* стр. 175). G a r e i s ставитъ рядомъ съ догматикою и исторіей толкованіе законовъ, какъ третью задачу (*Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1900, стр. 171, то же W a l t e r, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 49).

Что объектомъ правовѣдѣнія являются нормы, поддерживаетъ P f e r s c h e, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, стр. 7—8, E l t z b a c h e r, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900, стр. 26; противнаго мнѣнія К о р к у н о в ъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 348. Въ пользу своего взгляда Коркуновъ приводитъ то соображеніе, что юридическія отношенія постоянныя нормы. Но постоянство ихъ стоитъ въ прямой зависимости отъ постоянства нормъ: всякое измѣненіе послѣднихъ отразится немедленно на юридической сторонѣ регулируемыхъ нормами бытовыхъ отношеній. Точно также и W u n d t, (*Logik*, т. II, ч. 2, стр. 562) считаетъ, что задача правовѣдѣнія состоитъ въ систематизаціи юридическихъ отношеній, хотя это и не вполне согласуется съ его замѣчаніемъ, что исходнымъ пунктомъ научной обработки права служатъ нормы (стр. 577). По мнѣнію М а л ы ш е в а, *Курсъ общаго гражданского права*, т. I, стр. 12, объектомъ гражданскаго правовѣдѣнія является дѣйствительный гражданскій бытъ съ его конкретными отношеніями и фактами. Страннымъ образомъ F r a n k, *Naturrecht, geschichtliches Recht und sociales Recht*, 1891, стр. 2, упрекаетъ правовѣдѣніе за то, что оно занимается не жизненными отношеніями и явленіями, которыя регулируются правомъ, а правовыми нормами.

§ 19. Догматическій методъ. Догматика заключается въ систематическомъ изложеніи нормъ гражданскаго права, дѣйствующихъ въ данное время въ извѣстной странѣ. Задача эта до-

стигается посредствомъ довольно сложнаго процесса, который состоитъ въ описаніи, обобщеніи, классификаціи нормъ, а также въ установленіи юридическихъ опредѣленій.

А. Первою стадіею въ указанномъ процессѣ является описаніе частно-правовыхъ нормъ, т. е. собираніе и отдѣлка того матеріала, изъ котораго должно быть построено научное зданіе системы гражданскаго права. Это черная, но безусловно необходимая работа.

Собираніе матеріала довольно трудно, когда дѣйствующее право выражается въ формѣ обычая и нормы его приходится устанавливать, какъ явленія внѣшняго міра, когда ихъ нужно открывать. Собираніе матеріала обычнаго права составляетъ первичную форму научнаго правовѣдѣнія. Въ этомъ выразилась у римлянъ первая юридическая работа Кнея Флавія, тотъ же характеръ отличаетъ все произведенія средневѣковыхъ юристовъ, какъ бы таковыя ни назывались, зерцала, книги законовъ, сборники кутумовъ. Собираніе матеріала значительно легче, когда приходится имѣть дѣло съ законодательными нормами, знакомство съ которыми доступно каждому грамотному человѣку. Но даже въ законодательный періодъ знаніе нормъ затрудняется первѣю чрезмѣрнымъ ихъ количествомъ, разбросанностью, неудовлетворительностью порядка ихъ изданія. Поэтому никогда не исчезаетъ потребность въ сборникахъ, которые бы обнимали все нормы гражданскаго права и съ точностью выдѣляли бы дѣйствующія въ данный моментъ отъ погравшихъ уже силу.

Къ описательной стадіи относится не только собираніе нормъ, но и разъясненіе ихъ смысла, т. е. содержанія того вѣщія, которое въ нихъ заключается (комментаріи). И въ этомъ отношеніи законодательный матеріалъ представляетъ менѣе затрудненій, чѣмъ обычай. При этомъ выясненіе смысла законодательныхъ нормъ, при помощи грамматики и логики, гораздо легче, когда онѣ заключены въ кодексъ, нежели когда онѣ собраны въ сводъ. Во второмъ случаѣ сопоставлены нормы, вырванныя изъ различныхъ историческихъ памятниковъ, отдѣленныхъ одинъ отъ другого значительномъ промежуткомъ времени, изданныхъ при разныхъ условіяхъ и писанныхъ языкомъ разныхъ литературныхъ періодовъ. Поэтому настоятельность и важность описательной работы въ этомъ случаѣ представляются особенно очевидными. Такой трудъ требуетъ первѣю глубокихъ филологическихъ и историческихъ познаній.

Если существованіе и смыслъ нормы установлены, то отъ догматика не требуется еще доказыванія вѣрности положеній, со-

державшихся въ нормѣ. Для догматика ихъ вѣрность заключается въ ихъ юридической силѣ. Для него они играютъ роль аксіомъ, не подлежащихъ доказыванію, но достаточныхъ для правильности выводовъ, на нихъ основываемыхъ.

Знаніе всѣхъ нормъ гражданского права составляетъ необходимыму предварительную ступень, на которой однако правовѣдѣніе не должно останавливаться, рискуя въ противномъ случаѣ остаться законовѣдѣніемъ, потому что только обобщенное и систематизированное знаніе можетъ называться научнымъ. Въ этомъ отношеніи справочныя изданія и комментаріи, всегда полезные для науки, сами по себѣ никакой претензіи на научность имѣть не могутъ. Наука свободна въ распредѣленіи матеріала, тогда какъ комментарий связанъ системою, какую угодно было избрать законодателью.

В. Второй моментъ въ догматическомъ процессѣ—это обобщеніе. Изъяняя смыслъ отдѣльныхъ нормъ, комментируя положительное право, приходится разлагать содержаніе велѣнія на составныя элементы, чтобы съ большею очевидностью и точностью установить всѣ условія приложенія нормы и всѣ заключающіяся въ ней послѣдствія. Напр. въ положеніи „безспорное и непрерывное владѣніе, продолжающееся въ теченіе 10 лѣтъ, въ видѣ собственности, превращается въ право собственности“ каждое слово вызываетъ цѣлое представленіе и сущность приведенной нормы не будетъ понята, пока она не разложится на составныя представленія.

Опуская постепенно всѣ особенныя признаки ряда анализируемыхъ нормъ, мы получимъ общій имъ признакъ въ изолированномъ видѣ. Очевидно, что вмѣсто многократнаго разсматриванія одного и того же элемента, гораздо удобнѣе посвятить ему особое вниманіе передъ группою повторяющихся его нормъ. Такъ напр. встрѣчая нормы, въ которыхъ повторяется положеніе о прекращеніи права на искъ по истеченіи того или иного срока, можно разсмотреть самостоятельно исковую давность, независимо отъ разныхъ сроковъ и правъ. Или напр. разсматривая одинъ за другимъ признанные закономъ договоры, мы всюду встрѣчаемъ соглашеніе сторонъ, какъ основаніе прекращенія договоровъ; выдѣляя это обстоятельство, можно сказать, что соглашеніе составляетъ вообще способъ прекращенія договорнаго отношенія. Такой пріемъ, подобный вынесенію за скобки общаго множителя, даетъ возможность избѣгать излишнихъ повтореній. Этимъ не создается новая норма, а только выдѣляется общее ряду нормъ, тождественно въ нихъ повторяющееся правило, которое разъ за разомъ проходитъ передъ гла-

зами наблюдателя. На такомъ обобщеніи основывается выдѣленіе общей части обязательственнаго права и общей части всего гражданскаго права.

Отъ указаннаго сейчасъ обобщенія нѣсколько отличается другой процессъ обобщенія—установленіе юридическихъ принциповъ. Подъ именемъ юридическаго принципа слѣдуетъ понимать общее направленіе, раскрываемое въ рядѣ юридическихъ нормъ. Въ противоположность обобщенію перваго рода, юридическій принципъ не содержится, въ видѣ готоваго правила, въ самихъ нормахъ. Эта мысль, лежащая въ основаніи отдѣльныхъ нормъ, улавливается по нѣкоторымъ частнымъ и косвеннымъ признакамъ. Нерѣдко самимъ творцомъ нормы она только чувствуется, но не сознается ясно. Задача науки заключается въ томъ, чтобы обнаружить эту мысль и облечь ее въ образъ нормы. Превращая въ норму не формулированную мысль законодателя, наука не творитъ содержаніе велѣнія, а извлекаетъ его изъ матеріала положительнаго права; она только придаетъ ему осязательную форму.

Такъ напр. въ русскомъ законодательствѣ имѣются такія нормы: 1) Всякій владѣвшій чужимъ имуществомъ на какомъ бы то ни было основаніи, обязанъ возвратить его собственнику; 2) въ случаѣ покупки вещи, которая впоследствии оказалась краденой, покупатель лишается вещи въ пользу собственника; 3) все похищенное имущество, по обнаруженіи преступленія, возвращается немедленно собственнику. Эта группа положеній обнаруживаетъ тенденцію законодателя защищать интересы собственника во всякомъ случаѣ, даже въ ущербъ интересамъ добросовѣстныхъ приобретателей. Отсюда выводится принципъ строгой виндикаціи. Значеніе такого принципа заключается не въ обнаруженіи только элемента, общаго тремъ указаннымъ нормамъ, но въ открытіи основныхъ взглядовъ законодателя на собственность, бросающихъ извѣстный свѣтъ на всѣ нормы, опредѣляющія институтъ собственности. Таковы же принципъ передаваемости обязательствъ, свойственный современному праву въ противоположность римскому принципу индивидуальности, принципъ возмездности торговыхъ сдѣлокъ въ противоположность гражданскимъ сдѣлкамъ, принципъ равноправности иностранцевъ въ противоположность принципу національной исключительности, принципъ освобожденія собственности отъ всякихъ стѣсненій въ противоположность принципу покровительства сервитутнымъ отношеніямъ, и т. п.

Значение юридических принципов не то, что обобщений первого рода. Дѣло идет не о томъ, чтобы избѣгать излишнихъ повтореній. Здѣсь научный капиталъ составляется не путемъ сбереженія, а производствомъ. Изъ сырого законодательнаго матеріала создается по формѣ какъ бы новая норма, которая однако въ дѣйствительности представляетъ только переработку законодательнаго матеріала. Неходя дедуктивнымъ путемъ изъ юридическаго принципа, мы предугадываемъ частныя правила на непредусмотрѣнные законодателемъ случаи. Конечно, такой процессъ возможенъ при томъ условіи, если мы предположимъ, что и самъ законодатель сдѣлалъ бы такой логическій выводъ. Но предположеніе логичности законодателя во всѣхъ его постановленіяхъ, не всегда, можетъ быть, оправдываемое, такъ же необходимо, какъ и предположеніе, что каждому гражданину извѣстны всѣ законы. Допущеніе обратнаго сдѣлало бы невозможнымъ толкованіе законовъ, а затѣмъ устранило бы установленіе юридическихъ принциповъ. Предположеніе логичности законодателя такъ же необходимо и естественно, какъ предположеніе правдивости каждаго, пока не доказана ложь, какъ предположеніе добросовѣстности, пока не обнаружено противное.

Въ правовѣдѣніи первѣе значеніе юридическихъ принциповъ придается общимъ логическимъ законамъ, напр. „кто имѣетъ право на цѣлое, имѣетъ право и на часть, въ него входящую“. Это и подобныя положенія не имѣютъ юридическаго характера. Они только примѣняются къ юридическимъ отношеніямъ, какъ и ко всякимъ другимъ. Напр. положеніе „если данная цѣль можетъ быть достигнута лишь однимъ путемъ, то другимъ достигнута быть не можетъ“ представляетъ собою выраженіе закона противорѣчія, примѣнимаго къ какимъ угодно отношеніямъ.

Также ошибочно считать юридическими принципами чисто словесныя предложенія. Напр. вѣрность положенія „никто не можетъ передать другому правъ болѣе, чѣмъ онъ самъ имѣетъ“ обусловливается значеніемъ слова „передать“. Вѣрность положенія „возвратить можно лишь то, что получилъ“ опредѣляется значеніемъ слова „возвратить“. Положеніе *dominium plurium in solidum esse non potest* составляетъ лишь описаніе признака исключительности, уже введеннаго въ *dominium*.

С. Выдающееся значеніе въ догматикѣ имѣетъ установленіе юридическихъ опредѣленій. Подъ именемъ юридическаго опредѣленія понимается соединеніе въ одно различныхъ условій, совокупность которыхъ способна вызвать опредѣленный рядъ юридическихъ

послѣдствій. Такъ напр. завѣщаніе есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай смерти (т. X, ч. 1, ст. 1010). Здѣсь мы имѣемъ условія: наличность имущества, предсмертное распоряженіе владѣльца, смерть послѣдняго, изъявленіе согласія со стороны наслѣдника. Сочетанію этихъ условій соотвѣтствуютъ послѣдствія: приобрѣтеніе наслѣдникомъ правъ, входящихъ въ составъ наслѣдства, сліяніе двухъ имуществъ, отвѣтственность наслѣдника за долги наслѣдодателя. Опредѣленіе договора имущественнаго найма таково: это соглашеніе, въ силу котораго одно лицо за опредѣленное вознагражденіе обязывается предоставить другому временное пользованіе своею вещью. Такое соединеніе условій производитъ рядъ послѣдствій, достаточно извѣстныхъ каждому. Выбросимъ въ приведенномъ опредѣленіи условіе о „вознагражденіи“: оставшіеся элементы создадутъ иной рядъ послѣдствій: измѣнится значеніе несоблюденія формы сдѣлки, измѣнится отвѣтственность пользующагося лица за сохранность вещи. Эта новая комбинація поэтому получитъ особое названіе „сеуды“. Произведемъ иное измѣненіе: отбросимъ условіе „временное“ и тогда сумма оставшихся элементовъ создастъ особый рядъ послѣдствій, обозначаемый именемъ чиншевого права.

Приведенныя опредѣленія принадлежать самому законодателю. Какимъ же образомъ создаетъ опредѣленія наука?

Нерѣдко законодатель, избѣгая опредѣленій, устанавливаетъ рядъ нормъ для данного отношенія, въ которыхъ условія и послѣдствія разбросаны по разнымъ мѣстамъ. Задача науки состоитъ въ томъ, чтобы выдѣлить эти условія и послѣдствія и собрать ихъ въ одно. Напр. наше законодательство, давая постановленія о послѣдствіяхъ поручительства, не опредѣляетъ, что оно такое. Постановленія закона о поручительствѣ помѣщены въ отдѣлѣ объ обязательствахъ по договорамъ: слѣдовательно поручительство есть обязательство, основанное на соглашеніи. Оно помѣщено среди другихъ способовъ обезпеченія обязательствъ: слѣдовательно поручительство есть договорное обязательство, обезпечивающее другое обязательство. Изъ нормъ, перечисляющихъ послѣдствія поручительства, видно, что обезпеченіе достигается посредствомъ привлеченія къ отвѣтственности третьяго лица, слѣдовательно, поручительство есть договоръ объ обезпеченіи обязательства третьимъ лицомъ, поручителемъ. А такъ какъ отъ послѣдняго можетъ быть потребовано исполненіе того, что обязанъ былъ исполнить самъ должникъ, то поручительство можно опредѣлить окончательно, какъ договоръ объ

исполненіи обязательства, въ случаѣ неисправности должника, поручителемъ.

Болѣ затрудненій для науки представляютъ тѣ случаи, когда законодатель связываетъ рядъ послѣдствій съ суммою условій, которыхъ онъ самъ не перечисляетъ, но которыя онъ опредѣляетъ ссылкой на общеупотребительное названіе. Наукѣ приходится съ точностью установить признаки того отношенія, которое носитъ въ жизни названіе, указанное закономъ. Известно, что названія въ жизни рѣдко употребляются съ точнымъ значеніемъ. Наукѣ приходится, наблюдая типическіе случаи, установить точный смыслъ названія, хотя бы для этого пришлось пожертвовать нѣкоторыми случаями болѣ широкаго его примѣненія. Напр. законъ соединяетъ съ комиссіей, какъ договоромъ, рядъ послѣдствій, не опредѣляя въ то же время этого отношенія. Въ жизни же встрѣчается употребленіе этого названія въ болѣ тѣсномъ значеніи, въ которомъ сумма признаковъ представляетъ особое сочетаніе представленій, и въ болѣ широкомъ значеніи, когда это представленіе о комиссіонерѣ сливается съ представленіемъ о приказчикѣ.

Составленіе указаннымъ путемъ юридическихъ опредѣленій дѣлается возможнымъ только благодаря предшествующему анализу, выдѣлившему каждый элементъ изъ связи съ другими. Однако это не даетъ основанія утверждать, будто юридическое опредѣленіе представляетъ собою чистый анализъ. Напротивъ, въ отличіе отъ юридическаго принципа, юридическое опредѣленіе основывается на синтезѣ. Анализируется только законное опредѣленіе, а также научное съ точки зрѣнія изучающаго, но составляется юридическое опредѣленіе синтетически. Не смотря на форму выраженія, опредѣленія по существу не перестаютъ быть нормами, указывающими, какія послѣдствія должны соединяться съ даннымъ составомъ условій.

Комбинируя разнообразными способами элементы условій, мы производимъ, какъ мы это видѣли, соотвѣтственно различія въ послѣдствіяхъ. Но сочетанія эти не произвольны. Они выдвигаются самою жизнью, на науку же возлагается обязанность точно опредѣлить ихъ составъ. Конечно, возможны аргіогі самыя различныя сочетанія, но если они не имѣютъ почвы въ жизни, то созданіе ихъ будетъ только безплодною игрой ума.

Удачность юридическаго опредѣленія зависитъ отъ логическаго соотвѣтствія его частей. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель беретъ на себя трудъ составленія опредѣленій и это обстоятельство указываетъ на высокую степень правового развитія, потому

что на ранних ступеняхъ право выражается въ формѣ казуистическихъ нормъ. Законодательныя опредѣленія обладаютъ юридическою силою и въ этомъ ихъ преимущество передъ научными опредѣленіями. Но это же обстоятельство дѣлаетъ ихъ болѣе опасными, потому что допущенное въ нихъ логическое несоотвѣтствіе влечетъ за собою неисправимыя послѣдствія.

Значеніе юридическихъ опредѣленій заключается прежде всего въ томъ, что одно названіе замѣняетъ собою необходимость подробнаго перечисленія всѣхъ условій и послѣдствій. Во вторыхъ, опредѣленіе даетъ отчетливое представленіе о совокупности условій, съ которыми соединяются данныя юридическія послѣдствія, и о совокупности послѣдствій, вызываемыхъ данною группою условій. Этою отчетливостью и сознательностью отличается научное знаніе отъ общежитейскаго. Относительно юридическихъ опредѣленій по преимуществу допустимо замѣчаніе, что *la science s'est une langue bien faite*. Отсутствие точныхъ опредѣленій и отличительныхъ для каждаго отношенія названій создаетъ на практикѣ массу затрудненій. Такъ напр. у насъ съ выраженіями „суда“ или „мировая сдѣлка“ не соединяется яснаго представленія, всякій разъ приходится прибѣгать къ перечисленію признаковъ, а упущеніе этого создаетъ неизвѣстность относительно того, какое сочетаніе имѣлось въ виду при употребленіи этихъ словъ.

Напротивъ, выработка юридическихъ опредѣленій создаетъ краткій, сжатый и ясный языкъ, благодаря которому возможенъ такъ наз. счетъ понятій. Соединяя самыя опредѣленія въ различныя комбинаціи, можно дойти почти до математическихъ приѣмовъ. Препятствіе этому заключается однако въ томъ, что ни одно законодательство не построено исключительно на логическихъ основаніяхъ.

Въ связи съ юридическими опредѣленіями находится такъ наз. юридическая природа института, подъ которою слѣдуетъ понимать логическое соотвѣтствіе опредѣляющихъ его элементовъ. Когда мы говоримъ, что данное положеніе противорѣчитъ юридической природѣ института, значить, оно не согласуется съ элементами его опредѣленія. Напр. допускаемое нашимъ законодательствомъ право польвовладѣльца заложить предметъ пользованія (т. X, ч. 1, ст. 1629, п. 2) приводитъ къ возможности такихъ юридическихъ послѣдствій, которыя не соотвѣтствуютъ опредѣленію польвовладѣнія.

Д. Наконецъ, высшую ступень въ догматическомъ процессѣ составляетъ классификація нормъ, уже объясненныхъ, обобщенныхъ и соединенныхъ въ опредѣленія. Этотъ моментъ даетъ основаніе отнести гражданское правовѣдѣніе къ наукамъ систематизирующимъ.

Система права представляетъ всю массу дѣйствующихъ нормъ въ ихъ взаимной логической связи, обнаруживаетъ отношеніе частей къ цѣлому и другъ къ другу. Отъ казуистическихъ нормъ взоръ наблюдателя постепенно восходитъ къ болѣе и болѣе общимъ группамъ, достигая высшихъ юридическихъ принциповъ. При удачной классификаціи все положительное право представляетъ собою стройное зданіе, со строгою пропорціональностью частей и удобствомъ расположенія. Съ перваго же взгляда опредѣляется положеніе данной нормы въ общей системѣ и ея отношеніе къ другимъ нормамъ.

Наука свободна въ выборѣ системы и принциповъ классификаціи. Это одинаково вѣрно какъ относительно естественныхъ наукъ, такъ и правовѣдѣнія. Законодательная система не можетъ стѣбнять науку въ распредѣленіи матеріала. Научное достоинство классификаціи зависитъ отъ того, 1) насколько полно охватываетъ она весь матеріалъ дѣйствующаго права: если какая либо часть послѣдняго осталась внѣ системы, то классификація должна быть признана неудавшеюся; 2) классификація не должна содержать внутреннихъ противорѣчій, которыя обнаруживаются вслѣдствіе отсутствія единства въ признакѣ классификаціи, вслѣдствіе того, что однѣ и тѣ же нормы отнесены къ разнымъ классамъ, и т. п.; 3) классификація научная не должна противорѣчить законодательной, насколько законодательная система даетъ такіе выводы, возможность которыхъ устраняется при распредѣленіи нормъ въ научную систему; 4) классификація не должна быть слишкомъ сложною, иначе вмѣсто облегченія она можетъ доставить только затрудненія.

Классификація права представляется въ высшей степени полезною какъ для изученія права и примѣненія его, такъ и для законодательной политики.

Такъ какъ настоящее пониманіе нормы достигается не въ ея изолированномъ видѣ, а только въ связи ея съ другими нормами, то система права составляетъ самый удобный способъ усвоенія права. При систематическомъ изученіи права, отмѣна или измѣненіе закона, введеніе новаго не производятъ въ умѣ практика никакого замѣшательства. Напротивъ, если бы нормы не были классифицированы, то всякая законодательная новостъ обязывала

бы пересмотрѣть всѣ остальные нормы, чтобы убѣдиться, не произвело ли на нихъ нововведеніе какого либо дѣйствія. Отсюда несимпатія къ реформамъ со стороны практиковъ, усвоившихъ себѣ знаніе права путемъ механическаго заучиванія одной нормы за другою.

Съ точки зрѣнія примѣненія права классификація нормъ даетъ возможность легко и быстро находить все относящееся къ данному случаю. Система для практика то же, что касса для наборщика. Сколько труда пришлось бы ему затратить, если бы онъ долженъ былъ выписывать каждую букву среди кучи другихъ, сваленныхъ въ беспорядкѣ. Напротивъ, благодаря кассѣ, наборщикъ, привыкшій къ ея распредѣленію, быстро, увѣренною рукою, даже не глядя, выпинаетъ требуемыя буквы и нанизываетъ ихъ одну на другую. Когда нормы расположены по возрастающимъ кругамъ, то практикъ знаетъ, что примѣненіе данной нормы приводитъ въ дѣйствіе цѣлый рядъ другихъ, по отношенію къ которымъ данная норма находится въ подчиненномъ отношеніи. Признавая данный случай подходящимъ къ опредѣленію аренды, юристъ долженъ помнить, что одновременно онъ распространяетъ на этотъ случай силу положеній о договорѣ, а, восходя еще выше, и силу положеній объ обязательствахъ.

Съ точки зрѣнія законодательной политики систематическое распредѣленіе нормъ имѣетъ то значеніе, что обнаруживаетъ всѣ недостатки положительнаго права: его пробѣлы, противорѣчія, повторенія. Удачная и удобная для практики система является образцомъ для законодателя, который въ позднѣйшихъ кодификаціонныхъ работахъ слѣдуетъ системѣ, выработанной наукою. И это вовсе не упрекъ кодексу, а похвала. Такъ, при господствѣ въ началѣ XIX столѣтія институціонной системы, и кодексы этого времени кладутъ ее въ свое основаніе; когда же, съ половины этого столѣтія начинаетъ преобладать въ наукѣ система пандектная, то и кодексы новѣйшаго происхожденія становятся на ея сторону.

Научно классифицированное право даетъ почву для приѣма, который называется юридическою конструкціею. Подъ этимъ именемъ слѣдуетъ понимать разложеніе разсматриваемаго юридическаго явленія, института, на составныя его элементы и, на основаніи этого, опредѣленіе, по существеннымъ признакамъ, мѣста, которое ему принадлежитъ въ системѣ права. Для этого необходимо установить сходство его съ ближайшими по мѣстонахожденію институтами, а также отличіе, не допускающее ихъ сліянія. Конструкція

залога, какъ вещнаго права, состоитъ въ томъ, что этому институту отводится мѣсто въ кругу вещныхъ правъ съ распространеніемъ на него дѣйствія нормъ вещнаго права, а затѣмъ устанавливается отличіе его отъ другихъ вещныхъ институтовъ, стоящихъ съ нимъ рядомъ. Конструкція авторскаго права заключается въ томъ, что его относятъ, увлекаясь маловажнымъ сходствомъ и пренебрегая существеннымъ различіемъ, къ праву собственности, или къ разряду личныхъ правъ, или къ договорамъ, или же, наконецъ, не находя ему помѣщенія въ старомъ зданіи, раздвигаютъ корпусъ и отводятъ новое мѣсто.

Литература. Не смотря на то, что догматика самый обычный способъ разработки права, сущность ея очень мало выяснена юристами. Наиболѣе обстоятельно изложилъ Муромцевъ, *Что такое догма права*, 1885, и Ihering, *Geist*, т. II, ч. 2, стр. 309—389. Есть еще Wendt, *Rechtssatz und Dogma* (Jahr. für Dogm. 1884, т. 22, стр. 199—414), но въ этой обширной статьѣ содержаніе не оправдываетъ заглавія.—Значеніе аксіомъ за юридическими нормами признаетъ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 577, ср. Ofner, *Zur induktiven Methode im Recht*, 1881, стр. 6.—Процессъ анализа Иерингъ сравниваетъ съ алфавитомъ: разложеніе нормъ на положенія обнаруживаетъ, что одни изъ нихъ самостоятельны (гласныя), другія же возможны только въ соединеніи съ первыми (согласныя). Къ первымъ относятся напр., купля-продажа, завѣщаніе, ко вторымъ—положеніе о заблужденіи, о просрочкѣ. Эти немногія положенія могутъ быть комбинируемы, подобно буквамъ алфавита, и создавать такую же сумму сочетаній, какъ и всевозможныя слова (*Geist*, т. II, ч. 2, стр. 344).

Юридическіе принципы подали поводъ къ интересной полемикѣ между русскими учеными. Муромцевъ утверждалъ, что въ правовѣдѣніи нѣтъ законовъ въ научномъ смыслѣ, а потому оно не наука, а искусство, юридическіе же принципы не болѣе, какъ явленія и потому сами подлежатъ критикѣ (*Что такое догма права*, стр. 23). Желая отстоять научный характеръ догматическаго правовѣденія, Пахманъ, Гольмстенъ и Казанцевъ утверждали, что и въ правовѣдѣніи имѣются законы въ научномъ смыслѣ, а именно юридическіе принципы. Пахманъ исходилъ изъ того взгляда, что «обобщеніе явленій и означаетъ раскрытіе постояннаго между ними отношенія». (*О современном движеніи въ науку права*, стр. 38). Но установленіе общаго въ рядѣ явленій не даетъ еще постоянного соотношенія между ними. Изъ того, что всѣ деревья имѣютъ листья, не вытекаетъ еще какой либо законъ. Гольмстенъ (*Юридическія статьи*, стр. 10) и Казанцевъ (*Значеніе науки римскаго права*, Кіев. Унив. Изв. 1893, кн. 2, стр. 5) ссылаются на общіе законы мысли, какъ свойственные правовѣдѣнію законы. Въ смыслѣ Муромцева высказался Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 28—53; слабая критика его у Бобринцева-Пушкина, *Эмпирические законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ*, 1896, стр. 100—155.—Установленіе юридическихъ принциповъ открываетъ широкое примѣненіе дедукціи. Муромцевъ отрицаетъ возможность силлогизма въ догматикѣ (*Что такое догма права*, стр. 11). Напротивъ, на немъ особенно настаиваетъ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 586 и Ihering, *Geist*, т. II, ч. 2, стр. 354.

По вопросу о сущности и значеніи опредѣленій см. Милль, *Система логики*, т. I, стр. 142—177; Bain, *Logique*, т. II, стр. 229—234; Wundt, *Logik*, т. II, ч. 1, стр. 39—47; Sigwart, *Logik*, т. I, стр. 318—381, изъ русской литературы

Тропцкій, *Учебникъ логики*, кн. 2, 1886, стр. 8—77.—По мнѣнію Миляя (т. II, стр. 153, 164), въ основаніи опредѣленія всегда лежитъ анализъ, чѣмъ и объясняется, вѣроятно, предубѣжденіе Муромцева противъ юридическихъ опредѣленій (*Что такое догма права*, стр. 17—18). Бэнъ указываетъ на особыя опредѣленія въ математикѣ, къ которымъ могутъ подойти и юридическія (т. II, стр. 247). Вундтъ различаетъ аналитическія и синтетическія опредѣленія (т. II, ч. 1. стр. 44), но юридическія опредѣленія, повидимому, склоненъ считать аналитическими (т. II, ч. 1. стр. 45, ч. 2, стр. 580). Зигвартъ признаетъ синтезъ необходимою основою опредѣленія (т. I, стр. 370). За синтетическій характеръ: Ihering, *Geist*, т. I, стр. 40, Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, стр. 12, 32.—Savigny высказалъ мысль, что высшая степень научнаго правовѣднія есть достиженіе возможности mit Begriffen rechnen. (*Vom Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung*, изд. 1840, стр. 29). Эта мысль наводила нѣкоторыхъ на сходство методовъ правовѣднія съ методами математики и даже на возможность построения догмы more geometrico. Однако на отличіе этихъ двухъ наукъ указалъ Wundt, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 581—582.

Въ нашей литературѣ нерѣдко высказывается воззрѣніе, будто система, выработанная на римскомъ правѣ, неприложима къ русскому праву, которое должно быть изложено по національной системѣ, взятой изъ отечественнаго права. При этомъ упускается изъ виду, что пандектная система не связана съ римскимъ матеріаломъ, а создана чисто теоретически, и если она съ успѣхомъ прилагается ко всякому иному праву, то мы вправѣ прилагать ее къ русскому законодательству, пока не будетъ доказана ея непримѣнимость даннымъ матеріаломъ. Еще болѣе странно, когда указываютъ, какъ на образецъ національно-русской системы, на курсъ Побѣдоносцева. Этотъ курсъ построенъ по той же пандектной системѣ, съ тою лишь разницею, что авторъ не успѣлъ дать общей части, обѣщанной имъ, а также въ томъ, что вещныя права названы вотчинными. Сверхъ этого, ничего оригинальнаго, національнаго въ системѣ Побѣдоносцева не содержится.—Образцомъ чрезвычайно сложной, а потому бесполезной классификаціи можетъ служить Grasserie, *De la classification scientifique du droit*, 1892.

Спорнымъ является вопросъ, пользуется ли догматическое правовѣдніе общими научными приемами или особенными. Не говоря уже о разногласіи по этому вопросу относительно вообще социальныхъ наукъ (см. съ одной стороны Миляя, *Система логики*, т. II, стр. 382, съ другою Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, стр. 136), въ частности относительно правовѣднія за специальность научныхъ приемовъ Муромцевъ, *Что такое догма права*, стр. 8—11, за общность Коркуновъ, *Лекции*, стр. 349, Piola, *Elementi di logica giuridica*, стр. 8. Въ процессѣ догматики ничего исключительнаго нельзя замѣтить. Точное описаніе явленій составляетъ необходимую предварительную ступень многихъ естественныхъ наукъ, напр. ботаники. Обобщеніе—пріемъ также хорошо извѣстный каждой наукѣ. Классификація играетъ видную роль въ естествознаніи. Анализъ и синтезъ, къ которымъ сводятся всѣ пріемы правовѣднія, однаково свойственны всѣмъ наукамъ. Зоологъ, опредѣляющій вновь открытому червю мѣсто въ царствѣ животныхъ, дѣлаетъ то же, что и юристъ, прибѣгающій къ юридической конструкціи.

§ 20. Теорія гражданскаго права. Мы говорили все время объ описаніи, обобщеніи, классификаціи дѣйствующихъ нормъ. Мы подчеркивали, что во всемъ указанномъ процессѣ нѣтъ мѣста для юридическаго творчества, что наука не создаетъ новыхъ правилъ, а только извлекаетъ ихъ изъ самаго законодательнаго матеріала.

Если однако вся научная работа производится на почвѣ дѣйствующаго законодательства, то, казалось бы, всякое, скольконибудь существенное измѣненіе въ послѣднемъ, напр. издачіе новаго кодекса, должно уничтожить результаты всей предшествующей научной работы, которую пришлось бы начинать снова. Въмѣстѣ съ тѣмъ научная система должна различаться по законодательствамъ: сколько послѣднихъ, столько системъ. Великая конетрукція, всякое обобщеніе или опредѣленіе имѣли бы въ такомъ случаѣ силу только для даннаго законодательства. Слѣдовательно, нѣтъ вообще гражданскаго правовѣдѣнія, а существуетъ рядомъ правовѣдѣніе германское, французское, англійское, русское и т. д. Подобный взглядъ привелъ бы къ полному отрицанію научнаго правовѣдѣнія, къ сомнѣнію въ возможности и значеніи общей теоріи права.

Однако дѣло вовсе не такъ безнадежно. Обозрѣвая историческое развитіе права одного какого либо народа, поражаешься, какъ медленно развиваются основныя формы правового быта. Сравнивая на довольно большомъ пространствѣ времени представленія о правѣ собственности, замѣчаемъ часто различіе только въ объемѣ, въ объектѣ, въ ограниченіяхъ, но не въ сущности. Слѣдовательно, выработанныя на почвѣ какого нибудь положительнаго права опредѣленія могутъ разсчитывать на продолжительное ихъ примѣненіе, во всякомъ случаѣ оправдывающее затрату научнаго труда.

Наблюдая современные законодательства образованныхъ государствъ, мы гораздо болѣе поражаемся ихъ сходствомъ, чѣмъ незначительными различіями. Такое сходство вполне понятно. Жизнь современныхъ культурныхъ народовъ покоится на общихъ этическихъ, экономическихъ, психическихъ основахъ, созданныхъ одинаковыми историческими условіями съ одной стороны, взаимнымъ общеніемъ и воздѣйствіемъ съ другой. Странно было бы ожидать, что однѣ юридическія формы общезнѣны представляютъ исключеніе. Въ самомъ дѣлѣ, мы не имѣемъ никакого основанія думать, чтобы съ выраженіями „обязательство“, „зalogъ“, „поручительство“, „завѣщаніе“ у француза соединялось иное представленіе, чѣмъ у русскаго. Допустить такое несоотвѣтствіе представленій значило бы уничтожить возможность взаимнаго пониманія юристовъ разныхъ національностей, возможность перевода съ одного языка на другой. Въ дѣйствительности этого нѣтъ и, не смотря на болѣе или менѣе значительныя разногласія между законодательствами разныхъ государствъ, въ основныхъ точкахъ зрѣнія замѣчается согласіе. Въ

представленіяхъ европейскихъ народовъ объ основныхъ институтахъ господствуетъ полное единство.

Указанное сходство правовыхъ основъ даетъ возможность построить общую теорію гражданскаго права изъ того богатаго матеріала, который содержится въ современныхъ европейскихъ законодательствахъ. Система гражданскаго права должна классифицировать не только институты, признанные законодательствомъ того или другого народа, но и институты, содержащіеся въ другихъ положительныхъ правахъ. Такая система можетъ быть примѣнена къ праву какого угодно народа съ тѣми лишь измѣненіями, какія могутъ потребоваться по особымъ мѣстнымъ условіямъ, подобно тому какъ извѣстный архитектурный стиль можетъ потребовать приспособленій къ климатическимъ условіямъ. Соотвѣтственно тому юридическая конструкторія, выработанная на почвѣ общей системы, можетъ быть приложена къ каждому частному праву, насколько она не противорѣчитъ прямымъ его постановленіямъ. Нѣсколько осторожнѣе приходится относиться къ юридическимъ принципамъ, которые, выражая собою историческую тенденцію, болѣе всего отражаютъ на себѣ національныя особенности.

На этой почвѣ, единственно научной, слѣдуетъ ожидать въ будущемъ плодотворныхъ результатовъ, какіе могутъ дать соединенныя усилія юристовъ всѣхъ странъ, если будутъ направлены къ одной общей цѣли—создать общую теорію гражданскаго права. Блестящее доказательство возможности такой теоріи представляетъ разработка германскими юристами такъ называемаго современнаго римскаго права, которое никакой связи съ положительнымъ правомъ какого либо народа не имѣло и являлось чистой теоріей права. Выработанныя на этой почвѣ система, опредѣленія, обобщенія, конструкторіи получили примѣненіе не только къ германскимъ мѣстнымъ законодательствамъ, но и за предѣлами Германіи, въ Италіи, Голландіи, Россіи. Можно опасаться, что предстоящее паденіе римскаго права въ Германіи, если оно не будетъ замѣнено разработкою общей теоріи на основаніи новаго матеріала и уступить мѣсто комментированію германскаго гражданскаго уложенія, по примѣру французскихъ юристовъ, разъединитъ труды ученыхъ юристовъ разныхъ національностей и надолго отодвинетъ вопросъ объ общей теоріи права.

Возможность подобной общей теоріи гражданскаго права подтверждается сравненіемъ съ другой наукой, имѣющей также дѣло съ нормами—съ грамматикою. Европейскіе языки настолько раз-

личны, что знаніе одного не даетъ еще пониманія другихъ. Но грамматическія правила европейскіхъ языковъ, въ своихъ основахъ, настолько сходны, что отерываютъ полную возможность общей теоріи, приложимой къ каждому языку. Грамматика, выработанная французскимъ ученымъ для своего языка, если ея система, опредѣленія, обобщенія удачны въ научномъ и педагогическомъ отношеніи, можетъ быть свободно примѣнена къ русскому языку. Матеріалъ любого языка можетъ быть изложенъ въ рамкахъ этой научно выработанной теоріи.

Такая теорія права должна быть построена непременно на почвѣ современнаго положительнаго права, но ни въ какомъ случаѣ не а priori. Весь современный юридическій порядокъ представляетъ собою историческое явленіе. Чтобы теорія имѣла практическое значеніе, необходимо соотвѣтствіе дѣйствительности. Теорія права вовсе не имѣетъ своею задачею измѣнять юридическія основы, устанавливать новые правовые идеалы; она имѣетъ въ виду только привести существующее къ научному единству и связи. Какъ нельзя построить законы экономическихъ отношеній внѣ историческихъ условій, также нельзя предусмотрѣть, внѣ положительнаго права, формы юридическаго строя. Также невозможна и грамматика, построенная не на почвѣ существующихъ языковъ.

Литература. Теорія гражданскаго права имѣетъ такое же основаніе къ существованію, какъ и теорія государственнаго права, извѣстная подъ именемъ общаго государственнаго права (см. Iellinck, *Das Recht des modernen Staats* т. I, 1900, *Allgemeine Staatslehre*, стр. 9), у него же относительно единства матеріала, открываемаго въ жизни западно-европейскихъ народовъ (стр. 20). Построеніе теоріи гражданскаго права невозможно съ точки зрѣнія тѣхъ, кто утверждаетъ національность всякой системы, какъ напр. Walter, *Juristische Encyclopädie*, 1856, стр. 44, но фактически такіе ученые постоянно опровергаютъ свое воззрѣніе, такъ какъ руководствуются выводами, полученными на почвѣ иного права. Въ пользу общей теоріи права имѣется много голосовъ: Муромцевъ, *Что такое догма права*, стр. 19, Гриммъ, *Основы ученія о юридической дѣлѣ*, 1900, т. I, стр. XVIII, Модерманъ, *Рецензія римскаго права*, 1888, стр. 103. Lightwood, *The Nature of positive Law*, 1883, противопоставляетъ общую теорію права, general jurisprudence, догмѣ положительнаго права, particular jurisprudence (стр. 13), такъ же, какъ Elzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe*, 1900, die allgemeine Rechtswissenschaft противопоставляетъ die besondere Rechtswissenschaft (стр. 40—41). Bierling называетъ такую теорію juristische Principienlehre (*Juristische Principienlehre*, т. I, стр. 1—16); Holland, *The Elements of jurisprudence*, изд. 1890, стр. 8. Послѣдній авторъ предлагаетъ разработку и изложеніе теоріи внѣ того или иного права. Ему совершенно основательно возражаетъ Pollock, *Essays in jurisprudence and ethics*, изд. 1882, стр. 4, указывая на то, что хорошихъ результатовъ можно достигнуть только въ томъ случаѣ, если теорія права будетъ разрабатываться въ связи съ положительнымъ правомъ того или другого народа. Подобно Голланду и Roguin, La

règle de droit, 1889, настаиваетъ на теоріи, совершенно независимой отъ положительнаго права, которой онъ даетъ названіе *science juridique pure* (стр. 29), названіе, не совпадающее съ *le droit pur*, подъ именемъ котораго P i s a r d, *Le droit pur*, 1899, понимаетъ ни что иное, какъ энциклопедію права. Рогэнъ задается цѣлью изслѣдовать юридическія отношенія въ всякой связи съ историческими условіями (стр. 3). Исходя изъ такихъ основъ, какъ право собственности, авторъ предполагаетъ логически вывести всѣ возможные отношенія (стр. 15), независимо отъ того, осуществились ли они гдѣ нибудь въ жизни или нѣтъ. При этомъ авторъ забываетъ, что взятыя имъ основы сами являются историческимъ фактомъ. Во вторыхъ, предполагаемая работа можетъ показать лишь остроту ума, но останется совершенно бесполезной и это чувствуетъ самъ авторъ, защищающій (стр. 33), хотя и необудительно, пользу такихъ математическихъ упражненій. Критику подобныхъ попытокъ даетъ G é n y, *La méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, стр. 119, но самъ заходитъ слишкомъ далеко въ своемъ отрицаніи. На сходство современныхъ законодательствъ и на возможность въ силу того построить общую теорію права указываетъ и W u n d t, *Logik*, т. II, ч. 2, стр. 542—543.

§ 21. Научный характеръ догматики. Относительно гражданскаго правовѣдѣнія, какъ догматики, возбуждается вопросъ, считать ли его наукою или искусствомъ. Предварительно замѣтимъ, что признаніе догматики искусствомъ и отрицаніе за нею научнаго характера не имѣетъ въ себѣ ничего предосудительнаго, такъ какъ искусство область столь же достойная для проявленія человѣческаго ума, какъ и наука.

Многіе склонны не признавать догматику наукою, потому что она не отвѣчаетъ тѣмъ требованіямъ, которымъ должна удовлетворять послѣдняя. Посмотримъ, однако, такъ ли это?

Наукою мы называемъ обобщенное и систематизированное знаніе условно ограниченаго круга явленій. Догма гражданскаго права имѣетъ стоимъ предметомъ кругъ явленій, отличный отъ тѣхъ, которые изучаются другими науками—а именно частно-правовыя нормы. Отрицать за ними значеніе явленій не рѣшаются даже тѣ, кто отрицаетъ научный характеръ догматики. Этотъ матеріалъ обобщается и систематизируется, такъ какъ въ этомъ и заключается весь догматическій процессъ. Слѣдовательно, если мы вѣрно опредѣлили понятіе о наукѣ, то догма права должна быть признана наукою. Искусство же имѣетъ свою задачу приспособленіе средствъ къ заранѣе поставленной цѣли; оно устанавливаетъ, на основаніи данныхъ теоретической науки, правила, по которымъ должны быть видоизмѣняемы паличныя условія сообразно намѣченной цѣли. Но догма гражданскаго права не видоизмѣняетъ явленій ради опредѣленной цѣли, не создаетъ новыхъ явленій, а лишь объективно изу-

часть данныя явленія, группируя ихъ не по цѣли, а по ихъ сущности.

Нѣкоторыхъ вводитъ въ заблужденіе повелительное наклоненіе, которымъ выражается догматика, такъ какъ оно составляетъ характеристическую черту искусства, въ отличіе отъ наукъ. Но это одна лишь видимость. Не догматика выражается въ повелительномъ наклоненіи, а самъ изучаемый ею матеріалъ, т. е. нормы. Если имъ присуща эта грамматическая форма, соответствующая ихъ содержанию, то какъ бы наука ни обобщала и ни классифицировала, повелительное наклоненіе всегда останется. Но сама догматика не создаетъ правилъ, высказываемыхъ въ повелительной формѣ, что именно характерно для искусства, напр. хирургіи, педагогикѣ, политикѣ.?

Иныхъ смущаетъ практическая цѣль догматики. Если, говорятъ, догма есть изложеніе дѣйствующаго права въ интересахъ его примѣненія на практикѣ, то ей чуждъ научный характеръ. Но, оставляя въ сторонѣ спорный вопросъ, не практическая ли цѣль лежитъ въ основаніи всякой науки, мы должны отличать науку и искусство не по цѣли пользованія матеріаломъ, а по методу. Анатомія чловѣка изучаетъ строеніе его организма несомнѣнно съ практической цѣлью—дать медицинѣ (терапіи и хирургіи) необходимыя для искусства знанія. Но развѣ это обстоятельство превращаетъ анатомію въ искусство? Притомъ мы имѣли уже случай говорить, что цѣль догматики заключается не въ томъ, чтобы служить указателемъ судѣ въ дѣлѣ примѣненія права, а въ томъ, чтобы способствовать усвоенію права со стороны каждаго гражданина въ виду необходимости познанія ближайшихъ и важнѣйшихъ условій социальнаго существованія.

Если согласиться, что догма гражданскаго права есть искусство или прикладная наука, спрашивается, что же она прилагаетъ, гдѣ та чистая наука, данными которой она пользуется для своего творчества? Механика основывается на математикѣ и физикѣ, медицина—на анатоміи и физиологіи, агрономія—на химіи и геологіи. Но для догмы гражданскаго права такой основной науки нѣтъ. Значитъ, она извлекаетъ правила изъ самой себя, какъ паукъ паутину?

Въ примѣненіи права и въ политикѣ права проявляется искусство. Научное же правовѣдѣніе, догматика, не учитъ, какъ примѣнять право или какъ измѣнить юридическій порядокъ соответственно тому или другому общественному идеалу. Она изучаетъ право, каково оно есть, а не каково оно должно быть, она учитъ, каково право, а не какъ его примѣнять къ конкретнымъ случаямъ.

Литература. Признаетъ догму гражданскаго права за искусство Муромцевъ, *Что такое догма права*, стр. 9, 12, *Определение и основное раздѣленіе права*, стр. 14 (можетъ быть, по влияніемъ Милля, *Система логики*, т. II, стр. 497); Hering, *Geist*, т. II, ч. 2. стр. 323. 316 признаетъ правовѣдѣніе за eine Kunst, потому что оно den Stoff künstlerisch bildet, gestaltet—здѣсь смѣшано искусство ученаго въ систематизаціи матеріала съ творчествомъ самого матеріала; Kierulf, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, т. I, 1839, стр. XXIV, XXIX, Офнер, *Studien sozialer Jurisprudenz*, 1894, стр. 13. Коркуновъ, *О научномъ изученіи права* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1882, кн. 5, стр. 160, *Сборникъ статей*, 1898, стр. 39) и Казанцевъ, *Значеніе науки римскаго права* (Кіев. Унив. Изв. 1893, кн. 2, стр. 2) полагаютъ, что догма положительнаго права составляетъ прикладную науку по отношенію къ общей теоріи права, но между теоріей гражданскаго права и догмою положительнаго права нѣтъ разницы по существу, такъ что приходится признать обѣ отрасли или науки или искусства. Всякое научное достоинство отрицаетъ за правовѣдѣніемъ Kischmann, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848. Напротивъ, характеръ чистой науки за правовѣдѣніемъ признаетъ въ своей рѣчи Lehmann, *Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz*, 1897, стр. 8. Нѣкоторые защитники догматическаго направленія противъ социологіи стали на опасную почву, желая отстоять научный характеръ догмы. Соглашаясь съ противниками, что научное знаніе предполагаетъ непремѣнно установленіе законовъ, они утверждали, что догма ничто иное, какъ требуемая позитивизмомъ статика, а законы ея—это юридическіе принципы: Гольмстенъ, *Юридическія статьи*, стр. 6, Пашманъ, *О современномъ движеніи въ науку права*, стр. 38, Казанцевъ, *Значеніе науки римскаго права* (Кіев. Унив. Изв. 1893, кн. 2, стр. 5). Если будетъ доказано, что юридическіе принципы незаконны, то тѣмъ самымъ будетъ отвергнутъ научный характеръ догматики. Догму можно признать, вмѣстѣ съ Lightwood, *The nature of positive Law*, 1883, стр. 36, 39, искусствомъ, если согласиться съ этимъ авторомъ, что наука права создаетъ вновь правила на основаніи судебныхъ прецедентовъ. Но это невѣрно даже для англійскаго права. Правовѣдѣніе только устанавливаетъ, какое общее правило выражается въ рядѣ конкретныхъ рѣшеній. Мыніе о томъ, что судъ творитъ, а не примѣняетъ только право, особенно развито у Burow, *Gesetz und Richteramt*.

§ 22. Историческій методъ. Гражданско-правовой порядокъ, наблюдаемый нами въ извѣстный моментъ, есть продуктъ всей исторіи даннаго народа. Въ его прошломъ могутъ быть обнаружены причины, по которымъ общественный строй принялъ ту, а не иную форму. Поэтому юристъ долженъ обратиться къ исторіи права, которая объяснитъ ему, какъ сложился существующій гражданско-правовой порядокъ, поможетъ ему лучше познать дѣйствующее право, наконецъ дастъ ему твердую почву для его реформаторскихъ стремленій.

А. Гражданское право представляетъ собою одну сторону общественной жизни. Но въ своемъ развитіи и существованіи эта сторона находится въ самой тѣсной связи съ другими сторонами народнаго быта. Поэтому только изученіе всѣхъ тѣхъ факторовъ, совмѣстное дѣйствіе которыхъ составляетъ исторію народа, можетъ дать ключъ къ объясненію существующаго гражданскаго порядка.

Только изслѣдованіе экономическихъ, этическихъ, политическихъ, религиозныхъ условій всей прошлой жизни народа можетъ способствовать достиженію указанной цѣли. Наибольшее значеніе для объясненія настоящаго имѣеть, конечно, ближайшее прошлое, но корни настоящаго могутъ быть очень глубоко пущены въ исторіи и причины существующаго порядка могутъ быть открыты на различныхъ историческихъ ступеняхъ, какъ самыхъ близкихъ, такъ и самыхъ отдаленныхъ. Поэтому для объясненія существующаго строя необходима полная исторія права народа въ связи съ общею его исторіею, которая представила бы цѣльную картину постепеннаго развитія одной изъ важнѣйшихъ сторонъ народной жизни въ связи со всеми другими общественными отношеніями, оказавшими на нее вліяніе.

Современный гражданско-правовой порядокъ, наблюдаемый въ любомъ изъ европейскихъ государствъ, составляетъ результатъ не только его частной исторіи, но также исторіи всей той группы обществъ, совмѣстная жизнь которыхъ создала западно-европейскую культуру. Тѣ общія юридическія начала и представленія, которыя лежатъ въ основѣ этого порядка и которыя служатъ почвою для теоріи гражданскаго права, могутъ найти себѣ объясненіе въ общей исторіи западно-европейскаго права, изложенной на фонѣ западно-европейской культуры.

Вполнѣ естественно, что каждый обращаетъ особенное вниманіе на ближайшую для него среду и стремится найти объясненіе окружающихъ его условій. Для русскаго общества представляетъ особый интересъ русское гражданское право. Ему желательно прежде всего объяснить себѣ, какъ и почему именно такъ сложился гражданско-правовой порядокъ, нынѣ существующій въ Россіи, какія уклоненія и почему именно представляетъ онъ по сравненію съ общими европейскимъ типомъ. Отвѣтъ на эти вопросы можетъ дать исторія русскаго права въ связи съ общею русскою исторіею. Конечно, разработка исторіи русскаго права, какъ части цѣлаго, лежитъ преимущественно на обязанности русскаго правовѣдѣнія.

Но даже для выполненія этой спеціальной задачи, нельзя довольствоваться данными русской исторіи вообще и исторіи права въ частности. Знакомство съ исторіею права другихъ народовъ можетъ оказать большую услугу въ дѣлѣ выясненія отечественнаго права. Это знакомство необходимо прежде всего для того, чтобы обнаружить постороннее вліяніе на развитіе русскаго права. Ограничивая поле своего изслѣдованія исключительно исторіею русскаго

права, ученый можетъ проявить склонность объяснять всё безусловно измѣненія въ отечественномъ правѣ процессомъ внутренняго саморазвитія. Между тѣмъ фактъ взаимнаго вліянія народовъ на выработку гражданско-правового порядка не подлежитъ сомнѣнію. Знаніе права другихъ народовъ на извѣстной ступени развитія можетъ открыть источникъ появленія въ отечественномъ правѣ, въ ближайшіе къ ней историческіе моменты, новыхъ юридическихъ формъ. Конечно, такой выводъ возможенъ при наличности условий, оправдывающихъ предположеніе заимствованія въ данномъ случаѣ.

Во вторыхъ знакомство съ исторіей права другихъ народовъ можетъ помочь въ пополненіи пробѣловъ, обнаруженныхъ въ знаніи историческаго развитія русскаго права. Историческіе памятники могутъ оставить неизвѣстными нѣкоторыя переходныя формы, а также причины перехода отъ однихъ формъ къ другимъ. Эти неясные моменты въ исторіи отечественнаго права могутъ быть восполнены по аналогіи съ опредѣлившимися сходными моментами въ исторіи другого народа. Понятно, такой приѣмъ требуетъ большой осторожности и допускаетъ пользованіе историческою аналогіею только при наличности существеннаго сродства. Подобный приѣмъ оправдывается особенно при общности происхожденія сравниваемыхъ народовъ. Общія правовыя основы въ дальнѣйшей исторіи принимаютъ разныя направленія, но въ началѣ, не смотря на политическое разъединеніе, юридическое сродство имѣетъ твердую почву и потому аналогія здѣсь наиболѣе примѣнима. Если для ранней исторіи французскаго права, съ точки зрѣнія аналогіи, важна особенно исторія права въ Германіи, въ Италіи, то для исторіи русскаго права особенную важность имѣетъ исторія права славянскихъ народовъ.

Исторія гражданскаго права должна представить, каковымъ образомъ постепенно сложился нынѣшній гражданско-правовой порядокъ. Дѣло заключается не въ простой послѣдовательности частно-правовыхъ формъ, но въ установленіи причинной зависимости между ними. Наука должна изложить, какія формы приходили на смѣну другъ другу, въ силу какихъ причинъ и каковымъ образомъ совершался этотъ переходъ. Излагая развитіе современнаго гражданско-правового порядка, исторія права имѣетъ дѣло съ конкретною обстановкою, съ суммою явленій, которыя въ этой совокупности и связи болѣе не повторятся.

Между тѣмъ среди историковъ права, особенно въ Россіи, довольно распространенъ взглядъ, что задача исторіи права заклю-

чается въ раскрытіи законовъ, регулирующихъ юридическую жизнь. При этомъ упускается изъ виду, что исторія гражданскаго права, какъ и вообще исторія, есть наука конкретная, установленіе же законовъ есть дѣло наукъ абстрактныхъ, какъ соціологія. Исторія права даннаго народа можетъ послужить матеріаломъ для соціологіи или же провѣркою соціологическихъ законовъ на данной средѣ. Соціологическіе законы могутъ помочь объяснить исторію права даннаго народа. Но тѣмъ не менѣе задачи соціологіи и исторіи права совершенно различны. Установленіе соціальныхъ законовъ возможно только на болѣе широкомъ полѣ. Лишь сравненіе права различныхъ народовъ, въ равные моменты ихъ культурнаго развитія, можетъ служить основаніемъ для установленія законовъ развитія и сосуществованія юридическихъ явленій уже безотносительно къ исторической конкретной обстановкѣ. Поэтому исторія гражданскаго права ни въ какомъ случаѣ не должна быть смѣшиваема съ соціологіей.

В. Независимо отъ объясненія того, какъ сложился существующій юридическій порядокъ, исторія права можетъ содѣйствовать пониманію этого порядка. Только тотъ, кто знаетъ происхожденіе правового строя, ступени, по которымъ послѣдній дошелъ до нынѣшняго состоянія, можетъ считать себя вполне уяснившимъ его сущность. Каждый историческій моментъ опредѣляется не самъ собою, а сопоставленіемъ съ другими. Психологическій законъ отношенія имѣетъ огромное примѣненіе въ соціальныхъ наукахъ. Человѣкъ, долго остающійся въ одной и той же комнатѣ, теряетъ способность замѣчать образовавшійся въ ней спертый воздухъ: только тогда, когда онъ выйдетъ въ другія комнаты или на свѣжій воздухъ и оттуда возвратится въ первую комнату, почувствуетъ онъ то, чего прежде не замѣчалъ. Особенности національнаго характера опредѣляются только сравненіемъ съ чертами характера другихъ народовъ. Гражданско-правовой порядокъ, съ которымъ человѣкъ сжился съ малыхъ лѣтъ, можетъ уясниться ему въ своихъ основныхъ чертахъ лишь тогда, когда будетъ сопоставленъ съ другими періодами историческаго развитія права, когда изучающій подойдетъ къ нему черезъ рядъ историческихъ моментовъ, имѣющихъ въ основѣ своей довольно отличныя начала.

Такая историческая точка зрѣнія необходима для уясненія всякаго дѣйствующаго гражданскаго права, хотя бы оно выразилось въ цѣльномъ кодексѣ самаго недавнаго происхожденія. Но значеніе исторіи для пониманія дѣйствующаго права, слѣдовательно

какъ вспомогательнаго для догматики средства, особенно возрастаетъ тамъ, гдѣ положительное право представляетъ собою совокупность нормъ, возникшихъ въ разные историческіе періоды и сохранившихъ свою силу до послѣдняго времени. Истинный смыслъ такихъ нормъ можетъ быть установленъ только по соображеніи съ тѣми историческими условіями, при которыхъ онѣ возникли. Здѣсь каждая норма имѣетъ свою исторію и смыслъ ея опредѣляется не сопоставленіемъ съ другими дѣйствующими нормами, а преимущественно съ ея прошлымъ. Сказанное относится въ особенности къ праву англійскому и русскому. Поземельныя отношенія и наследственное право Англіи совершенно непонятны въ историческихъ условій ихъ возникновенія и развитія. Русское право даетъ многочисленныя подтвержденія высказанному соображенію.

Только при помощи исторіи права выясняются въполнѣ тѣ юридическіе принципы, которые имѣютъ такое важное значеніе для догматики и которые представляютъ собою чаще всего историческую тенденцію даннаго права.

С. Наконецъ, исторія гражданскаго права даетъ твердую почву для законодателя. Исторія раскрываетъ ему психологическія черты своего народа, восприимчивость послѣдняго къ чуждымъ нормамъ или упорной консерватизмъ, медленный или быстрый ходъ развитія институтовъ, стремленіе къ правовому объединенію или разбѣдненію. Соответственно тому, исторія поддерживаетъ наклонность законодателя удовлетворить народнымъ потребностямъ, не смотря на временныя неблагоприятныя обстоятельства, или умѣряетъ его реформаторскія стремленія, не имѣющія историческаго основанія. Только понимая весь предшествующій ходъ даннаго института, зная условія его возникновенія и обстоятельства, вліявшія на его измѣненія, можетъ законодатель опредѣлить, каково должно быть дальнѣйшее направленіе института, какое вѣроятное дѣйствіе произведетъ его вмѣшательство въ томъ или другомъ направленіи. Исторія права научаетъ законодателя, когда и въ какомъ объемѣ возможны заимствованія изъ права другихъ народовъ, при какихъ условіяхъ заимствованное легко ассимилировалось, при какихъ, наоборотъ, выбрасывалось пеперевареннымъ.

Литература. Историческое направленіе въ гражданскомъ правовѣдѣніи стоитъ въ связи съ возникновеніемъ исторической школы. Последняя выдвинула главнымъ образомъ догматическое значеніе исторіи права см. Savigny, *Tom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, особенно гл. 3, изд.

1840, стр. 111—135; Eichhorn, *Ueber das geschichtliche Studium des deutschen Rechts* (Z. f. gesch. Rechtswissenschaft, т. I, 1815, стр. 154—146), но въ глубинѣ скрывалось законодательное ея значеніе. Въ послѣднее время исторія гражданскаго права западныхъ народовъ сдѣлала большіе успѣхи, но, не смотря на почтенные труды Бруннера, Гейслера, Пертиля, Виоля, Глассона и др., методологія исторіи права не обратила на себя вовсе вниманія. Только Jhering, *Geist*, т. I, 1878, стр. 58—80, а также *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, 1894, составляютъ исключеніе, такъ какъ своей исторической работѣ онъ предпосылаетъ методологическія соображенія. Обманчивое по заглавію сочиненіе Lermnier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 1829, даетъ лишь историческое развитіе юриспруденціи. То же самое представляютъ въ русской литературѣ статьи Зигеля, *Исторія права* (Юрид. Вѣст. 1884. кн. 9 и 10, 1886, кн. 5 и 6, см. впрочемъ въ концѣ). Въ послѣднее время выдвинули важное педагогическое значеніе исторіи права Ehrenberg, *Die deutsche Rechtsgeschichte und die juristische Bildung*, 1894, особенно стр. 1—8, Brissaud, *De l'étude de l'histoire du droit* (Révue générale du droit, de législ. et de jurispr., 1897, ноябрь—декабрь, стр. 539—553), послѣдній авторъ впрочемъ упираетъ больше на социологію, см. также Salvioli, *Metodo storico nell'odierna giurisprudenza*, 1885; Baviera, *La storia del diritto e la sua funzione nell'odierna giurisprudenza*, 1900 (авторъ развиваетъ практическое значеніе исторіи права).—Исторія русскаго гражданскаго права является въ настоящее время предметомъ сильно заброшеннымъ. До нѣкоторой степени это объясняется тѣмъ, что въ симпатіяхъ общества исторія должна была уступить мѣсто социологіи, отчасти тѣмъ, что между русскими историками права почти вовсе не встрѣчаются цивилисты. Методологическіе вопросы исторіи у насъ постоянно смѣшиваются съ вопросами социологіи, напр. статьи Липинскаго, *Историческое изученіе права* (Врем. Дем. Лицея, 1879. кн. 18, стр. 211—252) и воспроизведеніе ея въ статьѣ «*Научная обработка исторіи права въ русской литературѣ*» (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880, кн. 2, стр. 136—160—вызвана статью Сергѣевича, *Государство и право въ исторіи*, Сб. госуд. зн. т. VII, стр. 19—96). Вопросовъ только исторіи права касается Загоскинъ, *Методъ и средства сравнительнаго изученія древняго обычнаго права славянъ вообще и русскихъ въ особенности*, 1877.—Смѣшеніе задачъ исторіи права и социологіи довольно распространено: Зигель, ук. ст. Юрид. Вѣст. 1884, № 10, стр. 192 (точку зрѣнія исторической школы называетъ простымъ комментированіемъ даннаго юридическаго быта); Латкинъ, *Лекціи по вѣдѣній исторіи русскаго права*, 1888, стр. 1; Капустинъ, *Исторія права*, т. I, 1872, стр. 7, ср. впрочемъ стр. 11—13; Липинскій, *Научная обработка исторіи права* (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880, кн. 2, стр. 132), Сергѣевичъ, ук. ст. Сборникъ госуд. зн. т. VII, стр. 22, Максимейко, *Сравнительное изученіе исторіи права* (Зап. Харьк. Univ. 1898, кн. 1, стр. 8). Напротивъ, строгое разграниченіе между этими науками проводятъ Карѣвъ, *Основные вопросы философіи исторіи*, 1887, ч. I, стр. 9, Bernheim, *Lehrbuch der historischen Methode*, 1889, стр. 63, Гумловичъ, *Социологія и политика*, 1895, стр. 33, Муромцевъ, *Что такое догма права*, 1885, стр. 9; Ковалевскій, *Сравнительно—историческое правовѣдѣніе и его отношеніе къ социологіи* (Сборн. Гамбарова, т. 1, стр. 8).

§ 23. Соціологическій методъ. Въ настоящее время мало кто сомнѣвается въ томъ, что явленія общественной жизни подлежатъ такой же законмѣрности, какъ и всѣ прочія явленія. Соціальные явленія несомнѣнно испытываютъ на себѣ дѣйствіе законовъ въ научномъ смыслѣ. Благодаря однако чрезвы-

важной сложности общественныхъ отношеній, законы эти, дѣйствующіе почти всегда перекрестнымъ образомъ, не легко поддаются обнаруженію. Но трудность установленія социальныхъ законовъ еще не даетъ основанія отрицать ихъ существованіе.

Есть два вида социальныхъ законовъ. Одни изъ нихъ устанавливаютъ постоянство въ сосуществованіи явленій, т. е. неизмѣнную сопровождаемость однихъ явленій другими (соціальная статика). Другіе раскрываютъ постоянство въ послѣдовательности явленій, т. е. неизмѣнную смѣняемость однихъ явленій другими (соціальная динамика).

Обладать знаніемъ такихъ законовъ—значитъ имѣть возможность предсказать будущее общественной жизни, значить быть въ состояніи, при помощи искусственнаго сочетанія различныхъ общественныхъ факторовъ, направлять по своему желанію теченіе общественной жизни. Отсюда заманчивость отысканія такихъ законовъ и успѣхъ той науки, которая ставитъ себѣ цѣлью раскрытіе социальныхъ законовъ. Эта наука называется социологіей, наука весьма молодая, но уже снискавшая себѣ общественную симпатію. Она имѣетъ свою задачу изслѣдовать общество въ его цѣломъ, притомъ не конкретно, не въ видѣ какого либо даннаго историческаго общества, а въ видѣ вообще формъ человѣческаго обществія, опредѣлить взаимодѣйствіе всѣхъ сторонъ общественной жизни и открыть законы этого взаимодѣйствія и этой смѣны формъ. Для социальныхъ наукъ социологія предназначена играть ту же роль, какая предоставлена біологіи въ ряду естественныхъ наукъ.

Юридическія нормы также социальныя явленія и, какъ таковыя, подлежатъ въ равной мѣрѣ дѣйствию законовъ. Это даетъ возможность изучать юридическія явленія социологически, а вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду общественной важности нормъ права, создаетъ изъ послѣднихъ богатый матеріалъ для социологіи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ поднимается весьма существенный вопросъ, въ какомъ соотношеніи находится гражданское правовѣдѣніе къ социологіи. Этотъ вопросъ есть часть болѣе общаго вопроса, въ какомъ отношеніи находится социологія къ отдѣльнымъ социальнымъ наукамъ.

Очевидно, социологія не есть только сумма социальныхъ наукъ, потому что сумма не даетъ ничего сверхъ того, что содержится уже въ слагаемыхъ. Какъ сумма, социологія не имѣла бы смысла. Специальная задача социологіи заключается въ изу-

ченіи взаимодѣйствія разныхъ сторонъ общественной жизни, изучаемыхъ отдѣльными соціальными науками. Пользуясь результатами послѣднихъ, соціологія, посредствомъ сопоставленія ихъ и переработки своими методами, раскрываетъ законы, управляющіе общественною жизнью въ ея цѣломъ. Отсюда слѣдуетъ, что отдѣльными науки, изучая разные стороны общественной жизни въ виду своихъ спеціальныхъ цѣлей, въ то же время готовятъ матеріалъ для соціологіи. Въ свою очередь соціологія, перерабатывая доставляемый ей съ разныхъ мѣстъ матеріалъ и открывая общіе законы соціальной жизни, даетъ объясненіе и руководящія начала для отдѣльныхъ соціальныхъ наукъ.

Сказанное въ равной мѣрѣ относится и къ гражданскому правовѣдѣнію.

Существуетъ воззрѣніе, по которому гражданское правовѣдѣніе, чтобы отрѣшиться отъ узко практическаго направленія, до сихъ поръ ему присущаго, и стать на чисто научную почву, должно разорвать съ догматикою и признать своею задачею изслѣдованіе законовъ сосуществованія и развитія явленій гражданско-правового быта. Съ этой точки зрѣнія гражданское правовѣдѣніе должно принять видъ частной соціологіи, т. е. его задачи будутъ состоять въ такомъ же способѣ изученія частно-правовыхъ формъ, въ какомъ соціологіей изучается вся общественная жизнь. Матеріалъ для такого соціологическаго правовѣдѣнія должна доставлять также новая описательная наука, извѣстная подъ именемъ сравнительнаго правовѣдѣнія. На ней лежить обязанность собирать правовыя данныя, которыя содержатся въ законодательствахъ разныхъ народовъ на различныхъ ступеняхъ ихъ развитія и сопоставить сходныя явленія. Если исключить случаи, когда сходство можетъ быть объяснено общностью происхожденія народовъ или взаимнымъ заимствованіемъ, то очевидно, сходство явленій юридическаго быта слѣдуетъ отнести на счетъ схождения причинъ, ихъ вызвавшихъ. Обнаруженіе этихъ причинъ должно привести къ открытію постоянныхъ соотношеній между двумя категоріями общественныхъ явленій, другими словами, къ открытію соціальныхъ законовъ. Если мы имѣемъ передъ собою нѣсколько общественныхъ группъ, жившихъ первоначально подъ дѣйствіемъ одного и того же права, а впоследствии пришедшихъ къ различнымъ порядкамъ, то изслѣдованіе различающихъ обстоятельствъ въ историческихъ условіяхъ ихъ развитія можетъ также привести къ обнаруженію соціальныхъ законовъ. Въ виду индуктивнаго изслѣдо-

ванія явленій юридическаго быта, слѣдуетъ, вопреки довольно распространенному мнѣнію, признать примѣнимость къ социологическому изученію тѣхъ четырехъ методовъ опытнаго изслѣдованія, которые свойственны естественнымъ наукамъ. Препятствіемъ къ пользованію этими методами выступаютъ чрезмѣрную сложность социальныхъ явленій, по отправления живого организма едва ли менѣе сложны, а это не мѣшаетъ физиологіи пріобрѣтать къ методамъ согласія, различія, сопутствующихъ измѣненій и остатковъ.

Но, считая вполне возможнымъ социологическое изслѣдованіе юридическихъ явленій, мы не можемъ допустить, чтобы оно было единственно научнымъ, чтобы оно вытѣснило догматику, чтобы оно составило особую отъ социологіи науку.

О вытѣсненіи догматики социологическимъ правовѣдѣніемъ не можетъ быть и рѣчи, потому что задачи ихъ слишкомъ различны и потребность, вызвавшая многовѣковое существованіе догматики, не будетъ удовлетворена социологіей. Исключительная претензія социологическаго правовѣдѣнія на научный характеръ и научное достоинство, въ виду сказаннаго (стр. 99), представляется, совершенно неосновательною.

Но едва ли можно говорить о социологическомъ правовѣдѣніи какъ о наукѣ, стоящей рядомъ съ догмою права. Социологическое изученіе правовыхъ явленій возможно только для общей науки социологіи, но не для спеціальной науки, какъ социологическое правовѣдѣніе. Социологія изучаетъ общество въ цѣломъ, она изслѣдуетъ взаимное отношеніе различныхъ сторонъ общественной жизни и на этомъ основаніи устанавливаетъ общіе социальныя законы. Изъ такого понятія о сущности и задачахъ социологіи, очевидно, что ни о какомъ раздѣленіи труда въ ея предѣлахъ нельзя говорить, что здѣсь социальныя явленія должны быть изучаемы только во взаимной связи. Поэтому, выдѣляя извѣстную группу социальныхъ явленій для самостоятельнаго изученія, мы тотчасъ же теряемъ социологическую почву. Нельзя социологически изслѣдовать одну какую либо сторону общественной жизни, какъ напр. право.

Также мало основанія для социологическаго правовѣдѣнія въ томъ случаѣ, если оно поставитъ своею цѣлью изученіе права въ связи со всѣми прочими сторонами общественной жизни, потому что это уже задача самой социологіи. При такой постановкѣ вопроса нѣтъ никакого различія между общою социологіей и социологическимъ правовѣдѣніемъ.

О самостоятельности гражданско-соціологическаго правове́дѣнія не можетъ быть рѣчи и потому еще, что на первыхъ ступеняхъ общественнаго развитія, съ которыми соціологіи приходится постоянно имѣть дѣло, гражданское право не отличается отъ другихъ областей права. Мало того, само право есть явленіе довольно позднее—первоначально оно сливается съ моралью, религіей, обрядами, въ общемъ понятіи правилъ общежитія и только въ дальнѣйшемъ развитіи происходитъ дифференціація. Такимъ образомъ гражданское правове́дѣніе принуждено было бы или ограничиться только высшими періодами общественнаго развитія или же, оставляя свой спеціальный предметъ изученія, заняться изслѣдованіемъ объекта другихъ наукъ.

Дѣйствительное соотношеніе между гражданскимъ правове́дѣніемъ и соціологіей состоитъ въ томъ, что правове́дѣніе (догма и исторія), преслѣдуя свои самостоятельныя цѣли въ изученіи одной изъ сторонъ общественной жизни, въ то же время доставляетъ соціологіи необходимый матеріалъ. Соціологія перерабатываетъ своими методами этотъ матеріалъ совокупно съ матеріаломъ, доставленнымъ другими общественными науками, и въ результатѣ устанавливаетъ соціальныя законы, которые могутъ имѣть примѣненіе въ области спеціальныхъ наукъ.

И правове́дѣніе можетъ и должно воспользоваться выводами соціологіи. Законъ подражанія Тарда имѣетъ значеніе для выясненія вопроса объ источникахъ права, определеніе роли личности въ общественной жизни способно пролить свѣтъ на задачи кодификаціи. Значеніе соціологіи для правове́дѣнія двойное. Наряду съ исторіей права она способствуетъ выясненію какъ сложившагося гражданско-правового порядка, такъ и пройденныхъ уже формъ общежитія. Конечно, соціологія не можетъ помочь въ объясненіи историческаго значенія отдѣльной нормы, какъ это можетъ исторія права. Масштабъ соціологіи гораздо больше, а потому она въ состояніи объяснить общій планъ гражданско-правового строя, но не детали его. Съ другой стороны, если будетъ достигнуто знаніе соціальныхъ законовъ, то оно дастъ могучее орудіе въ руки законодателя, который, опираясь на него, окажется въ состояніи, при помощи юридическихъ формъ, направлять, по своему усмотрѣнію, движеніе общественной жизни.

Литература. Въ короткое время соціологія пріобрѣла громадныя успѣхи въ смыслѣ привлеченія массы ученыхъ силъ къ занятію ею и вліянія на другія

науки. Съ задачами этой новой науки, ея предметомъ, методами и направленіями могутъ познакомиться: Карѣвъ, *Введение въ изученіе социологіи*, 1897, Гиддинсъ, *Основанія социологіи*, 1898, и отчасти Спенсеръ, *Социологія какъ предметъ изученія*, 1896, особенно три первыя главы.—Ог. Контъ, положившій основаніе социологіи, относился въ высшей степени несочувственно къ правовѣдѣнію (*Cours de la philosophie positive*, т. VI, стр. 454). Спенсеръ, давшій своими трудами такой толчокъ социологіи, жилъ въ странѣ, гдѣ догматическое правовѣдѣніе не имѣетъ твердой почвы. Поэтому ни тотъ, ни другой не затронули вопроса о соотношеніи между социологіей и правовѣдѣніемъ. Лишь вскользь касается вопроса и Гиддинсъ, хотя онъ обращаетъ большое вниманіе на отношеніе социологіи къ спеціальнымъ наукамъ. За социологическое правовѣдѣніе высказались: Alex, *Du droit et du positivisme*, 1876 (въ общемъ работа весьма слабая); Worms, *La sociologie et le droit* (*Revue intern. de sociologie*, 1895, № 1, стр. 35—53, рус. пер. 1900 г.), хотя его взглядъ на правовѣдѣніе, какъ на une branche de la sociologie, стоитъ въ противорѣчьи съ его пониманіемъ социологіи, выраженнымъ въ статьѣ *Sur la définition de la sociologie* (въ томъ же журналѣ, 1893, стр. 173); Manouvrier, *L'anthropologie et le droit* (тамъ же, 1894, стр. 241—273 и 351—370); d'Agano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, 1900, введеніе; Neukamr, *Entwickelungsgeschichte des Rechts*. т. I, 1895, введеніе. Отрицательно отнеслись къ значенію социологіи для правовѣдѣнія: Beudant, *Le droit individuel et l'état*, 1891, стр. 214—260, но при этомъ неправильно передаетъ задачи социологіи и смѣшиваетъ социологическія ученія съ политическими воззрѣніями писателей, Joly, *Le droit naturel et la science sociale* (*Nouvelle Revue*, 1887, № 1, стр. 143—166) хотя авторъ и пытается найти какое то примиреніе между естественнымъ правомъ и социологіей.

Въ русской литературѣ энергичнымъ представителемъ социологическаго направленія въ гражданскомъ правовѣдѣніи выступилъ еще въ 70-хъ годахъ Муромцевъ, *Очерки общей теоріи гражданского права*, 1877, особенно стр. 180—201 и *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, особенно стр. 1—46. По мнѣнію Муромцева, «необходимо различать общее гражданское правовѣдѣніе и гражданско-правовую политику. Общее гражданское правовѣдѣніе есть наука въ строгомъ смыслѣ слова. Не преслѣдуя никакаго практической цѣли, но руководясь исключительно требованіями любознательности, оно изучаетъ законы развитія гражданского права. Оно предполагаетъ, какъ подготовительную стадію, описательное гражданское правовѣдѣніе, которое описываетъ въ правильной системѣ факты гражданского права. Гражданско-правовая политика опредѣляетъ цѣли и пріемы, которыми должны руководиться гражданскій законодатель и судья. На основаніи ея указанія слагается догма гражданскихъ правоопредѣленій, которая излагаетъ дѣйствующія въ странѣ правоопредѣленія въ такомъ видѣ и по такой системѣ, которые отвѣчаютъ требованіямъ гражданско-правовой политики» (стр. 14—15). Ошибки Муромцева заключаются: 1) въ неправильномъ пониманіи науки вообще (стр. 10), благодаря которому большая часть человѣческаго знанія должна быть исключена изъ научной области—онъ игнорируетъ различіе наукъ абстрактныхъ и конкретныхъ, по терминологіи Конта, номологическихъ и феноменологическихъ, по терминологіи Карѣва; 2) въ неправильномъ, соответственно тому, пониманіи задачи социологическихъ наукъ (стр. 14); 3) въ настаиваніи на обособленномъ социологическомъ изученіи права одновременно съ признаніемъ неразрывной связи права со всѣми прочими сторонами общественной жизни (стр. 44); 4) въ недостаточно ясномъ разграниченіи описательнаго гражданского правовѣдѣнія отъ догмы, особенно если принять то опредѣленіе догмы, которое сдѣлано Муромцевымъ въ его *Что такое догма права*, 1885, стр. 8; 5) въ невозможномъ подчиненіи догмы права гражданско-правовой политикѣ, чѣмъ совершенно исключается законность. Положительная сторона направленія Муромцева заключается въ томъ, что онъ выдвинулъ важность социологіи для гражданского правовѣдѣнія

и разрушилъ нѣкоторыя невѣрныя представленія, какъ напр. смѣшеніе принциповъ съ законами въ научномъ смыслѣ. Направленіе Муромцева отразилось на трудахъ Гамбарова, Ефимова, Казанцева, см. Гребенщиковъ, *Новое направление въ русской наукѣ права* (Рус. Бог. 1884, кн. 4, стр. 57—76).

Съ особеннымъ интересомъ къ социологическому направленію отнеслась италянская литература, причемъ главное вниманіе обращено въ ней на отношеніе социологии не къ специальнымъ юридическимъ наукамъ, а къ философіи права. Сюда относятся: P a r a l e, *Influenza degli studii sociologici sulla filosofia del diritto*, 1885, P a u l u c c i, *Il nuovo indirizzo nella scienza giuridica e nel diritto positivo*, 1887, A n z i l o t t i, *La filosofia del diritto e la sociologia*, 1892, (лучшая изъ перечисляемыхъ работъ); R a t t o, *Sociologia e filosofia del diritto*, 1894, R i v a l t a, *Diritto naturale e positivo*, 1898, B o v i o, *Filosofia del diritto*, 1894; P u g l i a, *Saggi di filosofia giuridica*, 1892; M i r a g l i a, *Filosofia del diritto*, 1893. Обманчивое по заглавію сочиненіе C a r l e, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, 1890, въ дѣйствительности представляетъ исторію философіи права. Итальянскіе юристы отстаиваютъ самостоятельность философіи права противъ попытокъ включенія ея въ социологию. Дѣйствительно задачи этихъ наукъ различны. Социологія имѣетъ свою цѣль раскрытіе законовъ общественной жизни, тогда какъ философія права, поставленная на положительную почву, изслѣдуетъ понятія общія всѣмъ юридическимъ наукамъ т. е. вопросы о правѣ, объ образованіи права, его источникахъ, о методологіи, о системѣ права и юридическихъ наукъ, о государствѣ и нѣк.

Значеніе и методы сравнительнаго правовѣдѣнія изслѣдовали: B e r n h ö f t, *Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft* (Z. f. vergl. Rechtswissenschaft, 1877, т. I. причемъ авторъ, считая задачей своей науки открытіе общихъ законовъ развитія, прибавляетъ «другими словами, открытіе идеи права», стр. 37, и тѣмъ дѣлаетъ скачекъ отъ позитивизма въ метафизику); P o s t, *Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts*, 1872, *Ueber Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, 1891, хотя нужно замѣтить, что этотъ добросовѣстный собиратель матеріала не отличается твердыми теоретическими возрѣніями; К о в а л е в с к і й, *Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи и приемы изученія исторіи права*, 1880, который правильнѣе опредѣляетъ задачу сравнительнаго правовѣдѣнія (стр. 29), чѣмъ Бернгёфтъ, сливающій его съ социологіей.

Основываясь на М и л л ѣ, *Система логики*, II, стр. 427—435, С е р г ѣ в и ч ѣ, *Задача и метода государственныя науки*, 1871, стр. 191—206, отрицаетъ применимость четырехъ методовъ опытнаго изслѣдованія къ правовѣдѣнію.

§ 24. Политика права. Нормы гражданскаго права составляютъ продуктъ человеческой воли и дѣятельности и являются средствами для достиженія извѣстныхъ цѣлей общежитія. Потому эти нормы подлежатъ оцѣнкѣ и критикѣ съ точки зрѣнія ихъ цѣлесообразности. Въмѣстѣ съ тѣмъ подвергаются оцѣнкѣ и тѣ цѣли, которыя предполагается достигать при помощи юридическихъ нормъ.

Бываютъ историческіе моменты, когда послѣ рѣзкихъ переменъ во внутренней жизни общества, создаются и новыя юридическія формы. Между нормами права и условиями общежитія, для регулированія которыхъ первыя предназначаются, устанавливается полное соотвѣтствіе. Въ это время критическое отношеніе къ законодательству достигаетъ своего минимума и всякое сомнѣніе въ цѣлесообразности нормъ права представляется чуть ли не покушеніемъ на священ-

ния чувства народа. Однако съ теченіемъ времени быстро развивающаяся жизнь нарушаетъ это равновѣсіе, бытовья отношенія опережаютъ юридическую форму, которая стѣсняетъ свободное развитіе общечитія. Тогда прежнее довольство смѣняется неудовлетворенностью, вызывающею критическое отношеніе къ праву. Чѣмъ сильнѣе оказывается разладъ, тѣмъ острѣе становится критика. Впрочемъ интенсивность критики зависитъ еще отъ другого обстоятельства, — отъ степени развитія законности. Если, не смотря на несоотвѣтствіе, законы примѣняются съ полною точностью, то непригодность права выступаетъ съ очевидною наглядностью. Если, напротивъ, органы, примѣняющіе законы, находятъ возможнымъ отступать отъ прямого ихъ смысла, примѣнительно къ измѣняющимся условіямъ, то ощущеніе неудобства старыхъ формъ ослабляется, недовольство находитъ себѣ временный и частичный исходъ и критика уменьшается.

Сознательная оцѣнка юридическихъ нормъ должна быть свойственна правовѣдѣнію всегда, но, какъ и всякая общественная наука, оно поддается общественнымъ теченіямъ и, соотвѣтственно тому, въ немъ временами то усиливается, то ослабляется критическое направленіе.

Юридическая критика можетъ быть двоякаго рода: техническая и социальная. Критика съ технической стороны состоитъ въ обнаруженіи несоотвѣтствія между намѣреніемъ законодателя и способомъ его выраженія, въ указаніи на непонятную для большинства форму

Такимъ образомъ политика права вырабатываетъ правила, по которымъ существующій юридическій порядокъ долженъ быть измѣненъ согласно идеальному критерию. Но самый идеальный масштабъ можетъ быть различенъ и степень отдаленности идеала отъ дѣйствительнаго порядка весьма неодинакова.

Идеальное представленіе можетъ не идти дальше логическаго развитія основъ уже сложившагося гражданско-правового порядка. Если установлены нѣкоторыя основныя начала, то обнаруживается стремленіе устранить все, несогласное съ ними, имѣющее въ основаніи иные принципы. Такая тенденція сказывается особенно ярко тогда, когда право подвергается кореннымъ реформамъ и проведеннымъ принципамъ стараются придать возможно большее распространеніе. Но, когда самые принципы подвергаются сомнѣнію, то и указанный критерій политики теряетъ почву. Помимо такихъ историческихъ случайностей, едва ли можно допустить, чтобы какой либо юридическій порядокъ могъ представлять собою полное логическое осуществленіе извѣстныхъ принциповъ. Если въ настоящее время основными началами гражданского порядка являются право частной собственности и свобода договора, то логическое построеніе всего гражданского порядка на этихъ двухъ основахъ могло бы привести къ такимъ положеніямъ, которыя вызвали бы несочувствіе даже у самыхъ горячихъ его защитниковъ.

Противоположностью указаннаго сейчасъ направленія политики права является пріемъ естественнаго права. Создается идеальное представленіе о юридическомъ порядкѣ, совершенно независимо отъ существующаго строя (насколько вообще идеаль можетъ быть независимъ отъ условій времени). Конечно, чѣмъ дальше отстоитъ идеальный порядокъ отъ дѣйствительности, тѣмъ труднѣе установить пути, по которымъ можно было бы перейти отъ одного къ другому. Но сила такихъ утопій заключается въ томъ нравственномъ впечатлѣніи, какое производятъ онѣ на современниковъ. Чѣмъ рѣзче контрастъ, тѣмъ нагляднѣе можетъ онъ обнаружить для общества недостатки существующаго строя. Соотвѣтственно тому, можетъ повыситься общій уровень представленій о справедливости.

Среднее мѣсто между двумя указанными крайностями занимаетъ то направленіе политики, которое, признавая постепенность и преемственность въ смѣнѣ историческихъ формъ общежитія, исходитъ изъ основъ существующаго строя и указываетъ на желательное и возможное измѣненіе его. Желательность предполагаетъ существованіе идеала, возможность—согласіе съ обнаружившимися въ самомъ

строѣ тенденціями. Принимая въ соображеніе историческія и психическія условія современнаго общества, политика намѣчаетъ дальнѣйшее направленіе общественной жизни, насколько оно обусловливается нормами права, и устанавливаетъ правила постепеннаго перехода, безъ насилія надъ сложившимися исторически привычками и воззрѣніями. Съ положительной стороны такая политика указываетъ, какъ нужно пользоваться историческими силами, чтобы достигнуть желаемой цѣли. Съ отрицательной стороны такая политика обнаруживаетъ, какимъ образомъ слѣдуетъ остановить или отвлечь дѣйствіе историческихъ силъ, неблагопріятныхъ для поставленной цѣли. Такимъ образомъ истинная политика заключается въ комбинированіи историческихъ силъ съ опредѣленною цѣлью. Нельзя, конечно, въ выработкѣ идеала отрицать субъективнаго момента, но, чтобы онъ могъ лечь въ основу политики, онъ долженъ вытекать изъ дѣйствительныхъ требованій времени, долженъ соответствовать созрѣвшимъ потребностямъ современнаго общества, т. е. онъ долженъ быть въ согласіи съ объективными условіями своего проявленія. Только идеалъ, созданный на основаніи твердаго знанія прошлаго и настоящаго общественной среды, можетъ придать политикѣ дѣйствительное значеніе.

Этотъ идеалъ не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ полнаго, всесторонняго представленія о ближайшемъ юридическомъ порядкѣ. Достаточно, если схваченъ и выработанъ основной принципъ, который послужитъ уже мѣриломъ всякой предполагаемой реформы. Настоящее время выдвигаетъ слѣдующій принципъ: предполагая равенство всѣхъ гражданъ передъ законодателемъ, необходимо открыть возможность всесторонняго осуществленія интересовъ наибольшаго числа гражданъ. Это историческій принципъ настоящаго времени, восторжествовавшій въ общественномъ представленіи надъ феодальнымъ принципомъ привилегированности, но далеко еще не осуществленный въ общественномъ строѣ.

Политика права, какъ мы видѣли, вырабатываетъ извѣстные правила законодательной дѣятельности въ соответствіи съ поставленною цѣлью. Отсюда очевидно, что политика не можетъ считаться чистою наукою, а составляетъ искусство, которое примыкаетъ къ научному правовѣдѣнію. Въ своемъ творчествѣ политика права основывается на догматикѣ, исторіи и социологіи. Онѣ даютъ ей знаніе настоящаго и прошлаго, отчасти даже намѣчаютъ будущее, она же вырабатываетъ пути отъ настоящаго къ будущему.

Спрашивается теперь, должна ли существовать одна политика права или же возможно научно обособить политику для каждой отрасли права? Въ частности, вопросъ сводится къ тому, можетъ ли существовать самостоятельная гражданско-правовая политика? Повидимому, нѣкоторыя юридическія науки создали себѣ соответствующія политики, такъ мы знаемъ финансовую, уголовную политику. Почему бы не быть и гражданской политикѣ?

Политика вырабатываетъ общій планъ будущаго общественнаго строя и путей къ его достиженію, очерчиваетъ идеаль въ самыхъ общихъ чертахъ. Детали вырастаютъ по мѣрѣ приближенія къ идеалу, по мѣрѣ осуществленія плана. Гражданско-правовой порядокъ составляетъ только одну сторону юридическаго строя и потому всякія измѣненія его могутъ быть предложены только по соображеніи съ другими сторонами. Гражданская политика составляетъ лишь приложеніе общей политики права къ одной сторонѣ юридическаго порядка. Поэтому, какъ искусство или прикладная наука, она не можетъ претендовать на самостоятельность. Она не можетъ быть построена логически на основаніи нѣсколькихъ принциповъ, потому что эти послѣдніе всегда будутъ выходить за предѣлы гражданского права. Такъ напр. стремленіе, обнаруживаемое повѣйшими законодательствами, стѣснить свободу договора между отдѣльными лицами и крупными предпріятіями, каковы желѣзнодорожныя и пароходныя, элеваторы, фабрики и заводы, представляетъ собою выраженіе того принципа, въ силу котораго законодатель признаетъ себя обязаннымъ придти на помощь гражданину фактически слабѣйшему. Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что гражданско-правовые институты имѣютъ въ своемъ основаніи общественный интересъ. Такимъ образомъ гражданская политика есть только часть общей политики права и не имѣетъ самостоятельности. Она не можетъ быть построена отдѣльно въ полномъ видѣ, но, основываясь на положеніяхъ общей политики права, она указываетъ на желательныя и возможныя измѣненія гражданской стороны юридическаго порядка, необходимыя для осуществленія общаго плана реформы общественнаго строя. Въ дѣйствительности нѣтъ самостоятельности ни въ финансовой, ни въ уголовной политикѣ.

Въ такомъ видѣ политика права должна имѣть громадное значеніе для законодателя. Она указываетъ ему недостатки дѣйствующаго права и пути, по которымъ онъ долженъ идти въ своей реформаторской дѣятельности. Свою политическую стороною гражданское правовѣдѣніе должно всегда стоять впереди практики. Пренебреженіе

со стороны гражданского правовѣдѣнія политикою ставило законодателя въ затруднительное положеніе, заставляя его руководствоваться истиннѣе тамъ, гдѣ наука могла бы дать болѣе твердую почву. Въ этомъ отношеніи уголовное правовѣдѣніе опередило гражданское и превосходство современныхъ уголовныхъ кодексовъ по сравненію съ гражданскими обуславливается не только относительною легкостью задачи, но и содѣйствіемъ науки, котораго лишентъ законодатель въ сферѣ гражданского права. А между тѣмъ нѣсколько внимательнѣе законодатель къ оказываемой ему въ этой области помощи, видно на технической сторонѣ, потому что система гражданскихъ кодексовъ сообразуется съ указаніями науки.

Литература. По адресу гражданского правовѣдѣнія неоднократно высказывались упреки за то, что оно ограничило свои задачи догматикою и пренебрегло всѣми другими вопросами (см. хотя бы Wundt, *Logic*, т. II, ч. 2, стр. 560). Въ частности необходимость политики права не отрицаютъ ни представители чисто догматическаго направленія (какъ напр. Пахманъ, *О современномъ движеніи въ науку права*, 1882, стр. 12), ни представители социологическаго направленія (какъ напр. Муромцевъ, *Определеніе и основов раздѣленіе права*, 1897, стр. 39). Тѣмъ не менѣе до послѣдняго времени критика и политика права почти совершенно игнорировались въ юридическихъ работахъ. Но въ послѣднее время вопросъ о политикѣ права выдвигается все болѣе и болѣе. Можетъ быть, это объясняется толчкомъ, который былъ данъ изготовленіемъ германскаго гражданского кодекса, а можетъ быть причина лежитъ глубже. Надвинувшіеся социальные вопросы заставляютъ отнестись критически къ существующему гражданско-правовому порядку и гражданское правовѣдѣніе начинаетъ испытывать на себѣ общественное давленіе (см. Новгородцевъ, *Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба*, 1896). Не будетъ ничего удивительнаго, если послѣдуетъ возрожденіе естественнаго права и замѣчанія критиковъ, будто Bergbohm, въ своемъ сочиненіи *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, *Naturrecht der Gegenwart*, 1892, выступилъ на войну съ несуществующими призраками, окажутся ошибочными. Stammler, одинъ изъ новыхъ защитниковъ естественнаго права, признаетъ неправильнымъ весьма распространенное мнѣніе, будто послѣднее вытѣснено историческимъ направленіемъ, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* (Festgabe zu Windscheids Jubiläum 1889, стр. 28), а также *Wirtschaft und Recht*, 1896, § 31 (основанныя на недоразумѣніи его возраженія Бергбому). Съ особенною энергіею высказался противъ современнаго направленія въ гражданскомъ правовѣдѣніи Anton Menger, сначала въ сочиненіи *Recht auf den vollen Arbeitertrag*, 1888, потомъ въ *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1892, наконецъ въ ректорской рѣчи *Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* 1895 (имѣется два русскихъ перевода). По мнѣнію Менгера рядомъ съ догматикою и исторіею права должно стать законодательно-политическое правовѣдѣніе (legislativ-politische Jurisprudenz). На эту послѣднюю возлагается задача преобразования существующаго правового порядка, причѣмъ Менгеръ обращаетъ почти исключительное вниманіе на одну сторону, на рабочей вопросъ. Весьма наивна защита правовѣдѣнія противъ упрековъ Менгера, съ которою выступилъ Kohler, *Die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch* (Z. f. Pr. u. Of. Recht, 1896, стр. 217—228). Въ направленіи Менгера высказался Offner, сначала въ *Beiträge zur exacten Rechtswissenschaft* 1883, см. стр. 6, а потомъ въ *Studien socieller Jurisprudenz*, 1894. По его мнѣнію, слѣдуетъ разли-

чать науку права (Jurissciēz) и правовое искусство (Jurisprudenz), причемъ въ первой отличаетъ динамику отъ статики, а во второй различаетъ низшую ступень (догматику) и высшую (политику) (см. стр. 10 и 14). Соціальная политика составляетъ прямую задачу правовѣдѣнія (стр. 13). Оно должно изслѣдовать значеніе и вліяніе каждаго института, не стѣснясь его почтеннымъ возрастомъ. Право собственности древнѣйшій институтъ, но это обстоятельство такъ же мало устраняетъ критическое къ нему отношеніе, какъ и къ рабству, институту не менѣе древнему (стр. 25). Офнеръ обращаетъ вниманіе цивилистовъ на критику общественнаго строя, уже сдѣланную социалистами. Въ томъ же направленіи *Salvioli, I difetti sociali del Codice civile in rapporto alle classi non abienti ed operaie*, 1891; *Seitz, Konstruktion oder Selbstentwicklung und Verfahren der Darstellung des jeweilig positiv lebenden praktischen Rechts*. Къ этимъ политикамъ не можетъ быть причисленъ *Gierke, Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, потому что онъ отнесся критически къ проекту германскаго уложенія не съ точки зрѣнія современныхъ запросовъ жизни, а съ національной стороны. Онъ недоволенъ былъ, что первый проектъ мало принялъ въ соображеніе германскіе историческіе принципы. Его пропаганда увѣнчалась успѣхомъ, но его идеалы лежатъ не въ будущемъ, а въ прошломъ (см. однако у него стр. 16, 22). Самымъ яркимъ выразителемъ новаго направленія является *Петражицкій*, авторъ сочиненій: *Die Lehre vom Einkommen*, т. I, 1892, т. II, 1895; *Введение въ науку политики права* (Кіевскія Унив. Изв. 1896, № 8 и 10, 1897, № 9); *Вона fides въ гражд. правѣ. Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы съ точекъ зрѣнія догмы и политики гражданскаго права*, 1897. Рядомъ съ догмою Петражицкій предлагаетъ построить особую науку, гражданско-правовую политику (Civilpolitik), задача которой состоить въ изслѣдованіи, каковымъ должно быть гражданское право. Не выходя за границы исторически сложившихся основъ гражданскаго правопорядка, политика права не должна касаться социальнхъ вопросовъ. Главный принципъ, который долженъ быть положенъ въ основу политику права, это любовь. Вліяніе юридическихъ нормъ должно быть оцѣниваемо съ точки зрѣнія народно-хозяйственной, а не частной. Петражицкій сливаетъ политику права съ философійю права и въ то же время видитъ въ ней возрожденіе естественнаго права. Гражданско-правовая политика должна быть поставлена совершенно самостоятельно и не перемѣшиваться въ изложеніи съ догматикою. Въ ученіи Петражицкаго, воплѣтъ правильною по существу, обнаруживаются многочисленные неточности и неясности. Политика права не можетъ избѣгнуть социальнхъ вопросовъ, потому что они успѣли уже отразиться на новѣйшихъ законодательствахъ. Такое ограниченіе задачи не соотвѣтствуетъ и высокому принципу, положенному имъ въ основу политики. Петражицкій недостаточно ясно формулируетъ, на какую сторону общественной жизни должна по преимуществу обращать свое вниманіе политика, на нравственную или на экономическую. Въ послѣднемъ случаѣ, какая точка зрѣнія, производства или распредѣленія, должна быть господствующей. Гражданская политика, какъ вѣтъ политики, не можетъ имѣть самостоятельности. Задачи политики права и философійю права совершенно различны (въ этомъ отношеніи къ Петражицкому примыкаетъ *Lehmann, Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz*, 1897, стр. 12, который признаетъ философійю права оцѣнкою юридическаго порядка съ этической стороны). Къ направленію Петражицкаго присоединился *Покровскій, Желательная постановка гражданскаго права въ изученіи и преподаваніи* (Кіев. Унив. Изв. 1896, № 2).

Понятіе о политикѣ, какъ методѣ, можетъ быть почеркнуто у *Schäffle, Ueber den wissenschaftlichen Begriff der Politik* (Z. f. d. ges. Staatswiss. 1897, т. 53). *Van Calker, Politik als Wissenschaft*, 1898, *Jellineck, Das Recht des modernen Staats*, т. I, 1900, стр. 12—17.

ГЛАВА IV.

Отношеніе гражданскаго правовѣдѣнія къ смежнымъ наукамъ.

§ 25. **Отношеніе къ торговому праву.** Рядомъ съ гражданскимъ правовѣдѣніемъ стоитъ въ современной систематикѣ юридическихъ наукъ торговое правовѣдѣніе, которое также имѣетъ предметомъ нормы частно-правового характера.

Торговый оборотъ создаетъ между частными лицами многочисленныя и сложныя отношенія, которыя опредѣляются частнымъ торговымъ правомъ или торговымъ правомъ въ собственномъ смыслѣ этого слова, такъ какъ подъ этимъ именемъ въ настоящее время понимается частное право, въ противоположность прежнему времени, когда, при господствѣ сословныхъ началъ, торговое право было по преимуществу публичнымъ, опредѣляющимъ права и обязанности, привилегіи цѣлаго сословія лицъ, а именно купеческаго.

Торговое право находится въ самой тѣсной связи съ гражданскимъ. Если торговый оборотъ успѣлъ, вслѣдствіе нѣкоторыхъ обстоятельствъ, приобрести для себя такія нормы права, которыя чужды гражданскому обороту или которыя прямо противоположны нормамъ гражданскаго права, тѣмъ не менѣе, помимо этихъ спеціальныхъ и исключительныхъ нормъ, торговыя отношенія опредѣляются гражданскимъ правомъ такъ же, какъ и общегражданскія отношенія. Это весьма естественно, потому что отношенія между частными лицами, возникающія изъ торговаго оборота, являются вмѣстѣ съ тѣмъ составною частью гражданскаго оборота. Поэтому торговля, сохраняя за собою привилегію на исключительно торговыя нормы, въ то же время подчиняется дѣйствію общаго права.

Такимъ образомъ торговое правовѣдѣніе разсматриваетъ: 1) институты и правовыя положенія, составляющіе исключительное достояніе торговаго оборота (напр. право на фирму), 2) институты и правовыя положенія, хотя не чуждые гражданскому праву, но имѣющіе преимущественное значеніе въ торговомъ оборотѣ (напр. договоръ товарищества), 3) институты и правовыя положенія, примѣняемые безразлично какъ въ торговомъ, такъ и въ гражданскомъ оборотѣ. Торговое право представляетъ собою, по преимуществу, спеціальное договорное право, поэтому оно предполагаетъ общую часть обязательственнаго права. Особенная же часть гражданскаго обязательственнаго права идетъ параллельно съ торговымъ правомъ (купля-продажа, поклажа, наемъ и т. д.).

Если торговое правовѣдѣніе, какъ и гражданское, изучаетъ частно-правовыя отношенія, то они не различимы по своему объекту. Единство изучаемаго матеріала не даетъ почвы для обособленія этихъ наукъ. Поэтому не можетъ быть рѣчи не только о полной отрѣшенности торговаго правовѣдѣнія отъ гражданскаго, но и вообще о научной его самостоятельности. Торговое правовѣдѣніе является лишь частью гражданскаго правовѣдѣнія, которая представляетъ собою монографическую разработку группы частно-правовыхъ нормъ по соображеніямъ практическимъ.

Наличность или отсутствіе двухъ кодексовъ, гражданскаго и торговаго, не имѣетъ рѣшающаго значенія для вопроса о научной самостоятельности. Нѣкоторые полагаютъ, что обособленность торговаго правовѣдѣнія не зависитъ отъ слиянія всего частно-правового матеріала въ одинъ кодексъ. Слѣдуетъ признать обратное: существованіе двухъ отдѣльныхъ кодексовъ еще не даетъ основанія считать торговое правовѣдѣніе отдѣльною наукою.

Затрудненія, создаваемые всякою попыткою дать опредѣленіе торговому правовѣдѣнію, еще разъ доказываютъ, что послѣднее не можетъ претендовать на самостоятельность. По мнѣнію однихъ, торговое правовѣдѣніе изучаетъ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ торговыя отношенія. Опредѣленіе это не вѣрно по двумъ причинамъ: во первыхъ, потому что торговое право регулируетъ и неторговыя отношенія, во вторыхъ, потому что торговыя отношенія регулируются и не торговымъ правомъ. По мнѣнію другихъ, торговое правовѣдѣніе изучаетъ совокупность нормъ, исключительно примѣняемыхъ къ торговымъ отношеніямъ. Но такихъ нормъ слишкомъ мало и онѣ слишкомъ разрознены, чтобы на такомъ фундаментѣ можно было воздвигнуть цѣлую науку.

Изъ сказаннаго обнаруживается, что соотношеніе между гражданскимъ правовѣдѣніемъ и торговымъ далеко не сходно съ соотношеніемъ, какое существуетъ напр. между уголовнымъ правовѣдѣніемъ и финансовымъ, потому что здѣсь нѣтъ различія въ объектѣ. Торговое правовѣдѣніе не стоитъ рядомъ съ гражданскимъ, не составляетъ второй разновидности частнаго права, но является составною частью гражданского правовѣдѣнія. Если изъ послѣдняго выдѣляется группа нормъ, подлежащихъ его изученію, и подвергается болѣе подробной разработкѣ, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы гражданское правовѣдѣніе могло и должно было отречься отъ своихъ притязаній на этотъ матеріалъ. Если это частно-правовыя нормы, а гражданское правовѣдѣніе изучаетъ частно-правовыя нормы, то оно обнимаетъ собою торговое и не оставляетъ мѣста для научной самостоятельности послѣдняго. По тѣмъ же практическимъ соображеніямъ можно выдѣлить изъ гражданского правовѣдѣнія для монографической разработки и другія его части, напр. поземельное право, но это такъ же мало обосновывало бы научную ихъ самостоятельность, какъ и въ вопросѣ торговаго правовѣдѣнія. Полный курсъ гражданского правовѣдѣнія долженъ обнять весь частно-правовой матеріалъ.

Литература. Вопросъ о научной самостоятельности торговаго правовѣдѣнія нерѣдко смѣшивается съ вопросомъ о самостоятельномъ торговымъ кодексѣ. Между тѣмъ очевидно, что не всѣ доводы въ пользу отдѣльнаго торговаго кодекса будутъ доводами въ пользу научной самостоятельности торговаго правовѣдѣнія и не всякій, защищающій необходимость двухъ кодексовъ частнаго права, долженъ считаться признающимъ двѣ науки частнаго права. За научную самостоятельность торговаго правовѣдѣнія выступаютъ особенно Delamarre и Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, т. I, 1861, § 3, Vidari, *Corso di diritto commerciale*, т. I, изд. 4, 1893, introduzione, стр. 59—70. Этотъ послѣдній писатель указываетъ на то, что спеціализація юридическихъ наукъ есть общій законъ развитія юриспруденціи и всякая попытка задержать обособленіе торговаго правовѣдѣнія есть нарушеніе ogni legge di evoluzione storica. По его мнѣнію гражданское и торговое право имѣютъ каждое свою область: первое изучаетъ положеніе лица, собственность, наследованіе, семью и договоры della vita civile (?), второе изучаетъ дѣла della vita commerciale. Какъ независимы эти двѣ сферы, такъ же самостоятельны и регулирующія ихъ нормы. Объ отношеніи гражданского права къ торговому можно только сказать, что они ближе другъ къ другу, нежели къ уголовному праву. Ecco tutto! Больше всего, кажется, смущаетъ этого автора то, что совмѣстное изложеніе гражданского и торговаго права составило бы un corso mastodontico. Аргументы въ пользу научной самостоятельности торговаго правовѣдѣнія можно почерпнуть у Goldschmidt, въ *Revue de droit international*, 1870, т. II; Gareis, *Aphorismen über die Zukunft des Handelsrechts* (Archiv für Theorie und Praxis des Privatrechts, т. XXIX), Coln, *Drei wissenschaftliche Vorträge: Warum hat und braucht der Handel eines besondern Rechts?*, 1888, Socerdoti, *Sulla esistenza autonoma del diritto*

commerciale, 1885, De la Grasserie, *De la fusion du droit commercial et du droit civil*, 1893, Цитовичъ, *Къ вопросу о смятіи торговаго права съ гражданскимъ* (Право, 1900, № 42). Последний авторъ даетъ формулу взаимнаго отношенія ихъ: «гражданское право разъединяетъ и противопоставляетъ людей, торговое право ихъ соединяетъ и подчиняетъ; одно право индивидуально, другое—соціально». Это противоположеніе совершенно произвольно и не обосновано. Сторонниками научнаго единства являются слѣдующіе писатели: Vivante, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, т. I, 1893, introduzione, стр. 3—28; Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1893, ч. III, § 4, Tortori, *Sociologia e diritto commerciale*, 1895, стр. 109—226 (весьма интересная работа), Jitta, *La méthode du droit international privé*, 1890, стр. 83, Удлинцевъ, *Исторія обособленія торговаго права*, 1900.

Опредѣляютъ торговое право, какъ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ торговыя отношенія: Lyon-Caen и Renault, *Traité de droit commercial*, т. I, п. 8, Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, т. I, стр. 44, Germano, *Istituzioni di diritto commerciale*, т. I, 1890, стр. 29, Endemann, *Das deutsche Handelsrecht*, 1887, стр. 4, Canstein, *Lehrbuch des oestreichischen Handelsrechts*, т. I, 1895, стр. 1, Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4 изд. 1898, стр. 3, Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1880—1896, т. I, стр. 9, Башиловъ, *Русское торговое право*, в. I, 1887, стр. 13; Цитовичъ, *Лекціи по торговому праву*, в. I, 1873, стр. 5, Нерсесовъ-Гусаковъ, *Конспективный курсъ лекцій по торговому и вексельному праву*, 1896, стр. 1, Азаревичъ, *Очерки по торговому праву*, в. I, 1897, стр. 1. Какъ совокупность нормъ, примѣняемыхъ исключительно къ торговымъ отношеніямъ, опредѣляютъ торговое право: Molinier, *Traité de droit commercial*, т. I, 1846, стр. 12, Valabrègue, *Nouveau cours de droit commercial*, 1898, стр. 2, Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, стр. 2, ср. также Lyon-Caen и Renault, т. I, п. 74.

Торговое право въ настоящее время общепринято считать частнымъ. Однако такому представленію во французской литературѣ препятствуетъ включеніе въ торговый кодексъ торговаго и конкурснаго процесса. Вотъ почему Lyon-Caen и Renault, *Traité*, т. I, п. 9. признаютъ въ торговомъ правѣ публичный элементъ. Въ германскомъ законодательствѣ и германской литературѣ формальное право отдѣлилось отъ матеріальнаго, почему торговое право и имѣетъ всецѣло частный характеръ.

§ 26. Отношеніе къ гражданскому судопроизводству. Существуетъ представленіе о чрезвычайно близкой, родственной связи между гражданскимъ правомъ и гражданскимъ судопроизводствомъ, а слѣдовательно и между науками, изучающими эти отрасли права. Одно и то же лицо является часто специалистомъ въ томъ и другомъ предметѣ, одна кафедра перѣдко связываетъ обѣ науки (напр. въ Россіи), въ одномъ и томъ же литературномъ произведеніи излагается послѣдовательно и гражданское право и гражданскій процессъ (напр. во Франціи), перѣдко гражданское право и гражданскій процессъ различаютъ лишь какъ ма-

теріальную и формальную сторону одного и того же общественнаго явленія. Укрѣпленію такого взгляда о близости не мало способствовало римское право, въ которомъ по историческимъ его особенностямъ гражданское право самымъ тѣснымъ образомъ было связано съ организаціей процесса.

Но при ближайшемъ разсмотрѣніи отношенія между названными отраслями правовѣдѣнія, родство ихъ оказывается мнимымъ. Оно понятно съ точки зрѣнія практической, потому что для веденія процесса одному и тому же лицу, судѣ или адвокату, необходимо знать хорошо и гражданское право и гражданское судопроизводство. Но эта практическая точка зрѣнія не опредѣляетъ дѣйствительнаго научнаго соотношенія между этими предметами. Отсутствіе тѣсной связи между гражданскимъ правомъ и процессомъ въ настоящее время обнаруживается изъ того, что измѣненіе всей системы процесса, въ самыхъ его основаніяхъ, какъ напр. въ Россіи въ 1864 г. или въ Германіи въ 1877 г., оставляетъ неприкосновенною и непоколебленною систему дѣйствующаго гражданского права.

Если смотрѣть на гражданскій процессъ, какъ на особую (судебную) форму осуществленія права, то гражданскій процессъ долженъ войти какъ бы составною частью въ систему гражданского права. Но такое представленіе о гражданскомъ процессѣ невѣрно въ своемъ основаніи. Осуществленіе права достигается лишь тогда и настолько, когда и насколько поведеніе гражданъ согласовано съ предписаніемъ правовыхъ нормъ. Какъ только это согласіе нарушено, осуществленіе объективнаго права устранено. Обращеніе къ верховной власти за содѣйствіемъ указываетъ именно на то, что право не осуществилось. Репрессивныя мѣры, принимаемыя государственною властью, не могутъ считаться осуществленіемъ права, потому что нѣтъ соответствія между тѣмъ, что предполагалось по нормѣ, и тѣмъ, что наступило. Если норма повелѣваетъ, чтобы никто не выпускалъ свой скотъ на чужія поля, и въ отдѣльномъ случаѣ произошла потрава, которая повлекла за собою взысканіе съ виновнаго денежной суммы, то очевидно можно говорить лишь о томъ, что право не осуществилось и что наступили послѣдствія, предусмотрѣнныя законодателемъ на случай неосуществленія.

На самомъ дѣлѣ задача гражданского процесса заключается не въ осуществленіи, а въ распознаніи права. Признающій свое право нарушеннымъ обращается къ государственной власти съ просьбою или возстановитъ прежнее состояніе или возмѣститъ ему ущербъ за

счесть виновнаго. Государственная власть исполняетъ эту просьбу только тогда, когда специально назначенные для этой цѣли органы его изслѣдуютъ дѣло и опредѣляютъ, на чьей сторонѣ право. Такъ какъ гражданскій судъ является органомъ государственной власти, то вся его дѣятельность, направленная на распознаваніе правъ, носитъ публичный характеръ. Поэтому нормы права, опредѣляющія эту дѣятельность и содѣйствіе ей со стороны заинтересованныхъ лицъ, относятся къ публичному праву. Слѣдовательно наука гражданского процесса принадлежитъ по своей природѣ къ иному разряду юридическихъ дисциплинъ, чѣмъ гражданское правовѣдѣніе.

Если однако съ современной точки зрѣнія между гражданскимъ правомъ и гражданскимъ процессомъ не обнаруживается близкаго родства, то въ исторіи между ними существовала несомнѣнно тѣсная связь, которая создавала взаимную зависимость и вліяніе.

Въ первоначальномъ своемъ видѣ процессъ имѣетъ свою задачу не только распознать право, но и найти его. Рѣшая вопросъ, на чьей сторонѣ право, судъ руководствовался не готовою системою объективнаго права, а чувствомъ справедливости. Отсутствие общихъ отвлеченныхъ нормъ ставило процессъ въ самую тѣсную связь съ правомъ. Судебныя рѣшенія опредѣляли отношенія сторонъ и, въ качествѣ прецедентовъ, клали основу для объективнаго права. Отъ склада процесса зависѣлъ характеръ права. Строеніе римскаго формулярнаго процесса и англійскаго канцлерскаго имѣло иное вліяніе на гражданское право, чѣмъ народные суды шеффеновъ въ Германіи. Несомнѣнно однако, что творческая роль суда обуславливалась отсутствіемъ системы объективнаго права. Съ теченіемъ времени отвердѣвшее обычное право и въ особенности кодексы гражданского права измѣнили представленіе о назначеніи судовъ. Новѣйшіе законодатели изданіемъ особыхъ кодексовъ гражданского права и гражданского процесса утвердили само собою подготовлявшееся полное обособленіе права и процесса.

Однако даже и въ настоящее время наблюдается нѣкоторое соприсосновеніе между этими областями и изучающими ихъ науками.

Во многихъ еще странахъ не вполне установилось правильное распредѣленіе матеріала между кодексами. Поэтому нерѣдко въ кодексахъ гражданского права встрѣчаются нормы процессуальныя, а въ кодексахъ гражданского судопроизводства — нормы гражданского права. Послѣднее замѣчается особенно тамъ, гдѣ уставы судопроизводства идутъ впереди кодексовъ гражданского права, какъ

напр. въ Россіи. Поэтому опредѣленіе въ уставѣ судопроизводства особой подсудности для товарищества можетъ служить указаніемъ признавія юридической личности за этою формою соединенія; опредѣленіе процессуальной дѣеспособности служить отраженіемъ взгляда законодателя на гражданскую дѣеспособность; опредѣленіе силы представленныхъ доказательствъ можетъ служить показателемъ формы сдѣлокъ. Но такое взаимоотношеніе кодексовъ гражданского права и гражданского процесса вовсе не устанавливаетъ между ними связи по существу.

Спорнымъ является ученіе объ искѣ. Та и другая наука тянутъ его въ свою сторону: гражданское право по связи съ субъективнымъ правомъ, гражданскій процессъ по связи съ предъявленіемъ иска. Если различать а) право, охраняемое искомъ, б) право на искъ и с) самое предъявленіе иска, и крайніе члены этой группы безпорно распредѣлить между гражданскимъ правовѣдѣніемъ и процессомъ, все же останется средній членъ, право на искъ (притязаніе), которое можетъ быть съ одинаковымъ успѣхомъ разсматриваемо каждою изъ наукъ. На самомъ дѣлѣ все представленіе о правѣ на искъ, какъ о чемъ то особомъ отъ права, охраняемаго искомъ, навѣянное особенностями римскаго порядка, не имѣетъ подъ собою твердой почвы въ современномъ быту. Никакого права на искъ, сверхъ права, охраняемаго искомъ, не существуетъ. Если мнѣ принадлежитъ право на домъ, то это значить, что мое отношеніе къ дому обезпечивается государственною властью, готовою всегда придти мнѣ на помощь по первому моему зову (иску). Въ возможности искать заключается суть права. Если отнять право на искъ, то права уже не будетъ. Нарушеніе же права, вызывающее обращеніе къ государственной власти, составляетъ лишь поводъ для возбужденія иска.

Съ этой точки зрѣнія между гражданскимъ правовѣдѣніемъ и гражданскимъ процессомъ нѣтъ спорной области. Ученіе о субъективномъ правѣ, нарушеніе котораго даетъ поводъ къ иску, входитъ въ гражданское правовѣдѣніе, ученіе объ искѣ, какъ о порядкѣ изслѣдованія наличности права и удовлетворенія нарушеннаго законнаго интереса, составляетъ достояніе гражданского процесса.

Есть однако область, гдѣ гражданское право и процессъ дѣйствительно тѣсно соприкасаются — это область охранительнаго судопроизводства. Сущность гражданского процесса исчерпывается судебнымъ рѣшеніемъ, какъ актомъ распознанія права. Если по соображеніямъ удобства на судъ возлагается и надзоръ по исполненію его рѣшенія, то на тотъ же судъ по тѣмъ же соображеніямъ

цѣлесообразности возлагается и участіе въ укрѣпленіи и погашеніи нѣкоторыхъ правъ въ виду предупрежденія на будущее время столкновеній. Если судъ ведетъ шотечныя книги, если судъ вызываетъ наслѣдниковъ къ открывшемуся наслѣдству, то въ этихъ и подобныхъ случаяхъ судъ выступаетъ не какъ судъ, а какъ органъ государственной власти, на который, помимо основныхъ обязанностей, возложены еще и другія.

Въ этой области не всегда легко разграничить сферы гражданского права и гражданского судопроизводства. Для гражданского правовѣдѣнія весьма существеннымъ является вопросъ, укрѣпилось ли право собственности на недвижимость и съ какого именно момента. Но рѣшеніе этого вопроса стоитъ въ зависимости отъ порядка укрѣпленія, который входитъ въ охранительное судопроизводство. Точно также, чтобы опредѣлить, съ какого момента прекращаются права безвѣстно-отсутствующаго на оставленное имъ имущество, необходимо имѣть въ виду весь порядокъ удостовѣренія въ безвѣстномъ отсутствіи.

Такова единственная точка близкаго соприкосновенія, замѣчаемая въ настоящее время между гражданскимъ правовѣдѣніемъ и процессомъ.

Литература: Соотношенію между гражданскимъ правомъ и процессомъ посвящена работа Schultze, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, 1883. Основное положеніе автора, называемое имъ историческимъ закономъ, состоитъ въ томъ, что всякая система процесса, а также природа и юридическое значеніе каждаго процессуальнаго акта въ окончательномъ итогѣ обуславливаются юридическою природою частно-правовыхъ источниковъ. Характеръ юридическаго процесса опредѣляется состояніемъ источниковъ гражданского права (стр. 22, 217—219). Интересъ этого сочиненія ослабляется нѣсколько тѣмъ, что авторъ свои теоретическія положенія доказываетъ почти исключительно римскимъ процессомъ и отчасти древне-германскимъ. По тому же вопросу см. Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, т. I, 1885, стр. 114—129, Гольмстенъ, *Объ отношеніи гражданскаго судопроизводства къ гражданскому праву* (Юрид. изслѣд. и статьи, 1894, стр. 232—242), Малышевъ, *Курсъ гражданскаго судопроизводства*, т. I, изд. 2, стр. 16—21. — Взглядъ на гражданскій процессъ, какъ публично-правовое отношеніе, является господствующимъ: R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts*, 1898, стр. 3, Hellmann, *Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts*, 1886, стр. 5, Wach, *Handbuch*, т. I, стр. 114 и прим. 1, Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, 1900, т. I, стр. 350, Энгельманъ, *Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства*, 1899, стр. 29.

§ 27. Отношеніе къ частному международному праву. Въ противоположность тѣмъ отношеніямъ, которыя устанавливаются внутри страны, между подданными одного государства, и которыя разсматриваются судебнымъ органомъ того же го-

сударства,—возможны случаи, когда отношенія завязываются между подданными разныхъ государствъ и дѣлаются предметомъ судебного разсмотрѣнія не тамъ, гдѣ они установились. Чѣмъ болѣе усиливается прїѣздъ иностранцевъ въ страну, переходящій перѣдко въ постоянное жительство, и чѣмъ болѣе возрастаетъ экономическая связь между самыми отдаленными мѣстностями, тѣмъ болѣе возникаетъ подобныхъ отношеній. Спрашивается, на основаніи какихъ законовъ должны разрѣшаться споры, возбуждаемые на этой почвѣ. Рѣшеніе этого вопроса взяло на себя частное международное право, которое обнаруживаетъ стремленіе къ научной самостоятельности какъ въ литературѣ, такъ и въ преподаваніи.

Откуда же черпаетъ эта наука нормы, необходимыя для ея цѣлей?

Прежде всего такія нормы создаются положительнымъ законодательствомъ каждой страны. Къ этому разряду нормъ относятся напр. § 170 Code civil, который признаетъ силу за браками, заключенными за границею, согласно съ мѣстной формою, или § 107 австрійскаго процессуальнаго закона 1 августа 1895 года, который опредѣляетъ подсудность дѣлъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдованія послѣ умершаго иностранца, или ст. 464 русскаго устава гражданскаго судопроизводства, которая обяываетъ судъ признать акты, совершенные за границею по существующимъ тамъ законамъ. Далѣе источникомъ „частнаго международнаго права“ признаются договоры между государствами, какъ напр. бернская конвенція 1890 года о желѣзно-дорожной перевозкѣ или соглашеніе между государствами въ 1886 году о взаимномъ признаніи авторскихъ правъ. Наконецъ существуютъ нормы, которыя сложились сами собою, въ теченіе времени, на подобіе обычнаго права. Таково напр. положеніе *locus regit actum*, которое примѣняется судами всюду, насколько то или иное законодательство не едѣлало отъ него отступленія.

Можно ли за всеѣми этими нормами признать характеръ положительнаго права? Присматриваясь къ указаннымъ источникамъ, нельзя не замѣтить, что какъ источники, такъ и нормы далеко не однородны по своему юридическому значенію. Насколько нормы основываются на авторитетѣ той или другой государственной власти, онѣ входятъ въ составъ того или другого законодательства и потому несомнѣнно обладаютъ положительнымъ характеромъ. Нормы, не имѣющія такого основанія, являются не нормами права, а нормами международнаго общенія. Такая двойственность нормъ, кото-

рыми пользуется „частное международное право“, внушаетъ сомнѣнія въ его научной самостоятельности, на которую оно претендуетъ, потому что каждая наука предполагаетъ единство изучаемаго матеріала.

Далѣе, за „частнымъ международнымъ правомъ“ приходится, въ виду характера его источниковъ, отвергнуть признакъ международности. Въ противоположность международному общенію, которое устанавливаетъ нормы отношеній между государствами, „частное международное право“ даетъ нормы отношеній въ государствахъ. Нормы, опредѣляющія порядокъ начатія военныхъ дѣйствій,—это нормы международного общенія, тогда какъ нормы, опредѣляющія, какой законъ долженъ быть примѣненъ къ раздѣлу наслѣдства, оставшагося въ странѣ послѣ иностранца, законъ ли его отечества или законъ мѣста его смерти,—это нормы права того государства, въ которомъ вопросъ возбужденъ. Нормы международного общенія едины: правила аккредитованія пословъ одни и тѣ же у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ. Напротивъ, нормы „частнаго международного права“ различны по странамъ. Разныя государства различно смотрятъ на то, по какимъ законамъ должна обсуждаться дѣеспособность: по германскому воззрѣнію она опредѣляется національными законами, по англійскому—законами мѣста жительства, по американскому—законами мѣста совершенія сдѣлки. Спрашивается, которое же начало слѣдуетъ признавать международнымъ и чѣмъ слѣдуетъ считать остальные? Въ то время, когда относительно правилъ международного общенія возбуждается вопросъ о кодификаціи ихъ, въ предположеніи ихъ единства, относительно нормъ „частнаго международного права“ возникаетъ лишь вопросъ о ихъ объединеніи. „Частное международное право“ предполагаетъ непременно разнообразіе нормъ и день, въ который бы всѣ государства рѣшились ввести въ свои законодательства одни и тѣ же правила для такихъ случаевъ, былъ бы послѣднимъ днемъ для „частнаго международного права“.

Наконецъ, „частное международное право“ не можетъ быть причислено и къ частному праву. По весьма распространенному среди представителей этой науки воззрѣнію въ область этой науки входятъ не только нормы, опредѣляющія частно-правовыя отношенія, но и нормы изъ области уголовного, процессуальнаго и административнаго права, однимъ словомъ все то, что не опредѣляетъ непосредственныхъ отношеній государства къ государству. Очевидно признакъ „частнаго“ не соответствуетъ представленію о частномъ при опредѣленіи понятія о гражданскомъ правѣ.

Такимъ образомъ оказывается, что „частное международное право“, въ полномъ своемъ объемѣ, не можетъ быть признано ни международнымъ, ни частнымъ, ни даже правомъ. Дѣло заключается не только въ неудачно выбранномъ названіи, но въ неосновательности претензій на научную самостоятельность. Это не болѣе какъ *mixtum compositum*, подлежащее разрушенію для употребленія матеріала на болѣе основательную постройку. Положительное право, входящее въ этотъ матеріалъ, должно быть распределено между отдѣльными юридическими науками по принадлежности. Значительная часть этого матеріала придется на долю гражданскаго правовѣдѣнія. Группа нормъ, которыя опредѣляютъ отношенія между частными лицами, хотя бы и подданными разныхъ государствъ, и которыя основываются всецѣло на авторитетѣ законодателя, не можетъ быть изъята изъ гражданскаго правовѣдѣнія.

Хотя вопросы изъ этой области, захваченной „частнымъ международнымъ правомъ“, сводятся главнымъ образомъ къ тому, законъ какой страны слѣдуетъ примѣнять къ данному отношенію, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы изложеніе всего предмета необходимо было сосредоточить въ ученіи объ источникахъ права или о примѣненіи права. Согласно господствующему нынѣ направленію въ „частномъ международномъ правѣ“, основнымъ принципомъ признается примѣненіе къ каждому изъ юридическихъ отношеній, прикосновенныхъ къ иностранному и мѣстному законодательству, тѣхъ законовъ, которые наиболѣе отвѣчаютъ особенной природѣ конкретнаго правоотношенія, составляющаго предметъ судебного спора. Естественно, что изложеніе этихъ вопросовъ не можетъ быть отдѣлено отъ выясненія природы абстрактнаго правоотношенія. Поэтому ученіе о томъ, какой законъ долженъ быть примѣненъ къ отношенію, установившемуся внѣ условій исключительнаго примѣненія мѣстнаго права, слѣдуетъ распределить по соотвѣтствующимъ отдѣламъ гражданскаго правовѣдѣнія.

Что касается той группы матеріала въ „частномъ международномъ правѣ“, которая лишена положительнаго характера, то она можетъ быть присоединена къ правиламъ международнаго общенія (международному праву), потому что во первыхъ это также не право, а во вторыхъ имѣетъ то единство, котораго чужды нормы положительнаго права.

Терминологія. По указаннымъ соображеніямъ названіе «частное международное право» является совершенно неподходящимъ къ той группѣ нормъ, какія оно обнимаетъ, такъ какъ это право (частью и не право) не имѣетъ ни част-

наго, ни международного характера. Это сознаютъ и сами представители этой науки. Предлагались различныя названія: *théorie des conflits* (Rivier, Lainé) *intermunicipal law* (Harrison), *Internationales Behandlung der Privatpersonen* (Bar), *diritto privato universale dello straniero* (Cimbali), *örtliche Gränzen der Herrschaft der Rechtsregeln* (Savigny). Больше подробно о различныхъ предложенныхъ названіяхъ см. Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, 1884, стр. 4, прим. 1, Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 1889, т. I, стр. 11—13 и особенно Cimbali, *Di una nuova denominazione del cosiddetto diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali*, 2 изд. 1893.

Литература: Основнымъ вопросамъ о предметѣ и методѣ такъ называемаго частнаго международного права посвящены: Jitta, *La méthode du droit international privé*, 1890, Kahn, *Ueber Inhalt, Natur, und Methode des internationalen Privatrechts*, 1899 (изъ Iherings Jahrbücher, т. 40), Harrison, *Le droit international privé ou le conflit des lois au point de vue analytique, particulièrement en Angleterre* (Journal de droit internat. privé, 1880, стр. 417—434 и 533—551). Критику новѣйшихъ теорій по методологии даетъ Bar, *Neue Principien und Methoden des internationalen Privatrechts* (Arch. f. Off. Recht, 1900, т. XV).—Положительный характеръ частнаго международного права въ его полномъ объемѣ отстаиваютъ Мартенсъ, *Международное право*, т. I, изд. 3, стр. 289, Kahn, стр. 26, Мандельштамъ, *Гагская конференція*, 1900, т. I, стр. 209 (хотя онъ самъ заявляетъ, что принимается вполнѣ и кладется въ основаніе своихъ разсужденій ученіе Бербома). Утѣшительный выходъ изъ затрудненій нашелъ Lainé, *Introduction au droit international privé*, т. I, стр. 20: если и признать, что международное право не право положительное, то все же его можно считать за право естественное—Тотъ же Мандельштамъ допускаетъ существованіе русскаго, французскаго, англійскаго международного права (т. I, стр. III). Но «международное право» только одно и не можетъ быть русскимъ или французскимъ. Напротивъ «частное международное право» можетъ быть таковымъ, но именно потому, что оно частью не международное, а народное право. Нельзя не признать страннымъ положеніе Kahn, что частное международное право есть право народное, но для изслѣдованія и развитія (?) этого народнаго права необходимъ методъ международный (стр. 87). Zitelmann различаетъ государственное (*innerstaatliches*) и надгосударственное (*überstaatliches*) частное международное право (*Internationales Privatrecht*, т. I, 1897, стр. 20). Это дѣленіе въ сущности сводится къ различію нормъ положительнаго права и нормъ международного общенія, но сопоставленіе терминовъ «государственное» и «международное» въ примѣненіи къ одному понятію, способно вызвать невольное смущеніе. Конечно для тѣхъ, кто полагаетъ, что «право едино, какъ едина мораль» (Laurent, *Droit civil international*, 1881, т. II, стр. 198), никакихъ затрудненій на этой почвѣ не возникаетъ. Hearn замѣчаетъ, что частное международное право занимаетъ по отношенію къ публично-международному праву своеобразное положеніе: «послѣдняя система нормъ международна, но не принадлежитъ къ праву, первая является системою права, но не международна» (*The theory of legal duties and rights*, 1883, стр. 41).—Въ спеціальной литературѣ возбужденъ даже споръ, куда отнести «частное международное право», къ частному или публичному праву. За первое стоитъ Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, 1876, стр. 21, Jitta, *La méthode*, стр. 34, 44—45; за второе—Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1890, стр. XXXIII, Pillet, *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public* (R. prat. de droit intern. pr. 1892), Fiore, *Diritto internazionale privato*, т. I, pref. стр. 4, Zitelmann, т. I, стр. 198. Хотя по общепринятому взгляду уголовное право входитъ въ частное международное право (Lainé, т. I, стр. 12, Bar, т. I, стр. 11), но нѣкоторые испытываютъ при этомъ понятную неловкость и готовы

исключить его (Weiss, стр. 35, Jitta, стр. 45). Въ общемъ весьма вѣрную критику господствующихъ взглядовъ даетъ Казанскій, *Введеніе въ курсъ международнаго права*, 1901, стр. 68—73.

§ 28. Отношеніе къ каноническому праву.

Когда религиозное чувство переходитъ отъ индивидуальнаго къ общему поклоненію, группа лицъ, объединенныхъ общностью религиозныхъ представленій, вызываетъ потребность во внутреннемъ распорядкѣ путемъ нормированія поведенія вѣрующихъ. Кромѣ того, религиозная община, церковь, приходитъ въ соприкосновеніе съ государственною властью, въ предѣлахъ дѣйствія которой она располагается. Совокупность нормъ, опредѣляющихъ отношенія того и другого рода, составляетъ каноническое или церковное право.

Вопросъ о характерѣ науки, изучающей эту область нормъ, и о положеніи ея въ ряду юридическихъ наукъ представляется въ высшей степени спорнымъ. По мнѣнію, наиболѣе распространенному, это несомнѣнно наука юридическая въ полномъ своемъ составѣ. Менѣе устойчиво опредѣленіе положенія каноническаго правовѣдѣнія въ системѣ юридическихъ наукъ. Одни склонны причислять ее къ публичному праву, другіе различаютъ въ ней отдѣлы публичный и частный, иные наконецъ ставятъ каноническое правовѣдѣніе внѣ этого дѣленія, какъ третью, самостоятельную правовую группу. Съ первой точки зрѣнія между гражданскимъ и каноническимъ правовѣдѣніемъ не можетъ быть соприкосновенія, со второй—они въ части совпадаютъ, съ третьей—вопросъ о соотношеніи остается открытымъ.

Прежде всего приходится признать, что такъ называемое каноническое право нельзя считать юридическою наукою.

Дѣло въ томъ, что нормы, которыя опредѣляютъ внутреннія и внѣшнія отношенія церкви, носятъ смѣшанный характеръ. Частью это нормы, которыя были выработаны церковью въ теченіе ея долгаго историческаго существованія и держатся религиознымъ авторитетомъ, частью это тѣ же нормы, заимствованныя государственною властью и ею санкціонированныя, частью же наконецъ это нормы, которыя были выработаны самостоятельно государственною властью и поддерживаются ея авторитетомъ. Нормы перваго рода не имѣютъ юридическаго значенія, нормы второго и третьяго рода несомнѣнно принадлежатъ къ юридическимъ. Поэтому нормы, санкціонированныя государственною властью или выработанныя ею самою, составляютъ матеріалъ юридическихъ наукъ и должны быть распределены между ними согласно природѣ каждой нормы. Такъ,

правила, опредѣляющія церковное устройство, должны войти въ государственное право. Если послѣднее предоставляетъ церковному праву болѣе детальную разработку этого отдѣла, то это также мало доказываетъ его научное отреченіе отъ этого матеріала, какъ и предоставленіе наукѣ гражданскаго процесса ученія о судоустройствѣ, которое безъ сомнѣнія составляетъ часть государственнаго права. Нормы, опредѣляющія имущественное положеніе церкви, какъ субъекта правъ, должны войти въ гражданское правовѣдѣніе. Что же касается каноническихъ правилъ, то они не могутъ войти въ матеріалъ, изучаемый юридическими науками, и должны составить предметъ изслѣдованія со стороны особой дисциплины, изучающей каноны независимо отъ того, санкціонированы ли они государственною властью или нѣтъ.

Отсюда слѣдуетъ, что попытки втиснуть такъ наз. каноническое право въ систему юридическыхъ наукъ нужно признать совершенно неудачными. Это не публичное и не частное право, это и не третья группа, стоящая въ правовѣдѣніи рядомъ съ двумя первыми. Оно не укладывается въ этой системѣ, потому что оно по существу не принадлежитъ къ юридическимъ наукамъ.

Присвоивая себѣ часть того матеріала, который нынѣ входитъ въ церковное право, гражданское правовѣдѣніе въ то же время находится въ связи съ каноническимъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

Съ догматической точки зрѣнія связь эта обнаруживается изъ того, что нѣкоторые законодательства ссылаются въ своихъ постановленіяхъ на каноническія правила, такъ что содержаніе такихъ нормъ опредѣляется канонами. Это явленіе наблюдается въ настоящее время въ русскомъ законодательствѣ, оно совершенно чуждо законодательствамъ Франціи или Германіи. Такъ напр. по ст. 23 т. X, ч. I Св. Зак. православнымъ запрещается вступать въ бракъ въ степеняхъ родства или свойства, церковными законами возбраненныхъ, а по ст. 64 то же запрещеніе распространяется на католиковъ, лютеранъ, примѣнительно къ степенямъ родства, какія католическая или евангелическо-протестантская церкви считаютъ препятствіемъ для брака. Такимъ образомъ цивилистъ, желающій опредѣлить, при какихъ условіяхъ бракъ признается дѣйствительнымъ юридически, долженъ, для выясненія этого вопроса, обратиться къ каноническимъ правиламъ соответствующаго вѣроисповѣданія.

Съ точки зрѣнія исторіи права, для гражданскаго правовѣдѣнія знаніе каноническаго права необходимо въ виду тѣсной связи, какая существовала между ними въ прежнее время, до тѣхъ поръ, пока законодатель не взялъ на себя труда опредѣлить юридическими нормами тѣ отношенія, которыя до того регулировались каноническими правилами. Важнѣйшія отрасли гражданскаго права подверглись опредѣленію со стороны послѣднихъ, какъ то: владѣніе, давность, договоры, семья и наследованіе. Въ свою очередь каноническое право поддалось воздѣйствію гражданскаго правовѣдѣнія, особенно со стороны систематики. Такъ, примѣнительно къ институціонной системѣ, ученіе о церковномъ устройствѣ излагалось какъ *jus ad personas*, ученіе о церковномъ имуществѣ и бракѣ—какъ *jus ad res*, и ученіе о церковномъ судопроизводствѣ—какъ *jus ad actiones*. При тѣсной связи этихъ двухъ отраслей знанія историческое изученіе каждой изъ нихъ невозможно безъ освѣщенія его исторіей другой.

Съ точки зрѣнія политики права значеніе каноническаго права зависить отъ направленія законодателя. Если послѣдній усвоилъ себѣ взглядъ полной секуляризаціи въ дѣлѣ нормированія общественной жизни, то каноническія положенія не могутъ имѣть для него значенія. Но тамъ, гдѣ законодатель въ своемъ творчествѣ не рѣшается отступать отъ каноническихъ правилъ, тамъ гражданскому правовѣдѣнію необходимо знать содержаніе послѣднихъ при обсужденіи всѣхъ вопросовъ *de lege ferenda*. Такъ напр. каноническая точка зрѣнія имѣетъ важное значеніе въ Россіи при рѣшеніи вопросовъ о допустимости развода по сумашествію одного изъ супруговъ или объ устраненіи изъ дѣйствующаго права осужденія на безбрачіе супруга, виновнаго въ прелюбодѣяніи.

Такая точка зрѣнія законодателя не можетъ быть признана правильною. Законодатель призванъ регулировать всю общественную жизнь при помощи юридическихъ средствъ и не имѣетъ основанія слагать съ себя эту задачу подъ тѣмъ предлогомъ, что та или другая сфера опредѣлена издавна каноническими правилами.

Законодатель долженъ сообразоваться съ измѣняющимися условіями общественной жизни, а между тѣмъ каноны, появившіеся при однихъ историческихъ условіяхъ, по своему существу мало способны къ приспособленію. Такъ напр. на извѣстной исторической ступени можно было признать брачный возрастъ въ 12—15 лѣтъ, какъ соответствующій климатическимъ условіямъ того мѣста, гдѣ каноническое правило выработалось. Но при иныхъ климатическихъ усло-

віяхъ, при усложненіи отношеній, не позволяющемъ рано усвоить себѣ важность такого акта, какъ бракъ, остаться при указанномъ дѣтскомъ возрастѣ невозможно. Законодатель не выполнилъ бы своей задачи и поставилъ бы право въ полный разладъ съ требованіями жизни, если бы, стѣняясь каноническою точкою зрѣнія, не повысилъ брачнаго возраста и тѣмъ не положилъ предѣлъ явленіямъ, способнымъ возмущать нравственное чувство общества.

Притомъ слѣдуетъ замѣтить, что каноническія правила, которыя регулируютъ частно-правовыя отношенія, не относятся къ сущности религіи и законодатель не рискуетъ стать въ противорѣчіе съ нею, если отступитъ отъ нормъ, опредѣляющихъ область чисто свѣтскихъ отношеній.

Терминологія. Для обозначенія нормъ, установленныхъ самою церковью, безъ содѣйствія свѣтскаго авторитета, слѣдовало бы употреблять терминъ «каноническія правила», изученіе которыхъ должно отнести къ теологіи. Церковнымъ же правомъ слѣдовало бы обозначать дисциплину, изучающую совмѣстно каноны и нормы права, насколько тѣ и другія опредѣляютъ внутреннія и внѣшнія отношенія церкви, если только такая дисциплина, въ виду разнородности ея матеріала, можетъ претендовать на научный характеръ. Между тѣмъ каноническимъ правомъ (*jus canonicum*) принято называть въ западной церкви нормы, содержащіяся въ *Corpus juris canonici*, а въ восточной церкви нормы, относящіяся ко времени вселенскихъ соборовъ. Напротивъ, церковнымъ правомъ (*jus ecclesiasticum*) называется совокупность нормъ, опредѣляющихъ внутреннюю и внѣшнюю жизнь церкви, независимо отъ того, будутъ ли онѣ установлены церковью (каноны) или государствомъ (право).

Литература. Лучшимъ изслѣдованіемъ вопроса о сущности каноническаго права слѣдуетъ признать работу Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und Kirchenpolitik*, 1894, стр. 1—118, а затѣмъ Gerlach, *Logisch-juristische Abhandlung über die Definition des Kirchenrechts*, 1862, Gross, *Zur Begriffbestimmung und Würdigung des Kirchenrechts*, 1872. Каноническое право, какъ третью группу нормъ, рядомъ съ публичнымъ и частнымъ, признавали: Puchta, *Einleitung in das Recht der Kirche*, 1840, стр. 19, Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 1839, § 32. Другіе размѣщаютъ каноническое право въ системѣ права (Hinschius въ *Handbuch der Encyclopädie* Гольцендорфа). Наибольше распространены взгляды, по которому оно признается публичнымъ правомъ: Richter, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 8 изд. 1886, стр. 7, Vering, *Lehrbuch des katholischen, orientalischen und protestantischen Kirchenrechts*, 2 изд. 1881, стр. 5, Scherer, *Handbuch des Kirchenrechts*, т. I, 1886, стр. 112, Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 2 изд. 1900, стр. 297, Суворовъ, *Учебникъ церковнаго права*, 1893, стр. 13. Двойственный характеръ, публичный и частный, признаютъ Gareis *Rechts-Encyclopädie und Methodologie*, 2 изд. 1900, стр. 182, Biagio Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, 1898, стр. 149. По мнѣнію Остроумова, церковное право не совпадаетъ ни съ частнымъ, ни съ публичнымъ, но это «особая самостоятельная система права(!), координированная съ системою свѣтскаго права въ общей системѣ права» (*Введеніе въ православное церковное право*, 1893, стр. 43). Одно изъ двухъ: или это право и тогда оно должно войти въ систему права, или это не право и тогда оно остается внѣ этой системы;

двухъ параллельныхъ системъ правъ быть не можетъ. Весьма неопредѣленно выражено соотношеніе между каноническимъ и свѣтскимъ правомъ у Лашкирева, *Право церковное въ его основахъ, видахъ и источникахъ*, 1889, стр. 59—109.

§ 29. Отношеніе къ политической экономіи. Изъ наукъ не юридическихъ ближайшею къ гражданскому правовѣднію наукою является политическая экономія. Гражданское правовѣдніе имѣетъ своимъ предметомъ совокупность нормъ, регулирующихъ частныя отношенія отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ, а предметъ политической экономіи состоитъ въ соотношеніи отдѣльныхъ частныхъ хозяйствъ, преслѣдующихъ свои экономическія цѣли. Отсюда видно, что обѣ науки изучаютъ частныя отношенія между отдѣльными лицами. Если къ этому присоединить, что значительно большая часть гражданско-правовыхъ отношеній имѣетъ экономическій характеръ, то станетъ ясно, что обѣ науки изучаютъ одни и тѣ же социальныя явленія. Но каждая изъ нихъ выдѣляетъ особую сторону этихъ отношеній, которую она и дѣлаетъ непосредственнымъ предметомъ своего изученія. Политическая экономія выдѣляетъ хозяйственный элементъ отношенія, т. е. ту сторону его, которая обнаруживаетъ стремленіе къ удовлетворенію потребностей. Гражданское правовѣдніе выдѣляетъ юридическій элементъ, т. е. ту сторону отношенія, которая раскрываетъ защищенность его государственною властью. Напр. въ мѣновомъ актѣ политическая экономія обнаруживаетъ мотивы и расчеты сторонъ при обмѣнѣ, а гражданское правовѣдніе выясняетъ, насколько каждая сторона можетъ надѣяться, при осуществленіи своихъ стремленій, на юридическую защиту.

Несомнѣнно, что экономическая сторона отношенія составляетъ его сущность, юридическая—только форму. Такъ какъ содержанія безъ формы не можетъ быть, то всякое экономическое отношеніе имѣетъ и юридическую сторону. Тѣсная связь, какая существуетъ между содержаніемъ и формою, дѣлаетъ понятною близость между политическою экономіею и гражданскимъ правовѣдніемъ. Нельзя понять экономической стороны отношенія, не уяснивъ себѣ юридической формы проявленія экономическихъ стремленій. Точно также изученіе формы невозможно безъ пониманія того содержанія, къ которому она приспособлена.

Изслѣдуя одни и тѣ же социальныя отношенія съ разныхъ сторонъ, обѣ науки не должны смѣшивать своихъ задачъ. Исходя изъ основъ существующаго гражданско-правового порядка, права собственности и свободы договора, экономистъ опредѣляетъ законы,

которымъ должны подчиняться экономическія отношенія при этихъ условіяхъ. Экономистъ, изслѣдуя законы спроса и предложенія, долженъ предполагать дѣйствіе однѣхъ экономическихъ силъ и лишь отмѣчать тѣ отступленія, какія допускаетъ установленный законъ подъ вліяніемъ иныхъ силъ (юридическое вліяніе—такса, монополія, моральное вліяніе—жалость, великодушіе).

Точно также и юристъ долженъ имѣть въ виду юридическую сторону отношенія. Онъ долженъ отвлечь эту сторону отъ экономического содержанія отношенія, какъ и отъ дѣйствія иныхъ социальныхъ нормъ. Напр. въ отношеніи по личному найму для юриста безразличны законы экономическіе, опредѣляющіе высоту рабочей платы, для него безразличны и нравственные побужденія, заставляющія предпринимателя повысить рабочую плату выше условленной. Для юриста важно только опредѣлить, что можетъ рабочей требовать отъ предпринимателя, въ случаѣ необходимости прибѣгнуть къ помощи суда. Смѣшеніе экономической и юридической точекъ зрѣнія, экономического интереса и средствъ защиты можетъ только вредно отразиться на результатахъ изслѣдованія. Съ точки зрѣнія экономиста давность погасительной соотвѣтствуетъ всегда давность пріобрѣтательная, потому что должникъ сохраняетъ въ своемъ хозяйствѣ цѣнность, которую въ противномъ случаѣ онъ долженъ былъ бы передать вѣрителю. Съ точки зрѣнія юриста погашенное давностью право вѣрителя не создаетъ какого либо новаго права въ лицѣ должника. Каждый съ своей точки зрѣнія правъ и взаимные упреки въ несогласованіи взглядовъ совершенно неумѣстны. Если для экономиста вкладчикъ въ товариществѣ на вѣрѣ тотъ же кредиторъ, то юристъ будетъ правъ, не допуская такого смѣшенія съ юридической точки зрѣнія, потому что юридическая сторона того и другого положенія различна, хотя бы экономическая сторона была и сходна. Съ точки зрѣнія экономической цѣли отношенія, репортъ приближается къ займу подъ залогъ, но съ точки зрѣнія юридическихъ средствъ достиженія цѣли эти отношенія должны быть различаемы.

Политическая экономія, какъ вспомогательная наука, имѣетъ важное значеніе для догматики, исторіи и политики права.

А. Наименьшее значеніе для правовѣдѣнія имѣетъ политическая экономія въ области догматики. Это объясняется задачей послѣдней. Юристъ изучаетъ нормы хозяйственныхъ отношеній независимо отъ опредѣляемаго матеріала, форму независимо отъ содержанія. Его цѣль—привести эти формы въ соотношеніе, въ связь,

придать имъ стройный видъ. Цѣлесообразна ли норма или нѣтъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, отвѣчаетъ ли она той экономической цѣли, для которой была создана—это для догматика безразлично.

И тѣмъ не менѣе даже здѣсь, въ этой чисто юридической сферѣ формъ, рассматриваемыхъ самихъ въ себѣ, обнаруживается несомнѣнное значеніе политической экономіи.

Устанавливая норму поведенія, объективное право опредѣляетъ въ диспозитивной части закона условія ея примѣненія. Эти условія составляютъ бытовую обстановку дѣйствія нормы и большею частью взяты изъ экономической сферы. Напр. залогодержателю предоставляется право останавливать дѣйствія должника, соединенныя съ обезцѣпеніемъ заложенного имущества. Чтобы привести въ дѣйствіе такую норму, требуется предварительно установить экономическія условія—т. е. что дѣйствія должника дѣйствительно грозятъ уменьшеніемъ цѣнности имущества. Но это вопросъ чисто экономической. Экономическая точка зрѣнія имѣетъ рѣшающее значеніе въ вопросахъ о дѣленіи вещей на движимыя и недвижимыя, потребляемыя и непотребляемыя, раздѣльныя и нераздѣльныя. Если несовершеннолѣтнему открыта дѣеспособность въ сферѣ управления, то вопросъ о силѣ заключенныхъ такимъ лицомъ сдѣлокъ будетъ зависѣть отъ рѣшенія экономического вопроса, не выходитъ ли данный актъ за предѣлы экономического понятія объ управленіи. Если лицо, получившее вещь въ ссуду, обязывается возвратить ее собственнику *salva rerum substantia*, то вопросъ о томъ, выполнилъ ли онъ свою обязанность согласно требованію закона, рѣшается экономическою точкою зрѣнія. Законы неоднократно упоминаютъ о доходахъ, напр. при расчетѣ между добросовѣстнымъ владѣльцемъ и собственникомъ, при выдачѣ процентнаго вознагражденія опекуну и т. п. Гдѣ же, какъ не въ политической экономіи, найдетъ юристъ отвѣтъ на то, что слѣдуетъ понимать подъ этимъ выраженіемъ.

Экономическая точка зрѣнія имѣетъ рѣшающее значеніе для законодателя при классифицированіи юридическихъ нормъ. Экономическая цѣль составляетъ связующее начало для цѣлаго ряда юридическихъ нормъ. Каждый договоръ въ отдѣльности составляетъ группировку нормъ около опредѣленной экономической цѣли. Что въ сущности соединяетъ рядъ нормъ, обособленныхъ въ любомъ кодексѣ подъ рубрикою „купля-продажа“? Это экономическая цѣль, которая соединяетъ эту группу нормъ и отдѣляетъ отъ прочихъ. Эта цѣль заключается въ стремленіи приобрести путемъ соглашенія господство надъ вещью, которое бы обезпечивало возможность

исключительнаго пользованія ею. Для удовлетворенія этого стремленія законодатель соединяетъ въ кодексѣ рядъ нормъ, необходимыхъ въ совокупности для достиженія означенной цѣли. Точно также договоръ имущественнаго найма представляетъ соединеніе нормъ, способныхъ въ совокупности обезпечить экономическую потребность во временномъ пользованіи чужою вещью за извѣстное вознагражденіе. Такимъ образомъ каждый договоръ составляетъ совокупность экономически объединенныхъ нормъ права. Гдѣ эта задача не выполнена самимъ законодателемъ, тамъ на обязанности правовѣднія лежитъ, опредѣливъ экономическую цѣль, подобрать соответствующую группу нормъ. Этимъ объясняется, что виды договоровъ не изобрѣтаются догматикою, а даются экономической жизнью.

Отсюда обнаруживается вся важность экономической науки для догматики.

В. Еще большее значеніе имѣетъ политическая экономія для исторіи гражданскаго права. Историкомъ права можетъ быть только тотъ, кто хорошо знакомъ съ экономической наукою.

Если стать на точку зрѣнія экономическаго матеріализма и признать, что вся общественная жизнь, съ ея матеріальными и идейными проявленіями, имѣетъ въ основѣ хозяйство, то придется согласиться, что исторія права возможна только на почвѣ развитія хозяйственныхъ отношеній. Если политическая и правовая стороны составляютъ только "надстройку" экономической стороны, то всякое измѣненіе въ правовыхъ формахъ можетъ быть объяснено только соответствующимъ измѣненіемъ въ хозяйственныхъ отношеніяхъ, въ частности въ условіяхъ производства.

Точка зрѣнія экономическаго матеріализма представляетъ крайнее развитіе вполне вѣрной мысли о значеніи экономическаго фактора въ соціальной жизни. Эта историческая теорія создалась подъ впечатлѣніемъ того огромнаго вліянія, какое имѣютъ экономическія отношенія въ настоящее время на всю соціальную жизнь. Но какъ съ исторической, такъ и съ современной точки зрѣнія очевидно, что многія явленія послѣдней не могутъ быть объяснены экономикою.

Невѣрно для всей вообще общественной сферы, это ученіе весьма близко къ истинѣ, когда дѣло идетъ о правѣ и особенно о гражданскомъ правѣ. Изъ всѣхъ сторонъ общественной жизни правовая наиболѣе близка къ хозяйственной и потому наиболѣе обусловлена ею. Правда, и здѣсь на развитіе гражданскаго права вліяютъ различныя факторы, этическіе, религіозные, психическіе,

но ни одинъ изъ нихъ не можетъ равняться по своему значенію съ экономическимъ факторомъ. Экономическія условія феодальной эпохи создаютъ иное право, чѣмъ экономическія условія XVIII вѣка. Въ такихъ торговыхъ пунктахъ, какъ Новгородъ или Псковъ въ XIII—XV столѣтіяхъ, гражданское право не можетъ быть такимъ же, какъ въ земледѣльческомъ Московскомъ государствѣ. Это объясняется, конечно, тѣмъ, что имущественныя отношенія составляютъ главное содержаніе гражданского права. Съ другой стороны нормы гражданского права предназначены регулировать отношенія между частными лицами, устанавливающіяся по преимуществу изъ за экономическихъ цѣлей.

Совершенно ошибочно представлять себѣ развитіе правовыхъ формъ, какъ внутренній процессъ, независимый отъ вышнихъ вліяній. Правовыя формы смѣняются одна за другою не по правиламъ логики, а подъ давленіемъ постороннихъ силъ, особенно экономии. Неправильно также представлять себѣ экономику продуктомъ правовыхъ нормъ. Конечно, конкретныя экономическія отношенія укладываются въ правовыя формы, конечно, законодатель можетъ ускорить или задержать обнаруженное направленіе экономической жизни, но въ крупномъ масштабѣ всегда экономическія отношенія опредѣляютъ правовой строй, а не наоборотъ. Обыкновенно правовая форма отстаетъ отъ развивающихся экономическихъ условій, пока реформа не произведетъ временнаго согласія. Въ самыхъ рѣдкихъ случаяхъ право, перенесенное съ другой почвы, опережаетъ мѣстныя экономическія условія.

Въ виду сказаннаго, научное изложеніе всей исторіи права народа и отдѣльнаго института возможно лишь при томъ условіи, если каждая смѣна формъ будетъ объяснена измѣненіемъ общественныхъ отношеній, въ особенности экономическихъ. Излагая исторію права собственности или договора, изслѣдователь обязанъ раскрыть, подъ вліяніемъ какихъ экономическихъ измѣненій обнаружилась необходимость перехода отъ однихъ юридическихъ формъ къ другимъ.

Такимъ путемъ могутъ быть выяснены не только отдѣльныя правовыя нормы, какъ напр. переходъ помѣстій въ вотчины, но и характерныя для того или другого времени юридическія принципы, которые всегда имѣютъ историческій характеръ. Напр. принципъ свободы договоровъ, являясь юридической особенностью первой половины XIX вѣка, составляетъ результатъ тѣхъ экономическихъ

измѣненій, которыя съ такою силою обнаружились въ концѣ прошлаго столѣтія.

С. Не менѣе важна экономическая наука для политики права.

Та громадная роль, какую играютъ экономическія отношенія въ дѣлѣ историческаго образованія гражданско-правового порядка, опредѣляетъ значеніе экономической науки для политики права. Вліяніе экономическаго фактора на право не исключаетъ возможности сознательнаго воздѣйствія при помощи организованной силы на теченіе общественной жизни. Если законодатель и не можетъ дать послѣдней совершенно произвольнаго направленія, то все же онъ можетъ ускорить обнаруженное направленіе, устранивъ юридическія препятствія, или, наоборотъ, задержать его, поставивъ ему правовыя преграды. Но во всякомъ случаѣ для содѣйствія экономическому развитію или противодѣйствія вреднымъ его сторонамъ законодатель долженъ хорошо знать условія экономической жизни и возможныя экономическіе результаты предполагаемыхъ мѣръ. Это знаніе можетъ дать ему только политическая экономія, только при ея содѣйствіи политика права становится сознательнымъ вмѣшательствомъ въ теченіе общественной жизни.

При всякой реформѣ гражданскаго права законодатель долженъ имѣть ясное представленіе относительно происходящихъ экономическихъ измѣненій, иначе мѣры юридическаго воздѣйствія могутъ оказать вліяніе, прямо противоположное тому, какое имѣлъ въ виду самъ законодатель. Напр. нравственное побужденіе оказать содѣйствіе слабѣйшему контрагенту заставило законодателя создать норму, предписывающую суду толковать договоръ, въ случаѣ сомнѣнія, въ пользу должника. Это положеніе имѣетъ въ основѣ наблюденіе надъ жизнью, гдѣ слабѣйшимъ оказывается именно должникъ. Такое наблюденіе могло получиться въ то время, когда должникомъ являлся почти исключительно заемщикъ въ цѣляхъ потребления или мелкаго производства. Но постепенно условія измѣняются. Въ интересахъ крупнаго производства путемъ собиранія мелкихъ суммъ образуются огромныя предпріятія, которыя ставятъ въ зависимость отъ себя лицъ, нуждающихся въ ихъ услугахъ. Должникомъ становится банкъ, страховое, пароходное, желѣзно-дорожное и т. п. предпріятія. Передъ ними, въ качествѣ кредиторовъ, стоятъ мелкіе вкладчики, страхователи, грузоотправители и т. п. Очевидно, роли перемѣнились и если законодатель сохранитъ прежнее положеніе, то его норма, предназначенная служить защитой для слабѣйшаго, явится орудіемъ притѣвленія въ рукахъ сильнѣйшаго.

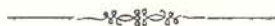
Многочисленные въ гражданскомъ правѣ предположенія, имѣющія силу на случай отсутствія соглашенія сторонъ по данному вопросу, должны также имѣть въ основѣ экономическую дѣйствительность. Предположеніе должно исходить изъ того, что составляетъ наиболѣе частое явленіе въ жизни, такъ какъ только обыкновенное, а не случайное, могли имѣть въ виду контрагенты, упустившіе изъ виду опредѣлить тотъ или иной пунктъ договора. При помѣщичьемъ хозяйствѣ, при отсутствіи кредитныхъ учреждений, денежные капиталы лежали въ сундукахъ и не приносили дохода. Поэтому одолженіе ихъ вовсе не предполагало взиманія процента. При этихъ условіяхъ законодатель поступалъ вполне правильно, когда постановлялъ, что при долговомъ отношеніи проценты не предполагаются, а должны быть явно условлены въ договорѣ. Но экономическая картина со временемъ измѣняется. Спросъ на капиталы усиливается и они постепенно изъ сундуковъ и чулковъ переходятъ въ банки, банкирскія конторы, ссудосберегательныя кассы, гдѣ они всегда даютъ извѣстный процентъ. Какъ только это становится общимъ явленіемъ, безпроцентное предоставленіе капитала означало бы желаніе подарить должнику тотъ процентъ, который капиталистъ непременно получилъ бы. На этотъ разъ долговое отношеніе обыкновенно сопровождается процентомъ и законодатель, сохраняя прежнее правило въ своемъ предположеніи, положить въ его основаніе не наиболѣе частое, а случайное соглашеніе.

Дѣло экономистовъ намѣчать новыя потребности, выросшія на почвѣ хозяйственныхъ отношеній, дѣло юристовъ изыскивать правовыя средства для ихъ удовлетворенія. Смѣшеніе этихъ двухъ задачъ приводитъ нерѣдко къ недоразумѣніямъ. Обнаруживая новыя потребности, экономисты стремятся воспользоваться существующими средствами и бросаютъ по адресу юристовъ обвиненія, когда оказывается, что средство не поддается желательному расширенію. Между тѣмъ такія попытки составляютъ извращеніе тѣхъ средствъ, которыми располагаетъ правовѣдѣніе. Напр. обнаруживъ важное экономическое значеніе фирмы, промышленныхъ изобрѣтеній, товарныхъ знаковъ, экономисты желали бы защищать эти новые интересы при помощи права собственности и, когда юристы противятся такому пріему, ихъ понятія называютъ узко-формальными. Задача экономистовъ исчерпывается указаніемъ на настоятельность защиты указанныхъ интересовъ. Задача гражданскаго правовѣдѣнія—облечь эти интересы въ юридическую форму, создать новыя институты, не насилуя старыхъ.

Литература. Юристы недостаточно внимательно относятся къ экономической основѣ изучаемаго ими права и заслужили упрекъ въ незнакомствѣ съ политической экономіею. Пока они остаются въ сферѣ догматики, такое пренебреженіе еще допустимо, но знакомство съ политической экономіею не видно даже въ работахъ по исторіи и политикѣ права. Впервые вниманіе на взаимную связь права и хозяйства обратили экономисты. Историческая школа выдвинула правовую основу экономическихъ отношеній. Это обнаруживается уже у Roscher, *Grundlagen der Nationalökonomie*, § 16 и его же предисловіе къ этюдамъ Данкварта. Съ новою программю выступилъ Schmolleg, *Ueber einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft*, 1875 (особенно гл. III). Но изъ всѣхъ представителей этой школы Adolf Wagner наиболее связалъ эти стороны общественной жизни въ *Grundlegung der politischen Oekonomie*, 3 изд. 1892—1894, особенно II, § 14—24. По его мнѣнію въ основѣ хозяйства лежатъ 4 момента: личный, географическій, техническій и правовой. Во французской литературѣ имѣются работы Rippert, *Des rapports du droit et de la législation avec l'économie politique*, 1864 и Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885. Обѣ работы, не смотря на значительный объемъ первой (504 стр.) и награжденіе преміей Воловскаго второй, отличаются крайнею поверхностью. Оба автора видятъ связь права и хозяйства главнымъ образомъ въ томъ, что то и другое осуществляютъ идею свободы личности. Выше этихъ работъ стоитъ Béchoux, *Le droit et les faits économiques*, 1889. Въ итальянской литературѣ обращаютъ на себя вниманіе: Barsanti, *Della scienza economica e in specie col diritto civile e penale*, 1881, и Tortori, *Sociologia e diritto commerciale*, 1895, особенно гл. I и II, стр. 104. Въ русской литературѣ связь между политической экономіей и правовѣдѣніемъ пытались установить Слонимскій, *Правовѣдѣніе и политическая экономія* (Слово, 1879, № 10) и Зиберъ, *Мысли объ отношеніи между общественною экономіею и правомъ* (Слово, 1879, № 2, 1880, № 6, а также Собраніе Сочиненій, т. II, 1900). Первый изъ нихъ отрицалъ возможность изученія формы безъ содержанія (стр. 74) и настаивалъ на слитіи обѣихъ наукъ (стр. 83). Второй развиваетъ мысль, что экономія должна давать содержаніе праву, что послѣднее относится къ первой, какъ форма къ матеріалу.

Экскурсіи юристовъ въ область политической экономіи единичны. Одною изъ наиболее раннихъ является попытка Dankwardt, *Nationalökonomie und Jurisprudenz*, 1857, и *Nationalökonomisch-civilistischen Studien*, 1862, (рус. пер. 1866). Основная мысль автора та, что всякое право есть продуктъ фактическихъ отношеній, что поэтому для пониманія всякаго права необходимо предварительно знать родившія его фактическія отношенія, что необходимый для этого опытъ замѣняется изученіемъ политической экономіи. Но нельзя сказать, чтобы авторъ счумѣлъ дѣйствительно внести что либо новое въ юриспруденцію благодаря своему знакомству съ экономическими науками. На важное значеніе политической экономіи для юристовъ указываютъ Pfersche, *Methodik der Privatrechts-wissenschaft*, 1881, стр. 26—34, Vidari, *Corso di diritto commerciale*, т. I, изд. 1893, стр. 49 и слѣд. Въ настоящее время для раскрытія взаимнаго отношенія права и хозяйства выступилъ юристъ Stammer сь крупнымъ сочиненіемъ *Wirtschaft und Recht*, 1896, обратившимъ на себя общее вниманіе, хотя главнымъ образомъ за материалистическое направленіе. Точка зрѣнія Штаммера своеобразна. Оспаривая мнѣніе Маркса, что экономика есть основа права и А. Вагнера, что право есть основа экономики, Штаммеръ утверждаетъ, что право и экономика двѣ стороны одного и того же социальнаго явленія, это форма и матерія, которые представляютъ одно цѣлое, регулируемую совмѣстную дѣятельность, а потому въ причинномъ отношеніи не состоятъ (§ 36).

Экономическій матеріализмъ беретъ свое начало отъ Маркса и особенно отъ Энгельса. Первый утверждаетъ, что «совокупность условій производства создаетъ экономическую структуру общества, реальное основаніе, на которомъ возвышается юридическая и политическая надстройка (Ueberbau) и которому соответствуютъ опредѣленные общественныя формы сознанія» (*Zur Kritik der politischen Oekonomie*, изд. 1859, Vorwort, V, предисл. рус. пер. 1896, стр. X). «Данное гражданское право составляетъ лишь выраженіе опредѣленнаго развитія собственности, т. е. производства» (тамже, стр. 13). «Гражданскія законодательства заявляютъ и скрѣпляютъ лишь волю экономическихъ отношеній» (стр. 62). Взгляды Энгельса развиты имъ въ его сочиненіяхъ: *Herrn E. Dühring's Umwälzung der Wissenschaft*, 2 изд. 1886, *Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*, 1884 (рус. пер. 1895). Экономическій матеріализмъ нашелъ себѣ послѣдователей не только въ Германіи и Австріи (Каутскій, Вейзенгрюнь), но и во Франціи (Лафаргъ), въ Италіи (Лоріа), въ Россіи (Бельтовъ, Струве, Туганъ-Барановскій, Булгаковъ). Въ виду тѣсной связи права съ экономикою послѣдователи этого направленія уделяютъ особое вниманіе влиянію экономическихъ отношеній на правовыя формы: *Logia, Les bases économiques de la constitution sociale*, 1893 (нѣм. пер. 1895), стр. 77—123, «главную основу права составляютъ капиталистическія (!) отношенія; только при свѣтѣ послѣднихъ можно понять происхожденіе юридической санкціи, исторію права, внутреннюю структуру самыхъ различныхъ его институтовъ» (стр. 122); Бельтовъ, *Къ вопросу о развитіи материалистическаго взгляда на исторію*, 1895, стр. 143 и слѣд.; въ частности «общій выводъ современной науки права (?), что правовыя понятія всюду опредѣляются способами производства» (стр. 151); Булгаковъ, *Хозяйство и право* (Сборникъ общихъ юридическихъ знаній, 1899, в. 1, стр. 137—170). Критику экономическаго матеріализма см. *Barth, Die Philosophie der Geschichte als sociologie*, 1897, стр. 284—364, рус. пер. 1900, стр. 303—391; Карѣвъ, *Старые и новые этюды объ экономическомъ матеріализмѣ*, 1896; Масарикъ, *Философскія и социологическія основанія марксизма*, рус. пер. 1900, Вольманъ, *Историческій матеріализмъ*, рус. пер. 1900, Беркштейнъ, *Историческій матеріализмъ*, рус. пер. 1900. Юристы, не смотря на то, что это направленіе вторгается въ ихъ спеціальную область, до сихъ поръ не высказываются ни за, ни противъ. Исключеніе *Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, рус. пер. 1897, на половинну примкнувшій къ новому направленію. Такое игнорированіе со стороны историковъ права весьма виднаго теченія мысли совершенно не понятно.



ГЛАВА V.

Источники гражданского права.

§ 30. Понятіе объ источникахъ права. Право является съ возникновеніемъ государства, т. е. съ возникновеніемъ въ обществѣ власти, способной силою принужденія побудить подчиненныхъ ей лицъ исполнять обращенныя къ нимъ повелѣнія. Для того, чтобы право осуществилось въ жизни, необходимо дать подчиненнымъ лицамъ возможность ознакомиться съ содержаніемъ воли верховной власти безъ всякаго сомнѣнія въ ея подлинности. Слѣдовательно воля верховной власти, какъ бы послѣдняя ни была организована, должна выразиться во внѣ въ опредѣленной формѣ. Формы выраженія положительнаго права, которыя имѣютъ значеніе обязательныхъ средствъ ознакомленія съ его содержаніемъ, — и составляютъ то, что, не воплѣтъ точно, носить названіе источниковъ права.

Выборъ формъ и отливаемое въ нихъ содержаніе правовыхъ нормъ основывается всецѣло на авторитетѣ верховной власти. Ни общая воля, ни народный духъ, ни справедливость, ни разумъ — не могутъ считаться такими авторитетами. Только воля верховной власти способна опредѣлять формы выраженія и содержаніе правовыхъ нормъ.

Чтобы уяснить себѣ различіе источниковъ права, необходимо обратиться къ строенію юридической нормы. Въ каждой нормѣ права можно обособить содержаніе и повелѣніе. Первая часть описываетъ то поведеніе, которое вмѣняется гражданамъ, вторая часть предписываетъ держаться этого поведенія. Это теоретическое различіе чрезвычайно важно для пониманія источниковъ права. Проектъ тождественъ по содержанію съ закономъ, но у него недостаетъ

второго элемента, присоединеніе котораго превращаетъ проектъ въ законъ. Рѣшеніе спорнаго вопроса, можетъ быть, окажется одинаковымъ и въ толкованіи ученаго юриста и въ толкованіи высшаго суда. Различія между ними по существу съ юридической точки зрѣнія нѣтъ до тѣхъ поръ, пока государственной власти не угодно будетъ придать обязательность тому или другому.

Прежде всего верховная власть можетъ непосредственно отъ себя выработать и объявить содержаніе нормы въ формѣ закона. Но весьма возможно, что верховная власть предоставитъ другимъ вырабатывать содержаніе и ограничится тѣмъ, что скрѣпитъ его своею санкціею и тѣмъ придастъ созданнымъ нормамъ юридическій характеръ. Кому будетъ предоставлена выработка содержанія нормъ—это зависитъ отъ усмотрѣнія верховной власти. Помимо ея, никто въ обществѣ не можетъ присвоивать своимъ нормамъ юридическаго характера, и слѣдовательно никакія формы выраженія нормъ не могутъ, безъ воли верховной власти, имѣть значенія источниковъ права.

Если это такъ, то въ зависимости отъ усмотрѣнія верховной власти источники гражданского права могутъ быть весьма различны, разнообразясь по времени и мѣсту. Историческая дѣйствительность вполне подтверждаетъ это предположеніе.

Верховная власть можетъ равнѣе своимъ исполнительнымъ органамъ, судамъ, примѣнять тѣ нормы, которыя выработались силою бытовыхъ отношеній въ общественной средѣ. Нормы обычнаго права, хотя и создаются помимо участія верховной власти въ выработкѣ ихъ содержанія, но юридическій характеръ приобрѣтаютъ по волѣ верховной власти. Это не самостоятельный источникъ права, какъ законъ, а производный. Этому взгляду повидимому противорѣчатъ то обстоятельство, что содержаніе нѣкоторыхъ нормъ обычнаго права старѣе самой верховной власти. При этомъ, довольно частомъ, возраженіи упускаютъ изъ виду, что нормы общенитія могутъ возникнуть и существовать задолго до превращенія ихъ въ нормы права, безъ измѣненія содержанія. Превращеніе же нормъ общенитія въ юридическія возможно только съ появленіемъ государственной власти. Еще менѣе состоятельно возраженіе, основанное на томъ, что содержаніе нормъ обычнаго права создается безъ вѣдома верховной власти, а потому и не можетъ стоять въ зависимости отъ ея воли. Но, если власть не знаетъ, что выработалось или вырабатывается, то она за то выразила желаніе, чтобы выработанное примѣнялось къ жизни, и общаема ему свою защиту. Есть и

другіе случаи, гдѣ верховная власть не участвуетъ въ выработкѣ содержанія, но гдѣ несомнѣнно, что сила нормъ основывается на авторитетѣ верховной власти.

Таковы случаи, когда верховная власть предоставляетъ выработать содержаніе нормъ научному правовѣдѣнію, какъ это было въ римской имперіи. Не само по себѣ научное правовѣдѣніе является источникомъ права, а вслѣдствіе выраженной воли верховной власти. Римскимъ императорамъ угодно было придать содержанію сочиненій нѣкоторыхъ юристовъ значеніе источника права и наука выступила въ этой роли. Точно также въ новое время, особенно въ XIV—XVI вв. въ Западной Европѣ обращались къ юридическимъ факультетамъ за рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ и такому рѣшенію придавалась обязательная сила. Ни одно изъ современныхъ европейскихъ государствъ не издало такого закона, какъ постановленіе императора Валентиніана III 426 г., и научное правовѣдѣніе въ настоящее время не является источникомъ права.

Въ исторіи роль источника права принадлежала судебной практикѣ, но современные европейскія государства, за исключеніемъ Англій, отказываютъ ей въ этомъ значеніи, а безъ воли верховной власти источники права немислимы. Отдѣльныя части общества могутъ получить отъ верховной власти право самостоятельно создавать для себя нормы. Таковы напр. обязательныя городскія постановленія. Выработку содержанія нормъ верховная власть можетъ предоставить своимъ подчиненнымъ административнымъ органамъ. Наконецъ, по нѣкоторымъ вопросамъ, сопрягающимся съ областью религиозныхъ вѣрованій, верховная власть приняла, въ качествѣ юридическихъ, нормы, выработанныя въ средѣ религиознаго общества.

Такимъ образомъ источниками гражданского права для настоящаго времени могутъ служить: 1) законы, 2) правовые обычаи, 3) административныя распоряженія, 4) автономія, 5) каноны.

Терминологія. Выраженіе «источникъ права» во всякомъ случаѣ мало соответствуетъ по своему смыслу тому представленію, которое должно технически съ нимъ соединяться. Въ сущности источникомъ права должна считаться только воля верховной власти, а законъ, обычное право и пр. являются лишь формами ея выраженія. Трудность пользованія этимъ терминомъ обуславливается еще его многозначностью. Источниками права называютъ а) юридическіе памятники, которые въ свое время имѣли значеніе источниковъ права, а теперь сохранили лишь историческое значеніе, какъ средства познанія прежняго права; б) матеріалы, положенные въ основу кодификаціи, напр. когда говорятъ, что римское право послужило источникомъ при составленіи *Code civil*. По мнѣнію Негина, выборъ неудачнаго термина «источникъ права» принадлежитъ Титу Ливію, который въ своей исторіи называетъ XII таблицъ *fontes omnis publici privateque juris* (*The theory of legal Duties and*

Rights, 1883, стр. 31). О спутанности понятій, соединяемой съ терминомъ «источники права» въ германской литературѣ см. Neukamp, *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts* (Archiv f. bürg. Recht, т. 12, 1897, стр. 148—156).

Литература. Вопросъ объ источникахъ права почти всецѣло разработывается въ трудахъ цивилистовъ, что, можетъ быть, придаетъ ему нѣкоторую одно-сторонность. Мѣсто этому вопросу не въ специальной какой либо дисциплинѣ, въ гражданскомъ или государственномъ правовѣдѣнн, но именно въ энциклопедіи права. Только нѣмецкая и англійская литература удѣляютъ ему значительное вниманіе, во французской же онъ въ полномъ пренебреженіи. При всей важности темы не существуетъ особой монографіи, посвященной сущности и видамъ источниковъ права. Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, посвящаетъ все вниманіе обычному праву, а работа Sturm, *Recht und Rechtsquellen*, 1883, богаче претензіями, чѣмъ достоинствами. Изъ новѣйшихъ курсовъ настоящий вопросъ лучше всего поставленъ у Regelsberger, *Pandekten*, I, §§ 17—25 (рус. пер. §§ 9—17).

Различіемъ содержанія и повелѣнія въ нормахъ права наука обязана Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3 изд. 1895, т. I, стр. 490. Этотъ взглядъ былъ принятъ Schultze, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, 1883, стр. 87—96, хотя этотъ авторъ дѣлаетъ изъ такого положенія выводы, противоположные выводамъ Лабанда, Zorn, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. 1, 1880, стр. 407, Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, 1886, стр. 131. Противниками такого различенія содержанія и повелѣнія являются криминалисты Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 197, прим. 2 и цивилисты Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 117, прим. 20.

Основаніе обязательной силы юридическихъ нормъ видятъ въ общей волѣ Hegel, *Philosophie des Rechts* § 32, Zusatz, и его послѣдователь Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 1 (въ примѣненіи къ Россіи см. Eltzbacher, *Über Rechtsbegriffe*, 1900, стр. 29); Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, стр. 143, и Savigny, *System*, I, стр.—въ народномъ духѣ (Volksgeist); въ субъективномъ разумѣ—Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, стр. 6, 9, 22; въ справедливости—Schlossmann, *Der Vertrag*, 1875, стр. 186.

Научное правовѣдѣніе и судебная практика и въ настоящее время вызываютъ сомнѣніе, не составляютъ ли они источники права. За научное правовѣдѣніе, въ качествѣ источника права: Regelsberger, *Pandekten*, т. I, стр. 50, который (стр. 166) признаетъ науку права за источникъ права только низшаго разряда (mindere Grades) какъ будто здѣсь можетъ быть рѣчь о степени, Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, стр. 146, который страннымъ образомъ признаетъ (стр. 166) научное возрѣніе источникомъ права только подъ условіемъ, чтобы оно было истинно! Savigny, *System*, т. I, стр. 46, Warnkönig, *Juristische Encyclopädie*, 1883, стр. 26, 41, Thöl, *Einleitung*, §§ 55—65. Противъ этого: Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 191, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, стр. 181, Unger, *System des oestreichischen Privatrechts* т. I, 1892, стр. 43, Нейеръ, *The Theory of legal duties and rights*, стр. 44, Гриммъ, *Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ* (Ж. М. Ю. 1896, № 6, стр. 157). Историческая школа стала за судебную практику, потому что она желала видѣть въ юристахъ представителей народного правосознанія: Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, т. I, стр. 166, Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3 изд. стр. 12. Несмотря на сильныя возраженія, которыя сдѣлалъ Beseler, въ своемъ интересномъ сочиненіи *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, и которыя основывались на историческихъ фактахъ, доказывавшихъ, что юристы нерѣдко являлись отрицателями народного правосознанія, возрѣніе это насчитываетъ много сторонниковъ: Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, стр. 136—138; Gierke, *Deutsches Pri-*

vatrecht, 1895, т. I, стр. 178. Германскіе романисты отнеслись различно къ этому взгляду: Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, изд. 7, 1891, стр. 43 примыкаетъ къ мнѣнію исторической школы, Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 166, относя судебную практику къ источникамъ права, устанавливаетъ и здѣсь какой то второй рядъ источниковъ (von minderer Geltungskraft), также какъ и Dernburg, *Pandekten*, изд. 6, 1900, т. I, стр. 62, который признаетъ здѣсь источникъ sui generis. Contra: Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, стр. 185, 190. Во французской литературѣ только въ самое послѣднее время явилось направленіе, стремящееся признать за судебной практикой характеръ источника права (Bartin, Lambert). Противъ такого направленія выступилъ Gény, *Méthode d'interprétation et sources de droit positif*, 1899, стр. 392—456; ср. еще Orban, *Cours d'encyclopédie de droit*, 1893, стр. 36. Въ русской литературѣ склонны причислить судебную практику къ источникамъ права Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, изд. 4, стр. 296, Гримъ, (Ж. М. Ю. 1896, № 6, стр. 155).

§ 31. Соотношеніе между различными источниками права. Взаимное отношеніе указанныхъ источниковъ права вызываетъ интересъ съ точки зрѣнія исторической, догматической и съ точки зрѣнія политики права.

А. Первоначально судебныя задачи выполняетъ самъ царь, единственный представитель власти, а затѣмъ поручаетъ это дѣло ближе всего стоящимъ къ нему лицамъ. Въ томъ и другомъ случаѣ они судятъ подъ вліяніемъ тѣхъ взглядовъ, которые сложились у нихъ, какъ у членовъ общества. Такимъ путемъ правиламъ общезжитія придается юридическій характеръ, они превращаются въ нормы права. Это нормы обычнаго права, которыя долгое время однѣ направляють жизнь пачинающагося государственнаго быта. Правовые обычаи составляютъ первую форму выраженія положительнаго права. Благодаря смѣшенію на первыхъ порахъ нравственности и религіи, религіозное вліяніе отражается и на стремящихся къ обособленію нормахъ права. Легенда о божественномъ происхожденіи права встрѣчается у многихъ народовъ. Это обстоятельство приводитъ къ значительному вліянію на юридическій бытъ со стороны лицъ, выполняющихъ въ обществѣ религіозныя функціи. Отсюда столь распространенное явленіе, что жрецы въ то же время и юристы. Это обнаруживается изъ исторіи Египта, Индіи (брамины), Рима (пontiфексы), Галліи (друиды), мусульманъ (имамы). Элементарная наука права сосредоточивается въ лицѣ священниковъ и благодаря такому авторитету пріобрѣтаетъ несомнѣнно творческій характеръ.

Обстоятельства заставляютъ выдвинуться и второй источникъ права—законъ. Крайняя неопредѣленность нормъ обычнаго права, слабая обособленность ихъ отъ нормъ нравственности, возможность

и легкость злоупотреблений со стороны сильных своимъ экономическимъ превосходствомъ надъ низшими, вызываютъ необходимость кодифицированія элементарныхъ и въ то же время особенно необходимыхъ правилъ. Такова напр. побудительная причина, вызвавшая появленіе XII таблицъ въ Римѣ. Эти законодательные акты не исключаютъ однако дальнѣйшаго дѣйствія рядомъ и даже развитія нормъ обычнаго права.

Но настаетъ въ жизни государства время, когда обычное право принуждено уступить мѣсто закону. Довольно однообразное, достаточно соответствующее взглядамъ маленькой общественной среды, обычное право теряетъ эти достоинства по мѣрѣ того, какъ государство принимаетъ все большіе размѣры. Съ измѣненіемъ экономическихъ условий, особенно съ усиленіемъ обмѣла, отношенія настолько усложняются, что старыя нормы обычнаго права оказываются мало пригодными для разрѣшенія возникающихъ на этой почвѣ затрудненій; а созданію новыхъ препятствуетъ сложность отношеній и быстрота ихъ порожденія, препятствующія обществу усвоить себѣ правильную оцѣнку новыхъ явленій. При этихъ условіяхъ нормы обычнаго права обнаруживаютъ особенную неустойчивость, стремленіе къ варіаціямъ, страдаютъ неопредѣленностью выраженного въ нихъ повелѣнія и потому не удовлетворяютъ той твердости опредѣленія, въ какой нуждаются мѣнновыя отношенія и какую можетъ дать только законъ. Съ развитіемъ государственнаго быта все болѣе чувствуется важное соціальное значеніе права, а отсюда стремленіе къ обособленію этихъ правилъ общежитія. Но такое обособленіе легче выступаетъ при законѣ, чѣмъ при обычномъ правѣ, которое продолжаетъ сохранять близкую связь съ прочими нормами общежитія. Государственная власть, переставъ быть только военной и судебной, обращаетъ вниманіе на всѣ стороны общественной жизни и стремится принять активное участіе въ опредѣленіи складывающихся бытовыхъ отношеній. По мѣрѣ усиленія государственной власти, послѣдняя принимаетъ все болѣе сложную организацію, допускающую даже созданіе особыхъ органовъ, которые вырабатываютъ нормы права. Съ технической стороны успѣху закона не мало способствовало изобрѣтеніе печатанія, благодаря которому воля верховной власти могла получить распространеніе въ опредѣленной и подлинной формѣ.

Но не сразу законъ рѣшается объявить войну обычному праву. Уваженіе къ народнымъ традиціямъ, къ „поплинѣ“, освященнымъ сверхъ того религіознымъ характеромъ, неподготовленность къ твор-

ческой работѣ побуждаютъ верховную власть только придать этимъ обычаямъ осязательную форму. Начинается собраніе обычаевъ, какъ это мы видимъ напр. во Франціи съ XV вѣка. Далѣе верховная власть становится нѣсколько смѣлѣе и позволяетъ себѣ дѣлать выборку изъ народныхъ обычаевъ, придавая выбраннымъ законодательную санкцію и отбрасывая прочія. Такъ Судебникъ Іоанна IV, при обнаружившемся стремленіи „судебникъ исправить по старинѣ“, въ то же время постановляетъ „впередъ всякія дѣла судить по сему судебнику“. Но настаетъ наконецъ время, когда верховная власть освобождается отъ авторитета старины и, вооруженная практически и теоретическими силами правовѣдѣнія, принимаетъ на себя творческую роль, стремится опредѣлять общественную жизнь по собственному усмотрѣнію, независимо отъ преданій и обычаевъ.

Продолжительное господство обычнаго права въ европейской жизни вызываетъ реакцію со стороны естественнаго права въ XVII вѣкѣ. Съ точки зрѣнія школы, которая объясняла все существующее зло уклоненіемъ общественной жизни отъ естественныхъ началъ, все сложившееся исторически представлялось сплошнымъ заблужденіемъ. Народные обычай были ни что иное, какъ бессознательное уклоненіе отъ законовъ природы, и, конечно, должны были уступить мѣсто законамъ, выработаннымъ на раціональныхъ началахъ, независимо отъ случайностей времени и мѣста. Въ законодательныхъ произведеніяхъ этой эпохи обнаруживается отрицательное отношеніе къ обычному праву. Прусское земское право 1794, французскій кодексъ 1804, австрійское гражданское уложеніе 1811, не даютъ совершенно мѣста обычному праву, а проектъ Іосифа II даже угрожалъ уголовнымъ наказаніемъ за покушеніе создать новые обычай.

Но періодъ раціонализма смѣнился въ XIX вѣкѣ періодомъ историзма, космополитизмъ—націонализмомъ. Отвергнувъ увлеченія естественнаго права, отвергли и творческую роль законодателя. Право не создается, а складывается, а для этого пригоднымъ является не законодательный аппаратъ, а сама народная жизнь. Обычное право, какъ непосредственное выраженіе послѣдней, постепенно и медленно отражающей все историческія наслоенія, было очищено отъ пыли забвенія и выдвинуто на первый планъ. Обычное право стало излюбленнымъ дѣтищемъ исторической школы въ правовѣдѣній, ученіе которой наложило свой отпечатокъ на законодательныя работы послѣдняго времени.

В. Взаимное отношеніе однихъ источниковъ къ другимъ съ догматической стороны сводится въ литературѣ къ вопросу объ

отношеніи закона къ правовому обычаю. Отношеніе закона къ административнымъ распоряженіямъ или автономнымъ постановленіямъ цивилистами совершенно игнорируется, хотя на практикѣ эти вопросы возбуждаются гораздо чаще, чѣмъ первый вопросъ.

Разсматриваемый вопросъ заключается въ томъ, слѣдуетъ ли считать законы и правовые обычаи вполнѣ равносильными источниками или же правовые обычаи, получая свою силу отъ воли законодателя, принуждены уступить мѣсто непосредственному выраженію этой воли въ видѣ закона. Практически вопросъ сводится къ тому, можетъ ли правовой обычай отмѣнить силу соответствующаго по содержанію закона?

Тѣ, кто признаетъ, что правовой обычай приобрѣтаетъ обязательную силу независимо отъ воли законодателя, даютъ утвердительный отвѣтъ на поставленный вопросъ. Если законъ и правовой обычай равносильные источники права, то очевидно, говорятъ, что обычное право способно отмѣнить постановленіе закона, какъ противное общественному правосознанію. Но изъ того же равносилія необходимо вывести и обратное, т. е. что и законъ можетъ отмѣнить постановленіе обычнаго права. Отсюда обнаруживается, что вопросъ о взаимномъ отношеніи закона и обычая даннымъ отвѣтомъ не разрѣшается. Въ самомъ дѣлѣ, если законодатель даетъ постановленіе противное сложившемуся уже обычному праву, то, съ указанной точки зрѣнія, мы приходимъ лишь къ выводу, что законъ могъ отмѣнить обычное правило, а обычай можетъ отмѣнить изданный въ отмѣну ему законъ и т. д. Указанный отвѣтъ обнаружитъ еще ярче свою несостоятельность, если мы нѣсколько измѣнимъ редакцію предложеннаго отвѣта. Изъ равносилія источниковъ можно съ одинаковымъ успѣхомъ вывести какъ то, что каждый изъ источниковъ можетъ отмѣнить противорѣчащее ему положеніе другого, такъ и то, что ни одинъ изъ источниковъ не въ состояніи отмѣнить положенія, созданнаго другимъ равносильнымъ ему источникомъ. Если, въ самомъ дѣлѣ, законъ—источникъ самостоятельный, независимый отъ обычнаго права, то очевидно послѣднее не можетъ отмѣнить то, что создано первымъ. И наоборотъ, если обычное право также источникъ самостоятельный, то и его положенія не могутъ быть отмѣнены законодательнымъ порядкомъ. Ставъ на такую точку зрѣнія, мы должны признать, что законодатель не имѣетъ возможности издать законъ, которымъ устанавливался бы порядокъ примѣненія источниковъ или запрещалось бы судамъ примѣнять обычаи, противорѣчащіе законамъ. Но такіе вы-

воды противорѣчатъ исторической дѣйствительности, которая показываетъ случаи устраненія законодателемъ изъ жизни несимпатичныхъ ему обычаевъ.

Это несоотвѣтствіе теоріи дѣйствительности обнаруживаетъ какую то логическую ошибку. Эта ошибка заключается именно въ представленіи о равности источниковъ, которое устраняетъ самую возможность какого либо догматическаго соотношенія между ними. Но такого равности не можетъ быть, потому что всѣ источники права основываютъ свою силу на волѣ верховной власти, которая своимъ непосредственнымъ выраженіемъ способна всегда устранить дѣйствіе противорѣчающихъ ей положеній. Дѣйствительно, допустить существованіе въ одномъ обществѣ двухъ равносильныхъ источниковъ права, все равно что утверждать существованіе двухъ верховныхъ властей, потому что каждая правовая норма должна же имѣть за собою поддерживающую ее власть. Такое предположеніе однако было бы явно несообразнымъ.

Вторая логическая ошибка заключается въ смѣшеніи отменнаго закона посредствомъ обычнаго права съ обычнымъ непримѣненіемъ даннаго закона. Въ жизни возможны случаи, когда тотъ или другой законъ исполнительными органами не примѣняется. Но это только фактъ. Законъ сохраняетъ свою юридическую силу и можетъ совершенно неожиданно вступить. Изъ того, что въ настоящее время вводъ во владѣніе недвижимостями у насъ въ Россіи потерялъ свое историческое значеніе, не значитъ, чтобы любой гражданинъ не могъ потребовать его выполненія. Законъ о судебномъ поединкѣ, непримѣнявшійся въ Англіи въ теченіе столѣтій, но не отмененный, долженъ былъ получить въ 1817 году примѣненіе, какъ только исполненія его потребовалъ обвиняемый.

Итакъ съ догматической точки зрѣнія всѣ источники права отступаютъ передъ закономъ и не способны отменить содержаніе его положеній, тогда какъ законъ, напротивъ, вполне обладаетъ такою способностью.

Съ точки зрѣнія политики права слѣдуетъ признать, что руководящая роль въ дѣлѣ образованія правового порядка должна принадлежать въ настоящее время закону, а не правовымъ обычаямъ. Законодатель долженъ самъ взять на себя разработку содержанія тѣхъ нормъ, которыя принудительно направляютъ общественную жизнь. Только въ самыхъ исключительныхъ обстоятельствахъ можно дать мѣсто правовымъ обычаямъ.

Между тѣмъ обычное право имѣетъ не мало защитниковъ, которые желали бы предоставить руководящую роль не закону, а правовымъ обычаямъ. Каковы же аргументы, которыми подкрѣпляется положеніе, что правовые обычаи, какъ форма права, должны быть предпочтены закону?

Правовые обычаи являются непосредственнымъ выразителемъ общественныхъ нуждъ и потребностей. Это нормы, созданныя не искусственно въ кабинетѣ законодателя, а выработаны самою жизнью, составляютъ результатъ народнаго опыта. При этой формѣ существуетъ полное соответствіе между правомъ и народнымъ міровоззрѣніемъ, изъ глубины котораго воплѣ естественно вылились правовые обычаи. Поэтому нормы обычнаго права проще, не даютъ почвы для тѣхъ крючкотворныхъ толкованій, которыя создаются на почвѣ закона и потому совершенно недоступны пониманію человѣка, не получившаго специально юридическаго образованія. Не застывшее во вѣшной формѣ обычное право легко приспособляется къ бытовымъ условіямъ. Поэтому обычное право движется нога въ ногу съ жизнью, въ противоположность закону, который то производитъ рѣзкую ломку, то отстаетъ сильно отъ жизни, являясь тормазомъ развитія. Подвижность правового обычая даетъ ему возможность приспособиться къ конкретнымъ условіямъ каждаго случая, а потому справедливостью не жертвуютъ въ пользу законности. Однимъ словомъ, при этомъ источникѣ наблюдается полная гармонія права и жизни.

Но не столько эти соображенія создаютъ сторонниковъ обычному праву, сколько внушаемое послѣднимъ чувство симпатіи. Обычному праву сочувствуютъ подъ вліяніемъ національныхъ и народническихъ тенденцій. Правовые обычаи, развиваясь въ каждомъ народѣ особо, являются отраженіемъ его національности, его историческаго характера, тогда какъ законодательство гораздо болѣе подвержено космополитическому направленію. Съ другой стороны обычаи вырабатываются самою народною жизнью, а законъ представляетъ нормы насильно навязанныя народу. Законы, говорятъ, не даютъ народу устроиться въ правовой жизни такъ, какъ ему самому хочется.

Сторонники обычнаго права указываютъ совершенно правильно на конкретный характеръ его положеній въ противоположность законодательнымъ нормамъ. Но едва ли въ этомъ обстоятельствѣ можно видѣть достоинство обычнаго права. Чѣмъ болѣе усложняется жизнь, тѣмъ болѣе нормъ требуетъ она и если эти нормы не

будутъ объединяться, а, напротивъ, будутъ сохранять конкретный характеръ, то количество ихъ настолько возрастетъ, что знаніе ихъ станетъ невозможнымъ. Сопоставляя законодательства, сохранившія казуистическій характеръ въ своихъ постановленіяхъ, съ законодательствами, успѣвшими придать болѣе отвлеченный характеръ своимъ положеніямъ, мы видимъ, какъ велики преимущества вторыхъ. Во сколько же разъ затруднительнѣе, при современномъ сложномъ обществѣ, пользоваться правовыми обычаями, болѣе казуистическими, чѣмъ какой либо законъ. Не только знаніе, но и примѣненіе казуистическихъ нормъ труднѣе, потому что всякій сколько нибудь уклоняющійся случай уже не подходитъ подь норму.

Условія образованія обычнаго права способствуютъ крайнему разнообразію его нормъ. Каждая мѣстность, каждая сколько нибудь обособленная группа создаетъ свои особыя нормы. Правовые обычаи отличаются вовсе не по національнымъ особенностямъ: въ предѣлахъ одной и той же націи появляется масса разнообразныхъ нормъ для опредѣленія одного и того же отношенія. Яркимъ примѣромъ можетъ служить дореволюціонная Франція. И въ Россіи по одному и тому же вопросу существуетъ необозримое разнообразіе обычаевъ, напр. по наследованію. И этимъ именно объясняется тотъ фактъ, что до сихъ поръ никому не удалось уловить основной типъ, основныя черты наследованія въ русской крестьянской средѣ. Между тѣмъ правовое разнообразіе затрудняетъ взаимныя сношенія и общая тенденція, обнаруживаемая въ исторіи,—это стремленіе развязаться съ правовой пестротой и по возможности приблизиться къ единству. Этому направленію можетъ пойти на встрѣчу только законъ.

Съ практической стороны нормы обычнаго права страдаютъ крупнымъ недостаткомъ—неопредѣленностью содержанія. Если по поводу законовъ, отчеканенныхъ въ опредѣленную форму, возбуждается сомнѣніе относительно истиннаго ихъ содержанія, то во сколько разъ больше должны быть такого рода затрудненія въ отношеніи правовыхъ обычаевъ, которые сохраняются лишь въ памяти и воспроизводятся каждымъ, какъ кто понимаетъ. Отсюда полный просторъ толкованія нормъ обычнаго права по собственному разуму и чувству. Эта неопредѣленность правовыхъ обычаевъ затрудняетъ суды въ пользованіи этимъ источникомъ, эта неопредѣленность разбивала всѣ попытки полюмпниковъ современнаго обычнаго права собрать и объединить эти нормы.

По условіямъ своего образованія правовые обычаи складываются весьма медленно. Нуженъ большой промежутокъ времени, чтобы однообразно повторяемое дѣйствіе превратилось въ обычай и въ качествѣ таковаго запечатлѣлось въ памяти. Между тѣмъ современная жизнь идетъ быстрымъ темпомъ и едва успѣвшия принять форму обычая уже отстаютъ отъ жизни. Выдвигающаяся потребность въ новыхъ нормахъ создаетъ новые образцы, которые начинаютъ нормироваться на прежнихъ, еще не отложившихся пластахъ. Отсюда получается полное отрицаніе обычнаго права условіями его образованія. Представимъ себѣ только, что опредѣлить отношенія по желѣзно-дорожной перевозкѣ предоставлено было бы не закону, а обычаю: едва ли бы общество удовлетворилось такими нормами.

Эта медленность образованія нормъ обычнаго права придаетъ имъ отпечатокъ косности. Приспособляемость правовыхъ обычаевъ къ мѣняющимся условіямъ жизни—свойство совершенно мнимое и противорѣчащее всей исторической дѣйствительности. Согласіе между обычнымъ правомъ и жизнью возможно лишь въ простомъ, не сложномъ быту, когда жизнь течетъ спокойно, монотонно, когда преобладаетъ натуральное хозяйство, передвиженіе слабо, люди крѣпко живутъ на своихъ пещерахъ и помнятъ о всѣхъ дѣйствіяхъ своихъ отцовъ и дѣдовъ, когда общество представляетъ незначительную и однообразную массу. Но когда жизненный пульсъ начинаетъ бить сильнѣе, когда отношенія между людьми усложняются, возникаютъ мѣшечья сдѣлки, а умственное и матеріальное различіе создаетъ острую борьбу между членами общества—только законъ, парящій надъ борющимися интересами, способенъ руководить общественною жизнью. Только онъ въ состояніи указать обществу новые пути, оказать сильное нравственное воздѣйствіе на общественную среду, умирять отношенія, сглаживать борьбу. Конечно, не всегда законъ выполняетъ свое назначеніе, порою онъ оказываетъ обратное дѣйствіе, но важно то, что онъ способенъ примирять отношенія, двигать жизнь по наиболѣе пригодному для большинства гражданъ пути, тогда какъ правовые обычаи не способны на это. Тамъ, гдѣ обычное право дѣйствуетъ оцупью, тамъ законъ обнаруживаетъ сознательное вмѣшательство. Не довѣрять въ этомъ отношеніи законодателю, вооруженному теоріею, и оставаться на почвѣ народной эмпирики, это значить не вѣрить вообще въ нравственное вліяніе образованія. Не обычаи, а законы создали фабричное законодательство, борьбу съ ростовщичествомъ, фальсификаціей и т. п.

Литература: Объ историческомъ соотношеніи закона и обычнаго права см. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. II, ч. 1, § 25.—Признають судебныя рѣшенія первою формою выраженія права: Мэнъ, *Древнее право*, 1873, стр. 6, Markby, *Elements of Law*, 1839, стр. 57—60, Richard, *L'origine de l'idée de droit*, 1892, стр. 17—18, Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1894, т. I, стр. 9. Вліяніе письма и печатанія на разсматриваемое отношеніе указано Urban, *Cours d'encyclopédie du droit*, 1893, стр. 29; нежеланіе со стороны жрецовъ записывать свои юридическія знанія объясняется у Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, т. I, 1887, стр. 137.

Догматическому соотношенію закона и обычнаго права посвящены у Adiches, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, стр. 70—81 и Sturm, *Der Kampf des Gesetzes mit der Gewohnheit*, 1877. Оба автора (стр. 72, стр. 23) приходятъ къ противоположнымъ выводамъ относительно способности обычнаго права отмѣнить законъ. Впрочемъ Sturm впоследствии сильно измѣнилъ свои взгляды см. *Recht und Rechtsquellen*, 1883, особенно стр. 25. См. также диссертацию Rosenthaler, *Gesetz und Gewohnheit*, 1893 (примѣкаетъ къ взгляду Adiches). Подчиненное положеніе обычнаго права по отношенію къ закону признають: Meier, *Die Rechtsbildung in Staat und Kirche*, 1861, стр. 18, Laband, *Staatsrecht*, I, стр. 580, Zitelmann, (Arch. f. civ. Praxis, т. 66, стр. 323), Rümelin (Jahr. f. Dogm. т. 27, стр. 153), Карасевичъ, *Обычное право Франціи*, 1875, стр. 46. Напротивъ признають за обычаемъ способность отмѣнить законъ Puchta, *Gewohnheitsrecht*, т. I, стр. 154, Savigny, *System*, т. I, стр. 196, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, стр. 176, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, стр. 50, Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, т. I, стр. 94, Петражицкій, *Очерки философіи права*, I, 1900, стр. 33—34. Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 304. Въ германской литературѣ по этому вопросу получилось довольно странное явленіе. Нѣкоторые авторы, настаивая теоретически на возможности для обычнаго права отмѣнить законъ, встрѣтились съ затрудненіемъ въ постановленіи императора Константина (I. 2 Cod. quae sit longa consuetudo, 3, 52) въ которомъ выражена, хотя и не вполне ясно, мысль не совпадающая съ этимъ взглядомъ. Потрачено было не мало остроумія на то, чтобы дать этому римскому закону, признаваемому обязательнымъ для Германіи, такое значеніе, которое бы открывало обычному праву возможность отмѣнять законъ. Между тѣмъ было бы послѣдовательнѣе отвергнуть самую силу такого закона или признать его отмѣненнымъ силою обычая. Въ этой нерѣшительности сказалась неправильность теоретической точки зрѣнія. Самъ Puchta утверждаетъ, что законодатель обязанъ и можетъ отмѣнить обычныя нормы, противныя религіи, добрымъ нравамъ и существующему порядку (*Das Gewohnheitsrecht*, II, стр. 61). Но почему же, спрашивается, обычай не въ состояніи отмѣнить такого закона, какъ и всякій другой? Gierke болѣе послѣдователенъ, когда онъ отрицаетъ всякое значеніе за закономъ, который пытался бы отмѣнить или ограничить силу обычая (*Deutsches Privatrecht*, I, стр. 174). Также совершенно непонятно, почему именно въ абсолютной монархіи признается возможность отмѣны закона обычаемъ (Aubry и Rau, *Cours de droit civil français* т. I, 1897, стр. 96), какъ будто та или и другая организація верховной власти можетъ имѣть здѣсь значеніе (см. возраженія у Roth, *Traité de droit naturel*, I, стр. 626). Во французской литературѣ болѣею частью отрицается возможность отмѣны закона силою обычая: Aubry и Rau, *Cours de droit civil* т. I, стр. 75—76, 96, Нис, *Commentaire du code civil*, т. I, 1892 года, стр. 58—60, Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil*, т. I, 1895, стр. 16 и 84—86, Planiol, *Grande Encyclopedie (Désuétude)*, т. XIV, Gèny, *Méthode d'interprétation*, 1899, стр. 358. Противоположнаго мнѣнія изъ новыхъ авторовъ Beudant, *Cours de*

droit civil français, т. I, 1896, стр. 61 и 110 и Voistel, *Cours de philosophie du droit*, т. II, 1899, стр. 413—415.

Вопросу о желательной постановкѣ отношенія закона къ обычаю, къ сожалѣнію, уделено слишкомъ мало вниманія въ литературѣ. Забытое въ періодъ господства естественной школы, обычное право было выдвинуто на первый планъ исторической школою. Рихта, *Das Gewohnheitsrecht*, ч. I, стр. 213—236 далъ оцѣнку обычнаго права въ ущербъ, конечно, закону. Историческая школа всячески превозносила этотъ источникъ права и еще недавно на защиту его противъ покушеній со стороны составителей проекта германскаго уложенія выступилъ маститый германистъ Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1889, стр. 117—132 и *Deutsches Privatrecht*, 1895, стр. 161. Въ англійской литературѣ защиту обычнаго права противъ кодификаціонныхъ покушеній недавно взялъ на себя Floyd Clarke, *The science of law and of lawmaking*, 1898. Markby, *Elements of law*, 1889, стр. 58, признавалъ, что англійскій судья можетъ идти wherever his good-sense leads him, въ то же время утверждаетъ, что это единственная система under which justice can be done! Но непригодность обычнаго права для настоящаго времени указана была Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, 1865, стр. 345—387 и еще рѣшительнѣе Ihering, *Geist des römischen Rechts*, т. II, ч. 1, 4 изд., стр. 28—50. За полное устраненіе обычнаго права высказался Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht* (Jahrb. für Dogm., т. 27, стр. 225—252). — Въ Россіи обычное право всегда пользовалось чрезвычайною симпатіею подѣ влияніемъ народническихъ тенденцій. Неоднократно дѣлались попытки собранія народныхъ обычаевъ съ цѣлью обнаружить превосходство народнаго правообразованія передъ законодательнымъ. Это слѣбное поклоненіе обычному праву по чувству, а не по разуму, встрѣтило энергичный отпоръ со стороны Петражицкаго въ рядѣ статей, подѣ разными заглавіями въ газетѣ «Право» за 1899 годъ.

§ 32. Понятіе о законѣ. Источникомъ права, преобладающимъ въ настоящее время у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, является законъ, который совершенно отодвинулъ на задній планъ всѣ прочіе источники. Подѣ именемъ закона понимается норма права, непосредственно исходящая отъ государственной власти въ заранѣе установленномъ порядкѣ.

а) Законъ составляетъ непосредственное выраженіе воли государственной власти. Если всѣ вообще нормы права основываются на авторитетѣ государственной власти, если каждой правовой нормѣ сопутствуетъ повелѣніе государства, то только въ законахъ содержаніе нормы исходитъ отъ государственной власти такъ же, какъ и повелѣніе. Содержаніе закона или впервые вырабатывается спеціально предназначенными къ тому государственными органами (законодательными учрежденіями) или же заимствуется изъ народной жизни, изъ ученыхъ сочиненій, изъ другихъ законодательствъ. Но во всякомъ случаѣ, каково бы ни было происхожденіе закона, содержаніе его исходитъ отъ государственной власти, представители которой несутъ на себѣ за него нравственную отвѣтственность. Законъ тѣмъ именно и отличается отъ всѣхъ иныхъ источниковъ

права, что въ немъ какъ содержаніе, такъ и повелѣніе исходятъ отъ государственной власти, тогда какъ въ другихъ юридическихъ нормахъ содержаніе создается помимо государственной власти. Таковы правовые обычаи, автономныя постановленія, каноны.

Если указаннымъ признакомъ законъ отличается отъ всѣхъ источниковъ права, гдѣ содержаніе не исходитъ отъ государственной власти, то тѣмъ же признакомъ законы отличаются отъ тѣхъ нормъ, которыя создаются органами подчиненнаго управленія. Ни распоряженія административныхъ органовъ, издаваемые ими въ предѣлахъ предоставленной имъ исполнительной власти, ни рѣшенія высшихъ судебныхъ учреждений, публикуемыя къ руководству для единообразнаго толкованія и примѣненія, не могутъ считаться законами.

Естественно, что законы, составляя непосредственное выраженіе воли государственной власти, несомнѣстимы съ существованіемъ въ томъ же государствѣ противорѣчащихъ имъ нормъ права. Очевидно, государственная власть, давая свое повелѣніе нормамъ, выработаннымъ помимо ея вѣдома, не можетъ отказаться отъ своихъ собственныхъ нормъ, уже созданныхъ или предполагаемыхъ. Поэтому всѣ источники стоятъ въ зависимости отъ закона: ни одна норма не можетъ противорѣчить закону, законъ всегда можетъ устраничь стоящую на его пути норму иного происхожденія. Нужна опять таки воля государственной власти, допускающая въ томъ или другомъ случаѣ, въ томъ или иномъ объемѣ, противорѣчіе закону со стороны другихъ источниковъ права. Безъ такого заявленія нельзя признать силы за нормою, противорѣчащей непосредственному выраженію воли государственной власти.

Представленіе о томъ, что такое воля государственной власти, зависитъ отъ организаціи государственной власти въ каждомъ политическомъ обществѣ. Въ абсолютныхъ монархіяхъ эта власть сосредоточивается всецѣло въ рукахъ самодержавнаго монарха, въ конституціонныхъ государствахъ эта власть осуществляется монархомъ совмѣстно съ представительными учрежденіями.

б) Воля государственной власти должна выразиться въ опредѣленной формѣ. Не слѣдуетъ думать, будто эта форма для закона заключается въ письменности. Если въ нашемъ современномъ представленіи онѣ тѣсно связываются, то необходимо имѣть въ виду, что съ одной стороны законы не всегда издавались въ письменной формѣ, но иногда провозглашались въ людныхъ мѣстахъ, а

съ другой стороны, что письменная форма служила и служить другимъ источникамъ права, наукѣ, правовымъ обычаямъ, капонамъ.

Формальный моментъ въ понятіи закона состоитъ въ томъ особомъ порядкѣ составленія, рассмотрѣнія, утвержденія и обнародованія нормъ права, который носитъ названіе законодательнаго. Такой порядокъ для выраженія государственной воли необходимъ совершенно независимо отъ организаціи власти. Если въ конституціонныхъ государствахъ граждане стремятся оградить себя твердымъ законодательнымъ порядкомъ отъ произвола исполнительныхъ органовъ, то и при абсолютномъ режимѣ монархъ можетъ желать, чтобы его подданные знали и выполняли его волю, а для этого онъ долженъ установить форму, которая служила бы для подданныхъ ручательствомъ, что дошедшее до нихъ повелѣніе соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ монарха. Выраженная не въ установленной формѣ, воля монарха не можетъ быть принята за подлинную, т. е. за законъ.

Русское государство принадлежитъ къ абсолютнымъ монархіямъ. И въ немъ установленъ законодательный порядокъ. Конечно, воля государя обязательна для каждаго русскаго подданнаго. Но при отсутствіи непосредственнаго между ними сношенія, подданный можетъ убѣдиться въ ея подлинности только по соблюденію той формы, которая установлена самимъ монархомъ и такъ же обязательна для всѣхъ, какъ и всякое другое выраженіе его воли. Если монархъ объявляетъ, что закономъ слѣдуетъ считать только повелѣніе, выраженное въ опредѣленной формѣ, значитъ, онъ не разрѣшилъ видѣть законъ тамъ, гдѣ эта форма не соблюдена.

Въ конституціонныхъ государствахъ сущность законодательнаго порядка заключается въ принятіи законопроекта представительными учрежденіями и санкціи со стороны монарха, въ Россіи сущность этого порядка состоитъ въ предварительномъ обсужденіи законопроекта въ совѣщательномъ учрежденіи, Государственномъ Совѣтѣ (Св. Зак., т. I, ч. 1, ст. 50) и въ принятіи его государемъ, что обнаруживается изъ собственноручнаго подписанія имъ законопроекта (Св. Зак., т. I, ч. 1, ст. 54). Повелѣнія, не въ этомъ порядкѣ созданныя, не могутъ считаться законами и должны уступать послѣднимъ. Это признается и русскимъ законодательствомъ, которое предусматриваетъ случай несоотвѣтствія Высочайшихъ повелѣній законамъ и разрѣшаетъ такое столкновеніе не въ пользу первыхъ (Св. Зак. т. I, ч. 1, ст. 77).

Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ отвергнуть силу закона за акціонерными уставами, хотя они всѣ, за нѣкоторыми исключеніями, удостоиваются въ Россіи Высочайшаго утвержденія, потому что Высочайшая воля выражается здѣсь не въ той формѣ, какая установлена для законовъ. А такъ какъ россійская имперія управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ (Св. Зак. т. I, ч. 1, ст. 47), то акціонерные уставы, не разсматриваемые въ Государственномъ Совѣтѣ, не могутъ имѣть силы закона.

е) Воля государственной власти можетъ быть признана закономъ только въ томъ случаѣ, когда она выражается въ видѣ общей нормы, въ видѣ правила поведенія для подчиненныхъ ей лицъ. Поэтому не могутъ считаться законами всѣ тѣ акты воли государственной власти, которыя, хотя и появляются въ законодательномъ порядкѣ, не создаютъ нормъ. Законъ, какъ источникъ юридическихъ нормъ, не можетъ выразиться не въ нормѣ. Это единственно правильное пониманіе закона устраняетъ возможность различать законы въ матеріальномъ и законы въ формальномъ смыслѣ. Подъ именемъ послѣднихъ понимаютъ всѣ акты воли государственной власти, если они выразились въ законодательной формѣ. Въ такихъ актахъ имѣется на лицо воли государственной власти и законодательная форма, недостаетъ третьяго признака—нѣтъ нормы, а потому въ нихъ нельзя видѣть законовъ.

Съ этой точки зрѣнія должно отвергнуть характеръ закона за актомъ экспроприаціи, потому что послѣдняя не создаетъ общаго правила, хотя и проходитъ въ Россіи законодательный порядокъ (Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 576). Не могутъ быть признаны въ силѣ закона судебное рѣшеніе (Св. Зак. т. I, ч. 1, ст. 68) и сепаратный указъ (Св. Зак. т. I, ч. 1, ст. 67), какъ напр. учрежденіе надъ кѣмъ нибудь опеки по Высочайшему повелѣнію (т. X, ч. I, ст. 296), измѣненіе Высочайшею волею завѣщаній частныхъ лицъ (Св. Зак. т. I, ч. 2, учр. ком. мин., ст. 26, п. 8), Высочайшее пожалованіе кому либо недвижимости въ собственность (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 934). Во всѣхъ послѣднихъ случаяхъ на лицо воля государственной власти, но нѣтъ ни нормы, ни законодательной формы.

Литература. По мнѣнію Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3 изд., 1895, т. I, стр. 491 и 493, тотъ, кто видитъ сущность закона въ созданіи юридическаго положенія (in der Schaffung eines Rechtssatzes), теряетъ возможность научно уяснить себѣ понятіе о законодательствѣ. Содержащіяся въ пандектахъ правила стали юридическими положеніями съ того момента, какъ были написаны,

римскими же законами они стали только со времени санкции Corpus juris. Лабандъ ошибается. Юридическими эти положенія стали только съ послѣдняго момента. И если бы дѣйствительно сущность законодательства заключалась въ санкціи, то мы потеряли бы возможность отличать законы отъ прочихъ нормъ, которыя также держатся повелѣніемъ государственной власти.—Различіе законовъ въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ обязано своимъ происхожденіемъ Laband, который въ своей работѣ *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassung unter Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes*, 1871, выдвигнулъ эту теорію по соображеніямъ практическимъ: чтобы опредѣлить, можно ли считать закономъ бюджетъ. Это ученіе онъ поддерживаетъ въ *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* т. I, § 54. Такое различіе принимаютъ: Georg Meyer, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats* (Z. f. d. Pr. u. Off. Recht, т. VIII, 1881, стр. 1—53) и его же *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4 изд. 1895, § 155, Jellineck, *Gesetz und Verordnung*, 1887, стр. 226 и слѣд., Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, 1886, Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, 1891, Schultze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1881, стр. 519, Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 302. Слѣдуетъ признать, что между сторонниками этого различія нѣтъ соглашенія относительно признаковъ, по которымъ слѣдуетъ производить разграниченіе между этими двумя понятіями. По мнѣнію Лабанда законъ въ матеріальномъ и законъ въ формальномъ смыслѣ относятся другъ къ другу не какъ родъ къ виду, не какъ болѣе широкое и болѣе узкое понятіе; но это два совершенно разныхъ понятія, изъ которыхъ каждое опредѣляется особыми признакомъ: одно по содержанію волеизъявленія, другое по формѣ его (т. I, стр. 542). Напротивъ Мейеръ утверждаетъ, что «законъ въ формальномъ смыслѣ можетъ по своему содержанію быть или закономъ въ матеріальномъ смыслѣ, т. е. имѣть своимъ предметомъ общія повелѣнія, или же распоряженіемъ, т. е. опредѣлять конкретныя отношенія» (стр. 486).—Если законъ есть источникъ объективнаго права, т. е. юридическихъ нормъ, то онъ не можетъ не быть нормою. Поэтому все то, что не имѣетъ характера нормы, не можетъ быть закономъ. Считать законами повелѣнія о государственномъ займѣ, о приобрѣтеніи въ казну желѣзной дороги, объ экспропріаціи участка земли, можно только въ виду всеобщаго характера такихъ повелѣній. Однако по признаку обязательности можно было бы считать законами и судебныя рѣшенія (Св. Зак. т. I, ч. 1 ст. 68) и договоры (Code Nap. § 1134). Противниками различія закона въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ являются Martitz, *Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht* (Z. f. d. ges. Staatswiss., т. 36, 1880); Zorn, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, т. I, 1880, стр. 108, прим., т. II, 1883, стр. 330, и особенно Haenel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, 1889, Ивановскій, *Новыя ученія о законѣ* (Вопросы государственнаго управленія, социологіи и политики, 1899, стр. 107—120). Противъ того взгляда, что законъ долженъ быть общимъ правиломъ, высказались: Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, т. I, стр. 489, Jellineck, *Gesetz und Verordnung*, стр. 236, Haenel, *Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, стр. 116, изъ цивилистовъ Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 138. Настаиваютъ на законѣ, какъ на нормѣ: Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1895, стр. 21, прим., Schultze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1881, стр. 517, Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, 1886, стр. 63.

По вопросу о возможности различить въ русскомъ правѣ законы и указы, исходящіе отъ Государя Императора, мнѣнія русскихъ юристовъ раздѣлились. Ренненкампфъ, *Очерки юридической энциклопедіи*, 1880, стр. 92, отрицаетъ это различіе, утверждая, что «всѣ повелѣнія Государя есть законъ, какъ бы ни

было различно ихъ содержаніе и внутренняя природа». Того же мнѣнія Александръ въ, *Русское государственное право*, 1892, стр. 232, Романовичъ-Словатиинскій, *Система русскаго государственнаго права*, 1886, стр. 188. Напротивъ Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, т. I, 1875, стр. 51—54 отстаиваетъ это различіе и по формѣ и по содержанію. Точно также Коркуновъ признаетъ, что «не всякое Высочайшее повелѣніе законъ, а лишь то, которое состоялось согласно ст. 50 Осн. Зак., т. е. по предварительному обсужденію въ государственномъ совѣтѣ». (*Лекціи по общей теоріи права*, 1897, стр. 310, Указъ и законъ, 1894, стр. 327). Тотъ же взглядъ проводитъ Ивановскій, *Русское государственное право*, т. I, ч. 1, 1895, стр. 119—120. Въ государствахъ конституціонныхъ различіе между законами и указами (*Verordnung, décret, order*) проводится смотря по тому, исходить ли актъ отъ монарха совмѣстно съ представительными учрежденіями или же отъ одного монарха.

§ 33. Виды законовъ. По своему содержанію законы представляютъ различные виды. Здѣсь обращается вниманіе лишь на тѣ различія, которыя имѣютъ значеніе въ области гражданскаго права.

1. Безусловно все законы выражаютъ волю государственной власти, обращены къ подчиненнымъ ей лицамъ и составляютъ по существу повелѣніе. По формѣ выраженнаго въ нихъ повелѣнія законы различаются какъ а) повелѣніе въ тѣсномъ смыслѣ слова и б) запрещеніе. Объединяясь въ стремленіи возбудить въ гражданахъ наклонность согласовать свое поведеніе съ требованіями правового порядка, повелительные законы въ томъ отношеніи расходятся съ запретительными, что они побуждаютъ къ совершенію опредѣленныхъ дѣйствій, тогда какъ вторые останавливаютъ намѣреніе совершить опредѣленные дѣйствія. Въ первомъ случаѣ лицамъ, желающимъ вызвать извѣстныя юридическія послѣдствія, установить охраняемое правомъ отношеніе, законы предписываютъ совершить то или другое. Во второмъ случаѣ лицамъ, желающимъ установить юридическое отношеніе, законы предписываютъ воздержаться отъ дѣйствій, направленныхъ къ этой цѣли, угрожалъ имъ или ничтожностью результатовъ или совсѣмъ иными послѣдствіями, чѣмъ тѣ, какихъ эти лица ожидаютъ. Примѣромъ повелительныхъ законовъ можетъ служить положеніе, въ силу котораго отчужденіе отданной въ наемъ недвижимости не прекращаетъ аренднаго договора (герм. улож. § 571) или требованіе, чтобы договоры на сумму свыше 150 франковъ облакались въ письменную форму (франц. кодексъ § 1341). Примѣромъ законовъ запретительныхъ можетъ служить запрещеніе иностранцамъ пріобрѣтать недвижимость въ пограничныхъ губерніяхъ (Св. Зак. т. IX, ст. 830, прил. къ прим. 2), или запрещеніе вступать въ бракъ лицамъ, находящимся въ близкихъ степеняхъ родства (австр. улож. § 65).

Всѣ законы, въ какой бы формѣ не выражались они, всегда являются или повелѣніями въ тѣсномъ смыслѣ слова или запрещеніями. Рядомъ съ повелительными и запретительными законами нѣтъ мѣста какой либо третьей группѣ. Это утвержденіе отвергаетъ довольно распространенный взглядъ относительно существованія законовъ дозволильныхъ. Дозволеніе и повелѣніе—понятія несовмѣстимыя въ одномъ и томъ же положеніи. Признаніе извѣстнаго закона дозволеніемъ равносильно отрицанію въ немъ повелѣнія, но норма, лишенная такого характера, не можетъ быть юридическою. Немыслимо логически дозволить что либо подъ угрозой невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ непослушанія.

Отрицать фактъ существованія во многихъ законодательствахъ такихъ дозволильныхъ положеній—невозможно. Но отсюда еще не вытекаетъ, чтобы эти положенія слѣдовало признавать нормами права. Нерѣдко законодатель, желая повліять на исторически сложившееся представленіе о запрещеніи, даетъ указаніе на дозволенность того, что до сихъ поръ считалось запрещеннымъ. Иногда законодатель указываетъ на дозволенность, гдѣ при практическомъ примѣненіи закона обнаружилось сомнѣніе. Въ этихъ случаяхъ законодатель, принимая въ соображеніе, что большинство гражданъ не имѣетъ юридической подготовки, оставляетъ повелительный тонъ и беретъ на себя роль наставника. Онъ уже не приказываетъ, онъ только учитъ. Напр. въ Россіи крестьянское сословіе, бывшее долго въ состояніи крѣпостномъ, не могло пріобрѣтать недвижимости въ собственность. Освобожденіе крестьянъ само собою уничтожило прежнее запрещеніе. Но законодатель, желая разсѣять сомнѣніе, исполнивъ естественное въ массѣ населенія, сдѣлалъ постановленіе, что каждый сельскій обыватель можетъ пріобрѣтать недвижимости въ собственность (Св. Зак. т. IX, ст. 678). Это положеніе не юридическаго характера, потому что въ немъ нѣтъ повелѣнія. Если бы его устранить изъ законодательства, правовой порядокъ остался бы въ точности тѣмъ же, каковымъ былъ и при немъ.

2. Въ области гражданскаго права законодатель даетъ широкій просторъ умотрѣнію гражданъ въ опредѣленіи ихъ взаимныхъ отношеній. Поведеніе частныхъ лицъ въ отношеніи другъ друга опредѣляется, въ допущенныхъ предѣлахъ, ихъ собственною волею. Только при отсутствіи такой самоопредѣляющей воли или при недостаточномъ ея выраженіи, законъ даетъ положенія, которыя должны опредѣлить то или иное конкретное отношеніе. Такой характеръ свойственъ по преимуществу гражданскимъ законамъ и боль-

шинство гражданскихъ законовъ носить по преимуществу такой характеръ. Рядомъ съ ними, другіе гражданскіе законы регулируютъ поведеніе частныхъ лицъ, не оставляя усмотрѣнію послѣднихъ никакого простора.

На этомъ основаніи повелительные законы представляются въ двухъ видахъ: а) законовъ принудительныхъ б) и законовъ восполнительныхъ. Принудительные законы опредѣляютъ сами содержаніе юридическаго отношенія. Примѣромъ такого рода законовъ можетъ служить положеніе, въ силу котораго товарищи торговаго дома отвѣчаютъ за долги послѣдняго всѣмъ своимъ имуществомъ (Св. Зак. т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 77) или положеніе, въ силу котораго состоявшаяся передача проданной вещи переноситъ рискъ гибели ея или случайнаго ухудшенія съ продавца на покупателя (герм. гражд. улож. § 446).

Восполнительные законы опредѣляютъ содержаніе юридическаго отношенія лишь настолько, насколько частныя лица не опредѣлили его по своему усмотрѣнію. Конечно, и эти законы отличаются принудительнымъ признакомъ, свойственнымъ вообще всякой юридической нормѣ. Они также опредѣляютъ принудительно поведеніе гражданъ, но, допуская возможность для послѣднихъ установить содержаніе каждаго конкретнаго отношенія по своему желанію, они дѣйствуютъ при недостаткѣ этой воли, какъ и вообще всѣ законы дѣйствуютъ при наличности извѣстныхъ фактическихъ условій. Примѣромъ такого рода законовъ можетъ служить положеніе, въ силу котораго, за отсутствіемъ договора, между супругами по поводу избранной ими системы имущественныхъ отношеній, признается законная система (франц. гражд. код. § 1387), или положеніе, въ силу котораго товарищи получаютъ изъ чистой прибыли прежде всего 4% на свой взносъ (герм. торг. улож. § 121).

Различіе законовъ принудительныхъ и восполнительныхъ относится только къ повелительнымъ законамъ. Законы запретительные не могутъ быть восполнительными.

3. По тѣмъ послѣдствіямъ, какими угрожаютъ законы нарушителямъ ихъ приказовъ, издавна принято различать нѣсколько видовъ. а) Законы, устанавливающіе недѣйствительность дѣйствій, совершенныхъ вопреки предписанію права. Эти законы, носившіе у римлянъ названіе *leges perfectae*, являются наиболѣе типичными въ области гражданскаго права. Примѣромъ такихъ законовъ можетъ служить постановленіе, предписывающее совершать акты объ укрѣпленіи вещныхъ правъ на недвижимости въ крѣпостной фор-

мѣ (Св. Зак. т. XVI, ч. I, нотар. пол., ст. 66). b) Законы, устанавливающіе, сверхъ недействительности дѣйствій, совершенныхъ вопреки предписанію права, еще уголовное наказаніе. Примѣромъ такихъ законовъ, носившихъ у римлянъ названіе *leges plus quam perfectae*, можетъ служить постановленіе, угрожающее тюремнымъ заключеніемъ купившему имѣніе завѣдомо у малолѣтняго (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 218, прим). c) Законы, которые хотя и признають дѣйствительность дѣйствій, совершенныхъ вопреки предписанію права, но въ то же время устанавливають для нарушителей уголовное наказаніе. Примѣромъ такихъ законовъ, по римской терминологіи *leges minus quam perfectae*, является законъ, угрожающій тюрьмою или монастыремъ лицамъ, вступившимъ въ бракъ безъ согласія родителей (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 6). Нѣкоторые желаютъ установить еще четвертую группу законовъ, *leges imperfectae*, съ которыми не соединяются какія либо опредѣленные послѣдствія. Примѣромъ такихъ законовъ является постановленіе, въ силу котораго родители обязываются своихъ сыновей отдавать на службу, а дочерей въ замужество (Св. Зак. т. X, ч. I, ст. 174). Но такія нормы, лишенные санкціи, только по недоразумѣнію попадаютъ въ систему права.

Терминологія. Дѣленіе законовъ на различныя виды должно быть отнесено ко всѣмъ вообще нормамъ, такъ что напр. слѣдовало бы говорить не о повелительныхъ или запретительныхъ законахъ, но о повелительныхъ и запретительныхъ нормахъ.—Терминологія различныхъ, указанныхъ въ текстѣ, видовъ представляется совершенно не разработанною: каждый ученый примѣняетъ свои термины. Это объясняется тѣмъ, что долгое время наука употребляла римскіе термины и когда пришлось ихъ перевести на современные языки, оказалось, что жизнь не выработала такихъ терминовъ. Болѣе всего старанія и въ то же время наиболѣе разнообразія обнаружилось въ германской литературѣ. Для различія повелительныхъ и запретительныхъ нормъ употребляются выраженія *Gebot* и *Verbot*. Для различія принудительныхъ и восполнительныхъ законовъ существуютъ термины: съ одной стороны *absolutes* (Baron, Unger), *zwingendes* (Dernburg, Gierke), *gebietendes Recht*, съ другой стороны *vermittelndes* (Savigny), *ergänzendes* (Wächter), *nachgiebiges* (Windscheid), *dispositives Recht* (Unger). Понятно, что терминологія эта также мало установилась и въ русской литературѣ.

Литература. Ученіе о различныхъ видахъ законовъ разрабатывается по преимуществу въ уголовномъ и гражданскомъ правовѣдѣніи, въ каждомъ съ своей точки зрѣнія. Но въ этомъ отношеніи уголовное правовѣдѣніе стоитъ выше гражданского. Такой обстоятельности, какая обнаруживается въ трудахъ напр. *Binding, Handbuch des Sfratrechts*, т. I, 1835 или Таганцева, *Лекціи по уголовному праву*, в. I, 1887, трудно найти у цивилистовъ. Конечно, это предметъ энциклопедіи права.—Что всѣ законы могутъ быть сведены къ повелительнымъ или запретительнымъ, утверждаютъ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 2—3, 292, Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, 1886, стр. 29, Bierling, *Juristische Principienlehre*, т. I, 1894, стр. 87, 93, Aubry и

Rau, *Cours de droit civil français*, т. I, 1897, стр. 174. Существуют защитники дозволильных законов: Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 59, Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1900, стр. 46, Малышевъ, *Курсъ общаго гражданскаго права*, т. I, 1878, стр. 121. Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 113 (рус. пер. стр. 94), примыкая къ этому же воззрѣнью, весь этотъ споръ считаетъ почему то малопродуктивнымъ (прим. 9). Въ русской литературѣ этотъ взглядъ нашелъ въ послѣднее время горячаго защитника въ лицѣ Гредескула, *Къ учению объ осуществленію права*, 1900, стр. 52—66. Съ этой точки зрѣнія нельзя не придти къ заключенію, что общепринятое до сихъ поръ положеніе «что не запрещено—дозволено» должно быть замѣнено положеніемъ «что не дозволено—запрещено».—Обыкновенно не повелительные законы раздѣляютъ на принудительные и восполнительные, но принудительные законы дѣлятъ на повелительные и запретительные (Баронъ, *Система римскаго гражданскаго права*, рус. пер. 1898, в. I, стр. 35, Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 130, рус. пер. стр. 122, Dernburg, *Pandekten*, т. I, 1900, стр. 67), но этимъ отрицается за восполнительными законами повелительный характеръ, что нельзя признать правильнымъ. Нѣкоторые различаютъ въ восполнительныхъ законахъ два вида: а) толкующіе волю частныхъ лицъ и б) отступающіе передъ выраженной волею частныхъ лицъ (Сроме, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 69—70, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 124, Dernburg, *Pandekten*, т. I, стр. 70).—Аненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, 1899, стр. 65, напрасно упрекаетъ меня за то, что въ моемъ Учебникѣ русскаго гражданскаго права я пропустилъ группу законовъ *leges minus quam perfectae*. Въ дѣйствительности я пропустилъ намѣренно *leges imperfectae*. Самъ Анненковъ приводитъ совершенно несправильные примѣры этого рода законовъ, какъ напр. запрещеніе дарить родовыя недвижимости.

§ 34. Дѣйствіе законовъ во времени. Законъ, какъ норма, опредѣляющая поведеніе гражданъ, имѣетъ начальный и конечный моменты своего дѣйствія. Вопросъ, съ какого момента времени законъ начинаетъ примѣняться и съ какого момента его не слѣдуетъ болѣе примѣнять—чрезвычайно важенъ въ практическомъ отношеніи.

Опредѣлить начальный моментъ дѣйствія закона можно двояко. Можно положить въ основу тотъ принципъ, что обязательность юридической нормы зависитъ отъ возможности для гражданъ ознакомиться съ ея содержаніемъ, а такъ какъ номеръ изданія, въ которомъ законъ напечатанъ, распространяется по странѣ постепенно, то и законъ долженъ получать примѣненіе по мѣрѣ полученія номера въ той или другой мѣстности. Такого взгляда придерживается французское законодательство. Въ Парижѣ, гдѣ издается *Journal Officiel*, законъ получаетъ примѣненіе на другой день послѣ выхода въ свѣтъ соотвѣтствующаго номера, въ провинціи же онъ вступаетъ въ силу постепенно, принимая во вниманіе разстояніе мѣстности отъ Парижа. Но при всемъ желаніи поставить въ связь обязательность закона съ возможностью ознакомленія, система эта все таки

не можетъ обойтись безъ фикціи: она принимаетъ въ соображеніе только тотъ день, когда законъ могъ сдѣлаться извѣстнымъ, а не тотъ, когда онъ дѣйствительно сталъ извѣстнымъ. Если произошло крушеніе почтоваго поѣзда, то это еще не отсрочиваетъ дѣйствія закона для той мѣстности, которая, благодаря несчастной случайности, лишена была фактически возможности ознакомиться съ содержаніемъ новаго закона. Такое постепенное вступленіе закона въ дѣйствіе пріобрѣтаетъ большое неудобство съ того времени, какъ дѣлается возможнымъ вступать въ сдѣлки при помощи телеграфа или телефона, на большихъ разстояніяхъ, находящихся въ одинъ и тотъ же моментъ подъ дѣйствіемъ разныхъ законовъ.

Поэтому всѣ преимущества лежатъ на сторонѣ той системы, которая признаетъ начало дѣйствія закона одновременнымъ для всего государства, а для этого законъ послѣ обнародованія остается всегда нѣкоторое время въ бездѣйствіи. Такъ въ Германіи всякій законъ вступаетъ въ силу спустя 14 дней со времени напечатанія его въ Reichsgesetzblatt. Предполагается, что въ эти дни законъ успеетъ стать общеизвѣстнымъ. При несомнѣнныхъ преимуществахъ такой системы, слѣдуетъ однако признать, что она неудобна для очень большихъ государствъ, какъ напр. Россія, гдѣ почтовое распространеніе естественно должно быть довольно медленно: или придется установить слишкомъ длинный срокъ бездѣйствія закона, чтобы дать возможность достигнуть официальному номеру въ самые глухіе уголки, или же раздѣлить государство на районы, т. е. обратиться къ первой системѣ.

Но, кромѣ такого общаго срока, весьма краткаго, въ теченіе котораго законъ уже обнародованный, остается въ бездѣйствіи, законодатель нерѣдко, въ виду важности и сложности закона, назначаетъ особый, болѣе или менѣе продолжительный срокъ, на время котораго пріостанавливается дѣйствіе закона (*vacatio legis*). Такъ напр. Сводъ Законовъ, изготовленный въ 31 января 1833 года, вступилъ въ силу только 1 января 1835, гражданское уложеніе Германіи, обнародованное въ августѣ 1896, вступило въ силу только 1 января 1900 года. Такой пріемъ слѣдуетъ признать вполне цѣлесообразнымъ, если законодатель признаетъ, что граждане должны добросовѣстно подготовиться къ довольно существенному измѣненію въ правовомъ порядкѣ и если онъ придаетъ реальное значеніе общеобязательности знанія законовъ.

Въ жизни закона весьма важны слѣдующіе три момента: составленіе, обнародованіе, вступленіе въ силу. По воззрѣнію всѣхъ

континентальныхъ государствъ законъ получаетъ примѣненіе только съ послѣдняго момента. Само по себѣ обнародованіе еще не производитъ такого результата. Слѣдовательно, если послѣ обнародованія закона, но до вступленія его въ силу, издается новый законъ, измѣняющій постановленіе перваго, то онъ можетъ имѣть примѣненіе лишь до тѣхъ поръ, пока не вступитъ въ силу первый законъ. Въ февралѣ 1877 года въ Германіи обнародованы были судебные уставы, для которыхъ начальный моментъ дѣйствія определенъ былъ 1 октября 1879 года. Въ маѣ того же года издается законъ о привилегіяхъ, вступившій въ силу 1 іюня 1877 года. Въ этомъ законѣ содержались постановленія, несогласныя съ уставомъ гражданскаго судопроизводства по вопросу о доказательствахъ при помощи экспертовъ. Если принимать въ соображеніе моментъ обнародованія, то слѣдуетъ признать, что законъ о привилегіяхъ отмѣнилъ нормы устава гражданскаго судопроизводства въ соответствующемъ отдѣлѣ. Но если имѣть въ виду моментъ, когда законъ вступаетъ въ силу, то слѣдуетъ признать, напротивъ, что уставъ гражданскаго судопроизводства, вступивъ въ силу 1 октября 1879, отмѣнилъ въ соответствующемъ отдѣлѣ законъ о привилегіяхъ, вступившій въ силу 1 іюня 1877 года.

Предѣльный моментъ дѣйствія закона стоитъ въ зависимости отъ назначенія, какое придастъ законодатель изданной имъ нормѣ. Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ различать законы а) постоянные, б) временные и с) переходные. Первые изъ нихъ рассчитаны на неопределенное время, пока обстоятельства не заставятъ измѣнить правовой порядокъ. Во всякомъ случаѣ ни одинъ законъ не можетъ рассчитывать, что онъ всегда будетъ дѣйствовать и съ этой стороны странно говорить о „вѣчныхъ“ законахъ. Временные законы носятъ сами въ себѣ зародышъ смерти: предѣльный срокъ ихъ дѣйствія predeterminedъ и съ наступленіемъ его они теряютъ свою силу. Такіе законы чаще всего встрѣчаются въ области публичнаго права, но возможны и въ области гражданскаго права. Съ временными законами въ настоящемъ смыслѣ слова не слѣдуетъ смѣшивать т. наз. временныхъ правилъ. Нерѣдко законодатель, предполагая кореннымъ образомъ измѣнить какой либо отдѣлъ права, издаетъ положенія по известной части этого отдѣла до окончанія законодательной работы. Въ Россіи много такихъ временныхъ правилъ, которымъ, по странной случайности приходится существовать гораздо дольше, чѣмъ законамъ, издаваемымъ безъ этого названія. Наконецъ переходные законы имѣютъ свою цѣлью смягчить рѣзкое измѣненіе

въ законодательствѣ и устранить возможные при этомъ сомнѣнія по вопросу, какія нормы должны примѣняться къ отношеніямъ, сложившимся до изданія новаго закона. Дѣйствіе такихъ переходныхъ законовъ прекращается не одновременно, какъ законовъ временныхъ, а постепенно, по мѣрѣ ликвидаціи тѣхъ конкретныхъ отношеній, на которыя они были разсчитаны. Прекращеніе силы такихъ законовъ зависитъ не отъ законодателя, а отъ бытовой обстановки.

Такимъ образомъ, за устраненіемъ законовъ временныхъ и переходныхъ, необходимо рѣшить вопросъ о предѣльномъ дѣйствіи только постоянныхъ законовъ.

Какъ великая правовая норма уступаетъ мѣсто позднѣйшей нормѣ, соответствующей ей съ формальной и матеріальной стороны, такъ и законъ прекращаетъ свое дѣйствіе, когда встрѣчается съ новымъ закономъ, соответствующимъ ему по своему содержанію. Но изданіе новаго закона само по себѣ еще не прекращаетъ дѣйствія стараго закона: отношенія, сложившіяся во время существованія стараго закона продолжаютъ разрѣшаться юридически независимо отъ новаго закона. Это явленіе выражается въ положеніи, что законъ не имѣетъ обратной силы.

Положеніе это можетъ быть разсматриваемо съ двухъ точекъ зрѣнія: а) какъ принципъ законодательной политики и б) какъ догматическое положеніе. Эти двѣ точки зрѣнія не должны быть смѣшиваемы. Принятое въ качествѣ догматическаго положенія, это начало можетъ быть нарушаемо въ качествѣ принципа законодательной политики.

А. Несомнѣнно, что положеніе „законъ не имѣетъ обратной силы“ не связываетъ законодателя. Воля законодателя стоитъ надъ правомъ и потому онъ можетъ, если захочетъ, придать вновь издаваемой нормѣ обратную силу. Какъ и всякое другое приказаніе, оно должно быть исполняемо лицами, подчиненными фактически этой государственной власти. Воля законодателя можетъ встрѣтить препятствіе для своего осуществленія не въ общественныхъ условіяхъ, а въ физическихъ. Законодатель только тогда не въ состояніи придать своему закону обратной силы, когда встрѣчаетъ противодѣйствіе со стороны условій внѣшняго міра. Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ безусловно отвергнуть мнѣніе, будто нарушеніе разсматриваемаго принципа со стороны законодателя противорѣчитъ началамъ естественнаго права, а потому и недопустимо. Мы знаемъ только положительное право.

Исторія знаетъ примѣры, когда законамъ придавалась обратная сила. По закону 6 января 1794 конвентъ, желая привязать молодыя поколѣнія къ новому порядку, издалъ законъ о наслѣдованіи, построенный на началахъ равенства. Этому закону придано было обратное дѣйствіе въ отношеніи наслѣдствъ, открывшихся за 5 лѣтъ до изданія закона: раздѣлы наслѣдствъ, совершенныхъ до этого момента, были признаны ничтожными и наслѣдства подлежали передѣлу согласно новымъ началамъ.

Но, если для законодателя возможно нарушеніе принципа „законъ не имѣетъ обратной силы“, то цѣлесообразно ли оно? Можетъ быть, слѣдовало бы признать, что законодатель никогда не долженъ нарушать этотъ принципъ? Конституція 24 іюня 1793 года въ деклараціи человѣческихъ правъ (§ 14) признала что *l'effet retroactif donné à la loi serait un crime*, а въ конституціи 5 фруктидора II года (23 сентября 1795 г.) выражено что *aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif*.

Основаніе, по которому положеніе „законъ не имѣетъ обратной силы“ возводится въ принципъ законодательной политики, лежитъ въ общественномъ благѣ. Игнорированіе этого принципа породило бы такую неустойчивость въ правовыхъ отношеніяхъ, такую неувѣренность въ значеніи приобретенныхъ правъ, что общественный порядокъ потерялъ бы свое равновѣсіе. Главное достоинство правового порядка заключается въ томъ, что каждый можетъ сообразовать свое поведеніе съ заранѣе установленными порядками. Эта возможность тотчасъ же исчезла бы, если бы приходилось принимать въ расчетъ не только тѣ нормы, которыя установлены, но и тѣ, которыя будутъ установлены. Начало законности требуетъ соблюденія и начала „законъ не имѣетъ обратной силы“.

И, конечно, благоразумный законодатель не отступитъ отъ этого начала въ своей творческой дѣятельности. Но возможны случаи, когда то же общественное благо, тотъ же интересъ наибольшаго числа гражданъ заставитъ отступить отъ этого начала. Это тѣ случаи, когда на порогѣ къ осуществленію этихъ интересовъ лежитъ интересъ меньшинства, который не можетъ быть обойденъ. Напр. при существованіи правъ частной собственности на рабовъ или вѣрностныхъ общій интересъ торжества личной свободы недостижимъ безъ насильственнаго прекращенія этихъ правъ, т. е. законъ, отрицающій на будущее время право собственности на лица, долженъ невольно лишитъ защиты тѣ интересы, которымъ до сихъ онъ давалъ обезпеченность и которые потому только и имѣли цѣн-

ность. Если въ известномъ государствѣ сохранилось право собственности на города, мѣстечки (Россія), въ которыхъ скопляется масса интересовъ другихъ лицъ, невольно поставленныхъ въ зависимость отъ воли собственника, и законодатель придетъ къ рѣшенію пожертвовать интересомъ этого собственника въ пользу интересовъ городскихъ обывателей, то ему придется затронуть право, установленное при старомъ законѣ и въ виду именно обѣщанной имъ охраны. Вопросъ о вознагражденіи не измѣняетъ дѣла, потому что уничтоженіе права остается и при немъ неизбѣжнымъ.

Такимъ образомъ, возможны случаи, когда законодатель не только можетъ, но и долженъ въ интересѣ общаго блага тронуть правъ, твердо установленныхъ до того времени подъ гарантіею закона. Обратная сила новаго закона здѣсь допустима и цѣлесообразна.

В. Въ качествѣ догматическаго положенія, начало „законъ не имѣетъ обратной силы“ отличается безусловнымъ характеромъ. Ни судъ, ни администрація не могутъ, основываясь на цѣлесообразности, отступать отъ этого начала. Это положеніе, общепризнанное современною правовою культурою, составляетъ одинъ изъ краеугольныхъ камней праваго порядка.

Однако, если почти все законодательства признаютъ это начало, то почти ни одно не развиваетъ его, ограничиваясь самымъ краткимъ и общимъ формулированіемъ его. Между тѣмъ примѣненіе этого начала представляетъ большія затрудненія. Изъ этого начала вытекаетъ, что новый законъ долженъ имѣть примѣненіе только къ тѣмъ отношеніямъ, которыя установятся въ будущемъ и не долженъ касаться тѣхъ, которыя установились уже подѣ дѣйствіемъ стараго закона. Но какъ проложить эту грань между областью старыхъ и новыхъ отношеній? Если бы законодатель перечислилъ все возможные случаи вѣроятнаго столкновенія между старымъ и новымъ законами, вопроса не существовало бы. Но такого перечисленія не даетъ ни одно законодательство, да и не въ состояніи дать. Если бы законодатель намѣтилъ по крайней мѣрѣ какіе либо общіе признаки, установилъ руководящее положеніе. Но даже этого не дѣлаетъ ни одно законодательство, хотя они и въ состояніи это сдѣлать.

Очевидно, что отвѣтъ можетъ дать только теорія права, давая свое объясненіе различію прошедшаго и будущаго въ мірѣ права. Правда, нѣкоторые сомнѣваются въ возможности отыскать такой принципъ, а другіе отрицаютъ возможность дать такой принципъ помимо законодателя. Но при томъ и другомъ взглядѣ мы должны

отказаться от примѣненія положительнаго закона. Чтобы примѣнить его, нужно выяснитъ фактическія условія его примѣненія. Сюда и относится выясненіе того, что слѣдуетъ понимать подъ именемъ прошедшаго и будущаго, о которомъ говоритъ законодатель, утверждающій, что законъ долженъ дѣйствовать только на будущее время.

Новый законъ попадаетъ въ круговоротъ юридическихъ отношеній, гдѣ одни уже погасли, другіе зарождаются, а главная масса продолжается. Всѣ они, каковы бы ни были по своей природѣ, основываются на какомъ либо юридическомъ фактѣ. Юридическій фактъ составляетъ начальный моментъ того длящагося состоянія, которое носитъ названіе юридическаго отношенія. Моментъ совершенія юридическаго факта является рѣшающимъ для отличія прошлаго отъ будущаго въ юридическомъ мірѣ. Съ догматической точки зрѣнія нельзя примѣнить новый законъ къ отношеніямъ, основаннымъ на юридическихъ фактахъ, уже происшедшихъ до того момента, когда новый законъ вступилъ въ силу. Слѣдовательно, для рѣшенія вопроса, какой законъ, новый или старый, долженъ быть примѣненъ къ данному юридическому отношенію, необходимо опредѣлитъ, произошелъ ли юридическій фактъ, на которомъ оно основывается, до вступленія новаго закона въ силу или послѣ этого момента: въ первомъ случаѣ будетъ примѣненъ старый законъ, во второмъ первый.

Возьмемъ случай наслѣдованія по закону. Издается новый законъ, по которому выборочныя дѣти, до сихъ поръ совершенно устранимыя отъ наслѣдства, допускаются къ участию въ наслѣдованіи. Въ моментъ вступленія закона въ силу обязанности наслѣдства, уже открытыя, но еще не распределенныя между наслѣдниками. Юридическимъ фактомъ, обосновывающимъ отношеніе, является смерть наслѣдодателя. Поэтому въ этихъ наслѣдствахъ выборочныя дѣти никакого участія не примутъ. Наоборотъ, издастся законъ, устраниющій выборочныхъ дѣтей отъ наслѣдства, въ которомъ до сихъ за ними признавалась извѣстная доля. Случай смерти наслѣдодателей, происшедшіе до вступленія новаго закона въ силу, какъ юридическіе факты, закрѣпляютъ за выборочными дѣтьми ихъ права, хотя бы они и не знали даже объ открывшемся въ ихъ пользу наслѣдствѣ. Приобрѣтательная давность основывается на владѣніи въ теченіи установленнаго времени. Если издается новый законъ, продолжившій срокъ владѣнія, то онъ повліяетъ на всѣ случаи владѣнія, хотя бы оставался одинъ день по старому счету, потому

что пока не прошло все установленное прежнимъ закономъ число лѣтъ—юридическій фактъ еще не произошелъ. Въ договорныхъ обязательствахъ юридическимъ фактомъ, основывающимъ юридическое отношеніе, служитъ состоявшееся между контрагентами соглашеніе. Въ обязательствахъ *ex delicto* такимъ юридическимъ фактомъ, обосновывающимъ правоотношеніе, является правонарушеніе. Слѣдовательно новый законъ не распространяется на всѣ тѣ правоотношенія, гдѣ правонарушеніе произошло до момента вступленія закона въ силу.

Такимъ образомъ ни граждане, ни органы государственной власти при примѣненіи новыхъ законовъ не могутъ придавать имъ обратной силы. Однако, такъ какъ это положеніе имѣетъ безусловное значеніе только въ догматическомъ значеніи, но не съ точки зрѣнія законодательной политики, то возможны и такіе случаи, гдѣ придется придать закону обратное примѣненіе. Что побуждаетъ къ тому законодателя—это вопросъ политики, судъ и администрація могутъ быть побуждены къ тому только смысломъ закона. Законодатель отступаетъ отъ положенія „законъ не имѣетъ обратной силы“, когда признаетъ это пѣлесообразнымъ, судъ и администрація только тогда, когда это приказываетъ законодатель.

Такая обратная сила дается лицами, примѣняющими законъ въ тѣхъ случаяхъ, 1) когда законодатель прямо выразитъ свое желаніе, чтобы закону было придано обратное примѣненіе; 2) когда законъ имѣетъ характеръ аутентическаго толкованія и законодатель, давая толкованіе, можетъ быть и невѣрное, своего прежняго повелѣнія, настаиваетъ на томъ, чтобы послѣднее примѣнялось такъ, какъ онъ его теперь объясняетъ.

Литература. По вопросу объ обратной силѣ законовъ самымъ капитальнымъ сочиненіемъ слѣдуетъ признать *Gabba, Teoria della retroattività delle leggi*, 4 т. 1868—1874, первый томъ посвященъ теоріи вопроса, остальные—примѣненію принципа къ отдѣльнымъ правоотношеніямъ. Затѣмъ слѣдуетъ указать въ нѣмецкой литературѣ *Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, т. VIII, 1849, стр. 368—532, *Lassalle, Das System der erworbenen Rechte*, ч. I, *Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, 1861, 2 изд. 1880; *Goerrert Das Princip «Gesetze haben keine rückwirkende Kraft»* (Jahr. f. Dogm. 1884, т. XXII стр. 1—206), работа неоконченная и неотдѣланная, издана по смерти автора Эккомъ. Во французской литературѣ слѣдуетъ отмѣтить *Vareilles-Sommières, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois* (Revue crit. de légis. et jurispr. т. XXI, 1893, стр. 444—468 и 492—519). Для исторіи вопроса въ литературѣ см. *Gabba*, стр. 144—180, для исторіи вопроса въ положительномъ правѣ, см. *Goerrert*, стр. 14—35, *Gabba*, стр. 38—120.

Господствующею теоріею является воззрѣніе, въ силу котораго новый законъ не касается приобрѣтенныхъ правъ (*droits acquis, erworbene Rechte*) и напротивъ

имѣть полное примѣненіе къ простымъ ожиданіямъ (*simples expectations, blossе Hoffnungen, Erwartungen*). Такого взгляда придерживаются изъ французскихъ и бельгійскихъ юристовъ Demolombe, *Traité de droit civil*, т. I, стр. 67, Beudant, *Cours de droit civil français, ovedenie*, 1896, стр. 131—134, Roussel, *Encyclopédie du droit*, 2 изд. 1871, стр. 97, Orban, *Cours d'encyclopédie de droit*, 1893, стр. 93; изъ германскихъ юристовъ Unger, *System des oestreichischen allgemeinen Privatrechts* т. I, 1892, стр. 115, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, стр. 191, Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1899, стр. 48, Сrome, *System des deutschen Rechts*, 1900, т. I, стр. 115—116, изъ итальянскихъ юристовъ L. Ferrarini, *Note di diritto civile*, 1898, стр. 274—280, Pasquale Fiore, *Il diritto civile italiano*, т. I, 1890, стр. 99—121, Gabba, стр. 180. При всей своей распространенности теорія эта невольно возбуждаетъ сомнѣніе въ своей правильности. Выраженіе «приобрѣтеннаго права» противопоставляется въ философіи права «правамъ прирожденнымъ», но такихъ правъ не существуетъ и слѣдовательно прилагательное «приобрѣтенное» ничего не прибавляетъ къ существительному «право». Съ другой стороны права и ожиданія не могутъ быть противопоставляемы тамъ, гдѣ вопросъ ставится о томъ, на какія права новый законъ не оказываетъ дѣйствія. Въ настоящее время между французскими юристами распространяется теорія, обязанная своимъ происхожденіемъ Laurent, *Principes de droit civil*, т. I, 1869, стр. 213—238. Этотъ авторъ противопоставляетъ право и интересъ, отрицающую обратную силу новыхъ законовъ въ отношеніи правъ и допуская ее въ отношеніи интересовъ. Изъ двухъ возраженій, сдѣланныхъ нами предшествующей теоріи первое здѣсь непримѣнимо, во второе остается въ силѣ. Послѣдователями этой теоріи являются Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 7 изд. 1899, т. I, § 49, Нис, *Commentaire sur le code civil*, 1892, т. I, § 60. По теоріи Varennes-Sommières обратная сила имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ новый законъ лишаетъ насъ права въ прошедшемъ, гдѣ новый законъ уничтожаетъ или измѣняетъ pour l'avenir одно изъ нашихъ правъ à raison d'un fait passé. Неопредѣленность этого возрѣнія не оправдываетъ рѣзкую критику, допускаемую авторомъ по отношенію къ чужимъ мнѣніямъ. Также мало даетъ формула, выдвинутая Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, т. I, 1900, стр. 91: законы дѣйствуютъ обратно, когда онъ обращается къ прошедшему или чтобы опредѣлить условія законности акта или чтобы измѣнить, уничтожить послѣдствія уже осуществленнаго права; внѣ этого объ обратной силѣ не можетъ быть и рѣчи. Авторъ оставляетъ открытымъ, что слѣдуетъ понимать подъ именемъ «уже осуществленное право». Теорія Савиньи, не смотря на весь авторитетъ этого писателя не создала ему послѣдователей (см. впрочемъ Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, т. I, 1885, стр. 60). Савиньи различаетъ законы, опредѣляющіе приобретеніе или потерю правъ со стороны опредѣленныхъ лицъ, и законы, опредѣляющіе существованіе и строеніе правовыхъ институтовъ (*Gesetze über das Seyn oder Nichtseyn, So oder Anderseyn eines Rechtsinstituts*). Первая категорія не должна(!) имѣть обратной силы, вторая должна. И постановка вопроса и рѣшеніе его оправдываютъ неуспѣхъ теоріи Савиньи. Критику этой теоріи даетъ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, § 32, прим. 6. Lassalle пытается обосновать принципъ на понятіи субъективной свободы духа. Не долженъ имѣть обратной силы законъ, который задѣваетъ область отношеній, установленныхъ дѣйствіями и волею субъекта (*durch Thun und Wollen*), напротивъ если новый законъ опредѣляетъ старыя отношенія, установленныя безъ посредства свободной воли частныхъ лицъ, то онъ можетъ дѣйствовать и обратно (т. I, стр. 51—52). Лассаль упускаетъ изъ виду, что его теорія противорѣчитъ его политической тенденціи: право на раба устанавливается куплею—продажею, т. е. договоромъ, т. е. актомъ воли, а слѣдовательно оно должно быть недоступно для новаго закона, а такого вывода авторъ

самъ не желая. Это исканіе общаго принципа привело Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3 изд., 1893, т. I, стр. 210 и Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, стр. 435 къ утверженію, что таковой и не можетъ быть найденъ.—Всѣ цивилисты, выставивъ общее положеніе, немедленно примѣняютъ его къ отдѣльнымъ случаямъ. Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2 изд., т. I, стр. 50, основательно признаетъ этотъ приемъ неправильнымъ и распределяетъ проверку принципа по соответствующимъ отдѣламъ курса.

Законодательства. Начальный моментъ дѣйствія закона опредѣляется разво въ законодательствахъ. Во Франціи законъ вступаетъ въ силу постепенно: по Code civil (§ 1, п. 3) въ Парижѣ и департаментѣ Сены черезъ день послѣ обнародованія въ Journal Officiel, во всѣхъ прочихъ департаментахъ—черезъ день съ присоединеніемъ поверстнаго срока, по одному дню на каждые 10 мириаметровъ, причѣмъ принимается въ соображеніе разстояніе между Парижемъ и главнымъ городомъ департамента. Декретъ 5 ноября 1870 года нѣсколько измѣняетъ этотъ порядокъ, перенося центръ съ главнаго города департамента въ главный городъ arrondissement и замѣняя математическое исчисленіе днемъ дѣйствительнаго полученія номера по почтѣ. Большинство законодательствъ придерживаются одного момента для всего государства: въ Германіи на 14-ый день послѣ выхода въ Берлинѣ соответствующаго номера Reichsgesetzblatt (конст. 1871, § 2), въ Бельгіи по закону 1845 г. на 10-ый день послѣ выхода номера Moniteur, въ Италіи черезъ 15 дней послѣ публикаціи (Cod. civile, disp. prelim. § 1). Австрійское гражданское уложеніе признало дѣйствіе закона тотчасъ по его обнародованіи (авст. гражд. улож. § 1). Въ виду совершенной невозможности допустить обязательность закона, еще неизвѣстнаго, *vacatio legis* стала общимъ правиломъ въ Австріи (Unger, *System*, т. I, стр. 29). Поэтому законъ 27 дек. 1852 г. опредѣлилъ начальный моментъ истеченіемъ 45 дней со времени появленія номера Reichsgesetzblatt. Въ Россіи съ 1863 г. законы публикуются въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Хотя по ст. 59, т. I Св. Зак. законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его объявленія, но этимъ не разрѣшается еще вся трудность вопроса о начальномъ моментѣ дѣйствія закона. Изъ словъ той же статьи, что законъ воспріимлетъ свою силу не прежде, какъ со дня полученія его въ томъ (присутственномъ) мѣстѣ, къ исполненію коего подлежатъ, слѣдуетъ, что русское законодательство придерживается системы постепеннаго вступленія въ силу. Но остается неяснымъ, начинается ли дѣйствіе закона по полученіи его губернскимъ правленіемъ или каждымъ учрежденіемъ въ частности (т. II, общ. учр. губ. ст. 438, п. 1), опредѣляется ли это полученіе фиктивно, на основаніи правильнаго почтоваго движенія, или дѣйствительнымъ его полученіемъ. Вопросы эти породили не мало сомнѣній, см. Таганцевъ, *Лекціи по русскому уголовному праву*, в. I, 1887, стр. 131—133, Малышевъ, *Курсъ общаго гражданского права*, т. I, 1878, стр. 114—118, Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, т. I, 1875, стр. 33. Запутанность законоположеній довела Цитовича, *Курсъ русскаго гражданского права*, т. I, 1878, стр. 44, до признанія вопроса безнадежнымъ. Дѣйствительно, данныя русскаго законодательства не даютъ твердой почвы для рѣшенія этого вопроса. Установить точный порядокъ въ этомъ дѣлѣ составляетъ настоятельную потребность, которая могла бы быть удовлетворена немедленно. Для Россіи представлялось бы цѣлесообразнымъ сохранить систему постепенности, но не въ современномъ видѣ, а въ соединеніи съ системою одновременности. Можно было бы раздѣлить всю территорію на большіе районы, и въ каждомъ изъ нихъ опредѣлить число дней, по прошествіи которыхъ, отъ публикаціи закона въ Петербургѣ, законъ долженъ бы вступать въ силу.

Начало «законъ не имѣетъ обратной силы» было признано римскимъ законодательствомъ (l. 7. C. de leg. 1, 13), оно поддерживалось и каноническимъ правомъ.

Это начало, иногда включавшееся въ конституціонные законы, какъ напр. по французскимъ конституціямъ 1793 и 1795 г.г., по норвежской конституціи 1814 г., въ конституціи герцогства Саксенъ-Альтенбургскаго, теперь исчезло изъ основныхъ законовъ и перешло въ уложенія гражданскія и уголовныя. Для гражданскаго права см. франц. гражд. кодексъ § 2, итал. гражд. кодексъ § 2, исп. гражд. кодексъ, § 3, австр. гражд. улож. § 5. Въ Германіи это начало не нашло себѣ выраженія въ гражданскомъ положительномъ правѣ. Поэтому германскіе юристы вывели его изъ обычнаго права (напр. Giegke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, т. I, стр. 188), но противъ этого основательно возражали, что обычному праву здѣсь некогда сложиться (Gaba, т. I, стр. 123). Въ настоящее время вопросъ объ обратной силѣ новаго гражданскаго уложенія разрѣшается закономъ о введеніи его въ дѣйствіе (§§ 153—218). Но для отдѣльныхъ законовъ на будущее время германское законодательство не содержитъ постановленія. Въ Россіи начало это выражено въ основныхъ законахъ, но отсюда нельзя дѣлать вывода, будто оно обращено къ законодателю. Это видно изъ того, что относящіяся сюда ст. 60 и 61 помѣщены подъ заглавіемъ «о срокѣ, съ коего начинается дѣйствіе закона» и обращены явно къ лицамъ, примѣняющимъ законы. «Законъ дѣйствуетъ только на будущее время. Никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія и сила онаго не распространяется на дѣянія, совершившіяся до его обнародованія». Статья какъ бы разсчитана на уголовные законы. Законъ поступаетъ неправильно, раздѣляя будущее отъ прошедшаго моментомъ обнародованія закона, тогда какъ въ дѣйствительности такимъ раздѣльнымъ моментомъ должно признать вступленіе закона въ силу. Ст. 61 указываетъ на исключенія, когда должно придать закону обратное дѣйствіе: а) когда въ законѣ именно сказано, что онъ есть только подтвержденіе и изясненіе смысла закона прежняго, б) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на времена, предшествовавшія его обнародованію.

§ 35. Дѣйствіе законовъ по мѣсту. Въ предѣлахъ территоріи, подчиненной одной государственной власти, могутъ дѣйствовать только тѣ юридическія нормы, которыя она желаетъ поддерживать. Съ другой стороны государственная власть не можетъ требовать признанія установленныхъ ею нормъ за предѣлами ея воздѣйствія. Поэтому въ предѣлахъ территоріи каждаго государства могутъ имѣть примѣненіе только тѣ нормы права, которыя соединены съ повелѣніемъ его верховной власти, все равно будетъ ли содержаніе ихъ выработано ею самою или заимствовано.

Насколько дѣло касается отношеній, завязавшихся между гражданами одного и того же государства, на его территоріи, вопросъ не возбуждаетъ сомнѣнія. Судъ обязанъ примѣнять къ спорнымъ отношеніямъ, установившимся въ его округѣ, тѣ законы, которые дѣйствуютъ въ этой мѣстности.

Обязательность примѣненія дѣйствующихъ въ данной мѣстности законовъ со стороны органовъ мѣстной власти, допускаетъ исключеніе: въ отношеніи а) иностранныхъ законовъ и б) мѣстныхъ законовъ.

А. При тѣхъ оживленныхъ сношеніяхъ, въ которыхъ находятся между собою въ настоящее время государства Европы, было бы въ высшей степени затруднительно для оборота, если бы каждое государство настаивало на исключительномъ примѣненіи своего отечественнаго права. Признаніе территориальнаго принципа закрыло бы доступъ иностранцамъ, пріѣзжающимъ въ страну съ торговыми или иными цѣлями. Поэтому всѣ государства дѣлаютъ въ пользу иностранцевъ большія или меньшія отступленія отъ законовъ, установленныхъ для своихъ подданныхъ. При этомъ они не выработываютъ, конечно, на эти случаи особыхъ законовъ, но указываютъ только, законы какаго государства должны быть примѣняемы къ тѣмъ или инымъ отношеніямъ, если они установились за границею, если въ немъ участвуетъ иностранецъ.

Не можетъ подлежать сомнѣнію, что всѣ такія указанія законодателя, составляя выраженіе его воли, обязательны для подчиненныхъ ему органовъ. Это также положительные законы даннаго государства и входятъ въ систему дѣйствующаго въ немъ права. Судъ обязанъ примѣнять иностранные законы, на которые ссылается законодатель, совершенно такъ же, какъ и всѣ другіе законы, которыми онъ долженъ руководствоваться въ своей дѣятельности. Но за предѣлами такихъ ссылокъ на иностранные законы или при отсутствіи таковыхъ, судъ не обязанъ и не вправе примѣнять нормы, не гарантированныя мѣстною государственною властью.

Между тѣмъ вопросъ ставится иначе. Утверждаютъ, что существуетъ особая система права, международная, которая должна служить руководствомъ для судьи при разрѣшеніи споровъ, возникающихъ на почвѣ международныхъ сношеній, притомъ совершенно независимо отъ указаній законодателя. Эти положенія обязательны для судьи, хотя бы законодатель не дѣлалъ никакихъ ссылокъ на иностранные законы, эти положенія восполняютъ тѣ положенія, какія даетъ законодатель по вопросу о примѣненіи иностранныхъ законовъ. Такова, по общему мнѣнію, система частнаго международного права, которая стоитъ рядомъ съ системою положительнаго права, нисколько не уступая послѣдней въ своей юридической авторитетности.

Съ этимъ взглядомъ невозможно согласиться. Гдѣ, спрашивается, основаніе, по которому судья долженъ примѣнять къ спорнымъ правоотношеніямъ законы иностранныхъ государствъ по началамъ, выработаннымъ чисто научнымъ путемъ? Если къ содержанію иностраннаго закона самъ законодатель не присоединяетъ

своего повелѣнія, то что дастъ право суду примѣнять эти законы, какъ будто нормы, принятыя государственною властью?

Въ поискахъ за такимъ основаніемъ ученые юристы оставляютъ почву догматическую. Нѣкоторые желали бы видѣть такое основаніе въ безмолвномъ соглашеніи цивилизованныхъ государствъ, слѣдовательно въ предполагаемой совмѣстной волѣ законодателей. Однако подобная точка зрѣнія стоитъ въ противорѣчій съ дѣйствительностью. Если всѣ европейскія государства безмолвно согласились допустить на своей территоріи дѣйствіе чужихъ законовъ согласно общимъ началамъ, выработаннымъ наукою, то чѣмъ же объяснить международные трактаты, которые явно опредѣляютъ то, что уже будто бы допущено безмолвно?

Другіе утверждаютъ, что такимъ основаніемъ является справедливость, заставляющая каждое государство относиться такъ же къ иностранцамъ, какъ относится за границу къ его собственнымъ подданнымъ, взаимная любезность (*comitas gentium*), побуждающая государства отказаться отъ своего верховенства въ пользу другъ друга, взаимная выгода, состоящая въ томъ, что каждое государство приобретаетъ въ своемъ авторитетѣ за границу столько же, сколько оно теряетъ въ своихъ собственныхъ предѣлахъ. Нетрудно замѣтить, что всѣ эти основанія не имѣютъ никакого догматическаго значенія, не объясняютъ, въ силу чего судья, обсуждая дѣеспособность иностранца, заключившаго въ странѣ договоръ, долженъ руководствоваться законами того государства, къ которому принадлежитъ иностранецъ, а не мѣстными. Все это основанія свойства политическаго, т. е. все это соображенія, вполне убѣдительныя, чтобы склонить законодателя относиться именно такъ къ иностранцамъ, но это не догматическія основанія, которыми долженъ руководствоваться судъ при примѣненіи дѣйствующаго права. Суду предлагаютъ руководствоваться, вмѣсто принципа законности, принципомъ цѣлесообразности, который подходитъ только къ законодателю.

Иные готовы признать международное право положительнымъ правомъ и съ этой стороны, конечно, вопросъ могъ бы быть легко разрѣшенъ. Но иностранные законы не могутъ считаться положительнымъ правомъ въ странѣ, не подчиненной вовсе государственной власти, которой законы эти обязаны своимъ происхожденіемъ. Вѣрность этого положенія обнаруживается уже изъ того, что всѣ принуждены признать первенство законовъ, изданныхъ тѣмъ или другимъ государствомъ по вопросамъ международнымъ, передъ началами частнаго международного права, выработаннаго научно.

Почему же послѣднія, если они также право, должны отступать передъ первыми? Только потому, что они неравны по своему юридическому авторитету. А такъ какъ государственные законы несомнѣнно нормы права, то нормы международныя должны быть признаны не юридическими. Если бы онѣ были правомъ, затѣмъ же отдѣльныя государства вводили бы въ свои законодательства положенія, частью согласныя съ ними, частью имъ противорѣчащія? Если онѣ право, то почему судья отдаетъ предпочтеніе одному праву передъ другимъ? Могутъ сказать, что государственная власть поступаетъ здѣсь точно такъ же, какъ и въ обычномъ правѣ: она даетъ свое повелѣніе содержанію, не ею выработанному. Но различіе, весьма существенное, обнаруживается въ томъ, что законодатель предписываетъ своимъ судамъ руководствоваться правовыми обычаями, содержаніе которыхъ ему чуждо. Но ничего подобнаго, въ видѣ общаго правила, не существуетъ въ отношеніи иностранныхъ законовъ. Правда, въ отдѣльныхъ случаяхъ, законодатель предписываетъ суду руководствоваться иностранными законами, но нѣтъ ни одного законодательства, которое бы вообще предписывало своимъ судамъ примѣнять иностранные законы въ дѣлахъ, возникающихъ на международной почвѣ. А между тѣмъ, только при такомъ постановленіи можно было бы говорить о сходствѣ съ обычнымъ правомъ.

Если при наличности въ законодательствѣ исключительныхъ нормъ для отношеній, завязавшихся на международной почвѣ, судъ долженъ руководствоваться только этими нормами, то гдѣ основаніе, по которому, при отсутствіи таковыхъ нормъ, судъ долженъ обратиться къ началамъ международнаго права? Согласно ли съ закономъ поступитъ судья, обязанный судить по закону, когда въ оправданіе своего рѣшенія, игнорируя общіе отечественные законы, сошлется на ту или другую теорію, принятую въ наукѣ международнаго права по вопросу о столкновеніи разномѣстныхъ законовъ. Почему напр. судъ страны, въ которой совершеннолѣтіе наступаетъ въ 21 годъ, долженъ признать недѣйствительнымъ договоръ, заключенный съ 23 лѣтнимъ иностранцемъ, по отечественнымъ законамъ котораго гражданская дѣеспособность пріобрѣтается лишь съ достиженіемъ 25 лѣтъ? Если по этому вопросу молчитъ положительное законодательство, къ голосу котораго обязанъ прислушиваться судъ, гдѣ юридическое основаніе для того, чтобы руководствоваться принципомъ частнаго международнаго права, предлагающаго обсуждать дѣеспособность иностранца по его отечественному праву?

Въ виду того, что всѣ попытки обосновать обязательность для судьи примѣненія иностранныхъ законовъ по началамъ частнаго международнаго права, не выдерживаютъ критики, мы должны принять то положеніе, что дѣйствіе законовъ ограничивается предѣлами территоріи, на которую распространяется сила издавшей ихъ государственной власти. Дѣйствіе иностранныхъ законовъ можетъ быть допущено лишь тогда, когда законодатель даетъ на то свое согласіе, или издавая на такіе случаи особые законы или заключая международные трактаты.

Такимъ образомъ въ дѣлахъ, возникающихъ на почвѣ международныхъ отношеній, судья обязанъ прежде всего примѣнять а) законы и б) международные трактаты, разрѣшающіе вопросы, здѣсь возникающіе. При отсутствіи прямого рѣшенія, судья прибѣгаетъ къ аналогическому толкованію этихъ постановленій и къ аналогіи своего отечественнаго права. Этимъ и ограничивается та группа нормъ, которыми онъ можетъ руководиться въ частныхъ международныхъ столкновеніяхъ. Дальше ему остается только примѣнять постановленія отечественнаго положительнаго права, изданныя государственною властью для своихъ подданныхъ.

Конечно, такой пріемъ, единственно имѣющей подъ собою догматическую почву, представляется далеко не отвѣчающимъ требованіямъ международнаго общенія. Но это общее неудобство, вытекающее изъ пробѣловъ положительнаго законодательства. Такое неудобство нерѣдко обнаруживается въ предѣлахъ каждаго государства отъ недостатка законовъ, но отсюда еще не вытекаетъ, чтобы при недостаткѣ законовъ судъ могъ прибѣгать къ соображеніямъ справедливости, любезности, выгоды, или заимствовать изъ другихъ законодательствъ. Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что указанныя неудобства едва ли уменьшаются при противоположной точкѣ зрѣнія, вмѣняющей суду въ обязанность руководствоваться началами частнаго международнаго права, потому что до сихъ поръ въ наукѣ не выработались общія начала, которыя бы въ точности опредѣляли, законы какой страны должны примѣняться къ каждому типу юридическихъ отношеній. Неудобства исчезнутъ только тогда, когда будетъ выработана одна точка зрѣнія. А это можетъ быть достигнуто только при общей конвенціи всѣхъ государствъ, образующихъ къ совокупности современный цивилизованный міръ и дорожащихъ взаимными сношеніями.

В. Въ предѣлахъ одной и той же территоріи, подчиненной одной государственной власти, для разныхъ мѣстностей могутъ быть

установлены разныя нормы. Здѣсь не можетъ быть никакого сомнѣнія, что всѣ эти нормы равно юридическія и слѣдовательно весь вопросъ сводится къ тому, въ какомъ соотношеніи находятся онѣ другъ къ другу.

Нормы, дѣйствующія въ разныхъ мѣстностяхъ одного и того же государства, могутъ находиться въ положеніи равномъ или подчиненномъ.

а. Такое равное положеніе замѣчалось напр. въ Германіи, которая послѣ 1870 года составила несомнѣнно одно государство, оставивъ лишь тѣнь суверенства за отдѣльными королевствами, княжествами, вошедшими въ ея составъ. Между тѣмъ до послѣдняго времени каждая изъ этихъ единицъ пользовалась особымъ гражданскимъ законодательствомъ.

Если государственная власть не опредѣляетъ отношенія между отдѣльными гражданскими законодательствами, дѣйствующими въ предѣлахъ одной и той же государственной территоріи, хотя и въ разныхъ мѣстностяхъ, то возникаетъ трудный вопросъ, какой законъ долженъ быть примѣненъ къ спорному отношенію. Нѣкоторые полагаютъ, что этотъ случай нисколько не отличается отъ того, когда сталкиваются законы разныхъ государствъ, потому что все дѣло заключается въ существованіи различныхъ гражданскихъ законодательствъ. Съ такимъ взглядомъ согласиться нельзя. Въ одномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ законами разныхъ государствъ, въ другомъ—съ законами одного и того же государства. Для суда законы, установленные чужою государственною властью, лишены юридическаго характера, напротивъ всѣ мѣстные законы для суда являются нормами права. Если вопросъ идетъ о выборѣ между законами разныхъ мѣстъ, то необходимо локализовать спорное отношеніе. Однако само юридическое отношеніе не можетъ быть локализовано по своей природѣ, за то возможно локализовать тѣ юридическіе факты, на которыхъ основываются юридическія отношенія. Такъ для обязательствъ договорныхъ такимъ мѣстомъ можетъ служить мѣсто заключенія договора, для обязательствъ изъ правонарушенія—мѣсто совершенія недозволеннаго дѣйствія, для наследованія—мѣсто его открытія и т. д.

б. Подчиненность законовъ, дѣйствующихъ въ определенной мѣстности, по отношенію къ общимъ законамъ, дѣйствующимъ въ предѣлахъ всей территоріи, заключается въ томъ, что эти законы отстраняютъ дѣйствіе общихъ по предметамъ, составляющимъ одинаковое содержаніе тѣхъ и другихъ. Въ мѣстностяхъ, имѣющихъ

свои особые законы, дѣйствуютъ и общіе законы по предметамъ, не опредѣляемымъ мѣстными законами. И здѣсь возникаютъ вопросы о примѣненіи законовъ за предѣлами ихъ обычнаго дѣйствія и должны быть разрѣшаемы по вышеуказаннымъ основаніямъ.

Литература. Не чувствуя подъ собою твердой юридической почвы, международники, а за ними и цивилисты, теряются въ поискахъ юридическаго основанія, на которомъ можно было бы укрѣпить все, довольно легко построенное, зданіе частнаго международнаго права. Такое основаніе надѣются найти въ справедливости, какъ напр. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 212, Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1899, стр. 46, во взаимной выгодѣ, какъ напр. Beudant, *Cours de droit civil français, intr.* 1896, стр. 156—157, въ любезности, какъ напр. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 1865, стр. 31, Foelix, *Traité du droit international privé*, т. I, 1866, стр. 22, въ наукѣ и судебной практикѣ, какъ напр. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 226. Смѣлѣе всѣхъ устанавливаетъ искомое основаніе Gierke, утверждающій, что *das fremde Recht ist Recht* (т. I, стр. 212).

Рѣшивъ, что начала международнаго права должны быть примѣняемы судомъ, ученые расходятся въ опредѣленіи основнаго принципа, который долженъ служить руководителемъ при выборѣ закона для каждаго типа отношеній. Первою попыткой найти такой принципъ является теорія трехъ статутовъ, господствовавшая въ Европѣ съ XVI по XIX столѣтіе и созданная на итальянской почвѣ. Примѣнительно къ институціонной системѣ, признававшей въ каждомъ отношеніи три элемента, *persona, res* и *actio*, различали три рода законовъ: опредѣляющихъ личныя права лица (*statuta personalia*), вещныя права по недвижимостямъ (*statuta realia*) и наконецъ законовъ, опредѣляющихъ всѣ прочія отношенія (*statuta mixta*). Провести между статутами сколько нибудь точную границу весьма затруднительно и потому неудивительно, что часто рѣшеніе зависѣло отъ расположенія словъ. Эта теорія не потеряла своихъ сторонниковъ даже въ XIX вѣкѣ. Къ нимъ принадлежатъ изъ французскихъ авторовъ Aubry и Rau, *Cours de droit civil français*, 5 изд. т. I, 1897, стр. 129 и слѣд., Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, т. I, стр. 465, изъ нѣмецкихъ ученыхъ Dernburg, *Pandekten*, 6 изд. т. I, 1900, стр. 99, Strome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 136, изъ русскихъ Мейеръ, *Русское гражданское право*, 7 изд. стр. 33, Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, т. I, изд. 1875, стр. 122. Лучшую критику этой теоріи даетъ Unger, т. I, § 22. На смѣну теоріи статутовъ вступила теорія, обязанная своимъ успѣхомъ высокому авторитету Savigny, который въ своемъ *System des heutigen römischen Rechts*, т. VIII, 1849, § 348, развилъ теорію, наиболѣе распространенную въ наше время. Въ основѣ его теоріи лежитъ представленіе о правовомъ общеніи, обнимающемъ законодательства и правовой порядокъ всѣхъ цивилизованныхъ государствъ. Если всѣ государства юридически объединены, то остается отыскать для каждаго юридическаго отношенія территорію, которой принадлежитъ это отношеніе по своей природѣ и праву которой оно поэтому (!) подчинено, т. е. надо найти осѣдность юридическаго отношенія (*Sitz*). Сторонниками этой теоріи являются среди нѣмецкихъ писателей Unger, *System des oestreichischen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 162, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 231, Beseler, *System des deutschen Privatrechts*, 1885, т. I, стр. 112, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 217, (выѣсто *Sitz* употребляетъ выраженіе *Schwerpunkt*), Engelmann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1899, стр. 65, Cosack, *Lehrbuch*

des deutschen bürgerlichen Rechts, т. I, стр. 43, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, т. I, § 34, Regelsberger, *Pandekten*, т. I, 1893, стр. 163 (рус. пер. стр. 176), изъ французскихъ юристовъ Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, 1876, изъ русскихъ Мартенсъ, *Современное международное право цивилизованныхъ народовъ*, т. I, § 67, Даневскій, *Пособіе къ изученію истории и системы международного права*, в. 2, 1892, стр. 19. Слѣдуетъ удивляться успѣху теоріи, которая не содержитъ въ себѣ никакого принципа. Во первыхъ, юридическое отношеніе не имѣетъ вовсе осѣдлости и напрасно это возраженіе называть мелочною придиркою (Regelsberger, *Pandekten*, т. I, стр. 163, прим. 2). Во вторыхъ, если бы даже признать такую осѣдлость, гдѣ же принципъ, когда приходится рѣшать вопросъ примѣнительно къ каждому отношенію? Принятое этою теоріею исходное основаніе правового единства также не вѣрно: цивилизованные народы находятся въ общеніи экономическомъ, научномъ, художественномъ, но не правовомъ, потому что право каждаго государства за предѣлами его территоріи перестаетъ быть правомъ. Одно, съ чѣмъ можно согласиться, что эта теорія «не связываетъ судъ формальными ограниченіями: не давая никакого твердаго принципа, она все предоставляетъ усмотрѣнію судьи. Если эта теорія по преимуществу германская, то итальянская школа создала теорію, построенную на національномъ принципѣ. По взгляду этой теоріи все законодательство распадается на двѣ части, одна изъ нихъ отвѣчаетъ идеѣ общаго блага и порядка, другая составляетъ выраженіе личности или національности. Законы перваго рода безусловны и обязательны для иностранца такъ же, какъ и для мѣстныхъ подданныхъ. Закономъ втораго рода должны отступить передъ національнымъ правомъ иностранца. Весь вопросъ сводится къ тому, чтобы опредѣлить, къ какой категоріи правъ относится право, лежащее въ основѣ спорнаго отношенія. Но это дѣйствительно вопросъ, который эта теорія оставляетъ совершенно открытымъ. Родоначальникомъ этой теоріи является Mancini, *Della nazionalità com fondamento del diritto delle gente*, 1874, а также Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni internazionali*, 1868, введене, Pasquale Fiore, *Il diritto civile italiano*, т. I, 1890, стр. 424, Fusinato, *Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato* (*Arch. giur.* т. XXXIII), изъ бельгійскихъ юристовъ сюда же принадлежитъ Laurent, *Le droit civil international*, т. I, 1880, стр. 624. Каждый изъ принциповъ, выдвигаемыхъ тою или другою изъ указанныхъ теорій, въ своемъ примѣненіи, допускаетъ такія многочисленныя и существенныя отступленія, что Jitta, *La méthode du droit international privé*, 1890, стр. 127, имѣлъ основаніе замѣтить: «le système, à force de se développer, se serait suicidé». Въ англійской и американской литературѣ господствуетъ болѣе трезвый взглядъ, потому что она принимаетъ основаніемъ, что законъ не имѣетъ дѣйствія за предѣлами территоріи. Таковы взгляды Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 1865, стр. 20—36, Foote, *A concise treatise on private international jurisprudence*, 1878, introductory chapter, Phillimore, *Commentaries upon international law*, т. IV, 1874, стр. 1—18, отступленіе представляетъ Wharton, *A treatise on the conflict of laws*, 1881, стр. 1—62 (not comity but right). Это направленіе имѣетъ сторонниковъ и среди французскихъ юристовъ Foelix, *Traité du droit international privé*, т. I, 1866, стр. 19—36, среди итальянскихъ Rosso, *Trattato di diritto civile internazionale*, 1859. Но болѣе правильное возрѣніе встрѣчаемъ у старыхъ нѣмецкихъ писателей Pütter, *Das praktische europäische Fremdenrecht*, 1845 и Pfeiffer, *Das Princip des internationalen Privatrechts*, 1851. Эти ученые высказываютъ взглядъ, развитый въ текстѣ. По ихъ мнѣнію, судъ долженъ исходить всегда изъ мѣстныхъ законовъ, и при молчаніи ихъ, руководствоваться общимъ духомъ отечественнаго законодательства. Суровый приговоръ надъ ними высказываетъ Ваг, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, т. I, 1889, стр. 70, прим. «Хорошо было бы предать забвенію оба со-

чиненія. Она совершенно лишена цѣнности. Какъ Пютеръ, такъ Пфейферъ писали трудолюбиво о предметѣ, котораго они и не понимали и не постарались изучить». Мнѣ кажется, наоборотъ, этихъ писателей, въ виду чисто юридической точки зрѣнія ихъ мнѣнія, слѣдовало бы извлечь изъ того забвенія, какому предало ихъ время.

И на этотъ разъ приходится признать правильность замѣчанія Cosack, *Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts*, т. I, 1899, стр. 47 о неумѣстности изложенія въ началѣ курса всѣхъ частныхъ случаевъ примѣненія началъ международного права.

Вопросъ о соотношеніи мѣстныхъ законовъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ одной и той же государственной территоріи весьма мало разработанъ, потому что въ настоящее время онь представляетъ практическій интересъ, сколько нибудь значительный, только для Англии и для Россіи, а съ другой стороны потому, что въ литературѣ господствуетъ воззрѣніе, что столкновенія законовъ въ предѣлахъ одной государственной территоріи должны быть разрѣшены на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и столкновенія на международной почвѣ, см. Unger, *System des oestrichischen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 150, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 226, Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1899, стр. 43, противное высказываетъ Grone, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 127.

Законодательства. По вопросу объ историческомъ развитіи въ законодательствахъ идеи о примѣненіи иностранныхъ законовъ можно указать Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1890, стр. 259—316, у котораго этотъ предметъ изложенъ наиболее полно. Въ первое время, когда складывались европейскія государства, господствовалъ личный принципъ или, примѣняясь къ современной терминологіи, принципъ національный. Въ феодальную эпоху онь смѣнялся прямо противоположнымъ ему принципомъ, территоріальнымъ. Съ XIII в. начинается обнаруживаться теорія статутовъ, которая въ дальнѣйшемъ приобретаетъ все большее вліяніе и наконецъ проникаетъ въ законодательства. Такова точка зрѣнія прусскаго ландрехта, введеніе § 23, австрійскаго гражданскаго уложенія §§ 4, 34—37, 300, французскаго гражданскаго кодекса § 3. Французскіе юристы считаютъ поэтому теорію статутовъ теоріею легальною, см. Aubry и Rau, т. I, стр. 133, прим. 8, Laurent, т. II, стр. 67, contra Weiss, стр. 270. Итальянское гражданское уложеніе въ §§ 6, 7, 11, 12 введеніи придерживается національной теоріи. При составленіи гражданскаго уложенія Германіи имѣлось въ виду первоначально внести въ него отдѣлъ частнаго международного права. Такой приемъ слѣдуетъ признать самымъ правильнымъ, потому что онь одинъ даетъ твердую почву для разрѣшенія отношеній, возникшихъ на международной почвѣ. Однако предположеніе не осуществилось и постановленія, касающіяся этого предмета, помѣщены были въ законъ о введеніи въ дѣйствіе гражданскаго уложенія (§§ 7—31). Трудно сказать, какой теоріи придерживаются эти положенія въ виду того, что они почти исключительно касаются правъ личности и оставляютъ безъ опредѣленія: вещныя права и договоры. См. сочиненіе Barazzetti, *Das internationale Privatrecht im V. G. V.* 1897. Совершенно бесполезно спорить о томъ, какой теоріи придерживается русское законодательство (см. съ одной стороны Foelix, *Traité du droit international privé*, т. I, 1866, стр. 76—77 за территоріальный принципъ, съ другой Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1890, стр. 308 за національный принципъ), но нельзя не считаться съ Св. Зак. т. I, ст. 63, въ силу которой иностранцы подчиняются русскимъ законамъ, какъ и подданные. Это основное начало, на которомъ судъ долженъ стоять, пока законъ или международный трактатъ дадутъ суду основаніе отступить отъ него.

§ 36. Правовые обычаи. Определеніе понятія о правовых обычаяхъ чрезвычайно затруднительно, въ виду полной неустойчивости господствующихъ о нихъ представлений. Въ наукѣ нѣтъ никакого соглашенія ни относительно условій ихъ образованія, ни относительно основанія ихъ силы, другими словами относительно самой сущности ихъ.

I. Условія образованія правовыхъ обычаевъ составляютъ въ то же время признаки послѣднихъ. Спрашивается, откуда могутъ они быть почерпнуты? Нигдѣ законодатель не взялъ на себя перечислить эти признаки, да и притомъ правовые обычаи въ исторической послѣдовательности предшествуютъ законамъ, а слѣдовательно признаки, данные законодателемъ известной страны, не имѣли бы значенія для времени предшествующаго и для другихъ странъ. Остается извлечь искомые признаки изъ сущности этого историческаго явленія, подобно признакамъ права.

Со времени распространенія въ германской литературѣ идей исторической школы господствующее воззрѣніе принимаетъ необходимость по крайней мѣрѣ двухъ признаковъ: а) наличности правового убѣжденія и б) болѣе или менѣе частаго его проявленія. Къ этимъ двумъ признакамъ присоединяются еще, въ видѣ второстепенныхъ или производныхъ моментовъ, требованія, чтобы правовые обычаи не противорѣчили с) нравственности, d) разумности и e) не имѣли въ своемъ основаніи заблужденія.

О наличности правового обычая можно говорить лишь тогда, когда въ основаніи однообразно повторяемой нормы лежитъ правовое сознаніе или убѣжденіе народа въ необходимости этой нормы (*opinio necessitatis*). Но это, повидимому столь понятное и общепризнанное условіе при ближайшемъ разсмотрѣніи возбуждаетъ рядъ вопросовъ.

Прежде всего возникаетъ сомнѣніе, что значитъ правосознаніе или правовое убѣжденіе. О какомъ правѣ идетъ рѣчь? Сознаніе ли это, что данная норма есть право или же сознаніе, что данная норма должна быть правомъ? Если мы скажемъ, что право на фирму соответствуетъ правовому сознанію русскаго общества, то означаетъ ли это, что русское общество убѣждено въ существованіи такого права или же что оно убѣждено въ необходимости такого права? Очевидно, различіе точекъ зрѣнія въ томъ и другомъ случаѣ громадное: здѣсь идетъ дѣло о дѣйствующемъ правѣ, а тутъ о справедливости. Между тѣмъ можно ли ожидать, чтобы народная среда, напр. наше крестьянство, усвоило себѣ это различіе сколько

нибудь сознательно. Если смѣшеніе этихъ точекъ зрѣнія встрѣчается даже у писателей-юристовъ, то что же говорить о средѣ, не получившей юридической подготовки. А безъ усвоенія себѣ того или другого взгляда не можетъ быть рѣчи о правосознаніи.

Допустимъ однако, что среда, вырабатывающая правовые обычаи, усвоила себѣ вторую точку зрѣнія, т. е. что по ея сознанию такая то норма должна быть. Въ этомъ случаѣ такъ называемое „правосознаніе“ сливается со справедливостью, съ представленіемъ о нормахъ, какія должны бы существовать взамѣнъ существующихъ. Но такое представленіе лежитъ и въ основаніи оцѣнки законодательныхъ нормъ: подчиняясь дѣйствующимъ законамъ, общество сохраняетъ возможность сознать, какіе законы должны бы существовать взамѣнъ существующихъ. Но почему въ этомъ случаѣ сознаніе не имѣетъ никакого юридическаго значенія, а въ первомъ мечты должны считаться за дѣйствительность?

Остается предположить, что правосознаніе является ничѣмъ инымъ, какъ убѣжденіемъ въ томъ, что такая то норма обычнаго права существуетъ. Но къ чему тогда сводится правосознаніе? Норма обычнаго права уже существуетъ, слѣдовательно предшествуетъ сознанію, значить правосознаніе не есть правообразующій моментъ. Право сформировалось и затѣмъ уже предстало сознанію общества, подобно тому какъ сознанію общества можетъ предстать и законъ, сформировавшийся помимо общественнаго участія. При этой точкѣ зрѣнія правосознаніе ничто иное, какъ знаніе права. Но это, конечно, не признаетъ правового обычая, не условіе его образованія.

Да и кто носитель этого правосознанія? Народъ? Но можно ли допустить, что бы правосознаніе, въ томъ или другомъ его значеніи, могло быть усвоено всеми единицами народа въ политическомъ или національномъ смыслѣ. А если мы сочтемъ такое требованіе излишнимъ, то должны остановиться по крайней мѣрѣ на требованіи, чтобы правосознаніе было господствующимъ, чтобы большинство народа усвоило себѣ убѣжденіе. Какъ однако удостовѣриться, что правосознаніе свойственно большинству? А если мы откажемся отъ возможности и необходимости удостовѣряться и въ этомъ и удовольствуемся ссылкой на мнѣніе нѣсколькихъ, случайно избранныхъ, лицъ, то не признаемъ ли мы достаточнымъ убѣжденія меньшинства? Можетъ ли быть рѣчь, при этихъ условіяхъ, о народномъ правосознаніи.

Нигдѣ въ исторіи не видимъ ссылки на народное правосознаніе. Создаются ли сборники обычнаго права при участіи самого народа или лично королями, всюду выдвигается авторитетъ старинны, сложившагося порядка, „пошлины“, но не авторитетъ правосознанія. Обычныя нормы переходятъ въ законодательныя сборники не потому, что онѣ отвѣчаютъ народному правосознанію, а потому что „такъ поступали отцы и дѣды“. И это весьма понятно: правящая сила правовыхъ обычаевъ именно въ старинѣ, а не въ убѣжденіи современниковъ. Самая мысль о возможности изслѣдовать, насколько обычай соотвѣтствуетъ правосознанію примѣняющихъ его, показала бы неимовѣрною дерзостью.

Въ современной практикѣ при примѣненіи нормъ обычнаго права никогда не возбуждается вопросъ о правосознаніи. Изслѣдуется лишь вопросъ, примѣнялась ли въ жизни такая то норма или нѣтъ. Но никогда ни одинъ судъ, рѣшивъ первый вопросъ, не возбуждалъ далѣе вопроса, насколько отвѣчаетъ такой обычай правосознанію. И это весьма понятно: у него нѣтъ средствъ для рѣшенія этой задачи.

Все это приводитъ насъ къ заключенію, что „правосознаніе“, такъ сильно выдвинутое историческою школою, не служитъ и не можетъ служить признакомъ правовыхъ обычаевъ.

Обращаемся ко второму признаку обычнаго права, къ обычаямъ, т. е. къ повторному соблюденію правила. Историческая школа отнеслась къ обычаямъ какъ то непослѣдовательно. Съ одной стороны она отвергла за ними правообразующее значеніе, видѣла въ нихъ лишь внѣшнее выраженіе правосознанія, а съ другой стороны поставила ихъ рядомъ съ правосознаніемъ въ числѣ условій образованія обычнаго права. Если послѣднее основывается на правосознаніи, то въ такомъ случаѣ, обычаи, какъ признаки, совершенно излишни. Иные послѣдователи исторической школы дошли до признанія, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ напр. при опредѣленіи сроковъ, правосознаніе совсѣмъ лишне и обычное право обуславливается всецѣло обычаями. Но, если въ нѣкоторыхъ случаяхъ нормы обычнаго права могутъ образоваться подъ влияніемъ подражанія разъ принятому порядку, безъ участія правосознанія, то, очевидно, не правосознаніе составляетъ искомый признакъ, если только въ обонхъ случаяхъ на лицо нормы обычнаго права.

И дѣйствительно слѣдуетъ признать, что повторяемость примѣненія правила составляетъ всю сущность обычнаго права. Правовые обычаи—это нормы, сложившіяся въ той или другой части

общества вслѣдствіе неоднократнаго повторенія извѣстнаго образа дѣйствій. Все, сложившееся временемъ, имѣетъ въ глазахъ общества большой авторитетъ. Законодатель, при всей абсолютности его власти, останавливался въ нерѣшительности передъ обояніемъ старины. Фактъ повторяемости самъ по себѣ настолько простъ и очевиденъ, что удостовѣреніе его представлялось всегда на практикѣ единственнымъ условіемъ для обнаруженія наличности обычнаго права.

Къ второстепеннымъ требованіямъ, какія предъявляются къ правовымъ обычаямъ, относятся разумность ихъ, согласіе съ нравственностью и отсутствіе заблужденія въ ихъ основаніи.

Требованіе разумности обычая выставлялось еще римскимъ правомъ (*quod non ratione introductum*—Celsus, fr. 39 D. De legibus 1,3), а въ настоящее время особенно выдвигается въ англійскомъ правѣ (*a custom must be reasonable*). Но такое условіе страдаетъ совершенною неопредѣленностью. Гдѣ мѣрило разумности правового обычая? Долженъ ли онъ быть разуменъ съ точки зрѣнія судьи, его примѣняющаго? Если рѣшающей должна быть точка зрѣнія судьи, то къ чему же сводится роль правосознанія, которому, по господствующему взгляду, обязано обычное право своимъ существованіемъ. Если считать, что правовые обычаи создаются благодаря только повторяемости разъ припятаго поведенія, то и съ этой стороны требованіе разумности являлось бы несогласнымъ съ существомъ правовыхъ обычаевъ. Если дѣйствуютъ неразумные законы, почему не могутъ имѣть силы неразумные обычаи? Требованіе разумности не опирается на законодательный текстъ какого либо европейскаго государства.

То же самое слѣдуетъ сказать относительно требованія, чтобы правовые обычаи не противорѣчили нравственности. Опять таки и здѣсь отсутствуетъ критерій. Нравственныя воззрѣнія весьма различны въ одномъ и томъ же народѣ, смотря по общественнымъ группамъ. Если крестьянину представляется основательнымъ лишить женщину правъ на наслѣдство въ пользу лицъ мужского пола, то какъ бы ни казался безнравственнымъ такой обычай въ глазахъ интеллигентнаго человѣка, нельзя пайти основанія, почему бы лишить силы такой обычай. Какъ будто русскіе законы о наслѣдованіи не противорѣчатъ чувству справедливости. И однако никто не возбуждалъ сомнѣнія относительно ихъ силы.

Требованія разумности и справедливости правовыхъ обычаевъ очевидно навѣяны взглядами на правосознаніе, какъ основу обычнаго права, а также смѣшеніемъ въ этомъ правосознаніи точки

зрѣнія на право, каково оно есть, съ точкою зрѣнія на право, каково оно должно быть. Если же отвергнуть правосознаніе, какъ условіе образованія правовыхъ обычаевъ, и признать, что послѣдніе образуются исключительно вслѣдствіе повторяемости избраннаго поведенія, то всякія требованія разумности и справедливости должны отпасть сами собою.

Все съ той же точки зрѣнія рѣшается и вопросъ о значеніи заблужденія, лежащаго въ основаніи примѣненія правового обычая. Если настаивать на правосознаніи, то можно придти къ заключенію, что распространеніе извѣстнаго обычая подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія, будто обычай соотвѣтствуетъ мнимому закону, обнаруживаетъ недостатокъ въ правосознаніи, а слѣдовательно и подрываетъ силу обычая. Но, если отвергнуть правосознаніе и стать на принятую нами точку зрѣнія, то роль заблужденія представляется незначительною. Напр. въ Россіи всѣ знаютъ, что при выходѣ замужъ женщина должна переимѣнить свою фамилію на фамилію мужа. Не только крестьянннѣ, мѣщанннѣ, но даже челоувѣкъ, принадлежащій къ высшимъ классамъ, на вопросъ, почему это такъ, сошлется не на *opinio necessitatis*, а на законъ. Въ дѣйствительности такого закона не существуетъ и значитъ мы имѣемъ случай заблужденія, лежащаго въ основѣ правового обычая. Но это обстоятельство не способно ослабить значенія обычая, сила котораго заключается въ многократности его примѣненія.

II. Если вѣрно, что сущность правовыхъ обычаевъ сводится къ повторенію разъ принятаго поведенія, то тотчасъ же возникаютъ вопросы, чѣмъ вызывается повтореніе и чѣмъ опредѣляется выборъ поведенія. Рѣшеніе того и другого вопроса должно дать картину образованія обычнаго права, далеко не сходную съ той, какую нарисовала историческая школа. Въ изображеніи послѣдней изъ народнаго духа постепенно выростааетъ правовое сознаніе, которое находитъ себѣ вышнее выраженіе въ обычаяхъ или въ повторяемыхъ случаяхъ проявленія правосознанія.

Въ дѣйствительности извѣстное поведеніе повторяется не потому, что всѣ заранѣе убѣждены были, будто такъ и только такъ слѣдовало поступать съ перваго раза, а въ силу закона общественнаго подражанія. Индивидуумы болѣе или слабѣе, инициативою или личнымъ положеніемъ, избираютъ извѣстный образъ дѣйствій, а остальные подражаютъ ихъ поведенію, освобождая себя отъ трудной для большинства задачи прокладывать самостоятельные пути въ подобныхъ случаяхъ. Не потому они повторяютъ, что у нихъ

было то же убѣжденіе, а потому что они имѣютъ передъ глазами готовый образецъ. Такое подражаніе замѣчается всюду въ общественной жизни. Стоитъ какому либо законодателю моды сдѣлать новый смѣлый шагъ и тотчасъ же онъ находитъ массу подражателей, совершенно независимо отъ того, совпадаетъ ли образецъ съ эстетическимъ сознаніемъ или нѣтъ. Если въ столичномъ городѣ предпріимчивый импрессаріо изобрѣтетъ какой либо новый жанръ развлеченій, то тотчасъ по всеѣмъ городамъ пронесется волна подражаній, не отвѣчая, а создавая вкусы. То же самое наблюдается въ дѣлѣ питанія, техники, искусства и даже науки, напр. при выборѣ темъ, хотя здѣсь, казалось бы, критическое начало должно было оказать противодѣйствіе подражанію. Всюду смѣлые новаторы увлекаютъ за собою толпу, которая повторяетъ ихъ поведеніе. И чѣмъ чаще происходили акты подражанія, тѣмъ сила его больше, тѣмъ значительнѣе авторитетъ принятаго образа дѣйствій. Такъ дѣло продолжается, пока волна подражанія не встрѣтится съ новою волною, исходящею отъ иного инициатора.

То же явленіе наблюдается и въ области права. Извѣстный образъ дѣйствій не является постепенно изъ заранѣе сложившагося правосознанія, но составляетъ выраженіе инициативы отдѣльнаго члена общества, которому другіе подражаютъ, совершенно не соображаясь съ своимъ правосознаніемъ. Неоднократно повторяемое, поведеніе становится нормальнымъ. Возьмемъ картину образованія обычнаго права въ наше время. Торговый бытъ даетъ достаточно матеріала. Присматриваясь къ распространенію страховыхъ операцій, мы наблюдаемъ подтвержденіе нашей теоріи. Какое нибудь страховое общество изобрѣтаетъ новую операцію и вотъ одво за другимъ все общества начинаютъ вводить у себя эту новостъ, т. е. или создаютъ новую сдѣлку или даютъ новое рѣшеніе отношеніямъ по старой сдѣлкѣ. Напр. стоило одному обществу установить, что оно не платитъ страхового вознагражденія, если страхователь не заявилъ о несчастіи въ теченіи 7 дней, какъ правило это быстро превратилось въ обычную норму, въ силу которой страховщикъ освобождается отъ обязанности возмѣщенія, если страхователь не сдѣлаетъ заявленія вскорѣ послѣ несчастнаго событія. Конечно, въ современномъ быту, среди торговыхъ отношеній, образованіе обычаевъ и смѣна ихъ происходятъ несравненно быстрѣе, нежели въ старое время, при натуральномъ хозяйствѣ. Но сущность остается та же.

Если повтореніе вызывается подражаніемъ разъ принятому образу дѣйствій, то спрашивается, чѣмъ обуславливается выборъ поведенія со стороны самого инициатора? Не отражается ли въ немъ, какъ въ фокусѣ, правосознаніе его среды, подъ вліяніемъ котораго и опредѣлился выборъ. Но такое предположеніе не соотвѣтствовало бы дѣйствительности. Обратимся снова къ современному торговому обороту. Торговецъ, купившій товаръ въ кредитъ, неожиданно дѣлается обладателемъ свободныхъ денегъ, не находящихъ себѣ помѣщенія въ данную минуту. Онъ предлагаетъ продавцу получить немедленно деньги. Продавецъ нуждается въ деньгахъ и радъ досрочному платежу. Но покупательъ, зная это послѣднее обстоятельство, требуетъ нѣкоторой скидки за преждевременность исполненія. Хотя и озадаченный сначала такимъ предложеніемъ, продавецъ въ концѣ концовъ находитъ выгоднымъ для себя отступить отъ части, чтобы только имѣть въ своемъ распоряженіи свободныя деньги. Сдѣлка эта становится извѣстною другимъ продавцамъ и покупателямъ, ее находятъ остроумною, ее повторяютъ и въ итогѣ складывается даже убѣжденіе, что покупательъ въ кредитной сдѣлкѣ, предлагающій досрочный платежъ, имѣетъ право на нѣкоторую скидку, на рабать. Создался правовой обычай, уже конечно, не потому что распространенію такой операціи предшествовало ясное политико-экономическое представленіе о вліяніи кредита на цѣны товаровъ. Напротивъ, послѣдній примѣръ приводитъ насъ къ заключенію, что уже подъ вліяніемъ постоянныхъ повтореній извѣстнаго образа дѣйствій у многихъ членовъ общества можетъ развиться представленіе о юридической его цѣлесообразности.

III. Какова та среда, въ которой образуются правовые обычаи? Съ точки зрѣнія исторической школы такою средою является весь народъ, который благодаря единству языка, вѣрованія, историческихъ традицій, выработалъ общими силами народный духъ. Такое понятіе о народѣ имѣетъ въ своемъ основаніи ошибочное представленіе о непремѣнномъ совпаденіи народа въ національномъ смыслѣ и народа въ политическомъ смыслѣ. Между тѣмъ въ настоящее время постоянно наблюдается, что одна національность входитъ въ составъ разныхъ государствъ (поляки, нѣмцы, итальянцы) и что одно государство состоитъ изъ разныхъ національностей (Австрія, Великобританія, Россія). Даже при одной и той же національности громадный составъ населенія разрушаетъ представленіе о единствѣ психическаго склада: бретонецъ и провансалець во Франціи, пруссакъ и саксонецъ въ Германіи, великороссъ и малороссъ въ Россіи

даютъ слишкомъ значительныя уклоненія, чтобы можно было говорить о единствѣ типа. Да и самое разнообразіе обычаевъ (верѣдко по деревнямъ) показываетъ, что въ основѣ ихъ лежитъ не народный духъ. Такимъ образомъ, если искать для правообразующей среды единства духа, то почва можетъ быть и вовсе не найдена.

Если же стать на отетаиваемую точку зрѣнія, то среда для образованія правовыхъ обычаевъ зависитъ всецѣло отъ сферы возможнаго воздѣйствія со стороны образца, а возможность воздѣйствія опредѣляется чаще всего сферою экономического соприкосновенія. Въ одномъ и томъ же обществѣ она то больше, то меньше. Крестьянское населеніе, живущее еще натуральнымъ хозяйствомъ и мало соприкасающееся съ другими слоями общества или съ другими крестьянскими селеніями, воспринимаетъ лишь свои образцы и только ихъ повторяетъ, не давая имъ распространяться за предѣлы этого маленькаго мірка. Напротивъ торговый міръ приходитъ въ соприкосновеніе на значительномъ пространствѣ. Инициатива московскаго купца можетъ повліять на купцовъ Сибири, поволжья. Сфера дѣйствія правовыхъ обычаевъ не совпадаетъ съ національными границами: такихъ сферъ можетъ быть не мало въ предѣлахъ одной націи и, наоборотъ, сфера эта можетъ выходить далеко за эти предѣлы. Такъ было въ средніе вѣка, когда морскіе торговые обычаи не знали національныхъ границъ, такъ и въ настоящее время, когда правовые обычаи, сформировавшіеся въ торговомъ быту одной страны, легко переходятъ въ другія страны.

Такимъ образомъ, для нормъ обычнаго права нѣтъ и не можетъ быть такой точно опредѣленной среды подчиненія, какъ для законовъ. Для однихъ обычаевъ она больше, для другихъ меньше. Въ этомъ обстоятельствѣ скрывается крупный недостатокъ правовыхъ обычаевъ, какъ принудительныхъ нормъ общежитія.

IV. Въ чемъ же заключается обязательная сила правовыхъ обычаевъ, что именно придаетъ нормамъ этого рода юридическій характеръ?

Несомнѣнно, что старина и сложившіеся порядки сами по себѣ имѣютъ въ глазахъ всѣхъ авторитетъ, отъ котораго нелегко отрѣшиться обыкновенному человѣку. Но не всякій авторитетъ имѣетъ юридическій характеръ. То обстоятельство, что извѣстный образъ дѣйствій многократно повторялся, имѣетъ свою притягательную силу, но не создаетъ еще права. Ни одинъ судъ не согласится разсматривать, ни въ уголовномъ, ни въ гражданскомъ по-

рядѣ, жалобу на неотданный визитъ, хотя за этимъ обычаемъ стоитъ старина.

Юридическаго характера не въ состояніи придать обычнымъ нормамъ и народное убѣжденіе въ ихъ необходимости. Оставляя въ сторонѣ все сказанное о воображаемости такого правосознанія, даже при допущеніи его вопросъ не выяснится. Народъ можетъ быть убѣжденъ, что такая то норма должна существовать, напр. ограниченіе мести за смерть родственниковъ. Допустимъ, что всѣ члены народа проникнуты убѣжденіемъ или сознаніемъ въ необходимости ограничить месть, какъ вредную для общезжитія. Откуда вытекаетъ, что это сознаніе непремѣнно правовое? Почему не считать его нравственнымъ? Общество желаетъ ограничить месть, въ этомъ заключается его убѣжденіе. Но отсюда еще не вытекаетъ юридическій характеръ нормы. Если же мы скажемъ, что убѣжденіе народа направлено къ тому, чтобы данная норма охранялась не только общественнымъ мнѣніемъ, но и принудительными средствами, то прежній вопросъ перейдетъ въ другой, желаютъ ли тѣ, кто располагаетъ этими средствами, предоставить послѣднія въ защиту данной нормы.

Такъ какъ принудительными средствами располагаетъ государственная власть, то юридическій характеръ пріобрѣтается обычаями только вълѣдствіе обѣщанія защиты со стороны государства. Норма, содержаніе которой выработалось помимо участія законодателя, усваиваетъ юридическій характеръ только потому, что за нею стоитъ верховная власть въ лицѣ своихъ органовъ. Другими словами, основаніе обязательной силы правовыхъ обычаевъ заключается въ авторитетѣ государственной власти. Этотъ авторитетъ не въ томъ только, что онъ въ состояніи во всякое время убить обычную норму, отмѣнивъ ее законодательнымъ порядкомъ, а въ томъ, что онъ даетъ ей юридическую силу, снабжая ее юридическими средствами защиты.

Это обѣщаніе защиты можетъ состоять или въ томъ, что законодатель даетъ свою защиту нормѣ, какая сложилась въ жизни по данному вопросу, напр. по наслѣдованію у крестьянъ (спеціальное согласіе) или же законодатель даетъ свою защиту всякимъ нормамъ, уже сложившимся, напр. предлагая волостнымъ или коммерческимъ судамъ судить по обычаямъ (общее согласіе).

Съ точки зрѣнія современнаго, напр. русскаго, законодательства не можетъ быть сомнѣнія, что сила правовыхъ обычаевъ основывается на авторитетѣ законодательной власти. Законодатель прямо

указываетъ тѣ случаи, въ которыхъ онъ согласенъ дать свою защиту сложившимся въ общественной средѣ нормамъ. Слѣдовательно, видъ этого условія обычая, имѣющіе за себя авторитетъ старины и даже убѣжденіе многихъ въ ихъ необходимости, не будутъ правовыми.

Все же и при этомъ рѣшеніи остается открытымъ вопросъ, какъ выдѣлить правовые обычаи изъ другихъ обычаевъ. Законодатель, напримѣръ, предоставляетъ суду руководствоваться обычнымъ правомъ при разбирательствѣ дѣлъ о приданомъ въ крестьянской средѣ. Положимъ, судъ встрѣчается съ обычаемъ, обязывающимъ братьевъ снабдить приданымъ сестеръ при выходѣ ихъ замужъ. На основаніи чего судъ признаетъ эту обязанность братьевъ правою, а не нравственною? Ни многократность выполненія этой обязанности, ни даже сочувствіе членовъ общества не даютъ почвы для различія. Та часть русскаго общества, которая живетъ подъ дѣйствіемъ законовъ, также нерѣдко видитъ, какъ братья, хотя и не обязанные къ тому закономъ, снабжаютъ сестеръ приданымъ и встрѣчаютъ полное нравственное сочувствіе своихъ согражданъ. Но никто не подумаетъ говорить въ настоящемъ случаѣ о правовомъ обычаѣ. Въ дѣйствительности нѣтъ никакой возможности провести желаемое разграниченіе между обычаями, пока судъ неоднократно рѣшеніями не обезпечитъ сложившейся нормѣ юридическую защиту. Въ этой неотграниченности правовыхъ обычаевъ отъ прочихъ обычаевъ заключается несомнѣнно слабая сторона обычнаго права по сравненію съ законодательствомъ.

V. Если правовые обычаи не возбуждаютъ сомнѣнія въ томъ, что они нормы права, то не подлежитъ также сомнѣнію, что судъ обязанъ ихъ примѣнять. Судья, знающій содержаніе правового обычая, долженъ примѣнять его къ частнымъ случаямъ, не ожидая ссылки сторонъ. Конечно, законодатель можетъ измѣнить этотъ логическій порядокъ и заставить судью примѣнять правовые обычаи только тогда, когда на нихъ сошлется стороны, (какъ это сдѣлалъ русскій законодатель по отношенію къ мировымъ судьямъ). Но если въ законодательствѣ не содержится указаній на такое отношеніе, суды обязаны примѣнять правовые обычаи, какъ нормы права, не ожидая напоминаній со стороны тяжущихся. Нормы права и факты—настолько далеки другъ отъ друга, что нужно удивляться, какимъ образомъ въ прежнее время допускали ихъ смѣшеніе и ставили на одну доску со стороны доказыванія.

Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто смотритъ на правовые обычаи, какъ на факты, не подлежитъ сомнѣнію, что нарушение прямого смысла ихъ или неправильное ихъ толкованіе не можетъ послужить поводомъ къ кассациі рѣшенія. Напротивъ, вопросъ представляется сомнительнымъ съ точки зрѣнія тѣхъ, кто вполне основательно смотритъ на нормы обычного права, какъ на нормы права. Если полагать, что задача кассационной инстанціи сводится къ поддержанію единообразнаго примѣненія положительнаго права, то юридическіе обычаи, какъ признанный источникъ его, въ случаѣ нарушения ихъ смысла или неправильнаго ихъ толкованія, могутъ послужить поводомъ къ кассациі. Но, признавая такое рѣшеніе вопроса принципиально правильнымъ, мы не можемъ не обратить вниманія на тѣ трудности, какія предстаютъ бы кассационной инстанціи вслѣдствіе неопредѣленности формы и содержанія правовыхъ обычаевъ. Поэтому представлялось бы болѣе цѣлесообразнымъ ограничить задачи кассационной инстанціи кругомъ законодательныхъ нормъ. Положительныя законодательства, какъ напр. русское, говорятъ о кассациі рѣшенія по случаю нарушения закона не потому, чтобы они желали исключить возможность по случаю нарушения правового обычая, а потому что самый вопросъ не представлялъ передъ законодателемъ.

VI. Возможно, что судья не знаетъ содержанія правового обычая. По самому характеру такой нормы она всегда можетъ остаться неизвѣстной для судьи, который, по условіямъ своей личной жизни, находится нерѣдко внѣ соприкосновенія съ правообразующей средой. Когда случайное дѣло откроетъ ему существованіе правового обычая, онъ долженъ ознакомиться съ содержаніемъ нормы. И здѣсь отношеніе суда къ изслѣдуемой нормѣ совершенно иное, нежели къ фактическому матеріалу. Если въ силу состязательнаго начала судъ въ дѣлѣ собираетъ фактовъ связать инициативой и дѣйствіями сторонъ, то здѣсь онъ совершенно независимъ отъ нихъ и свободенъ въ выборѣ средствъ ознакомленія съ содержаніемъ обычая.

Средства ознакомленія съ правовымъ обычаемъ не должны быть смѣшиваемы съ условіями образованія его или съ его признаками. Въ указаніи на это различіе немалая заслуга исторической школы, хотя она сама виновна въ смѣшеніи этихъ понятій на практикѣ при всей правильности теоретической точки зрѣнія.

Таковыми средствами ознакомленія могутъ служить: а) показанія окольныхъ людей, б) удостовѣренія компетентныхъ учреждений, в)

официальные сборники обычаевъ и d) частные сборники и научныя изслѣдованія.

Когда дѣло касается мѣстнаго обычая, то есть полное основаніе предполагать, что лица, живущія въ этой мѣстности, знакомы съ его содержаніемъ. Избранные изъ этой среды не могутъ быть сопоставляемы со свидѣтелями, потому что они удостовѣряютъ не факты, непосредственно ими воспринятыя, а нормы права. Обращеніе со стороны суда къ мѣстнымъ жителямъ, выдѣляющимся по своему возрасту, положенію, опытности, съ предложеніемъ выяснитъ обычную норму, относящуюся къ настоящему случаю, носило во Франціи названіе *enquête par turbe*. Нѣкоторые учрежденія признаются иногда наиболѣе компетентными въ установленіи содержанія правовыхъ обычаевъ. Такъ для торговыхъ обычаевъ такими учрежденіями всюду признаются биржевые комитеты, торговыя палаты. Напр. въ Россіи на биржевые комитеты возлагается закономъ обязанность собирать обычаи, а слѣдовательно биржевые комитеты самымъ закономъ признаются наиболѣе подходящими для этой цѣли. Мнѣнія компетентныхъ учреждений по вопросу о существованіи и содержаніи торговыхъ обычаевъ носили техническое названіе *ragèges (quod parat)*. Нерѣдко прибѣгаютъ къ официальному составленію сборниковъ правовыхъ обычаевъ. Такъ королевская власть во Франціи въ теченіи нѣсколькихъ столѣтій собирала и издавала мѣстные обычаи. Такъ въ 1857 году въ Рио-Жанейро собраны были правительствомъ мѣстные торговые обычаи. Значеніе такихъ сборниковъ въ высшей степени сомнительно. Какъ будто это только записанные обычаи, но въ то же время они издаются верховною властью, хотя и не въ законодательномъ порядкѣ. Однако едва ли не чаще всего свѣдѣнія о правовыхъ обычаяхъ почерпаются изъ частныхъ сборниковъ и научныхъ изслѣдованій, хотя авторитетъ тѣхъ и другихъ исключительно правдивый.

Терминологія. Относительно этого источника права нельзя сказать, чтобы существовала сколько нибудь установленная терминологія. Со времени исторической школы общепринятымъ въ германской литературѣ является *Gewohnheitsrecht* въ смыслѣ нормъ обычнаго права, и *Gewohnheit* въ смыслѣ повторнаго внѣшняго выраженія ихъ. Употребляется также терминъ *Volksrecht*. Однако въ настоящее время нѣкоторые отвергаютъ терминъ *Gewohnheitsrecht*, употребляя его лишь съ прибавкою «so genannte» (*Schultz e, Privatrecht und Process, 1883* предисловіе стр. XIX, *Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, т. I, стр. 202, 203, 209*). Последній авторъ дѣлитъ право на *gesetzte* и *ungesetzte*, что находится въ связи съ его ученіемъ о составныхъ частяхъ правовой нормы (*Rechtsgedanke* и *Rechtswille*). Терминологию Биндинга принимаетъ *Gierke, Deutsches Privatrecht, т. I, стр. 126, 159*. Иногда обычное право называется правомъ

неписаннымъ (Stobbe, *Handbuch*, т. I, стр. 169, прим. 6). Но это выраженіе совершенно неподходяще, если вспомнить *coutumes* во Франціи, записанные, а также римское право, которое въ Германіи дѣйствовало въ качествѣ обычнаго, или современное обычное право Англии. Наконецъ Eisele дѣлаетъ перестановку и говоритъ о *Rechtsgewohnheit* (*Archiv f. civ. Praxis*, 1881, т. 69, стр. 275). Во французской литературѣ употребляется для обозначенія правовыхъ обычаевъ выраженіе *coutume*. Англичане пользуются терминъ *custom*, а также *common law*.

Въ Россіи, подъ влияніемъ исторической школы, принято различать обычное право и обычаи, какъ вышнее выраженіе. Но терминъ «обычное право» въ смыслѣ источника права неудобенъ тѣмъ, что источникомъ права является, согласно этой терминологіи, право. Притомъ терминъ «обычное право» внушаетъ мысль, что это то право, къ которому народъ привыкъ, но вѣдь это можно сказать и о законодательствѣ, напр. для французовъ содержаніе *Code civil* составляетъ то право, съ которымъ они свыклись въ теченіе цѣлаго столѣтія. Соотвѣтственно матеріалистической теоріи, которой я придерживаюсь, въ моемъ изложеніи будетъ употребляться терминъ «правовые обычаи».

Литература. Вопросъ о правовыхъ обычаяхъ былъ возбужденъ въ литературѣ исторической школою, для которой этотъ источникъ права является проблемнымъ камнемъ всей теоріи. Основу ученія положили Puchta, въ своемъ сочиненіи *Das Gewohnheitsrecht*, ч. 1, 1828, и ч. 2, 1837, и Savigny сначала въ *Vom Beruf unsrer Zeit* а потомъ въ *System des heutigen römischen Rechts*, т. I, § 7, 8, 12, 18. Возвръніе Савиньи и Пухты и до сихъ поръ можетъ считаться господствующимъ, особенно въ учебной литературѣ. Это возвръніе превозносится повсюду, какъ болѣе глубокое по сравненію съ прежними взглядами. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи эта глубина превращается въ туманъ, который густо охватилъ литературу научную и мѣшаетъ смотрѣть ясно на важные вопросы. Правильно замѣтилъ Bergbohm, что нужно написать особую книгу, чтобы привести въ порядокъ ученіе этихъ авторовъ (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, т. I, стр. 504, прим. 31). Между тѣмъ для исторической школы правильная постановка ученія о правовыхъ обычаяхъ была особенно важна въ виду ея взгляда на развитіе права вообще. Послѣ выхода сочиненія Beseler, *Völkrecht und Juristenrecht*, между этимъ авторомъ и Пухтою завязалась журнальная полемика по вопросу о роли юристовъ въ дѣлѣ образованія правовыхъ обычаевъ. Первое серьезное противодѣйствіе ученію исторической школы дано было Meier, *Die Rechtsbildung im Staat und Kirche*, 1861, гдѣ авторъ дѣлалъ серьезныя возраженія особенно въ отношеніи среды, образующей обычаи. Сильнѣйшій ударъ ученію Савиньи и Пухты о правосознаніи, какъ основномъ условіи образованія обычаевъ нанесенъ былъ Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* (*Archiv f. civ. Praxis*, т. 66, 1883, стр. 323—468). Въ критикѣ ученія исторической школы Цительманъ встрѣтилъ поддержку въ Rünelin, *Das Gewohnheitsrecht* (*Jahrb. für Dogm.* т. 27, 1888, стр. 153—252), а также въ Knitschky, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch* (*Arch. f. Off. Recht*, т. XIII, 1898, стр. 165). Обычному праву посвящены еще: Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen... und über das Gewohnheit*, 1873, сочиненіе не заслуживающее того вниманія, какое ему удѣляютъ, и Schuppe, *Das Gewohnheitsrecht*, 1890, сочиненіе написанное тяжело, какъ и все, выходящее изъ подъ пера этого профессора философіи, особенно склоннаго къ юридическимъ вопросамъ. B. Schmidt *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, 1899, сочиненіе, въ которомъ вопросъ о правѣ обычномъ разсматривается съ точки зрѣнія государственника, а не цивилиста. Разсмотрѣнію историко-литературнаго развитія ученія посвящено сочиненіе Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, ч. I, 1899, *Geschichtliche Grundlegung* (римская эпоха и средніе вѣка). Критику современной постановки ученія о правѣ обычномъ въ лицѣ наиболѣе видныхъ представителей науки даетъ Neuh-

п а м р, *Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts* (Archiv für civil. Praxis, т. 12, 1897, стр. 89—184). Особый интересъ къ обычному праву въ германской литературѣ объясняется тѣмъ, что въ Германіи римское право до послѣдняго времени дѣйствовало въ качествѣ обычнаго права. По этой же причинѣ въ виду незначительности практическаго интереса, французская литература почти вовсе не занимается этимъ источникомъ права. Только въ послѣднее время появилась работа, посвятившая правовымъ обычаямъ значительное вниманіе—G é n у, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1899, стр. 276—392. Часто цитируемая статья Brocher de la Flechère, *Le droit coutumier et la philosophie du droit* (R. de dr. intern. 1877, т. 18)—простая замѣтка (всего 7 стр.). Напротивъ, въ англійской литературѣ со времени Austin, *Lectures*, обращается вниманіе на обычное право, хотя и не соразмѣрно выдающемуся практическому значенію его въ этой странѣ.

По вопросу объ образованіи обычнаго права до Савиньи и Пухты господствовала т. наз. механическая теорія, по взгляду которой обычное право обязано своимъ существованіемъ однообразно повторяемымъ дѣйствіямъ. Напротивъ историческая школа выдвинула спиритуалистическую теорію, по возвращенію которой обычное право предсуществуетъ въ духѣ народномъ въ видѣ правового сознанія или убѣжденія (Rechtsüberzeugung), а обычаи составляютъ лишь внѣшнее проявленіе его. Этого взгляда держались и держатся Puchta, стр. 167—180, Savigny, *System*, I, 35, (онъ однако готовъ допустить случаи, когда обычное право складывается и безъ правового сознанія, именно когда идетъ о числѣ, срокахъ, формахъ), Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, стр. 167. Примиряющее направленіе готово видѣть въ правовомъ сознаніи и обычаяхъ два разныхъ фактора обычнаго правообразованія: обычай не причина образованія обычнаго права, но и не внѣшнее выраженіе его, а элементъ образованія. Къ этому взгляду примыкаютъ Unger, *System des oestreichischen Privatrechts*, т. I, 37, Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, т. I, стр. 96, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, стр. 164, Regelsberger, *Pandekten*, I, стр. 93—94, Windscheid, *Pandekten*, т. I, изд. 1887, стр. 43, прим. 2, Sturmf, *Recht und Rechtsquellen*, 1883, стр. 5; Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, 1865, стр. 366—367; G é n у, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*. 1898, стр. 278 и 316. Необходимость правосознанія (Rechtsüberzeugung) поддерживается и новѣйшими учебниками германскаго права: Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 6 изд. т. I, стр. 53, Strome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1900, стр. 87. Въ новѣйшее время обнаруживается поворотъ въ сторону механической теоріи. Это выразилось въ сочиненіяхъ Zitelmann, стр. 378 и 445, Rümelin, стр. 196, Brinz, *Pandekten*, т. I, стр. 134, 139, Dernburg, *Pandekten*, т. I, стр. 57—60, а въ русской литературѣ слѣдуетъ отмѣтить Петрова, *Происхожденіе обычнаго права* (Ж. М. Ю. 1899, № 6, стр. 36—66). Изложенный въ текстѣ взглядъ на образованіе обычая имѣетъ въ своемъ основаніи тѣ законы социальнаго подражанія, которыя такъ блестяще выдвинуты французскимъ социологомъ Tarde въ его сочиненіяхъ, *Les lois de l'imitation*, (рус. пер. 1892) и *La logique sociale* (рус. пер.).

Относительно разумности и нравственности обычнаго права Puchta колеблется: съ одной стороны онъ отрицаетъ субъективное усмотрѣніе судьи въ дѣлѣ оцѣнки обычая (II, 54), а съ другой не допускаетъ обычая, противорѣчащихъ высшимъ принципамъ права, нравственности и религіи (II, 61). Того же мнѣнія Savigny, *System*, I, 176, Regelsberger, *Pandekten*, I, 97, Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, I, 327, G é n у, *Méthode d'interprétation*, 1898, стр. 325, Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, т. I, 1897, стр. 19. Противъ этого условія: Stobbe, I, 176, Gierke, I, 169, Sturmf, *Recht und Rechtsquellen*, I, 58, Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, т. I, 1899, стр. 46. Вопреки

общераспространенному мнѣнію значеніе ошибки для силы обычнаго права отвергають вслѣд за Цительманомъ (стр. 323, 344) Gierke, I, 167, Regelsberger, I, 96, Dernburg, *Pandekten*, I, 61 прим. 4, Génу, стр. 321.

Классификацію различныхъ теорій, выставляющихъ основанія обявительности нормъ обычнаго права, даетъ Zitelmann, *Gewohnheit und Irrthum* (Arch. f. civ. Praxis, т. 66, стр. 361—412). До Савиньи и Пухты былъ распространенъ взглядъ, по которому основаніе обязательности заключалось въ согласіи законодателя, явномъ или безмолвномъ, общемъ или специальномъ. Противъ этого взгляда выступила рѣшительно историческая школа. По мнѣнію Пухты, изъ того, что законодатель во всякое время можетъ прекратить силу правового обычая, можно также мало основывать эту силу на авторитетѣ законодателя, какъ признавать мого слѣда причину моей жизни потому только, что онъ меня не убилъ (*Gewohnheitsrecht*, ч. I, стр. 210). Съ своей стороны Пухта, повидимому полагая, что только въ народной волѣ, въ народномъ правосознаніи можетъ скрываться источникъ обязательности обычнаго права. Но если это правовое сознаніе само по себѣ право, то подмскивать основаніе его обязательности совершенно неумѣстно. Обычное право—право, потому что оно право—такова суть возрѣнія исторической школы на этотъ вопросъ. Отрицають авторитетъ законодателя (или вѣрнѣе верховной власти): Regelsberger, *Pandekten*, I, стр. 86, Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, стр. 25, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I стр. 163, Zitelmann, *Gewohnheit und Irrthum*, стр. 361, Карасевичъ, *Обычное право Франціи*, 1874 стр. 34, Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 289, Knitschky, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch* (Arch. f. Off. Recht, т. XIII, стр. 162—165) Merkel, *Juristische Encyclopädie*, изд. 1900, стр. 52 замѣчаетъ, что объ авторизаціи тѣмъ менѣе можно говорить, что нигдѣ въ исторіи нѣтъ на нее указаній. Это неврно. Если судья обращался къ окружающей его публикѣ съ вопросомъ, каковы нормы, примѣнимыя къ данному случаю (Stobbe, *Handbuch*, I, стр. 168), то въ этомъ нельзя не видѣть авторизаціи власти (суда) сложившимся нормамъ. Когда верховная власть организуетъ суды, предавая имъ руководствоваться обычаями (примѣръ нѣрдкій въ исторіи) то и въ этомъ обнаруживается авторизація. То же нужно сказать относительно собранія королевскою властью во Франціи обычаевъ. Напротивъ, видя въ авторитетѣ верховной власти основаніе обязательности правовыхъ обычаевъ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, т. I, 1885, стр. 202, 211, Schwaneгt, *Gesetz und Gewohnheit*, 1873, стр. 21, Bruns въ Гольцендорфа. Энциклопедіи, 3 изд. стр. 343, Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, 1899, стр. 29—30, прим., Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht* (Jahrb. f. Dogm. т. 27, стр. 159, 186), Affolter *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft* (Z. f. off. Recht, 1897, стр. 30). Того же направленія англійскіе юристы: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, ч. I, стр. 102 т. II, стр. 536, Marby, *Elements of Law*, стр. 44 и 61, Holland, *The elements of jurisprudence*, стр. 52 и 59, Hearn, *The theory of legal duties and rights*, стр. 32, Lightwood, *The nature of positive law*, 1883, стр. 390; Sangiorgi, *Studi elementari di enciclopedia giuridica*, 1870, стр. 103.

Вопросъ о возможности кассировать рѣшеніе на основаніи неправильнаго примѣненія или толкованія правового обычая является спорнымъ во французской литературѣ. Такъ изъ новѣйшихъ писателей Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, т. I, 1900, стр. 5, прим. 1, Génу, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1899, стр. 562, Vedant, *Cours de droit civil français*, введеніе, 1896, стр. 63 высказываются въ пользу возможности, тогда какъ большинство писателей Eschbach, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, 1846, стр. 244, Garsonnet, *Traité de procédure*, т. V, изд. 1894, стр. 572, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, т. I, 1892, стр. 60, Chénon, *Origine, conditions et*

effets de la cassation, 1882, стр. 157 высказались противъ; ср. еще Orban, *Cours d'encyclopédie du droit*, 1893, стр. 58—59. Германскій уставъ гражд. судопроизводства изд. 1898 года широко формулировкой § 550 (§ 512 въ уставѣ 1877) устраняетъ всякое сомнѣніе въ возможности ревизіи изъ за неправильнаго примѣненія или толкованія правовыхъ обычаевъ (Rechtsnorm).—Вопросъ о заведенномъ порядкѣ, близко связанный съ вопросомъ о правовыхъ обычаяхъ, будетъ рассмотрѣнъ позднѣе, при разсмотрѣніи толкованія воли въ сдѣлкахъ.

Законодательства. Во Франціи закономъ 21 марта 1805 года лишены силы правовые обычаи по предметамъ, опредѣленнымъ въ Code civil. Никакихъ ссылокъ на этотъ источникъ права въ самомъ кодексѣ нѣтъ. Остается спорнымъ, могутъ ли имѣть силу обычаи по предметамъ, не опредѣленнымъ въ кодексѣ. Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло въ торговомъ правѣ. Закономъ 15 сентября 1807 года постановлено, что съ изданіемъ Code de commerce теряютъ силу старые законы по торговымъ вопросамъ. Старые обычаи не устранены. Отсюда заключаютъ, что за молчаніемъ нормъ торговаго кодекса могутъ имѣть примѣненіе нормы обычнаго права, стараго или новаго происхожденія. Въ Италіи законъ о введеніи (disposizioni transitorie, § 48) постановляетъ, что по предметамъ, которые опредѣлены въ кодексѣ 1865 г., теряютъ силу... gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisce. Испанскій гражданскій кодексъ постановляетъ прямо, что законы отменяются только законами и что ни обычаи, ни непримѣненіе, ни противоположная практика не могутъ освободить отъ соблюденія законовъ (§ 5). Въ Германіи мѣстныя законодательства, сложившіяся подъ вліяніемъ идей естественнаго права, какъ прусское Landrecht Einl. или австр. уложеніе (§ 10) отнеслись отрицательно къ обычному праву. Но и позднѣйшія уложенія, какъ саксонское (§ 28), подъ вліяніемъ сознательной практической потребности, отстранили этотъ источникъ права. При составленіи германскаго торговаго уложенія было признано то особенное значеніе, какое имѣютъ правовые обычаи въ этой области. Законодатель далъ мѣсто обычному праву, но и опредѣлилъ ему мѣсто: послѣ торговаго закона. При составленіи проекта германскаго уложенія рѣшено было допустить примѣненіе правовыхъ обычаевъ лишь настолько, насколько самъ законъ ссылается на нихъ (§ 2). Но это положеніе вызвало бурю протеста, расшевелило лучшія преданія исторической школы. Въ концѣ концовъ второй проектъ 1895 г. обошелъ полнымъ молчаніемъ этотъ вопросъ, какъ бы не относящійся къ гражданскому уложенію. Но это молчаніе и вызвавшія его пренія приводятъ къ различному взгляду на значеніе правовыхъ обычаевъ. Одни полагаютъ, что законодатель этимъ молчаніемъ совсѣмъ устранилъ ихъ, другіе напротивъ утверждаютъ, что законодатель наконецъ созналъ свое безсиліе передъ обычнымъ правомъ и отказался опредѣлять ему мѣсто, предоставляя исходъ борьбы силъ обстоятельствъ. Слѣдую тому же стремленію избѣгать затрудненій, новое германское торговое уложеніе 1897 года также исключило у себя статью, опредѣляющую отношеніе между источниками права. Или германскому законодателю придется вскорѣ рѣшить этотъ вопросъ или же практика, увлекаемая новымъ уложеніемъ, будетъ совершенно игнорировать обычное право. Второе вѣроятнѣе. Въ уст. гражд. суд. изд. 1898 года § 293 относительно доказательствъ правовыхъ обычаевъ дается слѣдующее постановленіе. «Правовые обычаи нуждаются въ доказательствѣ лишь тогда, когда они суду неизвѣстны. При установленіи содержанія этихъ нормъ судъ не стѣсненъ доказательствами, которыя приведены сторонами: онъ вправе воспользоваться и другими способами познанія».

Въ Англій, гдѣ господствуетъ еще обычное право, тѣмъ не менѣе признается, что обычай не можетъ противодѣйствовать закону—по statute can become obsolete by desuetude—Stephen's, *New commentaries on the laws of England*, т. I, стр. 60, Holland, *The Elements of jurisprudence*, стр. 54.

§ 37. Административные указы. Подъ именемъ административныхъ указовъ слѣдуетъ понимать тѣ юридическія нормы, которыя устанавливаются органами административнаго управленія въ предѣлахъ очерченной имъ компетенціи и согласно съ общими законами.

Административные указы, создавая общее правило, должны быть по этому признаку отличаемы отъ административныхъ мѣръ, принимаемыхъ въ конкретныхъ случаяхъ и потому не имѣющихъ характера нормы. Въ вопросѣ объ источникахъ права можетъ быть рѣчь только о такихъ указахъ. Кроме того, для гражданскаго права имѣютъ значеніе только тѣ административные указы, которые обращены къ гражданамъ, но не къ подчиненнымъ органамъ администраціи.

Для признанія силы за административными указами необходимо, чтобы они удовлетворяли нѣкоторымъ условіямъ.

а) Административный указъ долженъ быть изданъ компетентною административною властью. Каждый органъ подчиненнаго управленія имѣетъ очерченный закономъ кругъ вѣдомства, въ предѣлахъ котораго онъ и можетъ создавать общія правила, обязательныя для подчиненныхъ. За предѣлами компетенціи указы администраціи не могутъ имѣть значенія. Законодатель можетъ прямо указать, что правила извѣстнаго рода могутъ быть издаваемы данною властью. Напр. по русскому желѣзно-дорожному уставу совѣту по желѣзно-дорожнымъ дѣламъ предоставляется закономъ издавать правила и инструкціи въ развитіе дѣйствующихъ относительно желѣзныхъ дорогъ узаконеній. Но, если законодатель и не сдѣлаетъ такого предметнаго указанія, у органовъ административнаго управленія не можетъ быть отнято право издавать въ предѣлахъ своего вѣдомства общія положенія.

б) Административный указъ долженъ быть согласенъ съ дѣйствующимъ законодательствомъ. Верховная власть, издавая общія нормы, въ видѣ законовъ, не можетъ допустить, чтобы подчиненные ей органы издавали, въ видѣ указовъ, нормы, стояція съ ними въ противорѣчій. Какъ и первый моментъ, это положеніе представляется общепринятымъ и вытекаетъ изъ существа верховной власти и закона.

в) Административный указъ долженъ быть сдѣланъ общезвѣстнымъ. Если нѣкоторые указы, обращаемые исключительно къ администраціи, могутъ быть сохраняемы въ тайнѣ, то указы, обращаемые къ публикѣ, должны быть заранѣе доведены до ея свѣдѣ-

нія. Въ противномъ случаѣ отпадаетъ ихъ обязательность для гражданъ. Если это и не указано прямо въ томъ или другомъ законодательствѣ, то это вытекаетъ изъ сопоставленія съ законами. Если верховная власть для своихъ повелѣній устанавливаетъ необходимость обнародованія, то тѣмъ болѣе возможно предполагать ея волю установить такое условіе для повелѣній подчиненныхъ ей органовъ.

Юридическая сила административныхъ указовъ можетъ быть построена только на делегаціи верховной власти. Они имѣютъ значеніе юридическихъ нормъ потому, что верховная власть присоединяетъ свое повелѣніе къ содержанію нормъ, вырабатываемому администраціей. Верховная власть гарантируетъ силу такихъ нормъ, принуждая къ соблюденію ихъ и угрожая наказаніемъ за неисполненіе ихъ.

Санкція законности административнаго указа въ области гражданскаго права состоитъ въ томъ, что судъ опредѣляетъ спорныя юридическія отношенія или на его основаніи или, отвергнувъ его юридическое значеніе, разрѣшаетъ дѣло на основаніи общихъ законовъ. Для этого судъ принужденъ во первыхъ удостовѣриться въ наличности указа, а во вторыхъ провѣрить его законность. Констатированіе административнаго указа возможно только при помощи официальныхъ изданій, въ который онъ былъ напечатанъ. Провѣрка производится какъ со стороны матеріальной, т. е. согласія его съ закономъ по содержанію, такъ и со стороны формальной, т. е. соответствія его компетенціи административнаго органа.

Терминологія. Общепринятое въ русской литературѣ выраженіе, соответствующее *Verordnung, décret, order*,—это административное распоряженіе напр. Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, 1875, т. I, стр. 54, Тарасовъ, *Учебникъ науки полицейскаго права*, в. 1, 1891, стр. 63, Палиенко, *Законъ и административное распоряженіе*, 1898 (вступ. лекція). Но это выраженіе обнимаетъ и сдѣланныя мѣры (*Verfügungen*). Поэтому слѣдуетъ принять терминъ «указъ», предлагаемый Коркуновымъ, *Указъ и законъ*, 1894, предисловіе.

Литература. Въ иностранной литературѣ объ административномъ указѣ, какъ источникѣ гражданскаго права, почти вовсе не упоминается. Но въ Россіи, при недостаточности гражданскихъ законовъ и выдающемся значеніи административныхъ указовъ, этотъ источникъ не можетъ быть обойденъ молчаніемъ. Наши цивилисты дѣйствительно посвящаютъ ему вниманіе, см. Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, 2 изд. 1899, стр. 57—63. Въ русской литературѣ по настоящему вопросу имѣется специальное изслѣдованіе Коркунова, *Указъ о законѣ*, 1894. Изъ иностранной литературы можно указать на Iellinck, *Gesetz und Verordnung*, 1887, Arndt, *Das Verordnungsrecht des deutschen Reichs auf der Grundlage des preussischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrechts systematisch dargestellt*, 1884, Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, т. I, 1895, стр. 562—586.

§ 38. Автономія. Создавая юридическія лица, публичныя или частныя, государство предоставляет имъ устанавливать, въ предѣлахъ закона, нормы, опредѣляющія поведеніе лицъ, входящихъ въ составъ общественнаго соединенія. Государственная власть повелѣваетъ исполнять тѣ постановленія, содержаніе которыхъ она разрѣшаетъ общественнымъ союзамъ вырабатывать самостоятельно.

Общественные союзы, способные устанавливать нормы и пользующіеся для того автономіею, могутъ быть публичными соединеніями, какъ напр. города, земства, или частными, напр. акціонерныя товарищества, клубы. Въ Германіи такую автономіею пользуются нѣкоторые высшіе дворянскіе роды.

Для автономныхъ нормъ подобнаго рода необходимо, во первыхъ, чтобы было юридическое лицо, организованное соединеніе, все равно публичнаго или частнаго характера, только не само государство. Во вторыхъ, необходимо, чтобы установлено было общее правило и этимъ признакомъ автономныя нормы отличаются отъ единичныхъ мѣръ. Въмѣстѣ съ тѣмъ содержаніе этихъ нормъ относится къ поведенію всѣхъ лицъ, входящихъ въ составъ союза и этимъ разсматриваемыя нормы, какъ нормы гражданско-правового характера, отличаются отъ инструкцій, даваемыхъ органамъ управленія въ такихъ общественныхъ союзахъ. Наконецъ, въ третьихъ рѣчь идетъ только о такихъ нормахъ, которыя устанавливаются самимъ общественнымъ союзомъ, намѣренно и сознательно, а не складываются произвольно, и тѣмъ переходятъ въ правовые обычаи.

Основаніе юридической силы нормъ, вырабатываемыхъ общественными союзами, кроется въ авторитетѣ государственной власти, въ делегаціи власти, творящей, но не повелѣвающей, такъ какъ повелѣніе всегда цѣлкомъ сосредоточивается въ государственной власти. Нѣкоторые желали бы исключить изъ автономныхъ постановленій опредѣленія частныхъ союзовъ, полагая, что здѣсь не можетъ быть и рѣчи о делегаціи, а только о договорѣ. Съ этимъ взглядомъ однако согласиться нельзя, потому что и частные союзы могутъ создавать обязательныя постановленія для всѣхъ своихъ членовъ, несмотря на то, что нѣкоторые изъ послѣднихъ и не были согласны. Постановленія большинства обязательны для меньшинства, а это совершенно устраняетъ договорный характеръ самыхъ постановленій.

Условія дѣйствительности общихъ постановленій, вырабатываемыхъ общественными союзами для входящихъ въ ихъ составъ членовъ, сводятся къ слѣдующему.

а. Норма должна быть постановлена тѣмъ органомъ, который въ общественномъ союзѣ призванъ къ установленію правилъ. Въ противномъ случаѣ норма не будетъ имѣть юридической силы. Такъ напр. земская управа создаетъ обязательное постановленіе, которое, согласно закону, могло бы быть сдѣлано только земскимъ собраніемъ, или правленіе акціонернаго товарищества устанавливаетъ общее положеніе, которое могло бы быть установлено только общимъ собраніемъ.

б. Нормы должны быть, какъ и административные указы, выработаны въ предѣлахъ автономіи, очерченной каждому общественному союзу. Такъ напр. городская дума издаетъ постановленіе относительно времени открытія бакалейныхъ магазиновъ въ праздничные дни или клубъ устанавливаетъ за просрочку въ пользованіи книгами клубной бібліотеки штрафъ, до уплаты котораго членъ клуба не можетъ требовать выдачи ему новыхъ книгъ.

в. Нормы, установленныя автономными единицами, не могутъ противорѣчить общимъ законамъ. Напр. въ виду закона опредѣляющаго, что налогъ можетъ быть установленъ лишь въ законодательномъ порядкѣ, слѣдуетъ признать недействительнымъ постановленіе городской думы объ измѣреніи тѣхъ недвижимостей въ городѣ, размѣры которыхъ окажутся сомнительными, съ отнесеніемъ расходовъ на этотъ предметъ за счетъ собственниковъ.

д. Наконецъ выработанная норма должна быть сдѣлана общеизвѣстною. Это требованіе общезвѣстности автономныхъ постановленій вытекаетъ изъ того, что нельзя требовать соблюденія нормъ отъ лицъ, не знающихъ ихъ содержанія. Это относится какъ къ постановленіямъ публичныхъ союзовъ, напр. городовыхъ думъ, земствъ, такъ и къ частнымъ. Напр. обязательныя постановленія городскихъ думъ вступаютъ въ силу съ того срока, который былъ назначенъ, и который не можетъ быть менѣе 2 недѣль со времени объявленія постановленія (Городовое Положеніе, ст. 3). Напр. въ вышеприведенномъ случаѣ клубнаго постановленія, каждый членъ клуба вправѣ не считать для себя обязательнымъ постановленіе, относительно котораго онъ не былъ поставленъ въ извѣстность.

Литература. По вопросу объ автономныхъ постановленіяхъ, какъ источникахъ гражданскаго права, можно указать: Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, т. I, 1893, стр. 144—161, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, т. I, 1895, стр. 142—159, Малышевъ, *Курсъ общаго гражданскаго права Россіи*, т. I, 1878, стр. 302—317. Конечно, автономія въ настоящее время потеряла много въ своемъ значеніи благодаря усиленному развитію общаго законодательства, но это не можетъ еще служить основаніемъ отрицать значеніе этого источника, какъ это дѣ-

лають по отношенію къ Австріи ся ученые Unger, *System des oestreichischen Privatrechts*, т. I, 1892, стр. 32, Pfaff и Hoffman, *Commentar zum oestreichischen bürgerlichen Gesetzbuch*, т. I, стр. 269, для Германіи Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 6 изд. 1895, § 29. Положительно нельзя согласиться съ послѣднимъ авторомъ, будто «въ автономіи дѣло идетъ не объ установленіи новыхъ нормъ, а о примѣненіи уже установленныхъ». Нѣкоторые отрицають характеръ источника права за постановленіями частныхъ союзовъ, Stobbe, *Handbuch*, т. I, стр. 160. Нельзя смѣшивать автономныхъ постановленій съ мѣстными законодательствами, какъ это дѣлаетъ Laband, *Deutsches Staatsrecht*, т. I, 1895, стр. 104: въ мѣстныхъ законодательствахъ содержаніе нормъ вырабатывается государственною властью, тогда какъ въ автономіи содержаніе создается самими общественными союзами. Все тотъ же Stobbe, *Handbuch*, т. I, стр. 149 полагаетъ, безъ всякаго основанія, что понятіе о делегаціи власти не совмѣстимо съ признаемъ въ автономными постановленіями характера источниковъ права.

§ 39. Каноны. Подъ именемъ канонѡвъ слѣдуетъ понимать тѣ нормы поведенія, которыя сложились въ нѣдрахъ церкви и не зависятъ отъ авторитета свѣтской власти. Въ прежнее время, государственная власть, проявлявшая мало творчества въ регулированіи взаимныхъ отношеній гражданъ, охотно предоставляла церкви вырабатывать социальныя нормы, которыхъ соблюденіе она дѣлала обязательнымъ. Такимъ образомъ, церковь выработала содержаніе нормъ, государственная власть присоединила къ нимъ свое повелѣніе.

Съ того времени однако, какъ государственная власть признала себя обязанною опредѣлять подробно весь гражданскій бытъ, значеніе канонѡвъ, какъ источниковъ гражданскаго права, все болѣе уменьшалось, пока наконецъ въ XIX вѣкѣ, благодаря усиленной законодательной дѣятельности во всей Европѣ, каноны не уступили совершенно мѣсто новѣйшимъ кодексамъ. Современный законодатель самостоятельно нормируетъ всю область отношеній, признаваемыхъ частно-правовыми, не оставляя уже ни пяди каноническимъ постановленіямъ. Ни въ гражданскомъ кодексѣ Франціи начала XIX вѣка, ни въ гражданскомъ уложеніи Германіи конца XIX столѣтія уже не встрѣчается ссылокъ на каноны.

Въ Россіи дѣло обстоитъ до сихъ поръ иначе. При бѣдности русскаго гражданскаго законодательства нѣтъ ничего удивительнаго, что свѣтскіе гражданскіе законы иногда дополняются каноническими правилами. Такъ напр. запрещая браки между близкими родственниками, законодатель не опредѣляетъ самъ, въ какихъ степеняхъ родства бракъ не можетъ быть допущенъ, а ссылается на положенія церкви (Св. Зак., т. X, ч. 1, ст. 23). Точно также законодатель признаетъ недѣйствительными браки лицъ не достигшихъ

зрѣлаго возраста, причѣмъ опять таки предоставляетъ опредѣленіе этого возраста каноническимъ постановленіямъ (Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 37 п. 5). Такъ какъ русскій законодатель дозволяетъ лицамъ всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій вступать въ браки между собою по правиламъ и обрядамъ ихъ церкви (Св. Зак. т. X, ч. 1, ст. 61), то слѣдовательно въ Россіи имѣютъ юридическое значеніе каноническія постановленія не только восточной, но и западной церкви. Такъ какъ въ нихъ приходится искать содержаніе нормъ, опредѣляющихъ частныя отношенія гражданъ и такъ какъ законодатель этому содержанію придаетъ свою санкцію юридическій характеръ, то каноны эти не могутъ не быть признаны въ Россіи источниками гражданскаго права.

Литература. По вопросу объ источникахъ каноническаго права западныхъ церквей см. Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, 1894, стр. 118—246, Schneider, *Die Lehre von den Kirchenrechtsquellen*, 1892, Hübler, *Kirchliche Rechtsquellen*, 1893, Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, 1887. Для католической церкви источники права сведены въ *Corpus juris canonici*. Для евангелическо-лютеранскаго вѣроисповѣданія каноническія положенія въ Россіи имѣютъ сравнительно меньшее значеніе благодаря довольно подробному нормированію протестантскихъ браковъ со стороны свѣтскаго законодательства въ т. XI, ч. 1. изд. 1896. По исторіи источниковъ каноническаго права восточной церкви см. Суворовъ, *Учебникъ церковнаго права*, 1898, Остроумовъ, *Введеніе въ православное церковное право*, 1893 (исторія источниковъ не закончена), Лашкаревъ, *Право церковное въ его основахъ, видахъ и источникахъ*, 1889. Важнѣйшимъ каноническимъ источникомъ права для православныхъ въ Россіи является «Кормчая Книга», отпечатанная впервые въ 1650 году и переизданная официально въ 1839 году подъ именемъ «Книга Правилъ» Св. Апостоловъ, Св. Соборовъ вселенскихъ и помѣстныхъ и Св. Отцевъ. Издавая Книгу Правилъ, государственная власть вовсе не имѣла въ виду придать ей значеніе источника, исключаящаго всѣ прочіе, въ томъ числѣ и во многомъ несогласную съ нею Кормчую. Законодатель поступалъ здѣсь такъ же, какъ поступала напр. королевская власть Франціи, издавшая сборники обычаевъ. Въ томъ и другомъ случаѣ имѣлось въ виду облегчить знакомство съ содержаніемъ нормъ, но не установить это содержаніе.

